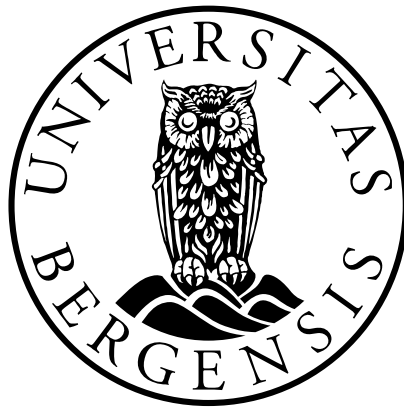


Om statens skjønnsmargin og Høyesteretts EMK-prøving av lover

*Hvor intensivt skal norske domstoler prøve
forholdsmessigheten av lover som gjør inngrep i
EMK-rettigheter?*

Kandidatnummer: 197937

Antall ord: 30 267



JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2014

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Presentasjon av emnet	3
1.2 Aktualitet	4
1.3 Avgrensning mot beslektede problemstillinger	5
1.4 Metodisk tilnærming og den videre fremstilling	7
2 EMDs skjønnsmarginlære	9
2.1 Hva er statens skjønnsmargin?	9
2.1.1 Rettsgrunnlag og bakgrunn	9
2.1.2 Begrepet ”skjønnsmargin”	10
2.1.3 Avgrensning mot beslektede tolkingsprinsipper	12
2.1.4 Forholdet mellom skjønnsmarginen og proporsjonalitetsprinsippet	13
2.1.5 Menneskerettighetenes universalitet og skjønnsmargin.....	15
2.2 Skjønnsmarginens begrunnelse	16
2.2.1 Innledning.....	16
2.2.2 EMDs subsidiære karakter	17
2.2.3 Europeiske rettsoppfatninger.....	19
2.2.4 Nasjonale myndigheters kunnskap (better-placed-synspunktet).....	20
2.2.5 Demokratihensyn	21
2.2.6 Andre grunner til at EMD viser tilbakeholdenhet?	23
2.3 Momenter som avgjør prøvingsintensiteten	23
2.3.1 Innledning.....	23
2.3.2 Type rettighet og interesse	24
2.3.3 Formålet med inngrepet	25
2.3.4 Europeiske rettsoppfatninger.....	27
2.3.5 Nasjonale beslutningsprosesser.....	28
2.4 Hvilke føringer gir EMK for nasjonale domstolars prøving av lover?.....	30
2.4.1 Presisering av problemstillingen	30
2.4.2 Krever EMK at nasjonale domstoler tilstår lovgiver skjønnsmargin?	31
2.4.3 Gir EMK signaler om hvordan nasjonale domstoler bør foreta prøvingen?	33
2.5 Om (mulige) endringer i EMDs prøving av betydning for nasjonale domstoler.....	35

2.5.1	Vil protokoll 15 artikkel 1 føre til mer tilbakeholden prøving i Strasbourg?	36
2.5.2	Endringer i EMDs praktisering av skjønnsmargin doktrinen	39
2.5.3	”Dialog” mellom nasjonale domstoler og EMD	40
3	Intensiteten i norske domstolars prøving av lover etter EMK	44
3.1	Noen utgangspunkter	44
3.1.1	Menneskerettsloven, klarhetskrav og gjeldende tolkingsprinsipper	44
3.1.2	Presisering av problemstillingen	45
3.2	Krever menneskerettsloven at norske domstoler innrømmer lovgiver samme skjønnsmargin som EMD tilstår statene?	46
3.2.1	Hvilke slutninger kan utledes av lovteksten?	46
3.2.2	Forarbeidenes betydning	47
3.3	Høyesterett om praktisering av skjønnsmargin – før Rt. 2013 s. 1345	49
3.3.1	Avgjørelser før menneskerettsloven av 1999	50
3.3.2	Perioden fra 1999 til 2013	51
3.3.3	Oppsummering av hovedlinjene i høyesterettspraksis før 2013	61
3.4	Rt. 2013 s. 1345 – en kursendring?	63
3.4.1	Innledende bemerkninger	63
3.4.2	Tredjevoterendes syn på norske domstolars prøvingsintensitet	64
3.4.3	Er tredjevoterendes rettsoppfatning avvist av flertallet?	65
3.4.4	Kort om betydningen av at utsagnet var et obiter dictum	68
3.4.5	Høyesterett etter Rt. 2013 s. 1345	69
3.5	Hva er gjeldende rett i dag?	70
3.5.1	Konklusjon	70
3.5.2	En ekskurs: har lovgivers syn på forholdet til EMK noen betydning?	72
3.6	Veien videre	76
3.6.1	Innledning	76
3.6.2	Om adgangen til å endre kurs – er Høyesterett bundet av sin egen praksis?	77
3.6.3	Hvorfor norske domstoler ikke bør anvende EMDs skjønnsmargin doktrine ...	78
3.6.4	Forsøk på å beskrive prøvingsvariabler	81
	Litteraturliste	84
	EMD-avgjørelser	91

1 Innledning

1.1 Presentasjon av emnet

Proporsjonalitet står sentralt i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK). Mange av rettighetene er bygd opp slik som artikkel 10 nr. 2, der inngrep i ytringsfriheten tillates i den utstrekning dette anses «nødvendig i et demokratisk samfunn» for å fremme legitime formål. I andre artikler følger krav om forholdsmessighet mer implisitt av en tolking av bestemmelsen.¹

Ved vurderingen av om et inngrep er proporsjonalt uttaler Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) ofte at statene har «a certain margin of appreciation». Dette innebærer at EMD lytter til myndighetenes egen vurdering av om begrensningen er «nødvendig».² Hvor lydhør EMD vil være, varierer med blant annet inngrepets formål, rettighetens karakter og graden av felles europeisk oppfatning. Jo videre skjønnsmargin, desto mer tilbakeholden vil EMD være med å foreta en selvstendig vurdering som erstatter medlemsstatens syn på konvensjonsmessigheten.

Det sies gjerne at begrunnelsen for dette er todelt.³ Det er statene som har det primære ansvaret for å sikre konvensjonsrettighetene. Dessuten vil nasjonale myndigheter med innsikt i lokale forhold ofte være bedre egnet til å vurdere nødvendigheten av et inngrep enn dommere plassert i Strasbourg. Disse argumentene gjør seg ikke gjeldende med samme styrke på nasjonalt plan. EMD har da også uttalt at:

«The doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of the State at the domestic level.»⁴

At skjønnsmarginen ikke kan ha samme anvendelse i forholdet mellom nasjonale organer reiser grunnleggende spørsmål om forholdet mellom de nasjonale statsmaktene. Hvordan trekkes grensen mellom lovgivers handlingsrom og vern av enkeltindividets rettigheter? Dette

¹ Et eksempel er artikkel 14, der det sentrale kriteriet for å avgjøre om en forskjellsbehandling går klar av diskrimineringsforbudet, er om det er "reasonable relationship of proportionality" mellom formålet med forskjellsbehandlingen og de virkemidler som benyttes, se *Burden mot Storbritannia* avsnitt 60.

² Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, Bergen 2011 s.144 (heretter *Aall*).

³ Som det vil fremgå av punkt 2.2 er begrunnelsen mer sammensatt.

⁴ *A mfl. mot Storbritannia* avsnitt 184. Dato og avgjørelsesform fremgår av eget register til slutt i avhandlingen.

har også en internasjonal dimensjon; hva er rollefordelingen mellom nasjonale domstoler og EMD? Skal norske domstoler være strengere enn EMD, ved å foreta en mer inngående prøving av inngrepets nødvendighet enn det EMD ville gjort? Eller skal norske domstoler ta hensyn til at EMD trolig ville akseptert inngrepet med henvisning til skjønnsmarginen? Temaet for oppgaven er hvor intensivt norske domstoler skal prøve forholdsmessigheten av lover som gjør inngrep i EMK-rettigheter.

1.2 Aktualitet

Det har vært skrevet mye om dette emnet, både i rettspraksis og juridisk teori.⁵ Rundt årtusenskiftet avsa Høyesterett flere dommer der det ble lagt til grunn at både *lovgiver* og *forvaltningen* skulle tilstå samme skjønnsmargin av norske domstoler som EMD ville ha tilstått *norske myndigheter*.⁶ Så sent som i 2005 skrev Lars Oftedal Broch at han hadde ”vanskelig for å se at det kan reises tvil om at skjønnsmarginen etter gjeldende rett skal anvendes av norske domstoler.”⁷ Hvorfor fortjener temaet likevel en ny behandling?

For det første ble det høsten 2013 avsagt en plenumsdom der tredjevoterende konkluderte med at «det var liten grunn til å innrømme politiske myndigheter noe særlig spillerom for skjønn», selv om EMD tilstår en skjønnsmargin ved denne type inngrep.⁸ Betydningen av at tredjevoterende var i mindretall, kommer jeg tilbake til. Poenget i denne sammenhengen er at rettskildebildet nå er mer åpent enn det uttalelsen fra Oftedal Broch i 2005 kan gi inntrykk av.

For det andre berøres problemstillingen stadig oftere i rettspraksis. Siden vedtagelsen av menneskerettsloven i 1999, har det vært en rekke saker for Høyesterett med anførsler om at en lov må settes tilside eller tolkes innskrenkende fordi den utgjør et uforholdsmessig inngrep en EMK-beskyttet rett.⁹ Lite tyder på at denne tendensen til å prøve lovgivning opp mot EMK er avtagende.

⁵ Fra de siste årene, se blant annet Jens Edvin Skoghøy, ”Nasjonal skjønnsmargin etter EMK”, *Lov og Rett* 2011 s. 189-190 (heretter *Skoghøy 2011 I*), Bjørnar Borvik, ”Nasjonal skjønnsmargin etter EMK – replikk til Jens Edvin A. Skoghøy”, *Lov og Rett* 2011 s. 575-595 (heretter *Borvik*) og Mads Andenæs og Eirik Bjørge, ”Norske domstoler og utviklingen av menneskerettene”, *Jussens Venner* 2011 s. 251-286 (heretter *Andenæs og Bjørge*).
⁶ Se punkt 3.3.1 og punkt 3.3.2 nedenfor.

⁷ Lars Oftedal Broch, ”Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol”, *Lov og Rett* s. 259-282 (heretter *Oftedal Broch*) på s. 279.

⁸ Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote) avsnitt 257-259

⁹ Se nærmere om årsakene til denne utviklingen i Tolle Stabell, ”Rettsliggjøring - domstolenes skjønsmessig overprøvinger” i *Retts teori og Rettsliv: Festskrift til Carsten Smith* s. 811-832, Oslo 2002 (*Stabell 2002*).

For det tredje skjer det endringer internasjonalt som setter temaet domstolskontroll i nytt lys. Den 24.juni 2013 ble protokoll nr. 15 til EMK undertegnet av Norge og 18 andre medlemsstater. Når protokollen trer i kraft, vil «margin of appreciation» og «principle of subsidiarity» innføres i EMKs fortale.¹⁰ På lederplass i Lov og Rett er det reist spørsmål om dette vil innebære en mer tilbakeholden prøving i Strasbourg, med ”mer omfattende, eller i hvert fall bedre informert, nasjonal domstolsprøving som et motstykke”.¹¹

Det er flere enn meg som har ansett dette temaet som aktuelt. Få dager før innleveringsfristen ble det i Tidsskrift for Rettsvitenskap publisert en artikkel av Christian Børge Sørensen, som omtaler flere av de sentrale problemstillingene som denne avhandlingen gjelder.¹² Forfatteren hadde på forhånd vært så velvillig å sende meg artikkelen.¹³ Selv om hans drøftelser er høyst relevante, er det bare enkelte henvisninger til artikkelen i min avhandling. Dette skyldes dels at det har vært knapt med tid til å gå dypere inn i hans vurderinger, dels et ønske om at resultatet av ett års arbeid ikke i slutfasen skulle bli farget av andres analyser.

1.3 Avgrensning mot beslektede problemstillinger

Som nevnt er emnet for avhandlingen hvor intensivt norske domstoler skal prøve forholdsmessigheten av lover som gjør inngrep i EMK-rettigheter. Med «lover» siktes det både til formell lov og forskrifter gitt av politiske myndigheter. I denne avhandlingen brukes ”forholdsmessighet” og ”proporsjonalitet” som synonymer.¹⁴

At temaet er prøvingsintensiteten vis-à-vis *lovgiver* innebærer en avgrensning i flere retninger. Spørsmålet om norske domstoler skal anvende skjønnsmarginen ved kontroll av forvaltningen behandles ikke.¹⁵ Grunnen til at avhandlingen ikke omhandler denne problemstillingen, er at hensynet til demokrati og flertallsstyre hovedsakelig taler for å vise

¹⁰ Protokollen trer først i kraft når alle konvensjonsstatene har akseptert den.

¹¹ Marius Emberland, ”Effektivisering av subsidiaritet i EMK”, *Lov og Rett* 2013 s. 513-514 (*Emberland 2013*).

¹² Christian Børge Sørensen, ”Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMK – prosessuell rasjonalitet”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2014 s. 348-383.

¹³ En stor takk til Christian Børge Sørensen, både for å ha sendt meg artikkelen og for en inspirerende telefonsamtale.

¹⁴ Slik gjør også Høyesterett, se Rt. 2013 s. 1345 og Rt. 2005 s. 833. Vel motsatt Eirik Bjørge, ”Utredning av utvikling i EMD-praksis over P1-1”, NOU 2013:11 (*Bjørge 2013*), som mener ”proporsjonalitet” ikke har hevd i norsk språkbruk, jf. hans fotnote 25.

¹⁵ Dette er behandlet av Christian Børge Sørensen i ”Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2004 s. 134-196 (*Sørensen 2004*)

tilbakeholdenheter med å erstatte de folkevalgtes vurderinger. Det kan derfor tenkes andre løsninger der forvaltningens vurderinger prøves opp mot EMK.¹⁶

Videre må leseren ha klart for seg forskjellen på om spørsmålet om *lovhjemmelen* utgjør et proporsjonalt inngrep, og spørsmålet om *det konkrete inngrepet* er proporsjonalt. Sondringen illustreres av saker som gjelder straffeloven § 246 og forholdet til ytringsfriheten i artikkel 10. Det er klart at *lovens* generelle forbud mot «rettstridig» krenkelse av æresfølelse ikke i seg selv er en uforholdsmessig begrensning av ytringsfriheten, spørsmålet er om *anvendelse av loven* på de aktuelle ytringene i den konkrete saken er et proporsjonalt inngrep, jf. artikkel 10 nr.2. Det ligger utenfor oppgaven å gjøre rede for bruken av skjønnsmarginen i slike tilfeller. For når lovbestemmelsen kun gir anvisning på en skjønnsutøvelse, ikke på én bestemt innholdsmessig løsning, har forholdet til EMK mindre preg av domstolskontroll med *lovgivers* vurderinger.

Av samme grunn avgrenses det også mot spørsmålet om hvordan norske domstoler forholder seg til skjønnsmarginen i saker som gjelder rekkevidden av statens positive forpliktelser, for eksempel om myndighetene har gjort tilstrekkelig for å sikre retten til privatliv etter artikkel 8 ved å beskytte kvinner mot voldelige ektemenn.¹⁷ Her er vurderingstemaet ofte om forvaltningsapparatet burde handle annerledes i lys av konkrete omstendigheter. Det er da i mindre grad et spørsmål om å etterprøve *lovgivers* valg.¹⁸

EMDs skjønnsmargin har ikke utelukkende betydning ved proporsjonalitetsvurderingen. Også ved spørsmålet om inngrepet er begrunnet i et legitimt formål, vil EMD kunne tilstå nasjonale myndigheter en skjønnsmargin. Oppgaven er likevel begrenset til domstolskontroll av inngrepets *proporsjonalitet*, fordi spørsmålet om inngrepet forfølger et legitimt formål sjeldent skaper problemer i praksis.

Teamet for denne avhandlingen har for øvrig en parallell problemstilling innen EØS-retten, hvor lover som begrenser de fire friheter i EØS-avtalen, må oppfylle EØS-rettslige krav om

¹⁶ Se *Skoghøy 2011 I* s. 90, som skriver at det ikke er grunn til å være varsom ved overprøving av forvaltningen.

¹⁷ Rt. 2013 s. 588 gjelder et slikt tilfelle. Se for øvrig avsnitt 47, hvor Høyesterett forklarer hva ”skjønnsmargin” innebærer i slike saker.

¹⁸ Riktignok kan også saker som gjelder domstolskontroll med lovgiver reise spørsmål om positive plikter, men da er det gjerne slik at det er uklart om saken gjelder negative eller positive forpliktelser. Se til illustrasjon *Hatton mot Storbritannia* avsnitt 98 og *Dickson mot Storbritannia* avsnitt 69-71.

proporsjonalitet.¹⁹ Også her vil det oppstå spørsmål om norske domstoler skal utøve samme prøvingsintensitet som en internasjonal domstol.²⁰ Avhandlingen vil likevel ikke ha et sammenlignende perspektiv, dels fordi Høyesteretts standpunkt på EØS-rettens område har liten betydning for norsk EMK-prøving de lege lata. Dessuten er EØS-avtalen og EMK er av forskjellig natur, som kan tilsi forskjellige løsninger. På bakgrunn av EØS-avtalens grunnleggende homogenitetsprinsipp, vil det blant annet være mer betenkelig at den nasjonale domstolsprøvingen avviker fra den internasjonale i EØS-retten.²¹

1.4 Metodisk tilnærming og den videre fremstilling

Formålet med avhandlingen er først og fremst å beskrive gjeldende rett for spørsmålet om hvor intensivt norske domstoler skal prøve forholdsmessigheten av lover som gjør inngrep i EMK. Diskusjoner rundt begrepet «gjeldende rett» og den nærmere fremgangsmåten for å fastslå dette, er det ikke nødvendig å problematisere i denne avhandlingen. Det er tilstrekkelig å påpeke at EMK tolkes etter den metode som kan utledes av EMD-praksis, mens nasjonale rettskilder tolkes i lys av alminnelige norske rettskilddeprinsipper.²² Der rettskildene ikke lenger strekker til, vil jeg eksplisitt definere mine synspunkter som de lege ferenda-betraktninger.

Opgaven består av to hoveddeler. I del 2 vil jeg ta for meg grunnlaget for – og momentene ved fastsettelsen av – skjønnsmarginen *EMD* innvilger nasjonale myndigheter. Dette dels for å identifisere når problemstillingen kommer opp for norske domstoler, dels for å avklare om konvensjonen gir føringer for hvordan den nasjonale domstolskontrollen med lovgiver skal utøves. Den sentrale rettskilden vil her være EMDs dommer.²³ Dessuten vil også juridisk litteratur benyttes for å forklare og utdype EMDs nokså vage og kortfattede utsagn om skjønnsmarginen. Jeg vil også gjennomgå betydningen av protokoll 15.

¹⁹ Nærmere om det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet i Fredrik Sejersted mfl, *EØS-rett*, 3. utgave Oslo 2011 (*Sejersted mfl*). s. 293-296.

²⁰ Høyesterett har lagt til grunn at norske domstoler ikke skal prøve mer intensivt enn EFTA-domstolen, jf. Rt. 2007 s. 1003 og Hallvard Haukland Fredriksen, "Domstolenes prøving av EØS-avtalens proporsjonalitetsgrunnsetning", *Jussens Venner* 2007 s. 295-305 (*Fredriksen* 2007).

²¹ I den retning Jan Jans, "Proportionality Revisited", *Legal Issues of Economic Integration* 2000 s. 239-265 punkt 4.6.

²² For en generell fremstilling om EMDs metode vises det til Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 2. utgave, København 2007 (heretter *Kjølbro*) s. 17-35.

²³ Jeg har hovedsakelig benyttet EMDs dommer for å belyse innholdet i skjønsmargindoktrinen. Det er derfor ikke nødvendig å problematisere hvilken vekt ulike typer avvisningsavgjørelser måtte ha.

Hvorvidt norske domstoler skal tilstå samme skjønnsmargin som EMD, behandles i del 3. Her vil menneskerettsloven av 1999 med tilhørende forarbeider danne startpunktet. Høyesterett har imidlertid også avsagt en del dommer som berører temaet. I avhandlingen foretas det en kronologisk gjennomgang av rettspraksis med sikte på å avdekke hvilket standpunkt Høyesterett har tatt når det gjelder nasjonal anvendelse av skjønnsmarginen, om Høyesteretts oppfatning er begrunnet, og hvorvidt praksis er konsekvent eller om det kan påvises noen utvikling. Hva som er gjeldende norsk rett kan heller ikke betraktes løsrevet fra EMK.

Studie av utenlandske domstolars løsning på tilsvarende spørsmål vil også kunne gi nyttige bidrag.²⁴ Av hensyn til oppgavens omfang er det komparative perspektivet likevel nedprioritert. Med både lovtekst, forarbeider og en del rettsavgjørelser om temaet, har dessuten fremmed nasjonal rett begrenset betydning de lege lata.

²⁴ Slik som blant annet *Andenæs og Bjørge* gjør nytte av engelsk og fransk rett.

2 EMDs skjønnsmarginlære

2.1 Hva er statens skjønnsmargin?

2.1.1 Rettsgrunnlag og bakgrunn

I dag er det ingen bestemmelser i EMK som nevner «margin of appreciation». Prinsippet bygger på EMD-praksis, med *Handyside mot Storbritannia* som det grunnleggende prejudikatet.²⁵ Når protokoll 15 trer i kraft vil imidlertid skjønnsmarginprinsippet komme direkte til uttrykk i fortalen.

Oftedal Broch mener prinsippet også kan sies å ha «basis i konvensjonens system».²⁶ Han viser til at statene har primæransvaret for å sikre menneskerettene etter artikkel 1, mens EMDs kontroll er subsidiær, jf. artikkel 19. Med dette forutsetter konvensjonen en ansvarsdeling, hvor det er nærliggende at det kontrollerende organet – EMD – ikke har en like intens kontroll i alle detaljer. Poenget er likevel at EMD aldri har begrunnet skjønnsmarginen på denne måten. Også Europarådet omtaler prinsippet som en domstolskapt lære.²⁷

Ideen om at et kontrollerende organ bør vise tilbakeholdenhet overfor organet som kontrolleres, er ikke ny. EMD har trolig hentet inspirasjon fra nasjonale regler for domstolsprøving av forvaltningsavgjørelser, blant annet læren om «marge d'appréciation» i fransk forvaltningsrett.²⁸ Skjønnsmarginen har også likehetstrekk med ordninger for konstitusjonell kontroll av lovgivning, slik som i Norge, der Høyesterett ved prøvingen av lovers forhold til Grunnloven kan legge vekt på Stortingets syn på grunnlovsmessigheten.²⁹ Skjønnsmarginen skiller seg likevel fra disse nasjonale prøvingsreglene, blant annet ved at begrunnelsen for tilbakeholdenhet er mer sammensatt.

²⁵ Skjønnsmarginens «fødsel» kan spores tilbake til Kommissjonens avgjørelse i *Hellas mot Storbritannia*. Konseptet ble kopiert av EMD i *Lawless mot Irland*. *Handyside mot Storbritannia* anses likevel som gjennombruddet, dels fordi den representerte en utvidelse av lærens anvendelsesområde, fra artikkel 15 til standarden «nødvendig i et demokratisk samfunn», dels fordi begrunnelsen var mer utførlig og prinsipiell enn tidligere. Nærmere om utviklingen av doktrinen i Howard C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Dynamics of The European Court of Human Rights Jurisprudence*, Haag 1997 (heretter *Yourow*) s. 15-24.

²⁶ Oftedal Broch s. 261.

²⁷ Se Brighton-erklæringen punkt 12 a) «the Conference ... welcomes the development by the Court in its case law principles such as (...)the margin of appreciation» (min kursivering)

²⁸ *Yourow* s. 12 og Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford 2012 (heretter *Legg*) s. 3.

²⁹ Aall s.100 og David Harris mfl., *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2014 (*Harris mfl.*) s. 17.

2.1.2 Begrepet ”skjønnsmargin”

I denne avhandlingen betegnes skjønnsmarginen enkelte ganger som et prinsipp, andre ganger som en doktrine eller lære, uten at det er tilsiktet noen meningsforskjell. Hvorvidt dette er treffende begreper drøftes ikke nærmere.³⁰ Det er tilstrekkelig å vise til at prinsippbetegnelsen benyttes når skjønnsmarginen innføres i EMKs fortale, jf. protokoll 15 artikkel 1, mens EMD har omtalt skjønnsmarginen som «the doctrine of the margin of appreciation».³¹

Derimot er det nødvendig å utfylle definisjonen som ble gitt i innledningskapittelet, der skjønnsmarginen ble presentert som et prinsipp som innebærer at EMD legger vekt på medlemsstatens egen vurdering av situasjonen og hvilke tiltak den krever.³² EMD er kun tilbakeholdne med å prøve *visse sider* av nasjonale myndigheters rettsanvendelse.³³

For å ta stilling til om et inngrep er proporsjonalt, må innholdet i EMK-regelen tolkes, faktum avklares, i tillegg til at det klarlagte faktum må subsumeres under den generelle EMK-regelen. Skjønnsmarginens kjerneområde er subsumsjonen. EMD synes derimot ikke å legge vekt på medlemsstatenes syn på hvordan den generelle EMK-regelen skal forstås.³⁴ At det kan være flytende overganger mellom abstrakt konvensjonstolkning og konkret rettsanvendelse, er en annen sak.

Det kan spørres om skjønnsmarginen også har betydning for bevisvurderinger. Ifølge van Dijk og van Hoof er skjønnsmarginen ikke relevant «so far as the establishment of the facts is concerned», mens Christoffersen og Arai-Takahashi er av motsatt oppfatning.³⁵ Jeg deler de

³⁰ Mer om begrepsdiskusjonen i *Legg* s. 13-14 og Yutaka Arai-Takahashi, ”The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg’s variable geometry” i Andreas Føllesdal mfl., *Constituting Europe*, Cambridge 2013 (heretter *Arai-Takahashi 2013*) s. 82-84.

³¹ *A mot Storbritannia* avsnitt 184.

³² *Aall* s. 144. *Arai-Takahashi 2013* s. 62 definerer skjønnsmarginen som statenes frihet til å handle og manøvrere. Noe tilsvarende i *Legg* s.37 og *Yourow* s. 13. Forskjellen mellom *Aall* og de øvrige skyldes ikke ulikt syn på hva skjønnsmarginen er, men at førstnevnte beskriver skjønnsmarginens fra EMDs perspektiv, mens de sistnevnte tar statenes perspektiv.

³³ Jeg bruker frasene ”tilbakeholdenhet” og ”legge vekt på statens vurdering” om hverandre, selv om Erik Boe mener dette ikke bør sammenblandes, jf. ”Lovers Grunnlovsmessighet”, *Jussens Venner* 1998 s. 4-34 (*Boe*) på s. 19. Bakgrunnen for dette er at EMD bruker begge uttrykk, se for eksempel *Markt Intern Verlag GmbH mot Tyskland* avsnitt 33 og *Hatton mot Storbritannia* avsnitt 97. Jørgen Vangsnes mener også at praksis ikke gir grunnlag for å oppstille Boes sonndring, jf. ”Om den såkalte tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2014 s. 131-205 (heretter *Vangsnes*) på s. 137.

³⁴ Slik også *Sørensen 2004* s. 141.

³⁵ Pieter van Dijk og Godfridus van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3. utgave, Haag 1998 (*Van Dijk og van Hoof*) på s. 86. Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden 2009 (*Christoffersen 2009 I*) s. 277-282. *Arai-Takahashi 2013* s. 69.

sistnevntes forfatternes syn, og mener *Markt Intern Verlag GmbH mot Tyskland* viser at skjønnsmarginen også omfatter bevisvurderinger:

“Such a margin of appreciation is essential in commercial matters and, in particular, in an area as complex and fluctuating as that of unfair competition. *Otherwise, the European Court of Human Rights would have to undertake a re-examination of the facts* and all the circumstances of each case.”³⁶ (min kursivering)

Det er vanskelig å forstå dette utsagnet på annen måte enn at EMD avstår fra å gå inn i en ”re-examination of the facts” med henvisning til skjønnsmarginen.

Videre er det grunn til å merke seg at EMD benytter uttrykket ”skjønnsmargin” i to ulike sammenhenger, med varierende meningsinnhold. «Margin of appreciation» brukes dels for å beskrive *EMDs prøvingsintensitet* som følge av at organet er en internasjonal domstol. Andre ganger brukes ”skjønnsmargin” for å uttrykke at *statene har et spillerom* til å velge mellom forskjellige løsninger når ulike interesser kommer i konflikt med hverandre. Den førstnevnte betydningen omtales her som skjønnsmarginen forstått som *prøvingsnorm*, sistnevnte som skjønnsmargin forstått som *materiell skjønnsfrihet*. Distinksjonen er ment å være en norsk oversettelse Letsas’ sontring mellom skjønnsmarginen som strukturelt og materielt konsept.³⁷

Et eksempel på at skjønnsmarginen benyttes for å uttrykke *materiell frihet* for statene, er at statene kan velge om lovgivningen skal gi adoptivbarn rett til å kjenne sin opprinnelse, eller om den biologiske morens ønske om anonymitet skal prioriteres.³⁸ Dette er ikke bare en konsekvens av strukturelle forhold mellom statlige myndigheter og EMD (skjønnsmarginen som prøvingsnorm), men at målet med konvensjonen er å etablere standarder, ikke enhetlig lovgivning.³⁹ Konvensjonen gir altså statene *materiell skjønnsfrihet* til å velge mellom ulike løsninger, hvor det er helt legitimt at en stat prioriterer barnets interesser, mens en annen stat lar morens ønske om anonymitet gå foran.⁴⁰

³⁶ *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann mot Tyskland* avsnitt 33

³⁷ Georg Letsas, ”Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2006 s. 705-732 (*Letsas 2006*). Denne distinksjonen er senere fremhevet av blant annet Francis Jacobs mfl, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, 6. utgave, Oxford 2014 (*Jacobs mfl.*) s. 80 og *Arai-Takahashi 2013* s. 92-102. Også *Christoffersen 2009 I* s. 236-8 understreker at skjønnsmarginen brukes med tvetydig meningsinnhold, men han bruker en annen terminologi enn Letsas.

³⁸ *Odièvre mot Frankrike*

³⁹ Dommer Martens I *Borgers mot Belgia* avsnitt 4.2: «The Convention does not aim at uniform law but lays down directives and standards, which, as such, imply a certain freedom for member states».

⁴⁰ Merk dommer Greves dissens i *Odièvre mot Frankrike*, som antyder at konvensjonen krever at morens interesser prioriteres, slik at det i realiteten ikke ville være materiell skjønnsfrihet for statene.

Et eksempel på det motsatte, skjønnsmarginen brukt som *prøvningsnorm*, er saker som gjelder derogasjon etter artikkel 15. I Strasbourg tilstås statene en meget vid skjønnsmargin både når det gjelder spørsmålet om det foreligger en nødtilstand som ”truer nasjonens liv”, og ved spørsmålet om de iverksatte derogasjonstiltakene går lenger enn ”strengt nødvendig”.

Begrunnelsen er at statene har bedre forutsetninger enn en internasjonal domstol for å vurdere faresituasjonen og hvilke tiltak den krever. EMDs tilbakeholdenhet bygger altså på domstolens utilstrekkelig forståelse av faktiske forhold (*prøvningsnorm*), ikke på den grunntanke at variasjoner i beskyttelsesnivået er legitimt (*materiell skjønnsfrihet*).

I avhandlingen kunne vært nyttig å sondre mellom skjønnsmarginen forstått som prøvningsnorm og som materiell frihet. For det er mer nærliggende at skjønnsmarginen forstått som *materielle frihet* får anvendelse i forholdet mellom nasjonale domstoler og lovgiver, enn at skjønnsmarginen forstått som *prøvningsnorm* for en internasjonal domstol, kan anvendes nasjonalt. Distinksjonen vil likevel ikke behandles nærmere, ettersom EMD ikke skiller tydelig mellom prøvningsvurderinger og materielle vurderinger.⁴¹

2.1.3 Avgrensning mot beslektede tolkingsprinsipper

EMD har utviklet flere tolkningsprinsipper som har fellestrekk med skjønnsmarginisdoktrinen, men som ikke må forveksles med denne. For det første er EMD varsom med å overprøve nasjonale domstolers tolking og anvendelse av nasjonal rett, f.eks. når det er spørsmål om frihetsberøvelse er ”i samsvar med en fremgangsmåte forskrevet ved lov”, jf. artikkel 5 nr.1. Dette omtales gjerne som fjerdeinstansdoktrinen. Bakgrunnen er at nasjonale domstoler er mer fortrolige med intern lovgivning, og at de presumptivt har bedre innsikt i sakens faktum.⁴² Også prosessøkonomiske hensyn tilsier at EMD avstår fra en detaljert overprøving av slike spørsmål.⁴³ Begge prinsippene er et utslag av et generelt subsidiaritetsprinsipp, men forskjellen er at skjønnsmarginen gjelder statens praktisering av *EMK*, mens fjerdeinstansdoktrinen begrenser overprøving av statens anvendelse av *nasjonale regler*.⁴⁴ Siden fjerdeinstansprinsippet gjelder forholdet mellom ulike domstoler, oppstår det ikke spørsmål om nasjonal anvendelse overfor lovgivende myndigheter.

⁴¹ Jf. også Vangsnes s. 150

⁴² Sverre E. Jebens, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Oslo 2004 (heretter *Jebens*) s. 62.

⁴³ Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp 2002 (heretter *Arai-Takahashi 2002*) på s. 86.

⁴⁴ Subsidiaritetsprinsippet omtales i punkt 2.2.2.

For det andre har skjønnsmarginen klare forbindelser til prinsippet om dynamisk tolking. Siden 1978 har EMD gjentatte ganger fremhevet at konvensjonen er «a living instrument which... must be interpreted in the light of present-day condition».⁴⁵ Denne dynamiske tolkingstilten innebærer at konvensjonen tilpasses samfunnsutviklingen, endrede verdioppfatninger og stadig stigende krav til menneskerettsbeskyttelse.⁴⁶

Prinsippene har vært beskrevet som ”flip sides of the same coin”.⁴⁷ Sammenhengen er tydelig i saker hvor skjønnsmarginen innsnevres som følge av samfunnsutviklingen, som i *Goodwin mot Storbritannia*. Her fikk klageren medhold i at artikkel 8 var krenket gjennom lovgivning som ikke aksepterte kjønnskifte, til tross for at EMD i tidligere avgjørelser hadde kommet til motsatt resultat med henvisning til den brede skjønnsmarginen på området. Det avgjørende for EMD var at det ikke lenger var grunnlag for å tilstå en vid skjønnsmargin, som følge av en utvikling i retning av større sosial og rettslig aksept for transseksuelle.

Det har vært drøftet om skjønnsmarginen også kan anses som en *motvekt* til den dynamiske tolkingstilten. Oftedal Broch reiser spørsmål om det er mer nærliggende for EMD å tilstå skjønnsmargin der domstolen peker ut en ny retning eller foretar en ny tolking. Samtidig avviser han synspunktet raskt, fordi det mangler støtte i EMDs praksis.⁴⁸

Forbindelseslinjene til tross, er det viktig å unngå å blande sammen prinsippene om skjønnsmargin og dynamisk tolking.⁴⁹ Dynamisk tolking gjelder generell rettsforståelse, mens skjønnsmarginen gjelder subsumsjonen av skjønnsmessige vurderingskriterier.⁵⁰ Denne avhandlingen gjelder norske domstolars prøvingsintensitet, ikke spørsmålet om hvor dynamiske norske domstoler skal være ved tolkingen av EMK.

2.1.4 Forholdet mellom skjønnsmarginen og proporsjonalitetsprinsippet

⁴⁵ *Tyrer mot Storbritannia* avsnitt 31.

⁴⁶ Dynamisk tolking er nødvendig for at for å unngå at konvensjonen hindrer reform og fremskritt., se *Vilho Eskelinen mot Finland* avsnitt 56. Ulempen er at dette utfordrer suverenitetsprinsippet og gjør rettsanvendelsen mer uforutsigbar. Mer om dette i Jens Edvin A. Skoghøy, ”Dynamisk tolking i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti”, *Lov og Rett* 2011 s. 511-530 (heretter *Skoghøy 2011 II*) på s. 515.

⁴⁷ *Arai-Takahashi 2013* s. 89.

⁴⁸ *Oftedal Broch* s. 262.

⁴⁹ Jf. punkt 3.3 nedenfor.

⁵⁰ Vel tilsvarende Tolle Stabell, ”Menneskerettigheter og grunnrettigheter – er lovgivers råderom blitt for innsnevret?”, *Det 37. nordiske juristmøte* 2005 s. 368-381 (heretter *Stabell 2005*) på s. 377.

Når temaet er norske domstolars prøving av lovgivers proporsjonalitetsvurderinger, er det nødvendig å kjenne til proporsjonalitetsprinsippets hovedtrekk og forholdet mellom dette prinsippet og skjønnsmarginen. En utførlig redegjørelse er det imidlertid ikke rom for.

Kjernen i proporsjonalitetsprinsippet er at det må være en ”fair balance” mellom motstående interesser, enten interessekonflikten er mellom stat og borger, eller mellom to private interesser. Dette kan også formuleres som et krav om proporsjonalitet mellom de virkemidler som benyttes og de formål som søkes oppnådd.⁵¹ Enkelte steder fremgår kravet om forholdsmessighet eksplisitt, slik som i artikkel 8 til 11, der inngrep må være ”nødvendig i et demokratisk samfunn” for å rettferdiggjøres. I andre bestemmelser er kravet innfortolket.⁵² EMD har uttalt at tanken om rimelig balanse ”inherent in the whole of the Convention”.⁵³

Terskelen for at et tiltak anses forholdsmessig varierer.⁵⁴ Meget strengt er kravet til forholdsmessighet når det gjelder retten til liv. Etter artikkel 2 nr.2 er dødbringende maktbruk bare tillatt hvis det er ”absolutt nødvendig”, og dette innebærer at tiltaket må være uomgjengelig for å nå formålet.⁵⁵ Noen ganger innebærer proporsjonalitetskravet at myndighetene må velge det minst inngripende tiltaket for å oppnå sitt formål.⁵⁶ I andre situasjoner har EMD presisert at kravet er mindre strengt, slik at det *ikke* kreves at myndighetene må velge det minst inngripende virkemiddelet.⁵⁷

Teoretisk kan forholdet mellom prinsippene beskrives slik at proporsjonalitetsprinsippet gjelder avveining mellom hensynet til individet og staten (materielle interesser), mens skjønnsmarginen gjelder balansering av nasjonale og internasjonale myndigheters makt og kompetanse (institusjonelle hensyn).⁵⁸ I *praksis* kommer samspillet mellom prinsippene til uttrykk gjennom måten EMD foretar forholdsmessighetsdrøftelsen på. Hvis skjønnsmarginen er vid, er EMD normalt tilbakeholden med å foreta en selvstendig balansering av de motstående materielle interessene (forholdsmessighetsvurderingen). Motsatt, hvis marginen er

⁵¹ Ifølge *Arai-Takahashi 2002* s. 193 er dette to forskjellige typer proporsjonalitetsvurderinger. Men i *James mfl. mot Storbritannia* avsnitt 50 uttaler EMD at dette er samme regel ”expressed in other terms”.

⁵² For oversikt over artikler der proporsjonalitetskrav er innfortolket, se *Harris mfl.* s. 13.

⁵³ *Sprorrang og Lönnroth mot Sverige* avsnitt 69

⁵⁴ I *Arai-Takahashi 2002* s. 192 flg. kritiseres EMD for ikke å ha utviklet en koherent forståelse av proporsjonalitetsprinsippet, slik EU-domstolen synes å ha gjort.

⁵⁵ Til illustrasjon *Isayeva, Yusupova og Bazayeva mot Russland* avsnitt 169.

⁵⁶ Se for eksempel *Glor mot Sveits* avsnitt 94.

⁵⁷ *James mfl. mot Storbritannia* avsnitt 51

⁵⁸ Jonas Christoffersen og Mikael Madsen (red.), *Menneskerettighedsdomstolen – 50 års samspil med dansk ret og politikk*, København 2009 (heretter *Christoffersen 2009 II*) på s. 163.

snever, vil EMD på selvstendig grunnlag vurdere hvor tyngende inngrepet er og hvor tungveiende grunner som begrunner det.

Dette er likevel en noe forenklet beskrivelse. For det første har EMD i enkelte saker uttalt at skjønnsmarginen er vid, samtidig som domstolen i realiteten foretar en intensiv overprøving av statens proporsjonalitetsvurdering.⁵⁹ Forholdet mellom prinsippene kompliseres ytterligere ved at flere av momentene som bestemmer skjønnsmarginen, også har betydning for å fastsette terskelen for at et inngrep skal anses proporsjonalt.⁶⁰ EMD har da også blitt kritisert for å blande sammen spørsmål om skjønnsmargin og om proporsjonalitetsterskel.⁶¹ Som Bjørge påpeker, er det imidlertid uklart om dette er to prinsipielt forskjellige spørsmål.⁶²

2.1.5 Menneskerettighetenes universalitet og skjønnsmargin

Som idé er menneskerettighetene universelle.⁶³ Det har vært hevdet at skjønnsmarginen undergraver denne grunntanken.⁶⁴ I en rettsdogmatisk avhandling er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på denne diskusjonen.⁶⁵ Siden temaet er norske domstolers prøvingsintensitet, er det likevel hensiktsmessig å forklare hva det innebærer for den *nasjonale konvensjonshåndhevingen* at EMD innvilger statene en skjønnsmargin.

Skjønnsmarginen innebærer en anerkjennelse av at konvensjonen ikke dikterer én bestemt løsning som gjelder generelt i alle medlemsstatene. ”Det finnes retter under EMK som en borger [i ett land] kan hevde mot staten, men som en klager i et annet land ikke kan hevde.”⁶⁶ For eksempel kan det reises spørsmål om et hijabforbud på norske universiteter vil være i strid med retten til religionsfrihet i artikkel 9, selv om EMD har godtatt et tilsvarende forbud i Tyrkia med henvisning til skjønnsmarginen.⁶⁷

Dette poenget kommer klart til uttrykk i *Zdanoka mot Lativa*. På spørsmål om det var i strid med protokoll 1 artikkel 3 å diskvalifisere tidligere kommunister fra å stille til valg, uttalte

⁵⁹ *A mot Norge* er ett eksempel, se flere i *Borvik* punkt 2.5.

⁶⁰ At saken gjelder inngrep i en grunnleggende rettighet, vil for eksempel både være et argument for intensivert domstolskontroll og for en strengere proporsjonalitetsterskel.

⁶¹ Stig Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010 (*Solheim 2010*) s. 84

⁶² *Bjørge 2013* s. 115. Nærmere om forholdet mellom skjønnsmarginen og proporsjonalitetsprinsippet i *Arai-Takahashi 2002* s. 14-17 og *Legg* s. 192-198.

⁶³ Se for eksempel Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Oslo 2002 (*Møse*) s. 25.

⁶⁴ Se hovedpunktene i kritikken i *Legg* s. 40-41 med videre henvisninger.

⁶⁵ Dette er inngående drøftet i *Legg* s. 42-50.

⁶⁶ *Andenæs og Bjørge* s. 280.

⁶⁷ *Leyla Sahin mot Tyrkia*. Nærmere om problemstillingen i Njål Høstmælingen, ”Forbud mot niqab i Oslo med linjer til Leyla Sahin-saken”, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 2006 s. 240-247 (*Høstmælingen*).

EMD at “While such a measure may scarcely be considered acceptable in the context of one political system ... it may nonetheless be considered acceptable in Latvia in view of the historico-political context...” At konvensjonen aksepterer ulik beskyttelse skyldes blant annet at samfunnsmessige forhold er forskjellig fra stat til stat, og at formålet med EMK ikke er å etablere enhetlig lovgivning, men standarder, som «as such» forutsetter frihet for statene til å velge ulike løsninger.⁶⁸

For nasjonale domstoler som skal håndheve EMK, innebærer dette at inngrep ikke uten videre er forenelig med konvensjonen selv om EMD har akseptert et likeartet inngrep foretatt av en annen stat. I prinsippet kan inngrepet være akseptabelt i den ene staten, og konvensjonsstridig i den andre, dersom *kulturen og samfunnskonteksten* er forskjellig.⁶⁹ At skjønnsmarginen har en slik konsekvens er ikke omstridt.

Et spørsmål som har sammenheng med det som nå er sagt, men som er mer kontroversielt, er om EMKs materielle rekkevidde også kan variere alt ettersom konvensjonen *tolkes av nasjonale myndigheter eller av EMD*. Med andre ord om det finnes rettigheter under konvensjonen som en borger kan tilkjennes av sin nasjonale domstol, som vedkommende – på grunn av skjønnsmarginen – ikke ville blitt tilkjent i Strasbourg. Dette omtales noe nærmere i punkt 3.6.3.

2.2 Skjønnsmarginens begrunnelse

2.2.1 Innledning

Hvorfor er EMD varsom med å tilsidesette nasjonale myndigheters vurderinger? Å ha en forståelse av dette er nødvendig for å kunne vurdere hvor langt hensynene bak EMDs skjønnsmarginisdoktrine også har gyldighet i forholdet mellom norske domstoler og lovgiver. Samtidig er det metodisk utfordrende å gi en presis beskrivelse av skjønnsmarginens bakenforliggende hensyn, siden EMDs domspremisser er nokså vage og generelle på dette punktet. Jeg vil derfor også trekke inn juridisk teori.

⁶⁸Se dommer Martens dissens i *Borgers mot Belgia* avsnitt 4.2

⁶⁹Slik også *Aall* s. 235 som antyder at EMDs godkjenning av det tyrkiske hijabforbudet i *Lelya Sahin mot Tyrkia* ikke vil stå seg i land som i mindre grad var truet av religiøs ekstremisme.

Norske forfattere skriver gjerne at skjønnsmarginen hviler på en todelt begrunnelse.⁷⁰ Nasjonale myndigheter har primæransvaret for å sikre rettighetene i EMK, og de er bedre plassert pga. deres innsikt i lokale særegenheter. Sørensen nyanserer ved å vise til verdier og hensyn i EMK som han betegner som «sidehensyn» i skjønnsmarginlæren.⁷¹ Ser man nærmere på EMDs argumentasjon, mener jeg det kan identifiseres fire hovedtyper argumenter som EMD benytter for å begrunne skjønnsmarginen.⁷² For analysens del er det hensiktsmessig å skille mellom disse, selv argumentene for tilbakeholdenhet ofte er overlappende. Alle argumentene kan sies å være utslag av et overordnet subsidiaritetsprinsipp.⁷³

Tre av argumentene fremgår av *Handyside mot Storbritannia*, som er den dommen der EMD i mest generelle ordelag formulerer skjønnsmarginens funksjon og begrunnelse. Spørsmålet her var om britiske myndigheters inndragning av en skolebok på grunn av obskøne seksuelle skildringer var «nødvendig» for å beskytte moralen i Storbritannia, jf. artikkel 10 nr. 2. Statene ble tilstått en «margin of appreciation» basert på følgende betraktninger:

2.2.2 EMDs subsidiære karakter

Først viste EMD til konvensjonens subsidiære karakter:

“The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights (...) The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted (Article 26).” (mine kursiveringer)

I *Handyside mot Storbritannia* forklares det ikke nærmere hvorfor domstolens subsidiære karakter tilsier en tilbakeholden prøving. Men bakgrunnen er nok at konvensjonen forutsetter en ansvarsdeling mellom nasjonale myndigheter og EMD, hvor det er nærliggende at det

⁷⁰ *Andenæs og Bjørge* s. 256 og *Skoghøy 2011 I* s. 189. Tilsvarende i Rt. 2004 s. 1737 avsnitt 75.

⁷¹ *Sørensen 2004* s. 145-149.

⁷² I internasjonale litteratur er det noe ulik inndeling, se *Christoffersen 2009 I* s. 257-261 og *Legg*. Sistnevnte fremhever tre hensyn: demokrati, statspraksis og nasjonale myndigheters ekspertise/kompetanse som begrunnelse for skjønnsmarginen. At innledningen er forskjellig, skyldes nok ulikt syn på hva som er hensiktsmessig fremstilling, ikke reell uenighet om hvilke hensyn skjønnsmarginen hviler på.

⁷³ Vel tilsvarende *Christoffersen 2009 I* s. 257 som skriver om forhold som kvalifiserer subsidiaritetsprinsippet.

kontrollerende organet – EMD – ikke har en like intens kontroll i alle detaljer.⁷⁴ En slik arbeidsfordelingstanke er velkjent i europeisk rett, for eksempel på forvaltningsrettens område. På samme måte som EMD har hentet språklig inspirasjon fra begrepet ”marge d'appréciation” i fransk forvaltningsrett, har domstolen trolig også latt seg inspirere av det rettslige tankegodset som ligger bak.

Subsidiaritetsprinsippet har særlig gjennomslag ved vurderinger som forutsetter innsikt i lokale særegenheter, se punkt 2.2.4 nedenfor. Men når Sørensen skriver at kjennskap til slike særtrekk er hele ”tanken bak” subsidiaritetsprinsippet, bygger han på en for snever forståelse av prinsippet.⁷⁵ Subsidiaritetsprinsippet er ikke bare praktisk begrunnet i at nasjonale myndigheter har bedre innsikt i nasjonale særegenheter:⁷⁶

“The subsidiarity principle is also backed up by a number of other considerations... Fourthly and lastly, it is the principle of subsidiarity which *enables the Court to fully assume its function as a regulatory court* as intended by the drafters of the Convention or, as the Interlaken Conference put it, ”to concentrate on its essential role of a guarantor of human rights and to adjudicate well-founded cases with necessary speed...”⁷⁷ (Min utheving)

Subsidiaritetsprinsippet er altså også begrunnet i domstolens rolle som *kontrollorgan*. For at EMD skal kunne utøve denne kontrollfunksjonen er det nødvendig med en hensiktsmessig arbeidsdeling mellom Strasbourg og nasjonale myndigheter – mer prosessøkonomiske betraktninger.⁷⁸ Det er nok slike hensyn som kan forklare at EMD har vært tilbakeholden med henvisning til subsidiaritet, også der nasjonale myndigheter *ikke* har hatt bedre forutsetninger for å vurdere, for eksempel i *Slivenko mot Latvia*. Her la EMD til grunn at «it is not the Court's task to substitute its own judgement for that one of the domestic authorities» ved tolking av en traktat, selv om nasjonale domstoler neppe har særlig innsikt eller er bedre plassert sammenlignet med en internasjonal domstol når det gjelder tolking av en folkerettslig avtale.⁷⁹

⁷⁴ Slik også *Oftedal Broch* s. 261

⁷⁵ *Sørensen 2004* s. 146

⁷⁶ Slik også Jonas Christoffersen, ”Den danske debat om internasjonale menneskerettigheter”, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 2006 s. 97-114 (*Christoffersen 2006*) på s. 110.

⁷⁷ Notat fra Jurisconsult (EMDs utredningsenhet): *Interlaken Follow-Up: Principle of Subsidiarity* 8. juli 2010. Selv om notatet ikke har rettskildemessig vekt, er det neppe omstridt at innholdet er dekkende for gjeldende rett.

⁷⁸ *Arai-Takahashi 2013* s. 93.

⁷⁹ *Slivenko mot Latvia* avsnitt 105. Utsagnet gjelder lovskravet, men poenget er at EMD er tilbakeholden med å overprøve selv om nasjonale domstoler ikke har bedre forutsetninger for å foreta en ”riktig” vurdering. Eksempelet er inspirert av Jonas Christoffersen ”Impact on General Principles of Treaty Interpretation” i Meno

Det elementet av subsidiaritetsprinsippet som bygger på ansvarsdeling mellom statene og domstolen, er viktigere på noen områder enn andre. Blant annet har EMD understreket at skjønnsmarginen har grunnleggende betydning i komplekse kommersielle spørsmål, for å unngå at EMD må foreta en ny undersøkelse av alle fakta og omstendigheter i saken.⁸⁰ Samtidig vil det også i mindre komplekse sakstyper være behov for å unngå detaljstyring i Strasbourg av hensyn til EMDs restanseproblemer. Det kan blant annet reises spørsmål om EMDs tilbakeholdenhet i nyere dommer om avveiningen mellom ytringsfrihet og personvern delvis skyldes et ønske om å unngå detaljkontroll på et område hvor EMD har hatt mange klagesaker.⁸¹

Som punkt 2.3.5 nedenfor vil vise, synes EMD å være mer tilbøyelig med å konstatere konvensjonsbrudd der forholdet til EMK ikke er (forsvarlig) vurdert av nasjonale organer. Vekten av subsidiaritetsargumentet vil altså variere etter hvor grundig forholdet til EMK er bedømt nasjonalt.⁸²

2.2.3 Europeiske rettsoppfatninger

I *Handyside mot Storbritannia* ble det også fremhevet to til dels overlappende argumenter, der det første elementet var fraværet av en felles europeisk (moral)oppfatning:

«In particular, it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterized by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject.» (Min utheving)

Hva er bakgrunnen for at EMD er mer varsom med å tilsidesette statens syn der det ikke foreligger noen felles europeisk rettsoppfatning? Dette kan sies å være et utslag av et positivistisk syn på rettslige standarder i EMK, at «legal standards are to be found, not created

Kamma mfl., *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford 2009 (Christoffersen 2009 III) s. 59.

⁸⁰ *Markt Intern Verlag GmbH og Klaus Beermann mot Tyskland* avsnitt 33

⁸¹ Se *Lillo-Stenberg og Sæter mot Norge*. EMDs tilbakeholdenhet her kan vanskelig alene begrunnes med at nasjonale domstoler har bedre forutsetninger for å avveie ytringsfrihet og personvern. Se for øvrig Tarjei Bekkedal, ”Avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivets fred – om EMDs balansetest”, *Lov og Rett* 2014 s. 315-333 (*Bekkedal*) s. 32 som mener EMDs bruk av skjønnsmarginen i denne dommen er ”godt tilpasset samspillet mellom EMD og nasjonale myndigheter.”

⁸² Jf. også Christoffersen 2009 II s. 258.

by the Court». ⁸³ EMD er mindre spissformulert. I avsnitt 6 i dissensen fra dommer Wildhaber, Costa, Lorentzen Kovler og Jebens i *Hirst mot Storbritannia*, gis det imidlertid uttrykk for noe av det samme; ved å kreve tilstrekkelig forankring i synspunkter som er felles i konvensjonsstatene, unngår man at EMD opptrer som lovgiver. Som motstykke til den tilbakeholdenheten EMD utviser ved fravær av europeisk konsensus, innsnevres skjønnsmarginen normalt dersom den innklagede stat er alene om å gjennomføre det aktuelle tiltaket. ⁸⁴ I punkt 2.3.4 nedenfor gis det en mer utfyllende beskrivelse av *hvordan* europeiske rettsoppfatninger påvirker EMDs prøvingsintensitet; her er poenget å forklare *hvorfor* slike betraktninger har betydning.

2.2.4 Nasjonale myndigheters kunnskap (better-placed-synspunktet)

Et tredje element i EMDs begrunnelse var nasjonale myndigheters kjennskap til lokale særegenheter:

“By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, *State authorities are in principle in a better position* than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them.” (Min utheving)

Nasjonale myndigheters vurdering vektlegges altså fordi den presumptivt er «riktigere», på grunn av deres tilgang til ekspertise og kjennskap til lokale forhold. Argumentet må ses i sammenheng med EMDs erkjennelse av varierende historiske, politiske, sosiale, kulturelle, religiøse og rettslige forhold i de ulike medlemsstatene. ⁸⁵ Dette er en annen side av subsidiaritetsprinsippet, som er omtalt ovenfor.

Nasjonale organers kunnskap og ekspertise vil tale for skjønnsmargin der det må foretas vurderinger som forutsetter *nærhet til faktiske begivenheter*, for eksempel når det er spørsmål om verdsettelse av ekspropriert eiendom ⁸⁶ eller ved inngrep av hensyn til barnets beste. ⁸⁷

EMD også lagt til grunn at nasjonale myndigheter har større innsikt i mer *politisk pregede*

⁸³ *Christoffersen 2009* I s. 62 med videre henvisninger. Ifølge *Legg* s. 106 flg. kan vektleggingen av rettsoppfatninger i medlemsstatene også begrunnes i traktatolningsprinsippene som fremgår av Wien-konvensjonen artikkel 31 nr.3 (b).

⁸⁴ Dette gjelder likevel ikke uten unntak, se *A, B og C mot Irland*.

⁸⁵ Den kulturelle konteksten kan også variere innad i én stat, se *Otto-Preminger-Institut mot Østerrike* avsnitt 50

⁸⁶ Se *Papachelas mot Hellas* avsnitt 46-49. Et annet eksempel er *Chapman mot Storbritannia* avsnitt 92, der EMD utførlig forklarer at nasjonale planmyndigheter er bedre plassert til å ta stilling til et spørsmål om arealutnyttelse, på grunn av muligheten til å besøke stedet, høre alle siders argumenter og avhøre vitner.

⁸⁷ *Johansen mot Norge* avsnitt 64.

avveiiinger, typisk i saker som gjelder nasjonal sikkerhet, økonomi og der inngrepet begrunnes i moralske, religiøse eller etiske betraktninger. Synspunktet om at nasjonale myndigheter er i bedre posisjon til å utøve skjønn i slike spørsmål bygger imidlertid ikke bare på myndighetenes innsikt og bevistilgang, men også på deres demokratiske forankring, jf. pkt.2.3.5.

Det hender at EMD særskilt angir hvilke statsorganer som er best egnet til å foreta den aktuelle vurderingen, slik som i avvisningsavgjørelsen *P4 Radio Hele Norge ASA mot Norge* hvor nasjonale domstoler ble utpekt som best plassert.⁸⁸ Hvis det er EMD selv som besitter ekspertisen, vil skjønnsmarginen normalt innsnevres. I Strasbourg arbeider erfarne jurister som har gode forutsetninger for å prøve utpreget rettslige vurderinger. På denne bakgrunnen er det ikke overraskende at EMD har lagt til grunn en snever skjønnsmargin ved spørsmålet om publiseringsforbud var nødvendig «for å bevare domstolens autoritet og upartiskhet», jf. artikkel 10.2.⁸⁹ Tilsvarende har EMD vist liten tilbakeholdenhet i saker som gjelder forsvarligheten av rettslige prosedyrer og hva som er rimelig saksbehandlingstid.⁹⁰

2.2.5 Demokratihensyn

Etter *Handyside* har EMD hatt en nokså praktisk tilnærming til skjønnsmarginen, der den anvendes i sak etter sak, uten at det gis noen ytterligere overordnet begrunnelse for doktrinen. Strasbourg-praksis viser likevel at det er et fjerde argument for å være tilbakeholdne med å tilsidesette nasjonale myndigheters vurderinger – at nasjonale myndigheter har sterkere demokratisk forankring. *Hatton* var den første avgjørelsen der EMD eksplisitt fremhevet dette:

«The national authorities have direct democratic legitimation and are, as the Court has held on many occasions, in principle better placed than an international court to evaluate the local needs and conditions... In matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ, the role of the policy maker should be given a special weight.»⁹¹

⁸⁸ *P4 Radio Hele Norge ASA mot Norge*: ”The national authorities, in particular the courts, after hearing the views of the parties, are better placed than the European Court in assessing...” (Min utheving)

⁸⁹ *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 59

⁹⁰ Se *Legg* s. 167-171 med eksempler fra EMD-praksis.

⁹¹ *Hatton mfl. mot Storbritannia* avsnitt 75

Det dissenterende votumet i *Karatas mot Tyrkia* er enda tydeligere. I forbindelse med fastsettelsen av skjønnsmarginen sies det med rene ord at “the democratic legitimacy of measures taken by democratically elected governments commands a degree of judicial self-restraint.”⁹² Dette er i samsvar med EMKs fortale, som understreker viktigheten av «et effektivt politisk demokrati».⁹³

Som det fremgår av sitatet fra *Hatton mot Storbritannia*, er demokratisk legitimitet av særlig betydning for skjønnsmarginen i generelle politiske spørsmål. Dette gjelder typisk områder som finans- og sosialpolitikk,⁹⁴ miljøvern,⁹⁵ og i saker som gjelder forholdet mellom stat og religion.⁹⁶ Men også når to private rettigheter må balanseres mot hverandre er EMD varsomme med å overprøve lovgivers valg på grunn av den de folkevalgtes demokratiske legitimitet.

På andre områder benyttes demokratihensyn som argument for å innsnevre skjønnsmarginen. EMD er bevisst på risikoen for flertallstyranni, og har ved flere anledninger slått fast at ”democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail”.⁹⁷ Demokratisk legitimitet oppnås altså ikke alene gjennom demokratiske prosedyrer, men må også bygge på substansielle verdier som menneskeverd, frihet og likhet.⁹⁸ Med dette utgangspunktet er EMD ofte mindre tilbakeholdne overfor statene i saker som angår minoriteter og sårbare grupper. Demokratihensyn taler også for en mer intensiv prøving av inngrep i rettigheter med nær tilknytning til demokratiske prosesser, slik som retten til politisk ytringsfrihet og retten til å delta i valg.⁹⁹

Videre vil respekten for nasjonale myndigheters demokratiske legitimitet variere med lovgivningsprosessens kvalitet. På den ene siden utviser EMD særlig tilbakeholdenhet dersom lovgivers valg bygger på grundige demokratiske prosesser. *Draon mot Frankrike* er illustrerende.¹⁰⁰ Her fikk staten medhold i at det var forenlig med artikkel 8 å nekte erstatning

⁹² *S.A.S. mot Frankrike* avsnitt 154 bygger på lignende synspunkt.

⁹³ Til sammenligning kan det vises til Den internasjonale konvensjonen for sivile og politiske rettigheter som ikke nevner demokrati i fortalen. Det kan spørres om FNs Menneskerettskomité dermed ikke kan begrunne tilbakeholdenhet i prøvingen med respekt for demokratisk legitimitet. Problemstillingen drøftes i *Legg* s. 74.

⁹⁴ *Burden mot Storbritannia* avsnitt 60

⁹⁵ Se *Hatton mot Storbritannia* avsnitt 97-99

⁹⁶ *S.A.S. mot Frankrike* avsnitt 129

⁹⁷ Se blant annet *Young, James og Webster mot Storbritannia* avsnitt 111 og *Folgerø mfl. mot Norge* avsnitt 84.

⁹⁸ *Arai-Takahashi 2013* s. 97.

⁹⁹ *Arai Takahashi 2002* s. 247 og *Legg* s. 90-95.

¹⁰⁰ Et annet eksempel er *A, B og C mot Irland* avsnitt 239. Her ble Irske myndigheters abortforbud godtatt, blant annet med henvisning til «the lengthy, complex and sensitive debate» som lovgivningen bygget på.

til et foreldrepar som fikk et handikappet barn som følge av behandlingssvikt. Det ble lagt vekt på at regelverket bygget på en omfattende debatt i parlamentet, der både rettslige, etiske og sosiale aspekter var tatt i betraktning.¹⁰¹ Motsatt kan svakheter i lovgivningsprosessene innsnevre skjønnsmarginen til demokratisk valgte organer, noe *Hirst mot Storbritannia* er et eksempel på. På grunn av fraværet av «substantive debate» i parlamentet, mente EMD det var mindre grunn til å utvise tilbakeholdenhet overfor lovgiver.¹⁰²

Graden av tilbakeholdenhet på grunnlag av demokratihensyn avhenger også av om det er den nasjonale lovgiveren, domstolene eller forvaltningen som har vurdert inngrepets proporsjonalitet. *Dickson mot Storbritannia* bygger på et slikt synspunkt. Her mente EMD at det var i strid med artikkel 8 å nekte to innsatte å foreta kunstig befruktning. Dette ble blant annet begrunnet med at de restriktive reglene om kunstig befruktning ikke var hjemlet i primærlovgivningen. Dermed hadde reglenes proporsjonalitet aldri vært vurdert av parlamentet.¹⁰³

2.2.6 Andre grunner til at EMD viser tilbakeholdenhet?

Flere forfattere antyder at skjønnsmarginen også kan begrunnes i hensynet til EMDs egen kredibilitet.¹⁰⁴ Hvis Strasbourg over tid går for langt i å tilsidesette nasjonal skjønnsutøvelse, vil det kunne undergrave medlemsstatenes tiltro til EMK-systemet. I den forbindelse kan det nevnes at individets klagerett frem til 1994 var betinget av at den innklagede stat hadde anerkjent Strasbourg-organenes jurisdiksjon. Etter hva jeg kan se har imidlertid EMD aldri vist til dette argumentet i domsgrunnene sine. Det ville også vært i strid med «rule of law»-prinsippet om en domstol ved avgjørelsen av rettsspørsmål tok i betraktning eventuell misnøye et saksutfall vil kunne møte. På den bakgrunn er det mer treffende å beskrive dette som en *realpolitisk* begrunnelse for skjønnsmarginen, snarere enn en juridisk begrunnelse.¹⁰⁵

2.3 Momenter som avgjør prøvingsintensiteten

2.3.1 Innledning

¹⁰¹ *Draon mot Frankrike* avsnitt 112. En annen sak er at det ble konstatert krenkelse av P1-1.

¹⁰² Det kan for øvrig reises spørsmål om EMD her gikk for langt i å stille krav til lovgivningsprosessen, slik det gis uttrykk for i den skarpe dissensen fra dommerne Wildhaber, Costa, Lorentzen Kovler og Jebens, se avsnitt 7.

¹⁰³ *Dickson mot Storbritannia* avsnitt 81

¹⁰⁴ *Harris mlf.* s. 14 og *Yourow* s. 49.

¹⁰⁵ Formuleringen er lånt av *Oftedal Broch* s. 261.

I juridisk teori er det ved fremstillinger av skjønnsmarginisdoktrinen vanlig å gi en utførlig redegjørelse for de momenter som er bestemmende for prøvingsintensiteten.¹⁰⁶ Nedenfor gjengis bare hovedtrekkene. Formålet er å gi en oversikt over typetilfeller hvor EMD ville tilstått statene en skjønnsmargin, siden det er i slike situasjoner det oppstår spørsmål om norske domstoler skal utvise tilsvarende tilbakeholdenhet i overprøvingen. Ambisjonen er altså ikke å gi en detaljert deskriptiv beskrivelse av alle momenter som kan ha betydning for EMDs prøvingsintensitet. Når det gjelder EMDs vurderinger av nasjonale beslutningsprosesser vil jeg likevel gå mer i dybden, fordi dette har betydning for hvordan nasjonale domstoler bør utøve kontroll med lovgivningen.

2.3.2 Type rettighet og interesse

Hvor stor vekt EMD vil legge på statens oppfatning varierer betydelig mellom de ulike rettighetene i EMK. Én av grunnene er at noen rettigheter er mer presist formulert enn andre. For eksempel er det et argument for skjønnsmargin ved inngrep i retten til ”respekt for sitt privatliv” etter artikkel 8, at begrepet ”respekt” er vagt definert.¹⁰⁷

At skjønnsmarginens bredde varierer mellom de ulike artiklene skyldes også at enkelte av rettighetene er mer grunnleggende enn andre, og at hensynene bak EMDs tilbakeholdenhet har forskjellig gjennomslag avhengig av hvilken artikkel det er tale om.¹⁰⁸ For å få oversikt kan det være greit å inndelegge rettighetene i fire hovedgrupper.¹⁰⁹

Artikkel 2, 3, 4 og 7 kan sies å være *absolutte rettigheter*, fordi de ikke kan fravikes i nødssituasjoner, jf. artikkel 15. Her har EMD ikke tilstått noen skjønnsmargin.¹¹⁰ Også enkelte bestemmelser i tilleggsprotokollene, P4-1, P4-3, P4-4 og P13, tilhører denne gruppen. I kategorien *sterke rettigheter* kan artikkel 5 og 6 plasseres. Her gis statene en så snever skjønnsmargin ved enkelte kriterier, for eksempel når det gjelder retten til domstolsadgang

¹⁰⁶ Særlig *Sørensen 2004* s. 150-162 og *Borvik* s. 576-593 har en grundig gjennomgang. Men også *Aall* s. 144-147, *Harris mfl.* s. 11-14 og *Jacobs mfl.* s. 325-333 vier mer plass til å beskrive hvilke variabler som bestemmer skjønnsmarginen, enn hvilke hensyn doktrinen bygger på.

¹⁰⁷ Se *Draon mot Frankrike* avsnitt 107. Tilsvarende har ordlyden i P1-1(2), som slår fast staten har rett til å håndheve slike lover som den ”anser nødvendig” for å kontrollere bruk av eiendom, blitt benyttet som argument for tilbakeholdenhet i prøving, se *Handyside mot Storbritannia* avsnitt 62.

¹⁰⁸ Ordlyden er altså ikke en sentral variabel. Jeg mener likevel *Sørensen 2004* underdriver betydningen når han på s. 149 skriver at ordlyden ”gir liten eller ingen veiledning utover det faktum at skjønnsmarginen har en rolle ved visse rettslige standarder.”

¹⁰⁹ Inndelingen er inspirert av *Legg* s. 200-216.

¹¹⁰ *Harris mfl.* s. 168

etter artikkel 6.¹¹¹ Samlebetegnelsen *kvalifiserte rettigheter* kan brukes om retten til privatliv, religionsfrihet, ytringsfrihet og forsamlingsfrihet, dvs. artikkel 8 til 11. Ved vurderingen av om inngrep i en av disse rettighetene anses ”nødvendig i et demokratisk samfunn”, har skjønnsmarginen ofte vært anvendt. Til denne gruppen hører også diskrimineringsforbudet i artikkel 14, der skjønnsmarginen har en rolle ved spørsmålet om staten hadde saklig og forholdsmessig grunn til å forskjellsbehandle.¹¹² Når det gjelder vern av eiendom (P1-1), rett til utdanning (P1-2) og retten til frie valg(P1-3) har statene tradisjonelt vært tilstøtt en nokså vid skjønnsmargin. I og med at statene her har hatt større frihet til å gjøre inngrep, kan de anses som *svake rettigheter*. Det er særlig når det gjelder ved de to sistnevnte gruppene, svake- og kvalifiserte rettigheter, at norske domstoler vil møte spørsmålet om nasjonal anvendelse av skjønnsmarginens doktrinen.

Det må likevel understrekes at denne inndelingen er grovt forenklet. Skjønnsmarginen varierer ikke bare mellom de ulike artiklene, men også mellom forskjellige interesser som den enkelte artikkel beskytter.¹¹³ For eksempel er skjønnsmarginen betydelig mer begrenset ved inngrep i politiske ytringer enn ved inngrep i den kommersielle ytringsfriheten.¹¹⁴ Mer generelt kan det nok sies at skjønnsmarginen innsnevres ved inngrep i interesser som ligger i rettighetens kjerneområde, mens statene gis et noe videre spillerom i artiklenes randsone.¹¹⁵ Videre vil prøvingsintensiteten kunne variere etter inngrepets natur. Det har også vært hevdet at skjønnsmarginen er videre hvis saken gjelder positive forpliktelser, men dette er omstridt.¹¹⁶

2.3.3 Formålet med inngrepet

a) Fremme offentlige interesser

Formålet med inngrepet har stor betydning når EMD fastlegger skjønnsmarginen. Når det gjelder offentlige interesser, er EMD blant annet varsom med å overprøve statens syn på om inngrep er nødvendig av hensyn til ”nasjonal sikkerhet”.¹¹⁷ Dette skyldes at statlige

¹¹¹ *Al-Adsani mot Storbritannia* avsnitt 53

¹¹² *Rasmussen mot Danmark* avsnitt 40.

¹¹³ *S. og Marper mot Storbritannia* avsnitt 102.

¹¹⁴ *Mouvement Raëlien mot Sveits* avsnitt 61.

¹¹⁵ Se nærmere om dette som retningslinje i Marius Emberland, *The Human Rights of Companies*, Oxford 2006 (*Emberland 2006*) s. 181-184.

¹¹⁶ Se blant annet avsnitt 4 i dissensen fra dommerne Sajo, Keller og Lemmens i *Hämäläinen mot Finland*. Problemstillingen behandles ikke her. Nærmere om dette i *Borvik* s.582 flg.

¹¹⁷ *Leander mot Sverige*, særlig avsnitt 59 og 67.

myndigheter pga. nærhet i tid og sted er bedre plassert til å vurdere trusselbildet.¹¹⁸ Dessuten er det er statene som har primæransvaret for å beskytte nasjonen og sine innbyggere.¹¹⁹ Fordi dette er i kjernen av statenes suverenitet, bør medlemsstatene gis noe spillerom til å utøve det ansvaret de finner riktig.¹²⁰ Også når formålet er nært tilknyttet statenes suverenitet, vil EMDs prøvingsintensitet normalt være svakere. Dette gjelder politisk pregede spørsmål som utforming av valgsystem, og organisering av politi og offentlige myndigheter.¹²¹

Videre taler det for vid skjønnsmargin at et inngrep er foretatt av hensyn til ”moral”. Bakgrunnen er at dette uttrykket har et sterkt subjektivt preg, som gjør det vanskelig å påvise en felles europeisk oppfatning. I tillegg vil nasjonale myndighetene være bedre plassert pga. innsikt i lokal kultur og verdisyn som ligger til grunn for moraloppfatningen.¹²²

Inngrepets formål kan også være et argument for å innsnevre skjønnsmarginen, for eksempel når inngrep i ytringsfriheten begrunnes i behovet for å ”bevare domstolenes autoritet og upartiskhet”, jf. artikkel 10 nr.2.¹²³ Fordi uttrykket har et slikt objektivt preg, vil det være enklere å påvise felles oppfatninger i medlemsstatene, og dermed mindre rom for nasjonale variasjoner. Nasjonale myndigheter kan heller ikke sies å være bedre plassert enn de erfarne dommerne i Strasbourg når det gjelder denne type avveininger av mer rettslig karakter. Aall er blant dem som synes å stille opp formåletts rettslige eller politiske preg som en mer generell retningslinje.¹²⁴

b) Fremme private interesser

At inngrepet er foretatt av hensyn til andre individers konvensjonsrettigheter, har også blitt brukt som begrunnelse for å innrømme en skjønnsmargin.¹²⁵ Ulike betraktninger kan ligge bak. I *Chassagnou mot Frankrike* var begrunnelsen at avveiningen ved slike rettighetskollisjoner var en krevende øvelse som nasjonale myndigheter var bedre plassert til å

¹¹⁸ *Brannigan og McBride mot Storbritannia* avsnitt 43. Selv om EMD her uttaler seg om derogasjon etter artikkel 15, er synspunktet overførbart til andre artikler der inngrep begrunnes i ”nasjonal sikkerhet”.

¹¹⁹ *Irland mot Storbritannia* avsnitt 207

¹²⁰ Ola Heide, ”Norsk Nøddrett og Den Europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 15”, *Jussens Venner* 1998 s. 247-265 (Heide) pkt.2 og *Arai-Takahashi 2002* s. 209.

¹²¹ Se *Legg s.164* med eksempler.

¹²² *Handyside mot Storbritannia* avsnitt 48. Inngrepets moralske formål kan begrunne vid skjønnsmargin, selv om det kan påvises en felleseuropeisk oppfatning i statens disfavør, se punkt 2.3.4.

¹²³ *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 59

¹²⁴ *Aall* s. 145. Motsatt *Vangsnes* s.142-3, som mener rubriseringer som ”rettslig” og ”politisk” ikke gir særlig forklaringsverdi. *Vangsnes* hevder interessemotsetningens art er et mer veiledende kriterium.

¹²⁵ Se blant annet *Evans mot Storbritannia* avsnitt 77

foreta.¹²⁶ Andre ganger er det særlig respekten for demokratisk legitimitet som tilsier varsomhet med å overprøve lovgivers balansering av to motstridende konvensjonsrettigheter, for eksempel adoptivbarnets rett til å kjenne sitt opphav mot den biologiske morens ønske om anonymitet.¹²⁷ Når EMD tilstår en skjønnsmargin i konflikten mellom yringsfrihet og personvern, er derimot subsidiaritetshensyn det sentrale. Slike avveininger forutsetter en konkret vurdering, som nasjonale domstoler er bedre plassert til å foreta, og hvor det av hensyn til arbeidsfordelingen mellom EMD og statene også er uheldig med detaljkontroll i Strasbourg.

2.3.4 Europeiske rettsoppfatninger

Ovenfor, i pkt. 2.3.4, forklares det *hvorfor* henholdsvis fravær eller eksistens av felles europeiske rettsoppfatninger har betydning for EMDs prøvingsintensiteten. Her gis det en noe mer utfyllende beskrivelse av *hvordan* prøvingsintensiteten påvirkes. Et første spørsmål er hvor stor grad av rettsenhet som kreves før EMD innskrenker eller utvider skjønnsmarginen med henvisning til europeiske rettsoppfatninger. Dette kan være vanskelig å forutsi, fordi domstolen aldri har klargjort den metodiske fremgangsmåten.¹²⁸

I eldre EMD-praksis gis det inntrykk av at det avgjørende var om de kunne påvises «consensus» eller «common ground» blant den store majoriteten av medlemsstatene. Det kan spørres om EMD foretok en kursjustering på begynnelsen av 2000-tallet. I *Goodwin* ble således skjønnsmarginen innsnevret med henvisning til en mer abstrakt ”internasjonal trend” i retning av økt sosial og rettslig anerkjennelse av transseksuelle, selv om domstolen manglet bevis for en «common European Approach». Fokuset på internasjonale trender og felles verdier fremfor «common grund» er senere fulgt opp i en rekke avgjørelser, men bildet er ikke entydig.¹²⁹ For oppgavens del er det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet. Ellers er det verdt å merke seg at EMD ikke utelukkende ser hen til rettsoppfatninger i

¹²⁶ *Chassagnou mot Frankrike* avsnitt 113. Her understrekes det for øvrig at den vide skjønnsmargin ved rettighetskollisjon ikke gjelder når inngrep i en konvensjonsrettighet foretas av hensyn til en privat rettighet som ikke er beskyttet av konvensjonen.

¹²⁷ *Odièvre mot Frankrike*. Riktignok er ikke respekt for demokratisk legitimitet uttrykkelig nevnt, men dette må være en del av bakgrunnen, jf. også *Legg* s.83-84.

¹²⁸ *Yorow* s. 195 kritiserer EMD for dette, mens *Legg* s. 127-128 forsvare EMDs tilnærming.

¹²⁹ George Letsas, ”The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy” i Andreas Føllesdal mfl., *Constituting Europe*, Cambridge 2013, punkt 3.

konvensjonsstatene, men også til demokratiske stater utenfor Europa, og til andre konvensjoner.¹³⁰

Når EMD først har påvist konsensus, er spørsmålet om dette er et utslagsgivende argument for å innskrenke skjønnsmarginen? Dette var lenge en uavklart problemstilling, som EMD først uttalte seg om i 2010, ved Storkammerdommen *A, B og C mot Irland*. Saken gjaldt et abortforbud basert på det irske folks moralske syn. Her la EMD til grunn at skjønnsmarginen ikke ble innsnevret selv om det forelå en felles oppfatning blant de fleste medlemsstatene i retning av en mer utstrakt rett til selvbestemt abort.¹³¹ Motsatt har EMD lagt til grunn at heller ikke fravær av konsensus i medlemsstatene er avgjørende.¹³²

2.3.5 Nasjonale beslutningsprosesser

I flere saker legger EMD vekt på grundigheten av nasjonale beslutningsprosesser. Hvis det er svikt ved de nasjonale myndighetenes vurdering av forholdet til EMK, skal det mindre til før skjønnsmarginen anses overskredet. Motsatt vil grundige beslutningsprosesser tale for større tilbakeholdenhet. Dette gjelder for både lovgivende, utøvende og dømmende statsorganer. Til illustrasjon kreves det ”strong reasons” for at EMD vil tilsidesette nasjonale *domstolars* avveining mellom ytringsfrihet og personvern, forutsatt at deres vurdering bygger på bestemte momenter.¹³³

For oppgavens del er det domstolskontrollen med lovgiver som har interesse. Som det fremgår av *Animal Defenders International mot Storbritannia* er det primært lovgiverens valg som vurderes, når det er spørsmål om en generelt utformet lov utgjør et forholdsmessig inngrep i EMK. Men både kvaliteten av lovgivningsprosessen og den etterfølgende domstolskontrollen har betydning for EMDs prøvingsintensitet:

¹³⁰ *James mfl. mot Storbritannia* avsnitt 40, der det vises til Supreme Court i USA og *Goodwin mot Storbritannia* avsnitt 84-85, som viser til domstolene i Australia og New Zealand.

¹³¹ *A, B og C mot Irland* avsnitt 234-237. Merk likevel den skarpe dissensen fra dommerne Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni og Poalelungi, som kritiserer flertallet for å bryte med tidligere rettspraksis ved å la irske moraloppfatninger ”override the European consensus”.

¹³² *Hirst mot Storbritannia* avsnitt 81.

¹³³ *Lillo Stenberg mot Norge* avsnitt 44.

”The quality of the parliamentary and judicial review of the necessity of the measure is of particular importance in this respect, including to the operation of the relevant margin of appreciation.”¹³⁴

Den ene siden av dette er at EMD vil være mer tilbakeholdne med å underkjenne lovgivning hvis forholdet til EMK er grundig (”carefully”) vurdert av nasjonale domstoler. Dette kommer tydelig frem i storkammerdommen *Zdanoka mot Lativa*. Her hadde nasjonalforsamlingen vedtatt lovgivning som diskvalifiserte tidligere kommunister fra å stille til valg. Dette ble under tvil ansett forenlig med retten til frie valg etter P1-3.¹³⁵ Fra begrunnelsen:

“The Court also attaches weight to the fact that the Latvian parliament has periodically reviewed section 5(6) of the 1995 Act, most recently in 2004. *Even more importantly, the Constitutional Court carefully examined (...) the historical and political circumstances* which gave rise to the enactment of the law in Latvia, finding the restriction to be neither arbitrary nor disproportionate at that point in time.” (Min utheving)

Motsatt har EMD flere ganger påpekt svikt i den nasjonale domstolskontrollen, for så å konkludere med at en lov er konvensjonsstridig. Storkammeravgjørelsen *Hirst mot Storbritannia* er et eksempel. Lovgivning som nektet soningsfanger stemmerett ble av flertallet ansett som et brudd på P1-3. Når det gjaldt spørsmålet om hvilken vekt som skulle legges på nasjonale myndigheters syn, bemerket EMD fraværet av «substantive debate» hos lovgiver, samtidig som heller ikke nasjonale domstoler hadde foretatt «any assessment of the proportionality”.¹³⁶ Tas sistnevnte del av begrunnelsen på ordet, kunne resultatet vært annerledes hvis den nasjonale domstolskontrollen hadde vært mer intensiv.

Lindheim mot Norge er en annen dom der EMD er opptatt av å identifisere svakheter ved nasjonale domstolars kontroll av lovgiver. Her var Norge innklaget til EMD, med påstand om at festers rett til å forlenge tomtefesteavtaler «på same vilkår som før» etter tomtefesteloven § 33 krenket bortfesterens eiendomsrett, jf. P1-1. Etter å ha gitt bortfesterne medhold i at inngrepet var uforholdsmessig byrdefullt, knyttet EMD noen kommentarer til Høyesteretts behandling av EMK-spørsmålet.

¹³⁴ *Animal Defenders International mot Storbritannia* avsnitt 108

¹³⁵ At avgjørelsen utgjør et grensetilfelle fremgår indirekte av avsnitt 135, der EMD understreket at den aktuelle lovgivningen skulle revurderes kontinuerlig, og at Domstolen ikke ville godta slik lovgivning for fremtiden.

¹³⁶ *Hirst mot Storbritannia* avsnitt 79-80.

Domstolen satte pris på at forholdet til P1-1 var vurdert, men understreket to svakheter. Den første feilen besto i at Høyesterett tok uriktig utgangspunkt for drøftelsen. Dette førte til at de momentene som gjorde inngrepet uforholdsmessig, ikke hadde vært tilstrekkelig vurdert. Høyesteretts ensidige fokus på én enkelt EMD-avgjørelse, var den andre feilen. Ifølge EMD var saksforholdet ulikt, i tillegg til at utviklingen i senere rettspraksis gikk i retning av et sterkere vern av eiendomsretten. Med mindre denne argumentasjonen avfeies som overflødig, kunne saken fått et annet utfall hvis Høyesterett hadde foretatt en grundig proporsjonalitetsvurdering, istedenfor å nøye seg med å sitere fra én enkelt dom.¹³⁷

Ingen av dommene gir uttrykk for at nasjonale domstoler bør avstå fra å utvise tilbakeholdenhet i domstolskontrollen med lovgiver. Når *Zdenoka* holdes opp mot *Hirst* og *Lindheim* er det likevel tydelig at EMD utviser større tilbakeholdenhet dersom nasjonale domstoler har foretatt en grundig ("carefully") proporsjonalitetsvurdering basert på de faktiske omstendighetene i saken. Dette har sammenheng med at subsidiaritetsprinsippet. EMD skal være varsomme med å tilsidesette nasjonal skjønnsutøvelse, men dersom det ikke er utøvet (et reelt) skjønn, er det ikke tale om tilsidesettelse. Hva som skal til for at domstolskontrollen anses så grundig at den tillegges vekt, er det vanskelig å si noe generelt om, utover at det ikke er tilstrekkelig å oppstille avveiiingsmarkører på grunnlag av EMD-dommer for så å vise til skjønnsmarginen, slik det gjøres i *Lindheim*. Nærmere dette i punkt 2.4.3.

2.4 Hvilke føringer gir EMK for nasjonale domstolars prøving av lover?

2.4.1 Presisering av problemstillingen

Når nasjonale domstoler skal ta stilling til om en lov utgjør et uforholdsmessig inngrep, og EMD ville ha tilstått en skjønnsmargin etter de retningslinjer gjennomgått ovenfor, oppstår spørsmålet om konvensjonen pålegger den nasjonale domstolen å utvise tilsvarende tilbakeholdenhet som EMD, en mer intensiv prøving, eller om det er opp til den enkelte stats nasjonale rett å avgjøre prøvingsintensiteten. For disse spørsmålene vil norske rettskilder være uten betydning.

¹³⁷ Høyesteretts begrunnelse besto hovedsakelig av sitater fra *James mfl. mot Storbritannia*, se Rt. 2007 s. 1281 avsnitt 132.

Problemstillingen kan spisses noe. Det er på det rene at EMK ikke krever at nasjonale domstoler foretar en mer intensiv prøving. Det avgjørende for EMD er at den innklagede staten har ivaretatt individets rettigheter. Konvensjonen stiller ingen krav til *hvordan* statene skal oppfylle sine forpliktelser, herunder hvilken kontroll nasjonale domstoler skal utøve overfor lovgiver. Etter artikkel 13 er statene riktignok forpliktet til å ha en ”effektiv prøvingsrett”, men dette legger ingen føringer for hvordan nasjonale domstoler skal utøve kontroll med lovgivningen.¹³⁸ En domstol som har utøvet en tilbakeholden kontroll av lovgiver kan altså ikke kritiseres for å ha feiltolket EMK. Noe annet ville vært overraskende, med tanke på at flere av medlemsstatene ikke anerkjente konstitusjonell kontroll av parlamentets lovgivning da konvensjonen ble undertegnet.¹³⁹

Det som har vært omstridt, er om det følger av EMK at nasjonale domstoler *må* gi lovgiver en skjønnsmargin. Til tross for at denne problemstillingen er av stor betydning, var det først i 2005 at EMD ble forelagt spørsmålet, i storkammerdommen *A mfl. mot Storbritannia*.¹⁴⁰

2.4.2 Krever EMK at nasjonale domstoler tilstår lovgiver skjønnsmargin?

Saksgangen i *A mfl. mot Storbritannia* er noe komplisert. Etter terrorangrepene 11. september 2001 hadde Storbritannia, med henvisning til artikkel 15, vedtatt regler som fravek artikkel 5. nr. 1 (f) ved å tillate tidsubestemt frihetsberøvelse av utenlandske statsborgere mistenkt for tilknytning til terrorisme. Klagerne, som var blitt frihetsberøvet på grunnlag av disse reglene, hevdet derogasjonen var ugyldig.

Britiske House of Lords ga klagerne medhold, med den begrunnelse at de aktuelle tiltakene gikk utover det som var «strengt nødvendig», jf. artikkel 15 nr. 1. I den forbindelse la de britiske dommerne til grunn at de ikke var bundet til å utøve en tilbakeholden prøving.¹⁴¹ Siden avgjørelsen til House of Lords ikke var bindende, forble klagerne frihetsberøvet. Saken endte i Strasbourg. Der anførte staten at House of Lords hadde tolket konvensjonen uriktig,

¹³⁸ *James mfl. mot Storbritannia* avsnitt 85: ”neither Article 13 nor the Convention in general lays down for the Contracting States any given manner for ensuring within their internal law the effective implementation of any of the provisions of the Convention”. Dette er fortsatt gjeldende rett, se *Hatton mot Storbritannia* avsnitt 138.

¹³⁹ Dette gjelder blant annet Storbritannia, jf. *Yourou* s. 5 fotnote 11. Heller ikke Finland og Sveits hadde domstolskontroll med lover, jf. *Boe* s. 5.

¹⁴⁰ Grunnen til at EMD ikke har uttalt seg om problemstillingen tidligere, er at spørsmålet sjeldent kommer på spissen i Strasbourg. Som EMD påpeker i avsnitt 157 i dommen, er det uvanlig at staten bestrider avgjørelser fra sin nasjonale høyesterett.

¹⁴¹ Se Lord Bingham's votum avsnitt 42: “the courts are not effectively precluded by any doctrine of deference from scrutinising the issues arised.”

fordi den britiske domstolen ikke praktiserte en vid skjønnsmargin slik EMD gjør i denne type saker. Anførselen førte ikke frem. Storkammerets begrunnelse lød slik:

“The doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of State at the domestic level.”¹⁴²

Et første spørsmål er om dette skal forstås slik at nasjonale domstoler ikke skal anvende EMDs skjønnsmargin doktrine. Borvik har antydnet at rekkevidden av uttalelsene er begrenset til artikkel 15.¹⁴³

Mot dette kan det innvendes at EMD uttaler seg om «the doctrine» generelt, ikke særskilt om dens anvendelse i tilknytning til artikkel 15. Begrunnelsen er dessuten prinsipiell – at skjønnsmarginen er ment som et verktøy for å definere forholdet mellom nasjonale myndigheter og en internasjonal domstol. Det er derfor ikke grunnlag for å tolke utsagnet slik at det er begrenset til artikkel 15. *A mfl. mot Storbritannia* viser at EMDs skjønnsmargin ikke kan anvendes på samme måte av nasjonale domstoler.

Et annet spørsmål er om EMDs uttalelse må forstås slik at konvensjonen ikke pålegger nasjonale domstoler å vise noen form for tilbakeholdenhet, slik at nasjonale domstolars prøvingsintensitet *fullt ut* beror på nasjonal rett.

I den forbindelse er det interessant å merke seg en annen del av EMDs begrunnelse. EMD påpekte at House of Lords hadde vært varsom ved overprøvingen av de øvrige statsmaktene:

«In any event, having regard to the careful way in which the House of Lords approached the issues, it cannot be said that inadequate weight was given to the views of the executive or of Parliament.”

Ved å fremheve at den britiske domstolen i denne saken ikke hadde lagt ”inadequate” vekt på de øvrige statsmakters syn, antyder EMD at det *kan* være upassende ikke å legge noen vekt på lovgivers vurdering. Dette utsagnet trekker isolert sett i retning av at det ikke ”fullt ut” beror på nasjonal rett hvor tilbakeholdne nasjonale domstoler skal være ved sin prøving.

¹⁴² *A mfl. mot Storbritannia* avsnitt 184.

¹⁴³ *Borvik* s. 595

På den annen side fremstår nevnte uttalelse som en tilleggsbemerkning, jf. formuleringen ”in any event”. Utsagnet er således ikke egnet til å undergrave kjernen i EMDs begrunnelse, at skjønsmarginslæren ikke gjelder i forholdet mellom nasjonale organer. Og når EMD fremholder at dens doktrine om tilbakeholdenhet ikke gjelder på nasjonalt nivå, uten å gi retningslinjer som de nasjonale domstolene skal følge, er det nærliggende å forstå EMD slik at dette er opp til nasjonal rett å avgjøre.

At det beror på nasjonal rett hvor intensivt nasjonale domstoler skal overprøve lovgiver, har også en viss støtte i *TV-Vest & Rogaland Pensjonistparti mot Norge*. Her fremholdt EMD:

“The Court also takes note of the difference of opinion in the Supreme Court as to how much importance should be attached to the opinion of the legislature... *However, it is not for the Court to take a stance on such issues of national constitutional law, which fall to the Contracting States to solve within their own domestic legal systems.*”¹⁴⁴(min utheving)

Her gir EMD altså uttrykk for at nasjonale domstolers prøvingsintensitet vis-à-vis lovgiver anses som et nasjonalrettslig anliggende. Også Skoghøy, Andenæs, Bjørge og Christoffersen er av den oppfatning at EMK ikke pålegger nasjonale domstoler å utvise tilbakeholdenhet i prøvingen.¹⁴⁵

Etter dette må *A. mfl. mot Storbritannia* forstås slik at EMK ikke krever at nasjonale domstoler tilstår lovgiver samme skjønsmargin som EMD ville ha innrømmet staten i en klagesak. Hvorvidt nasjonale domstoler skal utvise tilbakeholdenhet, beror på nasjonale regler.

2.4.3 Gir EMK signaler om hvordan nasjonale domstoler bør foreta prøvingen?

Som det fremgår ovenfor, står konvensjonsstatene i prinsippet fritt til å velge omfanget av den nasjonale domstolsprøvingen. Spørsmålet er om EMK likevel gir signaler om hvordan nasjonale domstoler bør utøve sin prøving vis-à-vis lovgiver.

EMKs system er at statene har primæransvaret for nasjonal gjennomføring av konvensjonsforpliktelsene, mens EMDs kontroll er subsidiær, jf. artikkel 1 smh. artikkel 19

¹⁴⁴ *TV Vest & Rogaland Pensjonistparti mot Norge* avsnitt 68.

¹⁴⁵ *Skoghøy 2012 s. 173, Andenæs og Bjørge s. 259, Christoffersen 2009 II s. 173.*

og artikkel 35. Det er dermed et grunnleggende prinsipp at konvensjonen skal håndheves nasjonalt.¹⁴⁶ Prinsippet kan anses som motstykket til EMDs subsidiaritetsprinsipp.

En sentral side av prinsippet om nasjonal gjennomføring, er at det må foreligge en primær vurdering av konvensjonsmessigheten på nasjonalt nivå. Ansvar for primær gjennomføring retter seg ikke bare mot lovgiver og forvaltningen, men også mot nasjonale domstoler. Dette er nødvendig for at konvensjonsspørsmål skal løses nasjonalt, ikke i Strasbourg, slik konvensjonens forutsetter. Men også av hensyn til en eventuell klagesak er det en fordel at nasjonale domstoler har gitt uttrykk for sitt syn på om et tiltak er forholdsmessig. EMD uttrykker seg slik i storkammeravgjørelsen *Burden mot Storbritannia*:

“...if an application is nonetheless subsequently brought to Strasbourg, the European Court should have the benefit of the views of the national courts, as being in direct and continuous contact with the forces of their countries.”¹⁴⁷

En forutsetning for at EMD vil ha noen ”benefit of the views of national courts” er at de nasjonale domstolene faktisk har foretatt en vurdering av inngrepets forholdsmessighet, og at denne fremgår eksplisitt. Dette er også signalisert fra Strasbourg. Som påpekt i punkt 2.3.5 om nasjonale beslutningsprosesser, utviser EMD større tilbakeholdenhet hvis nasjonale domstoler grundig (”carefully”) har vurdert forholdet mellom inngrepet og de formål som begrunner det.

At nasjonale domstoler bør foreta grundige forholdsmessighetsvurderinger, har i første rekke betydning for hvordan domstolen begrunner sin avgjørelse. Poenger er at domstolen må drøfte om den nasjonale lovregelen fremstår som forholdsmessig ved å avveie individets rettigheter mot de formål som begrunner inngrepet; det sentrale er ikke hvilket handlingsrom EMD ville gitt staten i en klagesak.¹⁴⁸

Spørsmålet er hva en grundig proporsjonalitetsvurdering nærmere innebærer.¹⁴⁹ Det understrekes igjen at spørsmålet ikke er hva konvensjonen *krever*, men hva som er

¹⁴⁶ Skoghøy 2012 s. 177. Christoffersen 2009 omtaler dette som et ”primærhetsprinsipp”, se nærmere s. 359-577

¹⁴⁷ *Burden mot Storbritannia* avsnitt 42

¹⁴⁸ Nasjonale domstoler bør med andre ord ikke argumentere slik Høyesterett gjør i Rt. 2002 s. 1271 (Green Peace og Rt. 2011 s. 213, der det eneste argumentet for å anse inngrepet forholdsmessig, var at skjønsmarginen var vid. Begge dommene er omtalt i punkt 3.3.2.

¹⁴⁹ Denne problemstillingen har nylig vært grundig belyst i *Sørensen 2014*. Jeg har ikke hatt tid til å inkludere resultatene fra hans analyse i min behandling av spørsmålet.

hensiktsmessig med tanke på at EMD skal legge selvstendig vekt på den nasjonale domstolens vurdering, der det er tvil om inngrepet er forholdsmessig.

På noen områder har EMD gitt klare føringer. I spørsmålet som gjelder avveining mellom ytringsfrihet og personvern har EMD detaljert beskrevet hvilke momenter som skal tas i betraktning ved forholdsmessighetsvurderingen.¹⁵⁰ Som Bekkedal påpeker, er dette nærmest et sett av saksbehandlingsregler for nasjonale domstoler, og er disse fulgt, tilstås statene en meg vid skjønnsmargin i Strasbourg.¹⁵¹

Vanskeligere er det å redegjøre for hva grundige forholdsmessighetsvurderinger av lover innebærer. Hvor utførlig nasjonale domstoler må begrunne forholdsmessigheten, vil være situasjonsbetinget.¹⁵² Men visse retningslinjer kan utledes fra Strasbourg-praksis. På den ene siden er det ikke er tilstrekkelig at nasjonale domstoler oppstiller avveingsmarkører på grunnlag av EMD-praksis for så å vise til at skjønnsmarginen er vid, slik det gjøres i *Lindheim mot Norge*, jf. punkt 2.3.5 ovenfor.

På den annen side legger EMD selvstendig vekt på proporsjonalitetsvurderinger fra nasjonale domstoler, selv om den nasjonale domstolen har utvist tilbakeholdenhet ved overprøvingen av lovgiver. Illustrerende er *Animal Defenders International mot Storbritannia*. Her konkluderte EMD med at generelt utformet forbud mot politisk fjernsynsreklame var et akseptabelt inngrep i ytringsfriheten, jf. artikkel 10. I den forbindelse ble det lagt ”considerable weight” på vurderingene fra de britiske domstolene, selv om disse hadde utvist ”deference” til lovgiver ved vurderingen av lovens proporsjonalitet.¹⁵³

At EMD ikke gir klarere retningslinjer for den nasjonale domstolsprøvingen, har trolig sammenheng med det at nasjonale domstolers prøvingsintensitet anses som et nasjonalrettslig anliggende, jf. punkt 2.4.2 ovenfor.¹⁵⁴

2.5 Om (mulige) endringer i EMDs prøving av betydning for nasjonale domstoler

¹⁵⁰ Se *Lillo-Stenberg og Sæter mot Norge* avsnitt 34

¹⁵¹ *Bekkedal* s. 323

¹⁵² Jo sterke og mer suspekt et inngrep fra lovgiver fremstår, desto grundigere bør den nasjonale domstolsvurderingen være for at EMD vil legge vekt på vurderingen i en eventuell klagesak i Strasbourg.

¹⁵³ *Animal Defenders International mot Storbritannia* avsnitt 115-116

¹⁵⁴ Som det fremgår av *Sørensen 2014* kan det utledes mer detaljerte retningslinjer fra EMD-praksis enn det som gjøres i denne avhandlingen.

2.5.1 Vil protokoll 15 artikkel 1 føre til mer tilbakeholden prøving i Strasbourg?

Den 24. juni 2013 undertegnet Norge protokoll nr. 15, som blant annet vil innebære at statens skjønnsmargin og subsidiaritetsprinsippet innføres i EMKs fortale. Selv om protokollen først trer i kraft når den er akseptert av samtlige medlemsstater, reiser den allerede flere problemstillinger. Vil protokollen påvirke EMDs prøvingsintensitet, og i så fall hvilken betydning vil dette ha for nasjonale domstoler?

Det første spørsmålet er om protokollen vil føre til en mer tilbakeholden prøving i EMD, eller om innføringen av prinsippene i fortalen ikke medfører noen realitetsendring. Emberland har antydnet det første, Wessel-Aas har tatt til ordet for det siste.¹⁵⁵

Etter protokollens artikkel 1 skal følgende avsnitt innføres i fortalen:

“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,”

Tillegget er etter sin ordlyd formulert som en videreføring av subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen. Ordvalget ”affirming”, som oversettes med ”bekrefte” eller ”stadfeste”, gir ikke noe signal om at praktiseringen av prinsippene skal endres.

På den annen side er fortalen en viktig del av konvensjonen, som er ment å gi klare signaler om hvordan den skal forstås.¹⁵⁶ EMD har, med henvisning til Wien-konvensjonen artikkel 31, understreket at fortalen er ”very useful” for å avgjøre konvensjonens formål.¹⁵⁷ Spørsmålet er om statene har gått til det uvanlige skritt å endre fortalen, uten at det har vært tilsiktet å medføre noen praktiske virkninger.

¹⁵⁵ *Emberland 2013* s. 514 og Jon Wessel-Aas, ”Effektivisering av subsidiaritet i EMK – en replikk til Marius Emberland”, *Lov og Rett* 2013 s. 702-704 (heretter *Wessel-Aas*).

¹⁵⁶ Fortalen understreker traktatens verdigrunnlag og statenes sentrale overveielser bak tilslutningen.

¹⁵⁷ *Golder mot Storbritannia* avsnitt 34

Her må protokollen tolkes i lys av dens forarbeider og bakgrunnskonteksten. Det følger både av tolkingsprinsippene i Wien-konvensjonens artikkel 31 og av EMDs egen metode.¹⁵⁸

Spørsmålet er i første rekke hva som kan utledes fra traktatforhandlingene.

Bakgrunnen for tilleggsprotokoll 15 var tre høynivåkonferanser der Europarådet og medlemsstatene drøftet løsninger på EMDs store restanseproblemer.¹⁵⁹ Det statene i fellesskap ble enige om på den siste av disse konferansene, har kommet til uttrykk i Brighton-erklæringen. At denne erklæringen belyser hensikten med å endre fortalen, er også lagt til grunn i EMDs egen uttalelse om protokollforslaget.¹⁶⁰ Det er særlig avsnitt 12 a) og b) som er av interesse. Om skjønnsmarginen og subsidiaritetsprinsippet fremgår det at medlemsstatene ”encourage the Court to give great prominence to and apply consistently these principles in its judgements.”

En oppfordring om å ”give great prominence” til prinsippene om skjønnsmargin og subsidiaritet, vil etter alminnelig språkbruk forstås dit at prinsippene skal ha stor betydning. Som Rui påpeker, er dette i diplomatiske ordelag et klart signal til EMD om å styrke skjønnsmarginen og subsidiaritetsprinsippet.¹⁶¹ Dette utsagnet, isolert sett, trekker i retning av at hensikten med å endre fortalen var å signalisere at nevnte prinsipper skulle få større betydning i EMDs praksis.

Brighton-erklæringen er imidlertid ikke entydig. For i neste avsnitt, 12 b), fremgår det at subsidiaritetsprinsippet og skjønsmargindoktrinen ”as developed in the Court’s case law” innføres i fortalen ”for reasons of transparency and accessibility”. Denne formuleringen antyder at hensikten var å gjøre prinsippene mer synlige og tilgjengelige, *ikke* å påvirke EMDs praktisering av skjønnsmarginen.

Samlet sett gir altså Brighton-erklæringen noe tvetydige signaler. Det kan imidlertid se ut som det har skjedd en avklaring gjennom senere forarbeider til konvensjonsteksten – Explanatory Report. Om bakgrunnen for å innføre prinsippene i fortalen:

¹⁵⁸ Til illustrasjon *Korolev mot Russland*, der EMD gjør utstrakt bruk av ”Explanatory Report” og en erklæring fra en forutgående høynivåkonferanse ved tolkingen av Protokoll nr. 14.

¹⁵⁹ Årsakene til at arbeidsmengden har økt så dramatisk de siste 20 årene kan spores til EMDs stadige utvikling av rettighetsvernet, økt bevissthet om klagemulighetene og ikke minst at flere stater har sluttet seg til EMK. Det sies gjerne at ”EMD har blitt et offer for sin egen suksess”, se blant annet *Janis mlf.* s. 881.

¹⁶⁰ Opinion of the Court on Draft Protocol No.15 to the European Convention on Human Rights punkt 4.

¹⁶¹ Jon Petter Rui, ”The Interlaken, Izmir and Brighton Declarations: Towards a Paradigm Shift in the Strasbourg Court’s Interpretation of the European Convention of Human Rights?”, *The Nordic Journal of Human Rights* 2013 s. 28-54 (*Rui 2013*) s. 35.

“It is intended to enhance the transparency and accessibility of these characteristics of the Convention system and to be consistent with the doctrine of the margin of appreciation as developed by the Court in its case law.”

Her understrekes det igjen at hensikten med å endre fortalen, er å gjøre prinsippene mer synlige og tilgjengelige. Rapporten gir ingen holdepunktet for at meningen er å påvirke EMDs prøvingsintensitet. Enda tydeligere blir dette når det samtidig fremgår at tilføyelsen i fortalen skal være ”consistent” med skjønnsmarginisdoktrinen ”as developed” i EMDs praksis. En slik ordlyd er *ikke* et signal om at EMD skal endre sin praksis. Explanatory Report trekker altså entydig i retning av at protokoll 15 ikke er ment å ha noen realitetsendringer for EMD.

Ifølge Wessel-Aas har det også betydning at Storbritannia fremmet forslag om å innføre et nytt avvisningsgrunnlag, som ble forkastet i løpet av høykonferansene. Etter forslaget skulle en klage avvises dersom forholdet hadde vært vurdert av nasjonale domstoler, unntatt 1) hvis nasjonale domstoler ”clearly erred” i sin tolking eller anvendelse av EMK eller 2) hvis klagen reiste ”a serious question” om forståelsen av konvensjonen.¹⁶² At dette forslaget ble forkastet viser etter Wessel Aas syn at statene ikke ønsket å innføre endringer i EMDs kompetanse.¹⁶³

Det kan rettes flere innvendinger mot denne argumentasjonen. For det første har hendelsesforløpet under traktatforhandlinger generelt underordnet betydning ved tolking av traktater, jf. Wienkonvensjonen artikkel 31 og 32. Det at statene forkastet Storbritannias forslag om å legge *sterke* begrensninger på EMDs kompetanse, er dessuten ingen klar indikasjon på at statene også forkastet en mellomløsning – å oppfordre EMD til å utvise noe større tilbakeholdenhet gjennom å styrke prinsippene om subsidiaritet og skjønnsmargin.¹⁶⁴ At Storbritannias forslag ikke ble tatt til følge, kan derfor ikke ses å kaste lys over formålet med å endre fortalen.

Den juridiske teori er delt. Foruten Wessel-Aas, er det Harris, O’Boyle & Warbrick som går lengst i å avvise at protokoll 15 artikkel 1 får praktisk betydning. Etter deres oppfatning synes det ”klart” at protokollen ikke er ment å påvirke EMDs praktisering av skjønnsmarginen.¹⁶⁵ Jacobs, White & Ovey antyder det samme, men i mer forsiktige ordelag. De skriver at

¹⁶² ”Draft Brighton Declaration on the Future of the European Court of Human Rights”

¹⁶³ *Wessel-Aas* s. 703.

¹⁶⁴ Vel i samme retning *Rui 2013* s.37, som mener endringen i fortalen må anses som et kompromiss mellom det å ikke gjøre noe og det å fullt ut godta det britiske forslaget.

¹⁶⁵ *Harris mfl.* s. 169

konsekvensene av å endre fortalen er ”debatable”, og at endringen ”may be more symbolic than practical.”¹⁶⁶

Emberland nøyter seg med å reise spørsmål om protokollen vil føre til en mer tilbakeholdent prøving i EMD, uten å ta standpunkt.¹⁶⁷ Spørsmålsstillingen antyder likevel retningen av svaret. Rui uttrykker seg i langt klare fraser. Han mener innføringen av subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginlæren i fortalen er et ”veldig sterkt” signal fra statene om at EMD må endre kurs.¹⁶⁸ Ruis analyse av problemstillingen er grundig. Han har imidlertid ikke omtalt betydningen av Explanatory Report.

Mitt syn er som følger: ordlyden i protokoll 15 signaliserer ingen kursendring, men avviser det heller ikke. Brighton-erklæringen tilsier isolert sett at ett av formålene med å endre fortalen var å oppfordre EMD til å legge noe større vekt på prinsippene i sine avgjørelser.

Når Brighton-erklæringen likevel ikke er entydig på dette punktet, samtidig som den etterfølgende Explanatory Report klart gir uttrykk for at meningen *ikke* var å påvirke EMDs praktisering av prinsippene, anser jeg det som mest nærliggende at EMD ikke vil tolke protokollen som et signal om å utvise større tilbakeholdenhet. EMDs egen tolkingsuttalelse går også i samme retning.¹⁶⁹ Det blir interessant å se hvordan EMD selv vil forholde seg til spørsmålet når protokollen trer i kraft.

2.5.2 Endringer i EMDs praktisering av skjønnsmargin doktrinen

Uavhengig av om EMD vil tolke protokoll 15 artikkel 1 som et signal om å utvise større tilbakeholdenhet, er det holdepunkter for å hevde at Strasbourg-domstolen de senere årene har endret sin praktisering av skjønnsmarginen og subsidiaritetsprinsippet.

For det første er det en tendens til at prøvingen i Strasbourg har blitt mer prosessorientert. EMD synes å være noe mer opptatt av å vurdere kvaliteten på de nasjonale beslutningsprosessene. I den forbindelse er det også indikasjoner på at EMD har blitt mer tilbakeholden med å overprøve statene, forutsatt at de nasjonale domstoler har foretatt en grundig vurdering av om det foreligger konvensjonsstrid.

¹⁶⁶ *Jacobs mfl.* s. 52

¹⁶⁷ Emberland 2013 s. 514

¹⁶⁸ *Rui 2013* s. 35.

¹⁶⁹ Opinion of the Court on Draft Protocol No.15 to the European Convention on Human Rights 6. Februar 2013 punkt 4

Et eksempel på en slik utvikling er saker som gjelder avveilingen mellom ytringsfriheten og privatlivets fred. Ragna Aarlis oppsummering av EMD-praksis i 2009 i disse sakene, var at skjønnsmarginen var ”marginal”, og at EMD prøvde nasjonalstatenes konkrete verdiprioriteringer ”intensivt”.¹⁷⁰ I dag krever EMD ”sterke grunner” for å tilsidesette nasjonale domstolars vurderinger, dersom den bygger på relevante vurderingskriterier.¹⁷¹ Med andre ord større tilbakeholdenhet, forutsatt at den nasjonale domstolens beslutningsprosess er forsvarlig.

Årsakene til slike endringer kan blant annet spores til de nevnte høykonferansene. Bakgrunnen for at EMD har blitt mer prosessorientert og at skjønnsmarginen har fått økt betydning, antas i første rekke å være domstolens restanseproblemer. Men det kan ikke utelukkes at også høylytt kritikk fra medlemsstatene, særlig Storbritannia, kan ha påvirket EMD.¹⁷²

I denne avhandlingen er det ikke rom for å gå inn i primærkildene, dvs. EMD-praksis, for å dokumentere at slike endringer har funnet sted. Her vises det til juridisk teori, særlig Rui og Sørensen, som synes å være samstemt i at EMDs prøving har blitt noe mer tilbakeholden og prosessorientert de siste årene.¹⁷³ Det som først og fremst har interesse, er hvilken betydning endringene i EMDs praksis bør få for den nasjonale domstolskontrollen.

Forutsetningen for EMDs tilbakeholdne og prosessuelt orienterte prøving synes å være at nasjonale myndigheter, herunder domstolene, foretar en grundig (”carefully”¹⁷⁴) vurdering av inngrepets forholdsmessighet. Det kan derfor hevdes at det blir enda viktigere at nasjonale domstoler foretar grundige forholdsmessighetsvurderinger, når EMDs prøving blir mer abstrakt og orientert rundt den nasjonale beslutningsprosessen.¹⁷⁵

2.5.3 ”Dialog” mellom nasjonale domstoler og EMD

¹⁷⁰ Ragna Aarli, ”EMD-styrker omdømmevernet”, *Lov og Rett* 2009 s. 321-322 på s. 322.

¹⁷¹ *Lillo-Stenberg & Sæter mot Norge* avsnitt 44

¹⁷² *Rui* 2013 s. 52

¹⁷³ *Sørensen* 2014 og *Rui* 2013. Men også andre forfattere gir uttrykk for det samme, se *Christoffersen* 2009 s. 164 flg. og Andenæs og Bjørge i ”National implementation of ECHR rights” i Andreas Føllesdal mfl.(red), *Constituting Europe*, Cambridge 2013 (heretter *Andenæs og Bjørge* 2013) s. 187.

¹⁷⁴ Se for eksempel *Zdanoka mot Latvia* avsnitt 134 og *Lillo-Stenberg & Sæter mot Norge* avsnitt 44. Noen steder brukes lignende formuleringer, slik som ”exacting pertinent reviews” i *Animal Defenders International mot Storbritannia* avsnitt 116.

¹⁷⁵ Jf. også *Christoffersen* 2009 I s. 545 og *Sørensen* 2014.

Enkelte avgjørelser fra Strasbourg de siste årene antyder at EMD i noen grad er villig til å endre sin praksis etter kritikk fra nasjonale domstoler. I teorien omtales dette ofte som ”dialog” mellom nasjonale domstoler og Strasbourg.¹⁷⁶ Senest var dette gjort til tema under det 40. Nordiske Juristmøte i Oslo høsten 2014. Hva er hensikten med en slik dialog og hvordan arter den seg? Nedenfor gjennomgås hovedpunktene i denne tematikken, ettersom dette vil være av interesse for å vurdere hvordan norske domstoler bør utøve domstolskontrollen med lovgiver.

Først må begrepet ”dialog” forklares. Her forstås ”dialog” i snever betydning, dvs. som gjensidig utveksling av synspunkter gjennom rettspraksis. Med dette holdes utenfor den dialog som skjer i vid forstand, slik som ved meningsutveksling på felles møter¹⁷⁷ og ved at nasjonale dommere blir dommere i EMD og motsatt. Utveksling av synspunkter vil i denne sammenheng normalt bety kritikk, for eksempel der nasjonale domstoler mener avgjørelsene fra Strasbourg er uklare, inkonsistente eller bygger på en misforståelse av nasjonal rett.

Konvensjonen forutsetter at EMD er den autoritative fortolkeren, jf. artikkel 46. Det er likevel enkelte tilfeller der EMD har endret sin praksis som følge av kritikk fra nasjonale domstoler, med *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* som tydelig eksempel.¹⁷⁸ Her hadde EMD i kammer lagt til grunn at artikkel 6 utgjorde et absolutt forbud mot opplesning av ”hearsay evidence”, når dette var det eneste eller avgjørende bevis i en straffesak. Saken ble anket, men før storkammeret hadde avsagt sin dom, måtte britiske Supreme Court (tidligere House of Lords) ta stilling til et tilsvarende spørsmål. Den britiske domstolen ville ikke bøye seg for EMDs avgjørelse:

“There will ...be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. *In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue*, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court. This is such a case.

¹⁷⁶ *Stabell 2005* s. 379-380, Thomas Frøberg, ”EMDs praksis som norsk rettskildefaktor” *Jussens Venner 2007* s. 176-194 på s. 181, Jon Petter Rui, ”EMK-retten frem mot 2020”, *Tidsskrift for Strafferett 2010* s. 365-383 (*Rui 2010*) på s. 381 flg. og Matti Pellonpää, ”Dialog mellom Den europeiske menneskerettsdomstol og nasjonale domstoler”, *Det 39. nordiske juristmøte s. 309-326* (heretter *Pellonpää*)

¹⁷⁷ EMD har flere ganger arrangert seminar med temaet ”Dialogue between Judges”, jf. *Pellonpää* s. 310 note 3.

¹⁷⁸ Se *Pellonpää* s. 311-318 med flere eksempler fra, blant annet fra den tyske forfatningsdomstolen.

...

I have taken careful account of the Strasbourg jurisprudence. *I hope that in due course the Strasbourg Court may also take account of the reasons that have led me not to apply the sole or decisive test in this case.*¹⁷⁹ (mine kursiveringer)

EMD valgte å lytte til den britiske domstolen. Resultatet i den senere storkammeravgjørelsen var at artikkel 6 i en viss utstrekning tillot ”hearsay evidence”, selv om dette var avgjørende bevis.¹⁸⁰ At også EMD anså dette som en fruktbar dialog fremgår av særvotumet til den britiske dommeren, Nicolas Bratza. Han uttalte:

”The present case affords, to my mind, a good example of the judicial dialogue between national courts and the European Court of Human Rights on the application of the Convention.”

Hva er hensikten med en slik dialog? I motsetning til de nasjonale domstolene har ikke EMD noen lovgiver som kan balansere domstolens makt.¹⁸¹ Riktignok har statene formelt mulighet til å endre konvensjonen, men dette fremstår ikke som et reelt alternativ i praksis. En dialog som i *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* vil da ha en balanserende funksjon.¹⁸² Ved at nasjonale domstoler gir uttrykk for sine synspunkter, vil EMD kunne endre sin egen praksis i riktig retning. Ifølge Rui er dialog også fordelaktig sett fra et nasjonalt ståsted, ved at statene får mulighet til å få klare svar fra EMD før større systemendringer eventuelt gjennomføres.¹⁸³ Denne delen av begrunnelsen er mindre god. Først og fremst fordi en slik forsiktighetstankegang er vanskelig å forene med prinsippet om at konvensjonen primært skal håndheves nasjonalt, ikke i Strasbourg.¹⁸⁴ Dersom protokoll 16 trer i kraft, som legger opp til at EMD kan gi rådgivende uttalelser, vil det heller ikke være behov for en slik avventende holdning.

Et annet spørsmål er hvordan nasjonale domstoler bør gå i dialog med EMD. Det sentrale må være at den nasjonale domstolen utførlig begrunner *hvorfor* den velger å fravike EMDs

¹⁷⁹ *R. mot Horncastle mfl.* 9. desember 2009 avsnitt 11 og avsnitt 108

¹⁸⁰ *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* avsnitt 146-147

¹⁸¹ *Stabell 2005 s. 371.*

¹⁸² *Pellonpää s. 310*

¹⁸³ *Rui 2010 s. 382*

¹⁸⁴ Nærmere om prinsippet om nasjonal håndheving i punkt 2.4.3

tidligere praksis, slik den britiske domstolen gjorde i nevnte *R mot Horncastle mfl.* Dette fremheves også av Pellonpää og EMDs tidligere president Sir Nicolas Bratza.¹⁸⁵

Mulighetene for at nasjonale domstoler kan påvirke EMD til å endre kurs må likevel ikke overvurderes. Forutsetningene for dialog var nokså særegne i *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*. Det tilhører sjeldenhetene at den øverste nasjonale domstolen får anledning til å ta stilling til et spørsmål som EMD har avgjort i kammer, før samme spørsmål skal revurderes i storkammer. At kritikken ble formulert på ett av EMDs to offisielle språk, kan også ha økt kritikkenes gjennomslagskraft.¹⁸⁶ Dessuten kan det spørres om EMD vil være like lydhør for kritikk fra mindre stater som fra tunge og anerkjente domstoler som engelske Supreme Court (tidligere House of Lords) eller den tyske forfatningsdomstolen.¹⁸⁷ Det er altså bare unntaksvis at det kan være aktuelt for nasjonale domstoler å invitere til en slik ”dialog” med EMD. Norsk Høyesterett bør likevel være bevisst på denne muligheten er tilstede.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Pellonpää s. 319 og Sir Nicolas Bratza, ”The Relationship between the UK Courts and Strasbourg”, *European Human Rights Law Review* 2011 s. 505-512.

¹⁸⁶ Pellonpää s. 319

¹⁸⁷ Dette spørsmålet ble reist av korefent Björg Thoresen under foredraget om dialog på det Nordiske juristmøtet 2014 fredag 22. august.

¹⁸⁸ Jf. punkt 3.6.4 nedenfor.

3 Intensiteten i norske domstolars prøving av lover etter EMK

3.1 Noen utgangspunkter

3.1.1 Menneskerettsloven, klarhetskrav og gjeldende tolkingsprinsipper

Etter menneskerettsloven av 1999 § 2 nr.1 skal EMK gjelde som norsk lov ”i den utstrekning konvensjonen er bindende for Norge”. Ved ”motstrid” med annen norsk lovgivning skal konvensjonen gå foran, jf. samme lov § 3.¹⁸⁹ Også før menneskerettsloven hadde konvensjonen en sterk stilling i norsk rett, selv om det var uklart *hvor* stor gjennomslagskraft den hadde.¹⁹⁰

Forrangsbestemmelsen i § 3 gir en klar løsning for de tilfeller der det er tvil om hvilket tolkingsresultat som følger av EMK. Da må norsk lovgivning vike. Problemet er at det i mange tilfeller kan være uklart hvordan konvensjonen skal forstås, dels fordi mange av bestemmelsene er vage og skjønnsmessige, dels fordi EMDs praksis kan være sprikende, dels fordi EMDs dynamiske tolkingsstil kan gjøre det vanskelig å forutsi hva konvensjonen krever.

Før menneskerettsloven hadde Høyesterett på enkelte områder lagt til grunn et *klarhetsprinsipp*; den konvensjonsrettslige regelen måtte være ”tilstrekkelig klar og tydelig” for å tilsidesette norsk lovgivning.¹⁹¹ I Rt. 2000 s. 996 (Bøhler-dommen) slås det imidlertid fast at menneskerettsloven § 3 ikke inneholder et slikt klarhetskrav.¹⁹² Samtidig understreket Høyesterett at det ikke gjelder noe *forsiktighetsprinsipp*; domstolene skal ikke bygge inn sikkerhetsmarginer for å unngå at Norge dømmes for konvensjonsbrudd. I plenumskjennelsen Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45 sammenfattes tolkingsprinsippet slik:

¹⁸⁹ For avhandlingens del er det ikke nødvendig å behandle spørsmål om EMKs formelle trinnhøyde. Denne problemstillingen er drøftet i *Aall* s. 87-88 og *Skoghøy 2002 I* punkt 2. Merk likevel at disse framstillingene ble skrevet før nye menneskerettighetsbestemmelser ble innført Grunnloven.

¹⁹⁰ Mads Andenæs og Andreas Kravik, ”Norske verdier og EMK”, *Lov og Rett* 2010 s. 579-599 på s. 581 hevder norsk lovgivning også før menneskerettsloven måtte vike for EMK. Vel annerledes Jens E. A. Skoghøy, ”Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjonene som rettskilde før og etter menneskerettsloven” i *Rettsteori og rettsliv: festskrift til Carsten Smith (Skoghøy 2002 II)* på s.761.

¹⁹¹ Rt. 1994 s. 610 (Bølgepappkjennelsen) på s. 617.

¹⁹² Allerede i den første avgjørelsen om menneskerettsloven, Rt. 1999 s. 961 gikk et mindretall inn for å fravike klarhetskravet. Flertallet fant det imidlertid verken ”nødvendig eller ønskelig” å gå så langt i den saken.

“ved anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD.”

Dette omtales ofte som et *prinsipp om selvstendig tolkning*.¹⁹³ Høyesterett har likevel gjort to presiseringer, som nærmest kan anses som reservasjoner fra utgangspunktet om å følge EMDs tolkingsmetode. For det første skal ikke norske domstoler anlegge en ”for dynamisk tolking av konvensjonen”.¹⁹⁴ For det andre har Høyesterett uttalt at i den utstrekning det er tale om å avveie ulike interesser eller verdier mot hverandre, vil norske domstoler – innenfor EMDs metode – ”også kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer”. Det er denne siste reservasjonen som er av interesse for avhandlingen. Hvilken betydning slike ”verdiprioriteringer” har hatt for Høyesteretts prøvingsintensitet, behandles nærmere nedenfor.

3.1.2 Presisering av problemstillingen

Problemstillingen som denne oppgaven omhandler, har tradisjonelt – både i teori og rettspraksis – vært formulert som et spørsmål om Høyesterett skal ”innrømme”, ”bruke”, ”praktisere” eller ”anvende” skjønnsmarginen slik EMD gjør.¹⁹⁵

Det kan være grunn til å omformulere dette til et spørsmål om hvor tilbakeholden norske domstoler skal være ved overprøvingen av lovgiver, istedenfor et spørsmål om skjønnsmarginen skal ”brukes” eller ikke. Én grunn er at EMD har uttalt at skjønnsmarginens doktrinen ikke *kan* anvendes på samme måte nasjonalt.¹⁹⁶ Ved å formulere problemstillingen som et spørsmål om skjønnsmarginen skal ”brukes” eller ikke, tilslører man dessuten at de at de nasjonale retningslinjene kan være mer nyanserte enn at lovgiver enten skal ha, eller ikke ha, tilsvarende spillerom for skjønn som EMD gir statene. Det kan tenkes mellomløsninger.

¹⁹³ Aall s. 91, Skoghøy 2002 II på s. 347 og Carsten Smith, ”Om Høyesteretts forhold til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon”, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 2005 s. 433-440 (Smith) s. 436.

¹⁹⁴ Rt. 2000 s. 996 på s.1007. Dette standpunktet har blitt kritisert av *Christoffersen* 2009 s.547. Blant de som har gitt uttrykk for at en avventende holdning er riktig, er *Stabell* 2002 s. 823 og Inge Lorange Backer, ”Om Høyesteretts forhold til Den europeiske menneskerettskonvensjon”, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 2005 s. 425-432 på s. 427 flg. Grensen mellom rettsavklarende og ”for” dynamiske tolkninger er for øvrig vanskelig å trekke, og det kan spørres om Høyesterett har fulgt sin egen anvisning, jf. *Backer* s. 428.

¹⁹⁵ *Sørensen* 2004 s. 135: ”(...)spørsmål om også nasjonale domstoler skal *praktisere* skjønnsmarginlæren”, *Oftedal Broch* s. 279: ”skjønnsmarginen etter gjeldende rett skal *anvendes* av norske domstoler”, *Andenæs Bjørge* 2011 s. 253: ”ikke er anledning for norske domstoler(...) til å *legge inn* noen generell nasjonal skjønnsmargin”.

¹⁹⁶ *A mfl. mot Storbritannia* avsnitt 184.

Til tross for disse innvendingene vil jeg ta utgangspunkt i den tradisjonelle problemformuleringen. Når avhandlingen tar sikte på å avklare gjeldende rett, er det grunn til å behandle problemstillingen slik Høyesterett har gjort, ved å stille spørsmål om norske domstoler skal tilstå lovgiver samme skjønnsmargin som statene tilstås i Strasbourg. Spørsmålsstillingen nyanseres imidlertid senere i avhandlingen.¹⁹⁷

Som et bakteppe for den videre drøftelsen er det av interesse å kjenne til hovedsynspunktene i den juridiske teorien, hvor det er sterkt avvikende oppfatninger av gjeldende rett. I 2005 skrev Oftedal Broch at han hadde ”vanskelig for å se at den kan reises tvil” om at skjønnsmarginen etter gjeldende rett skal anvendes av norske domstoler.¹⁹⁸ Også Helland gir uttrykk for at dette er gjeldende rett i sin doktoravhandling fra 2012.¹⁹⁹ Andenæs og Bjørge har vært målbærer for det motsatte syn, at Høyesterett etter 2004 *ikke* har anvendt skjønnsmarginen, og at rettspraksis *ikke* gir støtte for bruk av norske verdiprioriteringer som begrensning i EMK-retten.²⁰⁰ Mellom disse ytterpunktene står Skoghøy, som mener at EMDs skjønnsmarginlære ikke gjelder, men at norske domstoler likevel bør legge vekt på lovgivers vurdering. Han hevder det må utvikles retningslinjer for dette på grunnlag av den samfunnsmessige rolle domstolene har etter norsk statsskikk.²⁰¹

3.2 Krever menneskerettsloven at norske domstoler innrømmer lovgiver samme skjønnsmargin som EMD tilstår statene?

3.2.1 Hvilke slutninger kan utledes av lovteksten?

Etter menneskerettsloven § 2 nr.1 skal EMK gjelde som norsk lov i den utstrekning konvensjonen ”er bindende for Norge”. Hva som kan utledes fra denne formuleringen, har det vært delte meninger om.

¹⁹⁷ Det er for øvrig interessant å at begrepet ”skjønnsmargin” etter hvert har fått innpass som terminologi på andre rettsområder. For eksempel har Høyesterett i Rt. 2014 s. 272 uttalt at Norge har en ”skjønnsmargin” ved tolking av Svalbardtraktaten. I Rt. 2014 s. 508 (U) benyttes begrepet i forbindelse med tvisteloven § 3-3.

¹⁹⁸ *Oftedal Broch* s. 279.

¹⁹⁹ Ingvill Helland, *Rulings of the European Court of Human Rights as a legal instrument: a comparison between German and Norwegian Law*, Bergen 2012, s. 370.

²⁰⁰ *Andenæs og Bjørge* 2011 s. 285

²⁰¹ *Skoghøy* 2012 s. 174.

Det er på det rene at ordlyden ikke uttrykkelig sier noe om norske domstolars prøvingsintensitet. Oftedal Broch mener likevel det passer best med lovteksten å inkludere skjønnsmarginen i tolkingen for å avgjøre hva som er ”bindende” for Norge.²⁰² En slik forståelse må vel forutsette at forpliktelsene etter EMK består i å unngå domfellelse i Strasbourg, og at man anvender konvensjonen ”lenger enn den rekker” ved å foreta en mer intensiv nasjonal prøving.²⁰³

Denne tolkingen er ikke opplagt dersom man skiller mellom konvensjonens *materielle rekkevidde* og spørsmålet om hvor dypt EMD borer i sin prøvelse av dette.²⁰⁴

Skjønnsmarginen forstått som en *prøvingsnorm*, sier ikke noe om hvor langt EMKs materielle forpliktelser rekker.²⁰⁵ Da anvendes heller ikke konvensjonen lenger enn den er ”bindende”, selv om norske domstoler skulle foreta en mer intensiv prøving enn det EMD ville gjort.

Etter dette er det vanskelig å se at ordlyden i menneskerettloven § 2 taler for at norske domstoler skal praktisere skjønnsmarginen slik EMD gjør.²⁰⁶ Høyesterett har dessuten aldri brukt lovteksten i menneskerettsloven § 2 som argument for å anvende skjønnsmarginen.²⁰⁷

3.2.2 Forarbeidenes betydning

Spørsmålet om norske domstoler skal tilstå tilsvarende skjønnsmargin som EMD tilstår, er omtalt i Ot.prp.nr.3 1998-1999. I de øvrige forarbeidene er ikke doktrinen nevnt.²⁰⁸ I preposisjonens merknader til menneskerettsloven § 3 fremgår følgende på side 71:

“På de områder hvor statene har en skjønnsmargin, kan lovgiverne velge løsning innenfor denne skjønnsmarginen, og *dette må selvsagt respekteres av rettsanvenderne*. Fordi konvensjonsstatenes praksis vil være et moment når konvensjonsorganene skal bestemme skjønnsmarginens utstrekning, vil eksistensen av norsk lovgivning ha betydning her.” (mine kursiveringer)

²⁰² Oftedal Broch s. 278.

²⁰³ Dette vil være tilfellet dersom EMDs tilbakeholdenhet anses som et uttrykk for materiell frihet for nasjonale lovgivere.

²⁰⁴ I Norge har vi et slikt skille når det gjelder lovers grunnlovsmessighet, selv om grensen mellom det materielle spørsmål og hvor dypt retten skal børe i sin prøvelse, er flytende, jf. *Boe* s. 30 med videre henvisninger.

²⁰⁵ Ordlydstolkingen er inspirert av *Vangsnes* s. 149.

²⁰⁶ Slik også *Vangsnes* s. 149.

²⁰⁷ Se punkt 3.3.2 nedenfor. I Rt. 1999 s. 961 uttaler førstvoterende at norske domstoler skal praktisere skjønnsmarginen. Dette begrunnes da med henvisning til tidligere høyesterettspraksis, ikke med lovteksten i § 2.

²⁰⁸ Øvrige forarbeider er NOU:1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter og Innst.O.nr.51 (1998-1999) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Uttalelsen om å respektere lovgivers løsning innenfor skjønnsmarginen er ikke til å misforstå. Justisdepartementet mente at norske domstoler skal innrømme lovgiver tilsvarende skjønnsmargin som EMD ville tilstått staten i en klagesak. Noen nærmere begrunnelse gis det imidlertid ikke. Formuleringen ”selvsagt” antyder tvert i mot at dette standpunktet har vært lagt til grunn uten nærmere problematisering.

Ifølge Sørensen er ikke forarbeidene like entydige. Først gir han uttrykk for at det er en ”lite naturlig forståelse av både lovtekst og forarbeider” at alle prinsippene som EMD benytter, skal anvendes identisk av norske domstoler. Deretter fortsetter han slik:

”Da synes det mer rimelig å forstå lov og forarbeider slik at den inkorporerte «konvensjon» skal anvendes i tråd med dens forutsetninger for nasjonal domstolsprøvelse. En uttalelse som departementet gir i en annen forbindelse, støtter også opp om en slik tolkning.”²⁰⁹

Jeg deler Sørensens syn på at dette kan være en rimelig forståelse av *lovteksten*. Det er imidlertid ikke grunnlag for å forstå *forarbeidene* slik.²¹⁰ For det første er det utsagnet fra Justisdepartementet som er gjengitt ovenfor, klart og utvetydig. For det andre er det vanskelig å se at departementsutsagnet Sørensen viser til, gir noen støtte til hans tolkningsresultat. Uttalelsen lyder: ”[u]nnlater norske myndigheter å ta hensyn til håndhevingsorganenes praksis, vil resultatet lett bli at saksforholdet blir brakt inn for Den europeiske menneskerettskommisjon og eventuelt domstol ... med risiko for at saken der blir avgjort mot Norge.”²¹¹ Dette utsagnet er gitt i en annen forbindelse, og knytter seg ikke til temaet skjønnsmargin og prøvingsintensitet. Uttalelsen er således ikke egnet til å så tvil om hva departementet har ment om skjønnsmarginen.

Etter dette må det legges til grunn at forarbeidene klart og entydig forutsetter at norske domstoler skal tilstå lovgiver samme skjønnsmargin som EMD tilstår nasjonale myndigheter. Spørsmålet er imidlertid hvilken vekt en slik klar – men ubegrunnet – forarbeidsuttalelse har.

Ved denne type grunnleggende spørsmål om maktfordeling mellom statsmaktene er det i seg selv betenkelig å legge stor vekt på et ubegrunnet standpunkt fra justisdepartementet, særlig når dette synet ble lagt til grunn som ”selvsagt” uten at problemstillingen har vært gjenstand for noen nærmere drøftelse. I den forbindelse er det verdt å nevne at diskusjonen rundt norske

²⁰⁹ Sørensen 2004 s.165.

²¹⁰ Det skal bemerkes at Sørensen drøfter spørsmålet om domstolene skal tilstå *forvaltningen* en skjønnsmargin. Dette spørsmålet er ikke direkte omtalt i forarbeidene.

²¹¹ Ot.prp.nr.3 1998-1999 s.69

domstolers forhold til EMK på den tiden gjaldt ”klarhetskravet”. Verken Høyesterett eller juridisk teori ser ut til å ha innsett at det kunne være grunnlag for å reise spørsmål om norske domstolers prøving skulle være mer intensiv enn EMD.²¹²

Videre kan det synes som om den aktuelle forarbeidsuttalelsen bygger på en misforståelse av innholdet i skjønnsmarginlæren. Når justisdepartementet legger til grunn at lovgivers valg innenfor skjønnsmarginen ”selvsagt må respekteres” av domstolene, kan det se ut som om departementet nærmest mener at konvensjonen krever dette. Men som EMD senere har påpekt i *A mfl. mot Storbritannia* er det tvert imot slik at skjønnsmarginen *ikke* kan ha samme anvendelse på nasjonalt plan.²¹³

Utsagnet om at ”eksistensen av norsk lovgivning” vil ha betydning for skjønnsmarginens utstrekning, er også lite treffende. Som Sørensen påpeker, vil ikke eksistensen av norsk lovgivning ha nevneverdig betydning for hvilken skjønnsmargin Norge vil bli tilstått i en klagesak; det er hovedsakelig lovgivning i *andre* staters rettssystemer som vil kunne tale for en utvidet skjønnsmargin.²¹⁴ Disse innvendingene mot departementets forståelse av skjønnsmarginen svekker forarbeidenes vekt ytterligere.

Rettspraksis om forståelsen av menneskerettsloven viser dessuten at Høyesterett ikke har ansett forarbeidsuttalelsen som sentral.²¹⁵ Til slutt kan det nevnes at Høyesterett også på andre rettsområder har stilt seg relativt fritt til lovgivers syn på domstolenes prøvingsrett. Blant annet har Høyesterett på forvaltningsrettens område bortfortolket en klar ordlyd med støtte i forarbeidene, fordi det var tvil om dette var lovgivers ”overveide standpunkt”.²¹⁶

3.3 Høyesterett om praktisering av skjønnsmargin – før Rt. 2013 s. 1345

Nedenfor gis det en kronologisk gjennomgang av rettspraksis med sikte på å analysere hvilket standpunkt Høyesterett har tatt når det gjelder nasjonal anvendelse av skjønnsmarginen, hvilken begrunnelse som er gitt, samt hvorvidt praksis er konsekvent eller om det kan påvises

²¹² Jf. punkt 3.3.1 nedenfor.

²¹³ *A mfl. mot Storbritannia* avsnitt 184.

²¹⁴ *Sørensen 2004* s.165 og punkt 2.3.4 ovenfor.

²¹⁵ Etter hva jeg kan se har Høyesterett aldri gjengitt sitatet. I Rt. 1999 s. 961 er det dessuten henvisning til rettspraksis forut for menneskerettsloven, *ikke* menneskerettsloven § 3 med tilhørende forarbeidsuttalelser, som er begrunnelsen for å praktisere samme skjønnsmargin som EMD.

²¹⁶ Rt. 2005 s. 117 avsnitt 48.

noen utvikling. Et annet siktemål er å undersøke hvor grundig Høyesterett foretar proporsjonalitetsdrøftelser, ettersom dette indirekte sier noe om hvilken prøvingsintensitet som utøves.

Selv om avhandlingen gjelder EMK-prøving av lover, omtales også enkelte avgjørelser som gjelder spørsmål om forvaltningsvedtak er i strid med EMK. Bakgrunnen for dette er at noen av disse avgjørelsene også inneholder utsagn om skjønnsmargin ved domstolskontroll med lovgiver. Det er for øvrig bare avgjørelser som gjelder prøvingsintensitet som omtales, ikke saker som gjelder dynamisk tolking. Som påpekt i punkt 2.1.3 er dette to forskjellige problemstillinger.

3.3.1 Avgjørelser før menneskerettsloven av 1999

Første gang Høyesterett behandlet spørsmålet om norske domstoler skulle anvende samme skjønnsmarginlære som EMD, var i Rt. 1996 s. 551. Saken dreide seg om et utvisningsvedtak var i strid med artikkel 8. Etter å ha påpekt at konvensjonsorganene tilstår statene en skjønnsmargin, uttalte førstvoterende:

“Det er en særskilt skjønnsmargin for lovgiveren og en for de rettsanvendende myndigheter. Den skjønnsmargin som konvensjonsorganene kan antas å ville praktisere, må etter min mening også norske domstoler legge til grunn når de anvender EMK art 8(2). Dette må gjelde til tross for at de hensyn rettssetningen bygger på, i og for seg ikke gjør seg gjeldende på samme måten for norske domstoler.”²¹⁷

Her sies det altså med rene ord at norske domstoler skal anvende den skjønnsmargin som EMD ville praktisert. Selv om saken gjaldt domstolskontroll med forvaltningen, er utsagnet ikke begrenset til dette; også lovgiver skal tilstås skjønnsmargin. At Høyesterett uttaler seg om anvendelsen av ”EMK art 8 (2)” fremstår ikke som noen reell begrensning av utsagnets prinsipielle rekkevidde.²¹⁸

Høyesteretts standpunkt er ikke nærmere begrunnet, men førstvoterende viser i at han er klar over at hensynene bak EMDs skjønnsmargin ikke gjør seg gjeldende på samme måten nasjonalt. Når førstvoterende uttaler at norske domstoler skal anvende den skjønnsmargin som ”konvensjonsstatene kan antas å praktisere”, synes han imidlertid å ha oversett problemet med

²¹⁷ Rt. 1996 s. 551 på s.558.

²¹⁸ Vel motsatt *Sørensen 2004* s. 173.

å anvende en doktrine som er ment å definere forholdet mellom nasjonale organer og en internasjonal domstol. Som EMD senere har understreket, kan ikke skjønnsmarginen anvendes på samme måte mellom nasjonale organer.²¹⁹

Høyesterett har i etterfølgende avgjørelser, Rt. 1996 s. 1510, Rt. 1996 s. 1754 (Høyesteretts kjæremålsutvalg), Rt. 1998 s. 1190 og Rt.1998 s. 1795, gjentatt sitt tidligere standpunkt med henvisning til sitatet ovenfor. Samtlige saker gjaldt spørsmål om forvaltningens utvisningsvedtak etter utledningsloven var i strid med artikkel 8. I Rt. 1998 s. 1795 fremgår det imidlertid at standpunktet om nasjonal anvendelse av skjønnsmarginen gjelder generelt ved tolking av menneskerettskonvensjonene, ikke bare ved bedømmelsen slike saker:

”Ved tolking av *menneskerettskonvensjonene* må den skjønnsmargin som Den europeiske menneskerettighetsdomstol praktiserer, også legges til grunn av norske domstoler.”²²⁰ (min utheving).

At Høyesterett forut for menneskerettsloven la til grunn at norske domstoler skulle tilstå både lovgiver og forvaltningen samme skjønnsmargin som EMD ville ha gjort, er altså ikke tvilsomt.

3.3.2 Perioden fra 1999 til 2013

I prinsippet kunne menneskerettsloven, som ble vedtatt i 1999, tenkes å medføre en kursendring hva gjaldt anvendelse av skjønnsmarginen.²²¹ I den første avgjørelsen etter menneskerettsloven, Rt.1999 s. 961 (Rest-Jugoslavia-kjennelsen), uttalte imidlertid førstvoterende at den ”den skjønnsmargin som praktiseres av de internasjonale håndhevingsorganene, også [må] legges til grunn av norske domstoler”. Dette ble begrunnet med henvisning til tidligere høyesterettspraksis.²²² At førstvoterende var i mindretall, er i denne sammenheng uten betydning. For flertallet var enig i førstvoterendes syn på forholdet til EMK, bortsett fra ”ett punkt”, og det gjaldt klarhetskravet, ikke praktisering av EMDs skjønnsmargin.²²³

²¹⁹ *A mfl. mot Storbritannia* premiss 184.

²²⁰ Rt.1998 s. 1995 på s.1802

²²¹ Loven innebar som nevnt en kursjustering hva gjaldt klarhetskravet.

²²² Rt. 1999 s. 961 på s.971.

²²³ Se dommer Lunds vota på s. 972-973, som fikk tilslutning fra de øvrige dommerne.

Omtrent ett år senere, i Rt. 2000 s. 996 (Bøhler-dommen), avsa Høyesterett i plenum en prinsipielt formulert dom om menneskerettsloven og norske domstolars anvendelse av EMK. Saken gjaldt spørsmålet om forhøyet tilleggsskatt måtte anses som straff etter EMK artikkel 6 nr.1, og i så fall om bestemmelsen var krenket ved at ileggelsen ikke var skjedd innen rimelig tid. Om prøvingsintensitet uttalte Høyesterett følgende:

”I den utstrekning det er tale om å avveie ulike interesser eller verdier mot hverandre, må norske domstoler - innenfor den metode som anvendes av EMD - også kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer. Dette gjelder særlig dersom den norske lovgiver har vurdert forholdet til EMK og lagt til grunn at det ikke foreligger motstrid.”²²⁴

Begrepet ”skjønnsmarginen” er ikke uttrykkelig nevnt i Høyesteretts premisser.²²⁵ Det er likevel nærliggende å forstå sitatet slik at Høyesterett skal være tilbakeholden med å tilsidesette lovgivers verdiprioriteringer ”innenfor den metode som anvendes av EMD”, dvs. innenfor den skjønnsmarginen EMD ville tilstått staten. At det ikke ble gitt mer presise utsagn om nasjonal anvendelse av skjønnsmarginen, kan kanskje forklares med at saken gjaldt EMK-spørsmål der statene ikke tilstår noen skjønnsmargin i Strasbourg.²²⁶

Den neste avgjørelsen hvor temaet var om norsk lovgivning var forenelig med EMK, var Rt. 2001 s. 1006. Her var det spørsmål om KRL-faget i norsk skole var i strid med barnets religionsfrihet etter artikkel 9, diskrimineringsforbudet i artikkel 14, eventuelt foreldrenes rett til å bestemme over sine barns religiøse opplæring, jf. P1-2. Høyesterett konkluderte enstemmig med at faget ikke var i strid med Norges folkerettslige forpliktelser.²²⁷ Høyesterett nevnte ikke skjønnsmargin i sine generelle merknader om forholdet mellom folkerett og intern rett, men gjentok sin tidligere uttalelse om at ”verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lov og rettspraksis, kan trekkes inn innen rammen av den metode EMD benytter.”²²⁸ Premissene er likevel formulert slik at det fremgår hvilken prøvingsintensitet Høyesterett har lagt til grunn:

”Også i læreplanverket er vektlegging av kunnskap om kristendom i forhold til andre religioner og livssyn etter mitt syn innenfor rammen av det skjønn konvensjonsstatene har

²²⁴ Rt. 2000 s. 996 på s.1008.

²²⁵ Staten en anførsel om skjønnsmargin, se s. 1005. Denne ble imidlertid ikke kommentert av Høyesterett.

²²⁶ Jf. punkt 2.3.2 ovenfor.

²²⁷ I den etterfølgende saken *Folgerø mfl. mot Norge* mente derimot EMD at KRL-faget var i strid med P1-2.

²²⁸ Rt. 2001 s. 1006 på s. 1016.

etter EMK og SP (...) Jeg gjentar at det hører under konvensjonsstatenes eget skjønn å legge opp undervisningen innen konvensjonenes rammer.”²²⁹

Her sondres det altså ikke mellom ”konvensjonsstatenes” skjønnsfrihet og lovgivers skjønnsfrihet overfor norske domstoler. Dette må forstås slik at Høyesterett har ment å utøve samme prøvingsintensitet som EMD ville ha gjort i en klagesak.

I Rt. 2002 s. 1271 (Green Peace) skulle Høyesterett ta stilling til om inndragning av gummibåter brukt i en ulovlig aksjon mot borerigger var et ”nødvendig” inngrep i ytrings- og demonstrasjonsfriheten, jf. artikkel 10 og 11. Drøftelsen var kort:

“Slik jeg ser det, var inngrepene nødvendige for å forebygge uorden og kriminalitet. Jeg legger til grunn at statene ved aksjoner av dette slag har en mer omfattende skjønnsmargin enn ved andre former for inngrep i ytrings- og/eller forsamlingsretten, jf. EMDs uttalelse i avvisningsavgjørelsen i saken Drieman m.fl. mot Norge.”²³⁰

Her er skjønnsmarginen alene avgjørende for resultatet. Oftedal Broch synes å være positivt innstilt til kjennelsen. Han viser til at EMD to år tidligere hadde avvist en parallell sak slik at det ”derfor [var] særdeles nærliggende for Høyesterett å slå fast at beslagene kunne opprettholdes ut fra den skjønnsmargin EMD allerede hadde konstatert at vi hadde i et slikt tilfelle”.²³¹ Resultatet i dommen har jeg ingen oppfatning om. Jeg er imidlertid kritisk til måten EMK-spørsmålet avgjøres på, der Høyesterett unnlater å foreta en selvstendig proporsjonalitetsvurdering. Som det fremgår av punkt 2.4.3 bør norske domstoler drøfte om det aktuelle inngrepet fremstår som nødvendig basert på en avveining mellom inngrepets virkninger og de hensyn som begrunner det; det sentrale er ikke hvilket handlingsrom EMD ville gitt staten i en klagesak. Sørensen er også kritisk til denne bruken av skjønnsmarginen, som han beskriver som ”ikke heldig”, fordi den innebærer fravær av argumentasjon.²³²

Rt. 2003 s. 593 (Valebrokk-kjennelsen) gjaldt en sjefsredaktør i TV 2 som var tiltalt etter domstolsloven § 131a første ledd for å ha offentliggjort filmopptak fra en rettssal. For Høyesterett var spørsmålet dels om *lovens* generelt utformede fotograferingsforbud var forenlig med artikkel 10 nr.2, dels om *håndheving* overfor redaktøren ville være et uforholdsmessig inngrep i ytringsfriheten. Etter å ha lagt til grunn at EMD tilstår statene en

²²⁹ Rt. 2001 s. 1006 på s. 1032

²³⁰ Rt. 2002 s. 1271 på s.1279.

²³¹ *Oftedal Broch* s. 280.

²³² *Sørensen 2004* s. 177.

relativt begrenset skjønnsmargin i slike saker, uttalte førstvoterende seg om norske domstolers prøving:

”Norske domstoler skal i utgangspunktet anvende de samme tolkingsprinsipper og metoder som EMD (...) Dette innebærer at også norske domstoler må etterprøve norsk lovgivning og håndhevingen av denne i samme omfang som EMD.”²³³

Når Høyesterett først uttaler seg om hvilken skjønnsmargin EMD ville tilstått, for deretter å fremholde at norske domstoler skal ”etterprøve lovgivning ... i samme omfang som EMD”, må dette forstås slik at norske domstoler skal praktisere skjønnsmarginen slik EMD gjør. Siden Høyesterett la til grunn at EMD ville tilstå snever skjønnsmargin, hadde utsagnet om prøvingsintensitet likevel liten betydning for resultatet. Både flertallet og mindretallet foretok en intensiv prøving, der pressens behov for å vise filmopptaket ble veid opp mot hensynene bak fotograferingsforbudet. Resultatet i dommen ble frifinnelse (dissens 3-2).

Forholdet mellom publiseringsforbudet i domstolsloven § 131a og artikkel 10 nr. 2 ble på nytt et tema i Rt. 2004 s. 510. I denne avgjørelsen var to avisredaktører tiltalt, fordi de hadde publisert fotografier av en domfelt på vei ut av rettslokalet. Høyesterett mente dette var et brudd på domstolloven § 131a, og at håndhevingen av det norske forbudet var forenelig med artikkel 10.

Her ble altså avisredaktørene dømt, i motsetning til TV2-redaktøren, som ble frifunnet knapt ett år tidligere. Dette forklares ikke bare med at sakene gjaldt forskjellig faktum, men også at Høyesterett endret oppfatning om prøvingsintensitet. Kort tid etter Rt. 2003 s. 593 (Valebrokk-kjennelsen) ble det nemlig kjent at EMD hadde avvist en klage som gjaldt publiseringsforbud fra rettsforhandlingene i Orderudsaken - *P4 Radio Hele Norge ASA mot Norge*. Her uttalte EMD at statene hadde en vid skjønnsmargin, fordi nasjonale myndigheter generelt, og domstolene spesielt, var nærmere til å vurdere hva som var nødvendig av hensyn til ”fair administration of justice”. Ifølge Høyesterett måtte dette få betydning for norske domstolers prøvingsintensitet:

”Det som er uttalt i [Rt. 2003 s. 593] om EMDs prøvingsintensitet i forhold til artikkel 10, kan på bakgrunn av P4-avgjørelsen derfor nok modifieres noe i forhold til domstolsforhandlinger.

²³³ Rt. 2003 s. 593 avsnitt 50

Det må legges til grunn at skjønnsmarginen for hvilke inngrep som vurderes som nødvendige for å sikre «fair administration of justice», er forholdsvis vid.²³⁴

Dette er et klart uttrykk for at Høyesterett forsøker å tilstå tilsvarende skjønnsmargin som EMD ville innrømmet i en etterfølgende klagesak, og at Høyesterett er villig til å fravike egne utsagn om prøvingsintensitet, dersom det viser seg at EMD har en annen oppfatning.

I Rt. 2004 s. 1723 hadde saksøker anført at politiets adgang til våpenkontroll i private hjem etter våpenloven § 27a, var i strid med Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Han fikk ikke medhold i Høyesterett. Hva gjaldt domstolsprøvingen etter EMK, viste førstvoterende til de retningslinjene som fremgikk av Rt. 2000 s. 996 (Bøhler-dommen). Det var ellers ingen utsagn om prøvingsintensitet eller skjønnsmargin, til tross for at begge parter hadde anførsler om dette.²³⁵ Dette kan ha sammenheng med at førstvoterende ikke fant saken ”tvilsom”, slik at spørsmålet om tilbakeholdenhet ikke kom på spissen.

Høyesteretts argumentasjonsmønster i saken er likevel interessant. For i realiteten ser det ut til at Høyesterett foretar en nokså inngående prøving av mellom de motstående interessene i saken. Denne måten å argumentere på står således i kontrast til Rt. 2002 s. 1271 (Green Peace) som er omtalt ovenfor, der ”vid skjønnsmargin” alene utgjorde begrunnelsen for at anse det aktuelle tiltaket som konvensjonsmessig.

I den neste saken, Rt. 2004 s. 1737 (TV-Vest), var problemstillingen om totalforbudet mot politisk TV-reklame i kringkastingsloven § 3-1 tredje ledd var et ”nødvendig” inngrep i ytringsfriheten, jf. artikkel 10 nr.2. Flertallet (4-1) svarte bekreftende. Resultatet ble i hovedsak begrunnet med ulike forhold som tilsa at lovgiver måtte tilstå en vid skjønnsmargin. Det er for så vidt illustrerende at nesten hele førstvoterendes EMK-drøftelse er knyttet opp mot fastleggelsen av skjønnsmarginen, mens det kun er ett avsnitt om inngrepets fordeler og ulemper.²³⁶ Det er således ingen tvil om at flertallet har ment å innrømme lovgiver samme skjønnsmargin som EMD ville tilstått statene, og at dette standpunktet fikk avgjørende betydning for resultatet. En annen sak er at flertallet tok feil; i

²³⁴ Rt. 2004 s. 510 avsnitt 23

²³⁵ Staten hadde anført at det måtte tilstås en vid skjønnsmargin på grunn av fravær av felles europeisk rettsoppfatning, mens motparten argumenterte for en snever skjønnsmargin fordi den norske ordningen lå på siden av det som ellers var vanlig i Europa, se Rt. 2004 s. 1723 avsnitt 17 og 30.

²³⁶ Se avsnitt 55-65 som gjelder fastleggelsen av skjønnsmarginen, mens avsnitt 66 inneholder synspunkter om hvor inngripende reklameforbudet var, og hvor tungtveiende grunner som lå bak den norske regelen.

etterfølgende klagesak fant EMD at reklameforbudet var konvensjonsstridig, og at skjønnsmarginen måtte være snever, ikke vid.²³⁷

Mindretallet, representert ved dommer Skoghøy, hadde lagt seg på samme linje som EMD senere gjorde når det gjaldt hvor bred skjønnsmargin Norge ville tilstås i Strasbourg. Det mest interessante ved mindretallets votum er likevel ikke denne treffsikkerheten, men at det ble reist spørsmål om den nasjonale skjønnsmarginen burde utformes og avgrenses på samme måte som EMDs doktriner. Skoghøy tok som utgangspunkt at *deler* av begrunnelsen for skjønnsmarginen hadde gyldighet på nasjonalt plan:

“Begrunnelsen [for EMDs skjønnsmargin] er at nasjonale myndigheter og domstoler ofte vil være bedre egnet til å vurdere nødvendigheten av et inngrep og har større innsikt i særlige forhold som måtte gjøre seg gjeldende i det enkelte land, og at det er konvensjonsstatene som har det primære ansvar for å sikre og håndheve menneskerettighetene(...) Den del av begrunnelsen som går på at nasjonale myndigheter ofte vil være bedre egnet til å vurdere nødvendigheten av et inngrep, har langt på veg også gyldighet for forholdet mellom nasjonale domstoler og nasjonal lovgivningsmyndighet, og det er på denne bakgrunn i norsk rettspraksis lagt til grunn at norske domstoler ved prøvingen av om norsk lovgivning krenker internasjonale menneskerettskonvensjoner, bør tilstå norske lovgivende myndigheter en tilsvarende skjønnsmargin, se for eksempel Rt. 1999 s. 961.”

Skoghøys beskrivelse av de hensyn skjønnsmarginen bygger på er noe knapp, og han tar ikke stilling til hvordan den delen av begrunnelsen som gjelder primæransvar (og subsidiaritet) gjør seg gjeldende i forholdet mellom nasjonale myndighetsorganer. Dette er likevel en langt mer nyansert omtale av problemstillingen enn det som ble gjort da tilsvarende spørsmål ble kommentert i Rt.1999 s. 961 (Rest-Jugoslavia-kjennelsen) og Rt. 1996 s. 551, jf. punkt 3.3.1 og punkt 3.3.2 ovenfor.

Etter å ha slått fast at EMK verken krever eller forbyr nasjonale domstoler å tilstå samme skjønnsmargin som EMD, uttalte dommer Skoghøy følgende om norske domstolers prøvingsintensitet:

”Som tidligere nevnt, er imidlertid ytringsfriheten en av grunnpillarene for demokratiet, og det er da viktig at også mindre politiske grupperinger får komme til orde. På denne bakgrunn gjør det seg gjeldende sterke motforestillinger mot å legge for stor vekt på hva det politiske flertall

²³⁷ *TV Vest As & Rogaland Pensjonistparti mot Norge* avsnitt 64.

til enhver tid måtte mene om hvor langt ytringsfriheten i politiske spørsmål bør gå. Også i praksis fra EMD er det lagt til grunn at i saker om politiske ytringer er statenes skjønnsmargin forholdsvis snever, se VgT-dommen avsnitt 67 og Murphy-dommen avsnitt 67. Siden skjønnsmarginen for politiske ytringer under enhver omstendighet er liten, har jeg ikke foranledning til å gå nærmere inn på om den skjønnsmargin som norske domstoler bør tilstå norsk lovgivningsmyndighet, bør utformes og avgrenses på samme måte som den skjønnsmargin som EMD tilstår nasjonale myndigheter. *Da begrunnelsene for disse skjønnsmarginene ikke er fullt ut sammenfallende, vil dette spørsmålet etter mitt syn stille seg noe forskjellig i forhold til ulike former for konvensjonsbrudd.*”(min utheving)

Her holdes altså spørsmålet åpent, samtidig som det gis antydninger om at prøvingsintensiteten kan være forskjellig i norske domstoler og i Strasbourg.

Tatt i betraktning at flertallet (4-1) klart forutsatte at lovgiver skulle tilstå samme skjønnsmargin som EMD ville praktisert, er det vanskelig å se at dette forbeholdne mindretallsutsagnet skulle medføre noen endring av gjeldende rett. Det at flertallets dom senere ble ansett konvensjonsstridig av EMD i *TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti mot Norge*, er heller ingen grunn til å anse standpunktet om bruk av skjønnsmarginen som svekket.²³⁸ Som gjennomgangen nedenfor vil vise, fortsatte Høyesterett å følge flertallets kurs.

Rt. 2005 s. 607 gjaldt valg av verdsettelsesprinsipp for deler av en fritidseiendom som ved konsesjonsvilkår var pålagt videresolgt til staten. Den EMK-rettslige problemstillingen var om det utgjorde et uforholdsmessig inngrep i eiendomsretten at hytteeier kun fikk vederlag for det avståtte arealets omsetningsverdi, uten at verdireduksjonen på den gjenværende eiendommen ble erstattet, jf. P 1-1. Ifølge flertallet (4-1) utgjorde ikke dette et konvensjonsbrudd, blant annet med henvisning til statenes vide skjønnsmargin på området.²³⁹ Dommen er altså en klar videreføring av den etablerte oppfatningen om å utøve samme prøvingsintensitet som EMD. Dette standpunktet har likevel neppe hatt noen reell betydning for resultatet, ettersom flertallet var i tvil om P 1-1 i det hele tatt ga beskyttelse i den aktuelle

²³⁸ En annen sak er at slike etterfølgende overprøvinger fra EMD kan påvirke Høyesteretts prøvingsvilje over tid, slik Stig H Solheim påpeker i Solheim, ”Domstolskontroll med lover på det økonomiske området – lovgivers vurdering av lovens grunnlovsmessighet”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2014 s. 1-48 (Solheim 2014) på s. 28.

²³⁹ Rt. 2005 s. 607 avsnitt 63

situasjonen.²⁴⁰ Mindretallet, dommer Skoghøy, kom for øvrig til motsatt resultat, uten å ta stilling til intensiteten i domstolsprøvingen.²⁴¹

I plenumskjennelsen Rt. 2005 s. 833 ble også skjønnsmarginen et tema, til tross for at saken gjaldt grunnrettigheter innen strafferetten, der skjønnsmarginen har liten betydning i EMD-praksis. Spørsmålet var om uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2 var til hinder for å anvende straffeloven § 195 tredje ledd, om at villfarelse om barnets alder ikke fritar for straff for seksuell omgang med mindreårige.

Høyesterett gjentok utsagnet om at norske domstoler ved avveiningen mellom ulike interesser kunne trekke inn ”norske verdiprioriteringer” innenfor EMDs metode.²⁴² Etter en grundig gjennomgang av EMD-praksis kom flertallet til at artikkel 6 nr.2 tillot slike objektive straffbarhetsvilkår i den utstrekning dette var proporsjonalt. Riksadvokaten anførte at staten hadde en skjønnsmargin ved denne forholdsmessighetsvurderingen, men dette ble avvist slik:

”Til dette bemerker jeg at prinsippet om nasjonal skjønnsmargin først og fremst har betydning i forbindelse med rettigheter av politisk art. Når det derimot gjelder fundamentale rettssikkerhetsgarantier i strafferetten, som uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2, er det etter praksis lite spillerom for nasjonalt skjønn. Skjønnsmarginen har heller ikke vært noe tema i avgjørelsene fra EMD på dette området.”²⁴³

Høyesterett avviser her at lovgiver har en skjønnsmargin, med den begrunnelse at det etter EMD-praksis ikke innrømmes noen skjønnsfrihet. EMDs metode ga med andre ord ikke rom for å trekke inn norske verdiprioriteringer. Resultatet ble for øvrig at det objektive straffbarhetsvilkåret ble ansett konvensjonsstridig. Den norske lovbestemmelsen måtte derfor vike, til tross for at den bygget på en klar lovgivervilje.

Det EMK-rettslige temaet i Rt. 2006 s. 262 (Ektefellepensjon) var om ekteskapsloven § 86, som skjerpet vilkårene for pensjon til fraskilte ektefeller, utgjorde et uforholdsmessig inngrep i den retten til pensjon som saksøker hadde opparbeidet etter reglene som gjaldt før ekteskapsloven av 1992. Staten fikk medhold i at det ikke forelå konvensjonskrenkelse. Det fremgår av avsnitt 114 og 115 at Høyesterett har ment å utøve tilsvarende prøvingsintensitet som EMD.

²⁴⁰ Rt. 2005 s. 607 avsnitt 55 og 59.

²⁴¹ Rt. 2005 s. 607 avsnitt 110.

²⁴² Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

²⁴³ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 76.

I Rt.2006 s. 1665 var hovedproblemstillingen om folketrygdloven § 22-17 første ledd måtte settes tilside som uforenelig med EMK artikkel 14 smh. P1-1, idet det ble anført å være diskriminerende ikke å gi renter ved etterbetaling av trygdeytelser. Høyesterett la til grunn at spørsmålet måtte avgjøres etter samme fremgangsmåte som EMD, og viste til en EMD-avgjørelse som understreket at statene hadde en skjønnsmargin på området.²⁴⁴ Altså videreføres oppfatningen om å utvise samme tilbakeholdenhet som EMD. Samtidig er Høyesteretts begrunnelse i hovedsak knyttet til at den norske loven fremsto som proporsjonal, ikke til betraktninger om skjønnsmarginens bredde i denne type saker.

Denne måten å argumentere på, ble ikke fulgt i Rt. 2007 s. 1281(Øvre Ullern). Den EMK-rettslige problemstillingen her var om tomtfesteloven § 33, som ga rett til å kreve forlenget festekontrakter ”på same vilkår som før”, utgjorde et uforholdsmessig inngrep i bortfesterens eiendomsrett, jf P 1-1. Høyesterett svarte benektende, med en begrunnelse som i hovedsak besto av sitater fra EMD-avgjørelsen *James mfl. mot Storbritannia*, samt følgende kortfattede subsumsjon:

“Jeg kan ikke se at de grunnleggende avveiningene som fremgår av denne dommen, er fraveket i EMDs senere praksis. Når saksforholdet og de hensyn som hadde begrunnet den engelske lovgivningen, sammenlignes med vår sak, finner jeg det klart at anvendelsen av tomtfesteloven § 33 ikke er i strid med Norges folkerettslige forpliktelser.”²⁴⁵

Det som gjengis fra *James mfl. mot Storbritannia*, er hovedsakelig argumenter som tilsier en vid skjønnsmargin med tilbakeholden prøving.²⁴⁶ Høyesterett avstår nærmest fra å foreta en proporsjonalitetsvurdering; det er synspunkter om skjønnsmargin som er det sentrale. Dommen synes dermed å undergrave påstanden fra Andenæs og Bjørge om at Høyesterett etter Rt. 2004 s. 1737 (TV-Vest) ikke ved noen anledning har kommet til et resultat i statens favør som følge av støtte i nasjonal skjønnsmargin.²⁴⁷

En annen sak er at resultatet neppe var så ”klart” som førstvoterende ga uttrykk for, ettersom EMD i etterfølgende klagesak i et nært beslektet sakskompleks konstaterte brudd på EMK.²⁴⁸

²⁴⁴ Rt. 2006 s. 1665 avsnitt 44.

²⁴⁵ Rt. 2007 s. 1281 avsnitt 132.

²⁴⁶ Se avsnitt 128 til 131.

²⁴⁷ *Andenæs og Bjørge* s. 285.

²⁴⁸ Rt. 2007 s. 1306 ble avgjort samme dag, med henvisning Rt. 2007 s. 1281. Grunneierne i Rt. 2007 s. 1306 klaget til EMD som i *Lindheim mot Norge* konkluderte med at tomtfesteloven § 33 var konvensjonsstridig.

Her går EMD langt i å kritisere Høyesterett for behandlingen av EMK-spørsmålet.²⁴⁹ For øvrig inneholder høyesterettsdommen enkelte formuleringer som gir grunn til å reise spørsmål om førstvoterende har et bevisst forhold til hvilke statsorganer som er adressaten når EMD innrømmer en skjønnsmargin:

“I avsnitt 46 understreker EMD videre at nasjonale *domstoler* «are in principle better placed than the international judge to appreciate what is 'in the public interest'». Nasjonale myndigheter måtte derfor ha «a certain margin of appreciation».”(Mine kursiveringer)

Dette er en upresis gjengivelse av det EMD uttaler i avsnitt 46. Her uttaler EMD at det er ”the national authorities” som er bedre plassert, uten å utpeke domstolene særskilt. På bakgrunn av det som sies videre i samme avsnitt om at ”the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one”, er det tvert imot klart at skjønnsmarginen hovedsakelig innrømmes lovgivende myndigheter, ikke domstolene.

Den neste dommen, plenumsavgjørelsen Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt), gjaldt omlegging av en skatteordning for rederier, som ble anført å være i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97, eventuelt EMK P 1-1 alene eller sammenholdt med diskrimineringsforbudet i artikkel 14. Flertallet (6-5) mente skatteordningen var grunnlovsstridig, og gikk derfor ikke inn på forholdet til konvensjonen.²⁵⁰

Etter mindretallets syn gikk ordningen klar av både Grunnloven og EMK. Ved vurderingen av om skatteordningen utgjorde et proporsjonalt inngrep i rederienes eiendomsrett etter P1-1, viser Høyesterett flere ganger til statens vide skjønnsmargin på skatterettens område.²⁵¹ Anførselen om at skatteordningen var i strid med diskrimineringsforbudet i artikkel 14, ble avvist med henvisning til statenes skjønnsmargin:

”Staten har, som det fremgår av sitatet foran [fra EMDs dom *Burden mot Storbritannia*], en vid skjønnsmargin på dette området. Og jeg kan ikke se at denne vide skjønnsmarginen overskrides ved at rederier som allerede har nytt godt av 1996-ordningen i opptil 11 år, må

²⁴⁹ Nærmere omtale av EMDs kritikk i *Lindheim mot Norge* i punkt 2.3.5.

²⁵⁰ Rt. 2010 s. 143 avsnitt 174.

²⁵¹ Se særlig avsnitt 274 og 275.

innbetale deler av den latente skatten, mens rederier som ikke har opparbeidet seg noen tilsvarende skatteplikt, slipper å betale.”²⁵²

Dette er nok et eksempel på at Høyesterett har ment å avgrense lovgivers skjønnsmargin på samme måte som EMD ville gjort i en klagesak. Mindretallsvotumet er vanskelig å forene med Andenæs og Bjørges påstand om at ”Høyesterett er klar over at (...)skjønnsmarginen er et *ex post* fenomen som ikke står til disposisjon for nasjonale domstoler”.²⁵³

Det overordnede spørsmålet i Rt. 2011 s. 213 var om kjøper av et pantsatt varelager kunne kreve fradrag for inngående merverdiavgift, når det var klart at utgående merverdiavgift ikke ville bli betalt fordi selger var konkurs. Kjernen i saken var hvordan nasjonale rettskilder, merverdiavgiftsloven § 21, skulle tolkes. Høyesterett måtte imidlertid også ta stilling til en subsidiær anførsel om at det var i strid med EMK P1-1 å avskjære fradragsrett. Om dette uttalte Høyesterett følgende:

“...Det er derfor - slik jeg ser saken - tvilsomt om kravet fra Invex faller inn under eiendomsbegrepet, slik at artikkel 1 overhodet kommer til anvendelse.

Under enhver omstendighet kan det ikke bli tale om å konstatere krenkelse. Etter artikkel 1 annet avsnitt har statene en betydelig skjønnsmargin ved inndrivelse av skatter og avgifter. Invex har vist til ... saken «Bulves» AD mot Bulgaria (EMD-2003-3991) ... Vår sak ligger helt annerledes an, og jeg finner det klart at denne anførselen ikke kan føre frem.”

Det er vanskelig å forstå dette utsagnet på annen måte enn at Høyesterett har ment å innrømme samme skjønnsmargin som EMD ville ha gjort. En annen sak er at utsagnet om skjønnsmargin neppe har hatt reell betydning for sakens utfall, ettersom det ifølge Høyesterett var ”tvilsomt” om P1-1 overhodet kom til anvendelse. Det er grunn til å merke seg at Høyesterett ikke foretar noen forholdsmessighetsvurdering, det er alene argumentet om vid skjønnsmargin som begrunner resultatet. Som påpekt ovenfor, ved omtalen av Rt. 2002 s. 1271 (Green Peace), kan det være grunn til å reise spørsmål om et slikt argumentasjonsmønster er heldig.

3.3.3 Oppsummering av hovedlinjene i høyesterettspraksis før 2013

²⁵² Avsnitt 280

²⁵³ *Andenæs og Bjørge* s. 268.

Gjennomgangen ovenfor viser at Høyesterett også etter vedtakelsen av menneskerettsloven har lagt til grunn at lovgiver skal innrømmes samme skjønnsmargin som EMD ville tilstått staten. Rt. 1999 s. 961 er riktignok den eneste avgjørelsen der dette sies med rene ord. Det er imidlertid underforstått i de øvrige avgjørelsene, ofte ved at Høyesterett har uttalt at norske domstoler skal anvende samme metode som EMD, for så å fastlegge hvilken skjønnsmargin EMD ville tilstått på det aktuelle området.²⁵⁴

Det kan likevel reises spørsmål om det har skjedd mer indirekte endringer i måten Høyesterett har anvendt EMDs doktrine. Andenæs og Bjørge hevder det er forandringer å spore i rettspraksis etter Rt. 2004 s. 1737 (TV-Vest). Forfatterne påstår at Høyesterett nå ”er klar over (...) at skjønnsmarginen er et ex post fenomen som ikke står til disposisjon for nasjonale domstoler.”²⁵⁵

Etter mitt syn er det ikke dekning for dette postulatet. For det første har Høyesterett aldri gitt uttrykk for at skjønnsmarginen ikke står til norske domstolers disposisjon, selv om mindretallsvotumet i Rt. 2004 s. 1737 (TV-Vest) har gitt en oppfordring til å uttale seg om problemstillingen. For det andre foreligger det også avgjørelser etter 2004 hvor Høyesterett har kommet til et resultat i statens favør som følge av støtte i nasjonal skjønnsmargin. Det klareste eksempelet er Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern), hvor Høyesteretts begrunnelse i all hovedsak består av sitater om at skjønnsmarginen må være vid på det aktuelle området. Som påpekt ovenfor synes skjønnsmarginen også å ha hatt reell betydning for mindretallets konklusjon i Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt), da fem dommere fant at skatteordningen var forenelig med EMK. Det er ikke opplagt at flertallet, som ikke tok stilling til EMK-problemstillingen, var uenige på dette punkt.

En annen sak er at det finnes visse holdepunkter for å hevde at EMDs skjønnsmarginisdoktrine har fått en noe nedtonet betydning i Høyesteretts praksis siden 2004. Omfanget av skjønnsmarginen var alene avgjørende for resultatet i Rt. 2002 s. 1271 (Green Peace), og langt på vei også for resultatet i Rt. 2004 s. 1737 (TV-Vest). Siden den gang har Høyesterett i flere avgjørelser foretatt noe grundigere proporsjonalitetsvurderinger, også på områder der EMD tilstår en vid skjønnsmargin, se særlig i Rt. 2006 s. 262 og Rt. 2006 s. 1665 omtalt ovenfor.

²⁵⁴ Se for eksempel Rt. 2001 s. 1006 (KRL-faget), Rt. 2003 s. 593 (Valebrokk-kjennelsen) og Rt. 2004 s.510.

²⁵⁵ *Andenæs og Bjørge* s. 285.

Samtidig er ikke bildet entydig. Dels fordi det er eksempler på slike grundige proporsjonalitetsvurderinger forut for Rt. 2004 s. 1737, slik som Rt. 2004 s.1723. Dels fordi det er tilfeller av helt overfladiske proporsjonalitetsvurderinger i tiden etter 2004, slik som i Rt.2007-1281 (Øvre Ullern) og Rt. 2011 s. 213.

Samlet sett synes er det ikke grunnlag for mer bastante konklusjoner enn at Høyesteretts argumentasjonsmønster ikke er ensartet; i enkelte saker er det grundige proporsjonalitetsvurderinger som utgjør det sentrale elementet av begrunnelsen, i andre saker er det argumenter om skjønnsmarginens rekkevidde som er det sentrale.

Det som derimot er klart, er at Høyesterett konsekvent har lagt til grunn at norske domstoler skal anvende samme skjønnsmargin som EMD. Spørsmålet er om Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote) innebærer endringer.

3.4 Rt. 2013 s. 1345 – en kursendring?

3.4.1 Innledende bemerkninger

Plenumsdommen Rt. 2013 s. 1345 gjaldt spørsmålet om innføringen av en tidsbegrensning på 25 år for fartøyer som var tildelt tidsubegrensede strukturkvoter, var i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 eller vernet om eiendom etter EMK P1-1.

I dommen var det dissens om både grunnlovsspørsmålet og forholdet til EMK, og Høyesterett delte seg i tre fraksjoner. Et knapt flertall (9-8) konkluderte med at forskriften som innførte tidsbegrensning verken var i strid med Grunnloven eller EMK. Av mindretallet var det fem av dommere som mente forskriften brøt med Grunnloven, uten å ta stilling til anførselen om konvensjonsstrid. De øvrige tre dommerne, med tredjevoterende dommer Skoghøy som talsmann, ga sin tilslutning til resultatet og begrunnelsen for at forskriften var i strid med Grunnloven, men mente det var ”ønskelig også å ta standpunkt” til om det forelå brudd på P1-1. Konklusjonen her var konvensjonsstrid.

Det som har interesse for denne avhandlingen, er dommer Skoghøys utsagn om hvor tilbakeholden norske domstoler skal være ved proporsjonalitetsvurderingen etter P1-1. Nedenfor presenteres først innholdet i dette votumet (punkt 3.4.2), deretter drøftes betydningen av at flertallet *ikke* uttalte seg om norske domstolers prøvingsintensitet (punkt

3.4.3). Til slutt kommenteres betydningen av at dommer Skoghøys utsagn om domstolskontroll etter EMK ikke var nødvendig for det resultatet.

3.4.2 Tredjevoterendes syn på norske domstolars prøvingsintensitet

På slutten av sitt votum, avsnitt 257-259, gir tredjevoterende uttrykk for hvilken prøvingsintensitet norske domstoler skal utøve. Etter å ha påpekt at EMD innrømmer nasjonale myndigheter en skjønnsmargin ved proporsjonalitetsvurderingen etter P1-1, skriver dommer Skoghøy at denne skjønnsmarginen ikke kan overføres til forholdet mellom nasjonale organer:

“Begrunnelsen for skjønnsmarginen er at nasjonale myndigheter som oftest vil være bedre egnet enn EMD til å vurdere nødvendigheten av inngrepet fordi nasjonale myndigheter har større innsikt i særlige forhold som måtte gjøre seg gjeldende i det enkelte land. Mellom nasjonale lovgivere og domstoler eksisterer det ikke noen tilsvarende avstand. Som fremholdt av EMD i storkammerdom 19. februar 2009 i saken *A og andre mot Storbritannia* avsnitt 184, kan derfor skjønnsmarginen etter EMK ikke overføres til forholdet mellom nasjonale organer.”²⁵⁶

Her kan det innvendes at dommer Skoghøy går for langt i å antyde at begrunnelsen for skjønnsmarginen ikke har gyldighet i forholdet mellom nasjonale domstoler og lovgiver. EMDs tilbakeholdenhet er ikke alene begrunnet med at nasjonale myndigheter har ”større innsikt” i lokale forhold, men også andre hensyn, som respekt for beslutninger med demokratisk legitimitet.²⁵⁷ Dette vil òg gjelde i forholdet mellom norske domstoler og lovgiver. Det er likevel vanskelig å være uenig i kjernen av det som uttales; *A mfl. mot Storbritannia* viser at skjønnsmarginen ikke kan overføres til forholdet mellom nasjonale organer.²⁵⁸

Videre slo dommer Skoghøy fast at konvensjonen ikke forhindret nasjonale domstoler fra å legge vekt på lovgiverens proporsjonalitetsvurdering.²⁵⁹ Han understreket samtidig at det ”fullt ut” var *nasjonale regler* som var avgjørende for om domstolene skulle utvise tilbakeholdenhet. Om de norske reglene ble følgende uttalt:

²⁵⁶ Rt. 2013 s. 1345 avsnitt 257

²⁵⁷ Se punkt 2.2.5 ovenfor.

²⁵⁸ Jf. punkt 2.4.2 om forståelsen av *A mfl. mot Storbritannia*.

²⁵⁹ Rt. 2013 s. 1345 avsnitt 258.

“Etter min oppfatning taler gode grunner for at norske domstoler ved proporsjonalitetsvurderingen etter protokoll 1 artikkel 1 normalt bør være noe tilbakeholdne med å overprøve Stortingets og regjeringens prioriteringer av politisk karakter. I vår sak er det imidlertid ikke tale om å overprøve Stortingets og regjeringens politiske prioriteringer, men spørsmål om hvilke krav som skal stilles til myndighetenes opptreden overfor borgerne, og hvordan politiske målsetninger skal avveies mot borgernes rettssikkerhet. Ved avgjørelsen av slike spørsmål er det liten grunn til å innrømme politiske myndigheter noe særlig spillerom for skjønn.”²⁶⁰

Det er naturlig å lese dette slik at norske domstolers prøvingsintensitet ikke skal avgjøres etter samme momenter som bestemmer EMDs skjønnsmargin. Etter norsk rett skal hovedregelen (“normalt”) være at norske domstoler er ”noe tilbakeholdne” med å overprøve spørsmål av politisk karakter etter P 1-1. Dette utgangspunktet om tilbakeholdenhet forbeholdes avveininger av ”politisk karakter”. Vurderingstemaets karakter fremstår altså som helt sentralt moment for å avgjøre norske domstolers prøvingsintensitet. Tredjevoterende konkluderer likevel med at det var ”liten grunn til å innrømme politiske myndigheter noe særlig spillerom for skjønn”, selv om EMD viser tilbakeholdenhet i disse sakene. Konvensjonen kunne med andre ord håndheves mer intensivt enn hva EMD ville gjort. Dette fremstår som et veloverveid og godt begrunnet standpunkttagen til et prinsipielt rettsspørsmål.

Prejudikatsvirkningen av en dom knytter seg imidlertid til flertallets begrunnelse og standpunkt.²⁶¹ Det er derfor ikke tvilsomt at dommer Skoghøys utsagn om prøvingsintensitet ikke har selvstendig rettskildemessig vekt. Spørsmålet er om mindretallets rettsoppfatning likevel kan være uttrykk for gjeldende rett på grunnlag av overbevisningskraften i de argumentene som fremholdes, eller om flertallet må forstås slik at det er endelig avgjort at norske domstoler skal utøve samme prøvingsintensitet som EMD ville ha gjort i en etterfølgende klagesak. Denne problemstillingen drøftes i neste avsnitt.

3.4.3 Er tredjevoterendes rettsoppfatning avvist av flertallet?

²⁶⁰ Rt. 2013 s. 1345 avsnitt 259.

²⁶¹ I denne sammenheng er det ikke nødvendig å problematisere hva som ligger i begrepet ”prejudikat”. Om dette, se Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 (heretter *Nygaard*) s. 75-76.

Rettspørsmål som blir avgjort av Høyesterett i plenum anses i praksis som bindende, både for andre domstoler og for Høyesterett selv i senere saker.²⁶² Dette gjelder selv om avgjørelsen treffes med knappst mulig flertall.²⁶³ Av den grunn er det nødvendig å avklare hvilke rettsspørsmål flertallet har tatt standpunkt til, og hva standpunktene går ut på. Spørsmålet er om tredjevoterendes rettsoppfatning om at norske domstoler ikke skulle anvende skjønnsmarginen må anses avvist av flertallet, og om i så fall om flertallets standpunkt har rekkevidde utover den aktuelle saken.

Førstvoterende dommer Tønder var talsmann for flertallet på 9 dommere. Han har verken uttrykkelig tatt avstand fra tredjevoterendes utsagn om overprøving av lovgivers proporsjonalitetsvurdering etter P1-1, eller sagt seg enig.

Fra denne tausheten kan det likevel ikke slutes at førstvoterendes har unnlatt å ta standpunkt til problemstillingen. I norsk rett er det ikke tradisjon for at ulike fraksjoner i Høyesterett alltid imøtegår hverandres standpunkter til rettsspørsmål eksplisitt, ikke sjelden gjøres dette mer indirekte. Rt. 2004 s. 1737(TV-Vest) er illustrerende. Her hadde mindretallet reist spørsmål om den skjønnsmargin som norske domstoler burde tilstå lovgiver skulle utformes og avgrenses på samme måte som EMDs skjønnsmargin doktrine. Dette ble ikke kommentert av flertallet. Gjennom argumentasjonen fremgår det likevel tydelig at flertallet tok standpunkt; norske domstoler skulle innrømme Stortinget tilsvarende skjønnsmargin som EMD ville gjort i en etterfølgende klagesak.²⁶⁴

Det er vanskelig å forstå dommer Tønders flertallsvotum som en slik indirekte imøtegåelse. Votumet inneholder ingen bemerkninger om ”skjønnsmargin”, ”prøvingsintensitet”, ”tilbakeholdenhet”, ”varsomhet med å overprøve” eller lignende.²⁶⁵ Videre er det ingen sitater fra EMD-praksis om skjønnsmargin eller tilbakeholdenhet, til tross for at EMD utvilsomt tilstår en skjønnsmargin ved eiendomsinngrep.²⁶⁶ Normalt er marginen ”vid”.²⁶⁷ Dette kan

²⁶² Jens E. A. Skoghøy, ”Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse” i *Nybrott og odling – festskrift til Nils Nygaard*, Bergen 2002 s. 323-343 (heretter *Skoghøy 2002 III*) på s. 329.

²⁶³ *Skoghøy 2002 III* s. 341.

²⁶⁴ Rt. 2004 s. 1737 er omtalt ovenfor i punkt 3.3.2.

²⁶⁵ Dette er neppe tilfeldig, ettersom staten ved Regjeringsadvokaten ikke hadde anført at Høyesterett skulle vise tilbakeholdenhet i prøvingen. Marius Emberland, som prosederte EMK-spørsmålet for staten, har bekreftet at skjønnsmargin og prøvingsintensitet heller ikke ble tatt opp som tema under forhandlingene i Høyesterett.

²⁶⁶ *Solheim 2010* s. 82.

²⁶⁷ *Borvik* s. 585: ”At EMD fram til no har gjeve konvensjonsstatane ein vid skjønnsmargin i saker om inngrep i eiedomsretten, er velkjent.” En ”vid” skjønnsmargin ble for øvrig innrømmet i de fleste avgjørelsene førstvoterende henviser til, se *Sporrong og Lönnroth* avsnitt 69, *Fredin* avsnitt 51, *Lindheim* avsnitt 96, *Pressos Compania Naviera S.A. mfl.* avsnitt 37 og *Draon* avsnitt 76.

forstås slik at førstvoterende ikke ønsker å ta stilling til den problemstillingen mindretallet reiser.

På den annen side er det forskjell på første- og tredjevoterendes forholdsmessighetsdrøftelse, som viser at fraksjonene ikke har hatt sammenfallende syn på prøvingsintensiteten. Tredjevoterende dommer Skoghøy drøfter inngrepets proporsjonalitet uten noen henvisninger til EMD-avgjørelser. Drøftelsen består utelukkende av selvstendige vurderinger av tidsbegrensningens samfunnsmessige fordeler og byrdefylle virkninger overfor individet, med unntak av tre avsnitt om prøvingsintensitet.²⁶⁸

Sammenligning med EMD-praksis utgjør derimot en sentral del dommer Tønders proporsjonalitetsdrøftelse. I avsnitt 152 viser han til *Fredin mot Sverige* og *Lindheim mot Norge* for å understreke betydningen av ett moment (hvorvidt det gis en særskilt overgangsordning eller kompensasjon). I de neste avsnittene benyttes *Pine Valley Developments Ltd. mfl. mot Irland* for å vise hvilken vekt som skal legges på to andre momenter.²⁶⁹ Deretter følger ytterligere to lange avsnitt hvor saksforholdet sammenlignes med EMD-avgjørelser påberopt av den private parten.²⁷⁰

Denne forskjellen i argumentasjonsmønster behøver ikke bety at dommerne har hatt ulikt syn på prøvingsintensitet. Forskjellen kan et stykke på vei forklares med at Tønder allerede hadde redegjort for sitt syn på hvilke fordeler og byrder forskriftsendringen medførte under grunnlovsvurderingen. Ved forholdsmessighetsdrøftelsen etter EMK P1-1 kunne han derfor hen vise til dette, uten å måtte gjenta alle detaljer.²⁷¹

Kjernen er likevel at dommer Tønder gjennomgående støtter seg til *EMDs* vektning av ulike momenter, mens dommer Skoghøy foretar en helt selvstendig avveiing. Å anse *EMDs* vektning som retningsgivende, er nærliggende, dersom forutsetningen er å utøve samme prøvingsintensitet som EMD. Med Skoghøys utgangspunkt om at norske domstoler i denne saken kunne gå lenger enn EMD i prøvingen, er det derimot mindre grunn til å anse vektningen i Strasbourg som avgjørende.

²⁶⁸ Tredjevoterendes drøftelse av forholdsmessighet begynner i avsnitt 242 og avsluttes med 260.

²⁶⁹ Avsnitt 153 om betydningen av at klager drev en risikofylt virksomhet, og 154 om vektlegging av at den private part måtte forstå at det var nærliggende mulighet for at planen ikke kunne gjennomføres.

²⁷⁰ Avsnitt 155-156

²⁷¹ Se avsnitt 149: "Innledningsvis viser jeg til de momentene som i denne forbindelse er redegjort for under grunnlovsvurderingen. De gjør seg gjeldende med styrke også ved forholdsmessighetsvurderingen etter EMK P 1-1. Ut over dette vil jeg tilføye..."

Etter dette må flertallet forstås slik at de avviser at norske domstoler skulle foretar en mer intensiv overprøving enn det EMD ville ha gjort i en klagesak. Siden dommer Tønder verken nevner skjønnsmarginen eller uttaler seg om tilbakeholdenhet, til tross for at denne er av betydning når EMD vurderer om eiendomsinngrep er forholdsmessig, er det likevel vanskelig å forstå flertallsvotumet som en prinsipiell avklaring som en gang for alle avgjør at den nasjonale domstolsprøvingen skal være tilsvarende som den internasjonale. Flertallets taushet om problemstillingen mindretallet tar opp, kan snarere anses å åpne for revurdering neste gang spørsmålet skulle komme på spissen.²⁷²

At førstvoterende ikke formulerte sitt votum som en prinsipiell stillingtaken til om det var grunn til å fravike tidligere rettsoppfatning om bruk av skjønnsmarginen er for øvrig naturlig. For ingen av partene hadde omtalt denne problemstillingen i sine prosedyrer. Staten hadde ikke anført at domstolene skulle anvende skjønnsmargin eller på annen måte utvise tilbakeholdenhet. Ingen av disposisjonene som saksøker og staten delte ut til høyesterettsdommerne inneholdt punkter om prøvingsintensitet ved eiendomsinngrep etter P1-1.²⁷³ Marius Emberland (som var rettslig medhjelper for staten og prosederte EMK-spørsmålet) har bekreftet at dette heller ikke var et tema som ble tatt opp under den muntlige forhandlingen i Høyesterett. Den sentrale rettskilden for spørsmålet om nasjonal EMK-prøving, *A. mfl. mot Storbritannia*, var for øvrig ikke inntatt i felles juridisk utdrag.

3.4.4 Kort om betydningen av at utsagnet var et *obiter dictum*

Siden tredjevoterendes rettsoppfatning om norske domstolers prøvingsintensitet må anses avvist av flertallet, har ikke votumet noen selvstendig rettskildemessig vekt. Ettersom det kan være at andre vil vurdere dette annerledes enn meg, vil jeg likevel kort omtale betydningen av Skoghøys uttalelser om prøvingsintensitet gjaldt et annet rettsspørsmål enn det tredjevoterende bygget sin avgjørelse på – et *obiter dictum*²⁷⁴.

Ifølge Jakhelln er det ikke grunn til å legge vekt på *obiter dictum*.²⁷⁵ Eckhoff skriver at uttalelser som ikke har vært nødvendige for å begrunne resultatet ”kan bli tillagt en viss vekt”

²⁷² Jens E. A. Skoghøy har i ”Den nødvendige dissens”, *Jussens Venner* 2014 s. 162-183 (*Skoghøy 2014*) drøftet hvorfor høyesterettsdommere dissenterer. En grunn er at en dissens kan føre til at Høyesterett senere endrer standpunkt, se artikkelens s. 176. I Rt. 2013 s. 1345 var dommer Skoghøy enig med andrevoterende i at forskriften var grunnlovstridig. Likevel fant han det ”ønskelig” å ta standpunkt til EMK-spørsmålet. Det kan nok spørres om hensikten med dissensen nettopp var å legge til rette for fremtidig ”omkamp” om dette spørsmålet.

²⁷³ En stor takk til Marius Emberland hos Regjeringsadvokaten, både for å ha gitt meg innsyn i prosessdokumentene i saken, for å ha tatt seg tid til å diskutere dommen og for mange gode innspill.

²⁷⁴ Gunnar Aasland, ”Argumentasjonsmønsteret i nyere høyesterettspraksis”, *Lov og Rett* 2006 s. 387-397 (*Aasland 2006*) på s. 392.

²⁷⁵ Henning Jakhelln, 1998, ”*Obiter Dicta* – nei takk!”, *Lov og Rett* 1998 s. 129-130.

uten å si noe mer presist om vektingen.²⁷⁶ Nygaard er minst like uklar.²⁷⁷ Skoghøy er tydeligere. Han mener det ikke er grunn til å anse *obiter dicta* som rettskildemessig mindreverdige, såfremt rettsspørsmålet har vært grundig prosedert og drøftet.²⁷⁸

Tredjevoterendes utsagn om hvor inngående norske domstoler skal overprøve lovgivers proporsjonalitetsvurdering etter EMK P1-1, er utvilsomt ingen slengbemerkning, det fremstår tvert imot som veloverveide synspunkter.²⁷⁹

Spørsmålet han uttaler seg om hadde imidlertid ikke vært grundig prosedert av partene. Problemstillingen hadde overhodet ikke vært omtalt, verken i prosesskriv, under prosessfullmektigenes prosedyre eller ved den muntlige spørsmål fra Høyesterett.²⁸⁰ Det kan for øvrig innvendes at drøftelsen også er noe knapp, idet dommer Skoghøy blant annet unnlater å drøfte betydningen av at hans votum bryter med det som konsekvent har vært lagt til grunn i tidligere høyesterettspraksis.

Det er altså ingen tvil om at det tredjevoterende uttaler om nasjonal prøvingsintensitet ikke har selvstendig rettskildemessig vekt, både fordi det er et mindretallsvotum, og fordi utsagnet er et *obiter dictum*.

3.4.5 Høyesterett etter Rt. 2013 s. 1345

Omtrent ett år har gått siden Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote) ble avsagt. Hva har Høyesterett uttalt om skjønnsmargin etter plenumsdommen? Etter hva jeg kan se, er det avsagt én dom som berører temaet.

Rt. 2013 s. 1689 gjaldt krav om erstatning for psykisk skade fra en mor som fødte et barn med downs syndrom. Partene var enige om at det forelå svikt ved helsehjelpen ved at kvinnen ikke hadde fått tilbud om fostervannsdagnostikk, jf. pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a. Hovedspørsmålet var om et tap med så nær tilknytning til barnefødsel hadde erstatningsrettslig vern. Etter å ha konkludert med at slike krav ikke hadde vern etter norsk rett, måtte Høyesterett ta stilling til om nektelse av å foreta fostervannsprøve utgjorde en

²⁷⁶ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan Helgesen, Oslo 2001, s. 172

²⁷⁷ Nygaard s. 78 skriver at *obiter dicta* "kan ha prejudikatsverdi."

²⁷⁸ Skoghøy 2002 III s. 338. Også Gunnar Aasland, "Noen betraktninger om rettskildespørsmål i høyesteretts praksis", *Jussens Venner* 2000 s. 157-179 antyder at velbegrunnede *obiter dicta* må tillegges stor vekt, s. 170.

²⁷⁹ Skoghøy har tidligere skrevet to artikler om temaet, *Skoghøy 2011 I* og *Skoghøy 2012*.

²⁸⁰ Jf. punkt 3.4.3 ovenfor.

krenkelse av EMK artikkel 3 eller artikkel 8 om rett til respekt for privatliv og familieliv. Det var dissens (3-2) i dommen, men enighet om forholdet til EMK.²⁸¹

Erstatningssøkerens argumentasjon var særlig knyttet til EMD-avgjørelsen *R.R. mot Polen*, der det ble konstatert krenkelse av både artikkel 3 og artikkel 8. Om dette bemerket Høyesterett at saksforholdet på mange måter var forskjellig.²⁸² Deretter uttales følgende:

“I denne forbindelse viser jeg også til menneskerettsdomstolens dom 6. oktober 2005 i saken *Draon mot Frankrike*. Domstolen slår der fast at statene på et område som dette nyter «a wide margin of appreciation». Jeg konkluderer på denne bakgrunn med at det ikke foreligger noen krenkelse av EMK.”²⁸³

Høyesterett bygget altså sin konklusjon på at saksforholdet var forskjellig fra den påberopte dommen, og at statene hadde en vid skjønnsmargin på det aktuelle området. Med andre ord har Høyesterett ikke ment å gå lenger i sin prøving enn det EMD ville ha gjort. Det er for øvrig grunn til å merke seg at ingen av de tre dommerne som tok dissens i Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote), deltok i denne avgjørelsen.

Rt. 2014 s. 152 inneholder også en anførsel om skjønnsmargin. Saken gjaldt en ambulansesjåfør som hadde saksøkt Dagbladet med krav om oppreisning for ærekrenkende avisartikler om diskriminerende pasientbehandling. Ved spørsmålet om oppreisning var strid med artikkel 10, anførte ankemotparten at konvensjonsstatene hadde en skjønnsmargin ved avveiningen mellom personvern og ytringsfriheten, og at lagmannsrettens dom lå innenfor denne marginen.²⁸⁴ Anførselen er ikke kommentert, men både flertallet og mindretallet foretar en selvstendig vurdering av EMK uten å vise noen tilbakeholdenhet med å tilsidesette lagmannsrettens dom. Min oppfatning er for øvrig at anførselen er klart uholdbar. Det er vanskelig å se hensyn som tilsier at en overordnet nasjonal domstol skal være tilbakeholden med å overprøve underinstansens vurdering av EMK-spørsmål, hvis saken først tas inn til behandling.²⁸⁵

3.5 Hva er gjeldende rett i dag?

3.5.1 Konklusjon

²⁸¹ Rt. 2013 s. 1689 avsnitt 53.

²⁸² Rt. 2013 s. 1689 avsnitt 43.

²⁸³ Rt. 2013 s. 1689 avsnitt 44.

²⁸⁴ Rt. 2014 s. 152 avsnitt 91.

²⁸⁵ Jf. også *Sørensen 2004* fotnote 6.

Hva er gjeldende rett når norske domstoler skal prøve om en lov utgjør et forholdsmessig inngrep i en EMK-rettighet? Det som er gjeldende rett ut ifra Høyesteretts praksis, med Rt. 2013 s. 1345 som siste klare eksempel, er at norske domstoler må foreta grundige forholdsmessighetsvurderinger. Høyesterett har gått bort ifra det argumentasjonsmønsteret som blant annet Rt. 2002 s. 1271 (Green Peace), Rt. 2004 s. 1737 (TV-Vest) og Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern) bygger på, der proporsjonalitetsdrøftelsen i all hovedsak består av argumenter om hvilken skjønnsmargin EMD ville ha tilstått.

Dette er en fornuftig løsning. Ved å foreta grundige forholdsmessighetsvurderinger bidrar norske domstoler til å sikre at konvensjonens etterleves på nasjonalt nivå. På den måten tar Norge sitt primæransvar på alvor, slik konvensjonen forutsetter. En grundig forholdsmessighetsvurdering fra en norsk domstol, som støtter opp om lovgivers syn, vil dessuten styrke den norske statens muligheter for å vinne frem i en eventuell klagesak i Strasbourg. Med andre ord er det også av hensyn til lovgiver selv en fordel at norske domstoler foretar en inngående proporsjonalitetsdrøftelse.²⁸⁶

Et annet spørsmål er om norske domstoler kan håndheve konvensjonens proporsjonalitetskrav mer intensivt enn EMD ville gjort. Her er det vanskelig å beskrive gjeldende rett, dels fordi det synes å være prinsipielt ulike oppfatninger blant høyesterettsdommerne,²⁸⁷ dels fordi det har vært en viss utvikling i rettspraksis. Tidlig på 2000-tallet var det en klar oppfatning i Høyesterett. Skjønnsmarginen skulle anvendes dersom det ville lede til at lovgivers ”verdiprioriteringer” kunne opprettholdes. I 2004 ble det for første gang reist spørsmål om den nasjonale prøvingen burde være mer intensiv enn EMDs prøving, av et mindretall i Rt. 2004 s. 1737 (TV-Vest). Ni år senere ble dette lagt til grunn av et annet mindretall. I Rt. 2013 s. 1345 (Strukturvote) mente tre dommere at det var liten grunn til å være tilbakeholden med å overprøve lovgiver, selv om EMD ville tilstått en viss skjønnsmargin.

De lege ferenda har mindretallets synspunkter i denne dommen gode grunner for seg, dels fordi EMD har uttalt at skjønnsmarginen ikke kan ha samme anvendelse for nasjonale

²⁸⁶ Jf. punkt 2.4.3.

²⁸⁷ Det kan ikke utelukkes at rettens sammensetning vil kunne ha betydning for Høyesteretts standpunkt neste gang spørsmål kommer opp, slik også *Stabell 2002* s. 831 antyder. At rettens sammensetning kan ha betydning, illustreres av Rt. 2012 s. 667, som også gjaldt domstolsprøving og forholdet til EMK. Her mente flertallet (4-1) at domstolene hadde kompetanse til å trekke inn etterfølgende forhold ved prøving av utvisningsvedtak, med ulike begrunnelser. Flertallets oppfatning ble kort tid senere fraveket i plenum, se Rt. 2012 s. 1985. Tre av dommerne som utgjorde flertallet i den første saken, var her i mindretall (Skoghøy, Bårdsen og Falkanger). Dette er for øvrig de samme tre dommerne som i Rt. 2013 s. 1345 la til grunn at norske domstoler ikke skal praktisere samme skjønnsmargin som EMD. Betydningen av Høyesteretts sammensetning drøftes ikke nærmere.

domstoler som for EMD, dels fordi norske domstoler ikke bør misbruke subsidiaritetsprinsippet. Særlig der EMDs tilbakeholdenhet hovedsakelig hviler på manglende innsikt i faktiske omstendigheter, ikke respekt for demokratisk legitimitet, er det liten grunn til at norske domstoler er like forsiktig i prøvingen som EMD ville vært.

De lege lata er det likevel problematisk å hevde at mindretallets standpunkt er gjeldende rett.²⁸⁸ Høyesterett har i flere plenumsavgjørelser uttalt at norske domstoler må ”kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer” innenfor den metode som anvendes av EMD. Selv om dette sist gang ble uttalt i 2008,²⁸⁹ har Høyesterett konsekvent utvist en like tilbakeholden prøving som EMD antas å ville ha gjort, senest i Rt. 2013 s.1345 (Strukturvote) og Rt. 2013 s. 1689.

Samtidig er det ikke grunnlag for å forstå flertallet i Rt. 2013 s. 1345 (Strukturvote) slik at Høyesterett i plenum ugjenkallelig har avvist at den nasjonale prøvingen kan gå lenger enn den overnasjonale prøvingen i Strasbourg. Som det vil fremgå av punkt 3.6 bør Høyesterett endre kurs.

3.5.2 En ekskurs: har lovgivers syn på forholdet til EMK noen betydning?

Som nevnt tidligere, ble det i plenumsavgjørelsen Rt. 2000 s.996 (Bøhler) lagt til grunn at norske domstoler kan bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer innenfor EMDs metode. Samtidig understreket Høyesterett at ”[d]ette gjelder særlig dersom den norske lovgiver har vurdert forholdet til EMK og lagt til grunn at det ikke foreligger motstrid”. På bakgrunn av denne uttalelsen kan det reises spørsmål om det er mindre rom for å bygge på ”norske verdiprioriteringer” dersom forholdet til EMD *ikke* har vært vurdert av lovgiver.

Ifølge Solheim har det ingen betydning for prøvingsintensiteten om lovgiver har vurdert forholdet til EMK eller ikke. Standpunktet begrunnes med henvisning til tre høyesterettsavgjørelser. Først nevner han Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern), hvor tomtefesteloven § 33 verken ble ansett grunnlovsstridig eller konvensjonsstridig. Ved grunnlovsspørsmålet ble det lagt vekt på at lovgiver hadde vurdert forholdet til Grunnloven. Fordi Høyesterett *ikke* tok opp spørsmålet om lovgiver hadde vurdert forholdet til

²⁸⁸ Motsatt *Sørensen 2014* s. 371 som skriver at oppfatningen til mindretallet ”nå uttrykker gjeldende rett”.

²⁸⁹ Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 74. *Andenæs og Kravik* har riktignok hevdet (trolig med rette) at ”norske verdiprioriteringer” ikke har utviklet seg til et tolkingsprinsipp som virker som en rettslig skranke mot EMK når det gjelder adgangen til å tolke dynamisk. Forfatterne uttaler seg imidlertid ikke om forholdet mellom ”norske verdiprioriteringer” og skjønnsmargin doktrinen, jf. deres avgrensning på s. 580 fotnote 3.

konvensjonen ved EMK-drøftelsen, mener Solheim at ”lovgivers syn på konvensjonstolkningen fremsto som irrelevant”.²⁹⁰

Det er vanskelig å følge denne slutningen. Det er først ”[n]år det oppstår *tvil* om rekkevidden av EMDs avgjørelser”, at det vil ha betydning om lovgiver har vurdert forholdet til EMK, jf. Rt. 2000 s. 996 (Bøhler-dommen).²⁹¹ Ifølge Høyesteretts konklusjon var det ”klart” at tomtfesteloven ikke var i strid med Norges folkerettslige forpliktelser (EMD var som kjent av en annen oppfatning).²⁹² Saken gjaldt altså ikke et tvilstilfelle hvor det var naturlig å nevne lovgivers vurdering.²⁹³ Da er det ikke grunnlag for å hevde at lovgivers syn ble ansett irrelevant, selv om det ikke ble nevnt.

Ifølge Solheim illustrer også Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt) at lovgivers vurdering av EMK er uten betydning. Her fremholdt mindretallet at lovgivers syn hadde en ”betydelig rolle” ved grunnlovsspørsmålet, mens det ikke ble nevnt om lovgiver hadde vurdert forholdet til P1-1 ved spørsmålet om skatteordningen var konvensjonsstridig. At mindretallet ikke nevnte betydningen av lovgivers syn på forholdet til EMK P1-1, *kan* tilsi at det ble ansett irrelevant. Det er likevel ikke grunnlag for å trekke klare slutninger fra en slik taushet. Dessuten var det tale om et mindretallsvotum.

Den tredje dommen Solheim viser til, er Rt. 2013 s. 1345 (Strukturvote). I denne saken ble lovgivers vurdering av forholdet til P1-1 ikke nevnt, verken av flertallet eller mindretallet. At Høyesterett var delt i synet på om konvensjonen var krenket, *kan* tilsi at saken utgjorde et grensetilfelle hvor det ville vært nærliggende å drøfte betydningen av om Stortinget hadde vurdert konvensjonsmessigheten.

På den annen side understreket flertallet at det ikke var *tvil* om resultatet etter Grunnloven. Derfor var det heller ikke ”grunn til å gå inn på betydningen av Stortingets syn på grunnlovsspørsmålet”.²⁹⁴ Med en slik konklusjon på forholdet til Grunnloven, er ikke opplagt at lovgivers syn på forholdet til EMK ble ansett irrelevant, selv om det ikke ble nevnt i drøftelsen av P1-1.

²⁹⁰ Solheim 2014 s. 36.

²⁹¹ Rt. 2000 s. 996 på .s.1007-1008.

²⁹² Rt. 2007 s. 1281 avsnitt 132. Saken var for øvrig ikke så ”klar” som Høyesterett ga uttrykk for, siden EMD konstaterte krenkelse av P1-1 i den sammenlignbare *Lindheim mot Norge*.

²⁹³ Tilsvarende gjelder ved grunnlovsprøving. Det er først når dommeren *er* i *tvil* om en loven er i samsvar med Grunnloven, at spørsmålet om Stortingets syn kommer på spissen, se Tverberg s. 265.

²⁹⁴ Rt. 2013 s. 1345 avsnitt 138.

Videre finnes det flere avgjørelser der Høyesterett fremhever at lovgiver har vurdert forholdet til EMK. Ved spørsmålet om forbudet mot TV-reklame var i strid med artikkel 10, uttalte flertallet i Rt. 2004 s. 1737 (TV-Vest):

”På dette området er det vesentlig at organer med demokratisk legitimitet gis en stor grad av skjønnsmargin ut fra sin vurdering av de nasjonale forhold. Stortingets hensiktsmessighetsskjønn bør legges til grunn med mindre - slik det sies i Kjuus-saken - det fremstår som ufundert eller saklig sett svakt på annen måte. *Til gjengjeld er denne begrensningen viktig...*”²⁹⁵ (Min utheving)

Her fremgår det at lovgivers vurdering har betydning for spørsmålet om en lov anses å være i strid med EMK eller ikke. Det er for øvrig interessant å merke seg at det er kvaliteten av hensiktsmessighetsskjønnet som fremheves, ikke Stortingets rettslige vurdering. Det kan spørres om det her vil være en forskjell til prinsippene for grunnlovsprøving, hvor det har stor betydning om lovgiver har anvendt korrekt rettslig prøvingstema.²⁹⁶ Se nærmere om dette nedenfor.

Også Rt. 2005 s. 833 inneholder utsagn som tilsier at lovgivers vurdering av konvensjonen ikke er irrelevant. Spørsmålet her var om straffeloven § 195 tredje ledd, om at villfarelse om alder ikke fritar for straff for seksuell omgang med barn under 14 år, var i strid med uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr.2. Høyesterett innledet drøftelsen slik:

”Jeg bemerker særskilt at forholdet mellom straffeloven § 195 tredje ledd og uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 ikke har vært vurdert i forbindelse med lovrevisjonene, heller ikke i forbindelse med arbeidet med ny straffelov. Dette leder meg over til forholdet til menneskerettighetene.”

Det er vanskelig å forstå hvorfor Høyesterett ”særskilt” ønsket å bemerke dette forholdet, dersom det var uten betydning.

Til slutt nevnes Rt. 2001 s. 1006 (KRL-faget). Her hadde staten anført at domstolene måtte utvise tilbakeholdenhet når Stortinget ”inngående har vurdert forholdet til Norges folkerettslige forpliktelser og foretatt verdiprioriteringer... jf. Rt.2000 s. 996.” Denne anførselen er ikke uttrykkelig kommentert, men førstvoterende ”viser forøvrig til Rt. 2000 s.

²⁹⁵ Rt. 2004 s. 1737 avsnitt 62.

²⁹⁶ Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt). Nærmere om kravet til Stortingets rettslige vurdering i *Solheim 2014* s. 15-19 og *Tverberg* s. 266-267.

996 på sidene 1007-1008”, hvor det fremgår at det særlig har betydning om lovgiver har vurdert forholdet til EMK.

Etter dette blir spørsmålet hvilke slutninger som kan trekkes fra Høyesteretts praksis? De tre dommene Solheim viser til, illustrerer at Stortingets syn på konvensjonsmessigheten har hatt en noe underordnet betydning for Høyesterett. Disse dommene kan likevel ikke tas til inntekt for at lovgivers vurdering er irrelevant. Dessuten er det utsagn i Rt. 2004 s. 1737 (TV-Vest) og Rt. 2005 s. 833 som uttrykkelig bekrefter at lovgivers vurdering har betydning. Dersom lovgivers syn på forholdet til EMK fremstår som svakt eller ufundert, kan det tale for å overprøve lovgiver, vel og merke i tvilstilfeller. Eller sagt med andre ord, da er det mindre rom for å bygge på norske verdiprioriteringer.

Et annet spørsmål er om dette er en god regel – de lege ferenda. Bør det legges selvstendig vekt på lovgivers egen vurdering av forholdet til EMK? Som påpekt i punkt 2.4.3 bør norske domstoler foreta selvstendige forholdsmessighetsvurderinger. Da er det i utgangspunktet mindre grunn til å rette oppmerksomheten mot lovgivers vurdering. Det er de motstående interessene i saken, individets interesser mot lovgivers behov for å handle, som er det sentrale.

Etter mitt syn bør kvaliteten av lovgivers vurdering likevel i tvilstilfeller ha en viss selvstendig betydning, forutsatt at det er tale om en type avveining hvor domstolene bør utvise tilbakeholdenhet. Tilnærmingen som britiske High Court og senere House of Lords valgte i *Animal Defenders*, kan tjene som eksempel til etterfølgelse i Norge. Ved spørsmålet om et forbud mot politisk fjernsynsreklame var en uforholdsmessig begrensning av ytringsfriheten, la de britiske dommerne betydelig vekt på Parlamentets vurdering av konvensjonsmessigheten. Dette dels fordi politiske myndigheter var *best egnet* til å vurdere hvordan man sikrer gode rammer for politisk debatt, men også fordi Parlamentet hadde foretatt en *grundig* vurdering av om loven fremsto som ”nødvendig”.²⁹⁷

Det kan nok være delte meninger om det i det hele tatt bør legges vekt på hva det politiske flertall mener om rekkevidden av ytringsfriheten i politiske spørsmål.²⁹⁸ Mitt anliggende er ikke å uttrykke noe syn på dette. Poenget mitt er at dersom man først godtar at *avveingens art* tilsier at domstolene bør være varsomme med å overprøve lovgiver, er det naturlig å vise

²⁹⁷ Se avgjørelsene i High Court 4. desember 2006 og House of Lords 12. mars 2008

²⁹⁸ Noe Rt. 2004 s. 1737 (TV-Vest) illustrerer. Ifølge *Skoghøy 2011 I* s. 190 må prøvingen her være intensiv.

større tilbakeholdenhet dersom lovgivers vurdering er grundig enn dersom den fremstår som ufundert. Det er flere grunner til dette.

For det første er det større grunn til å regne med at politiske myndigheters vurdering er ”riktig” dersom den bygger på grundige overveielser og debatt. For det andre legger også EMD vekt på lovgivers vurdering. For eksempel har fravær av ”substantive debate” i Parlamentet vært benyttet som argument for å utvise mindre tilbakeholdenhet, mens ”pertinent reviews” fra lovgiver har vært vektlagt i motsatt retning.²⁹⁹ Det er vanskelig å se hvorfor tilsvarende betraktninger ikke skal ha betydning for norske domstoler. For det tredje har kvaliteten av lovgivers vurdering betydning ved spørsmål om en lov er i strid med Grunnloven.³⁰⁰ Å vektlegge om lovgiver har vurdert forholdet til EMK er dermed også i samsvar med norske prinsipper for grunnlovsprøving.

Med dette mener jeg ikke at det skal oppstilles tilsvarende kvalitetskrav som det gjelder ved Grunnlovsprøvingen, hvor det er en forutsetning for å vektlegge Stortingets syn at lovgiver har anvendt en et riktig rettslig prøvingstema.³⁰¹ Det avgjørende bør ikke være om lovgiver har funnet alle relevante EMD-avgjørelser, fintolket disse for så å avgjøre hvor konvensjonens grenser går. Det sentrale bør være om lovgivningsprosessen viser at de motstående interessene har vært sett og vurdert, herunder om de samfunnsinteresser loven skal fremme kan oppnås på annen måte. Det er også dette EMD synes å forvente av lovgiver. I *Lindheim mot Norge* ble således Høyesterett kritisert for å ha oversett at grunneiers eiendomsvern var styrket gjennom senere EMD-praksis, mens kritikken mot lovgiver var at forarbeidene ikke viste at det var foretatt ”any specific assessment” om hvorvidt tomtefesteloven § 33 førte til en rimelig balanse mellom grunneier og fester.³⁰²

3.6 Veien videre

3.6.1 Innledning

²⁹⁹ Jf. punkt 2.3.5 og 2.5.2 ovenfor.

³⁰⁰ Se *Aall* s. 94-96. På grunnlag av Høyesteretts praksis de siste årene har riktignok flere reist spørsmål om læren om å vektlegge lovgivers syn på Grunnloven er modifisert, se *Tverberg* s. 256 og *Solheim 2014*.

³⁰¹ Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt) og *Solheim 2014* s. 15-19 og *Tverberg* s. 266-267.

³⁰² *Solheim* skriver riktignok at EMD her gikk for langt ved å kreve en spesifikk vurdering fra lovgiver, se *Solheim 2013* s. 302. Dette undergraver likevel poenget, at det er lovgivers balansering av de ulike interessene som EMD anser som det sentrale, ikke hvorvidt lovgiver har lagt til grunn et riktig rettslig prøvingstema.

Ovenfor trekkes den konklusjon at norske domstoler etter gjeldende rett ikke kan håndheve EMK strengere enn EMD ville ha gjort når det er spørsmål om en lov utgjør et utforholdsmessig inngrep i en konvensjonsbeskyttet rettighet. Nedenfor vil jeg argumentere for at Høyesterett bør fravike dette standpunktet neste gang problemstillingen kommer opp. Først drøftes Høyesteretts adgang til å endre kurs (punkt 3.6.2). Deretter argumenteres det for at norske domstoler ikke bør anvende samme skjønnsmargin som EMD (punkt 3.6.3). Avslutningsvis gjør jeg et forsøk på å beskrive mulige retningslinjer for norske domstolars prøving (punkt 3.6.4).

3.6.2 Om adgangen til å endre kurs – er Høyesterett bundet av sin egen praksis?

Når Høyesterett har lagt til grunn at norske domstoler ikke skal prøve mer intensivt enn EMD, skal det i utgangspunktet mye til for at denne rettsoppfatningen må vike. Særlig gjelder dette fordi standpunktet konsekvent har vært lagt til grunn i en lang rekke avgjørelser over tid. Problemstillingen her er om det må anses avgjort at norske domstoler ikke kan foreta en mer intensiv prøving enn det EMD ville ha gjort, eller om Høyesterett har anledning, eventuelt oppfordring, til på nytt å gå gjennom rettskildene for å ta stilling til hvilken prøvingsintensitet norske domstoler skal utøve vis-à-vis lovgiver. Dette vil bero på flere forhold.

For det første må det ses hen til hva slags rettsspørsmål det her er tale om. Borgerne vil i liten utstrekning innrette sin adferd ut ifra de regler som gjelder for domstolens prøvingsintensitet.³⁰³ Det samme gjelder, men ikke i like stor grad, for staten. Hensynet til forutsigbarhet, som normalt tilsier at Høyesterett følger sin tidligere praksis, gjør seg dermed ikke gjeldende med samme tyngde.³⁰⁴

Videre må adgangen til å fravike eldre rettspraksis ses i lys av rettsområde. I Rt. 2008 s. 1409 uttaler annenvoterende at det i saker som gjelder forståelsen av EMK er ”mindre betenkelig å fravike en tidligere høyesterettsavgjørelse(...) enn ellers”.³⁰⁵ Dette begrunnes med at Høyesteretts syn ikke er avgjørende for forståelsen av konvensjonen, slik at det alltid vil være

³⁰³ I Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 168 legger mindretallet vekt på tilsvarende betraktninger: ”[den tidligere dom] gjelder et rettsspørsmål der det ikke kan sees å være aktuelt å tilpasse seg den ene eller annen løsning.”

³⁰⁴ I samme retning *Vangsnæs* s. 151, der han skriver at ”[f]or prøvingsnormer har hensynet til forutberegnelighet en mer indirekte og avledet funksjon enn for materielle rettsregler.”

³⁰⁵ Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 171. Selv om dette utsagnet er gitt av et mindretall, fremgår det av flertallets premisser at det fraksjonene er uenige om, er hva som kunne utledes av EMK, ikke adgangen til å fravike tidligere den høyesterettsavgjørelsen.

mulighet for at Høyesterett må endre sin praksis som følge av nye EMD-avgjørelser.³⁰⁶

Høyesterett har også uttrykkelig fraveket sine egne utsagn om prøvingsintensitet ved spørsmål om inngrep er i samsvar med EMK.³⁰⁷ Dette taler med styrke for at den tidligere praksis ikke bør anses avgjørende.

Et ytterligere argument for at Høyesterett bør vurdere spørsmålet på nytt, er at standpunktet om at den nasjonale prøvingen skal være like tilbakeholden som i Strasbourg, ikke bygger på noen reell drøftelse, kun på en kort konstaterting, jf. punkt 3.3.1 og 3.3.2.

Etter dette kan ikke eldre rettpraksis anses som et hinder for at Høyesterett går igjennom rettskildene på nytt, for å avgjøre hvilken prøvingsintensitet norske domstoler skal utøve når det er spørsmål om en lov utgjør et forholdsmessig inngrep en av konvensjonens rettigheter.

3.6.3 Hvorfor norske domstoler ikke bør anvende EMDs skjønnsmargin doktrine

Som det fremgår av punkt 3.3 har Høyesterett aldri har begrunnet hvorfor norske domstoler skal utvise samme tilbakeholdenhet som EMD. Det er likevel nærliggende å anta at begrunnelsen i hovedsak er sammenfallende med det som har vært anført i teorien. Ifølge Oftedal Broch bør norske domstoler anvende samme skjønnsmargin som EMD der den leder til at norske verdiprioriteringer vil kunne opprettholdes. Begrunnelsen er at internasjonale traktater flytter makt fra lovgiver til domstolene. Han hevder maktforskyvningen gir ”en oppfordring til forsiktighet med å anvende konvensjonene lengre enn de rekker”.³⁰⁸ I samme retning er Borvik, som fremhever at en mer intensiv nasjonal domstolsprøving vil kunne føre til at norsk lovgivning tilsidesettes ”med tilvisning til konvensjonsplikter som ikkje finns”.³⁰⁹

Nedenfor vil det argumenteres for at norske domstoler ikke bør anvende skjønnsmarginen ved domstolskontroll med lovgiver, og at norske domstoler ikke uten videre bør utvise tilsvarende tilbakeholdenhet med å overprøve lovgivers prioriteringer som det EMD ville ha gjort i en klagesak.

³⁰⁶ Begrunnelsen er strengt tatt ikke helt sammenfallende, ettersom det er opp til nasjonal rett, ikke EMD, å avgjøre nasjonale domstolers prøvingsintensitet. Denne nyansen kan likevel ikke være relevant, fordi det er liten forskjell på om Høyesterett endrer prøvingsintensitet som følge av EMDs utsagn eller egen praksis.

³⁰⁷ Rt. 2004 s. 510 avsnitt 23, omtalt i punkt 3.3.2.

³⁰⁸ Oftedal Broch s. 279

³⁰⁹ Borvik s. 595. Han antyder likevel at norske domstoler i noen tilfeller kan foreta en mer inngående prøving enn EMD, se s. 539.

Én grunn er at EMD i enstemmig storkammer har uttalt at skjønnsmarginen er ment som er verktøy for å avgjøre forholdet mellom nasjonale myndigheter og en internasjonal domstol.³¹⁰ At doktrinen ikke er ment å anvendes nasjonalt er i seg selv et tungveiende argument mot at norske domstolars prøvingsintensitet skal avgjøres etter skjønnsmarginisdoktrinen.

For det andre innebærer ikke en mer intensiv nasjonal domstolsprøving at konvensjonen anvendes ”lenger enn den rekker”. Konsekvensen av at skjønnsmarginen ikke gjelder for nasjonal domstolsprøving er nettopp at EMK materielle rekkevidde vil kunne variere alt ettersom konvensjonen *tolkes av nasjonale myndigheter eller av EMD*. Som Skoghøy skriver i sin replikk til Borvik:

”Om nasjonale domstoler foretar en mer inngående proporsjonalitetsvurdering enn det EMD ville ha gjort, kan man ikke av den grunn si at nasjonale domstoler tilsidesetter nasjonal lovgivning på grunnlag av konvensjonsforpliktelser som ikke finnes. Ved en mer inngående proporsjonalitetsvurdering av rettighetsinngrep som nasjonale domstoler har de beste forutsetninger for å vurdere, vil de bare sørge for at de rettigheter som er sikret under konvensjonen, blir effektivt håndhevd i samsvar med de sosiale og kulturelle forhold i hver enkelt stat.”³¹¹

At det i finnes rettigheter under konvensjonen som en borger kan tilkjennes av sin nasjonale domstol, som vedkommende – på grunn av skjønnsmarginen – ikke ville blitt tilkjent i Strasbourg, synes også å være den mest utbredte oppfatningen i juridisk teori. Det vises her til Andenæs og Bjørge, Vangsnes, Sørensen og Christoffersen.³¹²

Med dette er det ikke sagt at norske domstoler alltid bør håndheve konvensjonen mer intensiv enn EMD. Poenget er at det ikke alene bør være avgjørende for norske domstolars prøving at EMD ville tilstått en vid skjønnsmargin.

Hvis EMDs skjønnsmarginisdoktrine ikke skal anses avgjørende for norsk domstolskontroll av lover, oppstår spørsmålet om hvilke retningslinjer norske domstoler skal forholde seg til.

Ifølge Skoghøy bør norske domstolars prøvingsintensitet utvikles ”på grunnlag av den samfunnsmessige rolle domstolene etter vår statskikk har”.³¹³ Skoghøy antyder at dette kan gå

³¹⁰ *A mfl. mot Storbritannia* avsnitt 184.

³¹¹ *Skoghøy 2012* s. 178.

³¹² *Andenæs og Bjørge* s. 280. *Vangsnes* s. 149, *Sørensen 2014* s. 371 og *Christoffersen 2009 II* s. 173.

³¹³ *Skoghøy 2012* s. 174 flg.

begge veier, enten slik at prøvingen er mer intensiv enn i EMD, eller mindre. På den ene siden bør lovgiver normalt innrømmes en ”betydelig skjønnsmargin” i utpreget politiske spørsmål, slik som ved eiendomsinngrep etter P1-1 og inngrep i retten til respekt for privatliv og familieliv etter artikkel 8. På den andre siden bør domstolen foreta en inngående prøving ved inngrep i retten til rettferdig rettergang, fordi domstolene har ”gode forutsetninger til å overprøve” om slike inngrep lar seg forvare.³¹⁴ Det er for øvrig slike synspunkter Skoghøys mindretallsvotum i Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote) synes å bygge på.

Det er ikke helt lett å forstå hvor *langt* Skoghøy mener at den nasjonale prøvingsintensiteten kan være ulik EMDs prøvingsintensitet. Når han skriver at det verken skaper problemer om skjønnsmarginen ved nasjonal prøving er videre enn i EMD, ei heller hvis den er snevrere, kan det forstås i retning av en ”fullstendig frikobling” fra innholdet i EMDs skjønnsmargin doktrine.³¹⁵

Eksemplene han bruker synes derimot ikke å være ”helt frikoblet” fra EMDs prøving. For det er typisk ved politisk pregede inngrep i artikkel 8 og P1-1 at EMDs skjønnsmargin hviler på respekten for lovgiver. Det er ofte her EMD fremhever at ”the role of the policy maker should be given a special weight”, noe som også tilsier at nasjonale domstoler viser varsomhet i overprøvingen.

Borvik tar nærmest det motsatte utgangspunkt av Skoghøy. Han skriver at han ikke vil ”avvise tanken om særlege retningslinjer for norske domstolars prøving”.³¹⁶ Det er nærliggende å forstå dette slik at norske domstoler i hvert fall som klar hovedregel bør utøve samme prøvingsintensitet som EMD. Begrunnelsen for dette synes å være at Norge risikere flere fellende dommer i Strasbourg hvis den nasjonale skjønnsmarginen er videre enn den internasjonale, og hvis den nasjonale prøvingen er mer intensiv vil det kunne medføre at lovgivning settes til side på grunn av konvensjonsforpliktelser ”som ikkje finst”. Samtidig antyder han selv et unntak ved artikkel 15. Her mener Borvik det er ”nokså klart” at nasjonale domstoler ikke kan innrømme lovgiver en like vid skjønnsmargin som EMD gjør.³¹⁷ Han forklarer imidlertid ikke nærmere hva som begrunner avvikende nasjonal prøvingsintensitet i slike saker.

Christoffersen uttaler seg ikke om norske forhold spesielt, men om nasjonale domstoler generelt. Hans oppfatning er at nasjonale domstoler bør utøve en prøving som veier opp for

³¹⁴ Skoghøy 2011 s. 190.

³¹⁵ Det er slik Borvik ser ut til å oppfatte Skoghøy, jf. Borvik s. 594.

³¹⁶ Borvik s.576.

³¹⁷ Borvik s. 594.

den betydningen subsidiaritetsprinsippet har hatt for EMDs prøving, selv om dette vil kunne innebære at de nasjonale domstolene går ”mærkbart videre end EMD”.³¹⁸ Dette har klare likhetstrekk med det synspunktet Skoghøy har forfektet. Tilsynelatende er det likevel en viss nyanse, ved at Christoffersen mener den nasjonale prøvingen må avgjøres ved å se hen til hva som er bakgrunnen for EMDs tilbakeholdenhet, mens Skoghøy mener de nasjonale prøvingsreglene må fastsettes på grunnlag av norsk rettstradisjon.

Personlig deler jeg langt på vei oppfatningen til Skoghøy og Christoffersen om at norske domstoler ikke uten videre bør innrømme lovgiver samme spillerom som EMD ville ha gjort. Min innvending mot Skoghøys tilnærming er imidlertid at han ikke gir særlig veiledning om hvordan den nasjonale prøvingsintensiteten skal fastsettes. Her er Christoffersen noe tydeligere, når han hevder at den nasjonale prøvingen bør ”opveje betydningen av subsidiaritetsprinsippet”. En annen sak er at dette kan være vanskelig å avgjøre hvor stor innflytelse subsidiaritetsprinsippet har hatt for EMDs avgjørelser. Dette omtales noe nærmere nedenfor.

3.6.4 Forsøk på å beskrive prøvingsvariabler

Som det fremgår ovenfor er min oppfatning at norske domstoler ikke uten videre bør innrømme lovgiver samme spillerom som EMD ville ha gjort. Jeg skal ikke forsøke å presentere noen modell for hvordan prøvingen bør gjennomføres, kun peke på enkelte variabler jeg mener bør ha en betydning.

For det første bør det ha betydning om EMDs skjønnsmargin er begrunnet i *respekt for lovgivers demokratiske legitimitet*, fordi dette hensynet har tilnærmet samme gyldighet for en nasjonal domstol som for EMD. Heller ikke nasjonale dommere er folkevalgte. I den utstrekning EMDs tilbakeholdenhet hviler på respekten for beslutninger med demokratisk legitimitet, bør også norske domstoler bør være varsomme med å tilsidesette lovgiverens skjønn. Dette gjelder første rekke ”in matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely”, jf. punkt 2.2.5 ovenfor. Dette vil blant annet være på områder som finans- og sosialpolitikk, miljøvern og i saker som gjelder forholdet mellom stat og religion, jf. samme punkt.

³¹⁸ Christoffersen 2009 II s. 173.

For det andre bør norske domstolers prøvingsintensitet ses i lys hvilket statsorgan EMD anser som best egnet til å foreta den aktuelle vurderingen.³¹⁹ For eksempel uttales det i *P4 Radio Hele Norge mot Norge* at staten har en vid skjønnsmargin når det tale om å begrense pressens frihet til direkteoverføringer fra rettssaker. EMDs begrunnelse var at "the national authorities, in particular the courts..." er bedre plassert til å foreta slike vurderinger. Det er liten grunn til at norske domstoler innrømmer lovgiver skjønnsfrihet i tilfeller som dette, hvor EMD utpeker domstolene som best egnet til å vurdere. Et annet eksempel på dette er *Gorzelik mfl. mot Polen*. Også i denne saken var det "in particular the national courts" som var adressaten for skjønnsmarginen.³²⁰

Som oftest utpeker imidlertid ikke EMD et bestemt myndighetsorgan som best plassert til å vurdere. Da bør norske domstoler konkret vurdere hvilken *ekspertise og kjennskap til lokale særegenheter* som lovgiver har sammenlignet med norske domstoler i det aktuelle spørsmålet. Hvis lovgiver har bedre forutsetninger for å vurdere spørsmålet, bør norske domstoler utvise en viss tilbakeholdenhet. Dette bør likevel begrunnes konkret, en henvisning til at EMD tilstår en skjønnsmargin er ikke tilfredsstillende.

Mer generelle retningslinjer er det vanskelig å gi, ettersom EMD benytter «better placed»-synspunktet i alt fra saker om moral og religion til eiendomsinngrep. Helt overordnet kan det likevel sies at norske dommere normalt er *bedre* plassert som EMD. Norske domstoler har for eksempel normalt noe bedre innsikt i norske verdioppfatninger enn dommerne i Strasbourg. I den forbindelse nevnes Rt. 1999 s. 203, som gjaldt erstatning for utgifter til oppfostring av et barn som følge av et mislykket steriliseringsinngrep. Dette spørsmålet avgjorde Høyesterett uavhengig av loven, på bakgrunn av et "verdivalg".³²¹

På ett område er det for øvrig tydelig at den norske prøvingen bør være mer inngående enn EMDs prøving. I Strasbourg tilstås statene en meget vid skjønnsmargin etter artikkel 15, både når det gjelder spørsmålet om det foreligger en nødtilstand som "truer nasjonens liv", og ved spørsmålet om de iverksatte derogasjonstiltakene går lenger enn "strengt nødvendig".

Bakgrunnen for dette er i første rekke at nasjonale myndigheter bedre plassert "by reason of their direct and continuous contact with the pressing needs at the moment."³²²

³¹⁹ Dette poenget er inspirert av *Sørensen 2014* s. 374.

³²⁰ *Gorzelik mfl. mot Polen* avsnitt 103

³²¹ Rt. 1999 s. 203 på s. 207

³²² Se blant annet *A mlf. mot Storbritannia* avsnitt 173

Tilbakeholdenheten bygger altså først og fremst på at en internasjonal domstol mangler forståelse for de faktiske forhold; det er *ikke* respekten for demokratiske beslutningsprosesser som er det sentrale.³²³ I motsetning til EMD, vil ikke norske domstoler være adskilt fra ”nøden” verken i tid eller sted. Norske dommere vil kjenne den historiske bakgrunnen for situasjonen, hvordan nøden påvirker den jevne mann og til dels hvordan situasjonen påvirker statsorganene.³²⁴ Norske domstoler vil derfor ha langt bedre forutsetninger for å vurdere faktum enn den internasjonale domstolen. Dette er også uttalt av EMD.³²⁵ På den bakgrunn bør norske domstoler på dette området foreta en mer inngående prøving av lovgivers enn det EMD ville ha gjort.³²⁶ Den internasjonale tilbakeholdenheten i slike saker forutsetter nettopp at dette.³²⁷

Til slutt understrekes det at konsekvensen av at norske domstoler ikke skal anvende skjønnsmarginen i noen tilfeller kan være til lovgivers fordel. Dersom både lovgiver og norske domstoler mener det ut ifra norske verdiprioriteringer er grunn til å fravike tidligere EMD-praksis, bør det være en viss adgang til å gi i ”dialog” med EMD, forutsatt at det gis en utførlig begrunnelse for EMDs praksis fravikes.³²⁸

³²³ Spørsmålet om hva som er nødvendig for å beskytte nasjonen har riktignok islett av politikk. EMD har imidlertid uttrykkelig avvist at dette mer er et politisk enn et rettslig spørsmål, se *A.mfl. mot Storbritannia* avsnitt 183-184.

³²⁴ *Heide* s. 249

³²⁵ *A mfl. mot Storbritannia* avsnitt 180: ”significant weight must be accorded to the views of the national courts, which were better placed to assess evidence relating to the existence of an emergency.”

³²⁶ En tilsvarende tilnærming har for øvrig House of Lords lagt til grunn, se *Harris mfl.* s. 843 med henvisninger til avgjørelser fra House of Lords.

³²⁷ *Heide* s. 250

³²⁸ Jf. punkt 2.5.3 om Dialog mellom nasjonale domstoler og EMD.

Litteraturliste

Forkortelser i teksten	Fullstendig henvisning
<i>Aall</i>	Aall, Jørgen, Rettsstat og menneskerettigheter, 3. utgave, Bergen 2011
<i>Aarli</i>	Aarli, Ragna, EMD styrker omdømmevernet, Lov og Rett 2009 s. 321-322
<i>Andenæs og Bjørge</i>	Andenæs, Mads og Bjørge, Eirik, Norske domstoler og utviklingen av menneskerettene, Jussens Venner 2011 s. 251-286
<i>Andenæs og Bjørge 2013</i>	Andenæs, Mads og Bjørge, Eirik, National implementation of ECHR rights i Føllesdal, Andreas mfl. Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context, Cambridge 2013
<i>Andenæs og Kravik</i>	Andenæs, Mads og Kravik, Andreas, Norske verdier og EMK, Lov og Rett 2010 s. 579-599
<i>Aasland 2000</i>	Aasland, Gunnar, Noen betraktninger om rettskildespørsmål i Høyesteretts praksis, Jussens Venner 2000 s.157-179
<i>Aasland 2006</i>	Aasland, Gunnar, Argumentasjonsmønsteret i nyere høyesterettspraksis, Lov og Rett 2006 s.387-397
<i>Arai-Takahashi 2002</i>	Arai-Takahashi, Yutaka, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Antwerp 2002
<i>Arai-Takahashi 2013</i>	Arai-Takahashi, Yutaka, The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg's variable geometry i Føllesdal, Andreas mfl., Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context, Cambridge 2013

- Backer* Backer, Inge Lorange, Om Høyesteretts forhold til den europeiske menneskerettskonvensjon, Nordisk Tidsskrift for menneskerettigheter 2005 s. 425-432
- Bekkedal* Bekkedal, Tarjei, Avveiningen mellom yringsfriheten og privatlivets fred – om EMDs balansetest, Lov og Rett 2014 s. 315-333
- Boe* Boe, Erik, Lovers grunnlovsmessighet, Jussens Venner 1998 s. 4-34
- Borvik* Borvik, Bjørnar, Nasjonal skjønnsmargin etter EMK – replikk til Jens Edvin A. Skoghøy, Lov og Rett 2011 s. 575-595
- Bratza* Bratza, Nicolas, The Relationship between UK courts and Strasbourg, European Human Rights Law Review 2011 s. 505-512
- Bjørge 2013* Bjørge, Eirik, Utredning av utvikling i EMD-praksis over P1-1, NOU 2013:11
- Christoffersen 2006* Christoffersen, Jonas, Den danske debat om den internasjonale menneskeret, Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter 2006 s. 97-114
- Christoffersen 2009 I* Christoffersen, Jonas, Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, Leiden 2009
- Christoffersen 2009 II* Christoffersen, Jonas og Madsen, Mikael Rask (red.), Menneskerettighedsdomstolen – 50 års samspil med dansk ret og politik, København 2009
- Christoffersen 2009 III* Christoffersen, Jonas, Impact on General Principles of Treaty Interpretation i Kamminga, Menno og Scheinin, Martin(red.), The Impact of Human Rights Law on General International Law, Oxford 2009

- Eckhoff* Eckhoff, Torstein, og Helgesen, Jan, Rettskildelære, 5. utgave, Oslo 2001
- Emberland 2006* Emberland, Marius, The Human Rights of Companies, Oxford 2006
- Emberland 2013* Emberland, Marius, Effektivisering av subsidiaritet i EMK, Lov og Rett 2013 s. 513-514
- Fredriksen 2007* Fredriksen, Halvard Haukland, Domstolenes prøving av EØS-avtalens proporsjonalitetsgrunnsetning, Jussens Venner 2007 s. 295-305
- Fredriksen 2011* Fredriksen, Halvard Haukland, EU/EØS-rett i norske domstoler, Rapport #3 Europautredningen, 2011
- Frøberg* Frøberg, Thomas, EMDs praksis som norsk rettskildefaktor, Jussens Venner 2007 s. 176-194
- Harris mfl.* Harris, David mfl., Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights, 3. utgave, Oxford 2014
- Heide* Heide, Ola Rambjør, Norsk konstitusjonell nødrett og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 15, Jussens Venner 1998 s. 247-265
- Helland* Helland, Ingvill, Rulings of the European Court of Human Rights as a legal instrument: a comparison between German and Norwegian Law, Bergen 2012
- Høstmælingen* Høstmælingen, Njål, Forbud mot niqab i Oslo, med linjer til Leyla Sahin-saken, Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter 2006 s. 240-247
- Jacobs mfl.* Jacobs, Francis mfl., The European Convention on Human Rights, 6. utgave, Oxford 2014

- Jakhelln* Jakhelln, Henning, *Obiter Dicta – nei takk!*, Lov og Rett 1998 s. 129-130
- Janis mfl.* Janis, Mark, Kay, Richard og Bradley, Anthony, *European Rights Law: Text and materials*, 3. utgave, Oxford 2007
- Jans* Jans, Jan, *Proportionality Revisited*, *Legal Issues of Economic Integration* 2000 s. 239-265
- Jebens* Jebens, Sverre Erik, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Oslo 2004
- Kjølbrot* Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 2. utgave, København 2007
- Legg* Legg, Andrew, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford 2012
- Letsas 2006* Letsas, George, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2006 s. 705-732
- Letsas 2013* Letsas, George, *The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy*, i Føllesdal, Andreas mfl., *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge 2013
- Møse* Møse, Erik, *Menneskerettigheter*, Oslo 2002
- Nygaard* Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004
- Oftedal Broch* Broch, Lars Oftedal, *Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol*, Lov og Rett 2004 s. 259-282

- Pellonpää* Pellonpää, Matti, Dialog mellom Den europeiske menneskerettsdomstol og nasjonale domstoler, Det 39. Nordiske Juristmøte 2014 s. 309-326
- Rui 2009* Rui, Jon Petter, Hvilken vekt må nasjonale domstoler legge på internasjonale domstolars avgjørelser, Retfærd 2009 s. 96-111
- Rui 2010* Rui, Jon Petter, EMK-retten frem mot 2020, Tidsskrift for Strafferett 2010 s. 365-383
- 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?, The Nordic Journal of Human Rights 2013 s.28-54
- Sejersted mfl.* Sejersted, Fredrik mfl., EØS-rett, 3. utgave, Oslo 2011
- Skoghøy 2002 I* Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, Norske domstolars lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner, Lov og Rett 2002 s. 337-354
- Skoghøy 2002 II* Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjonene som rettskilde før og etter menneskerettsloven, Peter mfl.(red), Rettsteori og rettsliv: festskrift til Carsten Smith, Oslo 2002
- Skoghøy 2002 III* Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse, Nybrott og odling – festskrift til Nils Nygaard, Bergen 2002 s. 323-343
- Skoghøy 2011 I* Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, Nasjonal skjønnsmargin etter EMK, Lov og Rett 2011 s. 189-190
- Skoghøy 2011 II* Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, Dynamisk tolking i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti, Lov og Rett 2011 s. 511-530

- Skoghøy 2012* Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, Nasjonal EMK-prøving – svar til Bjørnar Borvik, Lov og Rett 2012 s.170-181
- Skoghøy 2014* Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, Den nødvendige dissens, Jussens Venner 2014 s. 162-183
- Smith* Smith, Carsten, Om Høyesteretts forhold til den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Nordisk tidsskrift for Menneskerettigheter 2005 s. 433-440
- Solheim 2010* Solheim, Stig H, Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon, 1. utgave, Oslo 2010
- Solheim 2013* Solheim, Stig H, EMDs avgjørelse i tomtfestesaken: revolusjonerende eller justerende?, Lov og Rett 2013 s. 295-310
- Solheim 2014* Solheim, Stig H, Domstolskontroll med lover på det økonomiske området – lovgivers vurdering av lovens grunnlovsmessighet, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2014 s.1-48
- Stabell 2002* Stabell, Tolle, Rettsliggjøring - domstolenes skjønnsmessig overprøvinger i Lødrup, Peter mfl.(red), Rettsteori og rettsliv: festskrift til Carsten Smith, Oslo 2002
- Stabell 2005* Stabell, Tolle, Menneskerettigheter og grunnrettigheter – er lovgiverens råderom blitt for innsnevret?, Det 37. nordiske juristmøte 2005 s. 368-381
- Sørensen 2004* Sørensen, Christian Børge, Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2004 s. 134
- Sørensen 2014* Sørensen, Christian Børge, Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMK – prosessuell rasjonalitet, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2014 s. 348-383

- Tverberg* Tverberg, Arnulf, Det graderte grunnlovsvernet ved tolking av Grunnloven og prøving av lovers grunnlovsmessighet i Holmøyvik, Eirik (red.), Tolkingar av Grunnlova, Oslo 2013
- van Dijk og van Hoof* van Dijk, Pieter og van Hoof, Godfridus J.H., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3. utgave, Haag 1998
- Vangsnes* Vangsnes, Jørgen, Om den såkalte tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2014 s. 131-205
- Wessel-Aas* Wessel-Aas, Jon, Effektivisering av subsidiaritet i EMK – en replikk til Marius Emberland, Lov og Rett 2013 s. 702-704
- Yourow* Yourow, Howard C, The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Court of Human Rights Jurisprudence, Haag 1996

EMD-avgjørelser

Kortnavn

Avgjørelsesform og dato

<i>A, B og C mot Irland</i>	dom, storkammer, 16. desember 2010
<i>A mfl. mot Storbritannia</i>	dom, storkammer, 19. februar 2009
<i>A mot Norge</i>	dom, kammer, 9. april 2009
<i>Al-Adsani mot Storbritannia</i>	dom, storkammer, 21. november 2001
<i>Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia</i>	dom, storkammer, 15. desember 2011
<i>Animal Defenders International mot Storbritannia</i>	dom, storkammer, 22. april 2013
<i>Borgers mot Belgia</i>	dom, plenum, 30. oktober 1991
<i>Brannigan og McBride mot Storbritannia</i>	dom, plenum, 26. mai 1993
<i>Burden mot Storbritannia</i>	dom, storkammer, 4. april 2008
<i>Chapman mot Storbritannia</i>	dom, storkammer, 18. januar 2001
<i>Chassagnou mot Frankrike</i>	dom, storkammer, 29. april 1999
<i>Dickson mot Storbritannia</i>	dom, storkammer, 4. desember 2007
<i>Draon mot Frankrike</i>	dom, storkammer, 6. oktober 2005
<i>Evans mot Storbritannia</i>	dom, storkammer, 10. april 2007
<i>Folgerø mfl. mot Norge</i>	dom, storkammer, 29. juni 2007
<i>Glor mot Sveits</i>	dom, kammer, 30. april 2009
<i>Golder mot Storbritannia</i>	dom, plenum, 21. februar 1975
<i>Goodwin mot Storbritannia</i>	dom, storkammer, 11. juli 2002
<i>Handyside mot Storbritannia</i>	dom, plenum, 7. desember 1976

<i>Hatton mot Storbritannia</i>	dom, storkammer, 8. juni 2003
<i>Hamalainen mot Finland</i>	dom, kammer, 4. juli 2006
<i>Hirst mot Storbritannia</i>	dom, storkammer, 6. oktober 2005
<i>Isayeva, Yusupova og Bazayeva mot Russland</i>	dom, kammer, 24. februar 2005
<i>James mfl. mot Storbritannia</i>	dom, plenum, 21. februar 1986
<i>Karatas mot Tyrkia</i>	dom, storkammer, 8. juli 1999
<i>Korolev mot Russland</i>	avgjørelse, kammer, 1. juli 2010
<i>Lawless mot Irland</i>	dom, kammer, 1. juli 1961
<i>Leander mot Sverige</i>	dom, kammer, 26. mars 1987
<i>Leyla Sahin mot Tyrkia</i>	dom, storkammer, 10. november 2005
<i>Lillo-Stenberg og Sæter mot Norge</i>	dom, kammer, 16. januar 2014
<i>Markt Intern Verlag GmbH mot Tyskland</i>	dom, plenum, 20. november 1989
<i>Movement Raëlien mot Sveits</i>	dom, storkammer, 13. juli 2012
<i>Odievre mot Frankrike</i>	dom, storkammer, 13. februar 2003
<i>Otto-Preminger-Institut mot Østerrike</i>	dom, kammer, 20. september 1994
<i>Papachelas mot Hellas</i>	dom, storkammer, 25. mars 1999
<i>P4 Radio Hele Norge ASA mot Norge</i>	avgjørelse, kammer, 6. mai 2003
<i>Rasmussen mot Danmark</i>	dom, kammer, 28. november 1984
<i>S. og Marper mot Storbritannia</i>	dom, storkammer, 4. desember 2008
<i>S.A.S. mot Frankrike</i>	dom, storkammer, 1. juli 2014
<i>Slivenko mot Lativa</i>	dom, storkammer, 9. oktober 2003

<i>Sporrong og Lönnroth mot Sverige</i>	dom, plenum, 23. september 1982
<i>Sunday Times mot Storbritannia</i>	dom, plenum, 26. april 1979
<i>Vilho Ekselinen mot Finland</i>	dom, storkammer, 19. april 2007
<i>TV Vest og Rogaland Pensjonistparti mot Norge</i>	dom, kammer, 11. desember 2008
<i>Tyrer mot Storbritannia</i>	dom, kammer, 25. april 1978
<i>Young, James og Webster mot Storbritannia</i>	dom, plenum, 13. august 1981
<i>Zdanoka mot Lativa</i>	dom, storkammer, 16. mars 2006