

Det kgl. Utenriksdepartementet  
Pb 8114 Dep.  
N-0032 Oslo

Dato: 09.03.2012

## **Høring - utredning om ratifikasjon av TP-ØSK og virkninger i Norge**

Norsk senter for menneskerettigheter (SMR) takker for muligheten til å bidra med synspunkter på hvorvidt Norge bør ratifisere tilleggsprotokollen om individklagerett etter FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK).

Senteret innehar inntil videre rollen som Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter (NI), med et særlig offentlig mandat til å overvåke Norges implementering av de internasjonale menneskerettighetene og gi råd til norske myndigheter i menneskerettsspørsmål. Som Nasjonal institusjon har vi tidligere bidratt med en utredning om problemstillingene, slik de fremstår i den norske debatten. Vi viser til rapporten «Reasonable or Risky?» av forsker Malcolm Langford, som legges ved høringsuttalelsen. Den nasjonale institusjonen har også trukket veksler på senterets øvrige fagkompetanse i utformingen av sin høringsuttalelse.

Vi kommenterer i vår høringsuttalelse på sentrale problemstillinger slik de fremgår av Harborgs rapport, samtidig som vi fremhever mer generelle argumenter knyttet til ratifikasjon av TP-ØSK.

### **Sammendrag**

#### **Virkeliggjøring av rettighetene og internasjonal solidaritet er sterke argumenter for ratifikasjon**

Det er liten tvil om at en mulighet for prøving av menneskerettigheter som rettslige krav i individuelle saker fører til en styrking av rettighetene. Derfor er det viktig at også ØSK får en individuell klageordning. Muligheten for å få prøvd sine krav av et internasjonalt organ bør også tilfalle norske borgere. I tillegg vil ratifikasjon være viktig for Norges rolle som pådriver for utvikling av et internasjonalt menneskerettighetsvern, et viktig element i Norges utenrikspolitikk som det synes å være bred enighet om. Et sentralt hensyn som bør tillegges betydelig vekt, er at Norge først etter en egen ratifikasjon kan oppfordre andre stater til å ratifisere, og slik vise internasjonal solidaritet med borgere i land som har stort behov for denne klageordningen.

#### **Er det grunnlag for å frykte et redusert demokratisk handlingsrom?**

Den nasjonale skepsisen mot ordningen synes å være begrunnet i demokratihensynet. Problemstillingen er i hvilken grad en rettslig prøving av ØSK-rettigheter kan føre til at det

demokratiske handlingsrommet reduseres, ved at beslutninger som anses som utpreget politiske foretas av nasjonale domstoler og FNs ekspertkomité som overvåker ØSK (ØSK-komiteen).

Slik den nasjonale institusjonen ser det gir verken argumentet om ØSK-rettighetenes vaghet og målsetningspregede utforming, eller argumentene om at protokollen gir ØSK-komiteen for stor myndighet på bekostning av statenes skjønnsmargin, grunnlag for å si at klageordningen vil gripe inn i det nasjonale demokratiske handlingsrommet.

ØSKs positive rettigheter, som pålegger staten ytelser, legger opp til minstestandarder som Norge i det alt vesentlige allerede oppfyller. Dessuten er ØSK allerede inkorporert i norsk rett og dermed gjenstand for rettslig prøving, noe som er vedtatt gjennom en grundig demokratisk prosess. Senteret søker i sin uttalelse å gjøre rede for at statene trolig vil bli tillagt tilstrekkelig skjønnsmargin. Praksis etter andre klageordninger samt ØSK-komiteens egne uttalelser, taler klart i retning av at komiteen vil benytte sin myndighet med varsomhet, og ikke gripe inn i politiske prioriteringer av betydning.

I debatten om rettighetene i ØSK kan prøves rettslig, viser SMR til allerede eksisterende internasjonal praksis, og konstaterer at når klageordningen trer i kraft vil det utvikle seg en praksis om hvordan rettighetene vurderes som Norge må forholde seg til uavhengig om vi er med i ordningen eller ikke.

## **Andre forhold**

Høringsuttalelsen ser også på to andre problemstillinger. Det første spørsmålet er hvordan ØSK-komiteens avgjørelser best kan følges systematisk opp på nasjonalt nivå. Her oppfordrer SMR norske myndigheter til å vurdere å etablere en mer formalisert oppfølgingsordning. Det andre spørsmålet er hvilken vekt uttalelsene fra internasjonale organer som ØSK-komiteen bør tillegges ved vurderingen av fremtidige tilsvarende saker. Her fastholder SMR en prinsipiell holdning om at komiteens uttalelser ikke er bindende, men at uttalelsene i utgangspunktet må tillegges betydelig vekt.

## **1 Behovet for styrking av ØSK rettighetene**

### **1.1 Styrket implementering gjennom individuell klagerett**

FNs menneskerettskonvensjoner er rettslig bindende dokumenter. De overvåkes derimot ikke gjennom en rettslig prosess slik vi ser i Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, men gjennom periodiske rapporteringer til komiteene som avsier ikke-bindende anbefalinger om statens videre oppfølging av konvensjonen. Denne overvåkingen er bare effektiv et stykke på vei. Erfaring har vist at individuell klagerett er et viktig virkemiddel for å styrke virkeliggjøring av rettighetene. Ved å fastslå rettighetene som rettslige krav som kan prøves for et kontrollorgan, får rettighetene en mer konkret betydning for den enkelte.

I tillegg til avgjørelsen i den enkelte sak, er klagesakene viktige blant annet for å konkretisere rettighetenes innhold. Komiteenes praksis gir verdifull informasjon om hvordan bestemmelsene er å forstå. Et annet svært viktig perspektiv er at klagemekanismene påvirker statene til å styrke sitt eget system for etterprøving av rettighetene, da de fleste stater vil anse det som bedre å få påpekt menneskerettighetsbrudd i sitt nasjonale system enn av et internasjonalt overvåkingsorgan.

## 1.2 ØSK-rettighetene kan prøves på linje med andre menneskerettigheter

De fleste andre av FNs hovedkonvensjoner om menneskerettigheter har allerede en individklageordning. ØSK-rettighetene har en annen historie når det gjelder overprøvelse enn andre rettigheter enten det hevdes at de ikke var ment å skulle være gjenstand for konkret prøving, eller at grunnen hevdes å være at øst-blokken i FN som støttet ØSK rettigheter aldri ville ønske en internasjonal overprøving.<sup>1</sup> Situasjonen i dag er at det i stadig større grad internasjonalt har utviklet seg en konsensus om at ØSK-rettighetene kan, og bør, prøves juridisk.

Uten å gå detaljert inn i problemstillingen fremheves enkelte hovedlinjer. Utover 1990-tallet utviklet mange land konstitusjoner som inneholder slike rettigheter, eller inkorporerte ØSK i nasjonal rett. På samme tid kan man se at de regionale kontrollorganene for menneskerettigheter – Den afrikanske kommisjonen og Den inter-amerikanske domstolen – fikk ØSK rettigheter inkludert i sitt mandat. Det ble utviklet klageordning etter Den europeiske sosialpakten og klagemekanismer for FNs kvinnekonsensjon og FNs konvensjon om funksjonshemmedes rettigheter, som begge inneholder ØSK-rettigheter. På 2000-tallet uttalte Den internasjonale domstolen i Haag at Israels bygging av sikkerhetsmuren i de okkuperte områdene var et brudd på ØSK.

Sist, men ikke minst, har vi utviklingen av selve tilleggsprotokollen om individklagerett. Det faktum at det formelle grunnlaget for en individklageordning nå er utarbeidet og vedtatt i FN, er et klart signal om at ØSK-rettighetene skal kunne prøves rettslig på linje med andre menneskerettigheter.

## 1.3 Internasjonal solidaritet

For borgere i stater uten et velutviklet rettssystem er det særlig viktig å kunne få sin sak prøvd for et internasjonalt organ. Norge har tradisjonelt vært en sterk støttespiller for utviklingen av internasjonale rettssystemer, også på menneskerettighetsfeltet. Det blir lagt merke til internasjonalt at Norge, og flere andre land med sterke menneskerettighetstradisjoner, ikke har støttet utviklingen av denne tilleggsprotokollen. Dette kan føre til at stater hvor menneskerettighetsvernet tradisjonelt er svakere, og hvor borgernes behov for klageordningen er stort, vil få styrket sine argumenter mot de internasjonale overvåkingsystemene. I verste fall kan Norges holdning føre til at andre land avstår fra å ratifisere. Hensynet til internasjonal solidaritet med mennesker i andre deler av verden, og styrking av det internasjonale systemet for oppfølging av menneskerettigheter, bør veie svært tungt. Ratifisering av tilleggsprotokollen bør ha alvorlig negative konsekvenser for Norge før det kan oppveie for disse hensynene.

<sup>1</sup> For nærmere om diskusjonen, se M.Langford, *Reasonable or Risky*, Working paper, 17. juni 2011, s. 5 [vedlagt].

## 1.4 Utenrikspolitiske hensyn

Støtte til FN og systemene for en internasjonal rettsorden er utenrikspolitiske mål for Norge som det er bred politisk enighet om. Internasjonalt har Norge gjennom flere tiår vært en forkjemper for utvikling av demokrati og menneskerettigheter, og herunder kjempet for å styrke FNs systemer for oppfølging av menneskerettigheter. Det er vanskelig å se hvordan manglende ratifisering av et så sentralt menneskerettighetsinstrument, med så stor betydning for mange mennesker på verdensbasis, er i tråd med de holdninger Norge forfekter overfor andre stater når det gjelder respekt for menneskerettigheter. Især gjelder dette fordi det er snakk om håndhevelse av en konvensjon Norge allerede har inkorporert i norsk lov, og som kan prøves av nasjonale domstoler.

## 2 Demokratihensynet

### 2.1 Problemstillingene

Det norske demokratiet bygger på en maktfordeling mellom Stortinget som lovgiver, regjeringen som utøvende makt og domstolene som kontrollorgan. Enkelte aktører hevder at en rettslig prøving av ØSK rettighetene med sin vage utforming kan føre til en forskyving av makt fra politikerne til domstolene. I forlengelsen av denne debatten hevdes det at ØSK-komiteen, som skal fungere som overvåkingsorgan for statenes oppfyllelse av rettighetene, har fått for vide fullmakter i den nye protokollen.

- Skepsisen er i det vesentlige knyttet til at utformingen av de positive rettighetene i konvensjonen, de tilfeller der staten tillegges en plikt til å oppfylle fremfor å beskytte rettigheten, er vage og formålspregende i sin utforming.
- I tillegg hevdes det at tilleggsprotokollen tillegger komiteen for vid adgang til overprøvelse kontra statenes skjønnsmargin i sin oppfyllelse av rettighetene.

Momentene om vaghet, vid prøvelsesrett for komiteen og uklar vurdering av statenes skjønnsmargin har samlet medført til dels stor skepsis i deler av det norske juss-miljøet og i regjeringsapparatet. Til nå har den offentlige debatten om ratifiseringsspørsmålet, på lik linje med flere fremtredende spørsmål på menneskerettighetsfeltet, i liten grad blitt fremmet på politisk nivå. Senteret håper dette nå vil endres og at vi får en åpen meningsutveksling om disse spørsmålene blant norske politikere.

Det hevdes at individklageordningen gir ØSK-komiteen og domstolene mulighet til å gripe inn i beslutninger, for eksempel om prioritering av samfunnets ressurser, som i sin form er utpreget politiske. Spørsmålet er i hvilken grad dette medfører riktighet, og i den forbindelse hvilke signaler vi ser om hvordan ØSK-komiteen faktisk vil utøve sin myndighet til å overprøve statenes oppfyllelse av rettighetene.

### 2.2 Rettighetenes vaghet

Et viktig perspektiv i diskusjonen om vaghet, er at menneskerettighetene er en del av internasjonal rett. Utformingen av folkerettslige regler fordrer enighet blant verdens stater, og medfører at

reglene sjelden er konkret eller detaljert utformet. Vaghet er derfor en del av menneskerettighetenes natur. Samtidig må det understrekes at også folkerettslige regler er underlagt fastlagte tolkningsprinsipper, som bidrar til å fastslå innholdet i en traktatforpliktelse.<sup>2</sup>

Det er en internasjonal målsetting at menneskerettighetene skal beskytte mindretallet og marginaliserte grupper i samfunnet mot nasjonalstatens og flertallets utøvelse av makt. Det legges i stadig større grad opp til at menneskerettighetene, tross deres til dels vage utforming, skal danne konkrete skranker for beskyttelse av individers rettigheter. Statenes gjennomføring av rettighetene overvåkes både gjennom periodiske rapporteringer, og vurdering av individklager i ulike komiteer eller i regionale domstoler som Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD).

### 2.2.1 ØSK rettighetene som rettslige krav

Det har i mange år pågått en internasjonal debatt om ØSK-rettighetene er egnet til å utgjøre rettslige krav som prøves av domstolene. I Norge, hvor et stort antall velferdsrettigheter fremgår av det nasjonale lovverket, er det bred enighet om at slike rettigheter som sådan er egnet til rettslig prøving. Det er selve de vage formuleringene i ØSK-konvensjonen det stilles spørsmålsteget ved.

Tilleggsprotokollen er etablert på det klare premisset at ØSK-konvensjonens rettigheter er ment å gi uttrykk for bindende normer som kan prøves rettslig. Tilleggsprotokollens ordlyd viser også at samtlige rettigheter i konvensjonen skal kunne prøves rettslig, noe som ble bekreftet i forhandlingsprosessen. Det er derfor ikke grunnlag for å si at rettigheter som impliserer positiv oppfyllelse ikke omfattes.

Praksis fra andre land bekrefter at ØSK kan gjøres til gjenstand for rettslig prøving. ØSK er blitt gjenstand for direkte pådømmelse i flere land som Argentina,<sup>3</sup> Frankrike<sup>4</sup> og Portugal<sup>5</sup>. I økende grad innarbeides ØSK-rettigheter dessuten i landenes grunnlover, som i sin tur gjøres til gjenstand for rettslig prøving. Slike rettigheter gis normalt en utforming tilpasset statenes grunnlovstradisjoner, men er i mange tilfeller sterkt påvirket av ØSK-konvensjonen. Fremtredende eksempler på dette er stater som Finland, Latvia, Sør-Afrika, India og Columbia, hvor domstolene har avgitt flere prinsipielle avgjørelser om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.<sup>6</sup> Den sørafrikanske grunnlovsdomstolen har vært særlig sentral for rettsutviklingen på området, og

<sup>2</sup> Jf. Wienkonvensjonen om traktatretten av 1969 (VCLT) artikkel 31-33, og ICJ-statuttene artikkel 38.

<sup>3</sup> National Court of Appeals (Cámara Nacional) for the Federal Contentious-Administrative Jurisdiction, Fourth Chamber, Mariela C. Viceconte v. Ministry of Health and Social Action, 2 June 1998. LA LEY, Suplemento de Derecho Constitucional, 5 November 1998, Judgment No. 98,096.

<sup>4</sup> Se (2000) 13 INTERRIGHTS Bulletin, s. 53 flg., for gjennomgang av fransk rettspraksis.

<sup>5</sup> Jf. H.Harborg, Valgfri protokoll til ØSK – mulige virkninger av tilslutning (HH-rapporten), s. 39.

<sup>6</sup> Bl.a. Social Rights Jurisprudence, M. Langford [red.] Cambridge 2008; Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights, International Commission of Jurists, Human Rights and Rule of Law Series: Nr. 2.

enkelte nøkkelavgjørelser har hatt direkte innflytelse på tilleggsprotokollens utforming. Rettspraksis fra Sør-Afrika har særlig interesse fordi landets grunnlov i vesentlig grad speiler ØSKs rettighetskatalog. Selv om det er forskjeller mellom en direkte pådømmelse av ØSK, og anvendelse av nasjonale grunnlovsbestemmelser, bør ikke forskjellene overdrives. Rettspraksis fra andre regionale overprøvningsorganer viser også at ØSK-rettigheter kan prøves rettslig.<sup>7</sup> I norsk sammenheng er det særlig relevant å trekke frem praksis fra Den europeiske sosialrettskomiteen, etablert under tilleggsprotokollen til Den reviderte europeiske sosialpakt. Sosialrettskomiteen er kanskje det mest relevante eksempelet på at relativt vage ØSK-rettigheter kan gjøres til gjenstand for rettslig prøving, og komiteen har bygget opp en betydelig praksis for operasjonalisering av ØSK-normer. Etter senterets syn hersker det ikke tvil om at slike saker kan ha stor overføringsverdi, som bidrag til tolkning av ØSKs rettigheter.

### 2.2.2 ØSK-rettighetenes stilling i Norge

Norge regnes jevnlig som et av verdens beste land å bo i, med topp-rangeringer på FNs utviklingsindeks (HDI). Det er også rimelig å se den høye levestandarden i sammenheng med en særlig godt utbygget velferdsstat. Det er videre bred politisk oppslutning om viktigheten av at velferdstjenester bør formuleres som rettskrav den enkelte har krav på. Som en konsekvens av dette er en rekke velferdsrettigheter innlemmet i det nasjonale lovverket.

For norske domstoler er det foreløpig svært sparsomt med rettspraksis vedrørende ØSK. Høyesterett uttalte i KRL-dommen at Konvensjonsbestemmelser «må kunne konkretiseres til rettigheter og plikter», og at det kunne reises spørsmål om visse bestemmelser i ØSK var «egnet for umiddelbar prøving». <sup>8</sup> I Boplikt-saken ble ØSK artikkelene 6, 7 og 11 anført som selvstendige rettsgrunnlag. <sup>9</sup> Høyesterett uttalte at «[d]isse bestemmelsene er etter sitt innhold svært ubestemte, og det kan reises spørsmål om hvor langt de gir rettigheter som kan håndheves ved søksmål for domstolene.»

Årsakene til den sparsomme praksisen på dette området er trolig flere. Den mest nærliggende begrunnelsen, er at Norges lovverk og praksis på de aller flest punkter allerede oppstiller et sterkere vern enn forpliktelsene i ØSK. Selv om eksperter har påvist enkelte områder hvor rettstilstanden reiser problemer knyttet til oppfyllelse av ØSK,<sup>10</sup> er Norge på det generelle plan trolig godt innenfor rammene av ØSK.

Samtidig synes det å være et udekket kunnskapsbehov i rettsapparatet og blant advokater om ØSK-konvensjonen, herunder om rettskildetilfanget som klargjør tolkningen av bestemmelsene. Den

<sup>7</sup> Se generelt Langford(2008) del 4, s. 477 flg.

<sup>8</sup> Rt. 2001 s.1006.

<sup>9</sup> Rt. 2011 s.304.

<sup>10</sup> Bl.a. Langford(2011); A. Kjellevold, *Sosiale menneskerettigheter av betydning for norsk helse- og sosialrett?* Nordic Journal of Human Rights 2006, nr. 4.

sparsomme rettspraksisen synliggjør behovet for en klageordning som gjør det mulig å konkretisere og videreutvikle tolkningen av konvensjonen i individuelle saker. Som nevnt er ikke vaghet et særpreg som utelukkende gjelder ØSK, også andre internasjonale konvensjoner bærer dette preget. For eksempel har det rettslige innholdet i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) i stor grad blitt utpenslet gjennom mange års rikholdig praksis. På tilsvarende måte tror SMR at komiteen med den nye individklageordningen vil bygge opp en tolkningspraksis med et høyere presisjonsnivå, der normer for vurdering av statlig gjennomføring gradvis gis et mer konkret innhold.

Senterets hovedanliggende i denne sammenhengen, er imidlertid at komiteens tolkningspraksis vil påvirke Norge, enten vi tilslutter oss klagemekanismen eller ikke. Norske domstoler kan ikke unngå å se hen til internasjonal tolkningspraksis i en sak hvor det fremmes krav etter ØSK, som allerede er inkorporert i menneskerettsloven. Formålet med tilleggsprotokollen er å sikre at ØSK-rettigheter sikres et effektivt rettsmiddel, på lik linje med sivile og politiske rettigheter. Gjennom direkte deltakelse i prosessen, vil norske myndigheter kunne gi til kjenne sin forståelse av konvensjonens forpliktelser og slik bidra til dannelsen av etterfølgende statspraksis.<sup>11</sup> Dersom Norge skulle velge å stå utenfor, vil myndighetene miste muligheten til å påvirke rettsutviklingen på feltet gjennom direkte deltakelse i klageprosessen.

### 2.2.3 ØSK- tolkningsprinsipper

Selv om ØSK-komiteen enda ikke har hatt sjansen til å anvende konvensjonens rettigheter direkte i individuelle tilfeller, har komiteen avgitt en rekke generelle tolkningsuttalelser om hvordan rettighetene i ØSK skal forstås (General comments). Disse uttalelsene er ikke avgitt med tanke på individuell prøving av saker, men gir klare indikasjoner på den metodiske tilnærmingen ØSK-komiteen vil benytte også i individuelle saker.

Komiteens tolkningsprinsipper, slik de kommer til uttrykk i General comments, er dessuten tungt påvirket av prinsipper utviklet innenfor rammeverket for sivile og politiske rettigheter, i tillegg til konstitusjonell og administrativ rett i ulike jurisdiksjoner.<sup>12</sup> I sine generelle uttalelser og ved vurderingen av statenes periodiske rapporter, benytter ØSK-komiteen seg av fire tolkningsprinsipper for å fastlegge innholdet i ØSK-rettigheter og statenes korresponderende forpliktelser. ØSK forplikter statene til 1) øyeblikkelig oppfyllelse av plikten til å respektere og beskytte rettighetene, 2) ikke-diskriminering og likebehandling, 3) oppfyllelse av et minstenivå av rettighetene og 4) gradvis oppfyllelse med alle tilgjengelige ressurser. Senteret viser til Langfords arbeidsnotat for en grundigere fremstilling av disse tolkningsprinsippene.<sup>13</sup> Et sentralt poeng er at disse tolkningsprinsippene også benyttes ved individuell prøving av ØSK-rettigheter i andre internasjonale, regionale og nasjonale klageorganer og domstoler. Komparative sammenlikninger

<sup>11</sup> Jf. VCLT artikkel 31 (3) bokstav c.

<sup>12</sup> Langford(2011), s. 13.

<sup>13</sup> Ibid, s. 10 flg.

viser at tolkningsprinsippene er utviklet som et resultat av et samspill mellom ulike jurisdiksjoner, som ved gjensidig påvirkning har sørget for økende grad av sammenfall når det gjelder rettslig prøving av ØSK-rettigheter.

### 2.3 Komiteens prøvingsintensitet og statenes skjønnsmargin

Spørsmålet om statenes skjønnsmargin var et omdiskutert tema under forhandlingene av TP-ØSK, og speilet statenes bekymring for at komiteen i for stor grad skulle blande seg inn i politiske beslutningsprosesser.

Flere av statene ønsket en eksplisitt referanse i TP-ØSK til at statene skulle ha en bred skjønnsmargin. Flere land var imidlertid svært skeptiske til en slik uttrykkelig henvisning i teksten, og det endelige kompromissforslaget inneholdt ingen klar henvisning til skjønnsmarginen. I stedet fastsetter TP-ØSK artikkel 8(4) at komiteen skal vurdere rimeligheten («reasonableness») av de tiltak staten har gjennomført i henhold til ØSK artikkel 2. I tillegg ble det inntatt en formulering om at komiteen ved vurderingen «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».

#### 2.3.1 Særlig om statenes skjønnsmargin

Selv om TP-ØSK art. 8 (4) mangler en uttrykkelig henvisning til en bred skjønnsmargin, er det ikke grunnlag for å tolke dette antitetisk. Tvert imot viser forhandlingene at kompromissforslaget fikk støtte fra de skeptiske statene nettopp fordi de anså at formuleringene i tilstrekkelig grad åpnet for et politisk spillerom. Det sentrale i denne sammenheng er at det i rimelighetsstandarden («the reasonableness test»), må innfortolkes en skjønnsmargin. Kompromissformuleringen ble tatt direkte fra Den sørafrikanske grunnlovsdomstolens avgjørelse i saken *Grootboom*, hvor retten uttrykkelig innfortolket en skjønnsmargin.<sup>14</sup>

En slik tolkning er også rimelig i lys av komiteens gjeldende praksis ved avgivelse av generelle tolkningsuttalelser, og i sine anbefalinger til statene på bakgrunn av periodiske rapporteringer. Allerede i 1995 fastslo Craven på bakgrunn av analyser av komiteens uttalelser, at den benyttet en skjønnsmargin ved vurderingen av om statene hadde iverksatt egnede tiltak etter ØSK artikkel 2(1).<sup>15</sup> Rimelighetsstandarden må også ses i sammenheng med formuleringen om at komiteen skal ta i betraktning at statene kan benytte flere ulike tiltak for å gjennomføre sine konvensjonsforpliktelser.<sup>16</sup>

Senteret støtter derfor Harborgs synspunkt om at det er rimelig grunnlag for å hevde at medlemsstatene må innrømmes en skjønnsmargin i valget av virkemidler og spørsmål om

<sup>14</sup> *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others* 2000 (11) BCLR 1169 (CC). Domstolen fastslo at: "The precise contours and content of the measures to be adopted are primarily a matter for the Legislature and the Executive. They must, however, ensure that the measures they adopt are reasonable" (avsnitt 41).

<sup>15</sup> Langford(2011), s.33.

<sup>16</sup> Jf. art. 8(4) annen setning.



ressursallokering. Det er ingenting i eksisterende praksis som tilsier at komiteen vil legge seg på en utvidet tolkning av sitt mandat, og utøve kontroll uten å vektlegge statenes skjønnsmargin.

Harborg trekker imidlertid frem uttalelser fra Bruce Porter som eksempel på at ikke alle tolker art. 8(4) slik at den gir anvisning på tilbakeholdenhet i prøvingen. Det nevnes at Porter mener at ordlyden ikke støtter en tolkning om at rimelighetsstandarden «authorises or permits any denial of adjudication or remedy to any class of rights claimant or category of claim for the reason that the State is better placed to make policy choices or to allocate resources». Harborg synes å forstå dette dit hen at Porter mener komiteen er like egnet som medlemsstatene til å velge politikk og allokere ressurser, og at komiteen om nødvendig bør gjøre dette i behandlingen av enkeltklager. Porters budskap synes imidlertid ikke å være at det ikke eksisterer et skjønnsmessig spillerom, men at en slik skjønnsmargin ikke kan føre til automatisk blokkering av tilgang til et effektivt rettsmiddel for noen særlig rettighetstyper eller grupper av klagere. Porter anerkjenner dessuten at gjennomføringen av ØSK-rettigheter er kompleks, og at komiteen ikke kan «impose its own policy choices when other choices may be available and preferred as a means to ensure compliance with the ICESCR».<sup>17</sup> I dette ligger det selvsagt ett innslag av skjønn.

Porters tilsynelatende klare avvisning av en «margin of appreciation» må også ses i sammenheng med at begrepet er utviklet i en europeisk kontekst, og at enkelte land bruker prinsippet for å rettferdiggjøre en avskjæring av spørsmål fra rettslig prøving. Senteret ønsker å påpeke at TP-ØSK fastsetter prosessuelle regler for behandling av individklagesaker. I et folkerettslig perspektiv er det svært uvanlig å innføre uttrykkelige begrensninger i ØSK-rettighetenes materielle bestemmelser gjennom et slikt instrument.

Som følge av statenes bekymringer har ØSK-komiteen gått til det uvanlige skritt å avgi en særskilt uttalelse om hvordan den kommer til å utføre sitt mandat etter TP-ØSK. Av uttalelsen fremgår det blant annet at komiteen er seg bevisst sin rolle som internasjonalt traktatsorgan, og statenes rolle i utforming av lover og andre tiltak.<sup>18</sup> Det vises videre til at komiteen, i tråd med gjeldende praksis for juridiske og kvasi-judisielle menneskerettsorganer «...always respects the margin of appreciation of States to take steps and adopt measures most suited to their specific circumstances».

Som Harborg korrekt påpeker, er det komiteen selv som skal avgjøre rammene for sin kompetanse etter art. 8(4). Man har selvsagt heller ikke noen garanti for hvordan ØSK-komiteen kommer til å utvikle sin praksis i fremtiden. Etter senterets syn tilsier komiteens samlede praksis at norske myndigheter har liten grunn til å frykte en prøving av ØSK som griper inn i demokratiske prosesser, eller som legger urealistiske føringer på ressursbruk og prioriteringer.

<sup>17</sup> B.Porter, *The reasonableness of Article 8(4) – Adjudicating Claims from the Margins*. *Nordic Journal of Human Rights*, 2009 nr. 1, s. 43.

<sup>18</sup> *An Evaluation of the Obligation to Take Steps to the «Maximum of Available Resources» under an Optional Protocol to the Covenant (E/C.12/2007/1)*, avgitt 21. september 2007.

### 2.3.2 Praktiske utfordringer med rettslig prøving

Harborg trekker på side 83 i utredningen frem at rettslige prosesser som skal vurdere rimeligheten av statens samlede tiltak etter TP-ØSK art. 8(4), vil bli kompliserte og kostnadskrevende. Han problematiserer særlig hvilket materiale komiteen må ha for å ta stilling til rimeligheten.

Når det gjelder hvilke kilder som er relevante, viser SMR til TP-ØSK artikkel 8(3), som gir eksempler på hva slags dokumentasjon som kan være av relevans for komiteen. Komiteen kan vurdere «relevant documents emanating from other United Nations bodies, specialized agencies, funds, programmes, and mechanisms, and other international organizations, including from regional human rights systems, and any observations or comments by the State party concerned.»

Harborg påpeker at denne bestemmelsen ikke løser det overordnede spørsmålet om hvilket materiale komiteen må ha for å ta stilling til rimeligheten av statlige tiltak. Senteret ser at bevissituasjonen i enkelte tilfeller kan være komplisert, særlig i tilfeller der bakgrunnen for klagen er en strukturell svikt i en stats velferdssystem. I mange tilfeller vil det imidlertid være tale om enklere rettslige vurderinger, eksempelvis dersom gravide nektes barselhjelp.

SMR understreker at det allerede er utviklet en praksis for innhentning og vurdering av slik informasjon gjennom den periodiske rapporteringsprosessen, der komiteen ofte etterspør dokumentasjon om statistikk, nasjonalt lovverk om sosiale ordninger, rettighetssystematikk mv.

Det kan selvsagt innvendes at det er kvalitativt annerledes å avgi anbefalinger på generelle landrapporter, sammenliknet med rettslig prøving i individuelle tilfeller. Samtidig har Den europeiske sosialrettskomiteen i en rekke kollektive klageavgjørelser vist at det lar seg gjøre å utvikle en praksis som prøver rettslige spørsmål innenfor håndterbare bevismessige rammer.<sup>19</sup> Senteret legger til grunn at en tilsvarende praksis vil vokse frem under TP-ØSK når denne trer i kraft og komiteen kommer i gang med sitt arbeid med individklagene.

Senteret tror heller ikke at bevisføringen vil være særlig ressurskrevende for staten, gitt at myndighetene allerede fremskaffer slik informasjon til en mengde internasjonale organisasjoner, som IMF, Verdensbanken, OECD, ILO mv.

### 2.3.3 Erfaringer fra andre individklageorganer

Norge har vært bundet av klageordningene etter SP, RDK og TK helt siden de kom i gang, og etter KDK siden 2002. Norge er også tilsluttet den kollektive klagemekanismen etablert under Den europeiske sosialpakten, men ingen sak er foreløpig realitetsbehandlet av sosialrettskomiteen.<sup>20</sup> Harborgs rapport viser at Norge hittil har vært part i 26 saker for de fem klageordningene Norge er

<sup>19</sup> Se bl.a. *Complain No. 13/2002, Autism-Europe v. France*, Decision on the Merits; *Complaint No. 14/2003, International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France*, Decision on the Merits, *Complaint No. 1/1998, International Commission of Jurists v. Portugal*, Decision on the Merits; og *Complaint No. 31/2005, European Roma Rights Center v. Bulgaria*.

<sup>20</sup> Norge er nylig innklaget for sosialrettskomiteen, ref: No. 74/2011 *Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) v. Norway*.

tilsluttet. Totalt 17 av sakene er behandlet av FNs Menneskerettighetskomité, seks av FNs Torturkomité og tre av FNs Rasediskrimineringskomité. Av de 26 sakene verserer to ennå, 13 har blitt avvist (inadmissible), og elleve har blitt realitetsbehandlet. Av de elleve realitetsbehandlede sakene har seks endt i krenkelse.

Det fremgår videre av Harborgs rapport at to av krenkelsessakene ikke innebar endringer i verken regelverk eller praksis.<sup>21</sup> Konstatering av krenkelse i KRL-saken og Sjølie-saken hadde en mer prinsipiell verdi, men uten å innebære nevneverdige kostnader. Restauratør-saken trekkes frem som den eneste saken med vidtgående konsekvenser for Norge. Som rapporten korrekt påpeker, skyldes dette imidlertid at Høyesterett tilla avgjørelsen virkning for gyldigheten av saker fem år tilbake i tid.

Senteret stiller seg bak rapportens konklusjon om at individklageordningene ikke innebærer noen vesentlig maktforskyvning. På bakgrunn av det som beskrives ovenfor, fremstår det svært lite trolig at TP-ØSK vil bli annerledes i så måte. TP-ØSK oppstiller dessuten strengere prosessforutsetninger enn de øvrige individklageordningene Norge er tilsluttet.<sup>22</sup> SMR antar dette vil bidra til å sikre en moderat saksmengde. SMR bemerker for øvrig at det generelle problemfokuset omkring konsekvensene av tilslutning til nye individklageordninger, fremstår noe overdrevet i den offentlige debatten. Til sammenlikning kan det sies å være påfallende hvor sjelden spørsmålet om demokratisk handlingsrom problematiseres når det gjelder EØS-regelverket, som legger atskillig større begrensninger på politiske beslutningsprosesser. Samtidig vil senteret understreke at det er positivt at norske myndigheter går grundig gjennom spørsmål om tilslutning.

### 3 Andre forhold

I fremstillingen under, presenteres SMRs syn på hvordan ØSK-komiteens avgjørelser best kan følges systematisk opp, og hvilke konsekvenser avgjørelsen har/bør ha for senere saker (rettskildevirkninger).

#### 3.1 Behov for en nasjonal oppfølgingsordning

Selv om komiteens uttalelser («views») ofte omtales som avgjørelser, er de ikke juridisk bindende tolkninger. ØSK-konvensjonen er derimot bindende, men komiteen har ikke fått myndighet til å fortolke konvensjonen med bindende virkning. I praksis har Norge imidlertid vist seg å være svært pliktoppfyllende når det gjelder oppfølging av anbefalingene fra de individklagemekanismene vi er tilsluttet.

Etter TP-ØSK artikkel 9, skal statlige myndigheter underlegge komiteens avgjørelser en grundig vurdering («due consideration»), og sende et skriftlig svar til komiteen innen seks måneder med opplysninger om tiltak som foretas for å følge opp komiteens uttalelser og anbefalinger.

<sup>21</sup> Nadeem Ahma Dar v. Norway, klagenr. 294/2004 (CAT) , Aage Spakmo v. Norway, klagenr. 631/1995 (SP). Se forøvrig Hamid Reza Eftekhary v. Norway, klagenr. 312/2007 (CAT).

<sup>22</sup> Jf. TP-ØSK artiklene 2,3 og 5. Se nærmere HH-rapport s. 57 flg., og Langford(2011) s. 8 flg.

SMR ser et behov for en tydeligere nasjonal formalisering når det gjelder oppfølging av slike anbefalinger på nasjonalt nivå. Det må imidlertid understrekes at det ikke kan oppstilles noen forpliktelse om en slik formalisering i medhold av TP-ØSK.

Selv om de ulike departementene har etablert interne prosedyrer for oppfølging, mener SMR det kunne vært en god løsning og få etablert en noe mer formalisert prosedyre for oppfølging av anbefalinger fra internasjonale overvåkingsorganer. En slik tilnærming kunne gi regjeringen et nyttig verktøy for systematisk oppfølging av anbefalinger, og ville kunne være et viktig bidrag til tydeliggjøring av den rettslige forståelsen norske myndigheter legger til grunn. Videre ville en slik ordning kunne bidra til mer transparens, ved at nasjonale aktører kan få tilgang til informasjon om hvordan saker følges opp.

Slike prosedyrer for oppfølging av avgjørelser fra internasjonale overvåkingsorganer eksisterer allerede i enkelte land, blant annet i Bosnia og Ukraina. Når det gjelder oppfølging av EMDs avgjørelser har Europarådet «call[ed] upon the member states to set up, either through legislation or otherwise, domestic mechanisms for the rapid implementation of the Court's judgments, and that a decision-making body at the highest political level within the government take full responsibility for and co-ordinate all aspects of the domestic implementation process».<sup>23</sup>

Etablering av en slik prosedyre kunne bidra til en bedre og mer forutsigbar oppfølging av anbefalinger fra ulike internasjonale overvåkingsorganer av relevans for Norge. En slik ordning kunne formaliseres på ulike måter. En aktuell tilnærming kunne være en formalisert prosedyre underlagt Statsministerens kontor, noe som ville kunne sikre en koordinert oppfølging på tvers av departementenes ansvarslinjer. En annen løsning kunne være å etablere ansvaret under Justis- og beredskapsdepartementet. Senteret oppfordrer norske myndigheter til å utrede dette spørsmålet nærmere.

### 3.2 Rettskildevirkninger

Harborg uttaler at det bør foretas en generell gjennomgang av forholdet til FN-komiteenes avgjørelser, herunder hvilke rettskildevirkninger de skal tillegges. Det stilles spørsmålsteget ved Høyesteretts tilnærming om at en konvensjonstolkning foretatt av FNs menneskerettskomité må ha «betydelig vekt». Harborg stiller seg blant annet tvilende til at denne komiteens syn skal tillegges tilnærmet samme vekt som dommer fra EMD. I den sammenheng pekes det på manglende etterlevelse av menneskerettskomiteens uttalelser internasjonalt, kort saksbehandling, uklare kompetansekrav og mulige interessekonflikter.

SMR noterer seg de bekymringer som fremmes i rapporten. Senteret er enig i at det er en prinsipiell forskjell mellom dommer fra EMD (som er bindende) og tolkningsuttalelser fra FNs overvåkingsorganer (som er rådgivende). Dette standpunktet er da også fastholdt av Høyesterett i Restauratør-saken.

---

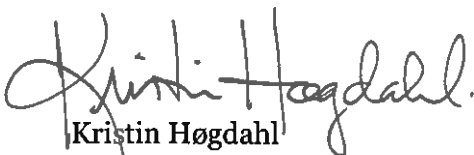
<sup>23</sup> Europarådets parlamentarikerforsamling, Res 1516 (2006,)

Senteret mener samtidig det er viktig å understreke behovet for å sikre en effektiv og ensartet tolkning av bestemmelser i menneskerettighetskonvensjonene. Nasjonale domstoler spiller en sentral rolle ved å fastlegge innholdet i statens internasjonale forpliktelser, men sikrer ikke i tilstrekkelig grad behovet for en ensartet tolkning av konvensjonsbestemmelsene. Senteret anser at ØSK-komiteen er det organ som, i kraft av sin lange erfaring med tolkning av bestemmelsene i ØSK, er nærmest til å ivareta dette behovet.

Rapporten målbærer forøvrig en viss tvil knyttet til om ØSK-komiteen, der enkelte medlemmer mangler jurist-bakgrunn, kan avsi avgjørelser det er naturlig å sammenlikne med dommer. Her bør det nevnes at langt de fleste generelle tolkningsuttalelser ØSK-komiteen så langt har avgitt, ble utferdiget av fremstående internasjonale jurister som Philip Alston, Bruno Simma og Paul Hunt. Videre har nettopp det at komiteen har en tverrfaglig sammensetning, enkelte ganger tilført komiteen nyttig tilleggskompetanse. Ved arbeidet med General Comment nr. 19 om rett til sosial trygghet var Bras-Gomez, som ekspert på sosial trygghet og tjenester, svært delaktig i utformingen.

Senteret er på denne bakgrunn ikke enig i bekymringen som fremmes i rapporten om rettskildevirkningene av FN-komiteenes tolkningsuttalelser. Det bør prinsipielt fastholdes at mens uttalelser fra FNs overvåkingsorganer ikke er juridisk bindende, bør de som utgangspunkt tillegges betydelig vekt.

Med vennlig hilsen,



Kristin Høgdaahl  
Fungerende leder Nasjonal institusjon



Johannes F. Nilsen  
Førstekonsulent