

**STATSANSVAR FOR MELLOMPRIVATE
KONFLIKTER ETTER DEN EUROPEISKE
MENNESKERETTIGHETSKONVENSJONEN**

Kandidatnr: 126

Veileder: Marius Emberland

Leveringsfrist: 1. juni

Til sammen 34.759 ord

Oslo, 1. juni 2005

FORORD

Nysgjerrigheten for å finne ut av EMKs tredjepartsvirkning, som med unntak av sporadiske petithenvisninger ikke er berørt i pensumbøkene til faget menneskerettigheter, ledet meg inn i dette arbeidet. Kanskje var dette litt vågalt, men EMKs økende betydning i norsk rett fristet til å bringe klarhet i en problemstilling som uten tvil har, og vil få, stor betydning for individenes rettsstilling.

For det første vil jeg takke min veileder, førsteamanuensis Marius Emberland, ved Norsk senter for menneskerettigheter. Det er forsiktig uttrykt nå jeg sier at han har betydd mye for mitt arbeid. Han har vært til stor støtte gjennom hele skrivearbeidet, og jeg er dypt takknemlig for hans gode veiledning og for hele tiden å ha hatt troen på meg og motivert meg fremover og dypere inn i de problemstillinger som denne avhandlingen drøfter. Han har utvilsomt vært et ideal å strekke seg etter.

En særlig takk skal rettes til stud. jur. Rolf Christian Kahrs Baardvik for å ha ytet verdifull assistanse ved gjennomgang av avhandlingen, kontroll av kildehenvisninger, korrekturlesing og gode kritiske innspill. Han skal ha takk for sin støtte i innspurtsfasen av avhandlingen og for å ha holdt humøret mitt oppe når arbeidet var på sitt tøffeste.

Videre takker jeg stud. jur. Erlend M. Leonhardsen for ha vist meg stor støtte den siste natten før innlevering med korrekturlesing, og for å ha fått systematisert mine fotnoter og litteraturliste. En takk må også rettes til professor Jørgen Aall, professor Geir Ulfstein og stipendiat Ivar Alvik for å ha tatt seg tid til å diskutere statsansvaret i folkeretten og under EMK.

En stor takk må rettes Fritt Ord og Norsk senter for menneskerettigheter for stipend og skriveplass. Jeg takker Marte Galtung, Aina Landsverk Hagen, Tone Helene Aarvik og Kjersti Koffeld for det sosiale samværet under den tiden vi har delt kontor.

Sist, men ikke minst, må min familie takkes for å ha lagt forholdene til rette slik at jeg i best mulig grad har kunnet fokusere på arbeidet med avhandlingen.

Oslo, 1. juni 2005

INNHALDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	4
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	4
1.2	METODE OG KILDER	7
1.3	UTVIKLINGEN AV LÆREN OM POSITIVE FORPLIKTELSER	10
1.3.1	DOKTRINEN OM "DRITTWIRKUNG" AV MENNESKERETTIGHETER	11
1.3.2	POSITIVE FORPLIKTELSER OG EMKS TREDJEPARTSVIRKNING	13
1.4	FORMÅLS- OG EFFEKTIVITETSPRINSIPPET	20
1.5	LÆREN OM EN STATLIG SKJØNNSMARGIN ("MARGIN OF APPRECIATION")	22
1.6	GRUNNLEGGENDE VERDIER I EMK	26
2	STATSANSVARETS FORM I EMK: OBJEKTIVT ANSVAR MED SUBJEKTIVE ELEMENTER?	29
2.1	FOLKERETTENS REGLER OM STATSANSVAR	30
2.2	ANSVARSGRUNNLAGET I EMK	33
3	EFFEKTIV BESKYTTELSE	36
3.1	INNLEDNING OG DISPOSISJON	36
3.2	RETTSREGLER SOM ER EGNET TIL Å GI EFFEKTIV BESKYTTELSE	37
3.2.1	KRITERIER FOR HVA SOM ANSES SOM EFFEKTIV BESKYTTELSE	37
3.2.2	BETYDNINGEN AV SKJØNNSMARGINEN I KRAVET OM EKSISTENSEN AV EFFEKTIVE RETTSREGLER	42
3.3	EFFEKTIV RETTSHÅNDHEVELSE	44
3.3.1	GENERELLE BETRAKTNINGER I BARNEFORDELINGSSAKENE	44
3.3.2	KRITERIER FOR HVA SOM ANSES SOM EFFEKTIV BESKYTTELSE I FORM AV RETTSLIG HÅNDHEVING	46
3.4	EFFEKTIV ETTERFORSKNING OG FOREBYGGENDE TILTAK	49
3.5	EFFEKTIVE SAKSBEHANDLINGSRUTINER	52
3.5.1	FORVALTNINGENS SAKSBEHANDLING	53
3.5.2	SAKSBEHANDLINGEN VED NASJONALE DOMSTOLER	55
3.6	CULPA-ELEMENTER I EMDs VURDERINGER	58

3.7	OPPSUMMERING	61
4	AVVEININGER	62
4.1	INNLEDNING.....	62
4.2	"FAIR BALANCE" SOM GRUNNLAG FOR VURDERING AV STATSANSVAR:	
	INTERESSEAVVEININGER	64
4.2.1	HVILKE INTERESSER ER DET EMD MER KONKRET FORETAR AVVEININGER AV?	65
4.2.2	KRITERIER I "FAIR BALANCE"-VURDERINGER: HVA SOM ANSES SOM "FAIR"?	68
4.2.3	BETYDNINGEN AV AT STATEN SELV HAR EN SKJØNNMARGIN	73
4.3	"FAIR BALANCE"-VURDERINGER: RETTIGHETSAVVEININGER	77
4.4	PROPORSJONALITETSPRINSIPPET SOM VURDERINGSGRUNNLAG	80
4.5	OPPSUMMERING	82
5	TERSKELPRINSIPP	84
5.1	OPPSUMMERING	90
6	NOEN ORD OM CLAPHAMS "BUT FOR"-TEST	91
6.1	OPPSUMMERING	95
7	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	96
8	LITTERATUR.....	98
9	REGISTRE	104
9.1	AVGJØRELSE FRA DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETS DOMSTOL (EMD)....	104
9.2	AVGJØRELSE FRA DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSKOMMISJON	107
9.3	DOMMER FRA ANDRE DOMSTOLER	108
9.4	KONVENSJONER	109

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne avhandlingen omhandler offentlige myndigheters positive forpliktelser etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) i det som her omtales som mellomprivate konflikter.¹ Avhandlingen har to hovedformål. For det første å undersøke karakteren av ansvarsgrunnlaget i EMK som uttrykk for folkerettslig statsansvar. For det andre å identifisere de ”tester” eller rettslige vurderingsgrunnlag som Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) legger til grunn når den tar stilling til om statsansvar skal ilegges for konflikter som i utgangspunktet har vært private mellomværender.² Dette er et tema som i begrenset grad har vært behandlet i EMK-rettslig teori, både internasjonalt og i norsk rett.³

Identifisering av hvordan EMD utformer eller uttrykker statenes ansvar etter EMK, i tilfeller hvor grunnlaget for den rettslige problemstillingen har vært et mellomprivat forhold, er et stort lerret å bleke. Denne avhandlingen begrenser seg til en redegjørelse av problemstillingen når det gjelder EMDs tolking av artiklene 2, 3, 8 og 10 i konvensjonen. Artikkel 2 omhandler retten til liv, artikkel 3 setter et forbud mot tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling og straff, artikkel 8 verner om privat- og familielivet, mens artikkel 10 beskytter yttringsfriheten. Bare under disse bestemmelsene finnes et empirisk materiale som er tilstrekkelig omfattende for å kunne trekke relativt

¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma 4. November 1950, ETS 5.

² Det presiseres at EMD selv ikke nevner at den anvender konkrete tester ved sin rettsanvendelse. De tester som anvendes i denne avhandlingen er følgelig noe som har vært utledet på bakgrunn av Domstolens praksis.

³ Det finnes omfattende litteratur om konvensjonens positive forpliktelser. Imidlertid er den problemstilling som drøftes i denne avhandling nærmest fraværende i den juridiske litteratur. Av litteratur som drøfter de positive forpliktelser kan nevnes Dean Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*. Brussel: Bruylant 1995, Alastair R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the Court of Human Rights*, Oxford: Hart 2004 og Cordula Dröge, *Positive verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*. Berlin: Springer 2003.

sikre slutninger om hvordan denne formen for statsansvar er regulert etter konvensjonen.⁴

Temaet som behandles her er gjenstand for ulik begrepsbruk. I norsk rettsteori brukes ofte uttrykk som konvensjonens tredjepartsvirkning.⁵ Internasjonalt har dette vært omtalt som doktrinen om ”*Drittwirkung*” under konvensjonen,⁶ men den er også kjent under andre betegnelser, som ”*horizontal effect*” og så videre.⁷ Begrepsbruken er ikke avgjørende. Det sentrale er hva begrepene dekker. Alle begrepene gir uttrykk for samme diskusjon, nemlig om og hvor langt offentlige myndigheter kan pådra seg ansvar etter EMK for handlinger som et privat rettssubjekt foretar overfor en annen privatperson. Dette innebærer at de saker hvor enkeltindivider eller private juridiske personer foretar handlinger på vegne av staten, faller utenfor diskusjonen i det følgende. EMK legger klart nok til grunn at staten svarer på vegne av handlinger begått av offentlige tjenestemenn eller andre som handler på statens vegne.⁸

Det kan tenkes to typer tredjepartsvirkninger. De kan benevnes som direkte og indirekte tredjepartsvirkning. En direkte (eller også omtalt som umiddelbar) tredjepartsvirkning forutsetter at den privatperson som har utført en handling eller unnlatt å utføre en handling, som isolert sett kunne sies å være et inngrep i en annen privatpersons rettigheter etter konvensjonen, også blir ansvarlig for forholdet under konvensjonen. Dette kan ikke realistisk gjennomføres i EMK, av grunner som blir gjort rede for under

⁴ Avgrensningene mot andre rettigheter innebærer ikke at det er utelukket at temaet også er aktuelt etter andre bestemmelser. Av saker under andre bestemmelser hvor det kan utledes tredjepartsvirkning kan nevnes art. 6: *Glaser mot Storbritannia*, 19. september 2000, (Ikke publisert) saksnr: 32346/96, *McVicar mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2002-III, art 9: *Choudhury mot Storbritannia*, 5. mars 1991, (ikke publisert) saksnr: 17439/90, *Kokkinakis mot Hellas*, 1993, Serie A260-A, og *Otto Preminger-Institutte mot Østerrike*, 1994, Serie A 295 A, art. 11: *Plattform "Ärzte für das Leben" mot Østerrike*, 1988, Serie A 139, *Sibson mot Storbritannia*, 1993, Serie A 258 A, *Gustafson mot Sverige*, 1996, Serie A 139, og *Wilson m.fl. mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2002-V.

⁵ Se f.eks. Erik Møse, *Menneskerettigheter*. Oslo: Cappelen akademisk forlag 2002, s. 93 og Kyrre Eggen, *Ytringsfrihet: Vernet om ytringsfriheten i norsk rett*. Oslo: Cappelen akademisk forlag 2002, s. 31

⁶ Andrew Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*. Oxford: Clarendon Press 1993, s. 178 flg.

⁷ Kenneth M Lewan, The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany. I: *International and Comparative Law Quarterly*, nr. 17, 1968 s. 571-601, s. 572. Denne doktrinens opprinnelse og innhold vil bli nærmere omtalt under punkt 1.3.1.

⁸ I slike saker vil staten anses ansvarlig for sine egne tjenestemenns handlinger, jf. for eksempel *Aydin mot Tyrkia*, Reports 1997-VI, *Assenov m.fl. mot Bulgaria*, Reports 1998-VIII.

behandlingen av positive forpliktelser i punkt 1.3. Det er den indirekte (eller middelbare) tredjepartsvirkning som er aktuell etter EMK. Det vil si at en oppstiller et statlig ansvar for private overgrep eller forhold. Dette innebærer ikke en ansvarliggjøring av privatpersonen som står bak forholdet, men av staten fordi den av en eller annen grunn ikke har gjort det som måtte gjøres for å hindre eller rette opp i forholdet.

Det er ikke lenger et omstridt spørsmål at konvensjonsstatene kan bli ansvarlige etter EMK for handlinger begått av privatpersoner overfor andre privatpersoner. Det må videre anses klart at staten ikke blir ansvarlig for alle private overgrep. Det som er omstridt, og til dels utforsket i teorien og for så vidt også i praksis, er hva som skal til for å ansvarliggjøre staten for slike private overgrep og hvilke vurderingsgrunnlag EMD legger til grunn for dette formålet. Dette vil bli nærmere behandlet i denne avhandlingen.

Avhandlingen identifiserer fire ulike ”tester” eller vurderingsgrunnlag som EMD vektlegger i sin vurdering av hvorvidt ansvar tillegges staten. I forhold til de konvensjonsbestemmelser som behandles, har det for EMD for det første vært av avgjørende betydning om konvensjonsstatene har sikret klager en effektiv beskyttelse av rettighetsvernet under EMK. Hva som konkret ligger i dette begrepet og hvordan dette arter seg i forhold til de ulike artiklene og sakene, er spørsmål som vil bli drøftet under behandlingen av denne ’effektivitets’-testen. Kapittel 3 behandler testen nærmere.

En annen test som EMD med styrke har inntatt i sine vurderinger er det som vil bli betegnet som ’avveiningsnormer’. Slike vurderingsnormer aktualiseres særlig i forhold til artiklene 8 og 10. Begrunnelsen for dette ligger i bestemmelsenes utforming, som byr på en proporsjonalitetsvurdering og/eller en interesse- og rettighetsavveining, når det gjelder tolkingen av om bestemmelsene kommer til anvendelse. ’Avveiningsnormer’ behandles i kapittel 4 nedenfor.

Den tredje testen formuleres i denne avhandlingen som et ’terskelprinsipp’. Spørsmålet som drøftes er om EMD oppstiller et vilkår om at det innklagede forhold må ha nådd et minstenivå av alvorlighet før det kan fastslås krenkelse. Dette er nærmere behandlet i kapittel 5.

Et siste spørsmål som drøftes er om EMD opererer med en ”but for”-test, slik det har vært anført av Andrew Clapham, som må sies å være EMK-teoriens fremste representant for studier av ansvar for mellomprivate forhold.⁹ Denne testen baserer seg på en kausalitetsvurdering ved å stille spørsmål om krenkelsen ville ha funnet sted dersom myndighetene gjennom sin aktivitetsplikt hadde iverksatt preventive tiltak. Denne problemstilling drøftes i kapittel 6.

Det kan presiseres at disse testene ikke er ment å utgjøre en uttømmende redegjørelse for alle de vurderingsgrunnlag som EMD måtte operere med på dette området. Formålet med avhandlingen er først og fremst å avdekke og belyse de viktigste vurderingskriterier som Domstolen benytter ved sin rettsanvendelse. Det kan videre nevnes at rettspraksis viser at de ulike testene kan komme til uttrykk i samme avgjørelser slik at disse ikke alltid kan forstås som selvstendige kriterier. Dette vil bli behandlet senere.

1.2 Metode og kilder

Analysen i denne avhandlingen er deskriptiv i den forstand at avhandlingen tar sikte på å gjøre rede for hva EMD faktisk legger til grunn i sin praksis. Det foretas derfor ikke vurderinger av hvordan EMD *bør* forholde seg til denne type problemstillinger.

Avhandlingen har et rettsdogmatisk utgangspunkt, hvor EMKs egen rettsdogmatikk vil stå sentralt. Det er et siktemål med avhandlingen å få innsikt i EMDs forhold til problemstillingene som behandles. Når det gjelder statens positive forpliktelser på området for mellomprivate konflikter, vil deres innhold og omfang, slik de fastlegges av domstolene generelt og EMD spesielt, bero på en tolkning av EMK hvor EMK-rettens kilder og tolkningsprinsipper utgjør de relevante verktøy. Det er derfor hensiktsmessig å gi en oversikt over de sentrale delene av EMK-rettens kilde- og metodelære.¹⁰

⁹ Clapham, over, note 6.

¹⁰ For nærmere om tolkning av EMK se Frode Elgesem, *Tolking av EMK-Menneskerettighetsdomstolens metode. I: Lov og Rett*, vol. 42, 2003, s. 203-231, s. 203 og Frantz Matscher, *Methods of Interpretation of*

Analysene i avhandlingen bygger på en rekke kilder. Den primære rettskilde for avhandlingen, ved siden av konvensjonsteksten, er avgjørelser – både dommer og avvsningskjennelser – fra EMD. I den grad det er nødvendig for å illustrere enkelte poenger ved fremstillingen av EMDs tester, vil avgjørelser fra EMDs tidligere silingsorgan – Den europeiske menneskerettighetskommisjon (Kommisjonen) – bli trukket inn i fremstillingen.¹¹ Avhandlingen avgrenses mot nasjonale domstolars avgjørelser i mellomprivate saker.¹² I norsk rettspraksis er problemstillingen i begrenset grad diskutert.¹³

I tillegg til rettspraksis har sentral juridisk litteratur, både skandinavisk og engelsk-språklig, blitt undersøkt.

Av de rettskilder som EMD selv generelt vektlegger ved sin tolkning av EMK, kan oppsummeringsvis nevnes konvensjonsteksten, folkerettslige traktater og sedvanerett, forarbeider, praksis fra konvensjonsorganene og andre folkerettslige domstoler og voldgifter, juridisk teori og rettsoppfatninger i konvensjonsstatene og andre sammenliknbare rettssamfunn. Som det vil fremkomme av avhandlingen, legger EMD særlig vekt på konvensjonsteksten og rettspraksis som rettskildefaktorer i sin rettsanvendelse. Disse står derfor også sentralt i denne avhandlingen.

Avhandlingen er begrenset til EMDs tolking av fire av konvensjonens artikler. Som enhver konvensjonstolkning vil utgangspunktet være den ordlyd som ut fra en alminnelig språklig forståelse kan utledes fra disse bestemmelser.¹⁴ Ved tolkningen av

the Convention. I: Macdonald m.fl. *The European system for the Protection of Human Rights*, Haag: Kluwer 1993, s. 63-83, s. 63.

¹¹ Kommisjonen ble med EMK tilleggsprotokoll (P) 11, som trådte i kraft 1. november 1998, avviklet. Som følge av denne er de funksjoner som tidligere var fordelt på to konvensjonsorganer nå lagt til ett permanent rettslig organ som er EMD.

¹² Det kan ikke utelukkes at de nasjonale domstoler har behandlet saker hvor EMKs tredjepartsvirkning har stått sentralt. Avhandlingens format tillater ikke en inkludering av denne formen for EMK-tolkning.

¹³ Jf. f.eks. Oslo tingrettsdom av 26/11-04, TOSLO-2003-6856, Big Brother-paret Anette og Rodny mot Se og Hør.

¹⁴ Jf. Wien-konvensjonens art. 31. EMK særpreges imidlertid ved at dens bestemmelser inneholder ubestemte begreper slik at ordlyden alene ikke er tilstrekkelig til å fastsette dens innhold. Dette medfører at konvensjonens formål, jf. fortalen, og den kontekst artikkelene fremtrer i blir vektige rettskilder for tolkningen. Som eksempler på saker som har tillagt ordlyden som det sentrale moment ved tolkningen kan nevnes *Johnston mot Irland*, 1986, Serie A 112 og *Pretty mot Storbritannia*, Reports of Judgments

statens positive forpliktelser under disse bestemmelsene har Domstolen i tillegg sett hen til artikkel 1 om at statene skal "sikre" ("secure") konvensjonens rettigheter.¹⁵ I *Z mot Storbritannia* uttalte Domstolen blant annet at artikkel 1 tolket i sammenheng med artikkel 3 pålegger statene å hindre konvensjonskrenkelser individene imellom.¹⁶

En annen sentral rettskilde ved tolkingen av EMK er Domstolens egen praksis.¹⁷ I de saker som reiser spørsmål om tredjepartsvirkning, ser man stadig henvisninger tilbake til Domstolens første avgjørelser hvor dette spørsmålet ble fastslått. Dette viser at Domstolen legger betydelig vekt på sine tidligere avgjørelser. Et eksempel på dette er *Guerra mot Italia*, hvor Domstolen viste til sin avgjørelse i *López-Ostra mot Spania* om at forurensning kan medføre krenkelse av privatlivet.¹⁸

Det er Wien-konvensjonen om traktatretten og dens artikler 31, 32 og 33 som danner utgangspunktet for tolkning av EMK.¹⁹ Domstolen har selv fastslått dette i en rekke saker, og samtidig vist at den tar hensyn til de tolkningsprinsipper som følger av Wien-konvensjonen.²⁰ Domstolen har videre lagt til grunn at EMK har visse særegne trekk

and Decisions 2002-III. Disse sakene gjaldt imidlertid ikke tredjepartsvirkning men illustrer likevel tolkningsmetoden.

¹⁵ Hvordan Domstolen har tolket dette sett i sammenheng med de ulike rettighetsbestemmelsene er nærmere behandlet under pkt. 1.3.

¹⁶ *Z m.fl. mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2001-V og *Powell and Rayner mot Storbritannia*, 1990, Serie A 172.

¹⁷ Betydningen av rettspraksis er ikke direkte regulert i Wien-konvensjonen. Av Haag-domstolens statutter av 26. juni 1945 art. 38 (1) d) følger det at rettsavgjørelser anses som subsidiære kilder. I EMK-systemet hvor hensynet til konsekvens og forutberegnelighet står sterkt, har EMD tillagt egen praksis betydelig vekt, jf. f. eks. *Christine Goodwin mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2002-VI, § 74, hvor dette sies uttrykkelig.

¹⁸ *Guerra m.fl. mot Italia*, Reports 1998-I, *López Ostra mot Spania*, 1994, Serie A 303 C. *López Ostra*-saken var den første saken hvor det ble fastslått at forurensning kan medføre konvensjonsbrudd.

¹⁹ Jf. *Golder mot Storbritannia*, 1975, Serie A 18, §§ 29-36. Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 er utgangspunktet for tolkning av traktater. Denne konvensjonen er ikke ratifisert av Norge. Det er imidlertid av alminnelig oppfatning at konvensjonens regler om traktatolkning er bindende i kraft av å være sedvanebasert. For nærmere om forholdet mellom EMK og Wien-konvensjonen vises det til Francois Ost, *The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights*. I: Mireille Delmas-Marty (red.): *The European Convention for Protection of Human Rights, International Protection versus national Restrictions*, Dordrecht: Nijhoff 1992, s. 283-318 og Heribert Golsong, *Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention*. Karlsruhe, 1958.

²⁰ Det kan her vises til *Bankovic m.fl. mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII og *Al-Adsani mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2001-XI. I sist nevnte uttalte Domstolen at "*the Convention has to be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties (...). The Convention (...) cannot be interpreted in a vacuum.*"

som skiller den fra tradisjonelle folkerettslige traktater.²¹ I den forbindelse har Domstolen utviklet egne tolkningsprinsipper som supplerer det som følger av Wienkonvensjonen. Noen av disse prinsippene er sentrale verktøy for forståelsen av konvensjonens ulike ord og uttrykk. Av særlig betydning for denne avhandlingen er formåls- og effektivitetsprinsippet, proporsjonalitetsprinsippet og prinsippet om statens skjønnsmargin.²² Ettersom disse prinsipper er avgjørende ved forståelsen av statens positive forpliktelser er det hensiktsmessig med en nærmere behandling av disse. Formåls- og effektivitetsprinsippet og skjønnsmarginlæren behandles i egne punkter, jf. punktene 1.4 og 1.5. Proporsjonalitetsprinsippet omtales i sammenheng med testen 'avveiningen'.²³

1.3 Utviklingen av læren om positive forpliktelser

Et viktig utgangspunkt for temaet i denne avhandlingen er læren om positive forpliktelser under EMK. Det er denne læren som danner grunnlaget for EMDs vurderinger av om staten kan pålegges ansvar for mellomprivate anliggender.

Konvensjonen selv bruker ikke uttrykket "positive forpliktelser" eller lignende, og forklarer heller ikke hva som ligger i denne formen for forpliktelser. Konvensjonens forarbeider gir heller ingen veiledning om dette. Det er imidlertid nokså klart at læren om statens positive plikter, i hvert fall på et generelt grunnlag, kan utledes fra EMK artikkel 1, som har følgende ordlyd:

"Art 1. Obligation to respect human rights

The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention."

²¹ *Bankovic m.fl. mot Storbritannia*, over, note 20, jf. § 57 om at man må "remain mindful of the Convention's special character as a human rights treaty". Dette tolkes slik at EMK medfører en modifisering av suverenitetsprinsippet i forhold til andre folkerettslige traktater.

²² Av andre EMD utviklede tolkningsprinsipper kan nevnes at konvensjonens rettslige standarder skal gis en dynamisk tolkning og at konvensjonens begreper skal tolkes autonomt.

²³ Jf. pkt 4.4.

Rettspraksis om konvensjonens positive forpliktelser er omfattende.²⁴ Til tross for dette har EMD enda ikke utformet en definisjon av hva positive forpliktelser er. Det nærmeste man muligens kommer en definisjon er dissenterende dommer Martens uttalelse i saken *Gül mot Sveits*.²⁵ De positive forpliktelsene ble beskrevet som en plikt ”*requiring member states to ... take action*”. Denne statlige handlingsplikt er nettopp kjernen av hva som karakteriserer de positive forpliktelsene. Dette innebærer en plikt for de offentlige myndigheter til aktivt å sikre oppfyllelsen av konvensjonens rettigheter. Det er også dette det siktes til i norsk rettsteori når det sies at staten etter EMK har en dobbelt gjennomføringsplikt.²⁶ Etter doktrinen om positive forpliktelser vil staten derfor kunne holdes ansvarlig for sine unnlater. Dette kan klart nok innebære en mer effektiv beskyttelse av individenes rettigheter enn de negative forpliktelsene, som kun innebærer at offentlige myndigheter skal unnlate å utøve myndighet eller annen adferd som griper inn i de interesser som er beskyttet etter konvensjonen.

Læren om positive forpliktelser er utviklet med bakgrunn i blant annet alminnelig folkerett og EMD-praksis med juridisk teori knyttet til dette. I juridisk litteratur har læren blitt koblet sammen med begrepet *Drittwirkung* og mange forfattere har hentet inspirasjon fra denne tyske og konstitusjonelle doktrinen.²⁷ Av denne grunn kan det være hensiktsmessig å gi en kort redegjørelse for denne doktrinen før en nærmere behandling av læren om positive forpliktelser under EMK.

1.3.1 Doktrinen om ”*Drittwirkung*” av menneskerettigheter

Doktrinen om ”*Drittwirkung*” har sin opprinnelse i tysk konstitusjonell teori i etterkrigstiden. Doktrinen ble i utgangspunktet skapt av de tyske domstoler ved at

²⁴ Under arbeidet med å kartlegge saker med tredjepartsvirkning har jeg bl.a. gjennomgått ca 200 avgjørelser fra EMD som berørte statens positive forpliktelser. I tillegg kommer en rekke Kommissjonsavgjørelser.

²⁵ *Gül mot Sveits*, Reports 1996-I, jf. dommer Martens dissens.

²⁶ Eggen, over, note 5, på s. 31.

²⁷ Se f.eks Andrew Clapham, *The ‘Drittwirkung’ of the Convention*. I: R. St. J. Macdonald m.fl. (red. :) over, note 10, på s. 163-207, særlig s. 163, hvor omtalen av konvensjonens tredjepartsvirkning betegnes med overskriften ”*the Drittwirkung of the Convention*”.

rettighetsbestemmelser i den tyske "Grundgesetz" (forbundsstatens grunnlov) ble gitt indirekte anvendelse i forholdet mellom private.²⁸ Dette skjedde første gang i 1958 i den såkalte *Lüth*-dommen, hvor den tyske forfatningsdomstol fastslo at Grunnlovens bestemmelser kunne ha betydning for rettsforholdet private imellom.²⁹ Fenomenet ble i tysk rett omtalt som "*Drittwirkung*".³⁰ Denne diskusjonen har siden bredt seg til en rekke andre land hvor doktrinen eller lignende lærer har blitt diskutert, i hvert fall på det teoretiske plan.³¹

Den teoretiske bakgrunn for diskusjonen om *Drittwirkung* i tysk rett hadde sitt opphav i Grunnlovens form. Den tyske forfatning ble vedtatt like etter andre verdenskrig med stor vekt på menneskerettigheter.³² Etter Grunnlovens system var staten forpliktet til å overholde menneskerettighetene i forhold til individer.³³ Imidlertid var det omstridt om rettighetene kunne anvendes i rent privatrettslige forhold, og eventuelt på hvilke områder og i hvilket omfang.³⁴ Dette hadde sammenheng med at en tredjepartsvirkning hadde som konsekvens at det ene individets forankrede grunnlovsrettigheter måtte tolkes innskrenkende til fordel for et annet individ. Et annet problem ved en slik tolkning var risikoen for at det ble grepet inn i den private autonomi på en slik måte at partenes rettigheter ble innskrenket.

²⁸ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* av 23. mai 1949. Lewan, over, note 7, på s. 572.

²⁹ 7 *BVerfGE* 198, Forfatningsdomstolens dom av 15. januar 1958.

³⁰ Marianne Nørregaard, *Menneskerettighetskonventionens anvendelse mellem private*. København: Thomson 2004, s. 135-136.

³¹ Michael J Horan, *Contemporary Constitutionalism and Legal Relationship Between Individuals*. I: *International and Comparative Law Quarterly*, nr. 25, 1976, s. 848-867 og Andrew Drzemczewski, *The European Human Rights Convention and Relations Between Private Parties*. I: *Netherlands International Law Review*, vol. 26, 1979, s. 163-181 gir fremstillinger av *Drittwirkung*-doktrinen implementering i en rekke land.

³² Om tilblivelsen se for eksempel artikler av Jochen Abr. Frowein, *Die Entwicklung der Rechtslage Deutschland von 1945 bis zur Wiedervereinigung 1990*, I: Ernst Benda m.fl. *Handbuch des Verfassungsrecht*, Berlin: Gruyter 1994, s. 19-35 og Konrad Hesse, *Die Verfassungsentwicklung*. I: *Ibid.* på s. 35-53.

³³ De tyske jurister var imidlertid klar over at det ikke bare var staten, men også private aktører, som hadde krenket de mest grunnleggende rettighetene under nazismens tid. Dette var noe av bakgrunnen for diskusjonen om at individer ikke bare bør ha et vern mot statens handlinger, men også mot andre individer. Se nærmere om dette hos Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, bind III/1, München: Beck 1980, s. 1511 flg.

³⁴ Nørregaard, over, note 30, på s. 144.

Drittwirkung-teorien skiller mellom ”*unmittelbare*” (direkte/umiddelbar) og ”*mittelbare*” (indirekte/ middelbar) virkning.³⁵ En direkte tredjepartsvirkning innebærer at individene som rettssubjekter kan holdes ansvarlige og pålegges plikter direkte etter Grunnlovens bestemmelser. Etter den indirekte virkningen holdes ikke staten direkte ansvarlig for de private handlinger, men for sine unnlater ved ikke å ha iverksatt tilstrekkelige tiltak for å hindre at en privatperson krenker konvensjonens bestemmelser.

Anvendes disse prinsipper på EMK, kan det konstateres at konvensjonen kun tillater en middelbar tredjepartsvirkning. Denne slutning kan baseres på en tolkning av den statlige sikringsplikt etter artikkel 1 og med støtte i konvensjonens formåls- og effektivitetsprinsipp. Den umiddelbare virkning avskjæres ut fra en kontekstuell tolkning av artiklene 1 og 34. Det følger direkte av artikkel 34 og av artikkel 1 at kun de ”*High Contracting Parties*” kan stå til ansvar etter Konvensjonen.³⁶

Det er grunn til å presisere at doktrinen om *Drittwirkung* ble utviklet for håndtering av et konstitusjonelt spørsmål om forfatningens anvendelse i privatrettslige konflikter. Læren om positive forpliktelser i snever forstand omhandler ikke denne form for problemstilling. Det er her tale om oppfyllelsen av konvensjonens bestemmelser i den interne rett. På denne bakgrunn er det anført at det har skjedd et ’terminologisk sprang’ når det har blitt en slik kobling mellom læren om positive forpliktelser og *Drittwirkung*.³⁷

1.3.2 Positive forpliktelser og EMKs tredjepartsvirkning

Litteratur fra tidlig konvensjonstid behandler ikke positive forpliktelser.³⁸ Av enkelte har dette vært tolket slik at det fra starten av ikke var meningen at EMK skulle

³⁵ Drzemczewski, over note 31, på s. 164.

³⁶ Det kan for eksempel vises til Kommisjonens avvisningsavgjørelse i *Choudhury mot Storbritannia*, over, note 4, hvor en privatperson hadde anlagt sak mot forleggeren av boken *Sataniske vers*.

³⁷ Nørregaard, over, note 30, på s. 220.

³⁸ Se for eksempel, J. E. S Fawcett, ”*The application of the European Convention of human rights*”, Oxford, 1969, hvor denne diskusjonen ikke spiller noen rolle. Se ellers Nørregaard, over, note 30, s. 200 flg. hvor det redegjøres for utviklingen av positive forpliktelser.

inneholde positive forpliktelser.³⁹ Interessant er det å se at selv Pierre-Henri Teitgen, som var en av konvensjonsforfatterne, og av mange omtalt som EMKs far, etter eget utsagn ikke var inne på tanken av om det kunne utledes positive forpliktelser fra konvensjonen.⁴⁰ I forhold til mandatet til komiteen som ble gitt oppgaven med å utarbeide forslag til konvensjonstekst, uttaler Teitgen at:

*”the committee agreed without difficulty that the collective enforcement should extend solely to rights and freedoms ... which imposed on the States only obligations “not to do things”.*⁴¹

En av de første som var inne på tanken om at det kunne utledes positive forpliktelser fra EMK, var Marc-André Eissen.⁴² Han anførte at man, ut fra en kontekstuell tolkning og særlig sett hen til artiklene 1, 8-11, 13 og 17s form og ordlyd, kunne anvende konvensjonen i mellomprivate forhold. Hans synspunkter er siden blitt støttet av flere teoretikere.⁴³

Spørsmålet om konvensjonens positive forpliktelser ble for første gang besvart – og besvart bekreftende – av EMD i dommen i saken *Marckx mot Belgia* i 1979.⁴⁴ Sakens

³⁹ Nørregaard, over, note 30. På, s. 201. Det kan ellers vises til dissensen fra dommer Fitzmaurice i saken *Marckx mot Belgia*, 1979, Serie A 31, hvor det anføres at positive forpliktelser ligger utenfor konvensjonens formål med art. 8.

⁴⁰ P. H Teitgen, Introduction to the European Convention on Human Rights. I: Macdonald m.fl. Over, note 10, s. 3-15.

⁴¹ Ibid., s. 3-15, s. 10.

⁴² Marc-André Eissen, The European Convention on Human Rights and the Duties of the Individual. I: *Nordic Journal of International Law*, nr 32, 1962, s. 230-247.

⁴³ Av andre forfattere og teoretikere som støttet en slik tankegang kan nevnes Golsong, over, note 19, og Giuseppe Sperduti. *Nouvelles perspectives des Droits de l’Homme*. I: *Human Rights Journal* vol. 9, 1976, s. 575-576. Se med videre henvisninger i Evert Albert Alkema. The third-party applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights, I: *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Köln: Carl Heymanns Verlag KG 1988, s. 33-47.

⁴⁴ *Marckx mot Belgia*, 1979, over, note 39, § 30. Før dette hadde det vært enkelte avgjørelser fra EMD som kunne indikere at det kunne utledes positive forpliktelser fra konvensjonen, men hvor dette likevel ikke ble klart fastslått, jf. *Ringelsen mot Østerrike*, 1971, Serie A 13 og *Det Nasjonale Belgiske Politiforbund mot Belgia*, 1975, Serie A 19. Av den Kommisjonspraksis som har vært undersøkt før 1979 kan jeg heller ikke se at man uttrykkelig har fastslått at det kan utledes positive forpliktelser fra EMK. Imidlertid er Kommisjonens avgjørelse i *De Geïllustreerde Pers N. V mot Nederland*, 6. juli 1976, Decisions and Reports 8 s. 43, et eksempel på at Kommisjonen ikke utelukker at det kan utledes positive forpliktelser.

kjerne var den familie- og arverettslige stillingen til barn født utenfor ekteskap.⁴⁵ Etter belgisk lovgivning var det nødvendig å ta særskilte skritt for å få fastslått familieforholdet mellom foreldrene og barnet. Domstolen kom til at dette kravet var en krenkelse av retten til familieliv. I den forbindelse uttalte Domstolen at art. 8:

*”does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective ”respect” for family life”.*⁴⁶

Den belgiske familielovgivningen måtte derfor ikke bare sikre retten til et normalt familieliv, men også gjøre det mulig å integrere barnet i familien.⁴⁷ Siden *Marckx*-saken har rettssetningen om konvensjonens positive forpliktelser blitt lagt til grunn i en rekke saker og utviklet til å omfatte flere av konvensjonens bestemmelser.⁴⁸

EMD ser ut til å legge til grunn tre former for positive forpliktelser.⁴⁹ For det første kan den statlige forpliktelsen innebære en plikt til å endre en lov eller endre forvaltningspraksis, slik tilfellet var i *Marckx*-saken.⁵⁰ For det andre kan forpliktelsen bestå i at offentlige myndigheter må bistå med økonomisk støtte.⁵¹ Den siste kategorien omhandler forpliktelsen til å intervensere i forholdet mellom individer for å hindre deres konvensjonskrenkelser. Denne kategorien ble introdusert av EMD i saken *X og Y mot Nederland* i 1985, og regulerer nettopp den form for positive forpliktelser som er avhandlingens tema.⁵²

⁴⁵ Denne saken omhandler ikke et tredjepartsvirkningsforhold.

⁴⁶ Jf. dommens § 31. I denne dommen var det ingen henvisning til tidligere praksis som kunne støtte opp om den rettsetning som her ble lagt til grunn.

⁴⁷ Jf. dommens §§ 31 og 36. Se også Møse, over, note 5, s. 414 flg.

⁴⁸ Se for eksempel *Airey mot Irland*, 1979, Serie A nr. 32, *Özgür Gündem mot Tyrkia*, Reports of Judgments and Decisions 2000-III.

⁴⁹ R.A Lawson & H.G Schermers, *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, Leiden: Ars Aequi Libri 1999, s. 82.

⁵⁰ Av andre dommer kan nevnes *Rees mot Storbritannia*, 1986, Serie A 106, *Gaskin mot Storbritannia*, 1989, Serie A 160 og *B. mot Frankrike*, 1992, Serie A 232-C.

⁵¹ For eksempel *Airey mot Irland*, 1979, over, note 48 og *VDSO mot Østerrike*, 1994, Serie A 302

⁵² *X og Y mot Nederland*, 1985, Serie A 91.

I *X og Y*-saken hadde en mindreårig psykisk utviklingshemmet jente blitt voldtatt på den institusjon der hun var til behandling.⁵³ Nederlandsk rett tillot verken jenta eller vergen (hennes far) å initiere straffeforfølgning.⁵⁴ I den forbindelse uttalte Domstolen at de positive forpliktelsene “*may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves.*”⁵⁵ Domstolen kom til at det forelå en krenkelse av artikkel 8 ved at staten ikke hadde klart å ivareta klagers rettigheter gjennom effektiv lovgivning. Det var altså ikke den straffbare handling som utløste statsansvar, men mangelen på tilstrekkelige prosessregler.

Det er interessant å merke seg at Domstolen, uten nærmere drøftelser, legger til grunn at konvensjonen kommer til anvendelse i mellomprivate saker. Selv om spørsmålet hadde vært gjenstand for diskusjon i den juridiske teori, er det lite ved Domstolens vurdering som tyder på at den var i tvil om berettigelsen av en slik lære.⁵⁶ At Domstolen ikke innlater seg på de vurderinger som hadde vært presentert i teorien, følger av det forhold at EMD er en domstol og ikke en ’teorifabrikk’. Den forholder seg, som andre domstoler, til de problemstillinger som den blir forelagt. Det forhold at det gikk svært langt tid fra vedtagelse av konvensjonen til Domstolen fastslo prinsippet om tredjepartsvirkning, kan forklares med at slike saker ikke hadde vært reist for Domstolen tidligere.⁵⁷ Det er derfor ikke utenkelig at Domstolen ville ha kommet til samme resultat dersom den hadde vært forelagt spørsmålet på et tidligere stadium.

Presisering av begrepet ”tredjepartsvirkning”

Saker med tredjepartsvirkning utgjør en del av spørsmålet om hvor langt statens positive forpliktelser rekker. Praksis fra EMD viser at Domstolen ikke bare vurderer

⁵³ Denne er nærmere omtalt under behandlingen testen ’effektiv beskyttelse’, jf. kapittel 3

⁵⁴ Det vises til nærmere omtale av denne saken under pkr. 3.2

⁵⁵ Jf. dommens § 23. Min utheving.

⁵⁶ Det kan f.eks vises til Ole Espersen, *Human Rights and relations between individuals. I: Rene Cassin, Amicorum Discipulorumque liber*, Paris, 1969-1971, s. 177 flg, hvor det konkluderes med at menneskerettighetene ikke finner anvendelse mellom private, se videre Frede Castberg. *The European Convention on Human Rights*. Leiden: Sijthoff 1974, s. 13.

⁵⁷ Jeg har ikke funnet noen avgjørelser fra EMD hvor konvensjonens tredjepartsvirkning har vært drøftet før *X og Y mot Nederland*, 1985, over, note 52.

statens ansvar for mellomprivate interessekonflikter i lys av læren om positive forpliktelser, selv om dette er hovedinntrykket. EMD har også i flere saker vurdert spørsmål av denne typen som spørsmål om hvorvidt staten har foretatt inngrep i den private sfære, altså spørsmål om rekkevidden av statens negative forpliktelser. Det er med andre ord vanskelig å spore noen klar grensedraining i EMDs praksis mellom saker med mellomprivat opphav som drøftes som negative plikter og positive plikter.

Dommen *Cumpana m.fl. mot Romania* er illustrerende.⁵⁸ To journalister stod bak en artikkel som etter rumensk rett ble ansett for å ha et innhold som krenket æren til en tidligere viseborgermester og en politisk rådgiver. I nasjonale domstoler ble journalistene dømt etter en interesseavveining mellom pressefriheten og vernet av privatlivet. For EMD fremstod spørsmålet om inngrepet i ytringsfriheten var i samsvar med artikkel 10 (2).⁵⁹ Til tross for at Domstolen viste til at det måtte foretas en "fair balance" mellom artikkel 8 og 10, ble saken vurdert kun etter artikkel 10 (2). Saken gjaldt i utgangspunktet et 'overgrep' (ærekrenkelsen) foretatt av to privatpersoner (journalistene) overfor andre individer (borgermesteren og rådgiveren). EMD anså imidlertid nasjonale domstolars ileggelse av dom på ærekrenkelse som tilstrekkelig offentlig myndighetsaktivitet til å konstatere at det forelå et inngrep i ytringsfriheten.

I *X og Y mot Nederland* var utgangspunktet noenlunde det samme. I denne saken var Y blitt utsatt for et overgrep fra en privatperson.⁶⁰ I forhold til sakens interessekonflikt avsa de nasjonale domstoler en dom som for så vidt kan sies å ha vært et inngrep i Ys sfære. Likevel behandlet EMD denne saken som et spørsmål om rekkevidden av statens handlingsplikter etter konvensjonen, og ikke rekkevidden av negative forpliktelser.⁶¹

EMD har ikke gitt forklaringer på hvorfor tilsynelatende sammenlignbare saker blir behandlet etter to vidt forskjellige innfallsvinkler til EMKs ansvarslære. Det kan på

⁵⁸ *Cumpana og Mazare mot Romania*, 17. desember 2004, (Ikke publisert) saksnr: 33348/96

⁵⁹ *Ibid* § 85.

⁶⁰ *X og Y mot Nederland*, 1985, over, note 52.

⁶¹ Av saker under art. 8, hvor en mellomprivat konflikt er løst etter konvensjonens negative forpliktelser, kan nevnes *Görgülü mot Tyskland*, 26. mai 2004, (Ikke publisert) saksnr: 74969/01 og *Hoppe mot Tyskland*, 5. desember 2002, (Ikke publisert) saksnr: 28422/95.

bakgrunn av praksis være grunn til å spørre seg om det overhodet foreligger noen klar oppfatning, i EMD eller andre steder, om hva tredjepartsvirkning er. Begrepet tredjepartsvirkning har ikke på noe tidspunkt vært definert av konvensjonsorganene. Det er heller ikke i juridisk litteratur gjort forsøk på å definere begrepet utover en henvisning til *Drittwirkung*-doktrinen. På denne bakgrunn kan det være hensiktsmessig å forsøke å gi en nærmere presisering av hvordan tredjepartsvirkning er ment å forstås i denne avhandlingen.

Som følge av et begrenset rettskildemateriale er det vanskelig å utlede en generell observasjon for når mellomprivate konflikter kan sies å inneholde tredjepartsvirkning. Praksis fra EMD viser at ulike forhold kan tenkes å spille inn i denne sammenheng. I noen sammenhenger kan rettspolitiske eller etiske forhold virke styrende. Et eksempel på dette kan være abortsaker. Det har under artikkel 2 vært reist spørsmål om hvor langt vernet rekker i forhold til livets begynnelse, slik at det ufødte barns liv får en selvstendig beskyttelse.⁶² Det viktigste momentet synes likevel å være det forhold at partenes prosesshandling kan sette rammen for Domstolens angrepsvinkel. Riktignok står Domstolen fritt med hensyn til rettsanvendelsen, men rettspraksis har vist at EMD i stor grad har vurdert sakene i samsvar med partenes fremstilling under de negative og positive forpliktelser.

Et annet interessant trekk ved EMDs praksis er at Domstolen, i de saker som berører forholdet mellom art 8 og 10, har utledet negative forpliktelser kun når den nasjonale domstol har tolket klagers ytringsfrihet innskrenkende.⁶³ I disse sakene har spørsmålet for EMD fremstått som en vurdering av om dette inngrepet kan sies å ha vært nødvendig i et demokratisk samfunn. Annerledes har saken vært vurdert når den nasjonale domstol har gitt ytringsfriheten forrang. I *von Hannover mot Tyskland* hadde

⁶² Foreløpig har Konvensjonsorganene ikke tatt et endelig standpunkt til om det ufødte barns liv er konvensjonsbeskyttet. Kommissjonen har likevel i saken *H mot Norge*, 19. mai 1992, (ikke publisert) saksnr: 17004/90, ikke utelukket at et slikt vern, under visse omstendigheter, kan aktualiseres.

⁶³ Se for eksempel *Karhuvaara m.fl. mot Finland*, 16. november 2004, (Ikke publisert) saksnr: 5367/00, *Selistö mot Finland*, 16. november 2004, (ikke publisert) 56767/00, *Chauvy m.fl. mot Frankrike*, 29. juni 2004, (Ikke publisert) saksnr: 64915/01, *Plon (Societe) mot Frankrike*, 18. mai 2004, (ikke publisert) saksnr: 58148/00, *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt mot Østerrike*, Reports of Judgments and Decisions 2002-I, *Dichand mfl mot Østerrike*, 26. mai 2002, (Ikke publisert) saksnr: 29271/95, *Bergens tidende mot Norge*, Reports of Judgments and Decisions 2000-IV.

den tyske Forfatningsdomstolen tolket retten til privatlivet innskrenkende i forhold til pressefriheten.⁶⁴ EMD vurderte saken under de positive forpliktelsene når den foretok en avveining mellom de ulike rettighetsinteressene i saken.

En tilsvarende observasjon kan gjøres også i saker som kun omhandler ytringsfriheten. Her har sakens bakgrunn vært en mellomprivat konflikt, men hvor den nasjonale domstol gjennom sin avgjørelse har foretatt innskrenkninger i den ene parts ytringsfrihet. Når saken har vært innklaget for EMD, har Domstolen ansett den nasjonale domstols avgjørelse som et inngrep i ytringsfriheten der hvor saken har vært vurdert ut fra unntaksbestemmelsene i artikkel 10. Et eksempel på dette er *Fuentes Bobo mot Spania*.⁶⁵ I denne saken hadde Bobo, som var ansatt som produsent i et privat kringkastingsforetak (TVE), blitt avskjediget etter å ha fremsatt kritikk og beskyldninger mot sin arbeidsgiver gjennom ulike mediekkanaler. Bobo anførte overfor EMD at avskjedigelsen var en krenkelse av hans ytringsfrihet. EMD kom i sin vurdering til at ”*qu’il n’existait pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre la sanction imposée au requérant et le but légitime visé*”, altså slikt at inngrepets alvorlighetsgrad ikke kunne anses å være proporsjonalt (§ 50). Avgjørelsen var derfor ikke ”nødvendig i et demokratisk samfunn”, og følgelig i strid med konvensjonen.⁶⁶

Et siste eksempel som kan nevnes for å illustrere EMDs bruk av de positive og negative forpliktelsene om hverandre er dommen i saken *Görgülü mot Tyskland*.⁶⁷ Denne saken, som også omtales nærmere senere, omhandlet en fars rett til samvær med sitt barn hvor moren hadde adoptert bort barnet. Det interessante ved dommen er at rammen for Domstolens vurdering settes etter de negative forpliktelsene. Domstolen stiller følgelig spørsmålet om ”*the refusal of access can be considered “necessary in a democratic*

⁶⁴ *von Hannover mot Tyskland*, 21. juni 2004, (ikke publisert) saksnr: 59320/00. Denne saken er nærmere omtalt under punkt 4.1.3.

⁶⁵ *Fuentes Bobo mot Spania*, 29. februar 2000, (Ikke publisert) saksnr: 39293/98. Denne saken er publisert kun på fransk.

⁶⁶ Av andre tilsvarende saker kan nevnes *VGT mot Sveits*, Reports of Judgments and Decisions 2001-VI og kommisjonens avgjørelse i *Österreichische schutzgemeinschaft für nichtraucher m.fl. mot Østerrike*, 2. desember 1991, (ikke publisert) saksnr: 17200/91.

⁶⁷ *Görgülü mot Tyskland over, note 61*. Selv om det er noe uklart om denne avgjørelsen baserer seg på de positive eller negative forpliktelsene, behandles dommen likevel under drøftelsen av avveiningsnormene, jf. pkt 4.1.4.

society”” (§ 38, jf. § 41). Til tross for dette pålegges staten ansvar for “*not fulfil[ing] the positive obligation imposed by Article 8*”.⁶⁸ Selv om EMD i mange saker har uttalt at grensene mellom statens positive og negative forpliktelser ikke er klare og at vurderingene ofte er sammenfallende, viser dommen at spørsmålet om konvensjonens tredjepartsvirkning under de positive forpliktelsene kan være problematisk.⁶⁹

Som drøftelsen viser, er det fortsatt uklart når man står overfor en sak som berører konvensjonens tredjepartsvirkning. Det kan godt være at det ikke har noen hensikt å definere hva en tredjepartsvirkning er, i hvert fall ikke om en følger EMDs pragmatiske tolkningsstil. I denne avhandlingen vil diskusjonen likevel bli begrenset til de tilfeller hvor EMD selv har definert de mellomprivate konfliktene som et spørsmål om rekkevidden av læren om handlingsplikter. På dette området oppstår det særegne diskusjoner som forsvarer en behandling av denne typen saker. En definisjon av tredjepartsvirkning avgrenses følgelig mot de mellomprivate saker hvor Domstolen har vurdert forholdet etter konvensjonens negative forpliktelser, jf artiklene 8 (2) og 10 (2).

1.4 Formåls- og effektivitetsprinsippet

Som tidligere nevnt er formåls- og effektivitetsprinsippet grunnleggende tolkningsprinsipper som EMD benytter ved vurderingen av konvensjonens rekkevidde. Ettersom denne avhandlingen har som formål å belyse EMDs vurderingsgrunnlag, vil disse prinsippene utgjøre en sentral del av utformingen av slike tester, og følgelig få betydning ved vurderingen av statenes folkerettslige ansvar.

Effektivitetsprinsippet er et domstolsskapt prinsipp basert på en formålsrettet tolkning av konvensjonen.⁷⁰ Formålsbetraktninger står, i overensstemmelse med Wien-konvensjonens artikkel 31(1), svært sentralt ved EMDs tolkning. Det sentrale formålet

⁶⁸ § 49. Det kan også vises til saken *Fuentes Bobo mot Spania*, over, note 65, hvor statens positive forpliktelser blandet inn ved vurderingen av de negative forpliktelsene.

⁶⁹ Se f. eks. *Powell and Rayner mot Storbritannia*, over, note 16, § 41.

⁷⁰ John G Merrills, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, 2. utg. Manchester: Manchester University Press 1993, kap. 5, s. 98 flg., behandler dette prinsippet og viser til en rekke eksempler fra EMD praksis.

bak EMK er å beskytte individenes rettigheter.⁷¹ I forhold til effektivitetsprinsippet innebærer dette en tolkning hvor konvensjonens bestemmelser tillegges en størst mulig virkning for realisering av dens formål.⁷²

Formålsbetraktninger spiller en stor rolle som følge av at bestemmelsene ofte inneholder vage og standardpregede begreper.⁷³ Ved sin rettsanvendelse vektlegger EMD de generelle formål bak EMK så vel som de spesielle hensyn som følger av de enkelte bestemmelsene.⁷⁴

Konvensjonens formål kommer riktignok ikke direkte til uttrykk i noen av EMKs artikler. Imidlertid fremgår det nokså indirekte av fortalen at beskyttelse av individets verdighet er et sentralt formål ved konvensjonen.⁷⁵ Gjennom en henvisning til FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter, pålegges statene en effektiv etterlevelse av disse rettighetene.⁷⁶ Det er på denne bakgrunn at Domstolen har utviklet effektivitetsprinsippet. Dette prinsippet har videre gitt grobunn til utviklingen av de positive forpliktelser som kan utledes fra EMK.⁷⁷ Når staten pålegges aktivitetsplikter, oppnår individene et mer effektivt vern av sine rettigheter enn om staten fritt kunne forholde seg passiv til de overgrep som ble begås i samfunnet.⁷⁸

Ved vurdering av statens rolle for ivaretagelse av individenes rettigheter har EMD med bakgrunn i effektivitetsprinsippet formulert prinsippet om at EMK skal gi rettigheter som *"not are theoretical or illusory, but rights that are practical and effective"*.⁷⁹

⁷¹ Jørgen Aall, *Rettergang og menneskerettigheter*. Bergen: Universitetsforlaget 1995, s. 34.

⁷² Det blir ofte anført at man i den alminnelige folkeretten skal tolke en traktat slik at det ved tolkningstvil skal velges den løsning som virker minst tyngende for staten. Effektivitetsprinsippet i EMK medfører derfor et annet fortolkningsprinsipp enn i den alminnelige folkeretten, jf. Rudolf Bernhardt, *Thoughts on the interpretation of human-rights treaties*. I: *Protecting Human Rights: The European Dimension*. Köln: Carl Heymanns Verlag KG 1988, s. 65-73, s. 65 flg.

⁷³ Det kan for eksempel vises til begrepet "umenneskelig eller nedverdiggende behandling" i art. 3.

⁷⁴ Elgesem, over, note 10. På s. 214.

⁷⁵ I *Golder mot Storbritannia*, over, note 19, § 34, 1 ledd, uttaler Domstolen uttrykkelig at fortalen gir en god veiledning ved fastleggelsen av konvensjonens formål.

⁷⁶ Verdenserklæringen om menneskerettigheter av 10. desember 1948.

⁷⁷ Merrills, over, note 70, s. 102 flg.

⁷⁸ Se *Özgür Gündem mot Tyrkia*, over, note 48, hvor staten ikke kunne forholde seg passiv til at noen ble utsatt for voldshandlinger.

⁷⁹ *Artico mot Italia*, 1980, Serie A nr. 37. Fremgår videre av *X og Y mot Nederland*, over, note 52

Hvordan effektivitetsprinsippet kommer til uttrykk i Domstolens praksis og hvilke plikter dette medfører for staten, står sentralt i denne avhandlingen. Særlig testen om hvorvidt det foreligger 'effektiv beskyttelse' er illustrerende for effektivitetsprinsippets slagkraft. Effektivitetsprinsippet kan for eksempel innebære en statlig plikt til å treffe nødvendige foranstaltninger for å hindre at personer eller grupper krenker andres rettigheter. Dette kan inneholde tiltak som effektive rettsregler,⁸⁰ etterforskning av saker,⁸¹ rettshåndhevelse,⁸² osv.⁸³

1.5 Læren om en statlig skjønnsmargin ("margin of appreciation")

Praksis fra EMD viser at de nasjonale myndigheter er tilkjent en viss skjønnsmargin med hensyn til en avveining av sakens motstridende interesser, og ved valg av nødvendige tiltak for overholdelse av deres konvensjonsforpliktelser. Omfanget av skjønnsmarginen er derfor av betydning for vurderingen av hvorvidt det innklagede forhold er gjenstand for overprøving fra EMD.⁸⁴

Begrunnelsen for den statlige skjønnsmargin ligger i det forhold at EMK og EMDs kompetanse hviler på den tilslutning og myndighet de nasjonale myndigheter har overført. Denne læren er derfor ansett for å være et utslag av det såkalte subsidiaritetsprinsippet, som er grunnleggende i EMK, og som innebærer at EMD har et sekundært kontrollansvar.⁸⁵ I den forbindelse har EMD uttalt at:

og *Moreno Gómez mot Spania*, 16. november 2004, (ikke publisert) saksnr: 4143/02, lest i sammenheng.

⁸⁰ *X og Y mot Nederland*, 1985, over, note 52.

⁸¹ *Özgür Gündem mot Tyrkia*, over, note 48.

⁸² *Sophia Gudrun Hansen mot Tyrkia*, 23. desember 2003, (ikke publisert) saksnr: 36141/97.

⁸³ Hvilke konkrete tiltak prinsippet innebærer er drøftet under kapittel 3.

⁸⁴ Læren om statens skjønnsmargin har sine røtter i de nasjonale doktriner om domstolskontroll med forvaltningen, jf. P.van Djik m.fl., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3 utg. Haag: Kluwer 1998, s. 84. For nærmere om skjønnsmarginlæren, se Merrills, over, note 70, s. 151 flg., og R.St. J Macdonald, *The Margin of Appreciation*, i Macdonald m.fl., over, note 10, s. 83-125, på s. 83 flg.

⁸⁵ Om subsidiaritetsprinsippet se Herbert Petzold, *The Convention and the Principle of Subsidiarity*. I: Macdonald m.fl., over, note 10, s. 41-63.

*“The Court’s role is not to substitute itself for the competent [national] authorities...but rather to review under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of their power of appreciation”*⁸⁶

Subsidiaritetsprinsippet innebærer følgelig at det er de nasjonale myndigheter som har det primære ansvaret for gjennomføringen av konvensjonens rettigheter.⁸⁷ EMDs rolle er således sekundær ved at Domstolen først trer inn når de nasjonale myndigheter har sviktet i sin oppgave om å ivareta individenes rettigheter. Dette er begrunnet med at de nasjonale myndigheter presumptivt har bedre kjennskap til nasjonale særegenheter enn de overnasjonale organer.

EMK sier ikke uttrykkelig at staten har en skjønnsmargin. De opprinnelige forarbeidene har heller ikke omtalt doktrinen.⁸⁸ Konvensjonens bestemmelser inneholder imidlertid så vage ord og uttrykk at dette forutsetter til skjønnsmessige vurderinger.⁸⁹ Spørsmålet om rekkevidden av skjønnslæren beror derfor blant annet på en tolkning av konvensjonens ordlyd. Ettersom konvensjonens begreper er autonome, følger det av dette at det er EMD som i siste instans fastsetter skjønnslærens rekkevidde.⁹⁰ Doktrinen er derfor domstolsskapt, og kom for første gang til uttrykk i Domstolens avgjørelse i *Lawless mot Irland* i 1961.⁹¹

Hvorvidt statens vurderinger blir tilsidesatt, vil som det har vært uttrykt av Domstolen, være avhengig av om det er truffet ”*fair balance... between the competing interests of*

⁸⁶ *Hokkanen mot Finland*, 1994, Serie A 299-A, § 55.

⁸⁷ Christian Børge Sørensen, Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen. I: *Tidsskrift for rettsvitenskap*, vol. 117, 2004, s. 134-196, s. 145. Dette følger også direkte av EMK art. 1.

⁸⁸ Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. Nederland: Kluwer Law 1996, s. 14. Det har ikke vært undersøkt om forarbeidene til protokollene viser til statens skjønnsmargin. Det faller utenfor denne avhandlingen å undersøke innholdet i EMKs protokoller.

⁸⁹ Paul Mahoney, The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: It’s Legitimacy in Theory and Application in Practice, *Human Rights Law Journal*, nr. 19, 1998, s. 1-6. Se s. 2.

⁹⁰ Det samme følger også av subsidiaritetstankegangen.

⁹¹ *Lawless mot Irland*, 1961 Serie A 3. Saken gjaldt spørsmålet om det forelå en nødtilstand etter art. 15.

the individual and of the community as a whole".⁹² I tillegg sees det hen til de rettigheter som er berørt og om staten har foretatt en balansert vurdering mellom disse rettigheter og de berørte private parters interesser.⁹³ Videre vil en proporsjonalitetsvurdering mellom mål og middel være av betydning.⁹⁴ Det må også forventes at prøvingsintensiteten vil variere med hvor godt forholdet er egnet for overprøving fra EMDs side. Dette tilsier at Domstolen i større grad vil føle seg komfortabel med overprøving av sakens rettslige spørsmål enn sakens faktum og skjønnsmessige vurderinger av utpreget faktisk karakter.⁹⁵ Dette innebærer at spørsmålet om hvor vid margin staten tilkjennes i det enkelte tilfelle, beror på en helhetsvurdering med utgangspunkt i en tolkning av bestemmelsens ordlyd. Jo snevrere skjønnsmargin staten tilkjennes, desto mer inngående vil prøvingsintensiteten kunne bli.

Når det gjelder forholdet til de positive forpliktelsene, må det være klart at det ikke faller innenfor statens skjønnsmargin å avgjøre om det kan utledes positive forpliktelser fra konvensjonen.⁹⁶ Imidlertid fremstår rekkevidden av statens skjønnsmargin som sentralt ved spørsmålet om konvensjonsmessigheten av statens aktivitetsplikter.

Sentralt for denne avhandlingen er spørsmålet om hvordan skjønnsmarginlæren kommer til uttrykk i saker som gjelder mellomprivate konflikter. Macdonald har uttalt at:

*"In theory there is no limit to the articles of the Convention to which the margin of appreciation could be applied, for the Court has never imposed a limit".*⁹⁷

⁹² *López Ostra mot Spania*, 1994, over, note 18, § 51, *Hatton mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2003-VIII, § 122, *Powell and Rayner mot Storbritannia*, over, note 16, § 41.

⁹³ *von Hannover mot Tyskland*, over, note 64.

⁹⁴ *Palau-Martinez mot Frankrike*, Reports of Judgments and Decisions 2003-XII.

⁹⁵ Eivind Einersen, og Trier Tyge, Den Europæiske Menneskeretsdomstols prøvelseskompetance - Doctrinen om Margin of Appreciation. I: *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 104, 1991, s. 570-593, s. 576. Det kan nevnes at Kommisjonen i prinsippet står fritt til å innhente og vurdere fakta, mens Domstolen i utgangspunktet vil være bundet av den faktiske ramme som Kommisjonen trekker opp.

⁹⁶ Steven Greer, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe 2000, s 30 med henvisninger.

⁹⁷R. St. J Macdonald, The Margin of appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. I: *International Law at the time of its Codification, Essays in honour of Judge Roberto Ago*, Milano: Giuffrè, 1987, s. 187-208, s. 192.

Praksis fra Domstolen viser derimot at man under flere av konvensjonens artikler mangler en direkte henvisning til statens skjønnsmargin. Det gjelder blant annet for artiklene 2 og 3. Dette har trolig sin forklaring i at rettighetsvernet ville ha blitt illusorisk om de nasjonale myndigheter for eksempel skulle vurdere fritt hva som er umenneskelig behandling. Til tross for dette kan det ikke utelukkes at enkelte elementer av skjønnsmarginlæren likevel kan spille inn ved Domstolens vurderinger under disse bestemmelsene.⁹⁸ Det sentrale poenget i saker med tredjepartsvirkning er om staten har utvist den tilstrekkelige innsats for å avverge en konvensjonskrenkelse.

Rettspraksis fra EMD viser at statens skjønnsmargin fremtrer klarest under artiklene 8-11. Dette har sammenheng med unntaksreglene i bestemmelsenes annet ledd.⁹⁹ Det må imidlertid nevnes at disse unntaksbestemmelsene kun omhandler negative forpliktelser. Spørsmålet vil derfor være hvordan det kan utledes skjønnsmargin fra artiklenes første ledd, som er det relevante tekstuelle utgangspunktet for vurderinger av tredjepartsvirkning.

Som det vil bli vist i denne avhandlingen, vil omfanget av den statlige skjønnsmargin under artiklene 8 og 10 variere med hensyn til de enkelte sakers faktum. Det kan her kort nevnes at praksis ser ut til å vise at de saker som berører individenes personlige eller fysiske integritet generelt har vært gjenstand for vid prøving fra EMD.¹⁰⁰ Tilsvarende har det vært en vid overprøving i de saker hvor den ene private parts handling har vært å anse særdeles straffeverdige.¹⁰¹ Motsatt har Domstolen lagt til grunn en snevrere prøvingsintensitet i saker som bygger på privatrettslig kontraktsforhold eller hvor sakens faktum berører vanskelige sosiale eller tekniske forhold.¹⁰²

⁹⁸ Macdonald skriver videre i sin artikkel: "*The margin of appreciation is the heart of virtually all the major cases that come before the Court whether the judgments refer explicitly to it or not*". Jf. også Michael K Addo, og Nicholas Grief, Does Article 3 of the European Convention of Human Rights enshrine absolute rights? I: *European Journal of International Law*, 1998 vol. 9, s. 510-524.

⁹⁹ Artiklene 8 (2), 9 (2), 10 (2) og 11 (2) inneholder bestemmelser om på hvilke vilkår det kan gjøres unntak eller inngrep i individenes rettigheter.

¹⁰⁰ For eksempel *Subbing mfl mot Storbritannia*, Reports 1996-IV, *Guerra m.fl. mot Italia*, over, note 18.

¹⁰¹ *X og Y mot Nederland*, over, note 52.

¹⁰² *Powell and Rayner mot Storbritannia*, 1990, over, note 16. Fra Kommissjonens praksis kan nevnes *Rommelfanger mot Tyskland*, 6. september 1989, (ikke publisert) saksnr: 12242/86.

1.6 Grunnleggende verdier i EMK

Praksis fra EMD viser at Domstolen generelt i sin tolking av konvensjonen, gjennom sin formålstolking, vektlegger verdier som individuell verdighet og integritet, og hensynet til demokrati og rettsstat. Dette er grunnleggende verdier i EMK. I det følgende gis det en kort beskrivelse av disse verdier.

Verdighet

Det fremgår ikke uttrykkelig av konvensjonen at verdighet og integritet er sentrale verdier i EMK. Konvensjonens fortale henviser imidlertid til FNs verdenserklæring om menneskerettigheter, hvor individenes ”*dignity*” er ansett som et grunnleggende normativt utgangspunkt for Verdenserklæringens rettigheter.¹⁰³

EMD viser ofte viser til ivaretagelse av individuell verdighet og integritet når den tolker EMK, men Domstolen har ikke gitt noen nærmere forklaring på hva den legger i disse verdiene.¹⁰⁴ I denne avhandlingen forstås dette som respekten for individets menneskeverd og selvrealisering. Selv om det språklig sett er en viss nyanseforskjell på verdighet og integritet, synes EMD ikke å trekke noe klart skille mellom disse to formene. I denne avhandlingen vil disse derfor inngå som del av den samme diskusjonen.

Et inngrep i disse verdiene kan forekomme på ulike måter. Det kan være krenkelse på det personlige og på det fysiske plan. Inngrep i den fysiske integriteten kan for eksempel forekomme gjennom forurensning eller ved voldtekt.¹⁰⁵ Saker som vedrører mishandling kan gripe inn i individets personlige integritet.¹⁰⁶ Det kan imidlertid vanskelig skilles mellom disse to former for integritetskrenkelser med hensyn til karakterisering av saker. Som oftest kan begge disse formene foreligge i den samme

¹⁰³ Verdenserklæringen om menneskerettigheter av 10. desember 1948.

¹⁰⁴ Marius Emberland, *Companies before the European Court of Human Rights*, Doktorgradsavhandling, Oxford 2004 (upublisert) s. 58

¹⁰⁵ *X og Y mot Nederland*, 1985, over, note 52, *Moreno Gómez mot Spania*, 16. november 2004, (ikke publisert) saksnr: 4143/02

¹⁰⁶ *E m.fl. mot Storbritannia*, 26. november 2002, (Ikke publisert) saksnr: 33218/96, *A mot Storbritannia*, Reports 1998-VI.

sak.¹⁰⁷ Gjennomgangen av EMDs praksis nedenfor vil vise at det er mulig å forstå EMKs tolking av hvor langt statens konvensjonsansvar rekker i mellomprivate forhold i lys av EMDs formålsrettede tolking, hvor ett hovedformål vil være å tolke konvensjonen dithen at individuell verdighet og/eller integritet best mulig ivaretas.

Demokrati

Hensynet til demokratiet kommer til uttrykk flere steder i konvensjonen, og også en vektlegging av muligheten for å fremme denne verdien gjenfinnes i materialet om indirekte tredjepartsvirkning nedenfor. Det fremgår av fortalen at et ”effektivt politisk demokrati” er en forutsetning for vernet og etterlevelsen av konvensjonens rettigheter og friheter.¹⁰⁸ I tradisjonell og snever forstand innebærer demokrati det motsatte av et totalitært rettssystem – altså et styresystem basert på folkeviljen. Gjennom et flertallsstyre kan et inngrep begrunnes til skade for individet.¹⁰⁹ Praksis fra EMD viser at Domstolen har lagt til grunn en langt videre forståelse av hva et demokrati er. Demokrati kan innebære en rekke forhold som retten til å ytre meninger i det offentlige og i det private rom, å delta i beslutningsprosesser, muligheten for å fremme sine argumenter i debatter av samfunnsmessig interesse, la seg representere, osv.¹¹⁰ Hensynet bak demokrati er individenes muligheter til å være en del av samfunnsdebatten og få adgang til å fremme sine ytringer for ivaretagelse av sine rettigheter. Demokratibegrepet er derfor gjennom EMDs praksis utviklet til også å inkludere rettssikkerhetsgarantier og andre sentrale aspekter av en annen konvensjonsverdi, nemlig eksistensen av og opprettholdelse av rettsstaten (”rule of law”).¹¹¹

¹⁰⁷ I voldtektssaker blir ofret ikke bare fysisk skadet, men også utsatt for en stor psykisk påkjenning som følge av handlingen.

¹⁰⁸ Jf. EMK fortales fjerde punkt.

¹⁰⁹ Sørensen, over, note 87 På side 147.

¹¹⁰ Jf. f.eks. *Hatton mot Storbritannia*, over, note 92, *Özgür Gündem mot Tyrkia*, over, note 48 og *Kosmopoulou mot Hellas*, 5. mai 2004, (Ikke publisert) saksnr: 60457/00.

¹¹¹ Sørensen. Over, note 87 På side 147.

Rettsstatsprinsippet ("rule of law")

Dette prinsippet gjennomsyrrer hele konvensjonen, og fremgår også av konvensjonens fortale.¹¹² Prinsippet er av Merrills definert som:

*"the principle that the individual's dealing with the State and his fellow citizens should be regulated by a framework of legal rules, whose interpretation and application is in the hands of independent courts".*¹¹³

Rettsstatsprinsippet innebærer ifølge EMK et rettssystem basert på lover og regler som gjennom uavhengige domstoler kan anvendes for ivaretagelse av individenes rettigheter. Dette er et prinsipp som Domstolen i flere avgjørelser eksplisitt har henvist til som moment ved vurderingen av saken.¹¹⁴ Også denne verdien ser ut til i enkelte tilfeller å ha spilt inn i tolkingen av EMKs rekkevidde for så vidt gjelder statens ansvar for private overgrep.

¹¹² Jf. EMK fortalens femte punkt.

¹¹³ John G Merrills, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, 2. utg. Manchester: Manchester University Press 1993, s. 128

¹¹⁴ *Nuutinen mot Finland*, Reports 2000-VIII, § 129

2 Statsansvarets form i EMK: Objektivt ansvar med subjektive elementer?

Læren om de positive forpliktelser innebærer altså mulighet for ileggelse av et folkerettslig ansvar for staten ved manglende sikring av konvensjonens rettigheter. Denne sier imidlertid ikke noe om karakteren av ansvarsgrunnlaget. Ettersom EMK er en folkerettslig traktat, kan det være grunn til å stille spørsmål om det er samsvar mellom ansvarsformen i EMK og den alminnelige folkeretten.¹¹⁵ Spørsmålet vil her være om statsansvaret oppstilles på objektivt grunnlag eller om det kreves noe mer, nemlig at staten visste eller burde visst at den skulle ha handlet annerledes, før ansvar kan oppstilles.

Et objektivt ansvar utløses idet konvensjonsbestemmelsens 'gjerningsbeskrivelse' er overtrådt. Det oppstilles således ingen krav om skyld før staten blir folkerettslig ansvarlig. Redegjørelsen under de positive forpliktelser over, har vist at det er statens unnlattelse som er den ansvarsbetingede handling. Umiddelbart kan dette forstås slik at mellomprivate saker inneholder et tilleggskrav om subjektiv skyld.¹¹⁶

Det er mye som tyder på at en slik slutning er forhastet og forenklet. Dette har sammenheng med at EMK som en regional menneskerettighetskonvensjon inneholder enkelte særtrekk som avviker fra tradisjonelle traktater. På denne bakgrunn er det grunn til først å se på hvordan folkerettens ansvarsregler er utformet, for så å se om disse kan overføres til EMK. I punkt 2.1 gis det følgelig en redegjørelse for ansvarsgrunnlaget slik det skal forstås i den alminnelige folkeretten. I punkt 2.2 går jeg nærmere inn på karakteren av ansvaret i EMK-retten.

¹¹⁵ At EMD ikke tolker EMK i et "folkerettslig vakuum", har Domstolen selv uttalt i flere saker, jf. *Al-Adsani mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2001-XI

¹¹⁶ Den subjektive skyldform inneholder statens forsettlig og culpøse (uaktsomme) handlinger.

2.1 Folkerettens regler om statsansvar

I folkeretten er det vanlig å skille mellom primærregler, som fastsetter de materielle folkerettslige forpliktelsene, og sekundærregler som fastsetter vilkårene for hva som utløser ansvar og dette ansvars innhold.¹¹⁷ Ansvarsreglene bygger i stor grad på folkerettslig sedvanerett slik denne fremgår av stats- og rettspraksis.¹¹⁸ Den Internasjonale folkerettskommisjonen (ILC) har siden 1955 arbeidet med å kodifisere reglene om statsansvar.¹¹⁹ I 2002 ble et endelig utkast, ”Responsibility of states for internationally wrongful acts”, tatt til etterretning av FNs generalforsamling.¹²⁰

ILC’s utkast om statsansvar artikkel 2 fastsetter følgende generelle prinsipper:

“There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:

(a) Is attributable to the State under international law; and

(b) Constitutes a breach of an international obligation of the State”

Det følger av bestemmelsen at enhver handling eller unnlattelse fra statens side, jf. litra a, som er i strid med en primær folkerettslig regel, jf. litra b, utløser statsansvar.¹²¹ Det beror på en tolkning av den folkerettslige norm om den aktuelle handling er rettsstridig. På dette punkt ser man en forskjell i forhold til den nasjonale rett, ved at folkeretten ikke oppstiller vilkår om at den primære regel skal kunne tilregnes staten. Det er således ikke noe alminnelig krav om skyld. Det må imidlertid nevnes at spørsmålet om statene kan bli ansvarlig alene på objektive grunnlag eller om det i tillegg kreves skyld, lenge

¹¹⁷ *Yearbook of the International Law Commission. nr. 2* New York: United Nations 1973, s. 169-170. Ole Spiermann, *Moderne folkeret*. 2 utg. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 485.

¹¹⁸ Morten Ruud m.fl., *Innføring i Folkerett*, 2 utg. Oslo: Universitetsforlaget 2002, s. 235.

¹¹⁹ Ole Espersen m.fl., *Folkeret*, 2. utg. København: Christian Ejlers' Forlag 2003, s. 213. Nærmere om utviklingen av dette arbeidet i James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press 2002 og Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7 utg. London: Routledge 1997, s. 254 flg.

¹²⁰ FN's generalforsamlings resolusjon 56/83 av 28. januar 2002. Denne resolusjonen er ikke bindende, men ettersom reglene er en kodifikasjon av gjeldende rett må deres relevans tillegges tilsvarende vekt. Den Internasjonale Domstol har allerede vist til dette utkastet og vektlagt dette i saker som den har vært forelagt.

¹²¹ Crawford, over note 119, på s. 81 flg.

har vært et omdiskutert tema i folkeretten.¹²² ILC's utkast unnlater å bruke en slik terminologi, og bidrar følgelig ikke til en avklaring av diskusjonen og dens grenser.¹²³

Det som taler for et rent objektivt ansvar er hensynet til en effektiv håndhevelse av folkeretten. Stater skal ikke ha mulighet til å fraskrive seg ansvar under henvisning til at de ikke hadde kjennskap til forholdene eller at de ikke kunne ha handlet annerledes. På den annen side er oppstillingen av et skyldansvar en styrking av suverenitetsprinsippet ved at ansvar ikke pålegges når det ikke kan utsettes noe ved den statlige handling.¹²⁴

I litteraturen finner man synspunkter for begge ansvarsformer. Enkelte teoretikere har anført at man som et generelt prinsipp, og som i den nasjonale rett, må kunne oppstille et krav om skyld for illeggelse av statsansvar.¹²⁵ Andre har derimot gått inn for en mellomløsning som innebærer en vurdering av skyldansvar for de tilfeller der det er utvist unnlattelse eller passivitet.¹²⁶ Imidlertid anfører de fleste at man i folkeretten som et generelt prinsipp opererer med et rent objektivt ansvar.¹²⁷

I den folkerettslige praksis kan man finne støtte for alle de nevnte ansvarsløsninger. Men det dominerende bilde er likevel også her et ansvar på et rent objektivt grunnlag. Et eksempel på ansvar på objektivt grunnlag er den kjente *Caire*-saken, en voldgiftssak fra

¹²² Malcolm N Shaw, *International Law*, 5. utg. Cambridge: Cambridge University Press 2003, s. 698. Med subjektivt ansvar siktes det til forsettelige og uaktsomme handlinger.

¹²³ Crawford, over note 119., på s. 81.

¹²⁴ Ruud m.fl., over, note 118. På s. 239 og Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*. 6. utg. Oxford: Oxford University Press 2003, s. 425. For nærmere om suverenitetsprinsippet innhold se Brownlie s. 287 flg. og Ruud m.fl s. 21 flg.

¹²⁵ Disse teoretikerne har hentet sin støtte fra det romerrettslig inspirerte grotianske syn, jf. f. eks. L.F.L. Oppenheim. *International Law*, London: Longmans 1955, s. 343 og Alfred Verdross, *Völkerrecht*, 5 utg. Wien: Springer 1964, s. 337.

¹²⁶ Se for eksempel Garcia Amador, *Draft Articles on the Responsibility of the State for Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of Aliens*. New York, 1974.

¹²⁷ Brownlie. Over, note 124, på s. 423.

1929, mellom Frankrike og Mexico.¹²⁸ I denne saken påla voldgiftsretten Mexico ansvaret for at en fransk borger var blitt drept av mexicanske soldater.¹²⁹

Når det gjelder culpa-ansvar, kan det vises til *Home Missionary Society*-saken.¹³⁰ I denne saken, mellom Storbritannia og USA, hadde Storbritannia pålagt en ny skatt i protektoratet Sierra Leone. Dette medførte opprør blant innfødte, drap på misjonærer og ødeleggelse av misjonsstasjoner.¹³¹

På bakgrunn av de nevnte saker kan det i folkeretten være grunn til å sondre mellom handlinger utført av statens egne representanter og statens unnlattelse av å hindre skade voldt av private individer.¹³² Dette er imidlertid en dristig tolkning og folkerettslig slett ikke uproblematisk. En slik sontring tilsier at den tradisjonelle ansvarsreglen gis et utvidet anvendelsesområde til også å omfatte statens positive forpliktelser hvor skyldelementet reserveres for de tilfeller der staten ikke har handlet med "due diligence".¹³³ Dette reiser videre flere interessante problemstillinger på det folkerettslige plan som denne oppgaven ikke gir rom for å gå nærmere inn på.¹³⁴ Det

¹²⁸ United Nations Report of International Arbitral Awards, 5 UNRIAA 516 (1929) på side 529 I engelsk oversettelse etter David J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 4. utg, s. 492-93, London 1991. Av andre saker hvor ansvar er blitt pålagt på objektivt grunnlag kan nevnes *Neer-saken*, 4 UNRIAA, s. 60 (1926) og *Roberts-saken*, 4 UNRIAA, s. 516 (1926).

¹²⁹ Det fører for langt å gå i detalj i denne saken. Det kan kort nevnes at voldgiftsretten avviste et krav om culpa da den anså det for nærliggende at staten skulle holdes ansvarlig på objektivt grunnlag for sine tjenestemenns handlinger.

¹³⁰ *Home Missionary Society-saken*, 6 UNRIAA 42, s. 44 (fra 1920). Det er imidlertid svært få saker som kan føres som støtte for at det i tillegg til det objektive kravet eksisterer en culpa-doktrine. Av andre saker kan nevnes *Casablanca-saken*, 11 UNRIAA, s. 119 (1909), *Cadenhead-saken*, *American Journal of International Law* (AJIL) 1914, s. 663, *Iloilo-saken*, 6 UNRIAA, s. 158 (1925), *Pungh-saken*, 3 UNRIAA, s. 1439 (1933), *Corfusaken*: International Court of Justice (ICJ) reports, 1949 s. 4, *Gisselsaken*: United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ, 1980 s. 3

¹³¹ Storbritannia kunne ikke holdes ansvarlig for opprørhandlingene. Det var ikke utvist noen klanderverdig opptreden fra myndighetenes side.

¹³² Ruud, m.fl. Over, note 118., på s. 239.

¹³³ Antonio Cassese, *International Law*. 2 utg. Oxford: Oxford University Press 2005, s. 250. Med due diligence forstås at staten har utvist aktsom adferd og gjort det som er nødvendig og tilstrekkelig for å hindre at den aktuelle hendelse skulle inntre.

¹³⁴ Faren ved å oppstille et generelt aktsomhetskrav ligger for eksempel i at man kan glemme hvordan folkeretten er bygget opp og følgelig øker risikoen for at det statueres statsansvar ut fra culpa grunnlag i stedet for et faktisk brudd på primærregelen.

kan imidlertid kort nevnes at man i teorien har reist spørsmål om en folkerettslig regel i det hele tatt kan tolkes slik at den pålegger staten positive forpliktelser.¹³⁵

Det faller utenfor denne avhandlingen å brodere og begrunne et tolkningsforslag på en kompleks folkerettslig ansvarsregel. Her kan det her kort konkluderes med at det er grunn til å tro at det kan utledes positive forpliktelser fra den alminnelige folkeretten. Denne tolkning støtter seg på en analyse av flere sentrale folkerettslige avgjørelser, med støtte i hensyntagen til en effektiv håndhevelse av folkeretten og de lege ferenda-betraktninger.¹³⁶ De positive forpliktelsene utløser en aktivitetsplikt hos staten for å hindre at andre stater og dens individer blir skadelidende. På bakgrunn av drøftelsen over, legges det til grunn at saker fra annen folkerett enn EMK som berører statens positive forpliktelser åpner for å oppstille et tilleggsvilkår om culpa ved vurderingen av statsansvar.

2.2 Ansvarsgrunnlaget i EMK

Spørsmålet om statsansvarsregelen i EMK er vanskelig, og det har såvidt det kan bringes på det rene ikke vært drøftet inngående i verken skandinavisk eller engelskspråklig EMK-litteratur. I det følgende vil det bli gjort forsøk på å belyse enkelte tolkningsproblemer som aktualiseres ved vurderingen av statens ansvarsgrunnlag.

EMK er en folkerettslig traktat, og det naturlige utgangspunkt vil være å spørre om det folkerettslige ansvarsgrunnlag og de prinsipper som ble lagt til grunn under pkt 5.1 kan

¹³⁵ Espersen, m.fl., over, note 119, på, s. 216. Det må nevnes at spørsmålet om statens folkerettslige positive forpliktelser er vanskelig og har nærmest ikke vært berørt i folkerettslig litteratur.

¹³⁶ Det tas her forbehold om de konvensjoner og avtaler som spesifikt regulerer dette. Det kan f.eks vises til Den amerikanske menneskerettighetskonvensjonen av 20. november 1969. I *Velasquez Rodriguez-saken*, av 29. juli 1988, Inter-American Court of Human Rights (serie C) no. 4, kom Domstolen til at konvensjonen kunne tolkes slik at "*An illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the Convention*".

overføres til EMK. Dersom dette er tilfelle, innebærer det at saker med tredjepartsvirkning, i tillegg til det objektive vilkåret, krever at staten har utvist skyld for ileggelse av ansvar. Det vil for eksempel ikke være nok at noen, etter artikkel 3, har blitt utsatt for umenneskelig behandling fra en annen privatperson. I tillegg vil det måtte kreves at offentlige myndigheter har, eller burde ha hatt kjenneskap til forholdet og at de gjennom sin passivitet har muliggjort konvensjonskrenkelser.¹³⁷

Det er grunn til å spørre om dette er en god slutning. Videre kan det anføres at det bør utvises forsiktighet med å overføre en alminnelige folkerettslig statsansvarsregel til en så spesiell regional konvensjon som EMK. Det klare utgangspunktet i folkeretten er at staten kun blir ansvarlig for de menneskelige handlinger eller unnlater som foretas på vegne av staten.¹³⁸ Private rettssubjekters handlinger henregnes derfor ikke til staten. Ved saker av tredjepartsvirkning foreligger det derfor intet direkte statsansvar.

Et annet moment er det forhold at de tidligere nevnte sakene omhandlet beskyttelsen av fremmede statsborgere. I EMKs tilfelle gjelder spørsmålet mellomprivate konflikter stort sett mellom borgere fra samme stat som ikke på noen direkte måte berører andre stater. Dette viser at det ikke er gitt at det er samsvar mellom alminnelige folkerettslige prinsipper og statsansvarsgrunnlagene i EMK.

Spørsmålet om ansvarsgrunnlaget i EMK må derfor tolkes i lys av selve konvensjonens natur og dens rettighetsbestemmelser. Av ILCs utkast artikkel 2 fremgår det at man ved tolkning av ansvarsgrunnlaget må ta hensyn til *"the circumstances, including the content of the primary obligation in question"*.¹³⁹ Videre uttales det at ansvarsgrunnlaget kan variere *"from one context to another for reasons which essentially relate to the object and purpose of the treaty provision or other rule giving rise to the primary obligation ... Establishing these is a matter for the interpretation and application of the primary rules engaged in the given case"*.¹⁴⁰

¹³⁷ *Z m.fl. mot Storbritannia*, over, note 16. Saken er nærmere omtalt under behandlingen av testen 'effektiv beskyttelse'.

¹³⁸ Jf. ILC's utkast art 2, jf. utkastets kapittel 2.

¹³⁹ Crawford, over, note 119, på s. 82.

¹⁴⁰ Crawford., over, note 119, på s. 82.

Det sentrale for denne tolkningen vil derfor være om en tredjepartsvirkning utledes fra primærregelen eller ansvarsregelen i EMK. Dersom de positive forpliktelsene antas å følge av en naturlig tolkning av primærregelen, innebærer dette at konvensjonsstatene blir ansvarlige på et rent objektivt grunnlag for saker med tredjepartsvirkning.

Jeg har i min drøftelse under punktet positive forpliktelser kommet frem til at en tredjepartsvirkning følger av en naturlig tolkning av konvensjonen. Dette tilsier at det er selve primærregelen som regulerer ansvarsgrunnlaget. En tolkning av primærregelen medfører at man i mellomprivate saker kan konstatere ansvar på objektivt grunnlag så snart bestemmelsens gjerningsinnhold er oppfylt. Det vil følgelig ikke være nødvendig med en vurdering av statens skyldansvar og om staten kunne eller burde ha handlet annerledes. Dette vil være i samsvar med effektivitetsprinsippet i EMK. Et skyldansvar vil gjøre det lettere for staten å unndra seg ansvar.

Praksis fra Domstolen viser at man i mange tilfeller, i samsvar med dette resonnementet, kan utlede statsansvar på et objektivt grunnlag. Imidlertid er ikke Domstolens rettslige vurderinger ensartet på dette punkt. Som det vil bli vist under behandling av testene, finner man svært ofte culpa-elementer ved Domstolens vurderinger.¹⁴¹ Flere saker er til og med av en slik art at ansvar synes å være pålagt ut fra et rent subjektivt skyldforhold.¹⁴² Dette viser kompleksiteten av ansvarsgrunnlagets form i EMK og at det vanskelig kan utledes et "fasitsvar" på dette punkt.

¹⁴¹ *E m.fl. mot Storbritannia*, over, note 106, *D.P og J.C mot Storbritannia*, 10. oktober 2002, (Ikke publisert) saksnr: 38719/97. Disse sakene med flere vil bli nærmere behandlet under testene.

¹⁴² *Özgür Gündem mot Tyrkia*, over, note 48.

3 Effektiv beskyttelse

3.1 Innledning og disposisjon

Praksis viser at Domstolen i enkelte tilfeller benytter kriterier om 'effektiv beskyttelse' som rettslig vurderingsgrunnlag når den skal ta stilling til om staten kan ansvarliggjøres for mellomprivate forhold. Bare dersom den innklagede stat har sikret en slik 'effektiv beskyttelse' av rettighetene til den person som blir utsatt for adferd fra en annen privatperson, vil staten gå klar av ansvar etter konvensjonen. Dette kriteriet kan fremkomme som et selvstendig grunnlag så vel som i sammenheng med andre kriterier og vurderingsnormer ved EMDs vurdering av statsansvar.¹⁴³ Dette kapitlet behandler de avgjørelser hvor kriteriet 'effektiv beskyttelse' har vært tillagt avgjørende betydning ved Domstolens vurdering.

EMD bruker selv ulike formuleringer når den gir uttrykk for dette vurderingsgrunnlaget. Det tales blant annet om "*effective protection*", "*adequate protection*" og "*effective efforts*".¹⁴⁴ I andre tilfeller finner en ingen begreper i avgjørelsene som direkte henviser til effektiv beskyttelse, men hvor avgjørelsen, etter en tolkning, kan sies å bygge på samme vurderinger. Dette er for eksempel tilfelle i *Kosmopoulou mot Hellas* og *Mastromatteo mot Italia*, som vil bli nærmere omtalt etter hvert.¹⁴⁵

Praksis viser at formuleringene om krav om effektiv beskyttelse kan innebære iverksettelse av ulike tiltak fra myndighetenes side. Disse tiltakene er formulert i forskjellige varianter. Kriteriet kan, blant annet, innebære en aktivitetsplikt i form av å ha et velfungerende rettssystem med forebyggende tiltak, gode saksbehandlingsrutiner og et effektivt rettshåndhevelsessystem. Tema for dette kapitlet vil være å redegjøre for

¹⁴³ Øvrige vurderingsnormer behandles i de etterfølgende kapitlene.

¹⁴⁴ *Stubbing m.fl. mot Storbritannia*, Reports 1996-IV, *A mot Storbritannia*, Reports 1998-VI, *Ignaccolo-Zenide mot Romania*, Reports of Judgments and Decisions 2000-I.

¹⁴⁵ Av andre saker kan det vises til *Paul og Audrey Edwards mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2002-II.

innholdet av vurderingsgrunnlaget slik det er kommet til uttrykk i EMDs praksis. I det følgende behandles de ulike tiltak som EMD har vurdert en effektiv beskyttelse ut fra.

3.2 Rettsregler som er egnet til å gi effektiv beskyttelse

En form for 'effektiv beskyttelse' som EMD i visse tilfeller har lagt til grunn, er vedtakelsen av eller sikringen av eksistensen av rettsregler som er egnet til å gi individene effektiv beskyttelse mot overgrep fra andre privatpersoner. I materialet som har ligget til grunn for denne avhandlingen finnes det eksempler på i hvert fall fire saker hvor Domstolen særlig har sett hen til om beskyttelsen av interessene til de individer som har blitt utsatt for et overgrep fra andre privatpersoner har vært lovhjemlet og således effektivt beskyttet i det nasjonale rettssystemet. EMD legger her til grunn at det må finnes rettsregler på området som er egnet til å gi "*effective deterrence*" mot den form for private overgrep som ligger til grunn for tvisten. En språklig forståelse av "*deterrence*" tilsier at Domstolen her vektlegger preventive hensyn. Hva som nærmere ligger i dette og hvilke krav som stilles for en effektiv prevensjon vil bli belyst i det følgende.

Først behandles de kriterier som EMD vektlegger ved sin vurdering av om rettsreglene har gitt individet en slik effektiv beskyttelse. I punkt 3.2.2 behandles betydningen av skjønnsmarginen for denne vurderingen.

3.2.1 Kriterier for hva som anses som effektiv beskyttelse

I *X og Y mot Nederland*, av mange ansett som den klassiske Strasbourg-dommen om middelbar tredjepartsvirkning, var en 16 år gammel psykisk utviklingshemmet jente (i saken omtalt som Y) blitt voldtatt på den institusjonen der hun var til behandling.¹⁴⁶ Gjerningspersonen var ikke ansatt på institusjonen, slik at saken ble å regne som et privat mellomværende. Da det var på det rene at fornærmede ikke hadde den nødvendige rettslige handleevne, som følge av sin utviklingshemming, begjærte faren (i

¹⁴⁶ *X og Y mot Nederland*, 1985, Serie A 91.

saken omtalt som X) strafferettslig forfølgning av gjerningspersonen. Saken ble ikke tatt opp til behandling av påtalemyndigheten fordi anmeldelsen ikke var sendt av den fornærmede selv. Påtalemyndighetens vedtak ble anket, men heller ikke ankeinstansen godkjente anmeldelsen da faren ikke var ”*legally empowered*” (§ 12). Det forelå altså en slags rettstomhet på området for så vidt gjaldt Ys mulighet til å få strafferettslig prøvd overgrepene mot henne.¹⁴⁷ Dette mente X og Y var i strid med deres krav på respekt for deres vern om privatlivet, jf. EMK artikkel 8 nr 1.

Fra statens side var det anført at klager hadde andre rettsmidler tilgjengelig fordi det kunne reises sivil erstatningssak mot overgriperen (§ 25). Mot dette anførte EMD at den beskyttelse som sivilrettslige regler gir, ikke kan anses å være tilstrekkelig i en sak som dette. Dette var en sak som berørte ”*fundamental values and essential aspects of private life*” (§ 27). Som det var anført av klager, var et sivilt søksmål en tung og tidskrevende prosess som ville utsette fornærmede for en stor påkjenning (§ 25). På dette området var det derfor etter EMDs oppfatning viktig med ”*effective deterrence*” som bare kunne oppnås gjennom ”*criminal-law provisions*” (§ 27). Domstolen la altså til grunn at det i dette tilfelle var nødvendig med en lovgivning som effektivt kunne forhindre slike former for overgrep gjennom strafferettslig forfølgning av overgriperen.

EMDs vektlegging av de nevnte premisser viser at Domstolen med all tydelighet vektlegger konvensjonens formål om vern av individets integritet og verdighet (som ble omtalt innledningsvis under punkt 1.6). Også rettsstatstenkningen kan sies å ha ligget til grunn for EMDs vurdering, ved at strafferettslige regler på et slikt område i større grad sikrer respekten for rettssystemet i samfunnet. Etter EMDs oppfatning kunne de sivilrettslige reglene derfor ikke ivareta klagers rettigheter på en ”*practical and effective*” måte (§30). Det forelå således en krenkelse av artikkel 8 (§ 30).

Stubbing m.fl. mot Storbritannia, fra 1996, gjaldt et beslektet forhold. Klagerne var alle blitt utsatt for seksuelt misbruk da de var barn. I voksen alder ønsket de å reise sivilrettslig erstatningssak mot overgripere, men fikk ikke denne muligheten fordi saken

¹⁴⁷ Om sakens faktum se *ibid.* §§ 7-13.

ble ansett som foreldet. Det eksisterte en klar lovhjemmel som rammet denne form for overgrep som de nasjonale domstoler hadde basert sin avgjørelse på.¹⁴⁸ Spørsmålet i saken var om rettsregelen, slik den var tolket av domstolene, krenket klagers rett til respekt for sitt privatliv etter EMK artikkel 8.¹⁴⁹ Klagerne anførte at staten i medhold av sin positive forpliktelse etter artikkel 8 hadde plikt til å gi klagerne ”*an effective civil remedy*” mot deres overgripere.¹⁵⁰

Domstolen viste til at saken vedrørte forhold som berørte individets ”*physical and moral integrity*” (§ 61). I slike saker, hvor særlig barn og andre svakstilte individer var ofre, var det etter EMD oppfatning behov for ”*State protection in the form of effective deterrence*” (§ 64). EMDs viste til at den engelske straffeloven inneholdt bestemmelser som ga klagerne vern mot slike overgrep (§ 65). Klagerne hadde i tillegg mulighet til å reise sivilrettslig sak. En slik prosessform var riktignok noe mer begrenset gjennom foreldelsesregler (§ 66). Denne begrensningen var likevel ikke av en slik art at det kunne innbære statsansvar. I den forbindelse uttalte EMD at artikkel 8:

”does not necessarily require that States fulfill their positive obligation to secure respect for private life by the provision of unlimited civil remedies in circumstances where criminal law sanctions are in operation” (§ 66).

På denne bakgrunn var det etter EMDs oppfatning slik at engelsk rett inneholdt tilstrekkelige rettsregler som effektivt kunne forhindre slike overgrep, slik at den også kunne si at klagerne hadde tilstrekkelig effektiv beskyttelse av sine konvensjonsrettigheter. Det forelå følgelig ingen krenkelse av artikkel 8 (§ 67).

Den tredje saken gjelder overgrep av en noe annen art. I *A mot Storbritannia* var det underliggende saksforholdet en stefars mishandling av sin mindreårige stesønn med et spanskrør.¹⁵¹ Det var på det rene at engelsk rett inneholdt lovregler som adresserte

¹⁴⁸ *Stubbing m.fl. mot Storbritannia*, over, note 2.

¹⁴⁹ Tolkning av den britiske loven Limitation Act av 1980.

¹⁵⁰ Om sakens faktum, se *ibid.* §§ 8-27.

¹⁵¹ *A mot Storbritannia*, over, note 2. Om sakens faktum, se §§ 7-11.

overgrepet, i den forstand at overgrepet mot stesønnen, A, var kriminalisert gjennom straffelovgivningen. Spørsmålet var om anvendelsen av rettsreglene ga klager en *”adequate protection”* (§ 24). Det var reist tiltale mot stefaren for *”assault occasioning actual bodily harm”*.¹⁵² Stefaren ble imidlertid frifunnet av juryen da avstraffelsen ble ansett å være *”moderate and reasonable in the circumstances”*.¹⁵³ A mente at rettsreglenes mulighet til frifinnelse når legemsbeskadigelsen var *”reasonable in the circumstances”* var i strid med hans vern mot umenneskelig og nedverdiggende behandling etter EMK artikkel 3.

Ved vurderingen av om den britiske regjeringen kunne holdes folkerettslig ansvarlig for stefarens handlinger, viste Domstolen til artikkel 1 om at det påligger staten å sikre konvensjonens rettigheter (§ 22). Ettersom overgrepet var foretatt av et annet individ, kunne ikke staten ansvarliggjøres for ’inngrep’ i klagers privatliv. Spørsmålet måtte derfor løses etter en handlingsnorm hvor staten måtte *”take measures”* for å sikre at individer ikke ble *”subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals”* (§ 22).

I likhet med de to tidligere nevnte sakene, viste EMD til viktigheten av å gi barn og andre utsatte grupper en *”protection”* i form av *”effective deterrence against such serious breaches of personal integrity”* (§ 22). EMD viste til at den engelske straffeloven innholdt bestemmelser om legemskrenkelser (§ 23). Men den nasjonale domstolen hadde likevel ikke funnet farens straffemetode alvorlig nok for illeggelse av straff. EMD mente for så vidt at behandlingen av barnet hadde nådd *”the level of severity prohibited by Article 3”* (§ 21). Av den grunn hadde engelsk rett ikke klart å gi klager en *”adequate protection”* av hans konvensjonsvern (§ 24). Det forelå følgelig en krenkelse av art. 3 (§ 24).

I A-saken er det interessant å merke seg at Domstolen bruker uttrykket *”adequate”* i stedet for *”effective”* beskyttelse som var tilfelle i de to sakene nevnt over. Etter en

¹⁵² Ibid. § 10. *”Actual bodily harm”* kan oversettes til det som i norsk rett betegnes som legemsbeskadigelse.

¹⁵³ Ibid. § 14. Etter engelsk rett var foreldrene gitt rett til avstraffelse av sine barn innen rimelige grenser.

språklig oversettelse betyr ”adequate” tilstrekkelig. Det innebærer at staten i denne saken ble holdt ansvarlig for ikke å ha gitt klager en tilstrekkelig grad av beskyttelse. Det kan derfor stilles spørsmål ved om EMD her anvender en annen vurderingsnorm enn i ”effective” beskyttelses-sakene. Etter min oppfatning er det vanskelig å se at Domstolen ved bruk av ulike begreper sikter til forskjellige vurderingsnormer. Selv om både sakens faktum og krenkelsens art er forskjellige sakene imellom, er dette neppe avgjørende for spørsmålet om individet har fått den nødvendige effektive beskyttelse. Det legges derfor til grunn at den varierende begrepsbruken sikter til den samme vurderingsnormen.

Rekkevidden og innholdet av de nasjonale rettsregler var igjen tema i *M.C. mot Bulgaria*.¹⁵⁴ Klager anførte for EMD at hun hadde blitt voldtatt av to menn da hun var 14 år gammel. På grunn av bevisets stilling og det forhold at det ikke kunne bevises at hun hadde satt seg til motverge (”physical resistance”, som er dommens oversettelse av bulgarsk rett på dette punktet), som var et nødvendig element i vurderingen av om det forelå et straffbart forhold etter bulgarsk rett, ble saken henlagt av politiet (§ 111). Klager anførte at de bulgarske straffebestemmelser, slik de ble praktisert, opererte med en for snever tolkning av voldtektsbegrepet. Denne tolkningen hadde videre satt sitt preg på etterforskningen av saken slik at det i tillegg ble anført at det hadde vært en lite effektiv etterforskning av det anmeldte forholdet.¹⁵⁵ Klager påberopte seg både vernet om privatlivet i artikkel 8 og forbudet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling i artikkel 3.

EMD fant det vanskelig å utlede noe klart svar på hvordan loven var tolket og praktisert av domstolene (§§ 169-173). Myndighetene hadde ikke klart å fremlegge bevis som kunne avkrefte at det ble praktisert en snever tolkning av voldtektsbestemmelsen (§ 173). Domstolen var likevel av den oppfatning at det ikke kunne utelukkes at loven var gjenstand for ”a restrictive practice” (§ 174).

¹⁵⁴ *M.C. mot Bulgaria*, Reports of Judgments and Decisions 2003-XII (extracts).

¹⁵⁵ Om sakens faktum, se ibid. §§ 9-71. Forholdet til en effektiv etterforskning er nærmere behandlet under punkt 3.4.

EMD viste til at politiet og påtalemyndigheten hadde vurdert saken ut fra en såkalt "date rape" (§ 179), altså en slags form for uaktsom voldtekt. Som følge av mangel på "direct proof" på voldtekt kunne de ikke fastslå at dette var skjedd ufrivillig (§§ 179-180). Domstolen mente derfor at myndighetene i alt for stor grad hadde vektlagt det fysiske motstandsaspektet ved forståelsen av hva som utgjorde en voldtekt (§ 182).

På bakgrunn av dette kom EMD til at myndighetene, i medhold av sine positive forpliktelser, ikke hadde greid å "establish and apply *effectively* a criminal-law system *punishing all forms of rape and sexual abuse*".¹⁵⁶ Det forelå derfor en krenkelse av artikkel 3 og 8.

3.2.2 Betydningen av skjønnsmarginen i kravet om eksistensen av effektive rettsregler

EMD tilkjenner staten en viss skjønnsmargin når det gjelder håndteringen av kravet om "effective deterrence", så lenge ordlyden i konvensjonen gir grunnlag for det. I *X og Y*-saken og i *Stubbings*-saken, som begge gjaldt tolkingen av statens ansvar etter artikkel 8, drøftet EMD forholdet mellom effektiv beskyttelse og statens skjønnsmargin til å innebære en statlig frihet til å innordne sitt rettssystem etter eget ønske.

I *A mot Storbritannia*, som gjaldt tolkingen av artikkel 3, erkjente EMD ingen skjønnsmargin til staten. Det er mulig det her kan sies at det faller innfor statens skjønnsmargin å bestemme om saken skal dømmes av en jury eller av dommeren selv. Men det var ikke dette som var det sentrale i saken, men resultatet av loven slik den ble tolket av domstolen.¹⁵⁷

Domstolen la i begge saker om artikkel 8 til grunn at vernet om privatlivet kan oppnås på ulike måter. Tilsvarende vil omfanget av statens forpliktelser variere etter arten av de

¹⁵⁶ Ibid. § 185. Mine uthevinger.

¹⁵⁷ Som drøftet innledningsvis er det lite rom for tolkning av en statlig skjønnsmargin under artikkel 3. Praksis fra EMD har heller ikke åpent erkjent en skjønnsmargin under denne bestemmelsen. Jeg går ikke nærmere inn på denne drøftelsen her.

involverte interesser.¹⁵⁸ Ved vurderingen av den statlige skjønnsmargin uttalte Domstolen i *Stubbing*-saken at:

“It follows that the choice of means calculated to secure compliance with this positive obligation in principle falls within the Contracting States' margin of Appreciation” (§ 63).¹⁵⁹

Denne nokså romslige formuleringen har sammenheng med konvensjonens subsidiære rolle om at det primære ansvaret for å ivareta individenes rettigheter ligger hos de nasjonale myndigheter. Statene kan derfor selv utforme og regulere det rettssystem som de finner best samsvarer med deres konvensjonsforpliktelser. I den sammenheng vil det derfor kunne tas hensyn til *“cultural nature, local circumstances and traditional approaches”*.¹⁶⁰

I *M.C. mot Bulgaria* uttalte EMD således at staten hadde en *“wide margin of appreciation”* i forhold til valg av virkemidler for å sikre en *“adequate protection”*.¹⁶¹ Skjønnsmarginen gir altså myndighetene mulighet til å velge den rettslige fremgangsmåte de ønsker, så lenge de velger blant flere alternativer som alle vil være egnet til å gi *“effective deterrence”*.

Valget av lovgivning eller prosessform som stilles til disposisjon for individet kan altså i visse tilfeller være likegyldig for EMD. Det avgjørende er om de nasjonale myndigheters valg av virkemidler gir den form for effektiv beskyttelse som oppstilles i konvensjonen. I *X og Y*-saken, skjønnsmarginen tatt i betraktning, hadde staten ikke på plass et regelverk som på en tilstrekkelig effektiv måte ivaretok klagers rettigheter. Motsatt ble resultatet i *Stubbing*-saken, hvor det eksisterende rettssystem, slik avgjørelsen kan tolkes, ivaretok klagerens rettigheter på en rimelig effektiv måte.

¹⁵⁸ *Stubbing m.fl. mot Storbritannia*, over, note 2, § 63. I de saker som har vært gjennomgått har EMD særlig vist til vernet av individets verdighet og integritet.

¹⁵⁹ Jf. *X og Y mot Nederland*, over, note 4, § 24.

¹⁶⁰ *M.C. mot Bulgaria*, over, note 12, § 154.

¹⁶¹ *M.C. mot Bulgaria*, over, note 18, § 154.

3.3 Effektiv rettshåndhevelse

Det vil i noen tilfeller ikke være tilstrekkelig, for å konkludere med at klagernes rettigheter er effektivt beskyttet, at det eksisterer et egnet regelverk som anvendes til å gi slik beskyttelse. EMD ser videre hen til om rettsavgjørelser, på bakgrunn av regelverket og rettsforfølgningen, håndheves i den form at individer får en faktisk realisering av sine rettigheter.

Spørsmålet om det må oppstilles et krav om effektiv fullbyrding av rettsavgjørelser har vært særlig fremme i saker om foreldrenes omsorgs- og samværsrett med sine barn.¹⁶² I det følgende skal det først redegjøres for enkelte generelle prinsipper som EMD legger til grunn ved sin vurdering av barnefordelingssakene.¹⁶³ Deretter behandles de enkelte sakene mer konkret for å vise de momenter som Domstolen vektlegger i sin vurdering av effektiv beskyttelse.

3.3.1 Generelle betraktninger i barnefordelingssakene

Sakene som her skal behandles omhandler tilfeller hvor det var den tidligere ektefelle som hindret klager i å få gjennomført sin rettsmessige omsorgs- eller samværsrett. I disse sakene var det de nasjonale myndigheter som hadde ansvaret for håndhevelsen av klagernes rettigheter. En kunne således se slike saker som et utslag av statens negative plikter etter EMK. Forholdene ble likevel ikke vurdert som statlige 'inngrep' i klagers rettigheter som aktualiserte statens negative plikter etter Konvensjonen. Sakene berørte i stedet, etter EMDs oppfatning, rekkevidden av de positive forpliktelsene.

¹⁶² Problemstillingen har også vært drøftet i forhold til andre typer saker, men det avgrenses mot en behandling av disse i denne avhandlingen. Det kan her vises *Cvijetic mot Kroatia*, 26. mai 2004, (Ikke publisert) saksnr: 71549/01, *Pibernik mot Kroatia*, 4. juni 2004, (Ikke publisert) saksnr: 75139/01 og *Moreno Gomez mot Spania*, 16. november 2004, (Ikke publisert) saksnr: 4143/02.

¹⁶³ *Hokkanen mot Finland*, 1994, Serie A 299-A, *Ignaccolo-Zenide mot Romania*, over, note 2, *Marie mot Portugal*, Reports of Judgments and Decisions 2003-VII, *Sylvester mot Østerrike*, 27. juli 2003, (ikke publisert) saksnr: 36812/97 og *Sophia Gudrun Hansen mot Tyrkia*, 23. desember 2003, (ikke publisert) saksnr: 36141/97.

Vurderingsnormen var om staten hadde foretatt ”adequate and effective efforts” for å sikre at klager var beskyttet mot overgrep fra den andre parten i den sivile tvisten.¹⁶⁴

Ved vurderingen av de nasjonale myndigheters plikt til å fullbyrde dommer, viste Domstolen til at ”[the] obligation to take measures to facilitate reunion is not absolute”.¹⁶⁵ Dette var begrunnet med at disse sakene involverte slike interesser og hensyn at fullbyrdelse vanskelig kunne tvinges frem. I disse sakene har barnet gjerne bodd over lengre tid hos den ene av foreldrene slik at det kan være behov for grundige forberedelser forut for gjenforeningen.¹⁶⁶ I slike tilfeller må det foretas en interesseavveining mellom de involverte parter.¹⁶⁷ I denne sammenheng vil de nasjonale myndigheter derfor være innrømmet ”a certain margin of appreciation” med hensyn til gjennomføringsprosessen.¹⁶⁸ Domstolen anerkjente sin subsidiære rolle ved at deres prøvingsintensitet var begrenset til en prøving av om ”the actual measures adopted ... are relevant and sufficient”.¹⁶⁹

Av avgjørende betydning ved vurderingen av om klager var gitt en effektiv beskyttelse i disse sakene, var spørsmålet om:

” the national authorities took all such **necessary steps** to facilitate execution as could reasonably be demanded in the special circumstances of the case ”.¹⁷⁰

I det følgende behandles de momenter som EMD vektlegger ved sin vurdering av om det foreligger effektiv beskyttelse i slike tilfeller.

¹⁶⁴ Jf. for eksempel *Marie mot Portugal*, over, note 21, § 70.

¹⁶⁵ Jf. for eksempel *Sophia Gudrun Hansen mot Tyrkia*, over, note 21, § 98.

¹⁶⁶ Jf. for eksempel *Sylvester mot Østerrikeover*, note 21, § 58.

¹⁶⁷ Jf. for eksempel *Hokkanen mot Finland*, over, note 21, § 55.

¹⁶⁸ Jf. for eksempel *Ignaccolo-Zenide mot Romania*, over, note 2, § 94.

¹⁶⁹ *Hokkanen mot Finland*, over, note 21, § 55.

¹⁷⁰ Jf. for eksempel *Sophia Gudrun Hansen mot Tyrkia*, over, note 21. § 99 (min utheving).

3.3.2 Kriterier for hva som anses som effektiv beskyttelse i form av rettslig håndheving

I *Hokkanen mot Finland* var det anført at myndighetenes ineffektive forsøk med å få fullbyrdet klagers samværsrett krenket klagers rett til respekt av familieliv i artikkel 8.¹⁷¹ I denne saken hadde klagers (barnefarens) svigerforeldre, etter ektefellens bortgang, holdt barnet tilbake hos seg, selv om klager inntil 1993 hadde fått medhold i nasjonale rettsinstanser i kravet om samvær med sitt barn.¹⁷² Domstolen mente dette tilsa at domstolsavgjørelsene i saken var lite effektive (§ 60). Domstolen viste også til at relevante myndigheter kun hadde planlagt tre gjenforeningsmøter, hvor ingen av dem var blitt gjennomført (§ 60). På bakgrunn av manglende effektivitet og handlingsvilje fra myndighetenes side, når det gjaldt å fullbyrde rettens avgjørelser, kom EMD til at "it cannot be said that ... the competent authorities ... made reasonable efforts to facilitate reunion" (§ 61). Det forelå derfor en krenkelse av artikkel 8 (§ 62).

Ignaccolo-Zenide mot Romania reiste spørsmål om den rumenske stat kunne holdes ansvarlig for krenkelse av artikkel 8 som følge av at klager, en mor, ikke hadde blitt gjenforent med sine barn.¹⁷³ Klager, som hadde fått tilkjent delt foreldreansvar ved domstolene i både Frankrike og USA fremsatte, i medhold av Haag konvensjonen om barne bortføring, begjæring om fullbyrdelse av de tidligere rettsavgjørelser.¹⁷⁴ Den tidligere ektefellen gjemte imidlertid bort barna og anket stadig rettens avgjørelser. Det rumenske justisdepartementet fattet til slutt vedtak om at barna ikke trengte å bli returnert til moren, som bodde i Frankrike.¹⁷⁵

Domstolen var enig med klager i at staten kunne kritiseres for ikke å ha fulgt opp rettens avgjørelser om å føre barna tilbake til moren, og for heller ikke å ha gjort nok for å få istand en vellykket gjenforening av mor og datter. I sin vurdering vektla Domstolen en

¹⁷¹ *Hokkanen mot Finland*, over, note 21. Om sakens faktum se §§ 8-48.

¹⁷² Denne saken reiste spørsmål om klagers samvær- og omsorgsrett. Spørsmålet om omsorgsretten ble løst ut fra statens negative forpliktelser. I denne avhandlingen behandles derfor kun spørsmålet om samværsretten.

¹⁷³ *Ignaccolo-Zenide mot Romania*, over, note 2.

¹⁷⁴ Haag konvensjonen av 25. oktober 1980, Civil Aspects of International Child Abduction.

¹⁷⁵ §§ 73 og 97. Om sakens faktum se §§ 9-75.

rekke forhold. Det ble vist til at myndighetene i løpet av de fire årene saken pågikk kun hadde lyktes å arrangere ett gjenforeningsmøte. Dette til tross for at klager hadde reist til Romania ved åtte anledninger (§ 112). Videre ble det vist til at staten i medhold av Haag- konvensjonen var forpliktet til å sørge for en rask returnering. I denne saken hadde ikke staten maktet å redegjøre for hvorfor det trakk ut med fullbyrdelsen av dommen og hvorfor staten, blant annet, hadde vært ”*totally inactive for more than a year*”.¹⁷⁶ Myndighetene hadde heller ikke iverksatt andre former for tiltak eller sanksjoner som kunne medvirke til at en raskere gjenforening kunne finne sted (§ 105). Videre var EMD svært kritisk til måten det ene gjenforeningsforsøket hadde funnet sted, noe Domstolen anså som en direkte årsak til at gjenforeningen mislyktes.¹⁷⁷ På bakgrunn av dette kom Domstolen til at “*the Romanian authorities failed to make adequate and effective efforts to enforce the applicant's right*” (§ 113). Det forelå derfor en krenkelse av artikkel 8 (§ 113).

I *Marie mot Portugal* var det igjen spørsmål om fullbyrdelse av utenlandske rettsavgjørelser i medhold av Haag-konvensjonen.¹⁷⁸ Ektefellen til klager (barnemoren) hadde bortført sitt barn fra Frankrike til Portugal. EMD kom heller ikke i denne saken til at det forelå ”*effective efforts to enforce*” rettens avgjørelser (§ 78). Det ble lagt vekt på at myndighetene hadde brukt fire og et halv år på å spore opp ektefellen og barna, til tross for at klager hadde oppgitt ektefellens adresse i Portugal (§ 75). Videre kunne ikke myndighetene gjøre rede for hvorfor det tok et helt år fra de ble orientert om saken av de franske myndigheter til at klager ble innstevnet.

Domstolen viste til at det påligger enhver stat å ”*equip itself with an adequate and sufficient legal armory to ensure compliance with the positive obligations*” (§ 76). EMD kom til at det forelå svikt i dette systemet når myndighetene ikke hadde greid å

¹⁷⁶ §§ 102-104. Haag konvensjonens art. 11 inneholder bestemmelser om at myndighetene bør tilstrebe en rask og effektiv tilbakeføring av barna. I denne saken kom Domstolen til at myndighetene ikke hadde handlet i samsvar med konvensjonens art. 7 og 11.

¹⁷⁷ § 112. Møtet ble avholdt på barnas skole hvor faren var lærer og i nærvær av lærere, tjenestemenn, diplomater, politimenn og klagers advokat. Det var imidlertid ingen sosialarbeidere eller psykologer med i bildet som kunne ha forbredt dette møtet på en tilfredsstillende måte.

¹⁷⁸ *Marie mot Portugal*, over, note 21.

iverksette effektive tiltak som kunne gjenforene klager med sitt barn. Det forelå følgelig en krenkelse av artikkel 8 (§§ 78-79).

I *Sylvester mot Østerrike* og *S. G. Hansen mot Tyrkia* var det igjen myndighetenes ”fail[ure]...to enforce... access rights” som var tema.¹⁷⁹ I begge sakene hadde den ene ektefellen bortført sitt barn til et annet land. Dette vanskeliggjorde den andre ektefellens samvær. I den første saken vektla EMD den lange saksbehandlingstiden i nasjonale domstoler.¹⁸⁰ Denne tidsforspillelsen skyldtes etter EMDs oppfatning ”to a large extent caused by the authorities own handling of the case” (§ 69). Videre var det et moment at myndighetene heller ikke hadde gjort tilstrekkelige forsøk på å finne barnet etter det første mislykkede gjenforeningsforsøket (§ 71). EMD kom derfor til at myndighetene hadde ”failed to take, without delay, all the measures that could reasonably be expected to enforce the return order”.¹⁸¹

Grovere var myndighetenes forsømmelse av å gjenforene klager med sine barn i *S. G. Hansen*-saken.¹⁸² Klager hadde i løpet av en seks års periode kun møtt sine barn ved fire anledninger, selv om hun hadde vært på flere hundre reiser fra Island til Tyrkia i løpet av denne tiden (§ 102). Klagers tidligere ektefelle hadde holdt barna i skjul hver gang representanter fra myndighetene hadde kommet på besøk (§ 105). Etter EMDs oppfatning hadde ikke de nasjonale myndigheter tatt ”any steps” for å spore opp barna for gjenforening med deres mor (§ 105). EMD kritiserte videre staten for ikke å ha rådført seg med sakkyndig personale som barnepsykiatere, psykologer og sosialarbeidere for å tilrettelegge en gjenforening (§ 103). På denne bakgrunn var Domstolen av den oppfatning at de nasjonale myndigheter ”failed to make adequate and effective efforts to enforce the applicant’s access rights”.¹⁸³

¹⁷⁹ *Sylvester mot Østerrike*, over, note 21, *Sophia Gudrun Hansen mot Tyrkia*, over, note 21.

¹⁸⁰ Om sakens faktum, se *ibid.* §§ 10-43.

¹⁸¹ *Ibid.* § 72. Det forelå derfor en krenkelse av artikkel 8.

¹⁸² Om sakens faktum, se *ibid.* §§ 10-84.

¹⁸³ *Ibid.* § 108. Det forelå følgelig en krenkelse av artikkel 8.

Sakene det nå er redegjort for viser at EMD legger en svært konkret vurdering til grunn, og dessuten oppstiller nokså strenge krav til de nasjonale myndigheter for en effektiv rettshåndhevelse av foreldrenes rettigheter. Særlig står tidsmomentet sentralt. Rettsstatsprinsippet, som en underliggende verdi i EMK (se punkt 1.6 innledningsvis), tilsier at rettens avgjørelser må gis en effektiv fullbyrdelse for å bygge opp under samfunnets respekt for lover og regler. Innenfor en viss rimelig tid må myndighetene derfor, gjennom tilstrekkelige tiltak, gjøre sitt ytterste for å håndheve individenes rettigheter.

3.4 Effektiv etterforskning og forebyggende tiltak

Som ledd i en effektiv beskyttelse av et individs rettigheter til vern mot andre privatpersoner, kan det noen ganger bli ansett nødvendig at myndighetene iverksetter etterforskning eller undersøkelser for å bringe på det rene om det foreligger konvensjonsstridige forhold. Spørsmålet vil i slike tilfeller være hva som konkret vil kunne kreves foretatt for at disse tiltak skal anses å være tilstrekkelig effektive, eller sagt på en annen måte, når manglende tiltak vil kunne medføre ansvar for staten selv om overgrepene er foretatt av individer som ikke har handlet på statens vegne.

I *Özgür Gündem mot Tyrkia* var klager, som var et privateid avishus, blitt utsatt for en rekke tilfeller av voldelige angrep mot avisens journalister og distributører.¹⁸⁴ Flere medarbeidere var blitt drept som følge av angrepene. Avisen hadde gjentatte ganger søkt myndighetenes beskyttelse og anmodet dem om å iverksette etterforskning. Etterforskning og beskyttelsestiltak ble ikke iverksatt. Avisen ble til slutt tvunget til å legge ned virksomheten. På bakgrunn av dette anførte klager at myndighetene hadde krenket artikkel 10 ved ikke å beskytte ytringsfriheten til avisens journalister og distributører.¹⁸⁵

¹⁸⁴ *Özgür Gündem mot Tyrkia*, Reports of Judgments and Decisions 2000-III.

¹⁸⁵ Om sakens faktum, se *ibid.* §§ 9-28.

Ettersom det ikke kunne bevises at det var myndighetene som stod bak angrepene, ble saken løst ut fra rekkevidden av den middelbare tredjepartsvirkningen under artikkel 10.¹⁸⁶ Vurderingsnormen var om myndighetene hadde tatt "*effective ... steps*" for å beskytte klager mot de handlinger som hadde funnet sted (§ 45).

Domstolen viste til at tyrkiske myndigheter i medhold av sin aktivitetsplikt har et ansvar for å gripe inn for å beskytte individer mot andre individers handlinger (§§ 42-43). Domstolen la til grunn at myndighetene "*were aware*" over at avisen og de personer som var assosiert med den var blitt gjenstand for uttalige angrep over lengre tid, men at det var lite som tydet på at etterforskningskritt overhodet var blitt tatt (§ 44 jf. §41). Med unntak for to tilfeller var det heller ikke iverksatt "*any protective measures*" (§44). Når det gjaldt anmeldelse av så alvorlige forhold som de som var rammet avishuet i denne saken, var det nødvendig at myndighetene reagerte med å gi klager "*adequate or effective*" beskyttelse (§ 44).

På bakgrunn av myndighetenes manglende vilje til å handle i denne saken kom EMD til at staten "*has failed to take adequate protective and investigative measures*" for å beskytte klager. Det forelå således en krenkelse av artikkel 10 (§ 71).

Selv om det ikke er uttrykkelig uttalt av EMD, er det nærliggende å tro at flere av EMKs grunnleggende verdier stod sentralt i Domstolens vurdering. For det første kan nevnes beskyttelsen av individenes verdighet og integritet gjennom de grove handlinger som disse ble utsatt for i sitt daglige virke (tap av flere liv). Videre er ytringsfrihet ifølge EMD selv "*one of the preconditions for a functioning democracy*" (§ 43). Dette innebærer av hensyn til demokrati og rettstatstenkning at opposisjon ikke knebles gjennom ulovlige handlinger (§ 45). Uansett avisens partipolitiske tilhørighet burde ikke manglende etterforskning og beskyttelse være et legitimt hensyn for å la være å etterforske eller å beskytte avishuset (§ 45).

¹⁸⁶ Ibid § 43. I motsetning til andre saker, jf. f.eks. *Ülkü Ekýncý* mot Tyrkia, 16. oktober 2002, (ikke publisert) saksnr: 27602/95, *Ymsi Önen* mot Tyrkia, 14. mai 2002, (ikke publisert) saksnr: 22876/93, var det i denne saken ikke anført at det var myndighetene som direkte hadde stått bak angrepene.

I *Osman mot Storbritannia* var det også anført at myndighetene, til tross for kjennskap til det faremoment som overgriperen utgjorde, ikke hadde iverksatt tilstrekkelige tiltak for å beskytte klagerne.¹⁸⁷ En mannlig lærer hadde hatt spesielle følelser for en av elevene på skolen. Politiet var blitt underrettet om den ubalanserte sinnstilstand som læreren befant seg i. Saken endte med at læreren skjøt og såret eleven og drepte hans far.¹⁸⁸ Klagerne, eleven og hans mor, hevdet senere at statens passivitet innebar en krenkelse av hans deres rettigheter etter artikkel 2 (retten til livet).

Domstolen fastslo at artikkel 2 ikke bare innebærer en statlig plikt til å avstå fra handlinger, men også til å ta "*appropriate steps*" for å sikre individenes liv.¹⁸⁹ Artikkel 2 kan derfor under visse omstendigheter også innebære en positiv forpliktelse til å treffe forebyggende tiltak for å beskytte individene (§ 115).

Domstolen benytter her riktignok ikke begrepet "*effective*", som man har sett i de andre sakene. Det kan likevel sies at Domstolen i sin vurdering reelt resonnerer etter et effektivitetsprinsipp. Domstolen uttaler at statsansvaret etter konvensjonen rekker videre enn den primære forpliktelsen til å sikre liv gjennom "*effective criminal-law provisions [and] law-enforcement machinery*".¹⁹⁰ Vurderingsnormen ble formulert som om myndighetene hadde gjort "*all that could be reasonably expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they have or ought to have knowledge*" (§ 116).

Domstolen viste til at lærerens forhold til eleven ikke hadde vært av en slik art at politiet kunne mistenke fare for seksuelle overgrep mot klager (§ 117). Videre var det heller ingenting i rapporten fra psykologen som viste at læreren led av sinnsforstyrrelser (§ 118). Det forhold at læreren hadde vært linket til tagging og hærverk i nabolaget, kunne ikke rimelig forventes å gi mistanke om det som familien kom til å bli utsatt for (§ 117, jf. § 121). Videre var uskyldspresumsjon et moment mot å gripe inn i

¹⁸⁷ *Osman mot Storbritannia*, Reports 1998-VIII.

¹⁸⁸ Om sakens faktum, se *ibid.* §§ 10-71.

¹⁸⁹ *Ibid.* § 115. Dette ble første gang fastslått i saken *L. C. B. mot Storbritannia*, 9. juni 1998, Reports 1998-III, jf. § 36, men hvor denne sikringsplikten presiseres nærmere i *Osman mot Storbritannia*, over, 45.

¹⁹⁰ § 115. Sml. behandlingen i pkt 3.2 og pkt. 3.3.

individenes frihet og rettigheter (§ 121). EMD kom derfor til at myndighetene ikke kunne kritiseres for svikt i manglende etterforskning og undersøkelser i saken. Det var intet som tydet på at politiet "*knew or ought to have known*" om at familien var under "*real and immediate risk*" (§ 121). Det forelå derfor ingen krenkelse av artikkel 2.

I *M.C. mot Bulgaria* (som ble behandlet over i punkt 3.4.), var rettshåndhevelsen og ikke bare effektiviteten av det eksisterende lovverket under vurdering fra EMDs side. Det var av klager også anført at den tolkning av loven som var lagt til grunn ved etterforskningen ikke ga klager en effektiv beskyttelse mot det overgrepet hun var utsatt for. EMD la til grunn at det i en sak hvor det finnes to svært motstridende forklaringer på hva som har skjedd, er viktig å overprøve deres troverdighet. I denne saken hadde myndighetene gjort lite for å undersøke "*the credibility*" av forklaringene til de anklagende og to av vitnene i saken (§ 177). Klager var for eksempel ikke gitt muligheten til å krysseksaminere vitner som hun anklaget for å lyve. Myndighetene hadde heller ikke gjort forsøk på å fastslå tidspunktene for overgrepene, og heller ikke viet oppmerksomhet til en nærmere kartlegging av forholdene rundt voldtekten. I tillegg var etterforskningen preget av vesentlige forsinkelser (§ 184).

Etter EMDs oppfatning var årsaken til myndighetenes etterforskningssvikt det forhold at det var satt "*undue emphasis on 'direct' proof of rape*" (§ 179). Som følge av mangel på bevis på motsand fra klagers side, hadde de ikke med sikkerhet kunnet fastslå at dette var skjedd ufrivillig. Politi og påtalemyndigheten hadde derfor gått ut fra at det ikke hadde vært voldtekt i saken (§§ 179-180).

EMD kom følgelig til at klager ikke var gitt en "*effective protection*" mot voldtekten gjennom den form for etterforskning som hadde blitt gjennomført i saken (§ 185, jf. § 186).

3.5 Effektive saksbehandlingsrutiner

I enkelte saker oppstiller EMD krav om at staten kan vise til saksbehandlingsrutiner som på en effektiv måte ivaretar individenes rettigheter. I forbindelse med drøftelsen av en effektiv etterforskning i punkt 3.4 var det politiet og påtalemyndighetens arbeid som

var gjenstand for vurdering. Med saksbehandlingsrutiner i dette punkt tas det sikte på en vurdering av forvaltningens- eller domstolens arbeidsmetode. Etter EMDs praksis å dømme kan statsansvar altså pålegges også som følge av svikt i disse organers saksbehandling, når denne ikke kan sies å gi individet som er blitt utsatt for et overgrep fra en annen privatperson effektivt beskyttelse.

Praksis viser at effektiv rettighetsbeskyttelse kan innebære to former for krav til en forsvarlig saksbehandling. For det første gjelder det den interne behandlingen i et organ. Organet må kunne vise til slike effektive og ryddige saksbehandlingsrutiner at det på grunnlag av disse kan treffes forsvarlige vedtak eller avgjørelser. For det andre kan det innebære saksbehandlingsregler som gjør det mulig for individene ikke bare å få nødvendig informasjon, men også å kunne fremme sine argumenter i saker som vedrører dem. Først behandles forvaltningens saksbehandlingsrutiner (punkt 3.5.1.) I punkt 3.5.2 behandles de krav som stilles til domstolens saksbehandling.

3.5.1 Forvaltningens saksbehandling

I *Guerra m.fl. mot Italia* var det blant annet spørsmål om det forelå krenkelse av artikkel 8 for et tilfelle der klagerne, naboene til industrianlegget, ikke var blitt gitt tilstrekkelig informasjon om skadevirkningene av forurensningsutslipp fra anlegget.¹⁹¹ Fabrikken, som lå omtrent én kilometer fra klagerens bosted, produserte gjødsel som medførte utslipp av store mengder lett antennelig gass og giftige stoffer. Myndighetene anså fabrikken som et høyrisiko-foretak i forhold til miljøskader. Klagerne hadde ved flere anledninger krevd å få informasjon om skadevirkningene av utslippene, men til ingen nytte. Det var flere årsaker til dette. Blant annet hadde fabrikken selv hindret myndighetene i å foreta nødvendige inspeksjoner.¹⁹²

¹⁹¹ *Guerra m.fl. mot Italia*, Reports 1998-I. Denne dommen er ansett som en viktig prinsippsak vedrørende retten til å få informasjon, jf. Erik Møse, *Menneskerettigheter*. Oslo: Cappelen akademisk forlag 2002, s. 412.

¹⁹² Om sakens faktum, se *ibid.* §§ 12-27.

Domstolen viste til at det i denne saken ikke var anført klage over *”act by the State but of its failure to act”* (§ 58). Ettersom det ikke forelå et statlig ’inngrep’, ble saken løst ut fra de positive forpliktelsene som kan gi staten ansvar for å hindre konvensjonsbrudd for private overgrep. Ved vurderingen av rekkevidden av aktivitetsplikten uttalte EMD at:

“it need only be ascertained whether the national authorities took the necessary steps to ensure effective protection” (§ 58).

EMD kom til at myndighetene ikke hadde gitt klagerne en effektiv beskyttelse av deres rett til respekt for privat- og familieliv (§ 60). Myndighetene hadde vært kjent med forurensningen fra fabrikken, og at denne utgjorde en helsefarlig risiko for lokalbefolkningen (§ 60). Til tross for dette måtte klagerne vente i mange år på å motta *”essential information”* som var av betydning ved vurderingen av helseskaderisikoen i området (§ 60). Dette var informasjon som myndighetene etter loven var pålagt å gi til borgerne (§ 25). Myndighetene hadde imidlertid brukt lang tid i forbindelse med kartleggingen av forurensningen og de tiltak som måtte iverksettes i den forbindelse (§ 59). På denne bakgrunn kom Domstolen til at staten *”did not fulfill its obligation to secure the applicants’ right”* (§ 60). Det forelå følgelig en krenkelse av art. 8.

Svikt i myndighetenes saksbehandlingsrutiner var også under lupen i *Paul og Audrey Edwards mot Storbritannia*.¹⁹³ Christopher Edwards, som var mentalt syk, var blitt pågrepet av politiet og satt i varetekt hvor han, på grunn av plassmangel, måtte dele celle med en annen fange, RL, som også led av sinnsforstyrrelser.¹⁹⁴ Edwards ble etter kort tid drept av RL.¹⁹⁵ Edwards foreldre gjorde gjeldende at myndighetene i medhold av de positive forpliktelsene etter artikkel 2 ikke hadde greid å beskytte livet til deres sønn.¹⁹⁶

¹⁹³ *Paul og Audrey Edwards mot Storbritannia*, over note 3.

¹⁹⁴ I dommen brukes begrepet *”detained”*. Jeg forstår dette som den norske varetektordningen.

¹⁹⁵ Om sakens faktum se §§ 9-36.

¹⁹⁶ Ved sin vurdering av saken resonnerer EMD nært opp til en culpa vurdering, hvor statsansvar synes å ha vært ilagt på denne bakgrunn. Men ettersom denne saken i tillegg er et godt eksempel på

EMD viste til at RLs sinnssykdom var kjent for legene; politilegen hadde endog vurdert hans situasjon som så alvorlig at han ikke egnet seg til varetekt (§ 59). Denne beslutningen var imidlertid blitt overprøvd av reservelegen, en psykiater. Informasjon om RLs helsetilstand ble ikke gitt til fengselsmyndighetene. Vakthavende helsepersonell, som hadde ansvar for celleplasseringen i fengselet, visste derfor ikke noe om RLs sykehistorie (§ 59).

EMD la til grunn at RL var i en slik tilstand at han utgjorde "*a real and serious risk to others*" (§ 60). Informasjon om RLs sykehistorie "*ought to have been*" gitt til fengselsmyndighetene (§ 61). Etter EMDs oppfatning forelå det i denne saken svikt i forhold til meddelelse av nødvendig informasjon til andre enheter (§ 61).

Det samme var tilfelle når det gjaldt Edwards. Han ble ikke undersøkt av lege på politistasjonen. Ingen dokumentasjon om hans helsetilstand ble utarbeidet, og den senere tilgjengelige informasjonen ble heller ikke meddelt fengselsmyndighetene (§ 63). Som følge av dette ble hans liv, etter EMDs mening, satt i stor fare ved deling av fengselscelle med en farlig medinnsatt (§ 63). På bakgrunn av omfattende svikt i informasjonsrutinene hos en rekke aktører kom EMD til at det forelå krenkelse av statens forpliktelse til å "*protect the life of*" klager etter artikkel 2 (§ 64).

I denne saken bruker ikke EMD uttrykkelig vurderingsnormen effektiv beskyttelse. Det er likevel, ut fra Domstolens resonnement, etter min mening nokså opplagt at det er denne normen som ligger til grunn.

3.5.2 Saksbehandlingen ved nasjonale domstoler

I to saker har EMD vurdert om påstander om manglende effektive saksbehandlingsrutiner ved de nasjonale domstoler kan innebære en middelbar

forvaltningens saksbehandling, velges saken behandlet under denne synsvinkel. De avgjørelser hvor det kan utledes en "culpa-test" behandles under punkt 3.6.

tredjepartsvirkning og statlig ansvar. I ingen av disse sakene anvender EMD uttrykkelig begrepet effektiv beskyttelse, men de kan likevel tolkes til å være basert på denne vurderingsnormen.

I *Kosmopoulou mot Hellas* hadde klagers tidligere ektefelle, barnefaren, hindret klager å få samvær med sitt barn. Klager anførte at staten hadde en forpliktelse til å beskytte hennes rett til respekt for familielivet etter artikkel 8.¹⁹⁷ Dette hadde ikke skjedd da den nasjonale domstolen, gjennom sin avgjørelse, hadde satt en midlertidig suspensjon av hennes besøksrett til sitt barn.¹⁹⁸

Ettersom saken hadde sin bakgrunn i en konflikt mellom to tidligere ektefeller, anså ikke EMD de nasjonale domstolers avgjørelse som et 'inngrep' i klagers familieliv. EMD tok utgangspunkt i statens positive forpliktelser ved vurderingen av om myndighetene "took all steps" for å verne klagers rett til familieliv mot barnefarens overgrep i denne rettigheten (§ 46).

EMD viste til at nasjonale domstoler hadde vist en lite tilfredsstillende fremgangsmåte ved behandlingen av saken. På bakgrunn av omfattende svikt i informasjonsrutinene hos en rekke aktører, kom EMD til at det forelå krenkelse av statens forpliktelse til å "protect the life of" klager etter artikkel 2 (§ 64). Ved to tilfeller hadde retten truffet sin avgjørelse uten at klager hadde fått anledning til å uttale seg i saken (§ 49). Verken retten eller forvaltningsmyndighetene hadde iverksatt tiltak på bakgrunn av den psykiatriske rapporten som var utarbeidet i sakens anledning, som hadde anbefalt at barnet hadde jevnlig kontakt med moren. Denne rapporten ble ikke gjort tilgjengelig for klager før tre år senere og etter at domstolene hadde truffet endelige avgjørelser i saken (§ 49 jf. § 29). EMD viste til at:

"it is of paramount importance for parents always to be placed in a position enabling them to put forward all arguments... and to have access to all relevant information which was at the disposal of the domestic courts" (§ 49).

¹⁹⁷ *Kosmopoulou mot Hellas*, 5. mai 2004, (Ikke publisert) saksnr: 60457/00.

¹⁹⁸ Om sakens faktum se §§ 8-31.

Resonnementet viser hvordan Domstolen vektlegger hensynet til vern om rettsstaten, som et grunnleggende formål med Konvensjonen (se punkt 1.6), idet den uttaler at klager må gis anledning til å ta del i *”the decision-making process”* for vern av sine rettigheter (§ 49). På bakgrunn av nasjonale domstolars *”procedural approach”*, kunne ikke EMD se at de hadde *”sufficient material to reach a reasoned decision on the question of access to the applicant’s daughter”* (§ 50). Det ble videre anført at domstolenes behandling ikke klarte å gi klager det vern som konvensjonen oppstiller. Klager hadde derfor, tolket EMDs premisser, ikke en tilstrekkelig effektiv beskyttelse av familielivet etter artikkel 8 (§ 50).

I *Mastromatteo mot Italia* kom EMD til at den nasjonale domstolen *hadde* utvist en forsvarlig saksbehandling.¹⁹⁹ Mastromatteo var blitt drept av personer som hadde permisjon fra sitt fengselsopphold, og som i permisjonstiden ranet en bank (hvor altså Mastromatteo var et tilfeldig offer).²⁰⁰ Klagerne, foreldrene til Mastromatteo, anførte at staten hadde forsømt sine forpliktelser etter retten til liv etter artikkel 2.

EMD viste til at italiensk lovgivning oppstilte flere vilkår for fengselspermisjon. For det første var det krav om at den innsatte hadde sonet en minsteperode av straffen. For det andre måtte den innsatte vise til en god oppførsel under den allerede sonede tid og at en permisjon ikke ville utgjøre en fare for samfunnet.

Domstolen viste til at dommeren i saken hadde tatt beslutningen om å innvilge permisjon på grunnlag av et tilstrekkelig materiale. Det var for det første innhentet rapporter fra fengselsmyndighetene som viste at de var fornøyd med fangenes oppførsel, rehabilitering og villighet til å gå tilbake til samfunnet (§§ 75 og 76). Videre forelå det uttalelser fra politiet som ikke hadde noe negativt å bemerke (§§ 75). I denne saken oppfylte fangene også kravet om å ha sonet en minstestraft for permisjonstillatelse. Dommeren i saken hadde derfor innhentet og vurdert all den informasjon som var nødvendig for å fatte sin avgjørelse. Det forelå her ingen forhold som kunne tilsi at permisjonen ville *”pose a real and immediate threat to life”* (§ 76).

¹⁹⁹ *Mastromatteo mot Italia*, Reports of Judgments and Decisions 2002-VIII.

²⁰⁰ Om sakens faktum se §§ 10-52.

Etter EMDs vurdering forelå det derfor ingen svikt fra domstolenes side til å beskytte Mastromatteos rett til liv (§ 77). Det forelå derfor ingen krenkelse. På denne bakgrunn kan det anføres at domstolens saksbehandling var egnet til effektivt å beskytte individene.

3.6 Culpa-elementer i EMDs vurderinger

Drøftelsen av hvilket ansvarsgrunnlag som oppstilles i EMK (se punkt 2.2 over), konkluderte med at et statsansvar etter konvensjonen kan utledes på et objektivt grunnlag. Culpa er således ikke en betingelse ved ileggelsen av statsansvar. Til tross for dette, viser flere av formuleringene fra praksis nevnt over at EMD i enkelte tilfeller legger til grunn culpavurderinger når den tar stilling til om det foreligger en manglende effektiv beskyttelse av overgrep foretatt fra privatpersoners side. Men dette kan utdypes noe, også i lys av andre saker.

I *Z m.fl. mot Storbritannia* var det spørsmål om myndighetene kunne holdes ansvarlig etter artikkel 3 for ikke å ha grepet inn når de var vitne til at et ektepar forsømmet sitt foreldreansvar.²⁰¹ Foreldrene hadde gjennom en årrekke utsatt sine fire barn, klagerne, for "*horrific experiences*" ved at barna enten ble stengt inn på rommene sine eller ute av huset. Videre ble det sjeldent vasket i hjemmet, barna sov i urinerte senger, de hadde lite klær og ble gitt lite mat. Barnevernsmyndighetene var klar over situasjonen, og hadde holdt seg løpende orientert. Klagerne anførte til tross for dette at det forelå krenkelse av artikkel 3 fordi barnevernsmyndighetene hadde unnlatt å gripe inn slik at barna kunne ha blitt flyttet fra de tragiske oppvekstvilkårene.²⁰²

Domstolen gjentok det rettslige utgangspunkt som ble lagt til grunn i *A mot Storbritannia* om at det følger en statlig forpliktelse til å "*take measures*" for å hindre at individer blir utsatt for overgrep fra andre "*private individuals*".²⁰³ Ettersom denne

²⁰¹ *Z m.fl. mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2001-V.

²⁰² Om sakens faktum se §§ 9-49.

²⁰³ § 73, jf. *A mot Storbritannia*, over, note 9., §§ 22.

saken omhandlet overgrep mot barn var det derfor spesielt viktig at disse individene ble gitt en ”*effective protection*” (§ 73). Domstolen la til grunn at det ikke var omtvistet at ”*the neglect and abuse suffered ... reached the threshold of inhuman and degrading treatment*” (§ 74).

Ved vurderingen av statsansvar etter artikkel 3, ble det lagt vekt på at myndigheter hadde hatt kjennskap til forholdene i mer enn fire og et halvt år uten at noe ble gjort (§ 74). Klagerne hadde derfor vært gjenstand for ”*appalling neglect over an extended period and suffered physical and psychological injury directly attributable to a crime of violence*” (§ 74 jf § 49). Det forelå utvilsomt en systemsvikt (”*failure of the system*”) for så vidt gjaldt muligheten til å beskytte klagerne (§ 74). Selv om det ikke uttales direkte at staten hadde utvist uaktsomhet, kan dette likevel leses ut fra domspremissene. Det er mye som tyder på at myndighetene burde ha forstått at manglende inngrep fra deres side utsatte barna for fare. Domstolen kom følgelig til at artikkel 3 var krenket (§ 75).

En annen sak hvor det også finnes spor av culpavurderinger er *E m.fl. mot Storbritannia*.²⁰⁴ De fire klagerne, alle barn, var i en årrekke blitt utsatt for seksuelt misbruk og psykiske overgrep fra sin stefar.²⁰⁵ De hevdet at myndighetene, som hadde vært klar over situasjonen i hjemmet, burde iverksatt nødvendige tiltak for å beskytte dem mot stefarens overgrep.

EMD la i likhet med Z-saken til grunn at overgrepene isolert sett falt innenfor rekkevidden av artikkel 3 (§ 89). Spørsmålet var om sosialarbeiderne og barnevernet ”*were, or ought to have been aware*” over situasjonen, og om det ble iverksatt nødvendige tiltak (§ 92).

Etter Domstolens vurdering burde relevante myndigheter vært ”*aware that the situation in the family disclosed a history of past sexual and physical abuse*” noe som utsatte barna for ”*potential risk*” (§ 96). Til tross for dette, var det ikke iverksatt tiltak som

²⁰⁴ *E m.fl. mot Storbritannia*, 26. november 2002, (Ikke publisert) saksnr: 33218/96.

²⁰⁵ Om sakens faktum se §§ 8-45.

kunne gjort det mulig for dem å ”discover the exact extent of the problem and, potentially, to prevent further abuse taking place” (§ 97). På denne bakgrunn uttalte domstolen at dersom myndighetene hadde iverksatt ”proper and effective” tiltak kunne man ha unngått eller forminsket faren for at slike overgrep fant sted (§ 100). Det forelå derfor en krenkelse av artikkel 3 (§ 101).

I *D.P. og J.C. mot Storbritannia* var foranledningen at klagerne var blitt utsatt for seksuelle overgrep fra sin far.²⁰⁶ I denne saken hadde klagerne, i motsetning til de sakene som er nevnt over, ikke gitt noen tydelige signaler til myndighetene om at overgrep fant sted (§ 110). Det forelå heller ingen rapporter eller annet offentlig materiale som kunne tyde på at myndighetene var klar over at klagerne ble eller var i fare for å bli utsatt for overgrep (§ 111). Domstolen kom til at staten ikke kunne holdes ansvarlig, fordi det ikke var noe som tydet på at de ”should have been aware” over at barna ble utsatt for overgrep (§ 114). Myndighetene hadde derfor ikke ”failed in any positive obligation to take effective steps” til beskyttelse av barnas rettigheter (§ 114).

Domstolen har i enkelte tilfeller gått langt i å oppstille en statlig aktivitetsplikt for en effektiv beskyttelse i saker som berør individenes, herunder særlig barns, vern av verdighet og integritet.²⁰⁷ *D.P. og J.C. mot Storbritannia* viser likevel at det går en grense for hvor langt staten kan ansvarliggjøres i slike saker. Etter min oppfatning kan det anføres at det ville føre for langt og være direkte urimelig om det ble statuert ansvar for forhold som myndighetene ikke var eller burde ha vært klar over, og hvor de heller ikke var gitt muligheten til å iverksette mottiltak.²⁰⁸

²⁰⁶ *D.P. og J.C. mot Storbritannia*, 10. oktober 2002, (Ikke publisert) saksnr: 38719/97. Om sakens faktum se §§ 9-87.

²⁰⁷ Jf for eksempel *X og Y mot Nederland*, over, note 4, *A mot Storbritannia*, over, note 9 og *E m.fl. mot Storbritannia*, over, note 62.

²⁰⁸ Av andre saker hvor EMD har foretatt vurderinger etter culpamomenter kan nevnes *Özgür Gündem mot Tyrkia*, over, note 42 og *Paul og Audrey Edwards mot Storbritannia*, over, note 3.

3.7 Oppsummering

Dette kapitlet har vist at EMD anvender 'effektiv beskyttelse' som ett av sine vurderingsgrunnlag når den tar stilling til om det foreligger konvensjonsbrudd i mellomprivate saker. Hvorvidt de nasjonale myndigheter har klart å gi individene den tilstrekkelige beskyttelse, beror på arten og gjennomføringen av de tiltak som myndighetene har iverksatt. Praksis viser at de nasjonale myndigheter er tilkjent en viss skjønnsmargin i forhold til valg av preventive tiltak for gjennomføring av deres konvensjonsforpliktelser. Omfanget av skjønnsmarginen vil variere etter de involverte interesser og intensiteten av inngrepet.

Videre viser praksis at Domstolen i flere saker har trukket inn culpa-elementer ved sin vurdering. I disse sakene har det objektive ansvarsgrunnlaget nærmet kommet i skyggen av culpavurderingene. Ettersom alle disse sakene har vært avsagt i løpet av de siste få årene, kan det stilles spørsmål om bruken av et krav om effektiv beskyttelse er i ferd med å få preg av culpavurderinger. Uansett utvikling, er det klart at det er helt konkrete avveininger basert på faktum i saken som hele tiden styrer EMDs resonnementer.

4 Avveininger

4.1 Innledning

I forrige kapittel ble det redegjort for hvordan Domstolen, ved vurderingen av om staten kan ansvarliggjøres for mellomprivate forhold, ser hen til om staten har gitt klager en effektiv beskyttelse. Dette er ikke det eneste vurderingsgrunnlaget som EMD benytter seg av. EMD ser i enkelte tilfeller hen til om nasjonale myndigheter har foretatt en rimelig avveining mellom de ulike forhold og interesser som er involvert i saken. Dette blir anvendt enten som selvstendig vurderingsnorm eller i kombinasjon med effektiv beskyttelse.²⁰⁹ Dette kapitlet redegjør for de tilfeller hvor EMD særlig har vektlagt en avveiningsnorm som et selvstendig grunnlag ved vurderingen av statsansvar.

Også dette vurderingsgrunnlaget uttrykkes på forskjellige måter i EMDs praksis. I noen tilfeller bekjenner EMD seg til en "fair balance"-vurdering. Dette forstås slik at staten pålegges ansvar dersom EMD etter en vurdering finner at det ikke foreligger en 'rimelig avveining eller balanse' mellom de ulike forhold i saken. Denne "fair balance"-vurderingen kan henspille både på interesseavveininger og på avveininger mellom motstridende rettigheter som begge er beskyttet etter EMK (altså rettighetsavveininger). Ved en interesseavveining vil spørsmålet være om myndighetene har foretatt en balansert vurdering mellom de involverte aktørers interesser.²¹⁰ En rettighetsavveining innebærer at EMD tar stilling til spørsmålet om de nasjonale myndigheter har foretatt en korrekt avveining mellom to konvensjonsrettigheter som står i strid med hverandre.²¹¹

I andre saker igjen foretar EMD avveininger som har sitt grunnlag i et proporsjonalitetsprinsipp. Domstolen vurderer da om det foreligger forholdsmessighet eller samsvar mellom mål og middel når den vurderer om det er grunnlag for å pålegge

²⁰⁹ Av avgjørelser fra EMD hvor en finner begge disse former vurderingsgrunnlag, kan nevnes *Hokkanen mot Finland*, 1994, Serie A 299-A, *Ignaccolo-Zenide mot Romania*, Reports of Judgments and Decisions 2000-I og *Sylvester mot Østerrike*, 27. juli 2003, (ikke publisert) saksnr: 36812/97.

²¹⁰ Jf pkt 4.2.

²¹¹ Jf pkt 4.3.

staten ansvar for et mellomprivat anliggende. Det sees her hen til om de tiltak som har blitt iverksatt er rimelige i forhold til de mål som søkes oppnådd.²¹²

I litteraturen inngår ofte de nevnte avveiningsformer som redegjørelser for proporsjonalitetsprinsippet i EMK-retten.²¹³ Det ser altså ut til at en i EMK-rettslig teori opererer med en vid definisjon av proporsjonalitet. Praksis fra EMD viser imidlertid at Domstolen legger til grunn en forståelse av proporsjonalitetsprinsippet som samsvarer med den begrepsbruk som benyttes i inneværende kapittel.²¹⁴ EMD uttaler at det må være en “*reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised*”.²¹⁵ I de andre sakene har Domstolen derimot uttalt at det må foretas en “*fair balance... between the competing interests of the individual*”.²¹⁶ En slik forskjelligartet begrepsbruk er selvsagt ikke viktig i seg selv, og hvorfor teorien anvender en begrepsbruk som den angitte, vil ikke bli forfulgt nærmere her. Det sentrale er de ulike vurderinger og momenter som EMD vektlegger ved sin rettsanvendelse. Det er i hvert fall av pedagogiske hensyn hensiktsmessig å foreta et skille mellom “*fair balance*” på den ene siden og en snever forståelse av proporsjonalitet på den andre siden.

De to formene for avveiningsnormer viser seg oftest ved drøftelse av ansvar for staten under artiklene 8 og 10. Dette har nok sammenheng med at disse bestemmelser etter sin ordlyd og slik de er tolket i praksis for øvrig, byr på avveiningsvurderinger.

Det kan nok være ulike forklaringer på hvorfor en ikke så lett finner eksempler i EMDs praksis på at slike vurderinger foretas under artiklene 2 og 3. Når det gjelder artikkel 3, vil det på grunn av bestemmelsens absolutte form være lite rom for åpenlyse avveininger av den karakter som en finner under artiklene 8 og 10. Det kan for

²¹² Jf pkt 4.4.

²¹³ Yutaka Arai-Takahashi. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford: Hart Publishing 2002, s.14 flg. og Marc-André Eissen. *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*. I: Macdonald m.fl. (red.) *The European System for the Protection of Human Rights*, Haag: Kluwer, 1993, s. 125-147

²¹⁴ For henvisning til rettspraksis se pkt. 4.4 hvor proporsjonalitetsprinsippet er drøftet.

²¹⁵ *Palau-Martinez mot Frankrike, Reports of Judgments and Decisions 2003-XII*, jf. § 39, *Darby mot Sverige*, 1990, Serie A 187.

²¹⁶ Jf. *Powell and Rayner mot Storbritannia*, 1990, Serie A 172, § 41.

eksempel vises til at artikkel 3 ikke inneholder noen unntaksbestemmelse og at det heller ikke i medhold av artikkel 15 (2) kan derogeres fra dette vernet.²¹⁷

Artikkel 2 er ikke like absolutt og unntaksfri som artikkel 3. Berøvelse av liv kan finne sted under nærmere bestemte og unntakspregede forhold. Til tross for dette, har artikkel 2 en karakter som på vesentlige punkter avviker fra artiklene 8 og 10. Ved interesse- og proporsjonalitetsavveininger under artiklene 2 og 3 ville EMD begitt seg ut på noe som kunne smake av gradering av menneskers krav på beskyttelse av liv og legeme.²¹⁸ En statlig skjønnsmargin ville også åpnet for at staten lettere kunne bli fri for ansvar ved at EMDs overprøvingskompetanse ble tilsvarende begrenset. Selv om det ikke kan vises til noen avgjørelser fra EMD hvor slike avveininger har funnet sted, kan det ikke utelukkes at EMD kan legge slike vurderinger til grunn.²¹⁹

Disse spørsmålene bør imidlertid ikke lede oss bort fra hva som er hovedformålet med dette avsnittet, nemlig å klargjøre innholdet i, og bruken av de ulike avveiningsnormer som er grunnlag for EMDs vurdering av hvorvidt staten kan bli ansett som konvensjonsansvarlig for mellomprivate forhold under disse bestemmelsene. I det følgende behandles først, i punkt 4.1, EMDs "fair balance"-vurderinger. Proporsjonalitetsprinsippet behandles i punkt 4.4.

4.2 "Fair balance" som grunnlag for vurdering av statsansvar: Interesseavveininger

"Fair balance" forstås i denne avhandlingen som avveininger av om de nasjonale myndigheter har foretatt en rimelig balansert vurdering av de ulike forhold i saken. I dette punkt behandles interesseavveininger, mens rettighetsavveininger behandles i punkt 4.3.

²¹⁷ *Chahal mot Storbritannia*, Reports 1996-V, § 79.

²¹⁸ Det er mulig det kan hevdes at det samme kan gjøre seg gjeldende under artikkel 8, men jeg går ikke nærmere inn på dette.

²¹⁹ Jf Addo, Michael K. og Grief, Nicholas. Does Article 3 of the European Convention of Human Rights enshrine absolute rights? I: *European journal of International Law*, 1998 vol. 9, s. 510-524.

Med interesseavveining siktes det i denne avhandlingen til den rettslige norm som EMD bygger på når den veier ulike involverte parters motstridende interesser opp mot hverandre. Inn under dette faller også de tilfeller hvor EMD tar hensyn til andre forhold, som for eksempel allmennhetens interesser veid opp mot de private aktørenes interesser. Domstolen har således i flere saker uttalt at det må foretas en ”fair balance ... between the competing interests of the individual and of the community as a whole”.²²⁰ Nasjonale myndigheter må kunne vise til at de har foretatt en tilsvarende vurdering for å unngå statsansvar for et forhold som er begått av en privatperson og ikke staten selv.

Domstolen har såvidt praksis viser særlig lagt til grunn interesseavveininger under artikkel 8, og i to former for saker: Forurensningssaker og saker som gjelder foreldrenes samværs- og omsorgsrett med sine barn.²²¹ I det følgende gjøres det rede for noen hovedpunkter i EMDs anvendelse av en slik interesseavveining som vurderingsnorm.

4.2.1 Hvilke interesser er det EMD mer konkret foretar avveininger av?

En ”fair balance”-vurdering kan spores i *Powell og Rayner mot Storbritannia* og *Hatton mot Storbritannia*. Bakgrunnen for avgjørelsene i disse sakene var at økt flytrafikk hadde virket forstyrrende på beboerne i områdene rundt Heathrow-flyplassen utenfor London.²²² Flyplassen er et privat rettssubjekt, og ble ansett som dette av partene og av Domstolen i begge saker.²²³ Derfor ble ikke sakene løst etter artikkel 8s fremgangsmåte for vurdering av statlige ’inngrep’ i klagernes privatliv.²²⁴ I stedet måtte EMD vurdere hvorvidt det i retten til ”respekt for” privat- og familielivet kunne utledes en handlingsnorm som ansvarliggjorde den britiske stat for de inngrep som var foretatt av

²²⁰ *López Ostra mot Spania*, 1994, Serie A 303 C, § 51, *Hatton mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2003-VIII, § 122, *Powell and Rayner mot Storbritannia*, over, note 8.

²²¹ Jf for eksempel *Powell and Rayner mot Storbritannia*, over, note 8 og *Nuutinen mot Finland*, Reports 2000-VIII.

²²² *Hatton mot Storbritannia* over, note 12. Saken ble behandlet i storkammeret.

²²³ *Powell and Rayner mot Storbritannia*, over, note 8, § 39, *Hatton mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2003-VIII, § 85.

²²⁴ Det vil si etter en vurdering av om vilkårene for legitim innskrenkning av vernet forelå på statens hånd.

det private rettssubjektet. I *Powell og Rayner* var den generelle flystøyen det springende punkt, mens retten til uforstyrret nattesøvn stod sentralt i *Hatton*-saken.²²⁵

I *Hatton*-saken uttalte EMD uttrykkelig at statens implementering av en plan iverksatt mot flystøyen reiste spørsmål om en "fair balance was struck between the competing interests of the individuals affected by the night noise and of the community as a whole" (§ 19). En tilsvarende spørsmålsformulering lå til grunn i *Powell og Rayner*-saken.²²⁶

Mer konkret ga begge sakene grunnlag for en interesseavveining mellom individenes rett til respekt for sitt privat- og familieliv gjennom redusert flystøy og "*the economic interests of the operators of airlines and other enterprises as well as their clients, but also, and above all, to the economic interests of the country as a whole*".²²⁷ Ved denne interesseavveiningen var det et moment at Heathrow, som et av verdens mest trafikkerte flyplasser, "*occupies a position of central importance in international trade and communications*".²²⁸

I *López Ostra mot Spania*, en annen sentral sak om forurensning og statlig ansvar for privat adferd, hadde forurensende utslipp fra en privateid avfallshåndteringsfabrikk påført klager helseproblemer.²²⁹ Forurensningen skyldtes en feil i produksjonsanlegget som gjennom utslipp av gasser, lukter og støy påførte lokalbefolkningen helseskader.²³⁰ De motstridene interesser i denne saken var klagernes rett til privat- og familieliv ved ikke å bli sjenert for forurensning, mot fabrikkens og byens behov for et slikt avfallshåndteringssystem.²³¹

²²⁵ Om faktum i sakene se *Powell and Rayner mot Storbritannia*, 1990, Serie A 172, §§ 8-24 og *Hatton mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2003-VIII, §§ 11-75.

²²⁶ Riktignok ikke med en like klar formulering som i *Hatton*-saken, men det kan leses ut fra avgjørelsen.

²²⁷ *Hatton mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2003-VIII, § 121 og *Powell and Rayner mot Storbritannia*, over, note 8, § 42, lest i sammenheng.

²²⁸ *Powell and Rayner mot Storbritannia*, 1990, over, note 8, § 42.

²²⁹ *López Ostra mot Spania*, over, note 12.

²³⁰ *Ibid* § 7. Om sakens faktum se §§ 6-22.

²³¹ Dette er ikke uttrykkelig nevnt i avgjørelsen men kan leses ut fra dommen. Det kan f.eks vises til at et av formålene med fabrikkens var å bøte på forurensningsproblemene i byen. Videre var fabrikkens bygget på offentlig grunn, med statlige subsidier og med byrådets godkjenning.

Tilsvarende interesseavveininger mellom involverte parter finner man i samværsrettssakene I *Nuutinen mot Finland*, var det fra klagers side anført at det forelå en krenkelse av artikkel 8 ved at myndighetene ikke hadde iverksatt tilstrekkelige tiltak for å gi han/ eller henne en effektiv samværsrett med sitt barn.²³² Det var ektefellen som hindret klageren i å få samvær.²³³ For å vurdere om staten kunne bli holdt ansvarlig etter EMK for ektefellens handlinger, foretok EMD en avveining av de motstridene interessene, som ifølge Domstolen var:

“the interests of the applicant's daughter and her de facto family, those of the applicant himself and the general interest in ensuring respect for the rule of law” (§129).

Tilsvarende interesseavveininger lå til grunn i *Görgülü mot Tyskland*.²³⁴ Denne saken dreide seg om en fars rett til omsorg og samvær med sitt biologiske barn, som moren hadde adoptert bort ved barnets fødsel. Klager anførte at ankedomstolens opphevelse av samværsrett var en krenkelse av hans rett til respekt for familieliv.²³⁵ I denne saken tok EMD stilling til om det var foretatt en rimelig avveining mellom omsorgsretten til faren mot fosterforeldrenes interesser. I tillegg måtte det tas særlig hensyn til barnets interesser (§§43, jf. 45).

Interesseavveininger har også vært utledet i saker som gjelder tolkning av artikkel 10 om retten til ytringsfrihet.²³⁶ I *Appleby m.fl. mot Storbritannia* var det spørsmål om det forelå krenkelse av ytringsfriheten til en gruppe aksjonister som var blitt nektet å fremsette sine synspunkter og å drive informasjonskampanje inne i et privat

²³² Det var den tidligere ektefelle som var tilkjent omsorgsretten.

²³³ Om sakens faktum, se §§ 7-78.

²³⁴ *Görgülü mot Tyskland*, 26. mai 2004, (Ikke publisert) saksnr: 74969/01. Om sakens faktum se §§ 8-30.

²³⁵ Denne saken har imidlertid, som tidligere redegjort for, en form som gjør at det kan reises spørsmål om statsansvaret er utledet på bakgrunn av de negative eller de positive forpliktelsene, jf pkt. 1.3.2. Som nevnt vil det være nokså tilfeldig hva slags form for forpliktelse en sak blir ansett for å ha. Ettersom denne saken har flere interessante trekk har jeg likevel valgt å behandle denne avgjørelsen.

²³⁶ Fra Kommisjonens praksis kan vises til *Wöckel mot Tyskland*, 1998, Decisions and Reports 96 s. 82. Denne saken reiste spørsmål om en interesseavveining mellom ikke-røykernes rett til frisk luft og røykernes rett til å kunne nyte sine sigaretter der de ønsket.

kjøpesenter.²³⁷ Ettersom handlesenteret var et privat rettssubjekt og det heller ikke direkte kunne utledes ”*any element of State responsibility*”, fremsto spørsmålet som ”*whether the respondent State has failed in any positive obligation*” og dermed kunne bli holdt ansvarlig etter EMK (§ 41).

De interesser som gjorde seg gjeldende i saken var på den ene side rett til å meddele informasjon (§ 41). Klagerne ønsket å dele ut flyers for å gjøre lokalbefolkningen oppmerksom på konsekvensene av politikernes vedtak om bebyggelse i et parkområde (§ 43). På den annen side ønsket eieren av handlesenteret å holde en nøytral linje i spørsmål som vedrørte religion og politikk (§ 16). Klagers kampanje var derfor i strid med senterets uavhengighetsprinsipp.²³⁸

4.2.2 Kriterier i ”fair balance”-vurderinger: Hva som anses som ”fair”?

Et interessant spørsmål er hvilke avveininger som EMD anser som ”fair”. Det er ikke alltid lett å forklare EMDs vurderinger. Dette har sammenheng med at de er (såvidt) spesifikt orientert til den enkelte saks særegne fakta. Likevel er det spor å finne i EMDs praksis som kan gi visse holdepunkter for hva som styrer dens vurderinger av hva som er ”fair” og ikke. Etter hva en kan se, nærmer EMD seg i denne vurderingen en teleologisk tilnærming, hvor Domstolen trekker på konvensjonens grunnleggende verdier. Domstolen legger blant annet vekt på verdier som individenes behov for vern om sin integritet og verdighet, samt hensyntagen til grunnleggende aspekter ved demokrati og rettsstat, begge grunnleggende verdier som EMK bygger på (se punkt 1.6 over). La oss se litt nærmere på dette.

Integritet og verdighet:

Hensyntagen til klagerens individuelle integritet og verdighet er særlig fremtredende i forurensningssakene. I *Powell og Rayner-* og *Hatton-saken* hadde staten anerkjent at

²³⁷ Appleby m.fl. mot Storbritannia, Reports of Judgments and Decisions 2000-VI. Om sakens faktum se §§ 10-21.

²³⁸ Domstolen viste også til at eierne, etter Artikkel 1 i Protokoll nr. 1, hadde et vern av den private eiendomsrett.

den store aktiviteten fra flyplassen kunne virke forstyrrende på livskvaliteten til beboerne nær flyplassen. Domstolen har i sin praksis lagt til grunn at forurensning kan påvirke individenes "well-being" på en slik måte at den kan være konvensjonsstridig.²³⁹ I *Powell og Rayner* hadde myndighetene, som ledd i å forene de motstridende interessene, iverksatt en rekke tiltak. Det var for eksempel gitt regler om hvilke rullebaner som skulle benyttes til ulike tider, støyrelaterte avgifter, begrensninger i avgang/ ankomst flygninger, etc.²⁴⁰ I *Hatton-saken* hadde myndighetene gjennom flere studier utarbeidet en plan, omtalt som '1993-planen' for spesielt å redusere støyen fra natteflygninger (§ 116). Disse tiltakene var stort sett av samme art som i *Powell og Rayner-saken* (Jf. § 126-127). Et moment av særlig relevans i *Hatton-saken* var det forhold at bare to til tre prosent av den berørte befolkningen var særlig sensitive for nattestøyen (§ 117). Disse personer kunne, etter EMD oppfatning, om ønskelig flytte til andre områder uten særlig økonomisk tap (§ 127). Det forelå derfor en "fair" avveining fordi kun et mindretall av de berørte klagerne ble utsatt for inngrep i fysisk integritet.

I *Görgülü mot Tyskland* hadde klager anført at den nasjonale ankeinstansens avgjørelse ikke hadde foretatt en rimelig interesseavveining. Ved interesseavveiningen som etter EMDs mening måtte foretas i denne saken var det et moment at barnet ikke på noe tidspunkt hadde levd sammen med sin far (klager). På den annen side hadde barnet hatt sitt hjem hos adoptivforeldrene siden fødselen, og hadde således sterke bånd til dem (§ 45). Domstolen har flere ganger vist til at det må utvises tilbakeholdenhet i å gripe inn i de familiebånd som er under utvikling eller som har blitt utviklet.²⁴¹ Imidlertid viste Domstolen til at den også har uttalt at artikkel 8 pålegger myndighetene å gjenforene et barn med sine biologiske foreldre.²⁴² Resonnementet viser at EMD vektlegger hensynet til individuell verdighet i form av hensyntagen til barnas og foreldrenes behov for samvær med hverandre.

²³⁹ *López Ostra mot Spania*, over, note 12, § 51, *Hatton mot Storbritannia*, over, note 12, § 96.

²⁴⁰ Se nærmere *Ibid.*, § 43.

²⁴¹ Se f.eks. *Keegan mot Irland*, 1994, Serie A 290 og *Kroon mfl. mot Nederland*, 1991, Serie A 297-C.

²⁴² § 45, jf. *Johansen mot Norge*, Reports 1996-III og *K og T mot Finland*, 27. april 2000, (Ikke publisert) saksnr: 25702/94.

Vektlegging av demokratihensyn og rettsstatsprinsipper:

I *Görgülü*-saken anerkjente Domstolen at en brå løsrivelse fra adoptivforeldrene kunne ha negativ innvirkning på barnets psykiske og mentale helse. Dette måtte imidlertid vurderes opp mot den langtidseffekt det ville ha ved at barnet lærte å kjenne sin biologiske far. Domstolen var derfor ikke overbevist om at den nasjonale ankeinstansen hadde foretatt en "fair" interesseavveining. Domstolen kunne heller ikke se at ankeinstansen hadde undersøkt om det fantes andre løsninger hvor påkjeningen på barnet kunne minimaliseres ved overgangen av omsorgsretten til klager. Den løsning som den nasjonale første instans hadde foreslått var for eksempel ikke tatt i betraktning av ankeinstansen (§ 46). På denne bakgrunn kom Domstolen til at det ikke var foretatt en tilstrekkelig balansert avveining mellom de ulike interessene i saken.

EMD viste imidlertid til at klager, gjennom sin forsvarer, hadde fått muligheten til å fremsette sine argumenter både skriftlig og muntlig. Ankeinstansens beslutning var videre basert på parts- og vitneavhør, sakkyndige uttalelser samt skriftlige rapporter og dokumenter av relevans (§ 53). Klager var derfor gitt mulighet til å forberede og fremlegge sin sak på en tilfredsstillende måte.

López Ostra mot Spania reiste i likhet med flystøysakene spørsmål om krenkelse av klagers integritet som følge av de helseskader som forurensningen hadde medført. Det som imidlertid var mest fremtredende og utslagsgivende i EMDs vurdering av om avveiningen som var foretatt var "fair" eller ikke, var et resonnement tilsynelatende bygget på hensyntagen til demokrati- og rettsstatsprinsipper. Staten hadde anført at de i tilstrekkelig grad hadde sett hen til klagers interesser ved å ha tilbudt klagerne midlertidig flytting og stegning av et av fabrikkens aktivitetsområder (§ 53). Domstolen viste imidlertid til at fabrikkens oppførsel var ulovlig og drevet uten nødvendige konsesjoner. Videre hadde *"the municipality not only failed to take steps to that end after 9 September 1988 but also resisted judicial decisions to that effect"* (§ 56). Det ble for eksempel vist til at da førsteinstansdomstolen avsa dom om midlertidig stengning av fabrikkens, ble avgjørelsen anket av fabrikkens og byrådet slik at avgjørelsen ikke ble fullbyrdet. Flere liknende episoder fremkom også i den form at myndighetene til stadighet forsøkte å utsette fullbyrdelsen av dommer og andre administrative vedtak (§ 56). Myndighetenes håndtering av saken hadde som konsekvens at *"the family had to bear the nuisance caused by the plant for over three years before moving house with all*

the attendant inconveniences” (§ 57). Domstolen kom til at nasjonale myndigheter ikke kunne sies å ha tatt de “*measures necessary*” for ivareta klagers konvensjonsrettigheter (§ 55). Det forelå derfor ikke en ”fair” interesseavveining (§ 58).

En tilsvarende vurdering av hva som er ”fair”, ved å se hen til hvorvidt den nasjonale avveiningen har bygget på demokrati- og rettsstatstankengang, finnes også i *Hatton*-saken. Domstolen viste her til at flystøyen hadde vært gjenstand for overvåking og kontroll over en lengre periode. Den såkalte 1993-planen føyde seg således inn i rekken av mange restriksjoner på natteflyvinger som kunne spores tilbake helt til 1962.²⁴³ Det forelå omfattende studier på bakgrunn av mange års erfaringer med de tiltak som 1993-planen medførte. Alle studier og undersøkelser var samlet i en rapport som var offentliggjort. Rapporten var sendt ut til representanter for flyindustrien, samt til alle som bodde i områdene nær flyplassen. På denne måten mente EMD at de berørte parter var blitt gjort kjent med rapportens innhold og gitt muligheten til å fremsette sine synspunkter. Domstolen viste også til at klagerne som medlemmer av interesseorganisasjonen HACAN var i en sterk posisjon til å få ivaretatt sine interesser. Noe av begrunnelsen for at det ikke ble konstatert krenkelse kan derfor forankeres i det forhold at klagerne hadde hatt muligheten til fritt å ta del i grunnleggende spilleregler som den demokratiske rettsstaten stiller til rådighet. Av denne grunn ser det heller ikke ut til at EMD ønsket en overprøving av myndighetenes saksbehandling, da den ikke hadde elementer av vilkårlighet i seg.

I *Nuutinen mot Finland* kan det også se ut til at rettsstatsprinsippet har virket inn på EMDs vurdering av hva som var ”fair”. Domstolen viste til at det i tillegg til partenes interesser var relevant å ta hensyn til “*the general interest in ensuring respect for the rule of law*”.²⁴⁴ Domstolen uttalte at de nasjonale myndigheters forpliktelse til å bistå med å tilrettelegge for møte mellom foreldre og barn ikke var absolutt (§ 128). Det avgjørende vil være om myndighetene har tatt “*the necessary steps to facilitate access*” til barna som rimelig kunne forventes i den enkelte sak (§ 128). Domstolen viste til at klager, gjennom manglende samarbeidsvilje, selv hadde bidratt til

²⁴³ *Hatton mot Storbritannia*, over, note 12, § 128.

²⁴⁴ *Ibid.* § 129. Min utheving.

forsinkelser med hensyn til å få fullbyrdet sin samværsrett. Videre var vedtaket om midlertidig tilbaketrekking av samværsretten begrunnet i klagers forhold. Klager hadde, som anført av staten, gjentatte ganger vist *”an inappropriate and even aggressive manner”* mot ulike tjenestemenn som bisto i saken (§ 135). Bakgrunnen for dette hadde vært klagers frustrasjon over den påstått lite effektive gjennomføringen av hans tidligere samværsrett med sitt barn (§ 122). På bakgrunn av utviklingen i saken og klagers oppreden kom EMD til at vedtak om tilbaketrekking av klagers samværsrett ikke kunne anses som noe som medfører konvensjonsansvar (§ 136). Saken illustrer at et ineffektivt rettssystem ikke bør åpne for at privatpersoner kan ta saken i egne hender. Når en part ikke følger samfunnets spilleregler, er det rimelig at dette kan medføre sanksjoner overfor vedkommende, slik det var tilfelle i denne saken.

I *Appleby m.fl. mot Storbritannia* kan det se ut til at det særlig er demokratiprinsippet som har virket inn på Domstolens vurdering. Som tidligere nevnt ønsket klagerne å skape debatt om et tema av allmenn interesse. EMD viste til at restriksjonen på klagerens aktivitet kun var begrenset til kjøpesenterets inngangsområde. Klagerne hadde anledning til å spre sitt budskap andre steder og via andre kanaler. Klagerne hadde blant annet rett til å ha stand i de ulike butikkene i senteret, stå utenfor kjøpesenteret, benytte media som kanal eller de kunne ha stått i sentrum av gamlebyen. Ingen av disse alternativene hadde vært forsøkt av klagerne (§ 48). På denne bakgrunn kunne Domstolen ikke se at *“the applicants can claim that they were, as a result of the refusal of the private company, Postel, effectively prevented from communicating their views to their fellow citizens”* (§ 48). EMD kom derfor til gjennom *“balancing the rights in issue”*, at det ikke var grunnlag for statsansvar for Storbritannia i denne saken.

EMD legger her naturlig nok til grunn at ytringsfriheten er et av de grunnleggende vilkår for et velfungerende demokrati (§ 39). De nasjonale myndigheter er derfor forpliktet i størst mulig grad til å legge forholdene til rette for en effektiv ytringsfrihet. Avgjørelsen viser videre at ytringsfriheten ikke kan tolkes absolutt, men at den må veies opp mot andre individers- og allmennhetens interesser. For ileggelse av statsansvar for konvensjonsbrudd må inngrepet i ytringsfriheten derfor være av et visst omfang. I denne saken hadde klagerne full mulighet til å fremme sine synspunkter. Inngrepet var derfor ikke av en slik art at det i tilstrekkelig grad hindret klagerens ytringer.

4.2.3 Betydningen av at staten selv har en skjønnsmargin

I de fleste saker hvor EMD foretar en interesseavveining, har statens skjønnsmargin vært en viktig del av Domstolens vurdering av om statsansvar skal ilegges eller ikke.²⁴⁵ Sagt med andre ord foretar EMD ingen overprøving av om det foreligger en "fair balance" mellom de ulike interessene med mindre den ser grunn til å overprøve den enkelte stats egen "fair balance"-vurdering. Praksis viser da også helt klart at EMD tilkjenner staten en skjønnsmargin i "fair balance"-vurderingen. Spørsmålet her er hvor omfattende delegering av "fair balance"-vurderingen EMD gir statene. Praksis viser at Domstolen tilkjenner staten skjønnsmargin med varierende intensitet. I noen saker har EMD tilkjent staten en "wide" skjønnsmargin. I andre saker derimot har Domstolen anvendt begreper som "certain" eller "narrow".²⁴⁶ Dette må undersøkes nærmere.

De tidligere behandlede flystøysakene er illustrerende eksempler på anvendelsen av en vid skjønnsmargin. I *Hatton mot Storbritannia* var det fra statens side anført at det måtte tilkjennes en vid skjønnsmargin da saken omhandlet "*matters of general policy*". (§103). Klager på sin side argumenterte for en snever skjønnsmargin da nattesøvn tilhørte den "*intimate nature of the right protected*" (§ 103).

Ved vurderingen av omfanget av skjønnsmarginen, viste EMD på et generelt grunnlag, til konvensjonens subsidiære rolle. Det kunne derfor ikke utelukkes at de nasjonale myndigheter i enkelte tilfeller var bedre skikket enn EMD til å vurdere de lokale behov og forhold (§ 97). I den sammenheng viste Domstolen til sin avgjørelse i *Powell og Rayner*, hvor det var uttalt:

*"it is certainly not for ... the Court to substitute for the assessment of the national authorities any other assessment of what might be the best policy in this difficult social and technical sphere. This is an area where the Contracting States are to be recognised as enjoying a wide margin of appreciation".*²⁴⁷

²⁴⁵ Læren om statens skjønnsmargin ble introdusert i punkt 1.5.

²⁴⁶ Jf. f.eks. *Hatton mot Storbritannia*, over note 12 og *López Ostra mot Spania*, over note 12.

²⁴⁷ *Powell and Rayner mot Storbritannia*, over, note 8, (§ 44).

I *Powell og Rayner*-saken kom EMD derfor til at ”*the policy approach*” og de tiltak som myndighetene hadde iverksatt måtte anses å falle innenfor statens skjønnsmargin (§ 45). Ettersom staten var tilkjent en vid skjønnsmargin, kunne EMD derfor ikke like lett overprøve myndighetenes vurderinger. Det forelå følgelig ingen konvensjonskrenkelse.

I *Hatton*-saken uttalte EMD at søvnforstyrrelsene ikke kunne anses å gripe inn i familielivet på en slik måte at det måtte foretas innskrenkninger i statens skjønnsmargin.²⁴⁸ Avgjørelsen berørte i likhet med *Powell og Rayner*-saken et område av ”*general policy decisions*” (§ 123). Det falt derfor innenfor statens skjønnsmargin å avgjøre mellom ”*different ways and means*” som den anså mest hensiktsmessig for ivaretagelsen av konvensjonens forpliktelser (§ 123). På bakgrunn av konvensjonens subsidiære rolle var EMDs prøvingsintensitet kun begrenset til en vurdering av om ”*the particular solution adopted can be regarded as striking a fair balance*”.²⁴⁹ EMD kom følgelig, som i *Powell og Rayner*-saken, til at de nasjonale myndigheter ikke hadde oversteget sin skjønnsmargin, med den betydning at staten ikke ble ansett ansvarlig etter EMK for det mellomprivate anliggendet.²⁵⁰

I *López Ostra mot Spania* foretok ikke EMD noen grundig drøftelse av statens skjønnsmargin. Domstolen uttalte kort at staten ved interesseavveiningen har en ”*certain margin of appreciation*” (§ 51). Det er vanskelig ut fra dette å avgjøre EMDs prøvingsintensitet. En naturlig språklig forståelse gir ikke grunnlag for å si at ”*certain*” innebærer en snevrere skjønnsmargin enn ”*wide*”. Og ut fra den kontekst som EMD bruker ”*certain*” i, er det vanskelig å trekke klare slutninger. EMDs henvisning til skjønnsmarginen skjer i et avsnitt hvor Domstolen henviser til generelle tolkningsprinsipper uten direkte henvisning til denne saken.

²⁴⁸ Slik EMD hadde kommet frem til enkelte saker som i sterk grad berørte spørsmål om individenes integritet, jf Domstolens henvisning til *Dudgeon mot Storbritannia*, 1983, Serie A 59.

²⁴⁹ Ibid, § 123. Hvordan EMD vurderte ”*fair balance*” avveiningen er drøftet under pkt 4.2.2. (*kriterier ved fair balance...*).

²⁵⁰ *Hatton mot Storbritannia*, over, note 12, § 129. *Powell and Rayner mot Storbritannia*, over, note 8 § 45. I ingen av disse sakene ble det konstatert konvensjonskrenkelse.

Det som kan tale for en vid skjønnsmargin i *López Ostra*-saken, er det forhold at EMD mener at de nasjonale myndigheter vil være best egnet til å vurdere hvilke tiltak som bør settes i verk for å begrense eller hindre forurensning.²⁵¹ I denne saken berørte fabrikkens drift tekniske spørsmål. Vurderinger i forhold til utslippsmengde og hvilke deler av virksomheten som burde stenges, kan derfor sies å være bedre egnet under statens skjønnsmargin.²⁵² Det som kan tale for en snevrere skjønnsmargin sett i forhold til *Hatton-saken*, er det forhold at omfanget av forurensningen og dens virkninger var av grovere art i *López Ostra*. I *López Ostra* var mange flere personer rammet.²⁵³ EMD gikk imidlertid ikke nærmere inn på rekkevidden av statens skjønnsmargin. Det avgjørende for EMD var spørsmålet om de nasjonale myndigheter hadde iverksatt tilstrekkelige tiltak for å beskytte individene (§ 55).

EMD foretar heller ingen nærmere redegjørelse for sin bruk av begrepet "*certain*" i *Nuutinen mot Finnland* (Jf. § 127). Det avgjørende i denne saken var som i *López Ostra*-saken om myndighetene hadde iverksatt de tiltak som med rimelighet kunne forventes i den konkrete saken (§ 128).

Selv om *Nuutinen-saken* ikke gir veiledning i omfanget av skjønnsmarginen i den konkrete saken, kan andre barnefordelingssaker kaste lys over spørsmålet om forståelsen av uttrykket "*certain*". I *Görgülü mot Tyskland* ble det uttalt at omfanget av skjønnsmarginen vil variere etter sakens omstendigheter og beskyttelsesgraden av de involverte interesser (§ 42). I denne saken, hvor det var spørsmål om omsorg- og samværsrett, måtte disse to forhold vurderes hver for seg. I forhold til omsorgsretten viste EMD til at den i sin praksis har tilkjent de nasjonale myndigheter en "*wide*" skjønnsmargin i slike saker. Når det gjaldt samværsretten, uttalte Domstolen at:

²⁵¹ Jf. uttalelse i saken *Hatton mot Storbritannia*, over, note 12 § 123.

²⁵² Jf. uttalelse i *Powell and Rayner mot Storbritannia*, 1990, over, note 8, § 44.

²⁵³ *Ibid.* § 7. EMD nevner ikke noe om antallet personer som ble rammet. Jeg tolker imidlertid uttalelsen om "*health problems...to many Lorca people*" som en større krets av personer enn de 2-3% i *Hatton-saken*.

*“a stricter scrutiny is called for as regards any further limitations, such as restrictions placed by those authorities on parental rights of access”.*²⁵⁴

Dette viser at EMD ved anvendelsen av begrepet “*certain*” i *Nuutinen*-saken sikter til det forhold at den statlige skjønnsmargin er snevrere enn i de saker hvor Domstolen har hatt en begrenset prøvingsintensitet. Dette gir likevel ikke svar på spørsmålet om hvor mye snevrere skjønnsmarginen er. Har staten i saker om samværsrett en ”normal” skjønnsmargin, eller skal ”*certain*” forstås som en ytterligere innsnevring?

Sitatet over gir ikke et klart svar på hva ”*a stricter scrutiny*” henviser til. Imidlertid uttaler Domstolen i sin konklusjon i *Görgülü* at “*bearing in mind the more narrow margin of appreciation as regards restrictions on parental rights of access*” (§ 50). Det er mulig at en kontekstuell tolkning av disse to delene kan indikere at staten i saker om samværsrett har en snever skjønnsmargin.

Dette tolkningsresultatet kan også anføres å være i samsvar med de lege ferenda-betraktninger om hvordan forholdet bør være. I omsorgsrettssaker er det spørsmål om hvem av foreldrene som skal ha det fulle foreldreansvaret. Det må derfor foretas en vurdering av hvem av dem som er best skikket til dette. Ved en slik vurdering er det mange momenter som kan spille inn. Slike avgjørelser bygger vanligvis på et stort materiale som uttalelser, en rekke sakkyndige rapporter, vitneavhør, etc. I disse saker vil de nasjonale domstoler derfor ha et bedre grunnlag enn EMD for å treffe en avgjørelse.

Annerledes stiller saken seg ved spørsmålet om samværsrett. Det er her ikke bare et spørsmål om tap av foreldreansvaret, men også retten til å ha samvær med sitt barn. Dette innebærer derfor et større inngrep i individets rett til familieliv. En snever skjønnsmargin er derfor nødvendig av hensyn til å begrense “*the danger that the family relations between a young child and one or both parents would be effectively curtailed*” (§ 42). Det er dette som begrunner en større prøvingsintensitet fra EMD i forhold til om de nasjonale myndigheter har foretatt en rimelig interesseavveining.

²⁵⁴ Ibid. § 42. I sin konklusjon ved vurderingen av samværsretten, jf. § 50, anvender EMD uttrykket “*the more narrow margin of appreciation*”.

På bakgrunn av EMDs vurderinger av statens skjønnsmargin, kan det muligens ikke utledes et annet prinsipp enn at Domstolens prøvingsintensitet vil variere etter den aktuelle saks omstendigheter og graden av den beskyttede interesse.

4.3 "Fair balance"-vurderinger: Rettighetsavveininger

I den andre formen for "fair balance"-vurderinger står avveiningen ikke bare mellom interessene i saken, men også mellom ulike konvensjonsrettigheter som står opp mot hverandre i den enkelte sak. Dette viser seg i de tilfeller hvor den ene private parts utøvelse av konvensjonsrettigheter medfører inngrep i den andre private partens ('motpartens') konvensjonsbeskyttede rettigheter. Særlig fremtredende er slike rettighetskollisjoner mellom artiklene 8 (privatlivsbeskyttelse) og 10 (pressens og medias ytringsfrihet).

Forholdet mellom artiklene 8 og 10 har vært vurdert av EMD i flere tilfeller.²⁵⁵ De fleste av disse sakene omhandler statens negative forpliktelser.²⁵⁶ Hittil foreligger et kun én sak med middelbar tredjepartsvirkning som legger en rettighetsavveining til grunn i vurderingen av om statsansvar skal pålegges – *von Hannover mot Tyskland*.²⁵⁷

Spørsmålet var om tyske ukeblader hadde adgang til å publisere bilder av den monegaskiske prinsesse Caroline, gift von Hannover, avbildet i helt dagligdagse situasjoner og uten hennes samtykke.²⁵⁸ Tyske domstoler, herunder Forfatningsdomstolen, hadde ment at klager, som var en "absolutt offentlig person" (i

²⁵⁵ Jf f.eks. *Cumpana og Mazare mot Romania*, 17. desember 2004, (Ikke publisert) saksnr: 33348/96, *Karhuvaara mfl mot Finland*, 16. november 2004, (Ikke publisert) saksnr: 5367/00, *Selistö mot Finland*, 16. november 2004, (ikke publisert) 56767/00, *Chauvy m.fl. mot Frankrike*, 29. juni 2004, (Ikke publisert) saksnr: 64915/01. Mer indirekte har spørsmålet mellom ytringsfriheten og privat- og familielivet vært drøftet i f.eks. *Plon (Societe) mot Frankrike*, 18. mai 2004, (ikke publisert) saksnr: 58148/00, *Krone Verlag GmbH & Co KG mot Østerrike*, 26. februar 2002, (Ikke publisert) saksnr: 34315/96 og *News Verlags GmbH & CoKG mot Østerrike*, Reports of Judgments and Decisions 2000-I.

²⁵⁶ Jf. drøftelsen under pkt. 1.3.2.

²⁵⁷ *von Hannover mot Tyskland*, 21. juni 2004, (ikke publisert) saksnr: 59320/00.

²⁵⁸ For nærmere om sakens faktum, se *ibid.* §§ 8-38

EMDs ordvalg ”*a figure of contemporary society par excellence*”), måtte akseptere at det ble tatt og publisert bilder av henne, med mindre hun var hjemme eller hvor ellers det var tydelig at hun ønsket å være privat.²⁵⁹ Fra statens side var det anført at offentlighetens interesse i å bli informert, samt medias ytringsfrihet, måtte tillegges størst vekt i forhold til artikkel 8 (§ 45).

EMD viste i sin vurdering til at de positive forpliktelsene i konvensjonen kunne innbære en statlig aktivitetsplikt til å sikre beskyttelsen av privatlivet selv i mellomprivate forhold (§ 57). I den sammenheng måtte en ”*fair balance*” foretas mellom de ulike interesser i saken (§ 57). Ifølge EMD innebar dette Konkret at ”*protection of private life has to be balanced against the freedom of expression guaranteed by Article 10 of the Convention*” (§ 58).

Ved vurderingen av betydningen av artikkel 10, uttalte Domstolen at ”*the freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society*” (§ 63). I forhold til pressens ytringsfrihet var det derfor viktig at pressen gis et visst spillerom slik at de effektivt kan utøve sin ”*vital role of “watchdog” in a democracy*” (§ 63). Den konkrete rekkevidden berodde imidlertid på om det var tale om ”*reporting facts*”, som bidro til samfunnsdebatten eller om forholdet vedrørte ”*reporting details of the private life of an individual who, moreover, as in this case, does not exercise official functions*” (§ 63).

Domstolen kom til at pressen, gjennom publisering av bildene, ikke hadde utøvet noen ”*watchdog*”-rolle. Det ble lagt vekt på flere momenter i denne sammenheng. For det første hadde klager ingen offentlig funksjon i Monacos statsapparat.²⁶⁰ For det andre var det av særlig betydning at bildene viste klager i dagligdagse situasjoner som når hun var ute og handlet, spilte tennis med sin ektefelle, var på skiferie, osv (§ 61). Disse bildene anså Domstolen åpenbart å være en del av hennes ”privatliv” i artikkel 8s forstand. Domstolen fant også grunn til å nevne at denne type bilder ofte ble tatt i situasjoner hvor personene hadde en sterk følelse av inntrengning i sitt privatliv, eller

²⁵⁹ De tyske domstoler brukte uttrykket ”*eine “absolute” Person der Zeitgeschichte*”, jf. ibid § 19

²⁶⁰ Ibid. § 62. Dette til tross for at hun ved enkelte kulturelle begivenheter representerte kongefamilien.

endog forfølgelse (§ 68). Selv om klager var en kjent figur i media, så hadde hun også på lik linje med andre rett til å “enjoy a “legitimate expectation” of protection of and respect for their private life” (§ 69).

Domstolen kom følgelig til at det måtte foretas en innskrenkende tolkning av artikkel 10 til fordel for retten til å beskytte privatlivet. Den avgjørende faktoren i avveiningen mellom bestemmelsene lå i denne saken i det faktum at det publiserte materiale ikke bidro til noen debatt av generell interesse. Den informasjon bildene presenterte var ikke noe allmennheten hadde krav på å motta. Det forelå følgelig en krenkelse av art. 8 (§§ 76-81).

I tillegg til *von Hannover*-saken, kan det nevnes ett annet tilfelle, nemlig Kommisjonens avgjørelse i saken *N. mot Sverige*.²⁶¹ I denne saken hadde klager, uten å ha vært direkte navngitt, blitt hengt ut som svindler i lokalavisen. Klager anførte at avisartikkelen krenket hans rett til privatliv etter artikkel 8.²⁶² Ved vurderingen av om det var foretatt en rimelig interesseavveining i saken uttalte Kommisjonen at det måtte foretas

*”a proper balance between the two Convention rights involved, namely the right to respect for private life guaranteed by Article 8 and the right to freedom of expression guaranteed by Article 10”.*²⁶³

Ved denne avveiningen kom Kommisjonen til at artikkelen, som omtalte en etterforskning av en straffesak, vedrørte et tema av allmenn interesse. Det var også et moment at klagers navn ikke var angitt. Videre anså Kommisjonen det som relevant at klagers omdømme var beskyttet av svensk lovgivning og vurdert av den nasjonale domstol.²⁶⁴ På denne bakgrunn kom Kommisjonen til at de svenske domstoler ikke

²⁶¹ *N. mot Sverige*, 16. oktober 1986, (ikke publisert) saksnr: 11366/85, D.R. 50 s. 173. Av andre Kommisjonsavgjørelser kan det vises til *Lapedra Cerda mot Spania*, 28. februar 1996, saksnr: 27826/95 (tilgjengelig kun på fransk).

²⁶² Om sakens faktum, se *ibid.* sidene 173-174.

²⁶³ *Ibid.* side 175.

²⁶⁴ *Ibid.* side 175.

hadde foretatt en urimelig balanseavveining mellom artiklene 8 og 10.²⁶⁵ Klagen ble følgelig avvist som åpenbart ugrunnet.²⁶⁶

4.4 Proporsjonalitetsprinsippet som vurderingsgrunnlag

Den andre formen for avveiningsnorm som EMD anvender som grunnlag for vurderingen av om statsansvar skal pålegges, kan betegnes som proporsjonalitetsprinsippet. Med proporsjonalitet siktes her til det forhold at det skal være et rimelig samsvar mellom de mål som søkes ivaretatt og de tiltak som myndighetene eller den private part iverksetter for realisering av målet. Et ubalansert proporsjonalitetsforhold mellom disse elementer kan etter konvensjonsorganenes praksis å dømme medføre konvensjonskrenkelse.²⁶⁷

Proporsjonalitetsvurderinger fremtrer særlig under drøftelsen av statens negative forpliktelser, som vilkåret om at inngrep i enkelte konvensjonsrettigheter må være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.²⁶⁸ Dette har sin forklaring i at staten under denne form for forpliktelse har foretatt et inngrep i individenes rettigheter. Det følger for eksempel av artiklene 8 og 10 at inngrep i individenes rettigheter kan forekomme under særlige vilkår og hensyn. Ved vurderingen av inngrepets legitimitet vil en del av spørsmålet nettopp være forholdet mellom de statlige tiltak og deres formål.²⁶⁹

Når det gjelder de positive forpliktelsene, og spørsmålet om handlingsplikt for så vidt gjelder mellomprivate forhold, kan det ikke like naturlig utledes en

²⁶⁵ Ibid. side 175.

²⁶⁶ Etter den tidligere artikkel 27 (2).

²⁶⁷ Jf. for eksempel *VGT mot Sveits*, Reports of Judgments and Decisions 2001-VI, *Fuentes Bobo mot Spania*, 29. februar 2000, (Ikke publisert) saksnr: 39293/98 og *Cumpana og Mazare mot Romania*, 17. desember 2004, (Ikke publisert) saksnr: 33348/96.

²⁶⁸ Jf. for eksempel *Steel og Morris mot Storbritannia*, 15. februar 2005, (ikke publisert) saksnr: 68416/01, § 88, jf. § 97, *Ukrainian Media Group mot Ukraina*, 29. mars 2005, (ikke publisert) saksnr: 72713/01, §43.

²⁶⁹ Arai-Takahashi, Yutaka. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford: Hart Publishing 2002, s. 14.

proporsjonalitetsvurdering fra konvensjonsteksten.²⁷⁰ Når det ikke har vært iverksatt noen tiltak, kan disse heller ikke veies opp mot et formål.²⁷¹ I enda mindre grad må det antas at det er rom for en proporsjonalitetsvurdering i saker med (middelbar) tredjepartsvirkning. Et generelt prinsipp ville i så fall måtte innebære at saken ble vurdert ut fra den ene parts ståsted. Spørsmålsformuleringen vil da være om inngrepet som den ene part har blitt utsatt for er proporsjonalt med motpartens mål med overgrepet. Et annet poeng er at mellomprivate saker ofte ikke berører allmenne interesser eller en større krets av personer i samme grad som ved de negative forpliktelsene og saker under unntaksbestemmelsene i artiklene 8 (2) og 10 (2). På bakgrunn av den noe snevrere interesseavveiningen, kan det derfor argumenteres med at et proporsjonalitetsprinsipp faller noe vanskelig i saker med tredjepartsvirkning.

Dette spørsmålet har, så langt det kan sees, ikke vært drøftet i EMK-rettslig teori. Praksis fra konvensjonsorganene er uklar og begrenset. Kun én avgjørelse fra EMD, hvor proporsjonalitetsprinsippet anvendes som avveiningsnorm, har latt seg identifisere. Prinsippet ble anvendt i *Görgülü mot Tyskland*.

I denne saken hadde den nasjonale ankeinstansen avsagt dom om en midlertidig stans i klagers samværsrett med sitt barn. Retten hadde vektlagt det forhold at kontakt med klager ville medføre en fysisk og psykisk belastning for barnet om dette fortsatte. Et midlertidig samværsforbud ville gjøre det mulig for barnet å ”*regain the necessary inner repose and emotional balance*”.²⁷²

Som tidligere vist er staten stor sett tilkjent en snever skjønnsmargin i forhold til spørsmål om samværsrett. Med grunnlag i en vid prøvingsintensitet uttalte EMD derfor at den nasjonale domstolens avgjørelse umuliggjorde enhver form for familiegjenforening og oppbygning av et videre familieliv. Domstolen viste til sin

²⁷⁰ Under de positive forpliktelsene er det svært få saker drøfter et proporsjonalitetsprinsipp. Det kan f.eks. vises til *Soering mot Storbritannia*, 1989, Serie A 161 og *Van der Musselle mot Belgia*, 1983, Serie A 70. Ingen av disse inneholder tredjepartsvirkning.

²⁷¹ Det sees bort fra passivitetshandlinger som har et bakenforliggende formål, jf. noe innfortolket *Özgür Gündem mot Tyrkia*, Reports of Judgments and Decisions 2000-III.

²⁷² Ibid. § 48. Om sakens faktum vises det til pkt 4.2.2. (kriterier ved fair balance) hvor saken er nærmere omtalt.

praksis om at det er i barnets interesse å kunne opprettholde sine familieband (§ 48). I denne saken var det ikke anført tilstrekkelige hensyn som berettiget et unntak fra denne regel. EMD var derfor av den oppfatning at ankeinstansen ikke hadde klart å ”*fulfil the positive obligation imposed by Article 8 to unite father and son*” (§ 49).

Instansen kom derfor til at de begrunnelser som ankeinstansen hadde lagt til grunn for sin avgjørelse ikke var tilstrekkelige til å legitimere inngrepet i klagers familieliv. Inngrepet var følgelig ”*not proportionate to the legitimate aims pursued*” (§ 50). Det forelå en krenkelse av artikkel 8 (§ 51).

4.5 Oppsummering

Kapitlet viser at EMD ved det rettslige vurderingsgrunnlaget for statsansvar vektlegger avveiningsnormer i enkelte tilfeller. Slike avveininger kommer til uttrykk på ulike måter. Det kan nevnes at selv om de ulike avveiningsformer har vært illustrert med hver sine saker, innebærer dette ikke at ikke flere av disse avveiningsformene kan fremkomme i en og samme sak. Et eksempel på dette er *von Hannover*-saken, hvor redegjørelsen over fokuserte på EMDs anvendelse av rettighetsavveining, selv om Instansen i samme sak også benyttet interesseavveininger i nokså stor grad.

Avgjørelsene viser videre at det er en nær sammenheng mellom statens skjønnsmargin og den avveiningsvurdering som EMD legger til grunn. På mange måter synes det å være en motvekt mellom disse to forholdene.²⁷³ Det er imidlertid vanskelig å si noe klart om hvilke av disse to prinsipper som styrer det andre, dvs. om det er skjønnsmarginen som begrenser EMDs prøvingsmuligheter eller om det er EMDs prøvingsintensitet som begrenser statens skjønnsmargin. Ut fra den rettspraksis som hittil har vært behandlet kan det muligens, på et generelt grunnlag sies at når det blir en viss ubalanse mellom de involverte interesser i en sak, vil dette medføre en innsnevring av skjønnsmarginen. Motsatt gjelder det når EMD anser at de nasjonale myndigheter

²⁷³ Arai-Takahashi. *Over, note 5. På s. 14.*

har foretatt en balansert avveining. I disse tilfellene har EMD lagt til grunn at staten har handlet innenfor sin skjønnsmargin. Det er derfor mulig at avveiningsnormen kan virke som en "*corrective and restriction*" av læren om skjønnsmargin.²⁷⁴ På denne måten kan avveiningsnormen virke bestemmende inn på spørsmålet om de nasjonale myndigheter har gått ut over sin skjønnsmargin.²⁷⁵

²⁷⁴ Frantz Matscher. *Methods of Interpretation of the Convention. I: Macdonald m.fl. Over, note 5. På s. 63-83, s. 79.*

²⁷⁵ Arai-Takahashi, *Over, note 5. På s. 15.*

5 TERSKELPRINSIPP

De to forutgående kapitlene har drøftet to av de mest sentrale normene som EMD legger til grunn når den tar stilling til statsansvaret ved mellomprivate overgrep. Praksis viser at Domstolen i tillegg til disse to vurderingsgrunnlagene i enkelte saker opererer med hva en kan velge å kalle et 'terskelprinsipp'.²⁷⁶ Med dette siktes det til det forhold at krenkelsen eller inngrepet må være av en slik art at det når over et visst minstemål for at konvensjonsbrudd kan aktualiseres. Dette prinsippet kan innfortolkes og inngå som del av de andre vurderingsnormene.²⁷⁷ Prinsippet kan imidlertid også fremkomme som et selvstendig grunnlag ved EMDs vurdering av statsansvar. Rettskildematerialet er såpass begrenset at innholdet og omfanget av dette prinsippet vanskelig kan utpenses i klartekst. Det er likevel tilstrekkelig empiri til i hvert fall å behandle dette vurderingsgrunnlaget over noen få sider.

Terskelprinsippet kommer klarest til uttrykk i saker under artiklene 3, 8 og 10. Det er vanskelig på bakgrunn av det foreliggende materialet å gi klare begrunnelser for hvorfor det er slik. I alle bestemmelsene legger konvensjonsteksten enten direkte, eller slik den er blitt tolket, opp til at bare overgrep av et visst minstemål av intensitet vil aktualisere en vurdering av om rettighetene er overtrådt. Artikkel 3 har gjennom praksis blitt forstått som å uttrykke et terskelprinsipp på generelt grunnlag: overgrep må over en viss alvorlighetsgrad før det kan regnes for å være "*degrading treatment or punishment*".²⁷⁸ Under artiklene 8 og 10 legger EMD generelt opp til at påstander om overgrep fra statens side bare vil bli vurdert under bestemmelsene hvis det kan sies å foreligge en "*interference*" i rettighetene.²⁷⁹ Også her legger EMD opp til at en må over et visst minstemål av intensitet i berøring av privatpersoners interessesfære før en vurdering av konvensjonsansvar overhodet kan sies å være aktuelt. Men praksis, slik den foreligger,

²⁷⁶ Dette prinsippet har ikke vært behandlet eller vist til verken i EMK-rettslig litteratur eller EMDs praksis. Analyse av konvensjonsorganenes avgjørelser har imidlertid vist at det muligens kan oppstilles et slikt prinsipp.

²⁷⁷ Et eksempel kan være *A mot Storbritannia*, Reports 1998-VI, hvor slagene var nådd et tilstrekkelig nivå til å falle inn under artikkel 3.

²⁷⁸ Jf. EMK artikkel 3.

Harris, D.J., M. O'Boyle og C. Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*. London: Butterworths 1995, s. 302 flg.

gir ingen holdepunkter for å spekulere i om hvorfor et terskelprinsipp, som først og fremst er lagt til grunn i saker om statens negative forpliktelser, også vil være aktuelt i tilfeller av positive forpliktelser (selv om det av rene symmetrihensyn kan synes naturlig). Det er heller ikke grunnlag i praksis for å trekke slutninger om hvorfor et terskelprinsipp ikke anvendes under andre bestemmelser på området for ansvar for mellomprivate overgrep (selv om et slikt terskelprinsipp anvendes på området for negative plikter for de fleste bestemmelser etter konvensjonen).

Terskelprinsipp i praksis under Artikkel 3

I *Costello-Roberts mot Storbritannia* hadde klager, en syv år gammel gutt med disiplinproblemer, fått kroppslig refselse av rektoren på privatskolen hvor han var elev.²⁸⁰ Klager anførte at det forelå statsansvar da myndighetene hadde en forpliktelse til å beskytte individene ved å hindre denne formen for avstraffelse.²⁸¹ Spørsmålet i saken var om forholdet gikk inn under "*degrading punishment*" i artikkel 3 (§ 29).

EMD viste med støtte i tidligere praksis at kroppslig avstraffelse kan krenke individenes "*dignity*" og "*integrity*" på en slik måte at det kan rammes av artikkel 3 (§ 30). Imidlertid må denne bestemmelsen tolkes slik at det oppstilles et krav om at overgrepet må være av en viss "*level of severity*" for å kunne bli rammet (§ 30). Det er dette kravet om et minstemål av grovhet som gir en indikasjon på at det kan utledes et terskelprinsipp fra konvensjonen.²⁸²

Ved vurderingen av om forholdet hadde den tilstrekkelige grovhet, delte Domstolen seg i to fraksjoner. Flertallet viste til at grensene for denne terskelen beror på en helhetsvurdering hvor en rekke forhold må vektlegges (§ 30). Klager var straffet i henhold til skolens ordensreglement. Straffen bestod av tre klaps med en gymsko på klagers bak (med kortbuksene på). Domstolen viste til at straffen ikke hadde påført klager "*any severe or long-lasting effects*" som følge av den behandlingen det var

²⁸⁰ *Costello-Roberts mot Storbritannia*, 1993, Serie A 247-C.

²⁸¹ Om sakens faktum se §§ 7-12.

²⁸² Dette kravet om minstegrovhet ble for første gang formulert i saken *Irland mot Storbritannia*, 1978, Serie A 25.

klaget over (§32). Flertallet var derfor av den oppfatning at forholdet ikke hadde nådd opp til et “*minimum level of severity*” etter artikkel 3 (§ 32).

Et mindretall på fire dommere, herunder president Ryssdal, kom til at forholdet falt inn under artikkel 3.²⁸³ I sin vurdering la mindretallet vekt på at det hadde gått tre dager fra klager ble orientert om straffen til fullbyrdelsen fant sted. Dette er en ”ventetid” som utgjør en stor påkjenning på en ”*lonely and insecure*” gutt på syv år. Videre var det et moment at morens samtykke ikke var innhentet og at avstraffelsen hadde en ”*official and formalised nature*”. Mindretallet kom derfor til at klager var blitt utsatt for en ”*degrading*” behandling.

Mindretallet viste også til utviklingen i andre europeiske land hvor kroppslig avstraffelse av skoleelever var blitt forbudt i offentlige skoler og i enkelte privatskoler. En slik utvikling gjorde forholdet ytterligere ”*degrading to those remaining pupils in independent schools whose disciplinary regimes persisted in punishing their pupils in this way*”.

På bakgrunn av dette anså mindretallet forholdet slik at den nødvendige terskel for konstatering av konvensjonskrenkelse var nådd.

Den form for terskelvurdering som ligger til grunn i denne saken er typisk for saker under artikkel 3. Ved behandlingen av testen ’effektiv beskyttelse’, ble det vist til flere saker som drøftet rekkevidden av artikkel 3. Felles for alle disse sakene var nettopp spørsmålet om overgrepene oppfylte kravet til minstemål av alvorlighet slik at bestemmelsen kunne komme til anvendelse.²⁸⁴

Terskelvurderinger etter Artikkel 10

En annen variant av terskelprinsippet kan muligens tolkes ut fra Kommisjonens avgjørelse i *Rommelfanger mot Tyskland*.²⁸⁵ En lege som jobbet ved et katolsk sykehus

²⁸³ Se deres dissens i de to siste sidene i avgjørelsen.

²⁸⁴ Over, note 2, § 21, *Z m.fl. mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2001-V, § 74, *E m.fl. mot Storbritannia*, 26. november 2002, (Ikke publisert) saksnr: 33218/96, § 89.

²⁸⁵ *Rommelfanger mot Tyskland*, 6. september 1989, (ikke publisert) saksnr: 12242/86.

var blitt avskjediget fordi han offentlig hadde støttet tanken om fri abort. Klager anførte at dette medførte en innskrenking i hans ytringsfrihet som var i strid med artikkel 10.²⁸⁶

Ved vurderingen av om staten kunne holdes ansvarlig, la Kommisjonen til grunn at det ikke forelå et inngrep i ytringsfriheten fra myndighetenes side da klager var blitt oppsagt av en privat arbeidsgiver.²⁸⁷ Spørsmålet var imidlertid om tysk rett beskyttet "*an employee's freedom of expression against unreasonable demands of his employer*".²⁸⁸

Kommisjonen tok utgangspunkt i det forhold at:

*"by entering into contractual obligations vis-à-vis his employer the applicant accepted a duty of loyalty towards the Catholic church which limited his freedom of expression to a certain extent".*²⁸⁹

Dette innebærer at partene gjennom en arbeidskontrakt kan avtale begrensninger i ytringsfriheten.²⁹⁰ Videre ble det vist til at klager hadde anledning til å få prøvet sin sak i den tyske arbeidsretten med videre ankemuligheter.²⁹¹ Denne retten hadde klager benyttet seg av. Ved behandlingen av saken hadde domstolene foretatt en avveining mellom klagers rett til fri ytring og arbeidsgivers interesser. De tyske domstolene hadde ved sin vurdering kommet frem til at kirken måtte tilkjennes et visst spillerom til å regulere "*its internal affairs*". Selv om denne ikke var ubegrenset, var abortspørsmål av en slik "*crucial importance*" for kirken at hensynet til klagers ytringsfrihet måtte tolkes innskrenkende i dette tilfelle.²⁹²

Kommisjonen kom derfor til at tyske domstoler hadde tatt hensyn til klagers ytringsfrihet ved sin vurdering. På denne måten inneholdt tysk rett beskyttelse mot avtalte inngrep i ytringsfriheten som ville "*strike[s] at the very substance of the*

²⁸⁶ Om sakens faktum se side 151-158.

²⁸⁷ Side 159-160.

²⁸⁸ Side 161, andre avsnitt.

²⁸⁹ Side 160, andre avsnitt.

²⁹⁰ Side 161.

²⁹¹ Side 160-161.

²⁹² Side 160-161.

freedom".²⁹³ Kommisjonen anførte videre at artikkel 10 i slike saker ikke pålegger staten en positiv forpliktelse til å "*provide protection beyond this standard*".²⁹⁴ Det forelå følgelig ingen krenkelse av artikkel 10.²⁹⁵

Som tidligere redegjort for, har artikkel 10, i motsetning til artikkel 3, en form og ordlyd, som i større grad byr på interesseavveininger.²⁹⁶ Det kan derfor være vanskelig å oppstille et tilsvarende krav om et minstenivå av grovhet slik det fremgår av EMDs praksis i barnemishandlingssakene. Dette viser at i hvert fall Kommisjonen har innfortolker et krav om at forholdet må være av en viss art før det kan bli gjenstand for overprøving ("*strikes at the very substance*").

EMDs vurderingsnorm i artikkel 3-sakene kan tolkes etter en graderingsskala hvor terskelen for konvensjonsbrudd, etter en konkret vurdering, settes et gitt sted på skalaen. Jo høyere denne terskelen settes, desto mer skal det til før forholdet utgjør konvensjonskrenkelse. Når det gjelder artikkel 10, kan det billedlig beskrevet, anføres at man her står overfor et speilbilde av vurderingsnormen under artikkel 3. Dette innebærer at "*the substance*" er maksimalpunktet i graderingsskalaen. Jo nærmere et forhold ligger innenfor det som er i kjernen av bestemmelsen, desto mer beskyttelsesverdig er forholdet. Hva som ligger i kjernen av en bestemmelse kan ikke besvares på et generelt grunnlag. Dette vil bero på en tolkning av bestemmelsen sett i sammenheng med de involverte interesser. Hvor sterkt forholdet berører de grunnleggende verdier i EMK, som individenes verdighet og hensynet til demokrati og rettsstat, vil i tillegg være av betydning.

Terskelvurderingen i Artikkel 8

Den terskelvurdering som er anført under artikkel 10 gjør seg tilsvarende gjeldende under artikkel 8. Det finnes ingen avgjørelser under artikkel 8 som direkte anvender slike formuleringer som det ble vist til i *Costello-Roberts*-saken og *Rommelfanger*-

²⁹³ Side 161, annet avsnitt.

²⁹⁴ Side 161, andre avsnitt, siste setning.

²⁹⁵ Side 161, tredje avsnitt.

²⁹⁶ Jf pkt 1.5 og drøftelsene i kapittel 4.

saken. Et terskelprinsipp kan likevel innfortolkes i enkelte av avgjørelsene. *Botta mot Italia* er illustrerende.²⁹⁷

I denne saken anførte klageren, som var funksjonshemmet og tvunget til å bruke rullestol, at den italienske staten hadde en plikt til å legge forholdene til rette slik at funksjonshemmede kunne få adgang til en privat badestrand som han ferierte ved. Badeanstaltene i området var ikke tilpasset funksjonshemmede, og Botta kunne derfor ikke komme ned på stranden uten stort besvær. Han ønsket å ansvarliggjøre staten for dens manglende krav overfor private grunneiere til å legge forholdene til rette for adgang for funksjonshemmede.²⁹⁸ EMD slo raskt og kort fast at:

“the right to gain access to the beach and the sea at a place distant from his normal place of residence during his holidays, concerns interpersonal relations of such broad and indeterminate scope that there can be no conceivable direct link between the measures the State was urged to take in order to make good the omissions of the private bathing establishments and the applicant’s private life” (§ 20).

Denne rettsetning kan nok tolkes dit hen at de forhold det var klaget over ikke var tilstrekkelig alvorlige eller overskred en slik terskel at det ville være rimelig å konstatere statsansvar etter de positive forpliktelsene.²⁹⁹

Forurensningssakene som har vært behandlet tidligere kan også kaste lys over eksistensen av et mulig terskelprinsipp under artikkel 8.³⁰⁰ En mulig forklaring på hvorfor det ble konstatert krenkelse i *López Ostra*-saken, i motsetning til *Hatton*-saken, kan ligge i det forhold at inngrepene hadde et ulikt graderingsnivå. I *López Ostra* var kretsen av rammede personer større enn i *Hatton*-saken. I tillegg utgjorde forurensningen et større helseproblem. Forholdene i *López Ostra*-saken lå ikke bare

²⁹⁷ *Botta mot Italia*, Reports 1998-I.

²⁹⁸ Om sakens faktum se §§ 8-15.

²⁹⁹ Det samme resultatet kom EMD til i forhold til en offentlig badestrand i *Zehnalova og Zehnal mot Den Tsjekkske Republikk*, Reports of Judgments and Decisions 2002-V.

³⁰⁰ Jf. bl.a. *Hatton mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2003-VIII, *López Ostra mot Spania*, 1994, Serie A 303 C og *Powell and Rayner mot Storbritannia*, 1990, Serie A 172.

nærmere kjernen av vernet om privat- og familieliv, men forurensningen var også av en grovere art.

5.1 Oppsummering

Praksis viser at det altså kan være grunnlag for å anføre at konvensjonsorganene i enkelte tilfeller opererer med et terskelprinsipp. For konstatering av krenkelse vil det være et krav om at det innklagede forhold enten berører forhold i kjernen av en rettighet, eller at forholdet når et visst minstemål av alvorlighet. Det vil derfor ikke være nok at forholdet isolert sett kan betegnes som et overgrep.

Det er vanskelig å si noe generelt om grensene for eller rekkevidden av denne terskelen. Dette vil som anført i *Costello-Roberts*-saken bero på en rekke forhold. I den sammenheng er det grunn til å anta at statens skjønnsmargin vil kunne spille en sentral rolle. Forholdet til statens skjønnsmargin er ikke drøftet i de nevnte avgjørelsene.³⁰¹ Sett hen til subsidiaritetsprinsippet, vil en prøvningsintensitet være begrenset til de tilfeller hvor de nasjonale domstoler ikke har foretatt en rimelig avveiningsvurdering, eller hvor det ikke har vært gitt en tilstrekkelig effektiv beskyttelse.³⁰²

³⁰¹ Det sees bort fra henvisningen til forurensningssakene.

³⁰² Av andre saker hvor et terskelprinsipp kan utledes kan nevnes *Appleby m.fl. mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2003-VI og *Hatton mot Storbritannia*, over, note 25. Fra Kommisjonens praksis kan nevnes *Stjerna mot Finland*, 1994, Serie A 299 B og *Wöckel mot Tyskland*, 1998, Decisions and Reports 96 s. 82.

6 Noen ord om Claphams ”but for”-test

Andrew Clapham har anført en ”but for”-test ved vurderingen av omfanget av statens EMK-rettslige ansvar i mellomprivate konflikter.³⁰³ Testen er utviklet på bakgrunn av en tolkning av EMDs praksis.³⁰⁴

Claphams utgangspunkt er at staten ikke kan bli holdt ansvarlig for enhver handling foretatt av private rettssubjekter.³⁰⁵ Han definerer og anvender testen slik at de offentlige myndigheter kun kan holdes ansvarlig i tilfeller hvor krenkelsen ikke ville ha funnet sted, om det ikke (”but for”) hadde vært for fraværet av ”*legislation or other administrative measures*”.³⁰⁶ Clapham synes på denne måte å legge en kausalitetsnorm til grunn for statsansvar etter EMK på dette området.

Denne kausalitetstesten er uklar og inneholder etter min mening flere svakheter. For det første sier testen ikke noe om den sannsynlighet som må legges til grunn ved vurderingen av om staten kunne ha avverget krenkelsen.³⁰⁷ Ettersom de positive forpliktelsene som EMDs praksis legger opp til i slike tilfeller er innsatsforpliktelser, hvor staten må utvise en aktivitetsplikt, vil en gradering av innsatsen vanskelig kunne gjøres etter en ”but for”-test. Lettere vil det være med en resultatforpliktelse hvor det etter en objektiv vurdering kan fastslås om handlingen har frembrakt et gitt resultat.

For det andre kan det anføres at det slett ikke er slik at den private handling kunne vært unngått dersom staten hadde tatt preventive tiltak. *X og Y*-saken er illustrerende i denne sammenheng.³⁰⁸ Det er vanskelig å tenke seg at overgrepet ikke ville ha funnet sted dersom nederlandsk rett inneholdt bestemmelser som gjorde det mulig for klagerne å

³⁰³ Andrew Clapham. The ‘Drittwirkung’ of the Convention. I: R. St. J. Macdonald m.fl. (red.): *The European system for the Protection of Human Rights, Haag*: Kluwer 1993, s. 163-207, s. 174.

³⁰⁴ ”But for” testen har primært vært utviklet med bakgrunn i saken *Soering mot Storbritannia*, 1989, Serie A 161.

³⁰⁵ Over, note 1, på s. 163-207, s. 196 flg. og i *European Human Rights Law Review, The Privatisation of Human Rights*, 1995, s. 30.

³⁰⁶ Over, note 1, på s. 163-207, s. 206.

³⁰⁷ Marianne Nørregaard. *Menneskerettighetskonventionens anvendelse mellem private*. København: Thomson 2004, s. 227.

³⁰⁸ *X og Y mot Nederland*, 1985, Serie A 91.

begjære strafferettslig forfølgning. Clapham påpeker riktignok at denne testen ikke kan tolkes absolutt antitetisk. Ved å uttale at "*the violation ...would probably not have occurred*", åpner han for at staten kan bli fri for ansvar i enkelte tilfeller. Denne reservasjonen ("probably") gir likevel ikke svar på spørsmålet om hvor langt testen rekker i enkelttilfeller. Ved å ta inn en sannsynlighetsfaktor fortynnes hele grunnlaget for påliteligheten av testen. Selv om det i enkelte saker kan anføres at inngrepet i klagers rettighet ville ha vært avverget dersom staten hadde iverksatt tilstrekkelige tiltak, er dette likevel ikke nok til å operere med en "but for"-test på et generelt grunnlag.³⁰⁹ Det er heller ikke, såvidt jeg kan bringe på det rene, empirisk grunnlag i EMDs praksis for å anføre en "but for"-test, heller ikke med reservasjon for sannsynlighet.

EMDs vurderinger av statsansvar er betydelig mer kompliserte og sammensatte enn hva en "but for"-test synes å ta høyde for. Claphams test tar blant annet ikke hensyn til interesseavveininger og andre vurderingsnormer som EMD legger til grunn ved sine vurderinger. Det kan også stilles spørsmålsteget ved hvordan statens skjønnsmargin, som står sentralt i vurderingen av hvor langt statens ansvar rekker, er tenkt implementert i testen.

På denne bakgrunn er det mye som taler for at en "but for"-test ikke kan anvendes som et generelt veiledningsprinsipp ved vurderingen av statsansvar om en ser hen til realitetene i EMK-retten.

I *E mot Storbritannia* tok EMD for første gang standpunkt til gyldigheten av en "but for"-test.³¹⁰ I denne saken var det spørsmål om passivitetsansvar for staten da myndighetene ikke hadde grepet inn og beskyttet klagerne mot seksuelt misbruk.³¹¹ Staten hadde anført at:

³⁰⁹ De samvær- og omsorgssaker som har vært behandlet under de andre testene er eksempler på saker som kan støttes av en "but for" test.

³¹⁰ *E m.fl. mot Storbritannia*, 26. november 2002, (Ikke publisert) saksnr: 33218/96.

³¹¹ Saken er nærmere omtalt under pkt 3.6.

“notwithstanding these failings, it could not be said that any different conduct on the part of the authorities would have necessarily led to discovery of any further incidents of abuse” (§ 87).

Denne argumentasjonsformen er svært sammenfallende med den kausalitetsvurdering som Clapham har anført. Tankegangen bak denne var at uansett hvor godt samarbeid og hvor god informasjonsformidling det hadde vært mellom de ulike offentlige organer, med tillegg av grundigere undersøkelser, så kunne det likevel ikke sies at overgrepet kunne ha vært unngått eller forhindret. Domstolen avviste anvendelsen av en slik test:

*“The test under Article 3 however does not require it to be shown that “but for” the failing or omission of the public authority ill-treatment would not have happened”.*³¹²

Domstolen tar med dette avstand fra den ”but for”-test som har vært oppstilt i teorien, i hvert fall på området for EMK artikkel 3. Etter EMDs oppfatning var det nok til å konstatere statsansvar at de offentlige myndigheter hadde mislykkes i å iverksette tilstrekkelige tiltak som kunne ha hatt *“a real prospect of altering the outcome or mitigating the harm”* (§ 99).

”But for”-testen synes også å ha vært avvist i *Osman mot Storbritannia*, som gjaldt tolkingen av artikkel 2.³¹³ Dette fremgår riktignok ikke like klart som i *E mot Storbritannia*, men kan tolkes ut fra Domstolens premisser. I denne saken var det fra statens side anført at dersom myndighetene hadde iverksatt tiltak på bakgrunn av de faresignaler som lå i saken, kunne overgriperen vært *“neutralise[d]”* (§ 121). Gjennom sine undersøkelser kunne politiet innhentet tilstrekkelige bevis til å få fengslet eller tvangsinnlagt overgriperen slik at han ikke hadde vært i stand til å begå handlingene.

EMD kunne ikke godta statens resonnement. Domstolen tok avstand fra en kausalvurdering ved å uttale at:

³¹² § 99. Min utheving.

³¹³ *Osman mot Storbritannia*, Reports 1998-VIII. Denne saken er nærmere omtalt under punkt 3.4.

Comment [D1]: Eller tolkingen

“it cannot be said that these measures, judged reasonably, would in fact have produced that result or that a domestic court would have convicted him or ordered his detention in a psychiatric hospital on the basis of the evidence adduced before it” (§121).

Når denne uttalelsen tolkes kontekstuellet med klagers anførsler, synes EMD, etter min mening, å legge til grunn at en ”but for”-test ikke var anvendelig i denne saken. Det vil neppe foreligge en adekvat årsakssammenheng i rekken av å ha en etterforskning som kunne ha produsert nok bevismateriale til å fjerne overgriperen fra gata og følgelig hindret utførelsen av de kriminelle handlingene.

Praksis fra EMD viser videre at ”but for”-testen har vært avvist ved bruk av andre uttrykk. I *Mastromatteo mot Italia* anvendte Domstolen det latinske uttrykket ”*sine qua non*” som uttrykk for ”but for”-testen.³¹⁴ I denne saken var det på det rene at dersom de innsatte ikke hadde fått permisjon fra fengslet, ville heller ikke klagernes sønn ha blitt drept.³¹⁵ På dette grunnlag hadde klagerne anført statsansvar. EMD avviste igjen den kausalvurdering som klager hadde lagt til grunn. I den forbindelse uttalte Domstolen:

*“a mere condition **sine qua non** does not suffice to engage the responsibility of the State under the Convention” (§ 74).*³¹⁶

³¹⁴ *Mastromatteo mot Italia*, Reports of Judgments and Decisions 2002-VIII. Direkte oversatt på engelsk betyr ”Sine qua non”, ”without which nothing”, jf Black’s Law Dictionary, 8. utg. US 1990.

³¹⁵ Saken er nærmere omtalt under punkt 3.5.2.

³¹⁶ Den saken som ligger nærmest en tolkning etter en ”but for” test kan sies å være *Paul og Audrey Edwards mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 2002-II. Men på grunn av de anførte svakheter ved denne testen, samt EMDs avvisning av ”but for”-test resonnering vil jeg utvise forsiktighet med å utlede en kausalvurdering fra denne saken.

6.1 Oppsummering

Praksis fra EMD viser at den testen som har vært lagt til grunn i teorien av Clapham, og som for så vidt kan virke tilforlatelig og enkelt håndterlig, ikke gir tilstrekkelig veiledning for hvilket vurderingsgrunnlag Domstolen anvender når den skal ta stilling til rekkevidden av statens positive forpliktelser i mellomprivate forhold. Det skal ikke her spekuleres for mye over hvorfor EMD har avvist ”but for”-testen, men det må antas at Domstolens tradisjonelle og iboende skepsis til å la teoretiske konstruksjoner styre sin tolking, av konvensjonen har hatt en viss betydning her. Selv om slike tester ved første inntrykk kan sies å medføre en større forutberegnelighet, er det ikke gitt at dette faktisk blir realiteten. En ”but for”-test vil fortsatt inneholde mange usikkerhetsmomenter for så vidt gjelder de sannsynlighetskrav som stilles for at staten skal bli ansvarsfri. En for usikker kausalitetstest med en sannsynlighetsterskel vil kunne ha motsatt effekt på forutberegneligheten når unntakstilfellene vanskelig kan fastslås.

En ”but for”-test kan også være problematisk i forhold til suverenitetsprinsippet. Når klageren kun trenger å vise at handlingen kunne ha vært unngått om en gitt årsak tenkes bort, kunne dette innebære uttillatelige innskrenkninger i statens skjønnsmargin. Et hvert forhold vil da kunne være gjenstand for prøving av EMD. Dette vil ikke bare rettslig, men også politisk være betenkelig og kontroversielt.

7 Avsluttende bemerkninger

Denne avhandlingen har vist at EMK inneholder regler om statsansvar på et objektivt grunnlag. Dette innebærer at det i utgangspunktet ikke er nødvendig med konstatering av uaktsomhet fra statens side før staten kan holdes ansvarlig for overgrep begått av private overfor andre privatpersoner. I henhold til dette vil nasjonale myndigheter kunne holdes ansvarlig så snart den objektive 'gjerningsbeskrivelsen' i bestemmelsen er oppfylt. Imidlertid har praksis de siste årene vist at Domstolen i større grad har trukket frem culpa-elementer i sin vurdering av om staten skal pålegges statsansvar i mellomprivate saker.³¹⁷ En forklaring på dette kan ligge i det forhold at forpliktelsene er aktivitetsforpliktelser, slik at staten må kunne vise til at de faktisk har iverksatt tilstrekkelige tiltak for å hindre krenkelser.

En effektiv beskyttelse av individenes vern taler for objektive ansvarsregler i folkeretten. Interessant nok viser praksis at Domstolen anvender effektivitetsprinsippet på en slik måte at det kan være grunn til å stille spørsmål ved om ikke kravet om en effektiv beskyttelse i visse tilfeller reelt sett er et culpa-ansvar. Et culpa-ansvar er i alminnelighet antatt å gi individet et svakere vern ved at staten kan bli fri for ansvar ved å vise til at den ikke kan bebreides for krenkelsen begått av den private part. Imidlertid viser EMDs praksis at ansvar er blitt konstatert i nærmest alle de saker hvor uaktsomhetslementer har stått sentralt. Det kan derfor stilles spørsmål ved om Domstolen opererer med et så strengt culpa-ansvar at det ligger nært opp til det objektive ansvaret. Dette er et område hvor det, etter EMDs praksis å dømme, er vanskelig å trekke klare konklusjoner. Praksis viser ikke minst at Domstolen er pragmatisk i sin tolking, i den forstand at den foretar meget konkrete vurderinger basert på faktum når den utesker de normer EMK inneholder. Slik sett vil spørsmålet om hvilket folkerettslig ansvar EMK inneholder, når det gjelder statens ansvar for private overgrep, hele tiden være i utvikling.

³¹⁷ Jf. punkt 3.6.

Videre viser denne avhandling at EMD, ved vurderingen av ansvar for de nasjonale myndigheter, anvender enkelte tester ved vurderingen av ansvarsgrunnlaget. Disse testene har vært identifisert som 'effektiv beskyttelse', 'avveiningsnormer', 'terskelprinsipp' og 'but for'-test. Domstolens pragmatiske rettsanvendelse viser seg ikke bare gjennom bruk av disse ulike vurderingsnormene, men at det også under disse igjen finnes forskjellige varianter av samme norm. Testene viser også at Domstolen anvender ulike begreper og formuleringer når den skal gi uttrykk for samme vurderingsnorm.

Avhandlingen har videre vist at de nasjonale myndigheter har en viss skjønnsmargin i forhold til valg av tiltak som har som formål å oppfylle statens konvensjonsforpliktelser. Tilsvarende skjønnsmargin er tilkjent i forhold til interesseavveininger som ligger innenfor rimelige grenser. Det nærmere omfanget av Domstolens prøvingsintensitet beror imidlertid på en rekke forhold, hvor sakens faktum og involverte interesser er sentrale momenter.

8 Litteratur

Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter*. Bergen: Universitetsforlaget 1995

Addo, Michael K. og Grief, Nicholas. Does Article 3 of the European Convention of Human Rights enshrine absolute rights? I: *European Journal of International Law*, 1998 vol. 9, s. 510-524

Alkema, Evert Albert. The third-party applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights, I: *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Köln: Carl Heymanns Verlag KG 1988, s. 33-47

Amador, Garcia. *Draft Articles on the Responsibility of the State for Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of Aliens*, New York, 1974

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

Benda, Ernst, m.fl. *Handbuch des Verfassungsrecht*, bind 1 og 2, Berlin: de Gruyter 1995

Bernhardt, Rudolf. Thoughts on the interpretation of human-rights treaties. I: *Protecting Human Rights: The European Dimension*. Köln: Carl Heymanns Verlag KG 1988, s. 65-73

Black's Law Dictionary, 8. utg. US 1990

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

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

Castberg, Frede. *The European Convention on Human Rights*. Leiden: Sijthoff 1974

Clapham, Andrew. *Human Rights in the Private Sphere*. Oxford: Clarendon Press 1993

Clapham, Andrew. The 'Drittwirkung' of the Convention. I: R. St. J. Macdonald m.fl. (red. :) *The European system for the Protection of Human Rights*, Haag: Kluwer 1993, s. 163-207

Clapham, Andrew. The Privatisation of Human Rights. I: *European Human Rights Law Review*, 1995, s. 20 flg.

Crawford, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge: Cambridge University Press 2002

Djik, P.van m.fl. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3 utg. Haag: Kluwer 1998

Dröge, Cordula. *Positive verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*. Berlin: Springer 2003

Drzemczewski, Andrew. The European Human Rights Convention and Relations Between Private Parties. I: *Netherlands International Law Review*, vol. 26, 1979, s. 163-181

Eggen, Kyrre. *Ytringsfrihet: Vernet om ytringsfriheten i norsk rett*, Oslo: Cappelen akademisk forlag 2002

Eissen, Marc-André. The European Convention on Human Rights and the Duties of the Individual. I: *Nordic Journal of International Law*, nr 32, 1962, s. 230-247

Eissen, Marc-André. The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights. I: Macdonald m.fl. (red. :) *The European System for the Protection of Human Rights*, Haag: Kluwer, 1993, s. 125-147

Einersen, Eivind og Tyge Trier. Den Europæiske Menneskeretsdomstols prøvelseskompetance - Doctrinen om Margin of Appreciation. I: *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 104, 1991, s. 570-593

Elgesem, Frode. Tolking av EMK- Menneskerettighetsdomstolens metode. I: *Lov og Rett*, vol. 42, 2003, s. 203-231

Emberland, Marius. *Companies before the European Court of Human Rights*, Doktorgradsavhandling, Oxford 2004 (upublisert)

Espersen, Ole m.fl. *Folkeret*, 2. utg. København: Christian Ejlers' Forlag 2003

Espersen, Ole. Human Rights and relations between individuals. I: Rene Cassin, *Amicorum Discipulorumque liber*, Paris, 1969-1971, s. 177 flg.

Fawcett, J. E. S., "The application of the European Convention of human rights", Oxford, 1969

Frowein, Jochen Abr, Die Entwicklung der Rechtslage Deutschland von 1945 bis zur Wiedervereinigung 1990, i Ernst Benda m.fl., *Handbuch des Verfassungsrecht*, Berlin 1995, s. 19-35

Golsong, Heribert., *Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention*. Karlsruhe, 1958

Greer, Steven. *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe 2000

Harris, D.J. *Cases and Materials on International Law*. 4. utg. London: Sweet & Maxwell 1991

Harris, D.J., M. O'Boyle og C. Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*. London: Butterworths 1995

Hesse, Konrad. Die Verfassungsentwicklung. I: Ernst Benda m.fl. *Handbuch des Verfassungsrecht*, Berlin, 1995, s. 35-53

Horan, Michael J. Contemporary Constitutionalism and Legal Relationship Between Individuals. I: *International and Comparative Law Quarterly*, nr. 25, 1976, s. 848-867

Jochen Abr, Frowein. Die Entwicklung der Rechtslage Deutschland von 1945 bis zur Wiedervereinigung 1990, I: Ernst Benda m.fl. *Handbuch des Verfassungsrecht*, Berlin: Gruyter 1994, s. 19-35

Lawson, R.A. & Schermers, H.G. *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, Leiden: Ars Aequi Libri 1999

Lewan, Kenneth M. The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany. I: *International and Comparative Law Quarterly*, nr. 17, 1968 s. 571-601

Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7 utg. London: Routledge 1997

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

Macdonald, R. St. J. The Margin of appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. I: *International Law at the time of its Codification, Essays in honour of Judge Roberto Ago*, Milano: Giuffr , 1987, s. 187-208

Macdonald, R.St. J., The Margin of Appreciation, i Macdonald m.fl., *The European System for the Protection of Human Rights*, Haag: Kluwer 1993, s. 83-125

Matscher, Frantz. Methods of Interpretation of the Convention. I: *Macdonald m.fl. The European system for the Protection of Human Rights*, Haag: Kluwer, 1993, s. 63-83

Mahoney, Paul. The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: It's Legitimacy in Theory and Application in Practice. I: *Human Rights Law Journal*, nr. 19, 1998, s. 1-6

Mowbray, Alastair R., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the Court of Human Rights*, Oxford: Hart 2004

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*, Oslo: Cappelen akademisk forlag 2002

Nørregaard, Marianne. *Menneskerettighetskonventionens anvendelse mellem private*, København: Thomson 2004

Oppenheim, L.F.L. *International Law*, London: Longmans 1955

Ost, Francois. The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights. I: Mireille Delmas-Marty (red.): *The European Convention for Protection of Human Rights, International Protection versus national Restrictions*, Dordrecht: Nijhoff 1992, s. 283-318

Petzold, Herbert. The Convention and the Principle of Subsidiarity. I: Macdonald m.fl. *The European system for the Protection of Human Rights*, Haag: Kluwer, 1993, s. 41-63

Ruud, Morten m.fl. *Innføring i Folkerett*, 2 utg. Oslo: Universitetsforlaget 2002

Shaw, Malcolm N. *International Law*, 5. utg. Cambridge: Cambridge University Press 2003

Sperduti, Guiseppe. Nouvelles perspectives des Droits de l'Homme. I: *Human Rights Journal* vol. 9, 1976, s. 575-576

Spielmann, Dean., *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Brussel: Bruylant 1995

Spiermann, Ole. *Moderne folkeret*. 2 utg. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004

Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, bind III/1, München: Beck 1980

Sørensen, Christian Børge. Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen. I: *Tidsskrift for rettsvitenskap*, vol. 117, 2004, s. 134-196

Tammes, A. J. P. Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en het nationale recht. I: *Mededelingen Ned Ver. Internationaal recht*, nr. 43, s. 1-41

Teitgen, P. H. Introduction to the European Convention on Human Rights. I: Macdonald m.fl. *The European System for the protection of Human Rights*, Haag: Kluwer 1993, s. 3-15

Verdross, Alfred. *Völkerrecht*, 5 utg. Wien: Springer 1964

Woxholt, Geir, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, Oslo: Gyldendal akademisk 2001

Yearbook of the International Law Commission. nr. 2 New York: United Nations 1973

Yourow, Howard Charles. *The margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Nederland: Kluwer Law 1996

9 Registre

9.1 Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighets Domstol (EMD)

A mot Storbritannia, Reports 1998-VI

Airey mot Irland, 1979, Serie A nr. 32

Al-Adsani mot Storbritannia, Reports of Judgments and Decisions 2001-XI

Appleby mot Storbritannia, Reports of Judgments and Decisions 2000-VI

Artico mot Italia, 1980, Serie A nr. 37

Assenov m.fl. mot Bulgaria, Reports 1998-VIII

Aydin mot Tyrkia, Reports 1997-VI

B. mot Frankrike, 1992, Serie A nr. 232-C

Bankovic m.fl. mot Storbritannia, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII

Bergens tidende mot Norge, Reports of Judgments and Decisions 2000-IV

Botta mot Italia, Reports 1998-I

Chahal mot Storbritannia, Reports 1996-V

Chauvy m.fl. mot Frankrike, 29. juni 2004, (Ikke publisert) saksnr: 64915/01

Christine Goodwin mot Storbritannia, Reports of Judgments and Decisions 2002-VI

Costello-Roberts mot Storbritannia, 1993, Serie A 247-C

Cumpana og Mazare mot Romania, 17. desember 2004, (Ikke publisert) saksnr: 33348/96

Cvijetic mot Kroatia, 26. mai 2004, (Ikke publisert) saksnr: 71549/01

Darby mot Sverige, 1990, Serie A 187

Det Nasjonale Belgiske Politiforbund mot Belgia, 1975, Serie A19

Dichand m.fl. mot Østerrike, 26. mai 2002, (Ikke publisert) saksnr: 29271/95

D.P og J.C mot Storbritannia, 10. oktober 2002, (Ikke publisert) saksnr: 38719/97

Dudgeon mot Storbritannia, 1983, Serie A 59

E m.fl. mot Storbritannia, 26. november 2002, (Ikke publisert) saksnr: 33218/96

Fuentes Bobo mot Spania, 29. februar 2000, (Ikke publisert) saksnr: 39293/98

Gaskin mot Storbritannia, 1989, Serie A 160

Glaser mot Storbritannia, 19. september 2000, (Ikke publisert) saksnr: 32346/96

Golder mot Storbritannia, 1975, Serie A 18

Guerra m.fl. mot Italia, Reports 1998-I

Gül mot Sveits, Reports 1996-I

Gustafson mot Sverige, 1996, Serie A 139

Görgülü mot Tyskland, 26. mai 2004, (Ikke publisert) saksnr: 74969/01

Hatton mot Storbritannia, Reports of Judgments and Decisions 2003-VIII

Hokkanen mot Finland, 1994, Serie A 299-A

Hoppe mot Tyskland, 5. desember 2002, (Ikke publisert) saksnr: 28422/95

Ignaccolo-Zenide mot Romania, Reports of Judgments and Decisions 2000-I

Irland mot Storbritannia, 1978, Serie A 25

Johansen mot Norge, Reports 1996-III

Johnston mot Irland, 1986, Serie A 112

K og T mot Finland, 27. april 2000, (Ikke publisert) saksnr: 25702/94

Karhuvaara m.fl. mot Finland, 16. november 2004, (Ikke publisert) saksnr: 5367/00

Keegan mot Irland, 1994, Serie A 290

Kokkinakis mot Hellas, 1993, Serie A260-A

Kosmopoulou mot Hellas, 5. mai 2004, (Ikke publisert) saksnr: 60457/00

Krone Verlag GmbH & Co KG mot Østerrike, 26. februar 2002, (Ikke publisert) saksnr: 34315/96

Kroon m.fl. mot Nederland, 1991, Serie A 297-C

Lawless mot Irland, 1961, Serie A 3

L.C.B. mot Storbritannia, Reports 1998-III

López Ostra mot Spania, 1994, Serie A 303 C

Marckx mot Belgia, 1979, Serie A 31

Marie mot Portugal, Reports of Judgments and Decisions 2003-VII
Mastromatteo mot Italia, Reports of Judgments and Decisions 2002-VIII
MC mot Bulgaria, Reports of Judgments and Decisions 2003-XII (extracts)
McVicar mot Storbritannia, Reports of Judgments and Decisions 2002-III
Moreno Gómez mot Spania, 16. november 2004, (ikke publisert) saksnr: 4143/02

News Verlags GmbH & CoKG mot Østerrike, Reports of Judgments and Decisions 2000-I
Nuutinen mot Finland, Reports 2000-VIII

Osman mot Storbritannia, Reports 1998-VIII
Otto Preminger-Institutte mot Østerrike, 1994, Serie A 295 A
Özgür Gündem mot Tyrkia, Reports of Judgments and Decisions 2000-III

Palau-Martinez mot Frankrike, Reports of Judgments and Decisions 2003-XII
Paul og Audrey Edwards mot Storbritannia, Reports of Judgments and Decisions 2002-II
Pibernik mot Kroatia, 4. juni 2004, (Ikke publisert) saksnr: 75139/01
Plattform "Arzte fur das Leben" mot Østerrike, 1988, Serie A 139
Plon (Societe) mot Frankrike, 18. mai 2004, (ikke publisert) saksnr: 58148/00
Powell and Rayner mot Storbritannia, 1990, Serie A 172
Pretty mot Storbritannia, Reports of Judgments and Decisions 2002-III

Rees mot Storbritannia, 1986, Serie A 106
Ringeisen mot Østerrike, 1971, Serie A 13

Selistö mot Finland, 16. november 2004, (ikke publisert) 56767/00
Sibson mot Storbritannia, 1993, Serie A 258 A
Soering mot Storbritannia, 1989, Serie A 161
Sophia Gudrun Hansen mot Tyrkia, 23. desember 2003, (ikke publisert) saksnr:
36141/97
Steel og Morris mot Storbritannia, 15. februar 2005, (ikke publisert) saksnr: 68416/01
Stjerna mot Finland, 1994, Serie A 299 B
Subbing m.fl. mot Storbritannia, Reports 1996-IV
Sylverster mot Østerrike, 27. juli 2003, (ikke publisert) saksnr: 36812/97

Ukrainian Media Group mot Ukraina, 29. mars 2005, (ikke publisert) saksnr: 72713/01
Ülkü Ekýncý mot Tyrkia, 16. oktober 2002, (ikke publisert) saksnr: 27602/95
Unabhängige Initiative Informationsvielfalt mot Østerrike, Reports of Judgments and Decisions 2002-I

Van der Musselle mot Belgia, 1983, Serie A 70
VDSO mot Østerrike, 1994, Serie A 302
VGT mot Sveits, Reports of Judgments and Decisions 2001-VI
von Hannover mot Tyskland, 21. juni 2004, (ikke publisert) saksnr: 59320/00

Wilson m.fl. mot Storbritannia, Reports of Judgments and Decisions 2002-V

Ymsi Önen mot Tyrkia, 14. mai 2002, (ikke publisert) saksnr: 22876/93

X og Y mot Nederland, 1985, Serie A 91

Zehnalova og Zehnal mot Den Tsjekiske Republikk, Reports of Judgments and Decisions 2002-V

Z m.fl. mot Storbritannia, Reports of Judgments and Decisions 2001-V

9.2 Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetskommissjon

Choudhury mot Storbritannia, 5. mars 1991, (ikke publisert) saksnr: 17439/90
De Geïllustreerde Pers N. V mot Nederland, 6. juli 1976, Decisions and Reports 8 s. 43
H mot Norge, 19. mai 1992, (ikke publisert) saksnr: 17004/90
Lapedra Cerda mot Spania, 28. februar 1996, (ikke publisert) saksnr: 27826/95
N. mot Sverige, 16. oktober 1986, Decisions and Reports 50 s. 173
Rommelfanger mot Tyskland, 6. september 1989, (ikke publisert) saksnr: 12242/86
Wöckel mot Tyskland, 1998, Decisions and Reports 96 s. 82
Österreichische schutzgemeinschaft für nichtraucher m.fl. mot Østerrike, 2. desember 1991, (ikke publisert) saksnr: 17200/91

9.3 Dommer fra andre domstoler

Tyskland:

Lüt-saken, 7 BVerfGE 198, Forfatningsdomstolens dom av 15. januar 1958.

Norge:

Oslo tingrettsdom av 26/11-04, TOSLO-2003-6856

Andre:

Cadenhead-saken, American Journal of International Law (AJIL) 1914, s. 663

Cair-saken, United Nations Report of International Arbitral Awards, 5 UNRIAA s. 516, 1929

Casablanca-saken, United Nations Report of International Arbitral Awards, 11 UNRIAA, s. 119 (1909)

Corfusaken: International Court of Justice (ICJ) reports, 1949 s. 4

Gisselsaken: United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ, 1980 s. 3

Home Missionary Society-saken, United Nations Report of International Arbitral Awards, 6 UNRIAA 42, s. 44 (fra 1920)

Iloilo-saken, United Nations Report of International Arbitral Awards, 6 UNRIAA, s. 158 (1925)

Neer-saken, United Nations Report of International Arbitral Awards, 4 UNRIAA, s. 60 (1926)

Pungh-saken, United Nations Report of International Arbitral Awards, 3 UNRIAA, s. 1439 (1933)

Roberts-saken, United Nations Report of International Arbitral Awards, 4 UNRIAA, s. 516 (1926)

Velasquez Rodriguez-saken, av 29. juli 1988, Inter-American Court of Human Rights (serie C) no. 4,

9.4 Konvensjoner

FNs verdenserklæring om menneskerettigheter av 10. desember 1948*

(På grunn av sin betydning er Verdenserklæringen tatt med i dette registeret selv om det ikke er en konvensjon. resolusjon 217 A (III))

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
Rome, 4 November 1950

EMK Første protokoll av 20. mars 1952

Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p.331, i kraft 27 January 1980

Haag konvensjonen av 25. oktober 1980, Civil Aspects of International Child Abduction, i kraft 1-XII [desember]1983

EMK protokoll 11 om ny permanent domstol, ETS nr. 155, i kraft 1. november 1998

FN's generalforsamlings resolusjon 56/83 av 28. januar 2002, Responsibility of States for internationally wrongful acts International Law Commission, draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, 53rd session, 2001 den amerikanske menneskerettighetskonvensjonen av 22 (adopted <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basic3.htm>). San José, Costa Rica, november 1969, i kraft 18 juli 1978.