

Hva skjer når internasjonale menneskerettigheter blir juristmat?

Et kritisk blikk på

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon

OLE KRISTIAN FAUCHALD

Denne artikkelen tar opp problemer og dilemmaer som kan oppstå ved operasjonalisering av internasjonale menneskerettigheter gjennom klageordninger som den vi finner under Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK). Denne klageordningen, som i mange sammenhenger anses som et forbilde, har gitt jurister en stadig viktigere rolle under konvensjonen. Er dette en utvikling menneskerettighetene som helhet er tjent med, og som vi ønsker skal fortsette?

Internasjonaliseringen av menneskerettighetene er av forholdsvis ny dato. Det hele startet etter Den annen verdenskrig, først med FNs menneskerettighetserklæring av 1948, og siden med en stor mengde konvensjoner, resolusjoner, erklæringer, etc. vedtatt dels i regi av FN og dels i regi av andre globale og regionale statlige og ikke-statlige organisasjoner (en forfatter har anslått antallet konvensjoner til mer enn 150).¹ Mangfoldet i tematikk og i tilnærmingen til rettighetsbegrepet viser at det langt fra er noen enhetlig oppfatning av hva som omfattes av menneskerettighetsbegrepet eller av hva som skal være konsekvensen av at noe anses for å være en menneskerettighet.

Menneskerettighetene kan klassifiseres på mange måter. Én som er nyttig i forhold til temaet for denne artikkelen er inndelingen av menneskerettighetene i generasjo-

ner. Første generasjons rettigheter bygger på liberalistiske idealer, og fokuserer på enkeltindividets frihet fra inngrep fra staten. Slike rettigheter betegnes ofte som sivile og politiske, de er i stor grad utviklet i en Vest-Europeisk kulturtradisjon, og de blir av mange betegnet som de mest grunnleggende menneskerettighetene. Annen generasjons rettigheter bygger hovedsaklig på sosialistiske idealer, og fokuserer på statens plikt til å sørge for at befolkningen får oppfylt visse basisbehov. Slike rettigheter betegnes ofte som økonomiske, sosiale og kulturelle, og de har tradisjonelt hatt sine varmeste forkjempere i Øst-Europa. Man har i den senere tid også trukket fram rettigheter som omtales som tredje generasjons rettigheter. Det er mer uklart hva som er karakteristisk for disse rettighetene. De synes mer sammensatte enn de foregående, og både rettigheter og rettighetssubjekter

1 Se Jacques Robert: Constitutional and International Protection of Human Rights: Competing or Complementary Systems?, i *Human Rights Law Journal*, vol. 15 (1994), s. 2.

kan være uklart definert. Slike rettigheter betegnes ofte som solidaritetsrettigheter, og eksempler er rettigheter knyttet til miljøet og retten til utvikling.

Mens annen generasjons rettigheter har mistet en stor del av sin politiske gjennomslagskraft etter at mange land har forlatt sosialismen til fordel for liberalismen,² og mens tredje generasjons rettigheter ikke har vunnet noen generell anerkjennelse, lever første generasjons rettigheter tilsynelatende i beste velgående. Som en følge av tvisteløsningssystemet under Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), har første generasjons rettigheter blitt en del av mange juristers hverdag. I det følgende skal vi se nærmere på noen problemer og dilemmaer som bør mane til ettertanke i denne sammenheng.

Et vesentlig formål med å etablere visse rettigheter på et internasjonalt nivå må være at det skal skje en harmonisering av rettighetsvernet innen de deltagende stater – det skal sikres et minste felles multiplum av rettigheter. Denne harmoniseringen blir forsterket gjennom den klageordning som er etablert under EMK. Menneskerettighetsdomstolens vise-president, Rudolph Bernhardt, har beskrevet dette som følger:³

Without [the European Commission and the European Court of Human

Rights] and the support they have received from many quarters, not least from the representatives of the member states, the Convention would probably have remained one of the many human rights texts that sound excellent and have little relevance in practice. By means of the Strasbourg case law, the European Convention has become an effective Human Rights Constitution for the greater part of Europe.

Samspillet mellom det begrensede utvalg av rettigheter som er beskyttet i EMK og klageordningen under EMK kan problematiseres i ulike retninger. I det følgende skal jeg fokusere på tre problemstillinger.

Et utvalg rettigheter

Den første problemstillingen er relatert til det faktum at kun et utvalg menneskerettigheter omfattes av EMK. Et viktig poeng i denne sammenheng er at rettighetene som har kommet med i EMK representerer et forholdsvis broget utvalg av rettigheter, hvorav noen klart kan betegnes som grunnleggende og almenne, mens andre gir uttrykk for visse politiske preferanser, og ikke kan betegnes som like grunnleggende og almenne. Et viktig eksempel på det sistnevnte er retten til å nyte sin eiendom i fred,

2 Det er interessant å merke seg det fokus på annen generasjons rettigheter som har kommet som et svar på handelsliberaliseringen. Siden slutten av 1980-tallet har USA gjort forsøk på å bringe rettigheter som kan karakteriseres som økonomiske, sosiale og kulturelle på dagsorden i GATT og senere World Trade Organization (WTO). Et viktig underliggende motiv synes å være bekymring for at hjemlige arbeidsplasser skal gå tapt som følge av import av produkter fra land med lave sosiale standarder og billig arbeidskraft.

3 Rudolph Bernhardt: Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol No. 11, i *American Journal of International Law*, vol. 89 (1995), s. 154.

jfr. art. 1 i første tilleggsprotokoll. Det er i denne sammenheng viktig å merke seg den ovenfor nevnte liberalistiske grunnholdning som ligger under første generasjons menneskerettigheter, og følgelig også EMK.

Første generasjons menneskerettigheter er med andre ord ikke et sett med nøytrale og almengyldige regler. I tillegg kan det nevnes at det er et grunnleggende konfliktpotensiale mellom de friheter som sikres gjennom første generasjons menneskerettigheter og de sosiale minstestandarder som søkes etablert gjennom annen generasjons menneskerettigheter. Dette kan illustreres med følgende sitat fra konklusjonen i en artikkel under tittelen «The Moral Case for Free Trade»:⁴

While it is true that some individuals stand to be harmed by a policy of free trade, it does not follow that their rights are violated. Some individuals will lose their jobs under a free trade regime, but there is no such thing as a right to a job, just as there is no right to health care or education. These «rights» are actually positive rights, which means that for one individual to enjoy this right, someone else must be forced to provide it, thus violating the second person's rights.

Selv om det er få som vil slutte seg til en så ekstrem tolkning og implementering av

første generasjons menneskerettigheter som den som er forfektet i den artikkelen sitatet er hentet fra, illustrerer dette utsagnet det konfliktpotensiale som eksisterer mellom disse rettighetene og andre rettigheter. Som vil bli vist i det følgende kan den rettsliggjøring av første generasjons menneskerettigheter som skjer i EMK være med på å forsterke konfliktpotensialet.

I tillegg kan rettsliggjøringen av første generasjons rettigheter innebære at fokus trekkes bort fra det brede spekteret av menneskerettigheter og over mot de rettigheter som er gjenstand for denne typen rettsliggjøring. Foreløpig har vi ikke sett så store konsekvenser av et slikt perspektivskifte, men det kan bli svært viktig på lengre sikt, særlig sett på bakgrunn av den sterke posisjon liberalistiske idealer ser ut til å beholde i tiden som kommer. Vi kan i denne sammenheng merke oss at Martin Scheinin i en artikkel om bruk av menneskerettigheter som legalstrategi bemerket det problematiske ved at de rettigheter som sto sentralt i Sverige var «äganderätten, närings- och yrkesfriheten samt den negative föreningsrätten.»⁵ Etter det som er fremholdt ovenfor bør man kanskje ikke undres over at dette er tilfellet, og at Jacob Sundberg «har varit den mest medvetna förespråkaren för starkare inhemska ställning för internationella människorättskonventioner».⁶

4 Robert W. McGee: The Moral Case for Free Trade, i *Journal of World Trade*, vol. 29 (1995) no. 5, s. 75.

5 Scheinin, Martin: Mänskliga rättigheter som legalstrategi, i *Retfærd* nr. 59 (1992), s. 12. Det er vanskelig å se hvordan de tre første av hans «sju kännetecken för en ... 'god' människorättsjuridik» (se s. 13-14) skal kunne realiseres på bakgrunn av den aktuelle praktisering av internasjonale menneskerettigheter.

6 Op. cit. Vi skal huske på at Sverige er det av de Nordiske land som har hatt klart flest saker oppe for Den europeiske menneskerettighetsdomstol.

Konkret anvendelse av rettighetene

Den andre problemstillingen er relatert til det at rettighetene i EMK blir gjort anvendelige i konkrete rettslige tvister. I saker som angår klare overgrep fra statlige myndigheters side er ikke dette problematisk. Problematisk blir det imidlertid når rettighetene skal anvendes ved interessekonflikter hvor det er beskyttelsesverdige interesser på begge sider. Et grunnleggende spørsmål er om det er noe behov for harmonisering av rettigheter på et internasjonalt nivå i en slik sammenheng. Hvorfor er det nødvendig å harmonisere de deltagende staters regelverk om hvor grensen skal gå for hvilke ytringer som kan forbys (EMK art. 10)? Hvorfor er det viktig å harmonisere regelverket om hvilken vekt som skal tillegges foreldrenes interesser i saker om offentlig omsorgsovertagelse (EMK art. 8)? Hvorfor er det viktig å harmonisere regelverket om vilkårene for rett til erstatning for inngrep i eierrådigheten over fast eiendom (EMK første tilleggsprotokoll art. 1)?

Denne typen problemer er søkt løst ved å tilstå medlemsstatene en viss skjønnsmargin («margin of appreciation»). Innholdet i skjønnsmarginen er i mange av EMKs bestemmelser definert ved at visse vilkår må oppfylles, nemlig at formålet med inngrepet må være blant de som er ansett som legitime, og at inngrepet som sådant må stå i en viss proporsjon til det formål som forfølges. Dette viser at konvensjonsorganene kan foreta en konkret vurdering av inngrepet og dets formål, og at konvensjonsorganene ikke er forpliktet til ubetinget å respektere statenes skjønn.

Det kan spørres om det at det skjer en

harmonisering av visse rettigheter på et internasjonalt plan har noen negative konsekvenser av betydning. Én negativ konsekvens kan være at menneskerettighetssystemet mister legitimitet og folkelig støtte i den grad det griper inn på tvers av generelle oppfatninger av hvilke interesser som er beskyttelsesverdige. Det kan være sterke økonomiske, sosiale og kulturelle faktorer som kan tilsa at interessekonflikten skal kunne løses på den ene eller annen måte.

En annen negativ konsekvens ligger i det at man stadig oftere må forvente å møte argumenter relatert til rettigheter under EMK i forbindelse med generelle politiske stridsspørsmål, og i forbindelse med avgjørelser i enkeltsaker. Slike argumenter kan virke tilslørende i debattene, og fjerne fokus fra de egentlige problemstillinger og interessekonflikter. Et illustrerende eksempel kan finnes i forbindelse med de nye norske regler om dommeravhør av barn, jfr. Lov om endring i straffeprosessloven m.v. av 1. juli 1994, nr. 50, § 239. Etter de nye reglene «skal som hovedregel siktedes forsvarer gis anledning til å overvære avhøret.» Etter de tidligere regler kunne dommeren gi advokaten anledning til å være tilstede. Hovedargumentet for å endre reglene var siktedes rettigheter i henhold til EMK art. 6. Forarbeidene unnlot i vesentlig grad å vurdere hvilke negative konsekvenser de nye reglene ville kunne få for barnet personlig og for dets evne og vilje til å avgi forklaring. I det uavhengige utvalgs innstilling bemerkes det kun at «[e]n regel om å gi forsvarer rett til å overvære barneavhøret reiser mange prinsipielle og praktiske spørsmål som utvalget etter sitt mandat ikke har funnet naturlig å utrede nær-

mere.»⁷ Etter en rekke kritiske høringsuttalelser gikk departementet litt nærmere inn på problemene i forhold til barnet, og modifiserte det opprinnelige lovforslag, men det sentrale argument forble ordningens lovliggheit under EMK.⁸ Selv om ordningen i *teorien* synes å ha blitt akseptabel fra barnets synspunkt, ble det i liten grad vurdert hvordan reformen ville slå ut i *praksis*.

En tredje negativ konsekvens kan forekomme når nye stater skal slutte seg til EMK. Jo mer detaljert regelverket blir spesifisert gjennom praksis, jo større problemer kan nye stater ha med å oppfylle kravene. Dette kan føre til at statene unnlater å slutte seg til EMK, at de unnlater å akseptere klageadgangen, eller at det blir et markert skille mellom de krav regelverket oppstiller og den praksis som følges i den aktuelle stat. Dersom det siste blir resultatet kan det få negative konsekvenser for statens vilje til å gjennomføre tiltak for å hindre de mest alvorlige krenkelser av grunnleggende menneskerettigheter, og det vil kunne undergrave tilliten til EMK. Sannsynligheten for at den sistnevnte situasjon skal oppstå er stor ettersom det i praksis er et vilkår for tilslutning til Europarådet at EMK er ratifisert og at individens klageadgang er akseptert. Et tiltak som er iverksatt for å hankses med dette problemet er at de stater som søker opptak i Europarådet må gjen-

nomgå en prosess som tar sikte på å sikre overenstemmelse mellom nasjonal lovgivning og EMK.⁹

Evnen til å gjøre bruk av EMK

Som en tredje problemstilling kan det hevdes at det er de parter som ressursmessig er sterkeste som vil nyte godt av rettsliggjøringen av rettighetene under EMK. For den som har tilgang til kvalifisert juridisk kompetanse og tilstrekkelig tilgang til økonomiske ressurser, vil det kunne være attraktivt å benytte seg av muligheten til å bringe saker inn for konvensjonsorganene etter at nasjonale rettsmidler er uttømt. Det kan dreie seg om både prosessuell- og materiellrettslige innvendinger mot den nasjonale saksgangen. Ulikheten i faktisk mulighet for å benytte seg av klageordningen under EMK blir forsterket av de prosessuelle skranker som er oppstilt for å hindre at uoverkommelig mange saker bringes inn for konvensjonsorganene. EMK art. 26 krever at nasjonale rettsmidler skal være uttømt og at klagen skal foreligge senest seks måneder etter at endelig avgjørelse ble fattet i nasjonale organer. Videre krever art. 27 at klagen ikke skal være åpenbart ugrunnet. Det er relativt opplagt at disse avvisningsgrunner, som fører til avvisning av de aller fleste klager som bringes inn for

7 Se NOU 1992:16: Sterkere vern og økt støtte for kriminalitetsofre, s. 50-52.

8 Se Ot prp nr 33: Om lov om endringer i straffeprosessloven mv (styrking av kriminalitetsofres stilling), s. 22-27. Se også Innst O nr 39 (1993-94): Innstilling fra justiskomiteén om lov om endringer i straffeprosessloven mv (styrking av kriminalitetsofres stilling), s. 6-7.

9 Se Andrew Drzemczewski: Ensuring Compatibility of Domestic Law with the European Convention on Human Rights Prior to Ratification: The Hungarian Model, i *Human Rights Law Journal*, vol. 16 (1995), s. 241-260, og Report on the Conformity of the Legal Order of the Russian Federation with Council of Europe Standards, i *Human Rights Law Journal*, vol. 15 (1994), s. 249-295.

Menneskerettighetskommisjonen, er spesielt godt egnet til avvisning av klager fra ressursvake personer. Rundt 90 % av alle klager avvises, og de ovenfor nevnte avvisningsgrunnene er de langt viktigste.

I forlengelsen av det ovenstående er det også av interesse å peke på konvensjonsorganenes lange saksbehandlingstid; saker har tatt opptil ti år, og gjennomsnittet er mellom fem og seks år. Det kan hevdes at hadde nasjonale domstoler bevilget seg like lang saksbehandlingstid som konvensjonsorganene, så ville det vært stor sannsynlighet for at de ville blitt dømt for krenkelse av retten til avgjørelse innen rimelig tid, jfr. EMK art. 6. Den lange saksbehandlingstiden er normalt til klagerens ulempe, men den kan også misbrukes til klagerens fordel i de tilfeller der en klage får oppsettende virkning for tiltak som ellers ville vært gjennomført til klagerens ugunst. Slike tilfeller kan for eksempel tenkes i saker angående inngrep i klagerens rett til å nyte sin eiendom i fred eller der klageren påberoper seg at retten til rettferdig rettergang er krenket. Ressurssterke personer eller selskaper vil kunne utnytte den lange saksbehandlingstiden til sin fordel.

Den forestående reform av klageordningen – hvor går vi?

I 1994 signerte Europarådets medlemsstater EMK protokoll nr. 11 som skal reformere klageordningen. Denne reformen, som muligens vil tre i kraft i løpet av 1998, ser ut til å kunne forsterke de problemer som er påpekt ovenfor. Reformen innebærer at det skal etableres en ny permanent domstol til erstatning for dagens Menneskerettighets-

domstol og -kommisjon. Denne domstolen, som vil bestå av ca. 35 dommere, vil fatte avgjørelser om avvisning av saker i avdelinger på tre dommere. Videre vil den avgjøre sakene enten i kamre på syv dommere eller i et Storkammer på 17 dommere. Saker som er avgjort av et kammer vil under visse forutsetninger kunne ankes til Storkammeret. Viktige elementer i reformen er at alle stater må akseptere individers klageadgang og at individer får status som parter og derved også utvidede prosessuelle rettigheter. Den viktigste positive effekt av reformen er at saksbehandlingstiden forhåpentligvis vil bli redusert.

Det er liten tvil om at reformen vil bidra til å styrke rettsapparatet under EMK. Dette vil på sikt innebære at regelverket blir ytterligere presisert gjennom rettspraksis og at harmoniseringstendensen under EMK vil bli forsterket. Det kan spørres om det ikke er på tide å innføre et subsidiaritetsprinsipp (jfr. Romatraktatens art. 3b) også i menneskerettighetssammenheng, og da spesielt innen EMK. Det vil neppe være ønskelig at EMK reduseres til et instrument for lovharmonisering til fordel for liberalistiske grunnidéer. Mye av det positive menneskerettighetene kan bidra med vil kunne gå tapt hvis utviklingen skulle gå i en slik retning.

Forfatteropplysninger:

Cand. jur. Rådgiver i Miljøverndepartementet og tidligere redaktør av Rettspraksisspalten i «Mennesker og rettigheter».

Jeg vil rette en takk til Anne Robberstad for verdifulle innspill og kommentarer.