

Del av problemet, og del av løsningen: Den europeiske menneskerettighetsdomstolen og demokratisk selvstyre¹

Omtrent som publisert i *Det norske demokratiet i det 21. århundre*. H. Baldersheim og Ø. Østerud. Oslo, 2014, Fagbokforlaget: 80-91.

Innhold

1

| | |
|--|----|
| Innledning | 1 |
| 1 Skjønnsmargin | 3 |
| 2 Proporsjonalitetstest..... | 4 |
| 3 Hvorfor skjønnsmargin og proporsjonalitetstest?..... | 6 |
| 4 Anvendt på tomtefestesaken | 8 |
| Konklusjon..... | 9 |
| Stikkord..... | 10 |
| Referanser | 10 |

Innledning

12 juni 2012 fastslo den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) at den norske tomtefesteloven var i strid med den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK). Stortinget må derfor forandre loven, selv om stortinget hadde vedtatt loven i 2004 på vanlig måte. Denne 'Tomtefestesaken' illustrerer hvordan internasjonale domstoler griper inn i nasjonale beslutninger på stadig flere og stadig mer uventede måter. Det demokratiske folkestyre ser ut til å stå på spill: det skjer en *rettsliggjøring* ved at stadig flere domstoler innsnevrer mulighetsrommet for politikernes beslutninger. Hva skal vi mene om dette?

Den kalde krigens slutt utløste en flom av internasjonale domstoler og andre traktatororganer. Statene har åpenbart ønsket hver enkelt av disse organene, samtidig som de etter hvert er blitt såpass mange og mektige at kritikere sier at det nasjonale folkestyre står på spill. Frykten er kanskje særlig stor i Europa, der både EUs Europadomstol og EMD har styrket sin posisjon i mer enn seksti år. Mange mener at disse domstolene nok har bidratt til å stabilisere de demokratiske statene i Europa, men på bekostning av det demokratiske handlingsrom for de folkevalgte i hvert land.

For å forstå og vurdere bekymringene for fremveksten av slike domstoler og

¹ Artikkelen er skrevet som del av European Research Council-prosjektet MultiRights (nr 269841), og av Norges forskningsråds Senter for fremragende forskning PluriCourts (Nr 223274). Takk for kommentarer fra Harald Baldersheim, John Erik Fossum og Eivind Smith.

domstolsliknende organer er det viktig å se hvordan de griper inn i og preger nasjonale domstoler og myndigheter. Bidrar slike domstoler til å undergrave det nasjonale demokratiske selvstyre, og i så fall: hvordan skjer det, og hva skal vi synes om forslagene til å endre kursen? Denne artikkelen ser på ett av flere viktige områder der disse spørsmålene melder seg, nemlig om og hvordan EMD respekterer nasjonale demokratiske beslutninger der det kan se ut som de bryter med EMK.² Samtidig er jo EMD satt til å sikre menneskerettighetene, både i velfungerende demokratiske rettsstater og i andre europeiske stater uten et veletablert demokratisk styresett.

Tomtefestesaken illustrerer flere sentrale sider ved forholdet mellom internasjonale menneskerettighetsdomstoler og nasjonale organer. Saken viser at forholdet mellom juss og politikk er blitt mer komplisert med de internasjonale domstolene. Juss – ved EMD – griper ofte inn i demokratisk politikk, både ved å påvirke den politiske dagsorden, og ved å avgrense alternativene for de politiske partiene – både der det er partipolitisk enighet og uenighet. Dette er selvsagt ikke nytt, og særlig ikke at EMD har en slik politisk rolle. EMDs oppgave har alltid vært å begrense handlingsrommet for flertallets politiske beslutninger dersom de krenker menneskerettighetene slik EMD tolker EMK:

Undertegnende regjeringer... har besluttet å ta de første skritt til en felles gjennomføring av visse av de rettigheter som er uttrykt i Verdenserklæringen;.. (EMK, preambel)

Tomtefestesaken illustrerer også hvordan EMD påvirker staters selvstyre: gjennom å gi stater en 'skjønnsmargin', men bare dersom EMD aksepterer hvordan parlamenter og høyesterett går fram for å utforme og prøve landets lover. EMD kan dermed bidra til å forbedre og styrke de nasjonale demokratiske beslutningsprosessene. Dermed er det ikke bare i enkeltsaker at EMD har en påvirkning, men også ved å endre hvordan nasjonale demokratiske prosesser skjer. Dette gjelder blant annet gjennom EMDs bruk av en 'proporsjonalitetstest' som del av å gi stater en skjønnsmargin.

EMD tilkjenner stater en viss skjønnsmargin - en 'Margin of appreciation' – i enkelte tilfeller for å avgjøre om det foreligger brudd på EMK. Denne avgrensede respekten for nasjonale beslutninger er en praksis EMD selv har skapt, men mange stater ønsker altså å sikre at EMD fortsetter å bruke den.³ Del 1 forklarer EMDs praksis med skjønnsmarginen, en praksis som fremdeles er svært vag. Del 2 presenterer 'proporsjonalitetstesten' som EMD bruker i denne anledning. Del 3 diskuterer noen grunner til at EMD bør anvende en slik skjønnsmargin. EMD tolker nemlig EMK slik at det for mange av rettighetene kan være forsvarlig å avgrense dem mot andre hensyn. Men det må være en rimelig 'balanse' mellom forholdet mellom statens målsetting og midlene valgt, når de innebærer rettighetsbrudd. EMD

² Blant mange andre temaer er hvorvidt slik prøvingsrett allment er legitim eller om den er udemokratisk på måter som gjør den uforsvarlig, og om EMDs 'dynamiske tolkning' av traktater er legitim – noe EMD har felles med all traktat-tolkning. For noen slike utdypinger se bl.a. Letsas 2007, Letsas 2006, Follesdal 2009, Follesdal 2013.

³ Protokoll 15, signert av nesten alle stater, men bare ratifisert av seks stater pr. 22. februar 2014.

bruker en 'proporsjonalitetstest' i slike saker for å vurdere om staters lover ivaretar menneskerettighetsforpliktelsene i tilstrekkelig grad. Del 4 ser så grundigere på hvorfor EMD avviste å la norske myndigheter nyte godt av en skjønnsmargin i 'Tomtefestesaken'. Et sentralt poeng for EMD var at den ikke kunne se at norske myndigheter hadde foretatt en slik proporsjonalitetstest

1 Skjønnsmargin

En måte EMD unngår å overprøve velfungerende demokratiske staters beslutninger er ved å tilkjenne dem en viss skjønnsmargin for å avgjøre om det foreligger brudd på EMK.

Skjønnsmargin-doktrines fortjener oppmerksomhet av både politiske og filosofiske grunner. Doktrinen er skapt av EMD selv, uten grunnlag i EMK. Den blir mye diskutert, og dens fremtidige funksjon og rolle i den europeiske rettsorden er under debatt. Noen mener at skjønnsmarginen bør avskaffes fordi den truer EMDs oppgave med å understøtte nasjonal respekt for menneskerettighetene. Skjønnsmarginen er en "ødeleggende variabel geometri av menneskerettighetene" (Lord Lester, sitert i Mahoney 1998, 1). Derfor mente også dommer i EMD De Meyer at det var på "høy tid for domstolen å forvise begrepet fra sine resonnement" (*Z V. Finland* 1998), jf. Greer 2010). Andre mener at skjønnsmarginen i beste fall er en papirtiger, svært ofte uten noen egenverdi (Kratochvil 2011, 336).

Skjønsmargindoktrinen finner også sine støttespillere, særlig fra de landene som ikke ønsker at EMD skal blande seg i deres indre anliggender. Den britiske regjeringen anbefalte at doktrinen skal bli endret fra å være en dommerskapt praksis til å tas inn i EMK (UK Government 2012, 19b). Det er ikke lett å spå hva konsekvensene vil bli, utover at det blir vanskeligere for EMD å slutte å anvende en skjønnsmargin i en eller annen form. Det er å håpe at endringene vil føre til mer klarhet og forutsigbarhet i hvordan EMD anvender skjønnsmarginen. Kanskje vil det også bidra til den utviklingen noen mener å se: at en versjon av skjønnsmargin-doktrinen finnes eller bør etableres for internasjonale domstoler mer generelt (Shany 2005, del Moral 2006).

Filosofisk sett går skjønsmargindoktrinen til hjertet av bekymringer og håp om hvordan internasjonale domstoler som EMD bør respektere suvereniteten til mer eller mindre demokratiske stater, og samtidig avgjøre statenes avtaleforpliktelser og fremme statenes formål med traktatene. Noen hyller dermed skjønnsmarginen som et uttrykk for det riktige forholdet mellom denne internasjonale domstolen og nasjonale myndigheter:

læren om 'skjønnsmarginen' . . . er en av de viktige sikkerhetstiltak utviklet av kommisjonen og domstolen for å forene effektiv drift av konvensjonen med demokratiske regjeringers suverene myndighet og ansvar (Wall 1980), 9, sitert av (Arai-Takahashi 2013) .

Andre mener at skjønsmargindoktrinen er skjør og ustabil. Dersom den skal fortsette må den i alle fall bli mer konkret og konsistent hva gjelder hvilke rettigheter

den skal gjelde for, og hvilke faktorer EMD bør ta hensyn til når den skal avgjøre hvor 'bred' marginen skal være.

Mange sporer bruken av en skjønnsmargin til 1958. Regjeringen på Kypros, den gang under Storbritannia, innførte krisetiltak for å begrense et opprør, herunder lovgivning som tillater pisking og kollektive bøter (Bates 2010, 195; Simpson 2004, kap. 18-19). Hellas brakte saken inn for det som den gang het Europa-kommisjonen for menneskerettigheter. Den fastslo at i henhold til artikkel 15, måtte britiske myndigheter "få utøve en viss grad av skjønn i vurderingen av omfanget av tiltak som situasjonen gjorde nødvendig". Art 15 gjelder fravikelser i krisesituasjoner:

1 Under krig eller annen offentlig nødstilstand som truer nasjonens liv, kan enhver høy Kontraherende Part treffe tiltak som fraviker dens plikter ifølge denne Konvensjon i den utstrekning situasjonens krav gjør det strengt nødvendig, forutsatt at slike tiltak ikke er uforenlige med dens andre plikter etter internasjonal rett.

2 Intet fravik fra artikkel 2 [Retten til liv], unntatt med hensyn til død som følger av lovlige krigshandlinger, eller fra artiklene 3 [forbud mot tortur], 4 (avsnitt 1) [forbud mot slaveri] og 7 [straff uten lov og dom] skal bli gjort etter denne bestemmelse....

Skjønnsmargin-doktrinen ble videreutviklet, bl.a. i saken (*Lawless V. Ireland* 1961). Senere saker dreide seg sjelden om Artikkel 15 saker, men oftere om sensitive og kontroversielle moralske spørsmål og etablerte nasjonale tradisjoner; spørsmålet blir da om situasjonen gjør det 'strengt nødvendig' for staten å fravike sine plikter. EMD er mer tilbøyelig til å tilkjenne en stat en skjønnsmargin dersom det er tydelig at staten har vurdert om rettighetsbruddene er nødvendige og så små som mulige. Denne betingelsen for å nyte godt av en skjønnsmargin har etter hvert utviklet seg til fem delspørsmål i EMDs 'proporsjonalitetstest.'

2 Proporsjonalitetstest

EMD gransker om statens lover eller politikktutforming er 'proporsjonal' i forhold til rettighetsbruddet. EMD formulerer ofte dette i form av å spørre om det finnes en rimelig 'balanse' mellom statens målsetting og de midlene staten har valgt når de innebærer rettighetsbrudd (*James and Others V. The United Kingdom* 1986, 50). Med tanke på vurderingen av om EMD respekterer *demokratiske* beslutninger er det nyttig å se litt grundigere på de elementene EMD legger vekt på i en slik 'proporsjonalitetstest.'

Det kan til en viss grad med rette innvendes at proporsjonalitetstesten er vilkårlig eller ullen, særlig da EMD begynte å foreta slike vurderinger. Etter hvert har EMD imidlertid uttrykt en tydeligere praksis – om enn ikke en som blir fulgt opp helt i alle tilfelle. EMD kan tilkjenne stater en skjønnsmargin hva gjelder minst fem ulike undertemaer:⁴

1. Om de sosiale formålene er legitime – det vil si forenelig med EMK
2. Hvor viktig rettigheten er, for eksempel som en del av fundamentet for et demokratisk samfunn (para 49)
3. Hvor invaderende den foreslåtte rettighetsinnblanding (interference) vil være
4. Om begrensningen av rettigheten er nødvendig (para 54)
5. Hvorvidt begrunnelsene nasjonale myndigheter har gitt er relevante og tilstrekkelige (para 50)

⁴ utviklet blant annet i *Handyside Vs. The United Kingdom* 1976.

For hvert av disse elementene kan EMD tilkjenne staten en smal eller vid skjønnsmargin. Noen kommentarer er på sin plass.

Ad 1 Betydningen av sosiale interesser

Hvilke sosiale formål det gjelder kan påvirke hvor stor skjønnsmargin staten nyter. Når formålene er andre menneskerettigheter, synes EMD å gi statene en bredere skjønnsmargin (Del Moral 2006, 617; Klass and others vs. Germany 1978, Leander vs. Sweden 1987). I slike tilfeller kan en bred skjønnsmargin virke forsvarlig. Men den kan selvsagt ikke være grenseløs siden det fortsatt er en risiko for at en stat skal legge for liten vekt på visse rettigheter i forhold til andre.

EMD har tilsynelatende brukt de traktatfestede begrensningene i artiklene 8-11 av EMD for å utvikle skjønnsmarginpraksisen. Disse artiklene viser til noen tungtveiende samfunnsinteresser som tillater begrensninger av rettighetene. Slik formuleres det i Artikkel 8 Retten til respekt for privatliv og familieliv:

2 Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

Det er noen variasjoner mellom artiklene: Art 9 (Tanke-, og samvittighets- og religionsfrihet) og Art 10 (Ytringsfrihet) nevner ikke nasjonal sikkerhet, landets økonomisk velferd, eller å forebygge uorden eller kriminalitet". Art 9 inkluderer derimot å beskytte offentlig orden. Art 10 inneholder territorial integritet, og å verne andres omdømme eller rettigheter, for å forebygge at fortrolige opplysninger blir røpet, eller "for å bevare domstolenes autoritet og upartiskhet." Dette mangfoldet illustrerer hvordan skjønnsmargindoktrinen også har vært ganske uklar.

I mange saker har statene påberopt seg flere slike potensielt begrensende interesser. EMD har ikke alltid akseptert statens påstander: For eksempel har domstolen vært skeptisk hva gjelder å sette rettigheter til side av hensyn til den offentlige moral, inkludert seksualmoral (Handyside v The United Kingdom 1976), blasfemi (Wingrove v Storbritannia 1996), for å bevare domstolenes autoritet og upartiskhet (Skalcka v Polen 2003), eller nasjonal sikkerhet (Observer og Guardian V Uk 1991). Likevel har EMD tilkjent stater en vid skjønnsmargin når målet er å bekjempe terrorisme (Klass og andre mot Tyskland 1978), men ikke for å forebygge kriminalitet generelt (Brems 1996, 263).

Ad 2. Betydningen av rettigheten

EMD gir nesten aldri stater noen skjønnsmargin hva gjelder brudd på artikkel 3 mot tortur, eller artikkel 4 mot slaveri og tvangsarbeid. Stater får bare i liten grad en skjønnsmargin for å vurdere begrensninger i rettigheter som er sentrale for de demokratiske ordningene i staten, så som ytringsfrihet for politiske debatter, forsamlingsfrihet og frie valg (Brems 1996, 266, 268). EMD kan nok gi en skjønnsmargin, men da stiller domstolen strenge krav til statens begrunnelse.

Ad 5 tegn på nasjonale myndigheters resonnement og balansering i god tro

I flere tilfeller har EMD krevd at staten faktisk har gitt grunner for å begrense rettighetene i en

bestemt sak. Staten må vise at den har utført den nødvendige "balanseringen" eller foretatt et slikt proporsjonalitetsresonnement. En grunn er at EMD mener at

"det er bare i tilfelle at de nasjonale myndighetene oppgir en begrunnelse at domstolen kan være fornøyd [med at nasjonale myndigheter] ... er bedre plassert enn den er til å håndtere saken effektivt". (Schalk and Kopf vs. Austria 2010, dissens, jf. 2011 Kratochvil, 333).

Det er altså ikke helt opp til staten å sette standarden for tilstrekkelig kvalitet på behandlingen, eller for å bestemme og angi sine viktigste interesser. Retten har noen ganger funnet en slik gjennomgang utilfredsstillende fordi den ikke ble overbevist om at det var en rimelig eller proporsjonal avveining – selv om domstolen mente at staten hadde en bred skjønnsmargin (A v Norge 2009, 74).

Ad Konsensus blant medlemslandene

Et siste, mer uklart aspektet av skjønnsmarginindoktrinen gjelder "eksistensen eller ikke-eksistensen av felles interesser mellom lovgivningene i de kontraherende stater" (Rasmussen 1984, para 40); XV Storbritannia 1997, 13; jf. 1996 Brems, 248, 276). EMD kan begrense skjønnsmarginen når en konsensus mellom statene oppstår, eller øke kravene den stiller til statens argumenter. Hvorfor legger EMD vekt på dette?

EMDs oppmerksomhet om en slik ny europeisk konsensus kan være en måte å begrense den dynamiske (ofte kalt "evolutive") tolkningen av EMK. I Tyrer vs. United Kingdom fant domstolen for eksempel at fysisk avstraffelse i form av spanskrør ('birching') over tid hadde blitt nedverdiggende og derfor uakseptabelt. Andre eksempler er dødsstraff (Soering vs. Storbritannia 1989) og skille mellom "legitime" og "uekte" barn (Marckx vs. Belgia 1979). Men EMD tillater ikke brudd på rettigheter "av prinsipiell betydning" selv der det mangler konsensus. For eksempel, i en sak vedrørende fangers stemmerett (Hirst V. UK 2005) hevdet domstolen at "selv om man ikke kan skjelve noen felles europeisk tilnærming til problemet, kan dette i seg selv ikke være avgjørende for saken".

Det er altså noen trekk av skjønnsmarginindoktrinen, og proporsjonalitetstesten EMD bruker i vurderingen av om en stat skal tilkjennes en slik margin. Det viktig å merke seg at denne praksisen har utviklet seg over tid, og at det er uenighet både om forskjellige deler av den, og om hvordan den skal anvendes i konkrete tilfelle. For eksempel, i en sak om avisers yringsfrihet mente 11 dommere i EMD at det forelå et brudd på EMK. De ni andre dommere i EMD mente imidlertid at denne vurderingen burde vært overlatt til nasjonale domstoler:

The difference of opinion separating us from our colleagues concerns above all the necessity of the interference and the margin of appreciation which, in this connection, is to be allowed to the national authorities. (Sunday Times *The Sunday Times V United Kingdom* 1979).

Liknende uenighet om skjønnsmarginens bredde og anvendelse har ofte kommet til uttrykk blant dommerne i EMD (se bl.a. *Observer and Guardian V Uk* 1991, *Wingrove V United Kingdom* 1996).

3 Hvorfor skjønnsmargin og proporsjonalitetstest?

Hva skal vi mene om EMDs bruk av skjønnsmargin og proporsjonalitetstest?

Ut fra denne fremstillingen – som ikke sammenfaller fullstendig med hvordan EMD faktisk argumenterer – synes det å være noen gode argumenter til fordel for denne måten å respektere nasjonale beslutningsorganer.

Et hovedpoeng kan være at det for en del rettigheter under visse betingelser kan være mer treffsikkert at nasjonale organer avgjør om EMK er tilfredsstilt - selv om det altså er en fare for at staten da dømmer i egen sak. Således hevder EMD at

De nasjonale organene⁵ har direkte demokratisk legitimitet og er, som domstolen har sagt ved mange anledninger, i prinsippet bedre plassert enn en internasjonal domstol til å vurdere lokale behov og forutsetninger (Hatton v UK 2003, 634).

For å avgjøre om rettigheter er tilstrekkelig ivarettatt trengs ofte detaljert informasjon om hvordan lokale særtrekk rammer sårbare grupper, og om hvordan alternative lover vil slå ut. Da er det ikke gitt at en internasjonal domstol kan foreta slike kompliserte beslutninger.

Samtidig er det ikke gitt at nasjonale instanser alltid faktisk vil foreta riktige vurderinger. EMDs skjønnsmargin-doktrine kan forsvares som forsøk på å sikre at nødvendige betingelser er tilstede. For det første er det noen alvorlige rettighetsbrudd der stater sjelden tilkjennes noen margin – så som slaveri og tortur.

I tillegg er det lite grunn til å ha tillit til de nasjonale organenes vurdering av rettighetsbrudd med mindre en god demokratisk prosess har vært gjennomført i lovgivingsfasen: ”den demokratiske legitimiteten til tiltak truffet av demokratisk valgte regjeringer tilsier en viss selvbeherskelse fra rettens [EMDs] side” (Karatas V Tyrkia 1999, dissens, 1999 Benvenisti, 843; Christoffersen, 1998 Mahoney, 81).

Argumentet for at nasjonale myndigheter er mer treffsikre gjelder best for velfungerende demokratier som tillater preferansedanning og frie valg – men denne forutsetningen gjelder ikke for alle Europarådets medlemsstater. Og selv i velfungerende demokratier er det en risiko for at mindretall blir oversett av flertall og majoritetskulturer. Dette kan være en grunn til at EMD sjelden tilkjenner noe særlig skjønnsmargin for rettigheter som er nødvendige for et velfungerende demokrati, så som stemmerett, ytringsfrihet og forsamlingsfrihet. (Benvenisti 1999, 847, 853-4; Feldman 2001).

Jeg foreslår at proporsjonalitetstesten også er en slik sikkerhetsmekanisme. Den er dermed *ikke* del av en rettsliggjøringsprosess som uthuler demokratiet, særlig dersom alternativet er at EMD *ikke* skal gjøre bruk av en skjønnsmargin. Proporsjonalitets-sjekklisten på 5 punkter bidrar til å sikre at nasjonale flertallsorganer faktisk har gjennomført den form for deliberasjon som gjør at resultatet kan forventes å ivareta alle parter rimelig vel: at alternativer har vært drøftet, så vel som konsekvenser disse alternativene vil ha på berørte parters rettigheter og andre interesser. Når det er kjent at EMD faktisk sjekker dette, kan skjønnsmargin-praksisen bidra til å fremme bedre demokratiske prosesser i fremtiden, slik at lovgiver gransker relevante sider og alternativer grundigere og viser dette i saksdokumentene.

Merk at denne bruken av proporsjonalitetstest er nyttig både for demokratier og ikke minst i stater med mindre velutviklede demokratiske institusjoner og demokratisk kultur: der vil kravet om en proporsjonalitetstesting for at EMD skal tilkjenne staten en skjønnsmargin kunne bidra til både å styrke demokratiske prosesser, og ikke minst bidra til at beslutningstakere tar hensyn til alles rettigheter i noe større grad enn ellers ville være tilfelle.

⁵ “The national authorities”

4 Anvendt på tomtefestesaken

La oss nå se på EMDs beslutning i tomtefestesaken, der norske myndigheter altså ikke nøt godt av en skjønnsmargin i spørsmålet om loven bryter med EMK.⁶ EMD fastslo at Tomtefestelovens § 33 var i strid med EMK. Paragraf 33 innebar at tomtefestere hadde rett til å forlenge festekontrakten på samme vilkår som tidligere. Hele realavkastningen på tomten skulle tilfalle fester, og intet til grunneieren. Høyesterett hadde bekreftet loven i en dom i 2007.⁷ Flere grunneiere hadde så tatt denne loven til EMD. EMD slo fast at tomtefesteloven brøt med vern av eiendomsretten i EMK. Den relevante delen av konvensjonen er denne:

Vern om eiendom

Enhver fysisk eller juridisk person har rett til å få nyte sin eiendom i fred. Ingen skal bli fratatt sin eiendom unntatt i det offentliges interesse og på de betingelser som er hjemlet ved lov og ved folkerettens alminnelige prinsipper. (Artikkel 1 i første tilleggsprotokoll til EMK 1952).

Domstolen mente at en forlengelse av festeavtalen må gi eieren et rettferdig vederlag, med en rimelig økonomisk balanse mellom grunneiere og festere. Staten anket saken, men anken ble avvist 23. oktober 2012. Norges Bondelag, Skogeierforbundet og noen grunneiere likte dommen fra EMD, og EMDs avslag på anken. De mente at grunneierne bør ha krav på en ny festeavgift som står i forhold til markedsverdien av tomten eller festeretten. Andre, deriblant Audun Lysbakken (SV) beklaget at EMD gjorde om på et demokratisk vedtak med bred legitimitet i Stortinget.⁸ Flere politiske partier – Høyre, Fremskrittspartiet og Senterpartiet - var fornøyd med at EMD sikrer eiendomsretten på denne måten.⁹ Senterpartiet hadde sågar motsatt seg loven i Stortinget, og vant slik sett 'omkampen' i EMD.

EMD slo fast at det uenigheten gjaldt, var om reduksjonen av eiendomsrett var led i et legitimt formal og om det var proporsjonalitet mellom inngrepet i eiendomsretten og disse formålene (59). EMD hadde i en tidligere sak gjort klart at retten til eiendom ikke sikrer en rett til full kompensasjon i alle situasjoner. Legitime målsettinger som 'public interest' for å fremme sosial rettferdig fordeling kunne tilsi mindre enn full markedsverdi, og EMD så det som sin rolle bare å avklare om valg av kompensasjon var utenfor statens vide skjønnsmargin i dette tilfelle (*James and Others V. The United Kingdom* 1986, 54).

Høyesteretts flertall hadde argumentert blant annet ut fra nettopp denne saken. EMD aksepterte Stortingets målsetting om å ikke utsette de tomtefesterne som hadde begrensede økonomiske ressurser for stor økonomisk belastning knyttet til hjemmene eller ferieboligene. EMD godtok dette selv om domstolen også konstaterte at loven gjaldt for alle som skulle fornye tomtefestet, uavhengig av deres økonomi (100). Men EMD mente at Stortinget kom til kort hva gjelder proporsjonalitetstesten. Selv om EMD hadde respekt for at saken var

⁶ Det er fremdeles slik at EMD overlater til Norge å fastsette erstatningsnivået, og i den forstand beholder Norge altså en viss margin.

⁷ 21 september 2007 (HR 2007-1593-P, 2007/237)

⁸ <http://www.klassekampen.no/60336/article/item/null>

⁹ Ibid, og <http://www.senterpartiet.no/meny-forside/sp-har-reservert-seg-mot-aa-anke-i-tomtefestesak-article78102-12919.html>

komplisert og berørte svært mange, var domstolen uenig i Stortingets avveining av interessene til tomteeierne i forhold til tomtefesterne. EMD sa tvert imot at den ikke var blitt gjort oppmerksom på, og at det heller ikke fantes noe i materialet partene hadde sendt, som tydet på at Stortinget hadde foretatt noen vurdering av om denne delen av loven ville ivareta en 'rimelig balanse' ('fair balance') mellom interessene til tomtefesterne og tomteeierne (128). I tillegg ble EMD slått av den særdeles lave leien tomteeierne ville få ifølge den nye loven: mindre enn 0.25% av markedsverdien. Domstolen fastslo at det var ingen offentlig interesse som skulle tilsi et så lavt leienivå (129) – særlig siden dette ville gjelde alle tomtefestere og i ubegrenset tid framover. Derfor fant EMD at tomtefesteloven var hinsides den skjønnsmargin Norge hadde for å balansere mellom partenes interesser.

EMD ser altså ut til å ha vært parat til i prinsippet å tilkjenne norsk høyesterett siste ord i vurderingen av om tomtefesteloven var i samsvar med EMK, og at skjønnsmarginen kunne gå så langt som til å tillate en såpass skjev fordeling av byrder og fordeler. Men EMD skar gjennom, fordi verken storting eller høyesterett kunne vise til at de folkevalgte hadde foretatt noen avveining av den typen, og heller ikke vurdert alternative måter å regulere tomteleien.

Konklusjon

EMD felte altså Norge i tomtefestesaken dels fordi domstolen ikke fant tilstrekkelig spor av at myndighetene har tatt alvorlig de rettighetene som Norge har forpliktet seg til ved å slutte seg til den europeiske menneskerettighetskonvensjon.

La oss avslutningsvis vende tilbake til bekymringene om internasjonale domstoler uthuler det demokratiske folkestyret. Uten å foregripe om det er generelle trender i den retningen, la oss se på tomtefestesaken. Er dette et eksempel på en utilbørlig 'omkamp' om en sak som først er blitt grundig behandlet av demokratisk folkevalgte? Ut fra EMDs beskrivelse av saken har dette vært en lovgivning som ikke lever godt nok opp til demokratiske minstestandarder. Domstolen hevder tvert imot at Stortinget – eller forvaltningen som utarbeidet begrunnelsen for lovforslaget – *ikke* behandlet saken godt nok, fordi myndighetene unnlot å vurdere konsekvensene for berørte parters rettigheter i lys av alternative måter å ivareta de boligpolitiske målsettingene.

Er tomtefestesaken et eksempel på at EMD har fjernet seg fra å verne om 'den lille mann' til fordel for 'pressgrupper', slik noen kan frykte skjer med internasjonale domstoler? Dette er vanskelig å hevde at så er tilfelle i denne saken. Det kan være store og mektige interessenter både som tomteeiere og som festere. Og oogså 'den lille mann' kan være del av pressgrupper. I tillegg er det ikke opplagt at det er normativt uakseptabelt at noen pressgrupper av og til vinner fram – det må dels avhenge av hvilke interesser som står på spill.

Og til sist: hvor demokratisk betenkelig er slike saker? Som det fremgår av presentasjonen, ser det ut til at EMD nettopp har forsøkt både å respektere og bygge opp under demokratisk fattede vedtak gjennom bruk av skjønnsmargin. Skjønnsmarginpraksisen, med en proporsjonalitetstest, fremstår derfor ikke så udemokratisk hvis den fører til at myndighetene foretar en mer omhyggelig vurdering av individers traktatfestede rettigheter, og flere pro et contra argumenter rundt alternativer – både i noenlunde velfungerende demokratier og i andre europeiske stater. Disse virkningene av EMD kan bidra til å styrke det nasjonale demokratiske selvstyret – kanskje særlig i stater med svakere demokratiske institusjoner og tradisjoner, men altså også i Norge. EMDs bruk av skjønnsmarginen og proporsjonalitetstesten viser dermed at rettsliggjøring ikke nødvendigvis er i konflikt med demokratisk selvstyre.

Men dette er altså argumenter knyttet til det EMD hevder om sin egen

skjønnsmargin-praksis, og et enkelt case. Det er mange saker der skjønnsmarginen har vært brukt mer lemfeldig, og der dommerne i EMD har vært uenig om den skal komme til anvendelse (Se Letsas 2007, Follesdal 2014 og sakene nevnt ovenfor).

Vi må håpe at statenes beslutning om å ta skjønnsmarginen inn i EMK fører til at EMD gjør denne praksisen tydelig, konsistent og gjennomtenkt på flere punkter. Det kan føre til at EMD respekterer medlemsstatenes beslutninger når de er resultat av en velfungerende demokratisk prosess, og bidrar til å korrigere beslutningene der det er nødvendig. Særlig viktig – og vanskelig – vil det være å avklare hvordan EMD skal håndtere saker der rettigheter kommer i konflikt med flertallets veletablerte moraloppfatninger, eller der en stat etter hvert blir stående alene i sin rettspraksis. At den enkeltes rettigheter er i konflikt med flertallets sterke oppfatninger bør ikke overraske – det er jo ofte poenget med rettighetsvern.

Stikkord

Den europeiske menneskerettighetsdomstol, demokrati, skjønnsmargin, tomtfestesaken, proporsjonalitetstest

Referanser

- Arai-Takahashi, Yutaka 2013. "The Margin of Appreciation Doctrine: A Theoretical Analysis of Strasbourg's Variable Geometry." In *The European Court of Human Rights*, edited by Andreas Follesdal, Birgit Peters and Geir Ulfstein, 62-105. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bates, Ed 2010. *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Benvenisti, Eyal 1999. 'Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards.' *International law and politics* 31: 843-54.
- Brems, Eva 1996. 'The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights.' *Heidelberg Journal of International Law* 56: 240.
- del Moral, Ignacio de la Rasilla 2006. 'The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine.' *German Law Journal* 7, no. 6: 611-.
- Feldman, D 2001. 'Establishing the Legitimacy of Judicial Procedures for Protecting Human Rights' *European review of Public Law* 13, no. 1: 139.
- Follesdal, Andreas 2014. "Appreciating the Margin of Appreciation." In *On Human Rights (...)*, edited by Adam Daniel Elinson. Oxford: Oxford University Press.
- — — 2009. 'The Legitimacy of International Human Rights Review: The Case of the European Court of Human Rights.' *Journal of Social Philosophy* 40, no. 4: 595-607.
- — — 2013. "Much Ado About Nothing? International Judicial Review of Human Rights in Well Functioning Democracies " In *The Legitimacy of International Human Rights Regimes*, edited by Andreas Follesdal, Johan Schaffer and Geir Ulfstein, 272-99. Cambridge: Cambridge University Press.
- Handyside Vs. The United Kingdom*, 24 5493/72 523 (1976).

James and Others V. The United Kingdom, A 098 B 8793/79 (1986).

Kratochvil, Jan 2011. 'The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights.' *Netherlands Quarterly of Human Rights* 29, no. 3: 324-57.

Lawless V. Ireland, Eur Ct HR (ser. B) (1961).

Letsas, George 2007. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* Oxford: Oxford University Press.

— — — 2006. 'Two Concepts of the Margin of Appreciation.' *Oxford Journal of Legal Studies* 26, no. 4: 705-32.

Lindholm and Others Vs. Norway, Eur Ct HR (ser. B) 13221/08 (2012).

Mahoney, Paul 1998. 'Marvelous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?' *Human Rights Law Journal* 19, no. 1.

Observer and Guardian V Uk, No. 13585/88 (1991).

Shany, Yuval 2005. 'Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?' *European Journal of International Law* 16, no. 5: 907-40.

Simpson, Alfred William Brian 2004. *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*.

The Sunday Times V United Kingdom, (1979).

UK Government. "Draft Brighton Declaration on the Future of the European Court of Human Rights -- Second Version." (2012), <http://adam1cor.files.wordpress.com/2012/02/2012dd220e.pdf>.

Wingrove V United Kingdom, (1996).

Z V. Finland, 25 European Human Rights Reporter 371 (1998).