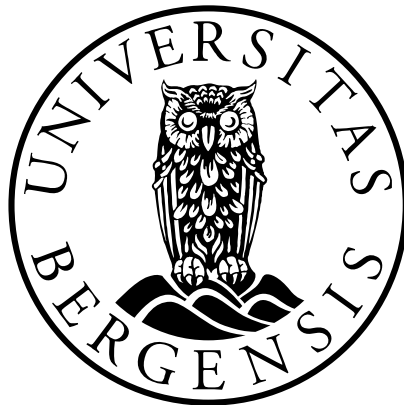


Intensiteten i norske domstolars EMK- prøving etter HR-2022-718-A

I hvilken grad kan norske domstoler være tilbakeholdne i prøvingen av lover som gjør inngrep i rettigheter vernet av EMK P1-1 etter uttalelsen i HR-2022-718-A (Hyttesøksmålet)?

Kandidatnummer:

Antall ord: 14 996



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.2 Problemstillingens bakgrunn og aktualitet	4
1.3 Avgrensninger	7
1.4 Metode og rettskildebilde	9
1.5 Videre fremstilling.....	11
2 Prøvingsrett, prøvingsintensitet og prøvingsnorm	12
3 Kort om skjønsmargindoktrinen.....	14
4 Stiller EMK krav til intensiteten i den nasjonale prøvingen?	18
4.1 Innledning og presisering av problemstillingen	18
4.2 Stiller EMK artikkel 13 krav til prøvingsintensiteten nasjonalt?	19
4.2.1 Innledning.....	19
4.2.2 Konvensjonsteksten.....	20
4.2.3 EMD-praksis	21
4.2.4 Konklusjon	22
4.3 Stiller øvrig EMD-praksis krav til prøvingsintensiteten nasjonalt?	23
4.3.1 A m.fl. mot Storbritannia	23
4.3.2 Nicklinson og Lamb mot Storbritannia.....	25
4.3.3 Fabris mot Frankrike	26
4.3.4 Konklusjon	27
4.4 Betydningen av EMDs prosessuelle kontroll	27
4.4.1 Innledning.....	27
4.4.2 Nærmere om EMDs prosessuelle kontroll	27
4.4.3 Stiller den prosessuelle kontrollen krav til prøvingsintensiteten nasjonalt?	29
4.5 Betydningen av subsidiaritetsprinsippet.....	31
4.6 Oppsummering og konklusjon.....	33
5 Betydningen av nasjonal tradisjon for domstolskontroll.....	35
5.1 Innledning.....	35
5.2 Grunnlovsprøvingens relevans for intensiteten i EMK-prøvingen.....	35

5.3	Kort om intensiteten i grunnlovsprøvingen	37
5.4	Nærmere om grunnlovsprøvingens betydning for intensiteten i EMK-prøvingen....	39
5.4.1	Betydningen av grunnlovsprøvingens demokratiske forankring	40
5.4.2	Nærmere om kvalitetskravet	41
5.4.3	Nærmere om tvilskriteriet	44
5.5	Oppsummering	45
6	Konklusjon	46
	Litteraturliste	47

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er hvor intensivt norske domstoler skal prøve konvensjonsmessigheten av lover som gjør inngrep i rettigheter etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Høyesterett avklarte nylig at en eventuell tilbakeholdenhet i prøvingen må bero på norsk rett, heller enn direkte anvendelse av Den europeiske menneskerettsdomstolens (EMD) skjønsmargindoktrine.¹ Dette innebærer en endring av rettstilstanden, idet Høyesterett tidligere har lagt til grunn at skjønsmargindoktrinen kommer til anvendelse også ved norske domstolars EMK-prøving.²

Når skjønsmargindoktrinen ikke lenger er styrende for intensiteten i norske domstolars EMK-prøving, kan domstolene – med Høyesterett i spissen – utvikle egne retningslinjer for intensiteten i EMK-prøvingen. Med utgangspunkt i nevnte avklaring fra Høyesterett er avhandlingens formål å klargjøre hvilket handlingsrom norske domstoler har ved utviklingen av slike retningslinjer. Denne generelle problemstillingen knyttes til ett rettighetsområde, nærmere bestemt vernet om økonomiske rettigheter etter EMK P1-1. Mer spesifikt er problemstillingen følgende: *i hvilken grad kan norske domstoler være tilbakeholdne i prøvingen av lover som gjør inngrep i vernet om økonomiske rettigheter etter EMK P1-1 etter Høyesteretts avklaring i HR-2022-718-A (Hyttespøksmålet)?*

1.2 Problemstillingens bakgrunn og aktualitet

Ved anvendelsen av EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen i tråd med EMDs metode.³ Tidligere har Høyesterett lagt til grunn at dette også omfatter den tolkningsmarginen EMD tilkjenner statene, den såkalte

¹ HR-2022-718-A avsnitt 89.

² Rt-1996-551 s. 558, Rt-1999-961 s. 971 og Rt-2003-593 avsnitt 50.

³ Se Rt-2000-996 s. 1007-1008, Rt-2002-557 s. 565 og Rt-2005-833 avsnitt 45. Det ligger en reservasjon i uttalelsen om at domstolene innenfor EMDs metode kan "bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer", men rekkevidden av denne behandles ikke nærmere her. Om dette, se Stig Harald Solheim, "Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område" i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte* (Universitetsforlaget 2019) s. 360-385 på s. 376 flg.

skjønnsmarginindoktrinen.⁴ Doktrinen innebærer i korte trekk at EMD innrømmer statene et visst skjønnsrom ved anvendelsen av EMK og at EMD innenfor denne skjønnsmarginen står tilbake for nasjonale vurderinger.⁵ Det er altså skjønnsmarginindoktrinen som regulerer intensiteten i EMDs prøving vis-à-vis nasjonale domstoler.⁶ Inntil avklaringen i HR-2022-718-A (Hytteskøksmålet) har skjønnsmarginindoktrinen vært styrende også i relasjonen mellom norske domstoler og lovgiver, slik at intensiteten i norske domstolars EMK-prøving har fulgt samme mønster som EMDs.

Skjønnsmarginindoktrinen er utviklet med sikte på å regulere forholdet mellom EMD som overnasjonalt organ og nasjonale myndigheter, og bygger på hensyn som ikke nødvendigvis gjør seg gjeldende mellom nasjonale domstoler og lovgiver. I nyere praksis har Høyesterett derfor gitt signaler om en kursendring.⁷ Også i teorien har spørsmålet vært gjenstand for debatt, der det har utviklet seg en viss konsensus om at skjønnsmarginindoktrinen ikke kommer til anvendelse ved norske domstolars EMK-prøving.⁸

Med avgjørelsen i HR-2022-718-A (Hytteskøksmålet) har spørsmålet om nasjonal bruk av skjønnsmarginindoktrinen fått en avklaring. Saken gjaldt gyldigheten av en forskrift som påla hytteeiere karanteneplikt for å hindre spredning av covid-19. Her uttaler Høyesterett at skjønnsmarginindoktrinen ikke er overførbar til den nasjonale EMK-prøvingen og at en eventuell tilbakeholdenhet beror på nasjonale regler:

«Den skjønnsmarginen som følger av EMDs praksis, gjelder for statene, og vil dermed ikke være overførbar til nasjonale domstolars prøving [...] Høyesterett vil likevel, på grunnlag av norsk rett, ved sin prøving av inngrep være varsom med å overprøve

⁴ Se note 2.

⁵ Skjønnsmarginindoktrinen behandles nærmere i punkt 3.

⁶ Enkelte forfattere sonderer mellom skjønnsmarginen som materielt og strukturelt konsept, der førstnevnte er uttrykk for konvensjonsstatenes materielle frihet til å velge ulike løsninger og sistnevnte er uttrykk for EMDs prøvingsintensitet, se George Letsas, "Two Concepts of the margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies* 2006 s. 705-732. Skjønnsmarginens rolle er imidlertid ofte uklart idet EMD sjeldent skiller mellom materielle vurderinger og prøvingsvurderinger, se Jørgen Vangsnes, "Om den såkalte tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2014 s. 131-205 på s. 149-150.

⁷ Se mindretallet i Rt-2013-1345 avsnitt 257-259 og HR-2016-389-A avsnitt 125.

⁸ Se Vangsnes (2014) s. 149-150, Solheim (2019) s. 383-384, Jens Edvin A. Skoghøy, "Nasjonal skjønnsmargin etter EMK", *Lov og rett* 2011 s. 189-190, Håkon Christian Nyhus, "Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?" *Lov og Rett* 2016 s. 364-390 og Christian Børge Sørensen, "Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMK – prosessuell rasjonalitet", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2014 s. 348-383 på s. 370-371. Motsatt, Lars Oftedahl Broch, "Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol", *Lov og Rett* 2005 s. 259-282 på s. 279 og Bjørnar Borvik, "Nasjonal skjønnsmargin etter EMK – replikk til Jens Edvin A. Skoghøy", *Lov og Rett* 2011 s. 575-595 på s. 595.

vurderinger som i stor grad er faglige eller beror på sammensatte samfunnsmessige avveininger.»⁹ (min kursivering)

Avgjørelsen gjaldt prøving av forvaltningsvedtak, heller enn lov, men uttalelsen er generell. Det må derfor anses gjeldende rett at norske domstoler ikke er bundet av EMDs skjønnsmargin doktrine ved fastleggelsen av intensiteten i prøvingen av lover mot EMK. Høyesterett fraviker dermed standpunktet om at prøvingsintensiteten skal følge samme retningslinjer som EMDs, og setter punktum for debatten om hvorvidt norske domstoler skal anvende skjønnsmargin doktrinen. I mangel av angivelser av alternative retningslinjer åpner Høyesterett for at domstolene kan utvikle egne retningslinjer for intensiteten i EMK-prøving, og har lagt til rette for en ny debatt om domstolskontroll og prøvingsintensitet under EMK.

Hvor intensivt domstolene skal kontrollere lovgiver, er helt overordnet et spørsmål om maktfordelingen mellom domstolene som dømmende makt og Stortinget som lovgivende makt, og hvordan individets rettssikkerhet skal balanseres mot demokratihensyn og folkesuverenitetsbetraktninger. Slike spørsmål er et nasjonalt anliggende. I utgangspunktet er det derfor opp til domstolene om de skal prøve lovgivers vurderinger fullt ut eller vise tilbakeholdenhet i prøvingen. Når prøvingsgrunnlaget er en internasjonal konvensjon tilføres imidlertid et internasjonalt aspekt idet menneskerettsvernet utvikles og håndheves gjennom et samspill mellom nasjonale domstoler som primært kontrollorgan og EMD som overnasjonalt, subsidiært kontrollorgan. Ved EMK-anvendelsen er det altså ikke gitt at Høyesterett er siste instans. Det internasjonale aspektet kan tenkes å stille krav til prøvingsintensiteten nasjonalt, idet en tilbakeholden prøving innebærer en begrensning i den nasjonale EMK-anvendelsen, og dermed et mindre effektivt rettighetsvern. Dette reiser spørsmål om hvor tilbakeholdne norske domstoler kan være i prøvingen av lover som gjør inngrep i EMK-rettigheter.

Subsidiaritetsprinsippet, som innebærer at det er statene som har primæransvaret for gjennomføringen av konvensjonsrettighetene, har også fått større betydning de siste årene.¹⁰ Dette kommer til uttrykk både gjennom 15. tilleggsprotokoll, som inntar skjønnsmarginen og

⁹ HR-2022-718-A avsnitt 89.

¹⁰ Silje Holten, "Har Den europeiske menneskerettsdomstolen endret bruken av skjønnsmarginen i retning av en mer prosessuell kontroll?", *Jussens Venner* 2018 s. 112-136 på s. 116 med videre henvisninger og Leonie M. Huijbers, "The European Court on Human Rights' procedural approach in the age of subsidiarity", *Cambridge International Law Journal* 2017 s. 177-201 og Sørensen (2014). Se også *M.A mot Danmark* avsnitt 147, der EMD understreker betydningen av subsidiaritetsprinsippet. Subsidiaritetsprinsippet behandles nærmere i punkt 4.5.

subsidiaritetsprinsippet i EMKs fortale, og ved at EMDs kontroll er blitt mer prosessuert orientert. Særlig sistnevnte medfører at EMD stiller strengere krav til nasjonale beslutningsprosesser. Dette gir spørsmålet om nasjonal EMK-prøving ny aktualitet.

I tillegg må norske domstoler stadig oftere ta stilling til om inngrep i EMK-rettigheter, herunder EMK P1-1, er konvensjonsmessige. Illustrerende er at det i lys av senere praksis er hevdet at EMK P1-1 er det primære «konstitusjonelle» vernet av økonomiske rettigheter i norsk rett.¹¹ Gitt den økende betydningen av EMK som prøvingsgrunnlag er det lite som tilsier at det vil bli færre slike saker fremover. I hvilken grad norske domstoler kan være tilbakeholdne i prøvingen, er derfor ikke et spørsmål bare av teoretisk interesse, men et praktisk viktig spørsmål av betydning for kompetansefordelingen mellom lovgiver og domstoler, og for norske domstolars metode ved anvendelsen av EMK.

I hvilken grad norske domstoler kan være tilbakeholdne i EMK-prøvingen etter avklaringen i HR-2022-718-A (Hyttesøksmålet) er et spørsmål av interesse for samtlige konvensjonsbestemmelser, ikke bare EMK P1-1. Vernet om økonomiske rettigheter etter EMK P1-1 skiller seg imidlertid fra en rekke andre EMK-rettigheter ved at rettighetsområdet i større grad er preget av politiske avveininger. Den spenningen mellom rettssikkerhetshensyn og demokratihensyn som aktualiseres ved prøving av lover kommer derfor særlig på spissen ved prøvingen av lover som gjør inngrep i økonomiske rettigheter. Spørsmålet om hvor tilbakeholdne norske domstoler kan være i EMK-prøvingen av lover er derfor av særlig praktisk betydning på det økonomiske området, hvilket er bakgrunnen for at det generelle spørsmålet om hvor tilbakeholdne nasjonale domstoler kan være i EMK-prøvingen knyttes til EMK P1-1.

1.3 Avgrensninger

Det avgrenses for det første mot prøving av forvaltningsvedtak mot EMK.¹² Dette fordi prøvingsintensiteten i slike saker primært angår kompetansefordelingen mellom domstolene som dømmende makt og forvaltningen som utøvende makt. Den spenningen mellom

¹¹ Ivar Alvik, "Vernet av økonomiske rettigheter mot regulering under GrL §§ 97 og 105 og EMK P1-1", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2021 s. 97-164 på s.100 med videre henvisninger.

¹² Skjønnsmarginenes betydning for norsk domstolskontroll med forvaltningen er behandlet i Christian Børge Sørensen, "Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2004 s. 134-196.

rettssikkerhetshensyn og folkesuverenitetsbetraktninger som aktualiseres ved prøvingen av lover kommer derfor ikke på spissen. Videre kan spørsmålet om nasjonal prøvingsintensitet stille seg annerledes ved prøvingen av forvaltningsvedtak enn ved prøving av lover.¹³

For det andre avgrenses det mot inngående drøftelser av vernet om økonomiske rettigheter etter EMK P1-1.¹⁴ Avhandlingens formål er ikke å gi en fremstilling av det EMK-rettslige vernet om økonomiske rettigheter som sådan, men å klargjøre hvor tilbakeholdne norske domstoler kan være i EMK-prøvingen. Problemstillingen knyttes til vernet om økonomiske rettigheter i den hensikt å konkretisere drøftelsen ved hjelp av en bestemmelse der spenningen mellom individvern og folkesuverenitet kommer på spissen. For dette formålet er det tilstrekkelig å nevne at ethvert inngrep i rettigheter omfattet av konvensjonens vide eiendomsbegrep må ha hjemmel i lov, tjene et legitimt formål og være forholdsmessig.¹⁵ Det må også nevnes at ved EMD tilkjenner statene en vid skjønnsmargin ved anvendelsen av EMK P1-1, nettopp fordi inngrep i økonomiske rettigheter er utslag av politiske avveininger i den enkelte konvensjonsstat.¹⁶

For det tredje avgrenses det mot vurderinger av hvilke variabler som virker inn på intensiteten i norske domstolars EMK-prøving. Avhandlingens formål er å undersøke om det er grenser for hvor tilbakeholdne norske domstoler kan være i EMK-prøvingen, ikke å utvikle en fullstendig lære for intensiteten i prøvingen mot EMK P1-1. Prøvingsintensiteten vil kunne variere fra sak til sak med en rekke variabler, herunder den økonomiske rettighetens art, inngrepets art og graden av berettigede forventninger. En mer sofistikert lære må derfor utvikles i praksis over tid. Formålet her er å klargjøre hvilket handlingsrom domstolene har ved utviklingen av en slik lære.

¹³ Eksempelvis fremholder Skoghøy at det er liten grunn til å være tilbakeholdne i prøvingen av forvaltningsvedtak fordi EMK-prøvingen primært består i forholdsmessighetsvurderinger og at domstolene er godt egnet til å foreta slike vurderinger, se Skoghøy (2011) s. 190.

¹⁴ På dette punktet vises til Alvik (2021), Stig Harald Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Cappelen Damm Akademisk 2010 og Henrik Jorem, "Vern av berettigede forventninger på det økonomiske området – en replikk til Ivar Alvik", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2021 s. 635-657. Se også HR-2016-304-S avsnitt 42 flg.

¹⁵ Se eksempelvis *Iatridis mot Hellas* avsnitt 58, *Beyeler mot Italia* avsnitt 114 og *Chinnici mot Italia* avsnitt 32.

¹⁶ Se eksempelvis *National and Provincial Building Society m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 80, der det fremgår at staten "enjoys a wide margin of appreciation and the Court will respect the legislature's assessment in such matters unless it is devoid of reasonable foundation". Se også *James m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 46, *Perdigao mot Portugal* avsnitt 67 og *Karibu mot Norge* avsnitt 74.

1.4 Metode og rettskildebilde

Avhandlingen er en rettsdogmatisk analyse, hvis formål er å avklare i hvilken grad norske domstoler kan være tilbakeholdne i prøvingen av lover mot EMK P1-1. Hensikten er som nevnt å klargjøre hvilket handlingsrom norske domstoler har ved utviklingen av retningslinjer for intensiteten i EMK-prøvingen.

I tråd med overnevnte vil EMK-rettslige kilder danne utgangspunktet for drøftelsen. Dette for å undersøke hvilke krav – om noen – EMK-rettslige kilder stiller til intensiteten i nasjonale domstolars EMK-prøvingen. Disse kildene tolkes i tråd med EMDs metode, der EMD-praksis tillegges betydelig vekt.¹⁷ Siden EMK er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 1 og norske domstoler skal anvende EMK i tråd med EMDs metode, vil eventuelle tolkningsbidrag utledet av EMDs praksis med hensyn til intensiteten i nasjonale domstolars EMK-prøvingen være bindende for norske domstoler.

En metodisk utfordring er at rettskildetilfanget er begrenset. Intensiteten i nasjonale domstolars prøving er ikke direkte regulert i EMK, og det foreligger lite praksis som direkte angår spørsmålet. Intensiteten i norske domstolars EMK-prøving er heller ikke behandlet i litteraturen etter at Høyesterett i HR-2022-718-A (Hyttetøksmålet) svarte spørsmålet om nasjonal bruk av skjønnsmarginoktrinen benektende. Av interesse er derfor at EMD etter omstendighetene legger stor vekt på formålsbetraktninger, herunder hensynet til et effektivt rettighetsvern og en effektiv gjennomføring nasjonalt.¹⁸ Eksempelvis har domstolen uttalt at konvensjonen må tolkes slik at rettighetene ikke blir teoretiske og illusoriske, men praktiske og effektive.¹⁹ Også mer overordnede system- og formålsbetraktninger er derfor en viktig rettskilde for spørsmålet om intensiteten i norske domstolars EMK-prøving.

Siden det EMK-rettslige kildetilfanget er begrenset, er det naturlig å se hen til nasjonale tradisjoner for domstolskontroll, herunder intensiteten i grunnlovsprøvingen. Grunnloven er et selvstendig prøvingsgrunnlag som i prinsippet er uavhengig av EMK. Intensiteten i

¹⁷ EMDs metode forutsettes kjent. For en generell fremstilling, se Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter 1: en innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2022 s. 36 flg. og Solheim (2019).

¹⁸ Se *Saadi mot Storbritannia* avsnitt 62, der det heter at "The Court must have regard to the fact that the context of the provision is a treaty for the effective protection of individual human rights..." Se også Aall (2022) s. 51 med videre henvisninger.

¹⁹ Se eksempelvis *Airey mot Irland* avsnitt 24 og *Perdigao mot Portugal* avsnitt 68.

grunnlovsprøvingen er likevel uttrykk for hvordan norsk rett balanserer demokratihensyn mot de rettssikkerhetsgarantier som ligger i domstolskontrollen, og prøvingsgrunnlagene er i stor grad overlappende.²⁰ Intensiteten i grunnlovsprøvingen kan derfor, med visse modifikasjoner, gi bidrag til spørsmålet om hvor tilbakeholdne norske domstoler kan være i EMK-prøvingen.

Et særtrekk ved problemstillingen er at den gjelder et metodisk spørsmål tilknyttet norske domstolars EMK-anvendelse av, mer spesifikt hvordan norske domstoler skal utøve sin prøvingsrett mot EMK, heller enn et materielt spørsmål. Metoden vil imidlertid være den samme ved metodiske spørsmål som ved materielle spørsmål.

I teorien er det hevdet at den norske prejudikatlæren ikke omfatter uttalelser om metodiske spørsmål og at en heller må se hen til hva domstolene gjør over tid.²¹ Med en slik tilnærming kan det hevdes at spørsmålet om nasjonal bruk av skjønnsmargin doktrinen ikke er avklart med uttalelsen i HR-2022-718-A (Hyttesøksmålet), og at en for å avklare gjeldende rett må se til hva Høyesterett gjør i praksis. En må da ta utgangspunkt i avgjørelser der Høyesterett eksplisitt uttaler seg om skjønnsmargin doktrinen og avgjørelser der Høyesterett mer underforstått gjør bruk av skjønnsmargin doktrinen for å avklare om prøvingen rent faktisk følger samme mønster. Dette faller utenfor avhandlingens rammer. Av interesse er likevel at Høyesterett i HR-2022-718-A (Hyttesøksmålet) viser til at EMD tilkjenner statene en vid skjønnsmargin ved vurderingen av tiltak for å ivareta befolkningens helse.²² Høyesterett konstaterte ikke krenkelse av de påberopte konvensjonsrettighetene og den konkrete forholdsmessighetsvurderingen er forholdsvis kortfattet.²³ Det kan derfor hevdes at Høyesterett i realiteten anvender skjønnsmargin doktrinen selv om tilbakeholdenheten formelt begrunnes i norske kilder.

De metodiske uttalelsene omhandler imidlertid viktige spørsmål om kompetansefordelingen mellom norske domstoler og EMD. I teorien er det fremhevet at det i slike tilfeller er liten grunn til å vise varsomhet med å vektlegge Høyesteretts uttalelser, i hvert fall der standpunktene fremstår velbegrunnede.²⁴ Selv om Høyesterett i HR-2022-718-A (Hyttesøksmålet) ikke gjør noen inngående vurdering av hvorvidt skjønnsmargin doktrinen er overførbar til norsk rett, synes uttalelsen å være fremdrevet av en debatt der Høyesterett har

²⁰ Se punkt 5.2

²¹ Svein Eng, "Får prejudikatlæren anvendelse på domsargumenter vedrørende rettskildelæren?", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1997 s. 21-44 på s. 42.

²² HR-2022-718-A avsnitt 88.

²³ *Ibid.* avsnitt 135 flg.

²⁴ Solheim (2019) s. 361.

sett det nødvendig med en avklaring. Dette tilsier at uttalelsen tillegges selvstendig vekt, og i kraft av prejudikatlæren er bindende for senere rettsanvendere, selv om den omhandler metodiske spørsmål. I alle tilfeller gir uttalelsen grunn til å ta spørsmålet om intensiteten i norske domstolars EMK-prøving opp til ny vurdering. For den videre fremstillingen legges det derfor til grunn at spørsmålet om nasjonal bruk av skjønnsmargin doktrinen er avklart med Høyesteretts uttalelse i HR-2022-718-A (Hyttesøksmålet).

1.5 Videre fremstilling

Først redegjøres nærmere for begrepene prøvingsrett, prøvingsintensitet og prøvingsnorm (punkt 2). Deretter redegjøres kort for skjønnsmargin doktrinen og hvorvidt denne er overførbar til en nasjonal kontekst (punkt 3). Da denne regulerer EMDs prøvingsintensitet vis-à-vis konvensjonsstatene, utgjør dette en viktig bakgrunn for den videre drøftelsen av intensiteten i nasjonale domstolars EMK-prøving.

Videre er avhandlingen todelt. Først vurderes hvilke krav – om noen – EMK-rettslige kilder stiller til intensiteten i den nasjonale EMK-prøvingen (punkt 4). Mer spesifikt er spørsmålet om EMK-rettslige kilder pålegger nasjonale domstoler å prøve mer intensivt enn EMD. Deretter undersøkes hvilken betydning nasjonale tradisjoner for domstolskontroll, herunder intensiteten i grunnlovsprøvingen, har for spørsmålet om intensiteten i EMK-prøvingen (punkt 5). Til slutt gis en konklusjon og noen avsluttende refleksjoner (punkt 6).

2 Prøvingsrett, prøvingsintensitet og prøvingsnorm

Med domstolenes *prøvingsrett*, eller domstolskontroll, menes domstolenes kompetanse til å kontrollere om en lovbestemmelse kan anvendes i en konkret sak uten å komme i strid med Grunnloven eller andre regelsett som setter begrensninger for den lovgivende makt, herunder internasjonale menneskerettskonvensjoner som er gitt forrang ved motstrid.²⁵

I norsk rett er det tradisjonelt Grunnloven som setter begrensninger for lovgiver som følge av sin status som *lex superior*. Gjennom utøvelsen av den prøvingsretten som nå er grunnlovfestet i Grunnloven § 89 fungerer domstolene som garantist for at lovgiver holder seg innenfor Grunnlovens rammer, også på menneskerettighetenes område. EMK er imidlertid inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 1 og er gitt forrang for annen lovgivning gjennom § 3. Videre inngår domstolene i «statens myndigheter», som etter Grunnloven § 92 plikter å «respektere og sikre menneskerettighetene», herunder de rettigheter som følger av EMK.²⁶ Dette medfører at domstolene ikke bare plikter å prøve om anvendelsen av en lovbestemmelse strider mot Grunnloven, men også mot EMK.²⁷ Sistnevnte omtales gjerne som «den andre prøvingsretten».²⁸

Med *prøvingsintensitet*, som er det sentrale for avhandlingen, menes hvor langt domstolene går i å prøve en lovs materielle innhold mot nevnte regelsett. Selv om utgangspunktet både etter Grunnloven § 89 og menneskerettsloven § 3 er at domstolene har full kompetanse til å overprøve lovgivers vurdering av en lovs forhold til henholdsvis Grunnloven og EMK, er det ikke gitt at domstolene benytter denne kompetansen fullt ut. Etter omstendighetene står domstolene tilbake for lovgivers vurderinger, hvilket innebærer en nyansering av utgangspunktet om full prøving. Prøvingsintensiteten omhandler altså i hvilken grad

²⁵ Se Benedikte Moltumyr Høgberg, *Statsrett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2016 s. 78, Arnulf Tverberg "§ 89" i Ola Mestad og Dag Michalsen (red.), *Grunnloven. Historisk kommentarutgave 1814-2020*" (Universitetsforlaget 2021) s. 755-881 på s. 857 og Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Universitetsforlaget 2017 s. 427.

²⁶ Merk at EMK ikke har grunnlovsrang, se HR-2016-2554-P avsnitt 70. Til forskjell fra Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser kan EMK derfor endres ved alminnelig stortingsflertall, heller enn å gå veien om grunnlovsendring, som etter § 121 krever to tredjedels flertall og fremlegg og vedtakelse over to Storting.

²⁷ Aall (2022) s. 128.

²⁸ Anine Kierulf, "Rettsstatens overnasjonale vending: den andre prøvingsretten", *Nytt norsk tidsskrift* 2009 s. 256-277 på s. 257.

domstolene benytter sin prøvingskompetanse, og er uttrykk for hvor langt domstolene er villige til å sette egen tolkning foran lovgivers.²⁹ Tilsvarende er intensiteten i EMDs prøving vis-à-vis nasjonale domstoler uttrykk for hvor langt EMD som overnasjonalt organ er villig til å sette egen vurdering foran nasjonale myndigheters. Eksempelvis står EMD tilbake for nasjonale myndigheters vurdering av hvorvidt et inngrep i EMK P1-1 har et legitimt formål, med mindre vurderingen er «manifestly without reasonable foundation».³⁰ Her skal det altså mye til før EMD overprøver lovgivers vurdering, hvilket er uttrykk for prøvingsintensiteten.

Selv om avhandlingens tema er norske domstolars prøvingsintensitet, bør også begrepet prøvingsnorm nevnes, idet begrepene henger nært sammen. Med *prøvingsnorm* menes de normer som regulerer domstolenes prøving av materielle rettsregler.³¹ Der prøvingsintensiteten er et spørsmål om hvor langt domstolene går i å sette egne vurderinger foran lovgivers, eventuelt hvor langt EMD går i å sette egen konvensjonstolkning foran nasjonale myndigheters, omhandler prøvingsnormen hvilke kriterier som styrer vurderingen. Det er nær sammenheng mellom begrepene idet ulike prøvingsnormer i varierende grad inviterer til en intensiv prøving. De kriterier EMD har utviklet for spørsmålet om et inngrep i EMK P1-1 tjener et legitimt formål og er forholdsmessig, illustrerer sammenhengen. Ved vurderingen av om inngrepet tjener et legitimt formål vil EMD som nevnt akseptere nasjonale myndigheters vurdering med mindre den er «manifestly without reasonable foundation». For spørsmål om inngrepet er forholdsmessig er vurderingstemaet om det medfører en «individual and excessive burden».³² Prøvingsintensiteten kommer her til uttrykk gjennom to ulike prøvingsnormer, der sistnevnte inviterer til en mer intensiv prøving enn førstnevnte.

²⁹ Høgberg (2016) s. 82.

³⁰ Se eksempelvis *Lindheim m.fl. mot Norge* avsnitt 90 og *James m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 46.

³¹ Vangsnes (2014) s. 133-134.

³² Se eksempelvis *Sporrong og Lönnroth mot Sverige* avsnitt 73, *James m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 50, *Chinnici mot Italia* avsnitt 32 og *Karibu mot Norge* avsnitt 74.

3 Kort om skjønnsmarginindoktrinen

Skjønnsmarginindoktrinen regulerer som nevnt intensiteten i EMDs-prøving vis-à-vis nasjonale domstoler. Inntil avklaringen i HR-2022-718-A (Hyttetøksmålet) har også norske domstoler være bundet av skjønnsmarginindoktrinen, med den konsekvens at domstolene fastlegger prøvingsintensiteten etter samme mønster som EMD. I det følgende knyttes derfor noen bemerkninger til skjønnsmarginindoktrinen og hvilken overføringsverdi denne har til nasjonale domstolars EMK-prøving. Dette gir et bakteppe for den videre drøftelsen av hvilke krav EMK-rettslige kilder stiller til intensiteten i nasjonale domstolars EMK-prøving.

Som nevnt innebærer skjønnsmarginindoktrinen at nasjonale myndigheter tilkjennes en viss tolkningsmargin ved anvendelsen av EMK, og at EMD innenfor denne skjønnsmarginen avstår fra å overprøve statenes vurderinger. Skjønnsmarginen kan slik defineres som det handlingsrommet statene har til å anvende konvensjonen i lys av nasjonale forhold. Doktrinen er utviklet gjennom EMDs praksis, og fremgår etter ikrafttreddelsen av 15. tilleggsprotokoll av fortalens sjette ledd.

En vid skjønnsmargin innebærer at EMD er forsiktig med å sette eget syn på et tiltaks konvensjonsmessighet foran statenes, mens en snever skjønnsmargin innebærer at EMD lettere overprøver statenes vurderinger.³³ Doktrinen innebærer dermed en nyansering av utgangspunktet etter EMK artikkel 19 og 32 om full prøving ved at EMD etter omstendighetene avstår fra å benytte prøvingskompetansen fullt ut. Doktrinen har slik likhetstrekk med nasjonale mekanismer som i praksis begrenser domstolens prøving, herunder domstolsprøvingen av forvaltningsavgjørelser og prøvingen av lov mot Grunnlov.³⁴

I teorien er det lagt til grunn at skjønnsmarginen er utslag av en pragmatisk tilbakeholdenhet begrunnet i hensynet til statenes suverenitet, heller enn en materiell begrensning i EMDs prøvingskompetanse.³⁵ Det er altså tale om en valgfrihet innenfor EMDs prøvingskompetanse i den forstand at det er opp til domstolen å avgjøre i hvilken grad den vil benytte sin materielle kompetanse. Etter ikrafttreddelsen av 15. tilleggsprotokoll heter det imidlertid i fortalens sjette

³³ Skjønnsmarginens rekkevidde varierer med rekke variabler som ikke behandles nærmere her. For en oversiktspreget fremstilling, se Aall (2022) kapittel 8.3.3.

³⁴ Samtlige doktriner bygger på en tanke om at det opprinnelige beslutningsorganet er "bedre plassert" til å foreta vurderingen, se Vangsnes (2014) s. 131. Utover dette har doktrinene noe ulike begrunnelser. Nærmere om dette, se Vangsnes (2014)

³⁵ Vangsnes (2014) s. 156 flg. med videre henvisninger.

ledd at konvensjonsstatene «enjoy a margin of appreciation» ved gjennomføring av konvensjonsrettighetene. Når skjønnsmargin doktrinen har fått et positiv rettslig uttrykk kan det stilles spørsmål ved om doktrinen innebærer en materiell kompetansebegrensning. Dette er særlig fordi fortalen, etter Wienkonvensjonen artikkel 31, er en integrert del av konvensjonen, og derfor relevant ved tolkningen.³⁶ Av forarbeidene følger imidlertid at endringen ikke medfører noen realitetsendring.³⁷ Hvorvidt dette er tilfelle er omdiskutert i teorien, og behandles ikke nærmere her.³⁸

Skjønnsmargin doktrinen begrunnes dels i at nasjonale myndigheter, grunnet innsikt i nasjonale forhold og nærhet til begivenhetene, presumtvt er bedre egnet til å vurdere konvensjonsmessigheten av et inngrep, og dels i at statene har primæransvaret for gjennomføringen av konvensjonen.³⁹ Doktrinen er slik utslag av det subsidiaritetsprinsippet konvensjonen bygger på.⁴⁰

Når statene har primæransvaret for gjennomføringen av konvensjonen, er det behov for et kontrollerende organ for å oppfylle konvensjonens formål om et effektivt rettighetsvern. Denne kompetansen tilfaller EMD, som gjennom artikkel 19 og 32 er siste instans ved tolkningen og anvendelsen av konvensjonen. Selv om internasjonal kontroll er en forutsetning for et effektivt rettighetsvern, og statene har godtatt en viss suverenitetsoverføring gjennom tilslutningen til konvensjonen, utgjør den et inngrep i statenes suverenitet. Det er derfor behov for et balanserende element i statens favør. Skjønnsmargin doktrinen er et slikt element ved at den balanserer statenes suverenitet mot behovet for internasjonal kontroll, samt sikrer et felles minimumsvern og åpner for nasjonale tilpasninger.

Skjønnsmargin doktrinen er altså ment å regulere forholdet mellom nasjonale domstoler og EMD som overnasjonalt kontrollorgan.⁴¹ Skjønnsmargin doktrinen har derfor liten overføringsverdi til den nasjonale prøvingen ettersom nasjonale domstoler ikke trenger ta

³⁶ *Golder mot Storbritannia* avsnitt 34.

³⁷ Council of Europe, "Protocol No.15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms" (2013) punkt 7.

³⁸ Se Marius Emberland, "Effektivisering av subsidiaritet", *Lov og Rett* 2013 s. 513-514 og Jon Wessel-Aas, "Effektivisering av subsidiaritet i EMK – en replikk til Marius Emberland", *Lov og Rett* 2013 s. 702-704. Se også Robert Spano, "Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity", *Human Rights Law Review* (2014) s. 487-502.

³⁹ Sørensen (2004) s. 135

⁴⁰ Subsidiaritetsprinsippet behandles i punkt 4.5.

⁴¹ EMD legger tilsvarende til grunn i *A m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 184. Se punkt 4.3.1

stilling til forholdet mellom internasjonale og nasjonale organer på samme måte.⁴² Siden skjønnsmargindoktrinen har liten overføringsverdi til en nasjonal kontekst, er det liten grunn til at norske domstoler skal fastlegge prøvingsintensiteten etter samme retningslinjer. I tråd med dette har EMD lagt til grunn at skjønnsmargindoktrinen ikke kommer til anvendelse i forholdet mellom nasjonale domstoler og lovgiver.⁴³ At EMD ikke pålegger statene å anvende skjønnsmargindoktrinen trenger imidlertid ikke bety at EMK-rettslige kilder ikke stiller krav til intensiteten i den nasjonale EMK-prøvingen overhodet. Dette er temaet i punkt 4.

I teorien er det hevdet at der EMD tilkjenner en vid skjønnsmargin av hensyn til demokratisk legitimitet, bør også nasjonale domstoler vise tilbakeholdenhet i prøvingen, idet slike hensyn også gjør seg gjeldende mellom nasjonale domstoler og lovgiver.⁴⁴ Dette gjelder særlig på det økonomiske området, ettersom inngrep i slike rettigheter er utslag av politiske avveininger, og domstolene ikke har samme mandat som lovgiver til å foreta politiske vurderinger.⁴⁵ Slik sett er ikke de hensyn som begrunner skjønnsmargindoktrinen helt uten overføringsverdi til en nasjonal kontekst.

Her er det imidlertid rom for nyanseringer. En eventuell tilbakeholdenhet i den nasjonale prøvingen av hensyn til demokratisk legitimitet begrunnes i nasjonale myndigheters syn på kompetansefordelingen mellom lovgiver og domstoler, og den enkelte stats tradisjoner for domstolskontroll. Når EMD viser tilbakeholdenhet av hensyn til demokratisk legitimitet er det typisk fordi slike beslutninger har en sterkere nasjonal forankring, som igjen er bedre egnet til å ivareta suverenitetshensyn. EMDs begrunnelse for å vektlegge demokratihensyn er altså ikke sammenfallende med nasjonale domstolars begrunnelse for å vektlegge samme hensyn. Videre er det ikke gitt at hensynet til demokratisk legitimitet har samme vekt ved nasjonale domstolars prøving som ved EMDs prøving. Siden nasjonale domstoler ikke trenger ta stilling til forholdet mellom nasjonale og internasjonale organer på samme måte som EMD, er det ikke noe i veien for at nasjonale domstoler legger større vekt på de rettssikkerhetsgarantier som ligger i domstolskontrollen enn på demokratihensyn, og foretar en mer intensiv prøving enn EMD.⁴⁶ Generelt er det mindre grunn til å vektlegge demokratihensyn når lovgiver

⁴² Det er også slike argumenter som ligger til grunn for den diskusjonen om nasjonal bruk av skjønnsmargindoktrinen som har utspilt seg i teorien, se eksempelvis Sørensen (2004) s. 169-173.

⁴³ *A m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 184. Avgjørelsen behandles nærmere i punkt 4.3.1.

⁴⁴ Nyhus (2016) s. 387 og Sørensen (2004) s. 171.

⁴⁵ EMDs uttalelser om at lovgiver har en vid skjønnsmargin ved spørsmål om et inngrep i EMK P1-1 tjener et legitimt formål bygger på en slik betraktning, se eksempelvis *James m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 46 og *Lindheim mot Norge* avsnitt 96 med videre henvisninger.

⁴⁶ Også Sørensen understreker at nasjonale tradisjoner kan tilsi en mer intensiv prøving nasjonalt, se Sørensen (2014) s. 374.

gjennom forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 har akseptert en maktoverføring til domstolene.

Av betydning er også at skjønnsmarginens begrunnelse er sammensatt. Det er derfor ikke gitt at demokratihensynet alene er årsak til at EMD står tilbake for nasjonale myndigheters vurderinger. Eksempelvis utvides skjønnsmarginen der det ikke kan påvises en felleseuropeisk konsensus.⁴⁷ En slik begrunnelse gjør seg ikke gjeldende nasjonalt. Heller ikke synspunktet om at nasjonale myndigheter er bedre egnet til å foreta de aktuelle vurderingene grunnet nærhet til begivenhetene har overføringsverdi til en nasjonal kontekst. Da skjønnsmarginens begrunnelse er sammensatt kan hensynet til demokratisk legitimitet alene vanskelig begrunne at nasjonale domstoler skal være like tilbakeholdne som EMD, selv om det også nasjonalt kan være grunn til å være tilbakeholden i prøvingen av hensyn til demokratisk legitimitet.

⁴⁷ Sørensen (2004) s. 159 og Aall (2022) s. 177.

4 Stiller EMK krav til intensiteten i den nasjonale prøvingen?

4.1 Innledning og presisering av problemstillingen

Spørsmålet i punkt 4 er hvilke krav – om noen – EMK-rettslige kilder stiller til intensiteten i den nasjonale EMK-prøvingen. Slike krav vil være bindende for norske domstoler, og dermed sette skranker for hvor tilbakeholdne norske domstoler kan være i prøvingen, også mot EMK P1-1. Mer spesifikt er spørsmålet om EMK-rettslige kilder pålegger statene å prøve *mer* intensivt enn EMD ville gjort etter skjønnsmargin doktrinen. Problemstillingen utdypes i det følgende.

Høyesteretts uttalelse i HR-2022-718-A (Hyttetøksmålet) om at en eventuell tilbakeholdenhet i prøvingen beror på norsk rett kan tolkes slik at domstolene står helt fritt ved fastleggelsen av intensiteten i EMK-prøvingen. En slik tolkning innebærer at domstolene i prinsippet kan være mer tilbakeholdne i prøvingen enn EMD er etter skjønnsmargin doktrinen. Dersom nasjonale myndigheter beveger seg utenfor det handlingsrommet staten er tilkjent gjennom skjønnsmarginen, vil EMD imidlertid konstatere konvensjonsbrudd. Hvis innholdet i den nasjonale lovgivningen ligger utenfor det EMD tillater etter skjønnsmarginen, kan nasjonale domstoler derfor ikke stå tilbake for lovgivers vurdering hvis staten skal unngå domfellelse. I praksis er skjønnsmargin doktrinen dermed til hinder for en mindre intensiv prøving, og danner et minstekrav for prøvingsintensiteten nasjonalt.⁴⁸ Spørsmålet er da om EMK pålegger statene en *mer* intensiv prøving enn EMD ville foretatt under skjønnsmargin doktrinen.

Hva som ligger i at skjønnsmargin doktrinen stiller minstekrav til prøvingsintensiteten nasjonalt kan illustreres med et tenkt eksempel: EMD-praksis viser at ved eiendomsavståelse står vederlaget sentralt i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK P1-1, da dette må stå i «a reasonable relation to the value of the expropriated property».⁴⁹ Ekspropriasjon uten rimelig erstatning er altså uforholdsmessig, og dermed konvensjonsstridig. Dersom Stortinget vedtar

⁴⁸ Tilsvarende er lagt til grunn i teorien, se Sørensen (2014) s. 373 og Solheim (2019) s. 383. Også EMDs uttalelser i *Nicklinson og Lamb mot Storbritannia* avsnitt 84 bygger på en slik forutsetning. Her understreker EMD at den ved spørsmål som "fall within their margin of appreciation" ikke vil intervensere i statenes interne maktfordeling. Saken behandles nærmere i punkt 4.3.2.

⁴⁹ Se eksempelvis *Perdigao mot Portugal* avsnitt 59 og *James mot Storbritannia* avsnitt 67.

en lovbestemmelse som medfører eiendomsavståelse uten at ekspropriaten tilkjennes erstatning, vil staten ved lovgiver bevege seg utenfor handlingsrommet den er tilkjent ved anvendelsen av EMK P1-1. Hvis en norsk domstol står tilbake for lovgivers vurdering, eksempelvis fordi den berører vanskelig sosiale spørsmål, vil loven ikke stå seg i EMD fordi staten har handlet utenfor skjønnsmarginen. Siden staten gjennom tilslutningen til EMK har godtatt en internasjonal kontroll, og EMDs avgjørelser etter artikkel 46 er bindene for staten, kan norske domstoler derfor ikke prøve mindre intensivt enn EMD.

Ettersom norske domstoler skal anvende EMD i tråd med EMDs metode, er de prøvingsnormer EMD oppstiller bindende for norske domstoler. Da disse i ulik grad inviterer til en intensiv prøving, vil de være styrende for hvilke minstekrav EMD stiller til intensiteten i den nasjonale EMK-prøvingen gjennom skjønnsmarginindoktrinen. Dette illustrerer forholdet mellom prøvingsintensitet og prøvingsnorm, slik disse begrepene er utpenslet under punkt 2.

For å ta stilling til om EMK krever en mer intensiv prøving nasjonalt må det tas utgangspunkt i positivrettslige kilder. EMK artikkel 13 om rett til et effektivt rettsmiddel nasjonalt regulerer nettopp den nasjonale prøvingen av påståtte konvensjonsbrudd, og danner startpunktet for drøftelsen (punkt 4.2). Videre vurderes praksis der EMD uttaler seg om nasjonale domstolers prøvingsintensitet (punkt 4.3), og deretter mer generelle utviklingstrekk i EMD i form av en mer prosessorientert kontroll (punkt 4.4). Endelig behandles mer overordnede system- og formålsbetraktninger i form av et styrket subsidiaritetsprinsipp (punkt 4.5).

4.2 Stiller EMK artikkel 13 krav til prøvingsintensiteten nasjonalt?

4.2.1 Innledning

Av artikkel 13 følger at ved krenkelser av konvensjonsrettighetene skal enhver ha en «effective remedy before a national authority».⁵⁰ Bestemmelsen pålegger statene å prøve eventuelle konvensjonskrenkelser nasjonalt. Artikkel 13 er slik utslag av

⁵⁰ Fransk og engelsk er konvensjonens autentiske språk, se sluttbestemmelsen.

subsidiaritetsprinsippet, og skal sikre at mulige konvensjonsbrudd prøves, og eventuelt irettesføres, nasjonalt før EMD som overnasjonalt kontrollorgan kommer i spill.⁵¹

Artikkel 13 er aksessorisk i den forstand at en prosedabel påstand om konvensjonskrenkelse utløser retten til et effektivt prøvingsmiddel. Bestemmelsen oppstiller likevel en selvstendig rettighet, slik at det kan konstateres brudd på artikkel 13 uavhengig av øvrige bestemmelser. Videre kan det tenkes at en svært tilbakeholden prøving nasjonalt kommer i strid med kravet til en «effective remedy». I prinsippet kan EMD derfor stå tilbake for nasjonale vurderinger av hvorvidt en lov strider med EMK P1-1 eller øvrige konvensjonsbestemmelser, men likevel konstatere brudd på artikkel 13 som følge av en for tilbakeholden prøving nasjonalt.⁵²

Med dette som utgangspunkt er spørsmålet her om det i kravet til en «effective remedy» ligger føringer for prøvingsintensiteten nasjonalt. Det avgrenses mot redegjørelser for hva som generelt ligger i kravet til en «effective remedy», da prøvingsintensiteten er det sentrale for avhandlingen.⁵³

4.2.2 Konvensjonsteksten

Ordlyden «effective remedy before a national authority» tilsier at det på nasjonalt nivå må finnes kontrollorganer individet kan henvende seg til for å få prøvd sin sak ved påstått konvensjonsbrudd. Videre indikerer ordlyden «effective» at eksistensen av nasjonale kontrollmekanismer i seg selv ikke er tilstrekkelig, dersom disse er utilgjengelige eller på annen måte medfører at prøvingsretten blir uten realitet.

En viss intensitet i prøvingen kan sies å være en forutsetning for en «effective» prøvingsrett, idet en svært tilbakeholden prøving kan medføre at de rettssikkerhetsgarantier som ligger i retten til et nasjonalt prøvingsmiddel blir uten realitet. Ordlyden er imidlertid vag, og kan også forstås slik at det avgjørende er eksistensen av og tilgangen til en nasjonal kontrollmekanisme. Ordlyden gir dermed liten veiledning om hva som ligger i kravet til en «effective» prøvingsrett med hensyn til prøvingsintensiteten.

⁵¹ Tilsvarende følger av forarbeidene, se *Kudla mot Polen* avsnitt 152 med videre henvisninger.

⁵² Noe annet er at EMD i praksis ikke foretar en selvstendig vurdering av EMK artikkel 13 ved påstått krenkelse av EMK P1-1, se punkt 4.2.3.

⁵³ For en oversiktspreget fremstilling, se Kjetil Mujezinovic Larsen, "Retten til et effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13: En studentrettet oversikt", *Jussens Venner* 2019 s. 388-402 og Aall (2022) kapittel 5.

4.2.3 EMD-praksis

Det foreligger ikke avgjørelser der EMD har konstatert brudd på artikkel 13 med den begrunnelse av den nasjonale prøvingen er for lite intensiv, eller der domstolen uttrykkelig uttaler seg om nasjonale domstolars prøvingsintensitet ved artikkel 13-vurderingen. Dette kan forstås slik at domstolen anser spørsmålet om prøvingsintensitet et nasjonalt anliggende, og videre at bestemmelsen ikke stiller krav til prøvingsintensiteten nasjonalt.

Av praksis følger at statene har en viss skjønnsmargin ved gjennomføringen av konvensjonen.⁵⁴ Verken artikkel 13 eller konvensjonen for øvrig krever at statene inkorporerer konvensjonen i nasjonal rett.⁵⁵ Effektivitetskravet innebærer slik at det må finnes nasjonale kontrollmekanismer uavhengig av hvordan konvensjonen er gjennomført i konvensjonsstatene. Det avgjørende synes dermed å være at individet kan få prøvd mulige konvensjonsbrudd nasjonalt, hvilket er i tråd med subsidiaritetsprinsippet. Gitt det økte fokuset på subsidiaritetsprinsippet kan dette tas til inntekt for at den skjønnsmarginen statene er tilkjent med hensyn til gjennomføringen også omfatter domstolskontrollen med lovgiver.⁵⁶ Bestemmelsen kan da vanskelig forstås slik at den stiller krav til utøvelsen av prøvingsretten, herunder prøvingsintensiteten, såfremt det eksisterer en prøvingsrett som ellers oppfyller de krav EMD har innfortolket i effektivitetsvilkåret.⁵⁷

Av praksis følger også at effektiviteten ikke avhenger av sannsynligheten for at individet får medhold; det avgjørende er at organet har kompetanse til å treffe bindende avgjørelse.⁵⁸ Dette kan tolkes slik at artikkel 13 kun regulerer adgangen til et rettsmiddel og underbygger dermed at det avgjørende er eksistensen av en nasjonal kontrollmekanisme. I mangel av andre holdepunkter, er dette nærliggende å forstå slik at prøvingsintensiteten er uten betydning for effektivitetskravet.

Også omfanget av organets prøvingskompetanse har betydning for hvorvidt prøvingsretten er effektiv i konvensjonens forstand.⁵⁹ Dersom en eventuell tilbakeholdenhet i den nasjonale

⁵⁴ Se eksempelvis *Kaya mot Tyrkia* avsnitt 106 og *Kudla mot Polen* avsnitt 157.

⁵⁵ Se eksempelvis *James m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 84 og *Silver mot Storbritannia* avsnitt 113.

⁵⁶ EMDs uttalelser i *Nicklinson og Lamb* avsnitt 84 bygger på en slik forutsetning.

⁵⁷ Eksempelvis følger det av *Pine Valley Developments m.fl. mot Irland* avsnitt 47 at rettsmidlet må være tilgjengelig innenfor tilstrekkelig tid. Hva som kreves vil blant annet bero på arten av den anførte krenkelsen, se eksempelvis *Kaya mot Tyrkia* avsnitt 106. Se også Larsen (2019) s. 396-397.

⁵⁸ Se eksempelvis *Kudla mot Polen* avsnitt 157, *Conka mot Belgia* avsnitt 75 og *Kolyadenko m.fl. mot Russland* avsnitt 231.

⁵⁹ Se eksempelvis *Smith og Grady mot Storbritannia* avsnitt 136 flg. og *Hatton mot Storbritannia* avsnitt 141 flg.

prøvingen er utslag av materielle begrensninger i domstolenes prøvingskompetanse kan dette by på problemer. I teorien er det imidlertid enighet om at eventuell tilbakeholdenhet i norske domstolers kontroll av lovgiver ikke innebærer noen materiell kompetansebegrensning, men en valgfrihet for domstolene innenfor prøvingskompetansen.⁶⁰ De krav artikkel 13 stiller til organets prøvingskompetanse kan da vanskelig sies å legge føringer for prøvingsintensiteten, såfremt det foreligger en prøvingsrett og domstolens adgang til å overprøve lovgivers vurdering ikke formelt sett er underlagt begrensninger.

Ved påståtte brudd på EMK P1-1 har EMD knyttet spørsmål om effektiv prøvingsrett til vurderingen av hvorvidt det er truffet en «fair balance» mellom individets beskyttelsesbehov og statens reguleringsbehov.⁶¹ EMD foretar altså ikke selvstendige vurderinger av hvorvidt det foreligger brudd på artikkel 13. Selv om EMK P1-1 ikke oppstiller prosessuelle garantier er dette dermed et viktig element i forholdsmessighetsvurdering, ved at mangel på slike letterer fører til domfellelse. Dette kan knyttes til en generell utvikling, der EMD i større grad vektlegger nasjonale beslutningsprosesser.⁶² At EMD vektlegger prosessuelle garantier sier likevel ikke noe om intensiteten i den nasjonale prøvingen dersom det først foreligger prosessuelle garantier i form av en nasjonal prøvingsinstans som ellers oppfyller kravene EMD har innfortolket i artikkel 13.

4.2.4 Konklusjon

Oppsummert synes det avgjørende etter artikkel 13 å være eksistensen av nasjonale kontrollmekanismer der individet kan få prøvd mulige konvensjonsbrudd. Da spørsmålet om intensiteten i den nasjonale EMK-prøvingen berører maktfordelingen mellom lovgiver og domstoler, bør det etter mitt syn kreves klare holdepunkter for å innfortolke krav til prøvingsintensiteten. All den tid ordlyden ikke gir veiledning, og praksis ikke gir holdepunkter for at prøvingsintensiteten virker inn på effektivitetsvurderingen, kan artikkel 13 derfor vanskelig tolkes slik at den stiller krav til prøvingsintensiteten nasjonalt.

Mindretallet i Rt-2013-1345 (Strukturvote) synes å tolke artikkel 13 slik at den ikke stiller krav til prøvingsintensiteten. Etter å ha fastslått at skjønnsmarginen ikke gjelder mellom

⁶⁰ Vangsnes (2014) s. 156 flg. med videre henvisninger. Merk at Vangsnes selv stiller seg kritisk til denne forståelsen av domstolenes tilbakeholdenhet, se s. 168.

⁶¹ Se eksempelvis *Velikovi m.fl. mot Bulgaria* avsnitt 251-252 og *N.K.M mot Ungarn* avsnitt 80.

⁶² Se punkt 4.4.

nasjonale domstoler og lovgiver, uttaler mindretallet at «[d]en rett som borgerne etter EMK artikkel 13 har til å få prøvd nasjonalt hvorvidt det foreligger konvensjonsbrudd, kan ikke forstås slik at domstolene ved vurderingen av om et lovinngrep er proporsjonalt, uten videre skal sette seg i lovgivers sted».⁶³ Det ligger et forbehold i formuleringen «uten videre», som kan forstås slik at artikkel 13 kan tenkes å sette en grense for hvor tilbakeholdne domstolene kan være i EMK-prøvingen. Sett i sammenheng med en foregående uttalelse om at domstolene må kunne vektlegge lovgivers vurdering, leser jeg likevel uttalelsen slik at artikkel 13, etter mindretallets syn, ikke stiller krav til prøvingsintensiteten nasjonalt. Uttalelsen er et obiter dictum fremsatt av mindretallet, og har derfor ingen rettskildemessig vekt. Den er likevel uttrykk for at EMD bør være varsom med å intervensere i kompetansefordelingen mellom nasjonale domstoler og lovgiver, og bygger etter mitt syn på riktig tolkning av artikkel 13.

4.3 Stiller øvrig EMD-praksis krav til prøvingsintensiteten nasjonalt?

EMK artikkel 13 stiller altså ikke krav til intensiteten i nasjonale domstolars EMK-prøving. Spørsmålet i det følgende er om øvrig EMD-praksis pålegger statene å prøve mer intensivt enn EMD. EMD uttaler seg sjelden uttrykkelig om intensiteten i den nasjonale EMK-prøvingen, og så vidt meg bekjent foreligger ingen avgjørelser tilknyttet EMK P1-1 der EMD uttaler seg om spørsmålet. Det foreligger imidlertid enkelte avgjørelser der EMD uttaler seg om intensiteten i den nasjonale prøvingen mer generelt. Disse behandles i det følgende.

4.3.1 A m.fl. mot Storbritannia

I storkammersaken *A m.fl. mot Storbritannia* (2009) var spørsmålet om EMK artikkel 15 om derogasjon i krisesituasjoner ga hjemmel for å tilsidesette garantier mot vilkårlig frihetsberøvelse etter artikkel 5. Her fremgår at «[t]he doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court» og at «[i]t cannot have the same application to the relations between the organs at the domestic level».⁶⁴

Skjønnsmargindoktrinen kommer altså ikke til anvendelse mellom nasjonale domstoler og lovgiver. Dette innebærer at EMD ikke pålegger nasjonale domstoler å tilkjenne lovgiver

⁶³ Rt-2013-1345 avsnitt 258.

⁶⁴ *A m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 184.

samme skjønnsmargin som EMD ville tilkjent staten. Nasjonale domstoler *kan* altså prøve mer intensivt enn EMD. Tatt i betraktning at skjønsmargindoktrinen regulerer forholdet mellom nasjonale myndigheter og EMD som overnasjonalt organ, er standpunktet ikke overraskende.

Siden det er skjønnsmarginen som regulerer EMDs prøvingsintensitet vis-à-vis nasjonale domstoler, og denne ikke kommer til anvendelse mellom nasjonale domstoler og lovgiver, kan uttalelsen forstås slik at prøvingsintensiteten nasjonalt fullt ut beror på nasjonale kilder. I tråd med dette er avgjørelsen blitt tolket slik at nasjonale domstoler står helt fritt til selv å fastlegge prøvingsintensiteten nasjonalt, og videre at nasjonale domstoler kan prøve *mindre* intensivt enn EMD.⁶⁵ Uttalelsen kan vanskelig tolkes slik. Selv om skjønsmargindoktrinen ikke kommer til anvendelse nasjonalt, vil den som nevnt være til hinder for en mindre intensiv prøving idet den i praksis stiller minstekrav til prøvingsintensiteten nasjonalt.

Uttalelsen kan imidlertid ikke tolkes slik at nasjonale domstoler må prøve *mer* intensivt enn EMD. EMD gir ikke føringer for prøvingsintensiteten nasjonalt, men legger til grunn at skjønsmargindoktrinen ikke kommer til anvendelse. Dette innebærer kun at statene ikke pålegges å være like tilbakeholdne som EMD, hvilket er i tråd med subsidiaritetsprinsippets forutsetning om en effektiv gjennomføring nasjonalt. Uttalelsen gir ingen veiledning om intensiteten i den nasjonale prøvingen som sådan, og er derfor ikke til hinder for at nasjonale domstoler, på grunnlag av nasjonal rett, er tilbakeholdne i prøvingen. Uttalelsen kan derfor ikke i tas til inntekt for at nasjonale domstoler må prøve mer intensivt enn EMD. Tvert imot kan mangelen på konkrete føringer tolkes slik at EMD ikke vil uttale seg om spørsmålet.

Av interesse er likevel at EMD, etter å ha fastslått at skjønsmargindoktrinen ikke gjelder nasjonalt, uttaler at «[i]n any event [...] it cannot be said that inadequate weight was given to the views of the executive or of the Parliament».⁶⁶ Selv om EMD ikke gir generelle retningslinjer for prøvingsintensiteten nasjonalt, uttaler domstolen seg altså om hvilken vekt en nasjonal domstol har tillagt lovgivervurderingen. At lovgivers vurdering ikke ble tillagt inadekvat vekt i den konkrete saken kan tolkes slik at det etter omstendighetene kan være inadekvat å legge for mye vekt på lovgivervurderingen, og videre at det går en grense for hvor tilbakeholdne nasjonale domstoler kan være. Uttalelsen fremstår imidlertid som en

⁶⁵ Nyhus (2016) s. 367.

⁶⁶ *A m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 184.

«slengbemerking» uten betydning for resultatet, og kan vanskelig veie tungt. Den gir likevel signaler om at EMD i senere saker kan tenkes å stille krav til en mer intensiv prøving nasjonalt.

4.3.2 Nicklinson og Lamb mot Storbritannia

I *Nicklinson og Lamb mot Storbritannia* (2015) var spørsmålet om forbud mot assistert dødshjelp var i strid med retten til privatliv etter EMK artikkel 8. Her uttaler EMD at konvensjonsstatene er «generally free to determine which of the three branches of government should be responsible for taking policy and legislative decisions which fall within their margin of appreciation and it is not for this Court to involve itself in their internal constitutional arrangements».⁶⁷ Videre viser EMD til at forbudet flere ganger var vurdert av parlamentet, og uttaler at «[i]f the domestic courts were to be required to give a judgment on the merits of such a complaint this could have the effect of forcing upon them an institutional role not envisaged by the domestic constitutional order» og at «it would be odd to deny domestic courts [...] the possibility of concluding [...] that Parliament is best placed to take a decision...»⁶⁸

EMD er her klar på at maktfordelingsspørsmål er et nasjonalt anliggende og at statene innenfor skjønnsmarginen selv avgjør hvilket statsorgan som skal få siste ord. Innenfor skjønnsmarginens rammer kan nasjonale tradisjoner for domstolskontroll da veie tungt, og domstolene kan ikke nektes å ta det standpunkt at lovgivers vurdering blir avgjørende, i hvert fall ikke i sensitive etiske og sosiale spørsmål. Selv om avgjørelsen gjaldt et vanskelig etisk spørsmål, som det er ulik oppfatning om i konvensjonsstatene, er uttalelsen generell, og uttrykk for at EMD ikke vil intervensere i kompetansefordelingen internt i konvensjonsstatene. Statene kan da ikke pålegges en mer intensiv prøving enn EMD. Tvert imot synes EMD å forutsette at det er opp til statene å fastlegge kompetansefordelingen mellom domstoler og lovgiver, og at nasjonale domstoler dermed har vid adgang til å være tilbakeholdne i EMK-prøvingen. Uttalelsen klargjør slik premisset i *A m.fl. mot Storbritannia* om at EMD ikke pålegger statene en mer intensiv prøving enn EMD.

⁶⁷ *Nicklinson og Lamb mot Storbritannia* avsnitt 84.

⁶⁸ *Ibid.*

Det ligger likevel en presisering i formuleringen «within their margin of appreciation». Det er altså bare innenfor skjønnsmarginen at EMD vil avstå fra å intervenere i maktfordelingsspørsmål ved å tillate en tilbakeholden prøving. Dette illustrerer utgangspunktet om at skjønsmargindoktrinen danner et minstekrav for prøvingsintensiteten nasjonalt.

4.3.3 Fabris mot Frankrike

I *Fabris mot Frankrike* (2013) var spørsmålet om arverettslig, lovgivning som satte barn født utenfor ekteskap i en dårligere rettsstilling enn barn født i ekteskap, krenket diskrimineringsforbudet i artikkel 14 sammenholdt med EMK P1-1. Her fremgår at «where an applicant's pleas relate to the “rights and freedoms” guaranteed by the Convention the courts are required to examine them with particular rigour and care and that this is corollary to the principle of subsidiarity».⁶⁹

EMD viser her til subsidiaritetsprinsippet, og at en viss grundighet i den nasjonale domstolsprøvingen er en forutsetning for at dette skal ha en realitet. Dette kan tolkes slik at dersom EMDs subsidiære kontroll skal fungere etter sin hensikt kan ikke nasjonale domstoler være for tilbakeholdne i prøvingen, og videre at det også innenfor skjønnsmarginen går en grense for hvor tilbakeholdne nasjonale domstoler kan være. Uttalelsen innebærer dermed en klargjøring av EMDs antydninger i *A m.fl. mot Storbritannia* om at det går en grense for hvor tilbakeholdne nasjonale domstoler kan være i prøvingen. Avgjørelsen gir imidlertid ingen veiledning om hvor denne grensen går.

Avgjørelsen modifierer også uttalelsene i *Nicklinson og Lamb mot Storbritannia* om at prøvingsintensiteten nasjonalt er EMD uvedkommen, ved at EMD i senere saker kan tenkes å stille krav til prøvingsintensiteten nasjonalt. Avgjørelsen er imidlertid eldre enn *Nicklinson og Lamb mot Storbritannia* og kan derfor ikke tas til inntekt for en generell rettsutvikling i retning av at EMD stiller strengere krav til prøvingsintensiteten nasjonalt. At EMD i *Nicklinson og Lamb mot Storbritannia* går langt i å understreke at det er opp til statene å avgjøre hvilke statsorgan som skal få siste ord kan riktignok begrunnes i at saken gjaldt et

⁶⁹ *Fabris mot Frankrike* avsnitt 72 med videre henvisning til *Wagner m.fl. mot Luxemburg* avsnitt 96.

vanskelig spørsmål av moralsk karakter, men uttalelsen er som nevnt generell og klar med hensyn til at EMD ikke vil intervenere i maktfordelingsspørsmål.

4.3.4 Konklusjon

Oppsummert har EMD gitt signaler om at det også innenfor skjønnsmarginen går en grense for hvor tilbakeholdne nasjonale domstoler kan være i EMK-prøvingen. Det kan derfor tenkes at EMD i senere saker vil stille eksplisitte krav til prøvingsintensiteten nasjonalt, slik at nasjonale domstoler pålegges en mer intensiv prøving. Nevnte uttalelser er imidlertid vage, og uten ytterligere presiseringer av hvilke krav som stilles. Tvert imot fremstår EMD lite villig til å uttale seg uttrykkelig om intensiteten i den nasjonale prøvingen. På grunnlag av nevnte praksis kan det derfor ikke konkluderes med at EMD pålegger statene å prøve mer intensivt enn EMD, verken ved prøvingen mot EMK P1-1 eller øvrige konvensjonsrettigheter.

4.4 Betydningen av EMDs prosessuelle kontroll

4.4.1 Innledning

Konvensjonspraksis gir ikke grunnlag for å konkludere med at norske domstoler må prøve mer intensivt enn EMD. De siste årene er det imidlertid skjedd en utvikling der EMDs kontroll er blitt mer prosessorientert i den forstand at EMD vektlegger nasjonale prosesser ved vurderingen av om konvensjonen er krenket.⁷⁰ Temaet i det følgende er hvilken betydning denne prosessuelle kontrollen, som et mer overordnet systemhensyn, har for spørsmålet om nasjonale domstoler må prøve mer intensivt enn EMD.

4.4.2 Nærmere om EMDs prosessuelle kontroll

Med prosessuell kontroll menes at EMD vektlegger prosessuelle aspekter i form av kvaliteten på nasjonale beslutningsprosesser når den tar stilling til om konvensjonsstatene har handlet innenfor skjønnsmarginen.⁷¹ Dette innebærer at EMD er tilbakeholden med å overprøve konvensjonsstatenes materielle vurderinger dersom forholdet til EMK er forsvarlig vurdert.

⁷⁰ Holten (2018) s. 115 med videre henvisninger og Solheim (2019) s. 381.

⁷¹ Sørensen (2014) s. 355, Huijbers (2018) s. 179 og Aall (2022) s. 174.

EMD fokuserer altså på hvordan nasjonale myndigheter har vurdert konvensjonsmessigheten av inngrepet heller enn resultatet.⁷² Den prosessuelle kontrollen innebærer at det stilles strengere krav til nasjonale beslutningsprosesser, som er det sentrale for problemstillingen her.⁷³ Eksempelvis tilkjenner EMD en videre skjønnsmargin dersom lovgiver har foretatt en grundig avveining av de motstående interessene i saken.⁷⁴

Årsaken til at EMDs prøving er blitt mer prosessorientert er sammensatt. En faktor er EMDs stadig økende sakstilfang, som skaper behov for å avlaste EMD.⁷⁵ Ved å vektlegge prosessuelle aspekter kan domstolen stimulere til grundigere beslutningsprosesser nasjonalt, som presumtvt fører til bedre ivaretagelse av konvensjonsrettighetene nasjonalt og videre at færre saker klages inn for EMD. EMD kan da fokusere på prinsipielle spørsmål av betydning utover den konkrete saken og mer alvorlige konvensjonsbrudd, heller enn å iverksette rutinemessige konvensjonsbrudd.⁷⁶ Den prosessuelle kontrollen innebærer dermed en effektivisering av subsidiaritetsprinsippet.⁷⁷

Den prosessuelle kontrollen er også utslag av en generell utvikling der subsidiaritetsprinsippet tillegges større vekt. Dette er igjen utslag av beskyldninger om at EMD går for langt i sin dynamiske tolkning og har tatt en for aktiv rolle som kontrollorgan.⁷⁸ En prosessorientert kontroll kan avhjelpe dette ved at statene tilkjennes en videre skjønnsmargin, og dermed større handlingsrom med hensyn til materielle løsninger, såfremt beslutningsprosessene oppfyller kvalitative krav. Den prosessuelle kontrollen medfører slik at statene kan «innvilge seg selv» et videre materielt handlingsrom ved å foreta grundige vurderinger av hvorvidt et inngrep i EMK P1-1 eller øvrige er konvensjonsbestemmelser er konvensjonsmessig, idet EMD lettere godtar den materielle løsningen hvis prosessene er grundige. En prosessuell

⁷² Se eksempelvis *Karibu mot Norge* avsnitt 91-92. Se også *Animal Defenders International mot Storbritannia* avsnitt 108-109 og *M.A mot Danmark* avsnitt 148, der EMD understreker at "the Court has repeatedly held that the choices made by the legislature are not beyond its scrutiny and has assessed the quality of the parliamentary and judicial review". Sistnevnte avgjørelser gjelder henholdsvis artikkel 10 og artikkel 8, men uttalelsene er generelle.

⁷³ Holten (2018), Sørensen (2014) s. 364 flg. og Nyhus (2016) s. 367-368.

⁷⁴ Se eksempelvis *Animal Defenders International mot Storbritannia* og *Karibu mot Norge*. Motsatt i *Lindheim m.fl mot Norge* og *Paulet mot Storbritannia*.

⁷⁵ Sørensen (2014) s. 354, Huijbers (2017) s. 180 og Holten (2018) s. 116.

⁷⁶ Holten (2018) s. 117. Behovet for en mer effektiv nasjonal gjennomføring, slik at EMD kan fokusere på større strukturelle spørsmål og utvikling av konvensjonen er også fremhevet i Brightonerklæringens (2015) punkt 33.

⁷⁷ Sørensen (2014) s. 355 og Emberland (2013).

⁷⁸ Holten (2018) s. 116 med videre henvisninger og Huijbers (2017) s. 180-181.

kontroll er derfor godt egnet til å ivareta hensynet til statenes suverenitet i møte med behovet for et effektivt rettighetsvern.⁷⁹

En mer prosessuell kontroll endrer likevel ikke det faktum at EMD har full kompetanse til å overprøve nasjonale myndigheters vurderinger. Dette følger av artikkel 32, som fastslår at EMDs jurisdiksjon omfatter alle saker angående tolkning og anvendelse av konvensjonen. Den prosessuelle kontrollen er dermed utslag av en pragmatisk tilbakeholdenhet begrunnet i subsidiaritetsprinsippet, og ikke en begrensning i EMDs materielle kompetanse.⁸⁰ I siste instans er det altså opp til EMD å avgjøre om et inngrep i EMK P1-1 er eller øvrige konvensjonsrettigheter er konvensjonsmessig.⁸¹

4.4.3 Stiller den prosessuelle kontrollen krav til prøvingsintensiteten nasjonalt?

I praksis kommer den prosessuelle kontrollen til uttrykk ved at EMD synes å vurdere kvaliteten på de nasjonale beslutningsprosessene samlet. To EMD-avgjørelser om anvendelsen av norske tomtfestregler er illustrerende. I *Lindheim mot Norge* (2012) kom EMD til at tomtfesteloven § 33 krenket bortfesterenes eiendomsrett. Domstolen vektla at lovgiver ikke hadde vurdert om bestemmelsen ga en «fair balance» mellom bortfesterenes og festernes interesser, samt at det var svakheter ved Høyesteretts vurdering idet det ikke var tatt tilstrekkelig hensyn til nyere EMD-praksis som gir et sterkere rettighetsvern.⁸² Motsatt vektla EMD i *Karibu mot Norge* (2022), som gjaldt konvensjonsmessigheten av lovrevisjonen som ble foretatt etter domfellelsen i *Lindheim mot Norge*, både at revisjonen var resultat av en grundig lovgivningsprosess og at norske domstoler hadde foretatt grundige vurderinger av alle aspekter ved EMK P1-1.⁸³ På grunnlag av de grundige prosessene hos både lovgiver og i domstolene ble staten tilkjent en vid skjønnsmargin, og EMD konstaterte ikke krenkelse. Et ytterligere eksempel er *Animal Defenders International mot Storbritannia* (2013), som gjaldt ytringsfrihetsvernet etter artikkel 10. Her uttaler domstolen generelt at både lovgivningsprosessen og etterfølgende domstolskontroll har betydning ved EMDs avgjørelse

⁷⁹ Sørensen (2014) s. 354.

⁸⁰ Vangsnes (2014) s. 156 med videre henvisninger.

⁸¹ Det kan stilles spørsmål ved om dette er tilfelle også etter ikrafttreddelsen av 15. tilleggsprotokoll, se punkt 3.

⁸² *Lindheim mot Norge* avsnitt 128 og 135.

⁸³ *Karibu mot Norge* avsnitt 91–92.

av om et lovinngrep er konvensjonsstridig.⁸⁴ At EMD vurderer nasjonale beslutningsprosesser samlet er altså ikke et særtrekk ved EMK P1-1, men en generell tendens.⁸⁵

Basert på nevnte avgjørelser synes det avgjørende for EMD å være at nasjonale myndigheter sett under ett har gjort grundige avveininger av de motstående interesser. Hvorvidt dette skjer gjennom lovgivningsprosessen eller etterfølgende domstolskontroll er av underordnet betydning.⁸⁶ En konsekvens er at en mer inngående domstolskontroll kan avhjelpe mangelfulle lovgivningsprosesser, og at EMD lettere overprøver nasjonale domstoler dersom lovgivervurderingen ikke er tilstrekkelig grundig og domstolene ikke har kompensert for dette. Den prosessuelle kontrollen innebærer altså at domstolene, dersom staten skal unngå domfellelse, må gjøre grundigere vurderinger av konvensjonsmessigheten dersom lovgiver svikter. I motsatt fall innsnevres skjønnsmarginen, og EMD vil lettere konstatere krenkelse. Slik legger EMD føringer for nasjonale domstolars EMK-prøving ved at det stilles strengere krav til selvstendige og grundige domstolsvurderinger der lovgivervurderingen er mangelfull.

Intensiteten i domstolenes prøving er som nevnt uttrykk under punkt 2 for hvor langt domstolene er villige til å sette egen tolkning foran lovgivers. At EMD stiller strengere krav til nasjonale beslutningsprosesser, og at domstolene etter omstendighetene må kompensere for mangelfulle lovgivervurderinger gjennom en inngående prøving, innebærer ikke at nasjonale domstoler må prøve mer intensivt i betydningen at det skal mindre til å sette egen tolkning foran lovgivers. At EMD ser til nasjonale beslutningsprosesser ved fastleggelsen av skjønnsmarginen i den enkelte sak, innebærer at det stilles strengere kvalitetskrav til både lovgivers og domstolenes vurderinger, og ikke at domstolene må sette egen tolkning foran lovgivers. Dersom lovgivervurderingen holder god kvalitet, kan det være tilstrekkelig å vise til lovgivers vurdering og begrunne hvorfor denne blir avgjørende.⁸⁷

Poenget her er at nasjonale domstoler ikke utelukkende kan vise til hvilken skjønnsmargin EMD ville tilkjent, men at de selvstendig må begrunne en eventuell tilbakeholdenhet i prøvingen, typisk ved å vise til at lovgiver har gjort grundige vurderinger. Den prosessuelle kontrollen innebærer dermed at det stilles strengere krav til nasjonale domstolars

⁸⁴ *Animal Defenders International mot Storbritannia* avsnitt 108.

⁸⁵ Ytterligere eksempler er *Noack m.fl. mot Tyskland* avsnitt 2 og *Hirst mot Storbritannia* avsnitt 79-80.

⁸⁶ Høyesterett bygger på tilsvarende forståelse i HR-2022-718-A avsnitt 90 og 140, der den uttaler at mangelfulle vurderinger før iverksettelsen av et tiltak kan avhjelpes av en mer inngående etterfølgende domstolskontroll.

⁸⁷ *Nicklinson og Lamb mot Storbritannia* avsnitt 85.

begrunnelser, også der domstolene velger lovgivers løsning, ikke at domstolene skal sette egen vurdering av konvensjonsmessigheten foran lovgivers. At EMD, gjennom sin prosessuelle kontroll, stiller strengere krav til nasjonale beslutningsprosesser og at domstolene derfor må foreta mer grundige vurderinger der lovgiver svikter, gir dermed ikke grunnlag for å trekke den slutning at nasjonale domstoler må prøve mer intensivt enn EMD.

Noe annet er at det i tilfeller av mangelfulle lovgivervurderinger sjelden vil være tilstrekkelig å vise til lovgivers vurdering og begrunne hvorfor denne blir avgjørende. Domstolene «tvinges» dermed til å gjøre selvstendige vurderinger av konvensjonsmessigheten, og det blir lettere å sette egen konvensjonstolkning foran lovgivers. Slik vil kvaliteten på lovgivers vurdering ha mer indirekte betydning for hvor tilbakeholdne nasjonale domstoler kan være i EMK-prøvingen. Heller ikke dette innebærer imidlertid at nasjonale domstoler *må* prøve mer intensivt enn EMD; også der lovgivers vurdering er mangelfull eller ikke-eksisterende kan domstolene falle ned på samme løsning som lovgiver.

4.5 Betydningen av subsidiaritetsprinsippet

I det følgende knyttes noen bemerkninger til subsidiaritetsprinsippet, og hvilke bidrag slike systemhensyn gir til spørsmålet om i hvilken grad norske domstoler kan være tilbakeholdne i prøvingen av lover som gjør inngrep i EMK P1-1.

Subsidiaritetsprinsippet er et folkerettslig prinsipp som innebærer at internasjonale organer «ikke skal gjøre det som statene selv kan gjøre».⁸⁸ Prinsippet bygger på en tanke om at nasjonale myndigheter har sterkere demokratisk og konstitusjonell forankring enn internasjonale organer, og at nasjonale myndigheter er bedre egnet til å gjennomføre konvensjonsforpliktelser grunnet nærhet til begivenhetene og innsikt i lokale forhold.⁸⁹ For EMDs vedkommende kommer prinsippet indirekte til uttrykk gjennom EMK artikkel 1 som pålegger statene en sikreplikt, artikkel 13 om rett til et effektivt rettsmiddel nasjonalt og artikkel 35 om at nasjonale rettsmidler må uttømmes før saken klages inn for EMD. Etter ikrafttreddelsen av 15. tilleggsprotokoll er prinsippet også nedfelt i fortalens sjette ledd. I tråd med dette er det konvensjonsstatene som har primæransvaret for å sikre de rettigheter som

⁸⁸ Mads Andenæs, Andreas Motzfeldt Kravik og Eirik Bjørge, "Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin", *Lov og Rett* 2015 s. 261-278 på s. 262.

⁸⁹ Sørensen (2014) s. 352.

følger av EMK, mens EMDs kontroll er subsidiær. Konvensjonen bygger altså på en ansvarfordeling der statene er ansvarlige for gjennomføringen og EMD som internasjonalt kontrollorgan griper inn først når den nasjonale kontrollen svikter.

Som nevnt under punkt 1.2 har det de siste årene skjedd en utvikling i retning av økt vektlegging av subsidiaritetsprinsippet og statenes primære gjennomføringsansvar. Som det fremgår av punkt 4.4.2 kan denne utviklingen knyttes til kritikk mot EMD for å ha gått for langt i sin dynamiske tolkning, samt domstolens stadig økende sakstifang. For å avhjelpe dette er det fra EMDs side ønskelig at statene tar større ansvar ved gjennomføringen av konvensjonsrettighetene, slik at domstolen kan fokusere på prinsipielle spørsmål.⁹⁰

Forutsetningen om et mer effektivt subsidiaritetsprinsipp kommer særlig til uttrykk gjennom et større reformarbeid i EMD de siste årene. Arbeidet har resultert i fem erklæringer, som alle understreker subsidiaritetsprinsippet, samt vedtakelsen av 15. tilleggsprotokoll som inntar subsidiaritetsprinsippet i fortalen.⁹¹ På dette grunnlag er det uttalt at domstolen har entret «the age of subsidiarity».⁹² Som det fremgår av punkt 4.4.3 har målsettingen om et mer effektivt subsidiaritetsprinsipp blant annet gitt seg utslag i en prosessuell kontroll, som er ment å stimulere til grundigere beslutningsprosesser nasjonalt og et bedre rettighetsvern nasjonalt.

Gjennom vektleggingen av subsidiaritetsprinsippet har EMD gir klare signaler om at konvensjonsstatene må ta en mer aktiv rolle som primære voktere av konvensjonen. Ved spørsmål om hvor tilbakeholdne nasjonale domstoler kan være i EMK-prøvingen kan en vanskelig se bort fra disse signalene. Kjernen i subsidiaritetsprinsippet er nettopp at statene har primæransvaret for gjennomføringen av konvensjonen. Det har da de beste grunner for seg at nasjonale domstoler prøver mer intensivt enn EMD, ettersom nasjonale domstoler ikke må ta hensyn til forholdet mellom nasjonale domstoler og overnasjonale organer på samme måte. I motsatt tilfelle vil EMD få karakter av en «ordinær» fjerdeinstans, heller enn et subsidiært kontrollorgan, hvilket kan undergrave subsidiaritetsprinsippet. Gitt EMDs uttalte formål om et mer effektivt subsidiaritetsprinsipp, utgjør subsidiaritetsprinsippet som systemhensyn derfor et tungtveiende argument for en mer intensiv prøving nasjonalt.

⁹⁰ Brightonerklæringen (2015) punkt 33.

⁹¹ Interlakenerklæringen (2010) punkt 2, Izmirerklæringen (2011) punkt 5, Brightonerklæringen (2012) punkt 12b, Brusselerklæringen (2015) s. 1 og Københavnerklæringen (2018) punkt 10, 28 c og 31.

⁹² Huijbers (2017) s. 178.

4.6 Oppsummering og konklusjon

Drøftelsen under punkt 4 viser at EMK-rettslige kilder ikke uttrykkelig pålegger statene å prøve mer intensivt enn EMD. Domstolen har riktignok gitt visse signaler om at det går en grense for hvor tilbakeholdne nasjonale domstoler kan være, men praksis er ikke entydig og gir ingen konkrete retningslinjer for prøvingsintensiteten nasjonalt. Slike positivrettslige kilder gir derfor ikke grunnlag for å konkludere med at konvensjonsstatene må prøve mer intensivt enn EMD ville gjort i kraft av skjønnsmargin doktrinen.

Subsidiaritetsprinsippet er imidlertid et tungtveiende argument for at statene bør prøve mer intensivt enn EMD. En effektiv nasjonal gjennomføring av konvensjonsrettighetene i tråd med EMDs målsetting om et mer effektivt subsidiaritetsprinsippet forutsetter at nasjonale domstoler tar en aktiv rolle heller enn å basere prøvingsintensiteten på antakelser om hvor intensiv EMD vil vært i sin prøving under skjønnsmargin doktrinen. Denne bygger på hensyn som ikke gjør seg gjeldende i en nasjonal kontekst, og er derfor lite egnet som retningslinje for hvilken tilbakeholdenhet nasjonale domstoler skal vise i EMK-prøvingen.

En kommer likevel ikke unna at prøvingsintensiteten berører maktfordelingen mellom lovgiver og domstoler. Dersom EMD skal kunne sies å gripe inn i slike spørsmål ved å kreve at nasjonale domstoler prøver mer intensivt enn EMD, må det etter mitt syn kreves klare holdepunkter. I mangel av klare uttalelser fra EMD kan systembetragtninger i form av et styrket subsidiaritetsprinsippet vanskelig bli avgjørende. Det er derfor ikke rettskildemessig grunnlag for å konkludere med at EMK-rettslige kilder pålegger konvensjonsstatene å prøve mer intensivt enn EMD, verken ved inngrep i EMK P1-1 eller øvrige konvensjonsrettigheter.

Etter mitt syn er en slik konklusjon best i tråd med konvensjonens system. Den skjønnsmarginen statene tilkjennes ved gjennomføringen av konvensjonen er utslag av subsidiaritetsprinsippet, og begrunnes i respekt for statenes suverenitet. I mangel av andre holdepunkter bør denne skjønnsmarginen også omfatte prosessuelle aspekter i form av domstolenes kontroll med lovgiver.⁹³ Dette er særlig fordi det ikke er noen klar konsensus i konvensjonsstatene om maktfordelingsspørsmål.⁹⁴ Formelt sett har EMD heller ikke

⁹³ Uttalelsene i *Nicklinson og Lamb mot Storbritannia* avsnitt 84 bygger på en slik forutsetning.

⁹⁴ David Kosar, "Policing separation of powers: a new role for the European Court of Human Rights?", *European Constitutional Law Review* 2012 s. 33-62 på s. 59.

kompetanse til å avgjøre spørsmål om kompetansefordelingen internt i konvensjonsstatene, idet domstolens kompetanse etter artikkel 32 er begrenset til tolkning og anvendelse av konvensjonen. I mangel av konkrete holdepunkter for noe annet, har det da formodningen mot seg at EMD skal stille krav til prøvingsintensiteten nasjonalt, da dette berører maktfordelingsspørsmål.⁹⁵

Selv om det ikke er rettskildemessig grunnlag for å pålegge statene en mer intensiv prøving enn EMD, bør statene likevel *de lege ferenda* vise lojalitet overfor EMD ved å følge signalene som er gitt og prøve mer intensivt. Siden Høyesterett nå har avklart at norske domstoler ikke er bundet av skjønsmargindoktrinen, er ikke norske kilder til hinder for at domstolene prøver mer intensivt enn EMD. Poenget her er at EMK-rettslige kilder *de lege lata* ikke pålegger konvensjonsstatene en alminnelig *plikt* til å prøve mer intensivt enn EMD.

Hvorvidt EMD fremover vil stille uttrykkelige krav til prøvingsintensiteten nasjonalt gjenstår å se. Gitt styrkingen av subsidiaritetsprinsippet er det ikke utenkelig at EMD vil stille slike krav, enten gjennom generelle uttalelser eller ved å innfortolke slike krav i artikkel 13 om effektiv prøvingsrett.

Samtidig er vektleggingen av subsidiaritetsprinsippet svar på kritikk om at EMD har tatt en for aktiv rolle som kontrollorgan. Effektiviseringen av subsidiaritetsprinsippet innebærer økt respekt for statenes suverenitet og at EMD er mer bevisst sin subsidiære rolle. Videre viser den prosessuelle kontrollen at domstolen i større grad respekterer nasjonale vurderinger. Fra et slikt perspektiv er det mindre trolig at EMD vil stille krav til prøvingsintensiteten nasjonalt, da dette berører grunnleggende maktfordelingsspørsmål.

⁹⁵ Merk at argumentet ikke nødvendigvis har samme vekt ved kompetansefordelingen mellom domstoler og forvaltning, se Heijbers (2017) s. 197. I teorien er det fremhevet at EMD i praksis legger føringer for kompetansefordelingen mellom domstolene og forvaltningen, se Kosar (2012) og *David Kosar, "Nudging Domestic Judicial Reforms from Strasbourg: How the European Court of Human Rights shapes domestic judicial design", Utrecht law review 2017 s. 112-123* og Kosar (2012).

5 Betydningen av nasjonal tradisjon for domstolskontroll

5.1 Innledning

Drøftelsen hittil viser at EMK-rettslige kilder ikke gir bidrag til spørsmålet om hvor tilbakeholdne norske domstoler kan være i prøvingen av lover mot EMK P1-1 og øvrige konvensjonsrettigheter, utover at skjønsmargindoktrinen danner et minstekrav.

I mangel på andre retningslinjer er det interessant å se til norsk tradisjon for domstolskontroll med lover på det økonomiske området, ved å se til hvor intensivt domstolene prøver lover mot Grunnlovens bestemmelser til vern om samme interesser.⁹⁶ Dette sier noe om hvordan norsk rett balanserer demokratihensyn mot individvern på et område preget av politiske avveininger, som kan få betydning også for intensiteten i EMK-prøvingen. Spørsmålet i punkt 5 er hvilke bidrag intensiteten i grunnlovsprøvingen gir til spørsmålet om hvor tilbakeholdne norske domstoler kan være i prøvingen av lov mot EMK P1-1.

Først redegjøres nærmere for grunnlovsprøvingens relevans for spørsmålet om intensiteten i EMK-prøvingen (punkt 5.2) Deretter redegjøres for intensiteten i grunnlovsprøvingen på det økonomiske området (punkt 5.3), før det knyttes noen betraktninger til hvorvidt intensiteten i grunnlovsprøvingen er retningsgivende for intensiteten i EMK-prøvingen (punkt 5.4).

5.2 Grunnlovsprøvingens relevans for intensiteten i EMK-prøvingen

Økonomiske rettigheter er gitt grunnlovsværn gjennom forbudet mot tilbakevirkende lovgivning etter Grunnloven § 97 og retten til full erstatning etter Grunnloven § 105. Det er

⁹⁶ EMD synes å legge til grunn at nasjonale tradisjoner for domstolskontroll er relevant, i alle fall innenfor skjønsmarginens rammer, når den i *Nicklinson og Lamb mot Storbritannia* avsnitt 84 uttaler at "[i]f the domestic courts were to be required to give a judgment on the merits of such a complaint this could have the effect of forcing upon them an institutional role not envisaged by the domestic constitutional order". Også Høyesteretts uttalelse i HR-2022-718-A avsnitt 89 om at domstolene "på grunnlag av norsk rett" kan være tilbakeholdne i prøvingen kan leses som en henvisning til norske tradisjoner for domstolskontroll, og videre at intensiteten i grunnlovsprøvingen også etter Høyesteretts syn er relevant for spørsmålet om intensiteten i EMK-prøvingen.

viktig å understreke at Grunnloven og EMK er selvstendige regelsett som danner uavhengige prøvingsgrunnlag. Nevnte bestemmelser er også ulikt utformet og har noe ulike virkeområder.⁹⁷ Det er derfor ikke gitt at retningslinjene Høyesterett har utviklet for intensiteten i grunnlovsprøvingen har overføringsverdi til EMK-prøvingen.

Felles for bestemmelsene er imidlertid at de aktualiserer samme avveining mellom statens reguleringsbehov og individets beskyttelsesbehov, og at de har forrang for annen lovgivning ved motstrid.⁹⁸ I saker om økonomiske rettigheter påberopes derfor gjerne begge rettsgrunnlag.⁹⁹ Høyesterett har også flere ganger uttalt at de samme momenter er relevant i vurderingen etter EMK P1-1 og Grunnlovens bestemmelser.¹⁰⁰ Blant annet på dette grunnlag er det hevdet i teorien at vurderingstemaene er de samme etter begge regelsett, og at det i praksis er tale om helhetlig interesseavveining uavhengig av om inngrepet vurderes etter EMK P1-1 eller Grunnlovens bestemmelser.¹⁰¹ Selv om Grunnloven og EMK er uavhengige prøvingsgrunnlag, er intensiteten i grunnlovsprøvingen derfor av interesse for spørsmålet om hvor tilbakeholdne norske domstoler kan være i EMK-prøvingen.¹⁰²

Et spørsmål i forlengelsen av dette er hvorvidt prøvingsintensiteten må være den samme ved EMK-prøvingen som ved grunnlovsprøvingen. Ettersom EMK og Grunnloven er selvstendige prøvingsgrunnlag, kan en lovbestemmelse i prinsippet være i strid med Grunnloven, men gå klar av EMK, og omvendt.¹⁰³ Tilsvarende er det prinsipielt sett ikke noe i veien for at

⁹⁷ For en generell fremstilling av grunnloven §§ 97 og 105 og forholdet til EMK P1-1 se Aall (2022) kapittel 15.

⁹⁸ For Grunnlovens vedkommende følger dette av lex superior-prinsippet, mens det for EMK følger av menneskerettsloven § 3.

⁹⁹ Se eksempelvis Rt-2007-1281, Rt-2010-143 og HR-2016-389-A.

¹⁰⁰ Rt-2013-1345 avsnitt 149, HR-2016-389-A avsnitt 124 og HR-2018-1906-A avsnitt 100. At vurderingen er sammenfallende fremstår som en naturlig følge av Høyesteretts forutsetning om at Grunnlovens menneskerettighetskapittel skal tolkes i samsvar med de parallelle bestemmelsene i EMK, se Rt-2015-93 avsnitt 57 og HR-2016-2554-P avsnitt 70. Det er likevel ikke gitt at tolkningen vil være fullt sammenfallende når bestemmelsene er ulikt utformet, se Dokument 16 (2011-2012) s. 89 og Jørgen Aall, "EMKs betydning etter grunnlovsrevisjonen", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2017 s. 407-432 på s. 412.

¹⁰¹ Alvik fremholder at vernet av økonomiske rettigheter etter begge regelsett beror på en presumsjonsbasert avveiningsnorm, se Alvik (2021) s. 161, mens Aall oppsummer rettstilstanden slik at det etter begge regelsett skal foretas en forholdsmessighetsvurdering, se Aall (2022) s. 377.

¹⁰² I teorien er det fremholdt at tredelingslæren ikke er overførbart til EMK-prøvingen, se Sørensen (2014) s. 372 og Skoghøy (2011) s. 189. Dette innebærer likevel ikke at intensiteten i grunnlovsprøvingen ikke gir bidrag til spørsmålet intensiteten i EMK-prøvingen overhodet.

¹⁰³ Etter EMK artikkel 53 oppstiller ikke konvensjonen mer enn et minimumsvern. I tråd med dette er det presumert at grunnlovsvernet ikke er svakere enn konvensjonsvernet, se eksempelvis Dokument 16 (2011-2012) s. 89-90. At en lovbestemmelse går klar av Grunnloven, men ikke EMK er derfor lite sannsynlig. At Grunnloven på enkelte områder gir et sterkere vern kan imidlertid ikke utelukkes. Grunnlovsvernets rekkevidde må i alle tilfeller bero på en tolkning av den enkelte bestemmelse, der EMD-praksis tilknyttet parallelle konvensjonsbestemmelser er en av flere relevante tolkningsfaktorer.

domstolene er mer tilbakeholdne i EMK-prøvingen enn i grunnlovsprøvingen, all den tid det ikke er klare holdepunkter i høyesterettspraksis eller andre positivrettslige kilder for at prøvingsintensiteten skal være den samme etter begge rettsgrunnlag.

Ettersom både Grunnloven og EMK verner økonomiske rettigheter og det både i praksis og teori er lagt til grunn at vurderingen i praksis er den samme etter begge regelsett, er det imidlertid uheldig dersom det utvikles ulike doktriner for prøvingsintensiteten etter de to prøvingsgrunnlagene. Koherensbetraktninger taler derfor med tyngde for at prøvingsintensiteten ikke er mindre etter EMK enn etter Grunnloven. At det ikke foreligger praksis der Høyesterett har vist ulik prøvingsintensitet etter EMK og Grunnloven underbygger dette.

Videre er det slik at lovgiver, gjennom tilslutningen til EMK og forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3, har akseptert en maktoverføring fra lovgiver til domstoler.

Domstolenes prøving av lover mot EMK bygger slik på et demokratisk klarsignal. Det er da lite betenkelig å gi domstolens tolkning prioritet på bekostning av lovgivers, idet dette er ønsket fra lovgivers side. Videre har det formodningen mot seg at domstolene prøver mindre intensivt etter EMK selv om det prinsipielt sett ikke er noe i veien for dette.

5.3 Kort om intensiteten i grunnlovsprøvingen

Det følger av Rt-1976-1 (Kløfta) at intensiteten i grunnlovsprøvingen varierer med rettighetsområde.¹⁰⁴ Ved bestemmelser til vern av individets frihet eller sikkerhet vil Grunnlovens gjennomslagskraft være betydelig, mens domstolene vil være tilbakeholdne i prøvingen av bestemmelser som regulerer de øvrige statsmaktenes kompetanse. Bestemmelser som verner økonomiske rettigheter, som er det sentrale her, kommer i en mellomstilling.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Rt-1976-1 s. 5-6. For en generell fremstilling av intensiteten i grunnlovsprøvingen, se Andenæs og Fliflet (2017) kapittel 46 og Eivind Smith og *Konstitusjonelt demokrati*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2021 kapittel VII punkt 6. For økonomiske rettigheter mer spesifikt se Stig Harald Solheim, "Domstolskontroll med lover på det økonomiske området – lovgivers vurdering av lovens grunnlovsmessighet", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2014 s. 1-48.

¹⁰⁵ I teorien er det delte meninger om det graderte grunnlovsvernets status i dag, se eksempelvis Solheim (2014) s. 10 og Benedikte Moltumyr Høgberg, *Forbud mot tilbakevirkende lover*, Universitetsforlaget 2010 s. 279 flg., som hevder tredelingen er gjeldende lære. Motsatt, Eirik Holmøyvik, "Prøvingsrett og tilbakeverknadsforbud. Borthen-dommen i Rt-1996-1415 og rettsutviklinga" i Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling. Festskrift til Tore Scheie på 70-årsdagen 19. februar 2016*

På det økonomiske området har Høyesterett, med utgangspunkt i Rt-1976-1 (Kløfta), utviklet visse vilkår for at lovgivers syn på grunnlovsmessigheten kan tillegges vekt.¹⁰⁶ For det første må det være tvil om grunnlovstolkningen. I Rt-1976-1 (Kløfta) er dette formulert slik at Stortingets vurdering av grunnlovsmessigheten spiller en «betydelig rolle» når det foreligger «rimelig tvil» om grunnlovsmessigheten.¹⁰⁷ Lovgivers syn er altså først relevant ved tilstrekkelig tvil om grunnlovsmessigheten av en lov som gjør inngrep i økonomiske rettigheter. Det tvilskriteriet Høyesterett oppstiller i Rt-1976-1 (Kløfta) utgjør dermed et «inngangsvilkår» for at lovgivers vurdering skal være relevant.¹⁰⁸

Etter Kløfta-dommen har det skjedd en utvikling, der det kreves større grad av tvil før lovgivers syn er relevant. Etter Rt-1976-1 (Kløfta) skal Stortingets syn respekteres ved «rimelig tvil» om grunnlovsmessigheten. Av Rt-2010-143 (Rederiskatt) følger at domstolene skal være tilbakeholdne i «tvilstilfelle», mens det av Rt-2010-535 (OVF) følger at Stortingets vurdering kun er avgjørende ved «kvalifisert tvil».¹⁰⁹ Høyesterett oppstiller altså et strengere tvilskriterium, med den konsekvens at betydningen av lovgivers syn reduseres.

Videre må lovgivers vurdering oppfylle visse kvalitetskrav for at den skal være relevant. I Rt-1976-1 (Kløfta) er dette formulert som en forutsetning om at Stortinget «klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med Grunnloven».¹¹⁰ Dette er fulgt opp i eksempelvis Rt-2007-1281 (Ullern) og Rt-2007-1308 (Sørheim) med noe ulike formuleringer.¹¹¹ I Rt-2010-143 (Rederiskatt) er kvalitetskravet presisert dithen at lovgivers vurdering må bygge på riktig prøvingstema.¹¹² Her vurderte lovgiver tilbakevirkningsspørsmålet etter den såkalte Borthen-normen, som innebærer at loven står seg med mindre den er «klart urimelig eller urettferdig».¹¹³ Høyesteretts flertall kom imidlertid til at tilbakevirkningselementet var så sterkt at saken måtte vurderes etter normen «sterke samfunnsmessige hensyn» slik denne er

(Universitetsforlaget 2016) s.210-242 på s. 224 flg. og Nicolai Vogt Skjerdal, "Relativisering av domstolenes grunnlovsværn – på tide å forlate tredelingslæren?" i Hans Petter Graver, Ida Hjort Kraby og Marius Stub (red.), *Forsker og formidler. Festskrift til Erik Magnus Boe på 70-årsdagen 17. april 2013* (Universitetsforlaget 2013) s. 275.296 på s. 294.

¹⁰⁶ Tverberg (2021) s. 877-878.

¹⁰⁷ Rt-1976-1 s. 6.

¹⁰⁸ Solheim (2014) s. 13.

¹⁰⁹ Rt-2010-143 avsnitt 172 og Rt-2010-535 avsnitt 148.

¹¹⁰ Rt-1976-1 s. 6.

¹¹¹ Rt-2007-1281 avsnitt 76 og Rt-2007-1308 avsnitt 42.

¹¹² Rt-2010-143 avsnitt 172.

¹¹³ Rt-1996-1415 s. 1430.

utviklet i Rt-2006-293 (Arves trafikkskole), og konstaterte grunnlovsstrid.¹¹⁴ Av dette kan utledes at eventuell tvil om hvilken prøvingsnorm som gjelder ikke kommer lovgiver til gode. Også hva gjelder kvalitetskravet er det altså skjedd en rettsutvikling i retning av mer intensiv prøving, idet det skal mer til før lovgivers vurdering anses relevant.

Oppsummert er det siden Kløfta-dommen skjedd en utvikling i retning av en mer intensiv prøving på det økonomiske området.¹¹⁵ Det skal altså mindre til før domstolene setter sin egen vurdering av grunnlovsspørsmålet foran lovgivers, og i teorien er det hevdet at lovgivers syn på grunnlovsmessigheten har mistet mye av sin betydning på det økonomiske området.¹¹⁶ Helt overordnet er dette uttrykk for at individets beskyttelsesbehov og de rettssikkerhetsgarantier som ligger i prøvingsretten i større grad gis prioritet foran demokratihensyn, også på et område der skillet mellom juss og politikk er vagt. Det er denne utviklingen som er interessant for problemstillingen her.

5.4 Nærmere om grunnlovsprøvingens betydning for intensiteten i EMK-prøvingen

Ved grunnlovsprøvingen er det altså skjedd en utvikling i retning av at lovgivers vurdering tillegges mindre vekt på det økonomiske området, både gjennom et strengere kvalitetskrav og et strengere tvilskriterium. Ettersom EMK og Grunnloven er selvstendige prøvingsgrunnlag med noe ulik demokratisk og konstitusjonell forankring, er det ikke gitt at disse retningslinjene er direkte overførbare til EMK-prøvingen. I det følgende knyttes derfor noen betraktninger til hvorvidt retningslinjene for grunnlovsprøvingen er overførbare til EMK-prøvingen.

¹¹⁴ Rt-2006-293 avsnitt 72

¹¹⁵ Solheim (2014) s. 24-25. Merk at tross denne utviklingen har lovgiver generelt stor frihet til å regulere privates handlinger for å ivareta samfunnsinteresser, slik at det skal noe til før domstolene konstaterer grunnlovsstrid på det økonomiske området. Eksempelvis ble det ikke konstatert krenkelse i HR-2016-389-A eller HR-2018-1906-A.

¹¹⁶ Solheim (2014) s. 42. Tilsvarende fremholder Skoghøy at det er "lite igjen" av synspunktet om at domstolene skal legge vekt på Stortingets grunnlovsforståelse ved prøving av økonomiske rettigheter, se Jens Edvin A. Skoghøy, "Forbud mot tilbakevirkende lovgivning", *Lov og Rett* 2011 s. 255-282 på s. 280. I samme retning, se Smith (2021) s. 324.

5.4.1 Betydningen av grunnlovsprøvingens demokratiske forankring

Domstolenes rett til å prøve lov mot Grunnlov er utviklet i praksis, og ble i 2015 grunnlovsfestet i Grunnloven § 89 som en kodifisering av konstitusjonell sedvanerett. Historisk er det altså domstolene selv, med Høyesterett i spissen, som har påtatt seg rollen som vokter av Grunnloven og videre definert prøvingsrettens omfang.¹¹⁷ I et slikt perspektiv kan det hevdes at EMK-prøvingen har en sterkere demokratisk legitimitet all den tid denne har en positivrettslig forankring i menneskerettsloven § 3. Det er da liten grunn til at utviklingen i retning av en mer intensiv grunnlovsprøving ikke skal få tilsvarende betydning for EMK-prøvingen.

Etter kodifiseringen har imidlertid også grunnlovsprøvingen fått en demokratisk forankring. Gjennom kodifiseringen har Stortinget anerkjent prøvingsretten slik den er utøvet av Høyesterett, herunder en mer intensiv prøving på det økonomiske området.¹¹⁸ Videre er det slik at grunnlovsendring etter Grunnloven § 121 krever to tredjedels flertall og fremleggelse og vedtakelse over to Storting. Dette til forskjell fra EMK, som ikke har grunnlovsrang.¹¹⁹ Forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 kan derfor endres ved alminnelig flertall. Etter kodifiseringen har grunnlovsprøvingen derfor en sterkere demokratisk forankring enn EMK-prøvingen. Slik sett er det mindre grunn til å vektlegge lovgivers vurdering ved grunnlovsprøvingen enn ved EMK-prøvingen, idet den maktoverføringen fra lovgiver til domstoler som ligger i prøvingsretten har en sterkere demokratisk og konstitusjonell forankring. Dette kan tas til inntekt for en mer intensiv grunnlovsprøving enn EMK-prøving.

Når domstolene vektlegger lovgivervurderingen ved grunnlovsvurderingen, får et alminnelig flertalls syn på grunnlovsmessigheten innvirkning på Grunnlovens innhold. Tatt i betraktning at grunnlovsendring krever to tredjedels flertall kan det hevdes at et alminnelig flertall ikke har tilstrekkelig demokratisk legitimitet til å påvirke Grunnlovens innhold, og følgelig at lovgivervurderingen ikke kan veie tungt.¹²⁰ EMK har imidlertid ikke grunnlovsrang og

¹¹⁷ Domstolenes prøvingsrett har ingen direkte forankring i maktfordelingsprinsippet, og har historisk sett vært omstridt. Om dette, se Smith (2021) kapittel VII punkt 6 og 7.

¹¹⁸ Stortinget kodifiserte prøvingsretten vel vitende om at Høyesterett tidvis har gått langt i å overprøve lovgiver. Illustrerende er at Høyesterett konstaterte grunnlovsstrid i plenumsdommene Rt-2010-143, Rt-2010-535 og Rt-2010-1445 selv om lovgiver hadde foretatt grundige vurderinger og at det var sterk dissens (9-8) om grunnlovsspørsmålet i Rt-2013-1345, se Tverberg (2021) s. 856.

¹¹⁹ HR-2016-2554-P avsnitt 70.

¹²⁰ Solheim (2014) s. 44.

forrangsbestemmelsen kan som nevnt endres ved alminnelig flertall. Å vektlegge lovgivers vurdering ved EMK-prøvingen vil derfor ikke utgjøre noe tilsvarende «inngrep» i endringsprosedyren som kan sies å være tilfelle ved grunnlovsprøvingen. Også dette kan tas til inntekt for at det ved EMK-prøvingen er mindre betenkelig å vektlegge lovgivers vurdering enn ved grunnlovsprøvingen, og videre en mer intensiv prøving etter Grunnloven.¹²¹

At grunnlovsprøvingen har sterkere demokratisk forankring enn EMK-prøvingen og at grunnlovsendring krever kvalifisert flertall kan etter mitt syn ikke veie tungt ved spørsmålet om hvorvidt retningslinjene for intensiteten i grunnlovsprøvingen ved økonomiske rettigheter har betydning for EMK-prøvingen. Også for EMK-prøvingens vedkommende har lovgiver akseptert en maktoverføring til domstolene. Dette er uttrykk for at de rettssikkerhetsgarantier som ligger i domstolskontrollen i større grad gis prioritet foran folkesuverenitetsbetraktninger, også på områder preget av politiske avveininger. En viss intensitet i EMK-prøvingen på det økonomiske området i tråd med signalene Høyesterett har gitt for grunnlovsprøvingen vil derfor være i tråd med norske tradisjoner for domstolskontroll, og gi EMK-prøvingen en sterkere nasjonal forankring.

5.4.2 Nærmere om kvalitetskravet

5.4.2.1 Lovgivers syn på forholdet til EMK

Tradisjonelt har Høyesterett lagt liten vekt på lovgivers vurdering av forholdet til EMK ved vurderingen av hvorvidt en lovbestemmelse strider mot EMK P1-1.¹²² Dette kan forstås slik at domstolene i liten grad føler seg bundet av lovgivers syn på menneskerettighetenes område, og går langt i å prioritere individets beskyttelsesbehov. Dette må sies å være i tråd med det demokratiske klarsignalet EMK-prøvingen bygger på.

I menneskerettslovens forarbeider er det imidlertid gitt signaler om at lovgivers vurdering må tillegges vekt.¹²³ I tråd med dette har Høyesterett i nyere praksis lagt større vekt på lovgivers

¹²¹ Etter kodifiseringen kan det hevdes at det i mindre grad utgjør et "inngrep" i endringsprosedyren å vektlegge et alminnelig flertalls syn på grunnlovsmessigheten, idet lovgiver gjennom kodifiseringen av prøvingsretten anerkjenner slike "inngrep".

¹²² Nyhus (2016) s. 381 og Solheim (2014) s. 45 med videre henvisning til Rt-2007-1281, Rt-2010-143 og Rt-2013-1345.

¹²³ Ot.prp.nr. 3 (1998-1999) s. 71.

syn på konvensjonsmessigheten ved vurderingen av om en lovbestemmelse er i strid med EMK P1-1.¹²⁴ Et illustrerende eksempel er HR-2019-1206-A, der Høyesterett i en sak om regulering av festeavgift viser til at lovgiver hadde fulgt opp pålegg fra EMD på en samvittighetsfull måte og foretatt en bred avveining hvor de økonomiske konsekvensene for både bortfester og fester var vurdert.¹²⁵

De lege lata er det altså ikke tvilsomt at lovgivers syn på forholdet til EMK har betydning ved vurderingen av om en lovbestemmelse er i strid med EMK. Videre vil lovgivervurderingens *kvalitet* kunne virke inn på intensiteten i prøvingen.

Et interessant spørsmål er om Høyesterett fremover vil legge mindre vekt på lovgivers vurdering av forholdet til EMK, og prøve mer intensivt. At Høyesterett i nyere praksis ser til lovgivers vurderinger kan forstås slik at domstolene er mer villige til å vektlegge demokratihensyn på bekostning av individvernet. Dette kan synes noe overraskende gitt utviklingen i grunnlovsprøvingen, der domstolene i mindre grad ser til lovgivers vurdering. Sett i lys av EMDs prosessuelle kontroll fremstår utviklingen likevel ikke overraskende idet EMD lettere står tilbake for nasjonale lovgivervurderinger hvis konvensjonsmessigheten er forsvarlig vurdert.¹²⁶

Avgjørelsene der Høyesterett understreker betydningen av lovgivers EMK-vurdering er avsagt før avklaringen i HR-2022-718-A (Hyttetøksmålet), og bygger dermed på en forutsetning om at norske domstoler skal anvende skjønnsmargin doktrinen. Det er da ikke overraskende at domstolene ser til lovgivers vurderinger av konvensjonsmessigheten på samme måte som EMD gjør som ledd i sin prosessuelle kontroll. Slik sett er vektleggingen av lovgivers vurdering av forholdet til EMK og dennes kvalitet, uttrykk for en lojal etterlevelse av EMDs praksis.¹²⁷

Etter avklaringen i HR-2022-718-A (Hyttetøksmålet) er norske domstoler imidlertid ikke bundet av skjønnsmargin doktrinen, med den konsekvens at domstolene ikke må være like tilbakeholdne i prøvingen som EMD. Norske domstoler trenger derfor ikke innta den samme prosessuelle tilnærmingen som EMD, og det er ikke gitt at lovgivers vurderinger av forholdet til EMK vil få samme betydning fremover. Det kan tenkes at domstolene i tråd med EMDs

¹²⁴ Rt-2015-421 avsnitt 43, 62 og 70, HR-2016-304-S avsnitt 60 og HR-2017-2428 avsnitt 39.

¹²⁵ HR-2019-1206-A avsnitt 110 og 130.

¹²⁶ Se punkt 4.4. Se også HR-2016-304-S avsnitt 51, der Høyesterett legger tilsvarende til grunn.

¹²⁷ Se HR-2016-304-S avsnitt 50-51, der Høyesterett ser vektleggingen av lovgivervurderingen i sammenheng med EMDs prosessuelle kontroll.

signaler om et styrket subsidiaritetsprinsipp prøver mer intensivt, også der lovgiver grundig har vurdert forholdet til EMK. Hvorvidt avklaringen i HR-2022-718-A (Hyttesøksmålet) faktisk vil medføre at domstolene legger mindre vekt på lovgivers vurdering og prøver mer intensivt, gjenstår imidlertid å se.

5.4.2.2 Kan det stilles samme kvalitetskrav ved EMK-prøvingen som ved grunnlovsprøvingen?

Etter Rt-2010-143 (Rederiskatt) er det klart at lovgivers syn på valg av prøvingsnorm ikke er relevant ved grunnlovsprøvingen. Dette aktualiserer spørsmålet om det kan stilles tilsvarende krav ved EMK-prøvingen, slik at domstolens vurdering blir avgjørende dersom lovgivers vurdering bygger på feil EMK-rettslige kriterier. Er det med andre ord påkrevd at lovgiver bygger sin avveining av de motstående interesser på riktige EMK-rettslige kriterier for at denne skal være relevant i domstolskontrollen?

I tråd med EMDs prosessuelle kontroll heter det i *M.A mot Danmark* at der «the domestic courts have [...] applied the relevant human rights standards consistently with the Convention and its case-law [...] the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts». ¹²⁸ EMD krever altså sterke grunner for å tilsidesette nasjonale domstolers vurderinger dersom disse bygger på relevante vurderingskriterier. Dette forstås slik at EMD lettere overprøver nasjonale domstoler dersom vurderingen ikke bygger på korrekte EMK-rettslige kriterier. EMD synes slik å stille krav til at nasjonale domstoler baserer sin vurdering på korrekte EMK-rettslige kriterier.

At EMD pålegger nasjonale *domstoler* å anvende korrekte EMK-rettslige kriterier betyr ikke at lovgiver må bygge sin vurdering på korrekte EMK-rettslige kriterier for at nasjonale domstoler skal kunne vektlegge lovgivervurderingen. Å holde oversikt over relevant EMD-praksis er en domstolsoppgave. I mangel av klare holdepunkter for noe annet kan det da vanskelig kreves at lovgivers vurdering bygger på riktige EMK-rettslige kriterier for at denne skal være relevant i domstolenes vurdering; det avgjørende må være at lovgiver har foretatt en grundig avveining av de motstående interesser. ¹²⁹ Dette er i tråd med Høyesteretts praksis, der

¹²⁸ *M.A mot Danmark* avsnitt 149. Se også *Lillo-Stenberg mot Norge* avsnitt 44.

¹²⁹ I *Karibu mot Norge* vektla EMD riktignok at loven var vedtatt etter en grundig gjennomgang av de spesifikke krav som følger av EMK P1-1. Uttalelsen er imidlertid del av en konkret vurdering, og kan ikke tas til inntekt for et generelt krav om at lovgiver må bygge sin vurdering på korrekte EMK-rettslige kriterier for at lovgivers vurdering skal være relevant i norske domstolers prøving.

lovgivers konvensjonstolkning synes å ha liten betydning.¹³⁰ Også EMD bygger på et synspunkt om at konvensjonstolkningen er en domstolsoppgave når den i *Lindheim mot Norge* kritiserer lovgiver for ikke å ha vurdert om tomtefesteloven § 33 medførte en «fair balance» mellom bortfesterens og festerens interesser.¹³¹

Oppsummert kan det ikke kreves at lovgiver bygger sin vurdering på korrekte EMK-rettslige kriterier for at denne skal være relevant ved vurdering av om en lov strider med EMK P1-1 eller øvrige konvensjonsrettigheter.¹³² Det er dermed ingen automatikk i at domstolens vurdering går foran lovgivers dersom lovgiver ikke har bygget sin vurdering på korrekte EMK-rettslige kriterier; det avgjørende er at lovgiver har foretatt en grundig avveining av de motstående interesser. Videre kan det tenkes at lovgivervurderingen blir avgjørende, med den konsekvens at det ikke konstateres konvensjonsstrid, selv om lovgivers konvensjonstolkning er uriktig. På dette punktet har retningslinjene for grunnlovsprøvingen altså noe begrenset overføringsverdi til EMK-prøvingen.

5.4.3 Nærmere om tvilskriteriet

Ved grunnlovsprøvingen må det som nevnt foreligge «kvalifisert tvil» om grunnlovsmessigheten for at lovgivers syn skal være relevant.¹³³ Etter mitt syn har det gode grunner for seg at det oppstilles et tilsvarende strengt tvilskriterium ved EMK-prøvingen. All den tid lovgiver har akseptert en maktoverføring til EMD må domstolene kunne vektlegge de rettssikkerhetsgarantier som ligger i domstolskontrollen på bekostning av hensynet til demokratisk legitimitet. Når Høyesterett har gitt klare signaler om at tolkningstvil i liten grad skal komme lovgiver til gode ved tolkningen av grunnlovens bestemmelser til vern om økonomiske rettigheter, er det da liten grunn til at tvilen i større grad skal komme lovgiver til gode ved EMK-prøvingen.

¹³⁰ Se eksempelvis Rt-2015-421 avsnitt 62, 79 og 80 og HR-2019-1206-A avsnitt 130.

¹³¹ *Lindheim mot Norge* avsnitt 128.

¹³² Se også Nyhus (2016) s. 382

¹³³ Rt-2010-535 avsnitt 148.

5.5 Oppsummering

Intensiteten i grunnlovsprøvingen er relevant for spørsmålet om hvor tilbakeholdne norske domstoler kan være i EMK-prøvingen, idet dette er uttrykk for hvordan norsk rett balanserer demokratihensyn mot individvern. Videre er det liten grunn til at utviklingen i retning av en mer intensiv grunnlovsprøving av økonomiske rettigheter ikke skal få betydning for prøvingen mot EMK P1-1. Tvert imot er denne utviklingen uttrykk for at domstolene er mer villige til å gi de rettssikkerhetsgarantier som ligger i domstolskontrollen prioritet foran folkesuverenitetsbetraktninger, også på områder preget av politiske avveininger. Domstolene kan vanskelig se bort fra slike signaler ved EMK-prøvingen.

Grunnloven og EMK er like fullt selvstendige prøvingsgrunnlag med noe ulik demokratisk forankring, og som oppstiller noe ulike regler til vern om økonomiske rettigheter. Retningslinjene for grunnlovsprøvingen er derfor ikke direkte overførbare til EMK-prøvingen, og det er rom for nyanseringer. I mangel av holdepunkter i positive kilder er det derfor ikke slik at EMK-prøvingen *må* følge samme retningslinjer som grunnlovsprøvingen. De lege lata er det derfor vanskelig å si noe konkret om hvor tilbakeholdne norske domstoler kan være i prøvingen mot EMK P1-1 ved å se til intensiteten i grunnlovsprøvingen.

6 Konklusjon

I hvilken grad kan norske domstoler være tilbakeholdne i prøvingen av lover som gjør inngrep i vernet om økonomiske rettigheter etter EMK P1-1 etter Høyesteretts avklaring i HR-2022-718-A (Hyttetøksmålet)? Avhandlingen viser at EMDs skjønnsmargin doktrine stiller minstekrav til intensiteten i prøvingen, både ved prøvingen mot EMK P1-1 og øvrige konvensjonsrettigheter. Norske domstoler kan derfor ikke prøve mindre intensivt enn EMD, men utover dette stiller ikke EMK krav til prøvingsintensiteten nasjonalt. Innenfor skjønnsmarginenes rammer kan intensiteten i grunnlovsprøvingen gi noe veiledning. All den tid Høyesterett ikke har fastslått at intensiteten i EMK-prøvingen skal følge samme retningslinjer som grunnlovsprøvingen, er det likevel ikke noe i veien – prinsipielt sett – for at EMK-prøvingen følger andre retningslinjer. *De lege lata* er det derfor bare EMDs skjønnsmargin doktrinen som setter skranker for hvor tilbakeholdne norske domstoler kan være i prøvingen av lover som gjør inngrep i rettigheter vernet av EMK P1-1 eller øvrige konvensjonsrettigheter. *De lege ferenda* har det imidlertid gode grunner for seg av norske domstoler prøver mer intensivt for slik å følge EMDs signaler om et styrket subsidiaritetsprinsipp.

I alle tilfeller er det klart at intensiteten i norske domstolars EMK-prøving ikke lenger er styrt av skjønnsmargin doktrinen. Det er derfor behov for en avklaring av hvilke retningslinjer som gjelder. En mulig løsning er at domstolene følger samme retningslinjer som ved grunnlovsprøvingen. Dette vil ivareta norske tradisjoner for domstolskontroll og skape koherens mellom Grunnlovens og EMKs bestemmelser til vern om samme rettigheter. En annen løsning er at domstolene utvikler egne retningslinjer for intensiteten i EMK-prøvingen. En vil da kunne ta høyde for særlige hensyn som gjør seg gjeldende ved EMK-prøvingen, men retts teknisk er det uheldig å operere med ulike retningslinjer for intensiteten i EMK-prøvingen og intensiteten i grunnlovsprøvingen. En tredje løsning er at domstolene også fremover prøver lov mot EMK etter mønster fra skjønnsmargin doktrinen. Selv om EMK ikke pålegger statene å prøve mer intensivt enn EMD, er en slik løsning imidlertid vanskelig å forene med EMDs signaler om et mer effektivt subsidiaritetsprinsipp. Hvordan domstolene vil følge opp avklaringen i HR-2022-718-A (Hyttetøksmålet) gjenstår å se.

Litteraturliste

Lover

- Grunnloven Kongeriket Norges Grunnlov
- Menneskerettsloven Lov av 21. mai 1999 nr. 20 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Forarbeider

- Ot.prp.nr. 3 (1998-1999): Ot.prp.nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- Lønning-utvalget Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, 19. desember 2011

Bøker

- Benedikte Moltumyr Høgberg, *Statsrett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2016
- Benedikte Moltumyr Høgberg, *Forbud mot tilbakevirkende lover*, Universitetsforlaget 2010
- Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati: statsforfatningen i prinsipielt og komparativt lys*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2021
- Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter 1: en innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2022
- Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Universitetsforlaget 2017
- Stig Harald Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Cappelen Damm Akademisk 2010

Artikler

Anine Kierulf, «Rettsstatens overnasjonale vending: den andre prøvingsretten», *Nytt norsk tidsskrift* 2009 s. 256-277

Arnulf Tverberg «§ 89» i Ola Mestad og Dag Michalsen (red.), *Grunnloven. Historisk kommentarutgave 1814-2020* (Universitetsforlaget 2021) s. 755-881

Bjørnar Borvik, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK – replikk til Jens Edvin A. Skoghøy», *Lov og Rett* 2011 s. 575-595

Christian Børge Sørensen, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2004 s. 134-196

Christian Børge Sørensen, «Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMK – prosessuell rasjonalitet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2014 s. 348-383

David Kosar, “Policing Separation of Powers: A New Role for the European Court of Human Rights?”, *European Constitutional Law Review* 2012 s. 33-62

David Kosar, “Nudging Domestic Judicial Reforms from Strasbourg: How the European Court of Human Rights shapes domestic judicial design”, *Utrecht law review* 2017 s. 112-123

Eirik Holmøyvik, «Prøvingsrett og tilbakeverknadsforbud. Borthen-dommen i Rt-1996-1415 og rettsutviklinga» i Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling. Festskrift til Tore Scheie på 70-årsdagen 19. februar 2016* (Universitetsforlaget 2016) s. 210-242

George Letsas, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2006 s. 705-732

Henrik Jorem, «Vern av berettigede forventninger på det økonomiske området – en replikk til Ivar Alvik», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2021 s. 635-657

Håkon Christian Nyhus, «Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?», *Lov og Rett* 2016 s. 364-390

Ivar Alvik, «Vernet av økonomiske rettigheter mot regulering under Grl. §§ 97 og 105 og EMK P1-1», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2021 s. 97-164

Lars Oftedahl Broch, «Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol», *Lov og Rett* 2005 s. 259-282

Leonie M. Huijbers, “The European Court of Human Rights’ procedural approach in the age of subsidiarity”, *Cambridge International Law Journal* 2017 s. 177-201

Jens Edvin A. Skoghøy, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK», *Lov og rett* 2011 s. 189-190

Jens Edvin A. Skoghøy, «Forbud mot tilbakevirkende lovgivning», *Lov og Rett* 2011 s. 255-282

Jørgen Vangsnes, «Om den såkalte tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2014 s. 131-205

Jørgen Aall, «EMKs betydning etter grunnlovsrevisjonen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2017 s. 407-432

Jon Wessel-Aas, «Effektivisering av subsidiaritet i EMK – en replikk til Marius Emberland», *Lov og Rett* 2013 s. 702-704

Kjetil Mujezinovic Larsen, «Retten til et effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13: En studentrettet oversikt», *Jussens Venner* 2019 s. 388-402

Mads Andenæs, Andreas Motzfeldt Kravik og Eirik Bjørge, «Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin», *Lov og Rett* 2015 s. 261-278

Marius Emberland, «Effektivisering av subsidiaritet», *Lov og Rett* 2013 s. 513-514

Nicolai Vogt Skjerdal, «Relativisering av domstolenes grunnlovsvern – på tide å forlate tredelingslæren?» i Hans Petter Graver, Ida Hjort Kraby og Marius Stub (red.), *Forsker og formidler. Festskrift til Erik Magnus Boe på 70-årsdagen 17. april 2013* (Universitetsforlaget 2013) s. 275-296

Robert Spano, “Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, *Human Rights law Review* (2014) s. 487-502

Silje Holten, «Har Den europeiske menneskerettsdomstolen endret bruken av skjønnsmarginen i retning av en mer prosessuell kontroll?», *Jussens Venner* 2018 s. 112-136

Stig Harald Solheim, «Domstolskontroll med lover på det økonomiske området – lovgivers vurdering av lovens grunnlovsmessighet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2014 s. 1-48

Stig Harald Solheim, «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område» i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte* (Universitetsforlaget 2019) s. 360-385

Svein Eng, «Får prejudikatslæren anvendelse på domsargumenter vedrørende rettskildelæren?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1997 s. 21-44

Norsk rettspraksis

Rt-1976-1 (Kløfta)

Rt-2010-535 (OVF)

Rt-1996-551

Rt-2013-1345 (Strukturkvote)

Rt-1996-1415 (Borthen)

Rt-2015-93 (Maria)

Rt-1999-961

Rt-2015-421 (Grimstvedt)

Rt-2000-996 (Bøhler)

HR-2016-389-A (Stortingspensjon)

Rt-2002-557 (Dobbeltstraff)

HR-2016-2554-P (Holship)

Rt-2003-593

HR-2016-304-S (Guldberg)

Rt-2005-833

HR-2018-1258-A (Gassled)

Rt-2006-293 (Arves Trafikkskole)

HR-2017-2428

Rt-2007-1281 (Ullern)

HR-2018-1906-A

Rt-2007-1308 (Sørheim)

HR-2019-1206-A

Rt-2010-143 (Rederiskatt)

HR-2022-718-A (Hyttesøksmålet)

EMD-avgjørelser

Case of Golder v. The United Kingdom [P], Application no. 4451/70, februar 1975

Case of Airey v. Ireland [C], Application no. 6289/73, oktober 1979

Case of Silver v. The United Kingdom [C], Application no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 og 7136/75 mars 1983

Case of Sporrang and Lönnroth v. Sweden [C], Application no. 7152/75, desember 1984

Case of James and Others v. The United Kingdom [P], Application no. 8793/79, februar 1986

Case of Pine Valley Developments LTD and others v. Ireland [C], Application no. 12742/87, november 1991

Case of National and Provincial Building Society and Others v. The United Kingdom [J], Application nos. 21319/93, 21449/93 og 21657/93, oktober 1997

Case of Kaya v. Turkey [J], Application no. 22729/93, februar 1998

Case of Iatridis v. Greece [J], Application no. 31107/96, mars 1999

Case of Smith and Grady v. The United Kingdom [J], Application nos. 33985/56 og 33986/96, desember 1999

Case of Beyeler v. Italy [J], Application no. 33202/96, januar 2000

Case of Noack and Others v. Germany [C], Application no. 46346/99, mai 2000

Case of Kudla v. Polen, [J], Application no. 30210/96, oktober 2000

Case of Conka v. Belgium [J], Application no. 51564/99, mai 2002

Case of Hatton v. The United Kingdom [GC], Application no. 36022/97, juli 2003

Case of Hirst v. The United Kingdom (no. 2) [GC], Application no. 74025/01, oktober 2005

Case of Velikovi and Others v. Bulgaria [J], Application nos. 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, og 194/02, juli 2007

Case of Wagner and J.M.W.L v. Luxembourg [J], Application no. 76240/01, september 2007

Case of Saadi v. The United Kingdom [GC], Application no. 13229/03, januar 2008

Case of A and others v. The United Kingdom [GC], Application no. 3455/05, februar 2009

Case of Perdigao v. Portugal [J], Application no. 24768/06, november 2010

Case of Kolyadenko and Others v. Russia [J], Application nos. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 og 35673/05, juli 2012

Case of Lindheim and Others v. Norway [J], Application nos. 13221/08 og 2139/10, oktober 2012

Case of Fabris v. France [GC], application no. 16574/08, februar 2013

Case of Animal Defenders International v. The United Kingdom [GC], Application no. 48876/08, april 2013

Case og N.K.M v. Hungary [J], Application no. 66529/11, November 2013

Case of Lillo-Stenberg and Sæter v. Norway [J], Application no. 13258/09, april 2014

Case of Paulet v. The United Kingdom [J], Application no. 6219/08, august 2014

Case of Chinnici v. Italy (No.2) [J], Application no. 22432/03, april 2015

Case of Nicklinson and Lamb v. The United Kingdom [J], Application nos. 2478/15 og 1787/15, juni 2015

Case of M.A v. Denmark [GC], Application no. 6697/18, juli 2021

Case of the Karibu Foundation v. Norway [J], Application no. 2317/20, november 2022

Andre internasjonale rettskilder

Wienkonvensjonen	Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969
Interlakenerklæringen (2010)	Council of Europe, "High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration", 19. februar 2010
Izmirerklæringen (2011)	Council of Europe, "High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Izmir Declaration", 26.-27. april 2011
Brightonerklæringen (2012)	Council of Europe, "High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Brighton Declaration" 19.-20. april 2012

- Brusselerklæringen (2015) Council of Europe, “High- Level Conference on the
“Implementation of the European Convention on Human
Rights, our shared responsibility”, Brussels Declaration”,
27. mars 2015
- Københavnserklæringen (2018) Council of Europe, “Copenhagen Declaration”, 12.-
13.april 2018
- Explanatory Report (2013) Council of Europe, “Protocol no. 15 amending the
Convention for the Protection of Human Rights and
Fundamental Freedoms”, juni 2013
https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_ENG.pdf (sist sjekket 01.12.22)