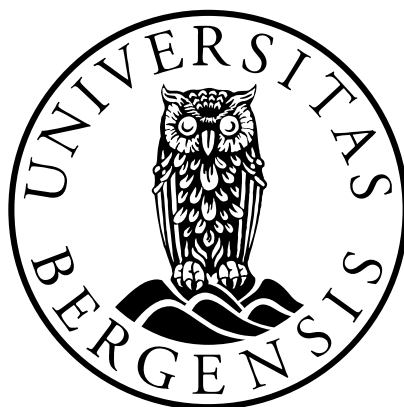


Betydningen av Den europeiske menneskerettskonvensjon ved tolkningen av Grunnlovens menneskerettigheter etter grunnlovsrevisjonen i 2014

Kandidatnummer: 103

Antall ord: 36 604



JUS397 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2018

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	1
1.1. Tema og bakgrunn	1
1.2. Aktualitet	2
1.3. Presisering og avgrensning av tema	3
1.4. Avhandlingens struktur og problemstillinger	4
2. Metodiske betraktninger	6
2.1. Rettskildebildet	6
2.2. Nærmere om den rettsdogmatiske metoden	8
2.3. Særlig om dynamisk tolkning av Grunnloven og EMK	9
3. Rangforholdet mellom Grunnloven og EMK	12
3.1. Innledning	12
3.2. Grunnloven § 92 og EMKs trinnhøyde	13
3.3. Grunnlovsrettighetene som trinnhøyere og selvstendige rettsregler	17
3.4. Et sterkere rettighetsvern etter Grunnloven	20
3.4.1. Overordnet	20
3.4.2. Særlig om retten til en rettferdig rettergang	22
3.4.3. En vilje til mer ambisiøs grunnlovstolkning	26
3.5. Et svakere rettighetsvern etter Grunnloven	27
3.5.1. Overordnet	27
3.5.2. Særlig om retten til en rettferdig rettergang	29
3.5.3. Betydningen av hensynet til lovgivers handlefrihet	31
3.5.4. Betydningen av skjæringstidspunktet i Rt. 2015 s. 93	34
3.5.5. Gjelder «Bøhler-doktrinen» ved grunnlovstolkningen?	37
3.6. Et annerledes rettighetsvern etter Grunnloven	38
3.7. Oppsummering og veien videre	39

4. EMKs vekt ved tolkningen av Grunnlovens menneskerettigheter – noen utgangspunkt.....	40
4.1. Innledning	40
4.2. Grunnloven § 92 som fortolkningsprinsipp.....	40
4.2.1. Ordlyden og forholdet til den tidligere § 110c	40
4.2.2. Nærmere om grunnlovgivers og Høyesteretts syn på tolkningen.....	42
4.3. Forhold av betydning for vekten	44
4.4. Oppsummering og veien videre.....	47
5. Særlig om betydningen av EMK-rettighetenes struktur ved grunnlovstolkningen.....	48
5.1. Innledning	48
5.2. Adgangen til å begrense konvensjonsrettighetene.....	48
5.3. Adgangen til å begrense grunnlovsrettighetene.....	50
5.3.1. Mangelen på en enhetlig tilnærming	50
5.3.2. Høyesteretts strukturering av en begrensningshjemmel	52
5.3.3. Nærmere om forholdsmessighetsvurderingen	55
5.4. Rekkevidden av strukturen ved grunnlovstolkningen	57
5.4.1. Overordnet	57
5.4.2. Nærmere om ytringsfriheten i Grunnloven § 100.....	59
5.4.3. Nærmere om religionsfriheten i Grunnloven § 16.....	62
5.4.4. Nærmere om tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 på det økonomiske området.....	65
5.5. Oppsummering og veien videre.....	70
6. Særlig om subsidiaritetsprinsippets betydning for grunnlovstolkningen... 71	71
6.1. Innledning	71
6.2. Subsidiaritetsprinsippets betydning for prøvingsintensiteten.....	71
6.3. Kritikken mot EMD og Europarådserklæringene.....	74
6.4. Et styrket subsidiaritetsprinsipp – noen konsekvenser	77

6.4.1.	Ytringsfrihet og retten til privatliv: Lillo Stenberg-dommen	77
6.4.2.	Retten til en rettferdig rettergang i straffesaker: Ibrahim-dommen	79
6.4.3.	Fra materiell til prosessuell kontroll?	82
6.5.	Implikasjoner for grunnlovstolkningen	85
6.5.1.	Der EMK ikke gir klare føringer	85
6.5.2.	Utfordring av det graderte grunnlovsvernet?.....	87
7.	Avslutning	91
8.	Kilderegister	94
9.	Vedlegg: Omfanget av grunnlovsrevisjonen.....	111

1. Innledning

1.1. Tema og bakgrunn

Det overordnede temaet for denne avhandlingen er betydningen av Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) ved tolkningen av Grunnlovens menneskerettigheter etter grunnlovsrevisjonen i 2014. Jeg vil for det første drøfte betydningen av EMK ved Høyesteretts tolkning av grunnlovsrettighetene siden revisjonen. For det andre vil jeg undersøke i hvilken grad EMK vil påvirke tolkningen av grunnlovsrettighetene i tiden fremover. Jeg vil også fortløpende gjøre normative vurderinger av de bilder som avtegner seg.

Avhandlingens tema har sin bakgrunn i at Stortinget i mai 2014 vedtok en rekke nye menneskerettighetsbestemmelser i Grunnloven, som ledd i markeringen av Grunnlovens 200-årsjubileum.¹ Moderniseringen av Grunnlovens menneskerettighetskapittel er et resultat av en prosess som begynte i juni 2009, da Stortingets presidentskap besluttet å nedsette et utvalg som skulle utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven. Formålet med revisjonen var å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett, ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang.² Revisjonen regnes som den største siden Grunnloven ble vedtatt på Eidsvoll i 1814.³

Grunnlovens menneskerettighetskatalog og EMK gir langt på vei individet de samme rettighetene. Når domstolene skal ta stilling til hvorvidt menneskerettighetene i Grunnloven og EMK er krenket, oppstår spørsmålet om Grunnloven og EMK skal behandles som to atskilte regelsett, eller om konvensjonsrettighetene skal anvendes ved tolkningen av tilsvarende grunnlovsrettigheter.⁴ For de rettigheter som ble vedtatt i 2014 synes utgangspunktet å være sistnevnte løsning: For det første var EMK en vesentlig inspirasjonskilde ved utformingen av de nye bestemmelsene.⁵ For det andre bygger forarbeidene på at internasjonale menneskerettighetskonvensjoner Norge har sluttet seg til, utgjør relevante rettskilder ved tolkningen, som etter omstendighetene må tillegges stor vekt. Det gjelder særlig EMK og

¹ Grunnlovsvedtak 13. mai 2014.

² Dokument 16 (2011–2012) s. 11.

³ Bårdsen (2015a) s. 397. Se vedlegg til avhandlingen for en enkel oversikt over omfanget av reformen, der det fremgår hvilke rettigheter som ble vedtatt/modernisert, samt deres parallell i EMK.

⁴ Se også Holmøyvik (2013) s. 31 og Sejersted (2013) s. 87–88.

⁵ Se dokument 16 (2011–2012) og Aall (2015) s. 26, jf. s. 45.

praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD).⁶ For det tredje har Høyesterett fulgt grunnlovgivers forutsetning i praksis, og aktivt sett hen til parallelle konvensjonsrettigheter ved tolkningen av flere «nye» grunnlovsrettigheter siden 2014.⁷

Det er imidlertid ikke helt uproblematisk å anvende internasjonale rettskilder, som håndheves av internasjonale domstoler, ved tolkningen av konstitusjonen. Eksempelvis fastslår Grunnloven § 88 at Høyesterett dømmer i siste instans, og etter § 89 har norske domstoler rett og plikt til å prøve grunnlovsmessigheten av myndighetenes lover og beslutninger. Dersom praksis fra EMD skulle være *avgjørende* for meningsinnholdet i Grunnlovens rettighetsbestemmelser, ville dette utfordre disse grunnlovsbestemmelsene. Videre vil vektlegging av EMDs praksis ved grunnlovstolkningen på en måte som *endrer* Grunnlovens rettighetsbeskyttelse, kunne utfordre den nasjonale folkesuverenitet.⁸ Spørsmålet er dermed *i hvilken grad* Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser skal og bør tolkes og utvikles i lys av EMK, slik konvensjonen fortolkes av EMD.⁹ Dette er en lite utforsket problemstilling som reiser komplekse tolkningsspørsmål i relasjon til både «nye» og «eldre» menneskerettighetsbestemmelser i Grunnloven.

1.2. Aktualitet

Spørsmålet om hvilken betydning EMK og andre internasjonale menneskerettighetskonvensjoner skal ha ved grunnlovstolkningen, har vært kontroversielt i statsrettslig teori.¹⁰ Enkelte har ment at de internasjonale konvensjonene er relevante og viktige ved grunnlovstolkningen, mens andre har tatt til orde for at Grunnloven som utgangspunkt må tolkes «autonomt» i forhold til folkeretten.¹¹ Moderniseringen av Grunnlovens menneskerettighetskatalog i 2014, med EMK-rettighetene som forbilde, har gitt dette spørsmålet fornyet aktualitet.¹²

⁶ Se dokument 16 (2011–2012) særlig s. 90 og Innst. 186 S (2013–2014) særlig s. 20.

⁷ Som eksempel, se Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 57, der førstvoterende uttaler at Grunnloven § 102 skal «tolkes i lys av de folkerettslige bildende». Nærmere om dette i punkt 4.2.2.

⁸ Kierulf (2013) s. 437.

⁹ Tverberg omtaler dette som «tusenkrone-spørsmålet» etter grunnlovsrevisjonen, se Tverberg (2014a) under overskriften «Grunnlovstolkningen påvirkes av hvordan de internasjonale konvensjonene utvikler seg».

¹⁰ Diskusjonen er delvis behandlet som et spørsmål om presumsjonsprinsippet også gjelder ved tolkningen av Grunnloven, se Smith (2017a) s. 142–143 og Kierulf (2013) s. 445–446.

¹¹ Sistnevnte syn i Smith (2017a) s. 327, som imøtegås bl.a. i Høgberg og Høgberg (2013) s. 212–216. Om de ulike teoretiske utgangspunktene, se Høgberg (2017) s. 220–221 med videre henvisninger.

¹² I samme retning, se Holmøyvik (2013) s. 31.

Høyesteretts konvensjonsinspirerte tolkning av de nye rettighetsbestemmelsene etter grunnlovsrevisjonen, har møtt kritikk. Eksempelvis har Morten Kinander tatt til orde for at Høyesterett opptrer «aktivistisk» når internasjonale rettskilder anvendes ved grunnlovstolkningen.¹³ Ifølge Kinander ser vi i dag «klare konturer av en aktiv domstol, bevæpnet med en ny grunnlov og med vilje og evne til å bruke menneskerettighetene i sin egen maktutvidelse ...».¹⁴ Anne Robberstad uttrykker det slik at «[d]en nye Grunnloven har gitt de dommere som ønsker det, et middel til selv å skape retten, i en grad vi knapt har sett tidligere», og at dette «undergraver vårt demokratiske system».¹⁵

Disse utsagnene er illustrerende for hvordan kritikken mot Høyesteretts rettsanvendelse etter revisjonen blir en del av den større debatten om rettsliggjøring av politikken og maktfordelingen mellom de folkevalgte og domstolene.¹⁶ Samtidig er det blåst liv i den regionale diskusjonen om arbeidsfordelingen mellom EMK-systemet og nasjonale myndigheter de senere årene, blant annet som følge av enkelte konvensjonsstaters misnøye overfor EMDs dynamiske fortolkning av EMK-rettighetene. Enkelte er av den oppfatning at domstolen går for langt i å gripe inn i nasjonale myndigheters vurderinger, og demokratisk vedtatte lover.¹⁷ Den underliggende problemstillingen er imidlertid langt på vei den samme; om det først og fremst er demokratisk valgte organer eller (internasjonale) domstoler som bør trekke opp grensene for det politiske handlingsrommet.¹⁸ Når EMK og EMDs praksis anvendes ved tolkningen av Grunnlovens rettighetsbestemmelser, aktualiseres derfor spørsmålet om rettsliggjøring av politisk makt i både det nasjonale og det regionale perspektivet.

1.3. Presisering og avgrensning av tema

Som avhandlingens overordnede tema viser, avgrenser jeg mot å undersøke betydningen ved grunnlovstolkningen av andre menneskerettighetskonvensjoner enn EMK, og praksis fra andre håndhevingsorganer enn EMD.¹⁹ Noe annet ville sprengte rammene for denne avhandlingen. EMK er et naturlig valg, ettersom konvensjonen er den som i størst grad har påvirket norsk rett

¹³ Kinander (2016).

¹⁴ Kinander (2016) s. 156.

¹⁵ Robberstad (2016a) s. 50. Se også den påfølgende diskusjonen i Kierulf (2016) og Robberstad (2016b).

¹⁶ Om frykten for rettsliggjøring rundt grunnlovsrevisjonen, se blant annet Bernt (2012) og Smith (2011) s. 55–57. Se også Makt- og demokratiutredningen (NOU 2003:19) som sist blåste liv i rettsliggjøringsdebatten.

¹⁷ Se punkt 6.3 nedenfor.

¹⁸ I samme retning, se Møse (2017) s. 36.

¹⁹ Om betydningen av FN-komiteenes praksis ved grunnlovstolkningen, se Bårdsen (2017a) s. 180–187.

på menneskerettighetsfeltet: Høyesterettsdommer Arnfinn Bårdsen uttrykker det slik at rettspraksis fra EMD har «mer enn nesten noe annet satt preg på Høyesteretts egen praksis de siste 15 årene».²⁰ Videre fremgår EMKs sentrale rolle ved grunnlovstolkningen etter revisjonen både av grunnlovsforarbeidene og av Høyesteretts praksis.²¹

Innenfor avhandlingens rammer er det heller ikke rom for å undersøke i dybden tolkningen av *samlige* rettighetsbestemmelser i Grunnloven som har sin parallell i EMK. Jeg behandler derfor enkelte problemstillinger i relasjon til *utvalgte* grunnlovsbestemmelser, mens andre problemstillinger drøftes i relasjon til Grunnlovens «rettighetskatalog» mer generelt. Valgene begrunnes underveis.

Jeg avgrensner også mot å gjøre rede for generelle prinsipper for grunnlovstolkning.²² I hvilken grad det i det hele tatt gjelder egne prinsipper for tolkningen av Grunnloven sammenlignet med alminnelig lovtolkning, er dessuten et omtvistet spørsmål som neppe *kan* besvares generelt.²³ Jeg undersøker derfor heller særskilte aspekter ved grunnlovstolkning underveis, der det er nødvendig for å belyse det overordnede temaet. I metodekapittelet nedenfor knytter jeg likevel enkelte kommentarer til såkalt «dynamisk» fortolkning av både Grunnloven og EMK, ettersom dette er et tilbakevendende tema i avhandlingen.

1.4. Avhandlingens struktur og problemstillinger

Foruten de metodiske aspektene som drøftes i kapittel 2, er avhandlingens problemstillinger strukturert etter de to underliggende temaene *rang* og *vekt*.

I kapittel 3 undersøker jeg først rangforholdet mellom Grunnloven og EMK. Deretter drøfter jeg hvilke konsekvenser rangforholdet har for tolkningen av grunnlovsrettighetene, herunder om det er adgang til å tolke grunnlovsrettighetene på en måte som gir et henholdsvis sterkere og svakere rettighetsvern enn parallelle konvensjonsrettigheter, og å så fall i hvilke situasjoner det kan og bør være aktuelt med en slik tolkning.

EMKs vekt ved grunnlovstolkningen er det underliggende temaet for kapittel 4, 5 og 6. Kapittel 4 omhandler *generelle utgangspunkt* om vekten av EMK som rettskilde ved tolkningen

²⁰ Bårdsen (2015a) s. 396.

²¹ Se punkt 4.2.2 nedenfor.

²² For en nyansert fremstilling av grunnlovstolkning, se Høgberg og Høgberg (2013).

²³ Sejersted (2013) s. 88–89.

av Grunnlovens menneskerettighetskatalog. Kapittelet danner et nødvendig rammeverk for de mer spesielle problemstillingene som reises i kapittel 5 og 6.

Den overordnede problemstillingen i kapittel 5 er betydningen EMK-rettighetenes *struktur* ved tolkningen av menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven. Flere av konvensjonsrettighetene har en lik utforming og struktur, der det først oppstilles en rettighet, og deretter unntak fra denne på visse vilkår: Inngrep kan foretas dersom det har hjemmel i lov, forfølger et legitimt formål, og er nødvendig i et demokratisk samfunn («necessary in a democratic society»²⁴). I dette kapittelet undersøker jeg i hvilken grad denne strukturen påvirker tolkningen av både «nye» og «eldre» grunnlovsrettigheter, herunder hvilke konsekvenser dette har for vekten av EMK og EMDs praksis.

Problemstillingen som behandles i kapittel 6 er betydningen av *subsidiaritetsprinsippet* ved tolkningen av Grunnlovens menneskerettigheter. Prinsippet, som går ut på at EMD skal spille en subsidiær rolle når det gjelder å sikre etterlevelsen av EMK-rettighetene, er ment å sikre en gunstig arbeidsfordeling mellom EMK-systemet og nasjonale myndigheter.²⁵ De senere årene har det blitt iverksatt enkelte tiltak som tar sikte på å styrke prinsippet i konvensjonssamarbeidet.²⁶ I dette kapittelet undersøker jeg hvilke implikasjoner et eventuelt styrket subsidiaritetsprinsipp i EMDs praksis vil ha for betydningen av EMK ved tolkningen av grunnlovsrettighetene.

Avhandlingen avrundes i kapittel 7 med avsluttende refleksjoner knyttet til de mest sentrale funnene.

²⁴ Strukturen er mest åpenbar i EMK artikkel 8–11, men den samme strukturen underbygger også andre konvensjonsbestemmelser, se punkt 5.2.

²⁵ ECtHR (2010) avsnitt 2.

²⁶ Subsidiaritetsprinsippet er blant annet besluttet inntatt i EMKs fortale, se Council of Europe, Protocol no. 15 (2013) s. 2. Nærmere om dette i punkt 6.3 nedenfor.

2. Metodiske betraktninger

2.1. Rettskildebildet

Forarbeidene til Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser er brukt relativt aktivt i avhandlingen. I juridisk teori er det riktignok tatt til orde for ikke å tillegge grunnlovsforarbeider like mye vekt som alminnelige lovforarbeider.²⁷ Dette har til dels å gjøre med at grunnlovsforarbeider normalt er sparsomme og av eldre karakter, samt at de bare unntaksvis bygger på utredninger som i omfang og kvalitet tilsvarer alminnelige lovforarbeider.²⁸

Utstrakt vektlegging av grunnlovsforarbeider kan også være betenkelig i relasjon til prosedyrene for grunnlovsendring, jf. Grunnloven § 121. Det er blant annet fremhevet at begrunnelsen for grunnlovsendringen på vedtakstidspunktet ikke nødvendigvis sammenfaller med intensjonene som i sin tid lå bak grunnlovsforslaget. Dette kan gjøre det vanskelig å finne frem til grunnlovgivers vilje.²⁹ Det er også pekt på at dersom grunnlovsforarbeider anses bindende for tolkningen, vil det kunne medføre en sementering av rettsstilstanden på vedtakstidspunktet.³⁰ Det er derfor større grunn til å legge vekt på tidsuavhengige formålsbetraktninger enn politiske avveininger som er endret siden vedtaket.³¹

Det synes likevel å være enighet om at forarbeidene til de nye grunnlovsbestemmelsene fra 2014 kan utgjøre rettskilder av stor betydning, i alle fall en viss tid fremover.³² Høyesterettspraksis fra tiden etter grunnlovsrevisjonen synes så langt å bekrefte dette.³³ Av den grunn utgjør også grunnlovsforarbeidene viktige bidrag til tolkningsspørsmålene som reises i relasjon til de nye grunnlovsrettighetene i denne avhandlingen. Jeg vil likevel skille mellom objektive og subjektive tolkninger av Grunnlovens rettighetsbestemmelser, og forholde meg selvstendig til grunnlovsforarbeidene som rettskilder.

²⁷ Se bl.a. Smith (2017a) s. 112–114, Borvik (2004) og Kierulf (2012) s. 145.

²⁸ Smith (2017a) s. 89.

²⁹ Smith (2017a) s. 113 og Kierulf (2012) s. 145 med videre henvisninger. Se imidlertid innvendingene i Høgberg og Høgberg (2013) s. 200–201.

³⁰ Borvik (2004) s. 514.

³¹ Se Kierulf (2012) s. 143.

³² Bårdsen (2017b) s. 7–8, jf. Bårdsen (2017c) s. 73–74, Andenæs og Fliflet (2017) s. 64 og Aall (2015) s. 37. Også Smith synes å akseptere dette, se Smith (2017a) s. 114.

³³ Se for eksempel Rt. 2014 s. 1292 A avsnitt 14. Se også punkt 4.2.2 nedenfor.

Av forarbeidsdokumentene til de nye grunnlovsbestemmelsene, er det utvilsomt Menneskerettighetsutvalgets rapport som kvantitativt gir mest bidrag til avhandlingen.³⁴ Den inneholder omfattende faglige utredninger om både grunnlaget for revisjonen, og tolkningen av de nye grunnlovsrettighetene. Hovedinnstillingen fra kontroll- og konstitusjonskomiteen er likevel vel så viktig. Den gir uttrykk for Stortingets syn på innholdet i rettighetsbestemmelsene, og ligger nærmere grunnlovsvedtaket i tid.³⁵ I prinsippet er også de påfølgende stortingsforhandlingene i forbindelse med grunnlovsvedtakene av interesse, men her ble konkrete tolkningsspørsmål i liten grad diskutert.³⁶

Det helhetlige bildet av forarbeidsdokumenter er mer sammensatt når det gjelder opprinnelige og eldre grunnlovsrettigheter. Det gjelder særlig de rettighetene som har stått uendret siden 1814, eksempelvis tilbakevirkningsforbudet i § 97. Forarbeidene fra Eidsvoll har generelt beskjeden betydning, og det henvises sjelden til dem i praksis.³⁷ For ytringsfriheten i Grunnloven § 100 er forarbeidene mer aktuelle: Bestemmelsens innhold ble totalrevidert i 2004, etter en lang utredningsprosess.³⁸ Religionsfriheten står i en mellomposisjon: Den ble vedtatt i Grunnloven § 2 i 1964, men ble videreført til § 16 i uendret form etter at statskirken ble avviklet i 2012.³⁹ Forarbeidene er på dette punktet svært sparsommelige. Dissenterlovkomiteens innstilling fra 1957 inneholder imidlertid enkelte uttalelser om innholdet i religionsfriheten, herunder forholdet til EMK artikkel 9.⁴⁰

Grunnlovsrettighetene er aktivt tatt i bruk i Høyesteretts praksis siden revisjonen.⁴¹ Kvantitativt er det følgelig svært mange høyesterettsavgjørelser som kan gi bidrag til avhandlingens problemstillinger. Jeg avgrenser derfor mot underrettspraksis. Rettspraksis fra tiden før grunnlovsrevisjonen behandles der det er nødvendig for å belyse de tolkningsspørsmål som reises i relasjon til eldre grunnlovsrettigheter.

³⁴ Dokument 16 (2011–2012). Menneskerettighetsutvalgets rapport ble delt i ulike alternativer og lagt frem for Stortinget i to pakker av grunnlovsforslag om sivile og politiske rettigheter (Dok. nr. 12:30 (2011–2012)) og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (Dok. nr. 12:31 (2011–2012)).

³⁵ Innst. 186 S (2013–2014).

³⁶ S.tid. 2469–2452 (2013–2014).

³⁷ Sejersted (2013) s. 84.

³⁸ Se NOU 1999: 27, St.meld. nr. 42 (1999–2000), St.meld. nr. 26 (2003–2004) og Innst. S. nr. 270 (2003–2004). Se likevel Borvik (2004) og Kierulf (2012) som er kritiske til utstrakt bruk av forarbeidene til den «nye» § 100.

³⁹ NOU 2006: 2, St.meld. nr. 17 (2007–2008), Innst. S. nr. 287 (2007–2008), Grunnlovsforslag nr. 10 (2007–2008) i Dokument nr. 12 (2007–2008), og Innst. 233 S (2011–2012).

⁴⁰ Dissenterlovkomiteens innstilling (1957).

⁴¹ Nærmere om dette i Kierulf (2016), særlig s. 188.

Rettspraksis fra EMD trekkes fortløpende inn i avhandlingen. I kapittel 6 undersøkes dessuten enkelte avgjørelser mer inngående. Analysen er på dette punktet tematisk, i den forstand at jeg drøfter hvordan utviklingen av subsidiaritetsprinsippet gjenspeiles i domstolens praksis. En utfordring på dette området, er det stadig økende sakstilfanget EMD opplever.⁴² Svært mange dommer kan derfor potensielt gi verdifulle bidrag. Jeg behandler derfor kun utvalgte dommer fra Strasbourg, med sikte på å fremheve eksempler på utviklingen som analyseres i kapittel 6.

Relevant juridisk litteratur er brukt relativt aktivt i avhandlingen. Det foreligger imidlertid få helhetlige tilnærminger til spørsmålet om EMKs betydning ved tolkningen av grunnlovsrettighetene etter grunnlovsrevisjonen, og få går i dybden på problemstillingene som reises i denne avhandlingen.⁴³ Europeisk litteratur gir også viktige bidrag, hovedsakelig til avhandlingens kapittel 6. Her reises spørsmål som ikke er unike for Norge, men som angår forholdet mellom EMD og konvensjonsstatene generelt. Få har behandlet disse spørsmålene opp mot tolkningen av Grunnlovens menneskerettigheter etter 2014.⁴⁴

2.2. Nærmere om den rettsdogmatiske metoden

Denne avhandlingen er rettsdogmatisk. Med uttrykket «rettsdogmatikk» mener jeg rettsvitenskap som tar sikte på systematisk fremstilling av gjeldende rett.⁴⁵ Ethvert rettsspørsmål fordrer imidlertid en spesiell juridisk metode.⁴⁶ Ved fastleggingen av gjeldende rett vil jeg i større grad enn ved *konkret rettslig argumentasjon* fokusere på å identifisere overordnede strukturer, sammenhenger, systemhensyn og utviklingstrekk som gjør seg gjeldende ved de problemstillinger avhandlingens overordnede tema reiser.⁴⁷

I tillegg vil jeg fortløpende vurdere de bilder som avtegner seg som gode eller mindre gode. Avhandlingens rettsdogmatiske metode har slik et berøringspunkt til rettspolitik, i det jeg også vurderer hvordan retten *bør* være for å fremme eksterne verdier eller oppnå konsistens

⁴² Se Rui (2013) s. 29–37 og Christoffersen (2009) s. 21.

⁴³ Aall (2017) gir så langt det mest helhetlige bidraget til temaet. Se også Bårdsen (2017b), samt Rui (2017) om retten til en rettferdig rettergang, særlig s. 162 flg.

⁴⁴ Se imidlertid Rui (2017) som behandler disse spørsmålene i relasjon til retten til en rettferdig rettergang.

⁴⁵ Mæhle (2004) s. 329.

⁴⁶ Se Sunde (2009).

⁴⁷ Med «konkret rettslig argumentasjon» mener jeg den rettslige argumentasjon som foregår ved domstolene og hos andre praktiserende jurister. Argumentasjonen er ikke nødvendigvis sammenfallende med rettsvitenskap som tar sikte på systematisk fremstilling av gjeldende rett («rettsdogmatikk»). Nærmere om dette i Mæhle (2004) s. 329 flg. og Graver (2008).

(*de lege ferenda*).⁴⁸ Dette gir også avhandlingen et visst særpreg sammenlignet med konkret rettslig argumentasjon, i det rettsdogmatikken i større grad har et «ansvar for egeninitiert løpende kritisk evaluering av det som måtte oppfattes som gjeldende rett».⁴⁹

2.3. Særlig om dynamisk tolkning av Grunnloven og EMK

I likhet med alminnelig lovtolkning, er utgangspunktet for tolkningen av både Grunnloven og EMK den naturlige språklige forståelsen av bestemmelsenes ordlyd.⁵⁰ Både Grunnlovens rettighetskatalog og EMK er imidlertid preget av vage, knappe tekster, og generelt formulerte bestemmelser som må presiseres for å kunne anvendes i konkrete saker.⁵¹ For å imøtekomme endrede samfunnsforhold, samt de ulike forhold som gjør seg gjeldende i den konkrete sak, er både Grunnloven og EMK gjenstand for såkalt «samtdsorientert» eller «dynamisk» tolkning.⁵² Dette innebærer at ordlyden i bestemmelsene står fast, men innholdet i regelen forandrer seg, på grunnlag av andre rettskilddefaktorer.⁵³ Her står både formålsbetraktninger, konsekvens- og harmonihensyn sentralt.⁵⁴

For EMKs vedkommende er det et uttalt mål i både EMKs fortale og i EMDs praksis at den konsekvens- og formålsbaserte tolkningen skal sikre en effektiv beskyttelse av konvensjonsrettighetene: «The Convention is intended to guarantee not rights that are *theoretical or illusory* but rights that are *practical and effective*».⁵⁵ For å oppnå en effektiv beskyttelse, driver EMD en ikke ubetydelig rettsutviklende virksomhet, under henvisning til at konvensjonen er et såkalt «living instrument» som må tolkes «in the light of present day conditions».⁵⁶

⁴⁸ Se Graver (2011) s. 237.

⁴⁹ Mæhle (2004) s. 334, med tilslutning fra Graver (2011) s. 244.

⁵⁰ For begge regelsett følger dette av uskrevne prinsipper. EMD har i tillegg uttalt at tolkningen av EMK tar utgangspunkt i Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 31-33, se *Golder v. the United Kingdom* avsnitt 29.

⁵¹ For Grunnlovens vedkommende, se Fliflet (2005) s. 29 og Høgberg og Høgberg (2013) s. 199.

⁵² Bårdsen foretrekker betegnelsen «samtdsorientert» tolkning om Grunnloven, se Bårdsen (2017c) s. 74. EMD bruker både uttrykkene «dynamic» og «evolutive» om tolkningen av EMK, se bl.a. *Stafford v. the United Kingdom* avsnitt 68.

⁵³ Sejersted (2013) s. 71. Nærmere om EMDs dynamiske tolkningsstil i Skoghøy (2011a) s. 514–522.

⁵⁴ Om Grunnloven, se Smith (2017a) s. 49. Om tolkningen av EMK, se *Wemhoff v. Germany* s. 19, avsnitt 8 under «As to the law»: «[I]t is ... necessary to seek the interpretation that is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty». Tolkningslinjen bekreftees i senere praksis, se bl.a. *Saadi v. the United Kingdom* avsnitt 62.

⁵⁵ *Airey v. Ireland* avsnitt 24 (min utheving). Nærmere om dette i Christoffersen (2009) s. 55–56.

⁵⁶ Fastslått først i 1978 i *Tyrer v. the United Kingdom* avsnitt 31, og har senere blitt en sentral doktrine i EMDs praksis, se Spano (2015) s.7–9.

Den dynamiske utviklingen i tolkningspraksis kan hevdes å være vel så fremtredende ved norske domstolars tolkning av Grunnloven.⁵⁷ Det gjelder særlig Grunnlovens rettighetsbestemmelser, som nærmest stiller krav om en annen metodisk tolkningstilnærming enn for eksempel institusjonelle bestemmelser: Samfunnet grunnlovsrettighetene opererer innenfor vil være gjenstand for endring, og skiftende forventninger blant folket. Dersom rettighetene skal bevare sin troverdighet og legitimitet som skranke for statsmaktene, er det nødvendig at de til en viss grad tilpasses samfunnet de befinner seg i.⁵⁸ Grunnlovens rettigheter har likevel en «kjerne» som står fast; det er innholdet i rettighetenes «randsone» som vil kunne avhenge av politiske og samfunnsmessige forhold.⁵⁹

I utgangspunktet er det flere likhetstrekk mellom den dynamiske tolkningsstilen som anlegges ved tolkningen av Grunnloven og ved tolkningen av EMK. Det er imidlertid stor forskjell i antallet saker som kommer opp for EMD og antallet saker som kommer opp for Høyesterett. EMD utøver nå kontroll i 47 medlemsstater, med en samlet befolkning på rundt 850 millioner mennesker.⁶⁰ Særlig individklageretten i EMK artikkel 34 fører til at svært mange saker klages inn for EMD.⁶¹ Utviklingshastigheten og detaljgraden i EMDs praksis er dermed betraktelig større enn det som er tilfellet for Høyesteretts grunnlovspraksis i menneskerettighetsaker.⁶² Muligheten til å gjøre bruk av dynamisk tolkning kan dermed sies å skille de to rettighetskatalogene, på grunn av sakstilfanget og Høyesteretts og EMDs ulike jurisdiksjoner.⁶³

Disse faktiske omstendighetene medfører at grunnlovgivers forutsetninger om en konvensjonsinspirert tolkning av de nye grunnlovsrettighetene får stor praktisk betydning. Der EMK og EMDs praksis gir omfattende og detaljert veiledning, er det nærliggende å se hen til behandlingen av tilsvarende problemstillinger i Strasbourg, ved tolkningen av relativt ferske og generelt formulerte grunnlovsbestemmelser.⁶⁴ Samtidig er det som nevnt enkelte grunner til å være varsom med ukritisk vektlegging av EMDs utviklende praksis, særlig der eldre rettigheter har fått et festnet beskyttelsesnivå i Grunnloven.⁶⁵ For de nye grunnlovsrettighetene er et mer

⁵⁷ Høgberg og Høgberg (2013) s. 198.

⁵⁸ Høgberg (2013) s. 403.

⁵⁹ Dokument 16 (2011–2012) s. 87.

⁶⁰ Føllesdal (2017) s. 14.

⁶¹ Se Møse (2017) s. 36.

⁶² Siden 1959 er det totalt avsagt rundt 19 000 dommer i EMD, jf. Møse (2017) s. 35–36.

⁶³ Se Kierulf (2013) s. 437–438.

⁶⁴ Se også Aall (2015) s. 46.

⁶⁵ Nærmere om dette i kapittel 4.

presserende spørsmål antakelig i hvilken grad EMK vil *gi veiledning* ved tolkningen, og hvordan tvilsomme tolkningsspørsmål bør løses etter Grunnloven der EMK ikke gir klare føringer.⁶⁶

⁶⁶ Se kapittel 3 og kapittel 6.

3. Rangforholdet mellom Grunnloven og EMK

3.1. Innledning

Grunnloven er vårt rettssystemets høyeste rangerte rettskilde. Menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven har konstitusjonell status, og er *lex superior* i det hierarkiet av normer som gjelder innenfor norsk jurisdiksjon. Dersom en lavere rangert regel strider mot det som følger av grunnlovsbestemmelsen, går sistnevnte regel foran.⁶⁷ Dette innebærer at den lovgivende og utøvende makt må holde seg innenfor Grunnlovens grenser, jf. Grunnloven § 89.⁶⁸ Stortingets lover må altså gå klar av de konstitusjonelle skrankene for å kunne anvendes.

EMK er for det første en folkerettslig forpliktelse for Norge: Etter EMK artikkel 1 er Norge forpliktet til å sikre konvensjonens rettigheter og friheter for enhver innenfor norsk jurisdiksjon. Norske myndigheter er også forpliktet til å etterleve konkrete avgjørelser som EMD treffer i saker mot Norge, jf. artikkel 46 nr. 1. For saker mot andre stater er EMDs avgjørelser ikke direkte bindende, men det følger implisitt at konvensjonsstatene må innrette seg også etter disse: EMD har kompetanse til å fortolke og anvende konvensjonsbestemmelsene, jf. EMK artikkel 19 og 32, og det er konvensjonen med dette innholdet statene er forpliktet til å sikre, jf. artikkel 1.⁶⁹

For det andre er EMK inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven av 1999, og håndheves derfor direkte av nasjonale domstoler.⁷⁰ Menneskerettsloven § 3 innebærer at konvensjonen ved motstrid gis forrang for formell norsk lov.⁷¹ Som et bilde på EMKs sterke posisjon i norsk rett, har det blitt uttrykt at forrangsregelen i § 3 gir EMK såkalt «halvkonstitusjonell» eller «semikonstitusjonell» karakter i norsk rett, ved at konvensjonen ligger en trinnhøyde mellom lov og Grunnlov.⁷² Uttrykket er imidlertid kritisert for å være misvisende, da norsk rett i realiteten ikke kjenner noen trinnhøyde mellom lov og Grunnlov. Menneskerettsloven er derimot vedtatt i de former som er bestemt i Grunnloven §§ 76 flg., og kan endres eller oppheves i samme form.⁷³ Forrangsregelen i menneskerettsloven § 3 har heller

⁶⁷ Smith (2017a) s. 70.

⁶⁸ Domstolenes prøvingsrett er fra 2015 kodifisert i § 89. Se dokument 16 (2011–2012) s. 76–86, jf. Innst. 263 S (2014–2015) s. 9–12.

⁶⁹ Se også Aall (2017) s. 420.

⁷⁰ Jf. Menneskerettsloven § 2. Etter det dualistiske prinsipp kreves særskilt gjennomføringsakt for at folkeretten skal kunne anvendes direkte for nasjonale domstoler. Dualismen modifieres imidlertid av presumsjonsprinsippet. Nærmere om dette i Ruud og Ulfstein (2011) s. 52 flg. og Smith (2017a) s. 137 flg.

⁷¹ Nærmere om forrangsregelen i Kierulf (2009).

⁷² Uttrykket stammer fra Carsten Smith, se Smith (2001) s. 386.

⁷³ Se Smith (2001).

ikke selv Grunnlovs trinnhøyde, og lovgiver kan derfor i prinsippet endre eller oppheve bestemmelsen ved vanlig lovvedtak.⁷⁴

Dette innebærer at dersom domstolene, gjennom tolkning av formell lov, finner at lovgiver har ment å vedta loven selv om den skulle være i strid med EMK, må domstolene respektere dette.⁷⁵ Formelt sett betyr dette at lovgiver, med forbehold om de folkerettslige pliktene som følger av EMK, står fritt til å gi lover i strid med konvensjonsrettighetene. Menneskerettsloven § 3 er altså først og fremst en tolkningsregel, heller enn en skranke for lovgivningskompetansen. Det er med andre ord Grunnlovens menneskerettigheter – og ikke EMK – som formelt sett legger bånd på lovgiver.⁷⁶

Disse utgangspunktene er av sentral betydning for spørsmålet om EMKs betydning som rettskilde ved tolkningen av Grunnlovens menneskerettigheter. Dersom EMK i 1999 i stedet hadde blitt inkorporert på Grunnlovs nivå, ville norske domstoler vært bundet til å følge den tolkning EMD selv foretar av konvensjonen. Dette er imidlertid ikke tilfellet, ettersom menneskerettsloven rangerer på et trinnlavere nivå enn Grunnloven.

Den nye Grunnloven § 92, vedtatt i 2014, ga imidlertid grunn til å reise spørsmål om dette etablerte rangforholdet mellom Grunnloven og EMK fremdeles var gjeldende rett. I det følgende drøfter jeg først hvordan bestemmelsen byr på tolkningstvil med hensyn til spørsmålet om EMKs trinnhøyde i norsk rett, og hvordan denne tvilen nå er avklart av Høyesterett.⁷⁷ Deretter undersøker jeg hvilke konsekvenser rangforholdet mellom de to rettighetskatalogene har for tolkningen av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.

3.2. Grunnloven § 92 og EMKs trinnhøyde

Grunnloven § 92 innleder menneskerettighetskatalogen i Grunnloven på følgende måte:

«Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter».

⁷⁴ Se Smith (2001) s. 385 og Skoghøy (2002) s. 340.

⁷⁵ Dersom lovgiver derimot har utformet en lov som er i konflikt med fundamentale menneskerettigheter av grunnleggende betydning for en demokratisk rettsstat, kan dette stille seg annerledes. Da bør nasjonale domstoler legge avgjørende vekt på menneskerettighetene, slik de følger av EMK, jf. Rui (2009) s. 99–100.

⁷⁶ Holmøyvik og Aall (2010) s. 336. Se også NOU 1993:18 s. 147–148.

⁷⁷ HR-2016-2554-P.

Bestemmelsen fastslår statens generelle plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene, og er sterkt inspirert av det som er omtalt som «den dobbelte gjennomføringsforpliktelse» etter EMK artikkel 1.⁷⁸ De påfølgende bestemmelsene i kapittel E utgjør *rettslige skranker*, ved å kreve at statens myndigheter først og fremst *avstår* fra å gripe inn i enkeltindividets rettigheter. Etter omstendighetene har staten også en *aktiv plikt* til å i gjennomføre rettighetene, og beskytte mot at private krenker hverandres rettigheter.⁷⁹ Bestemmelsen må videre ses i sammenheng med, og tolkes i tråd med formålsparagrafen i Grunnloven § 2, som slår fast at Grunnloven skal «sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene».⁸⁰ På dette punktet er innholdet i § 92 relativt klart.

Herfra er det mer uklart hvilke slutninger som kan trekkes fra ordlyden. Det er påfallende at ordlyden *sidestiller* statens plikt til å sikre Grunnlovens menneskerettigheter med statens plikt til å sikre de internasjonale menneskerettighetstraktatene. Det er da nærliggende å lese bestemmelsen slik at grunnlovsrettighetene og konvensjonsrettighetene skal sikres på lik linje, og at det vernet grunnlovsrettighetene får, også dekker konvensjonsrettighetene. I så fall må § 92 forstås slik at de menneskerettighetstraktater Norge er bundet av, er inkorporert på *Grunnlovs nivå*.⁸¹

Dette inntrykket forsterkes dersom en studerer forløperen til bestemmelsen. Den tidligere § 110c påla også myndighetene å respektere og sikre menneskerettighetene, men fastslo uttrykkelig i annet ledd at «[n]ærmere bestemmelser om Gjennomførelsen af Traktater herom fastsættes ved Lov». Annet ledd forutsatte at det var ordinær lov som bestemmer hvilke rettigheter som gjelder som norsk rett, og at loven dermed også avgjorde deres trinnhøyde i nasjonal rett. Det fulgte med andre ord av sammenhengen at bestemmelsen ikke inkorporerte de internasjonale konvensjonene, hvilket også ble slått fast i Rt. 1997 s. 580 A (OFS).⁸² Når denne formuleringen ikke er videreført, men endret på den måte som det er redegjort for ovenfor, er det nærliggende å forstå § 92 slik at den inkorporerer de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene.

Menneskerettighetsutvalget gikk opprinnelig inn for å videreføre ordlyden i § 110c første ledd. De mente henvisningen til de internasjonale konvensjonene kunne skape uklarhet

⁷⁸ Dokument 16 (2011–2012) s. 65–66, jf. Innst. 186 S (2013–2013) s. 22.

⁷⁹ Se Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 59.

⁸⁰ Bårdsen (2017c) s. 68.

⁸¹ Se også Aall (2015) s. 99 og Bårdsen (2015c) avsnitt 13.

⁸² Rt. 1997 s. 580 A på s. 592–593. Nærmere om dette i Skoghøy (2002) s. 338 og Møse (2002) s. 179–180.

om hvorvidt det materielle innholdet i bestemmelsen var endret, hvilket ikke var hensikten.⁸³ På bakgrunn av et forslag fremsatt av Advokatforeningen, ble en inkorporasjon på Grunnlovs nivå riktignok diskutert, men utvalget fant at dette ville innebære å gå utover det de hadde fått mandat til å vurdere og ta stilling til.⁸⁴

Stortinget gikk likevel inn for å ta med henvisningen til de internasjonale konvensjonene i den nye § 92. Det er grunn til å se nærmere på begrunnelsen for dette valget, slik det uttrykkes i hovedinnstillingen fra Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité:

«Flertallet mener det vil kunne oppstå misforståelser om *hvilke internasjonale menneskerettigheter som har grunnlovs rang* dersom henvisningen til internasjonale konvensjoner tas ut. Flertallet viser videre til at en henvisning til Norges internasjonale forpliktelser *ikke vil endre dagens rettstilstand*, all den tid dette står i dagens § 110c. ... Flertallet presiserer at ingen *fremtidige* ratifiserte traktater skal få grunnlovs rang uten å ha blitt vedtatt etter prosedyren i Grunnloven § 112».⁸⁵

Uttalelsen byr utvilsomt på store motsetninger. Henvisningen til de internasjonale konvensjonene skulle for det første avverge misforståelser om *hvilke internasjonale menneskerettigheter som har Grunnlovs rang*. Dette tilsier ganske klart at § 92 nettopp var ment å gi de internasjonale konvensjonene Grunnlovs trinnhøyde. Samtidig uttales det at henvisningen *ikke* skulle endre dagens rettstilstand. En slik inkorporering ville imidlertid ganske åpenbart endret rettstilstanden. Den siste setningen, som presiserer at ingen *fremtidige* traktater skal få Grunnlovs rang uten å ha blitt vedtatt etter Grunnloven § 112 (någjeldende § 121), indikerer videre at *tidligere* ratifiserte traktater, herunder EMK, nettopp *er* gitt Grunnlovs rang gjennom § 92.⁸⁶

Dersom § 92 skulle forstås som en inkorporasjonsbestemmelse, ville imidlertid både menneskerettsloven og debatten om hvilke menneskerettigheter som skulle grunnlovsfestes, bli overflødige.⁸⁷ Det ville være meningsløst å grunnlovsfeste noen rettigheter, dersom samtlige

⁸³ Dokument 16 (2011–2012) s. 67.

⁸⁴ Dokument 16 (2011–2012) s. 57, jf. s. 68, jf. s. 82.

⁸⁵ Innst. 186 S (2013–2014) s.22 (min utheving). Dette ble gjentatt i de påfølgende stortingsforhandlingene, se S.tid. 2469–2542 (2013–2014) s. 2471.

⁸⁶ Også merknadene til komiteens mindretall er selvmotsigende. Mindretallet gikk ikke innfor å vedta en henvisning til de internasjonale konvensjonene, fordi dette kunne «reise spørsmål om hvorvidt *nye* trakter ... umiddelbart vil ha grunnlovs rang fra det tidspunkt de blir bindende for Norge» (min utheving), se Innst. 186 S (2013–2014) s. 22. Også denne uttalelsen forutsetter at de traktater Norge var bundet av *før* mai 2014 ville inkorporeres i Grunnloven.

⁸⁷ Se også Skoghøy (2015) s. 196.

menneskerettighetsbestemmelser Norge er bundet av, likevel skulle få Grunnlovs rang.⁸⁸ I relasjon til disse spørsmålene, uttrykte Kinander følgende i 2016:

«Hvis konvensjonsrettighetene skulle vise seg å bli akseptert som å ha grunnlovs rang, har en formuleringsglipp i lovprosessen fått historisk udemokratiske følger. Eller sagt sterkere: Dersom Grunnloven § 92 virkelig medfører en inkorporasjon av menneskerettighetskonvensjonene, kan vi spørre om ikke (deler av) Høyesterett ønsker å begå et rettspolitisk kupp ved at de har utnyttet en mulighet for å utvide sin egen makt uten et demokratisk mandat».⁸⁹

Høyesterettspraksis fra de første årene etter grunnlovsrevisjonen var heller ikke helt entydig med hensyn til spørsmålet om inkorporasjon. I Rt. 2014 s. 1161 A uttalte Høyesterett at uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 annet ledd «grunnlovfester innholdet i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 2 og EMK artikkel 6 nr. 2».⁹⁰ Dette ble gjentatt i Rt. 2014 s. 1292 A.⁹¹ Videre ble det i Rt. 2015 s. 385 A uttalt at «[b]estemmelsen i Grunnloven § 95 grunnlovfester prinsippet i EMK artikkel 6 nr. 1».⁹² I Rt. 2014 s. 1292 A heter det imidlertid at Grunnloven § 95 første ledd er en «selvstendig rettsnorm», hvor innholdet må «fastlegges ‘i lys av en allment anerkjent internasjonal og nasjonal tolkningspraksis på området’».⁹³ Det er ganske stor forskjell på det å «grunnlovfeste» innholdet i internasjonale konvensjonsbestemmelser og det å tolke en «selvstendig» grunnlovsnorm «i lys av» konvensjonsbestemmelsene. Det er derfor påfallende at Høyesterett i Rt. 2014 s. 1292 A brukte begge uttrykksformer om henholdsvis Grunnloven § 96 annet ledd og § 95 første ledd.⁹⁴

Våren 2016 kom dette spørsmålet opp for Høyesterett i plenum, i den såkalte Holshipdommen.⁹⁵ Saken gjaldt forhåndsprøving av lovligheten av en boikott, som Norsk Transportarbeiderforbund hadde varslet overfor en dansk bruker av Drammen havn for å tvinge ham til å inngå tariffavtale. Avtalen skulle gi fortrinnsrett for losse- og lastearbeidere som var ansatt ved Administrasjonskontoret i Drammen havn. Norsk Transportarbeiderforbund anførte

⁸⁸ Kinander (2016) s. 161–162. ØSK-rettighetene møtte større motstand i Stortinget enn SP-rettighetene, se Innst. 187 S (2013–2014) og S. tid. 2396–2542 (2013–2014). Nærmere om dette i Tverberg (2014b).

⁸⁹ Kinander (2016) s. 162.

⁹⁰ Rt. 2014 s. 1161 A avsnitt 29.

⁹¹ Rt. 2014 s. 1292 A avsnitt 14.

⁹² Rt. 2015 s. 385 A avsnitt 28.

⁹³ Rt. 2014 s. 1292 A avsnitt 21.

⁹⁴ Rui (2017) s. 163–164. Det er likevel uklart om Høyesterett *mente* å legge forskjellig innhold i de ulike formuleringene, se Aall (2017) s. 418–419.

⁹⁵ HR-2016-2554-P.

at § 92 var en inkorporasjonsbestemmelse, hvilket måtte medføre at konvensjoner Norge er bundet av som verner boikott, hadde Grunnlovs rang.⁹⁶

Førstvoterende begynte med det klare utgangspunktet, ved å fastslå at Grunnlovens nye bestemmelser om menneskerettigheter «selvsagt [har] grunnlovs trinnhøyde og går dermed foran bestemmelser som er gitt ved ordinær lov».⁹⁷ Deretter ble flere av motsetningene i kontroll- og konstitusjonskomiteens uttalelser påpekt.⁹⁸ Førstvoterende uttalte så følgende på vegne av flertallet:

«På denne bakgrunn finner jeg det klart at Grunnloven § 92 *ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse*, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å *håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett*».⁹⁹

Førstvoterendes argumentasjon er treffende. Det ville etter mitt syn være høyst betenkelig om henvisningen i § 92 var ment til å inkorporere samtlige internasjonale menneskerettsbestemmelser Norge er bundet av i Grunnloven, uten at følgene av en slik inkorporasjon ble diskutert verken av Menneskerettighetsutvalget eller Stortinget. Dommen er riktignok avsagt under dissens, men annenvoterende uttalte uttrykkelig at hun sluttet seg til førstvoterendes syn på fortolkningen av bestemmelsen.¹⁰⁰ Høyesterett i plenum står altså bak uttalelsen, som gjør det helt klart Grunnlovens menneskerettigheter rangerer på et trinnhøyere nivå enn rettighetene i EMK.

3.3. Grunnlovsrettighetene som trinnhøyere og selvstendige rettsregler

Konsekvensen av å skrive helt nye menneskerettighetsbestemmelser inn i Grunnloven, uten å inkorporere de internasjonale på samme nivå, er at grunnlovsrettighetene får stilling som *selvstendige* rettsregler.¹⁰¹ At formålet med revisjonen var å grunnlovfeste allerede eksisterende internasjonale rettsnormer, endrer ikke dette utgangspunktet.¹⁰² Grunnlovsrettighetene må dermed formelt sett skilles fra de internasjonale konvensjonene, som håndheves av de

⁹⁶ Avsnitt 47.

⁹⁷ Avsnitt 66.

⁹⁸ Avsnitt 69.

⁹⁹ Avsnitt 70 (min utheving).

¹⁰⁰ Avsnitt 140.

¹⁰¹ Skoghøy (2015) s. 196. Se også Rt. 2014 s. 1292 A avsnitt 21.

¹⁰² Se dokument 16 (2011–2012) s. 13.

internasjonale håndhevingsorganene. Dette er også fremhevet av Høyesterett i den såkalte Maria-saken fra 2015, der det ble uttalt: «Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».¹⁰³ EMD har ansvaret for å klarlegge innholdet i konvensjonsrettighetene, men det er Høyesterett som har «det siste ordet» ved fastleggingen av meningsinnholdet i grunnlovsbestemmelsene.¹⁰⁴ Jens Edvin A. Skoghøy har i denne sammenheng fremholdt:

«Når rettighetene er skrevet inn i Grunnloven, kan de derfor bli tolket uten støtte i praksis fra internasjonale håndhevingsorganer (...)».¹⁰⁵

Skoghøys utsagn er etter mitt syn treffende. En logisk konsekvens av at EMK ikke er inkorporert på Grunnlovs nivå, og at egne rettighetsbestemmelser samtidig er innført i Grunnloven, er at norske domstoler kan tolke grunnlovsrettighetene på en måte som *avviker* fra EMDs tolkning av parallelle konvensjonsrettigheter.¹⁰⁶ Høyesterett ga selv uttrykk for dette i Holship-dommen, der førstvoterende uttalte at det ikke kan «utelukkes at Grunnloven § 101 første ledd i fremtiden kan bli tolket på en måte som avviker fra en tolkning av EMK artikkel 11 ...».¹⁰⁷ Et slikt avvik må formelt sett kunne skje både til gunst og til ugunst for rettighetshaver. Følgelig må det være adgang til å tolke Grunnlovens menneskerettigheter slik at de får både et *mer ambisiøst* og et *mindre ambisiøst* innhold enn parallelle EMK-bestemmelser. Med andre ord må Grunnloven kunne oppstille både et *svakere* og et *sterkere* rettighetsvern enn EMK.

Ved første øyekast kan et svakere rettighetsvern etter Grunnloven synes kontroversielt. Samtidig gir Grunnlovens opprinnelige eller eldre rettighetsbestemmelser, som ikke ble endret ved revisjonen, allerede enkelte eksempler på dette.¹⁰⁸ Særlig synes Grunnloven § 16, som proklamerer at «[a]lle innbyggere i riket har fri religionsutøvelse», å gi et mindre omfattende vern om religionsfriheten enn den tilsvarende EMK artikkel 9.¹⁰⁹ Dette må ses i sammenheng

¹⁰³ Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 57. Nærmere om denne dommen i punkt 3.5.4 nedenfor.

¹⁰⁴ Rui (2017) s. 167.

¹⁰⁵ Skoghøy (2015) s. 196.

¹⁰⁶ Dette gjelder generelt for dualistiske systemer, der internasjonale konvensjoner har lavere trinnhøyde enn konstitusjonen, se Rui (2009) s. 104.

¹⁰⁷ HR-2016-2554-P avsnitt 86.

¹⁰⁸ Nærmere om dette i Høgberg (2010a).

¹⁰⁹ I noe samme retning, se Lovavdelingen (2000) tredje avsnitt, og Lovavdelingen (2017a) punkt 2.3. Menneskerettighetsutvalget foreslo å utvide og modernisere vernet, ved å vedta en ny bestemmelse om tanke- samvittighets- og religionsfrihet i Grunnloven § 99, se dokument 16 (2011–2012) s. 157–159. Bestemmelsen ble imidlertid ikke bifalt av Stortinget, se Innst. 186 S (2013–2014) s. 26.

med at Grunnloven historisk sett har fastsatt *begrensninger* i religionsfriheten heller enn å fastslå noe prinsipp om religionsfrihet.¹¹⁰ Ordlyden i § 16 omfatter for det første kun religionsfrihet, og ikke tanke- og samvittighetsfrihet, slik artikkel 9 gjør. Videre taler bestemmelsen bare om «innbyggere», altså personer med fast bopel i landet.¹¹¹ EMK artikkel 9 taler derimot om «everyone», og verner slik alle som er underlagt statens jurisdiksjon. Ordlyden omfatter dessuten isolert sett bare fri religionsutøvelse, altså frihet til å praktisere sin religion, og ikke frihet til indre trosliv.¹¹²

Et klart eksempel på at en eldre grunnlovsrettighet gir et *sterkere* rettighetsvern enn EMK, gir lovkravet i strafferetten i Grunnloven § 96 første punktum.¹¹³ Bestemmelsen gir ikke adgang til å straffe med hjemmel i den alminnelige folkeretten.¹¹⁴ EMK artikkel 7 åpner derimot for dette: Første ledd likestiller «international law» med «national law», og etter annet ledd kan «general principles of law recognised by civil nations» tjene som grunnlag for straff.¹¹⁵ Videre har EMD akseptert ulovfestet nasjonal rett som grunnlag for straff etter EMK artikkel 7 i common law- land som Storbritannia, og heller fokusert på krav til normens forutberegnelighet.¹¹⁶ Etter Grunnloven § 96 kreves derimot formell norsk lov.¹¹⁷

At Grunnlovens opprinnelige eller eldre rettighetsbestemmelser på visse områder gir et sterkere og svakere rettighetsvern enn tilsvarende konvensjonsrettigheter, er for så vidt ikke særlig overraskende. Flere av de eldre rettighetsbestemmelsene har stått uendret siden 1814, og disse ble nødvendigvis utformet uten innflytelse fra de internasjonale konvensjonene.¹¹⁸ Videre er bestemmelsenes innhold tolket og utviklet i praksis, lenge før både tilslutningen til EMK og inkorporasjonen av konvensjonen i menneskerettsloven.

¹¹⁰ Den tidligere Grunnloven § 2 oppstilte opprinnelig et forbud mot jesuitter, munkeordener og jøder, og slo fast at norske statsborgere måtte bekjenne seg til den evangelisk-lutherske tro. Nærmere om dette i Strand (2007) s. 9–10 og Fliflet (2005) s. 58–60.

¹¹¹ Se også Fliflet (2005) s. 63, jf. Aall (2015) s. 253–254.

¹¹² Det kan imidlertid tenkes at det er større adgang til å tolke bestemmelsen utvidende i lys av EMK i dag, se punkt 5.4.3 nedenfor.

¹¹³ Nærmere om dette i Høgberg (2010a). Se også Smith (2017a) s. 328–329.

¹¹⁴ Se Rt. 2010 s. 1445 P (Krigsforbryter), der det bekreftes at folkeretten ikke er tilstrekkelig straffehjemmel etter §§ 96 og 97. Dommen ses som et oppgjør med Klinge-saken i Rt. 1946 s. 198 P.

¹¹⁵ Se Høgberg (2010a) s. 70. Det er riktignok usikkert om dette siste alternativet spiller noen rolle ved siden av «international law» -alternativet, se Aall (2015) s. 127, fotnote 16.

¹¹⁶ Se bl.a. Sunday Times v. the United Kingdom avsnitt 49.

¹¹⁷ Nærmere om dette i Aall (2015) s. 126, 136 og s.147.

¹¹⁸ Det gjelder både lov- og domskravet i strafferetten, jf. Grunnloven § 96 første ledd, tilbakevirkningsforbudet i § 97 og ekspropriasjonserstatningsvernet i § 105.

Dette stiller seg annerledes for de rettighetene som ble vedtatt eller modernisert i 2014. Utgangspunktet må likevel være det samme: Rettighetene kan tolkes slik at de gis et både mer og mindre ambisiøst innhold enn tilsvarende konvensjonsrettigheter. For absolutte rettigheter, som det ikke er adgang til å gripe inn i, vil det kunne bli spørsmål om hva som anses vernet av den aktuelle bestemmelsen. Eksempelvis vil begrepet «tortur» i Grunnloven § 93 kunne tolkes slik at det omfatter flere forhold enn tilsvarende begrep i EMK artikkel 3. Formelt sett må det også være adgang til å innfortolke *færre* forhold enn det som følger av torturbegrepet etter artikkel 3; forholdet vil for eksempel etter Grunnloven kunne klassifiseres som «umenneskelig» eller «nedverdiggende» behandling i stedet. Hvorvidt en slik tolkning er aktuell eller heldig, er et annet spørsmål.¹¹⁹

Når det gjelder relative rettigheter, vil et sterkere vern etter Grunnloven for det første være aktuelt der statens interesser står mot individets. Den enkelte rettighet må her kunne tolkes slik at man tillater inngrep i mindre grad enn det som er tillatt etter EMK og EMDs praksis. Rettigheten må imidlertid også kunne tolkes slik at man tillater inngrep i *større* grad enn det EMK tillater. For det andre må det samme gjelde der privates rettigheter står mot hverandre. Grunnloven må med andre ord kunne prioritere *kolliderende* rettigheter på en annen måte enn det som måtte følge av EMDs praksis, eksempelvis forholdet mellom ytringsfriheten i § 100 og beskyttelsen av privatlivets fred i § 102.¹²⁰

Hvorvidt de nye grunnlovsrettighetene *bør* tolkes på de måter som det er her er redegjort for, i hvilke situasjoner det vil være aktuelt, og i så fall hvorfor, krever imidlertid en nærmere undersøkelse. I det følgende rettes oppmerksomheten først mot et sterkere rettighetsvern, og deretter mot et svakere rettighetsvern etter Grunnlovens nye rettighetsbestemmelser.

3.4. Et sterkere rettighetsvern etter Grunnloven

3.4.1. Overordnet

De rettigheter som ble vedtatt eller modernisert i 2014 ble i stor grad utformet med sikte på å gi samme beskyttelsesnivå som EMK. Som vi har sett, er også forutsetningen for disse nye

¹¹⁹ Det kan her bemerkes at EMD har anlagt en skjerpet holdning til mishandling: Forhold som tidligere ble rubrisert som umenneskelige, blir i dag lettere ansett som tortur, se *Selmouni v. France*, særlig avsnitt 101–105. Nærmere om dette i Aall (2015) s. 187.

¹²⁰ På området for kolliderende rettigheter vil imidlertid en styrking av én rettighet innebære en svekkelse av en annen, se punkt 3.6 nedenfor.

rettighetene at de skal tolkes i lys av EMK og EMDs praksis.¹²¹ Så lenge dette legges til grunn for tolkningen, er det nærliggende å anta at de nye grunnlovsbestemmelsene i de fleste tilfeller vil gi vern på omtrent samme nivå som EMK.

På den annen side kan det pekes på flere forhold som tilsier at Grunnloven *bør* kunne gi et sterkere rettighetsvern enn EMK. For det første er EMK en minimumsstandard, noe som forutsetter at nasjonale menneskerettighetsregler må kunne gi et mer omfattende vern enn konvensjonsrettighetene. EMK artikkel 53 gir uttrykk for dette. Bestemmelsen fastslår: «Intet i denne konvensjonen skal bli tolket slik at det begrenser eller fraviker noen av de menneskerettigheter og grunnleggende friheter som måtte være sikret ved noen høy Kontraherende Parts lover eller ved noen andre avtaler den er part i». Bestemmelsen *oppfordrer* slik konvensjonsstatene til å gå lengre enn den minstestandard som følger av EMK og EMDs rettspraksis.¹²² Dette gjelder for så vidt også ved tolkningen av menneskerettsloven. De nye, selvstendige grunnlovsrettighetene gir likevel et atskillig mer solid fundament for en utvikling i retning av et mer ambisiøst innhold.¹²³

For det andre var formålet med grunnlovsrevisjonen å «styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett». Også dette tilsier at grunnlovsrettighetene bør kunne gis et mer ambisiøst innhold.¹²⁴ For det tredje er ikke EMK som et internasjonalt folkerettslig instrument det samme som en nasjonal grunnlov i en velutviklet rettsstat. Det kan være gode grunner til å gi en konstitusjonell rettighetsbeskyttelse som på visse områder går lenger enn den standard som er etablert av et internasjonalt håndhevsorgan, og som skal sikre at 47 svært ulike rettssystemer oppfyller sine folkerettslige forpliktelser.¹²⁵ Etter grunnlovsrevisjonen har Høyesterett dessuten i enkelte saker vist en vilje til å fortolke grunnlovsrettighetene på en måte som gir individet et sterkere rettighetsvern enn tilsvarende konvensjonsrettigheter.

Et eksempel på dette gir Høyesteretts tolkning av Grunnloven § 102 i Rt. 2015 s. 81 A (Lime I). Saken gjaldt politiets adgang til å gjennomhøre materiale fra kommunikasjonkontroll som kunne omfatte samtaler med forsvarer. Spørsmålet var om en slik gjennomhøring ville rammes av retten til privatliv etter Grunnloven § 102, sammenholdt med EMK artikkel 8. Høyesterett besvarte spørsmålet bekreftende, til tross for at det var forutsatt av lovgiver at en

¹²¹ Dokument 16 (2011–2012) s. 90 og Innst.186 S (2013–2014) s. 20.

¹²² ECtHR (2010) avsnitt 53.

¹²³ Samme syn i Aall (2015) s. 107–108.

¹²⁴ Dokument 16 (2011–2012) s. 11.

¹²⁵ Rui (2017) s. 174.

gjennomhøring fra politiets side i tilfeller der det var usikkert om samtalen var en samtale med advokat, ikke ville være i strid med EMK artikkel 8. Førstvoterende fant riktignok støtte for sitt syn i mer generelle prinsipper som kunne utledes av EMDs praksis, men det fantes ingen avgjørelse fra EMD som direkte tok stilling til spørsmålet.¹²⁶ Følgelig gir Grunnloven § 102 første ledd trolig et sterkere vern enn EMK artikkel 8 på dette punktet.¹²⁷

3.4.2. Særlig om retten til en rettferdig rettergang

Den nye Grunnloven § 95 om retten til en rettferdig rettergang er i motsetning til EMK artikkel 6 ikke saklig avgrenset. Den gjelder vedkommende «sin sak», og omfatter derfor enhver strafferettslig, sivilrettslig eller forvaltningsrettslig sak. EMK artikkel 6 er derimot avgrenset til strafferettslige anklager («criminal charge») og borgerlige rettigheter og plikter («civil rights and obligations»). Grunnloven § 95 har derfor et noe videre anvendelsesområde, noe som kan innebære at bestemmelsen i enkelte tilfeller kan strekke seg lengre enn EMK artikkel 6.¹²⁸

Videre gir domskravet i Grunnloven § 96 første ledd et sterkere rettighetsvern enn EMK artikkel 6 i straffesaker. Domskravet har riktignok stått i § 96 fra 1814 av, men en avgjørelse som kom etter grunnlovsrevisjonen illustrerer dette tydelig. Rt. 2014 s. 620 A gjaldt spørsmålet om ileggelse av et overtredelsesgebyr etter akvakulturloven måtte anses som «straff» etter § 96 første ledd, slik at det ikke kunne fastsettes administrativt. I dommen ble det uttalt at for enhver sanksjon som må betegnes som «straff» etter § 96 første ledd, stilles det krav om at sanksjonen «illegges av domstolen i første instans etter en prosess initiert av staten».¹²⁹ EMK artikkel 6 gir et mindre omfattende vern på dette punktet, ettersom den ikke nødvendigvis krever at en «criminal charge» som ikke er formell straff, avgjøres av en domstol i første omgang.¹³⁰ På dette punktet gir altså Grunnloven § 96 første ledd et sterkere vern enn EMK artikkel 6.¹³¹ På den annen side er begrepet «straff» i § 96 vesentlig snevrere enn tilsvarende begrep i EMK artikkel 6. Hvorvidt det samlede vern i praksis strekker seg lengre etter Grunnloven enn EMK, er derfor noe uklart.¹³²

¹²⁶ Rt. 2015 s. 81 A avsnitt 26–27. Robberstad skriver i denne sammenheng at EMD normalt ikke vil slå ned på føring av bevis som er innhentet i strid med EMK artikkel 8, jf. Bykov v. Russia. Se Robberstad (2016a) s. 55.

¹²⁷ Se Rui (2017) s. 179–180, som drøfter denne avgjørelsen mer inngående. Se også Aall (2017) s. 426–427.

¹²⁸ Se Aall (2015) s. 410 og Bårdsen (2017b) s. 28.

¹²⁹ Rt. 2014 s. 620 A avsnitt 48.

¹³⁰ Aall (2015) s. 424.

¹³¹ Se også Bårdsen (2017b) s. 28, jf. s. 37–38.

¹³² Se punkt 3.5.2 nedenfor.

Den nye retten til en rettferdig rettergang i Grunnloven § 95 har vært aktualisert for Høyesterett en rekke ganger siden grunnlovsrevisjonen. I enkelte av Høyesteretts avgjørelser er bestemmelsen tolket utover det som følger av en sikker tolkning av EMK artikkel 6.

Det klareste eksempelet gir avgjørelsen i Rt. 2014 s. 1045 A. Saken gjaldt spørsmålet om det var forenlig med kravene til rettferdig rettergang å avsi realitetsdom i skyldspørsmålet mot en avdød person, når han hadde anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, og de etterlatte hadde trådt inn i saken. Førstvoterende viste først til at retten til rettferdig rettergang er fastsatt i Grunnloven § 95, EMK artikkel 6 og SP artikkel 14, der retten til å være til stede i egen straffesak er et «grunnleggende element».¹³³ Deretter viste førstvoterende til EMDs dom *Gradinar*, som også gjaldt situasjonen der domfelte ikke kunne delta i straffesaken mot ham fordi han var død.¹³⁴ I *Gradinar*-saken avgjorde imidlertid kun to dommere saken på det grunnlag at det var en krenkelse av EMK artikkel 6 å gjennomføre rettssaken mot den avdøde.¹³⁵ *Flertallet* i EMD fant derimot ikke grunn til å ta stilling til dette spørsmålet.¹³⁶ For Høyesteretts flertall (tre dommere) var dette ikke avgjørende. Det sentrale var derimot at EMD hadde gitt uttrykk for alvorlige betenkeligheter ved å straffeforfølge og domfelle en avdød person. Førstvoterende konkluderte deretter:

«På bakgrunn av de rettskildene jeg har gjennomgått, og de grunnleggende rettssikkerhetshensyn som er knyttet til at tiltalte skal kunne delta og forklare seg i sin egen straffesak, er jeg kommet til at det ikke er forenlig med kravene til rettferdig rettergang at lagmannsretten kan avsi realitetsdom i skyldspørsmålet mot en avdød person».¹³⁷

Høyesteretts flertall gikk her, ved tolkningen av Grunnloven § 95, utover det som følger av en sikker tolkning av EMK artikkel 6. Grunnlaget for førstvoterendes konklusjon var med andre ord *primært* § 95.¹³⁸ Etter gjeldende rett er det derfor i strid med Grunnloven å avsi

¹³³ Rt. 2014 s. 1045 A avsnitt 40.

¹³⁴ *Gradinar v. Moldova*.

¹³⁵ *Gradinar*-saken hadde imidlertid en annen forhistorie: Her hadde avdødes nærstående anket for å få renvasket *Gradinar* som var domfelt etter sin død, se avsnitt 109. Det ble konstatert krenkelse av artikkel 6, men på grunn av mangelfull begrunnelse, se avsnitt 115.

¹³⁶ *Gradinar v. Moldova* avsnitt 109.

¹³⁷ Rt. 2014 s. 1045 A avsnitt 45.

¹³⁸ Rui mener grunnlaget for konklusjonen «utelukkende» var Grunnloven § 95, se Rui (2017) s. 168. Aall mener Rui her uttrykker seg «litt for bombastisk», jf. Aall (2017) s. 426, fotnote 55. Det sentrale er uansett etter mitt syn at det *primære* grunnlaget for Høyesteretts konklusjon synes å være Grunnloven § 95. Bårdsen (som ikke behandlet saken) har riktignok et litt annet syn. Han mener begrunnelsen «ikke utledes direkte av retten til en rettferdig rettergang, men forankres i reelle hensyn og systembetraktninger», se Bårdsen (2017b) s. 30.

realitetsdom i skyldspørsmålet i en straffesak mot en avdød person, mens det er uklart om dette er i strid med EMK. På dette punktet gir derfor Grunnloven § 95 et sterkere rettighetsvern enn EMK artikkel 6.¹³⁹

Rt. 2014 s. 1292 A er ikke et like tydelig eksempel, men gir likevel noen indikasjoner på at Høyesterett er villig til å gå lengre enn det som følger av en sikker tolkning av EMK. Saken gjaldt lagmannsrettens saksbehandling ved domfellelse for promillekjøring. Spørsmålet var om det var forenlig med kravene til en rettferdig rettergang at et sentralt vitne forklarte seg ved telefonavhør. Som mindretallet påpekte i sitt votum, eksisterer ikke praksis fra EMD som uttrykkelig berører adgangen til telefonavhør.¹⁴⁰ Førstvoterende fant likevel på vegne av flertallet (tre øvrige dommere) at det burde vært lagt til rette for at det aktuelle vitnet heller forklarte seg direkte for retten, da dette ville gitt bedre grunnlag for kontradiksjon.¹⁴¹ Kravet til en rettferdig rettergang kunne derfor ikke anses oppfylt, og lagmannsrettens dom ble opphevet. Også her gis Grunnloven § 95 et (potensielt) mer ambisiøst innhold enn EMK artikkel 6.¹⁴²

Avgjørelsen i Rt. 2015 s. 334 A er også interessant i denne sammenheng. Spørsmålet var om siktede kunne identifiseres med forsvarer i et tilfelle der forsvareren hadde latt være å inngi støtteskriv til anken, og der dette førte til at anken ikke ble fremmet. Høyesterett besvarte spørsmålet benektende. Mot en identifikasjon med forsvarerens feil, talte for det første «tungtveiende rettssikkerhetshensyn». Førstvoterende uttalte deretter at ankeretten er «en helt grunnleggende rettssikkerhetsgaranti i straffeprosessen», som «følger av menneskerettskonvensjonene som Norge er tilsluttet».¹⁴³ Førstvoterende gikk imidlertid ikke nærmere inn på disse internasjonale konvensjonene, noe som kan tilsi at dette ikke hadde

Diskusjonen illustrerer at det kan være en fordel om Høyesterett er tydeligere på hvilket rettsgrunnlag premissene forankres i, se punkt 3.5.5 nedenfor.

¹³⁹ Samme syn i Rui (2017) s. 168 og Aall (2017) s. 425–426. Det kan bemerkes at Skoghøy viser til denne dommen i samme setning som han uttaler at Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser kan tolkes uten støtte i praksis fra internasjonale håndhevingsorganer, se Skoghøy (2015) s. 196.

¹⁴⁰ Spørsmålet om hvordan bevisførselen skal foretas, er i stor grad overlatt til nasjonalstatene, se Rt. 2014 s. 1292 A avsnitt 47.

¹⁴¹ Rt. 2014 s. 1292 A avsnitt 30–31.

¹⁴² I samme retning, se Aall (2017) s. 426. Aall mener dommen viser at Høyesterett valgte en strengere tolkning av *EMK artikkel 6*, og at denne tolkningen hadde *betydning* for tolkningen av Grunnloven § 95. Slik jeg leser førstvoterendes votum, er det imidlertid ingen holdepunkter for at tolkningen ikke forankres direkte i Grunnloven § 95. Mindretallets votum, derimot, synes å forankre sin drøftelse tydeligere i artikkel 6, se særlig avsnitt 47–48 og avsnitt 55.

¹⁴³ Rt. 2015 s. 334 A avsnitt 56.

direkte betydning for den konkrete problemstillingen i saken. Dersom dette er tilfellet, må avgjørelsen anses forankret i Grunnloven § 95 (og ikke i de internasjonale konvensjonene).¹⁴⁴

Førstvoterende fremhevet også at retten til anke er et «sentralt element i kravet til rettferdig rettergang i Grunnloven § 95».¹⁴⁵ Dette er i seg selv interessant, ettersom den tilsvarende EMK artikkel 6 kun gir en rett til rettferdig rettergang i én instans. EMK artikkel 6 må riktignok overholdes av de overinstanser som måtte være opprettet i konvensjonsstatene, men bestemmelsen gir *i seg selv* ingen rett til anke.¹⁴⁶ EMK P7 artikkel 2 gir derimot en uttrykkelig ankerett, men denne bestemmelsen er begrenset til straffesaker. Dette tilfellet gjaldt riktignok en straffesak, men førstvoterendes uttalelse kan forstås slik at Grunnloven § 95 gir en rett til anke også i sivile saker.¹⁴⁷

Dette ble bekreftet av Høyesteretts ankeutvalg i Rt. 2015 s. 506 U, som nettopp gjaldt rett til anke i en sivil sak. Her hadde lagmannsretten nektet å fremme anke i en sak om gyldigheten av et utvisningsvedtak. Spørsmålet var om nektelsen var i strid med Grunnloven § 95. Staten hadde anført at tvistelovens ordning med ankesiling ikke var i strid med EMK artikkel 6, noe staten antakelig hadde rett i.¹⁴⁸ Ankeutvalgets flertall la likevel til grunn at Grunnloven § 95 «også omfatter rett til anke», med henvisning til den nylig avsagte Rt. 2015 s. 334 A og bestemmelsens forarbeider.¹⁴⁹ Resultatet ble at ankenektelsen i den konkrete saken var uforsvarlig.¹⁵⁰ Grunnloven § 95 gir følgelig flere rettergangsgarantier enn EMK artikkel 6 i sivile saker.

Det kan imidlertid reises spørsmål ved Høyesteretts begrunnelse for denne avgjørelsen. Førstvoterende problematiserte for det første ikke at Rt. 2015 s. 334 A gjaldt en straffesak. For det andre skiller heller ikke forarbeidene førstvoterende viste til mellom anke i sivile saker og straffesaker. Retten til anke er derimot nevnt stikkordsmessig, som ett av flere elementer som

¹⁴⁴ Eventuelt må avgjørelsen anses forankret i rettssikkerhetshensyn, som av førstvoterende betegnes som «utslagsgivende», se avsnitt 57. Se også Rui (2017) s. 170.

¹⁴⁵ Rt. 2015 s. 334 A avsnitt 56.

¹⁴⁶ Delcourt v. Belgium. Se Aall (2015) s. 427, jf. Aall (2017) s. 422.

¹⁴⁷ I Bårdens omtale av dommen, viser han til at SP artikkel 14 nr. 5 – i motsetning til artikkel 6 – gir en uttrykkelig rett til anke. Ifølge ham illustrerer derfor dommen at «der de ulike konvensjonene gir forskjellig beskyttelsesnivå, vil det kunne være nærliggende for Høyesterett å velge den tolking av grunnlovsregelen som best avspeiler det høyeste nivået». Se Bården (2017b) s. 34–35. Det er imidlertid ikke helt enkelt å forstå hva han mener med dette, i det SP art. 14 nr. 5, i likhet med EMK P7-2, er begrenset til straffesaker. Det høyeste beskyttelsesnivået følger derfor etter mitt syn ikke av konvensjonene i dette tilfellet, men av Grunnloven.

¹⁴⁸ Rt. 2015 s. 506 U avsnitt 11.

¹⁴⁹ Avsnitt 17. Dette ble gjentatt i en senere sivil sak, se Rt. 2015 s. 734 U avsnitt 13.

¹⁵⁰ Avsnitt 17–20.

generelt inngår i retten til en rettferdig rettergang.¹⁵¹ Det er ikke sikkert grunnlovgiver var bevisst på at dette «stikkordet» ville innebære å gi en mer omfattende rettighetsgaranti enn EMK i sivile saker.¹⁵² Det er derfor påfallende at Høyesterett ikke drøftet dette nærmere.¹⁵³

3.4.3. En vilje til mer ambisiøs grunnlovstolkning

De avgjørelser som her er trukket frem, gir for det første eksempler på at EMK ikke alltid gir fullstendig veiledning ved tvilsomme tolknings spørsmål etter de nye grunnlovsrettighetene. For det andre viser avgjørelsene at Høyesterett er villig til å løse slike tolknings spørsmål ved å gi grunnlovsrettighetene et mer ambisiøst innhold enn det er rettskildemessig grunnlag for i EMDs praksis. Dette har neppe vært tvingende nødvendig for Høyesterett. Avgjørelsene kan etter mitt syn leses slik at Høyesterett legger til grunn den tolkning de mener har de beste grunner for seg *etter Grunnloven*, og ikke som et forsøk på å «helgardere seg» mot å bli dømt for brudd på EMK, i tilfelle saken skulle bli brakt inn for EMD.¹⁵⁴ Dersom hensikten hadde vært å helgardere seg mot domfellelse, ville Høyesterett antakelig forankret tolkningsresultatet tydeligere i EMK-retten, for så å eventuelt «transportere» det til Grunnloven. Avgjørelsene ovenfor gir derimot eksempler på det motsatte; at tolkningsresultatet forankres i Grunnloven, *uten* sikker støtte i EMK-retten.

Et interessant spørsmål er hva Høyesterett vil gjøre dersom man tidligere har lagt til grunn en EMD-inspirert grunnlovstolkning i én sak, og EMD i senere praksis *innsnevrer* vernet. Dersom Høyesterett vil omlegge kursen i tråd med EMDs praksis, forutsetter det som kjent at Høyesterett selv endrer prejudikatet, jf. domstolloven § 5 fjerde ledd, eventuelt at Stortinget endrer den aktuelle grunnlovsbestemmelsen etter prosedyrene i Grunnloven § 121.¹⁵⁵ Hvis spørsmålet kommer opp for Høyesterett igjen, må det følgelig tas stilling til hvorvidt den i utgangspunktet EMD-inspirerte tolkningen skal opprettholdes, eller om den nye kursen skal

¹⁵¹ Se dokument 16 (2011–2012) s. 118 og Innst. 186 S (2013–2014) s. 23.

¹⁵² Menneskerettighetsutvalget fremhevet at EMK artikkel 6 ikke gir rett til anke, og at ankeretten etter EMK i stedet er regulert i P7 artikkel 2 (og som kun gjelder straffesaker), se dokument 16 (2011–2012) s. 119–120. Utvalget tok ikke stilling til om Grunnloven § 95 bør rekke lengre på dette punktet, noe som etter mitt syn kan tilsi at det heller ikke var hensikten med å nevne retten til anke på generelt grunnlag. Innstillingen fra Storkomiteen endrer ikke dette inntrykket, se Innst. 186 S (2013–2014) s. 23. Dette innebærer ikke at Høyesterett ikke hadde gode grunner til å tolke Grunnloven § 95 mer ambisiøst enn EMK artikkel 6, men begrunnelsen for en slik tolkning burde etter min mening ikke vært forankret i grunnlovsforarbeidene.

¹⁵³ I samme retning, se Aall (2017) s. 422 og Robberstad (2016a) s. 62–63.

¹⁵⁴ Samme syn i Rui (2017) s. 173.

¹⁵⁵ Aall (2017) s. 428.

følges, da til skade for rettighetshaver.¹⁵⁶ Tatt i betraktning at det er Høyesterett som har ansvaret for å «tolke, avklare og utvikle» grunnlovsrettighetene,¹⁵⁷ er en slik kursomlegging etter mitt syn lite sannsynlig, med mindre andre tungtveiende rettskildefaktorer som har kommet til i ettertid støtter en slik kursomlegging.

Der andre rettskilder *ikke* støtter en slik kursomlegging, vil EMK artikkel 53 etter mitt syn tilsi at Høyesterett bør opprettholde den tidligere tolkningen: Dersom kursen endres utelukkende på grunn av *EMDs praksis*, vil det nettopp være konvensjonen som tolkes slik at den begrenser de menneskerettigheter som er sikret ved lov i Norge. Det er nettopp dette artikkel 53 er ment å forhindre.

Samlet sett indikerer de ovenfor omtalte avgjørelsene at Høyesterett er villig til å tolke Grunnlovens nye rettighetsbestemmelser mer ambisiøst enn EMD tolker konvensjonsrettighetene. Hittil har vi hovedsakelig sett eksempler på dette ved tolkningen av § 95. Det er likevel ikke utenkelig at vi vil se en tilsvarende vilje ved tolkningen av andre grunnlovsbestemmelser. For rettighetshaver er en slik utbygging av det konstitusjonelle vernet positivt. For lovgiver kan det imidlertid innebære begrensninger i handlefriheten, jf. Grunnloven § 89.¹⁵⁸

3.5. Et svakere rettighetsvern etter Grunnloven

3.5.1. Overordnet

I statsrettslig teori er spørsmålet om et svakere rettighetsvern etter nye grunnlovsrettigheter i liten grad drøftet etter grunnlovsrevisjonen. I den grad denne problemstillingen er drøftet, synes rettsoppfatningen langt på vei å være at en slik tolkning vil være lite realistisk.¹⁵⁹ Som

¹⁵⁶ Så vidt meg bekjent er det ikke eksempler på slike kursomlegginger i EMDs praksis etter revisjonen, men Aall drøfter dette spørsmålet i relasjon til det tenkte tilfellet at Rt. 2005 s. 833 P ble avsagt etter revisjonen, se Aall (2017) s. 427–428. I denne dommen kom Høyesterett til at uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 var til hinder for å anvende dagjeldende straffeloven § 195 tredje ledd om at villfarelse om barnets alder ikke fritar for straff for seksuell omgang med noen under 14 år. For å oppnå samsvar med EMK, ble bestemmelsen tolket innskrenkende (se særlig dommens avsnitt 87–88). Løsningen er fulgt opp i straffeloven 2005 § 307, jf. også Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 446. Dersom dommen ble avsagt etter revisjonen, ville antakelig den nye § 96 annet ledd blitt tolket i samsvar med EMK artikkel 6 nr. 2. Dette ville i så fall begrenset lovgivers handlefrihet til å gi/opprettholde bestemmelser med objektivt straffansvar. EMD trakk imidlertid motsatt konklusjon i *G v. the United Kingdom*. Se også Andenæs (2015b) s. 334–337.

¹⁵⁷ Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 57.

¹⁵⁸ Se punkt 3.5.3 nedenfor.

¹⁵⁹ Se Bårdsen (2017c) s. 76, jf. s. 84, Aall (2015) s. 45 og Skjerdal (2013) s. 293. Se likevel Aall (2017) s. 428–429 der det i større grad åpnes for en slik tolkning. Se også Rui (2017) s. 166–167.

utgangspunkt må dette også være riktig: Grunnlovgivers forutsetning om en konvensjonsinspirert tolkning tilsier at et svakere rettighetsvern etter nye grunnlovsrettigheter må være unntaket heller enn hovedregelen. EMK utgjør dessuten et minimumsvern, jf. artikkel 53. Det vil være uheldig om Norge skulle legge seg på en linje der grunnlovsvernet ikke tilfredsstillende minstestandarden etter EMK.

Det er imidlertid viktig å være bevisst på at artikkel 53 kun omhandler den situasjon at *konvensjonsrettighetene* ikke brukes som et argument for å redusere innholdet i grunnlovsrettighetene. Bestemmelsen gir ingen føringer på det tilfellet at *andre* tolkningsfaktorer tilsier at en grunnlovsrettighet tolkes på en måte som gir et svakere rettighetsvern. EMK artikkel 53 medfører følgelig utelukkende at *konvensjonsinspirerte* tolkninger til skade for rettighetshaver ikke er aktuelt. Dette følger for øvrig også av det beste verns prinsipp som også er lagt til grunn i høyesterettspraksis: Den rettighet som gir det beste vernet for den enkelte, skal legges til grunn.¹⁶⁰

Det beste verns prinsipp er imidlertid ikke i seg selv et argument for at Grunnloven ikke kan tolkes slik at den gir et mindre omfattende vern. Med mindre grunnlovsregelen – mot formodning – må antas å angi et maksimum, er det ikke i strid med Grunnloven å anvende en annen bestemmelse som gir et sterkere vern.¹⁶¹ Det kan derfor hevdes at det faktum at grunnlovsrettighetene er selvstendige rettsregler, kun får praktisk betydning for individet der Grunnloven gis et mer ambisiøst innhold enn EMK.¹⁶² En annen sak er at en grunnlovstolkning til ugunst for rettighetshaver – som ikke følger av EMDs tolkning av tilsvarende konvensjonsrettigheter – vil kunne føre til at Grunnloven taper relevans.¹⁶³ Dette er naturligvis et reelt hensyn som eventuelt må tas i betraktning, men det kan neppe være avgjørende for grunnlovstolkningen.

Forarbeidene til grunnlovsrevisjonen er etter mitt syn ikke helt entydige med hensyn til spørsmålet om et svakere vern. Det synes riktignok klart at Menneskerettighetsutvalgets intensjon var at grunnlovsvernet ikke skulle være svakere enn konvensjonsvernet. Utvalget knytter dette til presumsjonsprinsippet, og fremhever at domstolene vil «søke å unngå en

¹⁶⁰ Se Rt. 2010 s. 143 P (Rederiskatt) og Rt. 2010 s. 1445 P (krigsforbryter) der Grunnloven ga et sterkere vern enn EMK. I disse sakene ville det neppe vært aktuelt å tolke Grunnloven i lys av EMK til ugunst for rettighetshaver, se Aall (2015) s. 45. Se også Andenæs og Fliflet (2017) s. 64.

¹⁶¹ Smith (2017a) s. 329. Forutsetningen må imidlertid være at rettigheten ikke støter an mot andres rettigheter, jf. også dokument 16 (2011–2012) s. 90. Nærmere om dette i punkt 3.6 nedenfor.

¹⁶² Se Rui (2017) s. 167.

¹⁶³ Aall (2017) s. 429.

tolkning av Grunnloven som strider mot de menneskerettighetskonvensjonene som Norge er bundet av», samt at det må «begrunnes hvorfor det [eventuelt] gjøres avvik fra den internasjonale praksis på området».¹⁶⁴ Disse utgangspunktene har også fått tilslutning av Høyesterettsdommer Bårdsen, som fastslår at «Høyesterett i stor grad [bygger] på en presumsjon om at grunnlovsreglene har det samme innholdet som parallelle konvensjonsregler, og iallfall ikke gir et dårligere vern».¹⁶⁵

Videre bygget grunnlovsrevisjonen på et formål om å «*styrke* menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang».¹⁶⁶ Et svakere rettighetsvern etter Grunnloven synes lite forenlig med dette formålet. På den annen side var det ikke meningen å etablere nye materielle rettigheter sammenlignet med det som allerede fulgte av norsk rett.¹⁶⁷ Hva som i realiteten ligger i uttrykket «*styrke*» - utover å gi rettighetene Grunnlovs *rang* – er dermed ikke helt klart.

Forarbeidene gir dessuten uttrykk for at avvik fra den internasjonale tolkningspraksis kan tenkes. Det uttales blant annet: «Disse forholdene innebærer ikke at praksis fra et eller flere internasjonale håndhevingsorgan skal binde opp grunnlovstolkningen. I noen tilfeller kan det kanskje være på sin plass å fremheve at de internasjonale håndhevingsorganene har *gått for langt*».¹⁶⁸ Uttalelsen viser at forarbeidene neppe *stenger* for en mindre ambisiøs grunnlovstolkning i unntakstilfeller. Avvik fra de internasjonale konvensjonene må imidlertid begrunnes.¹⁶⁹

3.5.2. Særlig om retten til en rettferdig rettergang

Høyesteretts praksis etter revisjonen i 2014 gir – så vidt meg bekjent – ett eksempel på en «ny» grunnlovsrettighet som er tolket slik at den gis et mindre ambisiøst innhold enn den parallelle konvensjonsbestemmelsen. Også dette gjelder retten til en rettferdig rettergang i Grunnloven §§ 95 og 96 første og annet ledd, som var tema i både Rt. 2014 s. 620 A og Rt. 2015 s. 921 A.

¹⁶⁴ Se dokument 16 (2011–2012) s. 69 og s. 90.

¹⁶⁵ Bårdsen (2017b) s. 43.

¹⁶⁶ Dokument 16 (2011–2012) s. 11 (min utheving).

¹⁶⁷ Dokument 16 (2011–2012) s. 13, jf. s. 255, jf. Innst. 186 S (2013–2014) s. 20.

¹⁶⁸ Dokument 16 (2011–2012) s. 90 (min utheving). Uttalelsen er også fremhevet i Tverberg (2014a) under overskriften «Blir EMD nå vår øverste grunnlovstolker?».

¹⁶⁹ Dokument 16 (2011–2012) s. 90, jf. Bårdsen (2017a) s. 183.

Rt. 2014 s. 620 A gjaldt som nevnt spørsmålet om ileggelse av et overtredelsesgebyr etter akvakulturloven måtte anses som «straff» etter § 96 første ledd, slik at det måtte ilegges av en domstol, og ikke fastsettes administrativt.¹⁷⁰ Høyesterett la her til grunn at straffebegrepet etter § 96 første ledd er vesentlig *snevrere* enn tilsvarende begrep etter EMK artikkel 6.¹⁷¹ Retten fant at overtredelsesgebyret ikke kunne anses som straff etter Grunnloven § 96 første ledd. Gebyret kunne derfor fastsettes administrativt. Gebyret falt imidlertid inn under EMKs straffebegrep i artikkel 6, og behandlingen av saken måtte derfor «oppfylle de minimumskrav som følger av artikkel 6 slik den er tolket av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) i saker om administrativt ilagte straffesanksjoner».¹⁷² Etersom et snevrere straffebegrep ble lagt til grunn etter § 96, var det altså EMK – og ikke Grunnloven – som utløste kravet om at behandlingen måtte oppfylle visse rettssikkerhetsgarantier. Forskjellen reduseres riktignok i praksis, ved at administrative sanksjoner som ikke utgjør straff etter § 96 første ledd, likevel vil være en «sak» man kan kreve prøvd for domstolene etter § 95.¹⁷³ Etter EMK utløses imidlertid også uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2 i forvaltningssaker med straffekarakter, selv om den ikke håndheves like strengt som i ordinære straffesaker.¹⁷⁴ Poenget her er at uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 annet ledd, derimot *ikke* utløses i tilsvarende saker.

At uskyldspresumsjonen knyttes til *Grunnlovens* straffebegrep ble bekreftet i Rt. 2015 s. 921 A, som gjaldt spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder ved overføring av en innsatt til et fengsel med høyere sikkerhetsnivå. Spørsmålet var om sannsynlighetsovervekt var tilstrekkelig, eller om et skjerpet beviskrav måtte utledes av uskyldspresumsjonen. Her tok Høyesterett stilling til hvorvidt uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 annet ledd er begrenset til forhold som faller inn under det interne norske straffebegrepet, eller om det er EMKs straffebegrep som gjelder. Med støtte i forarbeidene fant Høyesterett at det er det internrettslige

¹⁷⁰ Se også punkt 3.4.2 ovenfor.

¹⁷¹ Rt. 2014 s. 620 A avsnitt 47. Nærmere om dette i Skoghøy (2014) s. 324–327.

¹⁷² Rt. 2014 s. 620 A avsnitt 47.

¹⁷³ Se Aall (2015) s. 417–418. Det kan derfor hevdes at vurderingen av grunnlovsspørsmålet heller burde tatt utgangspunkt i § 95, se Aall (2014) s. 507–508.

¹⁷⁴ De rettssikkerhetsgarantier som EMK artikkel 6 sikrer i straffesaker, håndheves ikke like strengt for sanksjoner som faller utenfor den tradisjonelle strafferett, se Jussila v. Finland avsnitt 43. Det er noe uklart hvilket beviskrav som gjelder ved vilkår for ileggelse av administrative sanksjoner med straffekarakter etter EMK artikkel 6. Høyesterett har lagt til grunn at det gjelder et krav om klar sannsynlighetsovervekt, se Rt. 2008 s. 1409 S avsnitt 111 og 113, og Rt. 2012 s. 1556 A avsnitt 60. Et slikt krav følger ikke av EMK-retten, se Lucky Dev v. Sweden avsnitt 66–68. Nærmere om dette i Endresen (2016) s. 549–554, Skoghøy (2014) s. 315–316 og Prop. 62 L (2015–2016) s. 122–124. EMD har for øvrig nylig også konstatert: «The Court observes that the standard of proof necessary for finding a person guilty of an offence is for the national authorities to determine», se Bikas v. Germany avsnitt 59. Dommen er imidlertid klaget inn for storkammer.

straffebegrepet i § 96 første ledd som skal anvendes.¹⁷⁵ Etersom straffebegrepet etter EMK artikkel 6 er mer vidtrekkende enn Grunnlovens straffebegrep, vil uskyldspresumsjonen derfor komme til anvendelse i flere saker etter EMK enn etter Grunnloven. På dette punktet gir altså Grunnloven rettighetshaver et svakere vern enn EMK.¹⁷⁶

3.5.3. Betydningen av hensynet til lovgivers handlefrihet

Et hensyn som etter mitt syn kan begrunne at Grunnlovens rettigheter i unntakstilfeller tolkes mindre ambisiøst enn tilsvarende EMK-rettigheter, er hensynet til lovgivers handlefrihet. Et svakere rettighetsvern etter Grunnloven vil kunne være aktuelt dersom EMD kommer til at en ordning som har klar demokratisk forankring i norsk lov, er i strid med internasjonale menneskerettigheter.¹⁷⁷ I et slikt tilfelle vil Høyesterett kunne la ordningen være forenlig med Grunnloven, men konstatere strid med EMK, og overlate til lovgiver å eventuelt bringe retten i overenskomst med konvensjonsforpliktelsen. Scenarioet belyser det prinsipielt viktige skillet mellom en inkorporasjon av EMK på Grunnlovs nivå og formell lovs nivå. Ved inkorporasjon på Grunnlovs nivå, ville norske domstoler vært bundet til å følge den tolkning EMD selv foretar av konvensjonen.¹⁷⁸ Dette ville i større grad lagt bånd på lovgiver, ved at lovgiver ikke grunnlovsmessig kunne vedtatt lover som strider mot EMK selv om dette skulle være politisk ønskelig.¹⁷⁹ Når dette ikke er tilfellet, har lovgiver fortsatt «det siste ordet», og kan velge å opprettholde et demokratisk valg, selv om det skulle stå i konflikt med EMDs tolkning av EMK.¹⁸⁰

Det er her viktig å være bevisst på forskjellen mellom på den ene siden å ikke legge EMDs praksis til grunn ved tolkningen av formell norsk lov, og på den andre siden å ikke implementere all tolkningspraksis fra EMD i nasjonal *grunnlov*, som skranke for lovgivers handlefrihet. Også Menneskerettighetsutvalget påpekte at det i henhold til konvensjonene er tilstrekkelig at rettighetene er vernet i nasjonal rett, og at «det kan være ... grunn til å minne

¹⁷⁵ Rt. 2015 s. 921 A avsnitt 68–74. Det er altså et samlet straffebegrep i hele Grunnloven § 96. Det videre straffebegrepet i EMK artikkel 6 (og P7 artikkel 4) styrer ikke virkeområdet for grunnlovsbestemmelsen, se også Bårdsen (2017b) s. 40.

¹⁷⁶ Bårdsen nevner dommen som en illustrasjon på et tilfelle av nettopp *begrunnet* avvik fra EMK, med solid rettskildemessig forankring for å tolke Grunnloven på en bestemt måte, se Bårdsen (2017c) s. 76, fotnote 59.

¹⁷⁷ Rui (2017) s. 167.

¹⁷⁸ Rui (2017) s. 166.

¹⁷⁹ Kierulf (2015) note 197A5.

¹⁸⁰ Rui (2017) s. 166.

om at det normalt ikke er uforenlig med Grunnloven at beskyttelsen av en rettighet går lenger i den ordinære lovgivning enn Grunnloven pålegger». ¹⁸¹

I denne sammenheng vil jeg fremheve en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling, som gjaldt et lovforslag om å forby framføring av bønnerop over høytaler fra moskeer. Spørsmålet var om et slikt forbud ville være i strid med religionsfriheten i dagjeldende Grunnloven § 2 og EMK artikkel 9. Lovavdelingen fant at adgangen til å nedlegge et slikt forbud etter Grunnloven § 2 vil være «noe videre» enn etter EMK artikkel 9. ¹⁸² Uttalelsen er riktignok fra år 2000, og selv om ordlyden i § 2 er videreført i någjeldende § 16, er det ikke utenkelig at § 16 kan rekke noe lengre i dag. ¹⁸³ I denne sammenheng er det imidlertid *begrunnelsen* for lovavdelingens tolkningsresultat som er interessant. Det uttales først at menneskerettskonvensjonene kan ha betydning når det gjelder å fastlegge hvor langt grunnlovsvernet rekker. Deretter påpekes det:

«Men i forhold til *lovgivernes frihet* kan Grunnloven ha *forskjellig rekkevidde som skranke og som tolkingsprinsipp*, og menneskerettskonvensjonene kan lettere påvirke rekkevidden som tolkingsprinsipp enn som skranke ... Det er liten grunn til at usikre tolkinger av en menneskerettskonvensjon, uten støtte i autoritativ praksis, skal *oppnå et grunnlovsvern via fortolkningen av en bestemmelse i Grunnloven*. Selv om man legger til grunn at det i utgangspunktet vil være samsvar mellom Grunnloven og menneskerettskonvensjonene når det gjelder innholdet av rettigheter som er forankret begge steder, kan det derfor være forskjell i grensetilfeller, særlig når det er begrenset grunnlag for sikre slutninger fra menneskerettskonvensjonene og det foreligger *interne rettskildefaktorer som kan underbygge en noe større frihet for lovgiverne i forhold til Grunnloven* ... Ut fra dette er det ikke grunnlag for å anta at en såkalt dynamisk fortolkning av menneskerettskonvensjonene i konvensjonsorganene uten videre skal legges til grunn for forståelsen av Grunnloven. Iallfall kan dette *ikke være avgjørende for Grunnlovens rekkevidde som skranke*». ¹⁸⁴

Uttalelsen er etter mitt syn av generell interesse for spørsmålet om et svakere rettighetsvern etter Grunnloven. I den grad Høyesterett transporterer praksis fra EMD til parallelle grunnlovsbestemmelser ved tolkningen av disse, vil Høyesteretts tolkning innebære

¹⁸¹ Dokument 16 (2011–2012) s. 90.

¹⁸² Lovavdelingen (2000), tredje avsnitt.

¹⁸³ Dette antydes i en senere tolkningsuttalelse om § 16, se Lovavdelingen (2017a) punkt 2.3 Jeg kommer nærmere tilbake til dette i punkt 5.4.3 nedenfor.

¹⁸⁴ Lovavdelingen (2000), punkt 2.2 (min utheving).

en avklaring og eventuelt utvikling av konstitusjonell rett, som vil utgjøre en skranke for lovgiver, jf. Grunnloven § 89.¹⁸⁵ Begrunnelsen for ikke å nødvendigvis tolke grunnlovsbestemmelsene like ambisiøst som konvensjonsbestemmelsene kan nettopp være hensynet til hvor langt Grunnloven bør strekke seg som *skranke*. Dette må også gjelde ved tolkningen av nye grunnlovsbestemmelser; det kan her minnes om at man med grunnlovsrevisjonen ikke tok sikte på å endre funksjonsdelingen mellom de øverste statsorganene.¹⁸⁶

Vibeke Blaker Strand fremhever – etter mitt syn med rette – at Lovavdelingens konklusjon innebærer at det må være mulig å utforme lovgivning som er i overensstemmelse med Grunnloven, men som samtidig er i strid med EMK. Strand er imidlertid kritisk til dette. Hun påpeker at «[d]ersom norske myndigheter valgte en slik løsning, ville det innebære et bevisst brudd på Norges konvensjonsforpliktelser. Det er dermed en løsning som neppe vil bli valgt i praksis».¹⁸⁷ Som utgangspunkt er jeg enig i dette; det skal antakelig også mye til før lovgiver vil utforme lovgivning som bevisst er i strid med Norges konvensjonsforpliktelser.¹⁸⁸ Fra *domstolenes* perspektiv kan en slik løsning likevel ha gode grunner for seg. Dersom Høyesterett i et grensetilfelle ikke gir EMD-praksis grunnlovsværn via fortolkningen av en grunnlovsbestemmelse, vil det bli opp til lovgiver å vurdere hvorvidt formell lov skal bringes i overensstemmelse med konvensjonsforpliktelsen. Dersom Høyesterett derimot transporterer (mer eller mindre sikre) konvensjonstolkninger til Grunnloven, begrenses lovgivers handlefrihet tilsvarende. En slik begrensning vil etter mitt syn ofte, men ikke alltid, ha gode grunner for seg. Det minnes her om at så lenge tolkningen av *konvensjonsregelen* er (noenlunde) sikker, vil rettighetshaver kunne påberope seg – og domstolen vil anvende – denne.

Grunnlovgivers forutsetning om at de nye grunnlovsrettighetene skal tolkes i lys av de internasjonale konvensjonene og praksis knyttet til disse, vil riktignok ha betydning for *terskelen* for ikke å gi konvensjonspraksis grunnlovsværn via grunnlovstolkningen. Terskelen vil blant annet bero på vekten av EMK som rettskilde ved tolkningen av hver enkelt

¹⁸⁵ Aall (2017) s. 418.

¹⁸⁶ Dokument 16 (2011–2012) s. 55, jf. Bårdsen (2017b) s. 1–2.

¹⁸⁷ Strand (2007) s. 16.

¹⁸⁸ Samtidig er det en mer utbredt oppfatning – i flere konvensjonsstater – om at EMDs tolkninger av EMK i visse tilfeller bør utfordres, se punkt 6.3 nedenfor. Også i Norge ser nasjonale myndigheter med en større skepsis på internasjonale menneskerettigheter enn på 1990-tallet, blant annet som følge av Makt- og demokratiutredningen i 2003 (NOU 2003:19), se Emberland (2005). Debatten etter EMDs fellende dom i TV Vest & Rogaland Pensjonistparti v. Norway viser også at EMKs status i norsk rett ikke er selvsagt, se Holmøyvik og Aall (2010) s. 337, fotnote 26.

grunnlovsbestemmelse, samt vekten av andre (interne) rettskildefaktorer.¹⁸⁹ Det prinsipielle utgangspunktet må imidlertid være det samme, uavhengig av om terskelen for å velge en slik løsning er høy eller lav.

3.5.4. Betydningen av skjæringstidspunktet i Rt. 2015 s. 93

Et forhold som kan tenkes å ha betydning for nettopp terskelen for ikke å gi konvensjonspraksis grunnlovsvern via fortolkningen av en grunnlovsbestemmelse, er *tidspunktet* for den avsagte EMD-avgjørelsen. Ettersom Stortinget gjennomførte grunnlovsreformen under den forutsetning at rettighetsbestemmelsene skulle tolkes i lys av konvensjonspraksis, er det konstitusjonelt uproblematisk å vektlegge EMDs praksis som forelå på vedtakstidspunktet. Denne praksisen har Stortinget hatt mulighet til å vurdere og «innvilge» som tolkningsfaktor.¹⁹⁰ Mer betenkelig er det dersom Stortinget skal ha bundet grunnlovstolkningen til *fremtidig* rettspraksis fra EMD.¹⁹¹ Høyesterett synliggjorde dette skillet i den såkalte Maria-saken i Rt. 2015 s. 93 A, der det ble uttalt:

«Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at *fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning* ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».¹⁹²

Uttalelsen er fulgt opp og bekreftet av Høyesterett i plenum, og slik gitt generell anvendelse.¹⁹³ Det er grunn til å undersøke denne uttalelsen noe nærmere. Siste setning bekrefter som tidligere nevnt at grunnlovsrettighetene er selvstendige rettsregler.¹⁹⁴ Sett i sammenheng med første setning, må uttalelsen forstås slik at EMDs praksis (både foreliggende og fremtidig) først og fremst har prejudikatsvirkning ved tolkningen av EMK, og ikke ved tolkningen av Grunnloven. Dette sier seg på mange måter selv: Konvensjonsstatene har gitt EMD mandat til løpende tolkning av konvensjonen, jf. særlig artikkel 32 nr. 1.¹⁹⁵ Det samme

¹⁸⁹ Se kapittel 4.

¹⁹⁰ Aall (2017) s. 423.

¹⁹¹ Bårdsen (2017b) s. 11.

¹⁹² Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 57 (min utheving).

¹⁹³ HR-2016-2554-P avsnitt 81, jf. Lovavdelingen (2017a) punkt 2.3, jf. Bårdsen (2017c) s. 77.

¹⁹⁴ Se punkt 3.3 ovenfor.

¹⁹⁵ Se også Aall (2017) s. 423–424.

gjelder naturligvis ikke for Grunnloven. Samtidig må Høyesteretts formulering forstås slik at EMDs foreliggende praksis, altså praksis per mai 2014, har prejudikatsvirkning *også* ved tolkningen av grunnlovsrettighetene. Uttrykksformen «ikke ... samme prejudikatsvirkning» impliserer etter mitt syn at fremtidig konvensjonspraksis også *har* en slik virkning, den er bare *ikke like sterk*.

Uttalelsen kan følgelig forstås som en reservasjon mot å følge EMDs dynamiske tolkningsstil fullt ut ved tolkningen av grunnlovsrettighetene i tiden fremover.¹⁹⁶ Behovet for en slik uttalt reservasjon er riktignok ikke gitt; dette er allerede en konsekvens av at grunnlovsrettighetene rangerer trinnhøyere enn EMK-rettighetene. Her er det imidlertid interessant å merke seg at uttalelsen i Maria-saken kom *før* Holship-dommen ble avsagt.¹⁹⁷ På avgjørelsestidspunktet var det altså *de lege lata* ikke avklart hvorvidt Grunnloven § 92 var en inkorporasjonsbestemmelse, og følgelig hvorvidt EMK var inkorporert på Grunnlovs nivå.

En skal være forsiktig med å trekke vidtgående slutninger fra enkeltstående uttalelser, men det kan tenkes at det var et særlig behov for en reservasjon mot fremtidig praksis fra EMD, fordi det den gang var usikkert om EMK hadde Grunnlovs trinnhøyde. Det kan nevnes at Bårdsen, som var førstvoterende i Maria-saken, tidligere har gått relativt langt i å antyde at Grunnloven § 92 måtte forstås som en inkorporasjonsbestemmelse. I sitt foredrag om de nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler begrunnet han dette med kontroll- og konstitusjonskomiteens uttalelser om § 92, sitert ovenfor.¹⁹⁸ Han proklamerte deretter:

«Det er ikke sikkert at alle medlemmene i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité hadde klart for seg virkningene av at *de menneskerettskonvensjoner som Norge var tilsluttet i mai 2014 fikk 'grunnlovs rang'*. Man kan ikke av den grunn helt sette til side grunnlovsbudets klare ord og grunnlovgivers uttalte intensjon».¹⁹⁹

Når spørsmålet om trinnhøyde nå er avklart, er det imidlertid også avklart at grunnlovsrettighetene kan tolkes *uten støtte* i praksis fra internasjonale håndhevingsorganer.²⁰⁰ Dette medfører at verken foreliggende eller fremtidig praksis fra EMD automatisk har prejudikatsvirkning. Det er derfor ikke gitt at uttalelsen (lenger) har betydning for EMDs praksis som prejudikat ved grunnlovstolkningen. Uttalelsen vil imidlertid kunne ha betydning for

¹⁹⁶ Samme syn i Aall (2017) s. 424–425 og Andenæs og Fliflet (2017) s. 495–496.

¹⁹⁷ HR-2016-2554-P.

¹⁹⁸ Innst. 186 S (2013–2014) s. 22. Se punkt 3.2 ovenfor.

¹⁹⁹ Bårdsen (2015c) avsnitt 13 (min utheving). Utsagnet ble kritisert i Kinander (2016) s. 159–160.

²⁰⁰ Skoghøy (2015) s. 196.

vekten av EMDs praksis ved tolkningen.²⁰¹ Dette kan tilsi at *terskelen* for ikke å innfortolke EMDs praksis i Grunnlovens rettighetsbestemmelser, er *lavere* for de tilfeller der den aktuelle praksisen fra EMD er datert etter 13. mai 2014.

Dette eksakte skjæringstidspunktet kan imidlertid fremstå som noe kunstig. Vekten av EMDs praksis vil bero på en rekke andre forhold enn datoen for den aktuelle avgjørelsen. Man vil heller ikke finne noen konkret endring i utviklingen av EMDs praksis som knytter an til mai 2014, noe som etter mitt syn kan gjøre skjæringstidspunktet vanskelig operasjonaliserbart.

Det kan her bemerkes at uttalelsen om fremtidig EMD-praksis har visse likhetstrekk med EØS-avtalen artikkel 6, jf. ODA artikkel 3 nr. 1. Bestemmelsene fastslår at EFTA-landene skal fortolke EØS-avtalen i samsvar med relevante rettsavgjørelser som EU-domstolen har truffet *før* undertegningen av EØS-avtalen, altså før 1. mai 1992.²⁰² Årsaken er at EFTA-landene ikke var villige til å forplikte seg overfor EU med hensyn til rettspraksis man ikke kunne kjenne innholdet av.²⁰³ Dette skjæringstidspunktet ble imidlertid nedtonet av Høyesterett i Rt. 1997 s. 1954 A (Løten).²⁰⁴ I ettertid er nyere rettspraksis fra EU-domstolen benyttet regelmessig uten at forholdet til EØS-avtalen artikkel 6 er problematisert. Skjæringstidspunktet har følgelig aldri blitt tillagt reell betydning.²⁰⁵ Det gjenstår å se om vi vil se en lignende tilnærming til skjæringstidspunktet Høyesterett oppstilte i Maria-dommen, men etter mitt syn er det ikke helt utenkelig.

Det er med dette ikke sagt at uttalelsen ikke hadde gode grunner for seg, eller at den ikke kan få betydning i grensetilfeller. Det er sannsynlig at Høyesterett så verdien av å – eksplisitt – innta en reservert holdning mot å følge EMDs dynamiske tolkningsstil ved grunnlovstolkningen. Det kan være hensiktsmessig dersom EMD viderefører og videreutvikler en ekspansiv tolkning av konvensjonsrettighetene.²⁰⁶ I den forbindelse ser jeg grunn til å rette oppmerksomheten mot den tolkning Høyesterett indirekte foretar av *konvensjonsrettighetene* når disse anvendes ved grunnlovstolkningen.

²⁰¹ Se også punkt 4.2.2 nedenfor.

²⁰² EØS-avtalen artikkel 6, jf. ODA artikkel 3 nr. 1, jf. Fredriksen og Mathisen (2014) s. 267.

²⁰³ Bull (2013) note 20.

²⁰⁴ Rt. 1997 s. 1954 A på s. 1960.

²⁰⁵ Fredriksen og Mathisen (2014) s. 267.

²⁰⁶ I samme retning, se Aall (2017) s. 424–425.

3.5.5. Gjelder «Bøhler-doktrinen» ved grunnlovstolkningen?

Høyesterett har lagt til grunn at norske domstoler skal benytte «de samme tolkningsprinsipper» eller «den samme metode» som EMD ved anvendelsen av EMK i norsk rett.²⁰⁷ Denne «Bøhler-doktrinen» innebar et brudd med den tidligere «Bølgepappdoktrinen», som la til grunn at det måtte stilles visse klarhetskrav til den folkerettslige regel for at den skulle kunne tilsidesette en norsk rettsregel.²⁰⁸ Etter Bøhler-dommen er det riktignok EMD som «i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen». Norske domstoler skal heller ikke «bygge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd».²⁰⁹ Doktrinen, som ble gjentatt blant annet i Rt. 2005 s. 833 P, uttrykker likevel en lojal holdning til EMDs praksis: Norske domstoler må «forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser».²¹⁰ Høyesterett skal respektere EMK som et «living instrument» og etter omstendighetene anvende en dynamisk tolkning av konvensjonen.²¹¹ Enkelte har tatt til orde for at Høyesterett i visse avgjørelser har vært *for* progressive. Høyesterett har blitt kritisert for å være «mer katolsk enn paven», ved å fortolke EMK-rettighetene mer ambisiøst enn det har vært grunnlag for i EMDs praksis.²¹²

Bøhler-doktrinen gjaldt imidlertid anvendelsen av EMK ved *vanlig* lovtolkning, og ikke ved grunnlovstolkningen. Spørsmålet er dermed om Høyesterett vil anlegge EMDs metode fullt ut ved den tolkning som gjøres av konvensjonsrettighetene der disse anvendes ved grunnlovstolkningen.²¹³ Ettersom formålet med revisjonen var å styrke menneskerettighetene, kan det hevdes å være en presumsjon for dette.²¹⁴

Samtidig viser drøftelsen ovenfor, herunder Lovavdelingens uttalelser, at det er liten grunn til at usikre fortolkninger av EMK skal oppnå *grunnlovsvern* via fortolkningen av en grunnlovsbestemmelse.²¹⁵ Etter mitt syn innebærer dette at Høyesterett i større grad vil kunne forholde seg til EMK som et minimumsvern ved grunnlovstolkningen, og følgelig ikke være like «dynamiske» her som ved anvendelsen av EMK ved tolkningen av formell norsk lov. Dette må etter mitt syn også gjelde der grunnlovsrettighetene tolkes slik at de gis et sterkere vern enn

²⁰⁷ Se Rt. 2000 s. 996 P (Bøhler) s. 1007–1008.

²⁰⁸ Rt. 1994 s. 610 A (Bølgepapp) på s. 616–617. Se Skoghøy (2002) s. 339 og Møse (2002) s. 183–186.

²⁰⁹ Rt. 2000 s. 996 P på s. 1007–1008.

²¹⁰ Rt. 2005 s. 833 P avsnitt 45, jf. Rt. 2000 s. 996 på s. 1007.

²¹¹ Ulfstein (2017) s. 241. Nærmere om dette i Skoghøy (2002).

²¹² Se Backer (2017) s. 233–234 og Hov (2004).

²¹³ Se også Ulfstein (2017) s. 240, som reiser samme spørsmål.

²¹⁴ Se Aall (2015) s. 106–107.

²¹⁵ Lovavdelingen (2000) punkt 2.2

EMK: I disse tilfellene vil det nettopp være *Grunnloven* som tolkes «ekspansivt», og ikke konvensjonsrettigheten, all den tid det tolkningsresultat som legges til grunn *primært* forankres i Grunnloven.²¹⁶ Disse spørsmålene vil imidlertid lettere kunne avklares dersom Høyesterett er tydeligere på hvilke forhold som forankres i Grunnloven, og hvilke som forankres i EMK eller andre underordnede rettsnormer. Det vil også være hensiktsmessig av hensyn til lovgiver.²¹⁷

3.6. Et annerledes rettighetsvern etter Grunnloven

De fleste eksempler på høyesterettspraksis som bekrefter at Grunnloven kan gi et sterkere og svakere rettighetsvern enn EMK etter revisjonen, omhandler tolkningen av retten til rettferdig rettergang i Grunnloven §§ 95 og 96 annet ledd. Årsaken til dette er antakelig først og fremst at bestemmelsen har blitt aktualisert svært ofte for Høyesterett siden revisjonen: Paragraf 95 er vist til i over 70 høyesterettsavgjørelser siden den ble vedtatt.²¹⁸

Det er imidlertid ikke utenkelig at rettighetens karakter gjør den «egnet» for en enten mer eller mindre ambisiøs tolkning enn den som følger av EMDs praksis. Retten til en rettferdig rettergang består av prosessuelle og relativt tekniske regler, med lite politisk tilsnitt. Dette kan tilsi at det er mindre kontroversielt å legge til grunn en annen standard ved tolkningen av Grunnloven § 95 enn ved de presumptivt mer politisk betente spørsmålene om hvor langt det er adgang til å gripe inn i rettigheter som ytringsfriheten i § 100 og privat- og familielivet i § 102.

Ved overprøvingen av disse sistnevnte rettighetene innrømmes konvensjonsstatene også en videre skjønnsmargin («margin of appreciation») ved vurderingen av inngrepets forholdsmessighet. Det gjelder særlig der disse rettighetene kolliderer med hverandre, slik at det må foretas en skjønnsmessig avveining mellom dem.²¹⁹ På grunn av skjønnsmarginen som innrømmes konvensjonsstatene ved prioriteringen av kolliderende rettigheter, vil flere løsninger også være akseptable i henhold til EMK. Det vil derfor være vanskeligere å påvise

²¹⁶ Som i Rt. 2014 s. 1045 A. Se punkt 3.4.2 ovenfor.

²¹⁷ Samme syn Rui (2017) s. 172, men i relasjon til et noe annet spørsmål. Det kan i denne sammenheng bemerkes at Backer fremhever at det er grunn til å gi rom for et samspill med lovgiverne, ved å si at ikke all rettspraksis som bygger på Grunnloven har Grunnlovs rang, se Backer (2016) s. 322–323. Også dette tilsier at det vil være en fordel om Høyesterett er noe tydeligere på hva som er det primære rettskildemessige grunnlaget for sine avgjørelser (Grunnloven, formell lov tolket i lys av Grunnlov, reelle hensyn eller internasjonale konvensjoner).

²¹⁸ Den 22. mai 2018.

²¹⁹ Nærmere om kolliderende rettigheter i Christoffersen (2009) s. 108 flg.

dissonans mellom Grunnloven og EMK på disse rettighetenes område: Her vil nettopp styrkingen av én rettighet kunne medføre en svekkelse av en annen.

Etter mitt syn er det derfor mindre aktuelt å tale om et «sterkere» eller «svakere» vern etter Grunnloven enn EMK ved prioriteringen av kolliderende rettigheter.²²⁰ Her vil det være mer presist å tale om et *annerledes* rettighetsvern etter Grunnloven, i den forstand at norske domstoler ikke er fullt ut bundet av de avveininger EMD foretar på dette området. Ved tolkningen og anvendelsen av kolliderende rettigheter oppstår imidlertid andre spørsmål, herunder om norske domstoler vil gi en grundigere eller mer intensiv prøving enn EMD gjør ved tolkningen av tilsvarende konvensjonsrettigheter. Jeg kommer tilbake til dette spørsmålet i kapittel 6.²²¹

3.7. Oppsummering og veien videre

Grunnlovgivers og Høyesteretts forutsetning om at de nye grunnlovsrettighetene skal tolkes i lys av EMK, samt formålet bak revisjonen om å styrke menneskerettighetene i norsk rett, tilsier som utgangspunkt at et sterkere vern etter nye grunnlovsrettigheter er mer aktuelt enn et svakere vern. I Høyesteretts praksis ser en også eksempler på at nye grunnlovsrettigheter, hovedsakelig retten til en rettferdig rettergang, er tolket mer ambisiøst enn det som følger av en sikker tolkning av EMK og EMDs praksis.

I unntakstilfeller kan det imidlertid også være aktuelt å tolke nye grunnlovsrettigheter slik at de gis et mindre ambisiøst innhold enn tilsvarende EMK-rettigheter, av hensynet til lovgivers handlefrihet. Slike tolkninger av Grunnlovens rettighetskatalog kan være mer eller mindre kontroversielle eller betenkelige – avhengig av hva slags rettighet det er tale om å tolke. Terskelen for en slik tolkning vil også bero på EMKs *vekt* ved tolkningen av hver enkelt grunnlovsrettighet. I avhandlingens påfølgende kapittel er det dette oppmerksomheten rettes mot.

²²⁰ Samme syn i Aall (2017) s. 428–429.

²²¹ Se punkt 6.5 nedenfor.

4. EMKs vekt ved tolkningen av Grunnlovens menneskerettigheter – noen utgangspunkt

4.1. Innledning

Selv om grunnlovsrettighetene i prinsippet kan tolkes uten støtte i internasjonale konvensjoner og praksis fra internasjonale håndhevingsorganer, er det ikke omstridt at EMK utgjør en relevant rettskilde ved grunnlovstolkningen, som etter omstendighetene kan ha stor betydning. Jeg sikter her til EMK slik konvensjonen er fortolket av EMD, jf. EMK artikkel 19, jf. artikkel 32, jf. artikkel 1.

I dette kapittelet jeg undersøker nærmere hvilke slutninger som kan utledes av rettskildematerialet med hensyn til EMKs vekt som rettskilde ved grunnlovstolkningen. Det tas utgangspunkt i en objektiv ordlydstolkning av Grunnloven § 92. Deretter rettes oppmerksomheten mot grunnlovgivers og Høyesteretts syn på tolkningen, før jeg til slutt undersøker hvilke øvrige forhold som kan påvirke vekten av EMK.

4.2. Grunnloven § 92 som fortolkningsprinsipp

4.2.1. Ordlyden og forholdet til den tidligere § 110c

Grunnloven inneholder ingen generell bestemmelse om hvordan menneskerettighetene skal tolkes. Som vi så i kapittel 3, fastslår imidlertid den nye Grunnloven § 92:

«Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter».

Ordlyden oppretter en direkte kobling mellom menneskerettighetene som er nedfelt i Grunnloven og de traktater om menneskerettigheter som er bindende for Norge. Ved denne koblingen skal statens myndigheter «sikre» menneskerettighetene. Bestemmelsen markerer slik et konstitusjonelt bånd mellom de to i utgangspunktet selvstendige og atskilte rettighetskatalogene. Ordlyden må objektivt forstås slik at den sidestiller de nasjonale grunnlovsrettighetene og de internasjonale menneskerettighetene, hvilket tilsier at disse skal sikres *på lik linje*.²²² Dette må innebære at de «for Norge bindende traktater om menneskerettigheter» må tillegges stor vekt ved tolkningen av Grunnlovens

²²² Jf. også punkt 3.2 ovenfor.

rettighetsbestemmelser. Grunnloven § 92 må følgelig forstås som en fortolkningsregel som gir konstitusjonell forankring for å vektlegge EMK og andre menneskerettighetskonvensjoner ved grunnlovstolkningen.²²³

Forholdet til den tidligere Grunnloven § 110c, som også påla myndighetene å «respektere og sikre menneskerettighetene», støtter en slik tolkning av § 92. I statsrettslig teori tok flere til orde for at § 110c måtte forstås slik at presumsjonsprinsippet måtte gis en særlig sterk gjennomslagskraft for internasjonale menneskerettigheter.²²⁴ I plenumsdommen i Rt. 1997 s. 1821 P (Kjuus) viste dessuten Høyesterett til § 110c som et argument for å vektlegge internasjonale menneskerettigheter ved tolkningen av ytringsfriheten i Grunnloven § 100.²²⁵ Paragraf 92 har fremdeles store likhetstrekk med sin forgjenger, hvilket tilsier at den nye bestemmelsen må forstås på samme måte. Paragraf 92 gir imidlertid et enda sterkere fundament for en konvensjonsinspirert grunnlovstolkning: For det første sidestiller ordlyden i § 92 – i motsetning til § 110c første ledd – de nasjonale og internasjonale menneskerettighetene. For det andre er § 92 nå plassert innledningsvis i et nytt kapittel E om menneskerettigheter.

Bestemmelsens ordlyd reiser imidlertid enkelte spørsmål. Et første spørsmål er *hvilke* internasjonale traktater som omfattes av fortolkningsregelen. Ordlyden tilsier at regelen favner vidt: Henvisningen til «bindende traktater om menneskerettigheter» må som utgangspunkt omfatte *samtlige* traktater om menneskerettigheter som Norge har ratifisert. Ordlyden skiller altså ikke mellom inkorporerte og ikke-inkorporerte konvensjoner.²²⁶

Et neste spørsmål er hva som menes med «menneskerettighetene ... i denne grunnlov». Ordlyden tilsier som utgangspunkt at samtlige bestemmelser i Grunnloven som må kunne karakteriseres som «menneskerettigheter» omfattes. På den annen side er § 92 den første bestemmelsen i Grunnlovens kapittel E, som har overskriften «Menneskerettigheter». Plasseringen antyder at det først og fremst er de påfølgende rettighetene som inngår i kapittel

²²³ Jf. Aall (2015) s. 44–45, som omtaler bestemmelsen som et «pålegg om en konvensjonsinspirert tolkning». Se også Bårdson (2017c) s. 76 og Andenæs og Fliflet (2017) s. 63.

²²⁴ Se Skoghøy (2002) s. 338–339, Møse (2002) s. 179, Eckhoff (2001) s. 309, Kierulf (2013) s. 433 og NOU 2009:15 s. 407. At presumsjonsprinsippet ble gitt særlig sterk gjennomslagskraft for internasjonale menneskerettigheter, var for så vidt ikke noe nytt da § 110c ble vedtatt i 1994. Se blant annet Høyesteretts uttalelse i Rt. 2000 s. 1811 P (Finanger) på s. 1829. Det kan også bemerkes at både straffeloven, straffeprosessloven og tvisteloven inneholdt (og inneholder fremdeles) såkalte «sektormonistiske» bestemmelser, om at loven gjelder med de begrensninger som følger av (blant annet) menneskerettighetene, se Kierulf (2009) s. 265 med videre henvisninger.

²²⁵ Rt. 1997 s. 1821 P på s. 1832.

²²⁶ Samme syn i Kierulf (2015) note 197A5 og Smith (2017a) s. 143–144. Se imidlertid punkt 4.2.2 straks nedenfor.

E som skal tolkes i lys av de internasjonale reglene. I så fall vil EMK og andre konvensjoner først og fremst tillegges vekt ved tolkningen av §§ 93-113.

Grunnloven inneholder imidlertid enkelte rettighetsbestemmelser som ikke er plassert i kapittel E.²²⁷ Av vår interesse er særlig religionsfriheten i § 16, som er plassert i kapittel B om den utøvende makt. Etter mitt syn må § 92 likevel forstås slik at EMK kan tillegges vekt også ved tolkningen av § 16: Religionsfriheten har en sentral posisjon i flere «bindende traktater om menneskerettigheter», herunder EMK artikkel 9.²²⁸ Ordlyden i § 92 skiller dessuten heller ikke mellom «nye» og «eldre» grunnlovsrettigheter, hvilket innebærer at EMK som utgangspunkt må kunne tillegges vekt ikke bare ved tolkningen av § 16, men også ved tolkningen av tilbakevirkningsforbudet i § 97 og ekspropriasjonserstatningsregelen i § 105.

4.2.2. Nærmere om grunnlovgivers og Høyesteretts syn på tolkningen

Forarbeidene uttrykker både generelt, og i tilknytning til hver enkelt bestemmelse, at grunnlovsrettighetene skal tolkes i lys av internasjonale konvensjoner og praksis fra internasjonale håndhevingsorganer.²²⁹ De nye bestemmelsene er videre i stor grad utformet etter modell fra de internasjonale konvensjonene, og særlig EMK.²³⁰ Det kan bemerkes at også Menneskerettighetsutvalget kobler den konvensjonsinspirerte tolkningen til forløperen til § 92, ved å påpeke at «... domstoler og andre rettsanvendere [vil] lojalt søke å unngå en tolkning av Grunnloven som strider mot de menneskerettighetskonvensjonene som Norge er bundet av, jf. Grunnloven § 110c første ledd og presumsjonsprinsippet».²³¹

Etter revisjonen har også Høyesterett flere ganger vist til § 92 som en del av grunnlaget for å se hen til internasjonale bestemmelser ved grunnlovstolkningen. Et eksempel gir Rt. 2014 s. 1292 A, der førstvoterende uttaler at «innholdet og rekkevidden [av § 96 annet ledd] må ... fastlegges i lys a[v] disse internasjonale parallellene, jf. også Grunnloven § 92».²³² Lignende uttalelser finnes i flere høyesterettsavgjørelser siden revisjonen.²³³

²²⁷ Se vedlegg til avhandlingen.

²²⁸ Se også SP artikkel 18.

²²⁹ Dokument 16 (2011–2012) særlig s. 90, jf. Innst. 186 S (2013–2014) særlig s. 20. Betydningen av EMK er også fremhevet i de påfølgende stortingsforhandlingene, se S.tid. 2469–2452 (2013–2014) s. 2502.

²³⁰ Se også Aall (2015) s. 26, jf. 45.

²³¹ Dokument 16 (2011–2012) s. 69.

²³² Rt. 2014 s. 1292 A avsnitt 14 (min utheving).

²³³ Se blant annet Rt. 2014 s. 702 U avsnitt 15, Rt. 2014 s. 714 U avsnitt 3, Rt. 2014 s. 976 A avsnitt 37, Rt. 2014 s. 1105 A avsnitt 61 og Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 42.

Uttalelsen i Holship-dommen er også interessant i denne sammenheng. Her fastslås som nevnt at § 92 må forstås som «et pålegg til norske domstoler (...) om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett».²³⁴ Et pålegg om å håndheve både de nasjonale og internasjonale menneskerettighetene må nettopp være et uttrykk for at det gjelder en *presumsjon* for at menneskerettighetskonvensjonene er i samsvar med norske grunnlovsrettighetene. Presiseringen om at de skal håndheves på det nivå det er gjennomført i norsk rett kan videre tenkes å stille inkorporerte konvensjoner i en sterkere stilling, og da særlig de som er inkorporert i menneskerettsloven, jf. lovens §§ 2 og 3. En lignende antydning finnes også i Rt. 2015 s. 155 A, der det ble uttalt at «de tilsvarende konvensjonsbestemmelsene som allerede er gjeldende norsk rett i medhold av menneskerettsloven § 2, skal danne utgangspunkt – naturlig nok – for grunnlovstolkningen».²³⁵ Selv om ordlyden i § 92 ikke oppretter et skille, kan dette tyde på at menneskerettskonvensjoner som ikke er inkorporert, kommer i en annen stilling enn EMK og menneskerettslovens FN-konvensjoner.²³⁶

Høyesterett har altså sluttet seg til grunnlovgivers forutsetning i praksis. I Rt. 2014 s. 1292 A siterer førstvoterende Menneskerettighetsutvalget, og uttaler at innholdet i Grunnloven § 95 første ledd må «fastlegges ‘i lys av en allment anerkjent internasjonal og nasjonal tolkningspraksis på området» og ved «den nærmere forståelsen av hva som menes med retten til rettferdig rettergang, vil det være naturlig å se hen til tidligere nasjonal rettspraksis på området og den omfattende internasjonale praksis på dette området, særlig praksis fra EMD’».²³⁷ Videre uttales det i Holship-dommen at det ved fastleggingen av innholdet i retten til organisasjonsfrihet etter Grunnloven § 101 første ledd er «naturlig å ta utgangspunkt i retten til organisasjonsfrihet etter EMK artikkel 11».²³⁸ Slik bekrefter også Høyesterett EMKs sentrale rolle, sammenlignet med andre menneskerettighetskonvensjoner. Praksis fra EMD anvendes deretter aktivt, både ved fastleggingen av innholdet i grunnlovsnormen, og ved anvendelsen av denne.²³⁹ Slik harmoniseres grunnlovs- og konvensjonsnormen, ved at tolkningen av grunnlovsrettigheten og konvensjonsrettigheten blir en del av en integrert prosess.²⁴⁰

²³⁴ HR-2016-2554-P avsnitt 70 (min utheving).

²³⁵ Rt. 2015 s. 155 A avsnitt 40.

²³⁶ Se også Høgberg (2017) s. 223–224 og Bårdsen (2017a) s. 185.

²³⁷ Rt. 2014 s. 1292 A avsnitt 21 (min utheving).

²³⁸ HR-2016-2554-P avsnitt 81.

²³⁹ Se for eksempel Rt. 2015 s. 155 A avsnitt 53–59.

²⁴⁰ Bårdsen (2017b) s. 10–11.

Som vi så ovenfor i kapittel 3, har Høyesterett reservert seg mot å tillegge *fremtidig* praksis fra EMD (og andre håndhevingsorganer) den samme prejudikatvirkningen ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av parallelle konvensjonsbestemmelser.²⁴¹ Dersom man tar uttalelsen i Maria-saken på ordet, må dette bety at praksis fra EMD som ikke forelå da grunnlovsrevisjonen ble gjennomført den 13. mai 2014, ikke vil ha like stor vekt ved grunnlovstolkningen. Etter mitt syn er det imidlertid tvilsomt om skjæringstidspunktet vil praktiseres konsekvent på denne måten.²⁴²

4.3. Forhold av betydning for vekten

I utgangspunktet gir Grunnloven § 92 konstitusjonell forankring for å tillegge EMK stor vekt ved tolkningen av samtlige grunnlovsrettigheter. Spørsmålet om EMKs vekt ved grunnlovstolkningen kan imidlertid ikke besvares generelt; vekten må derimot undersøkes konkret ved tolkningen av hver enkelt grunnlovsbestemmelse. I det følgende retter jeg oppmerksomheten mot enkelte forhold som kan ha betydning for vekten. Hensikten er å etablere et rammeverk for de mer spesielle problemstillingene som reises i relasjon til utvalgte grunnlovsbestemmelser i kapittel 5.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i det faktum at grunnlovgivers forutsetning om en konvensjonsinspirert tolkning i utgangspunktet bare gjelder de rettigheter som ble vedtatt eller modernisert ved grunnlovsrevisjonen.²⁴³ Menneskerettighetsutvalgets uttalelser om rettigheter som ikke ble endret ved revisjonen gir ikke uttrykk for Stortingets syn på tolkningen av disse. Det er derfor noe mer uklart hva Stortinget som grunnlovgiver har ment om EMKs vekt ved tolkningen av de rettighetsbestemmelser som ikke ble modernisert.

Noen av disse bestemmelsene, som §§ 97 og 105, har stått uendret helt siden de ble vedtatt i 1814. Man vil naturligvis ikke finne noen uttalelser om forholdet til verken EMK eller andre konvensjoner i forarbeidene fra Eidsvoll. Høyesterettspraksis vil naturligvis gi visse indikasjoner, men rettskildebildet er her langt fra entydig.²⁴⁴

I den forbindelse kan det bemerkes at Menneskerettighetsutvalget vurderte å skrive inn en egen bestemmelse i Grunnloven om konvensjonenes betydning for tolkningen av

²⁴¹ Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 57.

²⁴² Se punkt 3.5.4 ovenfor.

²⁴³ Grunnlovsvedtak 13. mai 2014.

²⁴⁴ Jeg kommer nærmere tilbake til tolkningen av § 97 i punkt 5.4.4 nedenfor.

grunnlovsrettighetene. Utvalget konkluderte likevel med at det ikke ville være hensiktsmessig, da en slik tolkningsbestemmelse ikke lot seg utforme på en måte som var «nyansert og fleksibel nok».²⁴⁵ Her fremhevet utvalget:

«Man må ... være oppmerksom på at noen rettighetsbestemmelser i Grunnloven, særlig eldre rettighetsbestemmelser, kanskje ikke sammenfaller helt med rettighetsbestemmelser i konvensjonene ... Dette komplekse samspillet mellom reglene gjør det vanskelig å uttrykke seg absolutt og generelt om den betydningen de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og tolkningspraksis fra deres håndhevingsorganer skal ha for tolkningen av Grunnloven ved løsningen av konkrete saker. ... noen bestemmelser i Grunnloven vil ha flere likhetstrekk med konvensjonsbestemmelsene enn andre».²⁴⁶

Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité sluttet seg til utvalgets vurdering på dette punktet.²⁴⁷ Grunnlovgiver tok slik høyde for at konvensjonene ikke nødvendigvis vil tillegges like mye vekt ved tolkningen av alle rettighetsbestemmelser, og at dette særlig gjelder de *eldre* rettighetene. Også Høyesterett har fremhevet denne sontringen. I Maria-saken uttalte førstvoterende følgende i relasjon til § 102:

«Bestemmelsen *kom inn ved grunnlovsreformen i mai 2014*, og bygger blant annet på FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 og EMK artikkel 8. *Likhetstrekkene med EMK er store*. Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene ...».²⁴⁸

Førstvoterendes uttalelse gir for det første uttrykk for at det kan ha betydning hvorvidt den aktuelle grunnlovsrettigheten *kom inn ved grunnlovsreformen*. For det andre er det av betydning hvorvidt den aktuelle bestemmelsen har *likhetstrekk* med EMK. Disse forholdene har naturligvis en nær indre sammenheng, ettersom EMK var en sentral inspirasjonskilde ved utformingen av de nye bestemmelsene.

Det er altså større utfordringer knyttet til vektleggingen av EMK og EMDs praksis ved tolkningen av bestemmelser som på vedtakstidspunktet i liten grad var *inspirert* av den parallelle konvensjonsrettigheten.²⁴⁹ Kroneksempelen på dette er ekspropriasjonserstatningsregelen i Grunnloven § 105, som i stor grad skiller seg fra EMK P1

²⁴⁵ Dokument 16 (2011–2012) s. 89–90

²⁴⁶ Dokument 16 (2011–2012) s. 89–90.

²⁴⁷ Innst. 186 S (2013–2014) s. 20.

²⁴⁸ Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 57 (min utheving).

²⁴⁹ Samme syn i Høgberg (2017) s. 222.

artikkel 1. Det betyr riktignok ikke at man også ved tolkningen av § 105 vil kunne trekke på *elementer* i EMK-reguleringen.²⁵⁰ Det innebærer derimot at det bør utvises kritisk fornuft ved anvendelsen av kilder som har kommet til i ettertid, der det er en lang tradisjon for å tolke en grunnlovsbestemmelse på en bestemt måte i domstolene.²⁵¹ Omfanget og vekten av andre (interne) rettskildedefaktorer vil nødvendigvis også ha betydning for vekten av EMDs praksis der eventuelt motstridende rettskilder harmoniseres.

At *graden av likhet* mellom grunnlovs- og konvensjonsteksten er av betydning for EMKs vekt, er også fremhevet i nyere juridisk teori.²⁵² Et åpenbart eksempel gir situasjonen der den aktuelle EMK-rettigheten ikke har noen parallell i Grunnloven. Det gjelder blant annet forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EMK P7 artikkel 4, og retten til å inngå ekteskap i EMK artikkel 12. Det ville være illojalt mot grunnlovgiver å tolke disse rettighetene inn i henholdsvis retten til privat- og familieliv i Grunnloven § 102, og retten til en rettferdig rettergang i § 95, all den tid disse rettighetene ikke er innført i Grunnloven. I slike tilfeller vil rettighetshaveren uansett påberope seg det beste vernet, som her er EMK-regelen.²⁵³ Etter grunnlovsrevisjonen er det imidlertid få eksempler på rettigheter som kun reguleres av EMK; de aller fleste EMK-bestemmelsene har nå sin parallell i Grunnloven.²⁵⁴

Videre er *behovet for utfylling* av den aktuelle grunnlovsrettigheten et forhold som kan ha betydning.²⁵⁵ Det er et generelt trekk ved grunnlovsrettighetene at de har en vag og knapp utforming.²⁵⁶ Man har i stor grad nøydt seg med å grunnlovfeste prinsippet, under den forutsetning at konvensjonene – som ofte gir noe mer detaljerte formuleringer – vil kaste lys over forståelsen.²⁵⁷ Som eksempel kan nevnes Grunnloven § 95: Forarbeidene forutsetter at de rettergangsgarantier som er opplistet i EMK artikkel 6 nr. 3 skal inngå i retten til en rettferdig rettergang også etter Grunnloven.²⁵⁸ Ved fastleggingen av innholdet i disse elementene, vil praksis fra EMD gi atskillig veiledning.

²⁵⁰ Se Aall (2015) s. 46, jf. Aall (2017) s. 412–413.

²⁵¹ Se Høgberg (2017) s. 221. Skoghøy gir uttrykk for samme syn i relasjon til Grunnloven § 97 på strafferettens område, se Skoghøy (2011b) s. 259–260.

²⁵² Se Aall (2015) s. 46, jf. Aall (2017) s. 412 og Høgberg (2017) s. 221–222.

²⁵³ Aall (2017) s. 412, jf. s. 422. Se også dokument 16 (2011–2012) s. 69.

²⁵⁴ Se vedlegg til avhandlingen.

²⁵⁵ Jf. også Aall (2015) s. 46.

²⁵⁶ Med unntak av Grunnloven § 100.

²⁵⁷ Se dokument 16 (2011–2012) s. 90, jf. Innst. 186 S (2013–2014) s. 20.

²⁵⁸ Dokument 16 (2011–2012) s. 122, jf. Innst. 186 S (2013–2014) s. 23–24. Se også punkt 3.4.2 ovenfor.

Rekkevidden av den nasjonale *skjønnsmarginen* vil også kunne ha betydning for EMKs vekt.²⁵⁹ Der EMD innrømmer konvensjonsstatene en vid skjønnsmargin ved anvendelsen av den aktuelle konvensjonsrettigheten, vil flere løsninger være akseptable i henhold til EMK. En konsekvens av dette er at praksis fra EMD i saker mot andre stater – på områder der skjønnsmarginen er vid – vil kunne tillegges mindre vekt.²⁶⁰

4.4. Oppsummering og veien videre

Det er etter mitt syn et rettskildemessig viktig skille mellom et konstitusjonelt forankret fortolkningsprinsipp og en anbefaling i grunnlovsforarbeidene.²⁶¹ Grunnloven § 92 er derfor en sentral bestemmelse som tilsier at EMK – slik den er fortolket av EMD – må kunne tillegges stor vekt ved tolkningen av både nye og eldre grunnlovsrettigheter. Samtidig er det en rekke forhold som kan tilsi varsomhet med å vektlegge EMK ved tolkningen, særlig når det gjelder de eldre grunnlovsrettighetene. Flere av de forholdene som er fremhevet ovenfor, har en nær sammenheng med grunnlovs- og konvensjonsrettighetenes utforming og *struktur*. I det følgende undersøker jeg dette forholdet nærmere, i det oppmerksomheten rettes mot betydningen av EMK-rettighetenes struktur ved tolkningen av grunnlovsrettighetene.

²⁵⁹ Jf. også Aall (2017) s. 416.

²⁶⁰ Jf. også punkt 3.6 ovenfor. Nærmere om dette i kapittel 6.

²⁶¹ Se også punkt 2.1 der vektlegging av grunnlovsforarbeider er omtalt.

5. Særlig om betydningen av EMK-rettighetenes struktur ved grunnlovstolkningen

5.1. Innledning

Strukturen av en lovbestemmelse utgjør på mange måter skjelettet i en fortolkningsprosess. Strukturen forteller rettsanvenderen hva som er hovedregelen, og på hvilke vilkår det kan gjøres unntak fra denne. Innholdet strukturen må deretter fortolkes, fastlegges og utfylles gjennom andre rettskildedefaktorer. Ved tolkningen av konvensjonsrettighetene gir naturligvis EMDs praksis omfattende bidrag.

I dette kapittelet undersøker jeg betydningen av EMK-rettighetenes struktur ved tolkningen av grunnlovsrettighetene. Fokuset på struktur gir et godt utgangspunkt for å undersøke vekten av EMK og EMDs praksis ved grunnlovstolkningen, også for fremtiden: Der konvensjonsrettighetenes struktur er implementert i grunnlovsbestemmelsen, vil det være nærliggende å tolke og utfylle denne i lys av EMDs konvensjonspraksis. Der konvensjonsrettighetenes struktur derimot ikke er implementert i grunnlovsbestemmelsen, vil praksis fra EMD antakelig spille en mindre rolle.

I det følgende rettes oppmerksomheten først mot hvilke konvensjonsbestemmelser som har en *felles* struktur, samt innholdet i denne. Deretter undersøker jeg i hvilken grad denne felles strukturen – direkte eller indirekte – er implementert i utformingen eller tolkningen av ulike grunnlovsbestemmelser.

5.2. Adgangen til å begrense konvensjonsrettighetene

Strukturen av EMK-rettighetene beror i stor grad på hvorvidt, og på hvilke vilkår, det er adgang til å begrense rettighetene.²⁶² Det er relativt få absolutte menneskerettigheter i EMK. Blant disse finner vi først og fremst forbudet mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff i artikkel 3, forbudet mot slaveri i artikkel 4 nr. 1, og forbudet mot tilbakevirkende straffelover i artikkel 7. Det er heller ikke adgang til å gripe inn i retten til indre trosliv etter EMK artikkel 9 nr. 1, jf. nr. 2.²⁶³

²⁶² Jeg sikter her til sontringen mellom absolutte og relative rettigheter, se bl.a. Smith (2017a) s. 316. Spørsmålet om derogasjon (EMK artikkel 15) holdes utenfor. Nærmere om derogasjon og nødrett i Aall (2015) s. 522–531.

²⁶³ Tilleggsprotokollene inneholder også enkelte absolutte rettigheter: Forbudet mot gjeldsfengsel i P4 artikkel 1, forbudet mot utvisning av egne statsborgere i P4 artikkel 3, og forbudet mot kollektiv utvisning av utlendinger i

Blant de relative konvensjonsrettighetene, er særlig retten til privat- og familieliv, tanke- samvittighets- og religionsfriheten, ytringsfriheten og forsamlings- og foreningsfriheten i EMK artikkel 8-11 bygget opp etter den samme strukturen. Det samme gjelder bevegelsesfriheten i P4 artikkel 2. Første ledd i disse konvensjonsbestemmelsene uttrykker den aktuelle rettigheten, mens annet ledd fastslår at rettigheten kan begrenses ved lov, dersom det er nødvendig i et demokratisk samfunn, for å ivareta nærmere bestemte formål. Inngrepvilkårene etter disse bestemmelsene har en nærmest identisk ordlyd: Inngrep må være «in accordance with (the) law» (artikkel 8 og P4 artikkel 2) eller «prescribed by law» (artikkel 9, 10 og 11), samt «necessary in a democratic society». Det er noen variasjoner i hvilke formål som kan begrunne inngrep, men også disse er langt på vei sammenfallende.²⁶⁴

Ved overprøvingen av disse konvensjonsrettighetene, går EMD frem på følgende måte: Først undersøker domstolen om artikkelen overhodet kommer til anvendelse.²⁶⁵ Deretter må staten ha gjort et inngrep i den aktuelle rettigheten. Dersom dette er tilfellet, analyseres spørsmålet om inngrepet er konvensjonsmessig. Her må det for det første vurderes hvorvidt inngrepet hadde et klart rettsgrunnlag. Rettsgrunnlaget (som oftest formell lov) må være tilgjengelig og tilstrekkelig presist til at individet kan forutberegne sin rettsstilling og innrette seg deretter.²⁶⁶ Deretter følger en vurdering av hvorvidt inngrepet forfulgte minst ett av de legitime formål bestemmelsene lister opp. De formål som kan begrunne inngrep er uttømmende regulert, men kan grovt sett sies å være enten i samfunnets interesse eller av hensyn til en annen vernet konvensjonsrettighet.²⁶⁷ Dersom formålet er legitimt, gjenstår det å vurdere om inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn for å oppnå det aktuelle formålet. Svært ofte er det springende punktet om dette skjønnsmessige vilkåret er oppfylt.

I ordlyden «necessary in a democratic society» har EMD innfortolket et krav til *forholdsmessighet*. Det foretas med andre ord en proporsjonalitetskontroll der samfunnsinteressen og individets rettighet avveies mot hverandre. I praksis er hva som utgjør et forholdsmessig inngrep presisert til å ligge et sted mellom ytterpunktene «uomgjengelig» («indispensable») og «ønskelig» («desirable»)²⁶⁸ Begrensningen må komme som følge av et

P4 artikkel 4. For de stater som har ratifisert 6. og 13. tilleggsprotokoll, er også forbudet mot dødsstraff absolutt, jf. P6-1 og P13-1.

²⁶⁴ ECtHR (2010) avsnitt 42.

²⁶⁵ Dette skjer som regel i silingen, og derfor problematiseres dette sjelden i de endelige realitetsavgjørelsene, se Pedersen (2017) s. 197.

²⁶⁶ Sunday Times v. the United Kingdom avsnitt 49.

²⁶⁷ Se Aall (2015) s. 153.

²⁶⁸ Se Handyside v. the United Kingdom avsnitt 48, jf. Sunday Times v. the United Kingdom avsnitt 59.

presserende eller tvingende samfunnsbehov, og det må stå i et rimelig forhold til formålet: «The notion of necessity implies that the interference corresponds to a *pressing social need* and, in particular, that it is *proportionate to the legitimate aim pursued*».²⁶⁹ Dersom vilkårene om presis og tilgjengelig lovhjemmel, formåls- og forholdsmessighet er oppfylt, er inngrepet ikke i strid med konvensjonen. Dersom ett av vilkårene derimot ikke anses oppfylt, konstateres konvensjonskrenkelse.²⁷⁰

Disse rettighetenes *struktur* forutsetter altså at EMD går frem på samme måte ved konvensjonstolkningen. Man kan imidlertid identifisere elementer av den samme strukturen, og den samme fremgangsmåten, også ved tolkningen av andre konvensjonsrettigheter. Eksempelvis følger inngrepshjemplene i retten til liv i artikkel 2 og retten til frihet i artikkel 5 det samme mønsteret, men slik at begrensningene er mer *uttømmende presisert*.²⁷¹ Eiendomsvernet i EMK P1 artikkel 1 tolkes også på tilsvarende måte: Uavhengig av hvilken regel det aktuelle tilfellet rubriseres under (prinsipp- avståelses- eller kontrollregelen), stiller EMD krav om at inngrep må ha lovhjemmel, og må være formåls- og forholdsmessig.²⁷² Strukturen som så tydelig følger av artikkel 8-11 kan altså i større eller mindre grad identifiseres ved de fleste andre konvensjonsrettighetene.²⁷³

5.3. Adgangen til å begrense grunnlovsrettighetene

5.3.1. Mangelen på en enhetlig tilnærming

Grunnloven har aldri hatt noen enhetlig tilnærming til spørsmålet om begrensninger i Grunnlovens menneskerettigheter. Selv om det kan foretas inngrep i de fleste av Grunnlovens opprinnelige eller eldre rettighetsbestemmelser, er det kun § 100 som i ordlyden uttrykkelig

²⁶⁹ Olsson v. Sweden avsnitt 67 (min utheving). Se også Handyside v. the United Kingdom avsnitt 48 der formuleringen «*pressing social need*» først ble brukt.

²⁷⁰ Se ECtHR (2010) avsnitt 43–44. Ved overprøvingen av disse rettighetene innrømmes konvensjonsstatene normalt en videre skjønnsmargin. Nærmere om skjønnsmarginen i kapittel 6.

²⁷¹ Nærmere om dette i Aall (2015) s. 170–173 og s. 358–360. Et forholdsmessighetskrav er innfortolket i de fleste kategoriene i artikkel 5 nr. 1, se bl.a. Witold Litwa v. Poland.

²⁷² Se Iatridis v. Greece, Beyeler v. Italy og Perdigo v. Portugal avsnitt 67. Nærmere om dette i Aall (2015) s. 324 og s. 328–329. Se også Skoghøy (2011b) s. 261.

²⁷³ Dette gjelder også forbudet mot tvangsarbeid i EMK artikkel 4 nr. 2, se Van der Musselle v. Belgium. Her inngikk forholdsmessighetsbetraktninger i vurderingen av om advokaters plikt til å arbeide gratis som forsvarere for uformuende klienter utgjorde tvangsarbeid, se avsnitt 37–39. Nærmere om dette i Møse (2002) s. 233–234. Videre har EMD vurdert momentene lovhjemmel, formål og forholdsmessighet ved tolkningen av flere av rettergangsgarantiene i artikkel 6 i enkelte storkammeravgjørelser av nyere dato, se Rui (2017) s. 126–157. Nærmere om dette i punkt 6.4.2 nedenfor. Formåls- og forholdsmessighetsbetraktninger inngår dessuten til en viss grad ved vurderingen av krenkelse av forbudet mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling i artikkel 3, se særlig Iwanczuk v. Poland avsnitt 58. Nærmere om dette i Aall (2015) s. 212–213 og s. 529.

viser at det er tale om en relativ rettighet. For andre relative grunnlovsrettigheter har begrensningsadgangen enten vært forutsatt i forarbeidene, eller blitt utviklet praksis og teori.²⁷⁴ Eksempelvis er forbudet mot tilbakevirkende lover i Grunnloven § 97 ikke absolutt; grensen mellom lovlig og rettsstridig tilbakevirkning er utviklet gjennom langvarig rettspraksis.²⁷⁵

De «nye» grunnlovsrettighetene fra 2014 er heller ikke enhetlig utformet med hensyn til adgangen til å gjøre inngrep. Ut fra ordlyden synes de fleste rettighetsbestemmelsene å være absolutte. Det er faktisk bare Grunnloven § 94 som uttrykkelig inneholder en begrensningshjemmel: Fengsling og frihetsberøvelse kan utelukkende skje ved «lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver». Videre må frihetsberøvelsen være «nødvendig» og ikke utgjøre et «uforholdsmessig inngrep». Ordlyden må ses som resultat av en slags «utbygging» av den tidligere § 99 første punktum, under sterk inspirasjon fra den tilsvarende EMK artikkel 5.²⁷⁶

De resterende grunnlovsrettighetene som ble vedtatt eller modernisert i 2014, inneholder ikke tilsvarende inngrepshjemler. Menneskerettighetsutvalget foreslo å innføre en generell begrensningshjemmel i ny § 115. Bestemmelsen skulle lyde:

«Enhver begrensning i rettigheter som er anerkjent i denne grunnlov, må være *fastsatt ved lov og respektere kjernen i rettighetene*. Begrensningen må være *forholdsmessig og nødvendig* for å ivareta *allmenne interesser* eller *andres menneskerettigheter*».²⁷⁷

Forslaget var sterkt inspirert av EMK-rettighetenes inngrepsstruktur.²⁷⁸ Inngrep i grunnlovsrettighetene skulle for det første ha hjemmel i lov.²⁷⁹ For det andre skulle enhver begrensning «respektere kjernen» i rettighetene. Dette samsvarer med EMDs praksis.²⁸⁰ Det tredje vilkåret er kravet til forholdsmessighet, og det fjerde vilkåret er at begrensningen må

²⁷⁴ Se dokument 16 (2011–2012) s. 69–70.

²⁷⁵ Nærmere om dette i punkt 5.4.4 nedenfor.

²⁷⁶ Se dokument 16 (2011–2012) s. 116–118 og Innst. 186 S (2013–2014) s. 23. Menneskerettighetsutvalget forutsatte at § 94 skal tolkes i lys av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav a til f, se dokument 16 (2011–2012) s. 116. Det er derfor en formodning for at frihetsberøvende inngrep som faller utenfor kategoriene i artikkel 5 nr. 1 vil være uforholdsmessige også etter § 94, se Aall (2015) s. 357.

²⁷⁷ Dokument 16 (2011–2012) s. 76, jf. s. 260 (min utheving).

²⁷⁸ Se dokument 16 (2011–2012) s. 70–73.

²⁷⁹ Dette følger riktignok allerede av det alminnelige legalitetsprinsippet, som fra 2014 av er kodifisert i Grunnloven § 113. Legalitetsprinsippet har imidlertid et noe annet virkeområde, slik at et eget lovkrav i begrensningshjemmelen for menneskerettigheter ble ansett nødvendig, se dokument 16 (2011–2012) s. 73.

²⁸⁰ Se Belgian Linguistic case (merits) s. 28, avsnitt 5: «[I]t goes without saying that such regulation must never injure the substance of the right ...». Uttalelsen er fulgt opp i senere praksis, se bl.a. Golder v. the United Kingdom avsnitt 38.

være nødvendig for å ivareta et legitimt formål. Formålsbegrensningen skulle forstås i lys av EMK og EMDs praksis.²⁸¹

Menneskerettighetsutvalget foreslo også et annet ledd til § 115, der det skulle komme til uttrykk hvilke rettigheter som ikke er gjenstand for begrensninger. Foruten visse «særnorske» varianter for Grunnloven §§ 97 og 105, var også forslaget til § 115 annet ledd nærmest sammenfallende med EMKs regulering.²⁸²

«Det kan i intet tilfelle gjøres slike begrensninger i §§ 93, 94, 95, 96, 99 første punktum og 105. Tilsvarende gjelder for § 97 ved spørsmål om straff».²⁸³

Forslaget til ny § 115 ble imidlertid ikke vedtatt av Stortinget.²⁸⁴ Inngrepskriteriene ble sett på som for vage og skjønnsmessige; de overlot for mye rom til domstolene. Det ble dessuten oppfattet som prinsipielt betenkelig at grunnlovsrettigheter skulle kunne begrenses ved lov. Det er ikke helt enkelt å forstå denne motstanden i Stortinget: Tilsvarende begrensninger følger allerede av EMK og andre internasjonale rettsnormer som er vel etablert i norsk praksis.²⁸⁵ Forslaget til § 115 ble på ny behandlet i Stortinget i 2016, men møtte igjen motstand.²⁸⁶ Resultatet er at Stortinget i 2014 vedtok en omfattende rettighetskatalog, uten angitte vilkår for å begrense eller regulere de nye rettighetene. Et viktig spørsmål etter revisjonen er derfor i hvilken grad det skal kunne gjøres inngrep i grunnlovsrettighetene, og på hvilke vilkår. Ikke lenge etter revisjonen ble det dermed opp til domstolene å ta stilling til dette spørsmålet.

5.3.2. Høyesteretts strukturering av en begrensningshjemmel

Rt. 2014 s. 1105 A (Acta) gjaldt spørsmålet om retten til privatliv etter EMK artikkel 8 og den nye Grunnloven § 102 var til hinder for å bruke overskuddsmateriale fra

²⁸¹ Se dokument 16 (2011–2012) s. 73–74.

²⁸² Se dokument 16 (2011–2012) s. 74–76.

²⁸³ Dokument 16 (2011–2012) s. 76, jf. s. 260. Utvalget problematiserte i liten grad at noen av disse rettighetenes parallell i EMK likevel ikke er helt absolutte (Grunnloven § 93 første ledd sml. EMK artikkel 2, § 93 tredje ledd sml. EMK artikkel 4 nr. 2, og § 95 sml. EMK artikkel 6). Forutsetningen var likevel at grunnlovsrettighetene skulle tolkes i lys av de parallelle konvensjonsrettighetene på dette punktet, se dokument 16 (2011–2012) s. 74–76, s. 106 og s. 112.

²⁸⁴ Innst. 187 S (2013–2014) s. 26.

²⁸⁵ På bakgrunn av dette har det vært hevdet at Stortinget ikke forstod de normative strukturene i grunnlovsbestemmelsen, se Bårdsen (2017c) s. 81 med videre henvisninger.

²⁸⁶ Se Innst. 165 S (2015–2016) s. 6–7, der det ble blant annet fremhevet at en unntaksregel ville innebære en «maktforskyvning fra folkevalgte til jurister». Heller ikke denne begrunnelsen er helt lett å forstå: En maktforskyvning til juristene vil imidlertid etter mitt syn være større der Stortinget legger opp til at domstolene selv skal utforme inngrepsvilkår, enn der disse følger av de folkevalgtes grunnlovsvedtak.

kommunikasjonskontroll som bevis i en straffesak som sto for lagmannsretten. Førstvoterende slo først fast at politiets innhenting, oppbevaring og bruk av materiale som er ervervet ved kommunikasjonskontroll, er et integritetsinngrep som bare er tillatt dersom dette har hjemmel i lov, jf. det alminnelige legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113.²⁸⁷ Deretter uttalte førstvoterende på vegne av flertallet (to øvrige dommere) at:

«... hvorvidt en lov som griper inn i privat- og familielivet, hjemmet, kommunikasjonen eller den personlige integritet, er forenlig med § 102, også *beror på om loven ivaretar et legitimt formål og er forholdsmessig*. At materialet ‘slettes når formålet ikke lenger er til stede’, er nettopp en konsekvens av *den alminnelige forholdsmessighetsbegrensningen* som gjelder også for *lovhjemlede og saklig begrunnede inngrep i rettighetene og frihetene* fastsatt i Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser».²⁸⁸

Førstvoterende presiserte at for å gi en slik hjemmel som både Grunnloven og konvensjonene krever, holder det ikke at loven formelt sett er i orden: «[D]et gjelder også kvalitative krav: Loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater».²⁸⁹ Etter en gjennomgang av konkrete lov- og forskriftsbestemmelser, fant førstvoterende at lagringen i et tidsrom på omtrent to år hadde vært i strid med loven, og dermed også i strid med EMK artikkel 8. Dersom materialet ble tillat benyttet som bevis i straffesaken, ville denne bruken «utgjøre en gjentatt rettskrenkelse, jf. nå også Grunnloven § 102 og § 113».²⁹⁰

I denne saken innfortolket Høyesterett altså en begrensningshjemmel i Grunnloven § 102, som svarer til EMK artikkel 8 nr. 2: Inngrep i § 102 må ha hjemmel i en *tilgjengelig og presis lov*, det må ivareta et legitimt *formål*, og være *forholdsmessig*. Høyesterettsdommer Bårdsen, som for øvrig var førstvoterende i Acta-saken, bekrefter i denne sammenheng at det særlig er EMKs innretning og vilkår for inngrep som var mønsterdannende for Høyesterett.²⁹¹

Det er ikke helt lett å se hvilke alternative fremgangsmåter Høyesterett hadde. Det er tvingende nødvendig å ha et rettslig redskap som gjør det mulig både å hensynte behovet for – og samtidig begrense – myndighetenes adgang til inngrep.²⁹² Grunnlovsvernet kunne med andre ord ikke være absolutt, til tross for at ordlyden isolert sett tilsier det.²⁹³ Når grunnlovgiver ikke

²⁸⁷ Rt. 2014 s. 1105 A avsnitt 24.

²⁸⁸ Avsnitt 28 (min utheving).

²⁸⁹ Avsnitt 30. Dette ble gjentatt bl.a. i HR-2016-1833-A avsnitt 14-19.

²⁹⁰ Avsnitt 50.

²⁹¹ Bårdsen (2017b) s. 6.

²⁹² Rui (2018) s. 129.

²⁹³ Jf. også Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 60.

selv hadde tatt stilling til hvordan rettigheten skulle kunne begrenses, ble det opp til Høyesterett å formulere inngrepsvilkårene.

Man kunne riktignok tenke seg at Høyesterett kunne tolket § 102 som en prinsipperklæring, heller enn en individuell rettighet. Slik ville man redusert behovet for en unntaksbestemmelse. Dette ville imidlertid stille de nye menneskerettighetene i en vesentlig annen stilling enn det grunnlovgiver hadde forutsatt. Et annet mulig alternativ kunne være å tolke bestemmelsen slik at når Grunnloven selv ikke satte begrensninger, måtte spørsmålet bero på Stortingets regulering ved formell lov. En slik løsning ville imidlertid være i strid med grunnlovgivers forutsetning om at menneskerettighetene skulle utgjøre rettslige skranker for den lovgivende og utøvende makt.²⁹⁴

Høyesteretts strukturering av en begrensningshjemmel i Acta-saken var likevel langt fra en selvfølge; Stortinget hadde tross alt satt foten ned for en nærmest identisk inngrepsbestemmelse som den Høyesterett formulerte. Dette ble imidlertid ikke nevnt av førstvoterende, som nøyde seg med å vise til at de internasjonale konvensjonene stiller tilsvarende krav til inngrep i retten til privat- og familielivet og den personlige integritet.²⁹⁵

Acta-avgjørelsen gjaldt riktignok konkret bare adgangen til å begrense kommunikasjonskontroll i en straffesak. Her er det likevel verdt å bemerke at førstvoterendes uttalelse er generelt formulert: Den alminnelige forholdsmessighetsbegrensningen gjelder for «lovhjemlede og saklig begrunnede inngrep i *rettighetene og frihetene* fastsatt i Grunnlovens *menneskerettighetsbestemmelser*».²⁹⁶ I årene etter grunnlovsrevisjonen har Høyesterett videreført den samme begrensningshjemmelen ved tolkningen av Grunnloven § 102 i en rekke ulike saker, som omhandler blant annet kommunikasjonskontroll, utvisning, utlevering og tvungent psykisk helsevern.²⁹⁷

Endelig ble denne inngrepshjemmelen stadfestet av Høyesterett i plenum i Holshipdommen, som gjaldt spørsmål om inngrep i den nye § 101 første ledd om retten til forenings-

²⁹⁴ Dokument 16 (2011–2012) s. 13, jf. Innst. 186 S (2013–2014) s. 20 og s. 27. Nærmere om dette i Bårdsen (2017c) s. 81–82.

²⁹⁵ Rt. 2014 s. 1105 A avsnitt 29.

²⁹⁶ Avsnitt 28 (min utheving). Se også Bårdsen (2017b) s. 6, som mener vilkårene fremheves som «et mer gjennomgående prinsipp».

²⁹⁷ Se henholdsvis Rt. 2015 s. 81 A (Lime I) avsnitt 27, Rt. 2015 s. 93 A (Maria) avsnitt 60, Rt. 2015 s. 155 A (Rwanda) avsnitt 52, HR-2016-1286-A avsnitt 25. Se også HR-2591-A (Vergemål) avsnitt 68, HR-2016-2017-A avsnitt 67 og HR-2018-572-A avsnitt 49 forutsetningsvis.

og forsamlingsfrihet.²⁹⁸ Holship-dommen fastslår at begrensningshjemmelen som ble strukturert ved tolkningen av § 102, også må innfortolkes i § 101. Det fremgår også uttrykkelig av både flertallets og mindretallets votum at denne inngrepsstrukturen har samme innhold som EMK-rettighetenes inngrepshjemler.²⁹⁹ Som disse avgjørelsene også illustrerer, gir denne strukturen Høyesterett et solid fundament for å fortolke og utfylle meningsinnholdet i strukturens vilkår med praksis fra EMD.

5.3.3. Nærmere om forholdsmessighetsvurderingen

I en nylig avsagt avgjørelse går Høyesterett ett steg videre i å presisere innholdet i den alminnelige forholdsmessighetsbegrensningen som nå inngår ved tolkningen av Grunnloven §§ 101 og 102. Avgjørelsen i HR-2018-104-A gjaldt etterforskning mot en tidligere advokat, der det oppsto spørsmål om i hvilken grad Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 satte skranker for rekkevidden av forbudet mot å ta beslag hos advokaten i det klientene hadde betrodd ham etter straffeprosessloven.³⁰⁰ Etter å ha slått fast at både § 102 og EMK artikkel 8 krever lovhjemmel, uttalte førstvoterende:

«Sikring og beslag av dette materialet kan dessuten bare foretas i den grad dette er nødvendig i et demokratisk samfunn: Tiltaket må i det konkrete tilfellet være *egnet*, *nødvendig* og *forholdsmessig*».³⁰¹

Den samme presiseringen ble gjentatt i HR-2018-699-A.³⁰² Det overordnede kravet om forholdsmessighet inneholder altså flere kjente komponenter fra EMDs praksis. For det første må inngrepet ivareta et legitimt formål.³⁰³ For det andre må inngrepet være *egnet* til å ivareta dette formålet. For det tredje må inngrepet være *nødvendig*. Det er rimelig å forstå dette kravet slik at det ikke finnes mindre inngripende tiltak som ville hatt samme effekt. Til sist, men ikke minst, må tiltaket være forholdsmessig eller *proporsjonalt* i snever forstand.³⁰⁴

²⁹⁸ HR-2016-2554-P avsnitt 81–82.

²⁹⁹ Se avsnitt 81–82 og avsnitt 140, der annenvoterende uttalte at «rettighetene som beskyttes av § 101 første ledd, kan undergis begrensninger med samme innhold som EMK artikkel 11 nr. 2».

³⁰⁰ Jf. straffeprosessloven § 204 første ledd, jf. § 119 første ledd.

³⁰¹ HR-2018-104-A avsnitt 23.

³⁰² HR-2018-699-A avsnitt 32.

³⁰³ Dette kan eventuelt ses som et selvstendig vilkår; formålet har uansett betydning for forholdsmessighetsvurderingen.

³⁰⁴ Rui (2018) s. 129.

Den presisering førstvoterende foretok, viser at forholdsmessighetsvurderingen er noe mer enn en åpen interesseavveining eller en ren rimelighetsvurdering. De tre første komponentene fokuserer på *egenskaper* ved selve inngrepet, mens det er først ved den siste komponenten, proporsjonalitetsvurderingen i snever forstand, at det formålmessige, egnede og nødvendige inngrepet må veies opp mot individets interesse. Førstvoterendes presisering muliggjør en systematisk, åpen og etterprøvbart tilnærming til spørsmålet om forholdsmessighet.³⁰⁵ Dette illustrerer at forholdsmessighet er et tema av typisk rettslig karakter, som derfor er bedre egnet for prøving ved domstolene enn en ren rimelighetssensur.³⁰⁶

Forholdsmessighetsvurderingen utgjør en sentral del – og svært ofte det springende punktet – ved EMDs overprøving av konvensjonsrettighetene. Konvensjonsstatene har som regel ikke problemer med å påvise en lovhjemmel for det aktuelle inngrepet, og inngrepet vil også ofte være i tråd med ett eller flere legitime formål. Spørsmålet om hvorvidt inngrepet var egnet, nødvendig og proporsjonalt, byr imidlertid ofte på tvil. Når denne forholdsmessighetsvurderingen nå er implementert i to av Grunnlovens «nye» rettighetsbestemmelser, er det nærliggende at denne vurderingen også vil bli sentral ved Høyesteretts tolkning av disse bestemmelsene: Også norske myndigheter vil som regel kunne påvise en lovhjemmel og et formål som tilsier at en rettighet må begrenses, enten det er andres menneskerettigheter eller samfunnshensyn. Der domstolene i fremtidige saker skal ta stilling til hva som utgjør et egnet, nødvendig og proporsjonalt inngrep, vil EMDs praksis kunne gi viktige bidrag til tolkningen. Det er derfor rimelig å anta at EMK vil få stor vekt ved anvendelsen av disse grunnlovsbestemmelsene i fremtidige saker.

Implementeringen av en forholdsmessighetsvurdering etter Grunnloven representerer langt på vei en nyvinning i konstitusjonell praksis: Tradisjonelt har kravet om forholdsmessighet som materiell skranke for inngrep i grunnlovfestede menneskerettigheter hatt en beskjeden rolle i konstitusjonell rett.³⁰⁷ Dette bildet har endret seg etter grunnlovsrevisjonen.

³⁰⁵ Rui (2018) s. 130.

³⁰⁶ I samme retning, se Aall (2017) s. 413 og Skoghøy (2011c) s. 190.

³⁰⁷ Se Rui (2018) s. 129 og Høgberg (2010b) s. 304.

5.4. Rekkevidden av strukturen ved grunnlovstolkningen

5.4.1. Overordnet

Det synes å være alminnelig enighet i juridisk teori om at det er sannsynlig at Høyesteretts tilnærming til Grunnlovens krav om formåls- og forholdsmessighet ved tolkningen av Grunnloven §§ 101 og 102 også vil få betydning for tolkningen av andre grunnlovsrettigheter.³⁰⁸ *Hvilke* grunnlovsrettigheter dette gjelder, er imidlertid en lite utforsket problemstilling. I det følgende undersøker jeg derfor *rekkevidden* av den EMK-inspirerte begrensningshjemmelen Høyesterett har strukturert ved grunnlovstolkningen.

EMK-rettighetenes struktur fremgår som nevnt tydeligst av ordlyden i EMK artikkel 8-11, samt av bevegelsesfriheten i EMK P4 artikkel 2. Disse konvensjonsbestemmelsene har nå alle sine paralleller i henholdsvis Grunnloven §§ 102, 16, 100, 101 og 106. Ved første øyekast er det derfor nærliggende å anta at begrensningshjemmelen som ble strukturert i relasjon til §§ 102 og 101 også vil implementeres ved tolkningen av religionsfriheten i § 16, ytringsfriheten i § 100 og bevegelsesfriheten i § 106.

Det er imidlertid kun sistnevnte bestemmelse som kom inn i Grunnloven gjennom revisjonen i 2014. Som tidligere nevnt, er dette en viktig faktor som kan få betydning for vekten av EMK ved tolkningen.³⁰⁹ Bestemmelsen ble dessuten utformet under sterk inspirasjon fra EMK, og skulle tolkes i lys av den parallelle bestemmelsen i P4 artikkel 2.³¹⁰ I likhet med Grunnloven §§ 101 og 102, var det også en forutsetning at rettigheten skulle kunne begrenses gjennom den foreslåtte § 115.³¹¹ Det er derfor nærliggende å anta at domstolene vil anvende den samme begrensningshjemmelen ved tolkningen av § 106.³¹² Etter mitt syn må det samme gjelde retten til liv og forbudet mot tvangsarbeid i henholdsvis § 93 første og tredje ledd, som også er utformet under sterk inspirasjon fra EMK.³¹³ Forholdsmessighetsvurderingen ved inngrep i retten til liv vil likevel måtte praktiseres særlig strengt (sammenlign ordlyden «absolutely necessary» i den tilsvarende EMK artikkel 2 nr. 2). Disse bestemmelsene har

³⁰⁸ Se blant annet Aall (2017) s. 413, Bårdsen (2017a) s. 186, Høgberg (2017) s. 224 og Rui (2018) s. 130.

³⁰⁹ Se Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 57, jf. punkt 4.3 ovenfor.

³¹⁰ Dokument 16 (2011–2012) s. 198–202, jf. de generelle uttalelsene på s. 90, jf. Innst. 186 S (2013–2014) s. 20.

³¹¹ Dokument 16 (2011–2012) s. 200.

³¹² Per mai 2018 har spørsmålet enda ikke direkte kommet opp for domstolene. Etter søk utført i Lovdata pr. 8. mai 2018 er bevegelsesfriheten i § 106, så vidt jeg kan se, kun omtalt i Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 50 og 75 og HR-2017-2078-A avsnitt 91, samt en håndfull underrettsavgjørelser. Ingen av disse avgjørelsene omhandler direkte inngrep i bevegelsesfriheten.

³¹³ Dokument 16 (2011–2012) s. 102–106 og s. 110–113 og Innst. 182 S (2013–2014).

imidlertid i liten grad vært gjenstand for prøving i domstolene etter grunnlovsrevisjonen. Mange tolknings spørsmål står derfor ubesvarte.³¹⁴

Grunnloven §§ 16 og 100 er eldre bestemmelser, som har stått i Grunnloven i mange år før revisjonen i 2014. Disse bestemmelsene har også en annerledes utforming enn de nye grunnlovsrettighetene, og ligner i mindre grad på de parallelle konvensjonsbestemmelsene i henholdsvis artikkel 9 og 10. Etter mitt syn er det derfor mer uklart hvilken rekkevidde den EMK-inspirerte begrensningshjemmelen vil ha ved tolkningen av disse. Det samme gjelder tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 og ekspropriasjonserstatningsvernet i Grunnloven § 105: Grensene for hva som utgjør legitime inngrep i disse bestemmelsene er fastlagt gjennom mange års rettspraksis. En implementering av EMK-rettighetenes struktur ved tolkningen av disse bestemmelsene vil, i større grad enn ved tolkningen av nye rettigheter, kunne stå i et motsetningsforhold til andre (interne) rettskildefaktorer.

Det vil føre for langt å undersøke rekkevidden av strukturen i dybden ved tolkningen av samtlige bestemmelser i Grunnlovens rettighetskatalog. I det følgende drøfter jeg derfor dette spørsmålet i relasjon til tre utvalgte, eldre rettighetsbestemmelser. Oppmerksomheten rettes først mot Grunnloven §§ 16 og 100, først og fremst på grunn av deres åpenbare relasjon til Grunnloven §§ 101 og 102 (sammenlign EMK artikkel 8-11). Videre representerer §§ 16 og 100 en viss bredde blant menneskerettighetene i Grunnloven: Paragraf 100 fikk nytt innhold i 2004, altså etter inkorporasjonen av EMK i menneskerettsloven. Religionsfriheten kom derimot inn i Grunnloven først i 1964, etter ratifikasjonen av EMK, men lenge før konvensjonen ble sentral i rettsutviklingen på menneskerettighetsfeltet i Norge. Omfanget av rettskilder knyttet til disse bestemmelsene er også svært variert; der en stor del grunnlovspraksis knytter seg til § 100, har § 16 (og den tidligere § 2) i liten grad vært behandlet i domstolene.

Deretter rettes oppmerksomheten mot Grunnloven § 97 på det økonomiske området. Spørsmålet om strukturens rekkevidde er etter mitt syn særlig interessant for tolkningen av denne bestemmelsen: For det første er § 97 en av Grunnlovens opprinnelige rettigheter, som har stått uendret siden 1814. For det andre er § 97 en bestemmelse som svært ofte har blitt påberopt for domstolene; en uforholdsmessig stor del av praksis og debatt om

³¹⁴ Høyesterett har for eksempel ikke trukket § 94 inn ved spørsmål om varetektsfengsling i den enkelte sak er nødvendig og forholdsmessig. Bestemmelsen er imidlertid behandlet av Høyesterett i saker om forholdet mellom § 94 og fristen for fremstilling til fengsling i straffeprosessloven § 183, se Rt. 2014 s. 1102 U og Rt. 2015 s. 1142 A. Nærmere om dette i Bårdsen (2017b) s. 20–23.

grunnlovstolkning i norsk statsrett relaterer seg til tilbakevirkningsforbudet.³¹⁵ For det tredje har EMK tradisjonelt sett spilt en beskjeden rolle ved tolkningen av § 97. Som vi skal se nedenfor, er dette i ferd med å endre seg.³¹⁶

5.4.2. Nærmere om ytringsfriheten i Grunnloven § 100

Som tidligere nevnt er § 100 den eneste av de eldre grunnlovsrettighetene som etter ordlyden gir adgang til inngrep på visse vilkår.³¹⁷ Bestemmelsen fra 1814 sto uendret frem til den ble gitt nytt innhold i 2004.³¹⁸ Norges menneskerettslige forpliktelser sto sentralt i Ytringsfrihetskommisjonens arbeid og i de videre forarbeidene til den nye § 100.³¹⁹ Likevel fikk bestemmelsen en ganske annerledes utforming enn den tilsvarende EMK artikkel 10.³²⁰ Det gjelder også angivelsen av vilkårene for å begrense ytringsfriheten.

Grunnloven § 100 første ledd slår fast det prinsipielle utgangspunktet: «Ytringsfrihet bør finne sted». I motsetning til EMK artikkel 10 skiller § 100 deretter mellom materiell ytringsfrihet (at man ikke skal kunne stilles til ansvar for sin ytring etter at den er fremsatt), regulert i annet og tredje ledd, og formell ytringsfrihet (forbud mot forhåndssensur), regulert i fjerde ledd.³²¹ For inngrep i den materielle ytringsfriheten, gjelder det et lovkrav: «Det rettslige ansvar bør være foreskrevet i lov». Tredje ledd, som gir et særlig sterkt vern om politiske ytringer ([f]rimodige ytringer»), taler derimot om «klart definerte grenser». Ut fra sammenhengen er det imidlertid klart at det også her stilles krav om lovhjemmel.³²² Videre må ytringsfriheten etter både annet og tredje ledd la seg forsvare «holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse». Ordlyden gir anvisning på en formåls- og forholdsmessighetsvurdering. Dette bekreftes av forarbeidene.³²³

³¹⁵ Sejersted (2013) s. 85.

³¹⁶ Samme syn i Aall (2017) s. 413–414.

³¹⁷ Se punkt 5.3.1 ovenfor.

³¹⁸ NOU 1999: 27, St.meld. nr. 42 (1999–2000), St.meld. nr. 26 (2003–2004) og Innst. S. nr. 270 (2003–2004). Menneskerettighetsutvalget vurderte en revisjon og forenkling av bestemmelsen, men gikk inn for å videreføre ordlyden fra 2004 i uendret form, se dokument 16 (2011–2012) s. 161–163.

³¹⁹ NOU 1999:27 s. 81 og s. 84–85, jf. Kierulf (2009) s. 268.

³²⁰ Se NOU 1999:27 særlig s. 84–87 og s. 167. Det er påfallende at utformingen av § 100 i liten grad er inspirert av EMK artikkel 10, ettersom EMK allerede var gitt forrang for annen norsk lovgivning på dette tidspunktet. EMD hadde også avsagt mange sentrale rettsavgjørelser om ytringsfriheten, se Høgberg (2017) s. 217. Høyesterett hadde dessuten allerede tolket den «gamle» § 100 i lys av EMK artikkel 10, se Rt. 1997 s. 1821 P (Kjuus).

³²¹ Aall (2015) s. 271–272.

³²² Aall (2017) s. 277.

³²³ Innst. S nr. 270 (2003–2004) s. 51, jf. s. 91.

For politiske ytringer er det kun «særlig tungtveiende hensyn» som kan forsvare inngrepet; det skal altså noe mer til.³²⁴

Den formelle ytringsfriheten (forbud mot forhåndssensur) i § 100 fjerde ledd er etter ordlyden gjenstand for begrensninger kun i to tilfeller; der formålet med sensuren er å skjerme barn fra vold og pornografi, og ved brevsensur for innsatte i fengsler og psykiatriske institusjoner («Anstalter»). Etter EMK artikkel 10 annet ledd må inngrep i den formelle ytringsfriheten (i likhet med den materielle) derimot være forholdsmessig («necessary in a democratic society»). I utgangspunktet er dette en atskillig bredere vurdering, der flere formål kan være legitime, noe som tilsier at begrensninger vil kunne foretas i flere tilfeller etter EMK. I praksis skal det imidlertid svært mye til før EMD aksepterer forhåndssensur. Høyesterett har dessuten åpnet for inngrep i den formelle ytringsfriheten på ulovfestet grunnlag, der vilkårene for midlertidig forføyning er til stede og man står overfor et «særlig tilfelle», jf. Brennpunktdommen i Rt. 2007 s. 404 A.³²⁵ Med dette siste momentet dukker den konkrete avveiningen (forholdsmessigheten) også opp i relasjon til Grunnloven § 100 fjerde ledd.³²⁶ Det kan heller ikke utelukkes at domstolene i fremtiden vil oppstille andre ulovfestede unntak enn det som ble gjort i Brennpunktdommen.³²⁷

En nærmere undersøkelse av den noe utilgjengelige ordlyden av § 100 viser med andre ord at bestemmelsen stiller krav om at inngrep i ytringsfriheten må være *lovhjemlet*, *formålsbestemt* og *forholdsmessig*. Dette samsvarer både med EMK artikkel 10 nr. 2 og den begrensningshjemmel Høyesterett har strukturert ved tolkningen av §§ 101 og 102. Det har også vært en sterkere tradisjon før grunnlovsrevisjonen for å vektlegge EMK ved tolkningen av § 100 enn ved tolkningen av øvrige eldre grunnlovsbestemmelser.³²⁸ Her oppstår det derfor ikke noe spørsmål om å innfortolke den EMK-inspirerte begrensningshjemmelen i grunnlovsbestemmelsen. Det betyr imidlertid ikke at de avveininger som følger av Grunnloven § 100 *fullt ut* vil samsvare med de som følger av EMK artikkel 10. Grunnlovsbestemmelsens særegne utforming og til dels avvikende angivelser av vilkårene for inngrep, kan gi grunnlag

³²⁴ Se også Innst. S nr. 270 (2003–2004) s. 55. Grensen mellom politiske og ikke-politiske ytringer er ikke alltid klar. En tilsvarende sonndring fremgår ikke av ordlyden i EMK artikkel 10. Se Høgberg (2010a) s. 78–80 for en analyse av individvernet etter Grunnloven § 100, sammenlignet med EMK artikkel 10.

³²⁵ Rt. 2007 s. 404 A avsnitt 54.

³²⁶ Høgberg (2010a) s. 80.

³²⁷ Dokument 16 (2011–2012) s. 160.

³²⁸ I samme retning, se Sejersted (2013) s. 85. Se også Kierulf (2012).

for en tolkning som skiller seg fra EMK artikkel 10.³²⁹ Det kan også hevdes at EMD under henvisning til skjønnsmarginen bør legge stor vekt på den nasjonale grunnlovgeberens avveininger, knesatt i ordlyden av § 100.³³⁰

Arne Fliflet skrev i 2005 at det er «grunn til å anta at § 100 med sitt nye innhold vil bli den primære rettskilde domstolene og andre rettsanvendere vil referere til i saker der yringsfrihetsspørsmål kommer opp».³³¹ Anine Kierulfs gjennomgang av høyesterettspraksis i yringsfrihetssaker fra 2012 viser imidlertid at dette ikke har vært tilfelle: EMK artikkel 10 anvendes vel så ofte som Grunnloven § 100. Sistnevnte bestemmelse anlegges i stor grad heller det Tore Schei har omtalt som en «høflighetsvisitt», før domstolene går inn i de interesseavveininger som følger av EMK artikkel 10 og EMDs praksis.³³² En mulig forklaring på dette kan være det store antallet yringsfrihetssaker som har vært reist for EMD, som har utviklet kriterier for vanskelige grensedragninger i yringsfrihetsspørsmål som ikke har vært behandlet av norske domstoler. En annen forklaring kan rett og slett være at EMK artikkel 10 har en mer logisk struktur, som gir mer anvendelige kriterier for når yringsfriheten kan begrenses.³³³

Etter grunnlovsrevisjonen har vi imidlertid atskillig flere trinnhøyere og nasjonale rettighetsbestemmelser, og rettspraksis fra tiden etter revisjonen viser at de nye grunnlovsrettighetene plasseres som det nasjonale utgangspunktet for menneskerettighetsspørsmål.³³⁴ Grunnloven brukes altså *generelt* mer aktivt i saker som aktualiserer menneskerettighetsspørsmål for domstolene.³³⁵ Det er etter mitt syn ikke utenkelig at denne utviklingen vil kunne bidra til en mer aktiv bruk av § 100 i yringsfrihetssaker. Som

³²⁹ Jf. kapittel 3 ovenfor. Domfellelsen av Norge i TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti v. Norway er her fremhevet som et eksempel på at Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 kan lede til ulike resultater, se dokument 16 (2011–2012) s. 160 og Høgberg (2010a) s. 79. Høyesteretts flertall fant at forbudet mot politisk reklame på TV var forenlig med både § 100 og EMK artikkel 10, se Rt. 2004 s. 1737 A. EMD kom til motsatt resultat: I likhet med Høyesteretts mindretall mente EMD at skjønnsmarginen for politiske yringer måtte være forholdsvis snever, og at forbudet utgjorde et uforholdsmessig inngrep i yringsfriheten. Etter min mening er det likevel uklart om dommen er et godt eksempel på at § 100 og EMK artikkel 10 gir anvisning på prinsipielt ulike vurderinger. Det kan virke som det ikke var ordlyden i § 100, men særlig én departementsuttalelse, som ble styrende for flertallets tolkning av bestemmelsen. Denne typen bruk av grunnlovsforarbeider kan kritiseres, se Kierulf (2012) særlig s. 147 og s. 136–138.

³³⁰ Fliflet (2005) s. 426. Her reises imidlertid spørsmålet om i hvor stor grad domstolene bør vektlegge forarbeidene til § 100 ved grunnlovstolkningen, se Borvik (2004) og Kierulf (2012) s. 142–149.

³³¹ Fliflet (2005) s. 426.

³³² Kierulf (2012), se særlig s. 149. Som illustrerende eksempel på dette fra tiden etter revisjonen, se Rt. 2015 s. 1467 A (Oslo legevakt), der § 100 kom helt i bakgrunnen for EMK artikkel 10.

³³³ Samme syn i Aall (2015) s. 278. Se også dokument 16 (2011–2012) s. 161–162.

³³⁴ Bårdsen (2017b) s. 12, jf. Bårdsen (2016) s. 266.

³³⁵ Se Kierulf (2016) s. 188–189.

vi har sett, er også Høyesterett i ferd med å presisere og nyansere hvilke vilkår som må være oppfylt for å gripe inn i grunnlovsrettighetene, herunder hvilke momenter som inngår i forholdsmessighetsvurderingen.³³⁶ Disse vil, slik jeg ser det, også kunne inngå i vurderingen av hva som utgjør legitime og forholdsmessige inngrep etter § 100. Ved anvendelsen av disse momentene er det nærliggende å anta at praksis fra EMD fortsatt vil tillegges stor vekt.

5.4.3. Nærmere om religionsfriheten i Grunnloven § 16

Grunnloven § 16 første ledd første punktum proklamerer: «Alle innbyggere i riket har fri religionsutøvelse». Bestemmelsen viderefører den tidligere § 2 første punktum, vedtatt i 1964.³³⁷ Grunnloven § 16 er som tidligere nevnt knapp på flere måter. For det første gir ordlyden et svært begrenset *vern* om religionsfriheten, sammenlignet med EMK artikkel 9.³³⁸ For det andre er det – etter ordlyden – ikke adgang til å gripe inn i religionsfriheten.

Ved spørsmål om adgangen til inngrep i § 16, vil det nødvendigvis først oppstå et spørsmål om bestemmelsen i det hele tatt kommer til anvendelse, med andre ord om den aktuelle rettigheten kan anses vernet av bestemmelsen. I hvor stor grad § 16 kan tolkes utvidende, er etter gjeldende rett ikke klart. Det er for eksempel usikkert om bestemmelsen kan tolkes så vidt at også tanke- og samvittighetsfrihet omfattes.³³⁹ Det er også uklart om den vernede personkrets kan tolkes slik at ikke bare «innbyggere» omfattes. Disse «manglene» ved Grunnloven § 16 var mye av årsaken til at Menneskerettighetsutvalget foreslo en modernisering av religionsfriheten i en ny § 99.³⁴⁰ Bestemmelsen skulle leses i sammenheng med utvalgets forslag til en begrensningshjemmel i § 115.³⁴¹ Forslaget ble imidlertid ikke bifalt av Stortinget.³⁴²

³³⁶ HR-2018-104-A avsnitt 23, jf. HR-2018-699-A avsnitt 32.

³³⁷ Bestemmelsen ble flyttet til § 16 etter at statskirken ble avviklet i 2012, jf. Grunnlovsforslag nr. 10 (2007–2008) i Dokument nr. 12 (2007–2008). Paragraf 16 fikk også et fjerde punktum, som fastslår: «Alle tros- og livssynssamfunn skal understøttes på lik linje». Bestemmelsen må forstås som et diskrimineringsforbud, se Lovavdelingen (2017b).

³³⁸ Se punkt 3.3 ovenfor.

³³⁹ Dokument 16 (2011–2012) s. 157 og Aall (2015) s. 254. Rt. 1999 s. 1939 A er illustrerende. Saken gjaldt spørsmålet om samvittighetsfriheten i EMK artikkel 9 innebar en rett til å motsette seg pålegg om sivil tjeneste. Dagjeldende Grunnloven § 2 ble ikke nevnt i domspremissene.

³⁴⁰ Dokument 16 (2011–2012) s. 157–159.

³⁴¹ Dokument 16 (2011–2012) s. 75–76.

³⁴² Begrunnelsen var blant annet at man ikke ønsket at det skulle oppstå tolkningstvil, se Innst. 186 S (2013–2014) s. 26. Begrunnelsen ikke helt lett å forstå: Slik jeg ser det ville tolkningstvilen antakelig vært mindre ved en modernisering.

Spørsmålet om rekkevidden av den vernede interesse etter § 16, beror i stor grad på i hvilken grad bestemmelsen kan tolkes i lys av de internasjonale konvensjonene, herunder EMK artikkel 9. Få rettskilder gir bidrag til å finne svar på dette spørsmålet. Forarbeidene til bestemmelsen er for det første svært knappe.³⁴³ Videreføringen av religionsfriheten til § 16 i 2012 var lovteknisk, og forarbeidene omtaler derfor ikke det nærmere innholdet i religionsfriheten.³⁴⁴ Dissenterlovkomiteens innstilling fra 1957 gir derimot enkelte bidrag: En av årsakene til å grunnlovfeste religionsfriheten var nettopp lojal oppfølging av Norges internasjonale forpliktelser, særlig etter EMK.³⁴⁵ Dette tilsier at § 16 bør ses i lys av de internasjonale bestemmelsene.³⁴⁶ Dissenterlovkomiteens utredning var riktignok ikke avgitt da forslaget til § 2 ble fremsatt, men det er likevel antatt at utredningen kan belyse innholdet i grunnlovsbestemmelsen.³⁴⁷

Det finnes lite rettspraksis knyttet til Grunnlovens bestemmelse om religionsfrihet, både hva gjelder den tidligere § 2 og någjeldende § 16.³⁴⁸ Justisdepartementets lovavdelingen har imidlertid uttalt seg om tolkningen av bestemmelsen og forholdet til de internasjonale konvensjonene. I en tolkningsuttalelse fra 2017 anerkjennes det at § 16 neppe kan sies å bygge på de folkerettslige forbildene i samme grad som de nye grunnlovsrettighetene. Lovavdelingen ser det likevel som «sannsynlig at Høyesterett i en eventuell fremtidig sak om religionsfrihet vil se hen til EMK artikkel 9 og SP artikkel 18 ved tolkningen av i det minste deler av Grunnloven § 16».³⁴⁹ Etter mitt syn må dette være riktig i dag, tatt i betraktning at Grunnloven § 92 gir et sterkt fundament for en tolkning i lys av EMK.³⁵⁰ *Hvor langt domstolene vil gå i å tolke § 16 utvidende i lys av EMK artikkel 9, er imidlertid uklart.*³⁵¹

³⁴³ Jf. også Lovavdelingen (2000) punkt 2.2.

³⁴⁴ Se NOU 2006: 2, St.meld. nr. 17 (2007–2008), Innst. S nr. 287 (2007–2008), Grunnlovsforslag nr. 10 (2007–2008) i Dokument nr. 12 (2007–2008), og Innst. 233 S (2011–2012).

³⁴⁵ Dissenterlovkomiteens Innstilling (1957) s. 24.

³⁴⁶ Samme syn i Strand (2007) s. 12.

³⁴⁷ Lovavdelingen (2000) punkt 2.2. Utredningen forelå imidlertid på det tidspunkt forslaget ble behandlet i Stortinget, selv om den ikke formelt var fremlagt for Stortinget.

³⁴⁸ Lovavdelingen (2017a) punkt 2.3.

³⁴⁹ Lovavdelingen (2017a) punkt 2.3. Lovavdelingen antar også at Grunnlovens vern av religionsfrihet går lenger i dag enn det som ble lagt til grunn i deres tolkningsuttalelse om § 2 i 2007, se Lovavdelingen (2007) punkt 4.

Begrunnelsen er imidlertid etter mitt syn lite treffende: Lovavdelingen viser til uttalelser fra Menneskerettighetsutvalget i dokument 16 (2011–2012) s. 158 om at en modernisering av dagjeldende § 2 tok sikte på å bringe grunnlovsbestemmelsen bedre i overensstemmelse med de internasjonale konvensjonene. Disse uttalelsene knytter seg imidlertid til utvalgets forslag til den nye § 99, som ikke ble vedtatt av Stortinget, se Innst. 186 S (2013–2014) s. 26. Paragraf 92 gir derimot et sterkt fundament for en slik tolkning lovavdelingen tar til orde for.

³⁵⁰ Se punkt 4.2 ovenfor.

³⁵¹ Det er for eksempel tvilsomt om respekten for foreldres religiøse og filosofiske overbevisning kan innfortolkes i § 16. Folgerø and Others v. Norway er illustrerende: Her ble Norge dømt for krenkelse av EMK P1

Dersom den aktuelle interessen anses vernet av Grunnloven § 16, bør bestemmelsen etter mitt syn også tolkes på en måte som gjør det mulig å både hensynta behovet for, og begrense, myndighetenes adgang til inngrep. Grunnlovens vern om religionsfrihet kan ikke være absolutt; dette er også fastslått i Høyesteretts praksis. Eksempelvis ble det uttalt i Rt. 1984 s. 1359 A (Bratterud) at «[s]elv om religionsfriheten står sterkt både etter norsk lov og etter de internasjonale menneskerettighetskonvensjoner som Norge er bundet av, må det være på det rene at det ved lov kan gjøres visse begrensninger i den».³⁵² Det samme er forutsatt i Dissenterlovkomiteens innstilling, der det heter at det må «være en selvfølge at religionsfriheten ikke er absolutt, at lovgivningen må kunne sette grenser for den».³⁵³ Det er interessant å merke seg at Dissenterlovkomiteen allerede i 1957 siterte EMK artikkel 9 nr. 2 som et eksempel på hvordan begrensninger i retten til religionsfrihet kunne formuleres.³⁵⁴

Disse uttalelsene, sett i sammenheng med utviklingen som har funnet sted i Høyesteretts praksis ved tolkningen av andre grunnlovsrettigheter etter revisjonen, gir etter mitt syn grunnlag for å anvende den EMK-inspirerte begrensningshjemmelen også ved tolkningen av Grunnloven § 16. Når lovgivningen skal kunne begrense religionsfriheten, er det nærliggende at Høyesterett også vil stille krav om at inngrep må være formåls- og forholdsmessig. Komponentene i forholdsmessighetsvurderingen, slik disse ble presisert i HR-2018-104-A, egner seg dessuten for rettslig overprøving i domstolene.³⁵⁵ Ved den nærmere avveiningen vil det være nærliggende å se hen til EMDs praksis. Utviklingen som har funnet sted ved tolkningen av nye grunnlovsrettigheter etter 2014, kan følgelig komme til å påvirke vekten av EMK og EMDs praksis ved tolkningen av den eldre bestemmelsen om religionsfrihet i § 16, selv om den ikke ble modernisert ved grunnlovsrevisjonen.

artikkel 2 i en sak som omhandlet foreldres avslag på søknader om fullstendig fritak for sine barn fra KRL-faget i grunnskolen. Dagjeldende § 2 var ikke anført i saken for Høyesterett; det var EMK som satte skranker (se Rt. 2001 s. 1006). Respekten for foreldres religiøse og filosofiske overbevisning skulle etter Menneskerettighetsutvalgets forslag innfortolkes i den nye bestemmelsen om religionsfrihet i § 99, sammenholdt med retten til utdanning i § 109, se dokument 16 (2011–2012) s. 225. Når § 99 ikke ble vedtatt, er det etter min mening nærliggende å anta at heller ikke dagens § 16 inneholder en rett til respekt for foreldres religiøse og filosofiske overbevisning.

³⁵² Rt. 1984 s. 1359 A på s. 1364. Se også Rt. 1974 s. 688 på s. 689.

³⁵³ Dissenterlovkomiteens innstilling (1957) s. 26.

³⁵⁴ Dissenterlovkomiteens innstilling (2957) s. 26. Se også Strand (2007) s. 11–13.

³⁵⁵ Se punkt 5.3.3 ovenfor.

5.4.4. Nærmere om tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 på det økonomiske området

Grunnloven § 97 fastslår på generell basis: «Ingen lov må gis tilbakevirkende kraft». Bestemmelsen har stått uendret siden 1814. Kjernen i bestemmelsen er et absolutt forbud mot tilbakevirkende lover til ugunst for borgerne på strafferettens område, jf. også lovkravet i Grunnloven § 96 første ledd.³⁵⁶ På sivilrettens område, som her er tema, har det vært enighet om at § 97 ikke forbyr all tilbakevirkning: Et strengt tilbakevirkningsforbud vil legge for store begrensninger på lovgivning som styringsinstrument, og være til hinder for at lovgivningen holder tritt med samfunnsutviklingen.³⁵⁷ Forbudet mot tilbakevirkende lover har altså en klar side til maktfordelingsprinsippet.³⁵⁸

Ordlyden i § 97 gir ikke anvisning på noen fremgangsmåte for domstolenes vurdering av hva som skal anses vernet av tilbakevirkningsforbudet. Grensene mellom tillatt og rettsstridig tilbakevirkning på det økonomiske området har derfor vært svært omstridt, og et stadig tilbakevendende tema både for domstolene og i den rettsvitenskapelige debatten.³⁵⁹ Det vil føre for langt å gå i dybden på de ulike rettsposisjonene her.³⁶⁰ For å ta stilling til spørsmålet om den EMK-inspirerte begrensningshjemmelen vil få betydning ved tolkningen av § 97 på det økonomiske området, er det likevel nødvendig å undersøke enkelte utgangspunkt, herunder *hovedtrekkene* i utviklingen som har funnet sted i rettspraksis de siste årene.

Én tilnærming til spørsmålet om hvor grensen for den rettsstridige tilbakevirkningen skal trekkes, er den såkalte «standardteorien» som ble utviklet av Per Augdahl og Ragnar Knoph på 1930-tallet.³⁶¹ Etter standardteorien har § 97 to komponenter. Den første komponenten er at vurderingsnormen er knyttet til hvorvidt tilbakevirkningen er *urettferdig* eller *urimelig*. Den andre komponenten er at denne vurderingsnormen er en *rettslig standard* som vil kunne endre seg over tid i takt med samfunnsutviklingen.³⁶² Utviklingen av

³⁵⁶ Se Rt. 2010 s. 1445 P (Krigsforbryter). Bestemmelsen må også antas å inneholde et absolutt forbud mot å skjerpe strafferammene eller arten av straffen som kan anvendes, for handlinger begått før loven er vedtatt. Nærmere om dette i Skoghøy (2011b) s. 271 og Aall (2015) s. 128 flg., jf. s. 338–339.

³⁵⁷ Se dokument 16 (2012–2012) s. 136.

³⁵⁸ Fliflet (2005) s. 398.

³⁵⁹ Grunnloven § 97 er sammen med § 105 den grunnlovsbestemmelsen som har vært mest anvendt for domstolene, se Sejersted (2013) s. 86 og Holmøyvk (2016) s. 228.

³⁶⁰ Det er hovedsakelig tre ulike lærer om § 97 som har vært gjeldende: Standardteorien ble utviklet av Knoph og Augdahl i mellomkrigstiden, rettsregelteorien ble utviklet av Castberg og Andenæs, og skillet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning ble utformet av Fleischer. Nærmere om dette i Fliflet (2005) s. 401–405 og Høgberg (2010c) s. 702–704.

³⁶¹ Augdahl (1938) og Knoph (1939).

³⁶² Se sammenfatningen i Holmøyvk (2016) s. 228–229.

standardteorien, som ble adoptert av Høyesterett, må ses i lys av den politiske tendens i mellomkrigstiden til sterk vektlegging av Stortingets reguleringskompetanse, på bekostning av individets vern.³⁶³

En annen tilnærming til tolkningen av § 97 er sontringen mellom *egentlig* og *uegentlig* tilbakevirkning.³⁶⁴ Egentlig tilbakevirkning vil si at det blir knyttet byrder eller ufordelaktige rettsvirkninger til eldre handlinger. Uegentlig tilbakevirkning innebærer at det med virkning fremover blir grepet inn i rettsforhold som var oppstått da loven ble vedtatt (også kalt inngrep i «velervervede rettigheter»³⁶⁵). Som hovedregel er det den egentlige tilbakevirkningen som er vernet av § 97.³⁶⁶ Av hensyn til lovgivers frihet er hovedregelen derimot det motsatte for uegentlig tilbakevirkning.³⁶⁷

For første gang siden mellomkrigstiden tok Høyesterett prinsipielt stilling til vurderingsnormen etter § 97 ved lovinngrep i etablerte rettsposisjoner i Rt. 1996 s. 1415 P (Borthen).³⁶⁸ Saken gjaldt spørsmål om grunnlovsværn for ektefelle tillegg til løpende alderspensjon. Høyesteretts flertall slo først fast at det dreide seg om uegentlig tilbakevirkning.³⁶⁹ Deretter ble standardteorien lagt til grunn. Flertallet fant at inngrepet ikke var i strid med § 97, men åpnet opp for at lovinngrep i etablerte rettsposisjoner i visse tilfeller kan være grunnlovsstridige, dersom inngrepet utgjør en «klart urimelig eller urettferdig» tilbakevirkning.³⁷⁰ Det ble med andre ord oppstilt en høy terskel.³⁷¹ Denne vurderingsnormen ble fulgt opp i Rt. 1996 s. 1440 P (Tunheim), som ble avsagt samme dag, samt i Rt. 2006 s. 262 A (Enkepension).³⁷² Avgjørelsene viser at standardteorien har blitt fremherskende ved inngrep i etablerte rettigheter.³⁷³

³⁶³ Dette førte til en svakere prøvingsintensitet i Høyesterett fra 1930-årene av, se Holmøyvik (2016) s. 229.

³⁶⁴ Sontringen er klart fremhevet i Fleischer (1975).

³⁶⁵ Se Skoghøy (2011b), Aall (2015) s. 339 og Holmøyvik (2016) s. 228.

³⁶⁶ Det er imidlertid ikke oppstilt noe absolutt forbud. Det fremgår allerede av Rt. 1962 s. 369 P (Gullklausuldommen) på s. 385 at det ved ny lovgivning kan knyttes tyngende rettsvirkninger av annen karakter enn straff til eldre begivenheter dersom samfunnets vitale interesser tilsier det. Se Skoghøy (2011b) s. 277.

³⁶⁷ Skoghøy (2011b) s. 264–265.

³⁶⁸ Holmøyvik (2016) s. 229.

³⁶⁹ Rt. 1996 s. 1415 P på s. 1424.

³⁷⁰ Rt. 1996 s. 1415 P på s. 1430.

³⁷¹ Vurderingsnormen gjør det, med Høgbergs ord, «nær sagt umulig for den trygdede å vinne frem med sin sak», se Høgberg (2013) s. 395.

³⁷² Se Rt. 1996 s. 1440 P på s. 1452 og Rt. 2006 s. 262 A avsnitt 82. Den samme vurderingsnormen ble også lagt til grunn i et obiter dictum i Rt. 2001 s. 762 A (Bjørnenak) på s. 767–768.

³⁷³ Se Høgberg (2010b) s. 290. Se også Høyesteretts uttalelser i Rt. 2006 s. 293 P avsnitt 60 og Rt. 2007 s. 1281 P avsnitt 99.

I senere plenumsavgjørelser har imidlertid Høyesterett lagt en annerledes formulert vurderingsnorm til grunn. I Rt. 2006 s. 293 P (Arves Trafikkskole) fant flertallet at det bare var «sterke samfunnsmessige hensyn» som kunne legitimere tilbakevirkning.³⁷⁴ I Rt. 2007 s. 1281 P (Øvre Ullern) ble det uttalt at det måtte foretas en «helhetsvurdering av hvilke virkninger loven får».³⁷⁵ Og i Rt. 2010 s. 143 P (Rederiskatt) fant flertallet (seks mot fem dommere), som i Arves Trafikkskole, at det måtte være tale om «sterke samfunnsmessige behov» for å godta tilbakevirkning. Videre ble det uttalt: «Deretter er det lagt opp til det eg vil karakterisere som ei momentbasert interesseavveging der også ei *samhøvevurdering* spelar inn».³⁷⁶ Disse avgjørelsene, som legger en lavere terskel til grunn for grunnlovsstridig tilbakevirkning, har skapt tvil om hvilken vurderingsnorm som er gjeldende rett ved tolkningen av § 97 på det økonomiske området.³⁷⁷

Avgjørelsen i Rt. 2013 s. 1345 P (Strukturvote) syntes å innebære en avklaring. Saken gjaldt spørsmålet om endring av forskriften for strukturvoteordningen for havflåten var i strid med § 97. Flertallet (ni mot åtte dommere) fant at forskriftsordningen ikke utgjorde et grunnlovsstridig inngrep. De vurderte saken slik at det dreide seg om inngrep i etablerte rettsposisjoner, og viste til Borthen-dommens vurderingsnorm «særlig urimelig eller urettferdig tilbakevirkning».³⁷⁸ Plenumsdommen kunne derfor ses som en stadfesting av Borthen-dommens vurderingsnorm som gjeldende rett.³⁷⁹ Flertallets premisser er etter mitt syn likevel ikke helt entydige, da det også uttales: «Hvordan inngrepet rammer den enkelte, kommer ... inn ved den konkrete *forholdsmessighetsvurderingen*, som naturlig inngår i avgjørelsen av om

³⁷⁴ Se Rt. 2006 s. 293 P avsnitt 72.

³⁷⁵ Rt. 2007 s. 1281 P avsnitt 99. Se også Rt. 2007 s. 1306 P (Lindheim) som ble avsagt samme dag.

³⁷⁶ Rt. 2010 s. 143 P avsnitt 150 (min utheving). Mindretallet la imidlertid normen «klart urimelig eller urettferdig» til grunn for vurderingen, se avsnitt 209. Rederiskattesaken er grundig analysert i Høgberg (2010c) s. 713 flg.

³⁷⁷ Utviklingen i rettspraksis *kan* imidlertid forstås slik at Borthen-dommens vurderingsnorm i realiteten ble *stadfestet* i disse avgjørelsene. Både Rt. 2006 s. 293 P og Rt. 2010 s. 143 P gjaldt tilfeller der loven knyttet nye byrder til *tidligere handlinger*. At det her må gjelde en annen vurderingsnorm enn de tilfeller loven griper inn i utøvelsen av etablerte rettsposisjoner med virkning *fremover*, er fremhevet i begge disse avgjørelsene. Dette kan forklare hvorfor en annen norm ble lagt til grunn. I Rt. 2007 s. 1281 P ble riktignok faktum, som i Borthen, vurdert slik at det var tale om inngrep i etablerte rettsposisjoner. Årsaken til at en interesseavveining likevel ble anvendt her, var imidlertid det spesielle saksområdet tomtefeste, der det alltid er en interessekonflikt mellom to private parter. Dette ble også fremhevet i Rt. 2013 s. 1345 P, der Borthen-dommens vurderingsnorm igjen ble lagt til grunn, se dommens avsnitt 100. Holmøyvik mener derfor det skal foretas en interesseavveining i begge tilfeller, men da opp mot en av de to tersklene, alt etter hvilken type tilbakevirkning det er tale om. Nærmere om dette i Holmøyvik (2016) s. 232–242.

³⁷⁸ Rt. 2013 s. 1345 P avsnitt 83, jf. avsnitt 100.

³⁷⁹ Se Holmøyvik (2016) s. 238–240.

inngrepet er særlig urimelig eller urettferdig».³⁸⁰ Mindretallets premisser er også interessante i denne sammenheng, og da særlig tredjevoterendes, dommer Skoghøys, uttalelser:

«Det er sikker tolking av Grunnloven § 97 at den ikke bare forbyr å knytte nye byrder til eldre handlinger eller begivenheter, men også beskytter mot *uforholdsmessig inngripende* eller tyngende inngrep i etablerte rettsposisjoner. Det vern Grunnloven § 97 gir mot inngrep i etablerte økonomiske rettsposisjoner, er i stor grad *sammenfallende med beskyttelsen etter EMK protokoll 1 artikkel 1*».³⁸¹

Skoghøy synes her å bygge på en posisjon som har vært uttrykt i juridisk teori. Benedicte Moltumyr Høgberg har tatt til orde for at Borthen-dommens vurderingsnorm bør reformuleres, med utgangspunkt i en avveining av partenes interesser, der det bør «trekkes inn forholdsmessighetsbetraktninger, slik at partenes interesser også inkluderer en vurdering av lovens mål og virkemiddel».³⁸² Dette har fått tilslutning blant andre fra Jørgen Aall, som mener vurderingen bør «omskrives til en forholdsmessighetsvurdering, slik vi også kjenner den fra EMK-retten».³⁸³

Forholdsmessighetsvurderingen knyttes følgelig – og ikke overraskende – opp mot eiendomsvernet i EMK P1 artikkel 1, som i praksis gir et vern mot at det med tilbakevirkende kraft gripes inn i økonomiske rettsposisjoner.³⁸⁴ EMD har lagt til grunn at det må foretas en nærmere avveining av om myndighetenes inngrep i eiendomsretten er forholdsmessig målt opp mot byrden som den enkelte påføres ved inngrepet. Dette er lagt til grunn i saker som etter norsk terminologi må kunne betegnes som både egentlig og uegentlig tilbakevirkning.³⁸⁵

Avgjørelsen i HR-2016-389-A representerer et siste trinn i utviklingen i Høyesteretts praksis. Saken gjaldt grunnlovsmessigheten av en ny regulering av stortingspensjoner. Her fant Høyesterett at det «uavhengig av normvalg må skje en avveining mellom de vernede interesser på den ene siden, og de samfunnsmessige hensynene på den annen», og at det må foretas en

³⁸⁰ Rt. 2013 s. 1345 P avsnitt 99 (min utheving).

³⁸¹ Rt. 2013 s. 1345 P avsnitt 232 (min utheving).

³⁸² Se Høgberg (2010b) s. 322, som mener Borthen-dommens strenge vurderingsnorm i realiteten utgjør et «narrespill som ingen andre enn lovgiver kan vinne». Dette har fått tilslutning fra Skoghøy, som mener en forholdsmessighetsvurdering i realiteten følger av de plenumsdommer som ble avsagt mellom 2006 og 2010, se Skoghøy (2011b) s. 272–278. Motsatt syn i Smith (2013) særlig s. 491.

³⁸³ Aall (2015) s. 342. Se også Aall (2017) s. 413–414.

³⁸⁴ Se Høgberg (2010b) s. 119–123 og Aall (2015) s. 342. Ordlyden tilsier riktignok at normen er lempeligere for staten ved regulerende inngrep enn ved eiendomsavståelse. Nyere praksis fra EMD har imidlertid betont kravet til forholdsmessighet ved begge typer inngrep, se N.K.M. v. Hungary avsnitt 44.

³⁸⁵ Se henholdsvis N.K.M. v. Hungary og Van Marle and Others v. the Netherlands. Nærmere om dette i Aall (2015) s. 342–343 og Høgberg (2010b) s. 310–311.

«konkret forholdsmessighetsvurdering».³⁸⁶ Etter å ha konstatert at reguleringsbestemmelsen ikke var i strid med Grunnloven § 97, vurderte Høyesterett om endringen var i strid med EMK P1 artikkel 1. Her ble det uttalt:

«Ved forholdsmessighetsvurderingen kommer mange av de samme hensynene inn som ved bedømmelsen etter Grunnloven § 97. Jeg viser til de vurderinger jeg foretok i den forbindelse ...».³⁸⁷

Her ble med andre ord forholdsmessighetsvurderingen særlig fremtredende.³⁸⁸ Videre ble det lagt til grunn at denne vurderingen langt på vei sammenfaller med EMDs vurdering etter EMK P1 artikkel 1. Dette er en ganske annen vurderingsnorm enn Borthen-dommens «klart urimelig eller urettferdig tilbakevirkning».³⁸⁹

Utviklingen i høyesterettspraksis viser at tolkningen av § 97 er inne i en brytningsfase, som er påvirket av EMK-retten.³⁹⁰ Samtidig har Høyesterett utviklet en EMK-inspirert begrensningshjemmel ved tolkningen av Grunnloven §§ 101 og 102, der nettopp en forholdsmessighetsvurdering inngår.³⁹¹ Denne utviklingen gir etter mitt syn samlet sett grunn til å anta at en forholdsmessighetsvurdering vil bli fremtredende i fremtidige saker som aktualiserer § 97 på det økonomiske området. En forholdsmessighetsvurdering vil også minske behovet for å trekke et skille mellom lover som knytter byrder til tidligere handlinger, og lover som regulerer etablerte rettsposisjoner for fremtiden.³⁹² Dissensen i både Rt. 2010 s. 143 P (Rederiskatt) og Rt. 2013 s. 1345 P (Strukturkvote) illustrerer etter min mening at dette skillet er et lite egnet kriterium for valg av grunnlovsnorm, noe mindretallet i Strukturkvote-dommen også understreket.³⁹³

Forholdsmessighetsvurderingen er dessuten godt egnet for prøving ved domstolene, i den forstand at den skiller seg fra en ren innholdssensur. På § 97 sitt område, er inngrepet den

³⁸⁶ HR-2016-389-A henholdsvis avsnitt 77 og 87.

³⁸⁷ Avsnitt 124.

³⁸⁸ Samme syn i Høgberg (2017) s. 222 og Aall (2017) s. 414.

³⁸⁹ Rt. 1996 s. 1416 P på s. 1430.

³⁹⁰ Samme syn i Sejersted (2013) s. 85.

³⁹¹ Det kan bemerkes at Menneskerettighetsutvalgets forslag til en generell begrensningshjemmel var ment å omfatte § 97 på sivilrettens område. Utvalget mente med andre ord at inngrep i § 97 skulle være grunnlovsmessig dersom det var *formåls- og forholdsmessig*. Det ble fremhevet at ordningen var foreslått med tanke på å «videreføre dagens rettsstilstand». Det er imidlertid ikke helt enkelt å forstå hva slags ordning utvalget her tok til orde for, da inngrepsvilkårene i den foreslåtte § 115 ikke sammenfaller med det som (den gang) var gjeldende rett. Se dokument 16 (2011–2012) s. 138, jf. s. 76.

³⁹² Se også Høgberg (2010c) s. 711–712.

³⁹³ Se Rt. 2013 s. 1345 P avsnitt 193, jf. avsnitt 191. Se også Høgberg (2010b) s. 270.

tilbakevirkende loven. I stedet for å stille seg i lovgivers sted, og overprøve rimeligheten av den aktuelle lovendringen, gir forholdsmessighetsvurderingen derimot rom for å fokusere på om loven forfølger et legitimt formål, og er egnet og nødvendig for å ivareta dette formålet.³⁹⁴

Ved anvendelsen av en forholdsmessighetsvurdering vil tolkningen av § 97 i større grad ligne den vurdering EMD foretar i tilsvarende saker etter EMK P1 artikkel 1. Det vil da også være mer nærliggende å se hen til EMDs avveininger i praksis enn tidligere. Hvor stor vekt man vil legge på EMDs avveininger etter § 97 er riktignok høyst usikkert etter gjeldende rett. Utviklingen belyser likevel at EMK-rettighetenes struktur også påvirker, og etter mitt syn *vil* påvirke, tolkningen av en over 200 år gammel grunnlovsbestemmelse, der EMK – hittil – ikke har spilt noen nevneverdig rolle.

5.5. Oppsummering og veien videre

Under henvisning til at grunnlovsrettighetene skal tolkes i lys av parallelle EMK-regler, har Høyesterett innfortolket begrensningshjemler i Grunnloven §§ 102 og 101. Her har man i realiteten «adoptert» de vilkår for å gjøre inngrep som følger av EMK-rettighetene. Det er nærliggende å anta at denne strukturen vil innfortolkes også i andre grunnlovsbestemmelser, da først og fremst de «nye» rettighetene fra 2014. Tolkningen av de eldre grunnlovsrettighetene er mer usikker. Også her ser vi imidlertid konturene av en utvikling: Elementer av den samme strukturen innfortolkes, og da særlig forholdsmessighetsvurderingen. Når EMK-rettighetenes struktur innfortolkes i grunnlovsrettighetene, adopteres i stor grad også EMDs avveininger knyttet til anvendelsen av inngrepvilkårene. Parallelle konvensjonsbestemmelser, slik de er fortolket av EMD, tillegges derfor stor vekt ved grunnlovstolkningen.

I kapittel 5 har jeg i all hovedsak analysert *nasjonale* utviklingstrekk som viser at EMK både har, og etter alt å dømme vil få, stor betydning ved grunnlovstolkningen. I det følgende undersøker jeg nærmere enkelte *europarettlige* utviklingstrekk som er av interesse i denne sammenheng, i det oppmerksomheten rettes mot subsidiaritetsprinsippets betydning for tolkningen av grunnlovsrettighetene.

³⁹⁴ Jf. HR-2018-104-A avsnitt 23. Se også Høgberg (2010b) s. 322.

6. Særlig om subsidiaritetsprinsippets betydning for grunnlovstolkningen

6.1. Innledning

Spørsmålet om EMKs betydning ved grunnlovstolkningen kan ikke ses isolert fra spørsmålet om i hvor stor grad EMK og EMDs praksis vil *gi veiledning* ved grunnlovstolkningen. Jo lenger EMD går i å detaljregulere innholdet i konvensjonsrettighetene ved overprøvingen, desto mer veiledning vil nasjonale domstoler finne i EMDs praksis ved tolkningen av konvensjonen, og desto mer veiledning vil norske domstoler finne ved tolkningen av Grunnloven. Motsatt vil en mer tilbakeholden rolle fra EMDs side gi mindre veiledning.

Målet om en effektiv beskyttelse av konvensjonsrettighetene tilsier at EMD både kan og bør gå langt i å presisere innholdet i EMK-rettighetene. Samtidig må EMD utvise en viss respekt for beslutningsprosessene i de 47 ulike nasjonalstatene som konvensjonssamarbeidet består av. EMD skal ikke opptre som en konstitusjonsdomstol for Europarådets medlemsstater.³⁹⁵ Domstolen skal snarere spille en *subsidiær* rolle når det gjelder å sikre etterlevelsen av konvensjonsrettighetene. Det er nettopp dette EMK-rettens *subsidiaritetsprinsipp* går ut på: Hovedansvaret for å sikre etterlevelsen av konvensjonsrettighetene ligger først og fremst hos konvensjonsstatene, og EMD skal kun gripe inn dersom det er nødvendig for å oppnå formålet med rettighetene.³⁹⁶

I dette kapitlet undersøker jeg hvilke implikasjoner subsidiaritetsprinsippet har for betydningen av EMK ved tolkningen av grunnlovsrettighetene. Oppmerksomheten rettes først mot subsidiaritetsprinsippets betydning for EMDs tolkning konvensjonsrettighetene, samt enkelte tiltak som er iverksatt de senere årene, som tar sikte på å *styrke* prinsippet i konvensjonssamarbeidet. Deretter undersøker jeg i hvilken grad prinsippet er styrket i EMDs praksis, og hva dette innebærer med hensyn til tolkningen av Grunnloven.

6.2. Subsidiaritetsprinsippets betydning for prøvingsintensiteten

Kjernen i subsidiaritetsprinsippet kommer indirekte til uttrykk i EMK artikkel 1 og artikkel 19, som slår fast at det er *konvensjonsstatene* som skal sikre konvensjonens rettigheter, og som har

³⁹⁵ Rui (2017) s. 127.

³⁹⁶ ECtHR (2010) avsnitt 2. Subsidiaritetsprinsippet er et alminnelig prinsipp i folkeretten for øvrig, som betyr at et internasjonalt organ ikke skal gjøre det statene selv kan gjøre, se Andenæs (2015a) s. 262.

påtatt seg forpliktelser etter EMK. EMDs subsidiære rolle kommer også til uttrykk i artikkel 35 nr. 1, som fastslår at EMD bare kan behandle en sak etter at alle *nasjonale* rettsmidler er uttømt.³⁹⁷ Subsidiaritetsprinsippet har sin begrunnelse blant annet i at EMD er en internasjonal domstol med stor avstand til faktum i de konkrete sakene, og at nasjonale myndigheter derfor er bedre egnet til å vurdere hvorvidt konvensjonens rettigheter er krenket.³⁹⁸

Subsidiaritetsprinsippet har en rekke implikasjoner for konvensjonssamarbeidet, som det vil føre for langt å redegjøre for her.³⁹⁹ Det som interesserer oss i det følgende er prinsippets betydning for EMDs *tolkning og anvendelse* av konvensjonsrettighetene i den enkelte klagesak.

Ved tolkningen og anvendelsen av rettigheter som åpner for inngrep, må det som kjent foretas en avveining mellom det aktuelle inngrepet og de hensyn som begrunner det. Jo videre EMD tolker rettighetene på dette området, desto større spenning vil det kunne oppstå i forhold til konvensjonsstatenes behov for inngrep. Det samme gjelder statens positive plikt til å sikre at private ikke krenker hverandres rettigheter: Jo mer som forventes av konvensjonsstatene på dette området, desto større spenning vil kunne oppstå i forhold til de grunner staten måtte ha til å avstå fra å iverksette konkrete tiltak.⁴⁰⁰

For å møte disse utfordringene har EMD utviklet doktrinen om statens skjønnsmargin («the margin of appreciation doctrine»). Prejudikatet er *Handyside-dommen* fra 1976, som gjaldt spørsmålet om beslag av en utfordrende bok for skoleelever var i strid med ytringsfriheten i EMK artikkel 10.⁴⁰¹ Her uttalte EMD:

«Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator (“prescribed by law”) and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force ... Nevertheless, Article 10 para 2. (art. 10-2) does not give the Contracting States

³⁹⁷ EMD har fastslått: «The machinery of complaint to the Court is ... subsidiary to national systems safeguarding human rights», se *Scordino v. Italy* (No. 1) avsnitt 140. Artikkel 35 nr. 1 må ses i sammenheng med artikkel 13, som fastslår den enkeltes rett til effektiv prøvingsrett («effectiv remedy») for en nasjonal myndighet, se ECtHR (2010) avsnitt 19–20.

³⁹⁸ Christoffersen (2009) s. 3.

³⁹⁹ Ett utslag av prinsippet er den såkalte «fjerdeinstansdoktrinen», som går ut på at EMD ikke skal ta rollen som en nasjonal øverste rettsinstans, se ECtHR (2010) avsnitt 36. Doktrinen innebærer at EMD som hovedregel ikke skal overprøve tolkningen av nasjonale lover, bevisvurderingen eller det faktum nasjonale domstoler har lagt til grunn, se *García Ruiz v. Spain* avsnitt 28. Unntak fra dette dersom den nasjonale domstolens avgjørelse er klart vilkårlig, se *Sisojeva and Others v. Latvia* avsnitt 89. En annen implikasjon av prinsippet er den såkalte «pilotdomsproseduren». Nærmere om dette i ECtHR (2010) avsnitt 25–26 og *Settem* (2016) s. 122.

⁴⁰⁰ Aall (2015) s. 157–158.

⁴⁰¹ Christoffersen (2009) s. 251.

an unlimited power of appreciation. The Court ... is empowered to give the final ruling ...The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision. Such supervision concerns both the aim of the measure challenged and its ‘necessity’; it covers not only the basic legislation but also the decisions applying it, even one given by an independent court’.⁴⁰²

Skjønnsmarginen gir altså nasjonale myndigheter en viss frihet ved tolkningen av konvensjonsrettighetene. EMD har beskrevet skjønnsmarginen som «a tool to define relations between the domestic authorities and the Court».⁴⁰³ Det er ved EMDs overprøving av det aktuelle inngrepets forholdsmessighet at skjønnsmarginen – som et funksjonelt utslag av subsidiaritetsprinsippet – har størst betydning.⁴⁰⁴ Ut fra en anerkjennelse av nasjonale myndigheters direkte demokratiske legitimitet, vil EMD tillegge konvensjonsstatenes egne vurderinger av inngrepets proporsjonalitet en viss vekt.⁴⁰⁵ Nasjonale myndigheters kunnskap og nærhet til saken tilsier dessuten at de er bedre egnet («better placed») til å vurdere det mangfold av faktorer som gjør seg gjeldende i hver enkelt sak.⁴⁰⁶ Skjønnsmarginen er imidlertid ikke ubegrenset; EMD forbeholder seg det siste ordet («to give the final ruling»)⁴⁰⁷

I hvor stor grad statens vurdering tillegges vekt, beror på en rekke forhold, herunder hvilket rettighetsområde det gripes inn i, og hvor tyngende det aktuelle inngrepet er. *Behovet* for en inngående prøving fra EMDs side er dessuten mindre på enkelte områder, eksempelvis der det ikke kan påvises noen europeisk standard eller konsensus om det aktuelle forholdet.⁴⁰⁸ Gjennom skjønnsmarginen får subsidiaritetsprinsippet med andre ord betydning for EMDs *prøvingsintensitet* ved behandlingen av ulike klagesaker.

Enkelte forhold setter også i praksis en viss grense for EMDs prøvingsintensitet. Etersom det ikke finnes noen utøvende makt som kan sikre at konvensjonsstatene etterlever EMDs avgjørelser, er det opp til statene å innrette seg etter avgjørelsene. Domstolen er følgelig avhengig av nasjonalstatenes fortsatte tilslutning og respekt.⁴⁰⁹ Dersom EMD ved overprøvingen griper inn i demokratisk vedtatte lover, eller treffer avgjørelser som er uforenlige med nasjonal konstitusjonell rett, vil det kunne skape friksjon mellom EMK og nasjonale

⁴⁰² *Handyside v. the United Kingdom* avsnitt 48–49.

⁴⁰³ *A. and Others v. the United Kingdom* avsnitt 184.

⁴⁰⁴ ECtHR (2010) avsnitt 45.

⁴⁰⁵ Se *Spano* (2015) s. 4 og *Møse* (2017) s. 42–43.

⁴⁰⁶ ECtHR (2010) avsnitt 45.

⁴⁰⁷ *Jf. Handyside-dommen*, sitert ovenfor.

⁴⁰⁸ Nærmere om dette i *Aall* (2015) s. 159–164 og *Møse* (2017) s. 43.

⁴⁰⁹ *Kierulf* (2009) s. 262.

rettssystemer.⁴¹⁰ De senere årene har konvensjonssamarbeidet i større grad enn tidligere vært preget av en viss friksjon på dette området.⁴¹¹ Denne friksjonen er noe av bakgrunnen for de tiltak som er iverksatt de senere årene som tar sikte på å styrke subsidiaritetsprinsippet.

6.3. Kritikken mot EMD og Europarådserklæringene

Siden begynnelsen av 2000-tallet har flere konvensjonsstater uttrykt en viss misnøye overfor EMDs dynamiske fortolkning av EMK-rettighetene. Enkelte har tatt til orde for at EMD går for langt i å videreutvikle innholdet i konvensjonsrettighetene, og overprøve nasjonale vurderinger.⁴¹² Misnøyen har resultert i en viss skepsis mot å innrette seg etter EMDs avgjørelser i enkelte konvensjonsstater.

Eksempelvis fastslo en russisk domstol i juni 2015 at Russland ikke er forpliktet til å følge avgjørelser fra EMD som menes å være i strid med grunnloven. President Putin undertegnet samme år et presidentdirektiv som overlater til den russiske konstitusjonsdomstol å ta stilling til hvorvidt EMDs fellende dommer skal gjennomføres. Aserbajdsjan har vist en lignende tilnærming.⁴¹³

Enkelte fellende dommer mot vest-europeiske stater har skapt vel så sterk kritikk mot EMD de senere årene. Det gjelder særlig Storbritannia, der EMDs fellende dom i Hirst mot Storbritannia vakte sterke reaksjoner. EMD fastslo at den generelle nektelsen av stemmerett for straffedømte innsatt i fengsel – en ordning som hadde lang tradisjon i Storbritannia – krenket klagernes rett til frie valg etter EMK P1 artikkel 3.⁴¹⁴ Daværende statsminister David Cameron kommenterte dommen i 2010, og sa det gjorde ham «physically ill to contemplate giving the vote to prisoners».⁴¹⁵ Nåværende statsminister Theresa May har vist en lignende tilnærming i forbindelse med iverksetting av tiltak mot terror.⁴¹⁶ I kraft av sitt formannskap i Europarådet

⁴¹⁰ Se Rui (2017) s. 127 og Skoghøy (2011a) s. 530. For mye tilbakeholdenhet vil imidlertid støte an mot prinsippet om effektiv beskyttelse, se ECtHR (2010) avsnitt 13–15.

⁴¹¹ I samme retning, se Bårdsen (2017c) s. 78.

⁴¹² Fra et norsk perspektiv, se Backer (2009).

⁴¹³ Aall (2017) s. 431.

⁴¹⁴ Til tross for domfellelsen har Storbritannia i hovedsak opprettholdt sin lovgivning, hvilket har avfødt nye klager til EMD, se Greens and M.T. v. the United Kingdom. Nærmere om dette i Skoghøy (2011a) s. 517–519 og Gerards (2017) s. 143–144.

⁴¹⁵ Slack and Robinson (2012), jf. Rui (2013) s. 52–53.

⁴¹⁶ Se Aall (2017) s. 431 med videre henvisninger. Storbritannia har tidligere vurdert å melde seg helt ut av EMK, som et svar på det de mener er feiltolkninger av konvensjonens innhold, se The Week (2017). Holdningen kan ses i lys av Brexit og Storbritannias skepsis til internasjonal overprøving innenfor EU-systemet. Nærmere om den britiske kritikken mot EMD i Spano (2014).

har også den danske regjeringen nylig tatt til orde for å begrense EMDs rolle som overprøvningsmekanisme.⁴¹⁷ Denne misnøyen blant flere stater er ikke uproblematisk: Dersom EMD treffer for mange avgjørelser der konvensjonsstatene mener domstolen har gått for langt, vil gjennomslagskraften av EMDs avgjørelser kunne bli redusert.⁴¹⁸

Dette er en av grunnene til at Europarådet og EMD siden 2010 har avholdt fem konferanser, som har resultert i fem erklæringer, med formål om å reformere konvensjonssystemet gjennom en rekke tiltak. Ett av tiltakene som fremheves, er viktigheten av at EMD utøver sin virksomhet i henhold til nettopp subsidiaritetsprinsippet.⁴¹⁹ Den tredje erklæringen, Brighton-erklæringen fra 2013, resulterte i en ny protokoll 15 til EMK, der subsidiaritetsprinsippet er besluttet inntatt i konvensjonens fortale (preambelet).⁴²⁰ Den nye setningen i fortalen vil lyde:

«Affirming that the High Contracting Parties, *in accordance with the principle of subsidiarity*, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a *margin of appreciation*, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention».⁴²¹

Fortalen regnes som en del av konvensjonens tekst, og gir ifølge EMD holdepunkter for hvilke formål konvensjonen bygger på.⁴²² Protokoll 15 *kan* derfor føre til at subsidiaritetsprinsippet og statens skjønnsmargin styrkes i EMDs tolkninger av konvensjonsrettighetene. Det er imidlertid delte meninger om dette.⁴²³ Etter min mening må den nye setningen i fortalen uansett ses som et *signal* fra konvensjonsstatene om at

⁴¹⁷ Se Lauritzen (2017).

⁴¹⁸ Se også dokument 16 (2011–2012) s. 52.

⁴¹⁹ Reformarbeidet må ses i sammenheng med formålet om å redusere den enorme saksbelastningen EMD står overfor. Tanken synes å være at dersom nasjonale myndigheter tar sitt primæransvar etter konvensjonen på alvor, og selv leverer et akseptabelt beskyttelsesnivå av konvensjonsrettighetene, er det større sjanser for at saksbelastningen reduseres, se Brems (2017) s. 24. Det er imidlertid ikke gitt at en styrking av subsidiaritetsprinsippet i EMDs praksis vil bidra til å begrense saksbelastningen, se Rui (2013) s. 52. Nærmere om årsaken til saksbelastningen i Christoffersen (2009) s. 21 og Rui (2013) s. 29–37.

⁴²⁰ Protokollen er foreløpig ikke akseptert av alle medlemsstatene, men det er grunn til å tro at den blir gjeldende rett i overskuelig fremtid, se Emberland (2013) s. 513.

⁴²¹ Council of Europe, Protocol no. 15 (2013) s. 2 (min utheving).

⁴²² *Golder v. the United Kingdom* avsnitt 34, jf. også Wien-konvensjonen artikkel 31 annet ledd.

⁴²³ Se diskusjonen i Emberland (2013) og Wessel-Aas (2013).

subsidiaritetsprinsippet må tas på alvor; dette er også fremhevet i alle fem Europarådserklæringene.⁴²⁴ Brighton-erklæringen er særlig tydelig:

«The Conference therefore ... [w]elcomes the development by the Court in its case law of *principles such as subsidiarity and the margin of appreciation*, and encourages the Court to give great prominence to and apply consistently these principles in its judgments».⁴²⁵

Konvensjonsstatene oppfordrer altså EMD til å legge særlig vekt på subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i sine avgjørelser.⁴²⁶ Dette er gjentatt i den nylig formulerte København-erklæringen.⁴²⁷

En styrking og videreutvikling av subsidiaritetsprinsippet innebærer forpliktelser for alle involverte parter. For det første må konvensjonsstatene ta på alvor deres hovedansvar for å sikre konvensjonsrettighetene, og levere et akseptabelt beskyttelsesnivå. For det andre må EMD respektere at det er nasjonalstatene som har dette hovedansvaret, og ikke gå *for* langt i å detaljregulere innholdet i konvensjonsrettighetene. Domstolen må snarere respektere nasjonale myndigheters demokratisk vedtatte lover og beslutningsprosesser.⁴²⁸ I europarettlig teori har flere tatt til orde for at EMD har tatt disse signalene fra konvensjonsstatene på alvor, ved å innta en mer tilbakeholden rolle i overprøvingen på enkelte områder.⁴²⁹ I det følgende undersøker jeg utvalgte avgjørelser fra EMD, som illustrerer denne utviklingen. Siktemålet er ikke å skape et dekkende bilde; avgjørelsene utgjør kun eksempler på en tendens i EMDs overprøving av konvensjonsrettighetene de senere årene, som kan få betydning for tolkningen av grunnlovsrettighetene.

⁴²⁴ Council of Europe: Interlaken Declaration (2010) avsnitt 9 b, Izmir Declaration (2011) s. 2 avsnitt 4, Brighton Declaration (2012) avsnitt 12, Brussels Declaration (2015) s. 1 og Copenhagen Declaration (2018) avsnitt 31.

⁴²⁵ Council of Europe, Brighton Declaration (2012) avsnitt 12 a (min utheving).

⁴²⁶ Samme syn i Rui (2013) s. 35.

⁴²⁷ Se Council of Europe, Copenhagen Declaration (2018) avsnitt 31. Danmarks opprinnelige forslag til ny erklæring gikk atskillig lengre i å begrense EMDs rolle. Særlig ble asylretten fremhevet som et rettsområde der EMD skulle «holde fingrene av fatet», se Kolsrud (2018).

⁴²⁸ Brems omtaler dette som subsidiaritetsprinsippets to ansikter, der den «positive subsidiaritet» knytter seg til konvensjonsstatenes rolle som hovedansvarlige, mens den «negative subsidiaritet» gjelder EMDs prøvingsintensitet. Se Brems (2017) s. 22–23.

⁴²⁹ Se Brems (2017) s. 17–39, Andenæs (2015a) særlig s. 265, Rui (2013) s. 37–54, Rui (2017) særlig s. 149, Spano (2014), Spano (2015) særlig s. 4, Settem (2016) og Pedersen (2017) særlig s. 186 og s. 197–198.

6.4. Et styrket subsidiaritetsprinsipp – noen konsekvenser

6.4.1. Ytringsfrihet og retten til privatliv: Lillo Stenberg-dommen

Lillo Stenberg-dommen gjaldt et tilfelle av statens positive plikt til å sikre privates rettigheter, der disse rettighetene kom i konflikt med hverandre.⁴³⁰ Saken gjaldt bryllupet til artisten Lars Lillo-Stenberg og skuespiller Andrine Sæther som fant sted på en privateid holme i Oslofjorden. Ukebladet «Se og Hør» var til stede for å dekke vigselen, uten at brudeparet hadde samtykket til det. De to kjendisene anla derfor sak mot Se og Hør for det de mente var en krenkelse av deres privatliv etter EMK artikkel 8. Ukebladet hevdet på sin side at publiseringen av bildene var beskyttet av ytringsfriheten i EMK artikkel 10. Brudeparets rett til respekt for privatlivets fred måtte altså avveies mot ukebladets rett til ytringsfrihet.⁴³¹

Høyesteretts flertall (tre dommere) balanserte rettighetene mot hverandre, og fant ut fra en helhetsvurdering at reportasjen ikke innebar en rettsstridig krenkelse av privatlivets fred.⁴³² Det ble blant annet lagt vekt på at reportasjen ikke inneholdt kritikk eller noe som kunne fremstå som belastende for ekteparet, samt at det dreide seg om en vigsel med et «ekstraordinært opplegg» som fant sted på et område som var allment tilgjengelig etter frilufsloven og åpent for innsyn.⁴³³ Mindretallet (to dommere) kom derimot til motsatt resultat: Det dreide seg om en privat vielsesseremoni som brudeparet ønsket å holde for seg selv, og reportasjen bar preg av å være en ren «kjendisreportasje hvis eneste hensikt [var] å underholde leserne».⁴³⁴ Bruken av telelinse på drøye 200 meters avstand ga dessuten hendelsen et preg av «skjult kamera», hvilket talte i ukebladets disfavør.⁴³⁵

Saken kom opp for EMD i 2014, som fant at retten til respekt for privatliv ikke var krenket. Det er interessant å merke seg at statens anførsel om at EMD måtte avstå fra å erstatte den nasjonale domstolens vurdering med sin egen, er direkte koblet til Brighton-erklæringen: En bred skjønnsmargin ville «be fully in line with the strengthening of the principle of subsidiarity, as most recently reinforced by the Member States in their Brighton

⁴³⁰ Nærmere om kolliderende rettigheter og den positive sikreplikt i Christoffersen (2009) s. 108–110.

⁴³¹ I EMDs praksis er det stadfestet at dette er prosessuelt likestilte rettigheter; det spiller altså ingen rolle om klageren er den som mener artikkel 8 er krenket, eller om klageren er den som mener ytringsfriheten etter artikkel 10 er krenket, se Von Hannover v. Germany (No. 2) avsnitt 106. Nærmere om denne «balansetesten» i Bekkedal (2014) særlig s. 320–322.

⁴³² Rt. 2008 s. 1089 A avsnitt 54.

⁴³³ Avsnitt 47 og 50.

⁴³⁴ Avsnitt 62–64 og 67.

⁴³⁵ Avsnitt 69.

Declaration». ⁴³⁶ Selv om EMD ikke nevnte subsidiaritetsprinsippet eksplisitt i sine premisser, illustrerer avgjørelsen etter mitt syn at domstolen lyttet til disse signalene.

EMD viste først til storkammerdommene Axel Springer og Von Hannover (No. 2), der domstolen nylig hadde «set out the relevant principles to be applied» i saker der ytringsfriheten og privatlivets fred må balanseres mot hverandre. ⁴³⁷ EMD så deretter til både flertallet og mindretallets anvendelse og avveining av disse kriteriene, der Høyesterett hadde sett hen til relevant konvensjonspraksis. ⁴³⁸ Deretter ble det enstemmig uttalt:

«In the opinion of the Court, *both the majority and the minority* of the Norwegian Supreme Court carefully balanced the right of freedom of expression with the right to respect for private life, and *explicitly took into account the criteria set out in the Court's case-law*, notably in Von Hannover (no. 2) and Axel Springer AG. ... The Court therefore finds reason to point out that, *although opinions may differ on the outcome of a judgment*, 'where the balancing exercise has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require *strong reasons* to substitute its view for that of the domestic courts' ... In these circumstances, and having regard to *the margin of appreciation* enjoyed by the national courts when balancing competing interests, the Court concludes that the supreme Court did not fail to comply with its obligations under Article 8 of the Convention». ⁴³⁹

EMD innrømmet altså Høyesterett en bred skjønnsmargin, og la avgjørende vekt på at både flertallet og mindretallet hadde foretatt en grundig avveining, basert på de *kriterier* konvensjonspraksis gir anvisning på. I et slikt tilfelle skulle det sterke grunner («strong reasons») til for å tilsidesette den nasjonale domstolens avveining. EMD uttalte seg ikke om hvorvidt den var enig i den konkrete avveiningen; dette spilte tilsynelatende ingen rolle («opinions may differ on the outcome»). Det avgjørende for EMD var følgelig ikke hvilket resultat Høyesterett kom til, men *hvordan* Høyesterett gikk frem for å komme til dette resultatet. Domstolen viste slik tilbakeholdenhet ved overprøvingen av Høyesteretts konkrete, *materielle* avveining, men fokuserte mer på de *prosessuelle* sidene ved avveiningen av de kolliderende

⁴³⁶ Lillo Stenberg and Sæther v. Norway avsnitt 18.

⁴³⁷ De fem relevante kriteriene fremgår av dommens avsnitt 34. Se også Axel Springer AG v. Germany avsnitt 89–95 og Von Hannover v. Germany (No. 2) avsnitt 108–113.

⁴³⁸ Lillo Stenberg and Sæther v. Norway avsnitt 35–43. Høyesteretts avgjørelse ble avsagt før Axel Springer og Von Hannover (No. 2) ble avsagt av EMD. Høyesterett hadde imidlertid (korrekt) sett hen til den såkalte Caroline-saken (Von Hannover v. Germany No. 1).

⁴³⁹ Lillo Stenberg and Sæther v. Norway avsnitt 44–45 (min utheving).

konvensjonsrettighetene.⁴⁴⁰ Tatt i betraktning at også mindretallet hadde anvendt de relevante kriteriene i konvensjonspraksis, er det nærliggende å anta at EMD heller ikke ville konstatert krenkelse dersom mindretallets standpunkt hadde fått flertall.⁴⁴¹

Lillo Stenberg-avgjørelsen illustrerer først og fremst at staten tilkjennes en vid skjønnsmargin der *kolliderende* rettigheter må avveies mot hverandre.⁴⁴² For det andre illustrerer den vektleggingen av subsidiaritetsprinsippet gjennom en forholdsvis lav *prøvingsintensitet*. For det tredje illustrerer avgjørelsen en interessant fremgangsmåte fra EMDs side: Domstolen oppstiller relevante kriterier til bruk for nasjonale domstoler, for så å overlate selve *anvendelsen* av disse kriteriene til nasjonale myndigheter. Som vi skal se straks nedenfor, har EMD vist en lignende tilnærming ved overprøvingen av også andre konvensjonsrettigheter.

6.4.2. Retten til en rettferdig rettergang i straffesaker: Ibrahim-dommen

Storkammerdommen Ibrahim mot Storbritannia gjaldt spørsmålet om det utgjorde brudd på artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav c at fire mistenkte fikk begrenset tilgang til bistand av advokat under politiavhør, og at politiforklaringene ble brukt som bevis. Klagerne var mistenkt for forsøk på detonering av bomber, kort tid etter terroren som rammet London den 21. juli 2005. Med grunnlag i nasjonal anti-terrorlovgivning fikk de mistenkte ikke anledning til å ha bistand av advokat under den innledende fasen av avhørene. Disse avhørene ble brukt som bevis i straffesaken, som endte med at tre av de tiltalte ble dømt til fengsel på livstid. Oppmerksomheten rettes her mot disse tre klagernes sak for EMD.

EMD har vurdert lignende spørsmål tidligere. I Salduz mot Tyrkia ble det lagt til grunn at siktede som klar hovedregel («as a rule») har rett til å la seg bistå av advokat ved politiavhør. Det må foreligge tvingende grunner («compelling reasons») for å gjøre unntak fra denne regelen.⁴⁴³ I Ibrahim-saken modifiserte EMD dette utgangspunktet:

⁴⁴⁰ Samme syn i Bårdsen (2014) s. 9 og Møse (2017) s. 49. Enkelte har imidlertid vært kritiske til Høyesteretts avgjørelse. Borvik mener flertallet hadde misforstått premissene i Von Hannover v. Germany (No. 1), ettersom de mente bruken av teelinse talte i Ukebladets *favør* (Rt. 2008 s. 1089 A avsnitt 52), se Borvik (2008). Det kan derfor argumenteres for at EMD burde foretatt en avklaring med hensyn til tolkningen av dette kriteriet. Flertallets avgjørelse er også kritisert i Wessel-Aas (2008) særlig s. 599–608 og Mestad (2008). Kritikken imøtegås i Bekkedal (2008) særlig s. 331–333.

⁴⁴¹ Samme syn i Settem (2016) s. 130–131, Backer (2017) s. 232, Bekkedal (2014) s. 333 og Andenæs (2015b).

⁴⁴² Se også Aall (2015) s. 159–160.

⁴⁴³ Se Salduz v. Turkey avsnitt 55. Dette er fulgt opp i senere avgjørelser fra EMD.

«The test set out in *Salduz* for assessing whether a restriction on access to a lawyer is compatible with the right to a fair trial is composed of *two stages*. In the first stage the Court must assess whether there were *compelling reasons* for the restriction. In the second stage, it must *evaluate the prejudice caused* to the rights of the defence by the restriction in the case in question. In other words, the Court must examine the *impact of the restriction on the overall fairness* of the proceedings and decide whether *the proceedings as a whole were fair*».⁴⁴⁴

Det skulle altså foretas en vurdering i to ledd. Som i *Salduz*-dommen var det første spørsmålet om det forelå tvingende grunner for å begrense retten til advokatbistand. Et nytt vurderingstema ble imidlertid lagt til: Det skulle vurderes hvilke ulemper begrensningen medførte for siktedes rettigheter, og om disse ulempene innbar at rettergangen *totalt* sett ikke var rettferdig. EMD presiserte: «The absence of compelling reasons does not ... lead in itself to a finding of a violation of Article 6».⁴⁴⁵ Fraværet av tvingende grunner fører altså ikke i seg selv til krenkelse. Dette innebærer en *relativisering* i forhold til den *regel* som ble lagt til grunn i *Salduz*-saken.

Ved den konkrete vurderingen fant EMD at myndighetene på tilstrekkelig vis hadde påvist «compelling reasons» for å begrense klagernes rett til advokatbistand ved politiavhør. Det ble lagt vekt på at begrensningen, herunder bruken av forklaringen, hadde klar hjemmel i lov.⁴⁴⁶ Ved vurderingen av om ulempene dette innebar for klagerne medførte at rettergangen totalt sett ikke var rettferdig, oppstilte EMD en ikke-uttømmende liste med faktorer som var relevante å ta i betraktning.⁴⁴⁷ Samlet fant EMD at artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav c ikke var krenket. Her ble det lagt vekt på en rekke prosessuelle, betryggende aspekter: Klagerne hadde blitt informert om deres rett til å forholde seg taus, samt om årsaken til at deres rett til bistand ble begrenset.⁴⁴⁸ Videre hadde nasjonale domstoler foretatt en grundig vurdering av spørsmålet om mulig bevisavskjæring, og forklaringene utgjorde bare en del av bevisene som ble ført. Det var også av betydning at juryen ble gjort oppmerksom på at forklaringene var avgitt uten at de tiltalte hadde hatt advokatbistand.⁴⁴⁹ Avslutningsvis ble det uttalt:

⁴⁴⁴ *Ibrahim and Others v. the United Kingdom* avsnitt 257 (min utheving).

⁴⁴⁵ Avsnitt 262.

⁴⁴⁶ Avsnitt 276–278, jf. avsnitt 258.

⁴⁴⁷ Avsnitt 274.

⁴⁴⁸ Avsnitt 281.

⁴⁴⁹ Avsnitt 282–92.

«In conclusion, the Court is satisfied that notwithstanding the delay in affording the first three applicants access to legal advice and the admission at trial of statements made in the absence of legal advice, *the proceedings as a whole* in respect of each applicant were fair». ⁴⁵⁰

Dommen innebærer for det første en relativisering av retten til advokatbistand ved politiavhør, sammenlignet med den regel som tidligere har vært praktisert. For det andre viser premissene at spørsmålet om hvorvidt begrensningen av retten til advokatbistand innebærer en krenkelse av artikkel 6, må avgjøres ut fra en bred interesseavveining: Inngrepet i klagernes rettigheter ble veid opp mot kompensierende faktorer, som samlet sett medførte at rettergangen var rettferdig. For det tredje viser premissene hvilke momenter som er relevante i denne interesseavveiningen.

Et sentralt moment var om begrensningen i artikkel 6 hadde hjemmel i lov, herunder «whether the scope and content of any restrictions on legal advice were sufficiently circumscribed by law as to *guide operational decision-making* by those responsible for applying them». ⁴⁵¹ Ved å legge vekt på dette momentet, unngikk EMD å komme i konflikt med demokratisk vedtatt nasjonal *lovgivning*. EMD unngikk i tillegg å sette seg i den nasjonale *domstolens* sted. Ved spørsmålet om hvorvidt det forelå tvingende grunner, viste EMD til de grunner som var anført av staten, uten å foreta en selvstendig vurdering av om disse var tilfredsstillende. Det ble uttalt: «The Court finds that *the Government have convincingly demonstrated ... the existence of an urgent need to avert serious consequences for the life and physical integrity of the public*». ⁴⁵² Nasjonale behov og prioriteringer ble generelt tillagt vekt: «The *public interest* in preventing and punishing terrorist attacks of this magnitude ... is of the *most compelling nature*». ⁴⁵³

Denne fremgangsmåten har klare likhetstrekk med den inngrepsstruktur som særlig fremgår av EMK artikkel 8-11. ⁴⁵⁴ Spørsmålet om begrensningen i retten til advokatbistand ved politiavhør utgjorde en krenkelse av artikkel 6, fikk karakter av en helhetsvurdering, der det ble lagt vekt på om inngrepet hadde et klart rettsgrunnlag, og om det forfulgte et legitimt formål (etterforskning og avverging av terrorangrep). Videre ble det foretatt en interesseavveining

⁴⁵⁰ Avsnitt 294 (min utheving).

⁴⁵¹ Se avsnitt 258 (min utheving).

⁴⁵² Avsnitt 276 (min utheving).

⁴⁵³ Avsnitt 293 (min utheving).

⁴⁵⁴ Se punkt 5.2 ovenfor.

mellom ulempen av inngrepet for klagerne og kompenserende faktorer som tilsa at rettergangen totalt sett var rettferdig. Avveiningen tok form av en forholdsmessighetsvurdering, der nasjonale myndigheters vurderinger var av stor betydning.⁴⁵⁵

En lignende tilnærming, herunder en relativisering av regler som tidligere har vært praktisert som mer absolutte, kan identifiseres i enkelte andre storkammeravgjørelser av nyere dato ved tolkningen av andre rettergangsgarantier i EMK artikkel 6.⁴⁵⁶ Dette er en ny tendens i EMDs praksis, som etter mitt syn er naturlig å se i sammenheng med signalene i de ovenfor omtalte Europarådserklæringene.

6.4.3. Fra materiell til prosessuell kontroll?

Lillo Stenberg- og Ibrahim- dommene er ikke unike. Lillo Stenberg-dommen illustrerer en teknikk som synes å bli brukt stadig oftere ved tolkningen av særlig rettighetene i EMK artikkel 8-11: Der nasjonale domstoler har anvendt de kriterier EMD har oppstilt som relevante ved konvensjonstolkningen, overlates den nærmere anvendelsen og avveiningen av disse kriteriene til nasjonale myndigheter.⁴⁵⁷ Storkammerdommen *Bedat mot Sveits* utgjør et relativt ferskt eksempel på denne fremgangsmåten. Spørsmålet var her om ytringsfriheten i artikkel 10 var krenket fordi en journalist ble ilagt straff for å ha publisert informasjon som var omfattet av taushetsplikt (straffesaksdokumenter). Også her oppstilte EMD relevante momenter for vurderingen, som den deretter kontrollerte om nasjonale myndigheter hadde anvendt. Om intensiteten i denne kontrollen, ble det uttalt:

⁴⁵⁵ Den nylig avsatte storkammerdommen *Correia de Matos v. Portugal* representerer et neste trinn i denne utviklingen ved tolkningen av EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav c. Også her fant flertallet (9 mot 8 dommere), at rettergangen totalt sett var rettferdig, ut fra en helhetsvurdering (se særlig avsnitt 166). Mindretallet er kritisk til denne tilnærmingen, se særlig dissenterende dommer Sajós votum: «I have the opportunity to express my *reservations* regarding the mechanical application of the ‘overall fairness of the trial’ approach which seems to have prevailed in more recent judgments of the Grand Chamber, in disregard of a more nuanced previous line of case-law» (min utheving).

⁴⁵⁶ Se storkammerdommene *O’Halloran and Francis v. the United Kingdom* (retten til å forholde seg taus og ikke måtte bidra til egen domfellelse), *Allen v. the United Kingdom* (uskyldspresumsjonens vern mot uttalelser om straffskyld etter frifinnelse) og *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* (retten til krysseksaminasjon av vitner). I sistnevnte avgjørelse justerte EMD sin praksis på grunnlag av overbevisende argumentasjon fra House of Lords, se Møse (2017) s. 62. Disse avgjørelsene analyseres inngående i Rui (2017) s. 126–157.

⁴⁵⁷ Se også Rui (2017) s. 147.

«Where national authorities have weighed up the interests at stake in compliance with the *criteria laid down* in the Court's case-law, *strong reasons* are required if it is to substitute its view for that of the domestic courts».⁴⁵⁸

I stedet for å foreta en selvstendig, materiell innholdskontroll, undersøker EMD hvorvidt den nasjonale domstolen har anvendt de kriterier EMDs praksis gir anvisning på. Der dette er tilfellet, viker EMD tilbake fra å konstatere krenkelse, med mindre sterke grunner («strong reasons») taler for å sette den nasjonale domstolens vurdering til side.⁴⁵⁹

Denne teknikken gir rom for fleksible løsninger der rettighetene i artikkel 8-11 kommer i konflikt med hverandre, og der positive plikter for staten utløses. Her må det foretas skjønsmessige avveininger, som ofte har et politisk tilsnitt. Dette er momenter som generelt taler for en bred skjønnsmargin, og en noe mer tilbakeholden rolle i overprøvingen.⁴⁶⁰

Artikkel 6 skiller seg i utgangspunktet fra disse konvensjonsrettighetene ved at bestemmelsen i større grad gir uttrykk for absolutte rettergangsregler, der statene tradisjonelt sett er innrømmet en smalere skjønnsmargin. Likevel illustrerer Ibrahim-dommen en lignende tilnærming fra EMDs side ved tolkningen av ett av elementene i retten til en rettfærdig rettergang. Det som i tidligere praksis hadde vært lagt til grunn som en regel, gikk over til å bli en relativ standard der en forholdsmessighetsvurdering inngår. Dette gir større fleksibilitet til både den nasjonale lovgiver og nasjonale domstoler. En viss tendens til en lignende relativisering kan også identifiseres ved EMDs overprøving av retten til frihet og sikkerhet i EMK artikkel 5.⁴⁶¹

Det er et gjennomgående trekk ved de dommene som her er omtalt at kvaliteten på nasjonale myndigheters vurdering av inngrepets forholdsmessighet vektlegges. I storkammerdommen *Animal Defenders*, som gjaldt inngrep i ytringsfriheten, uttalte EMD seg tydelig om dette:

«[I]n order to determine the proportionality of a general measure, the Court must primarily assess the legislative choices underlying it ... The *quality of the parliamentary and*

⁴⁵⁸ *Bedat v. Switzerland* avsnitt 54 (min utheving).

⁴⁵⁹ Se også *Lillo Stenberg and Sæther v. Norway* avsnitt 44.

⁴⁶⁰ Se *Aall* (2015) s. 160–161.

⁴⁶¹ Se *Austin and Others v. the United Kingdom*. Her foretok flertallet ingen selvstendig vurdering av de såkalte Engel-kriteriene ved spørsmålet om hva som utgjør «deprivation of liberty» i artikkel 5 (se *Engel and Others v. the Netherlands* avsnitt 59). I stedet fikk innholdet i begrepet frihetsberøvelse en relativ karakter, der nasjonale vurderinger ble tillagt stor vekt. Dommen analyseres inngående i *Rui* (2013) s. 37–43.

judicial review of the necessity of the measure is of particular importance in this respect, including the operation of the relevant margin of appreciation». ⁴⁶²

Der nasjonale myndigheter har foretatt en grundig vurdering av inngrepets forholdsmessighet, er det altså mindre grunn til at EMD skal foreta en selvstendig overprøving av utfallet av vurderingen. ⁴⁶³

Operasjonaliseringen av subsidiaritetsprinsippet fører i disse dommene til at EMDs overprøving får en noe annerledes form: I stedet for å (utelukkende) foreta en selvstendig, *materiell* overprøving av nasjonale myndigheters konkrete vurderinger, fokuseres det på *prosessuelle* aspekter. ⁴⁶⁴ Denne endringen i EMDs praksis har ikke gått upåaktet hen i europarettlig teori. Utviklingen har blant annet blitt omtalt som en «procedural turn», «a shift from a substantive to a procedural review» og «a paradigm shift». ⁴⁶⁵ Den islandske EMD-dommeren Robert Spano har dessuten proklamert: «... the next phase in the life of the Strasbourg Court might be defined as the age of subsidiarity». ⁴⁶⁶ Han fastslår videre:

«The Strasbourg Court is currently in the process of reformulating the substantive and procedural criteria that regulate the appropriate level of deference to be afforded to the Member States so as to implement a more robust and coherent concept of subsidiarity in conformity with Brighton and Protocol 15 ... With this *qualitative, democracy-enhancing approach*, the Court's reformulation or refinement of the principle of subsidiarity, and the margin of appreciation, introduces a *clear procedural dimension*...». ⁴⁶⁷

I europarettlig teori pågår det nå en diskusjon om hva denne endringen i EMDs praksis innebærer for konvensjonssamarbeidet, arbeidsfordelingen og dialogen mellom EMD og nasjonale domstoler. ⁴⁶⁸ I det følgende rettes oppmerksomheten mot Norge, i det jeg undersøker

⁴⁶² *Animal Defenders International v. the United Kingdom* avsnitt 108 (min utheving).

⁴⁶³ Samme syn i Settem (2016) s. 136–137. Storkammerdommen *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland*, som gjaldt inngrep i artikkel 10, gir nok et eksempel på at nasjonale myndigheters grundige og detaljerte begrunnelser ble tillagt vekt i favør av staten, se avsnitt 67–76. Klagernes anførsler i *Lindheim and others v. Norway* illustrerer den andre siden av dette. Med henvisning til *Hirst v. the United Kingdom*, anførte de: «[I]t could be deduced that the margin of appreciation would be narrower when Parliament had not analysed and carefully weighed the competing interests or assessed the proportionality of blanket rules» (avsnitt 85). Dette ble klagerne hørt med, se Andenæs (2015a) s. 275–276.

⁴⁶⁴ Se Brems (2017) s. 17 flg., Pedersen (2017) s. 198, Nyhus (2016) s. 367 og Sørensen (2014) s. 349.

⁴⁶⁵ Se henholdsvis Brems (2017) s. 17, Nussberger (2017) s. 161 og Rui (2013) s. 54.

⁴⁶⁶ Spano (2014) s. 491.

⁴⁶⁷ Spano (2014) s. 498. En lignende uttalelse finnes også i Spano (2016) s. 5–6.

⁴⁶⁸ Se Brems (2017), Gerards (2017), Nussberger (2017), Spano (2014) og Spano (2015).

hvilke implikasjoner denne utviklingen i EMDs praksis har for tolkningen av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.

6.5. Implikasjoner for grunnlovstolkningen

6.5.1. Der EMK ikke gir klare føringer

En prosessuell tilnærming til vanskelige tolkningsspørsmål etter konvensjonen, gir nasjonale myndigheter større frihet ved *materielle* vurderinger. Dette tilsier at ulike løsninger i større grad enn tidligere vil kunne bli lagt til grunn i ulike konvensjonsstater. Slik Spano uttrykker det, innebærer et styrket subsidiaritetsprinsipp et mindre standardisert beskyttelsesnivå i Europarådets medlemsstater: «The unequivocal call for an increased emphasis by the Strasbourg Court on applying a robust and coherent concept of subsidiarity is thus, by definition, a call for an *increased diversity in the protection of human rights in Europe*».⁴⁶⁹

Selv om de kriterier EMD har oppstilt i praksis gir nasjonale myndigheter veiledning ved den avveiningen forholdsmessighetsvurderingen forutsetter, vil *anvendelsen* av disse kriteriene kunne resultere i ulike, akseptable løsninger. En konsekvens av utviklingen i retning av en mer prosessorientert kontroll, er dermed at EMDs avgjørelser vil kunne bli mindre rettsavklarende.⁴⁷⁰ Det oppstår med andre ord et «tomrom» i EMDs praksis ved anvendelsen av forholdsmessighetsvurderingen.⁴⁷¹ Her avveies de motstridende interesser og hensyn mot hverandre, og det konkrete utfallet av vurderingen vil kunne avhenge av samfunnsforholdene og den rettslige og politiske kulturen i nasjonalstaten.⁴⁷² På dette området får med andre ord et styrket subsidiaritetsprinsipp direkte konsekvenser.

For norske domstoler vil dette «tomrommet» kunne innebære at man ikke nødvendigvis vil finne noe endelig og presist svar i EMDs praksis ved anvendelsen av forholdsmessighetsvurderingen etter konvensjonsrettighetene. Som vi har sett, er forholdsmessighetsvurderingen i økende grad innfortolket i Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.⁴⁷³ Følgelig vil EMK – slik konvensjonen er fortolket av EMD – ikke nødvendigvis gi klare føringer ved vurderingen av hva som er et egnet, nødvendig

⁴⁶⁹ Spano (2015) s. 5.

⁴⁷⁰ I samme retning, se Nyhus (2016) s. 369 og Sørensen (2014) s. 368.

⁴⁷¹ Se også Rui (2017) s. 172.

⁴⁷² Se Settem (2016) s. 125.

⁴⁷³ Se kapittel 5.

og proporsjonalt inngrep i grunnlovsrettighetene.⁴⁷⁴ Et styrket subsidiaritetsprinsipp vil derfor kunne medføre at betydningen av EMK reduseres ved den konstitusjonelle forholdsmessighetsvurderingen. Et viktig spørsmål som oppstår i denne sammenheng er i hvilken grad dette tomrommet bør «fylles» av norske domstoler, og i så fall hvordan.

Når det gjelder den relativisering av enkelte rettergangsgarantier i artikkel 6 som Ibrahim-dommen illustrerer, kan det trekkes en linje tilbake til spørsmålet om i hvilke situasjoner Grunnloven bør gi et sterkere rettighetsvern enn EMK. En eventuell utvikling i retning av mer relativisering av absolutte regler fra EMDs side, betyr ikke at Høyesterett bør legge seg på samme linje: Høyesterett kan derimot velge å opprettholde EMDs tidligere «regler» og tidligere nivå på dette området, og tolke Grunnloven § 95 mer ambisiøst enn det som måtte følge av EMDs tolkning av artikkel 6.⁴⁷⁵ Skjæringstidspunktet i Maria-dommen kan sies å støtte en slik tolkning, der den aktuelle dommen fra EMD er avsagt etter mai 2014.⁴⁷⁶

På området for kolliderende rettigheter, er Høyesterett *nødt* til å lande på et konkret resultat i den avveiningen forholdsmessighetsvurderingen forutsetter. I motsetning til EMD kan Høyesterett ikke vike tilbake for å ta et valg, med henvisning til at underordnede domstoler har foretatt en betryggende avveining. Etter mitt syn bør derfor Høyesterett foreta en grundigere og mer intensiv kontroll enn det EMD ville gjort på dette området. Viktige spørsmål i tiden fremover er derfor hvilke kriterier, hensyn og rettskilder som bør inngå i den konstitusjonelle forholdsmessighetsvurderingen ved inngrep i grunnlovsrettighetene.⁴⁷⁷ Det kan her minnes om at implementeringen av en proporsjonalitetsvurdering i Grunnloven er en nyvinning i konstitusjonell praksis.⁴⁷⁸

Innholdet i det konstitusjonelle forholdsmessighetskravet har ikke bare betydning for individets rettighetsbeskyttelse etter Grunnloven, i forhold til myndighetenes behov for inngrep. Innholdet i Grunnlovens forholdsmessighetskrav vil også ha betydning for balansen mellom den lovgivende, utøvende og dømmende makt. Et viktig spørsmål i denne sammenheng er i hvilken grad norske domstoler skal vektlegge *lovgivers* vurderinger av det aktuelle inngrepets forholdsmessighet. Det vil føre for langt å gå i dybden på dette spørsmålet her.

⁴⁷⁴ Se HR-2018-104-A avsnitt 23.

⁴⁷⁵ Jf. kapittel 3.4 ovenfor.

⁴⁷⁶ Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 57. Se punkt 3.5.4 ovenfor.

⁴⁷⁷ I noe samme retning, se Bårdsen (2017b) s. 6. Tolkingspraksis fra andre konstitusjonsdomstoler kan her være relevant. Bårdsen antyder at Høyesterett også i dag følger med på praksis fra toneangivende konstitusjonsdomstoler, se Bårdsen (2015b) s. 309. Se også Sunde (2015) s. 474.

⁴⁷⁸ Rui (2018) s. 129 og Høgberg (2010b) s. 304.

Avslutningsvis vil jeg likevel komme med noen kortfattede refleksjoner om grunnlaget for prøvingsintensiteten.

6.5.2. Utfordring av det graderte grunnlovsvernet?

Ved spørsmålet om hvor intensiv domstolenes prøving med lovers grunnlovsmessighet skal være, har Kløfta- og Borthen-dommenes lære om det graderte grunnlovsvernet vært gitt en viktig rolle.⁴⁷⁹ Ifølge denne læren skal domstolenes prøving være intensiv for grunnlovsbestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, mens Stortingets syn i «vid utstrekning» skal respekteres for grunnlovsbestemmelser som regulerer interne arbeidsforhold i statsforvaltningen. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter står i en mellomstilling.⁴⁸⁰ Spørsmålet i det følgende er hvilken betydning det graderte grunnlovsvernet kan og bør ha for prøvingsintensiteten med forholdsmessighetskravet. Grunnloven stiller til lover som griper inn i menneskerettighetene.

Først og fremst er det uklart om det graderte grunnlovsvernet i realiteten er dekkende for Høyesteretts praksis i grunnlovssaker i dag.⁴⁸¹ Det er vist til lærens «tredeling» i en rekke saker siden Borthen-dommen, men det ser ikke ut til at graderingen har vært avgjørende for resultatet.⁴⁸² Prøvingsintensiteten synes å ha økt, i den forstand at betydningen av Stortingets syn generelt er redusert, og særlig ved prøvingen av økonomiske rettigheter.⁴⁸³ I juridisk teori har derfor flere tatt til orde for at det graderte grunnlovsvernet har utspilt sin rolle.⁴⁸⁴ Dette ses gjerne i sammenheng med internasjonaliseringen av retten, og Høyesteretts økende prøving av norske lover opp mot EMK og andre internasjonale konvensjoner («den andre prøvingsretten»)⁴⁸⁵.

⁴⁷⁹ Rt. 1976 s. 1 P, stadfestet 20 år senere i Rt. 1996 s. 1415 P, se Holmøyvik (2016) s. 210.

⁴⁸⁰ Rt. 1976 s. 1 P på s. 5–6 og Rt. 1996 s. 1415 P på s. 1429.

⁴⁸¹ Se Holmøyvik (2016) s. 210–227, Solheim (2014) s. 15 flg. og Tverberg (2013) s. 287–293.

⁴⁸² Se Smith (2017a) s. 326 med videre henvisninger.

⁴⁸³ Rt. 2010 s. 143 P (Rederiskatt) er særlig illustrerende. Her fant Høyesterett at Stortinget hadde gjort en grundig vurdering av grunnlovsspørsmålet. Likevel slo flertallet fast at det ikke kunne legges vekt på Stortingets interesseavveining, da Stortinget hadde lagt feil grunnlovsnorm til grunn, se avsnitt 172. Samme år satte Høyesterett også til side to andre vedtak, se Rt. 2010 s. 535 P (OVF) og Rt. 2010 s. 1445 P (Krigsforbryter). Nærmere om utviklingen i Solheim (2014) s. 15 flg. og Holmøyvik (2016) s. 210–227.

⁴⁸⁴ Skoghøy (2011b) s. 278–280, Skjerdal (2013) s. 294, Holmøyvik (2016) s. 227 og Smith (2017a) s. 324. For et noe annet syn, se Tverberg (2013) s. 303.

⁴⁸⁵ Se Solheim (2014) s. 34–41 og Høgberg (2017) s. 219.

Utviklingen etter grunnlovsrevisjonen kan sies å utfordre det graderte grunnlovsvernet ytterligere.⁴⁸⁶ Slik jeg ser det, er det særlig tre grunner til dette. For det første er det uklart hvordan læren skal anvendes etter moderniseringen av Grunnlovens menneskerettighetskatalog. Flere av de nye grunnlovsrettighetene er vanskelig å plassere i tredelingens to rettighetskategorier, og tredelingen gir heller ikke veiledning ved avveiningen som må foretas mellom kolliderende rettigheter.⁴⁸⁷ Det er for så vidt illustrerende at tredelingen heller ikke er nevnt i sentrale saker om grunnlovstolkning siden revisjonen.

For det andre skal grunnlovsrettighetene, herunder forholdsmessighetskravet, tolkes i lys av EMK og EMDs praksis, jf. Grunnloven § 92. Ved prøvingen av norske lover *opp mot EMK*, har Høyesterett ofte innrømmet lovgiver en tilsvarende skjønnsmargin som EMD innrømmer nasjonale myndigheter ved forholdsmessighetsvurderingen.⁴⁸⁸ Det er derfor nærliggende å reise spørsmål om Høyesteretts prøving av lover opp mot EMK-rettighetene vil påvirke også Høyesteretts prøvingsintensitet med det *konstitusjonelle* forholdsmessighetskravet.⁴⁸⁹ Prøvingsintensiteten vil i så fall variere etter andre kriterier enn de som ble lagt til grunn i Kløfta-dommen, særlig tatt i betraktning utviklingen i EMDs praksis i retning av en mer prosessorientert kontroll.⁴⁹⁰

For det tredje innebærer etter mitt syn allerede *implementeringen* av et forholdsmessighetskrav til inngrep i Grunnlovens menneskerettigheter, en utfordring av det graderte grunnlovsvernet – uavhengig av hvor stor betydning EMDs praksis og

⁴⁸⁶ Samme syn i Holmøyvik (2016) s. 226–227. Det kan i denne sammenheng nevnes at spørsmålet om prøvingsintensitet i liten grad ble berørt ved vedtakelsen av Grunnloven § 89, se Innst. 263 S (2013–2014) særlig s. 10, jf. også Bårdsen (2017c) s. 88 og Tverberg (2014c) under overskriften «Stortingets kodifisering av prøvingsretten i 2015».

⁴⁸⁷ Se Holmøyvik (2016) s. 226–227, som fremhever at for de nye økonomiske rettighetene til barn i § 104 tredje ledd og retten til utdanning i § 109 indikerer ordlyden en noe lavere prøvingsintensitet enn Høyesterett har vist overfor §§ 97 og 105 i saker om økonomiske rettigheter. Se også Skjerdal (2013) s. 283–286 og Nyhus (2016) s. 388, fotnote 82.

⁴⁸⁸ Skoghøy (2011c) s. 189. Av nyere høyesterettspraksis, se HR-2016-304-S (Guldberg) avsnitt 50–51, der Høyesterett peker på Animal Defenders som grunnlag for vurderingen av lovgivers avveininger, jf. også Pedersen (2017) s. 198. EMD har riktignok påpekt at skjønnsmarginen ikke er ment å anvendes på det nasjonale plan, jf. A and Others v. the United Kingdom avsnitt 184. Dette betyr likevel ikke at nasjonale domstoler ved proporsjonalitetsvurderingen er forhindret fra å legge vekt på lovgivers vurdering. Ifølge Skoghøy beror spørsmålet om hvorvidt norske domstoler skal vise tilbakeholdenhet, imidlertid fullt ut på nasjonale regler, se Skoghøy (2011c) s. 189, jf. Skoghøy (2012) s. 173, og Skoghøys dissenterende votum i Rt. 2004 s. 1737 A (TV Vest) avsnitt 75 og Rt. 2013 s. 1345 P (Strukturkvote) avsnitt 258. For et noe annerledes syn, se Borvik (2011).

⁴⁸⁹ I samme retning, se Holmøyvik (2016) s. 227, Nyhus (2016) s. 388 og Tverberg (2013) s. 286 og s. 299 som alle antyder at det etter grunnlovsrevisjonen kan bli vanskeligere enn før å opprettholde læren om det graderte grunnlovsvernet. Det er for så vidt tankevekkende at Menneskerettighetsutvalget bruker termen «skjønnsmargin» om intensiteten i domstolenes prøving av lovers og beslutningers grunnlovsmessighet, se dokument 16 (2011–2012) s. 81.

⁴⁹⁰ Se Pedersen (2017) s. 199.

prøvningsmetodikk får ved de avveininger forholdsmessighetsvurderingen forutsetter.⁴⁹¹ I motsetning til tredelingslæren, gir forholdsmessighetskravet rom for å ta hensyn til (kvaliteten av) lovgivers avveininger av hvorvidt inngrepet er *egnet, nødvendig og proporsjonalt*, uavhengig av hvilken rettighetskategori den aktuelle grunnlovsbestemmelsen hører under.⁴⁹² Det graderte grunnlovsvernet forutsetter derimot som utgangspunkt at selv grundige og veloverveide lovgivervurderinger ikke skal hensyntas, der det er tale om inngrep i rettigheter til vern om den personlige frihet og sikkerhet. Dette kan sies å være lite sensibelt overfor lovgiver. Motsatt er det etter mitt syn ikke helt lett å forsvare at selv bristende lovgivervurderinger skal aksepteres ved inngrep i økonomiske rettigheter. Læren har da heller ikke blitt praktisert slik. Det illustrerer likevel at det er enkelte betenkeligheter med en slik rangering av menneskerettigheter som det graderte grunnlovsvernet indirekte forutsetter.⁴⁹³

I motsetning til den relativt grovmaskede tredelingen, gir forholdsmessighetsvurderingen mer rom for en prosessuell kontroll, som i større grad ligner EMDs prøvningsmetodikk. Det betyr imidlertid ikke at kriteriene som styrer EMDs skjønnsmargin ved inngrep i EMK-rettighetene, bør være styrende for norske domstolars prøvningsintensitet, herunder i hvilken grad Stortingets vurdering av inngrepets forholdsmessighet bør vektlegges. Eksempelvis kan norske domstoler, naturlig nok, ikke vise tilbakeholdenhet ved overprøvingen med den begrunnelse at det ikke kan påvises noen europeisk standard.⁴⁹⁴ Forholdsmessighetsvurderingen gir imidlertid rom for å respektere lovgivers vurderinger der dette er hensiktsmessig ut fra maktfordelingsprinsippet, eksempelvis ved spørsmål om hvordan ulike verdier skal prioriteres i forhold til hverandre, eller hvordan samfunnets ressurser best skal utnyttes.

Avslutningsvis er det etter mitt syn grunn til å bemerke at det ved prøvingen av et *forvaltningsvedtak* som griper inn i grunnlovsrettighetene, ikke er noen grunn til at norske domstoler skal vise tilsvarende tilbakeholdenhet som EMD eventuelt ville gjort.

⁴⁹¹ Jeg forstår Tverberg i noe samme retning, i det han i 2013 antydte at forslaget til en begrensningshjemmel i § 115 var egnet til utfordre det graderte grunnlovsvernet. Jeg er imidlertid ikke enig i at forholdsmessighetsvurderingen nødvendigvis vil «øke[...] konfliktpotensialet mellom lovgiverne og domstolene», se Tverberg (2013) s. 298. Slik jeg ser det, kommer dette an på hvordan det konstitusjonelle forholdsmessighetskravet utvikles.

⁴⁹² Se presiseringen i HR-2018-104-A avsnitt 23, jf. punkt 5.3.3 ovenfor.

⁴⁹³ Samme syn i Skjerdal (2013) s. 290. En lignende skepsis ble uttrykt særlig av Advokatforeningen til Menneskerettighetsutvalgets mandat om å gi *sentrale* menneskerettigheter Grunnlovs rang. Ankepunktene var at menneskerettighetene er nært forbundet med hverandre og kan ikke forstås uavhengig av hverandre, se dokument 16 (2011–2012) s. 57.

⁴⁹⁴ Dette kan derimot være sentralt for EMDs skjønnsmargin, se bl.a. Lautsi and Others v. Italy.

Forholdsmessigheten av det *konkrete inngrepet* er en vurdering av typisk rettslig karakter, som domstolene er godt skikket til å foreta.⁴⁹⁵ At en folkerettsdomstol på enkelte områder inntar en noe tilbakeholden rolle ved prøvingen av det konkrete inngrepets forholdsmessighet, innebærer ikke at Høyesterett, som konstitusjonsdomstol, bør gjøre det samme ved prøvingen av grunnlovsrettighetene.⁴⁹⁶ Et konstitusjonelt menneskerettighetsvern er, og bør etter mitt syn være, noe annet enn et folkerettslig menneskerettighetsvern. I dag ser vi muligens konturene av et slikt skille. Det gjenstår imidlertid å se hvordan det vil utvikles i tiden fremover.

⁴⁹⁵ Sammenlign argumentasjonen i Skoghøy (2011c) s. 190 og Skoghøy (2012) s. 174 om nasjonal prøving av EMK-rettigheter.

⁴⁹⁶ Betegnelsen konstitusjonsdomstol er særlig brukt om Høyesterett av Bårdsen, se Bårdsen (2015b) og Bårdsen (2015c). Betegnelsen er imidlertid kritisert, se Smith (2017b) s. 114–121.

7. Avslutning

Siktemålet med denne avhandlingen har vært å undersøke hvilken betydning EMK har, vil få, og bør få, ved tolkningen av grunnlovsrettighetene etter grunnlovsrevisjonen i 2014. Jeg har fokusert på å identifisere overordnede systemhensyn, sammenhenger og utviklingstrekk som gjør seg gjeldende ved de problemstillingene jeg har drøftet, strukturert etter de underliggende temaene *rang* og *vekt*.

I kapittel 3 har jeg drøftet rangforholdet mellom Grunnloven og EMK, og hvilke konsekvenser rangforholdet har for tolkningen av grunnlovsrettighetene. Her har jeg for det første kommet frem til at grunnlovsrettighetene både kan, og i visse tilfeller *bør*, tolkes slik at de gir et både sterkere og svakere rettighetsvern enn tilsvarende EMK-rettigheter. Et svakere rettighetsvern kan være mer eller mindre betenkelig, avhengig av hvilken rettighet det er som skal tolkes. Etter min mening kan det likevel i visse tilfeller være grunn til en viss varsomhet med å legge EMDs tolkning av parallelle konvensjonsrettigheter til grunn ved grunnlovstolkningen, i det Grunnloven setter skranker for lovgivers handlefrihet. Terskelen for en grunnlovstolkning som avviker fra EMDs konvensjonstolkning, vil bero på flere forhold, herunder vekten av parallelle konvensjonsrettigheter ved tolkningen av hver enkelt grunnlovsbestemmelse.

Som vi så i kapittel 4, tilsier ordlyden i Grunnloven § 92 isolert sett at EMK bør vektlegges ved tolkningen av samtlige menneskerettighetsbestemmelser i Grunnloven. Når det gjelder de nye grunnlovsrettighetene, bekreftes dette av grunnlovsforarbeidene og Høyesteretts praksis siden revisjonen. Rettskildebildet er imidlertid mer sammensatt hva angår eldre grunnlovsrettigheter. Jeg har derfor undersøkt enkelte forhold av betydning for vekten, som grunnlovstolkeren bør ha *in mente* særlig ved tolkningen av eldre grunnlovsrettigheter.

Et forhold som etter min mening har stor betydning for vekten av EMK og EMDs praksis, er i hvilken grad EMK-rettighetenes struktur implementeres ved tolkningen av grunnlovsrettighetene. I kapittel 5 har vi sett at Høyesterett har strukturert en begrensningshjemmel etter modell fra EMK-retten ved tolkningen av de nye rettighetene i Grunnloven §§ 101 og 102. Jeg har deretter undersøkt i hvilken grad en tilsvarende begrensningshjemmel vil kunne transporteres til – eventuelt påvirke tolkningen av – andre grunnlovsbestemmelser. Her valgte jeg å gå i dybden på tolkningen av de tre eldre rettighetene i Grunnloven §§ 100, 16 og 97. Konklusjonen er at EMK-rettighetenes struktur og utviklingen i Høyesteretts praksis siden 2014, også kan påvirke tolkningen av rettighetsbestemmelser som

ikke var omfattet av grunnlovsrevisjonen. Det gjelder særlig forholdsmessighetskravet, som gradvis er i ferd med å implementeres ved tolkningen av stadig flere grunnlovsbestemmelser.

Ved anvendelsen av forholdsmessighetsvurderingen er det nærliggende å se hen til EMDs praksis. Her vil norske domstoler finne veiledning og relevante kriterier for de avveininger forholdsmessighetskravet forutsetter. EMK vil derfor få stor vekt ved tolkningen. Samtidig illustrerer avhandlingens kapittel 6 at et styrket subsidiaritetsprinsipp i konvensjonssamarbeidet vil kunne innebære en mer prosessorientert kontroll fra EMDs side, der prøvingsintensiteten blir noe lavere for de materielle sidene av forholdsmessighetsvurderingen. Her vil EMDs praksis ikke nødvendigvis alltid gi klare føringer. Et viktig spørsmål i tiden fremover er derfor hvilke kriterier, hensyn og rettskilder som bør inngå i den konstitusjonelle prøvingen av forholdsmessighet ved inngrep i Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser, og hvor intensiv domstolenes prøving bør være. Etter mitt syn kan det være grunn til at Høyesterett, på enkelte områder, foretar en mer inngående prøving av forholdsmessighetskravet enn det EMD ville gjort ved overprøvingen av EMK-rettighetene.

Utviklingen av det konstitusjonelle menneskerettighetsvernet og dets påvirkning fra EMK-retten, belyser at maktforholdet mellom Stortinget og Høyesterett i dag ikke er stabilt.⁴⁹⁷ Når sentrale menneskerettigheter gis Grunnlovs rang, med en forutsetning om en konvensjonsinspirert tolkning, er det ikke til å komme fra at rettstilstanden i noen grad endres.⁴⁹⁸ Grunnloven brukes i dag oftere enn tidligere.⁴⁹⁹ Og som et forsøk på å innta en selvstendig rolle i dialogen med EMD og andre internasjonale håndhevingsorganer, plasseres grunnlovsrettighetene som det nasjonale utgangspunktet for rettsspørsmål som aktualiserer menneskerettigheter.⁵⁰⁰ Internasjonale konvensjoner anvendes deretter aktivt ved tolkningen. Til sammen innebærer dette skranker for det politiske handlingsrom. Som vist til innledningsvis, har dette skapt kritikk; enkelte er av den oppfatning av at den «nye» Grunnloven bidrar til å undergrave vårt demokratiske system.⁵⁰¹

Etter min mening er slike karakteristikk lite treffende. De konstitusjonelle, trinnhøyere og selvstendige grunnlovsrettighetene gir for det første et solid grunnlag for å ivareta hensynet

⁴⁹⁷ I samme retning, se Pedersen (2017) s. 200.

⁴⁹⁸ Sammenlign formålet med revisjonen, se dokument 16 (2011–2012) s. 13, jf. s. 255.

⁴⁹⁹ Kierulf (2016) s. 188–189.

⁵⁰⁰ Bårdsen (2017b) s. 12.

⁵⁰¹ Robberstad (2016a) s. 50 og Kinander (2016) s. 163. Se punkt 1.2 innledningsvis.

til lovgivers handlefrihet.⁵⁰² Videre gir den «nye» Grunnlovens forholdsmessighetskrav rom for å lytte til demokratisk fattede beslutninger, og politiske avveininger og prioriteringer. Et konstitusjonelt forankret rettighetsvern kan også gjøre det lettere å synliggjøre hvilke tolkningsalternativer som korresponderer med et nasjonalt verdigrunnlag, og demokratisk fattede beslutninger i dialogen med EMD.⁵⁰³ Dette vil være formålstjenlig også for de folkevalgte. Til sist, men ikke minst, er det både riktig, og viktig, at menneskerettighetene gis et vern som *kan* utvikles uavhengig av eventuelle politiske strømninger i Europa og endringer i konvensjonssamarbeidet. Etter mitt syn bidrar dette, tvert imot, til å styrke vårt demokratiske system.

⁵⁰² Se kapittel 3.

⁵⁰³ Se også Backer (2017) s. 232.

8. Kilderegister

Norske lover

Kongeriket Norges Grunnlov gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814 (Grunnloven).

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven).

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Grunnlovsforarbeider, lovforarbeider, utredninger og stortingsmeldinger

Dissenterlovkomiteens innstilling (1957)	Innstilling om lov- og trossamfunn, Dissenterlovkomiteen (1957), Justis- og politidepartementet.
NOU 1993:18	NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter, Justis- og politidepartementet, Menneskerettighetslovutvalget.
NOU 1999:27	NOU 1999:27 «Ytringsfrihed bør finde Sted» Forslag til ny Grunnlov § 100, Justis- og politidepartementet.
St.meld. nr. 42 (1999–2000)	St. meld. nr. 42 (1999–2000) Om endring av Grunnloven § 100.
NOU 2003:19	NOU 2003:19 Makt og demokrati: Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen, Arbeids- og administrasjonsdepartementet.
St. meld. nr. 26 (2003–2004)	St. meld. nr. 26 (2003–2004) Om endring av Grunnloven § 100.
Innst. S. nr. 270 (2003–2004)	Innst. S nr. 270 (2003–2004) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om endring av Grunnloven § 100, forslag fra Gunnar Skaug mfl. om endring av Grunnloven § 100. (Ytringsfrihet) og forslag fra Gunnar

	Kvasheim mfl. om ny § 100a i Grunnloven. (Offentlighetsprinsippet).
NOU 2006:2	NOU 2006:2 Staten og Den norske kirke, Kultur- og kirke departementet.
St. meld. nr. 17 (2007–2008)	St. meld. nr. 17 (2007–2008) Staten og Den norske kirke.
Innst. S nr. 287 (2007–2008)	Innst. S nr. 287 (2007–2008) Innstilling fra kirke-utdannings- og forskningskomiteen om staten og Den norske kirke.
Grunnlovsforslag 10 (2007–2008) i Dokument nr. 12 (2007–2008)	Grunnlovsforslag 10 (2007–2008), Dok. nr. 12:10 (2007–2008) Grunnlovsforslag fra Torfinn Opheim mfl. om endringer i Grunnloven §§ 2, 4, 12, 16, 21, 22 og 27 med sikte på ny organisering av forholdet mellom staten og Den norske kirke.
Ot.prp. nr. 22 (2008–2009)	Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) Lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning), Justis- og politidepartementet.
NOU 2009:15	NOU 2009:15 Skult informasjon – åpen kontroll. Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker, Justis- og politidepartementet.
Dokument 16 (2011–2012)	Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven avgitt 19. desember 2011.
Dok. nr. 12:30 (2011–2012)	Dok. nr. 12:30 (2011–2012) Grunnlovsforslag om grunnlovsfesting av sivile og politiske menneskerettigheter.
Dok. nr. 12:31 (2011–2012)	Dok. nr. 12:31 (2011–2012) Grunnlovsforslag om grunnlovsfesting av økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter.
Innst. 233 S (2011–2012)	Innst. 233 S (2011–2012) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Torfinn Opheim mfl. om endringer i Grunnloven § 2, § 4, § 12, § 16, § 21, § 22 og § 27 med sikte på ny organisering av forholdet mellom staten og Den norske kirke Dok.nr. 12:10 (2008-2008), og grunnlovsforslag fra Øystein Djupedal mfl. om endringer i Grunnloven § 2, § 4, § 12

og § 16 med sikte på å avskaffe Grunnlovens bestemmelser om statskirkeordningen og grunnlovsfeste landets statsskikk og menneskerettighetsforpliktelser Dok.nr. 12:02 (2007-2008), og grunnlovsforslag fra Alvhild Hedstein mfl. om endringer i Grunnloven § 4 og § 16 (om forholdet stat/kirke) Dok.nr. 12:20 (2007-2008), og grunnlovsforslag fra Inger S Enger mfl. om endringer i § 21, § 22 og § 27 med sikte på ny organisering av forholdet mellom staten og Den norske kirke Dok.nr. 12:25 (2007-2008).

- Innst. 182 S (2013–2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss mfl. om ny § 93 i Grunnloven (rett til liv og forbud mot dødsstraff, tortur og slaveri) (Dok.nr.12:32 (2011-2012)), grunnlovsforslag fra Martin Kolberg mfl. om ny § 93 i Grunnloven (rett til liv og forbud mot dødsstraff, tortur og slaveri) (Dok.nr.12:33 (2011-2012)) og grunnlovsforslag fra Geir Jørgen Bekkevold mfl. om ny § 93 eller ny § 95a (vern av liv fra unnfangelse til død) (Dok.nr.12:16 (2011-2012)).
- Innst. 186 S (2013–2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss mfl. om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.
- Innst. 187 S (2013–2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss mfl. om grunnlovfesting av økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter, med unntak av romertall IX.
- S. tid. 2496–2542 (2013–2014) Stortingstidende 2469–2542 (2013–2014) Referat fra forhandlinger om grunnlovsforslag om sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter i Grunnloven.
- Innst. 263 S (2014–2015) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss mfl. om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, romertall X (forbud mot dobbeltstraff) og romertall XXIV (domstolenes prøvingsrett).
- Innst. 165 S (2015–2016) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om Grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss mfl. om grunnlovfesting av økonomiske,

sosiale og kulturelle menneskerettigheter (romertall IX – begrensninger i de grunnlovfestede rettigheter).

Prop. 62 L (2015–2016)

Prop. 62 L (2015–2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.), Justis- og beredskapsdepartementet.

Høyesterettspraksis

Rt. 1946 s. 198 P (Klinge)

Rt. 1962 s. 369 P (Gullklausuldommen)

Rt. 1974 s. 688 A

Rt. 1976 s. 1 P (Kløfta)

Rt. 1984 s. 1359 A (Bratterud)

Rt. 1994 s. 610 A (Bølgepappkjennelsen)

Rt. 1996 s. 1415 P (Borthen)

Rt. 1996 s. 1440 P (Tunheim)

Rt. 1997 s. 580 A (OFS)

Rt. 1997 s. 1821 P (Kjuus/Hvit Valgallianse)

Rt. 1997 s. 1954 A (Løten)

Rt. 1999 s. 1939 A

Rt. 2000 s. 996 P (Bøhler)

Rt. 2000 s. 1811 P (Finanger)

Rt. 2001 s. 762 A (Bjørnenak)

Rt. 2001 s. 1006 A (KRL-fagdommen)

Rt. 2004 s. 1737 A (TV Vest)

Rt. 2005 s. 833 P

Rt. 2006 s. 262 A (Enkepensjon)

Rt. 2006 s. 293 P (Arves Trafikkskole)

Rt. 2007 s. 404 A (Brennpunkt)

Rt. 2007 s. 1281 P (Øvre Ullern)

Rt. 2007 s. 1306 P (Lindheim)

Rt. 2008 s. 1089 A (Bryllupsfoto)

Rt. 2008 s. 1409 S
Rt. 2010 s. 143 P (Rederiskatt)
Rt. 2010 s. 535 P (OVF)
Rt. 2010 s. 1445 P (Krigsforbryter)
Rt. 2012 s. 1556 A
Rt. 2013 s. 1345 P (Strukturkvote-dommen)
Rt. 2014 s. 620 A (Akvakultur)
Rt. 2014 s. 702 U
Rt. 2014 s. 714 U
Rt. 2014 s. 976 A
Rt. 2014 s. 1045 A
Rt. 2014 s. 1102 U
Rt. 2014 s. 1105 A (Acta)
Rt. 2014 s. 1161 A
Rt. 2014 s. 1292 A
Rt. 2015 s. 81 A (Lime I)
Rt. 2015 s. 93 A (Maria)
Rt. 2015 s. 155 A (Rwanda)
Rt. 2015 s. 334 A
Rt. 2015 s. 385 A
Rt. 2015 s. 506 U
Rt. 2015 s. 734 U
Rt. 2015 s. 921 A
Rt. 2015 s. 1142 A
Rt. 2015 s. 1467 A (Oslo legevakt)
HR-2016-304-S (Guldberg)
HR-2016-389-A (Hagen)
HR-2016-1286-A
HR-2016-1833-A
HR-2016-2017-A
HR-2016-2554-P (Holship)
HR-2016-2591-A (Vergemål)

HR-2017-2078-A
HR-2018-104-A
HR-2018-572-A
HR-2018-699-A

Justis- og beredskapsdepartementets lovavdeling

Lovavdelingen (2000)	Lovavdelingens uttalelser, 5.juni 2000, JDLOV-2000-5826.
Lovavdelingen (2007)	Lovavdelingens uttalelser, 21. august 2007, JDLOV-2006-753.
Lovavdelingen (2017a)	Lovavdelingens uttalelser, 18. januar 2017, JDLOV-2016-6700.
Lovavdelingen (2017b)	Lovavdelingens uttalelser, 23. mars 2017, JDLOV-2016-1748.

Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 (EMK)

De forente nasjoners internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP)

Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 (Wien-konvensjonen)

Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992 (EØS-avtalen).

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol av 2. mai 1992 (ODA-avtalen).

Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol

A. and Others v. the United Kingdom, 19 February 2009, no. 3455/05.

Airey v. Ireland, 9 October 1979, no. 6289/73.

Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, 15 December 2011, nos. 26766/05 and 22228/06.

Allen v. the United Kingdom, 12 July 2013, no. 25424/09.

Animal Defenders International v. the United Kingdom, 22 April 2013, no. 48876/08.

Austin and Others v. the United Kingdom, 15 March 2012, nos. 39692/09, 40713/09 and 41008/09.

Axel Springer AG v. Germany, 7 February 2012, no. 39954/08.

Bedat v. Switzerland, 29 March 2016, no. 56925/08.

Belgian Linguistic case ("Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (merits)), 23 July 1968, no. 2126/64.

Beyler v. Italy, 5 January 2000, no. 33202/96.

Bikas v. Germany, 25 January 2018, no. 76607/13.

Bykov v. Russia, 10 March 2009, no. 4378/02.

Correia de Matos v. Portugal, 4 April 2018, no. 56402/12.

Delcourt v. Belgium, 17 January 1970, no. 2689/65.

Engel and Others v. the Netherlands, 8 June 1976, no. 5370/72.

Folgerø and Others v. Norway, 29 June 2007, no. 15472/02.

G. v. the United Kingdom, 30 August 2011, no. 37334/08.

García Ruíz v. Spain, 21 January 1999, no. 30544/96.

Golder v. the United Kingdom, 21 February 1975, no. 4451/70.

Gradinar v. Moldova, 8 April 2008, no. 7170/02.

Greens and M.T. v. the United Kingdom, 11 April 2011, nos. 60041/08 and 60054/08.

Handyside v. the United Kingdom, 7 December 1976, no. 5493/72.

Hirst v. the United Kingdom, 6 October 2005, no. 74025/01.

Iatridis v. Greece, 25 March 1999, no. 31107/96.

Ibrahim and Others v. the United Kingdom, 13 September 2016, nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09.

Iwanczuk v. Poland, 15 November 2001, no. 25196/94.

Jussila v. Finland, 23 November 2006, no. 73053/01.

Kaplan and Others v. Norway, 24 July 2014, no. 32504/11.

Lautsi and Others v. Italy, 18 March 2011, no. 30814/06.

Lillo Stenberg and Sæther v. Norway, 26 January 2014, no. 13258/09.

Lindheim and Others v. Norway, 12 June 2012, nos. 13221/08 and 2139/10.

Lucky Dev v. Sweden, 27 November 2014, no. 7356/10.

Mouvement Râelien Suisse v. Switzerland, 13 July 2012, no. 16354/06.

N.K.M. v. Hungary, 14 May 2013, no. 66529/11.

O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, 29 June 2007, nos. 15809/02 and 25624/02.

Olsson v. Sweden, 24 March 1988, no. 10465/83.

Perdigão v. Portugal, 16 November 2010, no. 24768/06.

Saadi v. the United Kingdom, 29 January 2008, no. 13229/03.

Salduz v. Turkey, 27 November 2008, no. 36391/02.

Scordino v. Italy (No. 1), 29 March 2006, no. 36813/97.

Selmouni v. France, 28 July 1999, no. 25803/94.

Sisojeva and Others v. Latvia, 15 January 2007, no. 60654/00.

Stafford v. the United Kingdom, 28 May 2002, no. 46295/99.

Sunday Times v. the United Kingdom, 26 April 1979, no. 6538/74.

TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti v. Norway, 11 December 2008, no. 21132/05.

Tyrer v. the United Kingdom, 25 April 1978, no. 5856/72.

Van der Mussele v. Belgium, 23 November 1983, no. 8919/80.

Van Marle and Others v. the Netherlands, 26 June 1986, nos. 8543/79, 8674/79, 8675/79 and 8685/79.

Von Hannover v. Germany (Caroline), 24 June 2004, no. 59320/00.

Von Hannover v. Germany (No. 2), 7 February 2012, nos. 40660/08 and 60641/08.

Wemhoff v. Germany, 27 June 1968, no. 2122/64.

Witold Litwa v. Poland, 4 April 2000, no. 26629/95.

Europarådet

Council of Europe,
Interlaken Declaration
(2010)

Council of Europe, «High Level Conference on the Future of
the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration»
(19.02.2010).

ECtHR (2010)

European Court of Human Rights: Interlaken follow-up.
Principle of Subsidiarity, Note by the Jurisconsult (8.07.2010)
http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_ENG.pdf [sist sjekket 26.04.2018]

Council of Europe, Izmir Declaration (2011)	Council of Europe, «High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Izmir Declaration» (26.–27.04.2011).
Council of Europe, Brighton Declaration (2012)	Council of Europe, «High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Brighton Declaration» (19.–20.04.2012).
Council of Europe, Protocol no. 15 (2013)	Council of Europe, «Protocol no. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms» (24.06.2013).
Council of Europe, Brussels Declaration (2015)	Council of Europe, «High-level Conference on the ‘Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility’, Brussels Declaration» (27.03.2015).
Council of Europe, Copenhagen Declaration (2018)	Council of Europe, «Copenhagen Declaration» (12–13.04.2018)

Litteratur

Aall (2017)	Aall, Jørgen, «EMKs betydning etter grunnlovsrevisjonen», <i>Tidsskrift for Rettsvitenskap</i> , 2017, s. 407–432.
Aall (2015)	Aall, Jørgen, <i>Rettsstat og menneskerettigheter</i> , 4. utg., 2015.
Aall (2014)	Aall, Jørgen, «Grunnloven og EMK», <i>Lov og Rett</i> , 2014, s. 507–508.
Andenæs og Fliflet (2017)	Andenæs, Johs. og Arne Fliflet, <i>Statsforfatningen i Norge</i> , 11. utg., 2017.
Andenæs (2015a)	Andenæs, Mads, Andreas Motzfeldt Kravik og Eirik Bjørge, «Høyesterett og EMD: Samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin», <i>Lov og Rett</i> , 2015, s. 261–278.
Andenæs (2015b)	Andenæs, Mads, Andreas Motzfeldt Kravik og Eirik Bjørge, «Menneskerettsspørsmål for Høyesterett som EMD ikke har tatt stilling til», <i>Lov og Rett</i> , 2015, s. 323–343.
Augdahl (1938)	Augdahl, Per, «Ingen lov må gis tilbakevirkende kraft (Grunnlovens § 97)», <i>Tidsskrift for rettsvitenskap</i> , 1938, s. 379–407.

- Backer (2017) Backer, Inge Lorange, «Juridisk metode og dialog med Den europeiske menneskerettsdomstolen EMD») i *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Føllesdal, Andreas, Morten Ruud og Geir Ulfstein (red.), 2017, s. 228–237.
- Backer (2016) Backer, Inge Lorange, «Samspillet mellom lovgiver og domstoler i Norge», *Jussens Venner*, 2016, s. 3103–323.
- Backer (2009) Backer, Inge Lorange, «Den europeiske menneskerettsdomstol: Utviklingen i praksis og forholdet til nasjonal suverenitet», *Nytt Norsk Tidsskrift*, 2009, s. 278–283.
- Bekkedal (2014) Bekkedal, Tarjei, «Avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivets fred: EMDs balansetest», *Lov og Rett*, 2014, s. 315–333.
- Bernt (2012) Bernt, Jan Fridthjof, «Grunnlovsrevisjon og frykten for rettsliggjøring», *Nytt Norsk Tidsskrift*, 2012, s. 403–4012.
- Borvik (2011) Borvik, Bjørnar, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK: En replikk til Jens Edvin A. Skoghøy», *Lov og Rett*, 2011, s. 575–595.
- Borvik (2008) Borvik, Bjørnar, «Privatlivets fred i fjøresteinane», *Lov og Rett*, 2008, s. 449–450.
- Borvik (2004) Borvik, Bjørnar, «Bindande forarbeid til grunnlova § 100?», *Lov og Rett*, 2004, s. 513–514.
- Brems (2017) Brems, Eva, «The ‘Logics of Precedural-Type Review by the European Court of Human Rights» i *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Gerards, Janneke og Eva Brems (red.), 2017, s. 17–39.
- Bull (2013) Bull, Henrik, «Kommentar til EØS-loven», i *Norsk lovkommentar*, revidert 8. mars 2013.
- Bårdsen (2017a) Bårdsen, Arnfinn, «Betydningen i norsk rett av FN-komiteenes uttalelser i individuelle klagesaker», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2017a, s. 160–187.
- Bårdsen (2017b) Bårdsen, Arnfinn, «Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten: Noen linjer i Høyesteretts praksis etter grunnlovsreformen 2014», *Jussens Venner*, 2017b, s. 1–44.
- Bårdsen (2017c) Bårdsen, Arnfinn, «Norges Høyesterett, Grunnloven og menneskerettighetene» i *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Føllesdal, Andreas, Morten Ruud og Geir Ulfstein (red.), 2017, s. 63–90.

- Bårdsen (2016) Bårdsen, Arnfinn, «De nordiske høyesterettene som prejudikatdomstoler: Et perspektiv fra Norges Høyesterett», *Lov og Rett*, 2016, s. 259–282.
- Bårdsen (2015a) Bårdsen, Arnfinn, «Høyesteretts utfordringer anno 2015: Noen refleksjoner over rollen som prejudikatsdomstol og rettsstatsvokter i det 21. århundre», *Nytt Norsk Tidsskrift*, 2015, s. 392–399.
- Bårdsen (2015b) Bårdsen, Arnfinn, «Norges Høyesterett som konstitusjonsdomstol» i *Lov Sannhet Rett: Norges Høyesterett 200 år*, Schei, Tore, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), 2015, s. 291–316.
- Bårdsen (2015c) Bårdsen, Arnfinn, «De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett», 2015, tilgjengelig på Høyesteretts hjemmeside: <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/nordiske-konstitusjonsdomstoler---stockholm-mars-2015.pdf> [sist besøkt 38. mai 2018].
- Bårdsen (2014) Bårdsen, Arnfinn, «The Norwegian Supreme Court and Strasbourg: The case of Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway», Høyesteretts nettsider 2014 nr. 4 (HOY-2014-4).
- Christoffersen (2009) Christoffersen, Jonas, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, 2009.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg., ved Jan E. Helgesen, 2001.
- Emberland (2013) Emberland, Marius, «Effektivisering av subsidiaritet i EMK», *Lov og Rett*, 2013, s. 513–514.
- Emberland (2005) Emberland, Marius, «Menneskerettigheter, makt og demokrati», *Nordic Journal of Human Rights*, 2005, s. 193–196.
- Endresen (2016) Endresen, Clemet, «Om det bare var så enkelt: Norske domstolars anvendelse av Den europeiske menneskerettskonvensjonen», *Lov og Rett*, 2016, s. 525–565.
- Fleischer (1975) Fleischer, Carl August, «Grunnlovens § 97», *Jussens Venner*, 1975, s. 183–251.
- Fliflet (2005) Fliflet, Arne, *Kongeriket Norges Grunnlov: Grunnloven med kommentarer*, 2005.
- Fredriksen og Mathisen (2014) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utg., 2014.

- Føllesdal (2017) Føllesdal, Andreas, Morten Ruud og Geir Ulfstein, «De internasjonale menneskerettighetene og Norge: Spenninger og samspill» i *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Føllesdal, Andreas, Morten Ruud og Geir Ulfstein (red.), 2017, s. 13–32.
- Gerards (2017) Gerards, Janneke, «Procedural Review by the ECtHR: A Typology» i *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Gerards, Janneke og Eva Brems (red.), 2017, s. 127–160.
- Graver (2011) Graver, Hans Petter, «Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2011, s. 230–239.
- Graver (2008) Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2008, s. 149–178.
- Holmøyvik (2016) Holmøyvik, Eirik, «Prøvsrett og tilbakeverknadsforbod: Borthen-dommen i Rt. 1996 s. 1415 og rettsutviklinga» i *Rettsavklaring og rettsutvikling: Festskrift til Tore Schei på 70-årsdagen 19. februar 2016*, Matningsdal, Magnus, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), 2016, s. 210–242.
- Holmøyvik (2013) Holmøyvik, Eirik, «Tolkingar av Grunnlova», i *Tolkingar av Grunnlova: Om Forfatningsutviklinga 1814-2014*, Holmøyvik, Eirik (red.), 2014, s. 11–31.
- Holmøyvik og Aall (2010) Holmøyvik, Eirik og Jørgen Aall, «Debatt: Grunnlovsfesting av menneskerettane», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2010, s. 327–374.
- Hov (2004) Hov, Jo, «Menneskerettigheter: En trussel mot rettssikkerheten?», *Lov og Rett*, 2004, s. 509–511.
- Høgberg (2017) Høgberg, Benedicte Moltumyr, «Betydningen av internasjonale rettskilder i norsk statsforfatningsrett» i: *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Føllesdal, Andreas, Morten Ruud og Geir Ulfstein (red.), 2017, s. 368–403.
- Høgberg (2013) Høgberg, Benedicte Moltumyr, «Hvordan samfunnet har påvirket tolkningen av Grunnloven §§ 97 og 105» i *Tolkingar av Grunnlova: Om Forfatningsutviklinga 1814-2014*, Holmøyvik, Eirik (red.), 2014, s. 11–31.
- Høgberg (2010a) Høgberg, Benedicte Moltumyr, «Strekker EMKs individvern seg utover det vern som følger av tilsvarende bestemmelser i Grunnloven?», *Jussens Venner*, 2010, s. 68–84.

- Høgberg (2010b) Høgberg, Benedicte Moltumyr, *Forbud mot tilbakevirkende lover*, 2010.
- Høgberg (2010c) Høgberg, Benedicte Moltumyr, «Grunnloven § 97 etter plenumsdommen i Rt. 2010 s. 143 (Rederiskattesaken)», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, s. 694–744.
- Høgberg og Høgberg (2013) Høgberg, Alf Petter og Benedicte Moltumyr Høgberg, «Tolkning av Grunnloven», *Jussens Venner*, 2013, s. 193–226.
- Kierulf (2016) Kierulf, Anine, «Grunnloven som irrelevant rettskilde», *Lov og Rett*, 2016, s. 185–189.
- Kierulf (2015) Kierulf, Anine, «Kommentar til Grunnloven», i *Norsk Lovkommentar*, revidert 15. november 2016.
- Kierulf (2013) Kierulf, Anine (2013) «Innenfra og utenfra: Grunnloven og menneskerettighetene» i *Tolkingar av Grunnlova: Om forfatningsutviklinga 1814-2014*, Holmøyvik, Eirik (red.), 2013, s. 424–448.
- Kierulf (2012) Kierulf, Anine, «Hvilken rolle spiller Grunnloven § 100 i Høyesteretts ytringsfrihetspraksis?», *Lov og Rett*, 2012, s. 131–150.
- Kierulf (2009) Kierulf, Anine, «Rettsstatens overnasjonale vending: Den andre prøvingsretten», *Nytt Norsk Tidsskrift*, 2009, s. 256–277.
- Kinander (2016) Kinander, Morten, «Fra tilbakeholdenhet til aktivisme: Nyere utviklingslinjer i forholdet mellom rett og politikk i Høyesterett», *Lov og Rett*, 2016, s. 141–164.
- Knoph (1939) Knoph, Ragnar, *Rettslige standarder: Særlig Grunnlovens § 97*, 1939.
- Mestad (2008) Mestad, Ingvild, «Privatlivets fred og kjendisreportasjer: Kommentar til en høyesterettsdom», *Lov og Rett*, 2008, s. 611–614.
- Mæhle (2004) Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens Venner*, 2004, s. 329–342.
- Møse (2017) Møse, Erik, «Den Europeiske Menneskerettsdomstol» i *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Føllesdal, Andreas, Morten Ruud og Geir Ulfstein (red.), 2017, s. 35–62.
- Møse (2002) Møse, Erik, *Menneskerettigheter*, 2002.

- Nussberger (2017) Nussberger, Angelika, «Procedural Review by the ECHR: View from the Court» i *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Gerards, Janneke og Eva Brems (red.), 2017, s. 161–176.
- Nyhus (2016) Nyhus, Håkon Christian, «Høyesterett og EMD: Samme skjønnsmargin?» *Lov og Rett*, 2016, s. 364–390.
- Pedersen (2017) Pedersen, Jussi Erik, «‘Alle er like for loven’: Likhetsnormen i Grunnloven § 98 første ledd», *Jussens Venner*, 2017, s. 185–202.
- Robberstad (2016a) Robberstad, Anne, «Viljen til å skape lov og Grunnlov», *Lov og Rett*, 2016, s. 49–64.
- Robberstad (2016b) Robberstad, Anne, «Høyesteretts mandat», *Lov og Rett*, 2016, s. 245–246.
- Rui (2018) Rui, Jon Petter, «Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved inngrep i grunnlovsfestede menneskerettigheter», *Lov og Rett*, 2018, s. 129–130.
- Rui (2017) Rui, Jon Petter, «Retten til en rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017», *Jussens Venner*, 2017, s. 123–184.
- Rui (2013) Rui, Jon Petter, «The Interlaken, Izmir and Brighton Declarations: Towards a paradigm shift in the Strasbourg Court’s interpretation of the European Convention of Human Rights?», *Nordic Journal of Human Rights*, 2013, s. 28–54.
- Rui (2009) Rui, Jon Petter, «Hvilken vekt må nasjonale domstoler legge på internasjonale domstolars avgjørelser?», *Retfærd*, 2009, s. 96–111.
- Ruud og Ulfstein (2011) Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utg., 2011.
- Sejersted (2013) Sejersted, Fredrik (2013) «Det elastiske panser» i *Tolkingar av Grunnlova: Om forfatningsutviklinga 1814-2014*, Holmøyvik, Eirik (red.), 2013, s. 35–109.
- Settem (2016) Settem, Ole Johan, «Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten», *Jussens Venner*, 2016, s. 119–141.
- Skjerdal (2013) Skjerdal, Nicolai Vogt, «Relativisering av domstolenes grunnlovskontroll: På tide å forlate tredelingslæren?» *Forsker og formidler: Festskrift til Erik Magnus Boe*, 2013, s. 275–296. Tilgjengelig på lovdata (FEST-2013-emb-275).
- Skoghøy (2015) Skoghøy, Jens Edvin A., «Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven», *Lov og Rett*, 2015, s. 195–196.

- Skoghøy (2014) Skoghøy, Jens Edvin A., «Forvaltnings sanksjoner, EMK og Grunnloven», *Jussens Venner*, 2014, s. 297–339.
- Skoghøy (2012) Skoghøy, Jens Edvin A., «Nasjonal EMK-prøving: Svar til Bjørnar Borvik», *Lov og Rett*, 2012, s. 170–178.
- Skoghøy (2011a) Skoghøy, Jens Edvin A., «Dynamisk tolkning i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti», *Lov og Rett*, 2011, s. 511–530.
- Skoghøy (2011b) Skoghøy, Jens Edvin A., «Forbud mot tilbakevirkende lovgivning», *Lov og Rett*, 2011, s. 255–282.
- Skoghøy (2011c) Skoghøy, Jens Edvin A., «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK», *Lov og Rett*, 2011, s. 189–190.
- Skoghøy (2002) Skoghøy, Jens Edvin A., «Norske domstolars lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner», *Lov og Rett*, 2002, s. 337–354.
- Smith (2017a) Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati: Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 4. utg., 2017.
- Smith (2017b) Smith, Eivind, «Er Høyesterett en konstitusjonsdomstol?», *Jussens Venner*, 2017, s. 98–122.
- Smith (2013) Smith, Eivind, «Grunnloven § 97: En eller to hovedregler?», *Lov og Rett*, 2013, s. 488–499.
- Smith (2011) Smith, Eivind, «Vil de som er imot, rekke opp hånden? Om menneskerettigheter, (annen) rett og demokrati», *Nytt Norsk Tidsskrift*, 2011, s. 49–60.
- Smith (2001) Smith, Eivind, «‘Semi-konstitusjonell karakter?’», *Lov og Rett*, 2001, s. 385–386.
- Solheim (2014) Solheim, Stig H., «Domstolskontroll med lover på det økonomiske området: Lovgivers vurdering av lovens grunnlovsmessighet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2014, s. 1–48.
- Spano (2015) Spano, Robert, «The European Court of Human Rights And National Courts: A Constructive Conversation or A Dialogue of Disrespect?», *Nordic Journal of Human Rights*, 2015, s. 1–10.
- Spano (2014) Spano, Robert, «Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity», *Human Rights Law Review*, 2014, s. 487–502.

- Strand (2007) Strand, Vibeke Blaker, «Forholdet mellom den norske Grunnlovens menneskerettigheter, de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og ordinær lovgivning: Særlig om religionsfrihet og vern mot diskriminering», *Retfærd* nr. 119, 2007 s. 1–23.
- Sunde (2015) Sunde, Jørn Øyrehagen, *Høgsteretts historie 1965–2015: At dømme i sidste Instans*, 2015.
- Sunde (2009) Sunde, Jørn Øyrehagen, «Frå læring til rettsbruk: Metoderefleksjonar i høve til skrivning av juridiske mastergradsoppgåver», *Jussens Venner*, 2009, s. 1–24.
- Sørensen (2014) Sørensen, Christian Børge, «Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMK: Prosessuell rasjonalitet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2014, s. 348–383.
- Tverberg (2014a) Tverberg, Arnulf, «Ny vår for menneskerettighetene i Grunnloven», Lovdatas grunnlovssider, 2014. Tilgjengelig på <http://grunnloven.lovdato.no/> [sist besøkt 9. mai 2018].
- Tverberg (2014b) Tverberg, Arnulf, «Grunnloven og Velferdsstatens menneskerettigheter», Lovdatas grunnlovssider, 2014. Tilgjengelig på <http://grunnloven.lovdato.no/> [sist besøkt 20. mars 2018].
- Tverberg (2014c) Tverberg, Arnulf, «Høyesterett, Stortinget og prøvingsretten», Lovdatas grunnlovssider, 2014. Tilgjengelig på http://grunnloven.lovdato.no [sist besøkt 24. mai 2018].
- Tverberg (2013) Tverberg, Arnulf, «Det graderte grunnlovsvernet ved tolking av Grunnloven og prøving av lovers grunnlovsmessighet» i *Tolkingar av Grunnlova: Om Forfatningsutviklinga 1814-2014*, Holmøyvik, Eirik (red.), 2014, s. 256–303.
- Ulfstein (2017) Ulfstein, Geir, «Den europeiske menneskerettighetsdomstolen og Høyesteretts juridiske metode» i *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Føllesdal, Andreas, Morten Ruud og Geir Ulfstein (red.), 2017, s. 238–254.
- Wessel-Aas (2013) Wessel-Aas, Jon, «Effektivisering av subsidiaritet i EMK: En replikk til Marius Emberland», *Lov og Rett*, 2013, s. 702–704.
- Wessel-Aas (2008) Wessel-Aas, Jon, «Pressefriheten og privatlivets fred: En oppsummering av rettstilstanden og en kritikk av Høyesteretts dom i Bryllupsfotosaken», *Lov og Rett*, 2008, s. 596–610.

Avisartikler fra internett

- Kolsrud (2018) Kolsrud, Kjetil, «Dette bør du vite om denne ukens EMD-konferanse i København», *Rettt24*, 04.04.2018, <http://rett24.no/articles/dette-bor-du-vite-for-neste-ukes-emd-konferanse-i-kobenhavn> [sist besøkt 14. mai 2018].
- Lauritzen (2017) Lauritzen, Daniel Bue, «Løkke vil tage oppgør med menneskerettighedsdomstolen», *Altinget*, 03.11.2017, <https://www.alinget.dk/artikel/loekke-vil-tage-opgoer-med-menneskerettighedsdomstolen> [sist besøkt 14. mai 2018].
- Slack and Robinson (2012) Slack, James and Martin Robinson, «This is for Britain to decide: Cameron pledges to fight diktat from unelected European judges who say prisoners MUST get the vote», *Daily Mail Online*, 22.05.2012, <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2148208/Prisoner-vote-row-European-judges-insist-prisoners-MUST-vote.html> [sist besøkt 26. april 2018].
- The Week (2017) «Will the Human Rights Act be scrapped?», *The Week*, 25.01.2017, <http://www.theweek.co.uk/63635/will-the-human-rights-act-be-scrapped> [sist besøkt 14. mai 2018].

9. Vedlegg: Omfanget av grunnlovsrevisjonen

Enkel oversikt over menneskerettighetene i Grunnloven etter grunnlovsrevisjonen og parallelle rettigheter i EMK*

Grunnloven kapittel B

EMK

§ 16: Religionsfrihet

Artikkel 9: Tanke- samvittighets- og religionsfrihet

Grunnloven kapittel C

EMK

§ 49 første ledd annet punktum: Frie og hemmelige valg (ny fra 2014)

Artikkel 3: Rett til frie valg

Grunnloven kapittel E

EMK

§ 93: Retten til liv og forbud mot dødsstraff, forbud mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, forbud mot slaveri og tvangsarbeid (ny fra 2014)

Artikkel 2: Retten til liv
P6 artikkel 1 og P13 artikkel 1: Avskaffelse av dødsstraff
Artikkel 3: Forbud mot tortur
Artikkel 4: Forbud mot slaveri og tvangsarbeid

§ 94: Vern mot vilkårlig frihetsberøvelse (ny fra 2014)

Artikkel 5: Retten til frihet og sikkerhet

§ 95: Retten til en rettferdig rettergang (ny fra 2014)

Artikkel 6: Retten til en rettferdig rettergang

§ 96: Lov- og domskravet i straffesaker, uskyldspresumsjonen og forbud mot konfiskasjon (delvis ny fra 2014)

Artikkel 6: Retten til en rettferdig rettergang
Artikkel 7: Ingen straff uten lov

§ 97: Forbud mot tilbakevirkende lover

Artikkel 7: Forbud mot tilbakevirkende straffelover
P1 artikkel 1: Vern om eiendom

§ 98: Rett til likhet for loven og forbud mot usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling (ny fra 2014)

Artikkel 14: Forbud mot diskriminering

§ 100: Ytringsfrihet

Artikkel 10: Ytringsfrihet

§ 101: Forenings- og forsamlingsfrihet (ny fra 2014)

Artikkel 11: Forenings- og forsamlingsfrihet

§ 102: Rett til respekt for privat- og familielivet, hjemmet og kommunikasjon (ny fra 2014)	Artikkel 8: Retten til respekt for privat- og familieliv
§ 104: Barns rett til å bli hørt, barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, barns integritetsvern og rett til grunnleggende økonomisk, sosial og helsemessig trygghet (ny fra 2014)	
§ 105: Ekspropriasjonserstatningsregelen	P1 artikkel 1: Vern om eiendom
§ 106: Bevegelsesfrihet og rett til ut- og innreise i riket (ny fra 2014)	P4 artikkel 2: Bevegelsesfrihet P4 artikkel 3: Forbud mot utvisning av egne statsborgere
§ 108: samefolkets særlige rettigheter	
§ 109: Retten til utdanning (ny fra 2014)	P1 artikkel 2: Rett til utdanning
§ 110: Retten til arbeid og rett til offentlig støtte for den som ikke selv kan sørge for sitt livsopphold (delvis ny fra 2014)	
§ 112: Rett til et bærekraftig miljø og til informasjon om miljøets tilstand og virkningen av inngrep (delvis ny fra 2014)	
§ 113: Legalitetsprinsippet (ny fra 2014, kodifisering av konstitusjonell sedvanerett)	

*Kun uttrykkelige paralleller i EMK er inntatt i oversikten. Eksempelvis utgjør ikke hensynet til barnets beste en egen artikkel i EMK, men vektlegges likevel som et moment i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 8 nr. 2 (se for eksempel Kaplan and Others v. Norway).