

Rekkevidden av statenes folkerettslige plikt til å rette seg etter EMDs endelige dom

*Hvor fritt står statene til å velge hvorvidt de må
endre nasjonal lovgivning som følge av en
fellende dom i EMD?*

Kandidatnummer: 43

Antall ord: 14 899



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.mai 2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 INTRODUKSJON	4
1.1 Presentasjon av tema	4
1.2 Kontekst	6
1.2.1 Kort om Europarådet	6
1.2.2 Aktualitet	6
1.2.3 Presisering og avgrensning av tema	10
1.3 Avhandlingens oppbygning	12
2 FOLKERETTLIG GRUNNLAG FOR ORGANENES KOMPETANSE	14
2.1 Problemstillingen	14
2.2 Metode	14
2.3 EMDs kompetanse	16
2.3.1 Tolkningsobjektet	16
2.3.2 Ordlyden	16
2.3.3 Konteksten	17
2.3.4 Formålsbetraktninger	26
2.3.5 Foreløpig konklusjon om EMDs kompetanse	28
2.4 Ministerkomiteens kompetanse	29
2.4.1 Tolkningsobjektet	29
2.4.2 Ordlyden	29
2.4.3 Konteksten	30
2.4.4 Formålsbetraktninger	32
2.5 Konklusjon om organenes kompetanse	33
3 FAKTISKE KONSEKVENSER FOR STATENES SKJØNNMARGIN	34
3.1 Metodevalg	34
3.2 Case-studie: Innsattes stemmerett	36
3.3 Case-studie: Rett til endring av juridisk kjønn	40
3.4 Det overordnede bildet	43
3.5 Konklusjon	46
4 TRÅDENE SAMLES	48
Referanser	50

1 INTRODUKSJON

1.1 Presentasjon av tema

Avhandlingens overordnede tema er hvor fritt statene står til å velge hvorvidt nasjonal lovgivning må endres som følge av en fellende dom i Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD, domstolen).

Blant dommene der EMD har felt Norge for brudd på Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK, konvensjonen) er tomtefestedommen¹ kanskje den som har hatt størst ringvirkninger i Norge. Etter domfellelsen i Strasbourg nedsatte norske myndigheter et lovutvalg for å vurdere hvordan dommen skulle implementeres, og tomtefestelova ble endret, hvilket påvirket nærmere 200.000 festere.² Var Norge folkerettslig forpliktet til å foreta disse lovendringene? Og hva ville skjedd dersom de ikke ble gjort? Har Norge og de øvrige konvensjonspartene gitt Strasbourg makt til å leke nasjonal lovgiver? I denne avhandlingen skal disse spørsmålene besvares indirekte, uten henblikk på Norge spesielt, men snarere gjennom en overordnet og prinsipiell drøftelse av hvilke folkerettslige plikter som påhviler konvensjonspartene i implementeringen av dommer fra EMD.

Under EMK artikkel 1 plikter de kontraherende statene å sikre menneskerettighetene innenfor sin jurisdiksjon. Slik gir denne fanebestemmelsen også uttrykk for subsidiaritetsprinsippet. Etter dette anerkjente folkerettslige prinsippet er det statene selv som i første rekke skal sikre overholdelse av folkerettslige forpliktelser, og reparere eventuelle brudd. Dersom en person mener staten ikke tilstrekkelig har sikret vedkommendes konvensjonsrettigheter, kan staten under artikkel 34 klages inn for domstolen etter at alle nasjonale rettsmidler er uttømt.³

Dersom domstolen finner at en stat ikke har oppfylt denne plikten, plikter staten etter artikkel 46(1) å ”abide by” den endelige dommen. Tema for oppgaven er rekkevidden av denne plikten til å rette seg etter dommen. Etter andre ledd skal fullbyrdelsen av denne implementeringsplikten overvåkes av Ministerkomiteen i Europarådet. Slik den er konkretisert i komiteens prosedyreregler⁴ samt veletablert EMD-praksis, innebærer plikten

¹ *Lindheim v. Norway*.

² Prop. 73 L (2014-2015) kapittel 2.1.

³ Under artikkel 33 kan også medlemsstater klage andre stater inn, men dette skjer sjelden i praksis.

⁴ Rules of Procedure (2006) Rule 6.2.

først og fremst å gjenopprette den individuelle klagerens rettsstilling. Dersom dette ikke er mulig, kan staten subsidiært pålegges å betale oppreisning til den krenkede under artikkel 41. Dessuten plikter statene å fatte *generelle* tiltak for å forhindre lignende fremtidige brudd.

Til stadighet har EMD fremhevet rollefordelingen mellom domstolen og Ministerkomiteen og utvist tilbakeholdenhet med å kommentere implementeringsspørsmål overhodet. Tradisjonelt har dermed domstolen fremholdt at dommene er ”essentially declaratory”,⁵ og nøyd seg med å konstatere eventuelle brudd på konvensjonen. Dommer der EMD følger denne tilbakeholdne tilnærmingen, vil i det videre kalles *deklaratoriske*. I slike deklaratoriske dommer har valg av individuelle og generelle tiltak blitt overlatt til den dømte staten selv, i tråd med subsidiaritetsprinsippet. Særlig når det gjelder generelle tiltak har staten nytt et stort spillerom. Normalt vurderer ikke domstolen en nasjonal rettsnorms abstrakte konvensjonsmessighet, men begrenser seg til å vurdere statens handlemåte i en konkret sak.⁶ Når det gjelder nasjonal lov, vurderer domstolen dermed normalt *anvendelsen* av loven i et konkret tilfelle, og er tilbakeholden med å vurdere loven i seg selv. Dermed har statlige myndigheter tilsynelatende stått fritt til å vurdere hvorvidt loven må endres for å forhindre nye brudd. De konkrete nødvendige *individuelle* tiltak følger gjerne implisitt og uunngåelig av en dom, særlig når domstolen idømmer økonomisk oppreisning. Motsetningsvis kan unngåelse av fremtidige brudd jevnt over sikres på ulike måter, eksempelvis gjennom endringer i lov, forskrift, forvaltnings- eller rettspraksis, eller andre mer *ad hoc*-pregede løsninger. Statene anses desto bedre egnet til selv å velge passende nasjonale tiltak, i lys av særegenhetene ved statens rettslige og politiske system.⁷ Statenes skjønnsmargin i valg av generelle implementeringstiltak synes altså å være bredere. Det overordnede spørsmålet for avhandlingen er hvorvidt dette spillerommet *kan*, og i så fall faktisk *blir*, snevret inn. Som det skal demonstreres i det videre, er dette et spørsmål med høy aktualitet.

⁵ *Marcx v. Belgium* avsnitt 58.

⁶ Reiertsen (2007) s. 233.

⁷ *Hatton v. UK* avsnitt 97.

1.2 Kontekst

1.2.1 Kort om Europarådet

I kjølvannet av andre verdenskrig ble behovet for å definere universelle menneskerettigheter presserende. Opprettelsen av FN og utformingen av den universelle menneskerettighetserklæring ble det umiddelbare svaret. Selv om erklæringen utvilsomt styrket statenes moralske og politiske forpliktelse til å respektere menneskerettighetene, er den ikke juridisk bindende. Uten et effektivt system for å sanksjonere brudd, står rettighetene i fare for å bli illusoriske. I 1949 ble derfor Europarådet opprettet for å fremme demokrati og effektiv menneskerettighetsbeskyttelse på det europeiske kontinentet. Inspirert av den universelle menneskerettighetserklæringen, utarbeidet de ti opprinnelige medlemsstatene den europeiske menneskerettighetskonvensjon, som den første som påla de kontraherende statene en rettslig plikt til å respektere og sikre konvensjonsrettighetene.⁸ Etter hvert som stadig flere demokrati ble konsolidert i Europa, økte medlemsmassen til Europarådet og konvensjonen.

Utover konvensjonens rettslig bindende karakter, ble det europeiske systemet ytterligere banebrytende idet domstolen ble opprettet i 1959, som det første overnasjonale organet med kompetanse til å prøve medlemsstatenes overholdelse av konvensjonsrettighetene.⁹ Gjennom Protokoll 11 ble domstolens jurisdiksjon i 1998 gjort obligatorisk for alle medlemsstatene i Europarådet, som nå teller 47 land.

Ved siden av domstolen, består Europarådet altså blant annet av Ministerkomiteen, organisasjonens høyeste politiske beslutningsorgan bestående av utenriksministrene eller deres representanter fra samtlige medlemsland. Etter artikkel 46(2) skal komiteen overvåke fullbyrdelsen av dommene fra EMD. Når komiteen finner at en stat har fattet tilstrekkelige implementeringstiltak, avslutter den saken gjennom en *Final Resolution*.

1.2.2 Aktualitet

De senere år har antallet klager til domstolen økt drastisk. Som illustrasjon kan det vises til at i 1999 mottok Strasbourg 8400 klager,¹⁰ mens tallet for året 2017 var hele 63 350!¹¹ Økningen

⁸ <https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention/the-convention-in-1950>.

⁹ Ibid.

¹⁰ ECHR: *50 Years of Activity* s. 4.

¹¹ ECHR: *Facts and Figures 2017* s. 5.

kan forklares med innlemmelsen av stadig flere nye demokratier som medlemsland, i tillegg til at bevisstheten rundt menneskerettighetene og domstolens virke har vokst. Dessuten springer klager fra samme stat ofte ut fra underliggende, strukturelle problemer i den nasjonale rettsorden. De senere år har rundt 85 % av alle nye klager for domstolen vært repetitive, altså springer de ut av samme strukturelle problem.¹² Dersom den dømte staten ikke foretar seg noe for å endre slike systemfeil, fortsetter individuelle repetitive klager å strømme inn til Strasbourg.

EMD opplever altså at enkelte medlemsstater ikke responderer tilstrekkelig på de fellende dommene, og i enkelte tilfeller ikke foretar seg noe som helst. Med Ministerkomiteens avslutning av saken som indikator på en tilstrekkelig implementert dom, finner Hillebrecht at rundt 48 % av alle EMD-dommer var fullstendig implementert i 2014, altså hadde statene ikke respondert tilstrekkelig på over halvparten av dommene.¹³ Unnlattelse av å tilstrekkelig fullbyrde en dom truer Strasbourgssystemets kredibilitet og autoritet, og risikerer at konvensjonsrettighetene uthules og blir illusoriske.

For å møte disse utfordringene, har både domstolen og Ministerkomiteen endret sin praksis. Siden årtusenskiftet kan det spores en økende tendens til at domstolen angir mer spesifikt hvilke tiltak en stat må fatte for å oppfylle implementeringsplikten under artikkel 46. Når det gjelder generelle tiltak, vurderer domstolen gjerne egenskaper ved den nasjonale rettsorden mer abstrakt, og angir konkret hvilke endringer som er nødvendige for å forhindre fremtidige brudd.¹⁴ I 2004 avsa domstolen sin første pilotdom. Etter denne prosedyren behandler domstolen gjerne tusenvis av klager som springer ut av underliggende strukturelle problem i den innklagede staten, gjennom å velge ut et fåtall individuelle klager til behandling. I én samlet pilotdom identifiseres de aktuelle strukturelle problemene klagestrømmen springer ut av, samt hvilke generelle tiltak staten må fatte for å bøte på problemene.

De senere år har domstolen gått stadig lengre i å konkretisere hvilke generelle tiltak som kreves for å avverge fremtidige brudd. Fra å ”recommend” eller ”indicate” konkrete lovendringer, har domstolen de senere år oftere anlagt en mer imperativ ordbruk. I domspremissene i *Atiman v. Turkey* fastslo et enstemmig EMD at:

¹² Annual Report 2017 s. 57.

¹³ Hillebrecht (2014) s. 48.

¹⁴ *Ürper v. Turkey* avsnitt 52.

in order to execute the present judgment, in accordance with the obligations under Article 46 of the Convention, the respondent State *will have to* make the relevant legislative amendments to prevent similar violations in the future. To that end, the Court considers that section 39 of the Regulation of the Powers and Duties of the Gendarmerie *should* be amended (mine kursiveringer).¹⁵

Slike ordre fremgår gjerne av domspremissene, men inntas tidvis også i domsslutningen.¹⁶ Dessuten setter domstolen gjerne en tidsfrist for når tiltakene må være igangsatt.¹⁷ Videre gis implementeringsordre stadig oftere også uten at domstolen anvender pilotdom-prosedyren. Den nettopp siterte dommen er et eksempel på slike såkalte *quasi pilot judgments*. Til illustrasjon ble det i 2016 angitt implementeringstiltak i 13 dommer, hvorav kun én var en formell pilotdom.¹⁸

Domstolen har altså blitt mindre tilbakeholden og anser seg nå tilsynelatende kompetent til å binde statene til konkrete implementeringstiltak. Men har domstolen folkerettslig grunnlag for denne tilnærmingen? I EMK finnes ingen bestemmelse tilsvarende den amerikanske menneskerettighetskonvensjonens artikkel 63, som eksplisitt tillegger den interamerikanske menneskerettighetsdomstolen makt til å pålegge statene svært konkrete implementeringstiltak. Pilotdom-prosedyren er bare nedfelt i domstolens forretningsorden,¹⁹ som domstolen selv fastsetter. Betyr tausheten i EMK at EMD ikke har kompetanse til å binde statene til konkrete implementeringstiltak? Skepsisen til praksisens rettslige forankring har blitt uttrykt fra flere hold.²⁰ Sterke føringer fra Strasbourg når det gjelder lovendringer kan oppfattes som ”the surrender of national discretion”.²¹ Enkelte staters opposisjon mot domstolens indikasjonspraksis,²² samt uenigheten blant EMD-dommerne selv²³ i hvor langt deres jurisdiksjon kan strekkes, viser at dette er et omstridt og uavklart spørsmål.

Ministerkomiteen har også inntatt en stadig mer proaktiv rolle for å sikre at dommene fullbyrdes. I Strasbourgsystemets spede begynnelse nøyde komiteen seg med å ”take note of”

¹⁵ Avsnitt 47.

¹⁶ *Jovanovic v. Serbia* avsnitt 6 i domsslutningen.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Annual Report 2017 s. 121.

¹⁹ Rules of Court Rule 61.

²⁰ Tsereteli (2015) s. 12 for videre henvisninger.

²¹ Staden (2018) s. 86.

²² Eksempelvis hevdet Theresa May i 2016 at EMD kan ”bind the hands of Parliament” og at Storbritannia burde trekke seg ut av EMK.

²³ Se eksempelvis de fire dissensene i *Moreira Ferreira v. Portugal* fra 2017.

statens innrapporterte informasjon om hvilke tiltak den hadde fattet for å implementere en dom,²⁴ og avsluttet med dette overvåkingen av saken. Først på åttitallet anla komiteen praksisen med å vurdere tiltakenes tilstrekkelighet, og stille krav om tiltak myntet på å unngå fremtidige brudd.²⁵ Komiteen kunne likevel avslutte en sak basert på en stats rene lovnader i *Action Plans* om å fatte generelle implementeringstiltak.²⁶ Etter hvert begynte komiteen å kreve at staten fremla bevis for at de nødvendige implementeringstiltakene faktisk var gjort,²⁷ i såkalte *Action Reports*. I tilfellene der komiteen fant at staten ikke hadde gjort tilstrekkelig, begynte den å stille skjerpede krav gjennom midlertidige *Interim Resolutions*, uten å avslutte saken.

For å hankses med den voksende saksoverfloden etter årtusensskiftet, tok komiteen dessuten i bruk en ny arbeidsmetode i 2011,²⁸ der saker som springer ut av et underliggende strukturelt problem overvåkes særlig inngående gjennom den såkalte *enhanced supervision procedure*.²⁹ Etter denne intensiverte overvåkingsprosedyren inntar komiteen en særlig aktiv rolle i statenes implementeringsarbeid. Men hvor langt kan egentlig Ministerkomiteen gå? At forvirringen råder, kom til syne i eksempelvis en av de første pilotdommene, *Assanidze v. Georgia*. Dissenterende dommer Costa fremholdt at konvensjonen ikke lenger synes å gi komiteen makt til å pålegge statene rettslige forpliktelser. Han påpekte at Ministerkomiteen før Protokoll 11 selv hadde myndighet til å konstatere brudd på konvensjonen, og at statene dermed var bundet av komiteens avgjørelser. Han hevdet at under det nåværende systemet, der komiteen bare skal overvåke implementeringen av dommene fra EMD, ”that State obligation to the Committee of Ministers has, *at least on the face of it*, disappeared” (min kursivering).³⁰ I denne avhandlingen skal det dykkes under overflaten for å klargjøre den faktiske rekkevidden statenes plikter overfor komiteen.

Konkretisering av hva som kreves av staten tydeliggjør eventuell unnlattelse av å fatte de angitte tiltakene. Det er dermed på det rene at de nyutviklede strategiene i Strasbourg øker det *politiske* presset til å implementere en dom, også gjennom nasjonale lovendringer dersom EMD og/eller Ministerkomiteen beordrer dette. Statsvitenskapelig forskning demonstrerer at

²⁴ Rules of Procedure (1976) Rule 3.

²⁵ Staden (2018) s. 18.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Endringene i komiteens Rules of Procedure (2006) trådte i kraft i 2011.

²⁹ Annual Report 2011 s. 19.

³⁰ avsnitt 6.

strategiene har båret frukter. Eksempelvis viser Stiansens studie³¹ at dommer der EMD angir konkrete implementeringstiltak avsluttes raskere av Ministerkomiteen. Et betimelig og stadig uavklart spørsmål er imidlertid hvorvidt medlemsstatene kan pålegges en *rettslig* plikt til å endre loven for å forhindre fremtidige brudd.

Domstolen rettferdiggjør gjerne indikasjonen av implementeringstiltak med at sakens natur gjør at staten uansett ikke har noe reelt valg i hvilke tiltak som må fattes som følge av dommen.³² Når det gjelder *generelle* tiltak for å forhindre fremtidige brudd, kan det imidlertid vanskelig sies å noen gang bare finnes én mulig løsning. EMD har likevel angitt enkelte generelle tiltak med slik begrunnelse.³³ Dessuten medfører generelle tiltak gjerne langt mer drastiske endringer i statenes rettsorden enn tiltak som skal gjenopprette den enkelte klagerens situasjon. Spørsmålet om statenes skjønnsmargin når det gjelder generelle tiltak er altså særlig uavklart og omstridt. I en tid der subsidiaritetsprinsippet og statenes skjønnsmargin søkes fremhevet i konvensjonens preambel,³⁴ har spørsmålet særlig stor aktualitet.

1.2.3 Presisering og avgrensning av tema

Motivert av kontroversen rundt de nye fremgangsmåtene i Strasbourg, vil avhandlingen først drøfte hvorvidt domstolen og komiteen har rettslig grunnlag for disse strategiene. Deretter vil det tas sikte på å vurdere hvorvidt de nye metodene rent faktisk synes å snevre inn statenes skjønnsmargin. Dermed utkrystalliseres avhandlingens tema til følgende to hovedspørsmål:

Kan EMD og/eller Ministerkomiteen pålegge statene en rettslig plikt til å endre nasjonal lovgivning som følge av en fellende dom?

I så fall, innebærer dette at statenes skjønnsmargin i valg av generelle tiltak faktisk snevres inn?

Gjennom sin aktuelle praksis demonstrerer altså EMD og Ministerkomiteen at de anser seg kompetente til å pålegge statene konkrete lovendringer. Målet i kapittel 2 er å teste om denne antatte kompetansen har rettslig grunnlag etter folkeretten. Enkelte forskere på feltet har

³¹ Stiansen (2018) s. 1.

³² Se eksempelvis *Assanidze v. Georgia* avsnitt 202.

³³ *Benzer v. Turkey* avsnitt 217-219, betegnet av Ministerkomiteen som generelle tiltak i Annual Report 2014 s. 93.

³⁴ Endringene ble vedtatt i 2013 i Protokoll 15, som venter på ikrafttredelse.

konkludert med at EMDs kompetanse ikke kan strekkes lenger enn til å gi *veiledning*,³⁵ og at domstolen bare kan foreskrive implementeringstiltak med bindende virkning i de tilfellene der staten uansett ikke har noe valg.³⁶ I kapittel 2 utfordres dette standpunktet, og det drøftes om EMDs kompetanse strekker seg lenger. Bare dersom domstolen kan bestemme hvilke(t) tiltak en stat må velge blant flere mulige løsninger, kan domstolen potensielt snevre inn statens skjønnsmargin i implementeringsfasen.

Tema for avhandlingen er rekkevidden av statenes *rettslige plikt* til å endre lovgivningen som følge av en fellende dom. Det vil følgelig avgrenses mot en normativ vurdering av om Strasbourgorganenes nye fremgangsmåter har rettslig *legitimitet*.³⁷

Avhandlingen begrenser seg videre til å vurdere statenes skjønnsmargin i valg av respons på en *endelig dom fra EMD*. Dermed avgrenses det mot skjønnsmarginen i den betydning begrepet vanligvis brukes, nemlig hvordan de materielle konvensjonsrettighetene primært skal sikres i første omgang.³⁸ Dermed vil heller ikke nasjonale domstolars avgjørelser etter EMK artikkel 13 behandles.

Videre dreier avhandlingen seg om responsen på endelige dommer *i saker staten selv er part i*. Følgelig vil ikke statenes skjønnsmargin når det gjelder hvorvidt dommer *mot andre stater* skal implementeres drøftes. Det avgrenses dermed mot det personelle spørsmålet om *erga omnes*-effekten av EMDs dommer. Dessuten avgrenses det mot Strasbourgorganenes kompetanse til å sette tidsfrister for når generelle tiltak må iverksettes. Avhandlingen er begrenset til rekkevidden av den *materielle* bindingsvirkningen av EMDs dommer, altså hvilke tiltak staten materielt sett kan pålegges å fatte.

Domstolens kompetanse til å identifisere strukturelle problem og å fremheve statenes generelle plikt under artikkel 1 jf artikkel 46 til å fatte generelle tiltak som følge av en dom er uomtvistet³⁹ og vil dermed ikke problematiseres. Det springende punkt er hvorvidt kompetansen strekker seg til også å konkretisere *hvordan* plikten til å fatte generelle tiltak skal utføres. Det kan stilles spørsmål ved domstolens kompetanse til å overhodet vurdere nasjonal lovgivning abstrakt, utover den konkrete innklagde sak. Dette er imidlertid mindre

³⁵ Tsereteli (2015) s. 117.

³⁶ Haider (2013) s. 225.

³⁷ Dette tema er utførlig adressert i eksempelvis Tsereteli (2015).

³⁸ Fokus her er altså på såkalt *second-order* snarere enn *first-order compliance*, jf Fishers distinksjon som beskrevet i Simmons (1998) s. 78.

³⁹ Keller & Sweet (2008) s. 682-683.

omstridt,⁴⁰ og er ikke denne avhandlingens fokus. Tema her er pliktene som påhviler den felte staten etter at dom er avsagt, herunder Strasbourgorganenes makt på dette feltet.

Dette spørsmålet har klare forbindelser til kriteriene under artikkel 35 for hvilke saker domstolen kan prøve. Bestemmelsen avskjærer EMD fra å behandle en ny klage som er vesentlig lik en tidligere sak den tidligere har pådømt. Ved flere tilfeller har klagere reist ny sak for domstolen med anførsel om at staten ikke tilstrekkelig har oppfylt plikten under artikkel 46(1) til å fullbyrde en tidligere dom.⁴¹ Hvorvidt EMD etter artikkel 35 avskjæres fra å overhodet behandle klagen, faller også på siden av avhandlingens tema.

Spørsmål om hvordan EMK er implementert nasjonalt er uten betydning for hvilke folkerettslige forpliktelser statene har påtatt seg gjennom ratifikasjon av konvensjonen.⁴² Folkerettslig er EMDs dommer like bindende overfor samtlige medlemsstater. Det vil dermed ikke sondres mellom monistiske og dualistiske rettssystem i medlemsstatene.

Avhandlingens kapittel 2 vil drøfte det rettslige grunnlaget for å diktere generelle implementeringstiltak, uavhengig av hvorvidt slike ordre gis gjennom den formaliserte pilotdom-proseduren eller ei. Det vil dessuten ikke sondres mellom hvorvidt ordrene gis i domspremissene eller domsslutningen, ettersom artikkel 46 kun fastslår at enhver ”final judgment” skal etterleves. Dette tilsier at statene plikter å etterleve dommen *i sin helhet*.⁴³

1.3 Avhandlingens oppbygning

Avhandlingen består av fire kapitler. Foruten innlednings- og avslutningskapitlene, er hoveddelen delt inn i to store kapitler, kapittel 2 og 3. Denne grovinndelingen er valgt for å få tydelig fram at avhandlingens tema er spaltet inn i to hovedproblemstillinger, som presentert ovenfor. En slik inndeling innebærer at det tidvis anvendes opptil fire overskriftsnivå. Inndelingen er likevel valgt for å skape et tydelig skille mellom oppgavens to hovedproblemstillinger.

Tema i kapittel 2 er det rettslige grunnlaget for EMD og Ministerkomiteens kompetanse til å pålegge statene en rettslig plikt til å endre nasjonal lovgivning. Dette spørsmålet må vurderes

⁴⁰ *Marckx v. Belgium* avsnitt 27, samt Reijtsen (2007) s. 233.

⁴¹ Se eksempelvis *Lyons v. UK*.

⁴² Wienkonvensjonen artikkel 26 og 27.

⁴³ Haider (2013) s. 143, samt Caligiuri & Napoletano (2010) s. 150.

først ettersom den grunnleggende forutsetningen for at Strasbourgorganene skal kunne snevre inn statenes skjønnsmargin er at de har tilstrekkelig hjemmel til det etter folkeretten.

I forlengelsen av dette, skal det i kapittel 3 ses på hva en eventuell kompetanse faktisk innebærer for statene når en dom skal implementeres. Det skal ses på hvilke generelle tiltak som er blitt ansett tilstrekkelige av Ministerkomiteen til å implementere et utvalg dommer sortert etter hvor langt EMD går i å uttrykkelig pålegge statene en plikt til å endre loven. Slik skal det kommenteres hvorvidt EMD og Ministerkomiteens nye fremgangsmåter synes å snevre inn statenes skjønnsmargin i praksis.

I kapittel 4 skal konklusjonen i kapittel 2 ses i lys av kapittel 3, for slik å gi noen endelige betraktninger om avhandlingens overordnede tema.

2 FOLKERETTSLIG GRUNNLAG FOR ORGANENES KOMPETANSE

2.1 Problemstillingen

Spørsmålet er om EMD og/eller Ministerkomiteen kan pålegge statene en folkerettslig plikt til å endre nasjonal lovgivning som følge av en fellende dom.

Spørsmålet berører både det vertikale forholdet mellom organene og statene, og den horisontale rollefordelingen mellom de to organene. Når det gjelder sistnevnte forhold, kan ikke rekkevidden av organenes respektive kompetanser endelig fastslås isolert. Dette fordi det enes kompetanse potensielt avgrenses negativt mot det andres, slik at det enes kompetanse utgjør en skanse for det andres. For lesbarhetens skyld vil domstolen og komiteens respektive kompetanser likevel drøftes separat. I drøftelsen av organenes kompetanser vil det imidlertid også fremgå hvorvidt disse er eksklusive. Slik vil det konkluderes endelig på rekkevidden av begge kompetanser avslutningsvis i kapitlet.

2.2 Metode

Det folkerettslige suverenitetsprinsippet innebærer at internasjonale organ ikke har større jurisdiksjon enn statene har gitt den.⁴⁴ Det rettslige grunnlaget må dermed søkes i konvensjonen. Den engelske versjonen av konvensjonen vil legges til grunn ettersom denne er autentisk. Konvensjonen er en traktat, og reguleres dermed av Wienkonvensjonen om traktatretten (WK), jf. legaldefinisjonen av ”treaty” i WK artikkel 2. WK seksjon 3 angir hvordan traktater skal tolkes, og anses som kodifisering av folkerettslig sedvanerett og dermed bindende for alle verdens stater. Etter seksjonens artikkel 31 skal traktater tolkes ”in good faith” etter ordenes ”ordinary meaning” ”in their context” og i lys av traktatens ”object and purpose”. Rekkefølgen gir ikke uttrykk for et hierarki mellom tolkningsfaktorene, det er snarere *samspillet* mellom faktorene som klargjør meningsinnholdet.⁴⁵

⁴⁴ Dette såkalte *principle of speciality* ble fastslått av ICJ i *Use of Nuclear Weapons* avsnitt 25.

⁴⁵ ILC *Yearbook 1966* s. 219 avsnitt 8.

EMD sier selv at den anvender Wienkonvensjonens tolkningsprinsipper når den tolker konvensjonen.⁴⁶ Samtidig understreker domstolen til stadighet konvensjonens ”special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms”,⁴⁷ idet konvensjonens formål innebærer at den må tolkes slik at rettighetene blir praktiske og effektive. Formålet med konvensjonen er først og fremst uttrykt i preambelen.⁴⁸ I fjerde ledd fremheves Europarådets tro på at grunnleggende friheter best kan opprettholdes gjennom en felles forståelse og etterlevelse av menneskerettighetene. I stipuleringen av formålet henviser domstolen selv særlig til fortalens femte ledd, som fremholder de konvensjonspartenes mål om felles gjennomføring av konvensjonsrettighetene.⁴⁹ Utover de materielle konvensjonsrettighetene, har domstolen også tolket prosessuelle bestemmelser i konvensjonen på en slik formålsrettet måte med særlig vekt på bestemmelsenes effektivitet.⁵⁰ Den formålsrettede tolkningen innebærer at domstolen også tolker konvensjonsbestemmelsene dynamisk i lys av endrede forhold i medlemsstatene.⁵¹ Domstolen fremhever til stadighet at konvensjonen er et ”living instrument” som må tolkes i lys av ”present-day conditions”.⁵²

Det kan altså hevdes at domstolen vektlegger formålet med konvensjonen i enda større grad enn Wienkonvensjonen legger opp til. Effektivitetsprinsippet er imidlertid anerkjent som et grunnleggende folkerettslig prinsipp,⁵³ og ble av Folkerettskommisjonen (ILC) ansett som del av den formålsrettede tolkningen WK artikkel 31 gir anvisning på.⁵⁴ EMK artikkel 32 gir domstolen kompetansen til å bestemme hvordan konvensjonen skal tolkes og anvendes. Domstolens tolkningsmyndighet innebærer at konvensjonstolkningen i det følgende må ta hensyn til særtrekkene ved domstolens tolkningsmetode. Som påpekt har EMDs særegne tolkningsmetode uansett støtte i folkeretten.⁵⁵ For den herværende drøftelsen innebærer dette at bestemmelsene skal vurderes i lys av dagens forhold, og det vil gjennomgående legges særlig vekt på formålet med konvensjonen, herunder effektivitetshensyn. For strukturens

⁴⁶ *Golder v. UK* avsnitt 29.

⁴⁷ *Soering v. UK* avsnitt 87.

⁴⁸ *Golder v. UK* avsnitt 34.

⁴⁹ *Salah v. The Netherlands* avsnitt 68.

⁵⁰ *Loizidou v. Turkey* avsnitt 71.

⁵¹ *Scoppola v. Italy* avsnitt 104.

⁵² *Tyrrer v. UK* avsnitt 31.

⁵³ ICJ: *Libya v. Tchad* avsnitt 51.

⁵⁴ ILC *Yearbook 1966* s. 219 avsnitt 6.

⁵⁵ Se også Bjørge (2012).

skyld vil drøftelsen følge Wienkonvensjonens rekkefølge i gjennomgangen av tolkningsfaktorer.

2.3 EMDs kompetanse

2.3.1 Tolkningsobjektet

Spørsmålet er om EMD kan pålegge statene en rettslig plikt til å endre nasjonal lovgivning som følge av en fellende dom.

Flere av konvensjonsbestemmelsene synes å gi anvisninger på domstolens kompetanse. Artikkel 46 har overskriften ”Binding force and execution of judgments”. Domstolen selv angir implementeringstiltak under overskriften “Application of Article 46 of the Convention”,⁵⁶ og Ministerkomiteen kaller slike dommer ”Article 46 judgments”.⁵⁷ Dermed vil drøftelsen av domstolens kompetanse ta utgangspunkt i artikkel 46(1). Som påpekt ovenfor, innebærer imidlertid en kontekstuell tolkning at konvensjonen må leses som en helhet, slik at flere av konvensjonsbestemmelsene må ses i sammenheng for å angi domstolens kompetanse.

2.3.2 Ordlyden

Etter WK artikkel 31 skal det tas utgangspunkt i ordenes ”ordinary meaning”. En naturlig språklig forståelse av passusen ”abide by the final judgment of the Court” tilsier at statene plikter å rette seg etter dommen med det innhold domstolen har gitt den. Ordlyden er såpass vid og uforbeholden at den kan tolkes som at domstolen står fritt til å angi implementeringstiltak, og slik rettslig binde staten til å gjennomføre dem.⁵⁸ Samtidig gir ikke bestemmelsen eksplisitt kompetanse til domstolen. Ordlyden er vag og gir ikke et klart svar på rekkevidden av domstolens kompetanse. Det må dermed ses hen til øvrige tolkningsmomenter som kan kaste lys over bestemmelsens mening.

⁵⁶ Se eksempelvis *Volkov v. Ukraine, Driza v. Albania*, Mowbray (2017) s. 473.

⁵⁷ Annual Report 2017 s. 254.

⁵⁸ Se Haider (2013) s. 196 for støtte for et slikt syn.

2.3.3 Konteksten

2.3.3.1 Den umiddelbare konteksten: Konvensjonen selv

Etter WK artikkel 31(1) skal ordlyden tolkes kontekstuellet. Hvilke kilder som utgjør konteksten listes opp i andre ledd. Traktatteksten i sin helhet, inkludert preambelen og tillegg, angis som primære kontekstuelle tolkningsfaktorer.

EMK artikkel 46(2) tillegger Ministerkomiteen kompetanse til å overvåke fullbyrdelsen av domstolens endelige dom. Antitetisk kan dette tas til inntekt for at alt som angår implementering er komiteens domene. EMD har selv fremhevet rollefordelingen mellom organene når den har utvist tilbakeholdenhet med å angi implementeringstiltak.⁵⁹ Samtidig kan bestemmelsen tolkes som at komiteen har ansvar for å overvåke at dommen fullbyrdes *uansett hvilket innhold* domstolen har gitt den. Med andre ord kan andre ledd tolkes slik at Ministerkomiteen skal overvåke implementeringen av en dom i henhold til de parametrene domstolen velger å sette. Dermed stenger ikke andre ledd umiddelbart for at domstolen kan angi bindende implementeringstiltak. Hvorvidt Ministerkomiteens kompetanse på implementeringsområdet begrenser domstolens makt vil drøftes ytterligere i delkapittel 2.4.

I den videre kontekstuelle tolkningen skal det ses hen til øvrige bestemmelser i konvensjonen. Domstolen selv fremhever ofte at artikkel 46 må forstås i lys av artikkel 1,⁶⁰ som knesetter statenes plikt til å sikre konvensjonsrettighetene, herunder sikre at nasjonal lovgivning er konvensjonsmessig.⁶¹ Domstolen fremhever dessuten at instruksjon i hvordan dommen skal implementeres hjelper statene å overholde sikreplikten.⁶² Statene plikter jo etter artikkel 1 å sikre at nasjonal lovgivning er i tråd med konvensjonen *slik domstolen tolker den*, idet domstolen etter artikkel 32 har makt til å bestemme hvordan konvensjonsbestemmelsene skal tolkes. Dette tilsier at domstolen kan tolke sikreplikten til å pålegge statene å etterleve dommene uansett hva slags innhold domstolen gir dem. Sikreplikten i artikkel 1 trekker dermed i retning av at domstolen har kompetanse til å forplikte statene til å endre nasjonal lovgivning.

⁵⁹ *Akdivar v. Turkey* avsnitt 47.

⁶⁰ *Bittó v. Slovakia* avsnitt 131-132.

⁶¹ *Maestri v. Italy* avsnitt 47.

⁶² *Broniowski v. Poland(2005)* avsnitt 35.

Artikkel 19 oppretter domstolen, og angir at formålet med opprettelsen er å ”ensure” ”the observance of the engagements undertaken” av medlemsstatene. Ordlyden ”observance of the engagements undertaken” er vag, og kan tolkes som at statene har en resultatforpliktelse til å sikre konvensjonsrettighetene, men at de har en skjønnsmargin når det gjelder *hvordan* forpliktelsene skal overholdes. Dette kan tas til inntekt for at domstolen ikke kan detaljstyre hvordan forpliktelsene skal sikres.

Samtidig er ordlyden ”ensure” også såpass vag at den kan tolkes som at domstolen har kompetanse til å bruke de strategiene den selv mener er nødvendig for å sikre at medlemsstatene overholder forpliktelsene sine. En slik forståelse reflekterer den folkerettslige doktrinen om *implied powers*. Etter denne anerkjente⁶³ teorien har internasjonale organisasjoner den kompetansen som er nødvendig for å utføre sine oppgaver og funksjoner, selv om disse ikke fremgår eksplisitt av traktaten som oppretter organisasjonen. I konvensjonen finnes ingen bestemmelse tilsvarende den amerikanske menneskerettighetskonvensjonens artikkel 63 som eksplisitt gir domstolen kompetanse til å diktere implementeringstiltak. Dette fraværet kunne tilsi at domstolen ikke har slik kompetanse. Når det gjelder traktater som oppretter en internasjonal organisasjon, er det imidlertid særlig grunn til å tolke taushet slik at det gir større rom for *implied powers*.⁶⁴ Dette gjelder særlig når traktaten ikke eksplisitt stenger for at organet skal ha slik makt.⁶⁵

Slike *implied powers* strekkes imidlertid ikke lenger enn til den kompetansen som er *helt uunnværlig*. Slik kan artikkel 19 tolkes som at EMD har den kompetansen som til enhver tid er tvingende nødvendig for å sikre at statene overholder konvensjonsforpliktelsene. En av disse forpliktelsene er å rette seg etter EMDs dommer, jf artikkel 46(1). Som stipulert ovenfor, medfører strukturelle problem at domstolens kapasitet presses til bristepunktet, og enkelte medlemsstater responderer ikke på domstolens deklatoriske dommer. For å sikre fremtidig beskyttelse av konvensjonsrettighetene synes det dermed i enkelte tilfeller uunnværlig at domstolen dikterer spesifikt hvordan en dom skal implementeres. Dermed kan artikkel 46(1) i lys av artikkel 19 tolkes som å innebære at domstolen kan pålegge statene lovendringer dersom dette er uunnværlig for å sikre overholdelse av konvensjonsrettighetene.

⁶³ ICJ: *Reparations for Injuries* s. 182.

⁶⁴ Gardiner (2015) s. 165.

⁶⁵ Tsereteli (2015) s. 36.

EMDs tolkningsmyndighet etter artikkel 32 kan tas til inntekt for et slikt syn. Ettersom domstolen har siste ord når det gjelder tolkningen av konvensjonen, kan det hevdes at den har autoritet til å bestemme at artikkel 46(1) kan tolkes som at statene kan pålegges en rettslig forpliktelse til å endre nasjonale lovendringer, når dette er nødvendig for at domstolen skal oppfylle sin oppgave under artikkel 19. Dette trekker videre i retning av at EMD kan binde staten til nasjonale lovendringer.

Det kan imidlertid spørres om tolkningsmyndigheten under artikkel 32 er myntet på de materielle rettighetene i konvensjonens del I og protokollene, og ikke nødvendigvis alle prosessuelle regler i del II.⁶⁶ En slik forståelse kan hevdes å støttes av artikkel 41, som gir domstolen uttrykkelig kompetanse til å forplikte staten til å betale oppreisning til krenkede. Denne bestemmelsen er overflødig dersom domstolen i medhold av artikkel 32 allerede har kompetanse til å ilegge slike forpliktelser etter artikkel 46(1). En antitese fra artikkel 41 tilsier med andre ord at domstolen ikke kan tolke artikkel 46(1) dithen at den kan pålegge nasjonale lovendringer.

Samtidig sier ikke artikkel 41 uttrykkelig at oppreisning er eneste form for implementeringstiltak domstolen kan foreskrive. Artikkelen stenger dermed ikke eksplisitt for at også andre typer implementeringstiltak kan pålegges statene. EMD har dessuten selv tolket artikkel 41 som å oppstille en primær plikt til å sikre at nasjonal lovgivning er konvensjonsmessig, ettersom oppreisningsutbetalingen er subsidiær.⁶⁷

Dessuten er formålet med artikkel 32 å sikre enhetlig gjennomføring av menneskerettighetene, slik det fremholdes i fortalen. Dette tilsier at artikkel 32 må tolkes som å gi domstolen tolkningsautoritet også når det gjelder de prosessuelle bestemmelsene. Dette tilsier at domstolen i artikkel 32 gis myndighet til å tolke artikkel 46(1) dithen at domstolen kan diktere implementeringstiltak.

En dynamisk tolkning av de gjennomgåtte bestemmelsene trekker videre i samme retning. Opprinnelig ble konvensjonen utformet av ti vesteuropeiske demokratier, og domstolens jurisdiksjon var begrenset til disse velfungerende rettsstatene. Dette kan forklare at det ikke ble ansett nødvendig å innlemme en bestemmelse som eksplisitt tilla domstolen kompetanse

⁶⁶ Haider (2013) s. 171.

⁶⁷ *Assanidze v. Georgia* avsnitt 198.

til å angi implementeringstiltak utover økonomisk oppreisning,⁶⁸ idet statene anså seg kapable til selv å fatte nødvendige tiltak. Motsetningsvis oppstod den amerikanske menneskerettighetskonvensjonen i en region preget av en historie med autoritære regimer og liten erfaring med moderne demokrati. Statene hadde dermed større behov for konkret veiledning, og det ble ansett nødvendig å tillegge den interamerikanske domstolen mer eksplisitte fullmakter i dette øyemed.⁶⁹ Nå som tidligere østblokkland har underlagt seg EMDs jurisdiksjon, er det større behov for å dirigere disse statene i veien mot å etablere seg som stabile demokratiske rettsstater. En dynamisk tolkning av de gjennomgåtte konvensjonsbestemmelsene tilsier dermed at EMD har kompetanse til å gi slik konkret assistanse i konvensjonsmessig lovgivning.

Den kontekstuelle drøftelsen har inntil videre åpnet for at EMD kan diktere implementeringstiltak i medhold av artikkel 46, sammenholdt med artiklene 1, 19 og 32. Det må imidlertid vurderes hvorvidt ytterligere tolkningsfaktorer yter motstand mot en slik tolkning. Ettersom det ikke finnes ytterligere kontekstuelle tolkningsfaktorer av de typer angitt i WK artikkel 31(2) som kan belyse foreliggende spørsmål, beveger drøftelsen seg direkte til tolkningsfaktorene i tredje ledd.

2.3.3.2 Etterfølgende omstendigheter

I WK artikkel 31(3) listes opp ytterligere tre tolkningsfaktorer som skal tas i betraktning ”together with the context”. Disse har dermed samme betydning som de kontekstuelle momentene nevnt i andre ledd.⁷⁰

Etter tredje ledd bokstav a skal det tas i betraktning ”any subsequent agreement between the parties” angående tolkningen eller anvendelsen av traktaten. Begrepet ”agreement” favner bredere enn traktater, også eksempelvis vedtak fra organer der statene er representert.⁷¹ Mer uformelle, ikke-bindende overenskomster kan eventuelt kategoriseres som etterfølgende ”practice” etter bokstav b. Skillet er uansett uten betydning idet alle tre tolkningsfaktorer etter leddets formulering har samme relevans.

⁶⁸ Huneeus (2015) s. 7.

⁶⁹ Bailliet (2013) s. 478.

⁷⁰ Müller (2017) punkt 3.3.3.

⁷¹ Aust (2000) s.191.

Ministerkomiteen består av utenriksministrene fra samtlige medlemsland i Europarådet. Disse har i kraft av sin stilling kompetanse til å binde staten til folkerettslige forpliktelser, jf WK artikkel 7(2) bokstav a. Ikke-bindende resolusjoner og anbefalinger fra komiteen kan dermed vektlegges. I Resolution Res(2004)3 inviterte komiteen domstolen til å ”identify, in its judgment finding a violation of the Convention, what it considers to be an underlying systemic problem (...) so as to assist states in finding the appropriate solution”, samt for å lette komiteens overvåkingsoppgave under artikkel 46(2). Denne invitasjonen ble startskuddet for utviklingen av pilotprosedyren, og i juridisk teori er det tatt til orde for at medlemsstatene, representert gjennom Ministerkomiteen, med dette tilla domstolen større makt på implementeringsområdet.⁷²

Komiteen ber riktignok ikke uttrykkelig om at domstolen skal diktere konkrete implementeringstiltak. Seks år senere, i preambelen til Recommendation Rec(2010)3 tilkjennega imidlertid komiteen tilsynelatende en aksept av domstolens indikasjonspraksis, idet det fremholdes at domstolens rettspraksis, særlig pilotdommene, ”provides (...) important *instruction*” (min kursivering). I den grad Ministerkomiteens uttalelser reflekterer statenes holdninger, synes det altså som medlemsstatene aksepterer domstolens nye indikasjonspraksis som bindende instruksjoner. Dette trekker i retning av at domstolen kan forplikte statene til nasjonale lovendringer.

Europarådets parlamentarikerforsamling består av representanter valgt av medlemsstatenes folkevalgte nasjonalforsamlinger, og kan dermed også sies å uttrykke statenes holdninger. I 2000 adresserte forsamlingen problemet med manglende etterlevelse av dommer fra EMD, og ba domstolen ”oblige itself to indicate in its judgments to the national authorities concerned how they should execute the judgment so that they can comply with the decisions and take the (...) general measures required”.⁷³ Denne oppfordringen trekker videre i retning av at konvensjonen nå kan tolkes som at domstolen kan foreskrive konkrete lovendringer.

Styringskomiteen for menneskerettigheter (CDDH) i Europarådet assisterer Ministerkomiteen i overvåkingsarbeidet, og består av representanter fra samtlige medlemsland. Styringskomiteen uttrykte i 2016 at den ikke støttet domstolens praksis med å angi implementeringstiltak utover snevre unntakstilfeller der krenkelsens karakter medfører at

⁷² Sicilianos (2014) s. 258.

⁷³ Resolution 1226(2000) punkt 11(b).

staten uansett ikke har noe valg i hvilke tiltak som må fattes.⁷⁴ Ettersom styringskomiteen består av juridiske eksperter uten kompetanse til å binde staten sin til folkerettslige forpliktelser, kan imidlertid ikke dennes uttalelser tillegges samme vekt som Ministerkomiteens.

Etter WK artikkel 31(3) bokstav b skal det videre tas hensyn til etterfølgende ”practice” om anvendelsen av traktaten, herunder praksis fra både medlemsstatene selv, og internasjonale organer som medlemsstatene har gitt kompetanse til å anvende traktaten. Internasjonale organers praksis er særlig relevant når det gjelder tolkningen av bestemmelser om organets kompetanse.⁷⁵ Altså kan EMDs egen rettspraksis brukes som tolkningsmoment. EMD har dessuten tolkningsmyndigheten, og vektlegger tungt egen rettspraksis i konvensjonstolkningen.

Domstolens stadige understreking av dommenes deklarasjoniske karakter indikerer at domstolen har tolket artikkel 46 slik at den ikke gir kompetanse til å diktere implementeringstiltak. Samtidig kan det hevdes at disse uttalelsene bare er ment å presisere at dommene ikke har direkte virkning og dermed ikke i seg selv opphever nasjonal lovgivning.⁷⁶ Samtidig har domstolen nektet å diktere implementeringstiltak under henvisning til nettopp dommenes deklarasjoniske karakter.⁷⁷ Denne restriktive holdningen indikerer at domstolen tidligere ikke tolket artikkel 46 som å gi kompetanse til å diktere hvordan en dom skulle implementeres.

Denne tilbakeholdenheten kan imidlertid sies å være selvpålagt, idet ingen konvensjonsbestemmelser eksplisitt fastslår at dommene skal være deklarasjoniske. Forslag om å gi domstolens avgjørelser direkte virkning, og slik direkte endre, tilside sette eller oppheve nasjonale rettsakter, ble ifølge forarbeidene riktignok avvist av de kontraherende statene under konvensjonsslutningen.⁷⁸ Avvisningen av formell direkte virkning innebærer imidlertid ikke at statene nektet å la domstolen diktere implementeringstiltak. Tilsynelatende ble ikke dette spørsmålet diskutert.⁷⁹ Dessuten er forarbeidene etter WK artikkel 32 bare en sekundær tolkningsfaktor, og har dermed svært begrenset vekt. Dette understøtter at dommenes

⁷⁴ CDDH (2016) avsnitt 145.

⁷⁵ ICJ, referert i Dörr & Schmalenbach (2012) s. 558.

⁷⁶ *Marckx v. Belgium* avsnitt 58, Haider (2013) s. 157.

⁷⁷ Se eksempelvis *Nasrullojev v. Russia* avsnitt 95, der klageren ba EMD om å ”recommend” lovendringer overfor Russland.

⁷⁸ *Travaux Préparatoires* Vol.IV s. 44.

⁷⁹ Haider (2013) s. 190.

deklaratoriske karakter er en restriksjon domstolen selv har pålagt seg, som ikke er til hinder for at domstolen endrer tilnærming.

Som vist i introduksjonskapitlet, har domstolen de senere år utvist mindre tilbakeholdenhet, og angir stadig mer konkrete implementeringstiltak. I 2007 fremholdt EMD i *Driza v. Albania*⁸⁰ at ”in theory” er det ikke opp til domstolen å bestemme passende tiltak for å oppfylle implementeringsplikten under artikkel 46. Likevel gikk domstolen videre til å poengtere at ”general measures at the national level are *undoubtedly called for* in the execution of the present judgment” (min kursivering), og indikerte hvilke tiltak Albania ”should” iverksette.

Tre år senere, i *Greens and M.T v. UK*, synes domstolen å ha beveget seg enda lengre vekk fra den ”teoretiske” tilbakeholdenheten. Det ble fremholdt at gjennom pilotprosedyren kunne domstolen ”indicate specific measures or actions to be taken by the respondent State to remedy”⁸¹ underliggende strukturelle problem, altså mener domstolen selv at den har kompetanse til å foreskrive konkrete implementeringstiltak.

Som i nettopp nevnte *Driza*, begrunner gjerne domstolen angivelsen av konkrete implementeringstiltak med at den søker å hjelpe statene til å løse strukturelle problem på nasjonalt nivå. Slik argumenterer domstolen for at sin nye indikasjonspraksis fremmer subsidiaritetsprinsippet, idet statene gis insentiv til å løse strukturelle konvensjonsstridige problem nasjonalt. Slik kan fremtidige konvensjonsbrudd unngås, idet færre personer vil måtte klage til overnasjonale EMD.

Dessuten har EMD under artikkel 34 jo kompetanse til å behandle individuelle klager. I den forbindelse kan domstolen uansett vurdere hvorvidt den innklagde statens lovgivning er kompatibel med konvensjonen. Domstolen har selv brukt dette som argument for at den har kompetanse til å binde staten til å endre lovgivningen sin.⁸²

Det synes altså som at domstolen gjennom en dynamisk og formålsrettet tolkning av artikkel 46 i sin kontekst, nå forstår bestemmelsen slik at den gir kompetanse til å diktere konkrete implementeringstiltak. EMDs nyere rettspraksis trekker dermed isolert i retning av at domstolen kan binde staten til nasjonale lovendringer.

⁸⁰ avsnitt 125.

⁸¹ avsnitt 107.

⁸² *Ibid* avsnitt 114.

Etter Wienkonvensjonen kan imidlertid praksis bare tillegges vekt dersom den ”establishes the agreement between the parties”. Altså må praksisen være akseptert av medlemsstatene, enten uttrykkelig eller stilltiende.⁸³ Når praksisen kommer fra en internasjonal organisasjon, er det tilstrekkelig at ingen medlemsland har direkte opponert mot praksisen.⁸⁴ Dersom statene jevnt over følger EMDs instruksjoner, indikerer det at instruksene aksepteres som rettslig bindende.⁸⁵

Statenes holdning til EMDs nye strategier varierer stort, og det er dermed vanskelig å si noe generelt. Det er utvilsomt mange stater som er skeptiske til at domstolen dikterer konkrete tiltak. Denne opposisjonen kan imidlertid sies å synliggjøre at statene nettopp anser disse instruksjonene fra domstolen som rettslig bindende. Eksempelvis i *Hirst og Greens-saks*komplekset som skal utbroderes i avhandlingens del 3, utviste Storbritannia svært sterk motstand mot EMDs krav om lovendringer for å gi innsatte stemmerett. Den britiske parlamentskomiteen nedsatt for å drøfte hvordan dommen skulle implementeres, fremholdt likevel at ”if Parliament enacts legislation which does not comply with the *Hirst* judgment, or decides not to legislate to bring UK law into compliance with that judgment, it will put the United Kingdom in breach of its international law obligations”.⁸⁶ Dette indikerer at staten anser domstolens instruksjoner som rettslig bindende. EMD-dommer Sicilianos hevder at:

It seems that no State Party to the Convention has ever supported the view - either before the Court or elsewhere - that the Court lacks jurisdiction to indicate execution measures in general. Taking into consideration the number of the relevant judgments of the Court, the general attitude of the contracting parties denotes their acquiescence in this respect.⁸⁷

En rekke stater har imidlertid anført at domstolen mangler rettslig grunnlag til å binde staten til konkrete implementeringstiltak. I *Sejdovic v. Italy*⁸⁸ anførte italienske myndigheter at domstolens nye indikationspraksis risikerte å sluke statenes skjønnsmargin og manglet tilstrekkelig rettslig forankring. Den italienske staten argumenterte for at artikkel 46 gjorde Ministerkomiteen til eneste kompetente organ til å vurdere nødvendige implementeringstiltak.

⁸³ Aust (2000) s. 195

⁸⁴ Dörr & Schmalenbach (2012) s. 559.

⁸⁵ Tsereteli (2015) s. 105 fotnote 509.

⁸⁶ Joint Committee (2013) s. 28.

⁸⁷ Sicilianos (2014) s. 260.

⁸⁸ avsnitt 115.

I senere saker har imidlertid italienske myndigheter ikke gjentatt samme argumentasjon, hvilket tilsier at Italia nå ikke lenger opponerer mot EMDs indikasjonspraksis.⁸⁹

Tsereteli foretar i sin doktoravhandling en utførlig analyse av statenes reaksjoner på pilotdomprosedyren fram til 2014. Hun finner at statene siden den første pilotdommen har utvist stadig økende aksept av EMDs praksis med å identifisere strukturelle problem, samt gi *veiledning* når det gjelder konkrete implementeringstiltak. Hun finner imidlertid ikke at statenes praksis er unison nok til å konstatere at statene jevnt over også aksepterer at domstolen *dikterer* konkrete implementeringstiltak.⁹⁰ Hun fremholder likevel at ”legal change is still under way”, og siden hennes analyse i 2014 kan det spores videre utvikling i statenes praksis. Eksempelvis ga Slovenia i 2015 etter for EMDs pilotdom⁹¹ og vedtok en lov i tråd med domstolens konkrete ordre, til tross for statens store uenighet mot dommen.⁹² Bildet er likevel fortsatt for uklart til at etterfølgende statspraksis kan tas til inntekt for at EMD har kompetanse til å binde statene til konkrete implementeringstiltak.

2.3.3.3 Andre folkerettsregler

Etter WK artikkel 31(3) bokstav c skal også tas i betraktning all relevant folkerett ”applicable” i forholdet mellom statene, herunder også sedvanerett og alminnelige rettsgrunnsetninger.⁹³

Folkerettslig sedvanerett regulerer stateres ansvar for brudd på folkeretten, og kommer til uttrykk i de ikke-bindende *Draft Articles on State Responsibility* utarbeidet av Folkerettskommisjonen (ILC). Etter disse reglene har statene en primærforpliktelse til å unngå å begå folkerettsbrudd, herunder avslutte en pågående krenkelse, og en sekundærforpliktelse til å reparere følgene av eventuelle krenkelser. Dessuten fastslår kommisjonen i artikkel 30 bokstav b en plikt til såkalte ”guarantees of non-repetition” etter brudd på en folkerettslig forpliktelse. I utbroderingen av plikten henviser kommisjonen til ICJs behandling av en tvist mellom Tyskland og USA i *LaGrand*-saken.⁹⁴ På spørsmål om hvorvidt domstolen hadde jurisdiksjon til å vurdere tilstrekkeligheten av generelle tiltak for å reparere allerede begåtte brudd, svarte ICJ bekreftende. Samtidig presiserte domstolen at USAs forpliktelse til å

⁸⁹ *Torreggiani v. Italy, M.C. v. Italy.*

⁹⁰ Tsereteli (2015) s. 117.

⁹¹ *Ališić v. Bosnia et al.*

⁹² Stiansen (2018) Appendix s. v.

⁹³ Dörr & Schmalenbach (2012) s. 563.

⁹⁴ *ILC Yearbook 2001* s. 90.

garantere at samme brudd ikke gjentok seg kunne løses på ulike måter, og at dette var opp til staten selv å bestemme.⁹⁵ Regelen om statsansvar gir dermed ikke svar på hvorvidt en stat kan instrueres av EMD i nøyaktig hvordan ”guarantees of non-repetition” skal gjennomføres.

I utarbeidelsen av *Draft Articles* gjorde ILC et skille mellom handlings- og resultatforpliktelser.⁹⁶ Kommisjonen fremholdt at når en traktat bare angir hvilket *resultat* en stat skal oppnå, nyter staten implisitt en frihet til å velge hvordan resultatet skal oppnås. EMKs konvensjonsrettigheter ble karakterisert som resultatforpliktelser. Ifølge kommisjonen innebærer dette at medlemsstatene kun plikter å sikre at rettighetene beskyttes, men ikke kan instrueres i nøyaktig hvordan dette skal skje. Dette kan tas til inntekt for at EMK ikke gir domstolen hjemmel til ”judicial imposition of specific courses of action”.⁹⁷

Til dette kan innvendes at karakteriseringen av konvensjonsrettighetene som resultatforpliktelser bare har betydning frem til EMD finner at en stat har brutt sin primærforpliktelse. Når en stat først er dømt, synliggjøres et behov for å pålegge statene en mer spesifisert plikt for å unngå lignende brudd. Statene har underlagt seg EMDs domsjurisdiksjon, og plikter å ”abide by” enhver endelig dom. Mens konvensjonsrettighetene angir generelt formulerte resultatforpliktelser for staten, avsier EMD bindende dommer som genererer ”specific and temporally traceable commitments”.⁹⁸

Samlet sett synes folkerettslige regler ikke å gi noe klart tolkningsbidrag til spørsmålet om EMD kan instruere statene i nøyaktig hvordan fremtidige konvensjonsbrudd skal forhindres. Uansett må det tas i mente at EMK er et ”living instrument”, og i det videre skal det vurderes om ytterligere formålsrettede og dynamiske betraktninger kan bidra til å kartlegge den nåværende rekkevidden av EMDs kompetanse.

2.3.4 Formålsbetraktninger

Som påpekt er formålet med konvensjonen mangefasettert. Effektiv og kollektiv beskyttelse av menneskerettighetene er imidlertid fremhevet i preambelen og understreket av domstolen som sentrale formål.

⁹⁵ ICJ: *LaGrand* s. 514.

⁹⁶ ILC *Yearbook 1977* s. 20 avsnitt 7.

⁹⁷ Tsereteli (2015) s. 47.

⁹⁸ Çalı & Wyss (2009) s. 2.

Ettersom FNs menneskerettighetserklæring var nettopp en ren ikke-bindende erklæring, var Europarådets formål å opprette en juridisk bindende traktat som påla de kontraherende statene en rettslig forpliktelse til å beskytte konvensjonsrettighetene. Dette formålet kan tas til inntekt for at domstolen har kompetanse til å angi bindende implementeringstiltak. Samtidig reflekteres konvensjonens bindende karakter allerede i statenes sikreplikt og i domstolens dømmende jurisdiksjon ved brudd. Formålet om en juridisk bindende traktat kan dermed ikke alene tilskrives å innebære at domstolen kan diktere nøyaktig hvordan de rettslige forpliktelsene etter konvensjonen skal oppfylles.

Da domstolen utviklet pilotprosedyren, fremhevet den at strukturelle problem i medlemsstatenes nasjonale rettsorden utgjorde en trussel mot den fremtidige effektiviteten av Strasbourg-systemet. Slik begrunnet EMD angivelsen av konkrete generelle implementeringstiltak for å unngå at domstolen ble overbelastet.⁹⁹ Dersom statene pålegges en rettslig forpliktelse til å endre nasjonal lovgivning som *in abstracto* strider mot konvensjonen, effektiviseres beskyttelsen av menneskerettighetene. Domstolen har også fremholdt at sitt mandat også omfatter å ”determine issues on public-policy grounds in the common interest, *thereby* raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of the Convention” (min kursivering).¹⁰⁰

Til dette kan innvendes at overnasjonale befalinger kan oppleves overdrevent invaderende og føre til større motstand mot Strasbourg-systemet blant medlemsstatene. Dessuten er jo statene selv gjerne bedre skikket til å velge passende tiltak i sin nasjonale rettsorden. Det kan stilles spørsmål ved hensiktsmessigheten av at EMD dikterer hvordan avveiningen mellom motstridende interesser skal skje, særlig i mindre betydningsfulle spørsmål. Å tillate statene et spillerom er dessuten alminnelig antatt å styrke overholdelse av internasjonale forpliktelser.¹⁰¹

Som påpekt ovenfor fremhever imidlertid domstolen selv at løsninger på nasjonalt nivå styrker subsidiaritetsprinsippet, idet konvensjonsmessig nasjonal lovgivning medfører at færre individer klager staten inn for EMD. Videre er domstolen egnet til å kartlegge overordnet ”emerging consensus”¹⁰² i medlemsstatene og slik fremme felles forståelse og etterlevelse av konvensjonsrettighetene, som fremholdt i preambelen. Dessuten viser kvantitative studier at

⁹⁹ *Broniowski v. Poland* avsnitt 193.

¹⁰⁰ *Rantsev v. Cyprus* avsnitt 197.

¹⁰¹ Börzel (2003) s. 206.

¹⁰² *Scoppola v. Italy* avsnitt 104.

dommer der domstolen angir konkrete implementeringstiltak avsluttes raskere av Ministerkomiteen.¹⁰³ Funnene kan forklares med at angivelse av konkrete tiltak øker det politiske presset for å implementere en dom, idet den politiske kostnaden ved å ikke følge domstolens indikasjoner blir høyere. Domstolens indikasjonspraksis synes dermed å tjene formålet om effektiv rettighetsbeskyttelse.

Det kan riktignok spørres hvorvidt Ministerkomiteens avslutning av en sak er et treffende mål på menneskerettighetenes faktiske beskyttelse. Komiteen har autoriteten til å konkludere at en dom er tilstrekkelig implementert, og kan dermed akseptere små eller ubetydelige tiltak, såkalt *minimal compliance*. Uten å foregripe funnene i avhandlingens kapittel 3, kan det hevdes at EMDs indikasjonspraksis i realiteten ikke fører til at konvensjonsrettighetene får bedre nasjonal beskyttelse. I så fall tjener ikke strategiene konvensjonens primære formål – men motarbeider det heller ikke. Uansett medfører angivelse av hvilke endringer som er nødvendige at statene og Ministerkomiteen slipper å ”work backwards”¹⁰⁴ fra det konstaterte bruddet for å tolke seg fram til hva som må gjøres for å unngå fremtidige brudd. Dette trekker i retning av at EMDs angivelse av implementeringstiltak er formålstjenlig.

EMD tolker konvensjonens formål om beskyttelse av menneskerettigheter til at bestemmelsene må tolkes i lys av endrede forhold og mener at unnlattelse av slik dynamisk tolkning vil sperre for reformer eller forbedringer.¹⁰⁵ Som påpekt innledningsvis er domstolen overbelastet med en svært lang sakskø, og ofte skyldes klageantallet samme strukturelle problem i medlemsstatene. Dersom domstolen kan forplikte statene til å foreta nasjonale lovendringer eller andre generelle tiltak, vil dette redusere saksoverfloden. Dessuten sliter Strasbourgssystemet med at mange dommer ikke etterleves, mens studier altså indikerer at implementeringen skjer lettere når domstolen angir konkrete implementeringstiltak. En dynamisk tolkning som tar i betraktning disse utfordringene, tilsier at domstolen har kompetanse til å binde statene til konkrete implementeringstiltak.

2.3.5 Foreløpig konklusjon om EMDs kompetanse

En kontekstuell tolkning av artikkel 46(1) i lys av artiklene 1, 19 og 32 tilsier at domstolen har kompetanse til å binde staten til å endre lovgivningen. Formålet om effektiv og kollektiv

¹⁰³ Stiansen (2018) s. 1.

¹⁰⁴ Hawkins, sitert i Caligiuri & Napoletano (2010) s. 146.

¹⁰⁵ *Scoppola v. Italy* avsnitt 104.

beskyttelse av konvensjonsrettighetene understøtter en slik tolkning. Dette blir særlig tydelig når det tas i betraktning de voksende utfordringene som truer systemets effektivitet. Kompetanse til å binde statene til lovendringer for å forhindre repetitive konvensjonsbrudd er nødvendig for at domstolen skal oppfylle sin oppgave om å sikre respekt for menneskerettighetene. Prinsippet om *implied powers* gir derfor ytterligere støtte for å konkludere med at domstolen har slik kompetanse. Domstolens tradisjonelle tilbakeholdenhet synes selvpålagt og dermed ikke til hinder for at den kan gå lenger i å diktere konkrete implementeringstiltak. Den foreløpige konklusjonen er at EMD kan pålegge statene en rettslig plikt til å endre nasjonal lovgivning som følge av en fellende dom.

I det videre skal Ministerkomiteens kompetanse kartlegges, og det skal samtidig vurderes hvorvidt denne er eksklusiv og slik setter en skranke for EMDs myndighetsutøvelse.

2.4 Ministerkomiteens kompetanse

2.4.1 Tolkningsobjektet

Spørsmålet er om Ministerkomiteen har eksklusiv kompetanse til å pålegge statene en rettslig plikt til å endre nasjonal lovgivning som følge av en fellende dom.

Artikkel 46(2) fastslår at “the final judgment” skal oversendes Ministerkomiteen, som skal “supervise its execution”. Denne bestemmelsen vil utgjøre utgangspunktet for tolkningen. Igjen innebærer WK artikkel 31 samt EMDs autoritative tolkningsmetode at bestemmelsen må tolkes kontekstuellet og formålsrettet.

2.4.2 Ordlyden

En naturlig språklig forståelse av ordet ”supervise” er primært å observere, men også å dirigere utførelsen av en oppgave. Ordlyden er altså romslig nok til å tolkes som å gi komiteen kompetanse til å forplikte statene til konkrete implementeringstiltak.

Samtidig sier bestemmelsen at komiteen skal overvåke ”the final judgment of the Court”. Dette kan tolkes som at komiteen må forholde seg til endelige dommers innhold, slik at spillerommet til komiteen begrenses av innholdet domstolen gir en dom. Etter ordlyden gis altså komiteen ikke en entydig, eksklusiv kompetanse til å diktere implementeringstiltak.

2.4.3 Konteksten

2.4.3.1 Den umiddelbare konteksten: Konvensjonen selv

De påfølgende leddene i artikkel 46 ble innlemmet gjennom Protokoll 14 som trådte i kraft i 2010. Fjerde og femte ledd introduserer *infringement*-prosedyren, hvor Ministerkomiteen gis kompetanse til å sende en sak tilbake til domstolen med spørsmål om en part har unnlatt å oppfylle sin etterlevelsesplikt under første ledd. Dersom domstolen ”finds a violation” av artikkel 46(1) skal saken sendes tilbake til Ministerkomiteen.

Etter *infringement*-prosedyren gis altså domstolen kompetanse til å endelig avgjøre eventuell uenighet mellom staten og Ministerkomiteen om hvorvidt dommen er tilstrekkelig implementert. En antitese fra fjerde og femte ledd kan følgelig tas til inntekt for at utenfor denne spesialprosedyren er det Ministerkomiteen som har siste ord. EMD synes selv å ha tolket bestemmelsen i denne retning.¹⁰⁶ En slik forståelse innebærer at komiteen etter artikkel 46(2) har kompetanse til å forplikte statene til konkrete implementeringstiltak.

Prosedyren antyder imidlertid at implementeringsspørsmål ikke (lenger) er Ministerkomiteens eksklusive domene.¹⁰⁷ Innlemmelsen av prosedyren synes dermed å åpne for en mindre rigid rollefordeling mellom organene, slik at både domstolen og Ministerkomiteen kan pålegge staten konkrete lovendringer.

Kontekstuelt kan det videre ses hen til EMK artikkel 19, som gir domstolen alene kompetansen til å ”ensure the observance” av konvensjonen. Antitetisk kan dette tilsi at Ministerkomiteens makt til å ”supervise” implementeringen av dommer må tolkes restriktivt. Dette trekker i retning av at komiteen ikke har kompetanse til bindende å instruere statene i hvordan en dom skal implementeres.

Del av konteksten er også Europarådets vedtekter, som alle medlemsstatene har ratifisert. Vedtektene oppretter organisasjonen og herunder også Ministerkomiteen, og fastslår at komiteen (også på eget initiativ) skal ”consider the action required to further the aim of the Council of Europe, including(...)the adoption by Governments of a common policy with regard to particular matters”.¹⁰⁸ Bestemmelsen synes å tillegge komiteen makt til å bestemme

¹⁰⁶ *Bochan v. Ukraine* avsnitt 33.

¹⁰⁷ Sicilianos (2014) s. 252.

¹⁰⁸ Statute (1949) artikkel 15 bokstav a.

hvilke tiltak som er påkrevd for å oppfylle organisasjonens mål. Dette kan tas til inntekt for at komiteen kan pålegge stater en plikt til å endre lovgivningen. Samtidig fastslår bestemmelsens bokstav b at komiteens konklusjoner kan ta form av ”recommendations”, som ikke binder statene. Vedtektene gir dermed ikke særlig veiledning i hvor langt komiteen kan gå i å diktere statenes lovgivning.

2.4.3.2 Etterfølgende omstendigheter

Når det gjelder etterfølgende overenskomster, praksis og relevant folkerett, jf WK artikkel 31(3), kan Ministerkomiteens egne avgjørelser vektlegges, idet samtlige medlemsstater er representert i komiteen. Som påvist i introduksjonskapitlet, har komiteen selv endret reglene for anvendelsen av artikkel 46(2). Fra å ydmykt ”take note of” statenes reaksjon på en dom og avslutte den, har komiteen utviklet praksisen med å utgi *Interim Resolutions* der det kreves ytterligere tiltak. Hvorvidt praksisen kan anses akseptert av statene er imidlertid ikke krystallklart. I Izmir-erklæringen i 2011 oppfordret medlemsstatene komiteen til å ”apply fully the principle of subsidiarity, by which the States Parties have in particular the choice of means to deploy in order to conform to their obligations under the Convention”.¹⁰⁹ I Brussel-erklæringen¹¹⁰ i 2015 understreket medlemsstatene at Ministerkomiteen må respektere statenes skjønnsmargin i implementeringsfasen. Disse uttalelsene trekker i retning av at komiteen ikke kan forplikte statene til spesifikke tiltak.

I Brighton-erklæringen fra 2012 understrekte statene derimot at Ministerkomiteen ”ensures that proper effect is given to the judgments of the Court, including by the implementation of general measures(...)”¹¹¹ og ”should be able to take effective measures”¹¹² når en stat ikke oppfyller pliktene sine under artikkel 46. Dette taler for at statene aksepterer aktiv maktutøvelse fra komiteen.

Samme aksept kan spores gjennom parlamentarikerforsamlingen, som i 2000 ba Ministerkomiteen ”be more strict” mot medlemsstater som ikke oppfyller implementeringsplikten under artikkel 46, og ”ensure that measures taken are effective means of preventing further violations”.¹¹³

¹⁰⁹ Izmir Declaration s. 6.

¹¹⁰ Brussels Declaration s. 3.

¹¹¹ Brighton Declaration s. 7.

¹¹² Ibid punkt 27.

¹¹³ Resolution 1226(2000) punkt 11(a).

I det store bildet avslutter dessuten Ministerkomiteen omsider overvåkingen i flertallet av saker.¹¹⁴ Dette antyder at statene tross alt etterlever komiteens krav til generelle implementeringstiltak, og synliggjør at statene anser seg rettslig forpliktet til å følge komiteens ordre, også når det kreves nasjonale lovendringer. Denne praksisen trekker dermed i retning av at Ministerkomiteen har kompetanse til å pålegge statene konkrete lovendringer.

Denne kompetansen synes derimot ikke (lenger) å oppfattes som eksklusiv. I Brussel-erklæringen oppfordret medlemsstatene Ministerkomiteen til å ”promote the development of enhanced synergies within the framework of their competencies, primarily the Court(...)”.¹¹⁵ Dette ønsket om at domstolen skal innta en større rolle i implementeringsfasen ble gjentatt i Ministerkomiteens Annual Report 2017.¹¹⁶

Hva gjelder EMDs syn, har domstolen altså tilsynelatende tradisjonelt tolket artikkel 46(2) til at den tillegger Ministerkomiteen eksklusiv makt på implementeringsområdet. Som demonstrert i det foregående, synliggjør derimot domstolens nye praksis med selv å angi implementeringstiltak, at domstolen nå har endret sin tolkning av rollefordelingen i artikkel 46. Dette kan tas til inntekt for at komiteens kompetanse er relativ til den kompetansen domstolen velger å anvende. Med andre ord kan domstolen sies å ha makten til å sette parametrene komiteen kan utøve sin kompetanse innenfor.¹¹⁷ Denne tolkningen harmonerer godt med ordlyden i artikkel 46(1) og (2). EMDs nyere anvendelse av artikkel 46(2) trekker dermed i retning av at Ministerkomiteen har makt til å pålegge statene en plikt til å endre lovgivningen, men at denne ikke er eksklusiv.

2.4.4 Formålsbetraktninger

Som politisk organ bestående av demokratisk valgte utenriksministre (eller deres representanter), blir komiteen også av EMD fremhevet som bedre skikket enn domstolen til å vurdere hvordan menneskerettighetene best skal sikres i statenes rettsorden.¹¹⁸

Kompleksiteten i lovendringsprosesser for å sikre en konvensjonsmessig rettsorden skaper behov for assistanse fra et politisk organ. Det tjener dermed konvensjonsformålet om effektiv

¹¹⁴ Staden (2018) s. 22.

¹¹⁵ Brussels Declaration s. 7(c).

¹¹⁶ Annual Report 2017 s. 10.

¹¹⁷ Keller & Marti (2015) er også av denne oppfatning, se s. 840.

¹¹⁸ Tsereteli (2015) s. 183 for eksempler.

menneskerettighetsbeskyttelse at komiteen har kompetanse til å binde statene til konvensjonsmessig nasjonal lovgivning.

Hvorvidt det er formålstjenlig at komiteen har *eksklusiv* kompetanse er imidlertid et annet spørsmål. Komiteen har selv uttrykt behov for at domstolen bidrar til å identifisere strukturelle defekter, og har altså ønsket domstolens indikasjonspraksis velkommen idet det letter overvåkningsoppgaven. Representantene i komiteen har ikke nødvendigvis særlig kunnskap om menneskerettigheter og juss generelt. Enkelte er også kritiske til ren *peer review* av implementeringsfasen og hevder statsrepresentantene ”either lack incentives or have the wrong incentives”¹¹⁹ når det kommer til å sikre at andre stater effektivt etterlever dommer. Økt samarbeid mellom komiteen og EMD anses å ha en positiv synergieffekt. Som påpekt avsluttes saker raskere av komiteen når domstolen har angitt konkrete implementeringstiltak.¹²⁰ Dette tilsier at det ikke er formålstjenlig at komiteen har eksklusiv kompetanse.

2.5 Konklusjon om organenes kompetanse

Som fremholdt i delkapittel 2.3, har domstolen kompetanse til å binde statene til å endre nasjonal lovgivning. Kartleggingen av Ministerkomiteens kompetanse endrer ikke denne konklusjonen. Ministerkomiteens kompetanse er ikke eksklusiv, men relativ til hvilke krav EMD setter i sin endelige dom. I den grad domstolen ikke spesifiserer at en stat må endre lovgivningen sin, kan komiteen makt gjøre det. Etter ”the ordinary meaning” av artikkel 46 tillegges ikke organene *uttrykkelig* slik kompetanse, men ordlyden er vid nok til å romme en slik tolkning. Kontekstuelle og formålsrettede tolkningsfaktorer understøtter en tolkning som gir begge organene kompetanse til å pålegge staten en rettslig plikt til å endre lovgivningen.

Konklusjonen på avhandlingens første hovedproblemstilling er at både EMD og Ministerkomiteen kan pålegge statene en rettslig plikt til å endre nasjonal lovgivning som følge av en fellende dom.

¹¹⁹ Çalı & Koch, sitert i Staden (2018) s. 19.

¹²⁰ Stiansen (2018) s. 1.

3 FAKTISKE KONSEKVENSER FOR STATENES SKJØNNSMARGIN

3.1 Metodevalg

Det ble nettopp konkludert med at Strasbourgorganene kan pålegge staten konkrete lovendringer. Målsetningen i dette kapitlet er å vurdere hvorvidt statenes spillerom i valg av generelle tiltak for å forhindre fremtidige brudd faktisk snevres inn når EMD angir uttrykkelig at lovendringer bør eller må fattes. Den europeiske kommisjonen for demokrati gjennom lovgivning (Veneziakommisjonen) kommenterte i 2016 at:

One should also note that '[i]n its recent practice, the ECtHR tends to limit the freedom of the State in selecting suitable measures, indicating which individual measures or general measures to be taken in order to give effect to its judgment.'¹²¹

Dette kapitlet søker å teste denne påstanden. Det tas ikke sikte på å konkludere bombastisk, men snarere å foreta en kvalitativ analyse av noen utvalgte saker, i case-studiene i delkapitlene 3.2 og 3.3. Deretter vil det i delkapittel 3.4 tas et skritt tilbake for å se mer overordnet på hvordan Ministerkomiteen og statene responderer på fellende dommer i Strasbourg. Slik siktes det mot å kommentere hvorvidt det kan spores tendenser til at skjønnsmarginen snevres inn når Strasbourgorganene anvender de nye metodene sine.

Ministerkomiteen har kompetansen til å avslutte en sak når den anses tilstrekkelig implementert. I forskning på etterlevelseshastighetene brukes derfor gjerne komiteens avslutning av saken som indikator på hvorvidt en dom er fullbyrdet.¹²² For å kartlegge hvorvidt Ministerkomiteen skjerper kravene når EMD har foreskrevet konkrete lovendringer, blir det imidlertid nødvendig å gå et skritt lengre – det må ses mer konkret på hvilke tiltak komiteen faktisk har ansett som tilstrekkelige for å avslutte saken. I dette øyemed må det foretas en analyse av tiltakene statene angir i *Action Plans* og *Action Reports*, komiteens vurderinger av disse tiltakene slik de fremgår av komiteens resolusjoner, samt øvrig tilgjengelig kommunikasjon mellom staten og komiteen på databasen HUDOC-EXEC.

¹²¹ Veneziakommisjonen (2016) s. 26.

¹²² Eksempelvis Staden (2018) s. 17, og Stiansen (2018) Appendix s. vi.

Når det gjelder utvelgelsen av saker til case-studiene, er det naturligvis valgt fellende dommer der konvensjonsbruddet kan spores tilbake til nasjonal lovgivning. Videre angår de valgte sakene såkalte kvalifiserte eller relative konvensjonsrettigheter. Enkelte konvensjonsrettigheter er absolutte idet det ikke tillates inngrep overhodet. Andre igjen kan bare gjøres inngrep i på nærmere bestemte vilkår positivt angitt i konvensjonen. Motsetningsvis tillates det større inngrep i de mer relative rettighetene, etter en avveining mellom individets interesser og andre legitime interesser.¹²³ Statene tillates gjennomgående større skjønnsmargin i overholdelsen av slike konvensjonsrettigheter, ettersom EMD tar særlig hensyn til at lokale forhold påvirker interesseavveiningen. Skjønnsmarginen har dermed tradisjonelt vært videre også når det gjelder implementeringen av dommer som konstaterer brudd på slike rettigheter. Dessuten berører slike saker spørsmål som av natur gjerne er særlig moralsk og/eller politisk kontroversielle, slik at motstanden mot lovendringer foreskrevet av et overnasjonalt organ gjennomgående er særlig sterk. Derfor er det valgt politisk sensitive saker, hvor staten har utvist tydelig motstand mot å fatte lovendringer som respons på dommen. Dette fordi spørsmålet om skjønnsmarginens vidde da blir særlig presserende. Dermed er det valgt ut saker innenfor emnene innsattes stemmerett under EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 3 (TP-1-3), og rett til juridisk kjønnsskifte under EMK artikkel 8.

Disse saksområdene er unektelig snevre, og gir ikke grunnlag for en generell konklusjon på statenes skjønnsmargin i implementeringen av dommer innenfor ethvert saksområde. For å kunne spore eventuelle forskjeller i hvordan Ministerkomiteen håndhever dommer der EMD holder seg tilbake fra å angi at nasjonal lovgivning må endres, og der domstolen går lenger i å angi lovendringer, har jeg imidlertid måttet velge dommer som eksemplifiserer de ulike tilnærmingene fra domstolen. Som tidligere påpekt angir domstolen fortsatt bare unntaksvis at loven bør eller må endres,¹²⁴ hvilket allerede begrenser valgmulighetene mine.

Dessuten må dommene omhandle de samme problemstillingene for å kunne sammenligne de generelle implementeringstiltakene Ministerkomiteen har akseptert som tilstrekkelige for å avslutte overvåkingen av saken.¹²⁵ For å unngå spekulasjon i hvilke krav Ministerkomiteen har stilt til statene, har jeg videre måttet velge dommer der det finnes en del tilgjengelig kommunikasjon fra komiteen. Praksisen med å offentliggjøre kommunikasjonen mellom

¹²³ Se definisjonen av *qualified* konvensjonsrettigheter på <https://www.coe.int/en/web/echr-toolkit/definitions>.

¹²⁴ EMD angir generelle implementeringstiltak i bare et titalls dommer per år, se Annual Report 2018 s. 85.

¹²⁵ Av denne grunn egnet ikke tomtefestedommen seg for case-studiet. Selv om det fins flere pilotdommer om eiendomsretten i EMK TP 1-1, omhandler disse ofte tidligere sovjetstater med lovgivning som ikke lett kan sammenlignes verken med hverandre eller den norske tomtefesteloven.

komiteen og statene er ganske ny, og HUDOC-EXEC ble åpnet i 2017. Dessuten foregår fortsatt mye av kommunikasjonen i uformelle fora, og er derfor ikke offentlig tilgjengelig. Uten tilgjengelige sakspapirer er det vanskelig å si hvorvidt lovendringer har kommet som direkte resultat av EMDs fellende dom eller press fra Ministerkomiteen. Derfor har jeg måttet velge saker der det fins en del tilgjengelige sakspapirer på HUDOC-EXEC.

Innenfor de to valgte saksområdene har jeg funnet sammenlignbare problemstillinger i dommer som samlet illustrerer skalaen i EMDs tilnærming til implementeringsspørsmål, samtidig som det fins en del sakspapirer tilgjengelig på HUDOC-EXEC. I tillegg er altså saksområdene politisk omstridte, slik at spørsmålet om skjønnsmarginen blir særlig interessant. Ettersom målsetningen uansett ikke er å gi noen bombastisk konklusjon, men snarere å illustrere tendenser, anses derfor de to utvalgte saksområdene hensiktsmessige.

Innenfor hvert saksområde er det altså valgt ut deklarasjonelle dommer, samt dommer der EMD foreslår eller foreskriver lovendringer i mer imperative ordelag. De utvalgte dommene klassifiseres altså etter hvor langt EMD går i å pålegge statene lovendringer. Når bruddet stammer fra nasjonal lov, vil EMD i domspremissene nærmest uunngåelig direkte eller indirekte *påpeke* svakheter ved lovgivningen. Så lenge domstolen likevel holder seg tilbake fra å uttrykkelig *foreslå* eller *beordre* at loven må endres, vil slike dommer klassifiseres som deklarasjonelle.¹²⁶

I tråd med klassifiseringen skal det foretas en analyse av statenes respons på dommene, og Ministerkomiteens vurdering av de felte statenes innrapporterte implementeringstiltak. Har komiteen lavere terskel for å avslutte overvåkingen av rent deklarasjonelle dommer, mens det stilles krav til ytterligere eller mer omfattende tiltak når domstolen har gått lengre i å indikere at lovgivningen må endres?

3.2 Case-studie: Innsattes stemmerett

I *Hirst v. UK* fra 2005 var klageren dømt til livstid for øksemord. Han anførte brudd på hans rett til deltakelse i frie valg under EMK TP-1-3. Et totalforbud mot at fengselsinnsatte kunne stemme i valg fulgte automatisk av britisk lovgivning. Domstolen utpenslet forholdsmessighetskravet til å innebære krav om en ”discernible and sufficient link between

¹²⁶ Selv i *Marckx v. Belgium* fra 1979, der EMD lanserte at dommene var ”essentially declaratory in nature”, kritiserte domstolen belgisk lovgivning abstrakt, se eksempelvis avsnitt 43.

the sanction and the conduct and circumstances of the individual concerned”.¹²⁷ Videre henviste domstolen til Venezia-kommisjonens anbefaling om at fratakelse av politiske rettigheter burde fattes av en uavhengig domstol. I subsumsjonen fremhevet EMD det lovfestede forbudets betingelsesløse karakter, uten rom for hensyntagen til den kriminelle handlingens alvorsgrad og forhold ved den individuelle straffedømte, og konstaterte brudd. Videre kommenterte domstolen britiske myndigheters forespørsel om en presisering av hvilke inngrep i innsattes stemmerett som kunne godtas som kompatible med konvensjonen. Domstolen understreket at dens funksjon er å vurdere konvensjonsmessigheten av *eksisterende* rettstilstand, og at statene har en skjønnsmargin i hvordan dommen skal implementeres under artikkel 46. Domstolen fant derfor at den ”must confine itself to determining whether the restriction affecting all convicted prisoners in custody exceeds any acceptable margin of appreciation, leaving it to the legislature to decide on the choice of means for securing the rights guaranteed by”¹²⁸ TP-1-3. Selv om domstolen kritiserte britisk lovgivning, holdt den seg tilbake fra å pålegge Storbritannia konkrete lovendringer. Dommen kan dermed karakteriseres som deklatorisk.

Årene gikk, uten at det britiske totalforbudet mot innsattes stemmerett ble endret overhodet. Motstanden mot å gi innsatte stemmerett var overhengende. Ministerkomiteen intensiverte overvåkingen og fattet flere avgjørelser der det ble uttrykt alvorlig bekymring for stillstanden - men til ingen nytte. Dermed fortsatte tusenvis av klager fra britiske innsatte å strømme inn til Strasbourg. For å hankses med klagekøen, tok dermed EMD i bruk pilotdomprosedyren i *Greens and M.T. v. UK* i 2010. Selv om domstolen nok en gang understreket vegringen fra å diktere nasjonal lovgivning, gikk den mer konkret til verks med å foreskrive hvordan loven måtte endres. I domspremissene, under henvisning til artikkel 46, understreket domstolen at lovendringer var påkrevd for å møte konvensjonens krav,¹²⁹ og konkluderte med at:

the respondent State must introduce legislative proposals to amend section 3 of the 1983 Act and, if appropriate, section 8 of the 2002 Act, within six months of the date on which the present judgment becomes final, with a view to the enactment of an electoral law to achieve compliance with the Court's judgment in *Hirst*.¹³⁰

¹²⁷ *Hirst* avsnitt 71.

¹²⁸ *Hirst* avsnitt 84.

¹²⁹ *Greens* avsnitt 112.

¹³⁰ *Greens* avsnitt 115.

I tråd med pilotdomsprosedyren ble befalingen gjentatt i domsslutningen.

I *Greens* anførte britiske myndigheter at pilotdomsprosedyren ikke egnet seg grunnet den brede skjønnsmarginen staten hadde fått i *Hirst*.¹³¹ Gjennom bruken av den omstridte pilotdom-prosedyren synes domstolen ved første øyekast å snevre inn Storbritannias skjønnsmargin ved å foreskrive konkret hvilke lovendringer som var påkrevd. Når det ses hen til hvordan den formelt deklarasjoniske *Hirst*-dommen ble mottatt fem år tidligere, endres imidlertid dette inntrykket. Fem dissenterende dommere i *Hirst* argumenterte mot konvensjonsbrudd, og fremhevet at ”the Court is not a legislator, and should be careful not to assume legislative functions”.¹³² Til tross for dommens formelt deklarasjoniske karakter, ble den altså av flere EMD-dommere selv ansett som å diktere hvordan Storbritannia skulle endre lovgivningen sin. Dommen ble også oppfattet slik av britiske myndigheter, noe det finnes mange eksempler på i debatten som fulgte etter *Hirst*. I parlamentskomiteen nedsatt for å drøfte lovendringer som følge av *Hirst*, ble det av et mindretall fremholdt at ”the ECtHR has exceeded its mandate in seeking to dictate to a democratically elected legislature the detailed arrangements regarding prisoner voting”.¹³³ Dessuten avsluttet ikke Ministerkomiteen overvåkingen av *Hirst* før endringer ble foretatt som følge av *Greens*. Dette kan tas til inntekt for at skjønnsmarginen i hvordan dommer skal implementeres ikke snevres inn når EMD konkretiserer hvordan det skal gjøres. Dommene oppfattes som like imperative uavhengig av domstolens formuleringer, både av Ministerkomiteen og staten selv. Skjønnsmarginen er altså like snever uansett.

Skjønt, hvor ”snever” den er kan jo diskuteres. Komiteen avsluttet overvåkingen av sakene i 2018,¹³⁴ og aksepterte med dette en administrativ endring som tydeliggjorde for fengselstjenesten at personer ute på prøve og på hjemmesoning ikke skulle fratras stemmeretten – noe de etter loven heller aldri skulle ha blitt. Av de titusenvis britene under soning, fikk i praksis kun rundt hundre stemmerett.¹³⁵ I sin siste *Action Plan*¹³⁶ poengterte staten at de hadde *vurdert* å gi domstolene en rolle i avgjørelsen av hvorvidt stemmeretten skulle fratras. Dette ble imidlertid ikke fulgt opp, slik at totalforbudet mot innsattes stemmerett fortsatt følger direkte av loven. Likevel sa Ministerkomiteen seg fornøyd. Dette antyder at slik

¹³¹ *Greens* avsnitt 104.

¹³² *Hirst*, Dissenting Opinion of Judges Wildhaber et al avsnitt 6.

¹³³ Joint Committee (2013) s. 81.

¹³⁴ Resolution CM/ResDH(2018)467.

¹³⁵ Warwick (2017).

¹³⁶ Action Plan DH-DD(2017)1229.

Ministerkomiteen håndhever dommene, innsnevres ikke statenes skjønnsmargin når EMD indikerer hvilke lovendringer som er påkrevd. Dette sakskomplekset kan altså tas til inntekt for at statenes spillerom i implementeringen av dommer er like vid eller snever uavhengig av hvordan domstolen velger å ordlegge seg.

Observasjonen om at deklarasjonelle dommer håndheves like strengt av Ministerkomiteen gjenfinnes i *Söyler v. Turkey* fra 2013, som også gjaldt innsattes stemmerett. Etter tyrkisk lovgivning ble alle straffedømte for forsettlig handlinger fratatt stemmeretten i hele fengselsstraffens utmålte periode, uavhengig av om personen var idømt betinget fengselsstraff eller var ute på prøve. I utpenslingen av proporsjonalitetskravet gjentok domstolen *Hirst*-dommens krav om at det måtte tas hensyn til den kriminelle handlingens karakter, og individuelle forhold hos den enkelte. Videre fremhevet EMD at en dommers konkrete vurdering av inngrep i stemmeretten var hensiktsmessig for å sikre proporsjonalitet, i motsetning til et lovfestet stemmeforbud. Samtidig ble det understreket at mangel på slik konkret vurdering ikke i seg selv utgjorde brudd på artikkelen. Selv om EMD kritiserte det ubetingede stemmerettsforbudet i tyrkisk lov, konkluderte den bare med at *anvendelsen* av stemmerettsforbudet i den konkrete saken krenket TP-1-3. Domstolen foreskrev ikke eksplisitt påkrevde lovendringer, og dommen kan dermed klassifiseres som deklarasjonell.

Som respons på dommen innrapporterte tyrkiske myndigheter til Ministerkomiteen at forbudet i enkelttilfeller kunne tilsidesettes av det øverste tyrkiske valgstyret.¹³⁷

Ministerkomiteens tilsvarende understreket at dette ikke utgjorde et tilstrekkelig generelt implementeringstiltak.¹³⁸ To år senere innrapporterte Tyrkia at konstitusjonsdomstolen hadde tilsidesatt bestemmelsene som fratok domfelte stemmeretten også mens de ikke faktisk var fengslet. Tyrkia hevdet dette var tilstrekkelig som generelt implementeringstiltak, og ba Ministerkomiteen avslutte overvåkingen av saken.¹³⁹ Etter tyrkisk rettspraksis har altså alle domfelte nå stemmerett mens de ikke faktisk sitter i fengsel, men eksempelvis er ute på prøve. Til tross for at de innrapporterte endringene er på høyde med den britiske reaksjonen på *Hirst* og *Greens*, sa ikke Ministerkomiteen seg fornøyd, og fortsatte overvåkingen av saken.

I januar i år sendte Tyrkia inn nok en *Action Report*,¹⁴⁰ der det fremheves at fengselsstraff, og følgelig fratakelse av stemmerett, bare idømmes i alvorlige saker. Tyrkia argumenterer med at

¹³⁷ Action Plan DH-DD(2014)1492.

¹³⁸ Referert i Hardman & Dickson (2017) s. 101.

¹³⁹ Action Report DH-DD(2016)1345.

¹⁴⁰ Action Report DH-DD(2019)92.

dette er tilstrekkelig for å sikre proporsjonalitet, selv om forholdsmessigheten av inngrepet i stemmeretten per se fortsatt ikke vurderes isolert av en dommer. Overvåkningen av saken er i skrivende stund¹⁴¹ fortsatt ikke avsluttet. Dette indikerer at Ministerkomiteen enda ikke er tilfreds med tiltakene Tyrkia har fattet. Til tross for at EMD i denne dommen var mer tilbakeholden enn i pilotdommen *Greens*, synes altså Ministerkomiteen her å stille krav om vel så ”drastiske” endringer som i Storbritannias tilfelle. Ministerkomiteens oppfølging her understøtter videre at en rettslig forpliktelse til konkrete lovendringer følger implisitt av EMDs fellende dom, selv når den er deklarasjon.

Sakene om innsattes stemmerett antyder at Ministerkomiteen stiller like krav til generelle implementeringstiltak uavhengig av hvordan EMD ordlegger seg. *Greens* illustrerer videre at selv når EMD foreskriver konkrete lovendringer, har statene fortsatt et spillerom, og andre tiltak enn dem domstolen har angitt kan aksepteres av Ministerkomiteen som tilstrekkelige. Dette case-studiet antyder altså at statenes skjønnsmargin i valg av generelle implementeringstiltak i praksis ikke snevres inn når EMD foreskriver nødvendige lovendringer. I det videre skal det ses hen til et annet kontroversielt saksområde for å se om denne oppfatningen kan spores også her.

3.3 Case-studie: Rett til endring av juridisk kjønn

I *Goodwin v. UK* fra 2002 klagde en post-operativ transkjønnet kvinne til EMD på grunnlag av hennes manglende rett til å skifte juridisk kjønn under britisk lov. Domstolen kritiserte indirekte britisk lovgivning gjennom påpekningen av at situasjonen der kjønnsopererte ikke kunne være fullt ut verken mann eller kvinne siden de ikke kunne endre juridisk kjønn, ikke lenger var holdbar. Domstolen konstaterte brudd på EMK artikkel 8, og knesatte at britiske myndigheter ”can no longer claim that the matter falls within their margin of appreciation, save as regards the appropriate means of achieving recognition of the right protected under the Convention” (min kursivering).¹⁴² Domstolen ga altså en uttrykkelig skjønnsmargin i hvordan fremtidige brudd skulle unngås, og verken foreslo eller beordret at loven måtte endres. Fokus er dessuten på den individuelle klageren, idet det ble konstatert brudd ”since

¹⁴¹ Mai 2019.

¹⁴² avsnitt 93.

there are no significant factors of public interest to weigh against the interest of *this individual applicant*” (min kursivering).¹⁴³

Frem til dommen ble avsagt, inkluderte den politiske diskursen også alternativet å beholde lovgivningen uendret.¹⁴⁴ Etter EMDs dom ble det ikke lenger ansett som et alternativ. Lovendringene kom raskt på plass gjennom *The Gender Recognition Act 2004*, som knesatte den nærmest ubetingede retten til å skifte juridisk kjønn for alle som har tatt ”decisive steps” for å leve permanent som sitt nye kjønn.¹⁴⁵ Lovendringene ga med dette bredere adgang til juridisk kjønnskifte enn i mange andre europeiske land,¹⁴⁶ og Ministerkomiteen avsluttet saken i 2011.¹⁴⁷ EMDs dom er ansett som den sentrale årsaken til lovvedtaket.¹⁴⁸ Storbritannia oppfattet altså den deklarasjon dommen slik at de ble pålagt en rettslig forpliktelse til å endre lovgivningen.

I *L v. Lithuania* fra 2007 hadde klageren gjennomført delvis kjønnskifteoperasjon, men hull i litauisk lovgivning medførte at hen ikke hadde rett til å fullføre kjønnskiftet på litauisk jord, og var dermed avskåret fra å skifte juridisk kjønn. Etter litauisk lov var nemlig fysisk kjønnskifte en forutsetning for juridisk kjønnskifte. Den litauiske sivilkoden knesatte at alle ugifte voksne hadde rett til kjønnskifteoperasjon, men den nærmere reguleringen som var nødvendig for å gjøre rettigheten virksom, var ikke trådt i kraft. EMD konstaterte brudd på EMK artikkel 8. I domsslutningen foreskrev domstolen konkret at Litauen ”is to pass the required subsidiary legislation to Article 2.27 of its Civil Code on gender reassignment of transsexuals within three months of the present judgment becoming final”. EMD beordret med dette at Litauen måtte legalisere kjønnskifteoperasjon. Domstolen presiserte imidlertid at lovendringen var en forutsetning for å reparere den *individuelle klagerens* rettsstilling, og idømte klageren subsidiært erstatning dersom staten ikke maktet å endre lovgivningen innen tidsfristen. Dissenterende dommer Fura-Sandström hevdet domstolen ikke hadde kompetanse til å beordre lovendringer for å reparere den individuelle klagerens rettsstilling.

Årene gikk uten at litauiske myndigheter maktet å vedta de påkrevde lovendringene, og erstatning til den individuelle klageren ble utbetalt. De mangfoldige sakspapirene på HUDOC-EXEC demonstrerer at Ministerkomiteen likevel har fulgt saken opp tett – selv om

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Liberty (2002).

¹⁴⁵ Resolution CM/ResDH(2011)175 (Appendix).

¹⁴⁶ Staden (2018) s. 94.

¹⁴⁷ Resolution CM/ResDH(2011)175.

¹⁴⁸ Davy (2016) s. 37 og Staden (2018) s. 93.

overvåkningen lenge lå under standardprosedyren. I 2013, seks år etter domfellelsen, sendte Litauen inn sin første *Action Plan*, der det ble foreslått å forenkle prosedyren for å endre juridisk kjønn, og å be legestanden utvikle prosedyrer for kjønnskifteoperasjon.

Ministerkomiteen fant imidlertid ikke disse angitte tiltakene tilstrekkelige – særlig siden skifte av juridisk kjønn fortsatt forutsatte at vedkommende hadde foretatt kjønnskifteoperasjon. To år senere satte komiteen saken under *enhanced supervision*-prosedyren,¹⁴⁹ hvilket synes å ha satt litauiske myndigheter under større press. Det ble rapportert inn at litauiske domstoler nå kunne tilkjenne erstatning for personer som hadde tatt kjønnskifteoperasjon i utlandet.¹⁵⁰

Dette ble heller ikke akseptert som tilstrekkelig av komiteen, som stilte krav om godtgjørelse av at denne rettspraksisen var blitt etablert, og dessuten fremholdt at personer i samme stilling som klageren måtte få rett til fullstendig kjønnskifteoperasjon på litauisk jord.¹⁵¹ I 2017 rapporterte myndighetene inn at domstolene nå i praksis tillater endring av juridisk kjønn uten kjønnskifteoperasjon, og slik kompenserer for hullet i lovgivningen.¹⁵² I skrivende stund, 12 år etter domsavsigelsen, er saken likevel fortsatt ikke avsluttet. Senest i september 2018 anerkjente komiteen igjen de innrapporterte endringene, men ”considered nevertheless the adoption of a clear legal framework regulating the conditions and procedures for gender reassignment and legal recognition to be necessary”.¹⁵³

Ministerkomiteen håndhever altså EMDs ordre om å gi lovfeste rett til kjønnskifteoperasjon strengt. Selv om Litauen har gjort flere endringer i rettspraksis som klart bedrer transseksuelles rettigheter, og i tillegg utbetalte erstatning til den individuelle klageren, krever komiteen den eksakte lovgivningen EMD beordret. I pilotdommen *Greens* godtok jo komiteen minimale administrative endringer, til tross for at EMD foreskrev at lovendringer var nødvendig. I denne saken gikk imidlertid EMD enda lengre enn i *Greens* i å konkretisere hvilke lovendringer som var nødvendige – nemlig lovfesting av rett til kjønnskifteoperasjon – mens i *Greens* holdt EMD seg tilbake fra å diktere presist hvordan lovgivningen skulle utformes. Dette antyder at jo mer imperativt EMD ordlegger seg, desto mer presise krav stiller Ministerkomiteen til staten for å avslutte saken.

Samtidig krevde EMD i *L v. Lithuania* lovendringer for å avhjelpe den *individuelle* klageren, som jo omsider ble kompensert gjennom erstatning istedenfor. Like fullt håndhever

¹⁴⁹ CM/Del/Dec(2014)1208/10.

¹⁵⁰ Action Plan DH-DD(2015)72.

¹⁵¹ CM/Del/Dec(2017)1294/H46-16.

¹⁵² Action Plan DH-DD(2017)708.

¹⁵³ CM/Del/Dec(2018)1324/12.

Ministerkomiteen dommen slik at Litauen fortsatt plikter å lovfeste en rett til kjønnskifteoperasjon, som et generelt tiltak for å forhindre fremtidige brudd. I dette tilfellet synes altså Ministerkomiteen å stille strengere krav til lovendringer enn EMD. Dette antyder at Ministerkomiteen i praksis har vel så stor påvirkning som domstolen på statenes spillerom i valg av implementeringstiltak. Dessuten avsluttet ikke komiteen saken mens den lå under standardprosedyren. Dette indikerer at komiteen stiller like strenge implementeringskrav uavhengig av om saken settes under *enhanced supervision*.

Det kan bare spekuleres i hvordan komiteen ville reagert dersom Storbritannia ikke hadde foretatt drastiske endringer umiddelbart etter *Goodwin*, der EMD holdt seg tilbake fra å uttrykkelig pålegge Storbritannia en plikt til å endre loven. Noen år etter *Goodwin* behandlet imidlertid EMD nok en klage fra en britisk transseksuell som ikke fikk endret juridisk kjønn.¹⁵⁴ EMD fremholdt som en selvfølge at ”it is true that the Government had to take steps to comply with the judgment in *Christine Goodwin*, which involved drafting and passing in Parliament new legislation”.¹⁵⁵ Deklaratoriske *Goodwin* oppfattes altså både av staten og av EMD som å innebære en plikt til å endre loven. Det er dermed nærliggende å anta at dersom Storbritannia ikke hadde innført *The Gender Recognition Act*, ville Ministerkomiteen intensivert overvåkingen på samme måte som i *L v. Lithuania*.

Sakene om endring av juridisk kjønn styrker oppfatningen av at Ministerkomiteen håndhever dommene like strengt uavhengig av hvorvidt EMD uttrykkelig foreskriver at lovendringer er nødvendig, slik at EMDs nye strategier ikke snevrer inn statenes skjønnsmargin i implementeringsfasen. Begge case-studiene involverer imidlertid bare dommer avsagt etter årtusenskiftet. I det videre skal det trekkes lengre linjer, for å se om det kan spores en innsnevring av statenes skjønnsmargin i et lengre tidsperspektiv.

3.4 Det overordnede bildet

Staden har foretatt en omfattende kvantitativ analyse av medlemsstatenes respons på alle fellende dommer EMD noensinne har avgitt.¹⁵⁶ Med Ministerkomiteens avslutning av saken som målestokk for en tilstrekkelig fullbyrdet dom, finner han at man må helt tilbake til 1996 for å finne en perfekt implementeringsrate. Dette innebærer at komiteen fortsatt overvåker

¹⁵⁴ *Grant v. UK*.

¹⁵⁵ *Ibid.* avsnitt 41.

¹⁵⁶ Staden (2018) s. 22.

implementeringen av dommer avsagt mer enn to tiår tilbake. Staden skiller riktignok ikke mellom individuelle og generelle implementeringstiltak. Ettersom fullbyrdelse av generelle implementeringstiltak utvilsomt sitter lengre inne hos statene enn individuelle tiltak, er det klart at årsaken til at brorparten av sakene ikke er avsluttet er at *generelle* implementeringstiltak ikke har blitt iverksatt. Dette tilsier at Ministerkomiteen har krevd drastiske generelle tiltak fra statene uavhengig av hva EMD uttrykkelig har foreskrevet. EMDs dommer har jo tradisjonelt vært rent deklarasjonelle, og det er kun de senere år at EMD har utviklet praksisen med å angi implementeringstiltak. Like fullt synes altså Ministerkomiteen å ha håndhevet dommene like strengt i flere årtier. Dette igjen indikerer at statenes skjønnsmargin i valg av generelle implementeringstiltak i lang tid har vært begrenset. Dessuten er jo fortsatt brorparten av EMDs domsavsigelser deklarasjonelle – i bare rundt to prosent av dommene angir domstolen hvilke implementeringstiltak som kreves.¹⁵⁷ Like fullt fortsetter altså et stort antall dommer under komiteens overvåkning. Dette antyder at komiteen stiller like strenge krav til generelle implementeringstiltak av deklarasjonelle dommer som av dommer der EMD i større eller mindre grad foreslår eller beordrer gitte lovendringer.

Ledende forsker på implementering av EMD-dommer Lambert-Abdelgawad fastslår at ”It is also true that the freedom to choose the means has turned out to be relatively limited in practice and in some cases even an empty word”.¹⁵⁸ Hun hevder dette er meningen bak EMDs formulering i *Papamichalopoulos and others v. Greece*, avsagt helt tilbake i 1995: “The Contracting States that are parties to a case are *in principle* free to choose the means whereby they will comply with a judgment in which the Court has found a breach” (hennes kursivering). Hun understreker videre at bruken av pilotdomprosedyren ”never modifies the obligation of national authorities to adopt general measures following a judgment.”¹⁵⁹ Denne observasjonen understøtter at implementeringskravene alltid har ligget latent i EMDs domsavsigelser. Den nye praksisen med å angi dette uttrykkelig innskrenker ikke statenes valgmuligheter.

I eldre juridisk teori er det dessuten fremholdt at statenes og Ministerkomiteens praksis tilkjennegir at ”states held to account have interpreted the obligation to abide by the Court’s decisions as including the obligation to remedy the situation by bringing their legal

¹⁵⁷ Mowbray (2017) s. 477.

¹⁵⁸ Lambert-Abdelgawad (2009) s. 474.

¹⁵⁹ Ibid s. 480, og samme resonnement i Wallace (2011) s. 81.

procedures into conformity with the Convention".¹⁶⁰ Blant de opplistede eksemplene er den nord-irlandske avkriminaliseringen av homoseksuell praksis som følge av *Dudgeon v. UK* og Storbritannias respons på *Sunday Times v. UK*, begge avsagt for rundt 40 år siden. Disse er treffende eksempler på at en plikt til å endre lovgivningen alltid har ligget latent i EMDs dommer.

Sunday Times handlet om mediens frihet til å omtale et pågående forlik i en tvist mellom mødre og en produsent av medisiner som ga defekter hos fostrene. Britiske domstoler stanset publiseringen av en artikkel som kritiserte medisinprodusenten gjennom midlertidig forføyning. Avisen hadde anført at utover den konkrete forføyningen, var også den britiske lovgivningen forføyningen bygget på *i seg selv* konvensjonsstridig, og ba EMD instruere britiske myndigheter til å endre loven.¹⁶¹ EMD holdt seg uttrykkelig tilbake fra å vurdere lovgivningen abstrakt,¹⁶² og begrenset seg til å vurdere den konkrete forføyningen.¹⁶³ Domstolen fant at forføyningen krenket avisens ytringsfrihet etter EMK artikkel 10, men ga altså ingen indikasjoner på at britisk lovgivning måtte endres.

I den påfølgende avgjørelsen om oppreisningsutmåling året etter, fastslo imidlertid domstolen som en selvfølge at "the Contracting States concerned are in any event under an obligation to adjust their domestic law to the requirements of the Convention".¹⁶⁴ UK vedtok *The Contempt of Court Act 1981*, som brakte nasjonal lovgivning i tråd med konvensjonen. I sin kommunikasjon med Ministerkomiteen fremholdt britiske myndigheter at den nye loven var utformet blant annet for å "prevent further conflict"¹⁶⁵ med konvensjonsrettighetene slik domstolen tolket dem. Det synes altså som at lovendringene kom som en direkte følge av den fellende dommen fra EMD. Denne kausaliteten understøttes også i juridisk teori. Eksempelvis fremholder Cooke at *Sunday Times*-dommen "force(d) the hand of the Government on reform of the law".¹⁶⁶

Allerede på 70-tallet ble EMDs dommer altså oppfattet som å implisitt binde statene til å endre lovgivningen, selv om domstolen i *Sunday Times* ikke engang kritiserte britisk

¹⁶⁰ Biglieri & Prati (1985) s. 205.

¹⁶¹ *Sunday Times v. UK* avsnitt 38.

¹⁶² Dette var ikke fordi domstolen ikke anså seg kompetent til å prøve nasjonal lovgivning abstrakt, men fordi i systemet før Protokoll 11 kunne domstolen bare avgjøre spørsmål slik den nå avskaffede kommisjonen hadde definert dem i avgjørelse om at en sak kunne prøves.

¹⁶³ *Ibid* avsnitt 43.

¹⁶⁴ *Sunday Times v. UK(1980)* avsnitt 16.

¹⁶⁵ Resolution DH(81)2 Appendix.

¹⁶⁶ Cooke (1983) s. 36.

lovgivning overhodet. Den indirekte implikasjonen av at EMD konstaterer brudd som følge av et inngrep med hjemmel i nasjonal lov, har alltid vært at lovgivningen er konvensjonsstridig og må endres for å unngå fremtidige brudd. Den rettslige plikten til å endre lovgivningen øker ikke som følge av at EMD nå tidvis uttrykkelig presiserer dette, eller av at Ministerkomiteen intensiverer oppfølgingen av implementeringen.

3.5 Konklusjon

Case-studiene antyder at Ministerkomiteen stiller like høye krav til lovendringer uavhengig av hvorvidt EMD i dommen har angitt hvilke endringer som er påkrevd. Gjennom domstolens nye praksis tydeliggjøres bare hvilke krav som stilles – de normalt implisitte kravene gjøres eksplisitte. Selv om domstolen dømmer i individuelle klagesaker, vil et brudd som springer ut av konvensjonsstridig lovgivning av sin natur medføre at lovgivningen må endres. Som Ministerkomiteens oppfølging demonstrerer, endres ikke denne forpliktelsen av at EMD uttrykkelig presiserer at lovendring må skje.

Dette indikerer at statenes skjønnsmargin i implementeringsfasen ikke snevres inn når EMD uttrykkelig foreskriver hvordan lovgivningen må endres. Konvensjonens krav, slik de tolkes av EMD, praktiseres av statene og Ministerkomiteen som at lovendringer er påkrevd når dette er nødvendig for å hindre fremtidige brudd, uavhengig av domstolens formuleringer. Statenes skjønnsmargin er uansett like ”snever”. Som *Hirst-* og *Greens-*sakskomplekset viste, kan Ministerkomiteen imidlertid gi statene et spillerom til å vurdere hvor drastiske endringer de vil foreta. Ministerkomiteen håndhever dommene pragmatisk, og kan tillate alternative, mindre omfattende løsninger. Som fremhevet gir ikke case-studiene noen generell sannhet. De illustrerer i alle tilfeller at det ikke kan settes likhetstegn mellom en imperativ dom og en innsnevret skjønnsmargin.

Det kan dermed hevdes at kritikken mot EMDs nye praksis med å tidvis uttrykkelig beordre nasjonale lovendringer er feilrettet. Det er ikke tendensen til å angi konkret hvilke implementeringstiltak som kreves som gjør at EMD oppleves som invaderende. Den foregående gjennomgangen antyder at skoen trykker et annet sted. EMDs dynamiske tolkning av konvensjonens materielle rettigheter innebærer at domstolen oppstiller stadig høyere og mer presise standarder, også på områder der det ikke kan spores noen klar konsensus blant medlemsstatene. EMD konstaterer dermed brudd på grunnlag av stadig mer detaljerte trekk

(og mindre betydningsfulle defekter?) i nasjonal lovgivning. Slik pålegges statene en plikt til å finjustere lovgivningen sin til konvensjonens aktuelle krav på et stadig mer detaljert nivå. De gjennomgåtte sakene antyder at hvorvidt EMD uttaler denne plikten eksplisitt eller ei er uten betydning for hvor intensivt Ministerkomiteen følger opp implementeringen. Bindingsvirkningen i seg selv har alltid vært praktisert som like sterk.

De analyserte dommene synliggjør imidlertid en annen tendens i Strasbourg – nemlig såkalt *proceduralization*. I *Hirst* vektla domstolen at totalforbudet mot innsattes stemmerett ikke syntes å ha vært gjenstand for nevneverdig parlamentarisk debatt i nyere tid.¹⁶⁷ Dette ble også avgjørende i tomtefestedommen,¹⁶⁸ der klagerne viste til *Hirst* som prejudikat for at lovgivers manglende interesseavveining og vurdering av lovens konvensjonsmessighet medfører strengere prøving i Strasbourg.¹⁶⁹ Årsaken til at Ministerkomiteen omsider godtok minimale implementeringstiltak som respons på *Hirst* og *Greens*, synes å være at britiske myndigheter som følge av dommene i det minste hadde foretatt en omstendelig vurdering av hvordan totalforbudet *kunne* modereres – selv om det i praksis knapt ble moderert. De senere år har EMD i stadig større grad vektlagt kvaliteten av nasjonale myndigheters proporsjonalitetsvurdering og avveining av motstridende interesser, og sagt seg fornøyd så lenge prosessen som ledet fram til inngrepet har vært forsvarlig og gjennomtenkt.¹⁷⁰ *Greens* antyder at også Ministerkomiteen følger samme tendens i overvåkingen av implementeringen. Denne tendensen til prosedyralisering kan tas til inntekt for at statene nå faktisk har større spillerom i valg av hvordan en dom skal implementeres – så lenge valgene fremstår veloverveide.

¹⁶⁷ *Hirst* avsnitt 79.

¹⁶⁸ *Lindheim* avsnitt 128, Andenæs mfl. (2015) s. 276.

¹⁶⁹ *Lindheim* avsnitt 85.

¹⁷⁰ Kleinlein (2019) s. 91, *Animal Defenders v. UK* avsnitt 116.

4 TRÅDENE SAMLES

I kapittel 2 ble det konkludert med at EMD og Ministerkomiteen har kompetanse til å pålegge statene en rettslig forpliktelse til å endre lovgivningen. Organene har dermed tilstrekkelig hjemmel for sine nye metoder. I kapittel 3 ble det argumentert for at de nye strategiene ikke snevrer inn statenes skjønnsmargin i valg av implementeringstiltak. Ministerkomiteens makt til å vurdere hvorvidt en dom er tilstrekkelig fullbyrdet, synes etter kapittel 3 å innebære at komiteen i praksis i større grad enn EMD påvirker statenes skjønnsmargin i implementeringsfasen. *L v. Lithuania* viser at komiteen kan stille strengere krav enn EMD og slik innsnevre statens skjønnsmargin, men dette skjer uavhengig av om overvåkingen intensiveres gjennom *enhanced supervision*. *Greens* viser dessuten at komiteen tidvis også *utvider* marginen ved å tillate mindre omfattende tiltak enn EMD har foreskrevet. Som fastslått i kapittel 2 har Ministerkomiteen makt til å pålegge statene konkrete lovendringer, hvilket ut fra ”fra det mer til det mindre”-betraktninger innebærer at Ministerkomiteen også har tilstrekkelig hjemmel til slik utvidelse.

Som det fremgikk i kapittel 2, er en plikt til å endre nasjonal lovgivning hensiktsmessig for å sikre effektiv og enhetlig beskyttelse av menneskerettighetene. Kapittel 3 illustrerer likevel at domstolen formulerer seg såpass åpent at Ministerkomiteen fortsatt gis et visst spillerom til en pragmatisk vurdering av hvorvidt implementeringstiltakene er tilstrekkelige. Denne tilbakeholdenheten synes hensiktsmessig. Selv om Ministerkomiteen behøver klare retningslinjer for hvilke tiltak som kreves, er det hensiktsmessig å tillate komiteen og statene en viss fleksibilitet til å tilpasse tiltakene lokale behov, skikker, ressurser og andre forhold. Slik unngås overdreven rettsliggjøring av nasjonale lovendringsprosesser på akkord med slike lokale hensyn. I en tid der motstanden mot EMD er stadig mer påtakelig, synes Strasbourgorganenes nåværende praksis tilrådelig. Til tross for at dommene er bindende, og at manglende fullbyrdelse nå kan pådømmes gjennom *infringement*-prosedyren, finnes jo ingen rettslige verktøy for å faktisk tvinge fullbyrdelsen gjennom. I siste instans er det nødvendig å ha statene på sin side slik at de holder seg medgjørlike. Til syvende og sist er også trivielle implementeringstiltak å foretrekke framfor regelrett likegyldighet overfor domstolens avgjørelser.

Referanser

Alle lenker til nettsider er sjekket og fungerer per 08.05.2019.

Litteratur

- Andenæs mfl. (2015) Andenæs, Mads, Andreas Motzfeldt Kravik og Eirik Bjørge: "Høyesterett og EMD: Samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin". *Lov og Rett*, Vol. 54 nr. 5 2015, s. 261-278.
- Aust (2000) Aust, Anthony: *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press, 2000.
- Bailliet (2013) Bailliet, Cecilia: "Measuring Compliance with the Inter-American Court of Human Rights: The Ongoing Challenge of Judicial Independence in Latin America". *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 31 nr. 4 2013, s. 477-495.
- Biglieri & Prati (1985) Biglieri, Ezio & G. Prati (red.): *Encyclopedia of Public International Law*. North Holland, 1985.
- Bjørge (2012) Bjørge, Eirik: "Dynamisk tolking i den generelle folkeretten". *Lov og Rett* Vol. 51 Nr. 2 2012, s.104-122.
- Börzel (2003) Börzel, Tanja A.: "Guarding the Treaty: the Compliance Strategies of the European Commission". I Börzel, Tanja A. & Rachel A. Cichowski: *The State of the European Union 6: Law, Politics and Society*. Oxford: Oxford University Press 2003, s. 197-220. Nett: DOI: 10.1093/019925740x.003.0009
- Çalı & Wyss (2009) Çalı, Başak & Alice Wyss: *Why do Democracies Comply with Human Rights Judgments? A Comparative Analysis of the UK, Ireland and Germany*. London University College, 2009.
- Caligiuri & Napoletano (2010) Caligiuri, Andrea & Nicola Napoletano: "The Application of the ECHR in Domestic Systems". *Italian Yearbook of International Law* Vol. 20 2010. Nett: https://www.academia.edu/633695/The_Application_of_the_ECHR_in_the_Domestic_Systems
- Cooke (1983) Cooke, P.J.: Contempt, "The Strict Liability Rule and the Contempt of Court Act 1981". *The Liverpool Law Review*, Vol. 5 nr. 1 1983. Nett: <https://link.springer.com/article/10.1007%2FBF01079984>
- Davy (2016) Davy, Zowie: *Recognizing Transsexuals: Personal, Political and Medicolegal Embodiment*. Routledge, 2016.

- Dörr & Schmalenbach (2012) Dörr, Oliver & Kirsten Schmalenbach: *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. Berlin, Heidelberg: Springer 2012.
- Gardiner (2015) Gardiner, Richard: *Treaty Interpretation*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Haider (2013) Haider, Dominik: *The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*. Ph.D. University of Vienna, Leiden: Nijhoff, Brill, 2013.
- Hardman & Dickson (2017) Hardman, Helen & Brice Dickson: *Electoral Rights in Europe: Advances and Challenges*. London: Taylor & Francis, 2017.
- Hillebrecht (2014) Hillebrecht, Courtney: *Domestic Politics and International Human Rights Tribunals: The Problem of Compliance*. Cambridge: Cambridge University Press 2014. Nett: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139628747>
- Huneus (2015) Huneus, Alexandra: "Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts". *Yale Journal of International Law*, Vol. 40 nr. 1 2015, s. 1-40.
- Keller & Marti (2015) Keller, Helen & Cedric Marti: "Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights' Judgments". *European Journal of International Law*, Vol. 26 nr. 4 2015, s. 829–850. Nett: <https://doi.org/10.1093/ejil/chv056>
- Keller & Sweet (2008) Keller, Helen & Alec Stone Sweet(red.): *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Nett: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1087&context=fss_papers
- Kleinlein (2019) Kleinlein, Thomas: The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 68 nr. 1 2019, s. 91-110.
- Lambert-Abdelgawad (2009) Lambert-Abdelgawad, Elizabeth: "The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights : Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability". *Zeitschrift Für Ausländisches öffentliches Recht Und Völkerrecht* (trykt utgave.) Vol. 69 nr. 2009, s.471-506.
- Liberty (2002) Liberty: *Transsexuals Win Historic Rights Ruling in European Court*. 2002. Nett: <https://www.libertyhumanrights.org.uk/news/press-releases/transsexuals-win-historic-rights-ruling-european-court>

- Mowbray (2017) Mowbray, Alastair: "An Examination of the European Court of Human Rights' Indication of Remedial Measures". *Human Rights Law Review*, Vol. 17 nr. 3 2017, s. 451–478. Nett: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngx015>
- Müller (2017) Müller, Amrei: "En kort innføring i folkerettslig traktatolkning". *Jussens Venner*, Vol. 52 nr. 4 2017, s. 222-259.
- Reiertsen (2007) Reiertsen, Michael: "EMD-dommers bindingsvirkning etter EMK artikkel 46(1) sett i lys av den tyske forfatningsdomstolens behandling av Görgülü-sakene". *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 25 nr. 3 2007, s. 225-244.
- Sicilianos (2014) Sicilianos, Linos-Alexander: "The Involvement of the European Court of Human Rights in the Implementation of its Judgments: Recent Developments Under Article 46 ECHR". *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 32 nr. 3 2014, s. 235-262.
- Simmons (1998) Simmons, Beth A.: "Compliance With International Agreements". *Annual Review of Political Science*, Vol. nr. 1 1998, s. 75–93. Nett: <https://scholar.harvard.edu/files/bsimmons/files/Simmons1998.pdf>
- Staden (2018) Staden, Andreas von: *Strategies of Compliance with the European Court of Human Rights. Rational Choice Within Normative Constraints*. Philadelphia: Penn, 2018.
- Stiansen (2018) Stiansen, Øyvind: *Directing Compliance? Remedial Approach and Compliance with European Court of Human Rights Judgments* (upublisert artikkel). Universitetet i Oslo, 24.oktober 2018.
- Tsereteli (2015) Tsereteli, Nino: *Legal Validity and Legitimacy of the Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*. Ph.D. no 83 Det Juridiske Fakultet, Universitetet i Oslo, 2015.
- Warwick (2017) University of Warwick: *UK Compromise on Enfranchisement Prisoners Accepted by the Council of Europe: Expert Comment*. 2017. Nett: https://warwick.ac.uk/newsandevents/expertcomment/uk_compromise_on/
- Wallace (2011) Wallace, Stuart: "Much Ado About Nothing? The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights". *European Human Rights Law Review*, Vol. 1 2011, s. 71-81.

Avgjørelser fra EMD

<i>Akdivar v. Turkey</i>	<i>Akdivar and Others v. Turkey (Article 50)</i> , no. 21893/93 (01.04.1998)
<i>Ališić v. Bosnia et al</i>	<i>Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia</i> , no. 60642/08 (16.07.2014)
<i>Animal Defenders v. UK</i>	<i>Animal Defenders International v. The United Kingdom</i> , no. 48876/08 (22.04.2013)
<i>Assanidze v. Georgia</i>	<i>Assanidze v. Georgia</i> , no. 71503/01 (08.04.2004)
<i>Atiman v. Turkey</i>	<i>Atiman v. Turkey</i> , no. 62279/09 (23.09.2014)
<i>Benzer v. Turkey</i>	<i>Benzer and Others v. Turkey</i> , no. 23502/06 (12.11.2013)
<i>Bittó v. Slovakia</i>	<i>Bittó and Others v. Slovakia</i> , no. 30255/09 (28.01.2014)
<i>Bochan v. Ukraine</i>	<i>Bochan v. Ukraine No 2</i> , no. 22251/08 (05.02.2015)
<i>Broniowski v. Poland</i>	<i>Broniowski v. Poland</i> , no. 31443/96 (22.06.2004)
<i>Broniowski v. Poland(2005)</i>	<i>Broniowski v. Poland</i> , no. 31443/96 (28.09.2005)
<i>Driza v. Albania</i>	<i>Driza v. Albania</i> , no. 33771/02 (13.11.2007)
<i>Dudgeon v. UK</i>	<i>Dudgeon v. The United Kingdom</i> , no. 7525/76 (22.10.1981)
<i>Golder v. UK</i>	<i>Golder v. The United Kingdom</i> , no. 4451/70 (21.02.1975)
<i>Goodwin v. UK</i>	<i>Goodwin v. The United Kingdom</i> , no. 28957/95 (11.07.2002)
<i>Grant v. UK</i>	<i>Grant v. The United Kingdom</i> , no. 32570/03 (23.05.2006)
<i>Greens and M.T. v. UK</i>	<i>Greens and M.T. v. The United Kingdom</i> , no. 60041/08 60054/08 (23.11.2010)
<i>Hatton v. UK</i>	<i>Hatton and Others v. The United Kingdom</i> , no. 36022/97 (08.07.2003)
<i>Hirst v. UK</i>	<i>Hirst v. The United Kingdom (No 2)</i> no. 74025/01 (06.10.2005)
<i>Jovanovic v. Serbia</i>	<i>Zorica Jovanovic v. Serbia</i> , no. 21794/08 (26.03.2013)
<i>L v. Lithuania</i>	<i>L v. Lithuania</i> , no. 27527/03 (11.09.2007)
<i>Lindheim v. Norway</i>	<i>Lindheim and Others v. Norway</i> , no. 13221/08 2139/10 (12.06.2012)
<i>Loizidou v. Turkey</i>	<i>Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)</i> , no. 15318/89 (23.03.1995)
<i>Lyons v. UK</i>	<i>Lyons and Others v. The United Kingdom</i> , no. (08.07.2003)
<i>Maestri v. Italy</i>	<i>Maestri v. Italy</i> , no. 39748/98 (17.02.2004)

<i>Marckx v. Belgium</i>	<i>Marckx v. Belgium</i> , no. 6833/74 (13.06.1979)
<i>M.C. v. Italy</i>	<i>M.C. and Others v. Italy</i> , no. 5376/11 (03.09.2013)
<i>Moreira Ferreira v. Portugal</i>	<i>Moreira Ferreira v. Portugal No 2</i> , no. 19867/12 (11.07.2017)
<i>Nasrulloev v. Russia</i>	<i>Nasrulloev v. Russia</i> , no. 656/06 (11.10.2007)
<i>Rantsev v. Cyprus</i>	<i>Rantsev v. Cyprus and Russia</i> , no. 25965/04 (07.01.2010)
<i>Salah v. The Netherlands</i>	<i>Salah v. The Netherlands</i> , no. 8196/02 (06.07.2006)
<i>Scoppola v. Italy</i>	<i>Scoppola v. Italy No 2</i> , no. 10249/03 (17.09.2009)
<i>Sejdovic v. Italy</i>	<i>Sejdovic v. Italy</i> , no. 56581/00 (01.03.2006)
<i>Soering v. UK</i>	<i>Soering v. The United Kingdom</i> , no. 14038/88 (07.07.1989)
<i>Söyler v. Turkey</i>	<i>Söyler v. Turkey</i> , no. 29411/07 (17.09.2013)
<i>Sunday Times v. UK</i>	<i>Sunday Times v. The United Kingdom No. 1</i> , no. 6538/74 (26.04.1979).
<i>Sunday Times v. UK(1980)</i>	<i>Sunday Times v. The United Kingdom (Article 50)</i> , no. 6538/74 (06.11.1980).
<i>Torreggiani v. Italy</i>	<i>Torreggiani v. Italy</i> no. 43517/09 35315/10 37818/10 46882/09 55400/09 57875/09 61535/09 (08.01.2013)
<i>Tyrrer v. UK</i>	<i>Tyrrer v. The United Kingdom</i> , no. 5856/72 (25.04.1978)
<i>Ûrper v. Turkey</i>	<i>Ûrper and Others v. Turkey</i> , no. 14526/07 14747/07 15022/07 15737/07 36137/07 47245/07 50371/07 50372/07 54637/07 (20.10.2009)
<i>VgT v. Switzerland</i>	<i>Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No 2)</i> , no. 32772/02 (30.06.2009)
<i>Volkov v. Ukraine</i>	<i>Volkov v. Ukraine</i> , no. 21722/11 (09.01.2013)

Avgjørelser fra ICJ

ICJ: <i>Reparations for Injuries</i>	International Court of Justice: <i>Reparation for Injuries suffered in the service of the United Nations</i> . Advisory Opinion, 11.04.1949.
ICJ: <i>Use of Nuclear Weapons</i>	International Court of Justice: <i>Use of Nuclear Weapons (no 103)</i> . Advisory Opinion, 08.07.1996.
ICJ: <i>LaGrand</i>	International Court of Justice: <i>Germany v. The United Kingdom (LaGrand Judgment)</i> . Judgment, 27.06.2001.

Dokumenter fra Ministerkomiteens overvåkning av enkeltsaker

- Action Plan DH-DD(2014)1492 *Action plan (03/12/2014) - Communication from Turkey concerning the case of Söyler against Turkey*. 2015. Nett: [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2014\)1492E](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2014)1492E)
- Action Plan DH-DD(2015)72 *Updated action plan (12/01/2015) - Communication from Lithuania concerning the case of L. against Lithuania*. 2015. Nett: [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2015\)72E](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2015)72E)
- Action Plan DH-DD(2017)708 *Action plan (15/06/2017) - Communication from Lithuania concerning the case of L. v. Lithuania*. 2017. Nett: [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2017\)708E](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2017)708E)
- Action Plan DH-DD(2017)1229 *Action plan (02/11/2017) - Communication from the United Kingdom concerning the case of HIRST (No. 2) v. the United Kingdom*. 2017. Nett: [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2017\)1229E](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2017)1229E)
- Action Report DH-DD(2016)1345 *Action report (24/11/2016) - Communication from Turkey concerning the Söyler group of cases against Turkey*. 2016. Nett: [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2016\)1345E](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2016)1345E)
- Action Report DH-DD(2019)92 *Action report (21/01/2019) - Communication from Turkey concerning the SOYLER group of cases v. Turkey*. 2019. Nett: [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2019\)92E](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2019)92E)
- CM/Del/Dec(2014)1208/10 Ministers' Deputies: *Decision cases No. 10 L v. Lithuania*. 2018. Nett: [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=CM/Del/Dec\(2014\)1208/10](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=CM/Del/Dec(2014)1208/10)
- CM/Del/Dec(2017)1294/H46-16 Ministers' Deputies: *Decision H46-16 L. v. Lithuania*. 2017. Nett: [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=CM/Del/Dec\(2017\)1294/H46-16E](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=CM/Del/Dec(2017)1294/H46-16E)
- CM/Del/Dec(2018)1324/12 Ministers' Deputies: *Decision H46-12 L. v. Lithuania*. 2018. Nett: [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=CM/Del/Dec\(2018\)1324/H46-12E](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=CM/Del/Dec(2018)1324/H46-12E)

- Resolution DH(81)2 Committee of Ministers: *Resolution in Case of the Sunday Times against the United Kingdom*. Nett: <http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=001-55407>
- Resolution CM/ResDH(2011)175 Committee of Ministers: *Resolution in Cases of I. and Christine Goodwin against the United Kingdom*. 2011. Nett: <http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=001-106990>
- Resolution CM/ResDH(2018)467 Committee of Ministers: *Resolution in Five cases against the United Kingdom*. 2018. Nett: <http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=001-188692>

Øvrige dokumenter fra Ministerkomiteen

- Annual Report 2011 Committee of Ministers: *Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the ECtHR*, Annual Report 2011, Strasbourg: Council of Europe, 2012. Nett: <https://www.coe.int/en/web/execution/annual-reports>
- Annual Report 2013 Committee of Ministers: *Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the ECtHR*, Annual Report 2013, Strasbourg: Council of Europe, 2014. Nett: <https://www.coe.int/en/web/execution/annual-reports>
- Annual Report 2014 Committee of Ministers: *Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the ECtHR*, Annual Report 2014. Strasbourg: Council of Europe, 2015. Nett: <https://www.coe.int/en/web/execution/annual-reports>
- Annual Report 2017 Committee of Ministers: *Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights*. Annual Report 2017. Strasbourg: Council of Europe, 2018. Nett: <https://www.coe.int/en/web/execution/annual-reports>
- Annual Report 2018 Committee of Ministers: *Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights*. Annual Report 2018. Strasbourg: Council of Europe, 2019. Nett: <https://www.coe.int/en/web/execution/annual-reports>
- Recommendation Rec(2010)3 Committee of Ministers: *Recommendation Rec(2010)3 on Effective Remedies for Excessive Length of Proceedings*. Strasbourg, Council of Europe, 2010. Nett: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?Objec tID=09000016805cf8e9

Resolution Res(2004)3	Committee of Ministers: <i>Resolution Res(2004)3 on Judgments Revealing an underlying Systemic Problem</i> . Strasbourg, Council of Europe, 2004. Nett: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjecId=09000016805dd190
Rules of Procedure (1976)	Committee of Ministers: <i>Rules Adopted by the Committee of Ministers Concerning the Application of Article 54 of the European Convention on Human Rights of February 1976</i> .
Rules of Procedure (2006)	Committee of Ministers: <i>Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements (Rules of Procedure)</i> . Vedtatt i 2006, endret i 2017. Nett: https://rm.coe.int/16806eebf0

Dokumenter fra Europarådet for øvrig

Brighton Declaration	Brighton Declaration (High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights) 2012. Nett: https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf
Brussels Declaration	Brussels Declaration (High Level Conference on the Implementation of the European Convention of Human Rights, Our Shared Responsibility) 2015. Nett: https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_ENG.pdf
CDDH (2016)	CDDH: <i>Report on the Longer-Term Future of the System of the ECHR</i> , 2016. Nett: https://rm.coe.int/the-longer-term-future-of-the-system-of-the-european-convention-on-hum/1680695ad
ECHR: <i>50 Years of Activity</i>	European Court of Human Rights: <i>50 Years of Activity: The European Court of Human Rights - Some Facts and Figures</i> . Strasbourg: Council of Europe, 2010. Nett: https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_1959_2009_ENG.pdf
ECHR: <i>Facts and Figures 2017</i>	European Court of Human Rights: <i>The European Court of Human Rights in Facts and Figures 2017</i> . Strasbourg: Council of Europe, 2018. Nett: https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2017_ENG.pdf

Izmir Declaration	Izmir Declaration (High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights) 2011. Nett: https://www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf
Resolution 1226(2000)	Parliamentary Assembly: Resolution 1226(2000) Execution of judgments of the European Court of Human Rights, 28.september 2000. Nett: https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=16834&lang=en
Rules of Court	European Court of Human Rights: <i>Rules of Court</i> . Strasbourg: Council of Europe, 2018. Nett: https://www.echr.coe.int/documents/rules_court_eng.pdf
Statute (1949)	Council of Europe: <i>Statute of the Council of Europe</i> . London: Council of Europe, 1949. Nett: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680935bd0
Travaux Préparatoires Vol.IV	Council of Europe: <i>Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights</i> . Vol IV, 1977. Haag: Martinus Nijhoff.

Annet

ILC Yearbook 1966	International Law Commission: <i>Yearbook of the International Law Commission 1966 Vol II</i> , 1966. Nett: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf
ILC Yearbook 1977	International Law Commission: <i>Yearbook of the International Law Commission 1977 Vol II Part II</i> , 1977. Nett: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1977_v2_p2.pdf
ILC Yearbook 2001	International Law Commission: <i>Yearbook of the International Law Commission 2001 Vol II Part II</i> . Nett: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v2_p2.pdf
Joint Committee (2013)	Joint Committee: <i>Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill Report Session 2013-2014</i> . London: The Stationary Office, 2013. Nett: https://publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtdraftvoting/103/103.pdf

- Prop.73 L (2014-2015) *Endringer i tomtefesteloven (festeavgift ved forlengelse m.m.).*
- Venziakommisjonen (2016) Venice Commission: *Russian Federation - Final Opinion on the Amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitutional Court.* Venezia, 2016. Nett:
[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)016-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)016-e)
- Wienkonvensjonen (WK) United Nations: *Vienna Convention on the Law of Treaties*, United Nations 1969.