



UIT

NORGES  
ARKTISKE  
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

## Fjerdeinstansdoktrinen

*En analyse av om EMDs overprøving av nasjonale rettsavgjørelser skjer i samsvar med fjerdeinstansdoktrinen slik den er uttalt av EMD*

---

**Synne Solgaard Evensen**

*Stor masteroppgave i rettsvitenskap vår 2018*



# Innholdsfortegnelse

Del I .....	1
1 Innledning .....	1
1.1 Tema og problemstilling .....	1
1.2 Aktualitet .....	6
1.3 Metode .....	8
1.4 Avgrensning .....	9
1.5 Videre fremstilling .....	10
2 Kompetansefordelingen mellom nasjonalstater og internasjonale tribunaler i den alminnelige folkerett og i EMK-retten .....	12
2.1 Generelle trekk i den alminnelige folkeretten og i EMK-systemet .....	12
2.2 Nærmere om EMD .....	15
3 EMDs prøvingsintensitet og prøvingskompetanse .....	19
3.1 Innledning .....	19
3.2 Subsidiaritetsprinsippet .....	20
3.3 Prinsippet om statenes skjønnsmargin .....	22
3.4 Fjerdeinstansdoktrinen .....	25
3.5 Beslektede områder .....	27
3.6 Oppsummering: Området for fjerdeinstansdoktrinen .....	28
4 Fjerdeinstansdoktrinen og EMK art. 6 .....	29
4.1 Innledning .....	29
4.2 Kort om EMK artikkel 6 .....	29
4.3 Rettferdighetsnormen og fjerdeinstansdoktrinen .....	31
5 Systematisering av innholdet i doktrinen .....	35
5.1 Innledning .....	35
5.2 Overprøving av nasjonal rett .....	36
5.3 Overprøving av sakens faktiske side .....	38
5.4 Resultatkontroll .....	39

5.5	EMDs overprøving av nasjonalstatens oppfølging av konvensjonsbrudd .....	41
5.6	Oppsummering .....	42
DEL II	.....	44
6	Om analysedelen .....	44
7	EMDs overprøving av nasjonal rett .....	46
7.1	Innledning .....	46
7.2	Van Kück mot Tyskland .....	46
7.2.1	Introduksjon .....	46
7.2.2	Den nasjonale prosessen .....	46
7.2.3	EMDs behandling av saken .....	48
7.3	Tibet Mentes m. flere mot Tyrkia .....	54
7.3.1	Introduksjon .....	54
7.3.2	Den nasjonale prosessen .....	54
7.3.3	EMDs behandling av saken .....	55
7.4	Andelkovic mot Serbia .....	60
7.4.1	Introduksjon .....	60
7.4.2	Den nasjonale prosessen .....	60
7.4.3	EMDs behandling av saken .....	61
7.5	Oppsummering .....	63
8	EMDs overprøving av sakens faktiske side .....	65
8.1	Innledning .....	65
8.2	Tamminen mot Finland .....	65
8.2.1	Introduksjon .....	65
8.2.2	Den nasjonale prosessen .....	65
8.2.3	EMDs behandling av saken .....	66
8.3	Miller mot Sverige .....	69
8.3.1	Introduksjon .....	69

8.3.2	Den nasjonale prosessen .....	69
8.3.3	EMDs behandling av saken .....	70
8.4	Oppsummering .....	72
9	EMDs resultatkontroll.....	74
9.1	Innledning.....	74
9.2	Khamidov mot Russland .....	74
9.2.1	Introduksjon .....	74
9.2.2	Den nasjonale prosessen .....	74
9.2.3	EMDs behandling av saken .....	75
9.3	De Moor mot Belgia.....	77
9.3.1	Introduksjon .....	77
9.3.2	Den nasjonale prosessen .....	78
9.3.3	EMDs behandling av saken .....	78
9.4	Tatishvili mot Russland.....	79
9.4.1	Introduksjon .....	79
9.4.2	Den nasjonale prosessen .....	79
9.4.3	EMDs behandling av saken .....	80
9.5	Ruiz Torija mot Spania .....	82
9.5.1	Introduksjon .....	82
9.5.2	Den nasjonale prosessen .....	83
9.5.3	EMDs behandling av saken .....	83
9.6	Hiro Balani mot Spania .....	86
9.6.1	Introduksjon .....	86
9.6.2	Den nasjonale prosessen .....	86
9.6.3	EMDs behandling av saken .....	86
9.7	Vetrenko mot Moldova .....	88
9.7.1	Introduksjon .....	88

9.7.2	Den nasjonale prosessen .....	88
9.7.3	EMDs behandling av saken .....	89
9.8	Oppsummering .....	93
10	Nasjonalstatens oppfølging ved konvensjonsbrudd .....	95
10.1	Innledning .....	95
10.2	Bochan mot Ukraina (No. 2) .....	96
10.2.1	Introduksjon .....	96
10.2.2	EMDs behandling av saken .....	96
10.3	Moreira Ferreira mot Portugal (No. 2) .....	99
10.3.1	Introduksjon .....	99
10.3.2	EMDs behandling av saken .....	100
10.4	Oppsummering .....	103
DEL III	Konklusjoner og betraktninger .....	105
11	Samsvarer EMDs uttalelser med realiteten i EMDs overprøving? .....	105
12	Kan EMDs overprøving av nasjonale rettsavgjørelser rettferdiggjøres? .....	107
13	Avsluttende betraktninger .....	110
	Kildeliste .....	113
	Bøker .....	113
	Artikler .....	113
	Internasjonale kilder .....	113
	Avgjørelser fra Høyesterett .....	114
	Avgjørelser fra EMD .....	114
	Nettbaserte kilder .....	116
	Vedlegg .....	118

# Del I

## 1 Innledning

### 1.1 Tema og problemstilling

Fjerdeinstansdoktrinen er i EMK-retten et uttrykk for hva EMD ikke skal være, nemlig en ankeinstans eller en fjerde instans. Dette innebærer at EMD ikke skal overprøve om en nasjonal rettsavgjørelse er riktig i sitt resultat. Fjerdeinstansdoktrinen legger dermed begrensninger for hva EMD kan overprøve med hensyn til de vurderinger nasjonale domstoler har foretatt. EMDs materielle kompetanse er begrenset til å kontrollere at prosessen som ledet frem til resultatet har tilfredsstilt konvensjonens krav. Fjerdeinstansdoktrinen kommer til uttrykk i EMDs praksis i form av ”general principles”. Temaet for denne oppgaven er å undersøke om EMDs overprøving av nasjonale rettsavgjørelser skjer innenfor rammene av fjerdeinstansdoktrinen.

Ettersom fjerdeinstansdoktrinen i utgangspunktet gjelder EMDs materielle kompetanse, skal EMD i hovedsak avvise en sak som er av fjerdeinstans karakter. Det er imidlertid en vanskelig grensdragning mellom en prosessuell overprøving av den nasjonale rettergangen og en innholdsmessig overprøving av den nasjonale rettsavgjørelsen. Dette har medført at det i saker om EMK artikkel 6 kan reises tvil om hvorvidt EMD burde avvist saken *ratione materiae*. Fjerdeinstansdoktrinen er uttalt av EMD i flere saker som blir gjenstand for realitetsbehandling. For å kunne ta stilling til om EMD foretar en mer inngående overprøving av nasjonale rettsavgjørelser enn fjerdeinstansdoktrinen tilsier, er det nødvendig å undersøke graden av overprøving heller enn hvorvidt EMD burde avvist saken *ratione materiae*. Dette viser at skillet mellom fjerdeinstansdoktrinen og generelle prinsipper om EMDs prøvingsintensitet, fordrer en praktisk vanskelig grensdragning. Jeg har likevel valgt å holde fast ved skillet mellom EMDs materielle kompetanse og EMDs generelle prøvingsintensitet. I del I vil dette skillet bli nærmere vurdert. Det er imidlertid en erkjennelse at analysedelen omhandler hvor inngående EMD overprøver den nasjonale rettsavgjørelse; et tema som domstolen strengt tatt skulle avvist *ratione materiae*.

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) er rettslig forankret i den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 19, hvor det også fremgår at dens formål er “to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the

Convention and the Protocols thereto". EMD er en internasjonal domstol som skal sørge for at konvensjonsstatene overholder sine menneskerettslige forpliktelser. På denne måten er domstolen både overnasjonal og subsidiær.

EMK er en folkerettslig traktat med konvensjonsstatene som pliktsubjekter og hvor suverenitetsprinsippet veier tungt. Dette innebærer at det i utgangspunktet er opp til medlemsstatene å sikre og å gjennomføre konvensjonens innhold. Så lenge medlemsstatene overholder sine forpliktelser, har domstolen ikke kompetanse til å intervenere. EMD har altså et ansvar som en kontrollmekanisme. Menneskerettigheter skal beskytte enkeltindivider mot statlige overgrep. Av hensyn til enkeltindividene er det derfor av stor betydning at EMD utøver en reell kontroll med statene. Hensynet til statenes suverenitet og hensynet til individenes rettsikkerhet er således til en viss grad motstridende ved vurderingen av EMDs kompetanse.

Med 56 250 pågående klager per 31. desember 2017,<sup>1</sup> er EMD blitt et aktivt og sentralt folkerettslig apparat. Denne suksessen har også sine konsekvenser: domstolens arbeidsmengde vært et diskusjonstema i lengre tid,<sup>2</sup> og det er forsøkt flere tiltak for å redusere antall saker.<sup>3</sup> Med denne saksmengden har EMD fått en sentral rolle i Europa, noe som innebærer økt fokus på domstolens kompetanse. Dette gjelder både prøvingsintensitet og materiell kompetanse. Med prøvingsintensitet siktes det til hvor inngående domstolen kan overprøve spørsmål som den har materiell kompetanse til å prøve. Materiell kompetanse gjelder hvilke saker og forhold EMD har kompetanse til å overprøve.

EMDs prøvingsintensitet kan i all hovedsak oppsummeres i begrepene subsidiaritetsprinsippet og prinsippet om statenes skjønnsmargin. Det nærmere innholdet i disse prinsippene er utviklet gjennom EMDs praksis.

Subsidiaritetsprinsippet innebærer at det i første rekke er medlemsstatene som skal sikre og gjennomføre konvensjonen. Dette er bakgrunnen for det prosessuelle vilkåret i EMK artikkel 35 nr. 1 om at nasjonale rettsmidler må være uttømt før EMD kan ta en klage til behandling.

---

<sup>1</sup> [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2017\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2017_ENG.pdf) (sist lest 11. april 2018)

<sup>2</sup> Se for eksempel introduksjonskapittelet i Europarådets Explanatory Report til protokoll 14

<sup>3</sup> For eksempel tiltakene gjennomført ved protokoll 14: kompetanse for singel dommer til å avvise klager (se artikkel 27 nr. 1), nytt vilkår for realitetsbehandling (se artikkel 35 nr. 3 bokstav b), samt kompetanse for komiteene til å avgjøre repetitive saker (se artikkel 28 nr. 1 bokstav b).

Subsidiaritetsprinsippet bidrar til en tilbakeholden overprøving av på hvilken måte nasjonalstatene gjennomfører konvensjonen.

Prinsippet om statenes skjønnsmargin innebærer at EMDs prøvingsintensitet varierer ut fra hvor vidt skjønn staten tilkjennes i den konkrete sak. Flere av konvensjonens rettigheter gir adgang for statene til å gjøre inngrep i rettighetene. Artikkel 8, 9, 10 og 11 gir alle ifølge ordlyden adgang til inngrep dersom inngrepet har hjemmel i lov, er nødvendig i et demokratisk samfunn og inngrepet skjer for å ivareta legitime formål. Hvorvidt det kan gjøres inngrep i det konkrete tilfellet, beror på en skjønnsmessig vurdering og avveining av ulike motstående interesser. I disse sakene er statenes skjønnsmargin særlig relevant. EMDs prøvingsintensitet vil bero på hvilken grad av skjønnsmargin medlemsstaten blir tilkjent i den aktuelle saken.<sup>4</sup>

For eksempel vil det i relasjon til artikkel 8 normalt innrømmes begrenset skjønnsmargin for staten dersom saken gjelder en særlig viktig del av en persons eksistens eller identitet.<sup>5</sup> Slike saker ligger i kjernen av de grunnleggende menneskerettighetene, og EMDs kontrollfunksjon er av stor betydning for individets rettssikkerhet. Motsatt vil manglende konsensus i medlemsstatene innebære en videre skjønnsmargin for staten, særlig hvis saken gjelder sensitive moralske eller etiske spørsmål.<sup>6</sup> Manglende konsensus kan ofte skyldes særlige nasjonale forhold, og staten er nærmest til å foreta vanskelige verdivalg av moralsk eller etisk karakter.

Prinsippet om statenes skjønnsmargin får også betydning ved konflikt mellom konvensjonsrettigheter. EMD har således uttalt at i saker hvor ytringsfrihet etter artikkel 10 og rett til privatliv etter artikkel 8 står mot hverandre, har staten en viss skjønnsmargin i vurderingen av om det skal gjøres inngrep i ytringsfriheten.<sup>7</sup> Dersom nasjonale domstoler har foretatt en balansering av de to rettighetene i tråd med EMDs rettspraksis, skal det sterke grunner til for at EMD skal erstatte domstolens syn på spørsmålet.<sup>8</sup>

Når det gjelder EMDs materielle prøvingskompetanse, domstolens *ratione materiae*, er denne først og fremst regulert i EMK artikkel 32. Av denne bestemmelsen fremgår det at EMD bare

---

<sup>4</sup> EMDs dom 16. desember 2010 *A, B, og C mot Irland* avsnitt 231

<sup>5</sup> Avsnitt 232

<sup>6</sup> Avsnitt 232

<sup>7</sup> EMDs dom 7. februar 2012 *Axel Springer AG mot Tyskland* avsnitt 85

<sup>8</sup> Avsnitt 88



kan ta stilling til spørsmål om tolkning og anvendelse av konvensjonen og dens protokoller.<sup>9</sup> I samsvar med artikkel 35 nr. 3 må EMD avvise en klage som er uforenelig med bestemmelsene i konvensjonen eller dens protokoller. Dette innebærer at EMD må avvise en klage *ratione materiae* dersom klagen er begrunnet i forhold som ikke reguleres av konvensjonen.

En klage som må avvises *ratione materiae* er for eksempel en klage begrunnet i at den nasjonale rettsavgjørelse er feil.<sup>10</sup> Dette er koblingen mellom EMDs materielle kompetanse og fjerdeinstansdoktrinen. EMD har ikke kompetanse til å operere som en fjerdeinstans eller som en ankeinstans over nasjonale domstoler. En klage som i realiteten innebærer en overprøving av innholdet i en nasjonal rettsavgjørelse, skal dermed avvises *ratione materiae*.

For å ta stilling til hvorvidt EMD opererer innenfor rammen av fjerdeinstansdoktrinen, er det nødvendig å vite hva EMD legger i å operere som en fjerdeinstans. EMD har utpenslet det nærmere innholdet i fjerdeinstansdoktrinen gjennom praksis. I *Moreira Ferreira mot Portugal* (no. 2) uttalte EMD at:

“It is not for the Court to deal with alleged errors of law or fact committed by national courts unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention, for instance where, in exceptional cases, such errors may be said to constitute “unfairness” incompatible with Article 6 of the Convention”<sup>11</sup>

I *Khamidov mot Russland* uttalte EMD at:

”The Court reiterates that it is not its task to take the place of the domestic courts, which are in the best position to assess the evidence before them, establish facts and interpret domestic law. The Court will not, in principle, intervene unless the decisions reached by the domestic courts appear arbitrary or manifestly

---

<sup>9</sup> Jon Fridrik Kjølbro, *Den europæiske menneskerettigheds konvention – for praktikere*, 2. udgave, København 2007 s. 56

<sup>10</sup> EMDs dom 11. desember 2012 *Nenkova-Lalova mot Bulgaria* avsnitt 65 og 67 og EMDs dom 23. september 2008 *Kachel mot Polen* avsnitt 32

<sup>11</sup> EMDs dom 11. juli 2007 *Moreira Ferreira mot Portugal* (No. 2) avsnitt 83

unreasonable and provided that the proceedings as a whole were fair as required by Article 6 § 1 (...)"<sup>12</sup>

I *Bochan mot Ukraina (No. 2)* uttalte EMD at:

"Normally, issues such as the weight attached by the national courts to given items of evidence or to findings or assessments in issue before them for consideration are not for the Court to review. The Court should not act as a fourth instance and will not therefore question under Article 6 § 1 the judgement of the national courts unless their findings can be regarded as arbitrary or manifestly unreasonable"<sup>13</sup>

Fjerdeinstansdoktrinen innebærer således at EMD ikke har materiell kompetanse til å overprøve påståtte rettslige eller faktiske feil begått av nasjonale domstoler. Rettslige feil kan begås både gjennom tolkning av nasjonal rett og gjennom subsumsjon. Faktiske feil kan bestå i feil knyttet til bevisføring eller bevisbedømmelsen. EMD kan heller ikke prøve om resultatet som sådan er feil.

Ettersom fjerdeinstansdoktrinen i all hovedsak begrenser EMDs kompetanse med hensyn til de vurderinger nasjonale domstoler har foretatt, får doktrinen særlig betydning i spørsmål om retten til rettferdig rettergang etter artikkel 6. I disse sakene er det ofte den nasjonale avgjørelse som er prøvingsgjensstand for EMD. Dette aktualiserer spørsmålet om hvordan EMD tar stilling til om den nasjonale avgjørelsen er avgjort i tråd med konvensjonen, uten å foreta en vurdering av realitetene i saken og innholdet i den nasjonale rettsavgjørelsen.

Artikkel 6 nr. 1 oppstiller en generell rett til rettferdig rettergang ("fair trial") ved avgjørelse av tvister, så vel sivile som strafferettslige. EMDs oppgave er å vurdere om rettergangen var rettferdig i tråd med artikkel 6.1, men uten å gå inn på realitetene i saken jf.

fjerdeinstansdoktrinen. Dette innebærer at EMDs kompetanse i artikkel 6-saker som utgangspunkt er strengt prosessuell. Rettferdighetsnormen innebærer ikke et krav om en innholdsmessig rettferdig avgjørelse i nasjonale domstoler. Det vil si at det er den prosessuelle håndteringen av saken som EMD kan overprøve.

---

<sup>12</sup> EMDs dom 15. november 2007 *Khamidov mot Russland* avsnitt 170

<sup>13</sup> EMDs dom 5. februar 2015 *Bochan mot Ukraina (No. 2)* avsnitt 61

EMDs avgjørelser viser imidlertid at skillet mellom en prosessuell overprøving og en innholdsmessig overprøving kan være vanskelig å praktisere. Dette medfører risiko for at EMD i artikkel 6-saker i realiteten overprøver innholdet i den nasjonale avgjørelsen og dermed inntar rollen som en fjerdeinstans.

Som uttalelsene ovenfor viser, har EMD likevel unntaksvis adgang til å behandle en sak som i henhold til fjerdeinstansdoktrinen faller utenfor deres kompetanse. EMD har således materiell kompetanse til å overprøve den nasjonale avgjørelsen dersom nasjonale domstolars vurdering har ”infringed rights and freedoms protected by the Convention” eller dersom vurderingen fremstår som ”arbitrary” eller ”manifestly unreasonable”.

Disse uttalelser fremstår som unntak fra hovedregelen om den kompetansebegrensning som ligger i fjerdeinstansdoktrinen. Disse unntakene er sentrale i oppgaven. Spørsmålet er om EMD ved hjelp av disse unntakene går for langt i å overprøve nasjonale rettsavgjørelser, og dermed inntar rollen som en ankedomstol. I neste kapittel vil jeg kort redegjøre for hvorfor jeg mener det er behov for å besvare dette spørsmålet.

## 1.2 Aktualitet

EMDs rolle er hyppig diskutert og kritisert. Allerede fra forhandlingene om en ny menneskerettsdomstol i tiden etter annen verdenskrig, var spørsmålet om domstolens kompetanse oppe til diskusjon. Debatten ble ledet av to fløyer med henholdsvis Storbritannia og Frankrike i spissen.<sup>14</sup> Særlig Storbritannia var kritisk til at konvensjonen skulle åpne for individuell prøvingsadgang. I tillegg var det uenighet mellom de to fløyene vedrørende utformingen av konvensjonens rettigheter, særlig med hensyn til mulighet for inngrep.<sup>15</sup> Dette viser at det allerede fra starten av var vanskelig å komme til enighet om arbeidsfordelingen mellom en internasjonal domstol og medlemsstatene.

Debatten er i høyeste grad aktuell i dag. Blant annet var EMD diskusjonstema under forberedelsene av Brexit.<sup>16</sup> Ifølge avisen ”The Independent” uttalte Storbritannias statsminister Theresa May i 2016 at Storbritannia burde forlate EMD uavhengig av den

---

<sup>14</sup> Tor Ehlers Bertelsen, *EMK*, Bergen 2011 s. 33

<sup>15</sup> Bertelsen s. 30

<sup>16</sup> Se blant annet [www.e-ir.info/2017/07/27/implications-of-brexit-for-the-european-convention-on-human-rights/](http://www.e-ir.info/2017/07/27/implications-of-brexit-for-the-european-convention-on-human-rights/) (sist lest 30. april 2018) og [www.e-ir.info/2017/07/05/brexit-and-the-future-of-the-european-convention-on-human-rights/](http://www.e-ir.info/2017/07/05/brexit-and-the-future-of-the-european-convention-on-human-rights/) (sist lest 30. april 2018)

forestående folkeavstemmingen, fordi den blant annet ”can bind the hands of Parliament”.<sup>17</sup> Også i EMK-systemet er EMDs funksjon og kompetanse oppe til diskusjon. Under fire konferanser vedrørende EMDs fremtid avholdt i Interlaken, Izmir, Brighton og Brussel, var tema i hovedsak EMDs saksmengde. I de fire deklarasjonene som konferansene munnet ut i, er EMDs kompetanse tematisert gjennom ulike tiltak for å redusere saksmengden.<sup>18</sup> Dette er naturlig. Dersom EMD materielle kompetanse utvides, vil også antall klager øke. Hvilken grad av skjønnsmargin som blir innrømt, og dermed hvilken grad av prøvingsintensitet EMD utøver, vil også få innvirkning på EMDs totale arbeidsmengde.

Det er stor forskjell på antall klager og avgjørelser mot de ulike medlemsstatene. Gjennom hele perioden EMD har eksistert, har for eksempel Russland totalt fått 2 253 avgjørelser mot seg, Tyrkia har fått 2 988 og Ukraina har fått 1 188.<sup>19</sup> Vest-Europa har i stor grad velutviklede demokratier og rettssystemer, til forskjell fra flere øst-europeiske land som lenge har vært underlagt totalitære regimer. Øst-europeiske lands tiltrødelse til konvensjonen har bidratt til EMDs økende saksmengde, som igjen har aktualisert en debatt om hvilken rolle EMD bør ha.<sup>20</sup> Det har også blitt diskutert hvorvidt EMD har påtatt seg en for aktiv rolle i disse medlemsstatene.<sup>21</sup> En slik rolle kan møte motstand ikke bare i de landene hvor EMD er aktiv, men også i de øvrige landene.

I en artikkel vedrørende tilleggsprotokoll 15 og EMDs saksmengde, fremfører Emberland to påstander om EMDs overbelastning:<sup>22</sup> at den skyldes at EMD selv har påtatt seg en kontrollorgan-oppgave, samt at den skyldes svakheter i den nasjonale domstolsprøvingen. I Wessel-Aas sin kommentar til Emberland fremhever han at denne siste påstanden stemmer godt, ettersom et overveldende flertall av saker for EMD stammer fra Russland, Tyrkia, Romania og Ukraina – land som representerer mindre utviklede demokratier.<sup>23</sup> Aass hevder at dersom EMDs prøvingskompetanse blir begrenset under disse omstendighetene, vil dette bidra til å svekke menneskerettsvernet til befolkningen i de landene som enda har en lang vei

---

<sup>17</sup> <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-human-rights-european-court-echr-leave-after-theresa-may-tories-european-parliament-eu-a8096546.html> (sist lest 1. mai 2018)

<sup>18</sup> Se Interlaken-deklarasjonen punkt E.9 a) og Izmir-deklarasjonen punkt F.2 c)

<sup>19</sup> Statistikk for EMD, tilgjengelig på:

[https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2017\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2017_ENG.pdf) (sist lest 1. mai 2018)

<sup>20</sup> Se for eksempel Brighton-deklarasjonen

<sup>21</sup> Se for eksempel om Ukraina: <https://www.ejiltalk.org/twenty-years-of-the-echr-in-ukraine/> (sist lest 17. november 2017)

<sup>22</sup> Marius Emberland, ”Effektivisering av subsidiaritet i EMK”, *Lov og Rett* 2013 s. 513-514 på s. 514

<sup>23</sup> Jon Wessel-Aas, ”Effektivisering av subsidiaritet i EMK – en replikk til Marius Emberland”, *Lov og Rett* 2013 s. 702-704 på s. 704

å gå.<sup>24</sup> Dette er i høyeste grad politiske spenninger som vil være utfordrende så lenge svært ulike land er med i samme konvensjonssystem. Spørsmålet er hvor mye frihet vestlige land skal ha til fortrenghet for streng kontroll med mindre utviklede land. Wessel-Aas skriver at det er så enkelt som at de velutviklede landene bare har å overholde menneskerettighetene; da vil jo EMD avvise saken eller konstatere at det ikke har skjedd en krenkelse av konvensjonen.

Som tema er fjerdeinstansdoktrinen lite behandlet i juridisk teori. Etter min mening har ikke dette sammenheng med manglende aktualitet, men heller at fjerdeinstansdoktrinen ofte blir behandlet i sammenheng med eller som deler av temaet subsidiaritet. Som jeg vil argumentere for i kapittel 3 representerer fjerdeinstansdoktrinen derimot et adskilt tema fra både subsidiaritet og skjønnsmargin, og det er derfor behov for nærmere behandling av temaet.

### 1.3 Metode

Denne oppgaven innebærer i hovedsak en analyse av EMDs rettsavgjørelser. Formålet med analysen er å undersøke hvorvidt EMD opererer innenfor rammene av domstolens materielle kompetanse. Oppgaven er orientert mot hvordan dommernes argumentasjon får betydning på et prinsipielt plan – domstolens materielle kompetanse. Analysen av EMDs praksis vil derfor ikke rette seg mot det materielle innholdet i gjeldende rett, men mot domstolens prinsipielle tilnærming til hvordan den skal utøve kontroll med nasjonalstatene. EMDs uttrykkelige omtale av disse spørsmålene gir et visst innblikk i temaet. Disse generelle uttalelsene blir gjennomgått i kapittel 5. Etter mitt skjønn kan et fullstendig bilde av EMDs tilnærming bare dannes ved å undersøke hvordan EMD overprøver nasjonale rettsavgjørelser i praksis. Dette er formålet med analysene av EMDs avgjørelser. Analysen innebærer å se EMDs argumentasjon som en helhet, herunder de underliggende materielle spørsmålene i saken. Det er derfor nødvendig å kjenne til EMDs metode. Jeg vil også tolke EMDs argumentasjon for å vurdere hvilke konsekvenser argumentasjonen vil ha for domstolens materielle kompetanse. Tolkningen må foretas innenfor legitime rettslige argumentasjonsmetoder. For å oppnå dette, vil tolkningen baseres på sentrale momenter i EMDs metode som har betydning for hvordan dommerne argumenterer.

Først og fremst, og under henvisning til at EMD er en folkerettslig domstol, henter EMD veiledning i Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 31.<sup>25</sup> Etter denne bestemmelsen skal

---

<sup>24</sup> Wessel-Aas s. 704

<sup>25</sup> EMDs dom 21. februar 1975 *Golder mot Storbritannia* avsnitt 29

en traktat tolkes ”in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”. EMD tolker også konvensjonsrettighetene i tråd med konvensjonens fortale.<sup>26</sup> EMD tolker videre konvensjonen i lys av og i sammenheng med de øvrige konvensjonsrettigheter.<sup>27</sup>

EMD har en formålsoverorientert metode når den tolker og anvender konvensjonen. EMD har uttalt at konvensjonen har til formål å sikre rettigheter som ikke er teoretiske eller illusoriske, men praktiske og effektive.<sup>28</sup> Konvensjonen skal også tolkes dynamisk.<sup>29</sup> Det siste som kan være relevant å trekke frem her, er at EMD ofte legger vekt på om det foreligger konsensus i konvensjonsstatene.<sup>30</sup>

Del I i denne oppgaven fokuserer på å danne et teoretisk grunnlag for den praktiske analysedelen i del II. Etter mitt skjønn dannes dette grunnlaget best ved en gjennomgang av EMD og den folkerettslige konteksten domstolen eksisterer i, og videre ved en gjennomgang av EMDs kompetanse. Deretter vil det bli foretatt en nærmere gjennomgang av fjerdeinstansdoktrinen og koblingen til artikkel 6-saker. Et metodisk poeng å trekke frem allerede her er at kapittel 5 er ment å fungere som et sammenlikningsgrunnlag for analysedelen. I kapittel 5 vil EMDs uttalelser om fjerdeinstansdoktrinen gjennomgås for å belyse EMDs generelle tilnærming til doktrinen og domstolens materielle kompetanse. I analysedelen vil EMDs argumentasjon bli nærmere undersøkt med hensyn til om EMDs overprøving samsvarer med disse generelle uttalelsene.

Metoden som er brukt for å velge avgjørelser til analysedelen, vil bli redegjort nærmere for i innledningen til del II og her nevnes bare at rammene for oppgaven dessverre setter en begrensning for den mengde avgjørelser som ville belyst temaet i størst mulig grad. Utvalget avgjørelser i denne oppgaven er dermed foretatt med sikte på å gi et mest mulig reelt og dekkende bilde av fjerdeinstansproblematikken.

## 1.4 Avgrensning

I teorien finnes flere ulike tilnærminger til EMDs kompetanse, og enkelte argumenterer for at subsidiaritet, skjønnsmargin og fjerdeinstansdoktrinen er synonymer eller ulike sider av

---

<sup>26</sup> Kjølbro s. 21

<sup>27</sup> Kjølbro s. 21

<sup>28</sup> EMDs dom 12. februar 2004 *Perez mot Frankrike* avsnitt 80

<sup>29</sup> EMDs dom 16. april 2002 *Stes Colas Est m. flere mot Frankrike* avsnitt 41

<sup>30</sup> Kjølbro s. 32

samme sak. I denne oppgaven legges det til grunn et mer markant skille mellom disse begrepene, og slik at tema for denne oppgaven er fjerdeinstansdoktrinen mer isolert. Jeg vil derfor ikke behandle subsidiaritet og statenes skjønnsmargin utover det som er nødvendig for å fastlegge skillet mellom de tre begrepene.

Fjerdeinstansdoktrinen gjelder EMDs kompetanse *ratione materiae*, og er således ikke avgrenset til å gjelde bestemte konvensjonsrettigheter. Ettersom fjerdeinstansdoktrinen i hovedsak har betydning for EMDs overprøving av nasjonale rettsavgjørelser, er doktrinen særlig relevant i artikkel 6-saker. Oppgaven vil derfor fokusere på avgjørelser hvor det er påstått krenkelse av artikkel 6, og nærmere bestemt rettferdighetsnormen i artikkel 6.1.

Som nevnt innledningsvis medfører fjerdeinstansdoktrinen at klager som fordrer en overprøving av innholdet i den nasjonale avgjørelse, må avvises *ratione materiae*. Ettersom jeg argumenterer for at fjerdeinstansproblematikken aktualiseres i saker hvor EMD faktisk realitetsbehandler klagen, vil oppgaven avgrenses mot saker hvor EMD avviser en sak enten *ratione materiae* eller som ”manifestly ill-founded”.

Artikkel 6 gjelder både sivile saker og straffesaker. Fjerdeinstansdoktrinen er aktuell i begge tilfeller. EMD har gjennom en rekke strafferettslige avgjørelser i større grad utviklet prinsipper for prøvingsintensitet og materiell kompetanse. Dette gjelder for eksempel hvilken kompetanse EMD har når det kommer til overprøving av ulovlig ervervede bevis.<sup>31</sup> De avgjørelser som er bredest omtalt i juridisk teori, gjelder strafferettslige saker. Den vekselvirkning som naturlig oppstår mellom EMDs avgjørelser og teori som diskuterer EMDs kompetanse, har medført at diskusjonen om fjerdeinstansdoktrinen i sivile saker ikke er blitt avklart i samme grad. Disse momentene har bidratt til at oppgaven avgrenses mot strafferettslige avgjørelser. Et par saker av strafferettslig karakter er likevel tatt med i oppgaven, fordi de i stor grad belyser fjerdeinstansproblematikk som er overførbare til sivile saker.

## 1.5 Videre fremstilling

I del I av denne oppgaven er formålet å redegjøre for hva fjerdeinstansdoktrinen er, og i hvilken kontekst doktrinen blir aktualisert. EMK-systemet er et folkerettslig rettssystem, det vil si et system bestående av flere stater. Folkeretten har alminnelige regler om statlig

---

<sup>31</sup> EMDs dom 15. desember 2011 *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*, særlig avsnitt 147

suverenitet som gir seg utslag også i EMK-systemet. I kapittel 2 vil jeg redegjøre for kompetansefordelingen mellom nasjonalstater og internasjonale tribunaler, både i folkeretten generelt og i EMK-systemet. I kapittel 3 vil det bli redegjort for EMDs kompetanse, herunder både subsidiaritet og skjønnsmargin som utgjør EMDs prøvingsintensitet, og fjerdeinstansdoktrinen som del av EMDs materielle kompetanse. I dette kapittelet er formålet å gjøre nærmere rede for skillet mellom subsidiaritet, skjønnsmargin og fjerdeinstansdoktrinen. Kapittel 4 fokuserer på EMK artikkel 6 og den særlige aktualiseringen av fjerdeinstansdoktrinen som rettferdighetsnormen innebærer. I kapittel 5 foretar jeg en oppdeling og systematisering av de ulike elementene i fjerdeinstansdoktrinen. Systematiseringen vil bli brukt som grunnlag for analysedelen i del II.

I del II er formålet å analysere en rekke avgjørelser fra EMD for å undersøke om den reelle overprøving som skjer samsvarer med EMDs uttalelser om fjerdeinstansdoktrinen. Analysedelen er strukturert etter systematiseringen i kapittel 5, og avgjørelsene er plassert under de elementene av fjerdeinstansdoktrinen som aktualiseres. Hver avgjørelse vil bli presentert før EMDs argumentasjon vil bli analysert og diskutert i lys av EMDs uttalelser som redegjort for i kapittel 5. Analysedelen innledes i kapittel 6 med en redegjørelse av hvordan avgjørelsene er valgt ut. Kapittel 7 tar for seg EMDs overprøving av nasjonal rett, kapittel 8 overprøving av sakens faktiske side, kapittel 9 EMDs resultatkontroll og kapittel 10 nasjonalstatens oppfølging av konvensjonsbrudd. Hvert analysekapittel avsluttes med en oppsummering og sammenlikning av de avgjørelser som er gjennomgått.

I oppgavens del III vil jeg i kapittel 11 forsøke å besvare problemstillingen min om hvorvidt EMDs uttalelser om fjerdeinstansdoktrinen samsvarer med den overprøvingen som skjer i praksis. I kapittel 12 er formålet å undersøke om det foreligger forhold som forsvarlig- eller rettferdiggjør en eventuell overprøving som ikke samsvarer med fjerdeinstansdoktrinen. Til slutt vil jeg gi noen avsluttende betraktninger rundt EMDs materielle kompetanse i lys av menneskerettighetenes stilling i dag og i lys av EMDs plassering i nasjonale og internasjonale rettssystemer.



## **2 Kompetansefordelingen mellom nasjonalstater og internasjonale tribunaler i den alminnelige folkerett og i EMK-retten**

### **2.1 Generelle trekk i den alminnelige folkeretten og i EMK-systemet**

EMK-systemet er et eget rettssystem samtidig som det utgjør en del av den alminnelige folkeretten. EMK-systemet er således et regionalt folkerettssystem som gjelder mellom europeiske medlemsstater. De generelle hensyn som gjør seg gjeldende i folkeretten, får dermed også betydning i EMK-systemet. Når det gjelder kompetansefordelingen mellom nasjonalstater og internasjonale tribunaler, finnes det både likheter og forskjeller mellom den alminnelige folkeretten og EMK-systemet. For å kunne diskutere EMDs kompetanse er det nødvendig å forstå det folkerettslige systemet, herunder de internasjonale tilsynsorganene. I det følgende vil det bli redegjort for den alminnelige folkeretten og EMK-systemet, med fokus på internasjonale tilsynsordninger.

Folkeretten blir gjerne definert som den rett som regulerer rettsforholdet mellom stater i deres egenskap av sådanne.<sup>32</sup> Folkeretten er en samlebetegnelse på den rett som eksisterer og gjelder mellom stater, og i noen grad, og i alle fall i den nyere folkeretten, mellom stater og individer.<sup>33</sup> Individene fikk sitt gjennombrudd i folkeretten gjennom et økt fokus på menneskerettigheter etter annen verdenskrig, og særlig gjennom FN-paktens anerkjennelse av menneskerettighetene og FNs menneskerettserklæring av 1948.<sup>34</sup> Det fantes spor av den generelle folkeretten allerede i oldtiden og middelalderen,<sup>35</sup> men den første store utvikling skjedde på 1600-tallet med naturrettsstenkeren Hugo Grotius i spissen.<sup>36</sup> Freden i Westfalen i 1948 er også ansett som en historisk viktig del av folkerettens utvikling.<sup>37</sup> Folkeretten slik vi kjenner den i dag fikk imidlertid sitt gjennombrudd ved opprettelsen av Folkeforbundet etter første verdenskrig. I denne perioden ble individenes stilling søkt styrket samtidig som statssuvereniteten ble forsøkt begrenset ved at Folkeforbundet ble tillagt en viss

---

<sup>32</sup> Carl August Fleischer, *Folkerett*, 8. utgave, Oslo 2005 s. 19

<sup>33</sup> Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Arusha 2002 s. 32

<sup>34</sup> Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Imføring i folkerett*, 4. Utgave, Oslo 2011 s. 231

<sup>35</sup> Fleischer s. 53

<sup>36</sup> Fleischer s. 54

<sup>37</sup> Fleischer s. 54

overnasjonalitet.<sup>38</sup> I dag er FN ansett som den viktigste folkerettslige organisasjonen, og FN-pakten som en av de mest sentrale folkerettslige avtaler.

Folkeretten er basert på en rekke prinsipper som er styrende for hvordan systemet fungerer. Suverenitetsprinsippet er det prinsippet som i størst grad skiller folkeretten fra nasjonale rettssystemer.<sup>39</sup> Suverenitetsprinsippet innebærer at alle stater er suverene, og dermed ikke er underkastet noen annens vilje enn sin egen.<sup>40</sup> Som en følge av dette mangler folkeretten en sentral lovgivnings-, doms- og tvangsmyndighet. I suverenitetsprinsippet ligger imidlertid også en adgang til å la seg binde ved å inngå avtaler. Denne adgangen kan benyttes til å binde statene til organer med lovgivnings-, doms og tvangsliknende myndighet.

For eksempel er FN-pakten artikkel 108 et eksempel på vedtak som med et flertall kan binde alle medlemsland. Dette likner på nasjonale lovgivningsprosesser. Et eksempel på en domsliknende myndighet er den internasjonale domstol (ICJ) som etter artikkel 36 nr. 2 i statuttene får kompetanse til å behandle tvister ved at statene avgir erklæring om dette.<sup>41</sup> I Europa representerer EMD en regional folkerettslig domstol med forankring i EMK del II. EMD behandler individklager og kan avsi bindende avgjørelser.<sup>42</sup> EMD likner dermed i stor grad på en nasjonal domstol. Et eksempel på folkerettslig tvangsliknende myndighet, er FNs sikkerhetsråd som kan beslutte bruk av makt.<sup>43</sup> I Europa skal Europarådets ministerkomité kontrollere at statene etterlever EMDs bindende avgjørelser.<sup>44</sup> Ministerkomitéen har dermed tvangsliknende myndighet, men har ikke adgang til å tvangsgjennomføre etterlevelsen av en avgjørelse.

Disse eksemplene viser at statene gjennom sin suverene makt til å inngå avtaler, har avgitt deler av sin suverenitet til internasjonale organer. I motsetning til i nasjonale rettssystemer, står imidlertid staten fritt til å gjenoppta sin suverenitet ved å tre ut av avtalene.

Folkerettens kilder består av sedvane og traktater. Folkerettslig sedvane er regler som på grunn av statspraksis ("general practice") oppfattes som gjeldende rett ("accepted as law"),<sup>45</sup>

---

<sup>38</sup> Ruud og Ulfstein s. 41

<sup>39</sup> Ruud og Ulfstein s. 21

<sup>40</sup> Ruud og Ulfstein s. 21

<sup>41</sup> Vedtekter for Den internasjonale domstol artikkel 36 nr. 1

<sup>42</sup> Se EMK artikkel 46 nr. 1 og 34

<sup>43</sup> FN-pakten artikkel 43

<sup>44</sup> Se EMK artikkel 46 nr. 2

<sup>45</sup> Vedtekter for Den internasjonale domstol artikkel 38 nr. 1 bokstav b

og som gjelder for alle stater, uavhengig av om staten har akseptert disse i kraft av sin suverenitet.<sup>46</sup> Sedvaner har på denne måten likhetstrekk med lovgivning.

Traktatene i folkeretten er bindende avtaler inngått mellom stater i kraft av deres suverenitet.<sup>47</sup> Traktater kan inngås bilateralt eller multilateralt, det vil si mellom henholdsvis to eller flere stater. Felles for alle traktater er at de er underlagt reglene i Wienkonvensjonen om traktatretten, som i det vesentlige anses som folkerettslig sedvane.<sup>49</sup> EMK er en folkerettslig traktat, multilateral sådan, som gjelder for Europa. Den er følgelig en regional folkerettstraktat, men like fullt underlagt reglene i Wienkonvensjonen.

Folkeretten inndeles gjerne i en alminnelig og en spesiell del.<sup>50</sup> Den alminnelige delen gjelder alle områder av folkeretten, herunder opprettelse og opphør av stater, inngåelse og tolkning av traktater og statenes generelle rettigheter og plikter. Den spesielle del gjelder visse avgrensede rettsområder, og menneskerettigheter representerer en slik del av folkeretten. EMK-systemet representerer dermed en regional del av den spesielle folkeretten.

I folkeretten eksisterer det en rekke tilsynsorganer som skal sørge for at statene overholder sine internasjonale forpliktelser. I den spesielle folkeretten som gjelder menneskerettigheter, skiller det mellom paktbasert og konvensjonsbasert tilsyn.<sup>51</sup>

Paktbasert tilsyn innebærer at rettsgrunnlaget for tilsynet er organisasjonens konstitusjon, og eksempler på dette er FNs menneskerettighetsråd opprettet gjennom FN-pakten og Ministerkomitéen opprettet gjennom Europarådets statutter. Konvensjonsbasert tilsyn betyr at rettsgrunnlaget for tilsynet er den aktuelle konvensjon, ofte utarbeidet av et folkerettslig organ. Konvensjonen fastsetter rettigheter og plikter samt oppretter et tilsynsorgan. EMD er et slikt konvensjonsbasert tilsynsorgan, opprettet av Europarådet gjennom vedtakelsen av EMK. Et sammenlignbart konvensjonsbasert tilsynsorgan er FNs menneskerettskomité opprettet gjennom FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP).<sup>52</sup> SP har store likhetstrekk med EMK, herunder inneholder begge konvensjoner en nesten likelydende rettighetskatalog. De to konvensjonene skiller seg fra hverandre ved de respektive tilsynsorganene.

---

<sup>46</sup> Ruud og Ulfstein s. 75

<sup>47</sup> Artikkel 2 nr. 1 bokstav a i Wienkonvensjonen om traktatretten fra 1969

<sup>48</sup> Ruud og Ulfstein s. 68

<sup>49</sup> Ruud og Ulfstein s. 70

<sup>50</sup> <https://www.regjeringen.no/no/tema/utenrikssaker/folkerett/folkerett/id2076280/> (Sist lest 2. mai 2018)

<sup>51</sup> [www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx) (Sist lest 1. mai 2018)

<sup>52</sup> Artikkel 28

Menneskerettskomitéen mangler kompetanse til å avsi rettslig bindende avgjørelser,<sup>53</sup> og individklagerett etter SP er valgfritt.<sup>54</sup> I 1998 ble derimot individklageretten etter EMK obligatorisk, noe som allerede før dette tidspunkt var ansett som etablert praksis.<sup>55</sup> EMD har som nevnt kompetanse til å avsi bindende avgjørelser jf. EMK artikkel 46 nr. 1.

Folkeretten som rettssystem avhenger på alle nivåer av politisk vilje. For det første må det foreligge politisk vilje på statsnivå for å kunne inngå bilaterale eller multilaterale traktater, altså for å danne normerende folkerettslige regler. Politisk vilje er også en nødvendig forutsetning for at internasjonale domstoler skal ha kompetanse. Videre er mangelen på tvangsmyndighet i folkeretten en omstendighet som gjør det nødvendig med politisk vilje for selve gjennomføringen av folkerettslige regler. Mye kan derimot gjøres med politisk vilje. Selv om folkeretten mangler et generelt håndhevingsapparat, vil brudd på folkerettslige regler kunne medføre politisk motvilje fra øvrige stater. Dette kan igjen få konsekvenser for grenseoverskridende samarbeid, som for eksempel handelspolitikk. EMK-retten er også som et folkerettslig system, avhengig av politisk vilje. At EMD er blitt et så aktivt organ, med sin rettsutviklende rolle og kompetanse til å avsi bindende avgjørelser, har likevel ført til en ny type folkerettslig suksess. I neste kapittel vil det bli nærmere redegjort for EMD og hvilken kompetansefordeling som gjelder mellom domstolen og nasjonalstatene.

## **2.2 Nærmere om EMD**

I 1949 ble Europarådet opprettet med det formål å skape større enhet mellom medlemsstatene for å sikre og virkeliggjøre demokrati, rettssikkerhet og menneskerettigheter. Arbeidet ble initiert av Europa-bevegelsen allerede i 1948, og under Europarådets oppstartsfase ble det uttrykt bekymring for om en konvensjon ville innebære dobbeltarbeid ved siden av FNs arbeid og Verdenserklæringen. Dette viser hvor store likheter det var mellom det generelle og det regionale menneskerettsarbeidet. I 1949 ble det likevel vedtatt forslag om en konvensjon som skulle håndheves av en kommisjon og en domstol. EMK ble åpnet for undertegning i Roma 4. november 1950. På denne tiden var statsklage obligatorisk, mens den individuelle klagerett var en fakultativ tilsynsordning.

---

<sup>53</sup> Møse s. 144

<sup>54</sup> Valgfri protokoll til den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 1

<sup>55</sup> Europarådets Explanatory Report til protokoll 11 punkt 85

EMD ble altså opprettet allerede ved konvensjonens vedtakelse, men EMD slik den ser ut i dag ble til gjennom en vesentlig omorganisering av domstolens organisasjon i 1998.<sup>56</sup>

Formålet med omorganiseringen var å øke domstolens effektivitet og redusere saksbehandlingstiden.<sup>57</sup> Etter EMK art. 19 er det nå kun ett organ som fører kontroll med statenes forpliktelser etter konvensjonen, nemlig den nå permanente domstolen EMD.

Gjennom tilslutning til EMK har nasjonalstatene avgitt deler av sin suverenitet til EMD gjennom at EMD har fått kompetanse til å føre kontroll med nasjonalstatenes gjennomføring av konvensjonen. Rammene for EMDs utøvelse av denne kompetansen er derfor av stor betydning. I det følgende skal jeg gjøre rede for konvensjonens regulering av EMDs kompetanse.

Etter EMK art. 1 skal konvensjonsstatene sikre enhver innen sitt myndighetsområde, de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I av konvensjonen. Bestemmelsen fastslår dermed konvensjonens personelle, materielle og territorielle anvendelsesområde.<sup>58</sup>

I artikkel 19 fremgår det at domstolen skal sikre at de forpliktelser konvensjonsstatene har påtatt seg i konvensjonen og dens protokoller blir overholdt. Dette henviser til den subsidiære rollen domstolen har etter konvensjonen. Det er primært medlemsstatene som skal sørge for at konvensjonens rettigheter blir gjennomført på nasjonalt nivå. EMD har en kontrollfunksjon, og intervensjoner bare overfor stater som ikke overholder sine forpliktelser etter konvensjonen.

Domstolens jurisdiksjon følger av art. 32 og omfatter alle saker angående ”tolkning og anvendelse av konvensjonen og dens protokoller”. Anvendelse av konvensjonen betyr både å ta stilling til relevant faktum for anvendelse av konvensjonen og å anvende konvensjonen på et konkret faktum. Artikkel 32 samsvarer med konvensjonens *ratione materiae* som fremgår av artikkel 1. Dette er grunnlaget for fjerdeinstansdoktrinen. I artikkel 6-sammenheng betyr dette at dersom en nasjonal rettsavgjørelse er vilkårlig eller urimelig, utgjør den et relevant faktum for om konvensjonen er krenket. En vilkårlig eller urimelig avgjørelse krenker ”fair trial”-normen i artikkel 6.1.

Hvilke saker domstolen kan prøve reguleres av art. 35. For det første er det et vilkår for prøving at alle nasjonale rettsmidler er uttømt, i samsvar med allment anerkjente folkerettslige

---

<sup>56</sup> Protokoll 11 til konvensjonen

<sup>57</sup> Europarådets Explanatory Report til protokoll 11 punkt I.4

<sup>58</sup> Kjølbros s. 35

regler jf. artikkel 35 (1). Dette vilkåret viser domstolens subsidiære karakter jf. artikkel 19. Nasjonalstatene skal få anledning til å rette opp i konvensjonsbrudd før domstolen intervenerer. Dette er i tråd med suverenitetsprinsippet. Det er også et vilkår i artikkel 35 (2) at den som klager ikke er anonym (a) og at saken ikke er vesentlig lik en sak som allerede er behandlet av domstolen eller har vært gjenstand for annen internasjonal undersøkelse eller avgjørelse, dersom klagen ikke inneholder nye relevante opplysninger (b).

Domstolen skal i henhold til artikkel 35 (3)(a) avvise en individklage dersom klagen er uforenlig ("incompatible") med bestemmelsene i konvensjonen eller dens protokoller, er åpenbart grunnløs ("manifestly ill-founded") eller innebærer misbruk ("abuse") av den individuelle klageretten. Når en klage avvises fordi den er "manifestly ill-founded" innebærer dette en viss realitetsbehandling av klagen.<sup>59</sup> EMD har imidlertid tidligere avvist saker under henvisning til dette vilkåret med den begrunnelse at klagen er av fjerdeinstans karakter.<sup>60</sup> Dersom en klage er av fjerdeinstans karakter, har EMD ikke materiell kompetanse, og skal i utgangspunktet avvise klagen *ratione materiae* uten realitetsoverprøving.<sup>61</sup>

Domstolen skal også etter artikkel 35 (3)(b) avvise en individklage dersom klageren ikke har lidd noen ulempe av betydning. Denne avvisningsgrunnen ble tilført konvensjonen i 2010 gjennom protokoll 14 som ledd i å redusere EMDs saksmengde, herunder slik at EMD i større grad kunne fokusere på saker av stor betydning enten for konvensjonens utvikling eller for klager.<sup>62</sup> Dette kan samtidig sees som et signal til EMD om at den ikke skal fungere som en prinsippfastsetter, men som en domstol som skal håndheve de grunnleggende menneskerettigheter i alvorlige tilfeller som har fått konsekvenser for enkeltindivider.

Det følger av artikkel 35 (3)(b) at denne avvisningsgrunnen ikke kan anvendes dersom saken av respekt for menneskerettighetene krever en realitetsprøving. Avvisningsgrunnen kan heller ikke anvendes dersom saken ikke har vært behørig vurdert av en domstol. Disse presiseringene viser at EMD beholder mye av sin kontrollfunksjon selv om nye vilkår for realitetsbehandling inntas i konvensjonen. Dette nye vilkåret overlater et bredt skjøn til EMD. Hvorvidt en sak "av respekt for menneskerettighetene" krever realitetsprøving, er et spørsmål som må avgjøres konkret i enhver sak. Hvorvidt en sak er "behørig" vurdert i

---

<sup>59</sup> Lena Renate L. Bendiksen, Dommer og avvisningsavgjørelser av den europeiske menneskerettighetsdomstol som rettskilder, *Festskrift til Jusshjelpe i Nord-Norge 20 år*, 2009 s. 58 på s. 69

<sup>60</sup> EMDs dom 17. april 2012 *Tomic m. fler mot Montenegro* avsnitt 62 og 63

<sup>61</sup> Jf. ovenfor om konvensjonens *ratione materiae*

<sup>62</sup> Europarådets Explanatory Report til protokoll 14

nasjonalstaten, avhenger av hva det vil si at en sak er ”behørig” vurdert. Dette er et skjønsmessig vurderingstema.

Domstolen opererer på fire nivåer: komitéer, kamre, storkammer og plenum. Komitéene, med tre medlemmer, har kompetanse til enstemmig å avvise eller stryke fra listen individuelle klagesaker jf. art. 28. Kamrene, med syv medlemmer, behandler klager fra både individer og stater jf. art. 29. Kamrene kan avvise saker som ikke er avgjort av en komité samt avsi bindende avgjørelser. I storkammer, som består av 17 dommere, behandles individuelle klager og statsklager jf. art. 31. Storkammeret kan avvise saker og avsi bindende avgjørelser i saker som er henvist eller innbrakt dit. I storkammer kan det også avgis rådgivende betenkninger jf. art. 47-49. Domstolen i plenum behandler ikke klager, men foretar mer administrative oppgaver.

EMD har selv utviklet en rekke metodiske prinsipper for sin tolkning og anvendelse av konvensjonen som har fått innvirkning på dens kompetanse og dermed på nasjonalstatenes suverenitet.

For det første har EMD i flere bestemmelser lagt til grunn en autonom tolkning av konvensjonens begreper. Dette gjelder blant annet tolkningen av ”possessions” i tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 og ”criminal charge” i artikkel 6.<sup>63</sup> En autonom tolkning innebærer at det er EMDs innholdsmessige forståelse av konvensjonens begreper som skal gjelde. Dersom begrepene har et annet innhold eller en annen betydning i de ulike medlemsstatene, er dette uten betydning for EMD. Hvordan medlemsstatene tolker konvensjonen, kan dermed bli satt til side av EMD fordi den legger en annen tolkning til grunn. Dette er et eksempel på hvordan EMD beveger seg inn på nasjonalstatens suverenitet utover den suverenitet som ble avgitt ved tiltredelse til konvensjonen.

For det annet skal EMD anlegge en dynamisk tolkningsstil, slik at konvensjonen virker som et levende instrument (”a living instrument”).<sup>64</sup> Dette innebærer at EMD til enhver tid skal tolke konvensjonen i lys av samfunnsutviklingen for å sikre praktiske og effektive rettigheter og plikter.<sup>65</sup> Det betyr at nasjonalstatene etter hvert som EMD utvider konvensjonens rettigheter, blir bundet av mer enn det statene i kraft av sin suverenitet aksepterte da de undertegnet

---

<sup>63</sup> EMDs dom 16. september *Matos e Silva, LDA. m.fler mot Portugal* avsnitt 75, EMDs dom 8. juni 1976 *Engel m. flere mot Nederland* avsnitt 82

<sup>64</sup> Se for eksempel EMDs dom 12. juli 2001 *Ferrazzini mot Italia* avsnitt 26

<sup>65</sup> Se for eksempel sitatet i EMDs dom 1. mars 2006 *Sejdovic mot Italia* avsnitt 94

konvensjonen. Dette er igjen et eksempel på at suverenitetsprinsippet ikke står like sterkt i EMK-systemet som det absolutte utgangspunktet i folkeretten tilsier.

Selv om EMK som folkerettslig traktat utgjør den mest sentrale rettskilde i EMK-systemet, er EMDs avgjørelser blitt svært viktige rettskilder både for EMD og for domstolene i medlemslandene. Dette skiller EMK-systemet fra den alminnelige folkeretten. At EMDs avgjørelser er blitt så sentrale, har sin forklaring i flere forhold. Blant annet er det krevende å endre konvensjonen fordi suverenitetsprinsippet innebærer at endring av traktat krever samtykke fra alle konvensjonsstater. Den dynamiske tolkning EMD foretar, har ledet til at konvensjonen ikke gir tilstrekkelig uttrykk for gjeldende rett. Konvensjonsteksten er med andre ord statisk, mens EMDs avgjørelser gjenspeiler rettstilstanden i dag.

Selv om EMD ikke er bundet av sine tidligere avgjørelser, har domstolen gjentatte ganger uttalt at den i praksis anser seg bundet av hensyn til rettssikkerhet og en velordnet utvikling av konvensjonspraksis.<sup>66</sup> Nasjonale domstoler viser også at de legger stor vekt på EMDs avgjørelser for å sørge for at deres praksis er i tråd med de menneskerettslige forpliktelser.<sup>67</sup> EMDs praksis anses således som en direkte del av medlemsstatenes menneskerettslige forpliktelser.

Alle disse momentene har bidratt til EMDs viktige og aktive rolle i utviklingen og ivaretagelsen av menneskerettighetene i Europa. Av hensyn til suverenitetsprinsippet og at EMD ikke skal erstatte nasjonale domstoler, medfører disse momentene også et behov for en klar definisjon av EMDs prøvingsintensitet og materielle kompetanse.

### **3 EMDs prøvingsintensitet og prøvingskompetanse**

#### **3.1 Innledning**

EMDs prøvingsintensitet omhandler hvor inngående prøving EMD foretar i saker hvor de har kompetanse til å realitetsbehandle en klage. EMDs prøvingskompetanse omhandler derimot hvorvidt EMD i det hele tatt har kompetanse til å realitetsbehandle en klage. EMDs prøvingsintensitet styres av de EMK-rettslige prinsippene subsidiaritetsprinsippet og

---

<sup>66</sup> Kjølbros s. 17 med henvisning til EMDs praksis

<sup>67</sup> Se for eksempel Rt. 1999 s. 961 på s. 971



prinsippet om statenes skjønnsmargin. Når det gjelder EMDs prøvingskompetanse, er denne regulert i konvensjonen og supplert med den EMK-rettslige fjerdeinstansdoktrinen. Formålet i dette kapittelet er å redegjøre for disse temaene og illustrere grensene mellom dem.

### 3.2 Subsidiaritetsprinsippet

Subsidiaritetsprinsippet innebærer at EMKs medlemsstater har det primære ansvaret for å sikre og gjennomføre menneskerettighetene slik de fremgår av konvensjonen og tolkes av EMD.<sup>68</sup> Følgen av dette er at EMD har en kontrollfunksjon som inntreder dersom statene ikke etterlever sine forpliktelser. EMD er således subsidiær i forhold til medlemsstatene. Dette fremgår også uttrykkelig av ”explanatory report” til protokoll 15, hvor det ble vedtatt at konvensjonens fortale skal inneha en referanse til subsidiaritetsprinsippet.<sup>69</sup>

I EMK artikkel 1 fremgår det at konvensjonsstatene ”shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section 1 of this Convention”. Dette er et uttrykk for at det primære ansvaret etter konvensjonen tilligger medlemsstatene.<sup>70</sup> I artikkel 13 fremgår det at enhver har rett til “an effective remedy before a national authority” dersom deres rettigheter etter konvensjonen er krenket. Artikkel 13 er et uttrykk for at det primært er nasjonale myndigheter som skal håndtere eventuelle krenkelser av konvensjonen.<sup>71</sup> Videre kan subsidiaritet leses ut av artikkel 19, hvor EMDs rolle er “to secure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties”.<sup>72</sup> EMD skal altså føre kontroll med medlemsstatenes etterlevelse av konvensjonen.

Hensynet bak subsidiaritetsprinsippet er på et overordnet nivå det folkerettslige prinsippet om statsuverenitet. Mer konkret er prinsippet tuftet på de to balanserende hensyn at avgjørelser skal fattes så nært som mulig dem som berøres av avgjørelsene, men samtidig på et høyt nok nivå til at formålet med den aktuelle avgjørelsen kan oppnås.<sup>73</sup>

Rent praktisk har subsidiaritetsprinsippet gitt flere utslag i EMDs praksis. Settem gjennomgår noen av disse utslagene i sin artikkel ”subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-

---

<sup>68</sup> Se for eksempel EMDs dom 4. april 2018 *Correia de Matos mot Portugal* avsnitt 116

<sup>69</sup> Explanatory report til protokoll 15 punkt 8

<sup>70</sup> Denne slutning følger også av EMDs dom 29. mars 2006 *Cocchiarella mot Italia* avsnitt 38

<sup>71</sup> Kjølbros s. 743

<sup>72</sup> EMDs dom 12. oktober 2017 *Burmych m. flere mot Ukraina* avsnitt 155

<sup>73</sup> Ola Johan Settem, ”Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten”, *Jussens venner* 2016 s. 119-141

retten”.<sup>74</sup> For det første nevnes artikkel 35 nr. 1 og artikkel 13 som utslag av subsidiaritetsprinsippet. Artikkel 35 nr. 1 oppstiller som vilkår for domstolens realitetsbehandling at klager har uttømt alle nasjonale rettsmidler. Dette er følgelig et prosessuelt vilkår for EMDs kompetanse. Artikkel 13 derimot, er en rettighet som kan påberopes av individer. Artikkel 13 en bestemmelse som springer direkte ut av subsidiaritetsprinsippet. Enhver har rett på et effektivt rettsmiddel i nasjonalstaten, men slik at EMD har en kontrollfunksjon dersom slikt effektivt rettsmiddel ikke var tilgjengelig for klager.

Videre nevnes pilot-prosedyren som ble utviklet i gjennom EMDs første pilotavgjørelse i *Broniowski mot Polen* i 2004.<sup>75</sup> Prosedyren fremgår av regel 61 i Rules of Court.<sup>76</sup> Bakgrunnen for prosedyren var såkalte gjentakende saker (”repetitive cases”), som sprang ut av en felles dysfunksjon på nasjonalt nivå.<sup>77</sup> Som det fremgår av regel 61, innebærer prosedyren at EMD har adgang til å avsi én avgjørelse som får virkning på likeartede saker som dermed ikke blir gjenstand for prøving i EMD. Dette medfører at EMDs avgjørelse får direkte virkning i nasjonalstaten som et ledd i å forhindre likeartede klager til EMD.

Formålet med pilot-prosedyren er, i tillegg til å effektivisere EMD, at medlemsstatene får anledning til å rette opp i egne feil uten domstolens videre inntreden.<sup>78</sup> Dette er i tråd med subsidiaritetsprinsippet. På den annen side innebærer pilot-prosedyren at EMD opererer som kontrollfunksjon med hensyn til fremtidige saker, og samtidig at den gir anvisning på hvordan nasjonalstaten skal organiseres for ikke å handle i strid med konvensjonen. Dette medfører at EMDs avgjørelse får direkte virkning i nasjonalstaten for å forhindre likeartede klager til EMD. Etter min mening er en slik funksjon ikke i tråd med verken det folkerettslige suverenitetsprinsippet eller det EMK-rettslige subsidiaritetsprinsippet.

Videre nevner Settem at EMD ofte viser til subsidiaritetsprinsippet som en begrunnelse for å være tilbakeholden med å overprøve nasjonale domstolers bevisvurdering av de faktiske forhold. På samme måte viser Settem til at subsidiaritetsprinsippet også brukes som begrunnelse for EMDs tilbakeholdenhet med å overprøve nasjonale domstolers tolkning av nasjonal rett. Disse temaene utgjør deler av fjerdeinstansdoktrinen, og Settem behandler

---

<sup>74</sup> Settem s. 122-123

<sup>75</sup> Settem s. 122

<sup>76</sup> EMDs Rules of Court

<sup>77</sup> EMDs ”factsheet” vedrørende Pilot Judgements (februar 2018)

<sup>78</sup> EMDs ”factsheet” vedrørende Pilot Judgements (februar 2018)

således fjerdeinstansdoktrinen som en del av subsidiaritetsprinsippet. Dette er etter min mening en uheldig formulering. Fjerdeinstansdoktrinen gjelder EMDs kompetanse *ratione materiae*, altså gjelder den temaer EMD ikke har anledning til å prøve. Dette skulle innebære at EMD ikke kan være verken tilbakeholden eller intens i sin realitetsbehandling, ettersom saker av fjerdeinstans karakter skal avvises uten realitetsbehandling. En annen sak er at EMD kan være tilbakeholden med å overprøve faktum som er relevant for saken av hensyn til ”better placed” argumentet.<sup>79</sup>

Til slutt nevnes at subsidiaritetsprinsippet får betydning for hvordan selve EMK-rettighetene tolkes og anvendes i den enkelte sak. Det vises særlig til saker hvor EMD skal vurdere proporsjonaliteten av et statlig inngrep. At subsidiaritetsprinsippet får konkret anvendelse ved slike vurderinger, betyr etter min mening bare at subsidiaritet er begrunnelsen for hvorfor statene innrømmes skjønn i disse sakene, og dermed fungerer som et grunnleggende prinsipp for EMD når de skal fastlegge graden av skjønnsmargin i en konkret sak.

Proporsjonalitetsvurderinger aktualiserer derimot prinsippet om statenes skjønnsmargin, mer enn subsidiaritetsprinsippet. Slik ser man likevel hvordan disse grunnprinsippene henger sammen og glir over i hverandre. Tema i neste kapittel er prinsippet om statenes skjønnsmargin.

### **3.3 Prinsippet om statenes skjønnsmargin**

Prinsippet om statenes skjønnsmargin (“margin of appreciation”) innebærer at statene innrømmes en viss frihet med hensyn til gjennomføringen av konvensjonen. Særlig aktuelt er dette i vurderingen av om statene kan gjøre inngrep i konvensjonsrettighetene. Prinsippet om statenes skjønnsmargin blir dermed et spørsmål om hvor inngående EMD skal overprøve nasjonale vurderinger. Prinsippet har nær sammenheng med subsidiaritetsprinsippet, fordi den frihet statene innrømmes, skjer i forlengelsen av at EMD nettopp skal være subsidiær i forhold til nasjonalstatene.

Spørsmål om skjønnsmargin aktualiseres ved saker om rettigheter som åpner for nasjonalstatlig inngrep. Dette gjelder blant annet artikkel 8 (retten til privatliv), artikkel 9 (Tanke-, samvittighets- og religionsfrihet), artikkel 10 (ytringsfrihet) og artikkel 11 (forenings- og forsamlingsfrihet). Disse rettighetene har til felles at de åpner for inngrep dersom inngrepet er nødvendig og forholdsmessig, hvilket reiser spørsmål nettopp om statens

---

<sup>79</sup> EMDs dom 28. oktober 1994 *Murray mot Storbritannia* avsnitt 66

vurdering av konkurrerende, nasjonale hensyn. I slike tilfeller innrømmes staten en skjønnsmargin i relasjon til hvordan balanseringen av de konkurrerende hensyn skal skje.

En forutsetning for å forstå prinsippet om statenes skjønnsmargin, er å forstå hvordan EMD går frem ved spørsmål om inngrep i konvensjonens rettigheter. Ordlyden i artikkel 8 kan illustrere poenget. Først og fremst må EMD ta stilling til om saken faller inn under bestemmelsens anvendelsesområde, for eksempel om saken gjelder ”correspondence” jf. artikkel 8 nr. 1. Deretter må EMD ta stilling til om det har skjedd et inngrep ”interference” i denne rettigheten jf. artikkel 8 nr. 2. Dersom disse to spørsmålene besvares bekreftende, må EMD vurdere om vilkårene for inngrep er oppfylt. Det første vilkåret er at inngrepet er ”in accordance with law”. Dette fordrer en inngående overprøving av nasjonal rett. Denne overprøvingen har EMD kompetanse til å foreta uhindret av fjerdeinstansdoktrinen. Dersom det foreligger slik hjemmel, er det neste vilkåret at inngrepet må ivareta legitime formål. De legitime formål som angitt i artikkel 8 nr. 2 er den nasjonale sikkerhet, den offentlige trygghet, landets økonomiske velferd, forebygge uro eller forstyrrelse, beskytte sunnheten eller moralen samt beskytte andres rettigheter og friheter. Til slutt må EMD vurdere om inngrepet er ”necessary in a democratic society”. Dette vilkåret innebærer en proporsjonalitetskontroll.<sup>80</sup> Det er særlig kontrollen med proporsjonalitetsvurderingen som aktualiserer prinsippet om statenes skjønnsmargin.<sup>81</sup>

Prinsippet om statenes skjønnsmargin er utviklet av EMD gjennom langvarig praksis.<sup>82</sup> Hvor bred skjønnsmargin som innrømmes statene, varierer fra sak til sak og bestemmes ut fra en rekke variabler. For det første har inngrepets styrke stor betydning. Dette er naturlig. Behovet for kontroll og beskyttelse øker med inngrepets alvorlighetsgrad. De øvrige faktorene kan ifølge Aall kategoriseres dels som forhold som reduserer behovet for inngående prøving, dels som påvirker egnetheten for EMDs prøving.<sup>83</sup> I tillegg til inngrepets styrke, nevner Kjølbrotta øvrige momenter vil være rettighetens betydning for individet og inngrepets intensitet, karakteren av de aktiviteter det gjøres inngrep i, karakteren av de formål som søkes ivaretatt ved inngrepet og om det gjelder et område med en viss ensartethet i medlemslandene.<sup>84</sup> Som

---

<sup>80</sup> EMDs dom 11. desember 2008 *TV Vest og Rogaland Pensjonistparti mot Norge* avsnitt 58

<sup>81</sup> Kjølbrotta s. 521

<sup>82</sup> Se for eksempel EMDs dom 24. november 1986 *Gillow mot Storbritannia* avsnitt 55, EMDs dom 18. januar 2001 *Chapman mot Storbritannia* avsnitt 91 og *A, B, og C mot Irland* avsnitt 232

<sup>83</sup> Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, Bergen 2015 s. 159

<sup>84</sup> Kjølbrotta s. 521

Kjølbros videre påpeker er det aldri tale om en ubegrenset skjønnsmargin, fordi den skjønnsmargin som innrømmes alltid vil gå hånd i hånd med domstolens kontroll.<sup>85</sup>

Når domstolen har fastlagt hvilken grad av skjønnsmargin som innrømmes staten i det konkrete tilfelle, leder dette frem til en terskel for hvor tungtveiende grunner som kreves for at inngrepet aksepteres. Dersom skjønnsmarginen i det konkrete tilfelle anses som liten, kreves det mer for at domstolen skal akseptere inngrepet. Dette medfører igjen at domstolskontrollen utvides. Dersom staten i den aktuelle saken innrømmes vid skjønnsmargin, består EMDs prøving i å vurdere om staten har balansert de motstridende hensyn på en tilfredsstillende måte.<sup>86</sup>

Det finnes ingen referanse til skjønnsmargin i konvensjonen, men det er vedtatt gjennom tilleggsprotokoll 15 at det i konvensjonens fortale skal inntas en henvisning til statenes skjønnsmargin, på lik linje med det som samtidig ble vedtatt for subsidiaritetsprinsippet.<sup>87</sup>

Hensynet bak statenes skjønnsmargin er at staten er nærmest til å foreta vurderinger av nasjonale forhold og nasjonale interessekonflikter.<sup>88</sup> Medlemsstatene i EMK-systemet er også svært forskjellige, slik at hver medlemsstat til enhver tid har ulike behov og ulike nasjonale utfordringer. Dette erkjenner EMD ved å tilkjenne statene videre skjønnsmargin dersom det ikke finnes europeisk konsensus på området.<sup>89</sup> EMD innrømmer derfor statene frihet til å foreta vurderinger og interesseavveininger som nasjonalstaten selv har de beste forutsetninger til å foreta. EMD fører likevel kontroll med hvordan staten har anvendt sin skjønnsutøvelse.<sup>90</sup>

I teorien er det lagt til grunn at prinsippet om statenes skjønnsmargin har to sider: den substansielle og den strukturelle.<sup>91</sup> Den substansielle omhandler de tilfeller hvor EMD finner at et inngrep er berettiget i lys av proporsjonalitetsbetraktninger. Den strukturelle omhandler tilfeller hvor EMD underveis i sin vurdering viser tilbakeholdenhet med å overprøve den konkrete avveiningen til nasjonale myndigheter. Denne siden av prinsippet om statenes skjønnsmargin gjelder ifølge Christoffersen "the vertical powerbalance between international

---

<sup>85</sup> Kjølbros s. 521

<sup>86</sup> EMDs dom 6. september 2007 *Johansson mot Finland* avsnitt 30

<sup>87</sup> Protokoll 15 til konvensjonen

<sup>88</sup> EMDs dom 27. mai 2004 *Connors mot Storbritannia* avsnitt 82

<sup>89</sup> EMDs dom 10. april 2007 *Evans mot Storbritannia* avsnitt 77

<sup>90</sup> Kjølbros s. 524 med videre henvisning til praksis

<sup>91</sup> Settem s. 126-127

review and national autonomy”.<sup>92</sup> Etter min mening representerer dette skillet bare resultatet av hvilken skjønnsmargin EMD legger til grunn i en konkret sak.

I forhold til fjerdeinstansdoktrinen er det sentrale at statenes skjønnsmargin gjelder EMDs prøvingsintensitet i saker hvor domstolen har materiell kompetanse til å behandle saken. Således er den hjemmelskontroll som EMD foretar ved overprøving av statlig inngrep i konvensjonsrettigheter, noe annet enn den overprøving av nasjonal rett som EMD i kraft av fjerdeinstansdoktrinen ikke har kompetanse til å prøve. Hvilke spørsmål om nasjonal rett som faller inn under fjerdeinstansdoktrinen og er unntatt EMDs kontroll, skal jeg redegjøre for i kapittel 4. Først skal det gjøres nærmere rede for hva fjerdeinstansdoktrinen er, og hvorfor den er særlig aktuell i artikkel 6-saker.

### 3.4 Fjerdeinstansdoktrinen

Essensen i fjerdeinstansdoktrinen er at EMD ikke skal fungere som en fjerde instans over nasjonale domstoler og derved sensurere feil i vurderinger av faktum eller lovanvendelse.<sup>93</sup> Dette er forankret i EMK artikkel 32, hvor det fremgår at EMD har kompetanse til å prøve spørsmål om tolkning og anvendelse av konvensjonen. Nasjonale domstolars vurdering av rettslige og faktiske forhold utgjør som utgangspunkt ikke spørsmål om tolkning og anvendelse av konvensjonen. Gjennom EMDs praksis har EMD uttalt de nærmere grensene for domstolens materielle kompetanse.

Et eksempel på en slik uttalelse finnes i *Bochan mot Ukraina (No. 2)* hvor EMD uttalte at:

“The Court should not act as a fourth instance and will not therefore question under Article 6 § 1 the judgement of the national courts, unless their findings can be regarded as arbitrary or manifestly unreasonable”.<sup>94</sup>

Dette innebærer at EMD ikke har adgang til å prøve om et nasjonalt domsresultat som sådan er riktig eller rettferdig; resultatet må i så fall fremstå vilkårlig eller grunnleggende urimelig. Når EMD uttaler at den ikke skal opptre som en fjerde instans eller en ankedomstol, innebærer dette at dersom klagen fordrer en slik opptreden skal den avvises *ratione materiae*. Saken må imidlertid ikke avvises dersom den nasjonale avgjørelsen er vilkårlig eller urimelig.

---

<sup>92</sup> Settem s. 127 med videre henvisning til Christoffersen

<sup>93</sup> EMDs dom 13. mars 2012 *Karpenko mot Russland* avsnitt 80

<sup>94</sup> EMDs dom 5. februar 2015 *Bochan mot Ukraina (No. 2)* avsnitt 61

Vurderingen av hvorvidt en nasjonal avgjørelse er vilkårlig eller urimelig nødvendiggjør imidlertid en overprøving av den nasjonale avgjørelse. Fjerdeinstansproblematikken springer ut av nettopp dette paradokset. Dette illustrerer også hvorfor problematikken er særlig aktuell i artikkel 6-saker; det som er gjenstand for prøving i en artikkel 6-klage er den nasjonale rettsavgjørelse. Skillet mellom en overprøving av prosessen som ligger til grunn for den nasjonale avgjørelse og innholdet i selve avgjørelsen, har vist seg vanskelig i praksis.

En annen side av problematikken er at EMD utvilsomt har kompetanse til å vurdere faktum som er relevant for om konvensjonen er brutt. I *Austin m.flere mot Storbritannia* uttaler EMD at:

”Though the Court is not bound by the findings of domestic courts and remains free to make its own appreciation in the light of the material before it, in normal circumstances it requires cogent elements to lead it to depart from the findings of fact reached by the domestic courts.”<sup>95</sup>

Denne uttalelsen betyr at faktum som er direkte relevant for om konvensjonen er brutt, har EMD kompetanse til å overprøve. Dette fremgår også av artikkel 32, ettersom slikt faktum omhandler anvendelse av konvensjonen.

Dersom en klage i realiteten er en anførsel om at den nasjonale avgjørelse er feil i substansiell forståelse, må den altså avvises *ratione materiae* fordi den er av fjerdeinstanskarakter. Fjerdeinstansdoktrinen setter med andre ord begrensninger for hvilke saker EMD tar til behandling. Poenget er at fjerdeinstansdoktrinen innebærer at EMD overhode ikke skal foreta noen vurdering av realitetene i saken. EMD har likevel i flere saker avvist fjerdeinstansklager fordi de anses som ”manifestly ill-founded”.<sup>96</sup> Som redegjort for i kapittel 2.2 innebærer denne avvisningsgrunnen en viss realitetsbehandling av saken.

EMD har i en rekke avgjørelser uttalt at de ikke skal fungere som en fjerde instans, og oppstilt forhold som ved overprøving ville innebære å operere som en fjerde instans. I disse uttalelsene tar EMD imidlertid forbehold dersom elementene, for eksempel nasjonale domstolars bevisbedømmelse, fremstår vilkårlig eller åpenbart urimelig. I slike tilfeller har

---

<sup>95</sup> EMDs dom 15. mars 2012 *Austin m. fler mot Storbritannia* avsnitt 61

<sup>96</sup> *Tomic m. flere mot Montenegro* avsnitt 63, *Karpenko mot Russland* avsnitt 80 smh. avsnitt 82 og 83, EMDs dom 21. juni 2011 *Fruni mot Slovakia* avsnitt 126 smh. avsnitt 128 og 130

EMD kompetanse til å overprøve domstolenes vurderinger for å ta stilling til om konvensjonen er krenket.

Her oppstår det et paradoks: idet EMD foretar en vurdering av om nasjonale domstoler har foretatt eksempelvis bevisbedømmelsen vilkårlig eller på urimelig måte, har de allerede gått utenfor sin kompetanse. Det er derfor av stor betydning at EMD foretar denne innledende overprøvingen på en transparent og forutsigbar måte. Hvorvidt EMDs argumentasjon viser en slik transparens og forutsigbarhet, vil bli undersøkt i analysedelen i del II.

Disse innledende kapitlene har vist at det er flytende overganger mellom de ulike temaene som knytter seg til EMDs kompetanse. For å ramme inn området for denne oppgaven, vil jeg kort gjøre rede for enkelte særskilt vanskelige grensdragninger.

### **3.5 Beslektede områder**

Subsidiaritetsprinsippet og statenes skjønnsmargin er prinsipper som regulerer EMDs prøvingsintensitet. Prøvingsintensitet og prøvingskompetanse kan være vanskelig å holde fra hverandre. Grensdragningen blir ikke enklere ved at EMD ikke er presis i sin omtale av disse temaene. Enkelte forfattere argumenterer også for at de tre prinsippene utgjør én side av samme sak.<sup>97</sup> Jeg mener likevel at dette ikke er tilfelle, all den tid fjerdeinstansdoktrinen gjelder hvorvidt EMD i det hele tatt har kompetanse til å overprøve saken. Subsidiaritet og skjønnsmargin omhandler hvor inngående EMD kan overprøve nasjonalstatens vurderinger av hvordan den gjennomfører konvensjonen.

Subsidiaritet og skjønnsmargin handler således om at EMD skal føre kontroll med at nasjonalstaten gjennom sine suverene vurderinger har overholdt sine forpliktelser etter konvensjonen. Fjerdeinstansdoktrinen handler om at EMDs kompetanse er begrenset til å kontrollere om nasjonale domstoler har opptrådt på en måte som gjør rettergangen rettferdig. Dette innebærer således en kontroll med at resultatet av rettergangen ikke krenker konvensjonen. Dette viser at grensdragningen mellom prøvingsintensitet og materiell kompetanse har mange likhetstrekk. Jeg mener likevel at det er en prinsipiell forskjell mellom de to temaene, og i denne oppgaven er det EMDs materielle kompetanse som er tema.

---

<sup>97</sup> Se om dette Maija Dahlberg, "...It is not its task to act as a court of fourth instance" s. 86, tilgjengelig på: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/34386> (sist lest 18. april 2018)



Dersom en klage er av fjerdeinstans karakter, skal saken avvises, og spørsmålet er om EMD overholder denne grensen.

En annen vanskelig grensedrøgning, er forholdet mellom fjerdeinstansdoktrinen og faktum som er direkte relevant for konvensjonen og som EMD dermed har kompetanse til å overprøve. Særlig i artikkel 6-saker kan denne distinksjonen by på problemer. Det faktum som er direkte relevant for konvensjonen er omstendigheter som vil føre til at klager ikke har hatt rett på en rettfærdig rettergang. Slike omstendigheter kan typisk være domstolenes håndtering av saken.<sup>98</sup> Hvordan domstolene håndterer saken blir dermed et faktum som er direkte relevant for om konvensjonen er brutt. I henhold til fjerdeinstansdoktrinen er innholdet i domstolenes vurderinger unntatt EMDs overprøving.

### **3.6 Oppsummering: Området for fjerdeinstansdoktrinen**

Dette kapitlet har først og fremst søkt å vise at subsidiaritet, skjønnsmargin og fjerdeinstansdoktrinen har forskjellig innhold og anvendelsesområde. Subsidiaritet og skjønnsmargin gjelder EMDs prøvingsintensitet, mens fjerdeinstansdoktrinen gjelder EMDs prøvingskompetanse *ratione materiae*. I klager av fjerdeinstanskarakter skal domstolen avvise saken uten realitetsbehandling. Når EMD avviser saken fordi den anses ”manifestly ill-founded”, er fjerdeinstansdoktrinen allerede overtrådt fordi denne avvisningsgrunnen fordrer en prøving av sakens realiteter. Kapitlet har også vist hvorfor fjerdeinstansproblematikk særlig oppstår i artikkel 6-saker, hvor den nasjonale rettsavgjørelse utgjør prøvingsgjenstanden. I slike saker må EMD nøye vurdere om klagen reiser innholdsmessig innsigelser mot den nasjonale rettsavgjørelse, og i så tilfelle må saken avvises *ratione materiae*. I neste kapittel vil denne koblingen bli forklart nærmere. For en bedre forståelse av hvilken rolle EMD inntar i artikkel 6-saker, vil hovedinnholdet i bestemmelsen bli redegjort for først.

---

<sup>98</sup> Jf. kravet om ”proper examination” i kapittel 4.2

## 4 Fjerdeinstansdoktrinen og EMK art. 6

### 4.1 Innledning

Formålet med dette kapitlet er å gjøre nærmere rede for hvorfor artikkel 6-saker i særlig grad aktualiserer fjerdeinstansproblematikk. Artikkel 6 skal kort introduseres i kapittel 4.2, før det i kapittel 4.3 vil bli nærmere redegjort for hvilken tilnærming EMD har til sin prøvingskompetanse i artikkel 6-saker. I kapittel 5 foretar jeg en systematisering av elementene i fjerdeinstansdoktrinen, basert på EMDs generelle uttalelser. Systematiseringen vil fungere som grunnlag for inndelingen i analysedelen.

### 4.2 Kort om EMK artikkel 6

EMK artikkel 6 regulerer retten til rettferdig rettergang og inneholder prosessuelle garantier i avgjørelsen av tvister om borgerlige rettigheter og plikter eller straffesiktelsler.

Ordlyden i artikkel 6 nr. 1 oppstiller en generell rett til rettferdig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol. Denne retten gjelder etter ordlyden i alle saker om borgerlige rettigheter og plikter samt i avgjørelsen av en straffesiktelse. Etter artikkel 6 nr. 2 skal enhver som blir siktet for en straffbar handling, antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven (uskyldspresumsjonen). Art. 6 nr. 3 oppstiller konkrete minsterettigheter som gjelder enhver som blir siktet for en straffbar handling. EMD har uttalt at disse minsterettighetene er spesielle utslag av det generelle krav til rettferdig rettergang angitt i artikkel 6 nr. 1.<sup>99</sup>

Artikkel 6 nr. 1 kan således karakteriseres som en generell norm som tar opp i seg minimumsgarantiene listet opp i nr. 3, men som også rekker videre og som gjelder både sivile- og straffesaker. EMD har imidlertid uttalt at det gjelder noe ulike krav til rettergangen avhengig av om det er en sivil sak eller en straffesak.<sup>100</sup> I sivile saker er staten på generelt grunnlag innrømmet et større skjønn.<sup>101</sup>

Gjennom EMDs praksis er det innfortolket en rekke krav under normen ”rettferdig rettergang”. Dette gjelder blant annet krav om likebehandling (”equality of arms”),

---

<sup>99</sup> *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* avsnitt 118

<sup>100</sup> EMDs dom 27. oktober 1993 *Dombo Beheer B.V. mot Nederland* avsnitt 32

<sup>101</sup> *Dombo Beheer B.V. mot Nederland* avsnitt 32

kontradiksjon ("adversarial proceedings") og begrunnelse av rettsavgjørelser.<sup>102</sup> Til sammen utgjør disse det jeg i oppgaven kaller for "rettferdighetsnormen". Generelt sett er det utviklet et krav under artikkel 6.1 om at domstolene må foreta en passende prøving av saken ("proper examination").<sup>103</sup>

Likebehandlingskravet innebærer at enhver part må få mulighet til å presentere sin sak under betingelser som ikke stiller ham "at a substantial disadvantage vis-a-vis his opponent".<sup>104</sup>

Likebehandling innebærer blant annet at partene som utgangspunkt skal behandles likt med hensyn til innkalling og avhøring av vitner, fremføring av beviser, innhenting av sakkyndige erklæringer, kjennskap til og kommentering av dokumenter, beviser og bemerkninger fremført for retten, mulighet til å være til stede mm.<sup>105</sup> Det er de reelle ulemper en part er påført som utgjør vurderingstemaet under likebehandlingsprinsippet.<sup>106</sup>

Kravet om kontradiksjon innebærer at hver av partene må ha mulighet "to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court's decision".<sup>107</sup> Dette kravet henger nært sammen med kravet om likebehandling. Rent konkret innebærer kontradiksjonskravet at en part skal ha mulighet til å kommentere det motparten bemerker i saken, bemerkninger fra andre enn sakens parter, bemerkninger fra underretten til ankeinstansen samt ha innflytelse når domstolen utpeker en sakkyndig.<sup>108</sup>

Innholdet i begrunnelseskravet varierer fra sak til sak, og må vurderes konkret ut fra sakens omstendigheter.<sup>109</sup> Generelt har EMD lagt til grunn at art. 6 ikke stiller krav til at begrunnelsen må inneholde detaljerte svar på samtlige av partenes argumenter.<sup>110</sup> EMD har uttalt at dersom det ikke er mulig å konstatere om domstolen har oversett klagers påstand eller om den har vurdert og avvist påstanden, vil det foreligge en krenkelse.<sup>111</sup> Dette kravet har jeg kalt for "silence of the court"-regelen. Det stilles også krav til begrunnelsens innhold. EMD

---

<sup>102</sup> Se for eksempel EMDs dom 19. september 2017 *Regner mot Tsjekkia* avsnitt 146 og EMDs dom 24. oktober 2017 *Tibet Mentés m. flere mot Tyrkia* avsnitt 47

<sup>103</sup> *Perez mot Frankrike* avsnitt 80

<sup>104</sup> *Dombo Beheer B.V. mot Nederland* avsnitt 33

<sup>105</sup> Kjølbro s. 416

<sup>106</sup> Kjølbro s. 416

<sup>107</sup> EMDs dom 20. juli 2007 *Pellegrini mot Italia* avsnitt 44

<sup>108</sup> Kjølbro s. 419-422 med videre henvisninger til praksis

<sup>109</sup> *Tibet Mentés m. flere mot Tyrkia* avsnitt 48

<sup>110</sup> EMDs dom 17. februar 2009 *Vilen mot Finland* avsnitt 28

<sup>111</sup> EMDs dom 9. desember 1996 *Ruiz Torija mot Spania* avsnitt 30

har således lagt til grunn at begrunnelseskravet etter art. 6 ikke er overholdt dersom innholdet i domstolens begrunnelse ikke er juridisk holdbar.<sup>112</sup>

Begrunnelseskravet skal ivareta flere hensyn, herunder vise partene at de er blitt hørt, sikre offentlig kontroll med rettsanvendelsen, gi anledning for partene til å anke avgjørelsen samt legge grunnlaget for ankeinstansens prøving av saken.<sup>113</sup>

EMK artikkel 6 gir ikke rett på en innholdsmessig rettferdig avgjørelse.<sup>114</sup> Artikkel 6 er således en prosessuell rettighet, og EMDs kompetanse er begrenset tilsvarende. EMD kan ikke prøve innholdet i en avgjørelse, og heller ikke konstatere krenkelse av rettferdighetsnormen som følge av et subjektivt urettferdig resultat. Det er denne kompetansebegrensningen som ligger i fjerdeinstansdoktrinen. Det betyr at EMD dersom den i realiteten beveger seg inn på en overprøving av innholdet i en nasjonal rettsavgjørelse, har handlet utenfor sin materielle kompetanse og i strid med fjerdeinstansdoktrinen. Denne realiteten i EMDs overprøving som er temaet i analysedelen. I kapittel 4.3 skal jeg forklare hvorfor denne problematikken særlig oppstår i saker om rettferdighetsnormen i artikkel 6.1.

### **4.3 Rettferdighetsnormen og fjerdeinstansdoktrinen**

Som kapittel 4.2 har vist, har art. 6.1 karakter av å representere en skjønsmessig norm med konkret innfortolkede rettigheter som likevel ikke representerer noen uttømmende liste. EMD har forsøkt å konkretisere vurderingstemaet under rettferdighetsnormen ved å oppstille et krav om ”proper examination”. Dette kravet er også av svært skjønsmessig karakter, men kan likevel fortelle noe mer om hvordan EMD foretar den helhetlige overprøvingen av en nasjonal rettergang. Som nevnt i kapittel 4.2 har EMD innfortolket i rettferdighetsnormen krav om kontradiksjon, partslikhet og begrunnelse. Disse kravene retter seg mot selve prosessen og rammene for rettssaken. Slike forhold er lettere å vurdere ut fra sakens dokumenter.

Vurderingstemaet ”proper examination” er derimot formulert på en måte som i større grad retter seg mot dommernes opptreden i saken. Kravet retter seg således mer mot selve håndteringen av saken, til sammenlikning fra de øvrige elementer som i større grad fokuserer på prosessrammene i saken. Begrepet ”proper” innbyr til en mer helhetlig vurdering av hvordan domstolene har tatt stilling til saken, og kan derfor sees som en konkretisering av hva

---

<sup>112</sup> EMDs dom 23. juni 1994 *De Moor mot Belgia* avsnitt 54-58

<sup>113</sup> Kjølbro s. 424

<sup>114</sup> Se punkt 265 i EMDs ”Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights”

rettferdighetsnormen innebærer for nasjonale dommere. Etter fjerdeinstansdoktrinen er imidlertid overprøving av måten nasjonale dommere har tatt stilling til saken, utenfor rammen av EMDs materielle kompetanse.

Et gjennomgående tema for EMD i saker som gjelder artikkel 6.1, er hva som utgjør de overordnede vurderingstemaet under rettferdighetsnormen, og hvordan EMD skal utøve sin kompetanse i denne vurderingen. I *Perić mot Kroatia* uttaler EMD, etter å ha gjennomgått innholdet i fjerdeinstansdoktrinen, at:

”However, under the Court’s case-law, the requirements of fairness of the proceedings include the way in which the evidence is taken and submitted. The Court’s task is to ascertain whether the proceedings in their entirety, including the way in which evidence was taken and submitted, were fair within the meaning of article 6 § 1.”<sup>115</sup>

EMDs oppgave er følgelig å vurdere prosessen i sin helhet for å avgjøre om den har vært rettferdig. I *Mala mot Ukraina* uttalte EMD at:

”While Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence or the way it should be assessed, which are therefore a primarily matters for regulation by national law and the national courts (...).”<sup>116</sup>

Og videre:

“Similarly, it is in the first place for the national authorities, in particular the courts, to interpret domestic law, and the Court will not substitute its own interpretation for theirs in the absence of arbitrariness.”<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> EMDs dom 27. mars 2008 *Perić mot Kroatia* avsnitt 17

<sup>116</sup> EMDs dom 3. juli 2014 *Mala mot Ukraina* avsnitt 47

<sup>117</sup> *Mala mot Ukraina* avsnitt 47

Deretter konstaterer EMD hva som etter disse kompetansebegrensningene står igjen som dens oppgave:

“That being said, the Court’s task remains to ascertain whether the proceedings in their entirety, including the way in which evidence and procedural decisions were taken, were fair (...).”<sup>118</sup>

En annen side er det faktum at EMK-systemet, i motsetning til EU-systemet, ikke er laget med sikte på å standardisere regelverk i medlemslandene. EMK gir rammer som medlemsstatene må holde seg innenfor, men legger ikke ellers føringer for hvordan rettergangprosesser skal foregå i de ulike landene. EMD har ikke som oppgave å standardisere verken bevisføringsregler eller bevisbedømmelsesregler. Dette medfører at nasjonale domstolars vurdering ikke kan sensureres fordi det finnes bedre måter å foreta vurderingene på.

I sin artikkel ”The European Court’s Role in Article 6 Cases” diskuterer Ryan Goss spenningen mellom EMDs uttalelser om sin rolle i artikkel 6-saker og den prøving som skjer i realiteten.<sup>119</sup> Goss fronter to hovedargumenter i sin artikkel: for det første at EMDs uttalelser ikke stemmer overens med den reelle prøving og for det andre at unntakene fra fjerdeinstansdoktrinen er så mange at de i hovedsak utgjør hovedregelen.

Når det gjelder det første argumentet, gjennomgår forfatteren en rekke av EMDs uttalelser med hensyn til fjerdeinstansdoktrinen. Goss påpeker det paradoksale i at EMD ikke skal overprøve domstolenes vurderinger, bortsett fra i tilfeller hvor vurderingene medfører krenkelse av konvensjonen. Forfatteren legger til grunn at dette medfører at EMD i alle tilfeller må undersøke de vurderinger som er foretatt for i det hele tatt å kunne legge til grunn om de er i tråd eller i strid med konvensjonen. Forfatteren argumenterer for at EMD av hensyn til transparens, kongruens og forutsigbarhet derfor må uttale dette paradokset, eller presentere hvordan en slik initierende overprøving skal foregå for å unngå et paradoks.

Etter dette konkluderer forfatteren med at han har funnet betydelig bevis (“considerable evidence”) til støtte for at EMDs uttalelser ikke samsvarer med den reelle prøving.

---

<sup>118</sup> *Mala mot Ukraina* avsnitt 47

<sup>119</sup> Ryan Goss, ”The European Court’s Role in Article 6 Cases” (vedlegg 1)

Det neste Goss argumenterer for er at unntakene fra fjerdeinstansdoktrinen er så mange at det er mer passende å beskrive fjerdeinstansdoktrinen som et unntak, og at en vid overprøving av nasjonale domstolars vurderinger er blitt hovedregelen.

I sin artikkel om fjerdeinstansdoktrinen, fokuserer Dahlberg i likhet med Goss på spenningen mellom fjerdeinstansdoktrinen og den prøving som artikkel 6-saker aktualiserer.<sup>120</sup> Dahlberg foretar en studie av en rekke avgjørelser, og kategoriserer på bakgrunn av disse fjerdeinstansdoktrinen inn i fire typetilfeller. Det første typetilfellet er saker av klar fjerdeinstans natur. I disse sakene avstår EMD fra å prøve klagen, og det karakteristiske er ifølge Dahlberg at klagen ikke inneholder noen anførsel om at nasjonale domstoler har feiltolket nasjonal rett eller balansert bevisene feil. Det andre typetilfellet er lengden av rettergangsprosessen. I disse sakene mener Dahlberg at EMD konstaterer krenkelse av artikkel 6 uten hensyn til fjerdeinstansdoktrinen på grunn av urimeligheten i en langvarig prosess.

Det tredje typetilfellet er mer interessant. Dahlberg har kalt typetilfellet for balanserende tilnærming, og hevder at EMD i disse sakene balanserer rettferdighetsnormen opp mot fjerdeinstansdoktrinen. I denne kategorien plasserer Dahlberg de saker hvor EMD fastlegger terskelen for prøving til å være grunnleggende urimelighet eller vilkårlighet i nasjonale domstolars vurderinger.

Det fjerde typetilfellet er saker der EMD ser bort fra fjerdeinstansdoktrinen og dermed prioriterer retten til rettferdig rettergang. De saker som Dahlberg trekker frem i denne kategorien, mener hun viser at EMD *de facto* opererer som en fjerde instans.

I sin artikkel konkluderer Dahlberg med at artikkel 6 gjør det nærmest umulig å opprettholde den strenge fjerdeinstanstilnærming som EMD gir uttrykk for i sin praksis. Hun refererer til den spenning som ligger i at en evaluering av rettergangens rettferdig nødvendiggjør en evaluering av nasjonale domstolars handlinger og tolkninger. Hun argumenterer for at EMD ikke kan operere både med en streng fjerdeinstansdoktrine samtidig med en effektiv tolkning av rettferdighetsnormen.

I del III vil disse synspunktene bli kommentert i lys av min egen analyse.

---

<sup>120</sup> Dahlberg s. 90

## 5 Systematisering av innholdet i doktrinen

### 5.1 Innledning

For å vurdere hvorvidt EMD i realiteten foretar en overprøving i strid med fjerdeinstansdoktrinen og dens materielle kompetanse, er det nødvendig å fastlegge det nærmere innholdet i fjerdeinstansdoktrinen og hva innholdet betyr for domstolens materielle kompetanse. Dette vil jeg gjøre ved å gjennomgå EMDs uttalelser av hva den ikke har kompetanse til å prøve under henvisning til fjerdeinstansdoktrinen. Disse uttalelsene kan sorteres under ulike elementer av fjerdeinstansdoktrinen.

Elementene er sortert under temaene overprøving av nasjonal rett, overprøving av sakens faktiske side, resultatkontroll og overprøving av nasjonalstatens oppfølging av konvensjonsbrudd. Poenget er å vise hvordan EMD uttaler seg om egen kompetanse i spørsmål om disse temaene. Denne systematiseringen danner grunnlaget for analysedelen i del II hvor ulike avgjørelser fra EMD vil bli systematisert etter hvilket element av doktrinen som blir aktualisert. Deretter vil avgjørelsene bli analysert med sikte på å avgjøre om EMD har opptrådt innenfor rammen av dens materielle kompetanse. I analysedelen vil EMDs avgjørelser dermed bli nærmere analysert for å undersøke om den reelle overprøving samsvarer med de uttalelser som gjennomgås i dette kapitlet.

En systematisering foretas gjerne på bakgrunn av forfatterens subjektive forståelse av et tema. Det kan derfor være av interesse å løfte frem hvordan denne systematiseringen skiller seg fra øvrig juridisk teori hvor fjerdeinstansdoktrinen er behandlet.

Systematiseringen i denne oppgaven skiller seg blant annet fra Dahlberg som systematiserer doktrinen i typetilfeller, herunder saker av klar fjerdeinstanskarakter, rimelig tid-saker, saker med balanserende tilnærming og saker hvor fjerdeinstanstilnærmingen sees bort fra.<sup>121</sup> Dahlberg argumenterer for at EMD praktiserer fjerdeinstansdoktrinen i varierende grad basert på hvilket typetilfelle den konkrete sak gjelder.

Goss opererer ikke med noen systematisering av fjerdeinstansdoktrinen, men argumenterer ut fra to hypoteser:<sup>122</sup> For det første at EMD ikke i tilstrekkelig grad har utviklet og konkretisert

---

<sup>121</sup> Dahlberg s. 97

<sup>122</sup> Goss s. 43



innholdet i fjerdeinstansdoktrinen, og for det andre at EMD oppstiller så mange unntak fra fjerdeinstansdoktrinen at hovedregelen blir en utvidet kompetanse i strid med doktrinen.

Kjølbros på sin side omtaler fjerdeinstansdoktrinen som en del av EMKs materielle anvendelsesområde *ratione materiae*.<sup>123</sup> Kjølbros foretar ingen nærmere systematisering av doktrinen, og får derfor etter min mening heller ikke presentert hvorvidt EMDs uttalelser samsvarer med den reelle overprøving som finner sted. Kjølbros nøyer seg med å konstatere at temaene overprøving av nasjonale rettsavgjørelser, herunder avgjørelsens innhold samt domstolens vurderinger om lovtolkning og bevis, ligger utenfor domstolens kompetanse *ratione materiae*.

Systematiseringen i denne oppgaven er basert på EMDs uttalelser fremsatt gjennom domstolens praksis. Begrunnelsen for dette valgte perspektivet er at det belyser de ulike sidene ved fjerdeinstansdoktrinen slik at det muliggjør både en nærmere analyse av hva som rent faktisk ligger i de ulike delene av doktrinen samt synliggjør eventuelle differanser i praktiseringen av de ulike kompetansebegrensningene. I tillegg vil en slik systematisering gjøre det mulig å analysere ikke bare om EMD handler utenfor dens materielle kompetanse, men også hvordan den gjør det og i hvilken grad. Spørsmål som analysen vil belyse blir dermed om EMD overprøver nasjonale rettsavgjørelser i strid med fjerdeinstansdoktrinen, og i så fall om denne overprøving praktiseres forskjellig avhengig av hvilke elementer av doktrinen saken gjelder. Dersom det siste er tilfellet, blir spørsmålet om hensynene bak de aktuelle elementene rettferdiggjør en slik distinksjon.

## 5.2 Overprøving av nasjonal rett

Dette elementet av fjerdeinstansdoktrinen gjelder EMDs overprøving av nasjonale domstolers anvendelse av nasjonal rett. I dette ligger både tolkning av nasjonal rett og anvendelse av nasjonale rettsregler på et konkret faktum – selve subsumsjon. Elementet er kommet til uttrykk gjennom EMDs praksis, for eksempel i *Perez de rada Cavanilles mot Spania* hvor det uttales at:

---

<sup>123</sup> Kjølbros s. 58

”It is primarily for the national authorities, notably the courts, to resolve problems of interpretation of domestic legislation”.<sup>124</sup>

EMDs kompetanse er begrenset til å vurdere om effekten av en slik tolkning er i tråd med konvensjonen.<sup>125</sup> Dette medfører at EMD ikke kan vurdere hvordan nasjonal rett skal tolkes, men den kan intervenere dersom den mener at måten nasjonal rett ble tolket på, var i strid med konvensjonen. I artikkel 6-saker må dette innebære at EMD kan overprøve nasjonale domstolars rettsanvendelse dersom den mener at resultatet av rettsanvendelsen medfører krenkelse av retten til rettferdig rettergang. Det er imidlertid vanskelig å skille mellom måten nasjonale domstoler gikk frem på ved rettsanvendelsen, eller om selve rettsanvendelsen er feil. Det første er et prosessuelt spørsmål hvor EMD har materiell kompetanse, mens det andre er en innholdsmessig vurdering av nasjonal rettsanvendelse. Dette har EMD ikke kompetanse til å prøve.

EMD har oppstilt unntak fra dette elementet av fjerdeinstansdoktrinen. I *Andelkovic mot Serbia* uttalte EMD at ”the Court will not question the interpretation of domestic law by the national courts, save in the event of evident arbitrariness”. Med ”evident arbitrariness” mente EMD når nasjonale domstoler ”have applied the law in a particular case manifestly erroneously or so as to reach arbitrary conclusions and/or a denial of justice”.

Dette viser for det første at terskelen for EMDs intervensjon er høy; det kreves åpenbar vilkårlighet. For det andre viser uttalelsen at spørsmålet om hva som utgjør åpenbar vilkårlig rettsanvendelse, må bero på hvordan nasjonale domstoler har anvendt loven i den konkrete saken. Innholdet i vilkåret ”evident arbitrariness” vil således kunne variere fra sak til sak. EMD ikke vil stille spørsmål ved tolkningen av nasjonal lov, foruten i tilfeller av åpenbar vilkårlighet.<sup>126</sup>

For det tredje kan åpenbar vilkårlighet konstateres både på bakgrunn av selve rettsanvendelsen og på bakgrunn av de konklusjoner rettsanvendelsen fører til. Dette gir tilsynelatende EMD en betydelig overprøvningskompetanse i spørsmål om nasjonale domstolars anvendelse av nasjonal rett.

---

<sup>124</sup> EMDs dom 28. oktober 1998 *Perez de Gada Cavanilles mot Spania* avsnitt 43

<sup>125</sup> *Perez de Gada Cavanilles mot Spania* avsnitt 43

<sup>126</sup> EMDs dom 9. april 2013 *Andelkovic mot Serbia* avsnitt 24

EMD oppstiller heller ingen føringer for hvordan denne innledende prøvingen skal foretas, det vil si hvordan EMD overprøver den nasjonale avgjørelsen for å komme frem til om unntaket fra fjerdeinstansdoktrinen kommer til anvendelse.

En annen formulering av dette elementet fremgår av *Tamminen mot Finland*, hvor EMD uttalte at ”it is not its function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention”. Først uttalte EMD altså hva som ligger utenfor domstolens materielle kompetanse. Deretter fastslo EMD i hvilke tilfeller den likevel har kompetanse; dersom feil ved tolkningen av nasjonal rett medfører krenkelse av konvensjonen.

Ut fra disse utsagnene kan det slutes at EMDs oppgave når det kommer til overprøving av nasjonale domstolers rettsanvendelse, er å forsikre seg om at rettsanvendelsen ikke fremstår som vilkårlig samt at resultatet av rettsanvendelsen ikke krenker konvensjonens rettigheter eller leder til vilkårlige resultater. Dette innebærer etter min mening at EMD gir seg selv kompetanse til å overprøve innholdet i en nasjonal avgjørelse i større grad enn det fjerdeinstansdoktrinen tilsier. EMD har heller ikke oppstilt noen transparente retningslinjer for den innledende prøvingen av om unntakene fra doktrinen kommer til anvendelse.

Overprøving av nasjonal rettsanvendelse er etter mitt syn den mest konkretiserte del av fjerdeinstansdoktrinen. Dette begrunner jeg i to forhold: for det første er lovtolkning den kompetansebegrensning som er omtalt i klareste form i EMDs uttalelser. For det andre er tilbakeholdenhet med overprøving av lovtolkning den kompetansebegrensning som er enklest for EMD å overholde og enklest for offentligheten å oppdage. EMDs tilnærming til dens kompetanse i lovtolkningsspørsmål, bør således være transparent.

### **5.3 Overprøving av sakens faktiske side**

Elementet som gjelder overprøving av sakens faktiske side, kan illustreres ved EMDs uttalelser i *Van Kück mot Tyskland*:

”Moreover, it is for the national courts to assess the evidence they have obtained and the relevance of any evidence that a party wished to have produced.”<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> EMDs dom 12. Juni 2003 *Van Kück mot Tyskland* avsnitt 47

Etablering av faktum skjer gjennom bevisføring og bevisbedømmelse. Disse vurderingene skal nasjonale domstoler foreta uten overprøving av EMD. Dette innebærer at EMD ikke skal intervensere i domstolenes etablering av faktum.

Videre har EMD i en rekke saker uttalt at det ikke er dens oppgave å ta stilling til feil i nasjonale domstolars vurdering av faktum i den konkrete sak. I *Centro de Europa 7 S.R.L and Di Stefano mot Italia* uttalte EMD således at:

“In particular, the Court can not itself assess the facts which have led a national court to adopt one decision rather than another; otherwise, it would be acting as a court of fourth instance and would disregard the limits imposed on its action.”<sup>128</sup>

Her kommer det klart frem at EMD ikke har adgang til å overprøve det faktum nasjonale domstoler har lagt til grunn og som har ført til at domstolene har kommet til et bestemt resultat.

*Tamminen mot Finland* er illustrerende også her, ettersom EMD uttalte at ”it is not its function to deal with errors of **fact** or law” (Min utheving).<sup>129</sup> Samme begrensning som gjelder for rettsanvendelsen, gjelder også for nasjonale domstolenes etablering av faktum. Dette medfører at unntaket fra kompetansebegrensningen er den samme som ved lovtolkning, nemlig dersom feilen medfører krenkelse av konvensjonens rettigheter.<sup>130</sup>

EMD oppstiller således en høy terskel for når den kan overprøve domstolenes vurdering av sakens faktiske forhold. Dersom EMD foretar en overprøving uten at denne terskelen er nådd, opptrer den som en fjerdeinstans og dermed utenfor dens materielle kompetanse.

## 5.4 Resultatkontroll

Med resultatkontroll mener jeg en generell kontroll med resultatet i den nasjonale avgjørelsen, enten på grunn av dens innhold eller på grunn av begrunnelsen for innholdet i avgjørelsen. Riktignok har EMD kompetanse til å overprøve begrunnelsen av rettsavgjørelser, all den tid dette er et prosessuelt krav under artikkel 6.1.<sup>131</sup> I *Vetrenko mot Moldova* uttalte EMD at artikkel 6.1 krever at nasjonale domstoler foretar ”a proper examination of the submissions,

---

<sup>128</sup> EMDs dom 7. juni 2012 *Centro Europa 7 S.R.L and Di Stefano mot Italia* avsnitt 197

<sup>129</sup> EMDs dom 15. Juni 2004 *Tamminen mot Finland* avsnitt 38

<sup>130</sup> *Tamminen mot Finland* avsnitt 38

<sup>131</sup> Se kapittel 4.2

arguments and evidence, without prejudice to its assessment or to whether they are relevant for its decision, given that the Court is not called upon to examine whether arguments are adequately met”.<sup>132</sup> Dette innebærer altså at “proper examination” er kravet EMD stiller til nasjonale domstoler. EMD gir derimot ingen føringer for bevisbedømmelsen eller hvorvidt argumentene er relevant for avgjørelsen, da det ikke er EMDs rolle å vurdere om argumentene er gode nok.

I *Ruiz Torija mot Spania* uttalte EMD at “it is not its task to examine whether the limitation plea was well-founded; it falls to the national courts to determine questions of that nature”.<sup>133</sup> EMD mente at det ikke var nødvendig med slik overprøving for å kunne konstatere at anførselen var relevant. Begrunnelsen var at å ta stilling til denne anførselen ville være avgjørende for resultatet, og det var også ført beviser knyttet direkte til anførselen.

Grunnen til at overprøving av nasjonale domstolars begrunnelse er plassert under EMDs resultatkontroll, er at det i praksis kan være vanskelig å skille mellom begrunnelseskontroll og innholdskontroll. I teorien er det riktignok et skille mellom et prosessuelt krav til begrunnelse og et innholdsmessig krav til begrunnelse. Bertelsen viser til *Perez mot Frankrike*,<sup>134</sup> og fremholder at EMDs kontroll med at det er gitt tilstrekkelige grunner for rettslige avgjørelser ikke innebærer at det åpnes for prøving av den bevisvurdering eller rettsanvendelse som er utført av den nasjonale rettsinstansen. Sitatet han viser til er at det ikke er EMDs oppgave å håndtere faktiske eller rettslige feil begått av en nasjonal domstol.<sup>135</sup> I analysedelen vil det bli undersøkt hvorvidt EMD klarer å holde adskilt den prosessuelle overprøvingen fra den innholdsmessige.

Når det gjelder innholdskontroll, er EMDs kompetanse klart avgrenset mot å foreta innholdssensur av nasjonale domstolars resultater. I *Bochan mot Ukraina (No. 2)* uttalte EMD at den ”should not act as a fourth instance and will not therefore question under Article 6 § 1 the judgement of the national courts, unless their findings can be regarded as arbitrary or manifestly unreasonable”. Artikkel 6 gir ikke rett på en innholdsmessig rettferdig avgjørelse. EMD har imidlertid vist at artikkel 6 krenkes dersom en nasjonal avgjørelse i seg selv er vilkårlig eller urimelig. I analysedelen vil det bli undersøkt hvordan EMD innenfor rammen

---

<sup>132</sup> EMDs dom 18. mai 2010 *Vetrenko mot Moldova* avsnitt 52

<sup>133</sup> *Ruiz Torija mot Spania* avsnitt 30

<sup>134</sup> Bertelsen s. 190

<sup>135</sup> *Perez mot Frankrike* avsnitt 82

av dens materielle kompetanse, kan vurdere om innholdet i en nasjonal avgjørelse er så urimelig at den krenker rettferdighetsnormen.

## **5.5 EMDs overprøving av nasjonalstatens oppfølging av konvensjonsbrudd**

Etter EMK artikkel 46 nr. 1 plikter konvensjonsstatene å rette seg etter EMDs endelige dom i enhver sak de er part i. Tilsyn med konvensjonsstatenes fullbyrdelse av EMDs avgjørelser tilligger imidlertid Ministerkomiteen jf. artikkel 46 nr. 2. Når kompetansen til å håndtere konvensjonsstatenes oppfølging av konvensjonsbrudd er positivt tillagt Ministerkomiteen, taler dette for at EMD ikke har materiell kompetanse til å håndtere dette temaet. EMD har også lagt til grunn en streng kompetansefordeling i tråd med ordlyden.<sup>136</sup> EMD har imidlertid også fastslått at dette ikke hindrer EMD i å overprøve en ny klage vedrørende nasjonalstatenes fullbyrdelse av et konvensjonsbrudd, dersom klagen inneholder ”relevant new information” som ikke ble avgjort i den første EMD-avgjørelsen.<sup>137</sup>

Dette elementet er problematisk først og fremst i forbindelse med kompetansefordelingen mellom EMD og Ministerkomiteen. Det er nemlig EMD som vurderer hvorvidt den nye klagen inneholder ”relevant ny informasjon” slik at EMD får kompetanse til å behandle saken. Således blir det EMDs oppgave å vurdere hvorvidt den har kompetanse til å vurdere et spørsmål som i utgangspunktet tilligger Ministerkomiteen.

Dette spørsmålet ligger isolert sett på siden av fjerdeinstansdoktrinen. I disse sakene blir fjerdeinstansdoktrinen likevel aktualisert på flere måter. For det første aktualiseres fjerdeinstansdoktrinen når EMD skal ta stilling til hvorvidt det foreligger ”relevant new information”. Slik ny informasjon kan være domstolenes håndtering i den nye rettergangen. Vurderingen innebærer dermed en overprøving av hvordan nasjonale domstoler har tolket EMDs tidligere avgjørelse.

For det annet vil resultatet av konvensjonsstatens fullbyrdelse vil fremgå av en ny avgjørelse som må tilfredsstille kravene til artikkel 6. Slike saker kan dermed aktualisere en innholdsmessig overprøving av hvordan nasjonalstaten har fullbyrdet konvensjonsbruddet.

---

<sup>136</sup> *Bochan mot Ukraina (No. 2)* avsnitt 33

<sup>137</sup> *Bochan mot Ukraina (No. 2)* avsnitt 33

Dette elementet er således sortert etter en type sak som aktualiserer flere problemstillinger under fjerdeinstansdoktrinen. Spørsmålet om kompetansefordelingen mellom EMD og Ministerkomiteen vil også bli belyst i analysen. Etter mitt syn har EMDs tilnærming til dette spørsmålet betydning for hvordan fjerdeinstansdoktrinen praktiseres i de konkrete sakene.

## 5.6 Oppsummering

Fjerdeinstansdoktrinen består av ulike elementer som alle representerer sider ved nasjonale rettsavgjørelser som EMD ikke har materiell kompetanse til å prøve. EMD har imidlertid oppstilt en rekke unntak, etter Goss syn så mange at unntakene er blitt hovedregelen,<sup>138</sup> som tillater EMD en mer inngående overprøvingsadgang enn fjerdeinstansdoktrinen tilsier. Disse unntakene er formulert noe forskjellig, men i hovedsak må domstolene ha opptrådt vilkårlig eller åpenbart urimelig dersom EMD skal ha kompetanse til å overprøve deres vurderinger. Dette fremstår som en felles terskel og et felles unntak for alle elementer av doktrinen, i alle fall for nasjonal rett, sakens faktum og resultatkontroll. EMDs overprøving av nasjonalstatens oppfølging av konvensjonsbrudd står i en noe annerledes stilling når det gjelder kompetansefordelingen mellom EMD og Ministerkomiteen. Dersom EMD realitetsbehandler saken, vil derimot artikkel 6 bli aktualisert og de samme reglene og unntakene som nevnt ovenfor vil gjelde for EMDs kompetanse.

Hvordan EMD foretar den innledende prøving av om terskelen for unntak er nådd, har ikke vært tema for domstolen. Det samme gjelder hva som nærmere ligger i de ulike vilkårene for unntak. Disse spørsmålene vil bli undersøkt i analysedelen.

Systematiseringen av doktrinen har vært vanskelig å foreta, nettopp fordi EMDs rolle i relasjon til rettferdighetsnormen er å foreta en helhetlig vurdering av rettergangen. Ofte har EMD innvendinger både mot domstolenes bevisbedømmelse, rettsanvendelse og begrunnelse. En systematisering er imidlertid med på å synliggjøre hva fjerdeinstansdoktrinen innebærer mer konkret. En systematisering har også vært til hjelp i forbindelse med å velge ut avgjørelser til analysedelen av oppgaven. Dette har også bidratt til at tolkning og diskusjon av EMDs argumentasjon i de ulike avgjørelsene er blitt tilspisset og fokusert rundt det enkelte element av doktrinen.

---

<sup>138</sup> Goss s. 44

I del II vil jeg forsøke å belyse disse ulike elementene av fjerdeinstansdoktrinen gjennom en analyse av utvalgte avgjørelser fra EMD, med fokus på de ovenfor nevnte spørsmål.



## DEL II

### 6 Om analysedelen

I del II vil det bli foretatt en analyse av utvalgte avgjørelser og hvor EMDs argumentasjon vil bli undersøkt og sammenholdt med kompetansebegrensningene som følger av fjerdeinstansdoktrinen. Siktemålet med analysedelen er å kartlegge om EMDs overprøving skjer i samsvar med domstolens uttalelser om fjerdeinstansdoktrinen, og dermed innenfor rammen av deres materielle kompetanse. Dersom EMDs overprøving fremstår mer inngående enn doktrinen tilsier, vil det bli undersøkt hvorvidt denne overprøvingen er transparent og om den eventuelt kan rettferdiggjøres.

Avgjørelsene er valgt ut ved å søke i HUDOC-databasen med søkeord som refererer til fjerdeinstansdoktrinen, slik som: ”fourth instance doctrine”, ”take the place of domestic authorities” og ”it is not its role”. Søket ble begrenset til sivile saker. Deretter ble det valgt ut en rekke avgjørelser som var egnet til å belyse temaet, og det ble valgt ut dommer av eldre og nyere dato. Avgjørelsene ble deretter plassert etter den systematisering av doktrinen som ble foretatt i kapittel 4.4, og ytterligere avgrensning ble gjort for å sikre at hver kategori ville bli belyst. Enkelte avgjørelser aktualiserer flere elementer av fjerdeinstansdoktrinen, og disse er plassert i den kategorien som best belyser problematikken. Alle aktualiserte elementer av doktrinen blir belyst under den samlede omtalen av hver enkelt avgjørelse.

Det er i utvelgelsen ikke tatt hensyn til om avgjørelsene er avsagt i kammer eller storkammer. Avgjørelser avsagt i storkammer vil ha større rettskildemessig vekt og dermed større tyngde når det kommer til å avgjøre hvordan EMD stiller seg til fjerdeinstansdoktrinen. Fokuset i analysedelen er imidlertid ikke selve uttalelsene av fjerdeinstansdoktrinen, herunder hvor langt EMDs materielle kompetanse rekker, men på hvordan EMD praktiserer fjerdeinstansdoktrinen. I en slik undersøkelse er det av mindre betydning om en avgjørelse er avsagt i kammer eller storkammer. De fleste avgjørelser avsies i kammer, hvilket gjør det vel så viktig å analysere den argumentasjon som skjer her. I tillegg ville en avgrensning mot avgjørelser avsagt i kammer, som utgjør en såpass stor del av EMDs praksis, ikke avsløre bredden i de saker hvor fjerdeinstansdoktrinen kommer på spissen.

I utvelgelsen er det tatt med avgjørelser av eldre og nyere dato for om mulig å belyse eventuelle endringer i EMDs praktisering av doktrinen. Dette er særlig interessant i lys av

High Level-konferansene og det økte fokuset på EMDs funksjon og legitimitet som omtalt i kapittel 1.2.

I forlengelsen av tidsperiodeproblematikken, kunne det vært av interesse å undersøke avvisningskjennelser for å sammenlikne saker som blir avvist ratione materiae og saker som blir gjenstand for overprøving. Dette ligger imidlertid noe på siden av det som er formålet med denne oppgaven, som er å vise når og hvordan EMD faktisk foretar en overprøving i strid med fjerdeinstansdoktrinen. Det ville også føre for langt innenfor rammen av denne oppgaven å foreta en slik sammenlikning. Slike avvisningskjennelser er derfor utelatt for ikke å gå på bekostning av det som er oppgavens formål.

I kapittel 7 til kapittel 10 vil jeg ta for meg utvalgte avgjørelser og analysere disse i lys av de ulike elementene i fjerdeinstansdoktrinen. Hver avgjørelse innledes med en kort introduksjon, før EMDs argumentasjon blir gjennomgått og diskutert fortløpende. Hvert kapittel avsluttes med en oppsummering av avgjørelsene sett i forhold til hverandre.

## 7 EMDs overprøving av nasjonal rett

### 7.1 Innledning

Som nevnt i kapittel 5.2 har denne siden av doktrinen to underkategorier: lovtolkning og subsumsjonskontroll. Formålet med dette kapittelet er gjennom en analyse av avgjørelser å trekke slutninger om hva EMD legger i terskelen ”vilkårlig” eller ”åpenbar urimelighet” som legaliserer en overprøving av nasjonale domstolars lovtolkning og subsumsjon. Kapittel 7.2 omhandler en sentral avgjørelse som aktualiserer både lovtolkningselementet og overprøving av sakens faktiske side. I kapittel 7.3 og 7.4 er analyseegenstandene avgjørelser som særlig belyser EMDs overprøving av nasjonalstatenes subsumsjon. Avgjørelsene er sammenliknbare, og det vil bli fokusert på ulikheter i EMDs tilnærming og konklusjon.

### 7.2 Van Kück mot Tyskland

#### 7.2.1 Introduksjon

*Van Kück mot Tyskland* gjaldt klagers rett på dekning av kostnader til kjønnskifteoperasjon fra sitt private forsikringsselskap.<sup>139</sup> Klager gikk til søksmål mot forsikringsselskapet, og krevde dekket hormonbehandling samt 50 % av kostnadene til kjønnskifteoperasjon. I forsikringsvilkårene var det en forutsetning for dekning av operasjon at slik operasjon var ”nødvendig medisinsk behandling” samt at sykdommen ikke var forårsaket av forsikringstaker. Dette fremgikk også av nasjonal rett, herunder forsikringsavtaleloven.<sup>140</sup>

#### 7.2.2 Den nasjonale prosessen

De faktiske spørsmål som nasjonale domstoler måtte ta stilling til var om klager var å anse som mann-til-kvinne transseksuell, om transseksualiteten var å anse som en sykdom i henhold til forsikringsavtalen, om kjønnskifteoperasjon var å anse som ”nødvendig medisinsk behandling” i henhold til forsikringsavtalen og om sykdommen var forårsaket av klager.

Berlin Regional Court bestemte at for å ta stilling til de faktiske spørsmålene i saken ville de høre sakkyndig vedrørende fire spørsmål: om klager var mann-til-kvinne transseksuell, om

---

<sup>139</sup> EMDs dom 12. juni 2003 *Van Kück mot Tyskland* (Klagenr.: 35968/97)

<sup>140</sup> Avsnitt 34

transseksualiteten var en sykdom, om kjønnskifteoperasjonen var nødvendig behandling og om denne type behandling var allment anerkjent i det medisinskvitenskapelige miljøet.<sup>141</sup>

Sakkyndig konkluderte med at klager var mann-til-kvinne transseksuell og at transseksualiteten måtte anses som en sykdom.<sup>142</sup> Han indikerte at kjønnskifteoperasjon ikke var eneste mulige behandling av transseksualitet, men anbefalte operasjon ut fra et psykiatrisk-psykoterapeutisk perspektiv fordi operasjon ville bedre klagers sosiale situasjon.<sup>143</sup>

Berlin Regional Court svarte bekræftende både på spørsmålet om klager var mann-til-kvinne transseksuell og på spørsmålet om transseksualiteten representerte en sykdom. Spørsmålet om kjønnskiftebehandling var allment anerkjent, avviste domstolen som ikke relevant.<sup>144</sup>

Når det gjaldt vilkåret ”nødvendig medisinsk behandling”, fant imidlertid domstolen at kjønnskifteoperasjon ikke var eneste mulige behandling, ettersom klager hadde motsatt seg terapi.<sup>145</sup> Domstolen fant det heller ikke bevist at en slik operasjon ville avhjelpe klagers psykiske og mentale vansker, all den tid sakkyndig hadde anbefalt operasjon fordi det ville bedre klagers sosiale situasjon.<sup>146</sup> Vilkåret om nødvendig medisinsk behandling var dermed ikke oppfylt og kravet mot forsikringsselskapet ble avvist.<sup>147</sup>

Klager anket til Court of Appeal som opprettholdt avgjørelsen. Ankesdomstolen fant at sakkyndiges uttalelser vedrørende resultatet av en kjønnskifteoperasjon var å anse som ”a vague hope”, noe som ikke tilfredstilte vilkåret om medisinsk nødvendighet.<sup>148</sup>

Ankesdomstolen la til at anken uansett ikke kunne føre frem fordi transseksualiteten var forårsaket av klager selv, jf. avsnitt 34 om forsikringsavtaleloven.<sup>149</sup> Klager hadde levd som og følt seg som mann helt til hun fant ut at hun var infertil. Dette medførte at hun ikke lenger følte seg som mann, og derfor begynte på hormoner som igjen påbegynte prosessen med å føle seg som kvinne.

---

<sup>141</sup> Avsnitt 13

<sup>142</sup> Avsnitt 14

<sup>143</sup> Avsnitt 14

<sup>144</sup> Avsnitt 16

<sup>145</sup> Avsnitt 16

<sup>146</sup> Avsnitt 17

<sup>147</sup> Avsnitt 15

<sup>148</sup> Avsnitt 22

<sup>149</sup> Avsnitt 23

Klager anket til Federal Constitutional Court som nektet å fremme saken.<sup>150</sup>

### 7.2.3 EMDs behandling av saken

For EMD påstod klager krenkelse av blant annet artikkel 6.1 og rettferdighetsnormen.

Klager anførte at tyske domstoler hadde tolket vilkåret ”nødvendig medisinsk behandling” vilkårlig, herunder at vilkåret innebar at kjønnskifteoperasjon måtte fremstå som den eneste mulige behandling.<sup>151</sup>

Klager anførte videre at sakkyndig hadde anbefalt operasjon uten å nøle.<sup>152</sup> Videre anførte klager at ankeinstansen ikke kunne basere seg på skriftlige bevis fra en tidligere prosess som gjaldt rett til navneskifte uten å føre muntlig bevis fra eksperten.<sup>153</sup> Disse bevisene ble ikke ført i forbindelse med spørsmålet om klager var skyld i transseksualiteten. Til slutt anførte klager at ankeinstansens konklusjon om at hormonbehandlingen klager satte i gang medførte transseksualitet, var vilkårlig.<sup>154</sup>

Myndighetenes anførsler var i stor grad prosessuelle, herunder at prosessen som helhet hadde vært rettferdig og at klager hadde hatt mulighet til å fremme alle relevante argumenter og til å føre bevis.<sup>155</sup> Myndighetene anførte at ankeinstansens tolkning av forsikringsavtalen ikke kunne protesteres på under konvensjonen.<sup>156</sup> Under enhver omstendighet anførte myndighetene at ankeinstansens bevisbedømmelse var forsvarlig.<sup>157</sup>

EMDs rolle var i tråd med fast praksis å vurdere om rettergangen som sådan var rettferdig.<sup>158</sup> Fjerdeinstansdoktrinen begrenser imidlertid EMDs adgang til å overprøve domstolenes tolkning av nasjonal rett og domstolenes bevisbedømmelse. Det første for EMD var domstolenes behandling av vilkåret ”nødvendig medisinsk behandling”. Herunder måtte EMD ut fra anførselene vurdere både domstolenes tolkning av nasjonal rett samt domstolenes konkrete bevisbedømmelse. EMD behandlet disse spørsmålene samlet under punkt B nr. 2.<sup>159</sup> Det andre spørsmålet for EMD var domstolenes behandling av årsaken til klagers

---

<sup>150</sup> Avsnitt 28

<sup>151</sup> Avsnitt 39

<sup>152</sup> Avsnitt 39

<sup>153</sup> Avsnitt 40

<sup>154</sup> Avsnitt 40

<sup>155</sup> Avsnitt 41

<sup>156</sup> Avsnitt 42

<sup>157</sup> Avsnitt 42-45

<sup>158</sup> Avsnitt 47

<sup>159</sup> Fra avsnitt 53

transseksualitet. Dette spørsmålet aktualiserte en vurdering av domstolenes bevisbedømmelse. EMD behandlet dette spørsmålet under punkt B nr. 3.<sup>160</sup>

EMD begynte sin drøftelse med en gjennomgang av utviklingen i sin egen praksis vedrørende transseksualitet, og konstaterte at det særlig etter *Christine Goodwin mot Storbritannia*<sup>161</sup> var skjedd en endring som representerer anerkjennelse av at transseksualitet er en sykdom som har nytte av behandling.<sup>162</sup>

Når det gjaldt tolkningen av vilkåret ”nødvendig medisinsk behandling”, fremholdt EMD at vurderingen av om kjønnskifteoperasjon var nødvendig, ikke var et spørsmål om rettslig definisjon.<sup>163</sup> EMD flytter således vurderingstemaet bort fra et spørsmål om nasjonal rett, som rent faktisk oppstilte vilkår om nødvendig medisinsk behandling, og over til et generelt spørsmål om behandling av transseksualisme. Dette generelle spørsmålet tok EMD stilling til i *Christine Goodwin* hvor det ble lagt til grunn at transseksualitet er en medisinsk tilstand hvor behandling kan medføre lindring.<sup>164</sup> Når nasjonale domstoler i dette tilfellet anså en forbedring av klagers sosiale situasjon som å ikke tilfredsstillte vilkåret om nødvendig medisinsk behandling, var dette ikke i tråd med EMDs praksis.<sup>165</sup>

Når det gjaldt bevisbedømmelsen under vilkåret om ”nødvendig medisinsk behandling”, uttalte EMD at ankedomstolen på tross av sakkyndiges ”unequivocal recommendation” av kjønnskifteoperasjonen, kom nasjonale domstoler til at klager ikke hadde bevist at operasjonen var nødvendig.<sup>166</sup> For EMD fremstod altså beviset utvetydig. Denne uttalelsen impliserer en overprøving av nasjonale domstolers vurdering av et bevis i saken. Nasjonale domstoler fant at anbefalingen uttrykte ”a vague hope”, mens EMD fant at anbefalingen var ”unequivocal”.

---

<sup>160</sup> Fra avsnitt 58

<sup>161</sup> EMDs dom 11. juli 2002 *Christine Goodwin mot Storbritannia*

<sup>162</sup> Avsnitt 52

<sup>163</sup> Avsnitt 54

<sup>164</sup> Se sitat i avsnitt 54

<sup>165</sup> Avsnitt 55

<sup>166</sup> Avsnitt 54

EMD la også til at å plassere bevisbyrden på den transseksuelle i et slikt spørsmål, er disproportjonalt sett hen til at EMD tidligere har fastslått kjønnsidentitet som et av de mest intime områder av en persons privatliv.<sup>167</sup>

EMD konkluderte med at tolkningen av vilkåret ”nødvendig medisinsk behandling” og bevisbedømmelsen herunder, var urimelig.<sup>168</sup>

EMD tolker her nasjonal rett i tillegg til at de foretar en vurdering av bevisenes innhold. EMD opererer her som utgangspunkt som en fjerde instans i strid med det som ble uttalt i avsnitt 46 og 47. Dersom avgjørelsen skal anses avsagt i tråd med EMDs materielle kompetanse, må unntakene fra fjerdeinstansdoktrinen være oppfylt.

I spørsmålet om tolkning av nasjonal rett, uttaler EMD at den ikke vil foreta en egen tolkning dersom det ikke foreligger ”arbitrariness”. I dette tilfellet var det aktuelle vilkåret ikke et spørsmål om rettslig definisjon. Når nasjonale domstoler foretok en rettslig vurdering av vilkåret ”nødvendig”, ble konklusjonen at en bedring av klagers sosiale situasjon ikke tilfredsstilte vilkåret. Dette er etter min mening en fornuftig og nokså vanlig rettslig konklusjon. EMD var imidlertid uenig i utgangspunktet for tolkningen, som de mente var et spørsmål av mer generell, medisinsk og samfunnsmessig karakter. Svaret på dette generelle, medisinske og samfunnsmessige spørsmålet var tidligere uttrykt av EMD. Dette kan tolkes som at EMD vurderte det dithen at tolkningen innebar en krenkelse av de rettigheter som fremgår av konvensjonen. Dette støttes opp ved at EMD senere i avgjørelsen finner at rettergangen også var i strid med artikkel 8 om retten til privatliv. I så tilfelle tyder vel dette på at EMD fant at tolkningen var vilkårlig, herunder i strid med EMDs praksis. På veien mot denne konklusjonen, foretok imidlertid EMD en kontroll med nasjonale domstolars tolkning i strid med fjerdeinstansdoktrinen. Dette paradokset blir ikke nærmere kommentert i avgjørelsen.

I spørsmålet om bevisbedømmelse, uttaler EMD i avsnitt 47 at selv om den ikke kan overprøve nasjonale domstolars bevisbedømmelse, må den likevel vurdere rettferdigheten av prosessen. I avsnitt 48 presiseres det at artikkel 6.1 stiller krav om en ”proper examination” av anførsler, argumenter og bevis. Dette kan tolkes som at dersom nasjonale domstoler ikke har

---

<sup>167</sup> Avsnitt 56 med henvisning til EMDs dom 11. juli 2002 *Christine Goodwin mot Storbritannia* avsnitt 82

<sup>168</sup> Avsnitt 57

foretatt en passende håndtering av bevisene, vil dette åpne for EMDs overprøving av bevisbedømmelsen.

Beviset som var omtvistet, var altså anbefalingen gitt i sakkyndiges rapport. I rapporten fremholdt sakkyndig at kjønnskifteoperasjon ikke var eneste mulige behandling av transseksualitet.<sup>169</sup> I klagers tilfelle anbefalte han operasjon ut fra et psykiatrisk-psykoterapeutisk perspektiv fordi det ville forbedre hennes sosiale situasjon.<sup>170</sup> Konklusjonen hans var at kjønnskifteoperasjon utgjorde deler av kurerende behandling ved mental sykdom.<sup>171</sup>

Ankedomstolen omtalte dette som ”cautious formulation”,<sup>172</sup> ”vague hope”,<sup>173</sup> og som at sakkyndige vurderte suksess med kjønnskifteoperasjon som ”rather uncertain”.<sup>174</sup> EMD omtalte i avsnitt 54 derimot beviset som utvetydig. I avsnitt 55 ble nasjonale domstolers vurdering av sakkyndigrapporten omtalt som ikke overensstemmende med EMDs praksis. En slik bevisbedømmelse må således ha fremstått som upassende, ettersom EMD overprøvde domstolenes konkrete bevisbedømmelse.

Det andre hovedspørsmålet for EMD var hvorvidt klager selv forårsaket transseksualiteten. Dette spørsmålet ble ikke vurdert i første instans. Ankedomstolen baserte sin vurdering på bevis produsert og anvendt i forbindelse med en tidligere prosess som gjaldt klagers skifte av navn.<sup>175</sup> Beviset ble den gang produsert i tilknytning til spørsmålet om klager var transseksuell.<sup>176</sup> På denne bakgrunn konstaterte EMD at ankedomstolen ikke hadde tilstrekkelig informasjon eller medisinsk ekspertise til å vurdere dette komplekse spørsmålet.<sup>177</sup> Dette er forståelig. Når et bevis produseres med henblikk på et særskilt spørsmål, kan det medføre store misforståelser dersom dette beviset anvendes med henblikk på et helt annet spørsmål. Denne kritikken retter seg mer mot den prosessuelle håndteringen av saken. Denne overprøvingen er derfor etter min mening uproblematisk med hensyn til fjerdeinstansdoktrinen.

---

<sup>169</sup> Avsnitt 14

<sup>170</sup> Avsnitt 14

<sup>171</sup> Avsnitt 14

<sup>172</sup> Avsnitt 22

<sup>173</sup> Avsnitt 22

<sup>174</sup> Avsnitt 22

<sup>175</sup> Avsnitt 23-27

<sup>176</sup> Avsnitt 61

<sup>177</sup> Avsnitt 62



EMD konkluderte derfor med at nasjonale domstolers håndtering av dette spørsmålet, var ”inappropriate”. EMD kom altså frem til at å basere seg på bevis produsert for et helt annet spørsmål, ikke var i tråd med kravet om ”proper examination”. Dette er en konkretisering av rettfærdighetsnormen som EMD har kompetanse til å prøve.<sup>178</sup> Etter min mening skjedde denne overprøvingen innenfor rammene av fjerdeinstansdoktrinen fordi den var av prosessuell karakter.

Avgjørelsen av artikkel 6-spørsmålet ble avsagt under dissens fire-tre. Dissenterende dommere oppstilte først det de mente saken handlet om, nemlig to vilkår i en privat forsikringsavtale.<sup>179</sup> I den forbindelse fryktet dissenterende dommere at avgjørelsen i for stor grad begrenset muligheten for forsikringssekskapet til å prosedere på vilkår i en avtale fremforhandlet mellom partene.<sup>180</sup>

Når det gjaldt prosessen i førsteinstans, konkluderte dissenterende dommere med at bevisbedømmelsen under spørsmålet om nødvendig medisinsk behandling ikke var verken vilkårlig eller urimelig.<sup>181</sup> Deretter ble ankesdomstolens behandling gjennomgått. Det ble bemerket følgende av ankesdomstolens vurderinger: sakkyndige hadde ikke bekreftet nødvendigheten av en operasjon; operasjon var en mulig behandling, men ble ikke klart bekreftet som nødvendig; sakkyndig mente fordelene ved operasjon veide tyngre enn ulempene og anbefalte derfor operasjon; ankesdomstolen fant sakkyndiges uttalelser forsiktige og derfor ikke klare nok til å bekrefte nødvendigheten av operasjon; sakkyndigrapporten viste at sakkyndig vurderte mulighet for suksess ved operasjon som ganske usikkert.<sup>182</sup>

Dissenterende dommere fant alle de nevnte vurderinger som rimelig under omstendighetene.<sup>183</sup> Her er det en tydelig forskjell i hvilken tilnærming flertallet og dissenterende dommere har til egen kompetanse. Mens flertallet foretar en egen vurdering av bevisene og dermed setter til side nasjonale domstolers bevisbedømmelse, nøyer dissenterende dommere seg med å undersøke nasjonale domstolers funn og konstatere at de fremstår rimelige. Dette er en langt mer tilbakeholden overprøving av bevisbedømmelsen.

---

<sup>178</sup> Jf. kapittel 4.2

<sup>179</sup> Avsnitt 1

<sup>180</sup> Avsnitt 1

<sup>181</sup> Avsnitt 4

<sup>182</sup> Avsnitt 8

<sup>183</sup> Avsnitt 8

Den tilnærming dissenterende dommere viste her, blir enda tydeligere i avsnitt 10 og 11 hvor de først sa seg enig i at det er nasjonale domstolers oppgave å vurdere bevisene og deretter sa seg uenig i at sakkyndiges anbefaling måtte karakteriseres som ”unequivocal”. Det ble påpekt at nasjonale domstolers bevisbedømmelse fremstod som rimelige. Dette viser at tilnærmingen til dissenterende dommere er at når bevisbedømmelsen fremstår som rimelig, er det ikke en EMDs rolle å tolke bevisene selvstendig og annerledes enn nasjonale domstoler. Denne tilnærmingen er etter min mening i tråd med fjerdeinstansdoktrinen.

Dissenterende dommere mente heller ikke at det var upassende å kreve at en person må bevise nødvendigheten av en behandling, selv om det gjaldt en irreversibel operasjon.<sup>184</sup> Det ble trukket frem at saken gjaldt et vilkår i en privat forsikringsavtale. Hele tvisten dreide seg således om nødvendigheten av operasjonen. *Christine Goodwin* kunne, ifølge dissenterende votum, ikke tas til inntekt for et forbud mot å innta slike vilkår.

Når det gjaldt årsaksspørsmålet, uttalte dissenterende dommere i avsnitt 9 at ankedomstolen stod fritt til å lese beviset fra den tidligere rettssaken slik at den støttet konklusjonen om at klager var skyld i transseksualiteten. Alt de trengte å gjøre var å basere seg på de strengt faktiske detaljene i rapporten. Dissenterende votum mente følgelig at beviset ikke kunne tolkes på flere måter avhengig av hvilket spørsmål den var ment å besvare. I avsnitt 13 konkluderte derfor dissenterende votum med at ankedomstolens vurdering under dette spørsmålet ikke var verken vilkårlig eller urimelig, og at det var opp til nasjonale domstoler å vurdere bevisene. Her blir det igjen tydelig at dissenterende dommere har en tilnærming til egen overprøving som samsvarer med fjerdeinstansdoktrinen.

Når dissenterende votum er kritisk til at EMD setter til side fremforhandlede forsikringsvilkår inngått mellom private parter, viser dette også en mer prinsipiell tilnærming til spørsmålet. Dissenterende votum er tilsynelatende mer opptatt av hvordan EMD utøver sin kompetanse på generelt grunnlag, og hvilke vidtgående følger avgjørelsen kan få.

Til slutt inntok dissenterende votum et konsekvensorientert syn på resultatet av flertallets dom. Dersom flertallets resultat ble lagt til grunn, ville dette kunne medføre at kjønnskifteoperasjoner blir fullstendig utelatt fra forsikringsavtaler.<sup>185</sup> Jeg tolker dissenterende votum slik at de på generelt grunnlag kritiserer flertallet for å intervensere i

---

<sup>184</sup> Avsnitt 12

<sup>185</sup> Avsnitt 12

avtaler mellom private. Dersom EMD inntar en slik aktiv samfunnskontrollerende rolle, kan dette resultere i at menneskerettighetene får en svakere stilling enn hvis EMD ikke opererer på denne måten. En for aktiv beskyttelse av menneskerettighetene, kan altså virke mot sin hensikt. Sikkert er det i alle fall at sikringen av menneskerettighetene skal skje på nasjonalt plan, og at EMD her gikk utenfor den kompetanse som følger av fjerdeinstansdoktrinen. Hvorvidt dette resulterte i en avgjørelse som var positiv for utviklingen av menneskerettighetene, lar jeg stå åpent.

## **7.3 Tibet Mentés m. flere mot Tyrkia**

### **7.3.1 Introduksjon**

Saken gjaldt klagerne rett på overtidsbetaling fra arbeidsgiver.<sup>186</sup> I sommerhalvåret arbeidet klagerne i tjuefire timer med påfølgende tjuefire timer fri, mens i vinterhalvåret arbeidet de tjuefire timer med påfølgende førtiåtte timer fri. Klagerne mente de hadde jobbet mer enn lovlige førtifem-timers uker, og dermed hadde krav på overtid for alle timer som oversteg dette.

### **7.3.2 Den nasjonale prosessen**

Saken ble behandlet i flere omganger ettersom ankeinstansen i to omganger opphevet avgjørelsene og sendte saken til ny behandling i førsteinstansen. I førstegangsbehandlingen i Izmir Labour Court som førsteinstans, ble en sakkyndig bedt om å kalkulere overtidsarbeidet på bakgrunn av en rapport om arbeidstidene i det aktuelle firmaet.<sup>187</sup> Klagerne vant frem med sitt krav,<sup>188</sup> men ankeinstansen annullerte avgjørelsen under henvisning til at kalkuleringen ikke tok hensyn til hviletid og at kalkuleringen måtte skje på bakgrunn av ukentlig heller enn månedlig arbeidstid.<sup>189</sup>

Igjen dømte førsteinstansen i favør av klagerne, men med en beregning av arbeidstiden i tråd med ankeinstansens begrunnelse.<sup>190</sup> Arbeidsgiver anket avgjørelsen og anførte at overtiden måtte beregnes på bakgrunn av veletablert rettspraksis knyttet til hvor mye en person klarte å

---

<sup>186</sup> EMDs dom 24. oktober 2017 *Tibet Mentés m. flere mot Tyrkia* (Klagenr.: 57818/10, 57822/10, 57825/10, 57827/10 og 57829/10)

<sup>187</sup> Avsnitt 14

<sup>188</sup> Avsnitt 21

<sup>189</sup> Avsnitt 23

<sup>190</sup> Avsnitt 26

jobbe i løpet av tjuetimer skift.<sup>191</sup> Ankeinstolen opphevet igjen underrettens avgjørelse, og sendte saken til ny behandling. Begrunnelsen var at det gjennom veletablert praksis fra domstolene var lagt til grunn at personer i tjuetimer skift ikke kunne jobbe mer enn fjorten timer per dag.<sup>192</sup> Underretten ble instruert om at denne presumsjonen måtte gjelde også i den foreliggende sak. Førsteinstansen fulgte instruksjonen, og avsa ny dom i saken basert på at klagerne måtte antas å ha jobbet i maksimalt fjorten timer per dag.<sup>193</sup> Dette ledet til en betydelig reduksjon av overtidskravet, og for enkelte av klagerne falt overtidskravet bort i sin helhet.<sup>194</sup>

Klagerne anket igjen avgjørelsen og argumenterte for at det allerede var bevist at de rent faktisk arbeidet mer enn fjorten timer.<sup>195</sup> Court of Cassation opprettholdt underrettens avgjørelse uten å besvare klagerens innvendinger.<sup>196</sup>

### **7.3.3 EMDs behandling av saken**

For EMD hevdet klagerne krenkelse av artikkel 6 på grunnlag av at deres rett til overtidsbetaling som fastlagt i førsteinstans, var blitt nektet ved at ankeinstolen urettmessig la til grunn presumsjonen etablert i rettspraksis.<sup>197</sup>

Klagerne anførte at anvendelsen av presumsjonen på deres sak var ”manifestly unreasonable”.<sup>198</sup> Førsteinstansen hadde etablert et faktum som viste at klagerne faktisk hadde arbeidet mer enn fjorten timer. Ankeinstolen begrunnet ikke hvorfor den i et slikt tilfelle automatisk appliserte presumsjonen om at en person ikke kan arbeide i mer enn fjorten timer. Klagerne anførte videre at presumsjonen var i strid med nasjonal rett som ikke inneholdt noen slik regel. Til slutt anførte klagerne at en slik regel beskyttet arbeidsgiver, og ville innebære at arbeidsgiver slapp å betale overtid til ansatte som jobbet mer enn fjorten timer.

---

<sup>191</sup> Avsnitt 27

<sup>192</sup> Avsnitt 27

<sup>193</sup> Avsnitt 28

<sup>194</sup> Avsnitt 28

<sup>195</sup> Avsnitt 29

<sup>196</sup> Avsnitt 30

<sup>197</sup> Avsnitt 41

<sup>198</sup> Avsnitt 44

Staten anførte på sin side at ankedomstolens avgjørelse ikke kunne anses utilstrekkelig begrunnet når den uttrykkelig baserte avgjørelsen på rettspraksis.<sup>199</sup> Staten anførte videre at det er opp til nasjonale domstoler å vurdere bevisene og å tolke relevant lov.<sup>200</sup>

EMD behandlet saken som et spørsmål om begrunnelse av avgjørelser.<sup>201</sup> Herunder uttalte EMD at den ikke vil intervensere bortsett fra hvis avgjørelsen fremstår ”arbitrary or manifestly unreasonable”.<sup>202</sup> I avsnitt 49 presiserte EMD hva som skal til for at den vil intervensere: vilkårlig er den nasjonale avgjørelse bare hvis den ikke er begrunnet i det hele tatt, eller dersom begrunnelsen er basert på ”manifest factual or legal error committed by the domestic court”. EMD måtte dermed undersøke om nasjonale domstoler har begrunnet avgjørelsen, og om begrunnelsen eventuelt er basert på grunnleggende faktiske eller rettslige feil. I avsnitt 50 uttalte EMD at tolkning av nasjonal rett i utgangspunktet er en sak for nasjonale domstoler, og i avsnitt 51 ble det fremholdt at saken hovedsakelig relaterer seg til nasjonale domstolers subsumsjon, herunder anvendelsen av etablert rettspraksis på den konkrete saken. Avsnitt 50 og 51 lest i sammenheng gjør at saken blir relevant under spørsmålet om overprøving av nasjonal rett.

Ankedomstolen kom til at presumsjonen om at en person bare kan arbeide i fjorten timer per dag ved tjuefiretimers skift, også måtte gjelde i denne saken. Dette var ifølge EMD tilstrekkelig til at det ikke kunne argumenteres for manglende begrunnelse.<sup>203</sup> Det faktum at ankedomstolen foretok en ugunstig tolkning av nasjonal rett, kunne ikke medføre at ”its reasoning suffered from arbitrariness or manifest unreasonableness”.<sup>204</sup>

Altså, selv om nasjonale domstolers tolkning er ugunstig, medfører ikke dette at begrunnelsen er vilkårlig eller grunnleggende urimelig. Dette er i tråd med fjerdeinstansdoktrinen. EMD har ikke kompetanse til å overprøve innholdet av en avgjørelse. Her ser man tydelig hvordan begrunnelseskravet kan medføre fjerdeinstansproblematikk. En begrunnelse uttrykker gjerne hvorfor domstolen har kommet til det ene eller det andre resultatet; altså innholdet i avgjørelsen. En klage over nasjonale domstolers begrunnelse, kan derfor i realiteten innebære en klage over innholdet i avgjørelsen. Om en avgjørelse innholdsmessig er riktig eller uriktig,

---

<sup>199</sup> Avsnitt 45

<sup>200</sup> Avsnitt 45

<sup>201</sup> Avsnitt 47

<sup>202</sup> Avsnitt 48

<sup>203</sup> Avsnitt 52

<sup>204</sup> Avsnitt 52

er et tema som EMD ikke kan prøve jf. fjerdeinstansdoktrinen. I denne avgjørelsen var EMD tydelige på dette skillet.

I avsnitt 53 oppsummerte EMD klagernes anførsler til å gjelde hvordan ankeinstansen burde tolket nasjonal rett. Til dette bemerket EMD at selv om de var bevisst på at ankeinstansens tolkning hadde direkte betydning for utfallet av saken, var de uenig i at tolkningen representerte en prosessuell feil slik at prosessen ikke tilfredstilte rettferdighetsnormen.

Når det gjaldt om tolkningen var passende eller ikke, var dette et spørsmål som EMD ikke kunne overprøve fordi det ville innebære å erstatte nasjonale domstolers syn på innholdet i nasjonal rett, med sitt eget.<sup>205</sup>

Denne dommen er interessant, særlig sett i lys av når den er avsagt. For det første fokuserer EMD her på kravet om begrunnelse etter artikkel 6.1. Det som anføres er derimot at det ble bevist for førsteinstansen at det forelå et faktum som ikke passet med presumsjonen. EMD plasserer således saken inn i en kategori de har kompetanse til å prøve, nemlig om begrunnelsen tilfredsstiller rettferdighetsnormen.

Etter at EMD har plassert anførselene inn under begrunnelseskravet, er EMD streng i sin praktisering av fjerdeinstansdoktrinen. Selv om lovtolkningen er ufordelaktig for én part og har direkte betydning for utfallet i saken, er det ikke EMDs rolle å vurdere om tolkningen var passende. Dette ville innebære å erstatte domstolens tolkning med dens egen. Dette siste er interessant å sammenlikne med EMDs argumentasjon i *Van Kück*. I *Van Kück* fant EMD at domstolens tolkning av nasjonal rett, nettopp var upassende. Spørsmålet er om det finnes noe som begrunner denne forskjellen i EMDs tilnærming.

For det første omhandler de to avgjørelsene rettsområder som skiller seg vesentlig fra hverandre. *Van Kück* gjaldt det som i EMK-retten omtales som kjernen av privatlivet, nemlig klagers identitet, herunder seksualitet. *Tibet Mentes* gjaldt derimot rett på overtidsbetaling, som må karakteriseres som et sosial-økonomisk gode. Dette kan for det første forklare hvorfor EMD føler behov for mer intensivt å prøve domstolens vurderinger i *Van Kück*. For det andre kan det være tegn på at EMD opererer med varierende grad av kompetansebegrensninger avhengig av hvilket rettsområde saken gjelder. At kompetansefordelingen mellom EMD og nasjonalstaten varierer avhengig av graden av

---

<sup>205</sup> Avsnitt 53

menneskerettighetsbruddet, er vel kjent fra temaet statenes skjønnsmargin.<sup>206</sup> For eksempel legger EMD til grunn en vid skjønnsmargin i *Johansson mot Finland*, som gjaldt retten til navn etter eget ønske.<sup>207</sup> Selv om EMD uttalte at navn er en avgjørende del av en persons identitet,<sup>208</sup> ligger rett til å velge seg et hvilket som helst navn ikke i kjernen av privatlivet som menneskerettighet.

For det andre gjaldt *Van Kück mot Tyskland* et tema som i tiden forut for saken var gjenstand for betydelig utvikling, nemlig transseksuelles stilling i samfunnet. Denne endringen var reflektert i EMDs praksis gjennom *Christine Goodwin mot Storbritannia*. EMD gir tydelig uttrykk for at den gjennomgående i de nasjonale domstolers vurdering savner spor av denne endringen. Dette kan være én av grunnene til hvorfor EMD her føler seg kompetent til å gå nærmere inn i domstolenes vurderinger enn det fjerdeinstansdoktrinen i utgangspunktet tillater.

For det tredje kan det ha betydning når de to avgjørelsene er avsagt. *Van Kück mot Tyskland* er avsagt i 2003, og *Tibet Mentés m. flere mot Tyrkia* er avsagt i 2017. I tiden mellom disse to avgjørelsene var oppe til behandling i EMD har det vært stort fokus på EMDs rolle i Europa. High-level konferansene hadde fokus på nettopp dette, og i de vedtatte handlingsplanene ble det fremhevet at EMD måtte ta sin subsidiære rolle på alvor og ikke operere som en fjerde instans. Selv om avgjørelsene gjaldt helt forskjellige forhold, viser en sammenlikning av de to avgjørelsene at EMD i *Tibet Mentés m. flere mot Tyrkia* er adskillig mer tilbakeholden i sin prøving av nasjonale domstoler. Det er derfor grunn til å fremholde at *Tibet Mentés m. flere mot Tyrkia* kan representere et eksempel på en endring i EMDs praktisering av fjerdeinstansdoktrinen.

I forlengelsen av dette er det derimot også nødvendig å belyse dissensen i *Tibet Mentés m. flere mot Tyrkia*. Spørsmålet om artikkel 6.1 ble avgjort under dissens fire-tre. Dissenterende dommere fant at artikkel 6 var krenket som følge av manglende begrunnelse. For det første mente dissenterende dommere at klagernes kollektive arbeidsavtale regulerte spørsmålet. I den kollektive avtalen stod det at hvilepauser skal regnes som arbeidstid og kan ikke medføre trekk i lønn.<sup>209</sup> Dissenterende dommere gjennomgikk faktum, og fant det bevist at klagerne

---

<sup>206</sup> Se kapittel 3.3

<sup>207</sup> *Johansson mot Finland* avsnitt 31

<sup>208</sup> Avsnitt 37

<sup>209</sup> Avsnitt 32

hadde jobbet overtid. Det fremgikk også av nasjonal lov at den tiden arbeidstakere var til arbeidsgivers disposisjon, skulle regnes som arbeidstid.<sup>210</sup> Ankeinstansen hadde ifølge dissenterende votum opphevet underrettens avgjørelse uten å referere til det etablerte faktum, partenes anførsler eller den kollektive arbeidsavtalen. Ankeinstansen hadde bare begrunnet opphevelsen med at presumsjonen utviklet i rettspraksis måtte anvendes på saken. Denne begrunnelsen var ikke tilstrekkelig til å vise hvorfor presumsjonen veide mer enn faktum som ble etablert av underretten. Begrunnelsen ga heller ingen forklaring på hvorfor den kollektive avtalen ikke fikk anvendelse, selv om den var i tråd med nasjonal lov.<sup>211</sup>

Ifølge dissenterende votum tok flertallet ikke i betraktning den kollektive arbeidsavtalen selv om den var relevant i saken. Til slutt var dissenterende dommere også av den oppfatning at nasjonale domstoler baserte saken på antakelser uten støtte i faktum all den tid sakens faktum skilte seg i det vesentlige fra de saker hvor presumsjonen var blitt utviklet. Hvorvidt selve presumsjonen var rettferdig eller ikke var uten betydning, fordi den automatiske anvendelsen av presumsjonen på sakens faktum uansett fratok klagerne den rettferdige rettergang de hadde krav på under artikkel 6.

Her blir det tydelig at dissenterende votum inntar en mer intensiv rolle i overprøvingen av nasjonale domstolars vurderinger. Det som er kritikkverdig i relasjon til fjerdeinstansdoktrinen, er at dissenterende votum foretar en egen vurdering av faktum i saken, riktignok i tråd med det faktum som ble lagt til grunn av førsteinstansen. Etter min mening har imidlertid mye av argumentasjonen i dissenterende votum noe for seg. For det første er jeg enig i at klagerne anførsler knyttet seg til at de faktisk hadde jobbet mer enn fjorten timer, og at dette ikke ble tatt i betraktning ved anvendelse av presumsjonen. Dette er imidlertid et spørsmål om bevisbedømmelse som EMD ikke har kompetanse til å overprøve.

Det som gjør at denne argumentasjonen likevel kan sies å være i tråd med fjerdeinstansdoktrinen, er at ankeinstansen ikke tar stilling til hvilket faktum den finner bevist. Dette kan henføres under kravet til begrunnelse og dermed innenfor rammene av EMDs materielle kompetanse.

For det annet er jeg enig i at det forelå relevant nasjonal rett som i alle fall burde vært kommentert av ankeinstansen. Når det foreligger nasjonal rett som kan være relevant for

---

<sup>210</sup> Avsnitt 31

<sup>211</sup> Se avsnitt 33 hvor det fremgikk av nasjonal rett at loven kan fravikes til fordel for arbeidstakere



saken, mener jeg det er en prosessuell feil dersom reglene ikke blir kommentert i det hele tatt. Dette kan også henføres under begrunnelseskravet og dermed innenfor rammene av EMDs materielle kompetanse. Når flertallet likevel kommer til at begrunnelsen ikke var vilkårlig eller grunnleggende urimelig, viser dette at EMD så på saken utelukkende som anvendelse av nasjonal rett, herunder presumsjonen utviklet i rettspraksis, og at flertallet praktiserte fjerdeinstansdoktrinen strengt.

## **7.4 Andelkovic mot Serbia**

### **7.4.1 Introduksjon**

Saken gjaldt klagers rett til utbetaling av feriepenger fra sin arbeidsgiver.<sup>212</sup> Klager krevde differansen mellom feriepengene han hadde fått utbetalt og det minimum av feriepenger som han mente å ha rett på under de kollektive arbeidsavtaler som gjaldt for firmaet.<sup>213</sup>

### **7.4.2 Den nasjonale prosessen**

Førsteinstans fant at arbeidsgivers manglende utbetaling av feriepenger skyldtes morselskapets finansielle problemer.<sup>214</sup> Klager fikk medhold i sitt krav, idet retten fant at klager i henhold til relevant lov hadde krav på utbetaling av feriepenger uavhengig av arbeidsgivers finansielle stilling.<sup>215</sup> Denne avgjørelsen ble imidlertid omgjort av ankeinstansen.<sup>216</sup> Begrunnelsen var at fordi arbeidsgiver ikke hadde betalt noen av de ansatte feriepenger, ville en dom i klagers favør favorisere ham foran de øvrige ansatte.<sup>217</sup> Flere av klagers kollegaer fikk også avvist sine krav på feriepenger, men etter en omorganisering av rettssystemet som medførte en ny kompetent ankeinstans, fikk disse likevel medhold i sine krav samtidig som det ble konstatert at avvisningen av feriepengekravene var basert på feil lovanvendelse.<sup>218</sup>

---

<sup>212</sup> EMDs dom 9. april 2013 *Andelkovic mot Serbia* (Klagenr.: 1401/08)

<sup>213</sup> Avsnitt 6

<sup>214</sup> Avsnitt 7

<sup>215</sup> Avsnitt 7

<sup>216</sup> Avsnitt 8

<sup>217</sup> Avsnitt 8

<sup>218</sup> Avsnitt 9 og 10

I serbisk lov som regulerte feriepenger, både generelt og i arbeidsforholdet konkret, fremgikk det at arbeidstaker har rett på feriepenger, og at i tilfelle av finansielle problemer for arbeidsgiver kan feriepenger utbetales i flere omganger.<sup>219</sup>

### 7.4.3 EMDs behandling av saken

Klager påstod at artikkel 6 var krenket på bakgrunn av at begrunnelsen ikke var i tråd med nasjonal rett.<sup>220</sup> Staten anførte for det første at praksis i District Court har vært konsistent, og at ulik praksis mellom to domstoler ikke kunne karakteriseres som ”profound and long-standing differences” med henvisning til EMDs dom 24. mars *Tudor Tudor mot Romania*.<sup>221</sup> Staten anførte videre at EMD måtte avvise saken som ”manifestly ill-founded” fordi det ikke er EMDs oppgave å håndtere nasjonale feil ved nasjonale domstolars faktiske eller rettslige vurderinger, med henvisning til EMDs dom 2. april 2007 *Karuna mot Ukraina*.<sup>222</sup>

EMD uttalte at den ikke vil intervensere i nasjonale domstolars lovtolkning bortsett fra ved ”evident arbitrariness”.<sup>223</sup> Videre i avsnitt 24 presiserte EMD at ”evident arbitrariness” forelå når nasjonale domstoler har anvendt nasjonal rett ”manifestly erroneously or so as to reach arbitrary conclusions and/or a denial of justice”. Nasjonal lovtolkning har EMD følgelig ikke noe med dersom den ikke fremstår som åpenbar vilkårlig, herunder at tolkningen er grunnleggende feil eller leder til vilkårlige konklusjoner.

EMD avviste myndighetenes første anførsel fordi saken her ikke gjaldt domstolenes forskjellige tolkninger av nasjonal rett; saken gjaldt ifølge EMD vilkårlighet.<sup>224</sup> I avsnitt 27 begrunnet EMD hvorfor ankesdomstolens behandling av saken var vilkårlig. For det første var serbisk lov ikke vag eller tvetydig, men anga klart hvilke i tilfeller arbeidstakere ville ha rett til feriepenger. Den regel EMD refererte til fastslo at i tilfeller av manglende finansiell evne, kan arbeidsgiver betale i flere omganger.<sup>225</sup> EMD bemerket videre at førsteinstansen etablerte et faktum som tilsa rett på feriepenger.<sup>226</sup> Ankesdomstolen omgjorde avgjørelsen uten å referere til verken det etablerte faktum eller til relevant lov, og begrunnelsen inneholdt heller

---

<sup>219</sup> Avsnitt 11-14

<sup>220</sup> Avsnitt 15

<sup>221</sup> Avsnitt 22 med videre henvisning til *Tudor Tudor mot Romania*

<sup>222</sup> Avsnitt 23 med videre henvisning til *Karuna mot Ukraina*

<sup>223</sup> Avsnitt 24

<sup>224</sup> Avsnitt 26

<sup>225</sup> Avsnitt 14

<sup>226</sup> Avsnitt 27

ingen referanse til hva som var nasjonal rett, hvordan nasjonal rett skulle anvendes på saken eller om vilkårene i de kollektive avtalene var oppfylt.<sup>227</sup>

Den begrunnelse som ble gitt, var ifølge EMD uten rettslig grunnlag og basert på en abstrakt antakelse på siden av ethvert fornuftig juridisk skjønn.<sup>228</sup> Begrunnelsen inneholdt heller ingen forbindelse mellom det etablerte faktum, relevant lov og utfallet av saken.<sup>229</sup>

Det er interessant å sammenlikne EMDs argumentasjon i denne saken med argumentasjonen i *Tibet Mentés m. flere mot Tyrkia*. I *Tibet Mentés m. flere mot Tyrkia* forelå det også en kollektiv arbeidsavtale som klart anga at hvileperioder skulle anses som arbeidstid. I den saken ble ikke denne regelen nevnt overhodet. Den store forskjellen mellom disse to sakene, er at nasjonale domstoler i *Tibet Mentés m. flere mot Tyrkia* i alle fall refererte til etablert praksis, mens nasjonale domstoler i denne saken ikke viste til noe rettslig grunnlag for sin avgjørelse. At en dom i klagers favør ville favorisere ham overfor hans kollegaer, var ikke tilstrekkelig begrunnelse.

Når det gjaldt lovtolkning, mente altså EMD at denne saken presenterte et tilfelle av ”evident arbitrariness”. Nasjonale domstoler refererte ikke til noen nasjonal rett. I dette tilfellet var det nasjonale domstolers manglende anvendelse av nasjonal rett som medførte vilkårlighet. Å se bort fra relevant nasjonal rett innebærer både å anvende retten ”manifestly erroneously” samt at det kan medføre vilkårlige resultater. Rettsregler er nettopp til for å anvendes på relevant faktum og for å skape forutberegnelighet, herunder unngå vilkårlighet.

Dette tilsier imidlertid at dette burde vært problematisert også i *Tibet Mentés m. flere mot Tyrkia*. Det som er problematisk i forhold til fjerdeinstansdoktrinen, er imidlertid når EMD overprøver spørsmål som faller utenfor dens materielle kompetanse. EMD var mer tilbakeholden med overprøvingen i *Tibet Mentés m. flere mot Tyrkia* sammenliknet med i *Andelkovic mot Serbia*. I begge tilfeller opererte imidlertid EMD etter min mening innenfor rammen av fjerdeinstansdoktrinen. I *Tibet Mentés m. flere mot Tyrkia* ved at subsumsjonen ikke ble overprøvd, og i *Andelkovic mot Serbia* ved at EMD på tilstrekkelig transparent måte konkluderte med at avgjørelsen var vilkårlig.

---

<sup>227</sup> Avsnitt 27

<sup>228</sup> Avsnitt 27

<sup>229</sup> Avsnitt 27

## 7.5 Oppsummering

Etter min mening er *Van Kück mot Tyskland* et eksempel på at EMD overprøving av den nasjonale avgjørelse, handlet utenfor den materielle kompetansen som følger av fjerdeinstansdoktrinen. EMDs reelle prøving samsvarte ikke med uttalelsene om at EMD ikke vil intervensere i nasjonale domstolars lovtolkning og subsumsjon. Mindretallet i avgjørelsen inntok en mer tilbakeholden tilnærming, og fokuserte tilsynelatende på konsekvensene av den intensive overprøvingen flertallet foretok.

I sin artikkel fremhever Karl Harald Søvig at artikkel 6 er en prosessuell bestemmelse, og stiller spørsmålstegn ved om EMD har gått for langt i retning av å gjøre innholdet i nasjonale privatrettslige regler til et tema etter artikkel 6.<sup>230</sup> Han mener at kjernen i flertallets begrunnelse er at nasjonale domstolars rettsanvendelse etter deres syn er innholdsmessig urimelig. Han stiller også spørsmålstegn ved om EMD har gått for langt i å gripe inn i et kontraktsforhold mellom to private parter. Dette samsvarer med mindretallets syn på flertallets tilnærming til saken. Han følger imidlertid flertallet i deres vurdering av om artikkel 8 er brutt. Dette er jeg enig i. Artikkel 8 aktualiserer ikke fjerdeinstansdoktrinen, og EMD har dermed materiell kompetanse til å prøve spørsmålet under denne artikkelen. Jeg er også av den oppfatning at grunnlaget for at artikkel 8 var krenket var basert hovedsakelig på de samme forholdene som medførte krenkelse av artikkel 6. I så tilfelle burde EMD vurdert spørsmålet under artikkel 8, i stedet for å presse dens materielle kompetanse under fjerdeinstansdoktrinen. Til slutt konkluderer Søvig med at kriteriene ”nødvendig” eller ”forsvarlig” generelt sett ikke egner seg for internasjonal prøving. Begrepene er skjønnsmessige, og åpner for konkrete vurderinger. Etter mitt syn er Søvigs påstand velbegrunnet.

*Tibet Mentés m. flere mot Tyrkia* er imidlertid et eksempel på at EMD inntok en tilbakeholden tilnærming til overprøving av den nasjonale avgjørelse. I denne avgjørelsen fremstod EMDs uttalelser som samsvarende med den reelle prøvingen som fant sted. Mindretallet inntok imidlertid en mer aktiv rolle i overprøvingen, og mente at det fantes relevant lov som verken nasjonale domstoler eller flertallet tok i betraktning. På den ene siden innebærer dette en vurdering av nasjonal rett, ettersom reglene ble funnet å være relevante. På den annen side

---

<sup>230</sup> Karl Harald Søvig, ”Rett til refusjon av utgifter etter kjønnskifteoperasjon – EMD som fortolker av helseforsikringsvilkår – *Van Kück mot Tyskland*, dom av 12. juni 2003, RJD 2003-VIII”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 02/2007 (Volum 5) s. 163-168

krever en klar lovtekst ikke noen særlig tolkning; det kan uten nærmere overprøving av nasjonale domstolars vurderinger slås fast om loven var relevant eller ikke. Etter min mening kan det derfor argumenteres både for at mindretallets overprøving skjedde innenfor rammene av EMDs materielle kompetanse, og for at mindretallet her presset fjerdeinstansdoktrinen i noen grad.

*Andelkovic mot Serbia* er et tydelig eksempel på en nasjonal avgjørelse som fremstod vilkårlig, og som derfor representerte et unntak fra fjerdeinstansdoktrinen slik at EMD hadde kompetanse til å intervenere. Etter min mening var også EMD transparent når den argumenterte for hvorfor avgjørelsen fremstod som vilkårlig. Denne avgjørelsen er dermed et illustrerende eksempel på hvordan unntakene fra fjerdeinstansdoktrinen fungerer, og hvordan EMD bør gå frem i disse tilfellene.

## 8 EMDs overprøving av sakens faktiske side

### 8.1 Innledning

Som nevnt i kapittel 5.3 er det av EMD klart uttalt at den ikke har anledning til å overprøve det faktum nasjonale domstoler har lagt til grunn som bevist i saken. EMD kan heller ikke overprøve påståtte faktiske feil begått av nasjonale domstoler. Disse forholdene faller utenfor EMDs materielle kompetanse, med mindre de faktiske feilene er vilkårlige eller fører til åpenbart urimelige resultater, eller når slike feil strider mot rettighetene i konvensjonen. De to avgjørelsene som er valgt ut i dette kapittelet, omhandler vidt forskjellige forhold som begge aktualiserer EMDs materielle kompetanse med hensyn til de faktiske forholdene i saken.

### 8.2 Tamminen mot Finland

#### 8.2.1 Introduksjon

Saken gjaldt klagers krav på ubetalt lønn mot sitt eget firma som var gått konkurs.<sup>231</sup> Boet mente at klager ikke hadde vært ansatt, men i stedet innehatt en ledende stilling ettersom han eide alle aksjene i selskapet. Boet krevde derfor tilbakeført bestemte verdier som klager visstnok hadde overført fra selskapet til seg selv i forkant av konkursen.

#### 8.2.2 Den nasjonale prosessen

Et av hovedspørsmålene i behandlingen av saken var om klager var å anse som ansatt i selskapet.<sup>232</sup> I en forberedende høring påberopte boet seg flere vitner, deriblant Mr. A.P. Klager påberopte seg også flere vitner. I den skriftlige forberedelsen til saken uttalte klager at han også ville utspørre boets vitne, Mr. A.P.<sup>233</sup> I en ny forberedende høring bestemte førsteinstansen at Mr. A.P. ville bli innkalt *ex officio*.<sup>234</sup> Det ble avholdt en forberedende høring til før førsteinstansen avgjorde at saken dermed var ferdig forberedt og at hovedforhandling ville bli holdt samme dag.<sup>235</sup>

Mr. A.P. kunne imidlertid ikke møte til hovedforhandling fordi han var på reise. Boet frafalt dermed Mr. A.P. som vitne, hvorpå klager påberopte seg Mr. A.P. som vitne og ba om

---

<sup>231</sup> EMDs dom 15. juni 2004 *Tamminen mot Finland* (Klagenr.: 40847/98)

<sup>232</sup> Avsnitt 12

<sup>233</sup> Avsnitt 14 i petit

<sup>234</sup> Avsnitt 15

<sup>235</sup> Avsnitt 16 og 17

utsettelse av hovedforhandling frem til Mr. A.P. kunne møte, vel 16 dager senere.<sup>236</sup>  
Førsteinstansen avviste imidlertid forespørselen med den begrunnelse at Mr. A.P.  
sannsynligvis ikke ville bidra til sakens opplysning i lys av det øvrige bevismaterialet.<sup>237</sup>

I førsteinstans ble klager ansett for å ha en ledende stilling i selskapet, slik at han ikke var å  
anse som ansatt.<sup>238</sup> Han ble dømt til å betale kompensasjon til boet for de verdier han hadde  
overført til seg selv.

Klager anket saken og ba om muntlig høring samtidig som han påberopte seg Mr. A.P. som  
vitne.<sup>239</sup> Ankesdomstolen avviste anken med den begrunnelse at klager ikke hadde påberopt  
seg Mr. A.P. som vitne før under hovedforhandlingen i førsteinstans.<sup>240</sup> Etter nasjonal rett var  
det imidlertid et vilkår for å påberope seg nye vitner under hovedforhandling at parten hadde  
gode grunner for ikke å ha påberopt seg vitnet tidligere.<sup>241</sup> Mr. A.P. måtte dermed anses for å  
være et nytt vitne også i ankesdomstolen. Klager hadde ikke vist at han hadde gode grunner for  
ikke å føre Mr. A.P. i førsteinstansen, og vilkåret for å føre nytt vitne i ankesdomstolen var  
dermed ikke oppfylt.<sup>242</sup>

Klager anket også denne avgjørelsen. Han mente at førsteinstansen hadde avvist forespørselen  
om utsettelse fordi Mr. A.P. ikke ble ansett som et nødvendig vitne, og ikke fordi klager ikke  
hadde påberopt seg vitnet før hovedforhandling.<sup>243</sup> Førsteinstansen og ankesdomstolen kom  
dermed til samme resultat, men på forskjellige grunnlag. Klager mente for øvrig at han hadde  
påberopt seg Mr. A.P. før hovedforhandling, og uansett at han hadde gode grunner til å  
påberope seg vitnet under hovedforhandling fordi motparten trakk vitnet først under  
hovedforhandling.<sup>244</sup> Anken førte ikke frem.

### **8.2.3 EMDs behandling av saken**

For EMD påstod klager at artikkel 6.1 var krenket fordi han ble nektet å føre Mr. A.P. som  
vitne. Klager anførte at han hadde påberopt Mr. A.P. under forberedende høring.<sup>245</sup> Hans

---

<sup>236</sup> Avsnitt 18

<sup>237</sup> Avsnitt 18

<sup>238</sup> Avsnitt 18

<sup>239</sup> Avsnitt 19

<sup>240</sup> Avsnitt 20 i petit

<sup>241</sup> Avsnitt 20 i petit

<sup>242</sup> Avsnitt 20 i petit

<sup>243</sup> Avsnitt 21

<sup>244</sup> Avsnitt 21

<sup>245</sup> Avsnitt 31

forespørsel om å utsette hovedforhandling ble uansett ikke avvist av den grunn at klager ikke hadde påberopt seg vitnet før hovedforhandling.<sup>246</sup> Dette innebar at han hadde påberopt vitnet i god nok tid, og ankedomstolen kunne derfor ikke konkludere med at han ikke hadde påberopt seg vitnet under behandlingen i førsteinstans.<sup>247</sup> Under enhver omstendighet hadde han gode grunner til å påberope seg vitnet under hovedforhandling ettersom motparten hadde frafalt vitnet så sent som under hovedforhandlingen.<sup>248</sup>

Myndighetene anførte på sin side at klager ikke hadde påberopt seg Mr. A.P. før hovedforhandlingen.<sup>249</sup> Myndighetene anførte videre at klager ikke hadde noen grunn til ikke å påberope seg Mr. A.P. på et tidligere tidspunkt selv om boet først hadde påberopt vitnet, noe klager for øvrig hadde gjort med et annet vitne.<sup>250</sup>

EMD uttalte først at det ikke er dens rolle å behandle faktiske eller rettslige feil begått av nasjonale domstoler, bortsett fra hvor slike feil gjør inngrep i konvensjonens rettigheter.<sup>251</sup> I samme avsnitt uttalte EMD at den ikke vil erstatte nasjonale domstolars tolkning av nasjonal rett med sin egen, foruten i tilfeller av vilkårlighet. Dette måtte også gjelde ved klager på prosessuelle regler vedrørende påberopelse av vitner.<sup>252</sup>

EMD bemerket at førsteinstansen ikke kommenterte hvorvidt klager hadde gitt uttrykk for at han ønsket å høre Mr. A.P, men avviste klagers forespørsel fordi Mr. A.P. ikke var et nødvendig vitne. Når ankedomstolen begrunnet sin avgjørelse med at klager ikke hadde påberopt vitnet før under hovedforhandling, var dette ifølge EMD en krenkelse av konvensjonen.<sup>253</sup> Ankedomstolen baserte altså sin avgjørelse på et annet faktum enn førsteinstansen. Dette kunne EMD overprøve ettersom en slik begrunnelse var i strid med konvensjonen, herunder rettferdighetsnormen i artikkel 6.1.

I avsnitt 40 gikk EMD nærmere inn på faktum i saken. For det første mente EMD at klager hadde uttrykt sitt ønske om å utspørre Mr. A.P., og at denne situasjonen derfor ikke kunne bli konstruert til å gjelde et helt nytt vitne påberopt i siste sekund. EMD bemerket også at reglene

---

<sup>246</sup> Avsnitt 32

<sup>247</sup> Avsnitt 33

<sup>248</sup> Avsnitt 34

<sup>249</sup> Avsnitt 35

<sup>250</sup> Avsnitt 37

<sup>251</sup> Avsnitt 38

<sup>252</sup> Avsnitt 38

<sup>253</sup> Avsnitt 41



om påberopelse av vitner under hovedforhandling ikke var absolutt, men kunne gjøres unntak fra hvis det forelå gode grunner eller nye omstendigheter. EMD konkluderte med at boets frafallelse av vitnet utgjorde en ny omstendighet i lovens forstand.

Det første EMD gjorde her var å fremholde at de prosessuelle reglene vedrørende påberopelse av nye vitner under hovedforhandling, ikke gjaldt et tilfelle som det foreliggende. Her overprøvde EMD nasjonale domstolars subsumsjon, og opererte dermed utenfor dens materielle kompetanse i henhold til fjerdeinstansdoktrinen. Det andre EMD gjorde, var å konstatere at et av lovens unntak kom til anvendelse fordi boets frafallelse av vitnet under hovedforhandling utgjorde en ny omstendighet. Dette var ikke engang anført av klager, som refererte til unntaket som gjaldt gode grunner.<sup>254</sup> EMD tolker på egenhånd nasjonal rett, herunder hva som er å anse som en ny omstendighet, og anvender også regelen på faktum i saken. Ingen av disse temaene ligger innenfor EMDs materielle kompetanse.

I avsnitt 27 fremgår det at etter nasjonal rett kan domstolen nekte et bevis ført selv om vitnet er påberopt under forberedende høring eller det forelå gode grunner for å påberope et vitne under hovedforhandling, dersom beviset anses unødvendig. Førsteinstansen kommenterte ikke om vitnet var påberopt under forberedende høring eller om det var påberopt under hovedforhandling og tillatt. Om et vitne skal avskjæres eller ikke, er en skjønnsmessig regel jf. ordlyden ”may refuse”. Vilkårene for om et vitne skal anses påberopt eller ikke, er derimot klare jf. avsnitt 23 og 24. Etter min mening kan den nasjonale prosessen tolkes slik at ankeinstansen ikke trengte å ta stilling til om vitnet skulle avskjæres, fordi den fant at vilkårene for påberopelse av vitnet ikke var oppfylt.

Slik de prosessuelle reglene er bygd opp, tilsier dette etter min mening skjønnsmessige vurderinger både av førsteinstansen og ankeinstansen. Ankeinstansen tok ikke stilling til om beviset var unødvendig, fordi den kom til at betingelsen for å vurdere dette spørsmålet, nemlig om beviset var påberopt i god nok tid, ikke var oppfylt. Når EMD kritiserer ankeinstansens begrunnelse fordi den ikke samsvarte med begrunnelsen gitt av førsteinstansen, mener jeg derfor at EMD gikk for langt i å tolke nasjonal rett. Når EMD i tillegg subsumerer og kommer til at det her var tale om en ny omstendighet slik at vitnet kunne bli påberopt, mener jeg at dette ikke falt innenfor EMDs kompetanse.

---

<sup>254</sup> Avsnitt 34

Under enhver omstendighet kunne i så fall en slik subsumsjon igjen lede til at vitnet uansett ikke ble hørt fordi det ble ansett som unødvendig. EMD har her ikke foretatt en helhetlig vurdering av rettergangen, men gått detaljert inn i tolkning av nasjonal rett og vurdering av sakens faktiske side.

## 8.3 Miller mot Sverige

### 8.3.1 Introduksjon

Saken gjaldt rett på handicapstatning fra det offentlige.<sup>255</sup> Klager led av en nervesykdom, og søkte om erstatning for ekstra utgifter som sykdommen hadde påført ham. Nasjonal rett oppstilte som vilkår for slik erstatning at sykdommen hadde medført svekket funksjonsevne over en betydelig tidsperiode og i en slik grad at vedkommende trengte tidskrevende assistanse, kontinuerlig assistanse for å fungere i arbeid eller ellers hadde medført betydelig ekstra kostnader.<sup>256</sup>

### 8.3.2 Den nasjonale prosessen

Til støtte for sin søknad om erstatning, la klager ved en medisinsk erklæring og uttalelser fra to leger vedrørende sykdommen hans.<sup>257</sup> Försäkringskassan som førsteinstans avviste søknaden fordi klagers funksjonshemming ikke hadde nådd det nivået som loven krevde.<sup>258</sup> Klager anket saken til Länsrätten, og ba om muntlig høring av saken. Länsrätten avviste forespørselen med den begrunnelse at klagers krav, grunnlag og anførsler var tilstrekkelig belyst gjennom det skriftlige materialet.<sup>259</sup> Klager hadde heller ikke redegjort for hvilke omstendigheter som ville bli opplyst gjennom muntlig høring. Etter ytterligere skriftlig behandling ble anken avvist med samme begrunnelse som forsikringskassen.<sup>260</sup>

Klager anket til Kammarrätten, og ba om at avgjørelsen ble opphevet og sendt tilbake til ny behandling, subsidiert at han fikk medhold i søknaden og at det ble holdt muntlig høring av saken.<sup>261</sup> Kammarrätten avviste forespørselen om muntlig høring, og etter ytterligere skriftlig behandling ble anken avvist.<sup>262</sup> Regeringsrätten avviste videre anke over saken, og la ved en

---

<sup>255</sup> EMDs dom 8. februar 2005 *Miller mot Sverige* (Klagenr.: 55853/00)

<sup>256</sup> Avsnitt 12

<sup>257</sup> Avsnitt 5

<sup>258</sup> Avsnitt 6

<sup>259</sup> Avsnitt 7 i petit

<sup>260</sup> Avsnitt 8

<sup>261</sup> Avsnitt 9

<sup>262</sup> Avsnitt 10

rettslig vurdering som konkluderte med at Kammarrätten ikke handlet i strid med EMK når den avviste forespørselen om muntlig høring.<sup>263</sup>

### 8.3.3 EMDs behandling av saken

Det første spørsmålet EMD tok stilling til var om svensk lov generelt var i tråd med konvensjonen og EMDs praksis. Dette knytter seg således ikke til sakens faktiske forhold, men er likevel interessant å belyse særlig fordi spørsmålet var avgjørende for hvilket vurderingstema EMD la til grunn i den videre behandlingen.

EMD bemerket først at ved behandling i første og eneste instans, gir kravet om ”public hearing” etter EMDs praksis rett til muntlig høring hvis det ikke foreligger ”exceptional circumstances”.<sup>264</sup> EMD erkjente videre at enkelte prosesser, herunder rettigheter til sosiale stønader, generelt sett er av teknisk karakter og i stor grad kan baseres på skriftlige medisinske forklaringer.

EMD la deretter til grunn at siden Kammarrätten og Regeringsrätten avviste anken, var Länsrätten i realiteten første og eneste instans i saken.<sup>265</sup> I avsnitt 32 gjennomgikk EMD svensk rett vedrørende muntlig behandling i administrative saker, hvor utgangspunktet var skriftlig behandling. På denne bakgrunn fant EMD at det var et misforhold mellom svensk rett og EMDs praksis, og ba staten ta de nødvendige grep for å gjennomføre konvensjonens standard.<sup>266</sup>

Når det gjaldt de konkrete forholdene i saken, vurderte EMD bevisene slik at de støttet heller enn motbeviste at vilkårene for erstatning var oppfylt.<sup>267</sup> Her foretok EMD sin egen vurdering av hvordan bevisene var å forstå. Denne oppgaven ligger utenfor EMDs materielle kompetanse i henhold til fjerdeinstansdoktrinen. EMD la også til at ett medlem i Forsikringskassen mente at saken burde undersøkes nærmere.<sup>268</sup> Dette fremstår som et støtteargument til EMDs vurdering av bevisene. Videre hadde Länsrätten bemerket at det var usikkert hvilke kostnader klager hadde hatt, men at dette kunne utfylles gjennom skriftlig behandling, noe EMD tok til inntekt for at spørsmålet om graden av funksjonshemming ikke

---

<sup>263</sup> Avsnitt 11

<sup>264</sup> Avsnitt 29

<sup>265</sup> Avsnitt 31

<sup>266</sup> Avsnitt 32

<sup>267</sup> Avsnitt 34

<sup>268</sup> Avsnitt 34

var ”straightforward”.<sup>269</sup> Spørsmålet om omfanget av hvilke ekstra kostnader klager hadde hatt, var heller ikke ”clear-cut”. På denne bakgrunn var saken ikke av teknisk karakter.<sup>270</sup> EMD konkluderte dermed at det vanskelig kunne sies at klagen ikke reiste verken faktiske eller rettslige spørsmål som krevde muntlig høring,<sup>271</sup> og at spørsmålet om klager oppfylte vilkårene for erstatning derfor ikke var av en slik karakter at det kunne dispenseres fra ”the normal obligation to hold an oral hearing”.<sup>272</sup> Her kommer det tydelig frem at EMD vurderte saken etter den standard som følger av EMDs praksis, i stedet for det som fulgte av nasjonal rett.

Det kan diskuteres hvorvidt EMD bør sensurere nasjonal rett på den måten som ble gjort i denne saken. Når det først ble lagt til grunn at det var EMDs forståelse av ”oral hearing” som måtte legges til grunn, var imidlertid EMDs overprøving i tråd med fjerdeinstansdoktrinen fordi nasjonale domstolars anvendelse av loven ”infringed the rights and freedoms protected by the convention”.<sup>273</sup>

Én dommer avsa konkurrerende votum, og enkelte elementer i dette votumet er av interesse. For det første var dommeren av den oppfatning at saken var av teknisk karakter og at skriftlige medisinske bevis normalt ville være tilstrekkelig for til opplysning av saken. To forhold gjorde imidlertid at konkurrerende votum mente at klager ikke hadde fått rettferdig rettergang. For det første var saken i realiteten bare prøvd for én instans, nemlig Kammarrätten. Når klager i denne instansen ikke fikk presentert saken sin muntlig, var dette en faktor som måtte tas i betraktning. Dette forholdet var imidlertid ikke alene avgjørende. Det ble i stedet lagt avgjørende vekt på at EMD gjennom *Göc mot Tyrkia* har inntatt en strengere tilnærming,<sup>274</sup> slik at EMD i større grad enn tidligere nå krever at en person må få presentert de individuelle omstendigheter for retten.<sup>275</sup> Votumet avsluttes imidlertid med en oppfordring til EMD om å bli mer fleksibel i slike saker; skriftlig prosess medfører ikke nødvendigvis alltid at artikkel 6 er krenket.

---

<sup>269</sup> Avsnitt 34

<sup>270</sup> Avsnitt 34

<sup>271</sup> Avsnitt 35

<sup>272</sup> Avsnitt 37

<sup>273</sup> *Tamminen mot Finland* avsnitt 38

<sup>274</sup> EMDs dom 11. Juli 2002 *Göc mot Tyrkia*

<sup>275</sup> Jf. ordlyden ”Above all, however” i tredje avsnitt i konkurrerende votum

Etter min mening må dette tolkes som en innvending mot den strenge tilnærmingen som EMD har tillagt seg den senere tid. Dommeren er med andre ord av den oppfatning at ikke enhver skriftlig behandling medfører krenkelse av artikkel 6. Dette innebærer etter min mening en insinuasjon om at EMD nærmest automatisk konstaterer krenkelse av artikkel 6 hvis det ikke er holdt minst én muntlig høring. Dette samsvarer for så vidt med at EMD i denne saken mente at svensk rett ikke var i samsvar med konvensjonen når den anga skriftlig behandling som utgangspunktet i administrative saker.

Spørsmålet om artikkel 6.1 ble avsagt under dissens 4-3. Dissenterende votum, avsagt av to dommere og i det vesentligste også med tilslutning fra en tredje dommer, fant artikkel 6 ikke var krenket. Begrunnelsen var at bevisene på grunn av de spesielle omstendighetene saken, var tilstrekkelig belyst gjennom det skriftlige materialet. Vilkåret om særlige omstendigheter for å unnlate muntlig høring, var dermed oppfylt. Dissenterende votum skrev uttrykkelig at deres syn ikke var basert på at behandlingen i utgangspunktet var skriftlig eller at saken var av teknisk karakter. Dissenterende votum foretar således en innholdsmessig overprøving av sakens faktiske side, men kommer til motsatt resultat enn flertallet gjennom denne overprøvingen.

Selv om det er mindre betenkelig å undersøke og si seg enig i nasjonale domstolers vurderinger enn å erstatte domstolenes vurderinger med sine egne, falt også denne overprøvingen i utgangspunktet utenfor EMDs materielle kompetanse. Dog legger også dissenterende votum EMDs praksis til grunn som gjeldende rett, og således kan også denne overprøvingen anses som innenfor rammen av EMDs materielle kompetanse all den tid den undersøkte om det forelå ”exceptional circumstances” i tråd med konvensjonspraksis.

## **8.4 Oppsummering**

Begge disse sakene gjaldt prosessuelle spørsmål, herunder bevisførsel og muntlig høring. I begge saker tar imidlertid EMD direkte stilling til faktum og erstatter domstolenes tolkning av bevisene med sin egen.

I *Tamminen mot Finland* gikk EMD etter min mening utenfor dens materielle kompetanse når den la til grunn at boets frafallelse av vitnet medførte en ny omstendighet som ville tillatt klager å påberope vitnet under hovedforhandling. Ved å konstatere krenkelse av artikkel 6 fordi ankedomstolens begrunnelse ikke samsvarte med begrunnelsen lagt til grunn av

førsteinstansen, mener jeg også at EMD gikk utenfor sin materielle kompetanse fordi en slik konklusjon innebar en overprøving av nasjonal rett.

I *Miller mot Sverige* må imidlertid denne overprøvingen kunne forsvares som innenfor rammen av EMDs materielle kompetanse, ettersom EMD legger til grunn at svensk rett ikke er i tråd med konvensjonspraksis. Anvendelsen av nasjonal rett hadde dermed ”infringed the rights and freedoms protected by the convention”.

## 9 EMDs resultatkontroll

### 9.1 Innledning

EMDs resultatkontroll innebærer både begrunnelseskontroll og innholdskontroll, men det blir ikke skilt mellom disse her annet enn hvor det er hensiktsmessig i diskusjonen av den enkelte avgjørelse. Grunnen til dette er at jeg argumenterer for at begrunnelseskontroll og innholdskontroll glir over i hverandre, og effekten er en generell resultatkontroll. Avgjørelsen i kapittel 9.2 representerer likevel et mer tydelig eksempel på en ren innholdskontroll. Også her var det imidlertid innslag av begrunnelseskontroll. Avgjørelsene i kapittel 9.3 til 9-6 omhandler derimot mye av den samme problematikken, og avgjørelsene vil bli sammenliknet med hverandre for å undersøke hvordan EMD praktiserer resultatkontrollproblematikk. Den siste avgjørelsen er tatt med for å belyse EMDs prinsipielle tilnærming til fjerdeinstansdoktrinen i saker om begrunnelse av rettsavgjørelser.

### 9.2 Khamidov mot Russland

#### 9.2.1 Introduksjon

Saken gjaldt krav om erstatning som følge av at russisk politi hadde okkupert og bosatt seg på klagers eiendom som ledd i en antiterror-operasjon.<sup>276</sup> Dette resulterte i at klager og hans familie over en lengre periode måtte bo i en flyktningleir. Domstolene i regionen var ute av funksjon frem til 2001. I 2001 krevde klager overfor domstolene at politiet forlot hans eiendom. Han fikk medhold i Nadterechny District Court, og tvangstiltak ble satt i gang umiddelbart. Etter flere forsøk på å tvangsfullbyrde avgjørelsen, forlot politiet til slutt klagers eiendom i juni 2002.

#### 9.2.2 Den nasjonale prosessen

I juli 2001 reiste klager sak mot det russiske innenriksdepartement ("Russian Ministry of the Interior") og påstod at russisk politi hadde okkupert og ødelagt hans eiendom samt nektet å innrette seg etter avgjørelsen i Nadterechny District Court.<sup>277</sup> Han krevde å få sin eiendom tilbake samt kompensasjon for tap han hadde lidt som følge av hendelsene.<sup>278</sup> Klager tapte

---

<sup>276</sup> EMDs dom 15. november 2007 *Khamidov mot Russland* (Klagenr.: 72118/01)

<sup>277</sup> Avsnitt 48

<sup>278</sup> Avsnitt 48

saken med den begrunnelse at politiet allerede hadde forlatt klagers eiendom, og fikk heller ikke tilkjent kompensasjon fordi retten ikke fant skadene på eiendommen bevist.<sup>279</sup>

Det eneste dokumentet retten fant kunne utgjøre et bevis i dette henseende var en bekreftelse fra lokale myndigheter på at politiet hadde skadet klagers eiendom, men denne bekreftelsen var følge ankeinstansen ikke datert.<sup>280</sup> Fotografierne som ble presentert som bevis, representerte ikke god nok dokumentasjon på at det fotograferte var nettopp klagers eiendom.<sup>281</sup>

Videre anke over denne avgjørelsen førte ikke frem.<sup>282</sup>

### 9.2.3 EMDs behandling av saken

For EMD påstod klager at artikkel 6 var krenket som følge av vilkårlig bevisbedømmelse, manglende vurdering av klagers rettslige argumenter og bevis, samt manglende begrunnelse av hvorfor kompensasjonskravet ble avvist.<sup>283</sup> Klager anførte at han hadde ført bevis for at skaden var forårsaket av politiet, og at nasjonale domstoler ikke tok bevisene i betraktning og derved ”made perverse findings in favour of the defendant”.<sup>284</sup> Nasjonale domstoler hadde også kommet til konklusjoner som var vilkårlige og i strid med de faktiske forholdene i saken. For øvrig hadde kompensasjonsklagen ikke blitt prøvd.

EMD så det slik at saken reiste to problemstillinger under rettferdighetsnormen i artikkel 6.1. For det første påstanden om at nasjonale domstoler ikke hadde prøvd kompensasjonsklagen og for det andre nasjonale domstolers vilkårlige bevisbedømmelse.

Det som er særlig relevant for fjerdeinstansproblematikken er EMDs vurdering av den påstått vilkårlige bevisbedømmelse i saken. EMD uttalte at det ikke er dens rolle å vurdere bevis, etablere faktum eller tolke nasjonal rett, og den vil ikke intervensere hvis ikke den nasjonale avgjørelse fremstår ”arbitrary or manifestly unreasonable”.<sup>285</sup> EMD konstaterte deretter at nasjonale domstoler avviste det eneste relevante bevis fordi det var udatert og ikke bekreftet

---

<sup>279</sup> Avsnitt 50 i petit

<sup>280</sup> Avsnitt 50 i petit

<sup>281</sup> Avsnitt 50 i petit

<sup>282</sup> Avsnitt 53

<sup>283</sup> Avsnitt 149

<sup>284</sup> Avsnitt 163

<sup>285</sup> Avsnitt 170



at de virkelige skadene korresponderte med de fra klagers side påståtte skader.<sup>286</sup> Denne avvisningen av beviset fant EMD overraskende. Dokumentet var ifølge EMD signert, dets ekthet ble aldri utfordret, det indikerte klart hvilken periode eiendommen var okkupert og skadet, samt at det inneholdt en direkte referanse til daterte rapporter som konstaterte med de påståtte skader. Etter å ha lagt dette til grunn, uttalte EMD at de likevel holdt dette spørsmålet åpent, siden det jo er opp til nasjonale domstoler å avgjøre bevisføringen.<sup>287</sup>

Her overprøver EMD nasjonale domstolars bevisbedømmelse, men av hensyn til fjerdeinstansdoktrinen konkluderer den ikke på hvorvidt denne etter deres syn overraskende bevisbedømmelsen var i strid med konvensjonen, ettersom dette faller utenfor domstolens materielle kompetanse. Dette er en interessant vri.

Det er tydelig at EMD er misfornøyd med nasjonale domstolars vurdering. Dette blir det heller ikke forsøkt lagt skjul på. EMD har altså i utgangspunktet ingenting med bevisføring og bevisbedømmelse å gjøre, men de dedikerer likevel en hel side i sin avgjørelse til nettopp å kritisere domstolenes vurdering av bevisene i saken. Konklusjonen må derimot stå åpen, siden domstolen ikke har kompetanse til å konstatere krenkelse på dette grunnlag.

Med denne dramatiske avslutningen, åpnet EMD neste avsnitt med å konstatere at på tross av nasjonale domstolars ”privilegium” (”prerogative”), altså retten til uforstyrret av EMD å vurdere bevisene og vurdere hva som er relevant og skal tillates, må de foreta ”a proper examination of the submissions, arguments and evidence adduced by the parties”. Deretter vurderte EMD hvordan nasjonale domstoler hadde bedømt de samme bevisene som EMD tok for seg i avsnitt 172. Når det gjaldt rapporten som konstaterte skadene på klagers eiendom, konkluderte EMD med at nasjonale domstoler ikke nevnte dette beviset i sin begrunnelse.<sup>288</sup> Når det gjaldt avgjørelsen fra Nadterechny District Court, bemerket EMD at bevisvurderingen som lå til grunn for denne avgjørelsen aldri ble problematisert.<sup>289</sup>

Dersom avsnitt 172 og avsnitt 173 leses i sammenheng, kan dette etter min mening tolkes dithen at EMD bruker ”proper examination”-vurderingen til å foreta den overprøving som i henhold til fjerdeinstansdoktrinen ligger utenfor dens materielle kompetanse. I avsnitt 173 vurderte nemlig EMD akkurat det samme som de i avsnitt 172 fremholdt at de ikke hadde

---

<sup>286</sup> Avsnitt 172

<sup>287</sup> Avsnitt 172

<sup>288</sup> Avsnitt 173

<sup>289</sup> Avsnitt 174

kompetanse til å prøve i lys av fjerdeinstansdoktrinen. Når disse forholdene ble vurdert i lys av vurderingstemaet ”proper examination”, hadde imidlertid EMD kompetanse til både å overprøve og å konkludere på nasjonale domstolars bevisbedømmelse.

Etter en gjennomgang av hvordan domstolene vurderte bevisene i saken, erkjente EMD at de ikke kunne forstå at den nasjonale domstols konklusjon var forenelig med alle de bevis som tilsa det motsatte, eller med den tidligere avgjørelse, eller med tilbakemeldingene fra offentlige myndigheter. Urimeligheten ved en slik konklusjon var etter EMDs syn så ”striking and palpable” at den nasjonale domstols avgjørelse måtte bli ansett som ”grossly arbitrary”.<sup>290</sup>

EMD var med andre ord så uenig i nasjonale domstolars konklusjon at den fant konklusjonen urimelig og sterkt vilkårlig. Det er tydelig at EMD her sikter til selve innholdet i avgjørelsen. EMD begrunner imidlertid grundig hvorfor den mener at domstolenes konklusjon var vilkårlig. Problemet er at denne gjennomgangen ender med et åpent spørsmål, ettersom vurderingen ikke faller innenfor EMDs materielle kompetanse. Ved hjelp av ”proper examination”-kravet kommer imidlertid EMD i mål med sin drøftelse, og etterlater etter mitt syn liten tvil med hensyn til om EMDs avgjørelse i denne saken var riktig og rettfærdig. *Khamidov mot Russland* er etter mitt skjønn et eksempel på en avgjørelse som åpenbart falt inn under unntaket fra fjerdeinstansdoktrinen, selv om veien frem til en slik konklusjon som antatt er problematisk.

## 9.3 De Moor mot Belgia

### 9.3.1 Introduksjon

Saken gjaldt klagers søknad om opptak som medlem i advokatforeningen i Hasselt i Belgia.<sup>291</sup> Søknaden ble avvist med den formelle begrunnelse at det var fast praksis i advokatforeningen ikke å oppta medlemmer som hadde en karriere ved siden av advokatyrrket. Muntlig ble det på et tidligere stadium formidlet til klager at foreningen allerede hadde over 200 medlemmer. Under foreningens behandling av søknaden kom det frem at klager ikke hadde avlagt ed.

---

<sup>290</sup> Avsnitt 174

<sup>291</sup> EMDs dom 23. juni 1994 *De Moor mot Belgia* (Klagenr.: 16997/90)

### 9.3.2 Den nasjonale prosessen

Klager anket avvisningen til Conseil d'Etat.<sup>292</sup> Rådgiveren som var ansvarlig for å forberede saken, konkluderte med at det ikke var et rettslig krav å avlegge ed før søknad om opptak i foreningen.<sup>293</sup> Begrunnelsen for avslaget var heller ikke at foreningen hadde for mange medlemmer, men bare at klager hadde en karriere utenfor advokatyret.<sup>294</sup> Rettspraksis tilsa imidlertid at avvisning av søknad måtte begrunnes enten i at vilkårene for medlemskap ikke var oppfylt, eller i at søker ikke egnet seg som advokat.<sup>295</sup> Vedtaket måtte dermed settes til side fordi begrunnelsen ikke hadde rettslig forankring i nasjonal rett.

Saken ble etter en rekke utsettelse behandlet i General Assembly som avviste saken. Begrunnelsen var at Conseil d'Etat` ikke hadde kompetanse ratione materiae av hensyn til en hensiktsmessig kompetansefordeling mellom advokatforeningene og rettsvesenet for øvrig.<sup>296</sup>

### 9.3.3 EMDs behandling av saken

Klager påstod krenkelse av artikkel 6.1 som følge av at Hasselt Bar Council ikke var upartisk, og at rettergangen ikke var verken rettferdig eller offentlig.

EMD konstaterte først at Bar Association nyter fullt diskresjonsskjønn i spørsmål om opptak til foreningen.<sup>297</sup> Nektelse av opptak måtte likevel og i henhold til nasjonal lov være begrunnet enten i manglende oppfyllelse av vilkårene for opptak eller i at søker er uegnet som advokat. EMD fremholdt dernest at nektelsen ikke refererte til det forhold at klager ikke hadde avlagt ed, og dermed ikke oppfylte vilkårene for opptak. EMD trakk deretter den slutning at nektelsen for å være gyldig måtte begrunnes i klagers manglende egnethet som advokat. Eventuelle omstendigheter som ville tale for uegnethet var ikke referert, og nektelsen hadde derfor ikke grunnlag i lov ("legal justification"). Retten til rettferdig rettergang var således brutt fordi nasjonale domstoler ikke ga en god nok begrunnelse.

EMD tolket her den begrunnelse som nasjonale domstoler ga, og konkluderte med at den ikke hadde grunnlag i nasjonal rett. I en sak hvor avgjørelsesorganet altså nøy full frihet i vurderingen av opptak til foreningen, overprøvde likevel EMD avgjørelsen og konstaterte at

---

<sup>292</sup> Avsnitt 15

<sup>293</sup> Avsnitt 19

<sup>294</sup> Avsnitt 19

<sup>295</sup> Avsnitt 19 med henvisning til avsnitt 36

<sup>296</sup> Avsnitt 27 i petit

<sup>297</sup> Avsnitt 54

nektelsen ikke var i tråd med nasjonal rett. Avgjørelsen er omtalt i juridisk teori til støtte for at EMD generelt sett krever at begrunnelsen må vise at avgjørelsen har forankring i nasjonal rett.<sup>298</sup> Kjølbro hevder at dette innebærer at EMD overprøver hvorvidt resultatet kan rettferdiggjøres. Etter min mening innebærer en slik overprøving at fjerdeinstansdoktrinen kommer under press. EMD har ikke kompetanse under artikkel 6 til å vurdere hvorvidt nasjonale domstolars konklusjon kan rettferdiggjøres. Når EMD oppstiller et krav om at begrunnelsen må ha ”legal justification”, innebærer dette etter mitt skjønn bare en prosessuell overprøving av om domstolene har vist til nasjonal rett i sin begrunnelse. Dette viser det vanskelige skillet mellom prosessuell overprøving av begrunnelsen og innholdsmessig overprøving av resultatet. Et krav om ”legal justification”, det vil si et krav om at begrunnelsen må vise til nasjonal rett, virker forsvarlig. Ved å tolke avgjørelsen som at EMD på generelt grunnlag krever at begrunnelsen skal være rettslig holdbar, oppstilles det et generelt krav som i senere avgjørelser kan medføre overprøving av avgjørelsens resultat. I denne konkrete saken presset imidlertid EMD grensene for dens materielle kompetanse, all den tid avgjørelsesorganet hadde full kompetanse til å avgjøre opptak til foreningen.

## **9.4 Tatishvili mot Russland**

### **9.4.1 Introduksjon**

Saken omhandlet klagers søknad om bostedsregistrering i Russland etter at hun som sovjetisk statsborger var blitt statsløs i 2000.<sup>299</sup> Klager var født i Georgia, men bodde på søknadstidspunktet i Moskva, Russland. Politistasjonen nektet å behandle søknaden fordi klager ikke var slektning av huseieren hvor hun leide. Hun fikk skriftlig avslag med den begrunnelse at hun ikke hadde gitt tilstrekkelig dokumentasjon.

### **9.4.2 Den nasjonale prosessen**

Klager prøvde avslaget for retten og anførte at avslaget manglet rettslig grunnlag, og at registreringsmyndighetene ikke kunne avvise bostedsregistrering når alle dokumentene var gitt slik det var i hennes sak.<sup>300</sup> Lederen av passavdelingen anførte at klager ikke var russisk

---

<sup>298</sup> Jon Fridrik Kjølbro, *Den europeiske menneskerettigheds konvention- for praktikere*, 4. udgave, Strasbourg 2016 s. 632

<sup>299</sup> EMDs dom 22. februar 2007 *Tatishvili mot Russland* (Klagenr.: 1509/02)

<sup>300</sup> Avsnitt 11

statsborger og at hun var fra Georgia.<sup>301</sup> Georgiske statsborgere måtte ha visum for å komme til Russland, og uansett tilhørte saken innenlandsdepartementet.<sup>302</sup>

Bostedsregistreringen ble nektet som følge av to forhold. For det første mente domstolen at fordi klager ikke var i familie med eieren av huset, kunne hun ikke automatisk registreres på samme adresse.<sup>303</sup> Ut fra dette sluttet domstolen at saken i realiteten handlet om klagers rett til å flytte inn på eiendommen.<sup>304</sup> For det andre hadde klager ikke bevist for domstolen at hun var russisk statsborger eller bekreftet noen intensjon om å skaffe seg dette.<sup>305</sup> Domstolen viste herunder til en traktat mellom Georgia og Russland som krevde visum for overflytting mellom de to landene.

Klager anket avgjørelsen og anførte at hun aldri hadde hatt georgisk statsborgerskap og at bostedsregistrering var tilgjengelig for alle som bor i Russland, uansett statsborgerskap.<sup>306</sup> Videre anførte hun at det ikke forelå noen konflikt mellom henne og eieren av eiendommen, all den tid eieren hadde bekreftet at hun kunne bo på hans eiendom.<sup>307</sup>

Ankedomstolen opprettholdt avgjørelsen og henviste til underrettens begrunnelse, herunder at klager ikke hadde bevist russisk statsborgerskap eller noen intensjon om å skaffe seg dette, samt at hun ikke hadde bevist at hun hadde rett til å flytte inn på eiendommen.<sup>308</sup>

### **9.4.3 EMDs behandling av saken**

For EMD påstod klager krenkelse av artikkel 6.1 fordi nasjonale domstolers resultat var vilkårlig og i strid med faktum i saken, og i tillegg hadde domstolene ikke anvendt nasjonale regler korrekt.<sup>309</sup>

Klager anførte at nasjonale domstoler baserte sin avgjørelse på en ikke-eksisterende traktat, og på at klager ikke hadde bevist rett til å bo på eiendommen selv om dette var bekreftet av huseieren.<sup>310</sup> Myndighetene anførte på sin side at klager hadde fått presentert sin sak i tråd

---

<sup>301</sup> Avsnitt 12

<sup>302</sup> Avsnitt 12

<sup>303</sup> Avsnitt 14

<sup>304</sup> Avsnitt 14

<sup>305</sup> Avsnitt 15

<sup>306</sup> Avsnitt 18

<sup>307</sup> Avsnitt 18

<sup>308</sup> Avsnitt 19

<sup>309</sup> Avsnitt 55

<sup>310</sup> Avsnitt 56

med likhetsprinsippet, og at hun fikk mulighet til å anke over avgjørelsen som deretter ble ”duly examined and dismissed by reasoned decisions”.<sup>311</sup>

EMD konstaterte først at konvensjonspraksis stiller krav til nasjonale domstoler om en passende håndtering av rettergangen (”proper administration of justice”), herunder at nasjonale domstoler må begrunne sine avgjørelser.<sup>312</sup> Selv om domstolene har en viss skjønnsmargin når de velger argumenter i en konkret sak og tar bevis til støtte for partenes anførsler, må domstolene rettferdiggjøre sine handlinger ved å begrunne sine avgjørelser.

EMD oppstilte her først og fremst en konkretisering av innholdet i rettferdighetsnormen som et krav om ”proper administration of justice”. EMD uttalte ikke hva som lå i det skjønsmessige begrepet ”proper”, men slo fast at begrunnelse av avgjørelser utgjorde et element av en slik ”proper administration”.

Deretter vurderte EMD om begrunnelseskravet var oppfylt i nærværende sak.<sup>313</sup>

Når det gjaldt den påståtte tvisten mellom klager og huseier, fremholdt EMD at på tross av en gyldig bekreftelse fra eieren, ga domstolene ingen begrunnelse for den fant at saken gjaldt en slik tvist.<sup>314</sup> EMD foretar her en viss tolkning av bevisbedømmelsen i saken, ettersom den mener at klager faktisk tilbød bevis for at det ikke forelå en tvist mellom henne og huseieren. Etter min mening er denne argumentasjonen likevel innenfor rammen av EMDs materielle kompetanse, fordi nasjonale domstoler ikke gjennom sin begrunnelse viser hvordan de selv bedømte bevisene. EMDs konklusjon retter seg dermed mot domstolenes tilsynelatende manglende bevisbedømmelse, heller enn mot selve bevisbedømmelsen.

Ei heller ga domstolene noen begrunnelse for hvorfor reglene om familiemedlemmers rett til bostedsregistrering på felles adresse, kom til anvendelse i denne saken hvor huseier hadde ubestridt rett til eiendommen og godkjente klagers innflytting.<sup>315</sup>

Dette kan tolkes som at EMD ikke er enig i at disse reglene kom til anvendelse i denne saken, ettersom de påpeker at klager nettopp hadde bevist at hun hadde godkjennelse av huseier til å flytte inn på eiendommen. Nasjonale domstoler ga imidlertid ingen begrunnelse overhodet for

---

<sup>311</sup> Avsnitt 57

<sup>312</sup> Avsnitt 58

<sup>313</sup> Avsnitt 60

<sup>314</sup> Avsnitt 60

<sup>315</sup> Avsnitt 60

hvorfor disse reglene kom til anvendelse. Selv om EMDs argumentasjon kan leses som at EMDs dommere ikke var enige i nasjonale domstolars subsumsjon, er det imidlertid innenfor EMDs materielle kompetanse å konstatere krenkelse av artikkel 6 når begrunnelse av subsumsjonen er fullstendig fraværende.

Når det gjaldt den påståtte traktat mellom Georgia og Russland, viste EMD til at det aldri ble undersøkt hvorvidt en slik traktat forelå, og at det krav om visum for georgiske statsborgere som faktisk forelå var et resultat av andre omstendigheter enn en traktat.<sup>316</sup>

EMD fremholdt til slutt at nasjonale domstoler heller ikke begrunnet sin antakelse om at klager var georgisk statsborger.<sup>317</sup> Dersom EMD mente at en slik antakelse var rett, ville den sannsynligvis ikke kritisert nasjonale domstoler for å ikke begrunne sin antakelse. Etter min mening er dette ikke en ubegrunnet konklusjon, men viser likevel hvor vanskelig det er å skille mellom prosessuelle krav til begrunnelser og innholdsmessige innvendinger mot avgjørelsen.

EMD bemerket også at ankedomstolen ikke rettet opp i den utilstrekkelige ("inadequacy") begrunnelsen når den bare sluttet seg til underrettens begrunnelse.<sup>318</sup> At en ankedomstol henviser til underrettens begrunnelse var ifølge EMD i utgangspunktet tilstrekkelig under artikkel 6.1. Dette kunne imidlertid ikke gjelde når klager anket over faktiske og rettslige feil ved underrettens avgjørelse.<sup>319</sup> Særlig gjaldt dette når ankedomstolen ikke besvarte klagers anførsler som gjengitt i anken. Å stille et slikt krav til en ankedomstol, retter seg etter mitt syn mot ankedomstolens prosessuelle begrunnelseskrav og er ikke problematisk under fjerdeinstansdoktrinen.

## **9.5 Ruiz Torija mot Spania**

### **9.5.1 Introduksjon**

Saken gjaldt et utkastelseskrav på grunn av kontraktsbrudd fra leietaker.<sup>320</sup> Klager leide et lokale, og hadde installert spillmaskiner eid av tredjemann. Utleier hevdet at dette utgjorde brudd på kontrakten, herunder en delvis overdragelse eller fremleie, og krevde at leieforholdet

---

<sup>316</sup> Avsnitt 61 jf. avsnitt 27 og 28

<sup>317</sup> Avsnitt 61

<sup>318</sup> Avsnitt 62

<sup>319</sup> Avsnitt 62

<sup>320</sup> EMDs dom 9. desember 1994 *Ruiz Torija mot Spania* (Klagenr.: 18390/91)

ble avsluttet. Klager anførte for det første at installasjonen var lovlig og at kravet uansett var foreldet. Når det gjaldt foreldelseskravet anførte klager at for tjuefem år siden da leiekontrakten ble signert, var han i sin fulle rett til å installere maskiner slik som juke-boxes, biljardbord mv. Foreldelsesfristen på femten år var dermed oversittet.

### **9.5.2 Den nasjonale prosessen**

Førsteinstansen dømte i klagers favør med den begrunnelse at installasjonen ikke utgjorde et brudd på kontrakten. Domstolen tok ikke stilling til foreldelseskravet. Utleier anket avgjørelse, og Madrid Audiencia Pricincial som ankeinstans dømte i klagers disfavør og tok til følge utleiers utkastelseskrav. Ankeinstansen tok ikke stilling til foreldelseskravet. Klager anket til Constitutional Court som avviste anken og fremholdt at når utkastelseskravet ble tatt til følge, innebar dette en implisitt avvisning av foreldelseskravet.

### **9.5.3 EMDs behandling av saken**

Klager påstod krenkelse av artikkel 6.1 som følge av at Audiencia Provincial ikke adresserte anførselen om at utkastelseskravet var foreldet i sin begrunnelse. Myndighetene fremholdt at anførselen om foreldelse var irrelevant fordi spillmaskiner var noe helt annet enn den type installasjon som på tiden for kontraktsignering var lovlig. Uansett, fremholdt myndighetene, var spillmaskiner ikke blitt lovlig i Spania før i 1977, slik at dette tidligst utgjorde foreldelsesfristens utgangspunkt. Klagers innvending mot dette argumentet var at spillmaskiner rent faktisk ble installert i Spania lenge før det ble tillatt, og at han hadde uansett hatt andre typer maskiner som også var eid av tredjemann uten utleiers protester.

EMD fastla først og fremst innholdet i begrunnelseskravet, herunder at kravet til begrunnelse varierer med de konkrete omstendighetene i hver sak.<sup>321</sup> EMD konstaterte deretter at anførselen om foreldelse ble fremmet for førsteinstansen på tilstrekkelig klar måte, og det ble også ført bevis for argumentet. Når ankeinstansen annullerte avgjørelsen, var den bundet til å ta stilling til alle anførsler fremført for underretten. EMD uttalte videre at det ikke var deres oppgave å vurdere om foreldelseskravet ville føre frem, men konkluderte med at en slik vurdering heller ikke var nødvendig for å fastslå at anførselen uansett var relevant. Når det gjaldt myndighetenes argument om at anførselen var irrelevant, fremholdt EMD at det faktum at underretten tillot bevis rundt spørsmålet viste det motsatte.

---

<sup>321</sup> Avsnitt 29



EMDs argumentasjon kan tolkes som en prinsipiell uttalelse om fjerdeinstansdoktrinen. Det er følgelig ikke EMDs rolle å vurdere om en anførsel vil føre frem eller ikke; en slik overprøving vil være i strid med fjerdeinstansdoktrinen. EMD forklarer dernest hvordan den likevel kan løse saken uten å gå utover sin kompetanse; En overprøving i strid med fjerdeinstansdoktrinen er nemlig ikke nødvendig for å konkludere med at anførselen var relevant i saken. EMD sluttet denne observasjonen på bakgrunn av at anførselen, hvis den førte frem, ville medført at domstolene måtte avvise utleiers utkastelseskraft.

Fjerdeinstansdoktrinen innebærer imidlertid at EMD ikke skal vurdere bevisbedømmelsen, herunder hva som utgjør relevante bevis. Begrunnelseskravet i seg selv innebærer heller ikke et krav om at domstolene må besvare enhver anførsel. Dette betyr enten at EMD i begrundelsessaker har kompetanse til å avgjøre hvilke anførsler som er relevante og dermed krever særskilt svar, eller at konvensjonen krever særskilt svar på enhver anførsel, eller i alle fall enhver anførsel som ved annen vurdering ville medført et annet resultat.

Deretter gikk EMD inn på spørsmålet om ankeinstansens taushet om spørsmålet impliserte en avvisning av anførselen. Spørsmålet om foreldelse var et helt annet spørsmål enn spørsmålet om terminering av leiekontrakten, slik at spørsmålet krevde et særskilt svar. Når dette ikke forelå, var det ifølge EMD umulig å avgjøre om ankeinstansen neglisjerte anførselen eller avviste den, herunder med hvilken begrunnelse.

Spørsmålet om artikkel 6.1 ble avsagt under dissens 8-1. Dissenterende dommer startet sitt votum med å bemerke at det som tilsynelatende var en sak av mindre betydning, i realiteten aktualiserte et fundamentalt problem: internasjonal kontroll med nasjonale domstolars avgjørelser. Han fremhevet at selv om enhver person har rett til en rettfærdig rettergang, må nasjonale domstoler nyte stor fleksibilitet når de avgjør hva som er relevante argumenter i en konkret sak. En internasjonal domstol burde, etter hans mening, bare kritisere nasjonale domstoler hvis det er mer eller mindre åpenbart at de ikke har undersøkt essensielle argumenter. Dersom det var annerledes, ville den internasjonale domstolen måtte foreta detaljerte undersøkelser av nasjonal rett for å konkludere på hvorvidt et argument fremført av en part ble svart tilstrekkelig eller ikke.

Denne prinsipielle tilnærmingen til EMDs materielle kompetanse viser at det innad i EMD er svært ulikt syn på hvordan EMD bør foreta sin kontroll med nasjonale domstoler. Det

fundamentale problem som denne avgjørelsen reiste, er ifølge hans videre argumentasjon et særlig problem i relasjon til begrunnelseskravet etter artikkel 6.1.

Dissenterende dommer bemerker nemlig videre at flertallet forsøker å unngå en inngående undersøkelse av nasjonal rett ved å konstatere at domstolene ikke nevnte anførselen om foreldelse. Dette impliserte imidlertid, ifølge ham, at nasjonale domstoler måtte besvare ethvert argument, eller i alle fall argumenter av betydning – men hvem bestemmer om et argument er av betydning? Dette går rett i kjernen på fjerdeinstansproblematikken. EMD har materiell kompetanse til å overprøve nasjonale domstoler i fjerdeinstansklager dersom unntakene fra fjerdeinstansdoktrinen kommer til anvendelse; med andre ord hvis avgjørelsen er vilkårlig, åpenbart urimelig eller hvis domstolene ikke har besvart relevante argumenter. Men hvordan foretar EMD vurderingen av om disse unntakene kommer til anvendelse i den konkrete sak, uten å gå utenfor hovedregelen om dens materielle kompetanse?

Ankedomstolen ga ifølge dissenterende dommer en plausibel forklaring på hvorfor underretten ikke uttrykkelig diskuterte klagers anførsel om foreldelse. Forklaringen var at det måtte sluttes ut fra at leiekontrakten ble terminert, at anførselen om foreldelse ikke førte frem.<sup>322</sup> Jeg er enig i at dette er en plausibel forklaring. Dersom domstolen anså forholdet som foreldet, ville leiekontrakten ikke blitt terminert. At kravet om terminering av leiekontrakten ikke ville ført frem dersom kravet var foreldet, kan dette også tale for å kreve at domstolene nevner foreldelsesanførselen i sin begrunnelse. Både flertallet og mindretallet har velbegrunnede syn, og løsningen må bero på hvor mye EMD skal kreve av nasjonale domstolers begrunnelse.

Den kritikken som dissenterende dommer fremførte, retter seg etter min mening mot vurderingstemaet ”whether the silence of the court can reasonably be construed as an implied rejection”. Dette vurderingstemaet har EMD oppstilt i flere avgjørelser.<sup>323</sup> Jeg er enig i at dette vurderingskriteriet i realiteten medfører at nasjonale domstoler må besvare ethvert argument for ikke å bli gjenstand for antakelser fra EMD om hva domstolene har lagt til grunn for sin avvisning. Dette medfører at EMD strekker sin materielle kompetanse slik den kommer til uttrykk gjennom fjerdeinstansdoktrinen.

---

<sup>322</sup> Se avsnitt 12

<sup>323</sup> Blant annet EMDs dom 9. desember 1994 *Hiro Balani mot Spania* avsnitt 28 og EMDs dom 3. mai 2007 *Bochan mot Ukraina* avsnitt 82

## 9.6 Hiro Balani mot Spania

### 9.6.1 Introduksjon

Saken gjaldt konflikt om varemerke til klokker.<sup>324</sup> Et japansk firma krevde klagers varemerke slettet fra varemerkeregistret. Klager hevdet at hennes varemerke hadde prioritet ettersom nåværende varemerke var en forlengelse av et tidligere varemerke som ble registrert før det japanske firmaet registrerte sitt. Det tidligere registrerte varemerke gjaldt falske klokker, og klager hadde ved et tidspunkt søkt om å utvide varemerke til også å gjelde ekte klokker.

### 9.6.2 Den nasjonale prosessen

Klager fikk medhold i første instans, som fant at treårsfristen for å reise innsigelser mot et varemerke var utløpt slik at varemerket måtte anses etablert. Domstolen avgjorde ikke klagers øvrige anførsler, blant annet at enhver handling var foreldet og at det tidligere varemerke registrert for falske klokker, hadde prioritet.

Supreme Court fant at varemerke ikke var å anse som etablert fordi registreringen var ugyldig. Supreme Court avviste klagers anførsler om at det japanske varemerket ikke var genuint og at enhver handling var foreldet. Supreme Court refererte ikke til klagers anførsel om det tidligere varemerkets prioritet. Klagers anke til Constitutional Court ble nektet fremmet.

### 9.6.3 EMDs behandling av saken

Klager påstod at artikkel 6.1 var krenket som følge av Supreme Courts manglende svar på hennes argument om prioritet som følge av tidligere registrert varemerke. Myndighetene anførte at prioritetsargumentet var uten relevans fordi det tidligere registrerte varemerke gjaldt falske klokker. Den juridiske avdeling i registeret for immaterielle rettigheter var også av denne oppfatning, noe som fremgikk i en rapport utarbeidet for førsteinstansen. Videre var dette også den oppfatning Supreme Court var av, noe som fremgikk kort, men uttrykkelig av en tidligere avgjørelse mellom de samme parter i samme kontekst.

EMD startet sin drøftelse i avsnitt 27 med å fastlegge innholdet i begrunnelseskravet etter artikkel 6.1, og repeterte at kravet til begrunnede avgjørelser varierer i lys av de konkrete omstendighetene i enhver sak. EMD gikk deretter inn på de konkrete forholdene i

---

<sup>324</sup> EMDs dom 9. desember 1994 *Hiro Balani mot Spania* (Klagenr.: 18064/91)

nærværende sak. EMD la vekt på at klager fremmet prioritetsargumentet for førsteinstansen på en tilstrekkelig klar og presis måte. Det ble også ført bevis til støtte for argumentet. Når Supreme Court annullerte underrettens avgjørelse og dermed foretok ny prøving av saken, var de forpliktet etter nasjonal rett til å prøve alle anførsler fremmet for førsteinstansen.

Videre bemerket EMD at det ikke var deres oppgave å vurdere om argumentet faktisk ville ført frem. Noen slik vurdering var imidlertid ikke nødvendig for å konstatere at anførselen var relevant. Om en anførsel er relevant eller ikke, er imidlertid også et spørsmål for nasjonale domstoler jf. fjerdeinstansdoktrinen. Denne problematikken ble ikke kommentert av flertallet i EMD.

Når dette var lagt til grunn, var EMDs oppgave å avgjøre om det forhold at domstolene ikke tok stilling til anførselen, var å anse som en avvisning av anførselen. Spørsmålet om prioritet mellom klagers tidligere varemerke og det japanske varemerket var et annet spørsmål enn spørsmålet om klagers tidligere registrerte varemerke var kompatibelt med det nye. Av denne grunn krevde anførselen et særskilt og uttrykkelig svar. Når dette ikke ble gitt, var det ifølge EMD umulig å avgjøre om domstolene neglisjerte eller avviste anførselen, herunder med hvilken begrunnelse.

Her går EMD for det første inn på en vurdering av om anførselen var relevant. For det annet går EMD inn i vurderingen av hvordan faktum er å forstå. Hvorvidt prioritetsspørsmålet og kompatibilitetsspørsmålet er forskjellige ting og dermed krever særskilte svar, er et spørsmål om faktum, og i beste fall nasjonal rettsanvendelse. Ingen av delene har EMD kompetanse til å prøve innenfor rammen av fjerdeinstansdoktrinen.

Til slutt fremholdt EMD at dens konklusjon ikke lot seg rokke ved noen av de forhold som domstolene hadde trukket frem i sin avgjørelse: at varemerkene dekket forskjellige varer, hva varemerkeregisterets juridiske enhet selv mente om saken eller at Supreme Court tidligere hadde gitt uttrykk for sin oppfatning av spørsmålet.

Dissenterende dommer i denne saken var samme dommer som dissenterte i *Ruiz Torija mot Spania*.<sup>325</sup> Det ble fremholdt at Supreme Court i denne saken ikke kunne være forpliktet til å svare uttrykkelig på et spørsmål domstolen tidligere hadde besvart ved en annen anledning.

---

<sup>325</sup> Se kapittel 9.5.3

Dissenterende dommer var av samme oppfatning som i *Ruiz Torija*, og henviste i hovedsak til sin dissens i den saken. Dette viser at det innad i EMD er uenighet ikke bare om hvordan konkrete saker bør løses, men hvilken kompetanse EMD har og hvilke krav rettferdighetsnormen innebærer. Dissenterende dommer var også uenig i flertallets subsumsjon, altså hvordan de appliserte sine generelle utgangspunkter i den konkrete saken. Dette ble synliggjort ved at han fremholdt at det ikke er samsvar mellom regelen om at begrunnelseskravet ikke krever et detaljert svar på enhver anførsel, og hvordan EMD konkluderer i denne saken. Etter hans syn innebærer konklusjonen nettopp at begrunnelseskravet på generelt grunnlag nødvendiggjør et detaljert svar på ethvert argument.

## **9.7 Vetrenko mot Moldova**

### **9.7.1 Introduksjon**

Denne avgjørelsen gjaldt et strafferettslig forhold, men fordi den i stor grad belyser grensene for EMDs materielle kompetanse, er den likevel tatt med i oppgaven.<sup>326</sup> Fokuset i analysen av denne avgjørelsen vil være en sammenlikning av flertallet og dissenterende votum, som hadde prinsipielt ulike tilnærminger til EMDs kompetanse i saken.

Klager var anklaget for mord, og blant bevisene var forklaringer fra vitner samt en tilståelse fra klager som han mente var presset frem av politiet.

### **9.7.2 Den nasjonale prosessen**

Klager ble frikjent i førsteinstans fordi den ikke fant det bevist at klager hadde deltatt i forbrytelsen.<sup>327</sup> Førsteinstansen mente tilståelsen ikke beviste skyld, fordi andre forhold tilsa at tilståelsen ikke var troverdig. Ankeinstansen opprettholdt denne avgjørelsen fordi det ikke fantes andre bevis enn klagers tilståelse.<sup>328</sup> Supreme Court opphevet imidlertid begge avgjørelsene fordi underrettene uten begrunnelse la til grunn at klager ikke hadde deltatt i forbrytelsen.<sup>329</sup> Det ble besluttet ny høring av saken.

Ved ny behandling av saken ble klager dømt i førsteinstans. Domstolen viste til bevisene i saken, herunder blant annet vitneforklaringer, faktiske funn i leiligheten til klager og klagers

---

<sup>326</sup> EMDs dom 18. mai 2010 *Vetrenko mot Moldova* (Klagenr.: 36552/02)

<sup>327</sup> Avsnitt 22

<sup>328</sup> avsnitt 23

<sup>329</sup> Avsnitt 24

tilståelse.<sup>330</sup> Klager anket, men ble dømt også i ankeinstansen som viste til bevisene i saken, herunder vitneforklaringer og klagers tilståelse.<sup>331</sup> Supreme Court opprettholdt ankeinstansens avgjørelse, og viste til klagers tilståelse som samsvarte med det virkelige hendelsesløpet, samt vitneforklaringer vedrørende klagers motiv og dokumenter til støtte for motivet funnet i klagers leilighet.<sup>332</sup> Supreme Court fant at det ikke forelå bevis for at tilståelsen var avgitt under press.<sup>333</sup>

### 9.7.3 EMDs behandling av saken

#### 9.7.3.1 Partenes anførsler

For EMD påstod klager krenkelse av artikkel 6.1 fordi rettergangen mot ham ikke var rettferdig.<sup>334</sup> Han anførte at han var blitt dømt med tilståelsen som eneste bevis, og at denne var et resultat av press og mishandling.<sup>335</sup> Vitner og ekspertvitner var ikke blitt utspurt muntlig i retten, og det var derfor umulig å stadfeste hvilken dag forbrytelsen hadde skjedd.<sup>336</sup> I tillegg kommenterte ikke domstolene verken det alibiet som to vitner hadde gitt klager eller øvrige motstridende bevis,<sup>337</sup> samt at begrunnelsen som sådan var mangelfull.<sup>338</sup>

Myndighetene anførte på sin side at domstolene hadde avsagt begrunnede avgjørelser etter å ha vurdert alle bevisene og fullt ut vurdert de faktiske forholdene i saken.<sup>339</sup> Etter deres syn kunne EMD ikke ta nasjonale domstolers plass ved å vurdere bevisene på nytt, men måtte ta stilling til prosessen som sådan.<sup>340</sup>

#### 9.7.3.2 Flertallet

Flertallet uttalte at formålet med artikkel 6 er å gi domstolene plikt til å foreta en ”proper examination”, og at EMDs rolle ikke er å vurdere hvorvidt argumenter er imøtegått på en adekvat måte.<sup>341</sup> Etter dette redegjorde flertallet for begrunnelseskravet, og viste til at det ikke kreves et detaljert svar på ethvert argument, at begrunnelseskravet varierer med sakens

---

<sup>330</sup> Avsnitt 26-29

<sup>331</sup> Avsnitt 31

<sup>332</sup> Avsnitt 33

<sup>333</sup> Avsnitt 34

<sup>334</sup> Avsnitt 36

<sup>335</sup> Avsnitt 43

<sup>336</sup> Avsnitt 44

<sup>337</sup> Avsnitt 45

<sup>338</sup> Avsnitt 47

<sup>339</sup> Avsnitt 48

<sup>340</sup> Avsnitt 48

<sup>341</sup> Avsnitt 52

omstendigheter og at EMD i blant annet *Ruiz Torija mot Spania* og *Hiro Balani mot Spania* konstaterte krenkelse av begrunnelseskravet fordi domstolene ”chose simply to remain silent”.<sup>342</sup>

EMD mente at klager hadde reist flere argumenter som utfordret de tre bevisene som knyttet ham til forbrytelsen. Videre fremholdt EMD at det ikke er dens rolle å etablere de faktiske forholdene i saken på nytt eller å operere som en fjerdeinstans og vurdere skyldspørsmålet. Begrunnelseskravet stilte likevel krav til nasjonale domstoler om ”to deal with the most important arguments” samt begrunne hvorfor den aksepterer eller avviser slike argumenter. Deretter konstaterte EMD at artikkel 6 ville være brutt dersom nasjonale domstoler ikke tok stilling til seriøse argumenter eller ”a manifestly arbitrary manner of doing so”.<sup>343</sup>

Altså kunne ikke EMD overprøve om argumentene i saken ble tilstrekkelig besvart, men dersom nasjonale domstoler enten ikke tok stilling til seriøse argumenter eller gjorde dette på en grunnleggende vilkårlig måte, ville dette krenke artikkel 6.

I avsnitt 56 tok EMD stilling til om klagers argumenter som referert i avsnitt 54 var å anse som ubetydelige eller ute av stand til å påvirke utfallet i saken. Svaret var negativt. EMD viste til *Gradinar mot Moldova*, og kom til at nasjonale domstoler på samme måte her ikke hadde vurdert klagers alibi.<sup>344</sup> I avsnitt 58 konkluderte EMD med at nasjonale domstoler dermed ”chose simply to remain silent”. Videre bemerket EMD at klager først ble frikjent i to instanser, før han ble dømt uten nye bevis og uten at det ble tatt i betraktning de omstendigheter som først ledet til frikjennelse. På denne bakgrunn var det ifølge flertallet ikke gitt tilstrekkelig begrunnelse for avgjørelsen.

Den konklusjon som flertallet her kommer til, innebærer at det ikke er tilstrekkelig at nasjonale ankeinstanser bedømmer bevisene annerledes enn underrettene. For at nasjonale domstoler skal kunne dømme en som tidligere er frikjent, må det foreligge nye omstendigheter eller domstolene må gi et detaljert svar på alle omstendigheter som medførte frikjennelse i første omgang.

---

<sup>342</sup> Avsnitt 52-53

<sup>343</sup> Avsnitt 55

<sup>344</sup> Avsnitt 57 og EMDs dom 8. april 2008 *Gradinar mot Moldova*

### 9.7.3.3 Mindretallet

Mindretallet slo først fast at klager bare hevdet at artikkel 6 var krenket som følge av mangelfull begrunnelse. Når det ble konstatert krenkelse av artikkel 6 i denne saken, medførte dette ifølge mindretallet at flertallet ”have strayed beyond the Court’s proper supervisory function and, contrary to what is asserted in the judgement, have assumed the role of a “fourth instance” tribunal”.<sup>345</sup>

Det første mindretallet kritiserte fremgår i avsnitt 2 i dissensen, og omhandler flertallets referanse til *Gradinar mot Moldova*. Mindretallet mente det var en grunnleggende forskjell mellom de to sakene; i *Gradinar mot Moldova* ble klageren frikjent av førsteinstansen i andre runde, før ankeinstansene dømte klager uten å begrunne hvorfor den vurderte bevisene annerledes enn førsteinstansen. I *Vetrenko mot Moldova* derimot ble klager dømt i førsteinstansen etter en ny høring av alle bevisene i saken. Denne avgjørelsen ble opprettholdt av ankeinstansene. Flertallets konklusjon i saken innebar at artikkel 6 var krenket fordi alle instanser i andre runde ikke begrunnet hvorfor de bedømte bevisene annerledes enn i første runde. Dette var etter mindretallets syn å gå for langt.

EMD har bare kompetanse til å intervenere dersom bevisbedømmelsen eller begrunnelsen av resultatet er ”manifestly unreasonable or otherwise arbitrary”. Det flertallet baserte seg på for å konstatere krenkelse av artikkel 6 i denne saken, var etter mindretallets syn ”very far from establishing any such arbitrariness on the part of the domestic courts”. Mindretallet gjennomgikk deretter hvorfor den rettet kritikk mot flertallet.

For det første mente flertallet at nasjonale domstoler ikke hadde vurdert seriøse innvendinger mot de tre bevisene i saken: dokumentene funnet i klagers leilighet, forklaringer vedrørende klagers deltakelse i forbrytelsen og til klagers egen tilståelse.

Mindretallet mente dette illustrerte de problemer som oppstår når EMD opptrer som en ankeinstans med hensyn til hvilke argumenter som krever detaljert svar. Når det gjaldt dokumentene funnet i klagers leilighet, bemerket mindretallet at EMD ikke kunne vite hvorvidt klagers innvendinger var et tema i den nasjonale prosessen.<sup>346</sup> Når det gjaldt vitneforklaringene bemerket mindretallet at EMD ikke kunne vite om det var reist innvendinger mot disse i den nasjonale prosessen, eller hvilken vekt disse hadde hatt i

---

<sup>345</sup> Avsnitt 1 i dissensen

<sup>346</sup> Avsnitt 5



prosessen.<sup>347</sup> Flertallet ble i tillegg kritisert for å foreta sin egen vurdering av hvorvidt klagers tilståelse samsvarte med de øvrige bevisene.

Til slutt kommenterte mindretallet flertallets tilnærming når det gjaldt klagers alibi. Riktignok, bemerket mindretallet, refererte ikke nasjonale domstoler til det påståtte alibiet, men alibiet stod uansett i strid med øvrige bevis.

Selv om mindretallet tilsynelatende foretok sin egen vurdering av bevisene på lik linje med flertallet, stiller det seg imidlertid annerledes etter min mening ettersom mindretallet bruker vurderingen til å slå fast at argumentet ikke krevde et detaljert svar. Flertallet fant at unnlatelsen av å nevne dette argumentet, var å anse som at nasjonale domstoler ”chose to remain silent” med hensyn til fundamentale omstendigheter. All den tid det var motstrid mellom bevisene, kunne nasjonale domstoler ifølge mindretallet ikke være bundet til å kommentere dette argumentet. Mindretallet konstaterte uten nærmere overprøving at nasjonale domstoler ikke fant beviset avgjørende, og dermed unnlot å kommentere dette i sin begrunnelse.

Etter min mening har mindretallets syn mye for seg i denne saken. Særlig følger jeg mindretallet når den kritiserer flertallet for å komme med innvendinger mot bevisene som ble lagt til grunn for domfellelse. EMD var ikke tilstede under den nasjonale prosessen, og kunne derfor ikke vite hvordan bevisene ble presentert, hvor fremtredende plass de ulike bevisene hadde hatt eller hvilke innvendinger som ble gjort mot bevisene underveis i prosessen.

Jeg er også enig i mindretallets bekymring med hensyn til vurderingen av om nasjonale domstoler ”chose to be silent”. Dette vurderingstemaet innebærer vid kompetanse for EMD til å vurdere hvilke argumenter som er holdbare eller ikke. I tillegg kan vurderingstemaet medføre at nasjonale domstoler i frykt for å bli kritisert av EMD, imøtegår alle små og store argumenter i sin begrunnelse. Dette vil igjen virke inn på domstolenes effektivitet og nasjonale prosessøkonomiske hensyn. Dette er hensyn som nasjonalstatene bør ha frihet til å balansere, og EMD bør kanskje holde seg til en vurdering av om begrunnelsen virker rimelig.

---

<sup>347</sup> Avsnitt 6

## 9.8 Oppsummering

Det mest fremtredende med dette kapittelet er at det innad i EMD er stor uenighet med hensyn til hvor langt EMDs materielle kompetanse rekker i spørsmål om begrunnelse av nasjonale rettsavgjørelser.

*Khamidov mot Russland* er et eksempel på innholdsmessig resultatkontroll. EMD fant den nasjonale prosessen og domstolenes avgjørelse urimelig i sin helhet. EMD la ikke skjul på at den gikk utenfor sin kompetanse *ratione materiae*, men forsvarte det på en måte med at en så urimelig avgjørelse ikke kunne stå uprøvd under artikkel 6.

I *De Moor mot Belgia* oppstilte EMD et krav om at domstolenes begrunnelse må ha grunnlag i nasjonal rett. I denne saken var ikke dette tilfelle. EMD overprøvde likevel begrunnelsen i en sak hvor avgjørelsesorganet nøyte stor diskresjon. Etter mitt syn er likevel kravet om en viss rettslig forankring et prosessuelt krav til begrunnelsen, som dermed ligger innenfor rammen av fjerdeinstansdoktrinen. Problemet oppstår når det i etterkant blir oppstilt et generelt krav om rettslig holdbar begrunnelse, som kan innebære at EMD i større grad enn fjerdeinstansdoktrinen tilsier overprøver om begrunnelsen er i samsvar med nasjonal rett.

I *Tatishvili mot Russland* gikk EMD nøyte inn på hvert moment av den nasjonale domstolens begrunnelse, og fant til slutt at ingen av momentene utgjorde noen god begrunnelse. Denne begrunnelseskontrollen er mer tvilsom enn i *De Moor mot Belgia*. Her overprøvde EMD om hver del av begrunnelsen samsvarte med de vurderinger EMD gjorde av sakens faktiske side. Dette glir fort over i en innholdsmessig vurdering av saken utenfor rammen av EMDs materielle kompetanse.

I *Ruiz Torija mot Spania* og *Hiro Balani mot Spania* la EMD til grunn at hvis nasjonale domstoler ikke kommenterer en anførsel, må EMD vurdere om domstolen ikke tok stilling til anførselen eller om den tok stilling til den, men ikke tok den til følge. Dette åpner for at EMD kan gå utenfor dens materielle kompetanse og overprøve hvilke argumenter som er relevante, og som nasjonale domstoler derfor må kommentere. Samtidig åpner det også for overprøving av sakens faktiske side: når EMD kommer frem til at nasjonale domstoler sannsynligvis ikke tok stilling til argumentet, må dette innebære at den ikke finner det rimelig at nasjonale domstoler kunne avvise argumentet. Hvis denne overprøvingen ikke innebærer innslag av EMDs vurdering av saken, hvordan kan den ellers ta stilling til om nasjonale domstoler valgte å neglisjere anførselen, eller om den avviste den?

Dissensene i disse sakene gjenspeiler nettopp dette problemet, og bekymringen går ut på at EMD plasserer nasjonale domstoler under en plikt til å ”give a detailed answer to every argument”, altså det motsatte av det som EMD uttaler at artikkel 6 krever.

*Vetrenko mot Moldova* viste i likhet med *Ruiz Torija mot Spania* og *Hiro Balani mot Spania* en prinsipiell uenighet innad i EMD med hensyn til domstolens kompetanse *ratione materiae*. I *Ruiz Torija mot Spania* og *Hiro Balani mot Spania* bestod dissensen av én dommer som nøyde seg med overordnet kritikk mot flertallets overprøving av den nasjonale avgjørelse. I *Vetrenko mot Moldova* derimot, bestod dissensen av tre dommere samt at dissenterende votum nøyde gikk gjennom flertallets votum og viste til hvorfor denne overprøvingen innebar å operere som en fjerde instans.

## 10 Nasjonalstatens oppfølging ved konvensjonsbrudd

### 10.1 Innledning

I saker hvor EMD konstaterer at artikkel 6 er krenket, gis det ofte en oppfordring til nasjonalstaten om hvordan den bør følge opp konvensjonsbruddet. I *Bochan mot Ukraina (No. 2)* hvor det ble konstatert med krenkelse av artikkel 6, uttalte EMD i avsnitt 97 at klager hadde rett til å be om ny høring av saken under henvisning til ukrainsk rett. I *Moreira Ferreira mot Portugal (No. 2)* hvor det også ble konstatert krenkelse av artikkel 6, uttalte EMD i avsnitt 41 at en ny høring i prinsippet ville representere en passende måte å avhjelpe konvensjonsbruddet på. Nasjonal rett ga også mulighet til dette. Likevel, uttalte EMD, må nasjonalstatens tiltak for å avhjelpe konvensjonsbrudd avhenge av de konkrete omstendigheter og avgjøres i lys av EMDs uttalelser i den konkrete sak.

I utgangspunktet er kompetansefordelingen mellom EMD og Ministerkomiteen ikke et tema under fjerdeinstansdoktrinen. Hvordan nasjonale domstoler i en rettergang tolker EMDs tidligere avgjørelse, aktualiserer derimot fjerdeinstansdoktrinen på samme måte som ved tolkning av nasjonal rett eller etablering av faktum i saken. Hvorvidt EMD har kompetanse til å behandle en sak om nasjonalstatens oppfølging av konvensjonsbrudd, beror på en skjønnsmessig vurdering. Etter mitt syn viser disse sakene en sammenheng mellom hvordan EMD foretar denne skjønnsmessige vurderingen, og hvordan den praktiserer fjerdeinstansdoktrinen i den videre drøftelsen av sakens realiteter. EMDs tilnærming til disse spørsmålene vil derfor bli analysert for å belyse sammenhengen og helheten under dette elementet.

I dette kapitlet er formålet dermed å undersøke om EMD handler innenfor dens materielle kompetanse i saker som gjelder om nasjonale domstoler har fulgt opp konvensjonsbrudd på tilfredsstillende måte.

## 10.2 Bochan mot Ukraina (No. 2)

### 10.2.1 Introduksjon

Saken gjaldt Ukrainas fullbyrdelse av konvensjonsbrudd.<sup>348</sup> For de nasjonale domstoler omhandlet saken klagers krav på eiendomsrett til en del av en eiendom. Kravet ble prøvd av nasjonale domstoler i flere runder, og før klager tapte saken etter at Supreme Court hadde overført saken til underretter med annen territoriell jurisdiksjon. Disse underrettenes avvisning av kravet ble opprettholdt av Supreme Court.

For EMD påstod klager blant annet krenkelse av artikkel 6.1, og 3. mai 2007 konstaterte EMD at artikkel 6 var krenket på grunn av Supreme Courts overføring av saken samt manglende begrunnelse i de nasjonale domstolene.<sup>349</sup> EMD uttalte at klager hadde rett til å be om ny høring i henhold til ukrainsk rett.<sup>350</sup>

I etterkant av denne avgjørelsen sendte klager en ”appeal in the light of exceptional circumstances”, hvor hun ba Supreme Court om å oppheve de tidligere avgjørelsene og tillate kravet hennes fullt ut.<sup>351</sup> Da anken ble avvist, sendte klager en ny ”appeal in the light of exceptional circumstances” hvor hun hevdet at Supreme Court hadde mistolket EMDs avgjørelse.<sup>352</sup> Denne anken ble nektet fremmet.<sup>353</sup>

### 10.2.2 EMDs behandling av saken

Det var Supreme Courts behandling av anken som var gjenstand for andre behandling i EMD. Klager påstod at artikkel 6.1 var krenket fordi Supreme Court ikke hadde tatt EMDs første avgjørelse i betraktning når de avgjorde anken.

Det første spørsmålet EMD tok stilling til, var om den hadde materiell kompetanse til å overprøve hvordan nasjonale domstoler har fulgt opp et konvensjonsbrudd. Etter EMK artikkel 46 nr. 1 plikter en konvensjonsstat å rette seg etter EMDs endelige dom i enhver sak de er part i. Det er imidlertid Ministerkomiteen som har kompetanse til å føre tilsyn med fullbyrdelsen av dommen jf. artikkel 46 nr. 2. EMD uttalte at den i henhold til

---

<sup>348</sup> EMDs dom 15. februar 2015 *Bochan mot Ukraina (No. 2)* (Klagenr.: 19867/12)

<sup>349</sup> Avsnitt 13

<sup>350</sup> Avsnitt 18

<sup>351</sup> Avsnitt 20

<sup>352</sup> Avsnitt 22

<sup>353</sup> Avsnitt 23

konvensjonspraksis likevel har kompetanse til å prøve en klage vedrørende konvensjonsstatens fullbyrdelse, dersom klagen inneholder ”relevant new information relating to issues undecided by the initial judgement”.<sup>354</sup>

Selv om en slik klage som utgangspunkt faller utenfor EMDs kompetanse og dermed skal avvises *ratione materiae*, har EMD likevel kompetanse til å behandle saken dersom klagen inneholder ny informasjon som EMD ikke tok stilling til i den første avgjørelsen.

EMD uttalte at en del av klagen måtte forstås som å gjelde mangelfull fullbyrdelse av konvensjonsbruddet,<sup>355</sup> men at deler av klagen gjaldt selve gjennomføringen og prosessen i ankebehandlingen som rent kronologisk var et annet forhold enn den første nasjonale prosessen.<sup>356</sup>

Etter mitt syn kan en prosess knyttet til hvordan EMDs tidligere konstaterte konvensjonsbrudd, aldri være et forhold som ble avgjort i den første saken. Denne forståelsen gjør at EMD får materiell kompetanse i alle saker vedrørende tolkning av EMDs avgjørelser, så lenge tolkningen skjer i en ny rettergang.

Den del av klagen som EMD mente den hadde kompetanse til å behandle, gjaldt anførselen om at ankebegrunnelsen var i strid med det EMD hadde lagt til grunn i sin avgjørelse. Ifølge EMD gjaldt dette spørsmålet verken utfallet av anken eller ankedomstolens implementering av EMDs avgjørelse, men hvordan ankedomstolen hadde kommet frem til sin avgjørelse. Dette spørsmålet var forskjellig fra det EMD tok stilling til i den første saken og i tillegg inneholdt denne delen av klagen ”new information relating to issues undecided by that judgement”.<sup>357</sup> EMD konkluderte med at den derfor hadde kompetanse til å behandle saken.

Når det gjaldt spørsmålet om ankebehandlingen var i tråd med artikkel 6.1, uttalte EMD først at den ikke vil overprøve påståtte faktiske eller rettslige feil begått av nasjonale domstoler hvis feilene ikke hadde medført krenkelse av konvensjonens rettigheter.<sup>358</sup> EMD mente at nasjonale domstoler ”grossly misrepresented the Court’s findings”, altså ga en sterkt uriktig fremstilling av EMDs tidligere avgjørelse.<sup>359</sup> Denne uriktige fremstillingen kunne ikke

---

<sup>354</sup> Avsnitt 33

<sup>355</sup> Avsnitt 35

<sup>356</sup> Avsnitt 36

<sup>357</sup> Avsnitt 37

<sup>358</sup> Avsnitt 61

<sup>359</sup> Avsnitt 63

skyldes en annen tolkning av EMDs avgjørelse. Den måtte anses som ”grossly arbitrary” fordi den resulterte i at klager tapte sitt forsøk på å få prøvd klagen hennes på nytt i lys av konvensjonsbruddet.<sup>360</sup>

EMD overprøvde dermed hvordan nasjonale domstoler tolket EMDs tidligere avgjørelse. EMD mente at tolkningen ikke kunne være et resultat av forskjellige måter å forstå teksten på. Det nasjonale domstoler konkluderte med var det motsatte av hva EMD konkluderte med i den første avgjørelsen, nemlig at artikkel 6 var brutt. Dette gjorde at tolkningen, og dermed utfallet i saken var vilkårlig. EMD foretar her en transparent og begrunnet vurdering av om unntakene fra fjerdeinstansdoktrinen var oppfylt i denne saken.

*Bochan mot Ukraina (No. 2)* var den første saken mot Ukraina som ble behandlet i storkammer.<sup>361</sup> Maxim Shcherbatyuk, programdirektør for Ukrainisk Helsinki menneskerettighetsunion, har uttalt at det problem som ble fremført i *Bochan mot Ukraina (No. 2)* er ekstremt relevant, siden Supreme Court faktisk forsøker å tolke EMDs avgjørelser på egenhånd. Han fremholder at en slik sak er illustrerende, fordi den viser Ukrainas holdning vedrørende å overholde EMDs avgjørelser. At avgjørelsen ble avsagt i storkammer var en påminnelse for Ukraina i relasjon til å overholde sine internasjonale forpliktelser.

Ukrainas tid i EMK-systemet blir diskutert i en artikkel publisert 18. september 2017.<sup>362</sup> I artikkelen blir det presentert statistikk over Ukrainas rolle i EMD, herunder at det per 1. juli 2017 var 19 166 pågående klager mot Ukraina hvilket utgjorde 20 % av de totale klager for EMD. Nesten 6 % av EMDs avgjørelser gjaldt Ukraina, og i 98,76 % av disse ble det konstatert krenkelse av konvensjonen. 45 % av disse gjaldt retten til rettfærdig rettergang.

Forfatterne av artikkelen fremmer tre årsaker til at Ukraina opptre i et så høyt antall saker for EMD. Den første årsaken gjelder manglende oppfølging av pilot-avgjørelser. Den andre årsaken gjelder oversettelsesvanskeligheter med EMDs avgjørelser. Den tredje årsaken gjelder manglende tillit til det nasjonale rettsapparatet. Denne siste årsaken er interessant for denne oppgaven. I artikkelen blir det presentert statistikk som viser at 81 % av Ukraina mangler tillit til nasjonale domstoler. Samtidig mener 19 % av befolkningen at EMD er det mest effektive rettsmiddel for beskyttelse av menneskerettigheter. Forfatterne peker på at selv

---

<sup>360</sup> Avsnitt 64

<sup>361</sup> <https://helsinki.org.ua/en/articles/97-year-old-woman-abased-on-two-occasions-the-supreme-court-of-ukraine-in-the-european-court-4/> (sist lest 17. november 2017)

<sup>362</sup> <https://www.ejiltalk.org/twenty-years-of-the-echr-in-ukraine/> (sist lest 17. november 2017)

om enkelte teoretikere mener at EMD er eller burde bli en konstitusjonell europeisk domstol, er situasjonen i Ukraina den at EMD har blitt en fullverdig domstol. Dette er ifølge forfatterne en intolerant situasjon både for EMD og for Ukraina, sett hen til at det er statene som har det primære ansvaret for å sikre menneskerettighetene.

## 10.3 *Moreira Ferreira mot Portugal (No. 2)*

### 10.3.1 Introduksjon

Saken gjaldt Portugals fullbyrdelse av konvensjonsbrudd.<sup>363</sup> For de nasjonale domstoler gjaldt saken et strafferettslig forhold, men gjennom en sammenlikning med *Bochan mot Ukraina (No. 2)*, er saken likevel egnet til å illustrere EMDs tilnærming ved overprøving av nasjonale domstolars oppfølging ved konvensjonsbrudd.

Klager var tiltalt for truende adferd, og ble dømt i førsteinstans. Hun anket og ba om ny høring av saken. Ankeinstansen opprettholdt domfellelsen, og avviste kravet om ny høring fordi klager ikke hadde vist at det var noe galt med førsteinstansens vurderinger.

For EMD påstod klager at artikkel 6.1 var krenket fordi hun ikke hadde fått anledning til å forklare seg i retten. I 2011 konstaterte EMD krenkelse av artikkel 6, og uttalte at ”a retrial or the reopening of the case, if requested, represents in principle an appropriate way of redressing the violation”.<sup>364</sup> Videre uttalte EMD at hvordan nasjonalstaten valgte å fullbyrde avgjørelsen, måtte bero på omstendighetene i saken og avgjøres i lys av EMDs avgjørelse.

I etterkant av EMDs avgjørelse, sendte klager en forespørsel om ny vurdering av saken. Hun anførte at ankeinstansens tidligere avgjørelse var i strid med EMDs avgjørelse.<sup>365</sup> Supreme Court avviste imidlertid forespørselen. Avvisningen ble begrunnet med at selv om prosessen for ankeinstansen krenket konvensjonen, var det ingen bevis for at selve domfellelsen krenket konvensjonen.<sup>366</sup>

---

<sup>363</sup> EMDs dom 11. juli 2017 *Moreira Ferreira mot Portugal (No. 2)* (Klagenr.: 19867/12)

<sup>364</sup> Avsnitt 20

<sup>365</sup> Avsnitt 24

<sup>366</sup> Avsnitt 26 i petit



### 10.3.2 EMDs behandling av saken

Det var avvisningen av klagers forespørsel om ny høring i saken som var gjenstand for prøving i andre runde i EMD. Klager anførte at nasjonal rett og EMDs avgjørelse var blitt tolket og anvendt feil av Supreme Court.<sup>367</sup>

EMD vurderte først spørsmålet om den hadde materiell kompetanse til å behandle saken. EMD uttalte at behandlingen av spørsmålet om ny høring kunne overprøves isolert fra overprøvingen av hvordan nasjonalstaten fullbyrdet EMDs avgjørelse.<sup>368</sup> Hvorvidt domfellelsen av klager var forenelig med EMDs avgjørelse, utgjorde ”new circumstances”, og EMD hadde dermed materiell kompetanse i saken.<sup>369</sup>

EMD uttalte videre at Supreme Court kommenterte hovedargumentene til klager, og at tolkningen av nasjonal rett vedrørende adgang til ny høring ikke var vilkårlig, og hadde støtte i konvensjonspraksis.<sup>370</sup> Når det gjaldt tolkningen av EMDs avgjørelse, ble det vist til at avgjørelsen inneholdt ord som ”in principle” og ”however”, noe som indikerte at EMD ikke mente å gi bindende instruksjoner om ny høring.<sup>371</sup>

Avsnitt 95 er interessant, særlig når man sammenlikner EMDs argumentasjon med *Bochan mot Ukraina (No. 2)*. Supreme Court tolket EMDs avgjørelse dithen at EMD ”precluded from the outset any possibility that its decision might raise serious doubts about the conviction”. EMDs avgjørelse hvor det ble konstatert krenkelse av artikkel 6, ble altså tolket som at den ikke ga uttrykk for noen tvil vedrørende selve domfellelsen av klager. Dette på tross av at domfellelsen var basert på en rettergang i strid med rettferdighetsnormen i artikkel 6.1. Ettersom nasjonalstatene har vid skjønnsmargin ved tolkningen av EMDs avgjørelser, var det ikke EMDs rolle å uttrykke hvorvidt denne tolkningen var riktig.<sup>372</sup>

I *Bochan mot Ukraina (No. 2)* derimot, konstaterte EMD at nasjonale domstoler ”grossly misrepresented the Court’s findings”. Dette var vilkårlig, fordi tolkningen av EMDs tidligere avgjørelse resulterte i at klager tapte sitt forsøk på å få saken hørt på ny i lys av konvensjonsbruddet.

---

<sup>367</sup> Avsnitt 77

<sup>368</sup> Avsnitt 54

<sup>369</sup> Avsnitt 54

<sup>370</sup> Avsnitt 89-91

<sup>371</sup> Avsnitt 92

<sup>372</sup> Avsnitt 95

EMD konkluderte med at måten Supreme Court tolket EMDs tidligere avgjørelse på, ikke var vilkårlig. Med dette mente EMD at Supreme Court ikke vred om på eller ga en uriktig fremstilling av EMDs avgjørelse.<sup>373</sup>

I *Bochan mot Ukraina (No. 2)* ble EMDs tidligere avgjørelse tolket dithen at den nasjonale avgjørelse var rettmessig og velbegrunnet. I *Moreira Ferreira mot Portugal (No. 2)* ble EMDs tidligere avgjørelse tolket dithen at den ikke reise tvil om selve domfellelsen. I Bochan-komplekset konkluderte EMD i den første avgjørelsen med at ” ... having regard to the circumstances in which the applicant`s case was reassigned by the Supreme Court and the lack of sufficient reasoning in the domestic decisions ... the applicant`s right to a fair hearing ... was infringed”.<sup>374</sup> Å tolke denne uttalelsen som at rettergangen var rettferdig, står direkte i strid med EMDs konklusjon.

I *Moreira Ferreira*-komplekset konkluderte EMD i den første avgjørelsen med at ”The Court of Appeal`s re-examination of that question should therefore have comprised a full rehearing of the applicant ... Those factors are sufficient for the Court to conclude that in the instant case a public hearing should have been held before the appellate court. There has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention”.<sup>375</sup>

Det er ikke EMDs oppgave å ta stilling til selve resultatet i en nasjonal avgjørelse, ettersom artikkel 6 ikke gir rett på en innholdsmessig rettferdig dom. Når EMDs avgjørelse ble tolket som at den ikke reise tvil vedrørende selve domfellelsen, er dette således i tråd med EMDs materielle kompetanse. Likevel er det forskjell på om EMD tar stilling til om selve domfellelsen var feil, eller om den tar stilling til om konvensjonsbruddet kan ha påvirket domfellelsen. Det siste er ofte sannsynlig når det konkluderes med krenkelse av artikkel 6. En slik konklusjon vil ikke være i strid med EMDs materielle kompetanse. EMD valgte likevel her å ikke kritisere hvordan nasjonale domstoler tolket EMDs tidligere avgjørelse. Dette viser etter min mening en tilbakeholden overprøving av nasjonalstatens oppfølging av et konvensjonsbrudd.

For øvrig er det etter mitt syn vanskelig å se hvordan en slik sak kan omhandle nye omstendigheter som ikke ble avgjort ved første gangs behandling i EMD; alle forhold knyttet

---

<sup>373</sup> Avsnitt 96

<sup>374</sup> *Bochan mot Ukraina (No. 2)* avsnitt 85

<sup>375</sup> *Moreira Ferreira mot Portugal (No. 2)* avsnitt 34 og 35

til etterlevelsen av konvensjonsbruddet kunne vel umulig blitt avgjort ved avgjørelsen av konvensjonsbruddet i den første saken.

Spørsmålet om artikkel 46 ble avgjort under dissens. Det første dissenterende votum, bestående av syv dommere, mente at EMD her hadde gått utenfor sin kompetanse, fordi klagen ikke inneholdt ”new relevant facts affecting questions undecided by the initial judgement”.<sup>376</sup> Votumet konstaterte også med at artikkel 6.1 ikke var anvendelig i saken, og tok derfor ikke stilling til om artikkel 6 var brutt.

Det andre dissenterende votum mente at EMD hadde kompetanse under artikkel 46, og at artikkel 6 var anvendelig i saken. Når det gjaldt Supreme Courts tolkning av EMDs avgjørelse, ble det fremholdt at flertallet ikke kommenterte hvordan avgjørelsen burde tolkes, men likevel aksepterte Supreme Courts avgjørelse ”as not distorting the meaning of the previous Chamber judgement ...”.<sup>377</sup> Videre ble det uttalt at vilkårlighetstesten var en blank test, all den tid EMDs overprøving av den nasjonale avgjørelsen var begrenset til en formalistisk kontroll med begrunnelsen.<sup>378</sup> Denne uttalelsen ligger i kjernen av fjerdeinstansdoktrinen og omhandler hvor inngående EMD kan overprøve den nasjonale avgjørelse, eller begrunnelsen for den, med det formål å konstatere om avgjørelsen er vilkårlig slik at EMD i så fall har kompetanse til å konstatere krenkelse av artikkel 6.

I avsnitt 56 i dissensen blir det uttalt at flertallets tilnærming etterlater EMD som et rådgivende organ hvor nasjonale domstoler står fritt til å tolke EMDs avgjørelser så lenge de ”sets out some grounds, any grounds for its interpretation, regardless of the content of those ground”.<sup>379</sup> For det første er *Bochan mot Ukraina (No. 2)* et eksempel på at EMD ikke godtar enhver tolkning av EMDs avgjørelser. Dette viser at EMD ikke tillater enhver begrunnelse for nasjonale domstolers tolkning av EMDs avgjørelser.

For det annet har riktignok EMD kompetanse til å tolke sine egne avgjørelser jf. artikkel 46 nr. 3, som gir Ministerkomiteen adgang til å oversende et tolkningsspørsmål til domstolen. Ved å følge prosedyren som fremgår av artikkel 46, er det likevel fortsatt Ministerkomiteen som har ansvaret for å føre tilsyn med konvensjonsstatenes etterlevelse av EMDs avgjørelser. Det er derfor et poeng at domstolen ikke kan overprøve nasjonalstatens tolkning på eget

---

<sup>376</sup> Avsnitt 7 sammenholdt med avsnitt 6 i dissensen

<sup>377</sup> Avsnitt 54 i dissensen

<sup>378</sup> Avsnitt 55 i dissensen

<sup>379</sup> Avsnitt 56 i dissensen

initiativ, ettersom dette rokker ved den kompetansefordeling som uttrykkelig fremgår av artikkel 46 nr. 2.

For det tredje taper dissensen etter min mening av syne et grunnleggende poeng, nemlig at EMK-retten er et folkerettslig system. Riktignok har medlemslandene avgitt suverenitet og EMDs avgjørelser er bindende. I folkeretten er bindende avgjørelser likevel ikke noe nytt, det betyr simpelthen at statene må etterleve slike regler eller avgjørelser, ellers risikerer staten konsekvenser – folkerettslige sådanne. De folkerettslige innebærer ikke tvangstiltak som vi kjenner det fra det nasjonale rettsapparatet, men er like fullt sanksjoner. Etter mitt syn kan et folkerettslig tribunal være ”a judicial body” selv uten tvangsmyndighet.

## 10.4 Oppsummering

I *Moreira Ferreira mot Portugal (No. 2)* var EMD av den oppfatning at nasjonale domstoler ikke tolket EMDs tidligere avgjørelse på vilkårlig måte. EMD var tilbakeholden med overprøvingen av dette spørsmålet, og konstaterte bare at på grunn av forsiktige uttrykk i EMDs avgjørelse var det forsvarlig å tolke den slik nasjonale domstoler gjorde. Dissensen i *Moreira Ferreira mot Portugal (No. 2)* viser at dette elementet av fjerdeinstansen er uklart og omdiskutert. Den største kritikken som rettes mot flertallet, gjelder dog artikkel 46 som ligger noe på siden av fjerdeinstansdoktrinen. Som særlig dissens nummer to viser, grenser dette spørsmålet mot fjerdeinstansdoktrinen. For det første gjelder dette ved vurderingen av hva som ligger i vilkåret om nye omstendigheter, som tillater EMD å overprøve nasjonale domstolers oppfølging av konvensjonsbrudd. For det annet gjelder det ved vurderingen av hvilken kompetanse EMD har i spørsmålet om hvordan nasjonale domstoler har tolket EMDs avgjørelse.

I *Bochan mot Ukraina (No. 2)* konkluderte derimot EMD med at nasjonale domstoler tolket EMDs tidligere avgjørelse på vilkårlig måte, og at resulterte i at klager ikke fikk adgang til å prøve saken på nytt i lys av konvensjonsbruddet. En vesensforskjell mellom de to sakene er imidlertid at i *Bochan mot Ukraina (No. 2)* ble EMDs uttrykkelige konstatering av at rettferdighetsnormen var krenket, omtalt som å ikke være en krenkelse av konvensjonen. Dette var tydeligvis en så åpenbar feiltolkning at EMD ikke kunne la domstolene stå uten kritikk. Selv om begrunnelsen i *Moreira Ferreira mot Portugal (No. 2)* etter mitt syn, og også ifølge dissensen, var diskutabel, ga den imidlertid en slags begrunnelse for sin tolkning. Begrunnelsen stod ikke i åpenbar strid med det EMD konstaterte i den tidligere avgjørelsen. Som gjennomgangen av teori viste, kan *Bochan mot Ukraina (No. 2)* tyde på den tendens at

EMD får rollen som en ankeinstans i konkrete medlemsland. Av hensyn til subsidiaritetsprinsippet er det viktig at EMD ikke påtar seg rollen som en nasjonal ankeinstans selv om nasjonale domstoler mangler tillit i befolkningen.

## DEL III Konklusjoner og betraktninger

### 11 Samsvarer EMDs uttalelser med realiteten i EMDs overprøving?

Analysedelen har vist at EMD ikke alltid overholder rammene for domstolens materielle kompetanse når den overprøver nasjonale avgjørelser. Samtidig har analysedelen vist at grensen for EMDs materielle kompetanse er vanskelig å fastlegge. For eksempel gir kravet om ”proper examination” anledning til å foreta en overprøving av hvordan nasjonale dommere har tatt stilling til nasjonal rett og sakens faktiske side. Begrunnelseskravet aktualiserer en særlig problematikk med hensyn til grensdragningen mellom en prosessuell overprøving av begrunnelsen og en innholdsmessig overprøving av den nasjonale avgjørelsen. Dette blir tydeliggjort i form av sterke dissenser i de avgjørelser som gjelder begrunnelseskravet. Dissensene gjelder i stor grad den prinsipielle tilnærmingen til EMDs materielle kompetanse.

Under elementet anvendelse av nasjonal rett, har EMD vist seg å stort sett handle innenfor rammene av fjerdeinstansdoktrinen. EMD gjør dette både ved å vise tilbakeholdenhet i overprøvingen av nasjonal rett, og ved å være transparent i vurderingen av om unntakene for fjerdeinstansdoktrinen er anvendelig. I *Van Kück mot Tyskland* derimot, foretok EMD en inngående overprøving av nasjonale domstolers vurderinger, når den var uenig i at vilkåret ”nødvendig medisinsk behandling” måtte tolkes som ”eneste mulige behandling”. EMD mente faktisk at vilkåret, som fremgikk av en privat forsikringsavtale, ikke innebar en rettslig vurdering overhodet. Dette gir klare føringer til nasjonale domstoler om hvordan den skulle anvendt nasjonal rett i den konkrete saken.

Ved overprøving av sakens faktiske side har EMD vist tendenser til å foreta inngående overprøving av hvordan nasjonale domstoler har vurdert bevisene i en konkret sak. *Van Kück mot Tyskland* er illustrerende også her. *Vetrenko mot Moldova* kan også tas til inntekt for dette, selv om bevisbedømmelsen av flertallet ble vurdert i tilknytning til begrunnelseskravet. Dette understreker bare den uklare grensen mellom en prosessuell overprøving av begrunnelseskravet og en innholdsmessig overprøving av den nasjonale avgjørelsen. I *Tamminen mot Finland* overprøvde EMD både de faktiske forholdene i saken, og subsumerte disse under deres egen tolkning av nasjonal rett.

Når det gjelder resultatkontroll er dette elementet etter mitt syn det mest problematiske, særlig i spørsmål om begrunnelse av rettsavgjørelser. Begrunnelsen er gjerne uttrykk for hvorfor den nasjonale rettsavgjørelse endte med et bestemt utfall. Det er dermed en sløret grense mellom innholdet i en avgjørelse og begrunnelsen av innholdet i en avgjørelse. Når EMDs materielle kompetanse er begrenset til å gjelde begrunnelsen av innholdet i en avgjørelse, aktualiserer dette en praktisk vanskelig grensedragning.

I tillegg har EMDs stilt tilsynelatende prosessuelle krav til begrunnelsens karakter, som i realiteten innebærer en utvidet kompetanse for EMD i begrunnelsessaker. Jeg sikter her til kravet om at nasjonale domstoler må kommentere relevante og viktige anførsler og argumenter. Dette nødvendiggjør en vurdering av hvilke anførsler og argumenter som er relevante og viktige. Denne vurderingen har EMD generelt uttalt at den ikke har kompetanse til å overprøve. For å vurdere om nasjonale domstoler har begrunnet sin avgjørelse i tråd med konvensjonens krav, blir det dermed nødvendig å foreta vurderinger som ligger utenfor EMDs kompetanse. Dissensene i disse dommene viser at dette området er særlig problematisk med hensyn til fjerdeinstansdoktrinen.

Innholdskontroll er det mest kontroversielle, men likevel etter mitt syn det minst problematiske elementet av fjerdeinstansdoktrinen. Jeg begrunner dette delvis i hvor sjeldent EMD foretar en slik innholdskontroll, samt at EMD bør ha anledning til å sensurere avgjørelser som åpenbart krenker konvensjonens rettigheter. Som *Khamidov mot Russland* viste, er EMD også overraskende nok mer transparent i disse sakene enn ellers hvor fjerdeinstansproblematikk blir aktualisert. Dette handler etter mitt skjønn om at EMD i disse sakene tar innover seg at den er en menneskerettsdomstol med et kontrollansvar for at medlemsstatene sikrer og gjennomfører menneskerettighetene. Graverende og alvorlige menneskerettsbrudd under artikkel 6 bør adresseres til de statene det gjelder, og denne oppgaven har EMD vist seg å ta på alvor de gangene den får slike saker til behandling.

EMDs overprøving av nasjonalstatenes oppfølging av konvensjonsbrudd utgjør en litt annerledes kategori, først og fremst fordi EMDs materielle kompetanse i de sakene gjelder artikkel 46. Denne vurderingen blir dermed noe annerledes enn hvor vurderingen omhandler den materielle kompetanse som fremgår av artikkel 32. Likevel reiser disse sakene fjerdeinstansproblematikk i vurderingen av hvordan domstolene har tolket EMDs tidligere avgjørelser. EMD har i disse sakene vist en tilbakeholden overprøving av nasjonale domstolars tolkning av EMDs avgjørelser. I *Moreira Ferreira mot Portugal (No. 2)* var EMD

tilbakeholden med overprøvingen av domstolenes tolkning i tråd med fjerdeinstansdoktrinen. I *Bochan mot Ukraina (No. 2)* tolket nasjonale domstoler EMDs avgjørelse på en måte som ikke korresponderte med EMDs konklusjon. Dette var ifølge EMD vilkårlig fordi det var umulig å lese EMDs avgjørelse på denne måten. EMD begrunnet her hvorfor den fant tolkningen vilkårlig. Avgjørelsen er dermed et eksempel på en transparent vurdering av unntakene fra fjerdeinstansdoktrinen.

## **12 Kan EMDs overprøving av nasjonale rettsavgjørelser rettferdiggjøres?**

I dette kapitlet er formålet å undersøke hvorvidt det finnes forhold som kan begrunne hvorfor EMD prøver omstendigheter som ligger utenfor dens materielle kompetanse, og om disse forhold eventuelt kan forsvarliggjøre eller rettferdiggjøre denne overprøvingen.

Når det gjelder EMDs overprøving av nasjonal rett må det bemerkes at nasjonal rett er helt sentral i gjennomføringen av menneskerettighetene. Dette tilsier at overprøving av domstolenes rettsanvendelse kan rettferdiggjøres. Likevel er det avgjørende etter min mening at nasjonal rett er et resultat av en demokratisk prosess, og at nasjonale domstoler som rettsanvendere også har demokratisk legitimitet. EMK-systemet skiller seg fra EU hvor formålet er å standardisere regelverk i medlemslandene. Ved å tre inn i EU har imidlertid nasjonalstatene akseptert slik lovgivningsmyndighet og således avgitt den nødvendige suverenitet. En slik suverenitetsavgivelse har statene ikke foretatt ved tiltredelsen til EMK.

På den annen side har EMDs overprøving av nasjonale domstolers rettsanvendelse bidratt til viktig utvikling i menneskerettighetenes stilling i nasjonalstatene. *Van Kück mot Tyskland* er et illustrerende eksempel, som også er trukket frem i juridisk teori. Avgjørelsen har, sammen med blant annet *Christine Goodwin mot Storbritannia*, bidratt til å styrke transseksuelles stilling i Europa.

Om overprøving av sakens faktiske side kan rettferdiggjøres, har jeg funnet mer tvilsomt. En overprøving av sakens faktiske side åpner for en vid kompetanse for EMD, ved at den får kompetanse til å tolke bevisene selvstendig. Dette kan igjen lede til et annet resultat enn den nasjonale avgjørelse. I tillegg er det av betydning at EMD faktisk ikke har hørt eller sett bevisene som føres for nasjonale domstoler, eller vært vitne til hvor fremtredende det aktuelle



beviset var under rettssaken. Dette ble trukket frem i *Vetrenko mot Moldova* og har etter min mening mye for seg. Dette tilsier at EMD bør være tilbakeholden med å overprøve sakens faktiske side.

Når det gjelder begrunnelseskravet har analysedelen vist at dette elementet i stor grad aktualiserer fjerdeinstansproblematikk. For å ta stilling til om EMDs vidtgående overprøving kan rettferdiggjøres, må hensynene bak begrunnelseskravet trekkes frem. EMD har selv uttalt at begrunnelseskravet skal sikre blant annet at partene har blitt hørt og at en ankedomstol skal kunne overprøve saken. For EMDs overprøving av begrunnelsen er det hensynet til partene som eventuelt må rettferdiggjøre en slik overprøving, ettersom EMD ikke er satt til å ivareta hensynet til en eventuell ankedomstol. EMD skal ivareta hensynet til borgerne. At det har en verdi for partene å vite hvorfor utfallet av saken ble det ene eller det andre, kan nok forsvare en viss overprøving av nasjonale domstolars begrunnelse.

Dette hensynet kan imidlertid etter mitt syn ivaretas gjennom en mer tilbakeholden overprøving av om domstolene har gitt en forsvarlig begrunnelse. EMD overprøver tilsynelatende nasjonale domstolars begrunnelse på en måte som gir anledning til å vurdere innholdet i selve avgjørelsen. Etter mitt syn kan dette vanskelig rettferdiggjøres foruten i de grovste tilfeller. I de grovste tilfellene, slik som i *Khamidov mot Russland*, oppstår det imidlertid ikke den samme fjerdeinstansproblematikken fordi EMD i disse tilfellene er mer transparent.

Selv om EMD ikke er en ankedomstol, er det imidlertid av betydning at domstolene begrunner sine avgjørelser. Begrunnelse av en rettsavgjørelse gir en god indikasjon på om prosessen har vært rettferdig. EMDs overprøving av begrunnelsen kan etter min mening også anses som en oppfordring til nasjonale domstoler. Dersom nasjonale domstoler begrunner sine avgjørelser, er som utgangspunkt artikkel 6 ivaretatt. Analysedelen har imidlertid vist at EMD overprøver hvilke argumenter den finner relevant, og konkluderer med krenkelse av artikkel 6 dersom nasjonale domstoler ikke kommenterer disse argumentene. Dette er først og fremst problematisk fordi EMD ikke har kompetanse til å vurdere hvorvidt argumenter er relevante eller ikke. En inngående overprøving av hvorvidt argumenter er relevante eller ikke vil også kunne resultere i at nasjonale domstoler må kommentere detaljert på ethvert argument for å overholde konvensjonens krav.

En slik begrunnelsespraksis reiser spørsmål om effektivitet og prosessøkonomiske hensyn i nasjonalstaten. Dette er avveininger som nasjonalstaten står nærmest til å foreta.

Begrunnelseskravet i seg selv innebærer en viss begrensning i denne avveiningen.

Nasjonalstaten kan ikke føre en praksis hvor begrunnelseskravet neglisjeres av hensyn til effektivitet og prosessøkonomiske hensyn. Dette vil medføre krenkelse av konvensjonen. Jeg mener likevel det må gå en grense for hvor langt EMD kan strekke begrunnelseskravet.

Domstolene kan ikke tvinges til å kommentere enhver anførsel, ethvert argument eller ethvert bevis for å tilfredsstillere konvensjonens krav. Dette vil kunne gå utover den skjønnsmargin nasjonalstaten er tilkjent med hensyn til gjennomføring av konvensjonens rettigheter.

Det siste elementet gjelder nasjonalstatenes oppfølging av konvensjonsbrudd. Etter mitt syn er det mest kritikkverdige under dette elementet at EMD anser seg kompetent til å behandle saker som etter konvensjonen uttrykkelig tilligger Ministerkomiteen. Under forutsetning av at EMD faktisk har materiell kompetanse i saken, må den etter mitt syn kunne rette innvendinger mot hvordan nasjonale domstoler har tolket EMDs avgjørelser ettersom dette har direkte innvirkning på utfallet av saken. I både *Bochan mot Ukraina (No. 2)* og *Moreira Ferreira mot Portugal (No. 2)* var domstolenes tolkning av EMDs avgjørelser det som utgjorde hovedelementet av domstolenes ”examination”. Når dette var tilfellet, og EMD først ga seg selv kompetanse til å behandle saken, rettfærdiggjør dette en inngående overprøving av domstolenes tolkning.

## 13 Avsluttende betraktninger

Analysen har vist at EMD i flere tilfeller foretar overprøvinger som gir domstolen karakter av å være en fjerde instans. Dette er ikke i tråd med verken konvensjonens artikkel 32, EMDs uttalelser om dens materielle kompetanse eller med folkerettens suverenitetsprinsipp. Enkelte av disse avgjørelsene har likevel vist seg å representere viktig kontroll med nasjonalstatenes etterlevelse av grunnleggende menneskerettigheter. Enkelte avgjørelser kan også etter mitt skjønn til en viss grad rettferdiggjøres på bakgrunn av ulike hensyn som vist i kapittel 12.

Goss argumenterer for at EMD har oppstilt så mange unntak fra fjerdeinstansdoktrinen at unntakene er blitt hovedregelen. Jeg er ikke enig i dette synet. EMDs uttalelser om fjerdeinstansdoktrinen viser for det første at ”vilkårlig” eller ”urimelig” utgjør en felles terskel for når EMD har kompetanse til å overprøve spørsmål som i utgangspunktet faller inn under doktrinen. Vurderingen av om et tilfelle er å anse som vilkårlig eller urimelig, varierer imidlertid med den konkrete saken og skaper uforutsigbarhet knyttet til hvor langt EMDs materielle kompetanse strekker seg. Det er også et paradoks at EMD selv skal vurdere sin egen materielle kompetanse. Dette kan resultere i at kompetansen strekker seg utover den suverenitet statene avga gjennom tiltredelsen til EMK.

At EMD bør ha anledning til å sensurere vilkårlige eller urimelige nasjonale avgjørelser, er jeg ikke i tvil om. Jeg er derimot ikke overbevist om at denne terskelen er nådd i alle avgjørelser hvor EMD gjør unntak fra fjerdeinstansdoktrinen.

Dahlberg på sin side argumenterer for at EMD ikke kan tolke artikkel 6 effektivt og samtidig overholde fjerdeinstansdoktrinen. Hun baserer denne konklusjonen på at EMD i artikkel 6-saker enten lar effektiv tolkning veie tyngst, eller lar fjerdeinstansdoktrinen veie tyngst. Når Goss snakker om unntak fra fjerdeinstansdoktrinen, snakker altså Dahlberg om at fjerdeinstansdoktrinen enten praktiseres eller ikke i det hele tatt.

Dahlberg mener altså at fjerdeinstansproblematikken er en følge av EMDs dynamiske tolkning av konvensjonen. I utgangspunktet er jeg uenig i dette, fordi tolkning av artikkel 6 ligger innenfor EMDs materielle kompetanse jf. artikkel 32. Overprøving av nasjonale rettsavgjørelser gjør ikke det. Likevel viser EMDs praksis at konkrete resultater senere tas til inntekt for generelle krav til nasjonale rettsavgjørelser. Et eksempel er *De Moor mot Belgia* hvor EMD kom frem til at begrunnelsen ikke var tilstrekkelig fordi den manglet lovgrunnlag. Denne avgjørelsen er senere tatt til inntekt for å innfortolke et krav om ”juridisk holdbar

begrunnelse". Dersom EMD i den konkrete avgjørelsen i realiteten overprøvde den nasjonale rettsavgjørelsen, kan dette lede til at EMD i neste dom og under henvisning til et generelt krav, overprøver den nasjonale rettsavgjørelse igjen. I de senere avgjørelsene er overprøvingen tilsynelatende prosessuell, fordi det generelle kravet nå er blitt innfortolket som et prosessuelt krav under artikkel 6.1. Det er etter mitt syn dette som har skjedd med hensyn til "silence of the court"-regelen.

Når det gjelder den mye omtalte saksmengden til EMD, er det klart at denne ikke blir forbedret av at EMD behandler saker den i utgangspunktet ikke har materiell kompetanse til å behandle. Dette er imidlertid et spørsmål om EMDs effektivitet skal gå på bekostning av menneskerettighetenes stilling.

For EMDs legitimitet er det et problem dersom EMD får en mer aktiv og anke-domstolsliknende rolle i enkelte land, slik som for eksempel Ukraina. Det alternativ som har vært fremmet om å innskrenke EMDs myndighet overfor "bedre" utviklede land, er etter mitt syn ikke veien å gå. Dette vil sannsynligvis få flere ulemper enn fordeler; Det vil sende ut et signal til Europa som i verste fall kan medføre at de landene som har behov for vidtgående kontroll av EMD, melder seg ut av EMK-systemet.

Det må også legges til at de vesteuropeiske landene heller ikke er feilfrie. Selv om det er et skille mellom de klart mest alvorlige tilfeller av menneskerettighetsbrudd, er det likevel enighet i Europa om at menneskerettigheter som vi anerkjenner som en del av en moderne rettsstat, utgjør et bredt spekter. EMDs dynamiske tolkningsstil har riktignok medført at disse rettighetene er blitt utvidet og mer detaljorientert. Etter mitt syn må dette eventuelt angripes under henvisning til EMDs rettighetsutviklende rolle. Dersom EMDs kompetanse blir begrenset, er det fare for at menneskerettighetenes stilling blir svekket. Kanskje kan mange stater sikre og gjennomføre menneskerettighetene også uten en aktiv kontrollmekanisme. Sannsynlig er det i alle fall at de stater som i dag ikke implementerer menneskerettighetene på en tilfredsstillende måte, ikke vil komme bedre ut dersom EMD får en mer tilbakeholden rolle. Etter mitt syn er dette en mer kritisk situasjon på verdensbasis enn at velutviklede stater også må tåle en viss overvåking.

Jeg er ikke enig i Aass' påstand om at det for de velutviklede landene er så enkelt som å overholde konvensjonen, så vil EMD avvise saken eller konkludere med at konvensjonen ikke er brutt. Etter mitt syn er diskusjonen dypere og mer prinsipielt enn som så. EMK-retten og

EMDs kompetanse er knyttet til folkeretten, statssuverenitet og kompetansefordeling mellom internasjonale tribunaler og nasjonale domstoler. For det første er diskusjonen prinsipiell fordi folkeretten innebærer at internasjonal kompetanse og nasjonal suverenitet går hånd i hånd. I tillegg er diskusjonen problematisk i praksis. EMD tolker konvensjonsrettighetene dynamisk, noe som innebærer at innholdet i rettighetene stadig er i endring. Dette innebærer at det ikke bare er for statene å overholde konvensjonen for å unngå konvensjonsbrudd. På tross av den prinsipielle karakteren disse diskusjonene har, er EMK-retten og EMD i dag vesentlig forskjellig fra store deler av den generelle folkeretten. Hvorvidt systemet kan og bør endres av hensyn til suverenitetsprinsippet fordi systemet har blitt mer effektivt enn antatt, lar jeg stå åpent.

## **Kildeliste**

### **Bøker**

Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den europeiske menneskerettigheds konvention – for praktikere*, 2. utgave (København 2007)

Bertelsen, Tor Ehlers, *EMK* (Bergen 2011)

Fleischer, Carl August, *Folkerett*, 8 utgave (Oslo 2005)

Møse, Erik, *Menneskerettigheter* (Arusha 2002)

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, 4. utgave (Oslo 2011)

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, (Bergen 2015)

Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den europeiske menneskerettigheds konvention – for praktikere*, 4. utgave (Strasbourg 2016)

### **Artikler**

Bendiksen, Lena Renate L., ”Dommer og avvisningsavgjørelser av den europeiske menneskerettighetsdomstol som rettskilder” i *Retts hjelp fra kyst til vidde – Festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år, 2009* s. 58

Settem, Ola Johan, ”Subsidiaritet og skjønnsmarginen i EMK-systemet”, *Jussens Venner*, 2016 s. 119-141

Søvig, Karl Harald, ”Rett til refusjon av utgifter etter kjønnskifteoperasjon – EMD som fortolker av helseforsikringsvilkår – Van Kück mot Tyskland, dom av 12. juni 2003, RJD 2003-VIII (Klagenr. 35968/97 (EMD-1997-35968))”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål nr. 2, 2007* side 164-169

### **Internasjonale kilder**

FNs erklæring om menneskerettigheter 10. november 1948

FN-pakten 26. juni 1945

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter

FNs konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter

Wienkonvensjonen om traktatretten 23. mai 1969

Vedtekter for Den internasjonale domstol 26. juni 1945

Europarådets Explanatory Report til protokoll 11

Europarådets Explanatory Report til protokoll 14

Europarådets Explanatory Report til protokoll 15

High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights: Interlaken  
Declaration

High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights: Izmir  
Declaration

High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights: Brighton  
Declaration

High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights: Brussel  
Declaration

EMDs "factsheet" vedrørende Pilot Judgements (februar 2018)

EMDs Rules of Court

EMDs "Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights"

### **Avgjørelser fra Høyesterett**

Rt. 1999 s. 961

### **Avgjørelser fra EMD**

A, B, C mot Irland	EMDs dom 16. desember 2010 (25579/05)
Axel Springer AG mot Tyskland	EMDs dom 7. februar 2012 (39954/08)
Nenkova Lalova mot Bulgaria	EMDs dom 11. desember 2012 (35745/05)
Kachel mot Polen	EMDs dom 23. september 2008 (22930/05)
Moreira Ferreira mot Portugal (No. 2)	EMDs dom 11. juli 2017 (19867/12)
Khamidov mot Russland	EMDs dom 15. november 2007 (72118/01)
Golder mot Storbritannia	EMDs dom 21. februar 1975 (4451/70)
Perez mot Frankrike	EMDs dom 12. februar 2004 (47287/99)
Stes Colas Est m. flere mot Frankrike	EMDs dom 16. april 2002 (37971/97)

Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia	EMDs dom 15. desember 2011 (26766/05 og 22228/06)
Tomic m. flere mot Montenegro	EMDs dom 17. april 2012 (18650/09, 18676/09, 18679/09, 38855/09, 38859/09, 38883/09, 39589/09, 39592/09, 65365/09 og 7316/10)
Matos E Silva, LDA. m. flere	EMDs dom 16. september 1996 (15777/89)
Engel m. flere mot Nederland	EMDs dom 8. juni 1976 (5100/71, 5101/71, 5354/72 og 5370/72)
Ferrazzini mot Italia	EMDs dom 12. juli 2001 (44759/98)
Sejdovic mot Italia	EMDs dom 1. mars 2006 (56581/00)
Correia de Matos mot Portugal	EMDs dom 4. april 2018 (56402/12)
Cocchiarella mot Italia	EMDs dom 29. mars 2006 (64886/01)
Burmych m. flere mot Ukraina	EMDs dom 12. oktober 2017 (46852/13, 47786/13, 54125/12, 56605/13 og 3653/14)
Murray mot Storbritannia	EMDs dom 28. oktober 1994 (14310/88)
TV Vest AS og	
Rogaland Pensjonistparti mot Norge	EMDs dom 11. desember 2008 (21132/05)
Gillow mot Storbritannia	EMDs dom 24. november 1986 (9063/80)
Chapman mot Storbritannia	EMDs dom 18. januar 2001 (27238/95)
Johansson mot Finland	EMDs dom 6. september 2007 (10163/02)
Connors mot Storbritannia	EMDs dom 27. mai 2004 (66746/01)
Evans mot Storbritannia	EMDs dom 10. april 2007 (6339/05)
Karpenko mot Russland	EMDs dom 13. mars 2012 (5605/04)
Bochan mot Ukraina (No. 2)	EMDs dom 5. februar 2015 (22251/08)
Austin m. flere mot Storbritannia	EMDs dom 15. mars 2012 (39692/09, 40713/09 og 41008/09)
Fruni mot Slovakia	EMDs dom 21. juni 2011 (8014/07)
Dombo Beheer B.V. mot Nederland	EMDs dom 27. oktober 1993 (14448/88)
Regner mot Tsjekkia	EMDs dom 19. september 2017 (35289/11)



Tibet Mentes m. flere mot Tyrkia	EMDs dom 24. oktober 2017 (57818/10, 57822/10, 57825/10, 57827/10 og 57829/10)
Pellegrini mot Italia	EMDs dom 20. juli 2001 (30882/96)
Vilen mot Finland	EMDs dom 17. februar 2009 (22635/04)
Ruiz Torija mot Spania	EMDs dom 9. desember 1994 (18390/91)
De Moor mot Belgia	EMDs dom 23. juni 1994 (16997/90)
Peric mot Kroatia	EMDs dom 27. mars 2008 (34499/06)
Mala mot Ukraina	EMDs dom 3. juli 2014 (4436/07)
Perez de Rada Cavanilles mot Spania	EMDs dom 28. oktober 1998 (28090/95)
Andelkovic mot Serbia	EMDs dom 9. april 2013 (1401/08)
Van Kück mot Tyskland	EMDs dom 12. juni 2003 (35968/97)
Centro Europa 7 S.R.L. og	
Di Stefano mot Italia	EMDs dom 7. juni 2012 (38433/09)
Tamminen mot Finland	EMDs dom 15. juni 2004 (40847/98)
Bochan mot Ukraina	EMDs dom 3. mai 2007 (7577/02)
Vetrenko mot Moldova	EMDs dom 18. mai 2010 (36552/02)
Christine Goodwin mot Storbritannia	EMDs dom 11. juli 2002 (28957/95)
Miller mot Sverige	EMDs dom 8. februar 2005 (55853/00)
Tatishvili mot Russland	EMDs dom 22. februar 2007 (1509/02)
Hiro Balani mot Spania	EMDs dom 9. desember 1994 (18064/91)
Gradinar mot Moldova	EMDs dom 8. april 2008 (7170/02)

### **Nettbaserte kilder**

[https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2017\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2017_ENG.pdf) (sist lest 11. april 2018)

[www.e-ir.info/2017/07/27/implications-of-brexit-for-the-european-convention-on-human-rights/](http://www.e-ir.info/2017/07/27/implications-of-brexit-for-the-european-convention-on-human-rights/) (sist lest 30. april 2018)

[www.e-ir.info/2017/07/05/brexit-and-the-future-of-the-european-convention-on-human-rights/](http://www.e-ir.info/2017/07/05/brexit-and-the-future-of-the-european-convention-on-human-rights/) (sist lest 30. april 2018)

<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-human-rights-european-court-echr-leave-after-theresa-may-tories-european-parliament-eu-a8096546.html> (sist lest 1. mai 2018)

[https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2017\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2017_ENG.pdf) (sist lest 1. mai 2018)

<https://www.ejiltalk.org/twenty-years-of-the-echr-in-ukraine/> (Sist lest 17. november 2017)

<https://www.regjeringen.no/no/tema/utenrikssaker/folkerett/folkerett/id2076280/> (Sist lest 2. mai 2018)

[www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx) (Sist lest 1. mai 2018)

<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/34386> (Sist lest 18. april 2018)

<https://helsinki.org.ua/en/articles/97-year-old-woman-abused-on-two-occasions-the-supreme-court-of-ukraine-in-the-european-court-4/> (Sist lest 17. november 2017)

<https://www.ejiltalk.org/twenty-years-of-the-echr-in-ukraine/> (Sist lest 17. november 2017)

## **Vedlegg**

Vedlegg 1: Ryan Goss, "The European Courts Role in Article 6 Cases"