

Den europeiske menneskerettsdomstolen og generelle tiltak -

En analyse av endringen i rettspraksis, det rettslige grunnlaget og årsakene til utviklingen.

Kandidatnummer: 218

Leveringsfrist: 1. juni 2009

Til sammen 31.604 ord

28.05.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Aktualitet	2
1.3	Metode og kilder	4
1.4	Avgrensninger	6
1.5	Oppgavens oppbygning	7
<u>2</u>	<u>RETTLIGE OG FAKTISKE UTGANGSPUNKTER</u>	<u>7</u>
2.1	Innholdet i plikten til å fullbyrde avgjørelser etter artikkel 46	7
2.2	Forholdet mellom Ministerkomiteen og Domstolen	9
2.2.1	Om Ministerkomiteen	9
2.2.2	Om Domstolen	10
2.2.3	Om Ministerkomiteens spesialsesjon for tilsyn med fullbyrdelsen av avgjørelser fra EMD	11
2.3	Domstolens tradisjonelle forståelse av artikkel 46	12
2.4	Domstolens arbeidsbelastning	14
2.5	Konklusjon	15
<u>3</u>	<u>ANALYSE AV NYERE RETTSPRAKSIS – KATEGORISERT ETTER GRAD AV AVVIK FRA DET TRADISJONELLE UTGANGSPUNKTET</u>	<u>16</u>
3.1	Formålet med og hovedkriterier for analysen	16
3.2	Utvalget og kategoriseringen	18

3.3	Det tradisjonelle utgangspunktet og analyse av graden av avvik	19
3.3.1	Kategori 1 – det tradisjonelle utgangspunktet	19
3.3.2	Kategori 2 – antydning til ny forståelse av artikkel 46	20
3.3.3	Kategori 3 – konkrete, generelle tiltak foreslås i domspremissene	22
3.3.4	Kategori 4 – konkrete tiltak tas inn i domsslutningene	24
3.3.5	Kategori 5 – plikt til å utføre konkrete tiltak i domsslutningene	29
3.4	Det kronologiske poenget	35
3.5	Konklusjon	36
4	<u>REDEGJØRELSE OG VURDERING AV DET RETTSLIGE GRUNNLAGET FOR DOMSTOLENS PRAKSIS</u>	37
4.1	Om det rettslige grunnlaget for Domstolen	37
4.2	Primære hjemmelsgrunnlag for praksisen	38
4.2.1	Konvensjonsteksten	38
4.2.2	Egen praksis	39
4.2.3	Vedtak fra Ministerkomiteen	41
4.2.4	Vurdering av de primære rettskildene som rettsgrunnlag	46
4.3	Uttrykk for prinsipper som grunnlag for praksisen	46
4.3.1	Subsidiaritetsprinsippet	47
4.3.2	Effektivitetsprinsippet	55
4.3.3	Vurdering av uttrykkene for prinsipper som grunnlag for Domstolens praksis	62
4.4	”Perspektiver” - utradisjonelle rettskilder som rettsgrunnlag for praksisen	63
4.4.1	Domstolers iboende egenskaper	64
4.4.2	”The notion of respect for human rights”	69
4.4.3	Vurdering av perspektivgrunnlagene som rettsgrunnlag	71
4.5	Forholdet til statsansvarslæren	72
4.5.1	Generelt om statsansvarslæren	72
4.5.2	Om statsansvarslæren regler om garanti om ikke-gjentakelse	73
4.5.3	Vurdering av statsansvarslærens regler som grunnlag	75

4.6	Konklusjon	78
<u>5</u>	<u>STRUKTURELLE ÅRSAKER TIL ENDRINGEN I DOMSTOLENS PRAKSIS</u>	<u>79</u>
5.1	Domstolens overbelastning	80
5.1.1	Utvidelsen av Europarådet	80
5.1.2	Saker basert på ”strukturelle svakheter” og pilotdomprosedyren	81
5.2	Manglende ikrafttredelse av tilleggsprotokoll 14 til EMK	84
5.2.1	Protokoll 14	84
5.2.2	Tilleggsprotokoll 14 bis	86
5.3	En mer konstitusjonell domstol?	87
5.3.1	Debatten om Domstolens rolle og funksjon	87
5.3.2	Konstitusjonelle trekk ved Domstolen	89
5.4	Konklusjon	89
<u>6</u>	<u>KONSEKVENSER AV UTVIKLINGEN FOR FORHOLDET MELLOM MINISTERKOMITEEN OG DOMSTOLEN</u>	<u>90</u>
6.1	Forholdet mellom Domstolen og Ministerkomiteen de lege og de facto	90
6.2	Mulige konsekvenser av forskyvningen i forholdet	90
<u>7</u>	<u>OPPSUMMERENDE KONKLUSJON OG VURDERING – FØRER DOMSTOLENS PRAKSIS TIL ET GODT RESULTAT?</u>	<u>92</u>
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>96</u>
<u>9</u>	<u>REGISTRE</u>	<u>A</u>
9.1	Lover	A
9.2	Konvensjoner	A

9.3	Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol- og kommisjon	A
9.4	Avgjørelser fra Den internasjonale domstol	D
9.5	Resolusjoner og rekommandasjoner fra Europarådet	D
9.6	Dokumenter fra Europarådet	D
9.7	Internettider	E
9.8	Annet	E
10	<u>VEDLEGG</u>	<u>G</u>
10.1	Vedlegg 1 - <i>Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem.</i>	G
10.2	Vedlegg 2 - <i>Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies.</i>	I
10.3	Vedlegg 3 - <i>Pressemelding fra Ministerkomiteens møte 12. mai 2009 om protokoll 14 bis</i>	K

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Den europeiske menneskerettsdomstolen¹ fatter avgjørelser hvor det blir fastslått krenkelse av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen². Når en slik avgjørelse blir endelig oppstår det en forpliktelse for staten til å fullbyrde den. Fullbyrdelsen består i å utbetale erstatning dersom dette er tilkjent, iverksette individuelle tiltak for å gjenopprette skaden som har skjedd så langt det er mulig, og å iverksette generelle tiltak for å hindre lignende, fremtidige krenkelser. Det er Europarådets Ministerkomité som fører tilsyn med at staten gjennomfører disse tre typene av tiltak, i tråd med konklusjonene i avgjørelsen fra Domstolen.

Domstolen nøyer seg tradisjonelt sett med å fastslå krenkelse eller ikke-krenkelse i sine avgjørelser. I en serie nyere avgjørelser kan det imidlertid hevdes at Domstolen har endret sin praksis på dette punktet. I disse avgjørelsene pålegger Domstolen statene generelle tiltak og går i tillegg langt i å konkretisere innholdet i disse generelle tiltakene. Dette er utgangspunktet for oppgavens rettslige hovedproblemstilling, som *er hvorvidt Domstolen har et tilstrekkelig rettslig grunnlag for å pålegge stater konkretiserte generelle tiltak*³ som må iverksettes for å fullbyrde en avgjørelse.

¹ Også "Domstolen" eller "EMD" i det følgende.

² Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. november 1950, med gjeldende tilleggsprotokoller. Gjort til norsk lov ved menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 § 2: "*Følgende konvensjoner skal gjelde som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge: 1. Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter*". Også "konvensjonen" eller "EMK" i det følgende.

³ Uttrykket "konkretiserte generelle tiltak" kan umiddelbart fremstå som selvmotsigende. Med dette uttrykket menes generelle tiltak som er nærmere spesifisert, som for eksempel endring av nasjonalt lovverk. At Domstolen pålegger statene å foreta generelle tiltak uten å konkretisere hva de skal bestå i, er relativt uproblematisk. At Domstolen pålegger statene å gjennomføre konkrete tiltak av generell type, er derimot mer

Hovedformålet med avhandlingen er å analysere og redegjøre for *utviklingen* i Domstolens praksis samt å analysere og drøfte hvorvidt Domstolen har et *tilstrekkelig rettslig grunnlag* for sin praksis. Det anses imidlertid også relevant å se hen til den større sammenheng og kontekst som behandlingen av hovedtemaene inngår i. I forlengelsen av behandlingen av hovedtemaene, vil derfor enkelte faktorer som er særlig relevante for dette perspektivet bli behandlet under betegnelsen *strukturelle årsaker til endringen i Domstolens praksis*. Avslutningsvis trekker oppgaven opp mulige konsekvenser for *det institusjonelle forholdet mellom Ministerkomiteen og Domstolen* i tilsynet med fullbyrdelsen av avgjørelser.

1.2 Aktualitet

Domstolen er det primære organet for å tolke og utvikle konvensjonen, og det er Domstolens praksis som er utgangspunktet for hvordan EMK skal forstås. Endringer i Domstolens tolkning av konvensjonen er derfor relevant å behandle i juridisk litteratur. I denne oppgaven argumenteres det for at Domstolens forståelse av konvensjonens regler om det institusjonelle forholdet mellom Ministerkomiteen og Domstolen og tilsynet med fullbyrdelsen av avgjørelser er i endring.

Etter konvensjonen er det Ministerkomiteen som har hovedansvaret for å føre tilsyn med fullbyrdelsen av avgjørelsene fra Domstolen. Ministerkomiteen er det politiske vedtaksorganet i Europarådet. I avhandlingen redegjøres det for hvordan Domstolen i større grad enn tidligere pålegger statene konkrete, generelle tiltak i sine avgjørelser. Dette er tradisjonelt sett innenfor Ministerkomiteens kompetanseområde. Dersom det rettslige organet tiltar seg oppgaver som tradisjonelt har tilfalt det politiske organet, kan det hevdes at en tidligere politisk prosess blir ”rettsliggjort”. Dette innebærer at tilsynsarbeidet blir ført utenfor det politiske ”forhandlingsrommet”, hvor politiske virkemidler kan benyttes. Diplomatiske press og kompromisser i Ministerkomiteen vil dermed bli skjøvet til side til fordel for Domstolens behandling og avgjørelse av den enkelte sak. Dette vil kunne innskrenke statenes mulighet til å bestemme over strukturen og innholdet i det nasjonale

betenkelig. Det er dette som er oppgavens tema, og som menes med uttrykkene ”konkretiserte generelle tiltak” og ”konkrete, generelle tiltak” i det følgende.

rettssystem – noe som i praksis vil være en forskyvning av makt fra de ulike nasjonalforsamlinger til Domstolen.⁴ Et annet utslag av denne ”forskyvningen” er at Domstolen får en rolle og oppgaver som den opprinnelig ikke var tiltenkt. Dette skjer på bekostning av Ministerkomiteen, som etter konvensjonen skal ha hovedrollen i dette arbeidet. Man kan følgelig stille spørsmål ved om Domstolen har de nødvendige egenskaper og forutsetninger som gjør den egnet til disse oppgavene.

En annen årsak til at denne utviklingen er aktuell og relevant er at den har innvirkning på Domstolens voksende arbeidsbyrde. Dersom en avgjørelse fullbyrdes av staten på en rask og effektiv måte, vil det forhindre at lignende saker kommer opp for Domstolen. På denne måten har altså spørsmålet om fullbyrdelse av avgjørelser direkte sammenheng med antallet klager som kommer inn for Domstolen. Fullbyrdelsen av avgjørelser har også sammenheng med Domstolens autoritet og effektivitet på den måten at dersom gjentatte brudd på konvensjonen ikke har noen effekt i statene hvor krenkelsene finner sted, vil Domstolens troverdighet og autoritet stå på spill.⁵

Tematikken er for øvrig svært aktuell ettersom den er en del av den større reformprosessen av Domstolen og konvensjonssystemet. Til illustrasjon vedtok Ministerkomiteen 12. mai 2009 ”reserveprotokollen” 14 bis for reform av domstolssystemet. Bakgrunnen for denne var langvarig manglende politisk oppslutning om den opprinnelige reformprotokollen, tilleggsprotokoll 14. Protokoll 14 bis iverksetter to av hovedelementene fra protokoll 14 for de statene som har ratifisert den, og det er forventet at den vil kunne øke Domstolens effektivitet med opptil 20-25 %. I denne oppgaven vil det vises hvordan disse forholdene kan bidra til å sette oppgavens problemstilling inn i en større sammenheng og kontekst.

⁴ Makt- og demokratiutredningen (re)lanserte begrepet ”rettsliggjøring” for å beskrive prosessene som skjer når flere områder blir underlagt rettsregler, og norske myndigheter blir underlagt internasjonale rettslige organer som f.eks EMD, se St. meld. Nr. 17 Makt og demokrati (2004-2005), avsnitt 3.74 flg. Et av poengene til Makt- og demokratiutredningen var at menneskerettighetene kan gi en uheldig maktforskyvning i forholdet mellom lovgiver og domstoler, og at de internasjonale tilsynsorganene er for dynamiske i sin tolkning av konvensjonene.

⁵ Uttalt av tidligere president i Domstolen, Luzius Wildhaber, gjengitt i Greer, Steven. *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects.* (2006) s. 155.

Avslutningsvis kan det også nevnes at oppgavens problemstilling har en side til debatten om hva som bør være Domstolens primære rolle. Debatten dreier seg om hvorvidt Domstolen skal være en "kvasi-konstitusjonell" domstol, eller om dens hovedoppgave skal være å ivareta individuelle rettigheter ved å avgjøre konkrete enkeltsaker. Dersom Domstolen går lenger i å instruere statene om generelle tiltak som må iverksettes, kan det hevdes at Domstolen tar (enda) et skritt i retning av en domstol med konstitusjonelle trekk.

1.3 Metode og kilder

Avhandlingen tar sikte på å redegjøre for utviklingen av Domstolens praksis og dens kompetanse til å pålegge stater konkretiserte generelle tiltak. Formålet er å gjøre rede for gjeldende rett og utviklingen på området, og analysene i avhandlingen er derfor rettsdogmatiske og deskriptive. En nærmere analyse av hvordan rettstilstanden *bør* være faller i all hovedsak utenfor oppgavens formål. På bakgrunn av avhandlingens vurderinger og konklusjoner vil det imidlertid avslutningsvis i kapittel 7 gis noen betraktninger om hvorvidt Domstolens praksis fører til et godt resultat.

Ved tolkingen av EMK er det naturlig å bygge på tolkningsprinsippene som er nedfelt i Wienkonvensjonen om traktatretten.⁶ Wienkonvensjonen var ennå ikke utformet da EMK ble til, og i Wienkonvensjonens artikkel 4 fremgår det at konvensjonen ikke skal gis tilbakevirkende kraft. Det er heller ikke alle land som har ratifisert Wienkonvensjonen, deriblant Norge. Disse forholdene har imidlertid liten betydning fordi konvensjonen kodifiserer en rekke prinsipper som allerede var sedvanerett da EMK trådte i kraft.⁷ EMD har også ved en rekke anledninger bekreftet at den tar utgangspunkt i Wienkonvensjonens regler om traktattolkning.⁸

Utgangspunktet ved tolking av traktater er etter Wienkonvensjonens artikkel 31 ordlyden. Ordlyden skal tolkes på en naturlig måte, altså den naturlige meningen som

⁶ Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969, trådte i kraft 27. januar 1980.

⁷ Cassese, Antonio. *International Law*. (2005) s. 171.

⁸ Se *Golder mot Storbritannia* av 21. februar 1975 premiss 29. Senere gjentatt i bl.a. *Bankovic m.fl. mot Belgia og 16 andre land (decision)*, av 12. desember 2001 premiss 55: "*The Court recalls that the Convention must be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention 1969.*"

teksten gir i sin helhet og ikke hva konvensjonspartene mener er betydningen.⁹ Videre følger det av samme artikkel 31 at ordlyden skal tolkes i god tro. Ved tolkningen av hva som er den vanlige forståelsen av ordlyden skal det tas hensyn til sammenheng eller kontekst og traktatens formål.¹⁰ Hva som er kontekst fremgår av Wienkonvensjonens artikkel 31 (2). Her nevnes blant annet fortalen som et av flere momenter for å avgjøre hva som menes med konteksten. Ordlyden skal tolkes i lys av formålet. Formålet er altså ikke et selvstendig tolkningsmoment, men det kan brukes for å fastlegge hva som er den naturlige forståelse av ordlyden.¹¹

Det følger av dette at traktatteksten er en svært viktig rettskilde. Når det gjelder rettskilder i folkeretten for øvrig, fastsetter artikkel 38 (1) i statuttene for Den internasjonale domstol (ICJ) en rekke rettskildeprinsipper. Formelt er ICJ-statuttene bare bindende for ICJ, men prinsippene er ansett for å gi uttrykk for hva som er de alminnelige rettskildene i folkeretten.¹² For det første nevnes traktater som sentral kilde i ICJ-statuttene. Videre er folkerettslig sedvanerett en anerkjent rettskilde. Med sedvanerett menes statspraksis som følges i den oppfatning (såkalt *opinio juris*) at det er gjeldende rett. For det tredje nevnes alminnelige rettsprinsipper. Med dette menes prinsipper som er utbredt i ulike lands nasjonale rett eller i folkeretten. Det er imidlertid uklart hvor mange stater som må anvende prinsippet før det antas å være et alminnelig rettsprinsipp. Til slutt nevnes rettspraksis og rettslig teori som subsidiære rettskilder i folkeretten.

Som nevnt ovenfor er formålet med avhandlingen å redegjøre for og analysere Domstolens praksis vedrørende konkretiserte generelle tiltak. EMDs praksis vil følgelig være det sentrale temaet i avhandlingen. Avhandlingen søker imidlertid ikke å gi en utømmende analyse av samtlige tilfeller i Domstolens praksis der generelle tiltak blir nevnt. Det er flere årsaker til at dette ville være uhensiktsmessig og unødvendig. For det første fordi EMD i utgangspunktet bruker den samme metoden i alle saker. En analyse av samtlige tilfeller der generelle tiltak blir behandlet er dermed ikke nødvendig for å få fram

⁹ Sinclair, Sir Ian. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. (1984) s. 121.

¹⁰ *Ibid.*, s. 127.

¹¹ *Ibid.*, s. 130.

¹² Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. (2003) s. 5.

et bilde av Domstolens tilnærming til problemstillingen. Dette henger også sammen med at det anses for å være uproblematisk at Domstolen nevner generelle tiltak og statens plikt til å gjennomføre dem i sine avgjørelser. Det er konkretiseringen av de generelle tiltakene som er det problematiske. Av denne grunn er det også hensiktsmessig å avgrense mot avgjørelser fra Domstolen hvor generelle tiltak nevnes, men uten at de konkretiseres. For det andre gjør avhandlingens begrensede omfang det nødvendig å foreta et utvalg av avgjørelser som underlegges en grundigere analyse. Dette gjøres i kapittel 3, hvor det foretas en detaljert analyse av en serie nyere avgjørelser som omhandler statenes forpliktelse til å gjennomføre generelle tiltak.

I tillegg baserer avhandlingen seg på fremstillinger i juridisk litteratur. Avhandlingen baserer seg hovedsakelig på engelskspråklig litteratur. Det vil unntaksvis refereres til enkelte norske og franske kilder.

1.4 Avgrensninger

Oppgaven avgrenses i to hovedretninger. Den avgrenses nedover mot flere undertemaer: For det første mot de øvrige aspektene rundt fullbyrdelsen av avgjørelser. I dette ligger bl.a. spørsmålet om Domstolens adgang til å pålegge statene økonomiske forpliktelser, såkalt "just satisfaction" etter artikkel 41. En annen side ved fullbyrdelsesprosessen som det også må avgrenses mot er Domstolens adgang til å pålegge statene individuelle tiltak, på engelsk "individual measures". For det tredje avgrenses oppgaven "nedad" mot spørsmål som handler om tolkning av konvensjonens materielle rettigheter. I særdeleshet gjelder dette læren om statenes positive forpliktelser, på engelsk "positive obligations".¹³ Hovedfokus for avhandlingen blir etter dette Domstolens adgang til å pålegge statene forpliktelser av ikke-økonomisk og generell karakter.

Den andre hovedavgrensningen som er foretatt er oppover mot de overgripende spørsmålene som dreier seg om konvensjons- og domstolssystemet i sin helhet. Det er for eksempel nødvendig å avgrense delvis mot debatten om Domstolen som en konstitusjonell domstol. Selv om det i oppgavens kapittel 5 redegjøres kort for hva denne debatten går ut

¹³ For mer om dette se Mowbray, Alastair. *The Development of Positive Obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*. (2003).

på, faller det utenfor rammene av avhandlingen å behandle denne tematikken i sin helhet. Det samme gjelder den pågående reformprosessen av Domstolen og alle tiltak som er foreslått for dette formålet. Andre og lignende tema som berøres er de politiske forhold som ligger bak reformønsket i Europarådet. Også dette beskrives relativt kort i kapittel 5. Dette blir gjort for å sette avhandlingens tema og problemstillingen inn i en større kontekst, og er ikke ment som en utfyllende redegjørelse for alle årsaker som kan ligge bak endringen i Domstolens praksis.

1.5 Oppgavens oppbygning

I kapittel 2 redegjøres det for de grunnleggende rettslige og faktiske utgangspunktene som oppgaven bygger på. Blant annet redegjøres det for forholdet mellom Ministerkomiteen og Domstolen ved tilsyn med fullbyrdelsen av avgjørelser etter konvensjonen. I kapittel 3 analyseres en serie nyere avgjørelser fra Domstolen med det formål å vurdere hvorvidt det skjer en endring i praksis rundt spørsmålet om generelle tiltak. I påfølgende kapittel 4 analyseres hvorvidt Domstolen har et tilstrekkelig rettslig grunnlag for sin praksis. I kapittel 5 drøftes strukturelle årsaker som kan ligge bak Domstolens endring av praksis. I kapittel 6 revurderes forholdet mellom Ministerkomiteen og Domstolens tilsyn med fullbyrdelsen av avgjørelser på bakgrunn av avhandlingens funn. Avsluttende kapittel 7 inneholder en oppsummerende konklusjon og en kort vurdering av hvorvidt Domstolens praksis fører til et godt resultat.

2 Rettslige og faktiske utgangspunkter

2.1 Innholdet i plikten til å fullbyrde avgjørelser etter artikkel 46

Innholdet i plikten til å fullbyrde en dom hvor det er funnet krenkelse av konvensjonen og/eller protokollene, reguleres i hovedsak av artikkel 41¹⁴ og 46¹⁵. Artikkel

¹⁴ Artikkel 41 i norsk versjon lyder: ”*Rimelig erstatning. Dersom Domstolen finner at brudd på konvensjonen eller dens protokoller har funnet sted, og dersom vedkommende høye Kontraherende Parts nasjonale lovverk*

41 gir Domstolen hjemmel til å tilkjenne klageren økonomisk erstatning på visse vilkår. Artikkel 46 hjemler en plikt for statene til å rette seg etter Domstolens avgjørelse i enhver sak de er part i. På bakgrunn av artikkel 41 og 46 kan man utlede at det oppstår en forpliktelse for staten til å bringe den krenkende tilstanden til opphør, og å råde bot på eventuelle skader slik at situasjonen forut for krenkelsen så vidt mulig gjenopprettes.¹⁶ Dette kalles også ”*restitutio in integrum*”¹⁷. I tillegg til forpliktelsen om at klageren så vidt mulig skal settes i den posisjon som han var i før krenkelsen, har staten også en forpliktelse til å hindre lignende krenkelser i fremtiden.¹⁸ På bakgrunn av dette kan man dele inn innholdet iplikten til å fullbyrde avgjørelser i tre hovedkategorier¹⁹: i) betale *erstatning*

bare tillater en delvis gjenopprettelse, skal Domstolen om nødvendig tilkjenne den krenkede part rimelig erstatning.”

¹⁵ Artikkel 46 i norsk versjon: ”*Dommers bindende kraft og deres iverksettelse. 1. De høye Kontraherende Parter forplikter seg til å rette seg etter Domstolens endelige dom i enhver sak de er parter i. 2. Domstolens endelige dom skal overleveres Ministerkomiteen, som skal ha tilsyn med fullbyrdelsen av dommen.*”

¹⁶ ”Cessation” og ”reparation” eller ”restitution” utgjør de to hovedforpliktelsene ved brudd på en folkerettslig forpliktelse etter statsansvarslæren. Det kan være vanskelig å skille klart mellom hva som utgjør opphør av krenkende tilstand, og reparasjon av krenkelsen, jfr. Crawford, James. *The ILC’s Articles on State Responsibility*. (2002) på side 197: ”*The result of cessation may be indistinguishable from restitution*”. Likevel er det nødvendig å skille mellom dem. Å avslutte en pågående krenkelse (”cessation”) retter seg mot fremtiden, mens reparasjon/restitusjon retter seg mot fortiden.

¹⁷ Se blant andre Papamichalopoulos m.fl. mot Hellas av 31. oktober 1995, premiss 34.

¹⁸ Det kan hevdes at det rettslige grunnlaget for denne forpliktelsen kan leses direkte ut fra artikkel 46 (1), eller gjennom å innfortolke den ut fra Domstolens praksis og tolkning av artikkel 46(1). Uavhengig av hvilken fremgangsmåte man velger her synes det klart at det foreligger en slik forpliktelse for statene.

¹⁹ Dette skillet er blant annet inntatt i Ministerkomiteens prosedyreregler for tilsynssesjoner for fullbyrdelsen av avgjørelser, ”Rules of procedure of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements”. Sist revidert av Ministerkomiteen 10. mai 2006.

dersom det er tilkjent²⁰, ii) iverksette *individuelle tiltak* for å bringe krenkelsen til opphør²¹ og iii) iverksette *generelle tiltak* for å hindre lignende fremtidige krenkelser²².

Det er den siste kategorien, generelle tiltak, som er avhandlingens tema. Domstolens praksis med å tilkjenne rimelig erstatning og iverksettelsen av individuelle tiltak vil ikke behandles i oppgaven.²³

2.2 Forholdet mellom Ministerkomiteen og Domstolen

2.2.1 Om Ministerkomiteen

Det politiske samarbeidet i Europarådet foregår i Ministerkomiteen som er organisasjonens vedtaksorgan.²⁴ Ministerkomiteen består formelt sett av utenriksministeren i hvert av medlemslandene i Europarådet. I praksis har utenriksministrene delegert sin myndighet til de faste representantene, altså den stedlige ambassadør.²⁵ Det er Ministerkomiteen som har hovedansvaret for å føre tilsyn med fullbyrdelsen av avgjørelser fra Domstolen.²⁶ I 2001 vedtok Ministerkomiteen egne prosedyreregler for tilsynsarbeidet med avgjørelser. Reglene ble revidert i mai 2006. Etter disse endringene er det klart at Ministerkomiteen i spesialsesjon for tilsyn med fullbyrdelsen av avgjørelser undersøker tre spørsmål: *For det første* hvorvidt tilkjent erstatning har blitt utbetalt. *For det andre* hvorvidt individuelle tiltak har blitt iverksatt for å sørge for at krenkelsen opphører og

²⁰ Regel 6 (2) a. "*whether any just satisfaction awarded by the Court has been paid*"

²¹ Regel 6 (2) b i. "*whether individual measures have been taken to ensure that the violation has ceased and that the injured party is put, as far as possible, in the same situation as that party enjoyed prior to the violation*"

²² Regel 6 (2) b ii. "*whether general measures have been adopted, preventing new violations similar to that or those found or putting an end to continuing violations*".

²³ Jfr. avgrensningen i oppgavens innledende del, punkt 1.4.

²⁴ Europarådets vedtekter, artikkel 13 uttrykker det slik: "*The Committee of Ministers is the organ which acts on behalf of the Council of Europe in accordance with Articles 15 and 16.*"

²⁵ Europarådets vedtekter, artikkel 14.

²⁶ Dette er slått fast i artikkel 46 (2): "*2. Domstolens endelige dom skal overleveres Ministerkomiteen, som skal ha tilsyn med fullbyrdelsen av dommen.*"

situasjonen forut for krenkelsen så vidt mulig gjenopprettes. *For det tredje* hvorvidt generelle tiltak har blitt iverksatt eller vedtatt for å forhindre nye og lignende krenkelser i fremtiden.

Når Ministerkomiteen finner at staten har foretatt de nødvendige tiltak for å fullbyrde avgjørelser, vedtar den en "Final Resolution" hvor den uttaler at dens funksjon er fullført.²⁷ Dersom staten ikke foretar alle nødvendige tiltak, kan Ministerkomiteen vedta "Interim Resolutions" for å legge press på statene.²⁸ I tillegg til dette virkemiddelet kan Ministerkomiteen true med suspensjon og eksklusjon fra Europarådet etter vedtektenes artikkel 8.²⁹ Disse tiltakene vil imidlertid kun være aktuelle i helt ekstreme tilfeller.³⁰

2.2.2 Om Domstolen

Den europeiske menneskerettsdomstolen er opprettet i medhold av EMK artikkel 19. Domstolen og konvensjonssystemet i sin helhet ble vesentlig endret da tilleggsprotokoll 11 trådte i kraft 1. november 1998. De viktigste endringene var at Den europeiske menneskerettighetskommisjonen ble nedlagt, og at Domstolen ble gjort permanent og fikk

²⁷ Ministerkomiteens prosedyreregler, regel 17: "*Final resolution. After having established that the High Contracting Party concerned has taken all the necessary measures to abide by the judgment or that the terms of the friendly settlement have been executed, the Committee of Ministers shall adopt a resolution concluding that its functions under Article 46, paragraph 2 (...) of the Convention have been exercised.*"

²⁸ Ministerkomiteens prosedyreregler, regel 16: "*Interim resolutions. In the course of its supervision of the execution of a judgment or of the terms of a friendly settlement, the Committee of Ministers may adopt interim resolutions, notably in order to provide information on the state of progress of the execution or, where appropriate, to express concern and/or to make suggestions with respect to the execution.*"

²⁹ Europarådets vedtekter, artikkel 8: "*Any member of the Council of Europe which has seriously violated Article 3 may be suspended from its rights of representation and requested by the Committee of Ministers to withdraw under Article 7. If such member does not comply with this request, the Committee may decide that it has ceased to be a member of the Council as from such date as the Committee may determine.*"

³⁰ Tiltaket har hittil ikke blitt tatt i bruk. Det ble indirekte truet med å ta i bruk artikkel 8 i forbindelse med fullbyrdelsen av Loizidou mot Tyrkia av 18. desember 1996, hvor Ministerkomiteen i en interimresolusjon av 26. juni 2001 uttalte at komiteen "*declares [its] resolve to ensure, with all means available to the Organisation, Turkey's compliance with its obligations under the judgment.*" Selv her ble det altså ikke eksplisitt referert til artikkel 8 i vedtektene.

kompetanse til å behandle saker i komiteer, kamre og storkammer.³¹ Domstolen har kompetanse til å vurdere sakens fakta, avvise saker som fremmes, bidra til inngåelse av forlik og endelig avsi dom.³² Domstolens hovedoppgave er å sikre at de forpliktelser statene har påtatt seg etter konvensjonen og dens protokoller blir overholdt, jfr. artikkel 19 i EMK.³³ Domstolen har formelt ingen rolle i tilsynet med fullbyrdelsen av avgjørelser. Bakgrunnen for dette var et ønske om å skille ut tilsynsoppgaven til et eget organ, nemlig Ministerkomiteen.³⁴

2.2.3 Om Ministerkomiteens spesialsesjon for tilsyn med fullbyrdelsen av avgjørelser fra EMD

Når en avgjørelse fra Domstolen er blitt endelig etter vilkårene i artikkel 44, oversendes den til Europarådets sekretariat, som fører saken opp på agendaen til neste møte i Ministerkomiteens spesialsesjon for tilsyn med fullbyrdelsen av avgjørelser. Ministerkomiteen møtes i dette spesialformatet fire ganger i året i møter som varer i to til tre dager. Det er kun enkelte saker av særlig betydning som behandles i plenum på selve møtet. Vilkårene for hvilke saker som blir gjenstand for slik behandling er i korthet følgende³⁵: At klagerens situasjon gir grunn til å føre særlig tilsyn med fullbyrdelsen, at avgjørelsen avviker fra tidligere rettpraksis, at avgjørelsen avslører et potensielt strukturelt problem, at det er en sak mellom to stater, at det er uenighet mellom sekretariatet og staten om hvilke tiltak som må iverksettes, at det foreligger vesentlig forsinkelse ved fullbyrdelsen eller dersom en stat eller sekretariatet ber om det.

³¹ Van Dijk et al. *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*. (2006) s. 36.

³² Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. (2003) s. 378.

³³ Artikkel 19: ”Opprettelse av Domstolen. For å sikre at de forpliktelser de høye Kontraherende Parter har påtatt seg i konvensjonen og dens protokoller blir overholdt, skal det opprettes en europeisk menneskerettsdomstol, i det følgende kalt ”Domstolen”. Den skal fungere på permanent basis.”

³⁴ Van Dijk et al., *op. cit.*, s. 35.

³⁵ Vilkårene er inntatt i et informasjonsdokument fra Europarådet: ”Human Rights Working Methods – improved effectiveness of the Committee of Ministers’ supervision of execution of judgments” CM/Inf(2004)8 Final 7 April 2004. Se Appendix I.

Flesteparten av avgjørelsene og vedtakene som blir fattet skjer imidlertid ved skriftlig prosedyre i en bilateral prosess mellom staten og Ministerkomiteen representert ved sekretariatet. Det er sekretariatsavdelingen i Europarådet som kalles "Department of Execution of Judgments" som i hovedsak har ansvaret for denne prosessen. Sakene blir behandlet med et halvt års mellomrom helt til Ministerkomiteen anser at staten har foretatt tilstrekkelige tiltak for å rette opp i krenkelsen og forhindre at lignende krenkelser skjer i fremtiden. Som nevnt ovenfor vedtar Ministerkomiteen da en "final resolution" hvor den uttaler at dens tilsynsfunksjon etter artikkel 46 (2) ansees oppfylt.

Antallet saker som skal behandles i Ministerkomiteens spesialsesjon øker i takt med antallet saker som kommer inn til og blir behandlet av Domstolen. I februar 1992 var det 24 saker som var under tilsyn av Ministerkomiteen. I 2001 hadde antallet økt til 2300 saker. Det siste oppdaterte antallet saker er fra april 2009 og er på hele 7812 saker.³⁶ Dette høye antallet av saker som skal behandles utgjør åpenbart en utfordring for tilsynsprosessen og Ministerkomiteen.

2.3 Domstolens tradisjonelle forståelse av artikkel 46

Det har vært utgangspunktet og hovedregelen i Domstolens praksis at den ved brudd på konvensjonen avsier dom om krenkelse og tilkjenner klageren erstatning dersom vilkårene for dette er oppfylt. Domstolen uttaler seg ikke om innholdet i de individuelle og generelle tiltakene som staten må gjennomføre for å fullbyrde dommen. Det overlates til staten i samarbeid med Ministerkomiteen å foreslå, iverksette og gjennomføre disse. Domstolen har ved en rekke anledninger presisert at den ikke er kompetent til å pålegge statene slike konkrete forpliktelser. Et eksempel på dette er i avgjørelsen *Marckx mot Belgia* hvor Domstolen uttaler at dens avgjørelser er "*essentially declaratory in nature, and leave to the state concerned the choice of the means to be used in its domestic legal system for performance of its obligation*".³⁷

³⁶ Fullstendig liste over alle avgjørelsene det føres tilsyn med:

http://www.coe.int/t/e/human_rights/execution/Pending%20Cases_simplifiedGlobalDatabase_april_2009.xls

(Listen oppdateres etter hvert møte og er tilgjengelig via Europarådets hjemmeside www.coe.int.)

³⁷ *Marckx mot Belgia* av 13. juni 1979 premiss 58.

Som en naturlig forlengelse av dette perspektivet har Domstolen også gjentatte ganger avvist anmodninger fra statene om å uttale seg om spesifikke tiltak i sine avgjørelser.³⁸ Domstolen har også ved flere anledninger uttalt at den ikke har kompetanse til å kreve endring av nasjonal lovgivning i saker hvor det har blitt anført at nasjonal lov er i strid med konvensjonen. Dette skjedde bl.a. i sakene *F. mot Sveits* av 18. desember 1987³⁹, *Belilos mot Sveits* av 29. april 1988⁴⁰, og *Pauwels mot Belgia* av 26. mai 1988⁴¹. Domstolen har også uttalt at den ikke har kompetanse til å finne at nasjonal lovgivning ikke er tilfredsstillende. Eksempler fra rettspraksis hvor dette er tilfellet er i avgjørelsene *W. mot Storbritannia* av 9. juni 1988⁴² og *O. mot Storbritannia* av 9. juni 1988⁴³. I saken *B. mot Storbritannia* av 9. juni 1988 kom Domstolen til at den ikke kunne pålegge staten å utstede

³⁸ Le Compte, Van Leuven og De Meyere mot Belgia av 18. oktober 1982 premiss 13 hvor Domstolen nektet å pålegge staten å annullere straffe- og disiplinæranksjoner; Campbell og Cosans mot Storbritannia av 23. mars 1983 premiss 16 hvor Domstolen nektet å etterkomme klagerens anmodning om å pålegge staten å sikre at hennes sønn ikke ville bli utsatt for fysisk avstraffelse på offentlig skole i Storbritannia; Akdivar m.fl. mot Tyrkia av 1. april 1998 premiss 45-47 hvor Domstolen nektet å etterkomme klagerens krav om å pålegge staten blant annet å fjerne ethvert hinder for deres retur til sine eiendommer; Ulku Ekinci mot Tyrkia av 16. juli 2002 premiss 176-179 hvor Domstolen nektet å pålegge staten å iverksette etterforskning om drapet på klagerens ektemann. Andre eksempler er Dudgeon mot Storbritannia av 24. februar 1983 premiss 15, Demicoli mot Malta av 27. august 1991 premiss 45, Zhangí mot Italia av 19. februar 1991 premiss 26, Yagci og Sargin mot Tyrkia av 23. mai 1995 premiss 79-81, Guerra m.fl. mot Italia av 19. februar 1998 premiss 71-74, Selcuk og Asker mot Tyrkia av 24. april 1998 premiss 123-125, Mentis m.fl. mot Tyrkia av 24. juli 1998 premiss 22-24, Orhan mot Tyrkia av 18. juni 2002 premiss 450-451, Finucane mot Storbritannia av 1. juli 2003 premiss 86-90, Yöyler mot Tyrkia av 24. juli 2003 premiss 122-124, B.B mot Storbritannia av 10. februar 2004 premiss 31 og 37 og Hirst mot Storbritannia av 6. oktober 2005 (Nr. 2) premiss 83.

³⁹ Se særlig premiss 42-43.

⁴⁰ Se særlig premiss 78.

⁴¹ Se særlig premiss 41.

⁴² Se særlig premiss 13.

⁴³ Se særlig premiss 15: “*The applicant also sought a finding by the Court to the effect that the current child-care law in England and Wales was still not satisfactory in certain respects.*”

en erklæring til klageren om at hvordan myndighetene ville sikre at nasjonal lovgivning ikke krenket konvensjonen.⁴⁴

2.4 Domstolens arbeidsbelastning

I de siste ti årene har Domstolen mottatt stadig flere saker, og antallet har økt dramatisk fra år til år. Den har store problemer med å holde tritt i sin behandling av sakene. Gjennomsnittstiden fra en klage blir registrert hos domstolssekretariatet til en realitetsavgjørelse blir avsagt av Domstolen var i 2006 på ca. 5 år.⁴⁵ Antall saker som ligger til behandling for Domstolen var per januar 2008 ca. 103.000.⁴⁶ Domstolssekretariatet operer med et lavere antall, ca. 90.000 klager, men dette er saker som er henvist til et kammer for behandling.⁴⁷ I 2008 alene kom det inn ca. 50.000 klager til Domstolen.⁴⁸ De dystre utsiktene for Domstolens arbeidsbyrde er også reflektert i en ekspertrapport fra 2005 utarbeidet i forbindelse med reformprosessen. I denne rapporten ble det antatt at antallet innkomne klager i kø for behandling av Domstolen kunne nå

⁴⁴ I premiss 17: *“The applicant also sought a declaration by the Government as to how they intended to ensure that United Kingdom law as it related to child care would not infringe the rights guaranteed by the Convention. The Court notes that its judgments leave to the State concerned the choice of the means to be used in its domestic legal system to give effect to its obligation under Article 53.”*

⁴⁵ Greer, Steven. *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects.* (2006) s. 36. (Et nyere anslag for gjennomsnittstiden for behandlingen en klage har forfatteren ikke funnet.)

⁴⁶ President i Domstolen, Jean-Paul Costa, brukte dette tallet i en tale 25. januar 2008 ved åpningen av rettsåret 2008. Talen er tilgjengelig på:

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court/Events+at+the+Court/Opening+of+the+judicial+year/>

⁴⁷ Leder for Domstolssekretariatet, Erik Fribergh, brukte dette tallet i sitt innlegg på et arbeidsmøte om Domstolens utfordringer og fremtid i Stockholm 9.-10. juni 2008, arrangert av det daværende svenske formannskapet i Ministerkomiteen. Tilgjengelig på: http://www.coe.int/t/E/Human_Rights/h-inf_2008_11.pdf

⁴⁸ Tallet er hentet fra talen til nåværende president i Domstolen, Jean-Paul Costa, ved åpning av rettsåret 2009 i Strasbourg, 30. januar 2009. Tilgjengelig på: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/241F38A0-1469-4737-B319-F6632E755E3C/0/30012009PresidentCostaHearing_eng_.pdf

250.000 innen år 2010.⁴⁹ Som påpekt ovenfor har den økende arbeidsbyrden for Domstolen også innvirkning på Ministerkomiteens arbeid.⁵⁰ Uavhengig av hvilket av disse tallene man tar utgangspunkt i, er det åpenbart at denne tilstrømningen utgjør en stor utfordring for Domstolen og Europarådets medlemsland. For å imøtekomme denne utfordringen har Europarådet foreslått og iverksatt en rekke prosedyrer og tiltak. Av de viktigste blant disse er tilleggsprotokoll 14 som består av en serie reformtiltak som til sammen er ment å øke kapasiteten og effektiviteten til Domstolen betraktelig.⁵¹ Selv om protokollen ble vedtatt i 2004 har den imidlertid fortsatt til gode å tre i kraft. De ovennevnte forholdene inngår i bakteppet for avhandlingens problemstilling, og i kapittel 5 søkes det belyst på hvilken måte disse forholdene kan sies å ha en innvirkning på utviklingen av Domstolens praksis.

2.5 Konklusjon

Statene har en forpliktelse til å foreta generelle tiltak for å forhindre lignende krenkelser eller brudd på konvensjonen i fremtiden. Ministerkomiteen fører tilsyn med at tiltakene som statene iverksetter for dette formål er i tråd med konvensjonen og konklusjonene i avgjørelsen. Domstolen er i utgangspunktet ikke blitt tildelt kompetanse til å pålegge stater konkrete, generelle tiltak. Tradisjonelt sett har Domstolen heller ikke uttalt seg om dette i sine avgjørelser. I det følgende stilles spørsmål ved om det siste premisset i denne konklusjonen fortsatt er gjeldende.

⁴⁹ Woolf, Lord. *Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights*. Europarådet (2005), s. 4. Tilgjengelig på: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/40C335A9-F951-401F-9FC2-241CDB8A9D9A/0/LORDWOOLFREVIEWONWORKINGMETHODS.pdf>

⁵⁰ Se punkt 2.2.3.

⁵¹ Ifølge vispersongruppens rapport vil implementering av protokollen kunne innebære en økning i produktiviteten til Domstolen på 20-25 %. Avsnitt 32 i rapporten: "According to estimates produced within the Court, the increase in productivity resulting from the implementation of this protocol might be between 20 and 25 %." Rapporten er tilgjengelig på:

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Other+reports/>

3 Analyse av nyere rettspraksis – kategorisert etter grad av avvik fra det tradisjonelle utgangspunktet

3.1 Formålet med og hovedkriterier for analysen

I denne delen av avhandlingen foretas det en detaljert analyse av en serie avgjørelser fra Domstolen om dens praksis vedrørende artikkel 46 og ”generelle tiltak”.

Formålet med analysen er å undersøke om og i så fall på hvilken måte Domstolen er i ferd med å forlate det tradisjonelle utgangspunktet som beskrevet tidligere. Særlig undersøkes det om Domstolen gjør noe mer eller annet enn å konstatere krenkelse av konvensjonen i disse avgjørelsene. For å vurdere dette anvendes Domstolens egen praksis og uttalelser i avgjørelser. Temaet for analysen blir i hvilken grad Domstolen gir uttrykk for at det foreligger en plikt for statene til å gjennomføre konkrete, generelle tiltak i sine avgjørelser, og hvor langt Domstolen går i å pålegge statene konkretiserte generelle tiltak som må iverksettes på grunn av en dom.

For å foreta denne nærmere analysen er det anlagt en systematikk basert på følgende tre hovedkriterier: hvorvidt oppfordringen om å iverksette generelle tiltak er inntatt i domsslutningene eller ikke; i hvilken grad Domstolen konkretiserer de generelle tiltakene den mener er nødvendig; og hvordan Domstolen formulerer oppfordringen om å gjennomføre generelle tiltak.

De tre hovedkriteriene er valgt for å kunne belyse temaet på en systematisk måte. Det er imidlertid også klart at relevansen og betydningen av kriteriene gjenspeiles i enkelte av dommernes dissenterende votum.⁵²

Det første kriteriet, domsslutningene, er betegnelsen på den punktwise oppsummeringen som kommer til sist i domstolens avgjørelser. I disse slutningene uttaler Domstolen hva den har kommet til og med hvor mange stemmer.

⁵² Jfr. behandling av dette nedenfor.

Domstolen selv omtaler domsslutningene som "the operative part of the judgment".⁵³ Alt som kommer før domsslutningene, er domspremissene. Domspremissene består som regel av redegjørelse for faktum i saken, saksgangen, partenes anførsler og Domstolens vurdering. De utgjør altså en begrunnelse for hvorfor Domstolen har falt ned på resultatet som den har oppstilt i domsslutningene. Det er ut fra domspremissene man vil kunne avgjøre hvorvidt Domstolens avgjørelse er prinsipielt eller konkret begrunnet.⁵⁴ Det er likevel bare domsslutningene som formelt har bindende virkning.⁵⁵ Det er også formelt sett domsslutningene som danner utgangspunktet for hva statene må forholde seg til når de skal fullbyrde en avgjørelse.⁵⁶

Det andre kriteriet for å vurdere hvorvidt Domstolen pålegger statene en plikt til å gjennomføre konkrete tiltak, er i hvilken grad Domstolen konkretiserer de generelle tiltakene i avgjørelsen slik at staten ikke lenger har en reell valgfrihet når det gjelder *hvilke tiltak* som skal gjennomføres. Utgangspunktet er at statene står fritt til å velge hvilke midler de vil benytte for å fullbyrde en avgjørelse.⁵⁷ Hvorvidt denne friheten er reell er blant annet avhengig av om Domstolen oppstiller konkrete tiltak i avgjørelsene. Det må ansees relativt uproblematisk at Domstolen oppstiller en plikt til å foreta generelle tiltak uten å spesifisere nøyaktig hvilke. Dette kan ansees som en generell påminnelse om forpliktelsen staten har til å gjennomføre "general measures" slik Domstolen tolker artikkel 46 (1). Dersom

⁵³ Se f.eks. Ringeisen mot Østerrike av 22. juni 1972, premiss 2; Martinie mot Frankrike av 12. april 2006, premiss 53; I. mot Storbritannia av 11. juli 2002, særvotum fra dommer Fischbach og Türmen; Christine Goodwin mot Storbritannia av 11. juli 2002, særvotum fra dommer Fischbach og Türmen; Broniowski mot Polen av 22. juni 2004, særvotum fra dommer Zupancic; og Hutten-Czapska mot Polen av 19. juni 2006, i særvotumet til avgjørelsen: "...as regards the indications given to the Government, as set out in points 3 and 4 of the operative provisions."

⁵⁴ Merrills, J.G. *The development of international law by the European Court of Human Rights*. (1993) s. 27.

⁵⁵ Callewaert, Johan. *The Judgments of the Court: Background and Content. I: The European system for the protection of human rights*. Red: Macdonald, Matscher og Petzold. (1993), side 729.

⁵⁶ Mahoney, Paul og Søren Prebensen. *The European Court of Human Rights. I: The European system for the protection of human rights*. Red: Macdonald, Matscher og Petzold. (1993) s. 634.

⁵⁷ Scozzari og Giuntu mot Italia av 13. juli 2000, premiss 249: "...the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment."

Domstolen derimot uttaler for eksempel at endring av nasjonal lovgivning er det eneste alternativet for staten, så har staten ikke lenger frihet i valget av måter å fullbyrde avgjørelsen på. Derfor er også dette en relevant faktor for å vurdere i hvilken grad Domstolen gir uttrykk for at det påhviler statene en plikt til å foreta konkretiserte generelle tiltak.

Det tredje kriteriet er hvordan Domstolen formulerer seg når den behandler artikkel 46 i avgjørelsene. Domstolens formuleringer til plikten om å iverksette generelle tiltak varierer fra det lite forpliktende (*"the Court encourages"*, *"the State should"* og *"the Court indicates"*) til det mer forpliktende (*"the State must"* eller *"this clearly requires"*). Hvordan Domstolen ordlegger seg har betydning for i hvilken grad man kan si at det oppstår en plikt til å foreta seg konkrete tiltak for staten eller ikke.⁵⁸

De tre kriteriene blir i det følgende ikke skjematisk anvendt på samtlige avgjørelser i utvalget, men vil skjønnsmessig brukes på avgjørelsene der de kan bidra til å belyse analysens tema.

3.2 Utvalget og kategoriseringen

Oppgaven tar i det følgende for seg en serie avgjørelser fra Domstolen hvor den behandler spørsmål knyttet til generelle tiltak. Alle avgjørelsene er nivå 1-avgjørelser. Dette er avgjørelser som ifølge Domstolens klassifiseringssystem bidrar på en vesentlig måte til utviklingen eller tolkingen av konvensjonen.⁵⁹ Avgjørelsene er funnet ved å foreta søk i Domstolens rettskildedatabase HUDOC.⁶⁰ Dommene som anvendes i det følgende er

⁵⁸ Dersom Domstolen uttrykker seg med lite forpliktende ord og uttrykk, kan det tolkes som om den kun oppfordrer staten til å foreta generelle tiltak eller vil peke på mulige alternativer. Dette er mindre problematisk enn dersom Domstolen bruker uttrykk som i en naturlig ordbruk er tvingende eller ufravikelige, som eksempelvis *"the State must"*. I slike tilfeller er det nærliggende å tolke Domstolen dit hen at det oppstilles en ufravikelig forpliktelse om å gjennomføre konkrete tiltak.

⁵⁹ Domstolens klassifiseringssystem med nivå 1, 2 og 3 er forklart på Domstolens søkeside og database for avgjørelser, HUDOC. Tilgjengelig via www.echr.coe.int.

⁶⁰ Søk i HUDOC med nøkkelordene *"measures of a general character"* på nivå 1-avgjørelser (både franske og engelske), gir 16 relevante avgjørelser. Disse er: Scozzari og Giunta mot Italia (13. juli 2000), Broniowski

de avgjørelsene i utvalget som i størst grad bidrar til å belyse avhandlingens tema og problemstilling. Det vil kort redegjøres for faktum i sakene og hvilket resultat Domstolen kom til. Hovedfokus for analysen er imidlertid et annet, nemlig hva Domstolen uttaler om artikkel 46 og plikten til å gjennomføre generelle tiltak.

Avgjørelsene er delt inn i 5 kategorier ut i fra deres grad av forpliktelse og konkretisering. Rekkefølgen kategoriene presenteres i går fra *minst* konkrete og bindende avgjørelse i kategori 1, til de *mest* konkrete og bindende avgjørelsene i kategori 5. Avgjørelsene blir altså ikke presentert i kronologisk rekkefølge. Dette er fordi hovedformålet med analysen ikke er å vise hvorvidt det skjer en utvikling i en bestemt retning. Det gjøres imidlertid et poeng av den kronologiske utviklingen etter hovedanalysen.

3.3 Det tradisjonelle utgangspunktet og analyse av graden av avvik

3.3.1 Kategori 1 – det tradisjonelle utgangspunktet⁶¹

I *Scozzari og Giuntu mot Italia*⁶² dreide det seg om omsorgsretten til klagerens barn, og Domstolen fant at artikkel 8 (retten til privatliv og familieliv) var krenket. Vedrørende artikkel 46 og ”general measures” omtalte Domstolen dette på en generell måte

mot Polen (22. juni 2004), Lukenda mot Slovenia (6. oktober 2005), Xenides-Arestis mot Tyrkia (22. desember 2005), Scordino mot Italia (29. mars 2006), Hutten-Czapska mot Polen (19. juni 2006), Sylla, Salah og Baybasin mot Nederland (6. juli 2006), Hasan og Eylem Zengin mot Tyrkia (9. oktober 2007), D.H m.fl mot Tsjekkia (13. november 2007), Urbarska obec Trencianske Biskupice mot Slovakia (27. november 2007), Martins Castro og Alves Correia de Castro mot Portugal (10. juni 2008), Viasu mot Romania (9. desember 2008), Faimblat mot Romania (13. januar 2009), Burdov mot Russland (15. januar 2009). Når det i avhandlingen refereres til ”avgjørelsene i utvalget” eller ”utvalget”, er det disse 16 det henvises til.

⁶¹ Avgjørelsen i første kategori er bare ment som et eksempel på det tradisjonelle utgangspunktet. Domstolen har gjentatt formuleringen i *Scozzari og Giuntu* ved flere anledninger, se for eksempel i *Sejdovic mot Italia* av 1. mars 2006 i premiss 119; *Conka mot Belgia* av 5. februar 2002 premiss 89; *Haase mot Tyskland* av 8. april 2004 i premiss 115 i.f.; *Cocchiarella mot Italia* av 29. mars 2006 premiss 129; *Riccardi Pizzati mot Italia* av 29. mars 2006 i premiss 126; *Musci mot Italia* av 29. mars 2006 i premiss 129; *Jäggi mot Sveits* av 13. juli 2006 i premiss 60; og *Andrejeva mot Latvia* av 18. februar 2009 i premiss 110.

⁶² Avsagt 13. juli 2000.

uten at det ble knyttet opp til den konkrete saken eller konkrete tiltak. Domstolen uttalte at når den finner en krenkelse, oppstår en plikt for staten til ikke bare å betale erstatning, men også å velge generelle tiltak som må vedtas for å fjerne krenkelsen:

”The Court points out that by Article 46 of the Convention the High Contracting Parties undertook to abide by the final judgments of the Court in any case to which they were parties, execution being supervised by the Committee of Ministers. It follows, inter alia, that a judgment in which the Court finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress as far as possible the effects. Furthermore, subject to monitoring by the Committee of Ministers, *the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention*, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court’s judgment.”⁶³

Verken i avgjørelsens premiss eller domsslutninger sier Domstolen noe om hva slags tiltak Italia må iverksette. Domstolen gir i denne avgjørelsen uttrykk for det tradisjonelle utgangspunktet for synet på artikkel 46 og tolkingen av den. Denne avgjørelsen blir dermed den minst forpliktende og minst konkrete av avgjørelsene i utvalget.

3.3.2 Kategori 2 – antydning til ny forståelse av artikkel 46

I kategori 2 tar Domstolen et skritt bort fra det tradisjonelle utgangspunktet. Felles for avgjørelsene i denne kategorien er at Domstolen uttaler et behov for å iverksette generelle tiltak, og til en viss grad konkretiserer eller indikerer hva de generelle tiltakene bør eller kan innebære. Det er to avgjørelser i denne kategorien. Den ene er *Ubarska obec*

⁶³ Premiss 249. Min utheving.

*Trencianske Biskupice mot Slovakia*⁶⁴, og den andre er *Martins Castro og Alves Correia de Castro mot Portugal*⁶⁵.

Den første saken, *Ubarska obec Trencianske Biskupice mot Slovakia*, handlet om en tomteforening som hadde blitt tvunget til å leie ut tomtene sine til en urimelig lav pris, og deretter tvunget til å overføre eiendomsretten til utleierne sine. Det ble anført krenkelse av artikkel 1 i første tilleggsprotokoll (eiendomsretten). Domstolen fant at det hadde skjedd krenkelse i saken. Om artikkel 46 uttaler Domstolen i premissene at generelle tiltak på nasjonalt nivå ”fremstår som ønskelig”:

”Having regard to the systemic situation which it has identified, the Court is of the opinion that *general measures at national level appear desirable* in the execution of the present judgment in order to ensure the effective protection of the right to property in accordance with the guarantees set forth in Article 1 of Protocol No.1.”⁶⁶

Ifølge Domstolen innebærer dette at staten må fjerne alle hindringer for at eiendommene skal kunne leies ut og overdras til markedspris. Dette uttales i samme premiss 150:

”Firstly, the respondent State should remove all obstacles to the letting of land in allotments on rental terms which take account of the actual value of the land and current market conditions in the area concerned. Secondly, the respondent State should remove all obstacles to the award of compensation for the transfer of ownership of such land, the amount of which bears a reasonable relation to the market value of the property as of the date of transfer.”⁶⁷

I denne avgjørelsen bruker Domstolen uttrykk som ”fjerne alle hindringer” og ”fremstår som ønskelig”. Dette er noe annet og et skritt bort fra det tradisjonelle utgangspunktet slik det kommer til uttrykk i blant annet saken som det er vist til ovenfor. Domstolen kommer med hentydninger i generelle vendinger om hvordan staten må eller

⁶⁴ Avsagt 27. november 2007.

⁶⁵ Avsagt 10. juni 2008.

⁶⁶ Premiss 150. Min uthevning.

⁶⁷ Ibid.

kan gå frem for å innrette seg etter avgjørelsen. Disse oppfordringene om å fjerne alle hindringer er imidlertid ikke inntatt i domsslutningene i avgjørelsen, og dommen er blant de mindre forpliktende og lite konkrete i utvalget.

Den andre avgjørelsen, *Martins Castro og Alves Correia de Castro mot Portugal*, er sammenlignbar med den foregående på flere måter. Saken handlet om de to klagernes ønske om å kaste ut sine leieboere. Tvangsutkastelsesprosessen hadde pågått over lang tid, og det ble anført krenkelse av artikkel 6 (retten til rettferdig rettergang) og artikkel 13 (retten til effektivt rettsmiddel) for Domstolen. Domstolen fant krenkelse av begge artikler. Når det gjaldt generelle tiltak uttaler Domstolen her i likhet med i den foregående saken, at ”alle nødvendige tiltak” må foretas slik at nasjonale avgjørelser er i tråd med Domstolens rettspraksis.⁶⁸ Denne oppfordringen er imidlertid ikke ytterligere konkretisert og heller ikke inntatt i Domstolens slutninger. Denne avgjørelsen har dermed en ganske lite forpliktende og konkret karakter i likhet med *Ubarska obec Trencianske Biskupice mot Slovakia*.

3.3.3 Kategori 3 – konkrete, generelle tiltak foreslås i domspremissene

Avgjørelsene i kategori 3 har til felles at Domstolen konkretiserer de generelle tiltakene som må iverksettes i større grad enn i de to foregående kategoriene. Det som gjør at disse avgjørelsene likevel plasseres i mellomsjiktet, er at tiltakene som konkretiseres bare blir omtalt i premissene i avgjørelsene og inntas ikke i domsslutningene.

Den første saken, *Hasan og Eylem Zengin mot Tyrkia*⁶⁹, handlet om avslag på klagerens søknad om å bli fritatt fra religionsundervisning. Klagerne tilhørte en minoritetsreligion i Tyrkia. For Domstolen ble det blant annet anført krenkelse av artikkel 2 i første tilleggsprotokoll (rett til utdanning) 2. setning: ”Funksjoner staten påtar seg i utdanning og undervisning, skal den utøve med respekt for foreldres rett til å sikre slik

⁶⁸ Avgjørelsen foreligger kun på fransk. Det relevante innholdet i premiss 66: ”(...)la Cour attire son attention sur les conditions indiquées ci-dessus pour que le recours en cause soit ”effectif”. Elle invite l’État défendeur et tout ses organes, y compris les agents du ministère public, dont le rôle est extrêmement important en la matière, à prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que les décisions nationales soient conformes à la jurisprudence de la Cour.” Et sammendrag av avgjørelsen på norsk er tilgjengelig på lovdata.no.

⁶⁹ Avgjørelse av 9. oktober 2007.

utdanning og undervisning i samsvar med deres egen religiøse og filosofiske overbevisning.” Domstolen fant at det hadde skjedd krenkelse i saken. Om generelle tiltak uttaler Domstolen i premiss 84 i.f. at den finner at staten må sørge for at utdanningssystemet og nasjonal lovgivning er i samsvar med konvensjonens krav:

”In consequence, the Court considers that bringing the Turkish educational system and domestic legislation into conformity with the above-cited provision of the Convention would represent an appropriate form of compensation which would make it possible to end the violation found.”⁷⁰

Denne oppfordringen og dette tiltaket er mer konkret enn de foregående avgjørelsene i kategori 1 og 2. Det som gjør at denne avgjørelsen ikke er plassert i kategori 4 eller 5, er at Domstolen ikke benytter seg av formuleringer som ”must” e.l., men snarere fremhever at forslaget ville være en passende måte å rette seg etter avgjørelsen på. Det kan følgelig ikke utledes av det Domstolen uttaler at det er den eneste måten å rette seg etter avgjørelse på. Domstolen overlater på denne måten en viss grad av valgfrihet for staten.

Den andre saken, *Viasu mot Romania*⁷¹, dreide seg om et landområde i Romania som klagerne ble tvunget til å avstå til myndighetene på 60-tallet. Etter at det kommunistiske regimet falt i 1989 søkte klageren om å få restituert landområdet. Det gikk flere år uten at klageren fikk verken restitusjon eller kompensasjon. Domstolen fant på dette grunnlag at det hadde skjedd krenkelse av artikkel 1 i første tilleggsprotokoll (eiendomsretten). Domstolen kommenterte i avgjørelsen at over hundre lignende saker vedrørende de rumenske restitusjonslovene lå til behandling for Domstolen, og at generelle tiltak derfor måtte gjennomføres. Domstolen kom derfor til at myndighetene enten måtte fjerne enhver hindring for at utøvelsen av retten etter konvensjonen var effektiv, eller tilby en passende erstatning.⁷² Staten får altså i denne avgjørelsen to ulike alternative måter å

⁷⁰ Premiss 84 i.f.

⁷¹ Avsagt 9. desember 2008.

⁷² Avgjørelsen foreligger kun på fransk. Det relevante i premiss 83: ”(...) Elle considère que l’État défendeur doit, avant tout, soit supprimer tout obstacle s’opposant à l’exercice effectif du droit des nombreuses personnes touchés par la situation jugée par elle contraire à la Convention, comme c’est le cas du requérant,

fullbyrde dommen på. Domstolen går i denne avgjørelsen også konkret til verks og foreslår at restitusjonsmekanismen i rumensk lovgivning endres, og at det blir iverksatt nye prosedyrer.⁷³ Selv om dette er konkrete forslag til tiltak er avgjørelsen likevel ikke en av de mest forpliktende i utvalget. Det er fordi Domstolen inntar oppfordringen som et eksempel på hva som kan gjøres for å fullbyrde dommen. Den sier ikke at tiltakene slik de blir foreslått *må* iverksettes.

Det er flere av avgjørelsene i utvalget som ligner på de to avgjørelsene i kategori 3. Det er ikke nødvendig å redegjøre utfyllende for samtlige. Avgjørelsene er *Scordino mot Italia*⁷⁴, *Faimblat mot Romania*⁷⁵, *Sylla, Salah og Baybasin mot Nederland*⁷⁶. I likhet med de øvrige avgjørelsene i denne kategorien angir Domstolen her konkretiserte generelle tiltak som må iverksettes for å fullbyrde avgjørelsen, men uten at dette inntas i domsslutningene.

3.3.4 Kategori 4 – konkrete tiltak tas inn i domsslutningene

I avgjørelsene i kategori 4 tar Domstolen inn oppfordringen om å foreta generelle tiltak i domsslutningene, og det blir dermed en del av ”the operative part of the judgment”. Avgjørelsene i denne kategorien er *Broniowski mot Polen*⁷⁷ og *Hutten-Czapska mot Polen*.⁷⁸

ou à défaut, offrir un redressement approprié.” Et sammendrag av avgjørelsen på norsk er tilgjengelig på lovdata.no.

⁷³ Premiss 83 i.f.: ”*Ces objectifs pourraient être atteints, par exemple, par l’amendement du mécanisme de restitution actuel, dont la Cour a relevé certaines faiblesses, et la mise en place d’urgence de procédures simplifiées et efficaces, fondées sur des mesures législatives et réglementaires cohérentes, qui puissent ménager un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu.*”

⁷⁴ Avsagt 29. mars 2006.

⁷⁵ Avsagt 13. januar 2009.

⁷⁶ Tre tilnærmet identiske avgjørelser avsagt mot samme stat på samme dato, 6. juli 2006, saksnr. 14683/03 (Sylla), 8196/02 (Salah) og 13600/02 (Baybasin).

⁷⁷ Avsagt 22. juni 2004.

⁷⁸ Avsagt 19. juni 2006.

I avgjørelsen *Broniowski mot Polen* tok Domstolen i bruk pilotdomprosedyren⁷⁹ for første gang. Saken dreide seg om en kompensasjonsordning for polske statsborgere som var tvunget til å flytte fra hjemmene og eiendommene sine etter 2. verdenskrig på grunn av endringer i landegrensene. Domstolen fant at det var brudd på artikkel 1 i første tilleggsprotokoll (eiendomsretten) når myndighetene ikke hadde utbetalt erstatning eller kompensert på annen måte for tapet til klageren og hans familie. Ettersom det var kommet inn anslagsvis 80.000 lignende klagesaker til Domstolen som alle hadde sitt opphav i samme problem og var tilnærmet identiske med denne saken, uttalte Domstolen at den fant det nødvendig å peke på hvilke generelle tiltak staten kunne iverksette for å fjerne det strukturelle problemet. Staten måtte enten fjerne enhver hindring for realiseringen av de berørtes rett, eller sikre tilsvarende erstatning:

”Nevertheless, as regards general measures to be taken, the Court considers that the respondent State must, primarily, either remove any hindrance to the implementation of the right of the numerous persons affected by the situation found, in respect of the applicant, to have been in breach of the Convention, or provide equivalent redress in lieu.”⁸⁰

Denne løsningen ligner på den Domstolen også benyttet seg av i *Viasu mot Romania*, hvor den også oppstiller to alternative måter å fullbyrde avgjørelsen på. Domstolen går imidlertid et skritt videre i *Broniowski* ved å innta oppfordringen i domsslutningene i avgjørelsen:

”For these reasons, the Court unanimously (...)4. Holds that the respondent State must, through appropriate legal measures and administrative practices, secure the implementation of the property right in question in respect of the remaining Bug River claimants or provide them with equivalent redress in lieu, in accordance with the principles of protection of property rights under Article 1 of Protocol No. 1;”⁸¹

⁷⁹ Innholdet i denne prosedyren beskrives nærmere i kapittel 5.

⁸⁰ Premiss 194.

⁸¹ Domsslutningene, punkt 4.

Denne avgjørelsen blir med det en av de mest forpliktende og konkrete i utvalget. Den overlater lite valgfrihet til staten om hvilken måte og med hvilke midler staten må fullbyrde avgjørelsen på. Det som gjør at avgjørelsen ikke er i den strengeste kategorien, er at Domstolen gir staten to alternative måter for å fullbyrde avgjørelsen.

Den andre avgjørelsen i denne kategorien er *Hutten-Czapska mot Polen*. Saken handlet om polsk husleielovgivning og et system for prisregulering. Det ble anslått at dette systemet berørte rundt 100.000 huseiere i Polen. Domstolen fant med 16 stemmer mot 1 at det forelå krenkelse av artikkel 1 i første tilleggsprotokoll (eiendomsretten), og med 15 stemmer mot 2 at staten måtte innføre en ny mekanisme i nasjonal lovgivning. Denne mekanismen måtte ivareta balansen mellom interessene til utleiery og leiere. Mekanismen måtte også inneholde kriterier for hva som skulle ansees som ”rimelig husleie”, ”økonomisk forsvarlig husleie” eller ”passende profit”. Dette blir uttalt i premissene i avgjørelsen:

”The Court would, however, observe in passing that the many options open to the State certainly include the measures indicated by the Constitutional Court in its June 2005 Recommendations, setting out the features of a mechanism balancing the rights of landlords and tenants and criteria for what might be considered “a basic rent”, “economically justified rent” or “decent profit”.”⁸²

Oppfordringen om å innføre en ny mekanisme i nasjonal lovgivning er også inntatt i domsslutningene i avgjørelsen. Domstolen presiserer at den nye mekanismen må ivareta en balanse mellom huseiernes interesser og offentlighetens allmenninteresse:

”For these reasons, the Court (...)4. Holds by 15 votes to 2 that, in order to put an end to the systemic violation identified in the present case, the respondent State must, through appropriate legal and/or other measures, secure in its domestic legal order a mechanism maintaining a fair balance between the interests of landlords and the general interest of

⁸² Premiss 239 i.f.

the community, in accordance with the standards of protection of property rights under the Convention;”⁸³

Dette gir dommen preg av å oppstille en tilnærmet ufravikelig forpliktelse for Polen til å endre nasjonal lovgivning om husleie på en rekke konkrete punkter. Avgjørelsen er blant de mest forpliktende og konkrete avgjørelsene i utvalget. Avgjørelsen er avsagt under dissens. Dissenterende dommer Zagrebelsky er i sitt særvotum uenig i at Domstolens konklusjon om generelle tiltak er inntatt i domsslutningene:

”I concur with the Court’s findings in the present case that there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 in respect of the applicant. (...) However, I cannot accept the Court’s conclusions as regards the indications given to the Government, as set out in points 3 and 4 of the operative provisions. My disagreement relates to the fact that these indications are given directly by the Court in the operative provisions of its judgment.”⁸⁴

Zagrebelsky uttaler videre at slike avgjørelser underminerer forholdet mellom de to grunnpilarene i konvensjonssystemet: Domstolen og Ministerkomiteen, og at avgjørelsen tillegger Domstolen oppgaver utenfor dens område:

”I consider that judgments such as the present one undermine the relationship between the two pillars of the Convention system – the Court and the Committee of Ministers – and entrust the Court with duties outside its own sphere of competence.”⁸⁵

Videre påpeker dissenterende dommer Zagrebelsky at Domstolen med slike løsninger beveger seg inn på politikkenes territorium, og at indikasjonene i domsslutningenes punkt 3 og 4 går ut over Domstolens juridiske kompetanse som kun omhandler forholdet mellom klageren og den innklagde staten:

⁸³ Domsslutningene, punkt 4.

⁸⁴ Særvotumet (Zagrebelsky).

⁸⁵ Ibid.

”It is sufficient to have regard to the Court’s statements in paragraph 239 to infer that it is entering territory belonging specifically to the realm of politics and that its indications go beyond its jurisdictional competence, which concerns the case between the applicant and the State.”⁸⁶

Mindretallsdommeren uttaler avslutningsvis at på denne bakgrunn så kan ikke Domstolens indikasjoner i domsslutningene bli ansett som bindende.

”Or else – as I am inclined to believe – the Court’s indications, in view of their self-evidently vague content, cannot be regarded as binding.”⁸⁷

Den andre dissenterende dommeren i saken, dommer Zupancic, er også uenig med flertallets punkt 4 i domsslutningen men på et annet grunnlag enn Zagrebelsky. Selv om Zupancics begrunnelse ikke er særlig relevant for avhandlingens problemstilling⁸⁸, så kommenterer Zupancic også Zagrebelskys begrunnelse og dissens. Disse kommentarene har relevans for oppgaven. Han uttaler blant annet at Domstolen ikke har en interesse i å blande seg i hva nasjonale lovgivere bør og ikke bør gjøre og at subsidiaritet er en naturlig konsekvens av at et internasjonalt tribunal ikke har kjennskap til, og dermed ikke ønsker å uttale seg om, detaljene i nasjonale lovgivningsprosesser:

”The Court clearly does not have (...)an interest in meddling in what national legislation should or should not do. Subsidiarity is a healthy collateral effect of the simple fact that an international judicial body does not know how to, and thus does not want to, enter into details of national legislative happenings.”⁸⁹

Dissensene viser at Domstolens løsning i denne avgjørelsen ikke er uproblematisk. Zagrebelsky og Zupancic peker på en rekke mulige og uheldige konsekvenser av

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Zupancics dissens for punkt 4 omhandler hvorvidt profitt av utnyttelse av eiendom kan sies å være en menneskerettighet.

⁸⁹ Særvotumet (Zupancic).

Domstolens praksis. Disse momentene vil tas opp igjen senere i avhandlingens kapittel 6. Det dreier seg særlig om hvorvidt Domstolens praksis underminerer forholdet mellom Ministerkomiteen og Domstolen, om Domstolen er egnet til å utføre slike oppgaver som den i praksis tiltar seg, og om det skjer en ”rettsliggjøring” av en i utgangspunktet politisk prosess.⁹⁰ Det er imidlertid konklusjonen til flertallet som er det sentrale for denne delen av avhandlingen. Av den kan man slutte at Domstolen i avgjørelsene i kategori 4 går langt i å oppstille en plikt til å gjennomføre konkrete tiltak.

3.3.5 Kategori 5 – plikt til å utføre konkrete tiltak i domsslutningene

Den strengeste kategorien, kategori 5, består av avgjørelsene hvor Domstolen har beveget seg lengst bort fra det tradisjonelle utgangspunktet og avgjørelsen i kategori 1. I disse avgjørelsene er Domstolen konkret når den anbefaler hvilke generelle tiltak som må iverksettes for å fullbyrde dommen. Dette kravet inntas i domsslutningene samtidig med at Domstolen anvender formuleringer som ”the State must” og ”clearly require”.

Avgjørelsene i kategori 5 er *Lukenda mot Slovenia*⁹¹, *Xenides-Arestis mot Tyrkia*⁹² og *Burdov mot Russland*⁹³.

Lukenda mot Slovenia dreide seg om lengden på saksbehandlingstid ved slovenske domstoler. Klageren anførte krenkelse av artikkel 6 (retten til rettferdig rettergang) og artikkel 13 (retten til effektivt rettsmiddel). Domstolen fant enstemmig at det forelå krenkelse av begge artikler. Det var for øvrig kommet inn over 500 lignende saker mot Slovenia. Vedrørende generelle tiltak fant Domstolen at staten enten måtte endre de ulike rettsmidlene som fantes i nasjonal lovgivning, eller komme opp med nye for å sikre at brudd på konvensjonen ble avhjulpet eller kompensert i den grad det lot seg gjøre:

”To prevent future violations of the right to a trial within reasonable time, the Court encourages the respondent State to either amend the existing range of legal remedies or

⁹⁰ Se kapittel 6.

⁹¹ Avgjørelse av 6. oktober 2005.

⁹² Avgjørelse av 22. desember 2005.

⁹³ Avgjørelse av 15. januar 2009.

add new remedies so as to secure genuinely effective redress for violations of that right.”⁹⁴

Oppfordringen om å sikre denne retten inntas i domsslutningens punkt 5 og medfører en liten grad av reell valgfrihet for slovenske myndigheter ved fullbyrdelsen av avgjørelsen:

”5. Holds by six votes to one that the respondent State must, through appropriate legal measures and administrative practices, secure the right to a trial within reasonable time;”⁹⁵

Denne oppfordringen i domsslutningen, i kombinasjon med at Domstolen anvender formuleringer som ”must” i motsetning til for eksempel ”should” eller ”indicate”, gjør at avgjørelsen er i den mest forpliktende kategorien.

Også i denne avgjørelsen foreligger det imidlertid et særvotum. I likhet med i avgjørelsen *Hutten-Czapska mot Polen* (og det er også samme dommer Zagrebelsky som dissenterer i begge sakene) er det ikke uenighet om at det foreligger krenkelse i saken: ”*I shared the Court’s opinion in finding a violation of Article 6 § 1 and Article 13 of the Convention*”. Mindretallsdommeren er derimot uenig i at det bestemmes at staten må sikre adgangen til en domstol innen rimelig tid gjennom nødvendige endringer i lov og praksis, slik det uttales i domsslutningens punkt 5. Dommeren anfører bl.a. at det faller utenfor rammene til en dom fra Domstolen å gi myndighetene en slik oppfordring:

”Point 5, however, relates directly to the right to a trial within a reasonable time and indicates to the Government that it must introduce ’appropriate legal measures and administrative practices [to] secure the right to a trial within a reasonable time. In my

⁹⁴ Premiss 98.

⁹⁵ Domsslutningene, punkt 5.

view, such an indication to the Government falls outside the scope of a judgment of this Court (and probably of any court). It appears to me to be too general”.⁹⁶

Zagrebel'sky illustrerer videre hvorfor en slik oppfordring er praktisk vanskelig for Domstolen å kreve:

“It implies the need to identify the requested measures and, in so doing, to examine whether the laws concerning procedures must be changed (and if so how), to evaluate whether the number of judges and administrative personnel and their level of qualification are commensurate with the task, to increase and modernise the resources made available to the judiciary, to adjust the national yearly budget accordingly, and to tackle the issue of the number of lawyers, their level of qualification and their role in dealing with civil disputes.”⁹⁷

Konklusjonen er ifølge dommeren at Domstolen i punkt 5 i slutningene ber om at staten endrer det nasjonale systemet ved lov og praksis. Om dette kommenteres det slik:

“I do not think that this can be regarded as a judgment of a court. It is not an order that can be executed as judicial orders usually are. The timing and monitoring of the quality and suitability of the ‘execution’ measures that the Government should introduce can only be guessed at.”⁹⁸

Zagrebel'skys løsning på disse utfordringene er å overlate slike oppgaver til Ministerkomiteen:

“In my view it is up to the Committee of Ministers to identify, request, suggest, secure and monitor the measures which appear to be necessary.”⁹⁹

⁹⁶ Særvotum (Zagrebel'sky).

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid.

Zagrebelkys poeng i denne avgjørelsen synes å være i overensstemmelse med dissensen i avgjørelsen *Hutten-Czapska* (først i tid er *Lukenda* fra oktober 2005, mens *Hutten-Czapska* er fra juni 2006). Også her argumenteres det for at løsningen flertallet har konkludert med passer dårlig overens med det institusjonelle forholdet mellom Ministerkomiteen og Domstolen.

I *Xenides-Arestis mot Tyrkia* dreide det seg om klagernes adgang til egen eiendom i det tyrkisk-kontrollerte området på nord-Kypros. Domstolen fant også i denne saken at staten måtte rette opp krenkelsen ved å innføre en mekanisme som sikrer effektiv erstatning og oppreisning for klagerne:

”The Court considers that the respondent State must introduce a remedy which secures genuinely effective redress for the Convention violations identified in the instant judgment.”¹⁰⁰

Dette gjaldt ikke bare i klagerens sak, men også for alle de øvrige lignende sakene som lå for Domstolen:

”(…)as well as in respect of all similar applications pending before it, in accordance with the principles for the protection of the rights laid down in Article 8 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1”¹⁰¹

Denne oppfordringen ble også i denne avgjørelsen inntatt i domsslutningene:

”(…)Holds unanimously that the respondent State must introduce a remedy which secures the effective protection of the rights laid down in Article 8 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 in relation to the present applicant as well as in respect of all similar applications pending before the Court”¹⁰²

¹⁰⁰ Premiss 40.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Domsslutningene, punkt 5.

I denne avgjørelsen foreligger det heller ikke noen valgmulighet for staten som skal fullbyrde avgjørelsen. Avgjørelsen går også enda et skritt videre ved å pålegge staten at dette rettsmiddelet må være tilgjengelig innen en tidsfrist på 3 måneder.¹⁰³

Det foreligger ikke dissens i avgjørelsen. Dommen er dermed en av de som går lengst i å uttrykke en rettslig bindende forpliktelse for staten til å iverksette generelle tiltak.

I *Burdov mot Russland* dreide det seg om manglende sosiale ytelser til klagerne etter ulykken i Tsjernobyl. Det ble anført krenkelse av artikkel 6 (rettferdig rettergang), 13 (effektivt rettsmiddel) og artikkel 1 i første tilleggsprotokoll (eiendomsretten). Det som skiller denne avgjørelsen fra alle de øvrige i utvalget, er at Domstolen har ulik tilnærming til spørsmålet om generelle tiltak. Under behandlingen av artikkel 6 og artikkel 1 første tilleggsprotokoll uttaler Domstolen at prosessen med å identifisere, implementere og gjennomføre generelle tiltak går ut over dens juridiske funksjon:

”The Court notes that this process raises a number of complex legal and practical issues which go, in principle, beyond the Court’s judicial function.”¹⁰⁴

Domstolen velger altså å avstå fra å indikere hvilke generelle tiltak som er påkrevd og kommenterer også at Ministerkomiteen er det rette organet for denne oppgaven:

”The Committee of Ministers is better placed and equipped to monitor the necessary reforms to be adopted by Russia in this respect. The Court therefore leaves it to the Committee of Ministers to ensure that the Russian Federation, in accordance with its obligations under the Convention, adopts the necessary measures consistent with the Court’s conclusions in the present judgment.”¹⁰⁵

Det oppsiktsvekkende er imidlertid at Domstolen kommer til motsatte løsninger når det gjelder generelle tiltak som er påkrevd ved krenkelsen av artikkel 13:

¹⁰³ Domsslutningene, punkt 5: ”Such a remedy should be available within three months from the date on which the present judgment is delivered and redress should be afforded three months thereafter;”

¹⁰⁴ Premiss 137.

¹⁰⁵ Ibid.

”(…)the situation is different as regards the violation of Article 13 on account of lack of effective domestic remedies. In accordance with Article 46 of the Convention, the Courts findings (…)above clearly require the setting up of an effective domestic remedy or a combination of remedies allowing adequate and sufficient redress to be granted to large numbers of people affected by the violations in question.”¹⁰⁶

Domstolen uttaler ikke direkte hvorfor situasjonen er annerledes for artikkel 13. Det kan være nærliggende å tolke avgjørelsen slik at spørsmålet om generelle tiltak under artikkel 13, i motsetning til artikkel 6 og artikkel 1 i førsteprotokoll, *ikke* reiser ”a number of complex legal and practical issues”. Derfor er det mulig for Domstolen å anbefale generelle tiltak som er påkrevd. I dette tilfellet er det endring av nasjonal lovgivning:

“It appears highly unlikely in the light of the Court’s conclusions that such an effective remedy can be set up without changing the domestic legislation on certain specific points.”¹⁰⁷

På bakgrunn av dette kommer Domstolen til at staten må innføre et nytt rettsmiddel eller endre de eksisterende mulighetene:

”The Court accordingly concludes that the respondent State must introduce a remedy which secures genuinely effective redress for the violations of the Convention on account of the State authorities’ prolonged failure to comply with judicial decisions delivered against the State or its entities. Such a remedy must conform to the Convention principles as laid down notably in the present judgment and be available within six months from the date on which the present judgment becomes final”.¹⁰⁸

Denne formuleringen gjentas i domsslutningen i mer eller mindre likelydende termer:

¹⁰⁶ Premiss 138.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Premiss 141.

“5. Holds that the respondent State must set up (...)an effective domestic remedy or combination of such remedies which secures adequate and sufficient redress for non-enforcement or delayed enforcement of domestic judgments in line with the Convention principles as established by the Court’s case law;”¹⁰⁹

Det er Domstolens løsning under artikkel 13 som gjør at denne avgjørelsen er plassert i kategori 5. I avgjørelsen oppstilles konkretiserte generelle tiltak, oppfordringen om å iverksette dem er inkludert i domsslutningen, og Domstolen anvender formuleringer som “must” og “clearly require”. I likhet med foregående avgjørelse, *Xenides-Arestis mot Tyrkia*, foreligger det ikke dissens i denne avgjørelsen. Denne avgjørelsen er dermed blant de mest forpliktende og konkrete avgjørelsene og hører hjemme i den strengeste kategorien. Domstolen går i denne avgjørelsen langt i retning av å instruere Russland om å endre nasjonal lovgivning.

3.4 Det kronologiske poenget

Spørsmålet her er om man ved å analysere avgjørelsene i kronologisk rekkefølge kan se en utviklingstendens i retning av mer konkrete og forpliktende dommer. Ved å se på alle avgjørelsene og når de ble avsagt blir det synlig hvorvidt Domstolen følger sin egen praksis i en retning, eller om den veksler mellom de ulike måtene å behandle spørsmålet på.

Den første avgjørelsen i utvalget, *Scozzari og Giuntu mot Italia*, ble avsagt i juli 2000. Det går etter dette nesten fire år før neste avgjørelse i utvalget blir avsagt – *Broniowski mot Polen* fra juni 2004. På mange måter kan det derfor hevdes at det er med denne avgjørelsen at Domstolens nye praksis og tilnærming til generelle tiltak blir innledet. *Broniowski* er i kategoriseringen ovenfor plassert blant de strengere avgjørelsene. I samme retning følger også Domstolens neste avgjørelse i tid *Lukenda mot Slovenia*, som er avsagt i oktober 2005. Også *Xenides-Arestis*, som er avsagt i desember 2005, følger dette mønsteret. Det kan følgelig synes som om Domstolen følger sin egen praksis. I juni 2006 blir *Hutten-Czapska* avsagt, og denne avgjørelsen er blant de strengeste i utvalget. Domstolens nye kurs holder altså fortsatt stikk. I en serie avgjørelser avsagt mellom juli

¹⁰⁹ Domsslutningene, punkt 5.

2006 til og med januar 2009 snur imidlertid Domstolen. I disse avgjørelsene går den blant annet bort fra sin tidligere praksis med å ta inn oppfordringen eller kravet om å iverksette konkrete, generelle tiltak i domsslutningene. Dette skjer i avgjørelsene *Sylla, Salah og Baybasin* fra juli 2006, *Hasan og Eylem Zengin* fra oktober 2007, *D.H. m.fl. mot Tsjekkia* og *Urbarska obec Trencianske Biskupice* som begge er fra november 2007, *Martins Castro og Alves Correia de Castro* fra juni 2008, *Viasu mot Romania* fra desember 2008 og *Faimblat mot Romania* fra januar 2009. Med denne serien av lite forpliktende avgjørelser kan det synes som om Domstolen har tatt et skritt tilbake mot det opprinnelige utgangspunktet.

At praksis ikke er fastlagt kommer imidlertid frem med den siste avgjørelsen som er avsagt i utvalget, *Burdov mot Russland*. I denne avgjørelsen, som er fra januar 2009, går Domstolen tilbake til den strenge praksisen som i *Broniowski, Lukenda, Xenides-Arestis* og *Hutten-Czapska*, idet den gir uttrykk for at generelle tiltak er påkrevd og inntar dette i domsslutningene. Det er vanskelig å si noe sikkert om hvorvidt dette innebærer at Domstolen har lagt seg på en mer forpliktende linje og vil velge dette fremover. Det vil sannsynligvis avhenge av de konkrete omstendighetene i hver sak. Det kan også hevdes at Domstolen ikke viser en utvikling i en bestemt retning på grunn av dette, og at den vil veksle mellom de ulike måtene å tilnærme seg problemstillingen på. Det er bare den videre utviklingen som kan gi svar på disse spørsmålene.

3.5 Konklusjon

I flere av avgjørelsene i utvalget står ikke statene fritt til å velge med hvilke midler de vil fullbyrde en dom. Domstolen går lenger i å pålegge statene konkrete forpliktelser enn den har gjort tidligere. I enkelte av avgjørelsene kan det hevdes at Domstolen går så langt som å pålegge statene å endre nasjonal lovgivning og/eller praksis. Dette gjelder særlig avgjørelsene i kategori 4 og 5: *Broniowski, Hutten-Czapska, Lukenda, Xenides-Arestis, Burdov*. Disse avgjørelsene representerer en praksis som er et godt stykke unna det tradisjonelle utgangspunktet.

4 Redegjørelse og vurdering av det rettslige grunnlaget for Domstolens praksis

4.1 Om det rettslige grunnlaget for Domstolen

Ettersom konklusjonen av den foregående analysen er at Domstolen til en viss grad utvikler praksis og i større grad enn tidligere pålegger statene konkrete plikter i sine avgjørelser, er det relevant å stille spørsmål om Domstolen har et rettslig grunnlag for dette. Dersom Domstolen ikke har hjemmel for praksisen vil avgjørelsene kunne bestrides og statene vil kunne unnlate å rette seg etter dem. Dette vil i beste fall føre til at enkelte avgjørelser ikke blir fullbyrdet, i verste fall at domstolssystemet i sin helhet mister sin autoritet. Oppgaven redegjør i det følgende for rettskildene som kan anføres som rettslig grunnlag for Domstolens praksis.

Det tas utgangspunkt i de primære rettsgrunnlagene som Domstolen selv anfører som grunnlag for sin nye praksis. Dette er særlig konvensjonen, egen praksis og vedtak fra Ministerkomiteen. Derneft redegjøres det for uttrykk for to prinsipper som Domstolen tar i bruk i avgjørelsene. Det er subsidiaritetsprinsippet og effektivitetsprinsippet. I det tredje underpunktet i denne hoveddelen tar oppgaven for seg to ytterligere grunnlag som, på grunn av deres karakter og innhold, i denne avhandlingen går under samlebetegnelsen ”perspektivgrunnlag”. Disse perspektivgrunnlagene er domstolers iboende egenskaper og respekten for menneskerettighetene i seg selv. Dette må sies å være relativt utradisjonelle rettskilder i folkeretten. Perspektivgrunnlagene blir bare anført av én dommer i ett særsvotum i avgjørelsene i utvalget. På tross av dette kan de bidra til å belyse det rettslige fundamentet for Domstolens praksis. Derfor er det også relevant å analysere dem i denne avhandlingen. Til slutt ses det på hvordan Domstolens praksis forholder seg til statsansvarslæren. Statsansvarslæren blir ikke anført som et grunnlag av Domstolen, men det har blitt hevdet i juridisk litteratur at denne sedvanerettslæren samsvarer med Domstolens løsninger i enkelte av avgjørelsene i utvalget. I avhandlingen vurderes dette synspunktet nærmere.

På bakgrunn av redegjørelser for innholdet i de ulike grunnlagene og Domstolens bruk og tolkning av dem vil det konkluderes med en vurdering av de ulike grunnlagene som rettslig fundament for Domstolens praksis.

4.2 Primære hjemmelsgrunnlag for praksisen

4.2.1 Konvensjonsteksten

4.2.1.1 Generelt om konvensjonstekst som rettskilde

Den primære rettskilden for Domstolen er konvensjonen. Det er ordlyden i artiklene som er utgangspunktet for tolkingen av konvensjonen. Det er videre den naturlige forståelsen av ordlyden som legges til grunn, som påpekt innledningsvis.¹¹⁰ En av årsakene til at det legges så stor vekt på ordlyden er at prinsippet om statenes suverenitet tilsier at statene ikke har bundet seg til annet enn det som faktisk står i teksten. Domstolen har imidlertid også fastslått at konvensjonen er et "living instrument" som skal tolkes i tråd med samfunnsforholdene og utviklingen.¹¹¹ Det er Domstolen som har hovedansvaret for å tolke og utvikle rettighetene i konvensjonen. Dette omtales ofte som at Domstolen har en dynamisk tolkingsstil.¹¹²

4.2.1.2 Konkret om konvensjonstekst som rettskilde i avgjørelsene

Som nevnt tidligere er det artikkel 41 og 46 som regulerer innholdet i plikten til å fullbyrde avgjørelser fra Domstolen. Disse anføres også av Domstolen selv i sine avgjørelser. I 15 av de 16 avgjørelsene i utvalget henviser Domstolen til artikkel 46.¹¹³ Som hovedregel nevnes artikkelen i avgjørelsens avsluttende del og ofte i sammenheng med artikkel 41 og spørsmålet om erstatning skal tilkjennes. Ordlyden i artikkel 46 sier i seg selv imidlertid ingenting om Domstolens adgang til å pålegge statene generelle tiltak.¹¹⁴ Henvisningen til artikkelen kan derfor ikke med rimelighet hevdes å være et tilstrekkelig grunnlag i seg selv. Ordlyden i artikkel 41 sier heller ikke noe direkte om

¹¹⁰ Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 31 (1).

¹¹¹ Tyrer mot Storbritannia av 25. april 1978 premiss 15 "*the Convention is a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present-day conditions.*" Senere gjentatt i flere avgjørelser.

¹¹² Begrepene "dynamic" og "evolutive" brukes om hverandre for å beskrive det samme fenomenet.

¹¹³ Den eneste avgjørelsen hvor ikke artikkel 46 blir nevnt er Hasan og Eylem Zengin mot Tyrkia.

¹¹⁴ Ordlyden i artikkel 46: "*Dommers bindende kraft og deres iverksettelse. 1. De høye Kontraherende Parter forplikter seg til å rette seg etter Domstolens endelige dom i enhver sak de er parter i. 2. Domstolens endelige dom skal overleveres Ministerkomiteen, som skal ha tilsyn med fullbyrdelsen av dommen.*"

spørsmålet om generelle tiltak.¹¹⁵ I flere avgjørelser brukes også artikkel 46 og 41 i kombinasjon, tilsynelatende for å hjemle adgang til å pålegge statene konkrete tiltak. Dette anføres bl.a. som grunnlag av en dommer i særvotum i avgjørelsen *Broniowski mot Polen*¹¹⁶. Det er dommer Zupancic, som viser til den tidligere avgjørelsen *Scozzari og Giuntu mot Italia*, hvor Domstolen ifølge dommeren

”for the first time, applied the language of Article 41 of the Convention in conjunction with Article 46, to the effect that taken together, they require the State to do away with the situation which had caused the violation (“restitutio in integrum”) in the first place and which in fact was the violation found in this case.” (...) In *Scozzari and Giuntu* we finally decided to interpret the above language consistently with its logical import, namely, to the effect that pecuniary just satisfaction cannot be the sole remedy.”¹¹⁷

Denne uttalelsen viser at dommeren mener at en rimelig og naturlig tolkning av artikkel 41 og 46 i sammenheng tilsier at det oppstår en plikt for staten til å iverksette generelle tiltak. Dette er imidlertid bare et særvotum. Flertallets begrunnelse bygger på andre grunnlag. Konklusjonen er derfor likevel at ordlyden i artikkel 41 og 46, separat eller i kombinasjon, ikke gir et direkte rettslig grunnlag for Domstolens praksis.

4.2.2 Egen praksis

4.2.2.1 Generelt om egen rettspraksis som rettskilde for Domstolen

Et annet primærgrunnlag som Domstolen eksplisitt bygger på i avgjørelsene er sin egen rettspraksis. Domstolen har lang tradisjon for å anføre egen forutgående praksis i sine begrunnelser. Etter artikkel 46 (1) er avgjørelser formelt bare bindende for partene i saken. EMD er ikke formelt sett bundet av sine tidligere avgjørelser. Likevel er det klart at

¹¹⁵ Ordlyden i artikkel 41: “*Rimelig erstatning. Dersom Domstolen finner at brudd på konvensjonen eller dens protokoller har funnet sted, og dersom vedkommende høye Kontraherende Parts nasjonale lovverk bare tillater en delvis gjenopprettelse, skal Domstolen om nødvendig tilkjenne den krenkede part rimelig erstatning.*”

¹¹⁶ Avsagt 22. juni 2004.

¹¹⁷ Fra særvotumet til avgjørelsen.

Domstolen følger sin egen rettspraksis av hensyn til blant annet rettsvisshet, forutberegnelighet og likhet for loven.¹¹⁸ På denne måten rettferdiggjør Domstolen sine avgjørelser på en måte som anerkjenner forutgående rettspraksis som bindende. I praksis er det dermed svært vanlig at Domstolen både referer til og bygger på sine egne avgjørelser som grunnlag.

4.2.2.2 Bruken av rettspraksis som grunnlag i avgjørelsene

I flere av avgjørelsene i utvalget viser Domstolen til tidligere avgjørelser hvor den har kommet til at staten må iverksette generelle tiltak. Avgjørelsene som det oftest blir referert til er *Broniowski mot Polen*, *Scordino mot Italia* og *Scozzari og Giuntu mot Italia*.¹¹⁹ Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om en henvisning til at lignende saker har ført til lignende løsninger er tilstrekkelig som rettslig grunnlag i tilfeller hvor det er uklart om Domstolen har kompetanse. Dette gjelder særlig fordi avgjørelsene som Domstolen bygger på, heller ikke har et klart rettslig grunnlag. De viser i stor grad til hverandre: I *Scordinoavgjørelsen* viser Domstolen til *Scozzari og Giuntu mot Italia* og *Broniowski mot Polen*. I *Broniowski-dommen* vises det også til *Scozzari og Giuntu mot Italia*. Spørsmålet blir følgelig hva slags grunnlag Domstolen bygger på i denne avgjørelsen som de flere av de andre avgjørelsene viser til. I *Scozzari og Giuntu mot Italia* bygger domstolen på avgjørelsen *Papamichalopoulos m.fl. mot Hellas* av 31. oktober 1995. Denne saken gir imidlertid heller ikke et klart uttrykk for at Domstolen har kompetanse til å pålegge statene konkrete forpliktelser i form av generelle tiltak. Blant annet uttaler Domstolen i denne avgjørelsen at:

“The Contracting States that are parties to a case are in principle free to choose the means whereby they will comply with a judgment in which the Court has found a breach. This discretion as to the manner of execution of a judgment reflects the freedom of choice

¹¹⁸ *Jane Smith mot Storbritannia* av 18. januar 2001, premiss 77: “in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law, the Court does not depart, without cogent reason, from precedents laid down in previous cases”.

¹¹⁹ I 14 av 16 avgjørelser i utvalget refereres det til én eller flere av disse 3 avgjørelsene.

attaching to the primary obligation of the Contracting States under the Convention to secure the rights and freedoms guaranteed (Article 1) (art. 1).”¹²⁰

Avgjørelsen som Domstolen bygger på i *Scozzari og Giuntu mot Italia* gir altså heller ikke hjemmelsgrunnlag for Domstolens praksis med å pålegge konkretiserte generelle tiltak. Henvisning til tidligere praksis som også mangler et rettslig grunnlag blir på denne måten et argument uten særlig vekt. Det kan hevdes at dette ikke er et tilstrekkelig grunnlag for Domstolen.

4.2.3 Vedtak fra Ministerkomiteen

Et tredje rettsgrunnlag som Domstolen anfører eksplisitt i flere av avgjørelsene er vedtak fra det politiske organet Ministerkomiteen. I det følgende redegjøres det for innholdet i og Domstolens bruk av disse vedtakene i avgjørelsene.

4.2.3.1 Generelt om vedtak fra Ministerkomiteen som rettsgrunnlag

Vedtak fra Europarådets politiske organ Ministerkomiteen kommer i flere former. Vedtakene som er relevant for denne avhandlingens problemstilling er de som kalles resolusjoner og rekommandasjoner.

4.2.3.1.1 Resolusjoner

En resolusjon er et vedtak fra Ministerkomiteen som gir uttrykk for komiteens syn på et gitt tema.¹²¹ Det rettslige grunnlaget for vedtagelse av resolusjoner er artikkel 20 i Europarådets vedtekter. Artikkel 20 lyder: ”*Resolutions of the Committee of Ministers (...) require the unanimous vote of the representatives casting a vote, and of a majority of the representatives entitled to sit on the Committee.*” Ministerkomiteen utøver blant annet sin tilsynsfunksjon med fullbyrdelsen av avgjørelser ved hjelp av vedtagelse av resolusjoner, som påpekt tidligere. Det er særlig ”interim resolutions” som vedtas for å uttrykke

¹²⁰ Premiss 34 i.f.

¹²¹ De Vel, Guy. *The Committee of Ministers of Council of Europe*. (1995) s. 38.

bekymring over manglende fullbyrdelse, oppfordring om å iverksette flere tiltak, informere komiteen ytterligere og lignende. Når Ministerkomiteen er tilfreds med tiltakene staten har iverksatt for å fullbyrde en avgjørelse, vedtar den en "final resolution" hvor den uttaler at dommen er å anse som fullbyrdet og at det ikke lenger er nødvendig å føre tilsyn med den.

4.2.3.1.2 Rekommandasjoner (anbefalinger)

Rekommandasjoner er også vedtak fra Ministerkomiteen som gir uttrykk for dens syn på et gitt emne, og inneholder ofte konkrete anbefalinger og/eller retningslinjer til medlemsstatene. Det rettslige grunnlaget for Ministerkomiteens bruk av rekommandasjoner er artikkel 15 bis i Europarådets vedtekter. Den lyder:

"In appropriate cases, the conclusions of the Committee may take the form of recommendations to the governments of members, and the Committee may request the governments of members to inform it of the action taken by them with regard to such recommendations."

Verken resolusjoner eller rekommandasjoner er rettslig bindende etter konvensjonen. Imidlertid kan slike vedtak danne grunnlaget for ny praksis som vil føre til at sedvanerett etableres. Det kan også hevdes at selv om slike vedtak formelt sett ikke er bindende, så har de likevel en betydelig vekt fordi de er et uttrykk for alle de europeiske statenes syn på et gitt emne.¹²² I praksis vil de derfor i stor utstrekning etterleves på lik linje med rettslig bindende vedtak.

4.2.3.2 De konkrete vedtakene som blir anført i avgjørelsene

Resolusjonen som går igjen i flere av avgjørelsene i utvalget er "*Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem*".¹²³ Denne resolusjonen anføres eller brukes i *Broniowski mot Polen*¹²⁴, *Scordino*

¹²² De Vel, Guy. *Op. cit.*, s. 37.

¹²³ Resolusjonen er inntatt i sin helhet som et vedlegg til oppgaven.

¹²⁴ Se særlig premiss 190. (rekommandasjonen i 191)

*mot Italia*¹²⁵, *Viasu mot Romania*¹²⁶, *Faimblat mot Romania*¹²⁷ og *Burdov mot Russland*¹²⁸.

Resolusjonen ble vedtatt av Ministerkomiteen 12. mai 2004. Det relevante innholdet i resolusjonen for avhandlingens problemstilling er det følgende:

”the Committee of Ministers (...) invites the Court (...) as far as possible, to identify, in its judgments finding a violation of the Convention, what it considers to be an underlying systemic problem and the source of this problem, in particular when it is likely to give rise to numerous applications, so as to assist states in finding the appropriate solution and the Committee of Ministers in supervising the execution of judgments;”.

I resolusjonen oppfordrer Ministerkomiteen Domstolen til å identifisere såkalte strukturelle problemer (”systemic problem”). Det vil si problemer som stammer fra en mangel eller svakhet i det nasjonale systemets lovgivning eller lignende. Det kommer videre frem at dette er ønskelig for å hjelpe statene med å finne en passende løsning på problemet, og for å hjelpe Ministerkomiteen i dens arbeid med å føre tilsyn med fullbyrdelsen av avgjørelser. Resolusjonen sier imidlertid ingenting om at Domstolen selv skal finne, foreslå eller pålegge statene slike konkretiserte generelle tiltak som den anser nødvendig for å bøte på det strukturelle problemet.

Det kan hevdes at denne resolusjonen hjemler Domstolens praksis med å pålegge statene konkrete, generelle tiltak til et visst punkt. Resolusjonen omfatter Domstolens praksis så lenge den nøyer seg med å peke på årsaken til krenkelsen. Når Domstolen, slik analysen i kapittel 3 viser, går ut over dette og pålegger statene en plikt til å foreta konkrete tiltak som Domstolen selv oppstiller kan det hevdes at den går den utover det en rimelig tolking av resolusjonen gir grunnlag for. Av denne grunn kan det hevdes at resolusjonen i seg selv ikke kan være et rettslig grunnlag for Domstolens praksis.

¹²⁵ Se særlig premiss 231. (rekommandasjonen i 232)

¹²⁶ Se særlig premiss 50 (resolusjonen) 51 (rekommandasjonen), og 81 (begge).

¹²⁷ Se særlig premiss 18, 19 og 51.

¹²⁸ Se særlig premiss 140.

Rekommandasjonen som går igjen i flere av avgjørelsene i utvalget ble vedtatt på samme dato og møte i Ministerkomiteen som den foregående resolusjonen.

Rekommendasjonens tittel er ”*Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies*”.¹²⁹ I alle avgjørelsene hvor det vises til resolusjonen ovenfor henvises det også til denne rekommandasjonen. Det relevante innholdet av rekommandasjonen for avhandlingens problemstilling er det følgende:

”In addition to the obligation under Article 13 to provide an individual who has an arguable claim with an effective remedy before a national authority, States have a general obligation to solve the problems underlying the violations found.”

Videre anbefaler Ministerkomiteen medlemslandene å:

“review, following Court judgments which point to structural or general deficiencies in national law or practice, the effectiveness of the existing domestic remedies and, where necessary, set up effective remedies, in order to avoid repetitive cases being brought before the Court.”

Ministerkomiteen anbefaler altså statene å vurdere effektiviteten til sine nasjonale rettsmidler i tilfeller hvor Domstolens avgjørelser peker på strukturelle eller generelle svakheter i nasjonalt lovverk eller praksis. Dette er for å unngå at svært like saker med utgangspunkt i samme strukturelle svakhet fortsetter å komme opp for Domstolen. Disse anbefalingene retter seg imidlertid til *medlemslandenes myndigheter*, og ikke til *Domstolen* som sådan. Til tross for at det ikke er Domstolen som er mottaker av anbefalingene, bygger den altså på dem. Selv om Domstolen står fritt til å gjøre dette så kan det hevdes at disse anbefalingene dermed ikke utgjør et rettsgrunnlag for endring av Domstolens praksis. Særlig kommer dette på spissen når det ikke foreligger andre og mer tungtveiende rettskilder som taler for en slik løsning.

¹²⁹ Rekommandasjonen er inntatt i sin helhet som et vedlegg til oppgaven.

4.2.3.3 Er vedtakene fra Ministerkomiteen et tilstrekkelig rettslig grunnlag for Domstolen?

På bakgrunn av at vedtakene fra Ministerkomiteen ikke retter seg til Domstolen og ikke sier noe om Domstolens kompetanse til å konkretisere de generelle tiltakene kan det hevdes at de utgjør et svakt grunnlag for Domstolens praksis. Bruken av dette grunnlaget er også omstridt blant dommerne i Domstolen, noe som vises ved dissensene i enkelte av avgjørelsene i utvalget. Det fremgår særlig i det delvis dissenterende særvotumet til dommer Zupancic i avgjørelsen *Broniowski mot Polen*¹³⁰. I sitt særvotum uttaler Zupancic at Domstolens løsning har sitt grunnlag i en tolkning av artikkel 41 og 46, og at Domstolen ikke behøver å vise at den har hjemmel i en resolusjon fra Ministerkomiteen.

”I do not think this Court needs, apart from the Convention itself, any additional legal rationalisation to legitimise its principled logic, and especially if it is to seek that legal basis in a resolution of the Committee of Ministers which, in fact, has quite a different pragmatic goal in mind.”¹³¹

Rettsgrunnlaget som dommeren mener er tilstrekkelig for å komme til samme løsning som flertallet, er en tolkning av artikkel 41 og 46 i sammenheng, som vist til ovenfor:

”In *Scozzari and Giunta*, the Court, for the first time, applied the language of Article 41 of the Convention in conjunction with Article 46, to the effect that, taken together, they require the State to do away with the situation which had caused the violation in the first place and which in fact was the violation found in the case.”¹³²

Etter dette er det nærliggende å konkludere med at politiske vedtak fra Ministerkomiteen ikke er et tilstrekkelig rettsgrunnlag for Domstolens praksis med å pålegge statene konkrete, generelle tiltak. Hvorfor flertallet likevel bygger på en slik

¹³⁰ Avsagt 22. juni 2004.

¹³¹ Fra særvotumet (Zupancic).

¹³² Ibid.

vurdering av kildene, er et spørsmål som kan ha sammenheng med det sterke politiske ønsket om reform av Domstolen og de strukturelle forholdene som ligger bak utviklingen. Dette blir drøftet i kapittel 5. For denne delen av avhandlingen er det tilstrekkelig å konstatere at Domstolen i avgjørelsene bygger på en rettskilde som ikke gir et tilstrekkelig grunnlag for dens praksis.

4.2.4 Vurdering av de primære rettskildene som rettsgrunnlag

Etter å ha analysert og redegjort for ordlyden i de relevante artiklene i konvensjonen, egen praksis og vedtak fra Ministerkomiteen synes det som om Domstolen ikke i noen av disse grunnlagene har etablert et tilstrekkelig rettsgrunnlag for at den har kompetanse til å pålegge statene konkretiserte generelle tiltak. Ordlyden i artiklene som anføres som grunnlag sier ingenting direkte om Domstolens adgang til å pålegge statene konkrete forpliktelser utover betaling av erstatning. Domstolens egne forutgående avgjørelser som anføres som grunnlag er heller ikke en tungveiende rettskilde. Vedtak fra Ministerkomiteen dekker ikke Domstolens praksis. Det kan følgelig synes som om Domstolen mangler et tilstrekkelig rettslig grunnlag for sin utvikling av praksis.

4.3 Uttrykk for prinsipper som grunnlag for praksisen

Domstolen gir i avgjørelsene imidlertid også uttrykk for to prinsipper som støtter opp om dens resultat i avgjørelsene. Disse prinsippene er subsidiaritetsprinsippet og effektivitetsprinsippet.

I flere av avgjørelsene i utvalget bruker Domstolen tolkninger av subsidiaritetsprinsippet og effektivitetsprinsippet i argumentasjonen. I det følgende redegjøres det for innholdet i disse prinsippene og Domstolens tolkning og bruk av dem. Spørsmålet er hvorvidt prinsippene og Domstolens tolkning og anvendelse av dem kan sies å være i samsvar med hensynene som prinsippene er ment å realisere. Dersom dette er tilfellet kan det være grunn til å hevde at prinsippene støtter opp om og utgjør et rettslig fundament for Domstolens praksis. Dersom Domstolens praksis derimot ikke bidrar til å

oppfylle hensynene bak prinsippene, blir det vanskeligere å se hvordan de kan utgjøre et rettslig grunnlag for Domstolens praksis.

4.3.1 Subsidiaritetsprinsippet

4.3.1.1 Subsidiaritetsprinsippet i folkeretten

Subsidiaritetsprinsippet er opprinnelig en maksime fra katolsk sosialtenkning som har blitt innført som et moderne politisk og rettslig prinsipp. Prinsippet er i dag særlig forbundet med Den europeiske union (EU), og er blant annet et av EUs konstitusjonelle prinsipper.¹³³ Hensikten med prinsippet i den europeiske unions kontekst er å regulere maktfordelingen mellom EU og medlemslandenes lovgivning og institusjoner. I politisk sammenheng betyr prinsippet at beslutninger skal fattes på lavest mulige effektive nivå.

Carozza definerer subsidiaritetsprinsippet i folkeretten som ”prinsippet om at hver sosiale og politiske enhet skal hjelpe mindre eller mer lokale sosiale eller politiske grupper i å nå deres respektive mål, uten å tillegge seg oppgavene for dette til seg selv”.¹³⁴

Subsidiaritet som et folkerettslig prinsipp innebærer at internasjonale konvensjons- og traktatsorganer har en subsidiær rolle i forhold til nasjonale myndigheters primære rolle. Det er nasjonale organers oppgave å gjennomføre forpliktelser som følger av konvensjoner og traktater, mens konvensjonsorganene skal føre tilsyn med denne prosessen. Prinsippet kan hevdes å ha både et negativt og positivt innhold for det overordnede organ. Den negative forpliktelsen går ut på at den større enheten skal avstå fra å gjøre inngrep i den mindre eller mer lokale enhets sfære.¹³⁵ Den negative forpliktelsen går videre ut på at den

¹³³ Artikkel 5 (3) i traktaten om den Europeiske Union (“Treaty on the European Union”): “*Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level.*” Tilgjengelig på: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0013:0045:EN:PDF>

¹³⁴ Carozza, Paolo G. *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*. I: The American Journal of International Law. Vol. 97:38 (2003), s. 38.

¹³⁵ *Ibid.*, s. 44.

overordende enhet bare skal påta seg oppgaver som ikke den mindre eller mer lokale enhet kan utføre på egenhånd. Den positive forpliktelsen som kan utledes av subsidiaritetsprinsippet går ut på at den større enheten kan og skal gripe inn når det oppstår situasjoner hvor den mindre eller mer lokale enhet ikke oppfyller sine forpliktelser eller mestrer oppgavene.¹³⁶ På denne måten kan man si at subsidiaritetsprinsippet både *begrenser* og *legitimerer* den større enhets inngrep i den mindre.

4.3.1.2 Subsidiaritetsprinsippet i EMK

Subsidiaritetsprinsippet er et anerkjent tolkningsprinsipp i folkeretten. Man kan stille spørsmål om dette også er et prinsipp som gjelder innen EMK, og for Den europeiske menneskerettsdomstolen. Det finnes ingen eksplisitte referanser til subsidiaritetsprinsippet i konvensjonen. Det er heller ikke nevnt i diskusjonene som fant sted under arbeidet med utkastet til EMK.¹³⁷ Dette betyr imidlertid ikke at subsidiaritetsprinsippet ikke kommer til anvendelse innenfor EMK. Indikasjoner på at prinsippet gjelder også for EMK finnes blant annet i artikkel 1, artikkel 13 og 53 samt i vilkårene for realitetsbehandling. Artikkel 1 pålegger partene til konvensjonen en forpliktelse til å respektere menneskerettighetene slik de er fastlagt i konvensjonen.¹³⁸ Konvensjonen sier derimot lite eller ingenting om hvordan statene skal gjennomføre denne forpliktelsen etter artikkel 1, og lar det altså være opp til hver enkelt stat.¹³⁹ Dette er i tråd med subsidiaritetsprinsippets innhold. Artikkel 13 konkretiserer til en viss grad innholdet i forpliktelsen ved å si at enhver hvis rettighet etter

¹³⁶ Ibid.. s. 44.

¹³⁷ Det som imidlertid ble diskutert var hvordan de nasjonale domstolene skulle forholde seg til Domstolen, som ledet til vedtagelsen av reglene om uttømming av nasjonale rettsmidler. Se Petzold, Herbert. *The Convention and the Principle of Subsidiarity*. I: Macdonald, Matscher og Petzold (red.) *The European system for the protection of human rights*. S. 42 fotnote 5 med videre henvisning til Cingolani, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires"* (The Hague 1975-1985) Vol. I, s. 65.

¹³⁸ Artikkel 1 lyder: "De høye Kontraherende Parter skal sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I i denne konvensjonen."

¹³⁹ Petzold, Herbert. *The Convention and the Principle of Subsidiarity*. I: Macdonald, Matscher og Petzold (red.) *The European system for the protection of human rights*. Martinus Nijhoff Publishers (1993) s. 41-63 på side 44.

konvensjonen blir krenket skal ha rett til en effektiv prøvingsrett ved en nasjonal myndighet.¹⁴⁰ Heller ikke her foreskrives imidlertid en prosedyre for hvordan denne retten skal sikres, og det kan sluttet av dette at statene har en vid margin for å velge hvordan de vil etterleve forpliktelsen. Den tredje artikkelen som kan brukes for å illustrere at prinsippet om subsidiaritet kommer til uttrykk i EMK er artikkel 53, som sier at konvensjonen ikke skal bli tolket på en måte som innskrenker allerede eksisterende rettigheter eller friheter etter nasjonal lov.¹⁴¹ Formålet med denne bestemmelsen er å sikre at menneskerettigheter som gir en bedre beskyttelse etter nasjonal rett videreføres og ikke blir svekket av at det finnes svakere vern i konvensjonen.¹⁴² Også i denne regelen er det klart at det er prinsippet om at konvensjonssystemet skal være subsidiært i forhold til det nasjonale systemets primære rolle som kommer til uttrykk. Vilkårene for realitetsbehandling for Domstolen i artikkel 35 gir også uttrykk for et subsidiaritetsprinsipp. Det er særlig kravet om uttømming av nasjonale rettsmidler som har relevans for dette prinsippet.¹⁴³ Denne regelen fritar statene fra å måtte svare for Domstolen før de har hatt mulighet til først å rette opp i saken i deres interne rettssystem.

I lys av disse betraktningene kan man slutte at EMK bygger på et prinsipp om subsidiaritet for konvensjonsorganene i forhold til nasjonale myndigheters primære rolle. Dermed blir dette også et prinsipp som Domstolen kan ta i betraktning ved anvendelse av reglene i konvensjonen. I det følgende redegjøres det for hvordan subsidiaritetsprinsippet blir brukt i avgjørelsene i utvalget. Først vil imidlertid hensynene bak subsidiaritetsprinsippet slik det er kommet til uttrykk i EMK beskrives.

¹⁴⁰ Artikkel 13 lyder: *”Enhver hvis rettigheter og friheter fastlagt i denne konvensjonen blir krenket, skal ha en effektiv prøvingsrett ved en nasjonal myndighet uansett om krenkelsen er begått av personer som handler i offisiell egenskap.”*

¹⁴¹ Artikkel 53 lyder: *”intet i (...)Konvensjonen skal bli tolket slik at det begrenser eller fraviker noen av de menneskerettighetene og grunnleggende friheter som måtte være sikret ved noen høy Kontraherende Parts lover eller ved noen andre avtaler den er part i.”*

¹⁴² Petzold. *Op. cit.*, s. 44.

¹⁴³ Det relevante for dette formålet er særlig artikkel 35, første ledd: *”1. Domstolen kan bare behandle en sak etter at alle nasjonale rettsmidler er uttømt, i samsvar med allment anerkjente folkerettslige regler, og innen et tidsrom på seks måneder etter at siste avgjørelse ble tatt.”*

4.3.1.3 Hensynene bak prinsippet¹⁴⁴

Ved å redegjøre for hensynene bak subsidiaritetsprinsippet kan man vurdere om Domstolens praksis fører til at de blir realisert. Med hensyn menes hvilke *overordnende betraktninger eller verdier* som søkes ivarettatt eller realisert ved hjelp av prinsippet, eller hva som må anses for å være *formålet* med prinsippet.

Hensynene bak subsidiaritetsprinsippet slik det er beskrevet i juridisk litteratur kan deles inn i to hovedkategorier: *arbeidsfordeling* og *pluralisme*¹⁴⁵. Den første kategorien av hensyn, arbeidsfordeling, er hovedsakelig basert på to ulike betraktninger: For det første anses arbeidsfordeling mellom nasjonale og internasjonale myndigheter som et gode da det fører til at det overordnende organ ikke blir overbelastet med saker som det nasjonale organet kan ta hånd om.¹⁴⁶ Subsidiaritetsprinsippet er på denne måten funksjonelt begrunnet og av avgjørende betydning for at systemet skal fungere. For det andre anses arbeidsfordeling mellom nasjonale og internasjonale myndigheter som et gode fordi lokale

¹⁴⁴ Hensynene bak prinsippet vil i stor grad overlappe hensynene bak den såkalte doktrinen om statenes skjønnsmargin, "marge d'appréciation". Flere forfattere hevder da også at fenomenene er to sider av samme sak, eller at de egentlig går ut på én og samme tanke: Petzold (1993) hevder at doktrinen om statenes skjønnsmargin stammer og er utledet fra subsidiaritetsprinsippet. Jonas Christoffersen hevder i sin (upubliserte) PhD-avhandling (2008) at subsidiaritetsprinsippet og doktrinen om statenes skjønnsmargin er det samme. I det følgende velger jeg imidlertid å bruke "subsidiaritetsprinsippet" og se bort fra statenes skjønnsmargin. Dette fordi sistnevnte som hovedregel brukes om marginen nasjonale myndigheter har under de materielle rettighetene i konvensjonen. Se her f.eks Arai-Takahashi. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Intersentia (2002) og Yourow. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. Martinus Nijhoff (1996).

¹⁴⁵ Inndelingen i hovedkategoriene er forfatterens egen. Momentene som ligger til grunn for inndelingen bygger på fremstillingene i: Carozza, Paolo G. *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*. I: *The American Journal of International Law*. Vol. 97:38 (2003), s. 38; Helfer, Laurence R. *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*. I: *The European Journal of International Law*. Vol. 19 no. 1 (2008) s. 125-159; og Petzold, Herbert. *The Convention and the Principle of Subsidiarity*. s. 41-63 I: *The European System for the Protection of Human Rights*. Macdonald, Matscher og Petzold (red.) Martinus Nijhoff (1993).

¹⁴⁶ Helfer, *op. cit.*, s. 128.

myndigheter antas å være bedre plassert for å vite hva som er de beste løsningene i det lokale miljøet.¹⁴⁷ Anvendt på EMK og Domstolen innebærer dette for eksempel at nasjonale myndigheter antas å være bedre plassert for å vurdere balansen mellom allmennhetens interesser og beskyttelsen av individets interesser og rettigheter i nasjonal kontekst.

Den andre gruppen av hensyn bak subsidiaritetsprinsippet, pluralisme, dreier seg om at man må respektere og anerkjenne lokale løsninger og ulikheter fordi det sikrer systemets legitimitet. Dette betyr at subsidiaritetsprinsippet åpner for at ulike nasjonale systemer kan velge ulike løsninger.¹⁴⁸ På denne måten kan lokal kultur, normer, tradisjoner og skikker bevares, og konsekvensen av dette er et mangfoldig og pluralistisk system. I konvensjonssystemet ser man klare uttrykk for denne siden av subsidiaritetsprinsippet ved at det er opp til nasjonale myndigheter å velge hvordan de vil gjennomføre forpliktelsene i konvensjonen, mens konvensjonsorganene skal føre tilsyn med denne prosessen. Et slikt system sikrer fleksibilitet og tilpasningsmuligheter, og det er ikke urimelig å anta at dette vil føre til bredere oppslutning om og legitimitet for systemet. Subsidiaritetsprinsippet innebærer slik sett til at den større enhet ikke skal gripe inn i den mindre enhets sfære med mindre det er nødvendig.

Det er ut fra det foregående naturlig å slutte at flere ulike hensyn taler for at subsidiaritetsprinsippet har en plass i EMK og følgelig kan anvendes av Domstolen. I det følgende vil det redegjøres for hvordan Domstolen bruker prinsippet i avgjørelsene i utvalget.

4.3.1.4 Hvordan brukes subsidiaritetsprinsippet i avgjørelsene i utvalget?

Det blir referert til subsidiaritetsprinsippet i enkelte av avgjørelsene i utvalget. I *Broniowski mot Polen* henvises det til subsidiaritetsprinsippet med denne formuleringen:

”Once such a defect has been identified, it falls to the national authorities (...)to take (...)the necessary remedial measures *in accordance with the subsidiary character of the*

¹⁴⁷ Carozza, *op.cit.*, s. 44.

¹⁴⁸ Helfer, *op.cit.*, s. 128-129; Carozza, *op.cit.*, s. 47.

*Convention, so that the Court does not have to repeat its findings in a lengthy series of comparable cases.”*¹⁴⁹

I *Scordino mot Italia* omtaler Domstolen prinsippet slik:

“Once such deficiency has been identified, the national authorities have the task (...)of taking (...)the necessary measures of redress *in accordance with the principle of subsidiarity under the Convention, so that the Court does not have to reiterate its finding of a violation in a long series of comparable cases.*”¹⁵⁰

Måten Domstolen bruker subsidiaritetsprinsippet i disse to sakene er tilsynelatende ganske likt. Samme uttalelse gjentas også i de tre tilnærmet identiske sakene *Sylla, Salah og Baybasin mot Nederland*.¹⁵¹ Domstolen uttaler i disse avgjørelsene at subsidiaritetsprinsippet innebærer en forpliktelse for statene til å iverksette nødvendige tiltak slik at ikke Domstolen blir nødt til å finne krenkelse i svært mange og tilnærmet like avgjørelser. Slik sett er det naturlig å se Domstolens uttalelser som utslag av hensynet til arbeidsfordeling.

I *Viasu mot Romania* brukes imidlertid prinsippet på en noe annen måte:

”Staten står fritt til å velge, under Ministerkomiteens tilsyn, tiltakene de vil benytte seg av for å oppfylle sin juridiske forpliktelse etter artikkel 46 i Konvensjonen, i respekt av subsidiaritetsprinsippet, slik at ikke Domstolen er tvunget til å avsi en lang serie avgjørelser med krenkelser i identiske saker”.¹⁵²

¹⁴⁹ Premiss 193 i.f. Min uthevning.

¹⁵⁰ Premiss 236. Min uthevning.

¹⁵¹ Alle avgjørelsene er avsagt samme dato, 6. juli 2006. Uttalelsen fremgår i premiss 79 i avgjørelsen *Sylla mot Nederland*.

¹⁵² Min oversettelse og uthevning. I avgjørelsens premiss 79: “*L’État défendeur demeure libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s’acquitter de son obligation juridique au regard de l’article 46 de la Convention, dans le respect du principe de subsidiarité, afin que la Cour ne soit pas obligée de réitérer son constat de violation dans une longue série d’affaires identiques.*”

Det kan hevdes at denne måten å bruke prinsippet på skiller seg noe fra måten Domstolen bruker det på i *Broniowski, Scordino* og *Sylla*. I denne avgjørelsen synes det som om prinsippet brukes for å understreke at statene står fritt til å velge hvilke tiltak de vil bruke for å oppfylle sin forpliktelse. Slik sett synes denne måten i større grad å fremheve det andre hensynet bak prinsippet, hensynet om respekt for lokale løsninger. Her sier nemlig Domstolen at nasjonale myndigheter har anledning til å velge med hvilke midler de vil fullbyrde avgjørelsen. Dette er tilsynelatende en annen bruk av subsidiaritetsprinsippet enn i den første gruppen av avgjørelser, men begge måtene å bruke prinsippet på kan hevdes å bidra til at hensynene bak prinsippet, eller formålet med det, blir realisert.

En tredje tilnærming til subsidiaritetsprinsippet er i *Burdov mot Russland*, hvor Domstolen anfører at:

”Another important aim of the pilot-judgment procedure is to induce the respondent State to resolve large numbers of individual cases arising from the same structural problem at domestic level, *thus implementing the principle of subsidiarity which underpins the Convention system*”¹⁵³

I denne avgjørelsen synes det som om Domstolen anvender subsidiaritetsprinsippet for å legitimere bruk av pilotdomprosedyren. Det er nærliggende å tolke Domstolens uttalelser slik at det er hensynet til å unngå overbelastning av Domstolen som ligger bak dens bruk av subsidiaritetsprinsippet i dette tilfellet. Dette ligner på måten Domstolen bruker prinsippet på i den første gruppen av avgjørelser. På samme vis skiller det seg noe fra måten Domstolen anvender prinsippet i avgjørelsen *Viasu mot Romania*, hvor Domstolen bruker prinsippet for å bekrefte statenes valgfrihet ved valg av tiltak for å oppfylle sin forpliktelse etter artikkel 46.

Det kan etter dette sluttes at hovedformålet med Domstolens bruk av subsidiaritetsprinsippet i avgjørelsene synes å være å unngå overbelastning av det europeiske konvensjonssystemet. Dette er i tråd med et av hovedhensynene bak prinsippet, nemlig arbeidsfordeling mellom nasjonale og internasjonale myndigheter.

¹⁵³ Premiss 127 i avgjørelsen. Min uthevning.

4.3.1.5 Er Domstolens praksis i tråd med hensynene bak prinsippet?

Spørsmålet i det følgende er hvorvidt Domstolens måte å praktisere subsidiaritetsprinsippet på kan sies å være i tråd med hensynene som ligger bak. Mens drøftelsen hittil har vært basert på Domstolens egne uttalelser og bruk av prinsippet, er fokus i drøftelsen nedenfor hvorvidt Domstolens bruk av prinsippet i realiteten er i tråd med hensynene bak.

Domstolen anfører ikke at subsidiaritetsprinsippet er et direkte grunnlag for dens praksis med å pålegge statene konkretiserte generelle tiltak. Det anføres som et grunnlag for at nasjonale myndigheter må foreta det nødvendige for å forhindre mange saker til Domstolen. Dette kan sies å være i tråd med i hvert fall ett av hensynene bak prinsippet, nemlig unngå overbelastning av det internasjonale systemet. Tanken synes å være at når Domstolen pålegger statene konkretiserte generelle tiltak så vil det føre til at færre saker basert på samme problem kommer for Domstolen. Imidlertid kan det hevdes at måten Domstolen foreskriver for å oppnå dette ikke er i tråd med hensynene bak prinsippet. Måten Domstolen vil oppnå dette på er nemlig ved at statene må gjennomføre konkretiserte generelle tiltak som Domstolen stiller opp. Dette er i strid med hensynet bak prinsippet som dreier seg om respekt for lokale løsninger. Når Domstolen pålegger statene konkrete, generelle tiltak kan det hevdes at den beveger den seg inn i nasjonale myndigheters sfære. Subsidiaritetsprinsippet taler for at det er opp til statene å velge med hvilke midler og hvordan de vil oppfylle forpliktelsen etter artikkel 46, slik Domstolen også påpeker i *Viasu mot Romania*. Tanken her er at statene selv vet best hvor problemene i nasjonal lovgivning ligger, og av de mange ulike måtene å regulere konvensjonens krav på så må det være opp til hver enkelt medlemsstats myndigheter og folkevalgte forsamling og vurdere hvilke endringer som skal foretas. Det bør være opp til dem hva, hvor mye, og hvordan nasjonalt lovverk må endres. Dette er i tråd med hensynene bak subsidiaritetsprinsippet som går på arbeidsfordeling mellom lokal og sentral av hensyn til ulike løsninger og legitimitet. Det kan også hevdes at Domstolen ikke har kunnskap eller kompetanse til å uttale seg om det strukturelle, underliggende problemet og hvordan det best skal løses. Når Domstolen gjør nettopp dette i disse avgjørelsene kan det hevdes at den er i strid med grunnleggende

hensyn bak subsidiaritetsprinsippet, selv om formålet med praksisen må sies å være i tråd med de samme hensynene.

4.3.2 Effektivitetsprinsippet

4.3.2.1 Effektivitetsprinsippet i folkeretten¹⁵⁴

Effektivitetsprinsippet er et prinsipp som brukes for å tolke traktater. Det innebærer i korthet at man tolker reglene i en traktat på en måte som gjør at formålet med traktaten oppfylles og reglene får anvendelse.¹⁵⁵ Altså at de blir ”effektive”. Dersom en regel eller klausul i en traktat kan tolkes på to forskjellige måter skal man velge den måten som sikrer traktatens formål og funksjon, i motsetning til den som vil hindre den i å virke.¹⁵⁶ For å oppnå dette kan man tolke traktatens ordlyd i lys av traktatens formål. Prinsippet kan komme til uttrykk på to ulike måter. For det første ved å sikre at ingen av reglene eller normene i traktaten er uten mening eller innhold. Den andre måten å se prinsippet på, er at det skal sikre at traktaten er effektiv i å oppnå sitt formål. Det kan hevdes at essensen av prinsippet om effektiv tolking av traktater er en kombinasjon av disse perspektivene.¹⁵⁷

¹⁵⁴ I forarbeidene til Wienkonvensjonen om traktatretten kommer det frem at den internasjonale folkerettskommisjonen (ILC), nedsatt av FN i 1948 for å utvikle og kodifisere internasjonale folkerettsregler, vurderte å innta prinsippet i konvensjonen, men fant at det kom til uttrykk gjennom formuleringen ”good faith” sammenholdt med ”object and purpose”. Se Yearbook of the International Law Commission (1966) Vol. II s. 219 para (6): “*The Commission, however, took the view that, in so far as the maxim ut res magis valeat quam pereat reflects a true general rule of interpretation, it is embodied in article 27, paragraph 1, which requires that a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in the context of the treaty and in the light of its object and purpose. (...) Accordingly, it did not seem to the Commission that there was any need to include a separate provision on this point.*”

¹⁵⁵ Merrills, J.G. *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*. (1993), s. 98.

¹⁵⁶ Orakhelashvili, Alexander. *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*. (2008), s. 393.

¹⁵⁷ Orakhelashvili, *op. cit.*, s. 394.

Det påpekes imidlertid bl.a. av den internasjonale folkerettskommisjonen¹⁵⁸ og i litteraturen at effektivitetsprinsippet *ikke* kan brukes til å innfortolke nye forpliktelser under en traktat eller føre til at konvensjonen kommer til anvendelse på områder eller spørsmål som ikke statene så for seg når de inngikk traktaten.¹⁵⁹ En slik bruk av effektivitetsprinsippet vil kunne være i strid med statenes suverenitet og kravet om god tro.¹⁶⁰ Hvor grensen går mellom hva som er tolkning av reglene slik at de blir ”effektive” og hva som er nye forpliktelser som krever eget grunnlag kan imidlertid være vanskelig å trekke.

¹⁵⁸ Yearbook of the International Law Commission (1966) Vol. II s. 219 para (6): “*Moreover, to do so might encourage attempts to extend the meaning of treaties illegitimately on the basis of so-called principle of ‘effective interpretation’.* The Court, which has by no means adopted a narrow view of the extent to which it is proper to imply terms in treaties, has nevertheless insisted that there are definite limits to the use which may be made of the principle *ut res magis valeat for this purpose.*”

¹⁵⁹ Orakhelashvili uttrykker synspunktet på følgende måte på s. 397: “*Effectiveness of interpretation relates to the effectiveness of what has been agreed between the parties, not to supplementing the product of agreement by whatever would make it more effective.*”

¹⁶⁰ Orakhelashvili, *op. cit.*, s. 394: “*The requirement of effectiveness cannot make treaty obligations expand to other objects or aspects of life, or justify inroads into State sovereignty that do not relate to that object.*”

4.3.2.2 Effektivitetsprinsippet i EMK

Effektivitetsprinsippet blir ofte brukt av Domstolen ved tolkningen av EMK.¹⁶¹ Domstolen har også ved flere anledninger uttalt at rettighetene i konvensjonen ikke skal være teoretiske og illusoriske, men praktiske og effektive.¹⁶² Dette er et klart uttrykk for effektivitetsprinsippet i Domstolens praksis. Det fremgår også av flere avgjørelser at Domstolen anser EMK for å være ”a living instrument” som må tolkes i lys av dagens samfunnsforhold. Dette kan også hevdes å være et uttrykk for at rettighetene i konvensjonen skal være effektive fordi det sikrer at rettighetene er effektive i de samfunn de er ment til å gjelde for. Effektivitetsprinsippet har bidratt til utvidende tolkning av den naturlige forståelse av konvensjonens tekst, noe som blant annet har resultert i læren om positive forpliktelser.¹⁶³

¹⁶¹ Van Dijk, Pieter og G.J.H. van Hoof. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 3.utgave (1998) s. 74. Eksempler fra rettspraksis er Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia av 4. februar 2005 premiss 123: ”*The Court reiterates in that connection that Article 31 §1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties provides that treaties must be interpreted in good faith in the light of their object and purpose, and also in accordance with the principle of effectiveness.*” Videre også avgjørelsen Sergey Zolotukhin mot Russland av 10. februar 2009, premiss 80 (”*The provisions of an international treaty such as the Convention must be construed in the light of their object and purpose and also in accordance with the principle of effectiveness*”). I Belgian Linguistic-saken av 23. juli 1968 under del I underpunkt 4 uttales ”*in the view of the Commission such a 'restrictive application' would conflict with the principle of effectiveness established by the case law of the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice,*” Se også Soering mot Storbritannia av 7. juli 1989 premiss 87-88: ”*In interpreting the Convention regard must be had to its special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms. Thus, the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective.*”

¹⁶² Se f.eks Airey mot Irland av 9. oktober 1979, premiss 24. Også United Communist Party mot Tyrkia av 30. januar 1998 premiss 33: ”*The Court reiterates that the Convention is intended to guarantee rights that are not theoretical or illusory, but practical and effective.*”

¹⁶³ Airey mot Irland av 9. oktober 1979 premiss 25.

Man kan stille spørsmål ved om effektivitetsprinsippet også kommer til anvendelse ved tolkningen av de prosessuelle reglene i EMK. Dersom Domstolen anvender prinsippet på denne måten vil det være for å sikre effektiviteten til konvensjonssystemet i sin helhet og ikke bare for de materielle rettighetene. Det finnes enkelte avgjørelser hvor Domstolen gjør nettopp dette. Det er for det første i avgjørelsen *Loizidou mot Tyrkia* (preliminære innsigelser) avsagt 23. mars 1995. I denne uttaler Domstolen at:

”the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions is firmly rooted in the Court’s case-law. Such an approach, in the Court’s view, is not confined to the substantive provisions of the Convention, *but also applies to those provisions, such as Article 25 and 46, which govern the operation of the Convention’s enforcement machinery*. It follows that these provisions cannot be interpreted solely in accordance with the intentions of their authors as expressed more than forty years ago.”¹⁶⁴

Her uttaler Domstolen at dens dynamiske tolkning også kommer til anvendelse på konvensjonens regler for tilsyn. Domstolens dynamiske tolking kan hevdes å være et uttrykk for effektivitetsprinsippet ettersom det bidrar til å sikre at rettighetene i konvensjonen er effektive også i samfunn som er svært annerledes fra det som var tilfellet når konvensjonen ble vedtatt i 1950. En annen avgjørelse hvor Domstolen gir uttrykk for et lignende syn er i kammeravgjørelsen *Mamatkulov og Abdurasulovic mot Tyrkia* av 6. februar 2003:

“The Court reiterates in that connection that the provisions of treaties must be interpreted in good faith in the light of the object and purpose of the treaty and in accordance with the principle of effectiveness. *That rule applies also to regulatory provisions which must be interpreted in the light of the provisions of the treaty to which they relate.*”¹⁶⁵

¹⁶⁴ Premiss 71. Min uthevning.

¹⁶⁵ Premiss 109. Min uthevning.

Når domstolen referer til “regulatory provisions” så henviser den til de såkalte ”interim measures” som Domstolen har anledning til å vedta etter regel 39 i domstolsreglementet.¹⁶⁶ Her uttaler Domstolen at effektivitetsprinsippet også gjelder ved tolkning av de prosessuelle reglene i domstolsreglementet. Det er nærliggende å tro at Domstolen her også mener at konvensjonens prosessuelle regler, og ikke bare domstolsreglementet, kan tolkes utvidende eller dynamisk slik at de blir ”effektive” i tråd med effektivitetsprinsippet.

Det kan slutes av disse eksemplene at effektivitetsprinsippet gjelder i EMK og for Domstolen. Effektivitetsprinsippet gjelder videre både for de materielle bestemmelsene i konvensjonen og for de prosessuelle reglene. Det neste spørsmålet blir dermed *om* og eventuelt *hvordan* prinsippet blir anvendt i avgjørelsene i utvalget. Først vil det imidlertid redegjøres for hensynene bak prinsippet.

4.3.2.3 Hensynene bak prinsippet

Et grunnleggende hensyn bak effektivitetsprinsippet sammenfaller med hensynene bak den folke- og avtalerettslige normen om at avtaler skal holdes, ”pacta sunt servanda”. Effektivitetsprinsippet bidrar til å sikre at traktater respekteres.¹⁶⁷ Dette fører til forutsigbarhet og rettssikkerhet for alle parter. At partene til en konvensjon kan stole på at den overholdes og respekteres er videre helt nødvendig for at det internasjonale samfunn skal kunne fungere. Her kommer også et annet hensyn bak effektivitetsprinsippet inn, som henger sammen med det første, nemlig at effektivitetsprinsippet gjør at man i mindre grad kan forhandle bort eller manipulere innholdet eller rettighetene i traktatforpliktelser.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Rule 39: “(Interim measures) 1. The Chamber or, where appropriate, its President may, at the request of a party or of any other person concerned, or of its own motion, indicate to the parties any interim measure which it considers should be adopted in the interest of the parties or of the proper conduct of the proceedings before it.”

¹⁶⁷ Orakhelashvili, *op. cit.*, s. 393: “The principle of effectiveness is indispensable for ensuring that treaties have their proper effect.”

¹⁶⁸ *Ibid.*: “Without the principle of effectiveness the clarification of the real scope of treaty obligations would be difficult, and the narrowing down of treaty obligations through political manipulation would become possible. The principle is indispensable for ensuring that treaties have their proper effect.”

4.3.2.4 Hvordan brukes effektivitetsprinsippet i avgjørelsene i utvalget?

Hensynet til effektivitet blir anført av flertallet i flere av realitetsavgjørelsene i utvalget. Imidlertid kan det hevdes at effektivitetsprinsippet i seg selv ikke blir direkte anvendt som et grunnlag for Domstolens ileggelse av konkrete generelle tiltak. Det synes som om Domstolen snarere har effektiviteten til hele konvensjonssystemet i tankene når den begrunner sin nye praksis. Dette gjør at man kan hevde at selv om ikke effektivitetsprinsippet er et direkte anført rettsgrunnlag så kan det leses ut av avgjørelsene. I det følgende redegjøres for innholdet i og konsekvensene av Domstolens uttalelser om dette.

I *Broniowski mot Polen* i premiss 193 uttaler Domstolen at:

”there are (...) already 167 applications pending before the Court brought by Bug River claimants. This (...) represents a threat to the future effectiveness of the Convention machinery.”¹⁶⁹

Samme type uttalelse finnes i *Scordino mot Italia*, premiss 235 i.f.:

”There are already dozens of applications before the Court that have been lodged by persons affected (...). That is also a threat for the future effectiveness of the system put in place by the Convention.”

Domstolen referer altså ikke direkte til effektivitetsprinsippet i noen av avgjørelsene, men til effektiviteten av konvensjonssystemet som helhet. Rettighetene i konvensjonen er bare ’praktiske og effektive’ så lenge konvensjonssystemet (som er ment til å ivareta rettighetene) også er det. Konvensjonssystemet er ikke effektivt hvis det

¹⁶⁹ Et annet sted i samme avgjørelse hvor effektivitetsprinsippet brukes er i premiss 151 hvor Domstolen uttaler at når den skal vurdere hvorvidt staten har sikret eiendomsretten slik den er påkrevd å gjøre, så står Domstolen fritt til å vurdere all dens handlinger i så måte. Dette er under henvisning til at rettighetene i konvensjonen skal være praktiske og effektive. ”*In assessing compliance with Article 1 of Protocol No. 1, the Court must take an overall examination of the various interests in issue, bearing in mind that the Convention is intended to safeguard rights that are 'practical and effective'.*”

foreligger en saksbehandlingskø som det tar Domstolen flere år å behandle. Man kan imidlertid stille spørsmål ved om Domstolens løsning er i tråd med hensynene bak effektivitetsprinsippet. I neste punkt vil denne problemstillingen analyseres nærmere.

4.3.2.5 Er Domstolens praksis i tråd med hensynene bak prinsippet?

Domstolen anfører hensynet til hele konvensjonssystemets effektivitet når den tolker konvensjonen utvidende i avgjørelsene i utvalget. Dette er i tråd med Domstolens uttalelser i avgjørelsene *Loizidou* og *Mamatkulov*, jfr. ovenfor. Når Domstolen pålegger statene konkrete, generelle tiltak bidrar den på en avgjørende måte til å sikre konvensjonssystemets effektivitet og gjennom dette at rettighetene i Konvensjonen er praktiske og effektive. Dette gjør at avtalen – konvensjonen – holdes av partene – statene. Det er altså i tråd med det grunnleggende hensynet bak effektivitetsprinsippet om at traktater skal respekteres.

Man kan likevel stille spørsmålet om Domstolen strekker effektivitetsprinsippet for langt ved å bruke det på denne måten. Dersom tolkningen går langt ut over det som er avtalt mellom partene kan det hevdes at tolkningen vil være i strid med statenes suverenitet. Det er også klart at man ikke kan etablere nye forpliktelser ved å bruke effektivitetsprinsippet. Man kan spørre seg om det ikke er nettopp dette Domstolen gjør når den etablerer en plikt for statene til å gjennomføre konkrete, generelle tiltak i sine avgjørelser. Denne tolkningen vil kunne være i strid med god tro-kravet som også gjelder som tolkningsprinsipp. Dette taler for at effektivitetsprinsippet ikke kan brukes på den måten Domstolen gjør det i avgjørelsene i utvalget.

Motargumentet er at selv om effektivitetsprinsippet innebærer en begrensning av partenes suverenitet, så er denne begrensningen å anse som en konsekvens av en forpliktelse som partene frivillig har valgt å påta seg.¹⁷⁰ Når partene frivillig har gått med

¹⁷⁰ Orakhelashvili, *op.cit.*, s. 396 “*Lauterpacht also elaborates upon the interaction between effective interpretation and sovereignty of States, observing that ‘Interpretation resulting in effectiveness, as distinguished from ineffectiveness or limited effectiveness, of treaty obligations implies a limitation of sovereignty –although such limitation may be the consequence of an obligation freely undertaken.’*”

på en slik innskrenkning av suvereniteten, må de også akseptere konsekvensene som følger av det. Det kan derfor hevdes at Domstolens tolkning i disse avgjørelsene ikke i urimelig grad går ut over hva partene har forpliktet seg til. Det partene har forpliktet seg til er blant annet å sikre konvensjonens rettigheter og friheter innenfor sitt myndighetsområde, jfr. artikkel 1 i konvensjonen.¹⁷¹ Tolkninger som Domstolen gjør for å sikre nettopp dette kan med rimelighet hevdes å være innenfor det partene har avtalt i denne sammenheng.

4.3.3 Vurdering av uttrykkene for prinsipper som grunnlag for Domstolens praksis

Subsidiaritetsprinsippet, og hensynene som ligger bak det, kan hevdes å kunne anføres både for og mot Domstolens praksis med å pålegge statene konkrete, generelle tiltak. Det kan argumenteres for at det er i tråd med prinsippet å pålegge konkrete tiltak fordi det vil føre til at færre klager må behandles av Domstolen. På den annen side kan det hevdes at subsidiaritetsprinsippet tilsier at Domstolen skal unngå å tre inn i nasjonalstatenes sfære dersom det ikke er helt nødvendig eller hensiktsmessig, og ikke pålegge dem konkrete tiltak.

Når det gjelder det andre uttrykket for prinsippet i Domstolens avgjørelser, effektivitetsprinsippet, så viser analysen av rettspraksis at Domstolen har anledning til å anvende effektivitetsprinsippet på prosessuelle bestemmelser og konvensjonssystemet i sin helhet. Dette er bakgrunnen for at det kan hevdes at effektivitetsprinsippet er et relevant rettslig grunnlag for Domstolens praksis med å pålegge statene konkrete tiltak. Selv om man finner at Domstolen kan anvende effektivitetsprinsippet på prosessuelle bestemmelser og konvensjonssystemet i sin helhet, er imidlertid et prinsipp i seg selv – uten støtte fra andre rettskildefaktorer som for eksempel ordlyd – et relativt svakt rettsgrunnlag for Domstolens utvikling av praksis.

¹⁷¹ Artikkel 1 lyder i norsk oversettelse: *“Forpliktelse til å respektere menneskerettighetene. De høye Kontraherende Parter skal sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I i denne konvensjon.”*

4.4 "Perspektiver" - utradisjonelle rettskilder som rettsgrunnlag for praksisen

I denne kategorien av mulige rettsgrunnlag for Domstolens praksis behandles en utypisk gruppe rettskilder som omtales som "perspektivgrunnlag". Med dette menes for det første at det ikke er tradisjonelle rettskilder i folkeretten slik de presenteres i Wienkonvensjonen om traktatretten eller brukes i praksis. For det andre anføres disse grunnlagene bare i liten grad av Domstolen i avgjørelsene i utvalget. Det er en mindretallsdommer i avgjørelsen *Hutten-Czapska mot Polen* som i sitt særvtum anfører det første perspektivet: "domstolens iboende egenskaper". Dommer Ziemele uttaler at Domstolen kan gjøre bruk av sine iboende egenskaper for å vurdere generelle tiltak som må iverksettes.¹⁷² Det andre perspektivet, "respekten for menneskerettighetene", blir også anført i denne dissensen, i tillegg til at Domstolens flertall i *Broniowski mot Polen* bygger på denne tanken. Flertallet hevder her blant annet at "respekten for menneskerettighetene" tilsier at Domstolen må kunne vurdere de relevante generelle tiltak i saker.¹⁷³ Denne avgjørelsen er imidlertid ikke en realitetsavgjørelse, men en avgjørelse hvor Domstolen tar stilling til hvorvidt et forlik mellom stat og klager er i tråd med domstolens konklusjoner og konvensjonen. På tross av disse betraktningene kan det hevdes at perspektivgrunnlagene bidrar til å utfylle bildet omkring Domstolens praksis og rettslige grunnlag.

I det følgende redegjøres det for innholdet i disse grunnlagene, "domstolens iboende egenskaper" og "respekten for menneskerettighetene". Dernest foretas det en vurdering av perspektivene som rettslig grunnlag for Domstolens praksis.

¹⁷² *Hutten-Czapska mot Polen* av 28. april 2008 (forlik), særvtumet.

¹⁷³ *Broniowski mot Polen* av 28. september 2005 (forlik), premiss 36.

4.4.1 Domstolers iboende egenskaper

4.4.1.1 Generelt om ”domstolers iboende egenskaper”

Det kan hevdes at domstoler har visse egenskaper eller kvaliteter i kraft av å være domstoler.¹⁷⁴ Ifølge dette synet er kompetansen domstoler har til å utøve sin funksjon ikke bare gitt dem i grunnlagsdokumenter, men inngår også som en del av deres iboende egenskaper som er nødvendige for utøvelsen av domstolsfunksjonen.¹⁷⁵ Det er vanlig å dele opp domstolers iboende kompetanse i to hovedkategorier. Den første typen kalles gjerne for ”*la compétence de la compétence*” – eller på engelsk ”*power to determine the extent of their jurisdiction*”. I begrepet ligger det at domstoler selv har anledning til å avgjøre spørsmål vedrørende egen kompetanse og myndighetsområde. Den andre hovedkategorien av iboende egenskaper er kompetansen internasjonale tribunaler har til å vedta regler om prosedyre og saksgang for å sikre en rettferdig administrasjon av prosessen som foregår i domstolen.

Den første kategorien – kompetanse over å sin egen myndighet – er det mest kjente og brukte eksempelet på en domstols iboende egenskap. Et eksempel fra nyere tid hvor en internasjonal domstol har vist til en slik egenskap er i saken *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)* fra 2005 ved Den internasjonale domstolen (ICJ)). I denne saken uttalte ICJ at dens kompetanse over sin egen kompetanse blant annet var reflektert i domstolens vedtekter artikkel 36 (6), selv om den ikke kom direkte til uttrykk der.¹⁷⁶ Artikkel 36 (6) i vedtektene til ICJ lyder: ”*In the event of a dispute as to whether*

¹⁷⁴ I litteraturen fremføres synet av blant andre Brown, Chester. *A Common Law of International Adjudication*. (2007) s. 55. Se også Ziemele, Ineta. *International Courts and Ultra Vires Acts*. I. Liber Amicorum Luzius Wildhaber. Human Rights - Strasbourg Views. Caflisch, Lucius et al. (2007) s. 537-557, på side 542-543. Ress, Georg konkluderer også med at EMD har ”inherent powers” uten å redegjøre nærmere for hva disse består i eller hva det rettslige grunnlaget for dem er i *European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order*. I: Texas International Law Journal Vol. 40: 359 (2005) s. 359-382 på s. 373.

¹⁷⁵ Brown, Chester. *A Common Law of International Adjudication*. (2007), s. 55.

¹⁷⁶ Case concerning legality of use of force (*Serbia and Montenegro v. Belgium*) Preliminary objections. Judgment of 15 December 2004. I.C.J. Reports 2004 s. 279, avsnitt 34 i avgjørelsen: “(...) *in its exercise of the compétence de la compétence reflected in Article 36, paragraph 6, of the Statute.*”

the Court has jurisdiction, the matter shall be settled by the decision of the Court.” I kommentaren til vedtektene uttales det om denne artikkelen at “It is a rule generally encountered in the statutes of international courts and tribunals that the judicial body decides on its jurisdiction should any doubt arise. It enjoys Kompetenz-Kompetenz.”¹⁷⁷

4.4.1.2 Har EMD iboende egenskaper?

Spørsmålet i det videre er på hvilken måte det kan hevdes at EMD, i likhet med andre internasjonale tribunaler, har visse iboende egenskaper. Når det gjelder den første kategorien av egenskaper, myndighet til å avgjøre spørsmål om egen kompetanse, så er dette blant annet gitt Domstolen i konvensjonens artikkel 35 som oppstiller vilkårene for realitetsbehandling. Det er særlig fjerde ledd som gir Domstolen denne kompetansen: *”Domstolen skal avvise enhver klage som den ut fra denne artikkelen finner ikke å kunne prøve. Den kan gjøre det på et hvilket som helst stadium i saksbehandlingen.”* Ettersom denne kompetansen altså er konvensjonshjemlet blir det unaturlig å kalle dette for en iboende egenskap. Det kan likevel hevdes at regelen i artikkel 35 (4) er uttrykk for den generelle folkerettsregelen som består i at internasjonale tribunaler har myndighet til å avgjøre spørsmål om egen kompetanse. I Nottebohm-saken¹⁷⁸ kom ICJ til at selv om artikkel 36 (6) i vedtektene til ICJ inneholdt en slik regel, så hadde domstolen også denne egenskapen i kraft av sine iboende egenskaper. Dette var fordi artikkel 36(6) *”merely adopted a rule consistently accepted by general international law in the matter of international arbitration”*.¹⁷⁹

Det neste spørsmålet er om EMD også kan sies å ha den andre typen iboende egenskaper som handler om regler for saksgangen og prosedyren i Domstolen. Domstolen

¹⁷⁷ Statute of the International Court of Justice, s. 643.

¹⁷⁸ Nottebohm case (Lichtenstein v. Guatemala) Preliminary objection. Judgment of 18. November 1953. I.C.J. Reports 1953, s. III.

¹⁷⁹ ICJ i Nottebohm-saken, som gjengitt i Brown, Chester. *A Common Law of International Adjudication*. (2007) på side 62.

har vedtatt en egen forretningsorden, "Rules of Court".¹⁸⁰ Den siste utgaven av dette domstolsreglementet inkluderer endringer vedtatt av Domstolen i plenum 11. desember 2007, 22. september og 1. desember 2008. Disse endringene trådte i kraft 1. januar 2009. Domstolsreglementet inneholder regler om blant annet presidentskapet, justissekretariatet, oppdelingen i kamre og storkammer, arbeidsspråk, tredjepartsintervensjoner og mye annet. Dette domstolsreglementet er tilsynelatende ikke gitt direkte i kraft av delegert myndighet fra konvensjonen. Det refereres til domstolsreglementet i konvensjonens artikkel 25 hvor det uttales at "[d]omstolen skal ha et justissekretariat hvis funksjoner og organisering skal være fastsatt i Domstolens forretningsorden". Videre uttales det i artikkel 26 at det er Domstolen i plenum som blant annet skal "d. Vedta forretningsorden for Domstolen". Her forutsettes det at Domstolen har en forretningsorden, eller et domstolsreglement, og at det er Domstolen selv i plenumsformasjon som vedtar den. Det finnes ingen regler for hvordan Domstolen skal utarbeide eller endre domstolsreglementet. Det synes som om alle parter, både de andre organene i Europarådet samt medlemsstatene, aksepterer domstolsreglementet og Domstolens kompetanse til å endre det. Dette viser at Domstolen har en iboende egenskap til å bestemme over saksgangen i domstolen. Selv om denne kompetansen til en viss grad kan hevdes å være utledet av artikkel 25 og 26, synes det klart at dette også er en iboende egenskap Domstolen har.

Om Domstolen har anledning til å tolke sitt eget domstolsreglement kom på spissen i saken *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia*.¹⁸¹ Saken dreide seg om to usbekiske statsborgere som ble utlevert fra Tyrkia til Usbekistan til tross for EMDs midlertidige forføyning mot slik utlevering inntil saken var avgjort. Domstolens midlertidige forføyning ("interim measures") var gitt med hjemmel i regel 39 i domstolsreglementet. Staten anførte blant annet at regel 39 ikke påla dem en forpliktelse til å rette seg etter slike midlertidige forføyninger. Domstolen tolket imidlertid regelen og sin egen praksis slik at det oppstod en forpliktelse for staten til å føye seg etter det midlertidige forbudet mot utlevering. Dermed utgjorde det et brudd på den individuelle klageretten etter artikkel 34 når myndighetene

¹⁸⁰ Tilgjengelig på domstolens hjemmeside www.echr.coe.int.

¹⁸¹ Storkammeravgjørelse avsagt 4. februar 2005.

utleverte klagerne på tross av forføyningen. I denne avgjørelsen tolker altså Domstolen sitt eget reglement. Dette kan hevdes å være utøvelse av en iboende egenskap.

At Domstolen fritt kan endre domstolsreglementet viser også at de involverte aktørene betrakter dette som innenfor Domstolens kompetanse, og følgelig en slags iboende egenskap domstolen har i kraft av å være en internasjonal domstol.

Det kan etter dette hevdes at EMK, i likhet med andre internasjonale tribunaler, har visse iboende egenskaper i kraft av å være en internasjonal domstol. Spørsmålet i det videre blir om Domstolens nye praksis med å pålegge statene konkretiserte generelle tiltak er en del av utøvelsen av dens iboende egenskaper. Som påpekt tidligere anføres dette grunnlaget for Domstolen av en dommer i sær votum i avgjørelsen *Hutten-Czapska mot Polen*. Det er dommer Ziemele som i sitt delvis dissenterende og delvis bifallende votum anfører at:¹⁸²

”Indeed, the Court can resort to its inherent powers to make the assessment of general measures part of a friendly settlement, especially where respect for human rights so requires”.¹⁸³

4.4.1.3 Kan Domstolens nye praksis være utøvelse av dens iboende egenskaper?

Spørsmålet i det følgende er om Domstolens praksis med å pålegge statene konkrete forpliktelser i form av generelle tiltak er utøvelse av dens iboende egenskaper. Domstolen pålegger altså statene forpliktelser på en måte som den ikke har gjort tidligere. Dette er ikke et spørsmål om utstrekning av Domstolens myndighet. Det faller altså ikke inn i den første hovedkategorien av iboende egenskaper som beskrevet overfor om Domstolens myndighet til å avgjøre spørsmål om sin egen kompetanse. Heller ikke synes det som om Domstolens praksis er noe som faller inn under den andre hovedkategorien av iboende egenskaper som handler om administrasjon av saksgangen for domstolen. Dette taler for at Domstolens nye praksis ikke med rimelighet kan kalles utøvelse av iboende egenskap.

¹⁸² *Hutten-Czapska mot Polen* av 28. april 2008 (forlik).

¹⁸³ Sær votum (Ziemele).

På den annen side kan det hevdes at dersom Domstolen ikke foretar seg noe for å forhindre brudd på menneskerettighetene så vil Domstolen ikke kunne fungere som en domstol slik den er ment å gjøre. Dersom arbeidsmengden til Domstolen øker i samme takt som den har gjort de siste årene vil det kunne ta flere år, kanskje tiår, fra en klage kommer inn til Domstolen til den blir avgjort. Dette vil i seg selv kunne utgjøre krenkelse av artikkel 6 og retten til å få avgjort sitt krav ”innen rimelig tid”. Domstolen vil da altså ikke kunne fungere slik den er ment å gjøre etter artikkel 19 i Konvensjonen. Av dette kan man slutte at Domstolen må foreta seg noe for å forhindre en slik utvikling, og sikre at den kan fortsette å fungere. Et eksempel på et slikt tiltak er å pålegge statene konkrete, generelle tiltak slik at man unngår at mange like saker blir anlagt for Domstolen. Det kan synes som om det er denne tanken dissenterende dommer Ziemele også bygger på ettersom hun tillegger at dette er gyldig ”...*especially where respect for human rights so requires*”. Dersom Domstolen *ikke* foretar seg noe vil ikke menneskerettighetene respekteres. Dette argumentet understøttes av et annet argument, nemlig at Domstolen har en dynamisk tolkningstradisjon og er kjent for å utvikle konvensjons innhold i takt med sosiale forhold og tidens utvikling. Domstolens praksis med å pålegge statene plikt til å foreta generelle tiltak kan hevdes å være en del av denne tolkingstradisjonen. Denne måten å tolke konvensjonens forpliktelser på gjelder ikke bare de materielle rettighetene i konvensjonen, men også de prosessuelle rettighetene.¹⁸⁴

Det kan mot dette anføres at Domstolens utvikling av sin egen kompetanse er radikalt annerledes enn dens tidligere tolking, og av denne grunn bør den ha et annet og bedre grunnlag enn iboende egenskaper. Det er dessuten i strid med ordlyden i artikkel 46 (2) som sier at det er Ministerkomiteen som skal føre tilsyn med avgjørelsene. Gjennom sin utvikling av praksis endrer Domstolen potensielt på konvensjonens overvåkningssystem. For å gjøre dette er det rimelig å hevde at den må ha ubestridelig og klar tilslutning fra alle konvensjonspartene i form av konvensjonsendring, langvarig og entydig praksis som ingen av partene motsetter seg, eller kombinasjoner av flere grunnlag. Henvisning til iboende

¹⁸⁴ Jfr. avgjørelsene Loizidou mot Tyrkia av 23. mars 1995 premiss 71 (preliminære innsigelser) og Mamatkulov og Abdurasulovic mot Tyrkia av 6. februar 2003, premiss 109 (kammeravgjørelsen).

egenskaper i seg selv kan ikke være nok. Dette vises også ved at domstolen bare bruker dette begrepet i én avgjørelse, av én dommer i særvotum. Flertallet i den gjeldende avgjørelsen, samt i de andre avgjørelsene i utvalget, bygger ikke på dette grunnlaget.

4.4.2 "The notion of respect for human rights"

4.4.2.1 Hva ligger i begrepet "the notion of respect for human rights"?

Begrepet "menneskerettigheter" er ikke entydig. Kort og upresist kan det defineres som visse grunnleggende forestillinger om forholdet mellom individ og stat.¹⁸⁵ Selve begrepet om "respekt for menneskerettighetene" blir tilsvarende vagt og vanskelig å definere. Menneskerettighetenes nærmere innhold avhenger av ens ståsted. Ofte benyttes begrepet menneskerettigheter uten noen nærmere forankring, men som uttrykk for grunnleggende rettferdighetskrav som umiddelbart fremtrer som innlysende for de fleste.¹⁸⁶

4.4.2.2 Kan "respekten for menneskerettighetene" i seg selv være et rettslig grunnlag for Domstolens praksis?

Spørsmålet i det følgende er om respekten for menneskerettighetene i seg selv - "the notion of respect for human rights" - kan være grunnlag for Domstolens løsning i avgjørelsene. I dette ligger en tanke om at det finnes noen interesser i tillegg til den individuelle klagerens sak for Domstolen, en generell interesse i at menneskerettighetene ikke krenkes - som tilsier at Domstolens praksis må være gyldig.

En illustrasjon på at det finnes uttrykk for en slik tanke også i konvensjons regler er artikkel 37.¹⁸⁷ Den sier at Domstolen kan velge å vurdere en klage selv om den har blitt trukket av klageren som anla den, eller dersom klageren og den innklagde staten har

¹⁸⁵ Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. (2003), s. 25.

¹⁸⁶ Ibid., s. 26.

¹⁸⁷ Artikkel 37 (1) 2.setning i norsk versjon: "Domstolen skal imidlertid fortsette behandlingen av klagen dersom respekten for menneskerettighetene som definert i konvensjonen og dens protokoller krever det."

kommet til en løsning på annen måte; ”*if respect of human rights as defined in the Convention and the protocols thereto so requires*”. Det er med andre ord rom for at Domstolen kan avgjøre spørsmålet om menneskerettighetene i konvensjonen har blitt krenket selv om det ikke lenger eksisterer en individuell interesse i at saken avgjøres av Domstolen. Et annet eksempel på at det eksisterer en generell beskyttelsesverdig interesse i tillegg til den individuelle klagerens interesse er artikkel 12 i foreslåtte tilleggsprotokoll 14 som inneholder et nytt avvisningskriterie.¹⁸⁸ Ifølge denne regelen kan Domstolen avvise en klage når ”*the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights...requires an examination of the application on the merits.*” En slik generell interesse i å beskytte menneskerettighetene kan kanskje være “the notion of respect for human rights” som Domstolen anfører. At det nettopp eksisterer en slik generell interesse i å beskytte menneskerettighetene anfører Domstolen i *Broniowski mot Polen* (forlik).¹⁸⁹ I avgjørelsen uttaler Domstolen (flertallet) at:

”In the context of a friendly settlement reached after delivery of a pilot judgment on the merits of the case, *the notion of ‘respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto’ necessarily extends beyond the sole interests of the individual applicant and requires the Court to examine the case also from the point view of ‘relevant general measures’.*”¹⁹⁰

Domstolen uttaler altså at respekten for menneskerettighetene i seg selv tilsier at det finnes en generell interesse som rekker lenger enn den individuelle klageren, og at dette gjør at Domstolen har anledning til å vurdere de relevante generelle tiltakene i saken. Den samme uttalelsen gjentas dessuten av en dommer i sær votum i en annen avgjørelse. Dommer Ziemele viser i *Hutten-Czapska mot Polen*¹⁹¹ til at flertallet i *Broniowski mot Polen* anvendte ”the notion of respect for human rights”:

¹⁸⁸ Tilleggsprotokollen er vedtatt, men har enda ikke trådt i kraft.

¹⁸⁹ *Broniowski mot Polen* (forlik) av 28. september 2005.

¹⁹⁰ Premiss 36. Min uthevning.

¹⁹¹ *Hutten-Czapska mot Polen* (forlik) av 28. april 2008.

”First of all, the Court explains that the notion of ‘respect for human rights’ requires it to examine cases from the point of view of ‘relevant general measures.’”

I den første avgjørelsen avgrenset Domstolen uttalelsen til å gjelde i saker om forlik som behandles i etterkant av en pilotavgjørelse. Det kan synes som om Domstolen dermed begrenser argumentet med at respekten for menneskerettighetene kan tilsi at Domstolen kan vurdere generelle tiltak til å gjelde i slike tilfeller. Når samme argumentet blir gjentatt i *Hutten-Czapska* blir ikke denne presiseringen foretatt. Man kan imidlertid vanskelig slutte av det at Domstolen derfor mener at argumentet gjelder i alle saker. Det synes imidlertid naturlig å legge til grunn at Domstolen mener at det eksisterer en generell interesse om respekt for menneskerettighetene som går ut over den individuelle klagerens interesser. Domstolen kan tolkes slik at den finner det ønskelig og nødvendig å vurdere de relevante generelle tiltakene i saken.

4.4.3 Vurdering av perspektivgrunnlagene som rettsgrunnlag

Spørsmålet i det følgende er om disse perspektivgrunnlagene kan være et relevant rettsgrunnlag for Domstolens praksis. Hva man vil falle ned på her vil i stor grad bero på hva slags perspektiv man har på tematikken og problematikken. Anlegger man en streng og bokstavtro tilnærming til konvensjonssystemet og reglene, er det lite som taler for at Domstolens bruk av ”iboende egenskaper” og ”respekt for menneskerettighetene” kan utgjøre et gyldig eller tilstrekkelig grunnlag for Domstolens endring av praksis. Tanken synes å være at dersom Domstolen tolker konvensjonen på en måte som vesentlig endrer innholdet i statenes forpliktelser så må den ha en klar hjemmel for å gjøre det.

Argumentasjonen kan derimot gå i motsatt retning dersom man anlegger et praktisk og pragmatisk syn på Domstolens rolle og konvensjonens rettigheter og funksjon. Dette synspunktet synes å være konsentrert om Domstolens utfordringer og hensynet til at rettighetene i konvensjonen skal være effektive. På denne bakgrunn kan domstolens iboende egenskaper og hensynet til at menneskerettighetene må respekteres, lede til et slik resultat. Dersom Domstolen ikke foretar seg noe i møtet med dens utfordringer vil

konsekvensene kunne være dramatiske både for Domstolen og konvensjonssystemet i sin helhet. For å unngå dette resultatet må en praktisk og pragmatisk tolkning av Domstolens kompetanse tillates.

4.5 Forholdet til statsansvarslæren

Det har blitt hevdet at Domstolens praksis er i samsvar med reglene på statsansvarslærens område.¹⁹² Synspunktet er basert på at statsansvarslærens regler om forsikringer mot gjentakelse av en folkerettsstridig handling kan sammenlignes med Domstolens praksis med å pålegge konkrete tiltak for å forhindre nye krenkelser.¹⁹³ Domstolen selv anfører ikke dette grunnlaget i sine avgjørelser i utvalget. Det er likevel relevant å undersøke dette synspunktet blant annet fordi statsansvarslæren kommer til anvendelse på konvensjonens regler.¹⁹⁴ I det følgende redegjøres det for innholdet i denne læren, og hvorvidt statsansvarslærens regler kan sies å støtte opp om Domstolens praksis.

4.5.1 Generelt om statsansvarslæren

Statsansvarslæren kan defineres som de folkerettslige konsekvensene av at en stat bryter en folkerettsregel. Det vil si forpliktelsene som oppstår for overtrederen av regelen på den ene side, og rettighetene og kravene til den som blir berørt av overtredelsen på den andre.¹⁹⁵ De generelle prinsipper for statsansvarslæren har for en stor del blitt utviklet ved hjelp av den internasjonale folkerettskommisjonens (ILC) arbeid i ”ILC’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, vedlagt blant annet FNs Generalforsamlingsresolusjon 56/83 vedtatt 12. desember 2001. Disse artiklene er et resultat av over 40 års arbeid av kommisjonen og representerer et stort skritt i

¹⁹² Colandrea, Valerio. *On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures: Some remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdicovic Cases*. I: Human Rights Law Review. (2007) Nr. 2 s. 396-411.

¹⁹³ Ibid., s. 409-410.

¹⁹⁴ Jfr. redegjørelsen nedenfor.

¹⁹⁵ Cassese, Antonio. *International Law*. (2005) s. 241.

kodifiseringen og utviklingen av statsansvarslæren.¹⁹⁶ I henhold til disse reglene er det flere vilkår som må være oppfylt for at en stat skal ansees for å ha brutt en folkerettslig regel slik at statsansvarslærens regler kommer til anvendelse. Vilkårene er av både subjektiv og objektiv karakter.¹⁹⁷ De subjektive vilkårene er for det første at en stat kan bebreides for en handling eller unnlattelse. For det andre kreves det at det foreligger skyld hos den offentlige tjenestepersonen som utfører den rettstridige handlingen. De objektive vilkårene er at handlingen innebærer en handling som er uforenlig med folkerettslige forpliktelser.¹⁹⁸ I tillegg må det foreligge materiell eller moralsk skade på et annet folkerettslig subjekt. Det siste objektive vilkåret er at det ikke må foreligge omstendigheter som utelukker at handlingen eller atferden var i strid med regelen. Disse tilsynelatende enkle vilkårene er gjenstand for svært mange problemstillinger som det for denne avhandlingens formål er unødvendig å gå inn i.

Den delen av statsansvarslæren som er av særlig interesse for problemstillingen i oppgaven er statsansvarslærens regler om garanti om ikke-gjentakelse, såkalte ”guarantees of non-repetition”. I det følgende redegjøres det for innholdet i disse reglene.

4.5.2 Om statsansvarslæren regler om garanti om ikke-gjentakelse

Når en handling som bryter folkerettslige regler eller normer blir begått av en stat og vilkårene for at statsansvaret kommer til anvendelse er oppfylt, oppstår det en rekke forpliktelser for staten som har overtrådt den folkerettslige regelen.¹⁹⁹

Dette er for det første å stoppe den regelkrenkende aktiviteten eller handlingen dersom den fortsatt pågår. Dette kalles ”cessation”. For det andre må denne staten tilby passende forsikringer og garantier om at ikke overtredelsen skal skje igjen. Dette står i artikkel 30 (b) i artiklene til ILC:

¹⁹⁶ Ibid., s. 244.

¹⁹⁷ Ibid., s. 245.

¹⁹⁸ Ibid., s. 251.

¹⁹⁹ Ibid., s. 259.

”The State responsible for the internationally wrongful act is under an obligation to: b) offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition, if circumstances so require.”²⁰⁰

Det er særlig forpliktelsen som består i å forsikre om at hendelsen ikke skal gjenta seg som er av interesse for denne avhandlingen. De øvrige konsekvensene av brudd på en folkerettslig regel tas derfor ikke opp i det videre i avhandlingen.

Bokstav b i artikkel 30 handler om forpliktelsen en stat har til å tilby forsikringer og garantier om at hendelsen ikke skal gjenta seg. Det er ikke nødvendig med slike garantier i alle tilfeller hvor en stat overtrer en regel.²⁰¹ Det er vanlig å anta at slike forsikringer eller garantier etterspørres når staten som har blitt offer for en annen stats overtramp, har grunn til å tro at restitusjon alene ikke vil gi tilstrekkelig beskyttelse.²⁰² Garantiene er som regel fremtidsrettet og dreier seg som regel om potensielle krenkelser. Forsikringer (”assurances”) blir vanligvis gitt muntlig, mens garantier mot gjentakelse gjerne innebærer noe mer; for eksempel at preventive tiltak blir iverksatt av den ansvarlige staten for å unngå at overtredelsen skjer igjen.²⁰³ Når det gjelder typen av garantier som kan bli etterspurt er det ikke noen enhetlig praksis om dette. Den krenkede staten ber vanligvis enten om beskyttelse eller vern mot gjentakelse av den regelbrytende handlingen uten å spesifisere hva beskyttelsen skal bestå i. Dersom det eventuelt er statens borgere som er skadelidende av handlingen, så kan staten be om forsikringer om bedre beskyttelse av disse borgerne og deres eiendom.²⁰⁴ I statsansvarslæren er det et poeng at slike forsikringer mot gjentakelse ikke kan kreves i alle tilfeller hvor det har skjedd overtredelse av en folkerettslig regel. Det avhenger av situasjonen og omstendighetene rundt krenkelsen, jamfør vilkåret ”*if the circumstances so require*”. Det er vanskelig å vite nøyaktig hva som ligger i dette vilkåret.

²⁰⁰ Artikkel 30 (b). Min uthevning.

²⁰¹ Crawford, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*. (2002) s. 196.

²⁰² *Ibid.*, s. 98.

²⁰³ *Ibid.*, s. 199.

²⁰⁴ *Ibid.*, s. 200.

Ifølge Crawford er denne forpliktelsen om å gi forsikringer og garantier mot gjentakelse formulert på en fleksibel måte for å unngå overdrevne krav.²⁰⁵

Slike forsikringer mot gjentakelse kan ligne på de konkrete, generelle tiltakene Domstolen pålegger statene i avgjørelsene i utvalget i kapittel 3 i avhandlingen. Poenget med de generelle tiltakene er nettopp at de skal være fremtidsrettede og forhindre at lignende krenkelser skjer igjen.

Det kan etter dette synes som om statsansvarslærens regler om forsikringer mot gjentakelse samsvarer med Domstolens løsning med å kreve garantier mot gjentakelse fra statene i form av konkrete, generelle tiltak som skal forhindre nye krenkelser. Spørsmålet blir etter dette om statsansvarslærens regler om garantier mot gjentakelse kan utgjøre et rettslig grunnlag for Domstolens praksis.

4.5.3 Vurdering av statsansvarslærens regler som grunnlag

Dette blir for det første et spørsmål om statsansvarslærens regler i det hele tatt kommer til anvendelse for EMD. Forfatterne av konvensjonen antok at den generelle statsansvarslæren skulle komme til anvendelse ved tolking av konvensjonens regler.²⁰⁶ Dette er også bekreftet av Domstolen i flere avgjørelser.²⁰⁷ Man kan altså hevde at statsansvarslærens regler kommer til anvendelse for EMD, og utfyller reglene i artikkel 41 og 46 i EMK om konsekvenser av krenkelse av konvensjonen.²⁰⁸ Av dette kan man slutte at konsekvensene av at en stat bryter en folkerettslig regel mot et individ hovedsaklig er lik konsekvensene som følger av en overtredelse av en folkerettslig regel som blir begått mot

²⁰⁵ Ibid., s. 200.

²⁰⁶ Hunt, Murray. *State Obligations following from a Judgment of the European Court of Human Rights*. kap 2 s. 26 I: *European Court of Human Rights: remedies and execution of judgments*. London: BIICL (2005) med videre henvisning til Report of the Committee of Experts, 16. mars 1950, Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' vol IV side 45.

²⁰⁷ Se f.eks. Loizidou mot Tyrkia av 18. desember 1996 i premiss 52 i.f.: "Of particular significance to the present case the Court held, in conformity with the relevant principles of international law governing State responsibility(...)" Et annet eksempel er i Ilascu m.fl mot Moldova og Russland av 8. juli 2004 i premiss 320.

²⁰⁸ Hunt, Murray. *op.cit.*, s. 30.

en stat. Krenkelse av konvensjonen eller dens protokoller regnes som krenkelse av en folkerettslig regel; det er brudd på en traktatforpliktelse. Følgelig har individet som har blitt krenket av en slik handling av staten krav om at den krenkende handlingen opphører, ”cessation”. I tillegg har klageren krav på kompensasjon eller restitusjon, også dette i samsvar med statsansvarslæren.

Individet har i enkelte tilfeller også krav på garantier mot gjentakelse av den krenkende handlingen fra staten, såkalte ”guarantees of non-repetition”.²⁰⁹ Spørsmålet i det følgende blir hvorvidt Domstolens praksis med å pålegge statene konkrete, generelle tiltak kan sies å utgjøre slike forsikringer mot gjentakelse som statsansvarslæren oppstiller.

Som påpekt ovenfor har det blitt hevdet at Domstolens praksis er i samsvar med reglene på statsansvarslærens område, ettersom forsikringer mot gjentakelse er fremtidsrettede tiltak med fokus på prevensjon snarere enn reparasjon.²¹⁰ Synspunktet synes å være basert på at reglene samsvarer med Domstolens måte å ilegge konkrete tiltak for å forhindre nye krenkelser.²¹¹

Det er imidlertid nødvendig å gå dypere i analysen av dette spørsmålet. Særlig kan det stilles spørsmål ved om Domstolens praksis med å pålegge konkretiserte generelle tiltak også kan være i samsvar med statsansvarslærens regler. Hovedfokus her blir hvorvidt forsikringene og garantiene som en stat kan kreve på grunn av en folkerettskrenkelse, kan konkretiseres av staten som krever dem. Dersom en stat kan konkretisere forsikringene og garantiene som den har krav på, kan det hevdes at statsansvarslærens regler er i samsvar med Domstolens praksis med å gjøre det samme.

Om ICJs tilnærming til spørsmålet kan det vises til LaGrand-saken²¹². Saken handlet i korthet om to tyske statsborgere som hadde bodd i USA siden de var 3 år gamle uten å be

²⁰⁹ Dette er kodifisert i ILC's artikkel 30 b som lyder: ”*The State responsible for the internationally wrongful act is under an obligation to: b) offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition, if circumstances so require.*”

²¹⁰ Colandrea, Valerio. *On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures: Some remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdic Cases*. I: *Human Rights Law Review*. (2007) s. 396-411.

²¹¹ *Ibid.*, s. 409-410.

²¹² LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J Reports 2001, p. 466.

om amerikansk statsborgerskap. Når brødrene ble arrestert for å ha begått et væpnet ran av en bank hvor en person hadde blitt drept, unnlot amerikanske myndigheter å gjøre brødrene oppmerksom på at de hadde krav på hjelp fra det tyske konsulatet, i tråd med reglene i Wienkonvensjonen om konsulære forbindelser²¹³. I den påfølgende saken for ICJ krevde Tyskland blant annet forsikringer fra USA om at de ikke ville bryte sine internasjonale forpliktelser på en lignende måte igjen. I avgjørelsen uttalte ICJ at forpliktelsen om å gi forsikringer om ikke-gjentakelse kunne bli utført på en rekke ulike måter og at det var opp til USA å velge hvilken.²¹⁴ De konkrete forsikringene som Tyskland hadde gjort krav på kunne de altså ikke forvente at ICJ ville pålegge USA å oppfylle.²¹⁵ Dette tilsier ifølge Crawford at staten som har blitt krenket av en annen stats overtredelse av en folkerettslig regel, *ikke* har anledning til å kreve konkrete og spesifikke forsikringer om ikke-gjentakelse.²¹⁶

Før man tar stiling til hva slags konsekvens dette har for EMDs praksis, er det nødvendig å påpeke at de to domstolene, EMD og ICJ, har svært ulike utgangspunkter og oppgaver. Selv om begge domstoler avgjør tvister om brudd på internasjonale forpliktelser begått av stater, så er EMK en menneskerettighetskonvensjon som skal beskytte individer mot overgrep fra staten. ICJ, derimot, tar hovedsakelig stilling til saker som gjelder mellom to statsparter. En sammenligning av de to domstolenes tilnærming til spørsmålet er likevel relevant på bakgrunn av synspunktene som har blitt hevdet i litteraturen, og at statsansvarslærens regler er ment til å komme til anvendelse ved tolkningen av EMK.

²¹³ Wienkonvensjonen om konsulære forbindelser av 24. april 1963. Ikrafttredelse 19. mars 1967.

²¹⁴ ICJ uttalte i avgjørelsen av 27. juni 2001 i premiss 125 at *“This obligation can be carried out in various ways. The choice of means must be left to the United States”*.

²¹⁵ Forsikringene Tyskland ba om var: *“that, in future cases of detention or of criminal proceedings against German nationals, the United States will ensure in law and practice the effective exercise of the rights under Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations.”* Videre at *“in particular in cases involving the death penalty, this requires the United States to provide effective review of and remedies for criminal convictions impaired by the violation of the rights under Article 36.”*

²¹⁶ Crawford, James. *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*. (2002) s. 200.

Statsansvarslærens regler anvendt på EMD tilsier at Domstolen på samme vis heller ikke har anledning til å konkretisere de generelle tiltakene som en stat må gjennomføre for å forhindre lignende, fremtidige krenkelser. Dette gjelder altså på tross av at både statsansvarslærens forsikringer mot gjentakelse og Domstolens instruks om generelle tiltak, er fremtidsrettede og har prevensjon og ikke reparasjon som hovedformål. Hvis man følger dette synspunktet, som Crawford målbærer, så er Domstolens praksis med å konkretisere hvilke generelle tiltak statene må iverksette ikke i samsvar med statsansvarslærens regler.

Statsansvarslærens regler om ikke-gjentagelse passer på Domstolens praksis med å pålegge statene å iverksette generelle tiltak uten å konkretisere hva de skal gå ut på. Begge reaksjoner bidrar til forhindre lignende brudd i fremtiden. Statsansvarslærens regler synes derimot ikke å kunne tas til inntekt for at Domstolen kan konkretisere eller instruere statene om hvilke generelle tiltak de må sette i verk.

4.6 Konklusjon

Domstolen synes å mangle et klart rettslig grunnlag for sin endring av praksis i sine avgjørelser. Ved vurdering av de primære rettskildene som Domstolen anfører som rettsgrunnlag for sin praksis, kan det hevdes at disse bare delvis etablerer et rettslig fundament for endringen i praksis. Det kan hevdes at uttrykk for subsidiaritetsprinsippet og effektivitetsprinsippet støtter opp om Domstolens løsning i sakene hvor den pålegger statene konkrete, generelle tiltak selv om det ikke utgjør et rettsgrunnlag for Domstolen. Videre beror det på hva slags perspektiv man har om perspektivgrunnlag som ”domstolens iboende egenskaper” og ”respekten for menneskerettighetene” kan utgjøre et relevant grunnlag. Det har blitt anført at statsansvarslærens regler samsvarer med Domstolens løsning, men en nærmere analyse av reglene viser at dette synspunktet likevel ikke gir et entydig svar.

5 Strukturelle årsaker til endringen i Domstolens praksis

I dette kapittelet redegjøres det for mulige strukturelle årsaker til utviklingen og endringen i Domstolens praksis. Det vil særlig fokuseres på tre hovedårsaker. Det minnes imidlertid om at denne delen av avhandlingen kun behandler enkelte faktorer som anses særlig relevante for perspektivet i oppgaven. Formålet med drøftelsen er som nevnt tidligere å sette oppgavens tema og problemstilling inn i en større sammenheng og kontekst.

Den første av de tre strukturelle forholdene er Domstolens overbelastning og bakgrunnen for dette. Utvidelsen av Europarådet på 90-tallet innebar at antallet potensielle klagere økte dramatisk.²¹⁷ I sammenheng med utvidelsen dukket det også opp en ny type saker som de siste årene har representert en særlig utfordring for Domstolen. Disse sakene betegnes av Domstolen som ”repetitive cases” og er basert på strukturelle svakheter og mangler i nasjonalstatenes lovgivning. Med til denne delen av bildet hører også utviklingen av pilotdomprosedyren, en domstolsskapt prosedyre for å unngå at svært mange og nesten identiske saker må gjennom domstolmaskineriet.

Det andre strukturelle forholdet som avhandlingen beskriver i det følgende dreier seg om reformprosessen som ble iverksatt for å imøtekomme problemene som beskrevet. Det viktigste reformtiltaket er tilleggsprotokoll 14, som er ment å øke Domstolens kapasitet og særlig løse problemet med ”repetitive cases”. Protokollen har imidlertid per dags dato fortsatt til gode å tre i kraft på grunn av manglende ratifikasjon av ett av medlemslandene. Dette har ledet til vedtagelsen av ”reserveprotokollen” 14 bis.

Det tredje forholdet handler om debatten om Domstolens rolle og enkelte aktørers ønske om å gjøre Domstolen om til en ”kvasi-konstitusjonell domstol”. Når Domstolen vurderer underliggende, strukturelle problemer ved et lands lovgivning og pålegger konkrete forpliktelser, så kan det hevdes at den gir seg selv en rolle som er mer lik en konstitusjonell domstol.

²¹⁷ Til ca. 800 millioner potensielle klagere.

5.1 Domstolens overbelastning

5.1.1 Utvidelsen av Europarådet

Domstolens raskt voksende arbeidsbyrde har vært en kjent og omdiskutert utfordring i flere år.²¹⁸ Det er flere årsaker til at Domstolens kø av klagesaker til stadighet vokser, og en av dem er utvidelsen av Europarådet og måten den skjedde på. Svært mange av de gjentakende sakene som ligger i kø for Domstolen er basert på strukturelle problemer i de nye medlemsstatene i Europarådet.

Etter at den kalde krigen var over søkte mange av de tidligere kommuniststatene i sentral- og Øst-Europa om medlemskap i Europarådet.²¹⁹ Av de tidligere sovjetstatene var Ungarn første medlemsland i Europarådet i 1990, mens Polen og Tsjekkia fulgte like etter i 1991. Det skjedde videre en dramatisk utvidelse fra 23 medlemsland i Europarådet i 1989, til 47 i 2009. Det totale antall potensielle klager til Domstolen ble med det rundt 800 millioner borgere. Denne kraftige og raske utvidelsen var gjenstand for kritikk fra flere hold. Kritikken gikk blant annet ut på at de nye medlemslandene ikke oppfylte etablerte minimumsstandarder for rettsstater, og ikke hadde tilstrekkelig stabile demokratiske institusjoner til å være medlem i organisasjonen.²²⁰ Det ble blant annet uttalt at Europarådet gikk fra å være en klubb av demokratier til å bli et ”treningscenter” for land som ikke respekterte organisasjonens grunnleggende prinsipper.²²¹ Den raske utvidelsen av Europarådet og EMK har uten tvil hatt en negativ innvirkning på Domstolens

²¹⁸ Se for eksempel Mowbray, Alastair. *European Convention on Human Rights: Developments in tackling the Workload Crises and Recent Cases*. I: Human Rights Law Review. (2003) vol. 3 nr. 1; Høstmælingen, Njål. *Står Den europeiske menneskerettsdomstolen for fall?* I: Lov og rett nr 05-06 (2005) s. 308; Jebens, Sverre. *Menneskerettsdomstolen og dens utfordringer*. I: Lov og rett (2006) nr. 04, side 193; og Paraskeva, Costas. *Reforming the European Court of Human Rights: An Ongoing Challenge*. I: Nordic Journal of International Law. 76 (2007) s. 185-216.

²¹⁹ Ikke alle landene som har såkalte ”strukturelle problemer” er tidligere sovjetstater. Andre eksempler er Italia og Tyrkia.

²²⁰ Paraskeva, Costas. *Op. cit.*, s. 193.

²²¹ Sudre, Frédéric. *La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam: Vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme?* I: La Semaine Juridique, 7. januar 1998, s. 9-16.

arbeidsmengde. Størsteparten av saker i køen kommer fra sentral- og øst-europeiske land hvor det politiske systemet og metoder for effektiv beskyttelse av menneskerettighetene fortsatt er i støpeskjeen etter overgangen fra kommunistiske regimer.²²² Dette er imidlertid ikke alene hele begrunnelsen for hvorfor Domstolens arbeidsmengde har økt betraktelig de siste tiår. Det er grunn til å tro at større grad av kjennskap til Domstolen og EMK i alle medlemsland også bidrar til tilstrømningen av klager. Advokater og dommere er også i større grad bevisst på og kjent med den individuelle klageretten under EMK, og kan bruke den.²²³

Etter hvert som det ble åpenbart at noe måtte gjøres for at ikke Domstolen skulle ”drukne i sin egen suksess”²²⁴, ble det iverksatt flere tiltak for å imøtekomme disse problemene. Blant disse var utarbeidelsen av tilleggsprotokoll 14 til EMK. Innholdet og formålet med denne protokollen blir redegjort for senere i avhandlingen.

5.1.2 Saker basert på ”strukturelle svakheter” og pilotdomprosedyren

Problemstillingen om hvorvidt Domstolen har anledning til å pålegge statene konkrete tiltak i sine avgjørelser henger sammen med et større problemkompleks, nemlig saker for Domstolen hvor et strukturelt problem eller mangel ved nasjonal lovgivning gir opphav til mange tilnærmet identiske krenkelser og klager til Domstolen. Opphavet til utviklingen av pilotdomprosedyren var nettopp dette problemet; at Domstolen måtte behandle svært mange like saker. Til illustrasjon var i 2003 rundt 60 % av alle avgjørelsene som ble avsagt såkalte ”repetitive cases”. En måte for Domstolen å bøte på dette problemet på, var å utvikle pilotdomprosedyren. Prosedyren går i korthet ut på at Domstolen velger seg ut én eller et knippe avgjørelser (en pilotdom) når den får inn svært mange saker som har sitt opphav i samme mangel eller svikt ved det nasjonale rettsystemet. Mens Domstolen behandler denne ene klagen, settes de øvrige sakene i bero i påvente av utfallet av

²²² Paraskeva, Costas. *Op. cit.*, s. 194.

²²³ *Ibid.*, s. 196.

²²⁴ Uttrykket er hentet fra Lord Woolfs rapport ”Review of the working methods of the European Court of Human Rights” (2005) s. 7, andre avsnitt: “*But now, after 50 years the Convention system, the Court risks being drowned by its own success*”. Tilgjengelig på:

www.echr.coe.int/Eng/Press/2005/Dec/LORDWOOLFSREVIEWONWORKINGMETHODS2.pdf

pilotdommen. Når Domstolen har avsagt pilotavgjørelsen, får myndighetene anledning til å foreta generelle tiltak for å rette opp i svikten i lys av Domstolens avgjørelse og konklusjoner. Dersom Domstolen finner at endringene som er foretatt samsvarer med konklusjonene i pilotavgjørelsen og kravene i konvensjonen, kan den stryke de øvrige sakene fra listen sin, og de vil bli behandlet i nasjonalt system. Domstolen unngår på denne måten å måtte behandle svært mange nesten identiske saker som ville beslaglagt store ressurser over lang tid.

Pilotdomprosedyren har fått velsignelse fra politisk hold ved Ministerkomiteen, og fra vispersongruppen som ble opprettet i mai 2005 for å vurdere effektiviteten til domstolssystemet.²²⁵ Også den senere refleksjonsgruppen²²⁶ som ble opprettet for å følge opp reformarbeidet med Domstolen har uttalt at Domstolen bør gjøre utstrakt bruk av pilotdomprosedyren der hvor det er nødvendig.²²⁷

²²⁵ Vispersongruppen ("Group of Wise Persons") ble opprettet på toppmøtet i Warszawa i mai 2005 hvor stats- og regjeringssjefene i Europarådet var samlet. Gruppens mandat var i korthet å vurdere "the long-term effectiveness of the ECHR control mechanism, including the initial effects of Protocol 14 and the other decisions taken in May 2004." Vispersongruppen ble også anmodet om å komme med anbefalinger om tiltak som ville gå lenger enn tiltakene i protokoll 14 og vedtakene fra mai 2004. Gruppens rapport av 15. november 2006, er tilgjengelig på:

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2006\)203&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2006)203&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75)

²²⁶ Refleksjonsgruppens ("Reflection Group for the follow-up of the reform of the Court") mandat ble vedtatt av Ministerkomiteen 6. februar 2008 og gikk i korthet ut på undersøke mulighetene for å følge opp konklusjonene fra vispersongruppens rapport og å foreslå endringer som kunne gjennomføres uten at konvensjonen måtte endres. Utkast til rapport fra gruppen er ikke offentlig tilgjengelig i skrivende stund. Dokumentet er journalført av Justisdepartementet som dokument 17 i sak 200901632 (den franske versjonen). Forfatteren har et eksemplar av utkastet til rapporten på disk.

²²⁷ Pilotdomprosedyren har blitt anvendt i sin helhet eller med trekk av den i følgende avgjørelser: Broniowski mot Polen, Lukenda mot Slovenia, Xenides-Arestis mot Tyrkia, Scordino mot Italia, Hutten-Czapska mot Polen, Burdov mot Russland (No. 2).

5.1.2.1 Kritikk av pilotdomprosedyren

Selv om pilotdomprosedyren har fått velsignelse fra store deler av politisk og administrativt hold, betyr det ikke at det ikke finnes kritiske røster.²²⁸ Kritikken dreier seg om flere sider ved pilotdomprosedyren: For det første er det ennå uklart hvordan prosedyren skal fungere. Domstolen har per dags dato kun anvendt prosedyren på et fåtall tilfeller. Det er fortsatt ikke klart hvilke kriterier, betingelser og konsekvenser prosedyren har og vil ha i ulike typer saker.²²⁹ Dette kritiske synspunktet støttes av refleksjonsgruppen, som blant annet oppfordrer Domstolen til å redegjøre nærmere og mer utførlig for hva prosedyren går ut på, med det formål å vedta formaliserte regler for prosessen.²³⁰ Et annet ankepunkt mot pilotdomprosedyren er situasjonen for alle klagerne som får satt sakene sine i bero i påvente av avgjørelsen av pilotdommen. Disse vil kunne risikere at det tar lang tid fra Domstolen behandler pilotdommen, til generelle tiltak blir satt ut i live. Dette poenget understrekes av vispersongruppen som uttaler at det bør settes konkrete tidsfrister slik at ikke klagerne må vente i det uendelige, og at disse tidsfristene overvåkes av Domstolen.²³¹ Refleksjonsgruppen er også opptatt av dette hensynet i sin rapport. Anbefalingen fra refleksjonsgruppen er at de generelle tiltakene som Domstolen peker på i pilotavgjørelsen raskt blir iverksatt og gjennomført.²³² Et annet moment som har blitt fremført mot pilotdomprosedyren er at resultatet for klagerne vil bli flere saker for retten på nasjonalt nivå som dersom de fortsatt ikke er effektive, vil kunne føre til at sakene igjen blir klaget

²²⁸ Det har kommet kritikk både fra Domstolen selv, i form av dissenser, og fra minst én regjering i avgjørelsen *Sejdovic mot Italia* av 1. mars 2006.

²²⁹ Paraskeva, Costas. *Returning the Protection of Human Rights to Where They Belong, At Home*. I: The International Journal of Human Rights. Vol. 12 Hefte 3, side 415-448 (2008), på s. 440.

²³⁰ Se refleksjonsgruppens (Draft) Activity Report, dokument DH-S-GDR(2009)012 Add., avsnitt 16. Dokumentet er i skrivende stund ikke offentlig tilgjengelig, men er journalført av Justisdepartementet som dokument 17 i sak 200901632 (den franske versjonen). Dokumentet presenteres som styringskomiteen for menneskerettigheter (CDDH) sin innstilling til Ministerkomiteen.

²³¹ Vispersongruppens rapport (2006), avsnitt 105.

²³² (Draft) Activity Report fra refleksjonsgruppen av 11. mars 2009, avsnitt 17.

inn for Domstolen i Strasbourg. Pilotdomprosedyren fører i slike tilfeller altså bare til at lengden på saksbehandlingstiden blir ekstraordinær lang.²³³

Det har også blitt stilt spørsmål ved hvor effektiv pilotdomprosedyren egentlig vil være når man vurderer hva slags saker den kan brukes på. En uavhengig ekspert fra Storbritannia hevder i et dokument lagt frem for refleksjonsgruppen at det er langt fra alle typer saker pilotdomprosedyren er egnet for.²³⁴ Det anføres at de eneste to kategoriene av saker som er egnet, er for det første der hvor det foreligger systematiske forsinkelser i saksbehandling av saker (såkalte "administration of due process cases"), og for det andre i saker hvor det er svært mange berørte som har krav på restitusjon (såkalte "issue specific class action cases").²³⁵ Det er med andre ord grunn til å være nøktern til om prosedyren vil innebære en vesentlig økt saksbehandlingskapasitet for Domstolen.

5.2 Manglende ikrafttredelse av tilleggsprotokoll 14 til EMK

5.2.1 Protokoll 14

13. mai 2004 ble tilleggsprotokoll nr. 14 til EMK signert av en rekke av Europarådets medlemsland. Protokollen var resultatet av et reformarbeid som ble startet allerede i november 2000. Formålet med protokollen er blant annet å forbedre effektiviteten til Den europeiske menneskerettsdomstolen. Den søker særlig å redusere tiden Domstolen bruker på åpenbart grunnløse klager og "repetitive cases".²³⁶ Protokollen er signert av alle medlemsland til Europarådet, og ratifisert av 46 av 47 av dem. Russland er det eneste

²³³ Lambert-Abdelgawad, Elisabeth. *Le protocole 14 et l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. I: Cohen-Jonathan, G. og Flauss, J.F. *La Réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme*. (2005) s. 102.

²³⁴ Dokumentet er ikke tilgjengelig på Europarådets hjemmeside, men er journalført av Justisdepartementet som dokument 12 i sak 200901246. Dokumentet er lagret på disk hos forfatteren.

²³⁵ Blant kategoriene av saker som ikke egner seg for pilotdomprosedyren er "simple cases", "proportionality cases", "fundamental due process cases" og "public controversy cases".

²³⁶ Vispersongruppens rapport, (2006) s. 12 punkt 29 "It seeks in particular to reduce the time spent by the Court on manifestly inadmissible and repetitive cases."

medlemslandet som ikke har ratifisert protokollen, og den har følgelig heller ikke trådt i kraft.²³⁷ Protokollen introduserer en rekke endringer i domstolssystemet, og ikke alle er relevante for denne avhandlingens formål. De viktigste endringene går i korthet ut på at det innføres et nytt avvisningsgrunnlag²³⁸ og at Domstolen kan avvise klager i komiteer som består av én dommer (i motsetning til dagens 3).

Det mest relevante endringsforslaget protokoll 14 medfører for denne oppgavens problemstilling, er artikkel 16 i protokollen som innfører tre nye punkter til artikkel 46.

Disse punktene lyder:

”3. If the Committee of Ministers considers that the supervision of the execution of a final judgment is hindered by a problem of interpretation of the judgment, it may refer the matter to the Court for a ruling on the question of interpretation. A referral decision shall require a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee.

4. If the Committee of Ministers considers that a High Contracting Party refuses to abide by a final judgment in a case to which it is a party, it may, after serving formal notice on that Party and by decision adopted by a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee, refer to the Court the question whether that Party has failed to fulfil its obligation under paragraph 1.

5. If the Court finds a violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers for consideration of the measures to be taken. If the Court finds no violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers, which shall close its examination of the case.”

Det er særlig punkt 4 som er av interesse for avhandlingens problemstilling. Ifølge artikkel 46 sitt nye fjerde ledd kan Ministerkomiteen, dersom den finner at en stat unnlater å innrette seg etter en endelig avgjørelse som den er part i, oversende saken til Domstolen.

²³⁷ Et forslag om å ratifisere protokollen ble nedstemt i Dumaen i 20. desember 2006. For mer om dette se Mowbray, Alastair. *Faltering Steps on the Path to Reform of the Strasbourg Enforcement System*. I: Human Rights Law Review. (2007) Nr. 3 s. 609-618.

²³⁸ Klagen kan avvises selv om de øvrige vilkår for realitetsbehandling er oppfylt dersom Domstolen finner at klageren ikke har ”suffered a significant disadvantage”. Kriteriet har vært gjenstand for kritikk fra flere hold.

Domstolen skal da avgjøre hvorvidt staten har unnlatt å oppfylle sin forpliktelse etter artikkel 46 (1). Hvis Domstolen kommer til at staten har krenket artikkel 46 (1) sendes saken tilbake til Ministerkomiteen. Ministerkomiteen skal da bestemme seg for hvilke tiltak de vil iverksette på bakgrunn av Domstolens dom eller avgjørelse. Hvis Domstolen derimot ikke finner krenkelse av artikkel 46 (1), skal Ministerkomiteen avslutte sitt tilsyn med saken. Tanken bak denne nye prosedyren, som kalles ”infringement proceedings”, er det tilsynelatende behovet Ministerkomiteen har for flere verktøy. Dersom Ministerkomiteen har et bredt spekter av forskjellige virkemidler for å utøve press vil dette kunne bidra til å sikre at avgjørelser blir fullbyrdet også i politisk betente saker eller i pilotavgjørelser. Dette virkemiddelet kommer inn som en mellomting mellom de allerede eksisterende: det milde politiske presset som utøves gjennom vedtagelsen av interimresolusjoner som nok ikke alltid har ønsket eller sterk nok effekt, og den dramatiske sanksjonen som eksklusjon eller suspensjon innebærer.

Protokoll nr. 14 har imidlertid som nevnt ovenfor, fortsatt til gode å tre i kraft. Enn så lenge må dermed Domstolen og Ministerkomiteen benytte seg av de virkemidler de har tilgjengelige etter konvensjonen slik den ser ut i dag. Et grep som Ministerkomiteen og Domstolen derimot kunne ta som ikke innbar endring av konvensjonen, var innføring av pilotdomprosedyren, som er beskrevet ovenfor.

5.2.2 Tilleggsprotokoll 14 bis

Den siste tids utvikling vedrørende protokoll 14 og særlig den manglende politiske oppslutningen om den, har ført til at det i løpet av høsten 2008 ble iverksatt arbeid med en ny protokoll 14 bis.²³⁹ Denne konvensjonen innebærer at to av de viktigste elementene i protokoll 14 blir iverksatt for alle landene som har ratifisert protokoll 14, det vil si alle medlemslandene unntatt Russland. Tiltakene er ene-dommer behandling av avvisingssaker, samt kammerbehandling av klager med 3 dommer mot dagens syv. Det

²³⁹ Protokoll 14 bis og dens forklarende rapport er tilgjengelig på:

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/204.htm>

hevdes at disse to tiltakene alene vil kunne øke kapasiteten til Domstolen med 20-25 %.²⁴⁰ Protokollen er ment å være midlertidig frem til protokoll 14 trer i kraft.²⁴¹ Protokollen ble vedtatt på Ministerkomiteens møte i Madrid 12. mai 2009.²⁴² Tiltaket med ”infringement proceedings”, at Domstolen tar stilling til hvorvidt en stat har krenket artikkel 46 på grunn av manglende eller mangelfull fullbyrdelse av en avgjørelse, er ikke en del av protokoll 14 bis. Protokollen ble åpnet for signering 27. mai 2009.

5.3 En mer konstitusjonell domstol?

Når Domstolen ser på underliggende, strukturelle problemer ved et lands lovgivning og pålegger konkrete forpliktelser, kan det hevdes at den gir seg selv en rolle som er mer lik en konstitusjonell domstol. Motsetningen til en slik ”kvasi-konstitusjonell” domstol er en domstol som avsier avgjørelser i alle enkeltsaker som ikke kan avvises. Ettersom analysen i hoveddelen fant at Domstolen i større grad enn tidligere anbefaler generelle tiltak og går langt i å konkretisere dem, så kan det hevdes at den på denne måten tiltar seg en større konstitusjonell rolle enn den tidligere har hatt. På denne måten utgjør debatten om Domstolens rolle et strukturelt forhold for oppgavens tema og problemstilling. I det følgende presenteres hovedtrekkene i argumentasjonen om at Domstolen har eller bør ha en kvasi-konstitusjonell rolle.

5.3.1 Debatten om Domstolens rolle og funksjon

Debatten dreier seg i korthet om hva slags rolle eller funksjon Domstolen skal spille. Flere organisasjoner, Europarådets Parlamentarikerforsamling og menneskerettskommisær fremhever at den individuelle klageretten i konvensjonens

²⁴⁰ Forklarende rapport del I, punkt 3: ”At the 14 October 2008 meeting of the Committee of Ministers’ Liaison Committee with the European Court of Human Rights (CL-CEDH), the President of the Court drew attention to the extremely serious situation facing the Court, and raised the issue of urgent implementation of certain procedural provisions of Protocol No. 14, particularly the single judge procedure and the three-judge committee for repetitive cases, which could increase the efficiency of the Court by 20-25 %.”

²⁴¹ Forklarende rapport del II, punkt 7: ”Intended only as a provisional, interim measure pending entry into force of Protocol No. 14”

²⁴² Se pressemelding fra Europarådet, inntatt som vedlegg.

artikkel 34 og 35 er det mest særegne og unike ved det europeiske kontrollsystemet. Det gjør at Domstolen per dags dato er den eneste internasjonale domstol hvor ethvert individ, organisasjon eller gruppe av individer har adgang til å prøve sine krav.²⁴³ Dette gjør at den individuelle klageretten er en vesentlig del av konvensjonssystemet og av den europeiske rettslige kulturen. Ethvert forsøk på å innskrenke individklageretten vil være en trussel mot dette. Andre aktører hevder derimot at Domstolen kan tjene begge formål, både å sikre individets rettigheter og samtidig ha en konstitusjonell funksjon. Det er blant annet Ministerkomiteen og dommere i Domstolen som anfører dette synet. Denne konstitusjonelle funksjonen innebærer å formulere felles generelle prinsipper og standarder om menneskerettigheter og å vurdere statene opp mot en minstestandard av beskyttelse. Hvorvidt man finner at Domstolen skal forfølge en eller begge av disse to hovedformålene, avhenger ifølge Steven Greer av hvordan man tolker begrepet "individual justice" og hva man legger i individklageretten.²⁴⁴ Hvis man tolker det til å innebære at individer har klageadgang for Domstolen, så er det mulig for Domstolen å fylle begge roller. Dersom man derimot tolker individklageretten til å bety at enhver klage må høres uavhengig av dens alvor, så er det ikke mulig for Domstolen å utføre begge funksjoner.

Domstolen uttalte seg om det konstitusjonelle aspektet ved sin rolle i *Loizidou mot Tyrkia*²⁴⁵. I denne avgjørelsen beskrev Domstolen konvensjonen som "a constitutional instrument of European public order"²⁴⁶. Det kan bemerkes her at denne formuleringen imidlertid ikke har blitt gjentatt mange ganger av Domstolen. Den tidligere presidenten for Domstolen, Luzius Wildhaber, har uttalt at hvorvidt Domstolen kan kalles en

²⁴³ Vispersongruppens rapport, (2006) avsnitt 23-24.

²⁴⁴ Greer, Steven. *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects.* (2006), se særlig side 167-192.

²⁴⁵ *Loizidou mot Tyrkia* av 23. mars 1995 (preliminære innsigelser).

²⁴⁶ *Ibid.*, premiss 75.

konstitusjonsdomstol er et spørsmål om semantikk, og at man uansett kan kalle den en kvasi-konstitusjonell domstol.²⁴⁷

5.3.2 Konstitusjonelle trekk ved Domstolen

I den nye protokoll 14 inntas et nytt avvisningskriterie som mange hevder at vil være et skritt i retning av en konstitusjonell domstol. Kriteriet innebærer at Domstolen kan avvise saker som for øvrig oppfyller vilkårene for realitetsbehandling dersom den finner at klagerne ikke har ”lidt en vesentlig ulempe”.²⁴⁸ Dette kriteriet har imidlertid ikke blitt tatt med i protokoll 14 bis som ble vedtatt i mai 2009.

Pilotdomprosedyren bidrar også til at Domstolen får mer av en konstitusjonell funksjon. Det kan hevdes at Domstolens praksis med å vurdere underliggende, strukturelle svakheter ved statenes lovgivning også er et slikt trekk.

5.4 Konklusjon

Domstolens overbelastning har ført til at det har blitt satt i gang tiltak for å sikre dens fremtidige effektivitet. Blant dem er protokoll 14, protokoll 14 bis og pilotdomprosedyren. Egnetheten av disse tiltakene og den faktiske effektiviteten det vil medføre for Domstolen kan det i skrivende stund ikke sies noe sikkert om. Disse strukturelle forholdene bidrar likevel til å belyse sammenhengen som Domstolens praksis med å pålegge statene konkrete, generelle tiltak befinner seg i. Det synes klart at Domstolens belastning tilsier at det er behov for å foreta seg noe. Man kan spørre seg om Domstolens utvikling kan forklares i lys av dette. Etersom Domstolen i større grad gjennom denne praksisen uttaler seg om underliggende og strukturelle problemer i nasjonalstatene og hva som kreves for å endre dette, kan det hevdes at Domstolen har tatt et skritt i retning av en kvasi-konstitusjonell domstol.

²⁴⁷ Wildhaber, Luzius. *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights? I: Human Rights Law Journal*. 23 (2002) s. 161-165.

²⁴⁸ ”the applicant has not suffered a significant disadvantage”.

6 Konsekvenser av utviklingen for forholdet mellom Ministerkomiteen og Domstolen

I dette kapitlet vurderes forholdet mellom Ministerkomiteen og Domstolen i lys av avhandlingens funn og betraktninger. For det første innebærer dette en vurdering av om konvensjonens beskrivelse av forholdet mellom de to organene stemmer overens med virkeligheten. Sagt med andre ord vil forholdet mellom Ministerkomiteen og Domstolen i tilsynet med fullbyrdelsen av avgjørelser bli vurdert *de facto* og *de lege*. For det andre innebærer det å redegjøre for mulige konsekvenser av utviklingen av forholdet mellom Ministerkomiteen og Domstolen.

6.1 Forholdet mellom Domstolen og Ministerkomiteen *de lege* og *de facto*

I kapittel 2 i avhandlingen redegjøres det for forholdet mellom de to organene i tilsynet med fullbyrdelsen av avgjørelser. Her kommer det i korthet frem at ifølge konvensjonen er det Ministerkomiteen som har hovedansvaret med å føre tilsyn med fullbyrdelsen av avgjørelser. Domstolen har ingen formell rolle i dette arbeidet. Dette er det institusjonelle forholdet mellom organene *de lege*.

Gjennom analysen i kapittel 3 har avhandlingen imidlertid vist at Domstolen går lenger i å uttale seg om innholdet i de generelle tiltakene som statene må iverksette for å fullbyrde en avgjørelse. Dette er ifølge konvensjonen Ministerkomiteens rolle og oppgave. I realiteten synes det altså som om det ikke er vanntette skott mellom disse to organene når det gjelder fullbyrdelse av avgjørelser. Man kan videre tolke utviklingen slik at Ministerkomiteen får mindre kompetanse eller mindre plass til å utøve sin tilsynsfunksjon på bekostning av Domstolen. Dette kan hevdes å være det institusjonelle forholdet mellom dem *de facto*. I det følgende vurderes noen av konsekvensene dette kan ha.

6.2 Mulige konsekvenser av forskyvningen i forholdet

En innlysende konsekvens av at forholdet mellom Ministerkomiteen og Domstolen ikke er slik som konvensjonen regulerer det, er at organene har oppgaver som de ikke er

tiltenkt å utføre. Når Ministerkomiteen og Domstolen påtar seg oppgaver som de ikke er tiltenkt, kan man også stille spørsmål ved om de i det hele tatt egner seg til å utføre slike oppgaver. Det kan hevdes at Domstolen ikke egner seg for å føre tilsyn med fullbyrdelsen av sine egne avgjørelser fordi den ikke har samme kunnskap eller kompetanse som Ministerkomiteen. Dette kommer særlig på spissen i teknisk kompliserte eller politiske betente saker hvor Ministerkomiteen har en rekke virkemidler for å sikre fullbyrdelse av avgjørelsen. Dersom Domstolen i disse sakene tar over Ministerkomiteens rolle med å instruere statene om generelle tiltak som må iverksettes, så er det mindre rom for Ministerkomiteens rolle i prosessen. Det kan være grunn til å frykte for at slike avgjørelser blir vanskeligere å fullbyrde på grunn av dette.

Samme problematikk, men fra en annen innfallsvinkel, består i at en konsekvens av dette er at det skjer en rettsliggjøring av den tidligere eller egentlige politiske prosessen som er å føre tilsyn med fullbyrdelsen av avgjørelser. Dette skjer fordi det rettslige organet i Europarådet, Domstolen, tar over oppgavene til det politiske organet Ministerkomiteen. Det kan føre til det blir vanskeligere å finne rom for smidige og konstruktive politiske og tekniske løsninger for hvordan statene skal fullbyrde avgjørelser. Dette kan kanskje være en fordel i enkelte saker som er lite kontroversielle og teknisk lite kompliserte. I andre saker, for eksempel av politisk betent karakter, eller av stort omfang og med kompliserte saksforhold, vil imidlertid en slik utvikling kunne være en ulempe. I disse tilfellene er det rimelig å anta at Ministerkomiteens fleksibilitet vil være et pre. Man kan stille spørsmålet om denne utviklingen vil kunne bidra til at Ministerkomiteens rolle i tilsynet med fullbyrdelsen av avgjørelser blir underminert.

En annen sak, som faller utenfor denne oppgavens analyse, er hvordan forholdet mellom organene best kan organiseres for at tilsynet med fullbyrdelsen av avgjørelser skjer på en best mulig og effektiv måte. Dette er en diskusjon også internt i Europarådet og Domstolen. Lederen for domstolssekretariatet, Erik Fribergh, uttalte følgende om dette på et arbeidsmøte om Domstolens utfordringer som ble arrangert i Stockholm 9.-10. juni 2008:

”What one could envisage is that, instead of delivering judgments in repetitive cases, the Court would simply certify that the case is to be settled in light of the previous decisive

judgment. The follow-up cases would be referred directly to the Committee of Ministers, not as decided cases but certified claims to be enforced on the basis of that existing judgment. Admittedly, one could object that the Committee of Ministers has neither the competence nor the resources to function in this way. But if, as I argue, these cases should not be processed by the Court, then it is time to look at how the CM could be given the legal competence to take on this role and equipped to do so.”²⁴⁹

7 Oppsummerende konklusjon og vurdering – fører Domstolens praksis til et godt resultat?

Denne avhandlingen har vist at det skjer en endring i Domstolens praksis vedrørende generelle tiltak. I avhandlingens kapittel 3 viser analysen av nyere avgjørelser fra Domstolen at den går langt i å pålegge statene konkrete forpliktelser av generell karakter. Dette står i motsetning til den tradisjonelle forståelsen av Domstolens rolle og kompetanse på dette området.

I kapittel 4 kommer det frem at Domstolen ikke har et tilstrekkelig rettsgrunnlag i tradisjonelle rettskilder for å utvikle praksis slik den gjør. Rettsgrunnlagene som Domstolen selv anfører som grunnlag er dessuten omstridt blant dommerne. Utradisjonelle perspektivgrunnlag støtter opp om Domstolens løsning dersom man anlegger en pragmatisk tilnærming til problematikken. Statsansvarslærens regler kan ved første øyekast synes å støtte opp om løsningen, men har ved nærmere analyse vist seg å ikke være et godt fundament for Domstolens praksis.

Strukturelle forhold kan bidra til å sette denne utviklingen i Domstolens praksis inn i en større sammenheng. Disse forholdene er blant annet Domstolens store arbeidsbyrde og de mislykkede reformforsøkene av konvensjonssystemet. Det kan stilles spørsmål ved om Domstolens utvikling av rettspraksis er en reaksjon på disse forholdene.

²⁴⁹ Hentet fra Erik Friberghs innlegg på arbeidsmøtet om Domstolen som ble arrangert i Stockholm 9 - 10. juni 2008. Tilgjengelig på: http://www.coe.int/t/E/Human_Rights/h-inf_2008_11.pdf.

Utviklingen kan ha konsekvenser for forholdet mellom Domstolen og Ministerkomiteen i tilsynet med fullbyrdelsen av avgjørelser. I kapittel 6 viser avhandlingen at det institusjonelle forholdet mellom Domstolen og Ministerkomiteen slik det er i realiteten ikke samsvarer med reguleringen i konvensjonen. Domstolens inntreden på Ministerkomiteens område kan bidra til å underminere forholdet mellom Ministerkomiteen og Domstolen, med den konsekvens at en tidligere politisk prosess blir rettsliggjort.

På bakgrunn av disse funnene er det relevant å stille spørsmålet om Domstolens praksis fører til et godt resultat. Det synes klart at Domstolen ikke formelt sett har et tilstrekkelig rettslig grunnlag for å pålegge statene konkrete forpliktelser. Likevel kan det stilles spørsmål ved om ikke Domstolens praksis likevel må anses for å være nødvendig og ønskelig. Utfordringene Domstolen står overfor i dag kan med rimelighet hevdes å være annerledes enn da konvensjonssystemet ble opprettet i 1950. Selv om konvensjonssystemet har blitt revidert flere ganger siden opprettelsen, senest ved tilleggsprotokoll 11 i 1998, er det grunn til tro at det fortsatt er behov for å endre konvensjonssystemet. De nye utfordringene for Domstolen er blant annet saker som stammer fra strukturelle svakheter i statenes nasjonale lovgivning. Konvensjonssystemet har per i dag ikke kapasitet til å behandle slike saker på en effektiv måte, og dette truer følgelig med å gjøre hele systemet ineffektivt. Når Domstolen pålegger statene konkrete forpliktelser av generell karakter, kan det tolkes som at den søker å finne en løsning på dette problemet. På denne bakgrunn kan det hevdes at Domstolens praksis fører til et godt resultat. Resultatet er bl.a. at rettighetene i konvensjonen fortsetter å være effektive og at de blir håndhevet overfor de 800 millioner borgere som er beskyttet av EMK i dag.

En annen sak er at den rettslige reguleringen av konvensjonssystemet med fordel kunne sett annerledes ut. Problemene med tilleggsprotokoll 14 illustrerer imidlertid vanskelighetene forbundet med revisjon og endring av det institusjonelle regelverket.

Domstolens nødvendige praksis med å pålegge statene konkrete forpliktelser er kommentert enkelte steder i juridisk litteratur. Georg Ress, tidligere dommer i Strasbourg, konkluderer på følgende måte:

”the Court has, in my view, rightly considered that it has the inherent power to give such precise orders when the respondent state clearly has no discretion in the case at hand. The same is true with the order in the case of *Broniowski v. Poland*, where the Court has come to the conclusion that a whole system of measures is necessary to cope with the entitlement of the so-called Bug River people to compensation for the losses of their property.”²⁵⁰

Ress er av den oppfatning av Domstolen har anledning til å pålegge statene slike ”precise orders”. En annen bidragsyter som kort kommenterer denne utviklingen i en ellers omfangsrik avhandling, er Jonas Christoffersen som uttaler følgende:

”The division of competences between the Court and the Committee of Ministers by virtue of Article 41 and 46 § 2 has always prevented the Court from taking active part in the execution of its judgments by indicating what general or specific measures should be adopted as a consequence of its finding of a violation of the ECHR. Around 1999, it seems, calls began to be made for the Court to engage itself more actively in the field, and the Court recently undertook a new role in the field of the execution of judgments by assuming jurisdiction to indicate what measures should be adopted in response to a violation of the ECHR. The Court’s practice in the field reflects one of the most remarkable developments under the ECHR in many years. A lot can be said about the Court’s development in the field, but it falls beyond the purpose of the present analysis to attend to the wisdom and legitimacy of the Court’s newly assumed, but rather doubtful, jurisdiction in the field.”²⁵¹

Christoffersen er ikke like tydelig om sitt synspunkt som Ress. Selv om Christoffersen bare uttaler eksplisitt at ”mye kan sies” om den nye utviklingen, er det rimelig å tolke ham dit hen at han hvertfall ikke er udelt negativ til Domstolens praksis. Han tilføyer også at denne

²⁵⁰ Ress, Georg. *European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order*. I: *Texas International Law Journal* Vol. 40 (2005) s. 359-382, s. 373.

²⁵¹ Christoffersen, Jonas. *Fair Balance – A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. Københavns Universitet (2008) s. 415.

praksisen er en av de mest bemerkelsesverdige utviklingene Domstolen har foretatt på mange år.

Det må også understrekes at Domstolen har utviklet denne nye praksisen delvis under dissens. Det er altså klart at Domstolen selv er klar over sitt sviktende rettslige fundament. Det skal ikke legges for mye vekt på hva enkelte dissenterende dommere hevder i sær vota. Imidlertid kan det hevdes at dissensene er uttrykk for at det finnes fundamentale forskjeller i synet på dette spørsmålet. At Domstolens flertall likevel velger å finne en løsning på denne utfordringen, gjør at man kan hevde at Domstolen selv er av den oppfatning at dens praksis er nødvendig, ønskelig og fører til et godt resultat.

Denne avhandlingen har vist at Domstolens praksis med å pålegge statene konkretiserte generelle tiltak sikrer at rettighetene i EMK er effektive, på tross av de store utfordringene Domstolen står overfor. Selv uten et formelt rettsgrunnlag for den nye utviklingen, kan det hevdes at Domstolens praksis på dette området representerer en nødvendig utvikling.

8 Litteraturliste

Arai-Takahashi, Yutaka. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Intersentia, 2002

Brown, Chester. *A Common Law of International Adjudication*. Oxford University Press, 2007.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. 6. utgave, Oxford University Press, 2003.

Callewaert, Johan. *The Judgments of the Court: Background and Content*. I: Macdonald, Matshcer og Petzold (red.) *The European system for the protection of human rights*. Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 713-733.

Carozza, Paolo G. *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*. I: *The American Journal of International Law*. Vol. 97 (2003), s. 38-79.

Cassese, Antonio. *International Law*. 2. utgave, Oxford University Press, 2005.

Colandrea, Valerio. *On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures: Some remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdivic Cases*. I: *Human Rights Law Review* (2007), s. 396-411.

Crawford, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge University Press, 2002

De Vel, Guy. *The Committee of Ministers of Council of Europe*. Council of Europe Press, 1995.

Greer, Steven. *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*. Cambridge University Press, 2006.

Helfer, Laurence R. *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*. I: The European Journal of International Law Vol. 19 no. 1 (2008), s. 125-159

Hunt, Murray. *State Obligations following from a Judgment of the European Court of Human Rights*. I: Christou, Theodora A. og Juan Pablo Raymond (red.) *European Court of Human Rights: remedies and execution of judgments*. British Institute for International and Comparative Law (BIICL) 2005, s. 25-47.

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

Høstmælingen, Njål. *Står Den europeiske menneskerettsdomstolen for fall?* I: Lov og rett nr 05-06 (2005), s. 308.

Jebens, Sverre. *Menneskerettsdomstolen og dens utfordringer*. I: Lov og rett nr 04 (2006), s. 193.

Lambert-Abdelgawad, Elisabeth. *Le protocole 14 et l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. I: Cohen-Jonathan, G. og Flauss, J.F. *La Réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'Homme*. Bruylant. (2005) s. 102.

Mahoney, Paul og Søren Prebensen. *The European Court of Human Rights*. I: Macdonald, Matscher og Petzold (red.) *The European system for the protection of human rights*. Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 621-645.

Merrills, J.G. *The development of international law by the European Court of Human Rights*. 2. utgave, Manchester University Press, 1993.

Mowbray, Alastair. *The Development of Positive Obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*. Hart Publishing, 2003.

Mowbray, Alastair. *European Convention on Human Rights: Developments in tackling the Workload Crisis and Recent Cases*. I: Human Rights Law Review Vol. 3 (2003) nr. 1.

Mowbray, Alastair. *Faltering Steps on the Path to Reform of the Strasbourg Enforcement System*. I: Human Rights Law Review (2007) Nr. 3 s. 609-618.

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. 1. utgave, 2. opplag. Cappelen Akademisk forlag, 2003.

Orakhelashvili, Alexander. *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*. Oxford University Press, 2008.

Paraskeva, Costas. *Reforming the European Court of Human Rights: An Ongoing Challenge*. I: Nordic Journal of International Law 76 (2007) s. 185-216.

Paraskeva, Costas. *Returning the Protection of Human Rights to Where They Belong, At Home*. I: The International Journal of Human Rights. Vol. 12 Hefte 3 (2008) s. 415-448.

Petzold, Herbert. *The Convention and the Principle of Subsidiarity*. I: Macdonald, Matshcer og Petzold (red.) *The European system for the protection of human rights*. Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 41-63.

Ress, Georg. *European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order*. I: Texas International Law Journal Vol. 40 (2005) s. 359-382.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*. 3. utgave, Universitetsforlaget, 2006.

Sinclair, Sir Ian. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. Manchester University Press, 1984.

Sudre, Frédéric. *La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam: Vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme?* I: La Semaine Juridique, 7. januar 1998 s. 9-16.

Van Dijk, Pieter og G.J.H van Hoof. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 3. utgave. Kluwer Law International, 1998.

Van Dijk, Pieter et al. *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*. 4. utgave. Intersentia, 2006.

Yourow, Howard Charles. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. Martinus Nijhoff, 1996.

Ziemele, Ineta. *International Courts and Ultra Vires Acts*. I: Calisch, Lucius et al (red.) *Liber Amicorum Luzius Wildhaber. Human Rights – Strasbourg Views*. N.P. Engel, 2007 s. 537-557.

Wildhaber, Luzius. *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights? I*:
Human Rights Law Journal 23 (2002) s. 161-165.

9 Registre

9.1 Lover

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

9.2 Konvensjoner

Konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon), Roma 1950.

Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969. Ikrafttredelse 27. januar 1980 (Ikke ratifisert av Norge).

Wienkonvensjonen om konsulære forbindelser av 24. april 1963. Ikrafttredelse 19. mars 1967.

Treaty on the European Union, signert 7. februar 1992 i Maastricht. Ikrafttredelse 1. januar 1993.

9.3 Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol- og kommisjon

Airey mot Irland av 9. oktober 1979. Saksnr. 6289/73

Akdivar m.fl. mot Tyrkia av 1. april 1998. Saksnr. 21893/93

Andrejeva mot Latvia av 18. februar 2009. Saksnr. 55707/00

Bankovic m.fl. mot Belgia og 16 andre land av 12. desember 2001. Saksnr. 52207/99
[Decision]

Baybasin mot Nederland av 6. juli 2006. Saksnr. 13600/02

B. mot Storbritannia av 9. juni 1988. Saksnr. 9840/82

B.B. mot Storbritannia av 10. februar 2004. Saksnr. 53760/00

Belgian Linguistic-saken av 23. juli 1968 (Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium) Saksnr. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64.

Belilos mot Sveits av 29. april 1988. Saksnr. 10328/83

Broniowski mot Polen av 22. juni 2004. Saksnr. 31443/96

Broniowski mot Polen av 28. september 2005. Saksnr. 31443/96 [Judgment, Struck out of the list]

Burdov mot Russland (No.2) av 15. januar 2009. Saksnr. 33509/04

Campbell og Cosans mot Storbritannia av 23. mars 1983. Saksnr. 7511/76 og 7743/76

Christine Goodwin mot Storbritannia av 11. juli 2002. Saksnr. 28957/95

Cocchiarella mot Italia av 29. mars 2006 Saksnr. 64886/01

Conka mot Belgia av 5. februar 2002. Saksnr. 51564/99

Demicoli mot Malta av 27. august 1991. Saksnr. 13057/87

D.H m.fl mot Tsjekkia av 13. november 2007. Saksnr. 57325/00

Dudgeon mot Storbritannia av 24. februar 1983. Saksnr. 7525/76

F. mot Sveits av 18. desember 1987. Saksnr. 11329/85

Faimblat mot Romania av 13. januar 2009. Saksnr. 23066/02

Finucane mot Storbritannia av 1. juli 2003. Saksnr. 29178/95

Golder mot Storbritannia av 21. februar 1975. Saksnr. 4451/70

Goodwin mot Storbritannia av 27. mars 1996. Saksnr. 17488/90

Guerra m.fl. mot Italia av 19. februar 1998. Saksnr. 14967/89

I. mot Storbritannia av 11. juli 2002. Saksnr. 25680/94

Haase mot Tyskland av 8. april 2004. Saksnr. 11057/02

Hasan og Eylem Zengin mot Tyrkia av 9. oktober 2007. Saksnr. 1448/04

Hirst mot Storbritannia (Nr. 2) av 6. oktober 2005. Saksnr. 74025/01

Hutten-Czapska mot Polen av 19. juni 2006. Saksnr. 35014/97

Hutten-Czapska mot Polen av 28. april 2008. Saksnr. 35014/97 [Judgment, Struck out of the list]

Ilascu m.fl mot Moldova og Russland av 8. juli 2004. Saksnr. 48787/99

Jäggi mot Sveits av 13. juli 2006. Saksnr. 58757/00

Jane Smith mot Storbritannia av 18. januar 2001 Saksnr. 25154/94

Le Compte, Van Leuven og De Meyere mot Belgia av 18. oktober 1982. Saksnr. 6878/75 og 7238/75

Loizidou mot Tyrkia av 23. mars 1995. Saksnr. 15318/89 [Judgment, Preliminary Objections]

Loizidou mot Tyrkia av 18. desember 1996. Saksnr. 15318/89

Lukenda mot Slovenia av 6. oktober 2005. Saksnr. 23032/02

Mamatkulov og Abdurasulovic av 6. februar 2003. Saksnr. 46827/99 og 46951/99

Mamatkulov og Askarov av 4. februar 2005. Saksnr. 46827/99 og 46951/99

Marckx mot Belgia av 13. juni 1979. Saksnr. 6833/74

Martinie mot Frankrike av 12. april 2006. Saksnr. 58675/00

Martins Castro og Alves Correia de Castro mot Portugal av 10. juni 2008. Saksnr. 33729/06

Mentes m.fl. mot Tyrkia av 24. juli 1998. Saksnr. 23186/94

Musci mot Italia av 29. mars 2006. Saksnr. 64699/01

O. mot Storbritannia av 9. juni 1988. Saksnr. 9276/81

Orhan mot Tyrkia av 18. juni 2002. Saksnr. 25656/94

Papamichalopoulos m.fl. mot Hellas av 31. oktober 1995. Saksnr. 14556/89

Pauwels mot Belgia av 26. mai 1988. Saksnr. 10208/82

Riccardi Pizzati mot Italia av 29. mars 2006. Saksnr. 62361/00

Ringeisen mot Østerrike av 22. juni 1972. Saksnr. 2614/65

Salah mot Nederland av 6. juli 2006. Saksnr. 8196/02

Scordino mot Italia av 29. mars 2006. Saksnr. 36813/97

Scozzari og Giunta mot Italia av 13. juli 2000. Saksnr. 39221/98 og 41963/98

Sejdovic mot Italia av 1. mars 2006. Saksnr. 56581/00

Selcuk og Asker mot Tyrkia av 24. april 1998. Saksnr. 23184/94 og 23185/94

Sergey Zolotukhin mot Russland av 10. februar 2009. Saksnr. 14939/03

Soering mot Storbritannia av 7. juli 1989. Saksnr. 14038/88

Sylla mot Nederland av 6. juli 2006. Saksnr. 14683/03

Tyrer mot Storbritannia av 25. april 1978. Saksnr. 5856/72

Ulku Ekinci mot Tyrkia av 16. juli 2002. Saksnr. 27602/95

United Communist Party mot Tyrkia av 30. januar 1998. Saksnr. 19392/92

Urbarska obec Trencianske Biskupice mot Slovakia 27. november 2007. Saksnr. 74258/01

Viasu mot Romania av 9. desember 2008. Saksnr. 75951/01.

W. mot Storbritannia av 9. juni 1988. Saksnr. 9749/82

Xenides-Arestis mot Tyrkia av 22. desember 2005. Saksnr. 46347/99

Yagci og Sargin mot Tyrkia av 23. mai 1995. Saksnr. 16419/90 og 16426/90

Yöyler mot Tyrkia av 24. juli 2003. Saksnr. 26973/95

Zhangí mot Italia av 19. februar 1991. Saksnr. 11491/85

9.4 Avgjørelser fra Den internasjonale domstol

LaGrand case (Germany v. the United States of America) Judgment of 27 June 2001, I.C.J. Reports 2001

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium) Preliminary objections. Judgment of 15 December 2004. I.C.J. Reports 2004, s. 279.

Nottebohm case (Lichtenstein v. Guatemala) Preliminary objection. Judgment of 18 November 1953. I.C.J. Reports 1953, III.

9.5 Resolusjoner og rekommandasjoner fra Europarådet

Resolusjon “Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem.” Også inntatt som vedlegg nedenfor.

Rekommandasjon “Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies.” Også inntatt som vedlegg nedenfor.

Interimresolusjon av 26. juni 2001 “Interim Resolution ResDH(2001)80 concerning the judgment of the European Court of Human Rights of 28 July 1998 in the case of Loizidou against Turkey”.

9.6 Dokumenter fra Europarådet

Europarådets vedtekter, “Statute of the Council of Europe”

Domstolens forretningsorden, “Rules of Court”

“Rules of procedure of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements” vedtatt av Ministerkomiteen i 2001, revidert 10. mai 2006.

“Human Rights Working Methods – improved effectiveness of the Committee of Ministers’ supervision of execution of judgments” CM/Inf(2004)8 Final 7 April 2004.

9.7 Internettsider

Liste over alle avgjørelsene Ministerkomiteen fører tilsyn med (oppdateres løpende):

http://www.coe.int/t/e/human_rights/execution/Pending%20Cases_simplifiedGlobalDatabase_april_2009.xls

Domstolens database HUDOC, tilgjengelig på:

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>

Jean-Paul Costas tale ved åpningen av rettsåret 2008, tilgjengelig på:

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court/Events+at+the+Court/Opening+of+the+judicial+year/>

Jean-Paul Costas tale ved åpningen av rettsåret 2009, tilgjengelig på:

http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/241F38A0-1469-4737-B319-F6632E755E3C/0/30012009PresidentCostaHearing_eng_.pdf

Erik Friberghs innlegg på arbeidsmøtet i Stockholm juni 2008, tilgjengelig på:

http://www.coe.int/t/E/Human_Rights/h-inf_2008_11.pdf

9.8 Annet

Doktorgradsavhandling av Jonas Christoffersen. *Fair Balance - A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. Københavns

Universitet. April 2008. Tilgjengelig elektronisk på

<http://menneskeret.dk/om+os/direkt%c3%b8r>. Blir utgitt på Martinus Nijhoff forlag i løpet av 2009.

Vispersongruppens rapport, “Report of the Group of Wise Persons”, 2006. Tilgjengelig på:

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Other+reports/>

Lord Woolfs rapport “Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights”, 2005. Tilgjengelig på: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/40C335A9-F951-401F-9FC2-241CDB8A9D9A/0/LORDWOOLFREVIEWONWORKINGMETHODS.pdf>

(Draft) Activity Report fra refleksjonsgruppen av 11. mars 2009. Journalført av Justisdepartementet som dokument 17 i sak 200901632 (den franske versjonen av dokumentet). Dokumentet er lagret på disk hos forfatteren.

Innlegg fra uavhengig ekspert fra Storbritannia om pilotdomprosedyren med tittel ”Pilot judgments: categorisation of cases” på møte i refleksjonsgruppen 4.-6. mars 2009. Dokumentet er ikke tilgjengelig på Europarådets hjemmeside, men er journalført av Justisdepartementet som dokument 12 i sak 200901246. Dokumentet er lagret på disk hos forfatteren.

St. meld. Nr. 17 *Makt og demokrati* (2004-2005) som inneholder regjeringens vurderinger av sluttrapporten fra Makt- og demokratiutredningen, lagt frem i NOU 2003: 19 *Makt og demokrati. Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen.*

Explanatory report to Protocol No. 11 to the European Convention of Human Rights. Tilgjengelig på: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/155.htm>

Explanatory report to Protocol No. 14 bis to the European Convention of Human Rights. Tilgjengelig på: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/Prot14bis.htm>

Cingolani, Collected Edition of the ”Travaux Préparatoires” (The Hague 1975-1985)

Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II.

Vedtektene til Den internasjonale domstol, “Statute of the International Court of Justice”

FNs Generalforsamlingsresolusjon 56/83 vedtatt 12. desember 2001

10 Vedlegg

10.1 Vedlegg 1 - *Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem.*

COUNCIL OF EUROPE

COMMITTEE OF MINISTERS

Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem

(adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004,
at its 114th Session)

The Committee of Ministers, in accordance with Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

Considering that the aim of the Council of Europe is the achievement of greater unity among its members, and that one of the most important methods by which that aim is to be pursued is the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms;

Reiterating its conviction that the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as "the Convention") must remain the essential reference point for the protection of human rights in Europe, and recalling its commitment to take measures in order to guarantee the long-term effectiveness of the control system instituted by the Convention;

Recalling the subsidiary character of the supervision mechanism set up by the Convention, which implies, in accordance with its Article 1, that the rights and freedoms guaranteed by the Convention be protected in the first place at national level and applied by national authorities;

Welcoming in this context that the Convention has now become an integral part of the domestic legal order of all states parties;

Recalling that, according to Article 46 of the Convention, the high contracting parties undertake to abide by the final judgment of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as “the Court”) in any case to which they are parties and that the final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution;

Emphasising the interest in helping the state concerned to identify the underlying problems and the necessary execution measures;

Considering that the execution of judgments would be facilitated if the existence of a systemic problem is already identified in the judgment of the Court;

Bearing in mind the Court’s own submission on this matter to the Committee of Ministers session on 7 November 2002;

Invites the Court:

- I. as far as possible, to identify, in its judgments finding a violation of the Convention, what it considers to be an underlying systemic problem and the source of this problem, in particular when it is likely to give rise to numerous applications, so as to assist states in finding the appropriate solution and the Committee of Ministers in supervising the execution of judgments;
- II. to specially notify any judgment containing indications of the existence of a systemic problem and of the source of this problem not only to the state concerned and to the Committee of Ministers, but also to the Parliamentary Assembly, to the Secretary General of the Council of Europe and to the Council of Europe Commissioner for Human Rights, and to highlight such judgments in an appropriate manner in the database of the Court.

10.2 Vedlegg 2 - *Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies.*

COUNCIL OF EUROPE
COMMITTEE OF MINISTERS

Recommendation Rec(2004)6
of the Committee of Ministers to member states
on the improvement of domestic remedies

*(adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004,
at its 114th Session)*

The Committee of Ministers, in accordance with Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

Considering that the aim of the Council of Europe is the achievement of greater unity among its members, and that one of the most important methods by which that aim is to be pursued is the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms;

Reiterating its conviction that the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as “the Convention”) must remain the essential reference point for the protection of human rights in Europe, and recalling its commitment to take measures in order to guarantee the long-term effectiveness of the control system instituted by the Convention;

Recalling the subsidiary character of the supervision mechanism set up by the Convention, which implies, in accordance with its Article 1, that the rights and freedoms guaranteed by the Convention be protected in the first place at national level and applied by national authorities;

Welcoming in this context that the Convention has now become an integral part of the domestic legal order of all states parties;

Emphasising that, as required by Article 13 of the Convention, member states undertake to ensure that any individual who has an arguable complaint concerning the violation of his rights and freedoms as set forth in the Convention has an effective remedy before a national authority;

Recalling that in addition to the obligation of ascertaining the existence of such effective remedies in the light of the case-law of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as “the Court”), states have the general obligation to solve the problems underlying violations found;

Emphasising that it is for member states to ensure that domestic remedies are effective in law and in practice, and that they can result in a decision on the merits of a complaint and adequate redress for any violation found;

Noting that the nature and the number of applications lodged with the Court and the judgments it delivers show that it is more than ever necessary for the member states to ascertain efficiently and regularly that such remedies do exist in all circumstances, in particular in cases of unreasonable length of judicial proceedings;

Considering that the availability of effective domestic remedies for all arguable claims of violation of the Convention should permit a reduction in the Court’s workload as a result, on the one hand, of the decreasing number of cases reaching it and, on the other hand, of the fact that the detailed treatment of the cases at national level would make their later examination by the Court easier;

Emphasising that the improvement of remedies at national level, particularly in respect of repetitive cases, should also contribute to reducing the workload of the Court;

Recommends that member states, taking into account the examples of good practice appearing in the appendix:

- I. ascertain, through constant review, in the light of case-law of the Court, that domestic remedies exist for anyone with an arguable complaint of a violation of the Convention, and that these remedies are effective, in that they can result in a decision on the merits of the complaint and adequate redress for any violation found;
- II. review, following Court judgments which point to structural or general deficiencies in national law or practice, the effectiveness of the existing domestic remedies and, where necessary, set up effective remedies, in order to avoid repetitive cases being brought before the Court;
- III. pay particular attention, in respect of aforementioned items I and II, to the existence of effective remedies in cases of an arguable complaint concerning the excessive length of judicial proceedings;

Instructs the Secretary General of the Council of Europe to ensure that the necessary resources are made available for proper assistance to member states which request help in the implementation of this recommendation.

10.3 Vedlegg 3 - Pressemelding fra Ministerkomiteens møte 12. mai 2009 om protokoll 14 bis

Council of Europe adopts new decisions to improve the effectiveness of the European Court of Human Rights

Madrid, 12.05.2009 – Ministers for Foreign Affairs and representatives of the 47 Council of Europe member states today adopted [Protocol No. 14bis to the European Convention on Human Rights](#), which will increase the European Court of Human Rights' short-term capacity to process applications.

At the 119th session of the Council of Europe Committee of Ministers held in Madrid, they adopted this new protocol that will allow, pending entry into force of Protocol No. 14, the immediate and provisional application of two procedural elements of Protocol No. 14 with respect to those states that express their consent:

- a single judge will be able to reject plainly inadmissible applications, whereas now this requires a decision by a committee of three judges.
- the competence of three-judge committees will be extended to declare applications admissible and decide on their merits in well-founded and repetitive cases, where there already is a well-established case law of the Court. Currently, these cases are handled by chambers of seven judges.

Protocol No.14 bis will be opened for signature on 27 May and it will need the ratification by three states to enter into force. Its provisions shall apply to applications pending before the Court against each of the States for which the Protocol has entered into force. Member states may provisionally apply the provisions before entry into force, if they so wish.

The application of Protocol 14bis, though not providing a definitive answer to the Court's problems, is estimated to increase the efficiency of the Court by 20-25%.

In the margins of the Ministerial Session, a Conference of the High Contracting Parties to the Convention adopted an agreement by consensus by virtue of which states may individually consent, on a provisional basis, to the direct application of the two mentioned procedural elements of Protocol 14 to the complaints filed against them. This agreement is complementary to Protocol No. 14bis since it opens a second legal avenue towards achieving the same result.

However, the Ministers stated that the entry into force of Protocol No. 14 should remain the first priority.

The Ministers decided to transmit to the Parliamentary Assembly for appointment to the post of Secretary General, with effect 1 September 2009, the candidatures of Włodzimierz Cimoszewicz and Thorbjørn Jagland, respectively sponsored by the governments of Poland and Norway.

The Committee also adopted:

- A [Declaration to mark the 60th anniversary of the Council of Europe](#), reaffirming and updating the policy objectives set at the Warsaw Summit of Heads of State and Government held in May 2005.
- A [Declaration on making gender equality a reality](#).
- A Statement on the Conference of the High Contracting Parties to the European Convention on Human Rights.

The Ministers also discussed the state of democracy in Belarus, the only European state that is not a Council of Europe member, and the conflict in Georgia.

At the close of the session, Slovenia took over from Spain as Chair of the Committee of Ministers for the next six months.

