

Effektivisering av subsidiaritet i EMK

– en replikk til Marius Emberland

Av advokat Jon Wessel-Aas

I *Lov og Rett* 08/2013 kommenterer Marius Emberland på lederplass protokoll nr. 15 til Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), som foreløpig bare er undertegnet av snaut halvparten av Europarådets medlemsstater. For lesernes skyld gjengir jeg det punktet i protokollteksten som Emberland kommenterte, også her:

«Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention.»

Jeg deler Emberlands generelle utlegning med hensyn til at en slik tekst, når den en gang trer i kraft, som en del av EMKs fortale, vil kunne tillegges vekt i både Den europeiske menneskerettsdomstolens (EMDs) og de nasjonale domstolenes tolkning og håndhevelse av EMK. Dét følger, som Emberland peker på, både av generell, internasjonal traktatsrett og av EMDs egen praksis.

Jeg er derimot usikker på om vedtagelsen av denne teksten – slik Emberland antyder – innebærer en realitetsendring. Etter min mening kan den snarere oppfattes som en kodifisering av EMDs egen praksis og en presisering av prinsipper som allerede uttrykkes direkte eller indirekte i konvensjonsteksten. EMK artikkel 1 om konvensjonsstatenes primæransvar for sikring av borgernes konvensjonsrettigheter og artikkel 35 nr. 1 om uttømming av nasjonale rettsmidler som prosessuell forutsetning for å klage til EMD er eksempler på dette.

«Affirming», som teksten innledes med, betyr for så vidt også å bekrefte. Og ser man nærmere på noen av de forslagene som lå på bordet, men som ble forkastet i løpet av de høynivåkonferansene som blant annet denne protokollteksten er et resultat av, blir det etter min mening tydelig at man nettopp *ikke* har ment å endre gjeldende praktisering av subsidiaritetsprinsippet.¹⁾ Blant andre Storbritannia hadde nemlig tatt til orde for å endre selve klagekriteriene i EMK, ved å innføre et nytt avvisningsgrunnlag. Forslaget gikk i hovedtrekk ut på at EMD skulle være avskåret fra å realitetsbehandle en klage

dersom forholdet til EMK var blitt behandlet av vedkommende nasjonale myndigheter i den konkrete klagesaken, med mindre nasjonale domstoler hadde feilet grunnleggende («manifestly erred») i sin tolkning eller håndhevelse av EMK i vedkommende sak.²⁾

Når slike forslag om innføring av nye avvisningsgrunnlag ikke ble tatt til følge, og man istedenfor valgte å formulere det tillegget til fortalen, som protokollteksten gjengitt ovenfor, viser det etter min mening at man ikke har ønsket å innføre materielle endringer i EMDs kompetanse.

Det har for øvrig gode grunner for seg å ikke legge mer i den foreslåtte teksten enn å oppfatte den som en bekreftelse, en kodifisering, av gjeldende grunnprinsipper:

Realiteten i forslag som det britiske er at man vil undergrave det konstitusjonelle fundamentet i EMK-systemet: at EMD, uavhengig av konvensjonsstatene, som siste rettsinstans skal ha det avgjørende ord i den enkelte klagesak, med hensyn til tolkningen og håndhevingen av EMK. EMK skal sikre enkeltindividene mot at den enkelte konvensjonsstat krenker deres konvensjonsfestede rettigheter. Dette kan vanskelig sikres over tid uten at EMD – slik tilfelle har vært til nå – har full kompetanse til å prøve om konvensjonsstatene faktisk har oppfylt sine forpliktelser i den enkelte klagesak.

Dersom nasjonale myndigheter, herunder nasjonale domstoler, *har* håndhevet konvensjonen på en samvittighetsfull og korrekt måte i den enkelte tilfelle, vil EMD – som i dag – enten avvise klagen som «manifestly ill-founded» eller treffe realitetsavgjørelse om at konvensjonen ikke er krenket.

En konvensjonsstat som under dagens system ikke er villig til å underlegge seg EMDs jurisdiksjon fullt ut, kan således ikke sies å ha noen reell vilje til å respektere og håndheve EMK fullt ut. Det vil raskt undergrave menneskerettighetenes stilling i Europa om man skulle akseptere en slik utvikling.

Det er vanskelig å lese Emberlands innlegg annerledes enn at han tar til orde for et (om enn lite) skritt i den retning. Han peker i den forbindelse på den vittrige overbelastningen av EMD-systemet de senere år (som man for øvrig har innført andre reformer for å få bukt med), som skyldes økningen av antall klagesaker.

Emberland tilskriver denne økningen blant annet til «at EMD selv har valgt å spille en aktiv rolle som kontrollorgan». Selv om han riktignok føyer til at «svakheter i den

1) Det siktes her særlig til forslag lagt frem av Storbritannia og Sveits i dokumentet DH-GDR(2011)020 – Possible New Procedural Rules or Practices Concerning Access to the Court, avsnitt 8.

2) Se nærmere omtale av forslaget i Europarådets styringskomite for menneskerettigheters rapport CDDH(2012)R74 – CDDH Final Report on measures requiring amendment of the European Convention on Human Rights, avsnitt 28–32.

nasjonale domstolsprøvingen har nok også medvirket til eksplosjonen i klagesaker». Det første er en høyst diskutabel påstand. EMD avviser allerede i dag ca. 90 % av klagesakene. Av den totale mengde klagesaker stammer ellers et overveldende flertall fra mindre utviklede demokratier: Russland, Tyrkia, Romania og Ukraina – der nettopp den andre årsaken til klageomfanget som Emberland nevner, dominerer. Og i mange av de sakene som slipper gjennom til realitetsbehandling fra disse landene, dreier det seg om alvorlige krenkninger av menneskerettighetene.

Å redusere EMDs formelle prøvingskompetanse under disse omstendigheter vil derfor først og fremst redusere menneskerettsvernet til befolkningen i de land som allerede lider under manglende beskyttelse. Subsidiaritetsprinsippets effektivisering bør derfor bero på konvensjonsstatenes vilje og evne til å håndheve EMK på hjemmebane, og ikke på at EMDs kontrollfunksjon svekkes. Det siste vil kun effektivisere muligheten til å bryte menneskerettighetene, sanksjonsfritt.