

# Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer

Fagfellevurdert artikkel

Professor dr. juris Geir Ulfstein

I denne artikkelen drøftes den rettslige betydningen av avgjørelser truffet av internasjonale menneskerettighetsorganer. Det hevdes at forarbeidene til den norske menneskerettslovgivningen er preget av debatten om rettsliggjøring. Høyesterett bør løsrive seg fra forarbeidene og i stedet ta utgangspunkt i de folkerettslige kildene. Norsk tilslutning til nye klageordninger bør først og fremst bestemmes ut fra ønsket om deltakelse i det internasjonale menneskerettighetssamarbeidet.

GEIR ULFSTEIN er født i 1951, ble cand.jur. i 1976 og dr. juris i 1995. Han har vært professor ved Institutt for offentlig rett, UiO siden 1998, hvor han arbeider med folkerett. Han var direktør for Senter for menneskerettigheter 2004–2008.

## 1 INNLEDNING<sup>1)</sup>

Norge har i dag inkorporert fem av FNs menneskerettighetskonvensjoner i norsk rett. Statenes etterlevelse av konvensjonene overvåkes av internasjonale organer. I denne artikkelen drøfter jeg først den folkerettslige betydningen av disse organenes avgjørelser. Deretter påviser jeg hvordan Regjeringens vurdering av disse avgjørelsene har endret seg i takt med dens politiske synspunkter på «rettsliggjøring».

Norske lovforarbeider har begrenset vekt når den rettslige betydningen av konvensjonsorganenes avgjørelser skal bestemmes. Jeg kritiserer på denne bakgrunn at Høyesterett likevel holder seg til forarbeidene, istedenfor å foreta en selvstendig folkerettslig vurdering av avgjørelsene.

De internasjonale organenes avgjørelser skal tillegges betydelig vekt, men de er ikke rettslig bindende. Jeg hevder at avgjørelsene innebærer begrensede inngrep i norsk handlefrihet, og at tilslutning til nye klageordninger først og fremst bør bestemmes ut fra ønsket om deltakelse i det internasjonale menneskerettighetssamarbeidet.

1) Jeg takker gode kolleger og en anonym fagfelle for konstruktive kommentarer.

## 2 BETYDNINGEN I FOLKERETTEN

De menneskerettslige konvensjonsorganene er verken internasjonale organisasjoner eller domstoler. De vedtar generelle tolkningsuttalelser knyttet til konvensjonenes bestemmelser. De kontrollerer statenes gjennomføring av konvensjonene på grunnlag av rapporter fra vedkommende land. Og de kan ta imot klager fra individer dersom dette er akseptert av vedkommende stat. Det finnes også organer som kan foreta inspeksjon ved besøk hos statene som har sluttet seg til konvensjonen.

Behandlingen av individuelle klager likner mest på funksjonen til internasjonale domstoler. Men konvensjonsorganenes avgjørelser er ikke dommer. Avgjørelsene omfattes heller ikke av Wien-konvensjonen om traktatrettens regler om de faktorene som skal tas i betraktning ved traktatoppkløring. Wien-konvensjonen viser til betydningen av praksis fra statene som er parter i en traktat (artikkel 31 (3) (b)), men nevner ikke internasjonale organers praksis.

Det har vært omstridt hvilken folkerettslig status konvensjonsorganenes avgjørelser har. Martin Scheinin mener at det vil være galt å anse menneskerettighetskomiteens (MRK) avgjørelser i saker om individklager («Views») utelukkende som anbefalinger. Avgjørelsene kan i stedet sammenliknes med dommer. Han bygger på at komiteens avgjørelser er et resultat av at en domstollignende ordning er etablert av medlemsstatene for å tolke og overvåke etterlevelsen av konvensjonen. Dette tilsier at statene ikke står fritt til å velge en annen tolkning enn den som komiteen er kommet til. Dersom en stat ønsker å imøtegå konvensjonsorganets konklusjoner, bør den i det minste benytte seg av en internasjonal domstol eller et uavhengig ekspertorgan. Siden dette sannsynligvis ikke vil skje i praksis, bør presumsjonen være at komiteens avgjørelser behandles som «the authoritative interpretation» av konvensjonen.<sup>2)</sup>

Dette synspunktet støttes av Steiner, Goodman og Alston som uttrykk for at avgjørelsene «in effect» er bindende.<sup>3)</sup> Det har også fått tilslutning fra Nowak, Buchinger og McArthur i forhold til avgjørelser fra Torturkomiteen.<sup>4)</sup> Tomuschat hevder at det eksisterer «a presumption in favour of substantive correctness» i forhold til overvåkningsorganenes avgjørelser, og dersom en stat er uenig, må den «present detailed observations specifying its counter-arguments».<sup>5)</sup> Joseph, Schultz og Castan mener at MRKs avgjø-

- 2) Raija Hanski og Martin Scheinin, *Leading Cases of the Human Rights Committee*, 2. utg., Turku 2007 s. 23.
- 3) Henry J. Steiner, Ryan Goodman og Philip Alston, *International Human Rights in Context : Law, Politics and Morals*, 3. utg., Oxford 2008 s. 915.
- 4) Manfred Nowak, Kerstin Buchinger og Elizabeth McArthur, *The United Nations Convention against Torture*, Oxford 2008 s. 777.
- 5) Christian Tomuschat, *Human Rights : between Idealism and Realism*, 2. utg., Oxford 2008 s. 220.

relser er «strong indicators of legal obligations, so rejection of those decisions is good evidence of a State's bad faith attitude towards its ICCPR obligations».<sup>6)</sup>

MRK aksepterer i sin General Comment nr. 33 at komiteens funksjon ikke er «as such, that of a judicial body».<sup>7)</sup> Men komiteen sier at dens Views viser «some important characteristics of a judicial decision». Slike Views har komiteen kommet til «in a judicial spirit», som inkluderer «the impartiality and independence of Committee members, the considered interpretation of the language of the Covenant, and the determinative character of the decisions». Videre mener komiteen at slike Views representerer «an authoritative determination»,<sup>8)</sup> og at stater «must use whatever means lie within their power in order to give effect to the views of the Committee».<sup>9)</sup> Dette gir et inntrykk av at slike Views langt på vei er folkerettslig bindende.

Nylig har imidlertid International Court of Justice (ICJ) i Diallo-saken (2010) uttalt seg om den folkerettslige betydningen av MRKs praksis. ICJ uttalte riktignok at den var «in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee». Videre anvendte ICJ bare komiteens praksis som støtte for et resultat den allerede hadde kommet til på egen hånd: «[t]he interpretation above is fully corroborated by the jurisprudence of the Human Rights Committee».

Men domstolen uttalte at praksisen til MRK måtte tillegges «great weight» siden komiteen «was established specifically to supervise the application of that treaty». ICJ la også vekt på at slik vektlegging av MRKs avgjørelser var egnet til å fremme «the necessary clarity», «the essential consistency» og «legal security», som både individer og stater har krav på.<sup>10)</sup>

Det er grunn til å legge merke til at ICJ ikke hadde behov for å problematisere forholdet mellom MRKs og statenes praksis. ICJ la i stedet vekt på at formålet med å opprette komiteen var å overvåke statenes oppfyllelse av sine forpliktelser. En slik formålstolkning er i samsvar med Wien-konvensjonen om traktatretten, hvor traktaters ordlyd skal tolkes i lys av deres «object and purpose» (artikkel 31 (1)).

6) Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 2. utg, Oxford 2004 s. 24.

7) General Comment No. 33 «The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights», 5 November 2008, UN Doc. 05/11/08, avsnitt 11.

8) *Ibid.*, avsnitt 13.

9) *Ibid.*, avsnitt 20.

10) *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)* 2010, avsnitt 66.

ICJ refererer til MRKs «jurisprudence» og at komiteen har bygget opp en betydelig «case law», særlig gjennom dens Views og General Comments. Det er verdt å merke seg at «jurisprudence» og «case law» vanligvis blir brukt om domstolars avgjørelser. Videre sondret ICJ ikke mellom den rettslige statusen til komiteens ulike typer avgjørelser. Poenget med å framheve Views og General Comments er å vise til deres omfang, ikke å påpeke en særlig rettslig status til disse avgjørelsene.

Det er gode grunner til at MRKs avgjørelser tillegges «great weight» – i motsetning til komiteens egen oppfatning av avgjørelsens status, som kan gi inntrykk av at de er rettslig bindende. Et krav om at komiteens avgjørelser skal tillegges «great weight», tilsier en presumsjon om at komiteens tolkning er den korrekte, og at nasjonale myndigheter, inkludert domstoler, må presentere gode grunner, basert på en forsvarlig konvensjonstolkning, for ikke å følge komiteens avgjørelser.<sup>11)</sup>

Diallo-saken gir ikke nødvendigvis veiledning om hvilken vekt avgjørelser fra andre konvensjonsorganer enn MRK bør tillegges. Men begrunnelsen ICJ ga for å legge vekt på denne komiteens avgjørelser rekker like langt i forhold til andre konvensjonsorganer, nemlig at de er opprettet for å overvåke konvensjonsforpliktelsene, og at vektlegging av deres avgjørelser vil fremme «clarity», «consistency» og «legal security».

Det kan hevdes at disse andre konvensjonsorganene ikke er sammensatt slik at de har en like stor faglig tyngde som MRK. Mens både MRK og ØSK-komiteen er dominert av jurister, var bare halvparten av kvinnekommisjonens medlemmer i 2011 jurister. Innslaget av jurister er uansett betydelig. I behandlingen av individklager vil avgjørelsene dessuten være basert på rettslig argumentasjon. Selv om kvalifikasjonene og uavhengigheten kan variere blant medlemmene, er organene som helhet sammensatt på en måte som gir dem troverdighet i forhold til de oppgavene de er satt til å fylle.<sup>12)</sup> Men det er organenes funksjon som bestemmer den folkerettslige vekten til deres avgjørelser, ikke sammensetningen av det enkelte organet. Og siden funksjonene er de samme for alle disse organene, bør deres avgjørelser i utgangspunktet tillegges samme vekt.

Det er imidlertid grunn til å skille mellom den rettslige betydningen til ulike typer avgjørelser fattet av konvensjonsorganene. Det er avgjørelser av individklager som likner mest på dømmende virksomhet, og som ut fra dette bør tillegges størst vekt. General Comments vil gjerne ha som formål å avklare tolkningen av de menneskerettslige forpliktelsene, men kan også inneholde anbefalinger til statene om utforming av

11) Geir Ulfstein, «Individual Complaints» i Helen Keller og Geir Ulfstein (red.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge 2012 s. 73–116 (s. 100).

12) *Ibid.*, s. 77–82.

deres politikk, eller om hva statsrapportene bør inneholde.<sup>13)</sup> Innholdet i de generelle kommentarene vil imidlertid vanligvis bygge på omfattende praksis i behandlingen av klagesaker. Anbefalinger på grunnlag av eksaminasjon av statsrapporter gjelder på sin side i mange tilfeller ønskelig utforming av politikken på det aktuelle området, uten at komiteene konstaterer om det foreligger brudd på forpliktelsene. Dette kan begrense anbefalingenes rettskildemessige verdi.<sup>14)</sup>

Utgangspunktet må videre være at alle konvensjonsrettighetene er folkerettslig bindende, og at konvensjonsorganene har samme funksjon i forhold til alle disse rettighetene. Men jo vagere forpliktelsen er, jo mer rom er det for at nasjonale domstoler kommer til et annet resultat enn konvensjonsorganet, selv om organets avgjørelser tillegges «great weight». Forutsetningen er imidlertid at også den nasjonale domstolen foretar en lojal tolkning av forpliktelsene, i tråd med det som følger av tolkningsprinsippene for traktater. Og den nasjonale handlefriheten innsnevres dersom traktatorganets avgjørelser er godt begrunnet, bygger på langvarig praksis, og har støtte i statspraksis.

Det er vanlig å gjøre et skille mellom rettskraft og rettskildemessig betydning. Diallo-saken gjaldt avgjørelsens rettskildemessige betydning. Men her inntreer forskjellen mellom domstoler og konvensjonsorganer. Dommer er bindende mellom partene, mens de for øvrig utelukkende har rettskildemessig betydning. Siden konvensjonsorganenes avgjørelser ikke er rettslig bindende, oppstår ikke spørsmålet om rettskraft i formell forstand. Det er bare et spørsmål om den rettskildemessige vekten til avgjørelsene er større overfor den staten avgjørelsen er rettet mot, enn overfor de øvrige partene i konvensjonen. Det er vanskelig å akseptere at den rettslige betydningen overfor den aktuelle staten skal være større enn at avgjørelsen skal tillegges «great weight». Men den rettslige betydningen for vedkommende stat kan være større fordi det overfor andre stater lettere kan argumenteres med at saksforholdet er ulikt, eller at forholdene har endret seg.

### 3 LOVGIVNINGEN OM MENNESKERETTIGHETENE

#### 3.1 Den første fasen

Lovgivningsarbeidet med inkorporasjon av menneskerettighetene har pågått i omtrent 15 år og kan inndeles i tre faser. I den første fasen hadde Norge liten erfaring med betydningen av de internasjonale menneskerettighetene i norsk rett, og holdningen var svært positiv til å respektere avgjørelser av de internasjonale klageorganene.

13) Helen Keller og Leena Grover, «General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy», i *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, s. 116–199 (s. 124–126).

14) Walter Kälin, «Examination of state reports», i *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, s. 16–73 (s. 59).

Menneskerettighetslovutvalget foreslo inkorporasjon med fortrinnsrett for de mest sentrale menneskerettighetskonvensjonene i en ny menneskerettslov. Utvalget presiserte at en sondering måtte gjøres mellom betydningen av konvensjonsorganenes avgjørelser overfor den stat avgjørelsen er rettet mot («rettskraftvirkningen») og betydningen overfor øvrige konvensjonsparter («rettskilddevirkningen»). Om betydningen overfor den staten avgjørelsen er rettet mot uttalte utvalget:

«Ser man først på betydningen av tilsynsorganenes avgjørelser eller uttalelser for den stat som er gjenstand for tilsyn, er det bare EMK som fastslår uttrykkelig at dens håndhevelsesorganer, Ministerkomitéen og Domstolen, tar avgjørelser som er rettslig bindende for den innklagede stat [...]. Andre tilsynsorganer, f.eks FNs menneskerettighetskomité [...], har kompetanse til å gi uttrykk for sine synspunkter overfor vedkommende stat [...]. Selv om det her er et *prinsipielt skille*, er ikke *den praktiske forskjell* nødvendigvis så stor. Til illustrasjon nevnes at *statene i praksis retter seg etter avgjørelser FN-komiteen har truffet i klagesaker*, samtidig som det *ikke finnes andre reaksjoner for å gjennomtvinge den rettslige forpliktelse etter EMK enn eksklusjon av den aktuelle stat fra Europarådet.*» [uthevet her]<sup>15)</sup>

Utvalget går her langt i å likestille virkningen av dommer fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) og MRKs avgjørelser – i hvert fall den praktiske betydningen. Dette er det ikke grunnlag for. Det er heller ikke overbevisende å hevde at statene i praksis gjennomfører MRKs avgjørelser.<sup>16)</sup> Videre har Europarådet gjennom Ministerkomiteen et langt sterkere håndhevelsesapparat enn MRK, selv om også Ministerkomiteens makt er begrenset.

Når det gjelder den generelle rettskilddevirkningen av konvensjonsorganenes avgjørelser overfor konvensjonsstatene uttales det:

«Som det fremgår, lar det seg ikke gjøre å slå fast noen almenyldig setning om *den folkerettslige plikt* til å følge konvensjonsorganenes tolkninger av en konvensjon. Det står imidlertid fast at organenes avgjørelser eller uttalelser normalt vil være rettskilddefaktorer av *betydelig vekt* ved tolkningen av konvensjonene, også når *tolkningen foretas av nasjonale myndigheter.*» [uthevet her]<sup>17)</sup>

15) NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter s. 88.

16) FNs Høykommissær for menneskerettigheter har på generelt grunnlag uttalt at «a large number of States fail to apply the remedies as recommended» (Inter-committee Meeting of the Human Rights Treaty Bodies: Working Group on Follow-up of the Human Rights Treaty Bodies, *Follow-up Procedures on Individual Complaints*, 7 December 2010, UN Doc. HRI/ICM/WGFU/2011/3, avsnitt 25).

17) NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter s. 89.

At slike avgjørelser folkerettslig skal tillegges betydelig vekt, samsvarer med ICJs konklusjon i Diallosaken. Men å påstå at nasjonale myndigheter generelt tillegger avgjørelsene slik vekt savner grunnlag.<sup>18)</sup> Den rettskildemessige statusen til avgjørelser fra andre konvensjonsorganer enn MRK drøftes ikke.

Regjeringen var «enig med utvalget i at ved vurderingen av hvilken vekt som skal tillegges konvensjonsorganenes uttalelser, må man se hen til i hvilken sammenheng uttalelsen er kommet, hvor klar den er og om uttalelsen er rettet mot Norge, mot et annet land eller om det er en generell uttalelse». Den uttalte også at det er «større grunn til å legge avgjørende vekt på konvensjonsorganets avgjørelser i saker mot Norge enn på avgjørelser i saker mot andre stater». Men også Regjeringen gikk langt i å sidestille avgjørelser fra MRK og dommer fra EMD:

«Departementet har i det ovenstående ikke skilt mellom avgjørelser fra FNs menneskerettskomité og avgjørelser fra håndhevingsorganene etter den europeiske menneskerettskonvensjonen. I tvilstilfelle bør en domstol legge en viss vekt på at FNs menneskerettskomité ikke treffer rettslig bindende avgjørelser (derfor kalles også komiteens konklusjoner i klagesaker for 'synspunkter' ('views')) dersom det er spørsmål om å sette til side en norsk lovbestemmelse. Fra norsk side har man ellers så beskjeden erfaring med klagesaker for FNs menneskerettskomité, at det er for tidlig å si om det kan være andre grunner til å legge større vekt på avgjørelser fra håndhevingsorganene i Europarådet enn på synspunktene til FNs menneskerettskomité. I utgangspunktet har det imidlertid formodningen mot seg. Både Den europeiske menneskerettsdomstol og FNs menneskerettskomité er sammensatt av høyt kvalifiserte og uavhengige personer. Erfaring viser at synspunktene fra FNs menneskerettskomité i klagesaker har høy status.»<sup>19)</sup>

Det sondres ikke her uttrykkelig mellom rettskraft- og rettskildevirkningen av EMDs bindende dommer og MRKs ikke-bindende avgjørelser. Uansett er det lite overbevisende å likestille den rettslige betydningen av EMDs og MRKs praksis ut fra at både EMD og komiteen består av høyt kvalifiserte og uavhengige personer, og at komiteens synspunkter i klagesaker har høy status. Rettskraften av EMDs dommer og MRKs avgjørelser er åpenbart forskjellige. Begrunnelsen for samsvar i rettskildeverdien burde, i samsvar med Diallo-saken, i tilfelle være at det følger av formålet med å opprette konvensjonsorganene at avgjørelsene skal tillegges stor vekt. Det er også grunn til

18) Rosanne van Alebeek og André Nollkaemper, «The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law», i *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, s. 356–414 (s. 395).

19) Ot.prp. nr. 3 (1998–99) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stiling i norsk rett (menneskerettsloven) s. 68 og 69–70.

å merke seg at heller ikke Regjeringen går inn på vekten til avgjørelser av andre konvensjonsorganer enn MRK.

Ved stortingsbehandlingen av menneskerettsloven var det enighet om at konvensjonsorganenes avgjørelser skulle tillegges meget stor vekt:

«Komiteen vil understreke at inkorporeringa fører med seg *ein ny rettsleg situasjon* ut frå det overordna mål å styrkja enkeltmenneska si rettslege stilling. Det må difor sjåast som eit av føremåla med inkorporeringa at den skal påverka rettsutviklinga i Noreg i retning av å høyre på, og ha eit ope forhold til praksis ved Strasbourgdomstolen og andre internasjonale handhevingsorgan...

Komiteen vil framheve det overordna mål at norsk rettspraksis *i størst mogleg grad* samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis.» [uthevet her]<sup>20)</sup>

Denne uttalelsen viser for det første at Stortinget ved vedtakelsen av denne loven ikke tok noen reservasjoner ved inkorporeringen av de aktuelle menneskerettighetskonvensjonene. Tvert imot. Inkorporasjonen innebærer «en ny rettsleg situasjon» og et overordnet mål var at «norsk rettspraksis i størst mogleg grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis». Det gjøres ingen forskjell på EMD og konvensjonsorganene, eller mellom ulike konvensjonsorganer.

### 3.2 Den andre fasen

Den neste fasen er preget av Makt- og demokratiutredningens fokus på maktoverføring fra folkevalgte organer til domstoler og internasjonale organer, altså det som er blitt betegnet som rettsliggjøring. Utredningens flertall advarte mot denne utviklingen, bl.a. ut fra at de inkorporerte menneskerettighetskonvensjonene med sine overvåkningsorganer kunne bidra til en forvitring av demokratiet.<sup>21)</sup>

Regjeringen var ikke så bekymret ved inkorporasjonen av barnekonvensjonen gjennom menneskerettsloven.<sup>22)</sup> Den gikk ikke inn på maktforskyvning i forhold til konvensjonens tilsynsorgan, Barnekomiteen. Men på dette tidspunktet var ikke tilleggsprotokollen til barnekonvensjonen, som gir komiteen myndighet til å behandle indvidklager, vedtatt. Og Makt- og demokratiutredningen ble først avgitt noen måneder

20) Innst. O. nr. 51 (1998–99) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven) s. 6.

21) NOU 2003: 19 Makt og demokrati. Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen s. 32 og 57.

22) Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov) s. 26. Se også Innst. O. nr. 92 (2002–2003) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av Barnekonvensjonen i norsk lov) s. 3.



etter regjeringens proposisjon i 2003. Derfor bør inkorporasjonen av barnekonvensjonen plasseres i den første, menneskerettsvennlige, fasen.

Men Regjeringens proposisjoner om inkorporasjon av rasediskrimineringskonvensjonen og kvinnediskrimineringskonvensjonen gjennom henholdsvis diskrimineringsloven og likestillingsloven er sterkt preget av rettsliggjørings synspunktene og innvarsler dermed den nye fasen. Om rasediskrimineringskonvensjonen heter det:

«Norge har akseptert den individuelle klageretten. CERD [Rasediskrimineringskomiteen] har ikke kompetanse til å komme med folkerettslig bindende uttalelser, slik som Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har. Konvensjonsstatene er derfor ikke rettslig forpliktet til å handle i overensstemmelse med komiteens uttalelser. Det er likevel klart at komiteens uttalelser eller avgjørelser har *stor moralsk og politisk kraft*, og at det kan være en *politisk belastning* for statene å unnlate å følge komiteens synspunkter.»<sup>23)</sup> [uthevet her]

Det ble gitt uttrykk for tilsvarende oppfatninger om betydningen av uttalelser fra komiteen som overvåker kvinnediskrimineringskonvensjonen.<sup>24)</sup>

Regjeringen sier altså overhodet ikke noe om den rettslige vekten til konvensjonsorganenes avgjørelser, bare om den politiske betydning. Dette er den motsatte ytterligheten av proposisjonen om menneskerettsloven, hvor EMDs bindende dommer og konvensjonsorganenes avgjørelser rettslig sett nærmest ble likestilt. Det er all grunn til å anta at Regjeringens synspunkter skyldes bekymringen om rettsliggjøring. Det sies i begge proposisjonene at Regjeringen vil komme tilbake til spørsmålet om rettsliggjøring i stortingsmeldingen om Makt- og demokratiutredningen.

I Stortinget ga debatten om rettsliggjøring seg utslag i uenighet om rasediskrimineringskonvensjonen og kvinnediskrimineringskonvensjonen burde inkorporeres i ordinær lovgivning, eller, med fortrinnsrett overfor annen lovgivning, i menneskerettsloven. Men Stortinget gikk ikke inn på den rettslige vekten til avgjørelser av konvensjonsorganene.<sup>25)</sup>

23) Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven). s. 52.

24) Ot.prp. nr. 35 (2004–2005) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeid av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov). s. 69.

25) Innst. O. nr. 70 (2004–2005) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeid av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov) s. 25, Innst. O. nr. 69 (2004–2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) s. 7.

Stortingsmeldingen om Makt- og demokratiutredningen<sup>26)</sup> har en omfattende behandling av ulike sider ved rettsliggjøring, men går ikke spesifikt inn på den rettslige statusen til avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer. Stortinget, med unntak av SV, nøyte seg med å uttrykke enighet med Regjeringen i «behovet for økt oppmerksomhet mot utfordringer knyttet til en inkorporering av internasjonalt regelverk».<sup>27)</sup>

### 3.3 Den tredje fasen

Debatten om rettsliggjøring preget imidlertid i stor grad spørsmålet om inkorporasjonen av kvinnekonsvensjonen burde flyttes fra likestillingsloven til menneskerettsloven – med sin fortrinnsrett. Dette dannet en del av regjeringens plattform i Soria Moria-erklæringen fra 2005, men en proposisjon ble ikke fremmet før i mai 2009. Dette kan ses som et utslag av den tredje fasen i inkorporasjonsutviklingen.

Regjeringen viser i proposisjonen om inkorporering av kvinnekonsvensjonen i menneskerettsloven til oppfatningen om at avgjørelser fra konvensjonsorganene skal tillegges «stor vekt».<sup>28)</sup> Men det uttrykkes behov for å «nyansere» synspunktene i proposisjonen om menneskerettsloven «litt».

For det første påpekes skillet mellom de rettslig bindende dommene til EMD, i motsetning til de ikke-bindende avgjørelsene fra konvensjonsorganene. I tillegg sies det at det er store forskjeller mellom EMD og konvensjonsorganene når det gjelder sammensetning, oppgaver og saksbehandling. Det vises også til at Kvinnekonsvensjonskomiteen skal fremme én gruppes rettigheter, mens EMD i større grad vil ha et helhetlig perspektiv. Endelig hevdes det at når disse organene foretar en dynamisk tolkning av konvensjonsbestemmelsene, kan en slik tolkning ikke legges ukritisk til grunn i norsk rettspraksis.<sup>29)</sup>

Denne nyanseringen er velbegrunnet når det gjelder forskjellen mellom den rettslige statusen til EMDs dommer og konvensjonsorganenes avgjørelser overfor den staten avgjørelsen er rettet mot. Men den generelle rettskildevirkningen kan være mer

26) St.meld. nr. 17 (2004–2005) Makt og demokrati.

27) Innst. S. nr. 252 (2004–2005) Innstilling fra Den særskilte komité nedsatt av Stortinget 18. mars 2005 for behandling av St.meld. nr.17 (2004–2005) Makt og demokrati s. 30.

28) Ot.prp. nr. 93 (2008–2009) Om lov om endringer i menneskerettsloven mv. (inkorporering av kvinnekonsvensjonen) s. 32.

29) Ot.prp. nr. 93 (2008–2009) Om lov om endringer i menneskerettsloven mv. (inkorporering av kvinnekonsvensjonen) s. 33. Stortinget ga ikke uttrykk for synspunkter på vekten av Kvinnekonsvensjonskomiteens avgjørelser ved lovbehandlingen, se Innst. O. nr. 115 (2008–2009) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i menneskerettsloven mv. (inkorporering av kvinnekonsvensjonen).

komplisert. I utgangspunktet kan det være grunn til å legge mer vekt på rettspraksis fra EMD siden dette er rettslig bindende dommer. Men det er liten grunn til å gjøre forskjell på en langvarig praksis fra EMD og konvensjonsorganene som ikke er blitt møtt med protester fra statene.

Videre er det utvilsomt forskjeller i sammensetning, oppgaver og saksbehandling til EMD og konvensjonsorganene. Men som det framgår av behandlingen ovenfor, er konvensjonsorganenes sammensetning og saksbehandling rimelig godt tilpasset de oppgavene de skal utføre. Det må advares mot å begrense deres autoritet «to ganger», ved at de ikke anses bindende, og ved at de ikke er opprettet som domstoler. Dette er to sider av samme sak.

Det er riktig at kvinneskredningskonvensjonen og dens komité ble opprettet for å fremme én gruppes rettigheter. Bakgrunnen er selvsagt at statene, inkludert Norge, mente at denne gruppen hadde behov for et særskilt vern. Dette gir ikke grunnlag for på generelt grunnlag å legge mindre vekt på denne komiteens avgjørelser. Men det kan være behov for å samordne ulike folkerettslige plikter og avgjørelser ut fra folkerettens fragmentariske karakter.<sup>30)</sup>

Det er heller ikke grunn til å diskvalifisere konvensjonsorganene fordi de driver dynamisk tolkning. Dette er en akseptert og nødvendig del av tolkningsmetoden, både i folkeretten og i norsk rett.<sup>31)</sup> Det ville være mer alvorlig dersom de ikke tolket konvensjonsbestemmelsene i lys av nye faktiske forhold og samfunnsutviklingen. De kan selvsagt tenkes å gå for langt i sin dynamiske tolkning. Men dette er bare et spesialtilfelle av avgjørelser hvor deres rettslige argumentasjon ikke er overbevisende. Regjeringens «nyanseringer» er altså fremdeles mer preget av den hjemlige rettsliggjøringsdebatten enn av folkerettslig analyse.

De inkorporerte menneskerettskonvensjonene skal etter ordlyden i menneskerettsloven og diskrimineringsloven «gjelde som norsk lov». Dette innebærer at konvensjonene som del av norsk rett skal tolkes etter akseptert folkerettslig metode, med den vekt konvensjonsorganenes avgjørelser skal tillegges etter folkeretten. Ved behandlingen av menneskerettsloven uttrykte Stortinget til og med målsettingen om at norsk rettspraksis i størst mulig grad bør være i samsvar med den til enhver tid gjeldende internasjonale tolk-

30) Se særlig studien om folkerettens fragmentering utført av FNs Folkerettskomisjon: Martti Koskeniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission*, Helsinki 2007.

31) Eirik Bjørge, «Dynamisk tolking i den generelle folkeretten», *Lov og Rett*, 2011 s. 1–19, Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utg., Oslo 2011 s. 91–92, Tore Schei, «Har Høyesterett en politisk funksjon?», *Lov og Rett*, 2011 s. 319–335 (s. 322).

ningspraksis. Det er ingenting i senere uttalelser fra Stortinget ved behandlingen av lovgivning om inkorporering av menneskerettighetskonvensjoner som rokker ved dette.

De ulike vurderingene foretatt av Regjeringen i lovproposisjonene endrer heller ikke denne rettsituasjonen. Disse vurderingene kan ses som norske sakkyndige vurderinger av Norges folkerettslige forpliktelser – men vel så mye som politiske oppfatninger av hvordan forholdet til de internasjonale menneskerettighetsforpliktelsene bør være. Det siste illustreres ved de ulike synspunktene som er fremmet i de tre fasene beskrevet ovenfor. Endringene i disse synspunktene avspeiler ikke en folkerettslig utvikling, men utelukkende den interne norske debatten om rettsliggjøring. Dette svekker uttalelsenes troverdighet som en analyse av den rettslige betydningen av konvensjonsorganenes avgjørelser.

Men vel så viktig er det at Stortingets uforbeholdne inkorporering av konvensjonene innebærer at norsk rett må bestemmes ut fra folkerettslige rettskilder. I en folkerettslig sammenheng har synspunkter fremmet i norske forarbeider ingen spesiell status som rettskildeargumenter. Norsk rett er blitt internasjonalisert i bokstavelig forstand.

#### 4 HØYESTERETSPRAKSIS

Høyesterett har behandlet den rettslige statusen til konvensjonsorganene i tre saker. Dar-saken (Rt. 2008 s. 513) gjaldt den rettslige betydningen av en midlertidig forføyning («interim measure») vedtatt av Torturkomiteen om at en person ikke skulle sendes ut av landet før komiteen hadde truffet sin endelige avgjørelse.<sup>32)</sup> Høyesterett avgjorde saken på grunnlag av manglende rettslig interesse hos saksøker. Men i et obiter dictum gikk Høyesterett inn på den folkerettslige statusen til slike avgjørelser. Torturkonvensjonen er riktignok ikke inkorporert i norsk lovgivning, men det var enighet om at dersom komiteens avgjørelser var folkerettslig bindende, ville saksøker kunne påberope seg eventuelt konvensjonsbrudd på grunnlag av utlendingsloven § 4 (avsnitt 47).

Høyesterett drøftet spørsmålet på grunnlag av Wien-konvensjonen om traktatretten, som uttrykk for folkerettslig sedvanerett. Konklusjonen ble at komiteens avgjørelser om midlertidige forføyninger ikke er rettslig bindende. Begrunnelsen var først og fremst at slike avgjørelser ikke har forankring i konvensjonsteksten, og at Torturkomiteens endelige avgjørelser heller ikke er bindende. Det tilføyes at «den norske holdnin-

32) Se nærmere Geir Ulfstein, «Menneskerettslige overvåkningsorganer: Betydningen i folkeretten og norsk rett», i *Arbeid og Rett. Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, Oslo 2009 s. 605–623 og Andreas M. Kravik, «Torturkomiteens anmodninger om midlertidig beskyttelse og deres gjennomslagskraft i norsk rett», *Lov og Rett*, 2008 s. 102–119.

gen er at slike anmodninger skal tillegges stor vekt, og at de i utgangspunktet vil bli etterkommet så langt det er mulig» (avsnitt 58). Dette kan tas som uttrykk for at slike avgjørelser har «stor vekt» både i folkeretten og i norsk rett. Men det sies ikke noe om hva som er grunnlaget for å hevde at dette er en «norsk holdning», og hvilke konsekvenser dette eventuelt skal ha for forvaltningens og Høyesteretts behandling av slike saker.

I Ankenektelsessaken (Rt. 2008 s. 1764) behandlet Høyesterett i storkammerkonsekvensene av at MRK i Restauratørsaken<sup>33)</sup> hadde kommet til at manglende begrunnelse for ankenektelse var i strid med konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 5, og dermed at Norge hadde brutt sin konvensjonsforpliktelse. Høyesterett konstaterte at innholdet i norsk rett beror på den folkerettslige betydningen av MRKs avgjørelser:

«Spørsmålet om hvilken virkning Menneskerettighetskomitéens fortolkning skal ha overfor intern norsk lovgivning blir derfor et spørsmål om hvilken rettskildemessig tyngde en slik fortolkning skal ha ved vår tolking av konvensjonen.» (avsnitt 75)

Men i den følgende drøftelsen holder Høyesterett seg utelukkende til hva som sies om slike avgjørelses vekt i norske lovforarbeider, uten en selvstendig folkerettslig drøftelse. Konklusjonen er da også basert på forarbeidene til menneskerettsloven:

«På bakgrunn av det jeg her har gjennomgått av forarbeidene til menneskerettsloven, finner jeg det klart at en konvensjonstolkning foretatt av FNs menneskerettskomité må ha betydelig vekt som rettskilde.» (avsnitt 81)

Høyesterett anså altså de norske forarbeidene som en autoritativ kilde til å fastslå den folkerettslige vekten til MRKs avgjørelser. Dette står i kontrast til framgangsmåten i Dar-saken, hvor Høyesterett foretok en selvstendig folkerettslig drøftelse av den rettslige statusen til Torturkomiteens anmodning.

Men Høyesteretts resultat i Ankenektelsessaken om at avgjørelser fra MRK skal tillegges «betydelig vekt», samsvarer med ICJs konklusjon i Diallo-saken, om at komiteens praksis skal tillegges «great weight» som rettskilde.<sup>34)</sup>

Ashok-saken (Rt. 2009 s. 1261) gjaldt betydningen av en General Comment fra Barnekomiteen for om «innvandringspolitiske hensyn» kunne tas når opphold på

33) Human Rights Committee, Communication No. 1542/2007 (2008).

34) Sml. Mads Andenæs og Eirik Bjørge, «Norske domstoler og utviklingen av menneskerettene», *Jussens Venner*, 2011 s. 251–286 (s. 273–274).

humanitært grunnlag skulle avgjøres for en enslig mindreårig gutt. Førstvoterende uttalte at «[s]pørsmålet vil avhenge av om en uttalelse fra FNs barnekomité, avgitt i en General Comment fra 2005, kan forstås på denne måten, og hvilken rettskildevekt denne eventuelt skal ha» (avsnitt 26).

Høyesterett delte seg i sin begrunnelse 4-1, hvor flertallet, i likhet med i Ankenektelsessaken, drøftet spørsmålet på grunnlag av norske lovforarbeider, mens den dissenterende dommeren, i samsvar med Dar-saken, anvendte en folkerettslig tilnærming. Flertallet viste til Ankenektelsessaken om at konvensjonstolkning foretatt av MRK har betydelig vekt som rettskilde (avsnitt 41). Når det gjaldt Barnekomiteens uttalelse burde det vektlegges om den kunne anses som et uttrykk for tolkning av konvensjonens forpliktelser eller en anbefaling om ønskelig praksis, og om uttalelsen passet på det faktiske forhold retten skulle ta stilling til (avsnitt 44). Men Høyesterett kom til at komiteens uttalelse ikke burde forstås slik at innvandringspolitiske hensyn var utelukket i vurderingen av opphold for enslige mindreårige (avsnitt 62). Derfor ble det ikke nødvendig å ta stilling til uttalelsens vekt i det konkrete tilfellet. I likhet med i Dar-saken er derfor dommens uttalelser om vekten av Barnekomiteens et obiter dictum.

Det kan etter dette konstateres at Høyesterett er på linje med ICJ når det gjelder at avgjørelser fra konvensjonsorganene skal tillegges «betydelig vekt» («great weight»), selv om det er noe uklart hvordan Dar-sakens «stor vekt» skal tolkes. Det gjøres ingen forskjell mellom de ulike menneskerettighetskonvensjonene. Det skilles heller ikke mellom avgjørelser i klagesaker rettet mot Norge (Ankenektelsessaken) og generelle tolkningsuttalelser i form av General Comments (Ashok-saken). I Ashok-saken poengteres det at det må sondres mellom komiteens tolkningsuttalelser og deres råd om ønskelig praksis. Men dommene gir ikke grunnlag for å slutte hvordan Høyesterett vil forholde seg til skillet mellom betydningen av konvensjonsorganenes avgjørelser overfor den stat de er rettet mot og deres generelle rettskildemessige betydning.

Forskjellen mellom dommene ligger først og fremst i de ulike tilnærmingene til problemstillingen. Mens Høyesterett tar utgangspunkt i at oppgaven er å bestemme den folkerettslige vekten til konvensjonsorganenes avgjørelser, er det bare i Dar-saken og av den dissenterende dommeren i Ashok-saken at en slik selvstendig vurdering av de folkerettslige kildene foretas. I Ankenektelsessaken og i flertallsavgjørelsen i Ashok-saken nøyer Høyesterett seg med å referere hva forarbeidene sier om den rettslige betydningen av konvensjonsorganenes avgjørelser.

Det er ovenfor konkludert med at norske forarbeider ikke har spesiell vekt når Stortinget uforbeholdent har inkorporert menneskerettighetskonvensjonene. I den grad Høyesterett har tillagt forarbeidene rettskildemessig vekt, er dette altså i strid med Stortingets vilje. Høyesteretts bruk av forarbeidene kan alternativt skyldes at forarbei-

dene anses som et faglig autoritativt uttrykk for hvilken folkerettslig vekt konvensjonsorganenes avgjørelser skal tillegges. Men som det er vist ovenfor, avspeiler forarbeidene den politiske debatten om rettsliggjøring, heller enn en folkerettslig analyse av avgjørelsens rettslige betydning.

Uansett innebærer fokuset på de norske forarbeidene en fare for at Stortingets intensjon ved inkorporeringen ikke oppfylles, nemlig at den norske lovgivningen skal tolkes på grunnlag av folkerettslige kilder. Høyesterett bør derfor kutte navlestrengen til norske forarbeider ved tolkningen av inkorporerte konvensjoner og ta inn over seg at det er de folkerettslige tolkningsprinsippene som gjelder. Disse prinsippene har Høyesterett fått et selvstendig ansvar for å anvende, uavhengig av Regjeringens skiftende oppfatninger.

## 5 RATIFIKASJON AV NYE INTERNASJONALE KLAGEORDNINGER

Stadig flere globale menneskerettighetskonvensjoner har individuelle klageordninger. De siste årene har vi fått slike ordninger i konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (2006), konvensjonen om forsvunne personer (2006), ØSK (2008) og barnekonvensjonen (2011).

Også når det gjelder de nye klageordningene har den norske debatten om rettsliggjøring slått inn. Norge inntok en «skeptisk holdning» og hadde «grunnleggende betenkeligheter» i forhandlingene om klageordninger både under ØSK og barnekonvensjonen, ut fra behovet for å verne om «det nasjonale demokratiske handlingsrom». <sup>35)</sup> Regjeringen har ikke tatt endelig stilling til noen av disse nye klageordningene. <sup>36)</sup>

Norsk tilslutning til klageordningene kan ikke bare vurderes ut fra om de begrenser Norges demokratiske handlefrihet. For det første påpeker Regjeringen i stortingsmeldingen om Makt- og demokratiutredningen at «visse begrensninger på flertallsstyret tilhører de grunnleggende forutsetninger for et demokrati». <sup>37)</sup> Det er altså ikke slik at begrensninger på det politiske flertallsstyret er i strid med demokratiet. Tvert imot er dette en del av det konstitusjonelle demokratiet. Spørsmålet er hvor balansen mellom flertallets frihet og beskyttelsen av minoriteter og individer skal gå – inkludert hvilken rolle internasjonalt vern skal spille.

35) Utenriksminister Jonas Gahr Støres svar til Øyvind Håbrekke, Spørretimespørsmål og svar 1. desember 2010 (nr. 348 (2010–2011)).

36) Se om konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne Prop. 106 S (2011–2012) s. 5.

37) St.meld. nr. 17 (2004–2005) Makt og demokrati s. 22.

Det er også ønskelig med internasjonal kontroll av om Norge respekterer sine forpliktelser ut fra utenrikspolitiske vurderinger. I stortingsmeldingen om norsk utenrikspolitikk fra 2009 pekes det på at «engasjementspolitikken er uegennyttig basert i ønsket om å bidra til et bedre liv for mennesker rundt om i verden. Samtidig gir globalisering og øvrig geopolitisk endring engasjementspolitikken en fornyet og forsterket begrunnelse ved at den på ulike måter bidrar til å realisere mål som er i norsk interesse.» Det heter videre at norske sikkerhetsinteresser «er knyttet til utviklingen av en internasjonal rettsorden som sikrer fred, stabilitet, sikkerhet og rettsstatens prinsipper, økonomisk trygghet, og livsmiljøet og sentrale verdier som menneskerettigheter og demokrati, innenfor en regional og en global ramme.»<sup>38)</sup>

Norge ønsker altså å bedre situasjonen i andre land av hensyn til de menneskene som bor der. Men vi har også en interesse av å bidra til internasjonal stabilitet for selv å kunne leve i fred. Det er klart at individuelle klageordninger innebærer en styrking av de aktuelle globale menneskerettighetskonvensjonene. Norsk tilslutning til disse ordningene er en forutsetning for at vi med troverdighet kan oppfordre til andre staters tilslutning. Tilsvarende uttalte Stortinget i forbindelse med vedtakelsen av menneskerettsloven at inkorporeringen av konvensjonene i norsk rett ville «gje oss truverde i vårt internasjonale arbeid».<sup>39)</sup>

Det er videre i samsvar med norske idealer å gi et sterkt vern til de rettighetene og gruppene som omfattes av de nye klageordningene: økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, og rettighetene til barn, funksjonshemmede og forsvunne. Disse rettighetene har imidlertid allerede et sterkt vern i norsk rett, noe som gir mindre grunn til å frykte innskrenkninger i den demokratiske handlefriheten fra et internasjonalt klageorgan.

Når det gjelder begrensninger i handlingsrommet er det for øvrig grunn til å ta utgangspunkt i Norges erfaringer med de internasjonale klageordningene hittil. I de fem sakene hvor klageorganene har funnet at Norge har krenket sine forpliktelser, er avgjørelsen etterkommet i fire saker. Tre av disse sakene har prinsipiell interesse. KRL-saken har ført til endring i lovgivningen,<sup>40)</sup> men her ble Norge også dømt ved EMD. Sjølie-saken gjaldt den vanskelige avveiningen mellom ytringsfrihet og beskyttelse mot rasistiske ytringer. Her mener Norge at Rasediskrimineringskomiteens synspunk-

38) St.meld. nr. 15 (2008–2009) Interesser, ansvar og muligheter. Hovedlinjer i norsk utenrikspolitikk s. 87 og 89.

39) Innst. O. nr. 51 (1998–99) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven) s. 2.

40) Lov 17. juni 2005 nr. 106 om endringar i opplæringslova og friskolelova (se Ot.prp. nr. 91 (2004–2005) s. 3.



ter er ivaretatt i den nye Grunnloven § 100 og endringene i straffeloven § 135 a.<sup>41)</sup> Restauratørsaken førte til en viktig endring i norsk rett ved innføringen av et krav om begrunnelse ved ankenektelse. Men Høyesterett uttalte altså at et slikt krav er «helt i tråd med alminnelige, norske prosessidealer» (avsnitt 101). I Dar-saken valgte Høyesterett ikke å etterkomme Torturkomiteens krav. Jeg er enig med Henning Harborg når han i sin utredning om ØSK-protokollen konkluderer med at disse avgjørelsene ikke har hatt vesentlig betydning for den norske handlefriheten.<sup>42)</sup>

Økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter kan hevdes å overlate større myndighet til konvensjonsorganene fordi rettighetene er uttrykt vagere enn sivile og politiske rettigheter. Det er f.eks. uklart hva som ligger i ØSKs krav om en «adequate standard of living» (art. 11 (1)). Rettighetene kan også ha en progressiv karakter. ØSK fastsetter at statene skal iverksette tiltak «to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant» (art. 2 (1)). I tillegg kan rettighetene tenkes å innebære betydelige restriksjoner på hvordan statene skal innrette sin økonomiske, sosiale og kulturelle politikk. Endelig kan det være vanskelig for staten å dokumentere hvorfor visse tiltak foretrekkes framfor andre. Riktignok er også de sivile og politiske rettighetene vage, og de er blitt presisert gjennom de internasjonale organenes praksis. Men parallellen er ikke fullt ut betryggende i forhold til de spesielle sidene ved økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

De internasjonale klageorganene tillater ikke statene retten til å anvende en nasjonal skjønnsmargin, slik som EMD.<sup>43)</sup> Men ØSK-protokollen inneholder et krav om «reasonableness» i prøvingen av om staten har oppfylt sine forpliktelser:

«When examining communications under the present Protocol, the Committee shall consider the reasonableness of the steps taken by the State Party in accordance with part II of the Covenant. In doing so, the Committee shall bear in mind that the State Party may adopt a range of possible policy measures for the implementation of the rights set forth in the Covenant.» (art. 8 (4)).

Det er selvsagt vanskelig å forutsi hvordan ØSK-komiteen vil praktisere denne standarden. Men det er grunn til å gå ut fra at statene vil tillates en betydelig skjønnsmargin.<sup>44)</sup> Det er også grunn til å minne om at Norge allerede har godtatt klageordningene

41) Se Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) s. 248.

42) Harborg, *Valgfri protokoll til ØSK – Mulige virkninger av tilslutning*, s. 25. Utredningen er avgitt til Utenriksdepartementet 16. november 2011.

43) Birgit Schlütter, «Aspects of human rights interpretation by the UN treaty bodies», i *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, s. 261–320 (s. 307–309).

44) Harborg, *Valgfri protokoll til ØSK*, s. 82 og 90.

under rasediskriminerings- og kvinnediskrimineringskonvensjonen, som begge inneholder økonomiske og sosiale rettigheter, uten at dette har skapt store problemer for nasjonal demokratisk handlefrihet.

I vurderingen av om Norge skal slutte seg til nye klageordninger for individer, er det viktig å ha for øye at rettskilddevirkningen av konvensjonsorganenes avgjørelser gjelder for alle stater som har ratifisert konvensjonene, uavhengig av om de har sluttet seg til protokoller med klageordninger.<sup>45)</sup> Avgjørelser basert på individklager vil inngå som en del av organenes praksis, sammen med konklusjoner ved eksaminasjon av statsrapporter og General Comments. Denne praksisen, som uttrykk for organenes tolkning av de folkerettslige forpliktelsene, skal tillegges «betydelig vekt» både på det folkerettslige planet og i norsk rett.<sup>46)</sup>

Dette tilsier for det første at den rettslige betydningen av tilslutning til klageordningen ikke har så stor betydning for Norges handlefrihet. Men, for det andre, innebærer dette at Norge har all interesse av å påvirke tolkningen av forpliktelsene gjennom aktiv deltakelse i klageordningene. Dette er i samsvar med et mer generelt aspekt av folkeretten: statene har i stadig større grad en interesse av å delta der hvor beslutningene treffes, fordi de ofte uansett vil påvirkes av disse beslutningene.<sup>47)</sup>

Endelig kommer at klageorganenes avgjørelser ikke er bindende, verken på det folkerettslige eller det internrettslige planet. Det er et reelt skille mellom rettskraftvirkningen av dommer fra EMD og avgjørelser fra konvensjonsorganene. Det er lite å utsette på Høyesteretts standard om at konvensjonsorganenes avgjørelser skal tillegges «betydelig vekt». Men norske domstoler har rett til å komme til en annen tolkning hvis konvensjonsorganenes avgjørelser er grundig vurdert og vektlagt, og det er rettskildemessig grunnlag for et annet resultat. Dersom for mye vekt tillegges konvensjonsorganenes avgjørelser, kan dessuten «det beste bli det godes fiende», i betydningen av at for stor lojalitet overfor klageorganenes avgjørelser kan være et viktig moment som taler mot norsk tilslutning til nye internasjonale klageordninger.

Men vel så viktig er det at Høyesterett kan påvirke innholdet av de folkerettslige forpliktelsene. Dette kan dels gjøres gjennom dommenes overbevisningskraft. Det er i denne sammenhengen av interesse at presidenten for EMD, Nicolas Bratza, ønsker

45) Se også *ibid.*, s. 101.

46) Backer mener at en stat som ikke slutter seg til en klageordning ikke vil legge like stor vekt på utfallet av slike klager, se Inge Lorange Backer, «Ideals and Implementation: Ratifying Another Complaints procedure? A Reply to Evju», *Nordic Journal of Human Rights*, 2009 s. 91–97 (s. 94). Men han gjør det ikke klart om dette er en konklusjon basert på folkeretten.

47) Abram Chayes og Antonia Handler Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, Mass. 1995 s. 27.

dialogen mellom nasjonale domstoler og en internasjonal domstol som EMD velkommen, inkludert at nasjonale domstoler uttrykker sin uenighet med EMD.<sup>48)</sup> Nasjonal rettspraksis er også av folkerettslig betydning, og må tillegges rettskildemessig vekt av konvensjonsorganene i den grad praksisen kan anses som et generelt uttrykk for konvensjonspartenes tolkning av rettighetene. På denne måten kan nasjonale domstolars praksis bli bestemmende for det folkerettslige innholdet i statenes forpliktelser.

---

48) Nicolas Bratza, «The Relationship between the UK Courts and Strasbourg», *E.H.R.L.R.*, 2011 s. 505–512 (s. 507, 509 og 510).