

NÅR HELLIGER MÅLET MIDDELET?

- **Om EMDs proporsjonalitetsvurdering og statenes skjønnsmargin**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 608

Til sammen 16 171 ord

24.11.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>BAKGRUNN</u>	<u>1</u>
1.1	Introduksjon	1
1.2	Begrepsavklaringer	3
1.2.1	EMKs inngrepshjemler og skjønnsmargin	3
1.2.1.1	Artikkel 8 - 11	3
1.2.1.2	Øvrige rettigheter.	5
1.2.2	Relativisering	6
1.2.2.1	Relativisering etter rettighetenes politiske karakter – deres <i>politiskhet</i> .	6
1.2.2.2	Relativisering i betydningen rangering	7
1.3	Problemstilling og avgrensning	7
<u>2</u>	<u>GJENNOMGANG AV PRAKSIS</u>	<u>8</u>
2.1	Metode	8
2.2	Domspraksis	9
2.2.1	<i>Kutic v. Croatia (2002)</i>	9
2.2.2	<i>Christine Goodwin v. UK (2002)</i>	12
2.2.3	<i>Fretté v. France (2002)</i>	14
2.2.4	<i>E.B v. France (2008)</i>	16
2.2.5	<i>Hatton & Others v UK (2003)</i>	17
2.2.6	<i>Blecic v. Croatia (2004)</i>	19
2.2.7	<i>Von Hannover v. Germany (2004)</i>	22
2.2.8	<i>Phinikaridou v. Cyprus (2007)</i>	23
2.2.9	<i>TV Vest & Rogaland Pensjonistparti v. Norway (2009)</i>	24
2.2.10	<i>A, B & C v. Ireland (2010)</i>	26
2.2.11	<i>Frodl v. Austria (2010)</i>	28
2.2.12	<i>Aune v. Norway (2010)</i>	30
2.2.13	<i>Lautsi v. Italy (2011)</i>	32
2.2.14	<i>Nunez v. Norway (2011)</i>	34

<u>3</u>	<u>DISKUSJON</u>	<u>36</u>
3.1	Domstolens praksis; noen tendenser og slutninger	36
3.1.1	<u>Skjønnsmargin og proporsjonalitetsvurdering</u>	37
3.1.2	<u>Skjønnsmarginens rolle</u>	42
3.1.3	<u>EMDs forhold til inngreps eventuelle demokratiske legitimitet (lovgiverviljen)</u>	43
3.2	Sondringens problem	44
3.3	Implikasjoner ved eventuell praktisering av en (politisk) skjønnsmargin på nasjonalt nivå	49
<u>4</u>	<u>NORMATIVE BETRAKTNINGER</u>	<u>51</u>
4.1	Prinsipielle utgangspunkter	51
4.2	I forhold til andre staters borgere	52
4.3	I forhold til statens egne borgere	54
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>55</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>57</u>
6.1	Lover	57
6.2	Konvensjoner	57
6.3	General comments	57
6.4	Dommer	58
6.4.1	Norges Høyesterett	58
6.4.2	EMD	58
6.5	Litteratur	59
6.5.1	Bøker	59
6.5.2	Artikler	60
6.5.3	Nettdokumenter	61
6.6	Andre kilder	62
		II

Takk

Jeg vil rette en stor takk til min veileder Professor Mads Andenæs, ved Juridisk fakultet, Universitetet i Oslo, for hans tilrettelegging og innspill til problemstillingen samt gode råd om relevant litteratur. Hans veiledning, med stor entusiasme og vilje til å dele av sin kunnskap på fagområdet, har blitt høyt verdsatt.

1 Bakgrunn

1.1 Introduksjon

Denne avhandlingen omhandler internasjonale menneskeretter; nærmere bestemt forholdet mellom domstolsprøving og staters skjønnsmargin.

Etter at FN-pakten ble inngått i 1945 har menneskerettene fått en gradvis økende praktisk betydning, særlig i Europa. Med Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og den tilhørende domstol (EMD) ble det etablert et overnasjonalt rettssystem med kompetanse til å overprøve statenes gjennomføring av konvensjonen.

Flere har vært kritiske til denne overnasjonale kontrollen, og EMDs håndhevelse av konvensjonen har vært gjenstand for inngående diskusjon. Ett av stridstemaene har vært (og er) det nærmere innhold og praktisering av statenes skjønnsmargin.

I "Nasjonal skjønnsmargin etter EMK", i Lov og Rett (LoR) Nr. 4. 2011, gir artikkelforfatter Jens Edvin A. Skoghøy et bidrag til diskusjonen om dette temaet. Det argumenteres her for at nasjonale domstoler ved anvendelsen av inngrepshjemlene for enkelte rettigheter i Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK), skal innrømme lovgiver en "betydelig" skjønnsmargin i proporsjonalitetsvurderingen. Dette på tross av erkjennelsen av at nasjonale domstoler etter EMDs praksis i utgangspunktet ikke har en slik kompetanse.¹ Grunnen til at nasjonale domstoler likevel skal innrømme lovgiver en slik skjønnsmargin ligger angivelig i en lojalitetsplikt overfor sistnevnte, som videre synes begrunnet i hensynet til det nasjonale demokrati.

¹ *A and others v. UK*. Dom 19. Februar 2009, hvor dette slås fast.

I artikkelen skisseres en sontring mellom – på den ene side inngrep i rettigheter som byr på en verdibasert *politisk* interesseavveining – og på den annen side inngrep i rettigheter som fordrer en mer objektiv nødvendighetsvurdering. Den vide skjønnsmarginen skal etter dette følge de førstnevnte. På denne måten relativiseres skjønnsmarginen ut i fra inngrepsvurderingenes grad av *politiskhet*.

Også i land med domstoler som praktiserer uavhengige og selvstendige proporsjonalitetstester, er det stemmer i Skoghøys retning. Lord Walker i engelske Supreme Court uttalte om en sak, som mange vil oppfatte som typisk verdimesig og politisk, at ”*the decision to be made is one that ought to be made by a democratically-elected legislature*”.²

Mads Andenæs og Eirik Bjørge holder på sin side fast ved utgangspunktet – i tråd med *A and others v. UK* – om at skjønnsmarginen er et fenomen som ikke står til disposisjon for nasjonale domstoler.³ Den avstand mellom EMD og de nasjonale forhold, som begrunner en eventuell statlig skjønnsmargin, finnes ikke tilsvarende i forholdet mellom nasjonale domstoler og de lokale forhold. Disse skal i stedet foreta selvstendige og uavhengige proporsjonalitetstester, slik for eksempel den tsjekkiske konstitusjonsdomstolen, tyske Bundesverfassungsgericht og engelske Supreme Court gjør.⁴

I samme retning går Njål Høstmælingens fremstilling av temaet. Slik det presenteres her, fremstår ikke den statlige skjønnsmargin som et juridisk instrument egnet for nasjonal anvendelse all den tid EMDs skjønnsmarginpraksis – slik Høstmælingen uttrykker det – bærer preg av ”taktikk” og ”popularitet”.⁵

² Se ‘*In re P*’; avsnitt 82. Adopsjonssak; et ugift par i Nord-Irland.

³ Jf. ‘Norske domstoler og utviklingen av menneskerettene’; Jussens Venner, Nr 5, 2011.

⁴ Se flertallet i ‘*In re P*’ (2008)

⁵ Jf. ‘Internasjonale menneskerettigheter’ (2003) s. 124

Denne oppfatningen om 'instrumentets' uanvendelige karakter ser langt på vei ut til å deles av Jacobs, White og Ovey: "It is not easy to provide a definition of the doctrine which applies in every case, and the application of the concept is difficult to predict".⁶

1.2 Begrepsavklaringer

1.2.1 EMKs inngrepshjemler og skjønnsmargin

1.2.1.1 Artikkel 8 - 11

På nærmere bestemte vilkår kan det gjøres inngrep i rettighetene som følger av EMK. For konvensjonens artikkel 8 - 11 er vilkårene, slik de følger av bestemmelsenes andre ledd, formulert som en tredelt test.

For det første må inngrepet være hjemlet i lov: Lovskravet er begrunnet i borgernes rettssikkerhet⁷, på samme måte som lovskravet slik det følger av 'det relative legalitetsprinsipp' i norsk forvaltnings- og strafferett.

Når inngrepets rettslige grunnlag er funnet tilstrekkelig, blir spørsmålet om målet med inngrepet – den anførte begrunnelse – kan henføres under ett eller flere av de opplistede 'legitime formål'. Bestemmelsenes angitte formål er ment å være uttømmende, men det har hendt at Domstolen, slik som i *Nyanzi v. UK*, aksepterer et formål uten at det er direkte nevnt i bestemmelsen. Denne formålmessighetstesten er sjelden problematisk.

Videre må inngrepet være "*nødvendig i et demokratisk samfunn*" – et kriterium som er utpenslet og redegjort for i EMDs praksis.⁸ Det overordnede vurderingstemaet er hvorvidt inngrepet kan *rettferdiggjøres*. Mer presist innebærer nødvendighetskravet for det første at det må godtgjøres at inngrepet har en saklig sammenheng med et reelt

⁶ Jacobs, White & Ovey; 'The European Convention on human rights'. (2010) s. 326.

⁷ Sunday Times v. UK. Dom 26 november 1991, avsnitt 49, hvor lovskravet utdypes.

⁸ Silver v. UK. Dom 25 mars 1983, avsnitt 97.

behov – ”*correspond to a pressing social need*”.⁹ Både behovet (for et vern, i det legitime formåls sak) og sammenhengen mellom mål og middel må godtgjøres. Dette siste – kravet om sammenheng – kan også beskrives som et krav om egnethet.

For det andre må innskrenkningen i rettigheten ikke være mer inngripende enn nødvendig for å ivareta behovet til den beskyttelsesverdige interessen. Dette innebærer at målet ikke kunne vært nådd med et alternativt og mindre inngripende tiltak.¹⁰ Endelig må inngrepet være utslag av en *rimelig* interesseavveining. Denne siste vurderingen omtales gjerne som proporsjonalitetstesten.¹¹

Det er nettopp her ved nødvendighetsvurderingen (i vid forstand) at statene ofte påberoper seg en skjønnsmargin. I artikkelen i LoR fremholdes at lovgiverne på de typisk politiske områder, med hjemmel i en bred skjønnsmargin skal få avgjøre *hva* det er behov for og dermed langt på vei hvilke inngrep som er rettmessige.

Med uttrykket ‘skjønnsmargin’ menes det handlingsrom for gjennomføring av konvensjonsforpliktelsene som Domstolen (EMD) eventuelt innrømmer staten. I vår sammenheng innebærer dette at om staten innrømmes en skjønnsmargin – i forhold til en gitt nødvendighetsvurdering – vil ikke Domstolen gå inn og nærmere overprøve innenfor marginens område. En bred skjønnsmargin blir således motstykket til en reell og intensiv domstolsprøving av vurderingen.

⁹ TV Vest v. Norway. Dom 11 mars 2009, avsnitt 58.

¹⁰ Altså nødvendighetsvurdering i snever forstand; blant annet kommet til uttrykk i Hatton v. UK (2001-saken, som senere ble anket), avsn 97.

¹¹ Her i snever forstand (*stricto sensu*); må ikke forveksles med proporsjonaliteten i den videre forstand, som viser til nødvendighetsvurderingen i sin helhet.

1.2.1.2 Øvrige rettigheter.

På tross av at de øvrige konvensjonsrettene ikke har den samme inngrepshjemmel som art. 8 - 11, stilles det for flere av dem langt på vei tilsvarende krav ved eventuelle inngrep.¹²

For art. 6 (1) slås dette fast blant annet i *Ashingdane v. the United Kingdom*.¹³ Når det gjelder inngrep i eiendomsretten etter tilleggssprotokoll (TP) 1 art. 1, følger det av bestemmelsens annen setning en hjemmel for varig avståelse av eiendom i "*samfunnets interesse*". Det følger videre av praksis¹⁴ og teori¹⁵ at det i dette formålskravet også er bakt inn en proporsjonalitetsvurdering.

Etter TP 4 art. 2 – retten til bevegelsesfrihet – følger en inngrepshjemmel av bestemmelsens tredje setning. Denne har nær samme utforming som inngrepshjemlene i EMK art. 8 – 11.

Også i retten til frie valg (herunder deltagelse) etter TP 1 art. 3 godtas innskrenkninger. Den innfortolkede inngrepshjemmelen er ikke like utpenslet og klar i sitt innhold som i enkelte andre menneskeretter. Kravet til eventuelle inngrep går i hovedsak ut på at innskrenkningen ikke må virke vilkårlig, være uforholdsmessig, eller hindre folket i å ytre sitt standpunkt.¹⁶

¹² Motsatsen til slike inngrepsmottagelige retter (som jeg forholder meg til her i oppgaven) er en rettighet som art. 3, som betegnes som 'absolutt'. For en beskrivelse av hva dette nærmere vil innebære, i praksis, viser jeg til Andreas Motzfeldt Kraviks artikkel "Kan hensynet til nasjonal sikkerhet svekke utlendings utsendelsesvern etter EMK art. 3", i LoR Nr.7 2011.

¹³ *Ashingdane v. UK*, avsn. 57.

¹⁴ *Bl.a Scordino v. Italy*, avsn 93.

¹⁵ Høstmælingen, *Internasjonale Menneskerettigheter*, s. 287

¹⁶ *Jacobs, White & Ovey*, s. 521.

1.2.2 Relativisering

I denne oppgaven vil forholdet mellom ulike menneskeretter bli vurdert og satt opp mot hverandre ut i fra to ulike målestokker (perspektiv). Disse målestokker er *politiskhet* og *viktighet* (rangering).

1.2.2.1 Relativisering etter rettighetenes politiske karakter – deres *politiskhet*.

I artikkelen "Nasjonal skjønnsmargin etter EMK" er det to tilgjengelige tolkingsalternativer av den relativisering forfatteren legger opp til.

Det ene er at hver stat skal ha en vid skjønnsmargin ved inngrep i rettigheter de *selv* oppfatter som politiske og som er gjenstand for verdibaserte interesseavveininger. Hva som nærmere bestemt oppfattes som tilstrekkelig grunnlag for et gitt inngrep, vil – som EMDs praksis illustrerer – kunne variere mellom de enkelte stater. Etter dette tolkningsalternativet skal de enkelte staters syn da respekteres gjennom en "betydelig" skjønnsmargin.

En mulig konsekvens av dette standpunktet er rangering av menneskeretter på nasjonalt nivå, ettersom inngrep også helt i kjernen av rettighetene prinsipielt sett vil kunne aksepteres.¹⁷ De nasjonale domstolene skal avstå fra å overprøve lovgivers nødvendighetsvurdering på områder de oppfatter som *politiske*.

Det andre tolkingsalternativet er at de oppfatninger om de enkelte rettighetenes *politiskhet* som artikkelforfatteren anfører, og som presumptivt følger av norsk tradisjon og oppfatninger, skal gjelde universelt. Ettersom sistnevnte tolkningsresultat innebærer en etnosentrisk forståelse av politikk og rettigheter – noe jeg ikke uten videre vil tillegge artikkelforfatteren – legger jeg i det følgende til grunn den førstnevnte forståelse.

¹⁷ Mer om dette under pkt. 1.2.2.2 og 4.

1.2.2.2 Relativisering i betydningen rangering

Både i EMDs praksis og i teorien legges det til grunn at alle rettigheter har en mer eller mindre bestemt kjerne¹⁸, og en (billedlig sett) omkringliggende interessesfære. Størrelsen på denne interessesfæren vil delvis avhenge av hvordan rettigheten er formulert. Er rettigheten formulert vidt og ubestemmelig, vil sfæren være stor. Imidlertid vil beskyttelsesverdigheten av de interesser rettigheten søker å ivareta gradvis minske etter hvert som en beveger seg ut fra rettighetens kjerne.

Etter en slik modell, vil et inngrep i rettighetens kjerne kunne formuleres som at rettigheten som sådan nedprioriteres. I tilfelle hvor den interesse som begrunner inngrepet er ivaretatt og nedfelt som en egen menneskerett, følger at rettigheten som nedprioriteres i realiteten er gitt en trinnlavere rang enn den rettighet som er beskyttet ved inngrepet. De interesser som *beskyttes* ved et slikt inngrep vil presumptivt selv ligge i den trinnhøyere rettighetens kjerne. Jeg vil komme nærmere tilbake til dette i oppgavens analysedel og diskusjon.

1.3 Problemstilling og avgrensning

Oppgaven vil ikke i særlig grad berøre Domstolens generelle tolkningsmetode. Jeg vil også avgrense mot skjønnsmargin-tematikken i forhold til derogasjon i medhold av art. 15, i den forstand at jeg ikke vil behandle saker som gjelder akutte krigs- og unntakstilstander.¹⁹

Med utgangspunkt i de ulike innfallsvinklene skissert i introduksjonen av oppgaven, blir problemstillingen hvorvidt det kan spores noen klar sammenhengende linje og konsistens i EMDs praktisering av statenes skjønnsmargin, for eksempel ut i fra momenter som *politiskhet*.

¹⁸ f.eks TV Vest v. Norway. Dom 11 mars 2009.

¹⁹ Mer presist: "time of war or other public emergency threatening the life of the nation", jf. Art. 15(1).

En innfallsvinkel går som nevnt ut på at en bestemt skjønnsmarginpraksis bør følges nasjonalt. Det er derfor av interesse å undersøke om dette er en linje som har rettskildemessig støtte.

Det er klart at en slik relativisert skjønnsmargin ikke direkte har grunnlag i EMK. Læren om statenes skjønnsmargin er utviklet gjennom praksis, og konvensjonen selv relativiserer ikke de enkelte rettighetene – på noen måte. Det bemerkes dog at enkelte i teorien hevder det er riktiger å si at 'statenes skjønnsmargin' følger av konvensjonens tekst og system (subsidiaritet).²⁰

2 Gjennomgang av praksis

2.1 Metode

Jeg vil nedenfor gjennomgå et større utvalg av Menneskerettsdomstolens dommer hvor forholdsmessighetsvurderingen stod sentralt. Gjennomgangens siktemål er å undersøke om beskrevet skjønnsmarginpraksis bør følges av nasjonale domstoler.

Etter analysen vil jeg forsøke å trekke noen slutninger av Domstolens praksis. Deretter følger en drøftelse av hvilke implikasjoner den skjønnsmarginpraksis det argumenteres for kan ha, både ved praktisering på nasjonalt nivå og ved en praktisering på overnasjonalt nivå.

I utvalget av dommer er det tatt hensyn til dommenes alder. På grunn av EMKs egenskap av å være et "*living instrument*" vil nyere praksis ha særlig høy relevans og vekt. Jeg vil ikke komme inn på dommer avsagt forut for 2002. Avgjørelser med prinsipielle uttalelser er, i tråd med rettskildelæren, spesielt verdifulle.

²⁰ Mahoney, HRLJ (1998), s. 4

Dommene vil bli gjennomgått kronologisk, med unntak for de dommer som har en særlig nær saklig tilknytning til hverandre. Grunnen til en slik systematikk er dels at eventuelle utviklingstrekk klartest vil komme til syne gjennom en tidsmessig gjennomgang, og dels at annen systematikk ble vurdert til i for stor grad å ville foregripe oppgavens diskusjon og slutninger. En inndeling etter inngrepenes formål, fant jeg gjennom arbeidet mindre hensiktsmessig: De legitime formål som formelt legges til grunn, fra statens side, synes ikke alltid å være sammenfallende med den begrunnelsen som *egentlig* synes å være av størst betydning. Illustrerende er særlig adopsjonssakene, men også *Christine Goodwin*,²¹ hvor moraloppfatninger ikke uttales eksplisitt.

2.2 Domspraksis

2.2.1 *Kutic v. Croatia (2002)*

EMDs dom av 1. mars 2002, "Kutic v. Croatia" avgjorde rettmessigheten av et inngrep i borgerens rett til adgang til rettsapparatet. Denne prosessuelle retten utledes av art. 6 (1). Oppfyllelse av retten er en forutsetning for retten til en rettferdig rettergang (i snever forstand).

Saken gjaldt (i realiteten) flere tusen borgere som ble nektet adgang til rettsapparatet i påvente av nye regler. De nye reglene ville uthule statens erstatningsansvar for tap av eiendom forvoldt ved "terroristskader".²² Begrunnelsen for innskrenkningen av retten til erstatning, og derav inngrepet i retten til adgang til rettsapparatet, var den vanskelige økonomiske og sosiale situasjonen landet var i:

²¹ Jf. George Letsas (2007); om Goodwin-sakens tema, på s. 105: "...the rights of transsexuals against the moralistic preferences of the majority".

²² Kutic v. Croatia, avsnitt 22 og 23.

"The Government stated that the sole purpose was to enact regulations which would provide for a better solution, compatible with European standards and *the State's resources*", avsnitt 22 (min utheving).

Selv om klageren fikk medhold av Domstolen, går det frem av dommens premisser (avsnitt 31) at retten til "access to court" i praksis er langt fra absolutt: "The Court acknowledges that a situation where a significant number of claims for large sums of money are lodged against a State *may call for some further regulation by the State and that in this respect the States enjoy a certain margin of appreciation*" (min utheving).

I en av de beslektede sakene som kom opp for Domstolen utdypes inngrepsvurderingen for "access to court":²³

"the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the observance of the Convention's requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved"

En rent språklig forståelse av ordlyden – "a certain margin of appreciation" – tyder på at statene ikke innrømmes en bred skjønnsmargin. En "viss" skjønnsmargin indikerer også noe mindre enn "en" skjønnsmargin. Videre uttales at det må være "reasonable relationship" i forholdsmessighetsvurderingen. Ut i fra den konkrete vurderingen Domstolen faktisk foretok, kan det se ut til at skjønnsmarginen var enda mindre enn premissenes ordlyd kunne tyde på.²⁴ Selv om stater i en slik vanskelig situasjon kan

²³ Drazic v. Croatia, Dom 6 januar 2006.

²⁴ Motsatt: Lars Oftedal Broch, "Skjønnsmarginen i nyere praksis fra den europeiske menneskerettsdomstol", LoR Nr. 05-06. 2005. Etter hva jeg forstår mener han EMD i denne saken legger an en bred skjønnsmargin.

tillates å stanse saker, i påvente av vedtakelsen av helt nye materielle regler, mente Domstolen at det i de to sakene hadde gått for lang tid (4 og 6 år). Det gis uttrykk for at de kroatisk myndighetene har somlet og at dette var det springende punkt i sakene.

Etter sitatet (referert ovenfor) går det en grense for hvor inngripende tiltak som aksepteres – rettens *kjerne* skal være fredet. Jeg stiller meg imidlertid noe tvilende til hvor absolutt dette vernet egentlig var i disse Kroatia-sakene. Som nevnt var det myndighetenes sommel som felte staten, ikke selve stansingen i påvente av nye rettsregler.

Adgangen til rettsapparatet handler om muligheten for å få *sitt krav* avgjort ("determined").²⁵ Dette innebærer at saksøker har rett på en avgjørelse med hensyn til det aktuelle rettsforholdet. Med nye materielle regler som tar sikte på å lempe statens ansvar²⁶, vil det kunne være riktigere å karakterisere fortsettelsen som en helt ny sak heller enn å anse den som en reassumering av den opprinnelige. At staten så seg nødt til å gå til det drastiske skritt å stanse sakene – for deretter å vedta nye regler – tyder på at det var et reelt og presserende behov, og at regelendringen ville bli markant. Dersom i utgangspunktet berettigede krav skulle bli nedsatt betydelig (eller i verste fall bortfalle), er det i liten grad naturlig å snakke om at de overhodet fikk sin sak prøvet i rettsystemet. På denne bakgrunn mener jeg det er grunn til å sette spørsmålsteget ved om kjernen av retten egentlig har det absolutte vern premissene i dommen gir uttrykk for at de skal ha.

Anses innskrenkningen som så vidt inngripende, gir det også god mening at Domstolen i en slik sak ikke innrømmer staten særlig skjønnsmargin.

Grunnen til at Domstolen likevel gir uttrykk for at et slikt inngrep kan være akseptabelt i visse tilfeller (altså om da ikke myndighetene somler unødige, som i vår sak), synes å være de særlig beskyttelsesverdige interessene som søkes vernet. Som det går frem av dommen var det hensynet til "*the State's resources*" som begrunnet inngrepet. Uten at

²⁵ Jf. Anne Robberstad, (2009) s. 49.

²⁶ Avsnitt 22 og 23 i Kutic.

det uttales eksplisitt, synes den underliggende grunnen å være at staten skal ha mulighet til å forvalte dens begrensede ressurser på en *sosial* måte: Den skal kunne forvalte midlene forsvarlig, ut i fra befolkningens behov.

Slik sett er de offentlige interesser (som formelt var det legitime formål) så nært knyttet til befolkningens sosiale grunnrettigheter²⁷ at det kan være naturlig å tale om identifikasjon med hensyn til formålet. Interesseavveiningen blir etter dette de flere tusen menneskenes krav på å få avgjort sine erstatningskrav for skade på eiendom, satt opp mot sikkerhet for befolkningens sosiale grunnrettigheter. I et slikt perspektiv er det ikke oppsiktsvekkende at EMD aksepterte inngrep i kjernen av den prosessuelle retten, om en da anser det som et kjerneinngrep.

2.2.2 *Christine Goodwin v. UK (2002)*

Noen uker etter *Kutic v. Croatia* ble avgjort, kom Christine Goodwin-saken opp for Domstolen. Denne gjaldt en transseksuell som ikke fikk rettslig anerkjent et kjønnskifte fullt ut. Spørsmålet for Domstolen var om dette utgjorde et proporsjonalt inngrep i retten til privatliv etter art. 8. Inntil denne saken kom opp hadde EMD i flere lignende saker innrømmet statene en skjønnsmargin, som konkluderte med ikke-krenkelse. I *Christine Goodwin* falt Domstolen ned på motsatt resultat.

Som det går frem av bl.a. *Tyrer v. UK*²⁸ og *Johnston & Others v. Ireland*²⁹, skal konvensjonen anvendes ”*in light of present-day conditions*”. I *Christine Goodwin* gjøres det videre klart at det da ikke utelukkende siktes til situasjonen i det enkelte land: ”The Court proposes therefore to look at the situation within and outside the Contracting state(...)”.

²⁷ Se CESCR General Comment No. 3 1990, para. 10.

²⁸ ”Goodwin”, avsn. 31

²⁹ Ibid, avsn. 53

Med dette gir Domstolen uttrykk for at konvensjonen – der det er naturlig – skal tolkes og anvendes som en *rettslig standard*, slik vi kjenner til fra norsk rett.³⁰ Når det ikke er tale om uttrykk som naturlig kan betegnes som rettslige standarder, impliserer den tidsmessige anvendelse det henvises til (i dommene nevnt rett ovenfor) at formålsbetraktninger generelt skal vektlegges. Dette harmonerer med folkerettens metode forøvrig.³¹ Det motsatte – altså en statisk tolkning – ville for så vidt også stride med effektivitetsprinsippet utledet av konvensjonens formål og forutsetninger, slik de kommer til uttrykk i fortalen³² og Europarådets statutter.³³

Uttrykket ”nødvendig i et demokratisk samfunn” innbyr nettopp til en slik tidsmessig rettsanvendelse – en rettslig standard. Hva som anses å være ”nødvendig” vil endre seg i takt med oppfatninger og utfordringer en blir stilt overfor. Med andre ord innebærer dette at hele proporsjonalitetsvurderingen (i vid forstand) skal ta utgangspunkt i *dagens* situasjon og rådende oppfatninger.

Slik Domstolen beskriver det, har det vært en samfunnsutvikling i Europa som indikerer en generell endret oppfatning om kjønnskifte.³⁴ Dette får igjen betydning for proporsjonalitetsvurderingen. Kjønnskifte, som tidligere ble oppfattet som en slags raritet og uttrykk for en sær form for ‘forstyrrelse’, ble nå vurdert til å være en variasjon som måtte respekteres. Når det først ble ansett å være en beskyttelsesverdig ‘variasjon’, var det klart at dette berørte kjernen av retten til privatliv – det gjaldt Goodwins identitet og verdighet.³⁵

De motstående interesser i Goodwin-saken, var først og fremst hensynet til å opprettholde det praktisk enkle personregisteret, altså administrative systemhensyn. Det legitime formålet – altså de offentlige interessene – er således svært avledet fra *privates*

³⁰ Jf. Erik Boe, ”Innføring i Juss: Juridisk tenkning og rettskildelære”. s. 226.

³¹ Jf. Wienkonvensjonens art. 31.

³² Fortalens annet avsnitt (“...aims at securing the universal and effective recognition and observance...”), og tredje avsnitt (“...further realisation...”)

³³ Mer om dette i pkt. 4.

³⁴ ”Christine Goodwin”, avsn. 85.

³⁵ Ibid, avsn. 90

interesser og rettigheter (om tilknyttet i det hele tatt), motsatt Kutic-saken. Når England her tapte saken gis det ikke bare uttrykk for at de hadde foretatt en uakseptabel interesseavveining, men også at respekt for privatlivet etter art. 8 kan forplikte statene positivt (aktivitetsplikt).

I dommens avsnitt 72 og 85 signaliseres at staten i en sak som denne har en ikke ubetydelig skjønnsmargin, men, som det slås fast i avsnitt 93, omfattet den ikke det foreliggende inngrepet. Ut i fra Domstolens begrunnelse synes det som at den grundig har klarlagt de motstående interesser i saken, og deretter foretatt en egen avveining som legges til grunn (substansiell test). Etter min mening tyder avgjørelsen på at staten i realiteten *ikke* hadde en slik skjønnsmargin som domspremissene kan gi inntrykk av. Interessant er også at fravær av europeisk (rettslig) konsensus ikke syntes å bli tillagt særlig betydning.

2.2.3 *Fretté v. France (2002)*

Det siste tiåret har det vært oppe flere saker om konvensjonsmessigheten av ulike vilkår for adopsjon. *Fretté v. France* gjaldt et avslag på en homofil manns søknad om autorisasjon som adopsjonssøker. Etter fransk lov var det adgang for single menn og kvinner å adoptere. Det var ingen signaler fra verken sosialtjeneste, psykolog eller psykiater som ga grunn til å betvile søkerens personlige egenskaper og evner som omsorgsperson. Det var derfor klart at det avgjørende for avslaget i realiteten var hans seksuelle legning. På denne bakgrunn anførte klageren at staten hadde overtrådt diskrimineringsforbudet, sett i sammenheng med art. 8.

Staten, på sin side, hevdet at forskjellsbehandlingen var både ”objective and reasonable”³⁶, ettersom det ikke var faglig enighet om hvorvidt det kunne være uheldig for barn å vokse opp med en homofil forelder. Videre ble det argumentert med at manglende europeisk rettslig konsensus burde gi statene en vid skjønnsmargin.

³⁶ *Fretté v France* (2002) Avsn. 36

Når det gjelder statens ‘faglige’ begrunnelse, som *også* Domstolen la til grunn³⁷, er det ut i fra domspremissene ikke helt enkelt å se at den kunne trekke i statens favør. Klageren viste til at det har vært utført flerfoldige vitenskapelig studier omkring temaet, og ingen av disse har gitt holdepunkter for å konkludere med at det kan være uheldig for barnet å vokse opp med en homofil forelder.³⁸ Når staten anfører at det ikke var konsensus (“no consensus”, ”uncertainty”) rundt spørsmålet, behøver ikke dette bety annet enn at det finnes en eller annen fagperson som har stilt seg usikker og kritisk til en slik adopsjonsadgang. Ettersom det sjelden finnes ett hundre prosent enighet innen fagmiljøer, innebærer statens argumentasjon i realiteten at vitenskapelige oppfatninger generelt ikke kan tillegges vekt. Det som er sikkert er at statens anførsel reiser ytterligere spørsmål: Hva innebærer bruken av begrepene ‘konsensus’ og ‘usikkerhet’ i denne sammenheng? Hva vil med andre ord vitenskapelig usikkerhet innebære? Og hva er vitenskapelig sikkert?

Enhver publisert vitenskapelig rapport innebærer at metodens resultater blir fulgt av en diskusjon som omfatter en tolkning av resultatene.

I avsnitt 41 og 42 slår domstolen fast at de ovenfor nevnte grunnene tilsier en vid skjønnsmargin og den manglende europeiske konsensus tillegges betydelig vekt. Dette er motsatt av i *Christine Goodwin*, som ble avsagt et par måneder senere.

I *Fretté* beskrives saken tema som ”..*delicate issues...*” og ”..*such matters..*” i en sammenheng som tyder på at flertallet anser temaet som en ømtålig politisk sak. Det kan synes som at dette i realiteten har spilt inn i forhold til skjønnsmarginens størrelse. Som det fremgår tapte *Fretté* saken.

Interessant er også begrunnelsen til det ene mindretallet (med tre dommere). Om myndighetenes forskjellsbehandling uttaler de at det i den konkrete saken ikke var godtgjort at klageren ikke ville kunne gi et barn tilstrekkelig omsorg, tvert imot. Videre hadde Conseil d'Etat, etter deres mening:

³⁷ Ibid 42

³⁸ Ibid 35

“failed to explain in any way, by referring for example to the increasing range of scientific studies of homosexual parenthood in recent years, why and how the child's interests militated in the instant case against the applicant's application for authorisation.”

Forskjellsbehandlingen var således ikke begrunnet i noe legitimt formål.

Om proporsjonalitetsvurderingen mente mindretallet at manglende europeisk konsensus som et argument for en bred skjønnsmargin, i sin generelle form, var uakseptabelt. Grunnen til dette var at en slik linje vil bidra til å svekke vernet for fundamentale rettigheter (“...liable to take the protection of fundamental rights backwards”). Imidlertid mente de at sakens ømtålige og kontroversielle natur kunne tale for en viss skjønnsmargin (“some margin of appreciation”). Altså ikke en bred skjønnsmargin slik flertallet la til grunn.

Ettersom de tre dommerne i mindretallet ikke kunne se at den franske høyesterett hadde foretatt noen substansiell proporsjonalitetstest, mente de at inngrepet ikke kunne anses å være rettfærdiggjort. På bakgrunn av deres formelle proporsjonalitetstest, konstaterte de, i sin dissens, konvensjonsbrudd.

2.2.4 *E.B v. France (2008)*

I 2008 avgjorde EMD en lignende adopsjonssak. Som i *Fretté v France*, ble klageren nektet autorisasjon som adopsjonssøker på bakgrunn av sin seksuelle legning. Det ble fra regjeringsadvokatens side vist til at flere franske psykoanalytikere mente at barn trengte både en morsfigur og en farsfigur. Men ettersom adopsjonsmyndighetene ikke stod tilbake for å autorisere enslige heterofile, var det klart at dette argumentet ikke kunne høres med. Videre viste klageren til, som i *Fretté*, at det ikke var empirisk dekning for standpunktet, og at mange andre psykoanalytikere var klare på at det var

uproblematisk at barn ble adoptert av enslige homofile.³⁹ Riktignok hadde kvinnen i denne saken en partner, men siden sistnevnte ikke var interessert i å dele foreldreansvaret, var klageren som enslig å regne i denne sammenheng.

På tross av at det da, seks år etter *Fretté*, fortsatt var svært sprikende oppfatninger i Europa om adopsjonsadgang for homofile, velger Domstolen her å ikke tillegge det vekt i vurderingen av en eventuell skjønnsmargin. Sakens 'ømtålige' og kontroversielle karakter er heller ikke nevnt, på tross av en fortsatt fraværende europeisk konsensus⁴⁰, som igjen indikerer at temaet stadig er omstridt på europeisk nivå. Det er ikke lett å se at de små forskjeller i faktum mellom denne saken og *Fretté*⁴¹, skulle tilsi ulikt resultat. I lys av henvisningen til konvensjonen som et "living instrument"⁴² kan det synes som at Domstolen rett og slett mente tiden var inne for å ta et steg videre.

Slik jeg leser denne avgjørelsen følger flertallet i Domstolen her den linje som mindretallet i *Fretté v France* anla.

2.2.5 *Hatton & Others v UK (2003)*

I denne saken hadde en gruppe saksøkt staten på bakgrunn av at de og deres familier hadde fått ødelagt nattesøvn i forbindelse med tiltagende flystøy. Spørsmålet for Domstolen var om dette inngrepet i privat- og familielivet var rettferdiggjort ut i fra fellesskapets behov for nattlige flyvninger og "the economic well-being of the country". Flertallet i storkammeravgjørelsen⁴³ (tolv dommere) kom til at inngrepet falt innenfor statens skjønnsmargin.

³⁹ *E.B v France* (2008) avns. 54

⁴⁰ Det påpekes imidlertid at enkelte stater har beveget seg i retning av å godta slik adopsjon siden *Fretté* ble avgjort i 2002.

⁴¹ Ibid 71.

⁴² Ibid 92.

⁴³ Dommen som ble anket: avsagt 7. November 2000.

Regjeringsadvokaten argumenterte for at interesseavveiningen var av en slik politisk (og nasjonal) karakter at løsningen måtte være prisgitt myndighetenes vurdering.⁴⁴ Tilsynelatende legger flertallet også dette til grunn. Det følger av avsnitt 97 at det tas utgangspunkt i Domstolens subsidiære rolle, og at nasjonale myndigheter er bedre geografisk plassert og har en direkte demokratisk legitimitet. Videre gis det uttrykk for at i politiske spørsmål – hvor meningene gjerne er svært delte – bør nasjonale myndigheters vurdering tillegges særlig vekt, i tråd med *James & Others v UK*. Domstolens vurdering deles deretter i to ledd, hvor den første gjelder selve interesseavveiningen og den andre gjelder de minimumskrav som stilles til statens beslutningsprosess.⁴⁵

Det kan se ut til at det andre leddet i flertallets prøving (beslutningsprosess-testen), er en form for kompensasjon for den milde proporsjonalitetstesten som foretas i forhold til den konkrete interesseavveiningen, som er det første leddet. I sin helhet fremstår flertallets test som en formell vurdering heller enn en substansiell overprøving, noe som synes å være konsekvensen av en bred skjønnsmargin – Domstolen kontrollerer bare at interesseavveiningen er ”*fairly balanced*”.

Så vidt jeg kan se har denne milde testen (altså den andre siden av en bred skjønnsmargin), klar sammenheng med flertallets syn på hvor inngripende tiltaket var. Domsgrunnene bærer gjennomgående preg av at flertallet ikke anser innkrenkningen som spesielt dyptinngripende; særlig klart blir dette når flertallsbegrunnelsen settes opp mot mindretallets begrunnelse.

Til forskjell fra flertallet, som syntes å anse flystøyet som et ‘ubehag’, mente mindretallet at flystøyen og den ødelagte nattesøvnen var svært inngripende og helt fundamentalt.⁴⁶ Dette måtte etter deres syn påvirke skjønnsmarginens størrelse. Videre mente de, under sin egen og mer strenge proporsjonalitetstest, at klagernes helse og miljø måtte prioriteres. Mindretallet på fem dommere mente altså at inngrepet var

⁴⁴ Hatton & Others v UK, avsn 87, 88 og 89.

⁴⁵ Ibid avsn. 99

⁴⁶ Ibid avsn 13 og 17 i mindretallets dissens.

konvensjonsstridig ettersom tiltakets inngripenhet gjorde statens egen interesseavveining ubalansert.

På denne bakgrunn synes det som at det var inngrepets vurderte plassering i rettighetssfæren som reelt sett var utslagsgivende for hvor intens proporsjonalitetstest Domstolen foretok, og videre om inngrepet var konvensjonsstridig.

Interesseavveiningens politiske karakter – som argument for en bred skjønnsmargin – fremstod kun som relevant (et støtteargument) for flertallet, som ikke anså tiltaket å være dyptinngripende. Den klare dissensen illustrer forøvrig hvor vrien og skjønnsmessig klassifiseringen av en innskrenkings inngripenhet kan være.

2.2.6 *Blecic v. Croatia (2004)*

I denne saken fra 2004 hadde en eldre kvinne blitt frasagt retten til boligen hun disponerte. Den gunstige leiekontrakten ("*specially protected tenancy*") var i utgangspunktet et kommunalt tilbud til den som ellers hadde vansker med å finne bolig i området, fortrinnsvis arbeidsfolk. Leiesatsen var lav, men myndighetene hadde rett til å si opp leietager hvis vedkommende bodde annetsteds i en periode på seks måneder uten en spesiell grunn.

Mens klager var på besøk hos sin datter i Italia eksalerte urolighetene i Kroatia (på 90-tallet), og hun valgte å bli hos sin datter inntil videre. Hun hadde på den tiden, pga urolighetene, heller ikke lenger det økonomiske sikkerhetsnett (pensjon og helseforsikring) tilgjengelig hjemme i Kroatia. Da hun kom tilbake etter ca. 7 måneder hadde en familie i mellomtiden brutt seg inn i leiligheten og tatt den i bruk som sin egen bolig. Kroatias Høyesterett aksepterte statens anførsler om at klager da ikke lenger hadde rett til boligen – andre trengte den mer.

For EMD ble spørsmålet om myndighetene hadde rettfærdiggjort inngrepet i klagers rett til respekt for sitt hjem etter art. 8. I motsetning til de nasjonale domstolene, går ikke EMD inn i vurderingen av om oppsigelsen av leieforholdet var rettmessig. Det

vesentlige for Domstolen synes heller å være den konkrete interesseavveiningen i saken: ”...*satisfying housing needs must be balanced against the applicant’s right to respect for her home...*”.⁴⁷ Det uttales videre at

”...the scope of the margin of appreciation enjoyed by the national authorities will depend not only on the nature of the aim of the restriction but also on the nature of the right involved”.

Det er således avgjørende å fastslå hvilke interesser og behov som står mot hverandre. De motstående interessene i saken er begge åpenbart viktige ettersom de gjelder retten til bolig og respekt for sitt hjem.⁴⁸ Dette tilsier en streng prøving.

I avsnitt 65 sier imidlertid Domstolen at ”*State intervention in socio-economic matters such as housing is often necessary in securing social justice*”, og slår deretter fast at skjønnsmarginen her er bred.

En skjønnsmargin for statene begrunnes av EMD undertiden i den avstand Domstolen har til de lokale forhold. Hvor saksforholdet er så vidt ‘lokalt’ og særegent som tilfellet var i *Blecic*, er det klart at begrunnelsen er relevant. Dette, sammenholdt med viktigheten av formålet ‘sosial rettferdighet’ synes å være begrunnelsen for den brede skjønnsmarginen.

Med disse uttalt ‘lokale’ og konkrete omstendighetene i interesseavveiningen, og som altså delvis begrunnet den brede skjønnsmarginen, skiller saken seg fra for eksempel *Kutic* hvor skjønnsmarginen også – i alle fall så vidt jeg kan se – var snevrere.

Kroatia var i en tøff økonomisk situasjon og prioriteringer måtte foretas. Som det går frem mener Domstolen da at det er akseptabelt å gripe inn i de konvensjonsvernedde rettighetene. I denne saken ligger det implisitt slik an at det legitime formålet i realiteten

⁴⁷ *Blecic v. Croatia*. Dom 29 juli 2004. Avsn 60.

⁴⁸ *Ibid* avsn 60

er andres sosiale behov (rettigheter), og som etter en konkret vurdering vil kunne få fortrinn.

I sitt arbeid med ”*securing social justice*”⁴⁹, i en sak som den foreliggende, er staten altså innrømmet en (etter ordlyden) bred skjønnsmargin. Av avsnitt 65 og 70 går det frem at Domstolen da heller foretar en formell test hvor de ser til at inngrepet ikke er ”*manifestly disproportionate to the legitimate aim pursued*”, og at prosessuelle minimumskrav i saksgangen i Kroatia var oppfylt.

Slik myndighetene vurderte det, hadde den familien som tok seg inn i huset et større behov for husrommet enn kvinnen, som i og med sine (flerfoldige) opphold i Italia hadde vist at hun kunne klare seg uten. Denne vurderingen ble akseptert av EMD. Med dette viser Domstolen at den aksepterer en prioritering av sosiale behov: Familiens behov for, og *rett* til⁵⁰, tak over hodet, går foran kvinnens eventuelt kontraktsfestede rett til husrommet som vernes av art. 8. Det kan nok ha spilt inn at det var en hel familie, altså flere mennesker, kontra den ene kvinnen.

Slik jeg leser dommen er det mer naturlig å beskrive det slik at EMD her innrømmer staten en skjønnsmargin ved inngrep i den hensikt å fremme nettopp ”*social justice*”⁵¹ på lokalt plan, heller enn å si at de mer generelt innrømmer skjønnsmarginen på grunn av interesseavveiningens *politiskhet*. Det sosiale formålet – behovsvurderingen – fremstår som helt sentralt, og som en ramme for skjønnsmarginen som innrømmes.

Denne ”sosiale linjen” som EMD la seg på i forhold til art. 8, gjelder tilsvarende i forhold til eiendomsinngrep (TP 1 art.1), jf. avsnitt 75 til 78.

⁴⁹ Ibid avsn 65

⁵⁰ Jf. FNs konvensjon for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

⁵¹ Blečić v Croatia. Avns 65.

2.2.7 *Von Hannover v. Germany (2004)*

Etter syv års kamp i tyske domstoler fikk Prinsesse Caroline von Hannover opp sin sak om påstått krenkelse av privatlivet i medhold av art. 8. Tabloidpressen hadde ved flere anledninger trykket bilder tatt av henne i ulike private situasjoner, uten samtykke. Spørsmålet for EMD ble dermed om tyske domstolers proporsjonalitetsvurdering, som aksepterte publiseringen av bildene, kunne opprettholdes.

I avsnitt 53 slås det fast at publiseringen av bildene er å anse som et inngrep i hennes rett til privatliv. Domstolen legger videre vekt på at prinsessen ikke opptrådte i noen offentlig funksjon, og at hun ikke skal måtte regne med å bli snik fotografert i hverdagssituasjoner. Det påpekes også at hun ikke har tiltatt seg noen egentlig offentlig rolle – hun tjener ingen funksjon for staten Monaco.⁵² Det området som den tyske domstolen anså som den vernede sone ("secluded place") var etter EMDs syn for snevert. På denne bakgrunn er det klart at Domstolen plasserte inngrepet betydelig inne i privatlivets sfære.

Den motstående retten, pressens ytringsfrihet, fant Domstolen derimot ikke tilsvarende beskyttelsesverdig i den aktuelle sak. Særlig fremheves at bildene ikke tjente den generelle samfunnsdebatten og at pressen ikke opptrådte som noen "watchdog".⁵³ Interessen bildene skulle tilfredsstillende var foruten avisens profitt, knyttet til folks nysgjerrighet. Med dette gir Domstolen uttrykk for at ytringene i form av paparazzi-bilder ikke fortjente vern i den foreliggende saken.

Denne substansielle overprøvingen viser at skjønnsmarginen også i saker med motstående konvensjonsrettigheter kan være marginal.

⁵² Von Hannover v. Germany. Dom 24. Juni 2004. Avsn 62.

⁵³ Ibid 63.

2.2.8 *Phinikaridou v. Cyprus (2007)*

Også denne avgjørelsen omhandlet to motstående interesser som begge nøy direkte konvensjonsvern. Saken gjaldt en kvinne som først i voksen alder hadde fått vite hvem hennes biologiske far var. Inntil moren fortalte datteren om hennes biologiske far på sitt dødsleie, hadde kvinnen ingen anelse om hvem faren var. Det hadde vært fortiet. Når da dette kom for en dag, var kvinnen interessert i å få dette verifisert av myndighetene for å få bekreftet sin biologiske identitet. Forespørselen ble avvist – hun ble nektet myndighetenes assistanse til dette. Bakgrunnen var en lovhjemmel som bestemte at det fra myndighetsalder var inntrådt, løp en frist på tre år på å få undersøkt og bekreftet et slikt forhold. Som en overgangsordning ble det bestemt at det fra lovens ikrafttredelse også skulle løpe en treårs-regel som gjaldt uavhengig av passert myndighetsalder. Ettersom kvinnens forespørsel kom tre år etter at også denne fristen var utløpt var det på det rene at landets interne regel ikke påla myndighetene en slik bistandsforpliktelse i den aktuelle saken.

Spørsmålet for EMD var om dette representerte et brudd på kvinnens rett til respekt for sitt privatliv etter art. 8. Fra statens side ble argumentert med at en slik regel vil bidra til en endelig avklaring av rettsforholdet, noe som både er prosessøkonomisk gunstig og hensynsfullt overfor antatte fedre og deres eventuelt nye familie. Videre er det av bevisshensyn ønskelig med en tidligst mulig undersøkelse og avklaring. Samtidig får barn med ukjent forelder tid nok til å områ seg og gå til eventuelt nødvendige rettslige skritt. I følge staten var det således en rimelig balanse i interesseavveiningen.⁵⁴

Domstolen var imidlertid ikke enig i dette, og fant at reguleringen var uproporsjonal i forhold til klagers interesse i en avklaring/bistand. Det var tatt for mye hensyn til den antatte farens rett til respekt for privatliv. En regel som innebærer innskrenkninger av retten til å med myndighetenes bistand få undersøkt hvem ens biologiske foreldre egentlig er, er etter Domstolens syn i og for seg ikke urimelig. Men i dette tilfelle stengte regelen også for at de som først etter 21 års alder fikk kunnskap om slike forhold, kunne få dette verifisert. Og nettopp i en sak som denne ville regelens absolutte

⁵⁴ Phinikaridou v. Cyprus. Avsn 40.

tidsfrist medføre at klager i realiteten aldri hadde noen egentlig mulighet til å verifisere de opplysninger hun fikk av moren på hennes dødsleie. Etter Domstolens oppfatning ville dette innebære et brudd på retten til respekt for sin identitet, som går i kjernen av art. 8 (*"impairs the very essence of the right to respect for one's private life"*).

Foruten en konstatering av at staten har en *viss* skjønnsmargin (*"certain margin of appreciation"*) – som indikerer en mindre enn 'normal' skjønnsmargin – er premissenes ordlyd taus om marginens omfang. Imidlertid viser den svært inngående og konkrete prøvingen at staten i praksis ikke hadde noen reell skjønnsmargin. Dette på tross av at det ikke var noen europeisk konsensus på dette området. Avgjørelsen viser dermed, i likhet med *Von Hannover*, at en konflikt mellom to rettssubjekters konvensjonsvernede retter ikke nødvendigvis resulterer i noen bredere skjønnsmargin for statene.⁵⁵ Det er også verdt å merke seg at Domstolen ikke synes å tillegge lovgivers vurdering av inngrepets nødvendighet noen betydning; statens anførsler levner ingen tvil om at det lå en klar og bevisst lovgivervilje bak regelen.

2.2.9 *TV Vest & Rogaland Pensjonistparti v. Norway (2009)*⁵⁶

Saken gjaldt politisk reklame som i en valgkampoppkjøring ble sendt på TV Vest i 2003. Som en følge av dette ila medietilsynet TV-kanalen et gebyr for å ha overtrådt kringkastingslovens toltalforbud mot politisk reklame.

For Domstolen ble spørsmålet om inngrepet i ytringsfriheten var proporsjonalt ut i fra hensynet til å sikre kvaliteten på den politiske debatten og hindre at kapitalsterke grupperinger fikk en overlegen mulighet til påvirkning.⁵⁷ I avsnitt 64 gir flertallet uttrykk for at ytringens politiske natur påkrever en inngående prøving (*"strict*

⁵⁵ Motsatt uttalelsen i *Chassagnou v. France* (1999) avsn. 113 jf. *MGN v. UK* (2011) avsn. 142.

⁵⁶ Denne dommen er ellers grundig behandlet i litteraturen; se Anine Kierulfs "Rettsstatens overnasjonale vending: den andre prøvingsretten" del 3, NNT nr. 3-4, 2010. Og Andenæs og Bjørge (2011).

⁵⁷ *TV Vest v. Norway*. Dom 11 mars 2009. Jf. statens argumenter: avsn 41 flg.

scrutiny”), og dermed en tilsvarende snever skjønnsmargin. Som det har blitt slått fast gjennom EMDs praksis er politiske ytringer i rettens kjerne.⁵⁸

På den annen side gjelder saken også statens gjennomføring og regulering av den nasjonale valgordning, noe som tilsier en bred skjønnsmargin jf. TP 1 art. 3. Den manglende europeiske konsensus på området trakk også i denne retning.⁵⁹

Det førstnevnte argumentet i retning av en bred skjønnsmargin avfeies imidlertid av Domstolen, ettersom reguleringen var permanent og absolutt; lovbestemmelsen gjaldt uavhengig av om et valg var nært forestående. At den aktuelle reklamen ble sendt i en valgkampoppkjøring syntes ikke å bli tillagt vekt, ettersom Domstolen i dette henseende fokuserte på selve reguleringen. Den manglende europeiske konsensus synes heller ikke å bli tillagt mye vekt; Domstolen foretar en substansiell prøving hvor inngrepets art og virkning blir undersøkt.

Etter EMDs oppfatning virker totalforbudet mot politisk reklame mot sin hensikt.⁶⁰ Lovreguleringen tok sikte på å verne de mindre synlige og finansielt sterke partiene, men rammet her et lite parti sin mulighet til å nå frem med sine synspunkter. Reklameinnslaget var heller ikke av en slik karakter at det var egnet til å senke kvaliteten på debatten. Etter dette var det klart at inngrepet ikke var nødvendig; lovgiver skulle valgt et mer treffsikkert og mindre inngripende tiltak.

Totalforbudet gjaldt en regulering med en bevisst lovgivervilje bak seg, og om et forhold som hadde vært debattert internt i Norge. Dette hindret ikke Domstolen i å foreta en inngående overprøving av statens egen proporsjonalitetsvurdering.

⁵⁸ Se for eksempel dommer Jebens mindretallsvotum i *TV Vest*; se også *Lingens*.

⁵⁹ Ibid avsn. 65 og 66.

⁶⁰ Ibid avsn 73.

2.2.10 *A, B & C v. Ireland (2010)*

Tre kvinner gikk til sak mot staten på bakgrunn av de restriktive irske abortreglene, som etter deres oppfatning var i strid med EMK. A og B påstod brudd på art. 8 ettersom de ikke hadde mulighet til å ta abort av helse- og velferdsmessige grunner i hjemstaten. Den tredje klageren påstod krenkelse på grunn av manglende gjennomføring av den interne regelen som tillot abort når dette av helsemessige årsaker var ytterst nødvendig. Jeg vil i det følgende forholde meg til de to førstnevnte klagerens anførsler, ettersom deres forhold er mest praktisk og relevant for oppgaven.

Den første kvinnen hadde fire barn fra før, som hun var fratatt omsorgen for på grunn av rusproblemer. Under de tidligere svangerskapene led hun av depresjoner og hun følte seg på ingen måte rustet for et nytt svangerskap nå. Den andre kvinnen følte seg heller ikke rede for morsrollen og hadde derfor tatt en angrepille, som beklageligvis for hennes del ikke virket som tilsiktet. De hadde begge måtte reise til England for å få utført inngrepene, noe som for disse kvinnene var økonomisk og praktisk sett svært problematisk.

Nødvendighetsvurderingen for Domstolen innebar en avveining mellom de to kvinnenenes rett til respekt for sitt privatliv – herunder muligheten til å ta abort i sitt hjemland av helse- og velferdsmessige årsaker – satt opp mot oppfatningen om at foster er menneskeliv som fullt ut nyter konvensjonens vern.

Etter flertallets syn måtte skjønnsmarginen i saken være bred, på tross av en klar europeisk konsensus i klagerens favør. Begrunnelsen for en slik vid margin var heller den manglende konsensus om når et liv faktisk begynner:

”...no consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, so that it was impossible to answer the question whether the unborn was a person to be protected for the purposes of article 2”.⁶¹

⁶¹ A, B & C v. Ireland. Dom 16 desember 2010. Avsn. 237.

Til dette innvender et mindretall på fem dommere at saken, for EMDs vedkommende, ikke dreier seg om spørsmålet om når et liv begynner – om det begynner før eller etter fødsel. Deres oppgave er derimot å finne ut om fosterets eventuelle rett til liv veier tyngst når det balanseres opp mot morens rett til personlig autonomi og utvikling. I så henseende var den klare europeiske konsensus svært verdifull, veiledende og ga etter mindretallets syn god mening med henhold til proporsjonalitetstestens resultat.⁶²

Som vi har sett av tidligere kommenterte avgjørelser, innebærer ikke en manglende europeisk konsensus automatske en bred skjønnsmargin, mens derimot en klar europeisk konsensus typisk medfører en snever skjønnsmargin. Dette påpekes uttrykkelig av de fem dissenterende dommernes votum:

”We believe that this will be one of the rare times in the Court’s case-law that strasbourg considers that such consensus does not narrow the broad margin of appreciation of the State concerned”.⁶³

Konvensjonens bakgrunn kan forklare hvorfor dette ender opp som nettopp et avvik fra ‘normalen’; Formålet med konvensjonen var (og er) en harmonisering menneskerettsbeskyttelsen i Europa basert på et felles verdigrunnlag og oppfatning, der det kan spores. Når det langt på vei foreligger en slik felles oppfatning – som attpåtil er rettslig uttrykt – er ikke mindretallets innvending spesielt overraskende, tvert i mot. Jeg vil komme nærmere tilbake til dette nedenfor i pkt. 3.

I samme retning – altså til støtte for en bred skjønnsmargin for den irske stat – ga flertallet uttrykk for at det var tilstrekkelig med holdepunkter til å konstatere at det irske folk stilte seg bak de interne abort-reglene.⁶⁴

Når det gjelder vektleggingen av den (antatt) klare moraloppfatningen om abort, relativt til den europeiske konsensus, uttaler mindretallet avslutningsvis:

⁶² Ibid avsn. 2, i det dissenterende votum.

⁶³ Ibid avsn. 6, i det dissenterende votum.

⁶⁴ Ibid avsn. 239.

”it is the first time that the Court has disregarded the existence of a European consensus on the basis of ‘profound moral views’. Even assuming that these profound moral views are still well embedded in the conscience of the majority of Irish people, to consider that this can override the European consensus, which tends in a completely different direction, is a real and dangerous new departure in the Court’s case-law”.⁶⁵

Flertallet søker videre å ”distinguish-the-case” i forhold til *Christine Goodwin*, ved å påpeke at når det gjaldt hennes sak så var det ikke en slik motstand i folket som det synes å være i forhold til abort.⁶⁶ Av Goodwin-avgjørelsen går det ikke frem at det ble undersøkt om folket i England var i mot en slik anerkjennelse. Det er etter min mening heller grunn til å anta at det var en noe nær tilsvarende konservativ oppfatning i folket i forhold til fullbyrdig anerkjennelse av kjønnskifte, den gang. George Letsas gir uttrykk for det samme når han uttaler at Domstolen i Goodwin-saken vernet ”...*the rights of transsexuals against the moralistic preferences of the majority*”.⁶⁷

At Domstolens avgjørelser slik potensielt vil kunne avhenge av hvilket land saken blir reist, er prinsipielt sett ikke uproblematisk. Som antydnet ovenfor vil jeg komme nærmere tilbake til dette under oppgavens pkt. 3 og 4.

2.2.11 *Frodl v. Austria (2010)*

I denne avgjørelsen fra 2010 var klager en østerriksk mann som sonet en lengre dom og derfor ble fratatt sin stemmerett. For EMD ble spørsmålet om denne innskrenkningen i forhold til TP 1 art. 3 gikk ut over den brede skjønnsmargin som gjaldt under vedkommende bestemmelse.⁶⁸ Begrunnelsen for en slik vid skjønnsmargin er det mangfold av gjennomføringsmåter som eksisterer i de ulike land. En grense går likevel

⁶⁵ Ibid avsn. 9, mindretallets votum.

⁶⁶ Ibid avsn 188.

⁶⁷ George Letsas (2007), ”A theory of interpretation of the european convention on human rights” s. 105.

⁶⁸ *Frodl v. Austria*, EMD dom 8. April, 2010. Avsn 23.

mot de inngrep som ”...*thwart the free expression of the people in the choice of the legislature*”, og slik strider mot de demokratiske grunnprinsipper.

Staten hevdet at inngrepet her var mer treffsikkert og proporsjonalt (inngrepets *egnet* og *nødvendighet* det siktes til) enn tilfelle var i Storbritannia, jf. Hirst-saken fra 2005. I den sistnevnte saken ble det opplistet visse krav til innskrenkninger i retten: De måtte ramme en ”*narrowly defined group of offenders*” som sonet en ”*lengthy term of imprisonment*”, og det må videre være en direkte (saklig) forbindelse (”*direct link*”) mellom forbrytelsen og fratagelse av stemmeretten. En slik direkte sammenheng vil for eksempel foreligge når den tiltalte grovt har misbrukt en offentlig posisjon, eller har vært en trussel mot rettstaten eller folkestyrets grunnlag.⁶⁹ I tillegg slås det fast at et slikt inngrep ”*preferably*” skal følge av en dommers konkrete avgjørelse, heller enn direkte av loven.⁷⁰

Når det gjaldt det sistnevnte, var det klart at inngrepet i Frodl-saken ikke var en følge av en slik konkret dommervurdering, ettersom det på avgjørelsestidspunktet i Østerrike ikke forelå en slik ordning. Denne kom riktignok til tre år senere. Når det gjaldt kravet om en direkte og saklig sammenheng oppfylte Østerrikes avgjørelse heller ikke dette: ”*no such link exist under the provision of law which led to the applicant’s disenfranchisement*”.

Som det fremgår foretok altså Domstolen en forholdsvis inngående substansiell test av statens vurdering. Med dette viser EMD at selv når de fastslår en bred skjønnsmargin trenger ikke dette nødvendigvis bety at de kun foretar en formell test av statens vurdering, slik som i *Hatton* og i *Hirst*. Dette kan tyde på at den brede skjønnsmarginen her i *Frodl* mer tar sikte på frihet med henhold til alternative *måter* å regulere på, og hvor det forutsettes å være et vell av akseptable varianter, enn på en margin i forhold til prøving av innskrenkningens rettferdiggjørelse.

⁶⁹ Ibid avsn 26.

⁷⁰ Ibid avsn 28.

En interessant observasjon i denne avgjørelsen er at til forskjell fra i Hirst-saken ble det ikke argumentert med at denne inngreps-vurderingen var av en slik politisk karakter at nasjonale lovgivere måtte få ha siste ord. I Hirst ble dette momentet tillagt vekt også av Domstolens mindretall på fem dommere.⁷¹ I denne senere, og enstemmige, Froddommen var dette altså ikke (lenger) tema.

2.2.12 *Aune v. Norway (2010)*

Klager i saken var moren til en gutt født i 1998. Et halvt år etter fødselen bestemte barnvernet at gutten skulle flyttes til et fosterhjem på grunn av foreldrenes rusproblemer og mistanker om barnemishandling. Syv år senere vedtok Fylkesnemda for barnevernsaker at de biologiske foreldrene skulle fratras foreldreansvaret og at fosterforeldrene skulle adoptere gutten. Med dette ville alle de rettslige båndene mellom ham og de biologiske foreldrene være brutt.

Ytterligere fem år senere kom saken opp for EMD. Spørsmålet var om inngrepet som var begrunnet i barnets beste var uproporsjonalt i forhold til klagers rett til respekt for familieliv etter art. 8.

Domstolen presiserer nødvendighetsvurderingens tema ved å referere en setning fra *Johansen v. Norway*:

”such measures should only be applied in exceptional circumstances and could only be justified if they were motivated by an overriding requirement pertaining to the child’s best interests”.⁷²

I proporsjonalitetsvurderingen måtte det spille inn, mente Domstolen, at kontakten mellom gutten og de biologiske foreldrene hadde vært svært begrenset. Det var således i liten grad tale om å gripe inn i noe egentlig *familieliv*. Til dette mener jeg det er verdt å ta i betraktning at årsaken til disse svekkede familiebandene, i utgangspunktet, var

⁷¹ Hirst v. UK, Dom 6. Oktober 2005. Mindretallets votum, avsn 5.

⁷² Aune v. Norway. Dom 28 oktober 2010. Avsn 66.

barnvernets vedtak i 1998. Dette gjør imidlertid ikke 1998-vedtaket, og det siste adopsjonsvedtaket, mindre riktig av den grunn.

Videre påpeker den enstemmige retten at sønnens behov for trygghet og stabilitet tilsier en varig ordning, og at dette i realiteten ikke kan oppfylles uten overføring av foreldreansvaret og adopsjon. Disse omstendighetene, sammenholdt med at de biologiske foreldrene i etterkant av Høyesteretts dom ikke viste særlig interesse for samvær med gutten, gjorde at Domstolen aksepterte statens vedtak.

Statens skjønnsmargin i saken omtales ikke nærmere av Domstolen, men den uttalt substansielle testen Domstolen foretar innebærer at den reelt var svært snever eller ikke-eksisterende. Dette er ikke overraskende sett i lys av inngrepets alvorlige karakter. I *Johansen v. Norway* sier domstolen i avsnitt 52 at samværet mellom foreldre og barn ”constitutes a fundamental element of family life”, og om en ser myndighetenes to inngrepsvedtak under ett, er det klart at foreldrenes rett til familieliv har blitt fullstendig tilsidesatt. Begrunnelsen for denne nedprioriteringen er altså hensynet til barnets beste, og retten håndhever dermed i realiteten Barnekonvensjonens art. 3. På denne bakgrunn kan Domstolens aksept av kjerneinngrepet (i art.8) beskrives som en faktisk rangering av Barnekonvensjonens art. 3 og retten til familieliv etter EMK art. 8.

Som vi så i *Blecic* og *Kutic* kan det synes som at Domstolen legger til grunn en behovsvurdering ved interessekonflikter. Slik jeg leser *Aune* er det også tilfelle i denne dommen – flere steder poengteres behovet gutten har for trygghet og stabilitet i oppveksten. Foreldrenes behov for, og interesse i, en familiær konstellasjon blir implisitt vurdert som mindre grunnleggende. En vesentlig forskjell fra *Blecic* og *Kutic* er imidlertid at den motstående private interessen – den private rettigheten – som begrunner inngrepet, er klart identifiserbar i forhold til én person. Dette bidrar til at rettighetskonflikten blir klarere og mer spisset, og den følgende rangeringen mellom behovene/rettighetene mer synlig.

For øvrig er avgjørelsen et eksempel på at en meget snever, eller helt fraværende, skjønnsmargin ikke nødvendigvis medfører at inngrep blir konstatert konvensjonsstridig.

2.2.13 *Lautsi v. Italy (2011)*

Den finsk-italienske tobarnsmoren Soile Lautsi gikk i 2002 til sak mot myndighetene for å få fjernet vegg-krusifiks som hang på veggene i barnas klasserom. Begrunnelsen for saksanlegget var at disse religiøse figurene krenket hennes rett til å sikre barna undervisning i samsvar med sine filosofiske overbevisninger etter TP 1 art. 2. Det ble også gjort gjeldende at krusifiksene var i strid med deres tanke-, samvittighets- og religionsfrihet etter art. 9, men ettersom TP 1 art.2 var som *lex specialis* å regne i denne sammenheng, var ikke art. 9 praktisk sett så viktig.⁷³

Proporsjonalitetsvurderingen for domstolene stod mellom, på den ene siden foreldrenes rett til å sikre barnas utdanning i tråd med sine egne religiøse og filosofiske overbevisning, og på den annen side en større gruppe i samfunnet sin interesse i å utsmykke skoler med religiøse symboler som uttrykk for deres tro og kulturarv.

Om klagerens anførsler uttaler Domstolen i avsnitt 66 det ikke finnes faktiske holdepunkter for å si at slike symboler på en klasseromsvegg påvirker skolebarn- og ungdoms overbevisninger. I avsnitt 72 gis det uttrykk for at krusifiksene må anses å være *passive symboler*, noe som er sentralt i forhold til kravet om en religionsnøytral utdanning. De kan slik sett ikke sammenlignes med den virkning undervisning og aktiviteter med et religiøst innhold har på barn. Dette synet på krusifiksenes symbolvirkning er dermed annerledes, og tilsynelatende avgjørende, i forhold til EMDs første dom i saken. I den første dommen, som altså ble anket, fra 2009, uttalte Domstolen at symbolene hadde ”*significant impact*” på elevene og var ”*powerful external symbols*”.

⁷³ Lautsi v. Italy. Dom 18 mars 2011. Avsn 59.

Således gis det i storkammerdommen uttrykk for at symbolene ikke virker indoktrinerende, og dermed ikke er så vidt inngripende som de la til grunn i første omgang (i 2009). Videre legges det vekt på at italienske utdanningsinstitusjoner aksepterer at muslimske jenter bærer sjal, tilrettelegger for Ramadan, og generelt ikke legger føringer for visse religionsvalg gjennom skolepensumet.

Sammenholdt med en manglende europeisk konsensus, gjorde dette at Domstolen konstaterte at staten ikke hadde gjennomført forpliktelsene i strid med konvensjonen – det falt innenfor deres skjønnsmargin.

I premissene vies særlig mye plass til å redegjøre for hvor lite inngripende flertallet oppfatter disse krusifiksene. Det er som nevnt denne vurderingen som særlig skiller begrunnelsen fra den første behandlingen i Domstolen. At en slik utskyvning av inngrepets plassering i rettighetssfæren fører til en annen skjønnsmargin og et annet domsresultat, er ikke overraskende sett i lys av de andre dommene jeg har gjennomgått. Jeg vil komme nærmere tilbake til dette i diskusjonsdelen av oppgaven nedenfor.

På bakgrunn av betraktningene som fremgår av flertallets premisser, er jeg tilbøyelig til å være enig med den irske dommeren i saken, Ann Power. Slik hun ser det, kan symbolene ikke anses å utgjøre inngrep i det hele tatt ettersom de er så vidt passive uttrykk og det ikke er godtgjort at de faktisk påvirker elevene i noen retning. At en mor føler seg krenket av at det er et krusifiks på veggen i barnas klasserom, kan ikke uten videre legges til grunn i noen objektiv og allmenn forstand. Videre følger det av rettspraksis⁷⁴ at uttrykket *inngrep* i relasjon til art. 9 krever at det er tale om en form for press ("*coercion*"), som er noe mer enn en opplevd støtelse ("*offence*"). Heller ikke under TP 1 art. 2 eksisterer det noen "...right 'not to be offended' ...".⁷⁵

Det kan diskuteres om sekularisme egentlig er ensbetydende med religionsnøytralitet eller om det i seg selv er et ideologisk-filosofisk standpunkt. Det synes å være en viss uenighet om dette i Domstolen. Imidlertid vil jeg ikke forfølge og utdype denne

⁷⁴ Buscarini & Others v. San Marino.

⁷⁵ Lautsi v. Italy. Jf. Dommer Powers begrunnelse, annet avsnitt.

diskusjonen her, ettersom standpunktene i forhold til dette ikke var avgjørende for domsresultatet og synet på skjønnsmarginen.

2.2.14 *Nunez v. Norway (2011)*

I denne nylig avsagte dommen ble Norge dømt for brudd på art. 8 – retten til familieliv. En dominikansk kvinne hadde under ulovlig opphold i Norge fått to døtre som hun i tilfelle utvisning ville bli atskilt fra.

Første gangen hun oppholdt seg i landet (1996) ble hun tatt for butikktveri og ble derfor utvist, med to års innreiseforbud. Fire måneder etter det første utvisningsvedtaket reiste hun imidlertid tilbake til Norge, men med en annens pass. Etter et tips til politiet, flere år senere (2001), blir dette oppdaget og ender til slutt med at Høyesterett gir staten medhold i forhold utvisning.

For EMD var problemstillingen om utvisningen representerte et uproporsjonalt inngrep i retten til familieliv. Interesseavveiningens tema var, på den ene siden de offentlige interesser – herunder respekt for loven – og på den andre siden hensynet til opprettholdelsen av familiebandene og retten til familieliv. De offentlige interesser som begrunnet inngrepet var således, i likhet med *Christine Goodwin* – men i motsetning til for eksempel *Kutic* og *Blecic*, klart avledet fra privatpersoners menneskeretter.

Domstolen sa seg enig i Regjeringsadvokatens argumenter om at klageren ikke hadde sterke bånd til Norge. Hun hadde fått barn med en mann som også fra den dominikanske republikk, men bosatt i Norge, og hun hadde bodd i hjemlandet helt til hun var 21 år gammel (f. 1975). Hun og (den daværende) ektemannen hadde heller ingen berettiget forventning om et familieliv i Norge ettersom de var klar over at hun oppholdt seg her ulovlig. Det at hun bevisst hadde gitt feilaktige opplysninger til utlendingsmyndighetene talte heller ikke i hennes favør. På denne bakgrunn slår flertallet i avsnitt 73 fast at:

”In these circumstances, the Court considers that the public interests in favour of ordering the applicant’s expulsion weighed heavily in the balance when assessing the issue of proportionality under article 8 of the Covention”.

Etter dette blir spørsmålet om de motstående og beskyttelsesverdige interessene, nærmere bestemt hensynet til barna, veier tyngre i den konkrete saken. Domstolen konstaterte at det er moren som fra barnas fødsel har vært deres primære omsorgskontakt, inntil faren ble tilkjent foreldreansvaret og den daglige omsorgen for barna. Dette ble avgjort ved barnefordelingssaken i forbindelse med samlivsbruddet, hvor det ble lagt vekt på at moren hadde fått et utvisningsvedtak mot seg.

På grunn av overføringen av den daglige omsorg (flyttingen det medførte) og usikkerheten rundt morens opphold i Norge, sammenholdt med de nære båndene mellom barna og moren, mente Domstolen at utvisning ville være uforholdsmessig inngripende overfor *barna*. I tillegg var et moment i samme retning at utlendingsmyndighetene hadde somlet i saksbehandlingen, også tatt i betraktning de forsinkelser som Nunez selv kunne klandres for.

I avsnitt 68 uttalte flertallet at staten har en ”*certain margin of appreciation*”. Dette er etter sin ordlyd ikke en betydelig skjønnsmargin, tvert i mot. Den svært inngående og detaljerte prøvingen kan imidlertid tyde på at skjønnsmarginen i realiteten var enda mindre en premissens ordlyd kunne tilsi – nær ikke-eksisterende.

Den indirekte beskyttelsen som Nunez-saken klart viser at barn har gjennom art. 8, er resultat av en utvikling i nyere praksis fra Menneskerettsdomstolen. Når barns behov først omfattes av bestemmelsen, er det videre klart at det i en sak som *Nunez* må ha betydelig gjennomslag – det er tale om barns mest grunnleggende behov og interesser. Dette går for så vidt også frem av Barnekonvensjonens bestemmelser, som dommen henviser til. På denne måten innskrenkes i praksis den allerede begrensede skjønnsmarginen staten har i slike saker som involverer barn.

Denne innskrenkningen av skjønnsmarginen, som nødvendigvis følger av at barns interesser slik omfattes, blir en slags parallell til den innsnevrede skjønnsmarginen vi observerte i Goodwin-saken. Der var forholdet at når først transseksualitet og kjønnskifte fullt ut ble akseptert som en naturlig ‘variasjon’, og ansett som beskyttelsesverdige under art. 8, var det på det rene at det gjaldt interesser i kjernen av rettigheten.

I forbindelse med betydningen av ‘barnets beste’ i interesseavveininger, bemerkes det at Høyesterett i en dom avsagt 28. Juni 2011 – altså samme dag som *Nunez* ble avsagt av EMD – avgjorde en lignende sak.⁷⁶ Av denne dommen synes det som at Høyesterett tillata hensynet til barnets beste mer og avgjørende vekt i interesseavveiningen under Utlendingsloven § 29, sammenlignet med flertallets votum i *Nunez*-saken.⁷⁷

3 Diskusjon

3.1 Domstolens praksis; noen tendenser og slutninger

Som redegjort for i oppgavens innledning fremholder Skoghøy at vurderingen av inngreps nødvendighet på bestemte områder er politiske vurderinger som nasjonale domstoler skal være tilbakeholdne med å overprøve.

Så vidt min gjennomgang av praksis har brakt på det rene, følger EMD i sin skjønnsmarginpraksis ikke sontringen mellom på den ene side politiske inngrepsvurderinger – og derfor tilbakeholdenhet fra overprøving, og på den annen side inngrepsvurderinger som etter sin art er mindre politiske og angivelig dermed *mer* egnet for prøving.

⁷⁶ HR 2011-1280-A

⁷⁷ Rt. 2009 s.534

3.1.1 Skjønnsmargin og proporsjonalitetsvurdering

Domstolens vurdering med henhold til inngreps proporsjonalitet og statenes skjønnsmargin, synes – tankemessig sett – å være todelt. I første omgang foretas en pre-test av saken. Her avgjøres hvorvidt en skjønnsmargin skal innrømmes, dens omfang, og dermed også hvor intenst Domstolen skal teste statens proporsjonalitetsvurdering.

I den praksis jeg har gjennomgått og undersøkt ser det ut til at særlig tre faktorer er av betydning her. Graden av europeisk konsensus uttales gjerne eksplisitt i premissene som av betydning ved fastlegging av eventuell skjønnsmargin. Når det gjelder den andre av faktorene, innskrenkningens inngripenhet, går dette gjerne mer implisitt frem. Betydningen av inngripenheten henger nært sammen med effektivitetsprinsippet.

Den tredje faktoren, betydningen av statens opptreden (og eventuelt aktivistiske fremferd), kommer ikke til uttrykk uten igjennom selve avgjørelsene og omstendighetene for øvrig.

Slik jeg leser avgjørelsene er det de to siste faktorene, grad av inngripenhet og statens opptreden, som reelt sett er mest bestemmende, og kanskje særlig sistnevnte: Som *Hatton* og *Lautsi* viser, så snur gjerne EMD når avgjørelsen ankes til storkammer samtidig med at staten gjør saken til en nasjonal prinsippsak og det på politisk nivå i landet reises tvil om Domstolens legitimitet og kompetanse.

Når det gjelder interesseavveiningens *politiskhet*, var dette momentet oppe i *Hirst* og *Hatton* men synes ikke å få noen reell betydning. I *Hirst* ble det ignorert av flertallet, og i *Hatton* var det kun et støttemoment for den brede skjønnsmarginen flertallet mente måtte følge av at inngrepet (implisitt uttrykt) ikke var så alvorlig. I *A, B & C v. Ireland* tyder premissene på at sakens politiske karakter hadde avgjørende betydning, men som mindretallet påpeker utgjør dette et klart avvik fra Domstolens praksis for øvrig. Som

jeg vil komme tilbake til under det neste punktet i oppgaven, er det nok heller ikke her egentlig tale om at det var sakens politiske karakter som ga den brede skjønnsmarginen.

På langt nær alle de sakene som kommer inn til Domstolen får en realitetsbehandling. De inngrepssakene som slipper gjennom silingen formodes å representere betydelige innskrenkninger (jf. kriterium nr. 2 ovenfor), og det er derfor ikke overraskende at det fra EMDs side sjelden praktiseres en bred skjønnsmargin. Imidlertid tyder premisenes ordlyd – som vi så i gjennomgangen – noen ganger på at statene gis en bredere skjønnsmargin enn hva som reelt sett innrømmes.

Etter denne pre-testen, hvor skjønnsmarginen mer eller mindre fastslås, foretar Domstolen en proporsjonalitetstest. Der en vid skjønnsmargin innrømmes foretar EMD i utgangspunktet kun en *formell test* av statens proporsjonalitetsvurdering. Dette innebærer at de ser til at avveiningen fremstår som *fairly reasonable* – altså ikke åpenbart urimelig. Videre påser de at beslutningsgrunnlaget- og prosessen på det nasjonale plan var forsvarlig. Dette kan komme til uttrykk på flere måter; for eksempel i *Hirst v. UK* avsnitt 79 vektlegges det at ”*there is no evidence that Parliament has ever sought to weigh the competing interests or to assess the proportionality of a blanket ban on the right of a convicted prisoner to vote*”.

Det er således krav om en minstestandard med henhold til saksbehandlingen, noe som fremstår som en slags kompensasjon for fraværet av en inngående substansiell prøving. Eksempler på saker jeg har gjennomgått og hvor det har blitt foretatt en slik formell test er *Hatton, A, B & C v Ireland* og *Blecic*.

Om EMD finner at skjønnsmarginen må være snever foretas i stedet en *substansiell test*, som videre legges til grunn. Eksempler på dette er *Aune, Von Hannover* og *Nunez*. *Aune* illustrerer for øvrig at en snever skjønnsmargin ikke nødvendigvis medfører at staten blir dømt.

Ved en slik intensiv test identifiserer Domstolen interessekonflikten. På denne måten vil den inngripenhet som var et moment ved vurderingen av eventuell skjønnsmargin,

spille inn også her. Jo mer inngripende innskrenkningen er, jo mer tungtveiende. På den andre siden av 'ligningen' finnes de interesser som begrunner inngrepet. Slik jeg leser dommene spiller det inn – der inngrepet er begrunnet i offentlige interesser – *hvor nære* disse er privates interesser og rettigheter. Videre spiller det inn *hvilke og hvor manges* interesser/rettigheter det er tale om å verne. EMDs substansielle proporsjonalitetstest bærer slik preg av å være en behovsvurdering.

Uten å trekke noen konklusjon av det begrensede materialet jeg har gjennomgått, kan det se ut til at EMD i denne vurderingen legger an et behovsperspektiv, som sammenfaller med den alminnelige aksepterte behovsteorien.⁷⁸ Således legges det vekt på hvilken *grunnleggende* de behov som de ulike rettene og 'legitime formål' søker å ivareta har. I *Kutic v. Croatia* prioriteres statens mulighet til å ivareta befolkningens sosiale grunnbehov, mens borgernes prosessuelle (og for så vidt økonomiske) retter ble tilsidesatt. Sosiale retter som konvensjonen i utgangspunktet ikke verner blir slik likevel beskyttet, på en indirekte måte. I *Aune v. Norway* valgte domstolen å tilsidesette foreldrenes interesse i, og rett til, et familiært samvær- og privatliv, av hensyn til barnas sikkerhet og grunnleggende omsorgsbehov.

Slik jeg leser disse to sakene, går de rettmessige inngrepene helt inn i kjernen av rettene, og de kan derfor beskrives som uttrykk for en domstolskapt rettighets*rangering*. I *Kutic* er det sosiale menneskeretter (se i FN's konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter) som indirekte får forrang, og i *Aune v. Norway* er det barnets beste (se i Barnekonvensjonen) som indirekte får forrang. Rangeringen blir imidlertid mer fremtredende og synlig i *Aune*, ettersom inngrepet i foreldrenes rett er begrunnet i én persons interesser.

Når det gjelder *Kutic*, så er det en ulikhet i interesseavveiningen med tanke på antallet mennesker med beskyttelsesverdige interesser. På den ene siden de tusener som får sin prosessuelle (og videre økonomiske) rett tilsidesatt, og på den andre siden sikkerhet for

⁷⁸ En sammenfatning av nyere 'reviderte utgaver' av Maslows behovshierarki: "Renovating the Pyramid of Needs: Contemporary Extensions Built Upon Ancient Foundations". *Perspectives on Psychological Science* May 2010 5: 292-314.

‘befolkningens’ velferdsretter. Dette forklarer, tilsynelatende, den prioritering som Domstolen gir uttrykk for at (i prinsippet) vil være akseptabel. Imidlertid mener jeg det er viktig å ta i betraktning at størrelsen på den gruppen som rent faktisk vil bli tilgodesett ved inngrepet er høyst usikker, og at prioriteringen derfor best forklares med rettenes karakter og viktighet.

I andre dommer derimot – hvor det ikke er tale om inngrep i *kjernen* av retten – er det mer naturlig å beskrive inngrepsvurderingen som en rent konkret *prioritering*, heller enn en *rettighetsrangering* med prinsipiell rekkevidde.

Det som imidlertid kan bryte noe med det behovsperspektiv jeg har beskrevet ovenfor er den superiøre posisjon den politiske (ytrings)frihet synes å ha, i vår del av verden (herunder Europa – EMKs område).

Den politiske (ytrings)frihet er etter den vestlige tradisjon og oppfatning kjernen av ytringsfriheten (noe også EMD har slått fast⁷⁹), og legges til grunn som bærebjelken i den vestlige form for folkestyre. Det er den samfunnsmessige *nytteverdi* som ofte fremheves: ”Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the *basic conditions for its progress(...)*” (min utheving).⁸⁰ Rettighetens nytteverdi synes et stykke på vei å være forankret i de brede konklusjoner som er trukket fra forskning på sammenhengen mellom presse- og partifrihet og akutt hungersnød. Kan hende overser de ivrigste ytringsfrihetsaktivistene i noen grad de senere årenes utvikling. I USA (den vestlige form for folkestyre- og ytringsfrihetens fremste bastion) og enkelte andre vestlige demokratier, har det vært en veldig fattigdomsutvikling de senere år. Parallelt med dette opplever Kina – et land med en mer konsultativ form for folkestyre og med en ikke ubetydelig kontroll med politisk frimodighet – en enorm sosial velferdsutvikling.

I forhold til studier av den politiske (ytrings)frihetens nytteverdi bør denne utviklingen, som gjelder grunnleggende (sosiale) menneskeretter, være av interesse. At full politisk frihet kan ha en *egenverdi* – som ledd i enkelte menneskers selvsrealisering og utfoldelse – er vel derimot ubestridt.

Enkelte, blant andre George Letsas, er kritiske til interesse-perspektivet.⁸¹ Etter hans syn blir inngrep i individuelle retter på grunnlag av generelle samfunnsinteresser, som for eksempel ”the economic well-being of the country”, en *for* utilitaristisk

⁷⁹ Lingens v. Austria (1986), avsnitt 42

⁸⁰ Barthold v. Germany (1985) avsnitt 58. Min utheving.

⁸¹ George Letsas; ‘A theory of interpretation of the European convention of Human rights’, kap. 5.

innfallsvinkel. Som tidligere beskrevet, er imidlertid saksforholdene og situasjonen undertiden slik at de generelle samfunnsinteressene som et inngrep henføres under langt på vei kan identifiseres med ivaretakelsen av *andre* menneskeretter. Dette kan være retter som konvensjonen (EMK) selv ikke direkte verner. En utvikling i retning av å anerkjenne dette bør bli positivt mottatt av de som ser på menneskerettene nedfelt i FNs verdenserklæring som et ‘udelelig hele’.

Kutic og *Blecic* fremstår som eksempler på saksforhold hvor en slik identifikasjon synes naturlig⁸²; og *Nunez* – som direkte henviser til Barnekonvensjonens bestemmelser – fremstår som et skritt i retning av uttrykkelig å anerkjenne retter som konvensjonen selv ikke direkte verner.

Den *substansielle* proporsjonalitetsvurderingen til EMD er altså konkret og selvstendig. Dette impliserer at den eventuelle rettslig uttrykte konsensus i noen grad kan bli fraveket i vurderingen Domstolen selv legger til grunn, noe som harmonerer med den forutsetning konvensjonen hviler på om at den skal anvendes tidsmessig og at formålsbetraktninger generelt har vekt.

Dette rokker ikke ved det faktum at eventuell konsensus er en relevant faktor ved fastlegging av *skjønnsmarginen*. Imidlertid synes denne faktoren, som nevnt ovenfor, å være den reelt sett minst betydningsfulle av de faktorene jeg har trukket frem; en liten grad av konsensus medfører – som vi så i *Goodwin* og *E.B v France* – ikke automatisk en tilsvarende større skjønnsmargin.

Innledningsvis i oppgaven ble det vist til EMDs dom *A v. UK*⁸³, hvor det slås fast at skjønnsmarginen ikke har samme anvendelse nasjonalt som i EMD. Et spørsmål kan så reises om det likevel vil kunne være forsvarlig, praktisk sett, at nasjonale domstoler innrømmer myndighetene en statlig skjønnsmargin. Som gjennomgangen av avgjørelsene ovenfor viser, er det nær umulig å forutsi hvilken eventuell skjønnsmargin

⁸² I motsetning til f.eks *Christine Goodwin* og *Nunez*-saken, hvor de offentlige interesser var svært avledet (om tilknyttet i det hele tatt) i forhold til private interesser/rettigheter.

⁸³ A v UK. Dom av 19 februar 2009.

EMD faktisk vil innrømme. Uenigheten innad i Domstolen i *Hatton og A, B & C v. Ireland* er illustrerende.

Det svært snevre unntaket fra dette må være der en nasjonal domstol får seg forelagt en sak som er så godt som identisk med en nylig avsagt EMD-dom. Et eksempel her er Rt. 2002 s. 1271 som gjaldt inndragning av båter og annet utstyr brukt i en aksjon mot en oljerigg, som Greenpeace hevdet var i strid art. 10 og 11. Høyesterett innrømte myndighetene her en ”mer omfattende skjønnsmargin enn ved andre former for inngrep i ytrings- og/eller forsamlingsretten...”.⁸⁴

Ettersom EMD to år tidligere i *Drieman & Others v. Norway*⁸⁵ hadde avvist en tilsvarende sak hvor det ble uttalt at ”the Court considers that the Contracting States must be allowed a wide margin of appreciation in their assessment of the necessity in taking measures to restrict such conduct”, var anvendelsen av skjønnsmarginen på nasjonalt plan her praktisk sett forsvarlig.

3.1.2 Skjønnsmarginens rolle

Som beskrevet ovenfor synes den reelt sett viktigste omstendigheten ved fastsettelsen av en eventuell bred skjønnsmargin, å være statens fremferd og strategi i saken. Der den opptrer aktivistisk og det på politisk nivå (utad) sås tvil om Domstolens legitimitet og kompetanse, får EDM lite annet valg enn å gi staten en (reelt sett) bred skjønnsmargin. Domstolen er avhengig av statenes tilslutning.

Et eksempel på dette er som nevnt *A, B & C v. Ireland*. Men mer typisk er at sakene utvikler seg til å bli slike ”kabinettspørsmål” i forbindelse med avgjørelser som ankes til storkammeret, som for eksempel *Hatton v. UK* og *Lautsi v. Italy*.

⁸⁴ En mer utfyllende redegjørelse av denne saken: se Lars Oftedal Broch i LoR 05-06, 2005,

”Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol”.

⁸⁵ *Drieman & Others v. Norway*. Avvisning, 4 mai 2000.

I noen grad kan skjønnsmarginen dermed sies å fungere som en sikkerhetsventil og kompensasjon for den mindre grad av lovgiver-påvirkning og ”checks and balances”, som enkelte har etterlyst i dette overnasjonale rettssystemet. I den sammenheng er det viktig å understreke at en utstrakt bruk av slike statlige ‘kabinettspørsmål’ er egnet til å redusere og undergrave hele det overnasjonale håndhevingssystemets betydning på menneskerettens område. Således må det poengteres at statene har et forpliktende ansvar i forhold til menneskerettens fremme, i tråd med konvensjonens forutsetninger og formål.

Disse kabinettspørsmål-sakene vil typisk – i alle fall av statene selv – anses å være *politiske*, men det er her altså ikke sakens politiske karakter som grunngir en bred skjønnsmargin, men heller statens press og strategi.

3.1.3 EMDs forhold til inngreps eventuelle demokratiske legitimitet (lovgiverviljen)

EMD foretar ved proporsjonalitetsvurderingen en bred helhetsvurdering av hvorvidt det aktuelle inngrepet i borgerens rettighet etter forholdene er rettferdiggjort. Fokuset ligger altså på inngrepet og borgerne som berøres, heller enn på den eventuelle nasjonalt forankrede demokratiske legitimitet inngrepet hviler på. Om det er Stortinget gjennom sin regelproduksjon eller forvaltningen gjennom sin håndheving som er "ansvarlig" for inngrepet, synes etter Domstolens praksis å være irrelevant i vurderingen av inngrepets rettmessighet.

Blir staten dømt, må en konkret vurdere om loven som sådan kan opprettholdes ved at forvaltningens praktisering av reglene justeres, *eller*, om det rettstridige inngrepet skyldes nettopp den riktige og lojale tolkning som rettsanvenderen etter loven og rettskildelæren ikke kan omgå. Et eksempel på det førstnevnte er *Nunez v. Norway*, hvor det er tilstrekkelig at forvaltningen endrer sin praksis. Andre saker derimot, som

TV Vest & Pensjonistpartiet v. Norway og *Phinikaridou v. Cyprus*, fordrer at selve loven endres av lovgiver.

Som en følge av dette vil den nærmere utformingen av lovbestemmelsen som hjemler inngrepet kunne være avgjørende for om den må endres: Er bestemmelsen vag og skjønnsmessig vil en eventuelt utfyllende presisering (forskrifter og rundskriv) og forvaltningens skjønnsmyndighet være det sentrale og avgjørende. Om lovgiverne opplever det svært ubekvemt å risikere å få seg underkjent lovbestemmelser, kan de derfor velge å vedta vage lover - men ikke uten å samtidig gi regjering og domstol større rettsskapende kompetanse. Hvorvidt dette er en heldig løsning, er i et rettsikkerhetsperspektiv heller tvilsomt, og det vil kunne vise seg å bli problematisk i forhold til lovskravet som følger av inngrepshjemlene i EMK.⁸⁶ Det er vel uansett neppe praktisk at en stats lovgivere lar hensynet til den statlige stolthet slik spille inn i lovgivningsprosessen.

3.2 Sondringens problem

Oppfatningen av hvilke inngrepsvurderinger som er typisk *politiske* interesseavveininger og hvilke som er mer objektive, vil som nevnt kunne variere mellom de ulike stater og kulturer.

Sondringen mellom de to typer av vurderinger vil også på et *nasjonalt* plan kunne vise seg å være svært problematisk. Et eksempel fra norske forhold som kan illustrere dette er diskusjonen om – og forholdet mellom – ‘barnets beste’ og likestillings- og integreringshensyn.

Barnekonvensjonen (BK) er, som EMK, inkorporert med forrang i Menneskerettsloven. Etter denne konvensjonens art. 3 (2) påtar staten seg

⁸⁶ Margareta and Roger Andersson v. Sweden 25 Februar 1992.

"å sikre barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel, idet det tas hensyn til rettighetene og forpliktelsene til barnets foreldre (...), og skal treffe alle egnede, lovgivningsmessige og administrative tiltak for dette formål".

Av bestemmelsens første punktum følger den bakenforliggende hovedregelen om at barnets beste skal være "*et grunnleggende hensyn*" ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer.

Myndighetenes forpliktelse til å effektivisere rettighetene understrekes videre i art. 4, og i art. 18(2) poengteres myndighetenes positive forpliktelse til å yte foreldrene "*egnet bistand*" i deres oppdragelse og oppfostring av barnet.

På tross av at rettighetene ikke er uttalt spesifikke, er det klart at staten har reelle forpliktelser etter BK art. 3(2). Uttrykket "sikre" anvendes ofte i rettigheter som formulerer positive innsatsforpliktelser for statene⁸⁷, men lest i sin sammenheng er det klart at myndighetene også plikter å *avstå* fra inngrep – altså er negativt forpliktet – etter art.3(2). Dette går også frem av UNICEFs implementeringshåndbok for barnekonvensjonen⁸⁸:

"The verb used to describe the obligation ('to ensure') is very strong and encompasses both passive and active (including pro-active) obligations".

I forhold til temaet i denne oppgaven - inngreps rettmessighet - er det rettighetens negative side som er mest interessant: Om myndighetene vil hensynta foreldres antatte behov og ønsker, kan de ikke uten videre gjøre dette hvis det medfører innhugg i tilsikringen av "*den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel*".

⁸⁷ F.eks ØSK art. 11(1) og (2)b

⁸⁸ UNICEF (2007) Implementation handbook for the convention on the rights of the Child, 3rd edition, Geneva, s. 40.

Flere av de fremste ekspertene innen barne- og tilknytningspsykologi synes samstemte om at små barn har et sterkt behov for nærhet med sine foretrukne omsorgspersoner. Enkelte konkluderer med at den viktigste tiden er frem til rundt 2 års alder⁸⁹, mens andre helt til barnet er omkring 3 år.⁹⁰ Særlig kritisk synes tilknytningsforholdene- og fasen å være for de barna som ikke er mest mentalt robuste.⁹¹

At små barn er spesielt sårbare når det gjelder de negative konsekvenser av atskillelse fra foreldrene, erkjennes også av FNs komité for barns rettigheter.⁹²

Dette har sammenheng med det stress og den utrygghet som løsrivelsen fra foreldrene kan gi i barneårene. Det foreligger dessuten uttalelser fra fagfolk om uheldig virkning av det de beskriver som et (for barnet) kaotisk barnehagemiljø.

Det hevdes å være tilstrekkelig med vitenskapelige holdepunkter til å være negativ overfor en ordning som hindrer oppfyllelsen av dette behovet; atskillelse og utrygghet i den sårbare alderen "*øker sannsynligheten for senere psykososiale plager*"⁹³ og konsekvensene kan være "*alvorlige adferdsproblemer senere i livet*".⁹⁴

Av ordninger og myndighetshandlinger som synes å komme på kant med fagvitenskapen er først og fremst utfasing av kontantstøtten, som nå er blitt så lav at foreldre flest, av økonomiske grunner, i realiteten ikke har annet valg enn barnehage.

⁸⁹ Psykologspesialist Joachim Haarklou.

⁹⁰ Blant andre Prof. Usha Goswami, Prof. Jay Belsky, nevrobiolog og psykologiforsker Kenan Malik, psykoterapeut Sue Gerhardt, og Psykiater Sidsel Gilbert (jf. forskning fra USA og Storbritania som det vises til i et intervju med NRK).

⁹¹ Belsky J., Pluess M; (2009) : Journal of Child Psychology and Psychiatry and Allied Disciplines, Volume 50, Number 4, April 2009 , s. 396-404(9).

⁹² FNs konvensjon om barns rettigheter, General comments nr. 7, 2005, avsnitt 18.

⁹³ Prof. Turid Suzanne Berg-Nielsen i Universitetsavisa, 6.5.2008, jf. www.forskning.no. Uttalelse i forbindelse med fødselspermisjon.

⁹⁴ Lars Smith i aftenposten, 01.06.11. Uttalelse i forbindelse med regjeringens barnehage-politikk.

De senere år har kontantstøtten gradvis blitt utfaset beløpsmessig. Regjeringen foreslo i september i år at støtten skal økes noe for tiden frem til barnet er 18 mnd. Etter 18 mnd fastholdes beløpet, men kuttes helt fra 24 mnd. Med andre ord er valgfriheten etter 18 mnd reelt sett ikke-eksisterende, for alle unntatt de best bemidlede. Regjeringens begrunnelse er muligheten for mer karrieremessig likestilling og integreringshensyn. I tillegg nevnes at Barne- og likestillingsminister Audun Lysbakken har som endelig mål og ønske at kontantstøtten for ettåringer skal fjernes helt (Dagens Næringsliv, 25/10 2011).

Flere av ekspertene går også ut mot fødselspermisjonsordninger som et stykke på vei tvinger mor – i følge referansene den oftest prefererte primærkontakt – bort fra barnet.

Uttalelsene fra fagfolkene har imidlertid ikke fått stå uimotsagt, av 'ikke-fagfolk'. Enkelte har reagert kraftig på vitenskapens innblanding.⁹⁵

Legger en til grunn et vitenskapelig basert kunnskapsperspektiv, gjør det seg altså gjeldende sterke motforestillinger mot å endre ordninger på en måte som trekker/holder barnet atskilt fra foreldrene i denne kritiske alderen. Som nevnt ovenfor følger det av statens overnasjonale forpliktelser at om myndighetene vil ihensynta foreldres antatte behov og ønsker, kan de ikke gjøre dette på bekostning av "*den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel*"; og myndighetene skal i alle tilfelle la barnets beste være "*et grunnleggende hensyn*".

Dette taler for at en rettslig sett bør anse utfasing av kontantstøtten, og dermed foreldrenes reelle valgfrihet, som et *inngrep* i barnets rettigheter etter BK art.3(2).

Brudd på art. 18(2) - da sett i sammenheng med art. 3(2) – synes å være en vel så praktisk innfallsvinkel, men ettersom denne bistands-forpliktelsen er uttalt positiv blir uttrykket *inngrep* noe mindre naturlig.

⁹⁵ Leder av mannspanelet, Arild Stokkan-Grande: - *Så dumt at det bare kunne vært sagt av en professor.* Og Gunn Karin Gjøl i Arbeiderpartiet uttalte til professorene, gjennom media: - *Slutt å synse og begynn å forske!*

Det påpekes at en nyere rapport fra (FHI) – utarbeidet i et samarbeidsprosjekt med regjeringen (KD) – kunne tyde på at regjeringens prosjekt likevel ikke var noe "sosialt eksperiment". Imidlertid er denne norske rapporten basert utelukkende på spørreskjemaer (riktignok stort materiale og statistiske tester), og konklusjonene er kritisert i fagmiljøet. (Se for eksempel professor Lars Smith, NRK 1.9.2011 og psykolog Berit Dahl Soltvedt, Klassekampen 17.9.11)

Dersom staten erkjente at utfasingen utgjør et *inngrep*, kunne det blitt anført at det var proporsjonalt; altså at det er rettferdiggjort ut fra et ”presserende samfunnsmessig behov” og resultat av en politisk interesseavveining. Spørsmålet blir da om nasjonale domstoler uten videre *også* skal anse dette som en politisk interesseavveining, og dermed avstå fra å overprøve proporsjonaliteten. Eller om det fordres en test av denne pretensjonen - altså av om inngrepsvurderingen *faktisk* representerer en typisk politisk interesseavveining og ikke i stedet en mer objektiv og nøktern vurdering.

I tilfelle det siste, risikerer dommerne selv lett å opptre ”politisk”. Dermed vil de ikke nødvendigvis unngå den politiske rolle, som synes å være artikkelforfatter Skoghøys siktemål med en sondring mellom det politiske og ikke-politiske.

Legger nasjonale domstoler derimot statens pretensjon ukritisk til grunn, risikerer en i stedet at myndighetene på en systematisk måte begår konvensjonsbrudd, *også* på områder utenfor det som intra-nasjonalt typisk anses som politisk.

Hva som i de ulike stater nærmere bestemt oppfattes som ‘typisk’ politiske interesseavveininger, og hva som mer objektive vurderinger, er spørsmål det ikke hører med i denne oppgaven å gå inn på. Definisjonen av hva som er ”politisk” vil foruten å variere geografisk/kulturelt – og være vrien å trekke (som kontantstøtte-eksempelet illustrer) – også kunne skifte svært raskt: *‘Fag’ eller ‘teknikk’ i dag vil ofte bli ‘politikk’ i morgen, og spørsmål som brant for få år siden, må vi nå gå til historiebøkene for å forstå. Kriteriet ‘politikk’ blir altså mer som et termometer enn som et fyrtårn i en omskiftelig verden.*⁹⁶

Uavhengig av hvilken av de to strategiene domstolen velger, vil det bestemmende kriterium for skjønnsmarginens størrelse altså bli inngrepets vurderte *politiskhet*, slik den måtte legges til grunn. Innenfor denne politiske skjønnsmarginens område vil ikke lovgivers proporsjonalitetsvurdering få en reell overprøving.⁹⁷

⁹⁶ Eivind Smith, ”Konstitusjonelt demokrati”, (2010) . s. 389

⁹⁷ Et annet spørsmål er om det etter en slik politisk skjønnsmargin-praksis skulle foretas en kvalitets-sjekk av lovgivers vurdering i de tilfelle Høyesterett i utgangspunktet skulle være tilbakeholdne, jf. rederibeskatningsdommen, Rt. 2010 s. 143

Dette vil ikke være i samsvar med EMDs praksis, så langt jeg kan se. I begge tilfeller risikerer man at staten handler og beslutter ut i fra en *egen* prioritering av menneskerettene. Jeg vil komme nærmere inn på det problematiske med dette under pkt. 4.

Allerede på et nasjonalt nivå virker altså en skjønnsmargin-praksis ut i fra en 'politisk Kløfta-doktrin' lite anvendelig.

Det bemerkes også, i relasjon til konstanstøtte-eksempelet ovenfor, at enkelte har hevdet at Barnekonvensjonens bestemmelser i liten grad er selvkraftige (self-executive) på grunn av deres vaghet. Som det går frem mener jeg at de aktuelle bestemmelsene er håndhevnbare for en nasjonal domstol. Uansett har nå EMD i den nylig avsagte Nunez-saken gjort det klart at barns interesser er indirekte vernet under EMK art. 8.⁹⁸

3.3 Implikasjoner ved eventuell praktisering av en (politisk) skjønnsmargin på nasjonalt nivå

Om nasjonale domstoler legger an en linje slik det argumenteres for i artikkelen "Nasjonal skjønnsmargin etter EMK", men som jeg ikke har funnet at EMDs praksis gir støtte for, risikerer statene å bli dømt oftere enn nødvendig. Slik situasjonen nå er, har EMD ikke kapasitet til å behandle på langt nær alle de saker som kommer inn. Dette vil igjen kunne medføre at stater med domstoler som følger denne linje, på en systematisk måte begår menneskerettsbrudd – uten at det blir oppdaget.

En sak som kan være egnet til å få frem poenget med selvstendige og grundige domstoltester av lovgivernes proporsjonalitetsvurdering (i vid forstand) er TV Vest-saken. I Høyesteretts avgjørelse i saken, Rt. 2004 s.1737, kom flertallet til at innskrenkningen var rettmessig. Etter mindretallet – dommer Skoghøys – vurdering var imidlertid inngrepet i ytringsfriheten ikke proporsjonalt, ettersom det gjaldt politiske

⁹⁸ Nunez v. Norway, 28.6.2011. Avsnitt 84, jf. Jebens presiseringer.

ytringer som er helt i kjernen av rettigheten. At inngrepet var konvensjonsstridig ville etter min mening flertallet trolig kommet til om de hadde foretatt en mer omstendelig og grundig proporsjonalitetsvurdering (i vid forstand), *også* uavhengig av mangel på proporsjonalitet i snever forstand (interesseavveiningen).

Grunnen er, som beskrevet i gjennomgangen av dommen ovenfor, at inngrepet ikke var *nødvendig* (i snever forstand) – staten kunne oppnådd målet med et alternativt og mindre inngripende middel. En mindre inngripende innskrenkning kunne for eksempel innebære begrensninger i total sendetid eller et fastsatt pengemessig maksbeløp. Dette ville også langt på vei fremmet innskrenkningens formål om å verne de mindre synlige partiene bedre (egnetheten), ved at små partier da i større grad ville nå ut til folk enn tilfelle er ved et totalforbud.

Ved at Høyesterett foretar en slik selvstendig test får man en mer uavhengig og nøktern etterhåndskontroll av vurderingen, og dermed økt (retts)sikkerhet og klarhet omkring inngrepets konvensjonsmessighet.

Behovet for nasjonale domstolers proporsjonalitetstesting kommer vel enda klarere frem i saker som *Hirst*. Denne saken er et eksempel på at lovgiverne selv ikke alltid foretar noen reell inngrepvurdering/interesseavveining. I tilfelle de nasjonale domstolene da ikke tester proporsjonaliteten, vil EMD – *hvis* saken kommer opp for dem – være førstehånd i forhold inngrepvurderingen. Dette ville stride med den kontrollfunksjon EMD er tiltenkt. En må derfor anta at Høyesterett i det minste vil foreta en kvalitetssjekk av lovgivernes vurdering i tråd med kravet som ble stilt i Rederibeskatningsdommen (Rt. 2010 s. 143), *også* i menneskerettssaker forøvrig. En slik kvalitetssjekk tilsvarer det andre leddet i EMDs formelle test.

I alle de sakene hvor EMD ikke innrømmer eller kun innrømmer en snever skjønnsmargin, går ikke Domstolen inn og tester statens beslutningsgrunnlag- og prosess (det andre leddet i den ”formelle testen”). Følgelig kan det være mørketall med henhold til statlige inngrep som på nasjonalt nivå ikke egentlig noen gang har vært vurdert som ”nødvendige”. Imidlertid blir saksbehandlingen i disse sistnevnte sakene –

altså hvor EMD foretar en substansiell test – i alle fall til slutt tilfredsstillende i og med Domstolens egen vurdering.

Enda sterkere gjør poenget med selvstendige proporsjonalitetstester seg gjeldende ved håndheving av rettigheter etter konvensjoner som ikke har et eget overnasjonalt domstolsorgan, som for eksempel Barnekonvensjonen. Hensynet til menneskerettens effektivitet taler altså spesielt i disse tilfeller for at nasjonale domstoler foretar en intensiv prøving av inngrepets "nødvendighet". Den motsatte strategi vil lett kunne medføre at rettighetene forblir teoretiske og illusoriske.

4 Normative betraktninger

4.1 Prinsipielle utgangspunkter: Menneskerettens universalitet og vern i et konstitusjonelt demokrati

De internasjonale menneskerettskonvensjonene er utslag av ideen om at mennesket har visse interesser av en slik grunnleggende og allmenngyldig karakter at de gjelder uavhengig av både nasjonalitet (de er universelle) og det til enhver tid rådende politiske flertalls oppfatning. De skal således utgjøre begrensninger for flertallets kompetanse. På tross av at de internasjonale menneskerettene formelt ikke er gitt den trinnhøyeste rang i Norge, har Høyesterett fulgt opp i forhold til de signaler lovgiver ga ved vedtagelsen av Gr.l. § 110 c og Menneskerettsloven: Flere interne regler har blitt tilsidesatt.⁹⁹

Nettopp disse to karakteristika ved internasjonale menneskeretter – et forutsatt krav på sterkt vern og deres universalitet – gjør en "politisk skjønnsmargin" problematisk. Dette

⁹⁹ Se Rt. 2005 s.833 (Uskyldspresumsjon) og Rt. 2008 s.1764 (Ankenekt). Disse dommene er utførlig behandlet av Mads Andenæs og Andreas Motzfeldt Kravik i "Norske verdier og EMK", LoR Nr.10 2010.

fordi inngrep da, som nevnt innledningsvis i oppgaven, (også) helt i kjernen av rettighetene vil kunne avhenge av en potensielt stadig skiftende flertallsoppfatning, på nasjonalt nivå.

Den førstnevnte innvendingen mot en politisk skjønnsmargin – et for svakt vern – kunne tenkes avhjulpet ved at samtlige menneskerettigheter (og deres grenser) ble grunnlovfestet. Altså et nasjonalt spor. Dette ville i større grad binde lovgiverne og slik styrke borgernes vern, samtidig som rettighetenes grenser er lagt utelukkende på nasjonale premisser (slik en ”politisk skjønnsmargin” ellers etterlyser).

Det er likevel ikke uten videre gitt *hvor* mye sterkere vern rettene ville få, reelt sett. Rettsanvenderenes tolkningsstil vil her kunne spille inn. En grunnlovstolkning som ihensyntar lovgivernes synspunkter, slik de er kommet til uttrykk gjennom alminnelig lov, vil kunne svekke vernet.

I tillegg kommer at et eventuelt utvidet vern for enkelte rettigheter (i Grunnlovssammenheng) – som tilsynelatende fremstår som et gode for borgerne – vil kunne medføre at vernet for andre rettigheter svekkes. Et eksempel er forholdet mellom ytringsfrihet og personvern.

En slik prioritering (i det lengste en reell rangering) av retter på et nasjonalt nivå vil videre ikke kunne ses som en tilslutning til ideen om menneskerettenes *universalitet*, tvert i mot. Dette leder meg over i den andre innvendingen nevnt ovenfor, som jeg vil utdype i neste punkt.

4.2 I forhold til andre staters borgere: Solidaritetsbetraktninger

Målet og den bærende idé med EMK var, og er – som det går fram av konvensjonens fortale, bestemmelser og Europarådets statutter, sett i sammenheng – en felles forståelse og håndhevelse av menneskerettene:

”to achieve a greater unity between its Members for the purpose of safeguarding and realizing the ideals and principles which are their common heritage and facilitating their economic and social progress”.¹⁰⁰

I dette ligger at avtalen er et mellomnasjonalt prosjekt for fremme av menneskerettens effektivitet. Den rettslige konsekvens av dette fellesprosjektet er at de enkelte statene oppgir den endelige definisjons- og tolkningsmakt på menneskerettsområdet, til fordel for en overnasjonal kontroll og håndheving basert på et felleseuropeisk verdigrunnlag.

Slik sett er den lojale gjennomføring og oppfølging av denne samarbeidsavtalen (som hviler på ideen om at rettene etter sitt innhold er universelle - i alle fall felleseuropeiske), en *manifestert* etterlevelse av Kants kategoriske imperativ: Statene handler ut i fra den grunnsetning som de samtidig mener skal gjelde som en universell lov. Konvensjonen blir et rettslig uttrykk for de forpliktete statenes hengivenhet overfor denne moralnormen.

På denne bakgrunn kan også Kants kategoriske imperativ beskrives som en *tolkningsnorm* som konvensjonens formål og system forutsetter at statenes rettsanvendere benytter ved tolkning av rettene. I praksis innebærer det at når norske domstoler skal løse rettsprosjekt må de tenke ut over de nasjonale forhold – reglene skal kunne ha universell anvendelse.

Perspektivet blir etter dette, som Andenæs og Bjørge beskriver det, et europeisk-multilateralt; i stedet for et bilateralt og polarisert syn på forholdet mellom staten og EMD.¹⁰¹

Et arbeide for brede skjønnsmarginer vil derimot bidra til å uthule menneskerettens universelle innhold, og slik være med på å legitimere en (overnasjonalt sett) mindre lojal etterlevelse av konvensjonen også i andre land: En eventuell åpning for en

¹⁰⁰ Europarådets statutter art. 1 (a)

¹⁰¹ Jf. Mads Andenæs og Eirik Bjørge, ”National implementation of ECHR rights: Kant’s categorical imperative and the covention”, s. 4 og 59.

”politisk skjønnsmargin” for Europas lovgivere kan medføre at anførsler om verdiprioriteringer – slik de måtte ha kommet til uttrykk gjennom nasjonal lovgivning – fungerer som "legitim" begrunnelse for statlige overtramp. Det er grunn til å anta at mange av de menneskerettsbrudd som konstateres f.eks. i Russland og Tyrkia, og som vi i Norge typisk betegner som grove, vil kunne gå upåaktet hen om nasjonalstatlige synspunkter på rettighetenes grenser og innbyrdes forhold skulle få "betydelig" ¹⁰² gjennomslag hos EMD. Ut i fra dette kan (og bør) de antatt menneskerettslydige stater se på de internasjonale menneskerettskonvensjonene som et *solidarisk* prosjekt.

Enkeltstaters oppslutning om overnasjonal rettsenhet på menneskerettens område, altså den motsatte strategi, vil derimot kunne gi - ikke bare fravær av slik negativ virkning nevnt rett ovenfor – men en *positiv* effekt: Menneskerettslydige stater kan ved å gå foran som gode eksempler bidra til å påvirke andre land hvor menneskerettssituasjonen er dårligere, i en positiv retning. ¹⁰³ Kanskje vil smitteeffekten være særlig sterk hvis de antatt menneskerettslydige landene også får seg "en på snuten" av EMD fra tid til annen, uten å imøtegå dette med altfor mye protest.

4.3 I forhold til statens egne borgere: Tillit og legitimitet

En overnasjonal prøving kan internt bidra til økt tillit og legitimitet til de enkelte lands myndighetsorganer, ved at befolkningen da får en uavhengig overprøving av de inngripende handlingers og avgjørelsers rettmessighet. ¹⁰⁴ Denne virkningen forutsetter imidlertid at myndighetene får medhold.

¹⁰²Uttrykket Skoghøy benytter.

¹⁰³ Jf. Simmons, B. A. (2009); Føllesdal; ”Er internasjonale menneskerettighetsprøving legitim?” Nytt Norsk Tidsskrift, 2010.

¹⁰⁴Jf. Føllesdal, (2010) “Er internasjonal menneskerettighetsprøving legitim?”.

I denne sammenheng er resonnementet relevant ved at jo mer intens og fullstendig domstolprøvinger er (altså motstykket til en vid statlig skjønnsmargin), desto mer tillit og legitimitet vil kunne vinnes.

5 Avslutning

I boken ”Ideologi og terror: totalitære ideer og regimer”¹⁰⁵ gis eksempler på hvor galt det *kan* gå under tankegangen om at ”målet helliger middelet”.¹⁰⁶ Illustrerende er Tyskland under nazismen; menneskerettsstridige interesseavveininger kan meget vel ha støtte i befolkningen, og slik sies å være demokratisk legitime. Borgerne bør ha adgang til en ikke-politisk¹⁰⁷ prøving av statsmaktens proporsjonalitetsvurderinger, både nasjonalt og overnasjonalt.

Som EMDs praksis viser, er det overordnede vurderingstemaet ved prøvingen av inngreps konvensjonsmessighet om inngrepet er *rettferdiggjort* (”justified”). Hva som er rettferdig med hensyn til interesseavveininger, er et spørsmål som søker et normativt allmenngyldig svar, altså det motsatte av et lokal-gyldig svar. Det nærmeste en kan komme den allmenngyldige (universelle) løsning, må være den syntese, eller grad av enighet, som finnes globalt og således er verdenssamfunnets løsning.¹⁰⁸ Konsekvensen av en slik søken etter *det rettferdige* må derfor være et ønske om en overnasjonal ‘Verdens menneskerettsdomstol’, med en global representasjon. Bare slik kan de kodifiserte menneskerettens innhold og innbyrdes grenser få en *virkelig* universell dimensjon og betydning.

¹⁰⁵Sørensen, Hagtvet og Steine, (2011) ”Ideologi og terror: totalitære ideer og regimer”.

¹⁰⁶ Naturligvis er det heller ikke tale om legitime formål.

¹⁰⁷ Mer presist en *mindre* politisk prøving; en ikke-politisk prøving, i betydningen ett hundre prosent verdinøytralitet, er vel neppe mulig: Mer om dette temaet i Tore Scheis ”Har Høyesterett en politisk funksjon?” LoR, 2011, nr. 06.

¹⁰⁸ EMK/EMD er som nevnt ikke en slik; derimot en regional løsning.

En slik verdensdomstol kunne overprøve, for eksempel, om Kinas innskrenkning av opprørere og aktivistiske systemmotstanderes politiske frihet er forholdsmessig ut i fra hensynet til å sikre stabilitet for den politikk og positive utvikling landet er inne i. Den kunne videre prøve om USAs inngrep i folks rett til privatliv av hensyn til krigen mot terror er ”nødvendig”; og om landets fattigdomsskapende politikk, som representerer inngrep i en stadig større del av befolkningens sosiale menneskeretter, er ”nødvendig”. I mangel av et slikt overnasjonalt håndhevingsorgan, er det – som vist i pkt. 3 – spesielt viktig at de nasjonale domstoler foretar uavhengige proporsjonalitetsvurderinger.

Som tidligere vist, gjelder dette også for stater som *har* gjennomført et overnasjonalt håndhevingsssystem, ettersom slike overnasjonale domstoler er subsidiære og undertiden vil ha betydelig restanse. Av hensyn til menneskerettens effektivitet er det derfor viktig at også europeiske lands domstoler foretar slike grundige og selvstendige proporsjonalitetstester. Solidaritetshensyn, også i forhold til *andre* staters borgere, taler som tidligere diskutert for at nasjonale domstoler bidrar til en lojal gjennomføring av konvensjonsforpliktelsene.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Jf. pkt. 4.2.

6 Litteraturliste

6.1 Lover

1814 Kongeriget Norges Grundlov, 17. mai 1814.

1988 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven), 24. juni 1988 nr. 64.

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), 21. mai 1999 nr. 30.

6.2 Konvensjoner

1950 Den europeiske menneskerettskonvensjon, 3. sept 1953.

1990 FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen), 2. sept 1990.

1966 FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16 des 1966.

6.3 General comments

Committee on the Rights of the Child – General Comments. No 7. 2005.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) – General Comments. No 3. 1990.

6.4 Dommer

6.4.1 Norges Høyesterett

HR 2011 – 1280 –A	”Barnets beste”
Rt 2010 s. 143	”Rederibeskatning”
Rt. 2009 s. 534	Høyesteretts Nunez-avgjørelse.
Rt. 2008 s. 1764	”Ankenekt”
Rt. 2005 s. 833	”Uskyldspresumsjon”
Rt. 2004 s. 1737	“TV Vest”
Rt. 2002 s. 1271	“Greenpeace”

6.4.2 EMD

2011	<i>Nunez v Norway</i> . Dom 28 juni 2011.
2011	<i>Lautsi v Italy</i> . Dom 18 mars 2011
2011	<i>MGN v UK</i> . Dom 18 januar 2011.
2010	<i>A, B & C v Ireland</i> . Dom 16 desember 2010.
2010	<i>Aune v Norway</i> . Dom 28 oktober 2010.
2010	<i>Frodl v Austria</i> . Dom 8 april 2010.
2009	<i>TV Vest v. Norway</i> . Dom 11 mars 2009
2009	<i>A and others v UK</i> . Dom 19 februar 2009.
2008	<i>E.B v France</i> . Dom 22 januar 2008.
2007	<i>Phinikaridou v Cyprus</i> . Dom 20 desember 2007.
2006	<i>Scordino v Italy</i> . Dom 29 mars 2006.
2006	<i>Drazic v Croatia</i> . Dom 6 januar 2006.
2005	<i>Hirst v UK</i> . Dom 6 oktober 2005.
2004	<i>Von Hannover v Germany</i> . Dom 24 juni 2004.
2004	<i>Blecic v Croatia</i> . Dom 8 mars 2004.
2003	<i>Hatton & others v UK</i> . Dom 8 juli 2003.
2002	<i>Christine Goodwin v UK</i> . 11 juli 2002.
2002	<i>Kutic v Croatia</i> . Dom 1 juni 2002.

- 2002 *Frette v France*. Dom 26 februar 2002.
- 1999 *Chassagnou v France*. Dom 29 april 1999.
- 1992 *Margareta and Roger Andersson v Sweden*. Dom 25 februar 1992.
- 1991 *Sunday Times v. UK*. Dom 26 november 1991.
- 1986 *Lingens v Austria*. Dom 8 juli 1986.
- 1985 *Ashingdane v UK*. Dom 28 mai 1985.
- 1985 *Barthold v Germany*. Dom 25 mars 1985.
- 1983 *Silver v. UK*. Dom 25 mars 1983.

6.5 Litteratur

6.5.1 Bøker

Boe, Erik; *Innføring i juss – juridisk tenkning og rettskildelære*.
Universitetsforlaget 1996.

Høstmælingen, Njål; *Internasjonale menneskerettigheter*. Universitetsforlaget 2003.

Jacobs, White & Ovey; *The European Convention on Human Rights*. 5th edition.
5th edition. Oxford 2010.

Letsas, George; *A theory of interpretation of The European Convention on Human
Rights*. Oxford 2007.

Robberstad, Anne; *Sivilprosess*. Fagbokforlaget 2009.

Smith, Eivind; *Konstitusjonelt demokrati*. Fagbokforlaget 2009.

Sørensen Ø., Hagtvet B., Steine B A; *Ideologi og terror: Totalitære ideer og regimer*.
Dreyer 2011.

6.5.2 Artikler

Andenæs Mads, Bjørge Eirik; *Norske domstoler og utviklingen av menneskerettene.*
Jussens Venner. Nr 5. 2011.

Andenæs Mads, Bjørge Eirik; *National implementation of ECHR rights: Kant's
categorical imperative and the convention.*

Andenæs Mads, Kravik M Andreas; *Norske verdier og EMK.*
Lov og Rett. Nr 10. 2010.

Belsky J., Pluess M; *Journal of Child Psychology and Psychiatry and Allied
Disciplines, Volume 50, Nr 4, april 2009. s. 396-404.*

Broch Oftedahl, Lars; *Skjønnsmarginen i nyere praksis fra den europeiske
menneskerettsdomstol.* Lov og Rett. Nr 5-6. 2005.

Føllesdal, Andreas; *Er internasjonal menneskerettighetsprøving legitim?* Nytt Norsk
Tidsskrift. 2010.

Kenrick D, Griskevicius V, Neuberg S, Schaller M; *Renovating the Pyramids of Needs:
Contemporary Extensions Built upon ancient Foundations.*
Perspectives on Psychological Science. Mai 2010 5: 292.

Kierulf, Anine; *Rettsstatens overnasjonale vending: Den andre prøvingsretten.* Nytt
Norsk Tidsskrift, Nr. 3-4. 2010.

Kravik Motzfeldt, Andreas; *Kan hensynet til nasjonal sikkerhet svekke utlendingers
utsendelsesvern etter EMK artikkel 3?* Lov og rett. Nr 7. 2011.

Mahoney, Paul; *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?*
Human Rights Law Journal. Vol 19, No 1. 1998

Schei, Tore; *Har Høyesterett en politisk funksjon?* Lov og Rett. Nr 6. 2011.

Skoghøy, Jens Edvin; *Nasjonal skjønnsmargin etter EMK.* Lov og rett. Nr 4. 2011.

6.5.3 Nettdokumenter

Aftenposten.no : Arild Stokkan-Grande uttaler seg om professorer, og Gunn Karin Gjul om norsk forskning:

<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/politikk/article/229562.ece>

Aftenposten; Psykologspesialist Joachim Haarklou:

<http://www.aftenposten.no/foreldreogbarn/article2960664.ece>

Aftenposten.no : Prof. i psykologi Lars Smith, om barns behov ift. barnehager:

<http://www.aftenposten.no/article4137190.ece>

Bergens Tidende; Psykologspesialist Joachim Haarklou:

<http://www.bt.no/nyheter/innenriks/--Ikke-send-ettringer-i-barnehage-1903326.html>.

British Broadcasting Corporation (BBC): Debatt mellom fagfolk, om barns tilknytningsbehov, 26 august 2004:

http://www.kenanmalik.com/tv/analysis_young.html

Dagens Næringsliv : Audun Lysbakkens ønske om å fjerne konstanstøtten for ettåringer:

<http://www.dn.no/forsiden/politikkSamfunn/article2251801.ece>

Forskning.no : Prof. i psykologi Turid Suzanne Berg-Nielsen, om Barns tilknytningsbehov: <http://www.forskning.no/artikler/2008/mars/>

NRK; Psykiater Sidsel Gilbert:

<http://www.nrk.no/helse-forbruk-og-livsstil/1.2424230>

6.6 Andre kilder

UNICEF; *Implementation handbook for the convention on the rights of the Child*, 3rd edition, Geneva. 2007.

Statue of the Council of Europe (Europarådets statutter). 1949.