

Udgivet siden 1919

Juristen

Nummer 1 | Januar 2010

Essays

FN konventionen om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder
Af Ida Elisabeth Koch

side 3

Ny individuel klageprocedure under FN-konvention
Af Jacob Mchangama

side 8

Artikler

Tabsbegrænsningspligt i ansættelsesforhold
Af Bo Lauritzen og Snorre Andreas Kehler

side 16

Debat

Uorganiserede lønmodtageres stilling ved overenskomstimplementering af EU-direktiver
Af Ole Hasselbalch

side 23

Til forvar for det kontrafaktiske og andre sære begreber
Af Sten Schaumburg-Müller

side 26

Nye domme

Delt bevisbyrde i ligestillingssager
Af Ruth Nielsen

Side 32

djøf

Ny individuel klageprocedure under FN-konvention

– Bør Danmark ratificere tillægs-protokollen til konvention om sociale, økonomiske og kulturelle rettigheder?

**Af Jacob Mchangama, Chefjurist CEPOS
og ekstern lektor på Københavns Universitet**

Indledning

Danmarks internationale menneskerettighedspolitik dækker både over borgerlige og politiske rettigheder (»BPR«) – som ytringsfrihed, forbud mod tortur og forsamlingsfrihed – og økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (»ØSKR«) – som ret til en tilstrækkelig levefod, bolig og sundhed. Begge disse rettighedstyper findes i FNs Universelle Menneskerettighedserklæring fra 1948 men blev i 1966 skilt i hver deres konvention. Siden FNs Verdenskonference om Menneskerettigheder i Wien i 1993, har det dog været officiel FN politik, at de to rettighedstyper anses for at være »udelelige«. I modsætning til Konventionen om Borgerlige og Politiske Rettigheder (»CCPR«) har der hidtil ikke været mulighed for individuel klageadgang under Konventionen om Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder (»CESCR«). Denne forskel ophævedes med vedtagelsen af en tillægsprotokol til CESCR (Protokollen) i september 2009. Denne artikel behandler spørgsmålet om, hvorvidt det er hensigtsmæssigt at Danmark ratificerer Protokollen. Artiklen vil indledningsvist tage udgangspunkt i CESCRs ordlyd og tilblivelse, der viser, at individuel klageadgang bevidst blev udeladt. Herefter vil artiklen behandle dele af Komiteen for Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheders (»Komiteen«) praksis og CESCRs status i dansk ret. Artiklen vil søge at påvise, at Komiteens fortolkning af CESCR er særdeles vidtgående og hverken har grundlag i ordlyden eller forarbejder til CESCR. Disse forhold vil derfor medføre en risiko for, at væsentlige spørgsmål om fordelingspolitik og økonomiske og sociale prioriteringer vil kunne underkendes af Komiteen, såfremt Danmark ratificerer Protokollen og følger Komiteens afgørelser.

CESCR

Ordlyden af CESCR

CESCR adskiller sig på afgørende vis fra CCPR. Artikel 2(1) i CESCR fastslår, at konventionsstaterne bl.a. forpligter sig til

i videst mulig udstrækning og ved alle egnede midler, herunder især lovgivningsforanstaltninger, at træffe forholdsregler med henblik på den

fremadskridende fulde virkeliggørelse af de i denne konvention vedtagne rettigheder.

CCPRs artikel 2(1) forpligter konventionsstaterne til

at respektere og tilsikre alle personer, der befinder sig inden for dens område og er undergivet dens jurisdiktion, de i denne konvention anerkendte rettigheder uden forskelsbehandling af nogen art...

CCPRs artikel 2(3) fastslår, at konventionsstaterne skal sikre »effektive retsmidler«, der kan afgøres af »kompetente judicielle, administrative eller lovgivende myndigheder«.

I modsætning til CCPRs umiddelbare forpligtelser og eksplicite krav om effektive retsmidler indeholder CESCRs artikel 2(1) et langt mere uklart og kvalificeret ordsprog. »Forholdsregler«, »videst mulig udstrækning« og særligt henvisningen til »fremadskridende fulde virkeliggørelse« er alle upræcise begreber som tydeliggør, at de virkemidler hvormed CESCRs rettigheder skal opnås overvejende er overladt til staterne selv, hvorfor rettighederne i overvejende grad har karakter af vage programmerklæringer.

Dette mønster går igen når man sammenligner de fleste af de materielle rettigheder i konventionerne. Ifølge CESCR »anerkender« staterne de fleste af rettighederne deri såsom retten til at arbejde, til social tryghed, og til en tilstrækkelig levefod. Hovedparten af CCPRs rettigheder er derimod langt mere præcist udformet. CCPR fastslår bl.a., at »ethvert menneske har en naturgiven ret til livet«, »Enhver har ret til frihed og personlig sikkerhed« og at »Ingen må underkastes tortur eller grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf«.

Ordlyden af de to konventioner synes at bekræfte den klassiske opfattelse af CCPR som hovedsageligt indeholdende »negative« begrænsninger af statsmagtens beføjelser, mens rettighederne i CESCRs overvejende er af »positiv« karakter i form af statens forpligtelse til aktivt at søge dem realiseret.

Både CESCR og CCPR indeholder dog undtagelser til denne hovedregel. CESCRs artikel 2(2) forpligter staterne til at »garantere«, at rettighederne gennemføres uden for-

skelsbehandling. Forpligtelsen til at »garantere« kan ikke siges at have samme vage karakter som »anerkender« og er derfor en umiddelbar forpligtelse. Artikel 2(2) knytter sig dog alene til »gennemførelsen« af de materielle rettigheder i CESCER, ikke til selve den underliggende konventionsrettigheds indførelse eller overholdelse som sådan. Der er dermed reelt ikke forskel på ØSKR artikel 2(2) og CCPRs artikel 26, som udgør et generelt forbud mod forskelsbehandling, men ikke (nødvendigvis) et menneskeretligt krav på det underliggende gode, som der i en given sag måtte være forskelsbehandlet i forhold til.

CESCERs artikel 8 fastslår, at staterne »forpligter sig til at sikre« retten til bl.a. »at oprette og indmelde sig i fagforeninger efter eget valg«. Denne ret kan alene begrænses i henhold til love, der er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til bl.a. national sikkerhed. Artikel 8 er således opbygget over samme skabelon som foreningsfriheden i CCPRs artikel 22 (og den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMRK) artikel 11). Det er sigende, at artikel 8 der, i sin essens er af negativ karakter, anvender ordlyden »forpligter sig til at sikre« i modsætning til CESCERs øvrige rettigheder der typisk alene »anerkendes«.

CCPR indeholder også enkelte eksempler på rettigheder, der umiddelbart har karakter af programmerklæringer som eksempelvis artikel 23 (1) der fastslår, at »Familien er samfundets naturlige og grundlæggende gruppenhed og har ret til samfundets og statens beskyttelse«, samt artikel 24, der giver mindreårige ret til »beskyttelsesforanstaltninger fra familiens, samfundets og statens side«. Disse undtagelser demonstrerer, at spørgsmålet om judiciabilitet ikke afgøres af, hvorvidt en rettighed er placeret i den ene eller anden kategori, men af rettighedens udformning. Men selv med denne præcisering må det fastslås, at langt størstedelen af rettighederne i CESCER er vagt formulerede programmerklæringer, mens størstedelen af rettighederne i CCPR er relativt præcist formulerede og umiddelbart forbindende. Endvidere vil de rettigheder i CESCER, som er tilstrækkeligt præcist formulerede typisk være indeholdt i CCPR og/eller EMRK, og derfor allerede være undergivet individuel klageadgang.

CESCERs tilblivelse

CESCER blev vedtaget af FN's Generalforsamling 16. december 1966 og trådte i kraft den 3. januar 1976, samtidigt med CCPR. Begge konventioner har baggrund i bestræbelserne på at skabe en juridisk bindende konvention baseret på Verdenserklæringen om Menneskerettigheder fra 1948. Det første udkast til en juridisk bindende konvention indeholdt dog alene BPR. I 1950 pålagde FN's Økonomiske og Sociale Råd (ECOSOC) ved resolution 303 I (XI) dog Menneskerettighedskommissionen at inkludere både BPR og ØSKR. I 1952 besluttede FN's Generalforsamling at splitte konventionen op i to.¹ Ifølge

litteraturen er en dominerende forklaringsmodel for opsplitningen de ideologiske forskelle mellem Vest og Øst under den Kolde Krig.² Denne forklaringsmodel finder dog kun delvis støtte i forarbejderne til CESCER (og Verdenserklæringen). Selv mange af de lande og eksperter, der anså ØSKR for nødvendige anerkendte, at disse rettigheder adskilte sig fra BPR og derfor ikke ville kunne håndhæves på samme måde.³

Under forhandlingerne til Verdenserklæringen fik franskmændene Rene Cassin, der regnes for en af Verdenserklæringens vigtigste fædre, tilslutning til en »paraply« bestemmelse, der skulle indsættes før opregnelsen af ØSKR. I den endelige version (artikel 22) fastslår denne bestemmelse, at

Enhver har som medlem af samfundet ret til social tryghed og har krav på, at de økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, der er uundværlige for hans værdighed og hans personligheds frie udvikling, gennemføres ved nationale foranstaltninger og internationalt samarbejde og i overensstemmelse med hver stats organisation og hjælpemidler.

Dermed blev ØSKR kvalificerede i forhold til BPR og fokus skulle ikke være på umiddelbar håndhævelse i form af effektive retsmidler. Cassin begrundede dette med, at

Rights to life and liberty were unconditional. The realization of economic and social rights, on the other hand, involved material assistance on the part of the State.⁴

Canadierne John Humphrey fik i 1950 i sin kapacitet som leder af FN's daværende Menneskerettighedsdivision til opgave at stå for udfærdigelsen af et udkast til én samlet konvention indeholdende begge rettighedstyper. John Humphrey var tilhænger af ØSKR, men anså dem for fundamentalt anderledes end BPR. Humphrey var således af den opfattelse, at den oprindelige beslutning om at inkludere begge rettighedstyper i samme konvention medførte, at konventionen »would have to be in two parts with a separate system for implementation in each«.⁵

Også formanden for både Menneskerettighedskommissionens og den amerikanske delegation Eleanor Roosevelt var fortalere for at differentiere mellem rettighedstyperne. I forbindelse med beslutningen om at splitte konvention op i to forklarede Roosevelt, at ØSKR var »not justiciable« og at

2. Se Sepúlveda, Magdalena (2003), *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, p. 115.

3. Se Dennis, Michael J. og Stewart, David P. *Justiciability of economic, social and cultural Rights: Should there be an international complaints mechanism to adjudicate the rights to food, water, housing, and health?* i *American Journal of International Law* Vol. 98, 2004 p. 462. Se også Whelan, Daniel, *Indivisibility of Human Rights: A History*. University of Pennsylvania Press (udkommer i, 2010), Mor-sink, Johannes (1999), *The Universal Declaration of Human Rights, Origins, Drafting and Intent*, University of Pennsylvania Press, kapitel 6.

4. UN Doc. E/CN.4/SR.72 af 24. juni 1948

5. Hobbins, A.J. red. (1996), *On the Edge of Greatness: The Diaries of John Humphrey, First Director of the United Nations Division of Human Rights*. Montreal, McGill University Libraries p. 202 og 209-210.

1. Generalforsamlingsresolution 543 (VI) af 5. februar 1952.

the basic differences between civil and political rights and economic, social, and cultural rights warrant this division into two covenants.⁶

Under forhandlingerne til CESCER var den danske holdning til spørgsmålet om implementering og retshåndhævelse af ØSKR klar. Den danske repræsentant – Professor Max Sørensen – anså det også for nødvendigt at skelne mellem BPR og ØSKR. Om sidstnævnte udtalte han

It was essential to recognize that each must be free to select the policy appropriate to its own national requirements and conditions...it would not be practicable to transform the general principles themselves into legally binding provisions, because those rights called for positive government action.⁷

Under senere forhandlinger om implementeringen af rettighederne i CESCER gjorde den danske delegation det klart at

The Danish government is of the opinion that only the reporting system...ought to be applied to the economic, social and cultural rights, since the provisions...concerning complaints with regard to violation [sic] are only applicable in connexion with rights which can be precisely defined, i.e. rights of a category comprising political freedom and rights [sic].⁸

Det må således fastslås, at det store flertal af FN's lande – herunder Danmark – historisk set *ikke* har anset ØSKR som »udelelige« fra BPR når det gælder judiciabilitet. Samt, at CESCER bevidst er udfærdiget med denne forskel for øje. CESCERs forarbejder udgør naturligvis ikke nogen juridisk forhindring for Protokollens vedtagelse eller for en ændret opfattelse blandt FN's stater. Men det er hensigtsmæssigt at gøre sig bekendt med de forudsætninger som CESCER blev udfærdiget under, ligesom det er værd at overveje, hvorvidt det er ønskværdigt at oprette et international (kvasi)-juridisk håndhævelsesorgan til en konvention, som bevidst er udformet med henblik på national og politisk implementering.

Tillægsprotokollen

Tilblivelse

En række stater og menneskerettighedsforkæmpere har i årtier kæmpet for at ligestille BPR og ØSKR. Dette arbejde fik afgørende næring ved Verdenskonferencen om Menneskerettigheder i 1993, hvis sluterklæring bl.a. fastslår, at alle menneskerettigheder er »udelelige, gensides afhængige og forbundne«. »Udelelighed« er siden blevet standard i menneskerettighedserklæringer fra FN underskrevet af et meget stort flertal af FN's stater. Uanset dette forhold har forhandlingerne om Protokollen vist,

at en lang række stater (stadig) ikke er af den opfattelse, at den påståede udelelighed også gælder for håndhævelsen af CESCER. Forhandlingsforløbet for Protokollen har været præget af uenighed blandt FN's stater om præcis de samme emner, som kendetegnede diskussionerne under forhandlingerne af Verdenserklæringen, CESCER og CCPR, uanset at den Kolde Krig er overstået. Arbejdet med udfærdigelsen af Protokollen tog for alvor fart i 2002 da der blev nedsat en arbejdsgruppe – med deltagelse af FN's stater – til at vurdere, hvorvidt der burde udfærdiges en tillægsprotokol.

Protokollen har særligt været støttet af lande som Finland og Portugal, Angola, Egypten, Ghana, Indonesien, Iran, Marokko og Niger. Derimod har en række vestlige lande været stærkt kritiske.

Under forhandlingerne udtrykte USA, Storbritannien, Sverige, Norge, Polen, Holland, Australien, New Zealand, Canada og Schweiz alle gentagne gange, at mange af rettighederne i CESCER ikke er egnede til »third party adjudication« og /eller, at Komiteen ikke havde kompetence til at afgøre spørgsmål om staternes ressourceallokeringer.⁹ Under 3. samling udtalte USA, Holland og Polen eksempelvis, at

they considered economic, social and cultural rights to be of a different nature; the procedure to give effect to these rights should not be copied from instruments on civil and political rights

Danmark udtrykte under hele forhandlingsforløbet »storskepsis« overfor Protokollen og kom med følgende forklarende indlæg da Protokollen blev vedtaget af Generalforsamlingens 3. Komité

the majority of the rights in the Covenant do not carry immediate legal effect. Considering the vague nature of the rights and the principle of progressive realization, Denmark firmly believes that the majority of the rights in the Covenant is insufficiently judiciable and therefore less suited to form the basis of an individual complaints mechanism. Moreover, due to the vague and broad nature of the rights in the Covenant, Denmark fears that there is a sincere risk, that the Committee will end up both functioning as a legislator in the area of economic, social and cultural rights and determining the allocation of States parties' resources within this sphere. Denmark finds both scenarios unacceptable, as we place great importance on the fact that the allocation of resources within the economic, social and cultural sphere is a national matter, which is the responsibility and prerogative for national, democratic institutions with direct, popular legitimacy.¹⁰

Uanset, at Danmarks officielle menneskerettighedspolitik anerkender menneskerettighedernes såkaldte udelelighed må det fastslås, at Danmark i praksis sondrer mellem BPR og ØSKR og ikke anser størstedelen af sidstnævnte for judiciable, hvorfor udeleligheden rettelig må betegnes som en politisk programmerklæring.

6. Dennis, Michael J, og Stewart, David P. op.cit note 3 i note 116 og *Department of State Bulletin*, December 31, 1951, pp. 1059, 1064-1066 tilgængelig på <http://www.udhr.org/history/statement.htm> (sidst besøgt den 11. januar 2010)

7. UN Doc. E/CN.4/SR.207 1951 para. 10-11 citeret fra Dennis and Stewart op.cit note 3 i note 116

8. UN Doc. E/CN.4/654/Add.2 24. marts 1952

9. Se eksempelvis UN Doc. E/CN.4/2005/52, UN Doc. E/CN.4/2006/47, UN Doc. A/HRC/8/7(2008) og UN Doc. A/C.3/63/SR.40 (2008)

10. Explanation of Position of Denmark at the 63th session of the United Nations General Assembly

Protokollens Indhold

Ved tiltrædelse af Protokollen anerkender en konventionsstat, jf. artikel 1 Komiteens kompetence til at behandle klager indgivet af enkeltpersoner eller grupper. Protokollen indeholder også en række admissibilitetskrav og processuelle regler, der dog bortset fra nedenstående ikke skal behandles nærmere her.

I henhold til Protokollens artikel 4 kan en klage som hovedregel alene behandles af Komiteen, hvis den påståede overtrædelse har ført til, at klager er blevet udsat for en klar ulempe (»clear disadvantage«). Den nærmere afgrænsning heraf ligger ikke klar og vil givetvis blive klarlagt af Komiteens praksis.

I henhold til Protokollens artikel 8 (4) skal Komiteen ved sin behandling af klagesager tage hensyn til, hvorvidt de skridt konventionsstaten har taget i forhold til implementering af CESCER er »rimelige« (»reasonable«). I den forbindelse skal Komiteen lægge vægt på, at konventionsstatens i forbindelse med implementering af ØSKR kan iværksætte en række forskellige politiske tiltag.

Artikel 4 og 8 (4) adskiller Protokollen fra tillægsprotokollen til CCPR, der ikke indeholder de samme kvalifikationer og er dermed en indirekte anerkendelse af forskellene mellem CESCER og CCPR. Grundet den store usikkerhed om, hvorledes artikel 4 og 8 (4) vil blive anvendt i praksis, herunder særligt om artikel 8 (4) blot kodificerer Komiteens eksisterende fortolkning, kan disse bestemmelser ikke siges at udgøre en betryggende garanti for, at Komiteens praksis (jf. nedenfor) ikke vil få indflydelse på eksempelvis ressourceallokering og prioriteter, der i Danmark afgøres af den lovgivende (eller udøvende) magt, jf. princippet i grundlovens § 3.

Det skal påpeges, at Komiteens afgørelser ikke vil være formelt juridisk bindende. Men det er dog praksis for medlemsstater at følge individuelle klageorganers afgørelser, hvilket også respekteres af Danmark.¹¹ Hertil skal lægges, at Danmark har en målsætning om at styrke internationale kontrolorganer, hvorfor det må forventes, at Danmark i tilfælde af ratifikation vil følge Komiteens afgørelser.

Komiteen for Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder

Sammensætning og funktion

Komiteen består af 18 uafhængige eksperter, hvoraf flere dog har fuldtidsbeskæftigelse som højtstående embedsmænd i deres hjemlande. Komiteens primære opgave består i at evaluere de landerapporter, som alle konventionsstater skal indsende hvert 5. år. I forbindelse med disse rapporter fremkommer Komiteen med sine konklusioner

og anbefalinger i forhold til den pågældende stats efterlevelse af CESCER. Derudover har Komiteen udgivet en række såkaldte »General Comments« der indeholder Komiteens fortolkning af CESCER. Både i form af generelle fortolkningsprincipper og fortolkningen af enkelte rettigheder.

Generelle fortolkningsprincipper

En række General Comments indeholder meget vidtgående fortolkninger af CESCER. I en vidt omtalt artikel fra 2004 gjorde to jurister fra det amerikanske udenrigsministerium (Dennis og Stewart) gældende, at Komiteens fortolkning var »revisionistisk« og udgør en »ensidig ændring af det materielle indhold i [CESCER] eller forpligtelserne deri«.¹² Også tilhængere af CESCER og Protokollen har udtrykt skepsis overfor visse af Komiteens General Comments.¹³ Det er kendte, at Komiteens anbefalinger på særdeles komplekse områder ikke er ledsaget af underliggende samfundsvidenskabelige eller økonomiske undersøgelser eller argumenter, der støtter Komiteens kritikpunkter eller anbefalinger. Komiteen sandsynliggør eksempelvis ikke, at dens konklusioner eller anbefalinger skulle være mere effektive end den kritiserede politik. Det forhold, at Komiteen ikke besidder den fornødne sagkundskab på de områder, den behandler fik et tidligere medlem af Komiteen til at trække sig fordi den »ikke tog højde for virkeligheden og derfor ikke kunne fungere ordentligt«.¹⁴

Komiteens revisionistiske praksis kan demonstreres med nedenstående (ikke-udtømmende) eksempler på generelle fortolkningsprincipper og udvalgte rettigheder.

I General Comment nr. 3 nåede Komiteen – uanset artikel 2(1)s ordlyd om den fremadskridende opfyldelse og tilgængelige ressourcer – frem til, at alle rettighederne i CESCER indeholder en minimum-kerne (»minimum-core«) forpligtelse, som er umiddelbart forpligtende og dermed judiciabel uanset den pågældende stats tilgængelige ressourcer:

a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State Party. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant.

Det er disse »minimumsrettigheder«, som ifølge Ida Elisabeth Kochs artikel i nærværende udgivelse vil indgå i den rimelighedsvurdering Komiteen skal anlægge i konkrete klagesager.

11. Betænkning 1407/2001 om inkorporering af internationale menneskerettighedskonventioner side 179. Danmark valgte da også at følge Menneskerettighedskomiteens afgørelse i Jonny Rubin Byahuranga v. Denmark, Communication No. 1222/2003, hvorefter Danmark undlod at udvise klageren til Uganda.

12. Michael J. Dennis and David P. Stewart op.cit note 3.

13. M. Langford and J. King (2008) »Committee on Economic, Social and Cultural Rights« i *Social Rights Jurisprudence Emerging Trends in International and Comparative Law*. M. Langford (red.) Cambridge University Press p. 481

14. UN Doc. E/C.12/1994/SR.24 at para 1-4.

Det er dog stadig meget usikkert, hvordan en minimum-kerne under hver enkelt rettighed identificeres. Operationaliseringen af minimum-core konceptet er særligt udfordrende når henses til, at der eksisterer endog meget store forskelle i velstandsniveauet blandt konventionsstaterne, hvor nogle er højt udviklede mens andre er udviklingslande med udbredt analfabetisme, hungersnød, og arbejdsløshed. Et universelt minimum-kerne begreb vil derfor være meningsløst, mens et relativt begreb vil risikere at være subjektivt og vilkårligt. Problemerne med at anvende minimum-core tilgangen i praksis blev demonstreret i en afgørelse om adgang til HIV-medicin fra den sydafrikanske forfatningsdomstol (Minister of Health vs. Treatment Action Campaign dom af 5. juli 2002). Sydafrikas forfatning indeholder en række ØSKR og forfatningsdomstolen har pligt til at medtage folkeretten, når den fortolker grundrettigheder. Uanset denne klare hjemmel til at anvende Komiteens minimum-core fortolkning (der var påberåbt af klager) afviste forfatningsdomstolen eksplicit denne tilgang og dermed at retten til sundhed (og øvrige ØSKR) udgør individuelle rettigheder, som kan gøres gældende uanset tilgængelige ressourcer. Domstolen udtalte bl.a., at

It is impossible to give everyone access even to a »core« service immediately. All that is possible, and all that can be expected of the state, is that it act reasonably to provide access to the socio-economic rights [...] on a progressive basis.

Komiteen har i adskillige General Comments fastslået, at alle rettighederne i CESCER indeholder en forpligtelse til at »respektere, beskytte og opfylde« den pågældende rettighed. Forpligtelsen til at »respektere« er en overvejende negativ forpligtelse til at undlade indgreb i en rettighed, forpligtelsen til at »beskytte« indebærer en forpligtelse til at forhindre tredjeparters indgreb i en rettighed, mens forpligtelsen til at »opfylde« indebærer en positiv forpligtelse til at realisere rettighederne i CESCER. Denne terminologi er udviklet i litteraturen og har således ikke basis i hverken CESCERs ordlyd eller forarbejder. Særligt forpligtelsen til at »opfylde« er vidtgående. I forbindelse med Protokollens forhandling udfærdigede Komiteen i 2007 en udtalelse (UN. Doc E/C.12/2007/1), der bl.a. skulle klargøre hvorledes den vil bedømme individuelle klagesager. Komiteen udtalte at forpligtelsen til at opfylde »often require positive budgetary measures in order to... facilitate, provide and promote the enjoyment of these rights«. Dette demonstreres af General Comment 14 om retten til sundhed, hvor Komiteen anfører, at der vil kunne forekomme krænkelse ved »insufficient expenditure or misallocation of public resources which results in the non-enjoyment of the right to health«.

Det er i særdeleshed forpligtelsen til at »opfylde«, der adskiller ØSKR fra BPR. BPR indeholder visse positive forpligtelser såsom til at indrette et effektivt retsvæsen og – ofte som følge af dynamisk fortolkning – en indirekte horisontal forpligtelse for staten til at beskytte individer mod indgreb fra tredjeparter. Det er således stadig individets værn mod vilkårlighed og indgreb der er kerne og beskyttelsesinteressen. De positive forpligtelser

til at »opfylde« under CESCER er derimod langt mere abstrakte og består ikke i en beskyttelse mod indgreb, men derimod i et krav på visse økonomiske eller materielle goder. Endvidere bekræfter forpligtelsen til at opfylde, at CESCER er langt mere ressourcekrævende end CCPR. CCPR kræver visse udgifter til eksempelvis et effektivt retsvæsen, men disse er slet ikke sammenlignelige med udgifterne til at realisere rettighederne i CESCER. Ifølge finanslovsforslaget for 2010 udgør nettoudgifterne til retsvæsenet således DKK 1,310 mia. kr., mens udgifterne alene til overførselsindkomster i 2010 udgør DKK 304,9 mia ifølge Finansministeriets Økonomiske Redegørelse 2009.

Uanset de meget detaljerede og vidtgående forpligtelser Komiteen har indfortolket i CESCER, hersker der stadig stor uklarhed over hvilke kriterier der skal lægges til grund for en bedømmelse af staternes efterlevelse af mange af rettighederne i CESCER. Helt grundlæggende har Komiteen ikke formået at operationalisere kravet om »i videst mulig udstrækning og ved alle egnede midler... at træffe forholdsregler med henblik på den fremadskridende fulde virkeliggørelse« af CESCER.

I Komiteens ovennævnte udtalelse om behandlingen af individuelle klagesager, lægger Komiteen vægt på en række kriterier, herunder hvorvidt de trufne forholdsregler er tilstræbte, konkrete og målrettede mod opfyldelsen af CESCER. Derudover vil Komiteen bl.a. lægge vægt på, hvorvidt en beslutning om (ikke) at allokere tilgængelige ressourcer er i overensstemmelse med internationale menneskerettighedsstandarder. Udtalelsen er dog lidt opklarende. Det er næppe muligt at objektivisere, i hvilket omfang en stat »i videst muligt omfang« (på engelsk »maximum available resources«) bruger »alle egnede midler«. En konventionsstats budget vil altid indeholde en række prioriteringer og til- og fravalg, som afspejler forskellige politiske og økonomiske opfattelser af, hvilke politikker, der er mest effektive og hvilke områder, der bør tildeles flest ressourcer. Forpligtelsen om i videst muligt udstrækning at bruge alle egnede midler gælder desuden for hver enkelt rettighed i CESCER.

Dette krav tager dog ikke højde for, at rettighederne i CESCER indbyrdes konkurrerer om begrænsede midler. Det er således ikke muligt samtidigt at bruge flest muligt ressourcer på uddannelse, sundhed, social tryghed, bolig m.v. CESCER opstiller dog ikke noget hierarki mellem disse rettigheder, hvorfor en stat altid vil kunne anklages for ikke at bruge tilstrækkelige midler på en given rettighed, fordi man fra politisk hold har prioriteret mellem konkurrerende hensyn. Endvidere forekommer henvisningen til at en konventionsstats beslutning om (ikke) at allokere ressourcer til et givent område skal bedømmes i henhold til »gældende menneskerettighedsstandarder« cirkulær og selvmodsigende, da den væsentligste menneskerettighedsstandard jo netop er CESCER.

Komiteen anerkender, at konventionsstaterne har en skønsmargin i forhold til implementeringen af CESCER, men samtidig har Komiteen i General Comment 3 slået

fast, at »the ultimate determination as to whether all appropriate measures have been taken remains one for the Committee to make«. Selv med en vid skønsmargin i form af rimelighedsvurderingen i artikel 8(4) og en tilbageholdende fortolkningsstil (hvilket næppe er realistisk) vil Komiteens afgørelser uvægerligt gribe ind i politiske og økonomiske politikker og prioriteringer. I et demokratisk samfund med politisk pluralisme må divergerende opfattelser af økonomisk politik og deraf følgende prioriteringer dog nødvendigvis være legitime og derfor hovedsageligt træffes af folkevalgte organer ikke et (kvasi)juridisk organ.

Komiteens fortolkning af udvalgte rettigheder

Komiteens fortolkning af de enkelte rettigheder i CESCER er ofte særdeles vidtgående og omfattende. Endvidere er det karakteristisk, at Komiteen har skabt fritstående rettigheder, som ikke særskilt nævnes i CESCER eller som alene indgår som et delelement i en bredere rettighed. Komiteen har således udfærdiget General Comment 15 om retten til vand, der ikke nævnes noget sted i CESCER, ligesom Komiteen har udfærdiget General Comments om bl.a. retten til mad og en bolig på baggrund af artikel 11, hvorefter staterne anerkender »ethvert menneskes ret til en leveføde, som er tilstrækkelig for vedkommende selv og vedkommendes familie, herunder passende ernæring, beklædning og bolig og til fortsat forbedring af vedkommendes levevilkår.«

Komiteens fortolkning af retten til en passende bolig i artikel 11, jf. General Comment 4, indeholder således en række elementer, der vil kunne medføre, at det bliver problematisk at efterleve denne bestemmelse. På baggrund af CESCERs ganske kortfattede ordlyd, der blot fastslår, at alle har ret til en »passende bolig« har Komiteen fastslået, at denne rettighed bl.a. omfatter passende essentielle faciliteter for sundhed, sikkerhed, velvære og ernæring, herunder energi til madlavning, varme og lys, sanitære installationer, vaskefaciliteter, mulighed for at opbevare fødevarer, affaldssystem og kloakering. Boligudgifter må ikke ligge på et niveau, hvor de gør indhug i beløb, der bruges til at dække øvrige basale ydelser. Endvidere skal boligen have en passende størrelse og beskytte mod kulde, fugt, varme, regn og vind. Komiteen har også erklæret, at rettigheden indebærer ret til en bolig, hvis beliggenhed tillader adgang til beskæftigelsesmuligheder, sundhedsservice, skoler, daginstitutioner og øvrige sociale faciliteter, samt, at boligens »kulturelle identitet og diversitet« kommer til udtryk.

Komiteen har i forhold til Danmark udtrykt bekymring over, at retten til en bolig ikke er sikret ved lov, og at »underprivilegerede og marginaliserede grupper, særligt indvandrere« oplever vanskeligheder med at leje eller få adgang til offentlige boliger på grund af »diskriminerende praksisser«. ¹⁵ Komiteen har udtrykt »bekym-

ring« over, at »underprivilegerede og marginaliserede grupper« i Norge bliver særligt berørt af privatisering af kommunalt socialt boligbyggeri og stigende huspriser, samt at antallet af billige sociale boligenheder for lavindkomst-familier og personer »langt fra er tilstrækkeligt«. ¹⁶

CESCER artikel 9 sikrer »retten til social tryghed, herunder socialforsikring«. Komiteen har i General Comment 19 (der fylder 21 sider) fastslået, at retten til social tryghed ikke kan defineres snævert. Ligesom under alle andre CESCER rettigheder gælder der ifølge Komiteen

a strong presumption that retrogressive measures taken in relation to the right to social security are prohibited under [CESCER]

Staten vil følgelig skulle løfte bevisbyrden for, at et sådant tiltag er nødvendigt og proportionalt, og Komiteen vil foretage en relativt intensiv prøvelse heraf.

Såfremt Danmark ratificerer Protokollen, medfører Komiteens fortolkning en risiko for, at fremtidige reformer af offentlige ydelser, såsom en forkortelse af dagpengeperioden, nedsættelse af kontanthjælpen eller afskaffelse af efterlønnen, vil kunne resultere i konventionsbrud. Denne fortolkning støttes af, at Komiteen har udtrykt »bekymring« over nedskæringer i offentlige ydelser i Finland, hvor Komiteen opfordrede den finske regering til at »sikre at en reduktion i budgetallokeringerne til velfærdsprogrammer ikke resulterer i en krænkelse af ... konventionen.« ¹⁷

Komiteen har i sine anbefalinger og konklusioner i landerapporter også udtrykt bekymring over velfærdsreformer i en række andre velstående vestlige lande, som Tyskland, Holland, Schweiz, New Zealand og Canada. ¹⁸ Canada kritiseres bl.a. for at have skåret ned på sociale ydelser for at imødegå et budgetunderskud uden at have været »tilstrækkeligt opmærksom på de negative konsekvenser for den canadiske befolknings nydelse af økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder«. I sin anbefaling til Canada anfører Komiteen bl.a., at Canada bør overveje at »genindføre et nationalt system med specifikke kontantoverførsler til social assistance... der

15. Conclusions and recommendations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Denmark U.N. Doc. E/C.12/1/add.102 (2004), afsnit 21.

16. Conclusions and recommendations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Norway, U.N. Doc. E.C.12/1/Add.109 (2005), 18.

17. Conclusions and recommendation on Economic, Social and Cultural Rights, Finland, U.N. Doc E/C.12/1Add.8 (1996) afsnit 14 (min oversættelse).

18. Conclusions and recommendation on Economic, Social and Cultural Rights, Germany U.N. Doc. E/C/Add.68 (2001) afsnit 23, Conclusions and recommendation on Economic, Social and Cultural Rights, The Netherlands, U.N. Doc E/C.12/1Add 25 (1998) afsnit 10 og 16. Conclusions and recommendation on Economic, Social and Cultural Rights, Switzerland, U.N. Doc E/C.12/1Add 30 (1998) afsnit 23., Concluding observation of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, New Zealand E/C.12/1993/13, 4 (1994), afsnit 11, 13 og 18, Conclusions and recommendations on Economic, Social and Cultural Rights, Canada, U.N. Doc E/C.12/1Add 31 (1998) afsnit 40 og U.N. Doc E/C.12/CAN/CO/5 (2006) 52 (min oversættelse)

inkluderer universelle ydelser«, ligesom Komiteen »kraftigt anbefaler«, at Canada genovervejer »alle forringende tiltag indført i 1995«.

I henhold til CESCER artikel 12 anerkendes »ethvert menneskes ret til at nyde den højst opnåelige fysiske og psykiske sundhed«. Bestemmelsen er i vidt omfang baseret på et udkast udformet af WHO's daværende generaldirektør, der under forhandlingerne lagde vægt på, at forpligtelserne ville variere fra stat til stat og tage højde for de store forskelle i ressourcer, traditioner og lokale forhold.¹⁹ Komiteens fortolkning af artikel 12 i General Comment 14 er dog en af de mest vidtgående, omfangsrige og detaljerede kommentarer. Komiteens aktivistiske fortolkningsstil fremgår direkte af kommentaren

Since the adoption of the two International Covenants in 1966 the world health situation has changed dramatically and the notion of health has undergone substantial changes and has also widened in scope. More determinants of health are being taken into consideration, such as resource distribution and gender differences. A wider definition of health also takes into account such socially-related concerns as violence and armed conflict.

Ifølge Komiteen indeholder retten en lang række elementer, der tydeligt bærer præg af, at WHO og andre sundhedsinteressenter har haft en afgørende rolle ved udformningen af kommentaren. Komiteen har således – på ikke udtømmende vis – identificeret seks minimumrettigheder under artikel 12 (der således er judiciable uden hensyn til tilgængelige ressourcer) herunder

to ensure access to the minimum essential food which is nutritionally adequate and safe, to ensure freedom from hunger to everyone; to ensure access to basic shelter, housing and sanitation, and an adequate supply of safe and potable water; to provide essential drugs, as from time to time defined under the WHO Action Programme on Essential Drugs

Som nævnt ovenfor vil også »insufficient expenditure or misallocation of public resources« kunne medføre krænkelse af artikel 12. Ifølge Dennis og Stewart medfører Komiteens fortolkning af retten til sundhed, at stater ved individuelle klagesager kan ifalde ansvar for

unlawful water pollution; inappropriate health care services; failure to insure that individual health practitioners meet professional standards; or failure to provide sufficient food or essential drugs²⁰

CESCERs status i dansk ret

CESCER har så vidt ses ikke sat sig større aftryk i dansk ret. CESCERs diskriminationsforbud har dog indgået i overvejelser ved løbende ændringer af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, ligesom CESCER er nævnt i bemærkningerne til udlændingelovens bestemmelser om familiesammenføring. Ifølge Betænkning 1407/2001 om inkorporering af menneskeret-

tighedskonventioner i dansk ret var der indtil 2000 alene én trykt afgørelse, hvor CESCER er påberåbt. CESCER blev dog også påberåbt i U.1998.1664/2H i en sag om frakendelse af advokatbestalling på grund af skatte- og moms-gæld. Siden betænkningen har CESCER så vidt ses været påberåbt i 5 domme trykt i Ugeskrift for Retsvæsen. Kun i visse af disse domme er CESCER nævnt i præmisserne og i ingen tilfælde har domstolene givet sagsøgere medhold i at CESCER kunne føre til tilsidesættelse af en afgørelse eller lovgivning.

Som bekendt er EMRK den eneste menneskerettighedskonvention Danmark har inkorporeret. Da et udvalg under Justitsministeriet skulle afgive Betænkning 1407/2001 blev det dog anbefalet også at inkorporere bl.a. CCPR. Derimod nåede udvalgets flertal frem til, at CESCER ikke burde inkorporeres. Udvalget lagde bl.a. vægt på, at

Det forhold, at en række af bestemmelserne i [CESCER] er vagt formulerede og til dels har karakter af såkaldte »programerklæringer«, indebærer efter udvalgets opfattelse, at det vil være vanskeligt for domstole og administrative myndigheder at anvende dem som grundlag for konkrete tvister. Virkeliggørelse af sådanne bestemmelser vil således i vidt omfang nødvendiggøre valg, der bl.a. indebærer politiske overvejelser, herunder en vurdering af udnyttelsen af tilgængelige ressourcer, prioriteringer mellem forskellige hensyn m.m... Efter udvalgets opfattelse er der tale om vurderinger, som det tilkommer lovgivningsmagten at foretage.

Det forhold, at Komiteen er et internationalt organ med ringe tilknytning til Danmark og begrænset viden om danske forhold, forstærker betænkelighederne ved at overlade et (kvasi)juridisk organ kompetence, som ifølge dansk retskultur rettelig tilkommer nationale folkevalgte organer og som ratificering af CESCER ikke kan anses at have rykket ved.

Som nævnt ovenfor har man i Norge valgt at inkorporere CESCER i norsk ret. Det er dog værd at bemærke det norske ekspertudvalgs kommentarer i NOU 1993:18 og særligt dets begrundelse for at anbefale inkorporering. Udvalget lægger vægt på den »princielle ligestilling« mellem ØSKR og BPR, men fastslår på trods heraf, at »mange av de sosiale rettigheter...er formulert annerledes enn de sivile og politiske rettigheter« herunder at en række af rettighederne har karakter af programerklæringer, er afhængige af tilgængelige ressourcer og er vagt formuleret. Når man trods disse forskelle alligevel anbefalede inkorporering skyldtes det at

et vesentlig poeng med hele reformen [er] den signaleffekt utvalget regner med at den vil få. Når man legger avgjørende vekt på dette, bør etter utvalgets syn de retstekniske betenkeligheter vike, og ØSK bør inkorporeres i loven på lik linje med SP.

Med så væsentlige betænkeligheder som en tiltrædelse af Protokollen vil medføre, synes det ikke betryggende at tillægge et i denne sammenhæng perifert hensyn som »signalværdi« afgørende vægt, og det danske forbehold overfor inkorporering af CESCER og tiltrædelse af Protokollen forekommer både fornuftigt og ansvarligt.

19. UN Doc. E/CN.4/544.

20. Michael J. Dennis and David P. Stewart op.cit note 3 p. 433

Konklusion

Både ordlyd og forarbejder til CDESCR viser, at individuel klageadgang bevidst blev fravalgt ved udformningen. Uanset den principielle enighed om alle menneskerettigheders udelelighed må det fastholdes, at der i praksis er afgørende forskel på de fleste af rettighederne i CDESCR og CCPR. Hovedparten af rettighederne i CDESCR er vagt definerede programerklæringer, mens de fleste af rettighederne i CCPR er relativt præcise og umiddelbart juridisk bindende. Komiteens fortolkning af CDESCR må endvidere siges at medføre en lang række forpligtelser, der ikke kan siges at have støtte i hverken ordlyden eller forarbejder til

CDESCR. CDESCRs rettigheders natur og Komiteens aktivistiske fortolkningsstil vil uanset en betragtelig skønsmargin derfor medføre en risiko for, at den endelige afgørelse af væsentlige sociale, økonomiske og fordelingspolitiske spørgsmål vil blive overladt til et internationalt kvasi-juridisk organ, frem for hos lovgivningsmagten. Det stemmer ikke overens med principperne bag grundlovens § 3 eller dansk retskultur. De væsentlige retstekniske og demokratiske problemer forbundet med at gøre CDESCR judiciabel bør således medføre, at Danmark fastholder sin afvisning af både inkorporering af CDESCR og tiltrædelse af Protokollen.