

REGJERINGSADVOKATEN

Utenriksdepartementet
Postboks 8114 Dep
0032 Oslo

Deres ref
e-post 6. august 2009
Helga Ervik / Hege Røttingen

Vår ref
2009-0646 THS/-

Dato
22.10.2009

FRIVILLIG TILLEGGS PROTOKOLL OM INDIVIDUELL KLAGERETT TIL FNs KONVENSJON OM ØKONOMISKE, SOSIAL OG KULTURELLE RETTIGHETER (TP ØSK) – KONSEKVENSER AV NORSK TILTREDELSE

1 INNLEDNING

I e-post 6. august 2009 ber Utenriksdepartementet om Regjeringsadvokatens "vurdering av rettslige konsekvenser av norsk tiltredelse" til tilleggsprotokollen til ØSK om individklagerett. I sin e-post oppsummerer departementet prosessen vedr. vedtakelsen av protokollen, men gir ikke noen vurdering av rettslige, administrative eller økonomiske konsekvenser av evt. norsk ratifikasjon.

Blant de mer direkte rettslig pregede konsekvensene nevner vi først, og mer for ordens skyld, at tilleggsprotokollen for stater som ratifiserer den, innebærer folkerettslige forpliktelser av "prosessuell art". Ratifisering medfører anerkjennelse av et særskilt system for formalisert dialog mellom individer og staten foran et internasjonalt organ, og en utvidet rapporteringsplikt. Man anerkjenner at individer kan kommunisere sine forhold til komitéen, og staten forplikter seg til dialog med komitéen i den enkelte sak. Komitéen har anledning til å komme med sine uttalelser om saken til vedkommende stats myndigheter, som igjen forplikter seg til å forholde seg til dem ("due consideration"), herunder å avgi en rapport til komitéen innen en seks måneders frist (jf. artikkel 7 nr 4).

Unnlatelse av å medvirke i dialogen, vil kunne innebære et brudd på folkerettslige forpliktelser, og det uansett om vedkommende land skulle følge komitéens uttalelse eller ikke.

Bekymringen som gjør seg gjeldende ved en norsk ratifikasjon av tilleggsprotokollen ligger imidlertid i en ganske annen retning.

2 HENSYNET TIL MAKTFORDELING OG DEMOKRATIHENSYN – ØSK-REGLENES INNHOLD

2.1 Maktfordeling og demokratihensyn

Bekymringen knytter seg til den avståelse av normgivende myndighet som individklageordningen reelt sett innebærer; altså en overføring av myndighet til komitéen, i kombinasjon med en tilsvarende innsnevring av norske organers handlefrihet på vide samfunnsområder. En slik overføring av myndighet reiser spørsmål både hva gjelder hensiktsmessighet og demokratisk legitimitet, særlig når overføringen i praksis er varig og ikke kan reverseres av Stortinget. Hvor langt man vil gå i spørsmål som dette, er et politisk spørsmål. Hensynene er bredt drøftet gjennom behandlingen av St.meld. nr. 17 (2004-2005) med utgangspunkt i Makt- og demokratiutredningen (NOU 2003: 19 og div. tilknyttede dokumenter).

2.2 Forutsigbarhet

Et viktig spørsmål for disse vurderingene er selvsagt omfanget av overføringen av normgivende myndighet det er tale om.

Dersom ØSK hadde rommet konkrete regler som ut fra alminnelige (folkerettslige) rettskildeprinsipper hadde latt seg tolke, ville man ha kunnet overlate konfliktløsningsmyndighet i enkeltsaker til et klageorgan uten at alvorlige motforestillinger gjorde seg gjeldende. Som det fremgår av den daværende regjeringens syn i pkt 3.8 i nevnte stortingsmelding, har avgivelse av slik myndighet også skjedd i atskillig omfang selv der dynamisk regelutvikling kan påregnes utøvd av klageorganet.

Imidlertid rommer de materielle artiklene i ØSK for det meste ikke slike konkrete regler. Etter vårt syn er artiklene utformet slik at de ikke er noen rimelig mulighet til å forutse hvilke virkninger en individklageordning vil kunne få.

2.3 Vårt brev 20. januar 2006

Disse og en del tilgrensende spørsmål er drøftet i et brev vi sendte Utenriksdepartementet 20. januar 2006 (se vedlagte kopi). Brevet ble til i forbindelse med drøftelsen av norske posisjoner under forhandlingene om en eventuell tilleggsprotokoll. I brevet frarådet vi at Norge gikk inn for det videre arbeid med en individklageordning.

Grunnene for vårt syn var først og fremst (brevets pkt 3) at enkeltindividers klager over påståtte brudd på ØSK oftest ikke vil kunne avgjøres gjennom fortolkning av artiklene ved bruk av alminnelige rettskildeprinsipper. Reglene utgjør brede og uklare prinsippbestemmelser. Det er videre meget begrenset hva man kan få ut av komitéens uttalelser i landrapporteringssaker, bl.a. fordi disse ikke gjelder enkeltsaker. Heller ikke komitéens generelle uttalelser (General Comments, jf. nedenfor) gir noen nevneverdig hjelp til å forutsi hva klageorganet vil legge i ØSKs forskjellige bestemmelser. Hva utfallet i de enkelte sakene måtte bli dersom klageorganet ble gitt myndighet til å behandle dem, og Norge ratifiserte, kunne etter vårt syn ikke forutses. Vi pekte på at de materielle bestemmelsene i ØSK er meget vide og upresise, mest av formålsskarakter. Det ville bli tale om å treffe politisk pregede valg basert på rimelighetsvurderinger. Bestemmelsene i ØSK er i en viss grad ambisiøst formulert. Her viste vi (i pkt 7) både til eksemplet i art 12 ("retten for enhver til den høyest oppnåelige helsestandard både fysisk og psykisk").

REGJERINGSADVOKATEN

Vi pekte dessuten (bl.a. i pkt 5) på at anvendelsen i enkeltsak vil kunne påvirkes av hvordan klageorganet – i saker mot en velutviklet og ressurssterk stat som Norge – vil forholde seg til kjernebestemmelsen i art 2(1) om at statene skal "sette alt inn på at de rettigheter som anerkjennes av denne konvensjon, gradvis blir gjennomført fullt ut med alle egnede midler...". (ØSK ble vedtatt i 1966.) Hva klageorganet måtte komme til i enkeltsaker fortøner seg som meget usikkert også av den grunn at praktiseringen av læren om skjønnsmargin (vårt pkt 8) ikke kan forutses, bl.a. i lys av den rettsendrende ("dynamiske") praksis som menneskerettsorganer har fulgt.

Fremfor alt pekte vi på at enkeltklager innen ØSK-området meget lett kan få vidtrekkende følger for en rekke andre personer og grupper, og at vurderingene fort vil dreie seg om hvordan samfunnets ressurser bør fordeles mellom svært mange forskjellige 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. I denne sammenheng trakk vi (i pkt 4) linjen til debatten som Makt- og demokratiutredningen ledet til. Slik vi så det, kan tilslutning til individklageordningen på ØSK-området reelt sett innebære en overføring av lovgivningskompetanse til klageorganet som er betenkelig i et demokratiperspektiv, så vel som rent styringsmessig.

I mange tilfeller vil det ikke være mulig å konkludere med at klageren har en konkret, individuell rett, selv om man skulle mene at staten ikke har oppfylt alle sine forpliktelser (vårt pkt 5). Vi viste (i pkt 4) til at demokratihensyn taler for at slike beslutninger bør fattes av lovgivende og ikke dømmende (eller andre tvisteløsende) organer. Etter vårt syn (pkt 7 og 8) kan man, slik ØSK er utformet, ikke bygge på at klageorganet vil nøye seg med å kreve en viss minstestandard ("a survival kit", eller kun "core obligations"). Vi konkluderte slik i vårt pkt 9:

"Selv om regelen i ØSK gjennom menneskerettsloven er gjort til norsk lov, og reglene der-ved 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 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."

2.4 Reelt sett innebærer individklageordningen overføring av normgivende myndighet

Uten norsk tilslutning til tilleggsprotokollen vil det i langt høyere grad være opp til norsk lovgiver å avveie de mange og kryssende hensyn som lett reiser seg. Konkret fastleggelse av de forpliktelsene som måtte følge av ØSK, vil norske domstoler i atskillig grad, og med god grunn, normalt ikke overprøve.¹ Dette ble uttrykt i St.meld. nr. 17, nettopp om ØSK:

”Vaghet og uklarhet vil imidlertid ikke nødvendigvis lede til større forpliktelser for statene. I utgangspunktet vil en uklar tekst representere et handlingsrom for norske myndigheter ved at den folkerettslige forpliktelse er mindre spesifikk og dermed vil kunne oppfylles på flere måter. Selv om nasjonale domstoler ved anvendelse av uklare internasjonale regler fortolker disse ekspansivt, kan Stortinget i utgangspunktet velge en annen løsning ved senere lovgivning. Det skal videre påpekes at domstolene synes å være tilbakeholdne med å anvende folkerettslige bestemmelser som inneholder vide, formålspregede bestemmelser. FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) som er inkorporert gjennom menneskerettsloven, er et eksempel på en konvensjon som i stor grad inneholder slike programmessige, formålspregede bestemmelser. Det foreligger foreløpig ikke rettspraksis som viser at en norsk domstol har lagt avgjørende vekt på ØSKs bestemmelser i en konkret sak.”

Dersom på den annen side Norge slutter seg til individklageordningen, må man etter norsk rettspraksis vente at norske domstoler et langt stykke på vei vil bøye seg for det syn som klageorganet uttrykker, selv om dette formelt sett ikke er rettslig bindende. Ettersom ØSK er tatt inn i menneskerettsloven med forrang (§ 3), vil effekten av individklageordningen for Norges del kunne bli spesielt sterk.

I fortsettelsen vil vi kommentere noe nærmere visse sider ved dagens rettskildemateriale knyttet til ØSK i hensikt å belyse forutsigbarheten hva gjelder hvilke forpliktelser et klageorgan vil kunne legge inn i ØSK.

3 SELVKRAFTIGHET, TERSKEL, RESSURSFORDELINGSSPØRSMÅL M.V.

3.1 Selvkraftighet

Det er et tilbakevendende diskusjonstema hvorvidt og i hvilket omgang artiklene i ØSK er ”selvkraftige”; om de – med ØSK-komiteéns ord – er ”justiciable” innen statenes rettssystemer samt om de er ”self-executing”.² Sistnevnte spørsmål (det eg. spørsmålet om selvkraftighet) er om traktatens regler selv er egnet til å danne grunnlag for individers rettslige krav mot statene. Komiteéns definisjon av ”justiciable” kommer vi tilbake til nedenfor.

I Norge er som kjent det siste løst i menneskerettsloven, også for ØSKs del, jf. de motforestillinger som vi i sin tid gjorde rede for i vår høringsuttalelse.³ Reglene ble inkorporert gjennom

¹ Riktignok kan klageorganets praksis i saker som vedrører andre stater, tenkes å bli tillagt en viss betydning når saker etter ØSK kommer opp for norske domstoler. Men jevnt over må overføringsverdien over landegrensene på dette området ventes å bli lav, bl.a. som følge av at sosiale og økonomiske ordninger oftest er konkret utformet.

² Se komiteéns General Comment No 9 (1998) avsnitt 10 og 11.

³ Gjengitt i Ot.prp. nr 3 (1998-1999) s. 34-35.

REGJERINGSADVOKATEN

henvisning til original ordlyd. Hvilke rettigheter den enkelte borger har på de mange og vide samfunnsområdene som ØSK potensielt dekker, fremgår i dag for det alt vesentlige av norsk lov.

I sine concluding observations til Norges femte rapport går komitéen i avsnitt 23 (knyttet til Høyesteretts dom i KRL-saken (Rt-2001-1006)) langt i å erklære i det abstrakte:

“that all economic, social and cultural rights are justiciable”.

Dette synet deles av mange innen menneskerettsmiljøet, men har så langt i liten grad blitt prøvd. I alle fall innen det norske rettssystemet foreligger det meget få saker der individuelle krav er søkt tuftet på ØSK, og nærmest ingen der domstolen har tatt standpunkt til anførselen.

Den siterte uttalelsen står i en viss kontrast til komitéens tidligere uttalelser i General Comment no 3 (om art 2(2), avgitt i 1990). Etter først å ha omtalt diskrimineringsregler som “justiciable”, heter det:

“... In addition, there are a number of other provisions in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, including articles 3, 7 (a) (i), 8, 10 (3), 13 (2) (a), (3) and (4) and 15 (3) which would seem to be capable of immediate application by judicial and other organs in many national legal systems. Any suggestion that the provisions indicated are inherently non-self-executing would seem to be difficult to sustain.” (understreket her)

I sin General Comment No 9 (1998) går komitéen noe videre gjennom sine ytringer i avsnitt 10 (om “justiciability”) og 11 (“Self-executing”).

Man ser altså en utvikling i komitéens syn. Dette er en utvikling som – så langt vi kan se – ikke har videre støtte i traktatmaterialet, men representerer et eksempel på såkalt dynamisk utvikling.

Regjeringen bemerket i St.meld. nr. 17 s. 65 venstre spalte at norske domstoler synes å være tilbakeholdne med å anvende folkerettslige bestemmelser som inneholder vide, formålspregede bestemmelser. Deretter ble det uttrykt følgende om nettopp ØSK:

“... FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) som er inkorporert gjennom menneskerettsloven, er et eksempel på en konvensjon som i stor grad inneholder slike programmessige, formålspregede bestemmelser. Det foreligger foreløpig ikke rettspraksis som viser at en norsk domstol har lagt avgjørende vekt på ØSKs bestemmelser i en konkret sak.”

ØSK gir som oftest, slik den fremtrer og med de forventningene som var til stede ved norsk tiltrædelse av ØSK, ikke grunnlag for direkte anvendelse i konkret rettsak. Heller ikke dagens rettskildebilde endrer etter vårt syn dette bildet. Samtidig synes komitéens uttalelser i GC No 9 å vise at uttalelser i enkeltsaker innenfor individklagesystemet kan bli basert på en annen tilnærming.

3.2 “Terskelspørsmål”

Dette leder til kjernen i vår drøftelse. Uansett den uenigheten som foreligger når det gjelder hvilke regler i ØSK som evner å være “selvkraftige”, må det konstateres at det hefter svær usikkerhet mht. på hvilke forhold prinsippene kan anvendes, og ikke minst, hvor mye som konkret skal til før man er villig til å konkludere med at en enkeltperson er blitt utsatt for krenkelse. Jo

REGJERINGSADVOKATEN

mer man strekker seg i å erklære at et rent skjønnsmessig prinsipp er "self-executing", jo klarere preg får anvendelsen av prinsippet å være et fritt, rimelighetspreget valg.

Til sammenligning er det grunn til å peke på de erfaringene man har med tvisteløsnings- og klageorganers arbeid på områdene for de sivile og politiske rettighetene. Som vi pekte på i pkt 2 i vårt brev fra 2006, er disse rettighetene formulert annerledes og en god del mer konkret i konvensjonene. Likevel har det som kjent gjennom desennier vært stor uklarhet hva som egentlig ligger i de enkelte bestemmelsene. Justitiarius Schei uttalte så sent som 7. oktober 2009 i innlegg i Aftenposten:

"I mange av de saker Høyesterett behandler, er det ofte en høyst skjønnsmessig rettsregel som skal anvendes – ikke minst er dette tilfellet der saken har internasjonale aspekter som ved bruk av Den europeiske menneskerettskonvensjonens regler. Innholdet i disse må ofte fastlegges i lys av et stort antall dommer, dels fra Menneskerettighetsdomstolen, dels fra vår egen Høyesterett, og ikke sjelden også fra andre domstoler. Samlet kan dette rettslige materialet være uklart og delvis motstridende."

Det er ikke til å komme utenom at dersom man tar mål av seg til å praktisere prinsippene i ØSK i konkrete saker reist av enkeltindivider, så vil "regelen" man anvender ofte bli et resultat av hva man finner rimelig, jf. pkt 3 i vårt brev av 2006. Slike vurderinger har ikke rettslig preg, men er vurderinger av politisk karakter. Man skal reelt sett ikke gjennomføre noe "klarlegging" av ØSK-rettighetenes materielle innhold; man skal velge innhold. Dette selv om det på andre punkter kan det dreie seg mer om sedvanlig fortolkning.

3.3 Ressursdisponering

Under pkt 2 i vårt brev av 2006 uttalte vi bl.a. at avgjørelsen av klager fremmet under henvisning til ØSK-regler i atskillig høyere grad enn etter reglene om sivile og politiske rettigheter vil dreie seg om hvordan samfunnets ressurser bør fordeles mellom svært mange og legitime formål. Ressursfordeling både innenfor den enkelte sektor og administrasjonsordning, og mellom sektorene, vil lett bli et tema. Etter vår syn er dette avveininger som domstoler ikke er godt stillet til å foreta, og som internasjonale organer er klart dårligere rustet for å vurdere enn nasjonale.

I sin General Comment No 9 (1998) omtaler ØSK-komiteén dette fenomenet under avsnitt 10. Etter først å definere "justiciability" "which refers to those matters which are appropriately resolved by courts", distanserer komitéén seg en del fra vårt synspunkt ovenfor, under henvisning til at domstoler etter komitééns syn allerede er involvert i atskillige forhold som har viktige konsekvenser for ressursfordeling. Derfor mener komitéén at det ikke er grunnlag for å si at økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter per definisjon er utenfor det som domstoler kan ta stilling til.

General Comment No 14 (2000) omhandler ØSK art 12 – "retten for enhver til den høyest oppnåelige helsestandard både fysisk og psykisk". Under del I ("The normative content of article 12") av GC No 14 påpekes først at statene ikke kan være ansvarlige for alle de faktorer (for eksempel genetiske) som kan forårsake helsesvikt. Deretter heter det til sist i avsnitt 9:

"... Consequently, the right to health must be understood as a right to the enjoyment of a variety of facilities, goods, services and conditions necessary for the realization of the highest attainable standard of health."

REGJERINGSADVOKATEN

De videre punktene i GC No 14 gir nokså klare indikasjoner på at komitéen kan komme til å mene at brede budsjettmessige prioriteringer kan bli sensurert, også i forbindelse med klager fra enkeltpersoner:

“Violations of the obligation to fulfil

52. Violations of the obligation to fulfil occur through the failure of States parties to take all necessary steps to ensure the realization of the right to health. Examples include the failure to adopt or implement a national health policy designed to ensure the right to health for everyone; insufficient expenditure or misallocation of public resources which results in the non-enjoyment of the right to health by individuals or groups, particularly the vulnerable or marginalized;...” (understreket her)

Utilstrekkelige bevilgninger, gjerne i kombinasjon med “feil bruk av offentlige midler”, reiser i høy grad spørsmål av den typen vi omtalte i pkt 2 i vårt brev av 2006.

For at komitéen (eller for den saks skyld domstoler) skal kunne ta standpunkt til om det foreligger “feil bruk av offentlige midler”, kreves det vurdering også av andre budsjetttiltaks politiske nødvendighet/hensiktsmessighet. Dette vil potensielt inkludere bevilgningsbeslutninger innenfor andre sektorer som omfattes av ØSKs videre virkeområde. Tilsvarende formuleringer om at statene gjennom utilstrekkelig bevilgninger eller ved feil bruk av offentlige midler gjør seg skyldig i brudd også overfor enkeltindivider (“individuals”), finnes for eksempel i avsnitt 36 i GC No 18 (2005) om retten til arbeid (ØSK artikkel 6). Synet om at brudd overfor individet kan oppstå gjennom bevilgningsvedtak gjelder ved “feil bruk av offentlige midler” også områder som ikke er omfattet av ØSK. Det er for eksempel intet i komitéens siterte formulering som forhindrer den i å erklære at bevilgningene til helse- eller arbeidsformål er blitt for lave som følge av for høye (eller ineffektive) bevilgninger til diplomatesen eller forsvar.

Et slikt innhold av prinsippene i ØSK har – slik vi ser det – ikke grunnlag i traktaten. Ved praktiseringen av ØSK i Norge, i forholdet mellom individene og det offentlige, bør det ikke være domstolene, men lovgiveren som fastlegger rettigheter og plikter når prioriteringsspørsmål av dette slaget melder seg. I hvert fall som den klare hovedregel må det frarådes at man gir seg inn i en klageordning som kan lede til at denne typen politiske spørsmål kan bli rettsliggjort. Utfallet av slike vurderinger vil være uforutsigelig. I praksis vil en tilslutning til klageordningen være irreversibel, på samme måte som tilslutningen til ØSK selv.

Det kan innenfor visse områder være mulig å identifisere ØSK-spørsmål som kan løses ved bruk av mer klassiske rettskildeprinsipper, slik at det ikke møter de samme innvendinger å la spørsmålene bli avgjort i domstolene. Imidlertid må det uansett erkjennes at på svært brede samfunnsområder vil en tilnærming som den komitéen allerede synes å ha indikert, lede til at komitéen vil kunne komme til å ta standpunkt til viktige spørsmål av rent fordelingspolitisk karakter. Hva utfallet vil bli innen de forskjellige sektorer, på kort og lang sikt, kan ikke forutses.

3.4 Forrangsregelen

De materielle prinsippene i ØSK er allerede inntatt i menneskerettsloven, og de har derfor – i tilfeller av konflikt også med positivt utformede norske rettsregler – forrang, jf. lovens § 3.

Uansett om tilleggsprotokollen som det nå er tale om blir inntatt i loven, oppstår en sterk forventning om at det syn som komitéen uttrykker i en konkret klagesak mot Norge, bør følges.⁴

3.5 Statenes skjønnsmargin

I pkt 8 i vårt brev i 2006 uttrykte vi at det i høy grad vil være opp til klageorganet selv i hvilke tilfelle og i hvilken grad innklagede stat skal nyte godt av skjønnsmargin ("margin of appreciation"). For det tilfelle at Norge gikk inn for vedtakelsen av en individklageordning sa vi at man burde foreslå en eksplisitt artikkel om at klageorganet skal håndheve en klar skjønnsmargin.

Dette siste førte ikke frem. Men to andre bestemmelser ble tatt inn i tilleggsprotokollen; bestemmelser som kan tenkes å være av betydning for det spørsmål som nå reises.

Art 4 sier at med mindre komitéen mener at klagen reiser alvorlige spørsmål av generell interesse, *kan* den avvise klagen "where it does not reveal that the author has suffered a clear disadvantage". Vi kan ikke se at denne bestemmelsen på noen nevneverdig måte avsvkker de hensynene vi la vekt på. Det er nettopp når en klage får generell betydning, at de tyngste mot-hensynene gjør seg gjeldende.

Den andre regelen er art 8(4). Bestemmelsen sier at komitéen ved vurderingen av klager "shall consider the reasonableness of the steps taken by the State Party" under hensyn til at staten "may adopt a range of possible policy measures for the implementation of the rights set forth in the Covenant". Bestemmelsen minner klageorganet om at det vil være tilfeller av manglende selvkraftighet (manglende self-executing virkning). Men vi tror for vår del ikke at bestemmelsen på noen sikker måte vil avholde komitéen fra å gå langt i retning av å formulere vidtgående, konkretiserte krav i tilfeller der den synes dette er på sin plass. I hvilke situasjoner og på hvilke områder det kan skje, vil være opp til komitéen selv.⁵

4 AVSLUTNING

Ratifikasjon av tilleggsprotokollen er etter vårt syn reelt sett ikke bare tilslutning til et prosess- uelt klagesystem, men innebærer reelt sett overføring av lovgivningsmyndighet på svært vide og ikke nærmere presiserte samfunnsområder, i kombinasjon tilsvarende innsnevring av norske organers handlefrihet.

Drøftelsen av hensiktsmessigheten ved å påta nye folkerettslige forpliktelser innen bl.a. mr- området har i atskillig grad skjedd med grunnlag i "modne systemer"; særlig EMK og EØS. (Se særlig debatten vedrørende makt og demokrati, St.meld. nr. 17 pkt 3.7 og 3.8.) Til tross for en etter hvert rikholdig rettspraksis, er fremdeles situasjonen at man ofte ikke trygt kan forutsi hvilke krav som domstolene innen disse systemene vil stille, dvs. hvilke begrensninger de vil etablere for norsk lovgivende myndighet.⁶ Erfaringen er altså at også de menneskerettighetsfor-

⁴ Se St.meld. nr. 17 s. 67 v.sp. øverst og vårt brev 20.01.2006 pkt 6..

⁵ At komitéer av denne typen til tider stiller seg meget fritt til sitt hjemmelsgrunnlag, illustreres av Rt-2008-513. FNs torturkomité uttalte der at Norge var rettslig bundet av komitéens anmodning om "interim measures" (utsatt iverksettelse inntil komitéen hadde uttrykt sitt syn på realiteten i klagen). Dette til tross for at dens realitetsuttal- elser ikke har bindende virkning, og uten at Torturkonvensjonen ga noen eksplisitt hjemmel. (For øvrig er det dem som går lenger og hevder at komitéens "views" om realiteten (med tiden) er blitt rettslig bindende.)

⁶ Her kan skjebnen til Høyesteretts dom i Rt-2004-1737 være illustrerende. EMD konkluderte med brudd, til tross for Høyesteretts grundige drøftelser der også (og kanskje særlig) demokratihensyn ble spesielt fremhevet, se avsnitt 62. Jf. også omtalen av høyesterettsdommen (før behandlingen i Strasbourg) i St.meld. nr. 17 s. 73 h.sp. og 75 v.sp.

REGJERINGSADVOKATEN

pliktelserne som Norge påtok seg mange år tilbake, fremdeles skaper usikkerhet. Det har tatt til dels lang tid før bestemmelsene "tas i bruk". Dette fenomenet, i kombinasjon med den dynamiske anvendelsen av reglene (som gjerne inntreffer først etter at reglene har virket en tid), taler etter vår oppfatning for at Norge bør være tilbakeholdende med å pådra seg ytterligere forpliktelser av uklar rekkevidde. Det kan med en viss rett sies at Norge allerede har påtatt seg atskillige forpliktelser hvis rekkevidde man ikke kjenner.

Vi har vanskelig for oss å tenke større usikkerhet hva gjelder omfanget av nye menneskerettsforpliktelser enn de som kan tenkes etablert av klageorganet etter tilleggsprotokollen til ØSK. I hvilken grad, og når nye, overraskende og/eller vidtgående forpliktelser vil bli søkt etablert under ordningen, er det etter vårt syn ikke mulig å forutse. Dette leder til at beregning av administrative og økonomiske konsekvenser ikke lar seg gjennomføre.

Med hilsen

REGJERINGSADVOKATEN

Tolle Stabell

ass. regjeringsadvokat