

# Grunnleggende fri- og rettigheter i Norden i et europaperspektiv

Høyesterettsdommer *Hilde Indreberg*, Norge

*Rettskildebildet i de nordiske land er endret radikalt de siste 15-20 årene. Når det gjelder grunnleggende fri- og rettigheter, har særlig den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) fått stor betydning. Grunnlovsvernet i Norden bør utvikles i lys av det europeiske og internasjonale menneskerettsvernet. Fortrinnsvis bør det skje ved at grunnlovenes egne bestemmelser om fri- og rettigheter utvikles eller suppleres på en måte som passer i det enkelte land. Men i tillegg bør det også sikres at EMK og eventuelt andre konvensjoner blir gitt forrang fremfor annen lovgivning. Slik ivaretas grunnlovenes pedagogiske funksjon og mulighet for å gi rettighetene bedre vern enn konvensjonene, uten at man risikerer at rettighetene får et dårligere vern i nasjonal rett enn etter konvensjonene. Når det gjelder kontroll med at lovgivningen ikke krenker rettighetene, bør de nordiske land som ikke har et system for forhåndskontroll med regjeringens lovforslag, søke å innføre det. Derimot er det ikke nødvendig og neppe ønskelig å innføre egne forfatningsdomstoler. Når domstolene står overfor spørsmålet om en nasjonal lov krenker EMK, bør de anlegge en selvstendig tolkning av konvensjonen med vekt på bestemmelsenes ordlyd, formål og menneskerettsdomstolens (EMDs) dommer. Men det er først og fremst EMD som skal videreutvikle konvensjonen. Ved tvil om forståelsen skal de nasjonale domstoler trekke inn de verdiprioriteringer som ligger til grunn for nasjonal lovgivning og rettsoppfatning såfremt disse anses forenlig med konvensjonen og dens formål.*

## 1 Innledning

Før 1990-tallet forholdt nordiske jurister seg stort sett til lover, forarbeider og rettspraksis med nasjonal opprinnelse. I dag er rettskilder med bakgrunn i overnasjonalt eller internasjonalt samarbeid med tyngde kommet til på svært mange områder. Det dreier seg ikke minst menneskerettskonvensjoner og EU/EØS-regelverk med tilhørende håndhevingsorganers avgjørelser. De internasjonale bestemmelsenes rekkevidde kan til dels være vanskelig å se av ordlyden, og bestemmelsene overlapper hverandre helt eller delvis. I tillegg er de internasjonale organenes praksis omfattende og ikke alltid konsistent. Rettskildebildet er altså blitt meget broket. Det er imidlertid ikke tenkelig å vende tilbake til det enklere rettskildebildet vi hadde før – utfordringen nå er å ha et bevisst forhold til det nye og sammensatte rettskildebildet i forbindelse med både lovgivning og rettsanvendelse.

Emnet for dette referatet er spørsmålet om hvordan vi skal se på grunnleggende fri- og rettigheter i Norden i et europaperspektiv.

### 1.1 ”Grunnleggende fri- og rettigheter”

De grunnleggende fri- og rettighetene er friheter staten ikke kan gripe inn i, eller bare kan gripe inn i ved lov i den grad viktige hensyn gjør det nødvendig i et demokratisk

samfunn, samt rettigheter som statene må respektere, beskytte og eventuelt selv sørge for å oppfylle. Noen helt fast avgrensning av begrepet finnes ikke – det beror på en enkelte stats konstitusjon hva som der anses som grunnleggende fri- og rettigheter. Men tradisjonelt har grunnlover ofte omfattet borgernes rett til liv, frihet fra tortur, slaveri og tvangsarbeid, retten til frihet og sikkerhet, tanke, tro og samvittighetsfrihet, ytringsfrihet, forenings- og forsamlingsfrihet, forbud mot diskriminering samt rett til en rettferdig rettergang og til å nyte sin eiendom i fred. Disse omtales gjerne som borgerrettigheter, sivile rettigheter eller førstegenerasjons menneskerettigheter.

Det internasjonale vernet om menneskerettigheter omfatter disse rettighetene, men går lenger. For det første er menneskerettighetene universelle, dvs. at de i utgangspunktet gjelder for alle, uavhengig av statsborgerskap<sup>1</sup>. For det andre omfatter menneskerettighetene også økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, som rett til å livnære seg ved eget arbeid, retten til sosial trygghet der inntektsevnen eller inntektsmuligheten svikter, rett til en rimelig levestandard, rett til høyest oppnåelig grad av helse, rett til utdanning og rett til å ta del i kulturell virksomhet<sup>2</sup>. Slike rettigheter omtales gjerne som annengenerasjons menneskerettigheter.

Disse sidene ved de internasjonale menneskerettighetene preger i økende grad også grunnlovsbeskyttelsen av grunnleggende fri- og rettigheter. Illustrerende er at reformen den svenske regeringsformen gjennomgikk i 2010 (som trådte i kraft 1. januar 2011) blant annet gikk ut på å erstatte ”varje medborgare” med ”var och en”, i bestemmelsene om grunnleggende fri- og rettigheter<sup>3</sup>. Den finske grunnloven er et eksempel på at sosiale, økonomiske og kulturelle rettigheter er tatt inn i kapitlet om grunnleggende fri- og rettigheter. EUs charter om grunnleggende rettigheter inneholder også arbeidstakerrettigheter, rett til sosial trygghet, helseomsorg mv., se charterets kapittel IV, benevnt ”solidaritet”.

I den finske grunnloven finnes en bestemmelse som pålegger statens myndigheter å se til at de grunnleggende fri- og rettighetene og menneskerettighetene tilgodeses<sup>4</sup>. Med de grunnleggende fri- og rettighetene menes grunnlovens egne fri- og rettighetsbestemmelser, og med menneskerettighetene menes bestemmelsene i menneskerettskonvensjoner Finland er bundet av. I Norge er det vanlig å tale om menneskerettigheter i begge relasjoner, og man vil se at uttrykkene menneskerettigheter og grunnleggende fri- og rettigheter i noen grad brukes om hverandre i dette referatet.

## 1.2 ”i Norden”

De nordiske landene har mange likhetstrekk. De er alle velutviklede demokratier, rettsstater og velferdsstater basert på skrevne grunnlover. Grunnlovsbestemmelsene håndheves av de ordinære domstolene (alminnelige domstoler eller forvaltningsdomstoler), ikke egne forfatningsdomstoler.

I de nordiske landene spilte de internasjonale menneskerettskonvensjonene lenge en tilbak trukket rolle i rettsapparatet. Den europeiske menneskeretts-

---

<sup>1</sup> Se for eksempel den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 1.

<sup>2</sup> Se for eksempel Verdenserklæringen om menneskerettigheter fra 1948 og konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter fra 1966.

<sup>3</sup> Visse unntak kan likevel gjøres for utlendinger, se regeringsformen 2 kapittel 25 §.

<sup>4</sup> Finlands grunnlov 22 §.

konvensjonen (EMK) ble ratifisert, men ikke gjort til nasjonal rett<sup>5</sup>. Statene var opptatt av å bygge opp gode systemer for å sikre velferd og rettssikkerhet, men fokuset var mer på forvaltningslover, ombudsmannsordninger o.l., enn på konvensjonsbestemmelsene. Det bærende syn var at det var den reelle overholdelsen av menneskerettighetene som var viktig, ikke konvensjonenes status i nasjonal rett. Og det var en nokså fremmed tanke at den enkelte skulle kunne påberope seg konvensjonsrettighetene for domstolene.

På 1990-tallet skjedde en markant forandring i dette bildet. Alle de nordiske landene inkorporerte EMK i sin lovgivning. Konvensjonen fikk altså status som nasjonal lov<sup>6</sup>. Samtidig økte produksjonen av dommer ved Den europeiske menneskerettsdomstolen – også i saker mot de nordiske land. For de nordiske EU-landene, Danmark, Sverige og Finland, kom dessuten trykket ikke bare fra Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg, men også fra EF-domstolen i Luxembourg, som betraktet EMKs bestemmelser, sammen med medlemslandenes felles konstitusjonelle tradisjoner, som allmenne prinsipper innen EU-retten. EMK fikk dermed både formelt og reelt en helt annen plass i de nasjonale rettssystemene.

Det er naturligvis også forskjeller mellom de nordiske landene. Én forskjell er alderen på grunnlovsbestemmelsene om fri- og rettigheter. Med enkelte unntak er de norske bestemmelsene fra 1814. Den danske grunnloven er vedtatt i 1953, men flere av fri- og rettighetene er videreføringer fra grunnloven av 1849. Den svenske regeringsformen er fra 1974, men dens bestemmelser om fri- og rettigheter er endret flere ganger, senest i 2010. Bestemmelsene om fri- og rettigheter i den islandske grunnloven, som er fra 1944, ble totalrevidert i 1995. Også bestemmelsene i den finske grunnloven fra 2000 ble i hovedsak vedtatt i 1995 og overført til den nye grunnloven.

En annen viktig forskjell er, som allerede nevnt, at ikke alle de nordiske landene er medlem av EU<sup>7</sup>.

### 1.3 ”i et europaperspektiv”

Den rivende utviklingen av internasjonalt menneskerettsvern etter annen verdenskrig begynte med vedtakelsen i FNs generalforsamling i 1948 av Verdenserklæringen om menneskerettigheter. I 1966 lyktes det generalforsamlingen å vedta de to konvensjonene om henholdsvis sivile og politiske rettigheter (SP) og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) – som overførte verdenserklæringens bestemmelser til rettslig bindende konvensjoner. Begge konvensjonene er ratifisert av alle de nordiske landene.

---

<sup>5</sup> Finland utgjør et unntak fra dette. Finland sluttet seg først til EMK i 1990, men gav den samtidig lovs rang i henhold til vanlig praksis. FN-konvensjonene var ratifisert og inntatt i nasjonal rett tidligere.

<sup>6</sup> Se den finske FördrS 18 og 19/90, den danske lov nr. 285/1992, den svenske lov 1994: 1219, den islandske lov 62/1994 og den norske lov 30/1999. Den norske loven inkorporerer ikke bare EMK, men også konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP), konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), barnekonvensjonen (BK) og kvinnediskrimineringskonvensjonen (KDK). Rasediskrimineringskonvensjonen er inkorporert i diskrimineringsloven.

<sup>7</sup> Spørsmålet om EFTA-domstolen kan innta en tilsvarende rolle som EU-domstolen når det gjelder å prøve medlemsstatenes tiltak mot grunnleggende rettigheter drøftes og besvares negativt av Ane Grimelid i artikkelen ”EFTA-domstolen som menneskerettighetsdomstol?” i *Kritisk juss* 2010 (36) nr. 3.

De vesteuropeiske stater som i 1949 opprettet Europarådet, kom raskere til enighet i arbeidet med å konvensjonsfeste rettigheter, og allerede i 1950 vedtok de Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettigheter og fundamentale friheter (EMK). Konvensjonen og dens tilleggsprotokoller tar opp i seg de sivile og politiske rettighetene fra Verdenserklæringen, mens de sosiale rettighetene er ivarettatt gjennom den europeiske sosialpakten, som ble vedtatt i 1961<sup>8</sup>. Senere er det også vedtatt andre mer spesialiserte konvensjoner om menneskerettigheter, både i FN og i Europarådet.

I lys av dette kan man kanskje spørre seg om det er hensiktsmessig å se på de grunnleggende fri- og rettighetene i Norden i et europaperspektiv, og ikke i et videre internasjonalt perspektiv. Når europaperspektivet er valgt, henger nok det dels sammen med den særlige betydningen EMK har for våre land, noe som først og fremst skyldes Den europeiske menneskerettsdomstolens (EMDs) kompetanse til å treffe rettslig bindende avgjørelser, og den aktive måten domstolen har valgt å benytte denne kompetansen på – men også den stillingen konvensjonen er gitt i EU-retten (jf. punkt 1.2 foran). Nå er også EUs charter om grunnleggende rettigheter blitt rettslig bindende for medlemslandene, og skal anvendes når de implementerer EU-regelverk<sup>9</sup>.

I allfall for Norges del, som verken er medlem av EU eller har begrenset inkorporeringen av menneskerettskonvensjoner til EMK, er det likevel tidvis fruktbart å utvide perspektivet. I de siste årene har f.eks. SP artikkel 14 nr. 5 om retten til å få overprøvd straffedommer, stått sentralt i prinsipielt viktige saker for Høyesterett<sup>10</sup>. Siden også de øvrige nordiske land er parter i FNs menneskerettskonvensjoner, er i noen grad derfor også spørsmål som strengt tatt faller utenfor europaperspektivet trukket inn i dette referatet.

#### 1.4 Avgrensning

En rekke spørsmål melder seg når man skal anlegge et europaperspektiv (eller internasjonalt perspektiv) på grunnleggende fri- og rettigheter i Norden. Her konsentreres oppmerksomheten om to hovedgrupper:

For det første vurderes det om våre grunnlovers kapitler om grunnleggende fri- og rettigheter bør videreutvikles i lys av det europeiske (eller internasjonale) menneskerettsvernet, og hvordan det i tilfelle bør gjøres.

For det andre vurderes spørsmål knyttet til de nordiske lands ordninger for å avverge og avdekke krenkelser i forbindelse med lovgivning. Til denne diskusjonen hører spørsmålet om forhåndskontroll med lovforslag, spørsmålet om det må eller bør innføres forfatningsdomstoler, og spørsmålet om hvordan domstolene bør forholde seg til EMK ved prøving av lover.

Hvert av disse temaene kan romme store avhandlinger. Her må fremstillingen nødvendigvis bli sveipende.

---

<sup>8</sup> Konvensjonen ble revidert i 1996, og det er denne reviderte sosialpakten som nå gjelder for Finland, Norge og Sverige.

<sup>9</sup> Se charteret artikkel 51.

<sup>10</sup> SP artikkel 14 nr. 5 har ført til at Høyesterett har skjerpet kravet til begrunnelse i avgjørelser om ikke å tillate anke i forhold til det som fulgte av loven, se Rt. 2008 side 1764. Se også Høyesteretts dom Rt. 2010 side 1170 om betydningen av denne avgjørelsen for eldre saker.

## 2 Grunnlovsfesting av menneskerettigheter

### 2.1 Er det et mål at det nasjonale rettighetsvernet i grunnlovene utvikles i lys av det europeiske og internasjonale menneskerettsvernet?

Tradisjonelt inneholder grunnlover de fundamentale reglene om styringsformen i en stat, og om forholdet mellom de styrende og de som styres. Til de sistnevnte reglene hører bestemmelser om grunnleggende fri- og rettigheter. Ved vedtakelsen gir grunnlover altså beskjed om grunnleggende trekk ved organiseringen av samfunnet, og hvilke verdier samfunnet setter særlig høyt. Dersom de ikke blir endret, vil de imidlertid etterhvert kunne gi et ufullstendig eller til og med misvisende bilde.

Det har lenge vært tilfellet i Norge. Den norske grunnloven ble vedtatt 17. mai 1814, og markerte at Norge ikke lenger var underlagt den danske kongen. Den fikk dermed en symbolverdi som har bidratt til å hindre en grunnleggende reform av blant annet individets grunnlovsværn. I Danmark er kanskje den strenge endringsregelen årsaken til at det ikke er skjedd noen omfattende reform. Blant annet krever grunnlovsendring folkeavstemning med tilslutning fra 40 prosent av de stemmeberettigede<sup>11</sup>. I Sverige er det en helt annen tradisjon for grunnlovsreformer. Her kreves kun simpelt flertall i Riksdagen, likevel slik at reformen må vedtas både før og etter et valg<sup>12</sup>.

Spørsmålet er altså om rettighetsvernet i de nasjonale grunnlovene bør videreutvikles i lys av påvirkningen fra EMK og EU-retten, samt det internasjonale menneskerettsvernet for øvrig. Bør det søkes å holde grunnlovene oppdatert – iallfall med visse mellomrom – slik at de tar opp i seg vernet som følger av disse regelsettene?

Innledningsvis må det understrekes at den tradisjonelle nordiske holdning om at det er realiteten som teller, ikke rettighetenes formelle status, må stå fast. Uansett hva som gjøres på grunnlovsnivå, skal rettigheter gjennomføres ved lovgivning og andre tiltak, og dette er det viktigste. Når det er sagt, viser erfaringen, iallfall i Norge, at inkorporeringen av EMK og andre konvensjoner har hatt langt større betydning for realiteten enn man antok da reformen ble vedtatt. Både lovgiverne, forvaltningen og domstolene har på en helt annen måte enn før inkorporeringen tatt innover seg at menneskerettigheter har betydning utover festtaler. Rettighetenes formelle status er altså ikke uviktig for den reelle oppfølgingen.

Det er et tankekors at dette settet av overordnede normer i svært liten grad er reflektert i den norske grunnlov. Grunnlovens ufullstendig bilde av de grunnleggende rettighetene som gjelder i riket, er i seg selv et argument for å videreutvikle den. Men også i nordiske land med nyere grunnlover kan den rivende utviklingen av menneskerettsvernet tilsi at videreutvikling vurderes, noe den siste reformen av den svenske regeringsformen illustrerer.

Rettslig sett vil grunnlovsfesting styrke fri- og rettighetenes stilling<sup>13</sup>. Grunnlovsfesting vil innebære at rettighetene går foran lov. Og skal det endres, må grunnloven endres, noe som er vanskeligere enn å endre inkorporeringsloven.

<sup>11</sup> Den danske grunnloven § 88.

<sup>12</sup> Regeringsformen 8 kapittel 18 § jf. 14-17 §§.

<sup>13</sup> I Norge er det riktignok fastsatt i menneskerettsloven § 3 at EMK, SP, ØSK, BK og KDK går foran andre lover ved motstrid. Denne loven kan imidlertid i prinsippet oppheves eller fravikes ved ny lov.

Er det da hensyn som taler mot å utvikle grunnlovsvernet i takt med den europeiske og internasjonale utviklingen?

Ett hensyn kan være at grunnlovers funksjon som nasjonalt symbol og fast referansepunkt tilsier at de ikke skal endres ofte. Noe særlig tungtveiende argument mot at man fra tid til annen gjennomgår grunnloven med sikte på å innføre et mer oppdatert rettighetsvern, er imidlertid dette neppe.

Et prinsipielt viktigere motargument kan være at siden overordnede bestemmelser om fri- og rettigheter begrenser lovgivernes handlingsrom, bør man av demokratihensyn være forsiktig med å ta dem inn grunnloven. Riktignok finnes slike bestemmelser i lovene som inkorporerer EMK og eventuelt andre konvensjoner, men den kan som nevnt lettere endres eller oppheves. Argumentet hører hjemme i debatten om det skjer en rettsliggjøring av spørsmål som burde avgjøres politisk. En dyptpløyende analyse av dette ville sprengte rammene for dette referatet. Men noen argumenter kan trekkes fram:

Synspunktet om at man bør være tilbakeholden med grunnlovsfesting begrunnes ofte med at rettighetene er så diffuse at det primært bør være lovgivernes oppgave å trekke opp grensene for dem. Lovgiverne er valgt av folket og står til ansvar overfor velgerne, noe dommerne ikke gjør. Dette argumentet tar imidlertid ikke høyde for at et flertall av velgere kan ønske å vedta lover som vil stride mot de grunnleggende menneskerettighetene – også der man ikke er i randsonen av bestemmelsene. I en slik situasjon er ikke demokratisk kontroll noen garanti for at menneskerettighetene ivaretas. En annen sak er at domstolene bør være tilbakeholdne med å tolke bestemmelser om grunnleggende fri- og rettigheter i strid med lovgivernes oppfatning der dette ikke har solid støtte i de relevante rettskilder – se punkt 3.3.

Synspunktet begrunnes også med at grunnlovsfesting av rettigheter kan gjøre at viktige verdivalg i samfunnet gjøres om til spørsmål om hva som er riktig juss. Demokratiet vil lide dersom man i stedet for å fokusere på om det er hensiktsmessig, hensynsfullt og etisk forsvarlig for eksempel å forby skolebarn å bruke hijab – eller eventuelt å ikke gripe inn mot slik bruk – må vende seg til jurister for å få svar på hva grunnloven tillater eller påbyr i en slik sammenheng. Likeledes vil det være uheldig om spørsmålet om nedleggelse av lokalsykehus blir et spørsmål for jurister om hva en eventuell grunnlovsfestet rett til helsehjelp innebærer, i stedet for at det pågår en politisk debatt om hva som er mest hensiktsmessig i lys av befolkningens behov og samfunnets ressurser.

Det ville harmonere dårlig med idégrunnlaget for menneskerettighetene om grunnlovsfesting av dem bidro til å svekke engasjementet rundt de politiske avgjørelser. Men er det det som skjer? Med unntak av visse helt grunnleggende prinsipper som det er neppe er noen uenighet om, som forbudet mot tortur og slaveri, er det adgang til å foreta velbegrunnede nødvendige inngrep i rettighetene. Rettigheter som krever offentlig tilrettelegging, gir som regel også en vid skjønnsmargin med hensyn til hvordan de skal oppfylles. Det hører hjemme på den politiske arena å bruke skjønnsmarginene og å argumentere for eller mot at det er nødvendig i et demokratisk samfunn å gjøre inngrep i en rettighet. Man kan kanskje si at snarere enn å legge lokk på den politiske debatt, stiller menneskerettighetene noen krav til hva politikerne må vurdere. De må vurderes om formålet med et inngrep er legitimt, og om det er forholdsmessighet mellom mål og middel. Dette kan virke bevisstgjørende.

Men det er selvsagt også slik at grunnlovsrettighetene utgjør en ramme for politikkenes handlingsrom. Før de politiske beslutningene fattes, er det juristenes rolle å veilede om disse rammene. Men nettopp fordi rettighetene ikke er skarpe i kantene og forutsetter at det foretas avveininger, må det sikres at ikke en liten gruppe jurister i praksis får monopol på å mene noe om hvor grunnlovens grenser går. Et høyt kunnskapsnivå om rettighetene og deres innhold er altså viktig, ikke bare for å sikre at rettighetene respekteres, men også av demokratihensyn. Den første og andre tese blir etter dette

**Tese 1:** Det er et mål at det nasjonale rettighetsvernet i grunnlovene utvikles i lys av de internasjonale menneskerettighetene.

**Tese 2:** Det er viktig at den juridiske grunnutdanningen innrettes slik at jurister har god kjennskap til rettighetsvernet i grunnloven og menneskerettskonvensjonene.

## 2.2 Hvilken teknikk bør velges når rettighetsvernet i grunnlovene utvikles?

Ytterligere fri- og rettigheter kan tas inn i grunnlovene ved henvisning til internasjonale rettigheter (inkorporasjon), ved innskrivning av de internasjonale rettighetene (transformasjon) eller ved en selvstendig formulering og struktur som riktignok er influert av de internasjonale rettighetene, men som ikke nødvendigvis har samme ordlyd eller rekkevidde. Kombinasjoner av disse fremgangsmåtene kan også tenkes. Hvilken teknikk er best egnet til å ivareta de funksjoner en grunnlov skal fylle?

De nordiske grunnlovene som har den mest moderne reguleringen av fri- og rettigheter, Sveriges, Finlands og Islands, har egne kapitler hvor fri- og rettighetene er fastsatt. Ordlyden, rekkefølgen og strukturen varierer en god del. Man kjenner igjen flere av rettighetene i EMK og i noen grad også i andre menneskerettskonvensjoner, men bestemmelsene er ikke rene oversettelser. Den svenske regeringsformen har i tillegg en egen bestemmelse som fastsetter at det ikke skal gis lover eller forskrifter som strider mot Sveriges forpliktelser etter EMK<sup>14</sup>. Noen egentlig inkorporasjon anses ikke dette å være, inkorporasjonen er gjennomført ved lov. Men bestemmelsen synes heller ikke utelukkende å anses som et direktiv til lovgiver<sup>15</sup>. I Finland bestemmer grunnloven som nevnt at det allmenne skal se til at de grunnleggende fri- og rettighetene og menneskerettighetene tilgodeses<sup>16</sup>. I Norge kom det i 1994 inn en bestemmelse som pålegger statens myndigheter å respektere og sikre menneskerettighetene<sup>17</sup>. Den har hatt liten praktisk betydning.

Oppsummert kan man si at selv om de nordiske grunnlover idag (i varierende grad) er påvirket av EMK og andre internasjonale menneskerettskonvensjoner, er konvensjonene ikke transformert, og selv om flere av grunnlovene inneholder henvisninger til EMK eller menneskerettigheter generelt, er konvensjonene ikke inkorporert med grunnlovs rang.

<sup>14</sup> Regeringsformen 2 kapittel 19 §.

<sup>15</sup> Spørsmålet drøftes bl.a. i Joakim Nergelius: Svensk statsrätt (2010) side 179 flg. Motivene til grunnlovsreformen i 2010 synes å forutsette at det er en forrangsregel, se prop. 2009/10: 80 side 147.

<sup>16</sup> Finlands grundlag 22 §.

<sup>17</sup> Grunnloven § 110 c.

I Norge pågår for tiden en utredning om hvordan vernet om menneskerettigheter i grunnloven kan bygges ut. I den forbindelse har Den norske advokatforenings menneskerettighetsutvalg foreslått at det ikke bør skrives inn nye rettigheter i grunnloven. I stedet bør grunnloven få en bestemmelse som forbyr myndighetene å innskrenke rettighetene som er fastsatt i internasjonale menneskerettskonvensjoner som Norge er bundet av. Begrunnelsen er at det vil være en umulig oppgave å skille mellom de sentrale rettighetene som fortjener plass i grunnloven og de mindre sentrale rettighetene. Videre vil beskyttelsen i grunnloven hvis forslaget vedtas, få samme innhold som den internasjonale menneskerettsbeskyttelsen. Det vil sikre at avveininger mellom ulike rettigheter ikke faller ulikt ut i grunnloven og i de internasjonale konvensjonene, og dessuten forhindre rettsusikkerhet og manglende forutberegnelighet for individene og for staten. Forslaget er ment å gi domstolene kompetanse til å sette til side lover som krenker konvensjonene<sup>18</sup>.

Et slikt forslag – tolket i tråd med forslagsstillernes intensjon – vil i realiteten gi de internasjonale menneskerettskonvensjonene grunnlovs rang. Det er et spørsmål om man ved det vil oppnå den ryddighet som forslagsstillerne ser for seg. En grunn er usikkerhet om hvilke konvensjoner som vil være omfattet. En annen er at også de internasjonale konvensjonene overlapper hverandre, og tolkes ikke nødvendigvis likt av ulike konvensjonsorganer. Helt ryddig vil det uansett ikke bli siden grunnloven allerede inneholder noen grunnleggende fri- og rettigheter. Et argument mot en slik løsning er også at grunnlovens pedagogiske funksjon vil ivaretas vesentlig dårligere enn ved en utmeisling av rettigheter i grunnloven. Et annet argument er at en slik løsning fratrar grunnlovsgiverne muligheten til å vurdere om det bør gis en økt beskyttelse av en rettighet enn den som følger av de internasjonale konvensjonene. Dette leder til

**Tese 3:** Nye fri- og rettigheter i grunnlovene bør skrives inn i grunnloven, ikke kun inkorporeres.

Men dette standpunktet er ikke til hinder for å gå inn for at EMK og eventuelt også andre internasjonale menneskerettsbestemmelser inkorporeres i grunnloven *ved siden av* moderne fri- og rettighetsbestemmelser. Gode grunner kan tale for at det gjøres. Dersom EMK og eventuelt andre konvensjoner er inkorporert, vil det være helt klart at grunnloven ikke kan fortolkes slik at rettighetene har et svakere vern i nasjonal rett enn det som følger av de internasjonale forpliktelsene.

En nærliggende innvending mot parallell rettighetsfesting i grunnloven og inkorporering av EMK (og eventuelle andre konvensjoner), er at rettstilstanden blir uoversiktlig. Dette unngår man imidlertid vanskelig uansett om konvensjoner inkorporeres i grunnloven eller ikke. Selv med moderne fri- og rettighetsbestemmelser i grunnloven vil man måtte se hen til de internasjonale menneskerettsforpliktelsene, herunder de internasjonale organers tolkninger, ved prøvingen av et lovforslag, en lov eller et forvaltningsvedtak – se om dette punkt 3.3. Og vi har, iallfall i Norge, levd vel med å anvende grunnloven og menneskerettskonvensjoner side om side.

---

<sup>18</sup> Se notat til utvalget fra Advokatforeningens menneskerettsutvalg 23. november 2010. Forslaget har fått støtte av tidligere høyesterettsjustitiarius Carsten Smith, i hans foredrag ”Norge som menneskerettsstat” avholdt på Norges Juristforbunds rettssikkerhetskonferanse 9. desember 2010.

En innvending av mer lovteknisk karakter, som iallfall kan tenkes å ha en viss vekt i Norge, er at det ikke uten videre fremstår som selvfølgelig å ta inn bare EMK i en slik inkorporasjonsbestemmelse. Ved vedtakelsen av menneskerettsloven ble det ansett som ønskelig å signalisere betydningen av det internasjonale samarbeidet gjennom FN, ikke bare det europeiske, og å signalisere betydningen av de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene, ikke bare de sivile og politiske. En inkorporering av EMK i grunnloven ville svekke disse formålene. Å løse dette ved å inkorporere ”internasjonale konvensjoner om menneskerettigheter” e.l., fremstår ikke som helt tilfredsstillende så lenge det ikke er en alminnelig enighet om hvilke konvensjoner man da sikter til. Dette lar seg nok løse, men det er også mulig at det i stedet er en akseptabel løsning å beholde ordningen med inkorporasjon i lov, så lenge det er klart at den eller de inkorporerte konvensjonen(e) skal ha forrang. Tese 4 blir derfor ikke så bastant utformet:

**Tese 4:** I tillegg til grunnlovfestede fri- og rettigheter, bør EMK og eventuelt andre menneskerettskonvensjoner inkorporeres i grunnloven eller iallfall i lov med forrang fremfor kolliderende lover.

### 2.3 Bør grunnlovsbestemmelser ta sikte på å ha samme rekkevidde som konvensjonene?

Kravet konvensjonene stiller, er at de skal etterleves, ikke at rettighetene skal grunnlovfestes. Det betyr at man i prinsippet kan tenke seg grunnlovsbestemmelser som riktignok er påvirket av den internasjonale utviklingen, men som går kortere eller lenger enn konvensjonene i å beskytte en rettighet. Spørsmålet her er i hvilken grad man kan og bør avvike fra konvensjonsbestemmelsene ved grunnlovsfesting av de korresponderende rettighetene.

Nye bestemmelser som gir et svakere vern av en rettighet enn det som følger av statens folkerettslige forpliktelser, vil være pedagogisk uheldig. Man vil lett få inntrykk av at vernet er det man leser seg til i grunnloven. Dersom ikke konvensjonene er inkorporert på samme nivå som grunnlovsbestemmelsene, vil vernet også være svakere. Som et utgangspunkt bør det derfor ikke være aktuelt å gi bestemmelser med svakere vern enn konvensjonenes.

En nærliggende tanke er at det må være ønskelig å styrke vernet utover det minimum som følger av konvensjonene. De representerer jo et minste felles multiplum av det statene har kunnet enes om, og de nordiske landene kan ha et verdisyn eller økonomi som tilsier at det gis et sterkere vern på visse områder. Når f.eks. EMK artikkel 5 fastsetter at den som er pågrepet skal fremstilles raskt for en dommer, kan en nordisk grunnlov gjerne fastsette en bestemt minstetid som er kortere enn det som ellers anses som raskt nok<sup>19</sup>. Nasjonal grunnlov kan også godt snevre inn adgangen til å gjøre unntak fra rettighetene i forhold til det som er fastsatt i EMK.

Det er likevel ikke slik at konvensjonsvernet alltid utgjør et minstevern som kan forsterkes. Der rettigheter må avveies mot andre rettigheter, kan man ikke uten å

---

<sup>19</sup> For eksempel fastsetter den danske grunnloven § 71 at fremstilling skal skje innen 24 timer. Etter den norske straffeprosessloven § 183 er det tilstrekkelig at fremstilling skjer senest den tredje dagen etter pågripelsen.

risikere konvensjonsbrudd forskyve balansepunktet mellom rettighetene i forhold til det som er lagt til grunn i konvensjonene og håndhevingsorganenes praksis. Der f.eks. retten til respekt for privatlivet må balanseres mot ytringsfriheten, vil økt vern av ytringsfriheten i grunnloven kunne lede til krenkelse av EMK artikkel 8.

Et krevende spørsmål er også hvordan økonomiske og sosiale rettigheter eventuelt skal grunnlovfestes.

EUs charter om grunnleggende fri- og rettigheter artikkel 34 og 35 er relativt forsiktig formulert når det gjelder disse rettighetene. Rett til blant annet sosialhjelp og helsehjelp anerkjennes ”i samsvar med reglene i EU-lovgivning, nasjonal lovgivning og praksis”.

Hvor langt ØSK går, er ikke alltid så lett å lese av konvensjonen, som i artikkel 2 pålegger statene plikt til å gradvis gjennomføre rettighetene ut fra sine tilgjengelige ressurser. Dersom man begrenser seg til å skrive inn denne typen rettigheter som programerklæringer, slik vi finner i den svenske regeringsformen 1 kapittel 2 § og i den norske grunnloven § 110, går imidlertid grunnlovsbestemmelsene kortere enn konvensjonsforpliktelsene etter ØSK, iallfall slik de forstås av FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. F.eks. innebærer ØSK artikkel 11 om retten til en rimelig levestandard – foruten en plikt for staten til å legge forholdene til rette for en gradvis gjennomføring av denne retten – blant annet en absolutt plikt til å sørge for at alle får dekket sitt grunnleggende behov for mat, rent vann, klær og husvære<sup>20</sup>. De som er nektet denne retten, skal ha tilgang til adekvate botemidler (”adequate remedies”).

Hvilken status komiteens generelle tolkninger av ØSK har, kan kanskje diskuteres. Det er imidlertid lett å være enig med komiteen i at skal konvensjonen ha noen mening, må iallfall disse minstekravene oppfylles såfremt det finnes ressurser til det.

Det kan fremstå som noe av et paradoks om ikke de nordiske velferdsstater med sin vekt på gode ordninger for å hindre sosial nød, skulle kunne ta sjansen på å grunnlovfeste iallfall slike minimumsrettigheter. For å unngå å gi inntrykk av at statens plikter stopper ved oppfyllelsen av disse minstekravene, vil det imidlertid fortsatt være behov å si noe mer, kanskje i form av programerklæringer av typen ”det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for...”, eller ved å anerkjenne den mer omfattende retten til en rimelig levestandard mv., men henviser til at nærmere bestemmelser gis i lov. Den finske grunnloven 19 § om rett til sosial trygghet ser ut til å bygge på en slik modell.

Det er også nærliggende å spørre om det ikke er mulig å ta skrittet fullt ut, og skrive inn også retten til en rimelig levestandard og til nødvendig sosial- og helsehjelp i grunnloven – uten å begrense den individuelle retten til et minimum. Innvendingen er naturligvis at det ikke er opp til domstolene å fastsette nivået på offentlige ytelser – og det kan man jo tenke seg kunne bli en følge av at søksmål om erstatning for manglende ytelser førte fram. På den annen side er det neppe grunn til å tro at domstolene ville være særlig ivrige etter å overprøve myndighetenes prioriteringer så lenge myndighetene kan vise at de samvittighetsfullt søker å oppfylle

---

<sup>20</sup> Se ØSK-komiteens generelle kommentar (GK) nr. 3 (1990) avsnitt 9, GK nr. 12 (1999) avsnitt 8 om retten til mat, GK nr. 15 (2002) avsnitt 40 jf. 37 om retten til vann, tilgjengelige på <http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>.

sin plikt til å etablere gode ordninger for å sikre sosial støtte, helsehjelp, vann- og strømforsyning, boliger mv.

Det skal ikke konkluderes her med hvordan bestemmelser om økonomiske og sosiale rettigheter bør utformes. Tese 5 og 6 er av mer generell karakter:

**Tese 5:** Grunnlovsbestemmelsene bør gi minst like god beskyttelse av menneskerettighetene som de internasjonale menneskerettsbestemmelsene statene er forpliktet av.

**Tese 6:** Grunnlovsbestemmelsene bør for øvrig, både i form og innhold, tilpasses de nasjonale behovene og tradisjonene i de nordiske landene.

### 3 Kontroll med lovgivningen

#### 3.1 Forhåndskontroll

I Sverige og Finland etablerer grunnlovene ordninger for kontroll med at regjeringens lovforslag ikke strider mot menneskerettskonvensjoner eller grunnlovfestede fri- og rettigheter. I Sverige foretas slik forhåndskontroll av lagrådet, som består av dommere eller pensjonerte dommere fra de to høyeste domstolene<sup>21</sup>. Lagrådets uttalelser er rådgivende, ikke bindende, men de er offentlige<sup>22</sup>. I Finland er det nasjonalforsamlingens grunnlovsutvalg – Riksdagens grundlagsutskott – som foretar en forhåndsvurdering av lovers grunnlovsmessighet og overensstemmelse med internasjonale menneskerettskonvensjoner<sup>23</sup>. Komiteen er sammensatt av parlamentarikere. Den nyter respekt for sin integritet og ikke-partipolitiske tilnærming, og dens meninger har stor autoritet.

Da den norske menneskerettsloven ble forberedt, var det oppmerksomhet om behovet for å sikre at forholdet til menneskerettskonvensjonene ble vurdert i forbindelse med lovforberedelsen. Regjeringen avviste imidlertid kort et forslag om å utpeke et eget ekspertorgan til å gjennomgå lovforslag fra regjeringen. Verken den svenske eller finske ordningen ble vurdert.<sup>24</sup> Begge er imidlertid verdt å studere for oss som mangler formaliserte ordninger for forhåndskontroll. For selv om det i forbindelse med høringen og innenfor regjeringsapparatet skal vurderes om loven krenker grunnleggende fri- og rettigheter, er det en fare for at tidsnød, manglende kunnskap eller et sterkt politisk ønske om å gjennomføre en reform, gjør at regjeringen ikke i tilstrekkelig grad er oppmerksom på de grunnlovsspørsmål saken reiser.

Det kan sikkert reises innvendinger mot forhåndskontroll. Kanskje er det en risiko for at organets ”godkjentstempel” gjør det vanskelig å bestride loven senere<sup>25</sup>, eller motsatt, at organet er så forsiktig at lovgivning blir stanset som kunne og burde ha passert. Likevel fremstår det som en klar fordel at man unngår å vedta lover som

<sup>21</sup> Se regeringsformen 8 kapittel 18 §.

<sup>22</sup> En oversikt over saker hvor uttalelsene ikke er fulgt finnes i Nergelius: Svensk staträtt (2010) side 233.

<sup>23</sup> Finlands grunnlov 74 §.

<sup>24</sup> NOU 1993: 18 og Ot.prp. nr. 3 (1998-99) side 57.

<sup>25</sup> Se for eksempel Veneziakommisjonens uttalelse 420/2007 om Finland side 25, omtalt nedenfor.

krenker menneskerettighetene, med de omkostningene slike krenkelser har for dem som rammes. Også for staten kan etterfølgende reparasjon være kostbart. Prestisjenederlaget er vel også mindre om en lov stoppes på forhånd enn om den senere underkjennes.

Med tanke på at grunnleggende fri- og rettigheter innskrenker handlingsrommet for lovgiverne, er det – fra et demokratisynspunkt – noe meget tiltalende ved den finske ordningen. Her er det lovgiverne selv som samvittighetsfullt vurderer grunnlovsmessigheten. Hvorvidt ordningen lar seg overføre til andre stater hvor det ikke er tradisjon for at politikerne selv foretar en slik prøving, er imidlertid usikkert. Det kan nevnes at Norges høyesterett i 2010 hadde til behandling to grunnlovssaker hvor det hadde vært uenighet i Stortinget om de aktuelle lovenes grunnlovsmessighet<sup>26</sup>. Til tross for at Stortinget innhentet synspunkter fra juridiske eksperter og tok grunnlovsspørsmålene meget alvorlig, fulgte representantenes synspunkter partilinjene. Det gir grunnlag for en viss skepsis. Men kanskje vil lovprøving satt i system innebære at partipolitiske standpunkter kommer i bakgrunnen.

Det er mulig at Danmarks, Norges og Islands systemer med én høyesterett gjør det urealistisk med en ordning for prøving av lovforslag inspirert av den svenske. Slik vi har det i Norge idag, er det vanskelig å se for seg at dommerne skulle kunne kombinere dømmende virksomhet med å sitte i et lovråd. Det kan også være problematisk ved en eventuell etterfølgende behandling av loven om flere av dommerne har behandlet den på forhånd.

Tanken på å utvikle ordninger for forhåndskontroll, uavhengig av regjeringen, bør likevel forfølges videre, hvilket leder til

**Tese 7:** De nordiske land som ikke har en grunnlovfestet ordning for forhåndskontroll med lovforslags forhold til grunnloven og menneskerettskonvensjonene, bør søke å innføre slike.

### 3.2 Etterhåndskontroll med lovgivning – forfatningsdomstoler

Viktig fra ståstedet til bærerene av fri- og rettighetene er at det ikke er for kostbart eller vanskelig å påberope seg dem. Da den norske menneskerettsloven ble forberedt, ble det derfor lagt vekt på den rolle Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannen) kunne spille for å følge opp klager fra enkeltindivider om at de hadde vært utsatt for krenkelser. Riktignok kan ikke en henvendelse til Sivilombudsmannen anses for uttømming av nasjonale rettsmidler, jf. EMK artikkel 35 nr. 1, men det er uvesentlig dersom problemet løses etter en henvendelse dit. Dette er en rolle ombudsmannen har påtatt seg – og som er viktig. Fordelene er åpenbare: Ordningen er gratis, og krever ikke annet enn et brev fra den som mener rettighetene er krenket. Ordningen er også supplert med en bestemmelse i rettshjelpsloven om at

---

<sup>26</sup> Rederiskattdommen, jf. Rt. 2010 side 258, hvor Høyesterett med knappst mulig flertall kom til at en overgangsbestemmelse i en skattelov krenket forbudet mot tilbakevirkende lover i grunnloven § 97, og dommen om Opplysningsvesenets fond, jf. Rt. 2010 side 807, hvor Høyesterett med et litt større flertall kom til at regjeringens instruks til Opplysningsvesenets fond om å gi tomtefestere gunstige innløsningsvilkår mv., krenket grunnloven § 106.

fri sakførsel skal innvilges uten behovsprøving for den private part i saker hvor søksmål er anbefalt av Sivilombudsmannen<sup>27</sup>.

Forvaltningsklagerett, kontrollkommisjoner i psykisk helsevern, muligheten for å bruke Sivilombudsmannen og andre liknende ordninger løser mange spørsmål om menneskerettsbrudd. Noen saker løses likevel ikke på den måten, blant annet saker hvor det er spørsmål om en lov strider mot en grunnleggende fri- eller rettighet. Da blir det spørsmål om domstolskontroll.

Alle de nordiske land har nå den ordning at personer som mener at en lov har ført til at en av deres grunnlovfestede fri- eller rettigheter er blitt krenket, kan få spørsmålet prøvet i den konkrete saken ved saksanlegg for domstolene<sup>28</sup>. Ordningen er eldst i Norge, hvor den har eksistert siden 1800-tallet, og ferskest i Finland, hvor den først ble anerkjent i grunnloven som trådte i kraft i 2000<sup>29</sup>. Er dette godt nok, eller ville det vært bedre med forfatningsdomstoler slik vi kjenner blant annet fra Østerrike og Tyskland?

Et typisk trekk ved forfatningsdomstoler er at det dreier seg om sentraliserte og som regel spesialiserte domstoler med kompetanse til å finne at lover er grunnlovsstridige. For øvrig kan det være forskjeller når det gjelder hvem som kan anlegge saker, om det kan gjøres før loven er vedtatt eller etterpå, mv.

Spørsmålet om forholdet mellom den nordiske formen for domstolskontroll og forfatningsdomstoler ble kommentert av Den europeiske kommisjonen for demokrati gjennom lovgivning – Venezia-kommisjonen – da den på forespørsel fra det finske justisdepartementet foretok en evaluering av den finske grunnloven i 2007-2008<sup>30</sup>. Kommisjonen uttalte at mens den tidligere har fremhevet verdien av å etablere forfatningsdomstoler, er dette åpenbart ikke obligatorisk. Det viktige er at alle interesserte personer har tilgang til domstolsprøving av lovers grunnlovsmessighet, og at domstolenes avgjørelser blir lagt til grunn i ettertid. ”If these two requirements are satisfied, the Nordic model of judicial review of legislation, as applied in the Finnish Constitution, is certainly acceptable”, uttalte kommisjonen.

Spørsmålet ble også vurdert i forbindelse med reformen av den svenske regeringsformen i 2010. En ekspertgruppe som ble bedt om å utrede ulike former for normkontroll, skisserte tre ulike modeller for en forfatningsdomstol. Gruppen kom ikke med noen anbefaling, men pekte blant annet på følgende mulige grunner til å vurdere innføring av en forfatningsdomstol:<sup>31</sup>

- Normprøvingen har ikke en tilstrekkelig fremtredende rolle i de ordinære domstolenes virksomhet
- De politiske sidene ved lovprøvingen krever en særskilt kompetanse
- En forfatningsdomstol er lettere tilgjengelig for den enkelte
- En forfatningsdomstol kan lettere utarbeide en enhetlig og overskuelig praksis
- En forfatningsdomstol kan ha egne prosessregler særlig egnet for sitt formål
- En forfatningsdomstol kan rekruttere dommere særlig egnet for sitt formål

<sup>27</sup> Rettshjelpsloven § 16 første ledd nr. 3.

<sup>28</sup> Spørsmålet om prosessuelle vilkår, som tidsfrister og interesse i saken, tas ikke opp her.

<sup>29</sup> Se Finlands grunnlov 106 §.

<sup>30</sup> Opinion No. 420/2007 se <http://www.venice.coe.int>.

<sup>31</sup> Fritt og forkortet gjengitt etter SOU 2007: 85 side 71 flg.

- Den rettsskapende betydning av forfatningsavgjørelser øker, særlig hvis EMK og andre internasjonale rettighetsinstrumenter inkorporeres slik at de får samme rang som fri- og rettighetene i regeringsformen.

Under høringen uttrykte Sveriges advokatsamfund ønske om at det ble innført forfatningsdomstol. Det ble avvist. Regjeringen uttalte at dagens ordning er vel egnet til å gi de resultater som lovprøving skal.<sup>32</sup>

Det kan altså konstateres at tanken om overgang til forfatningsdomstoler ikke får særlig drahjelp av Veneziakommisjonen, og det ser også ut til at den ikke lett fenger i våre land. Det kan ha gode grunner. En slik ordning vil bryte markant med våre tradisjoner, og selv om enkelte av de argumenter som ble trukket fram av den svenske ekspertgruppen er tankevekkende, er likevel forbedringer innenfor dagens ordninger mer nærliggende. Spesielt bør det være gode rettshjelpsordninger. Dette leder til

**Tese 8:** Det er ikke nødvendig og neppe ønskelig å innføre forfatningsdomstoler i Norden, men det må sikres at tilgangen til domstolprøving av lovers overensstemmelse med grunnleggende fri- og rettigheter er reelt tilgjengelig.

### 3.3 Domstolenes anvendelse av EMK ved prøving av lover

Der EMK er inkorporert og skal ha forrang ved motstrid med annen lovgivning, må rettsanvenderne anvende EMK når det oppstår spørsmål om en lov krenker noens fri- og rettigheter. Men også der en lov skal prøves mot grunnlovfestede fri- og rettigheter, vil det som regel være nødvendig å forholde seg til konvensjonen.

Riktig nok er det ikke nødvendigvis sammenfall mellom grunnlovenes bestemmelser om grunnleggende fri- og rettigheter og de korresponderende rettighetene i EMK (og andre konvensjoner). Spesielt i de gamle grunnlovene kan rettighetene ha et dårligere vern. Omvendt kan grunnlover tidvis gi et bedre vern. Det beror på en tolkning av grunnlovsbestemmelsen ut fra ordlyd, forarbeider, rettspraksis mv. hvor langt bestemmelsen rekker. Når for eksempel den norske grunnloven § 96 bestemmer at ”Pinligt Forhør maa ikke finde Sted”, er det klart at den bare dekker en del av forbudet mot tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff i EMK artikkel 3. For det området som er felles, tortur under avhør, vil imidlertid EMK være en av kildene domstolene må konsultere hvis det blir behov for å fastlegge det nærmere innholdet av § 96. Staten har folkerettslige plikt til å respektere og sikre oppfyllelse av EMK, og det ville harmonere dårlig med dette om rettsanvenderne ikke tar EMK med i betraktning ved fortolkningen av en korresponderende grunnlovsbestemmelse. Det betyr ikke at forståelsen av EMK nødvendigvis blir utslagsgivende for tolkningen – det vil bero på om det foreligger andre tungtveiende rettskildedefaktorer som trekker i en annen retning.

Et velkjent spørsmål er da hvor sikker fortolkningen av EMK må være for at domstolene skal kunne fastsette at en lov strider mot konvensjonen.

Av interesse her er Sveriges og Finlands skrevne grunnlovbestemmelser om prøvingsretten. I Finland begrenser grunnloven 106 § uttrykkelig domstolenes adgang

---

<sup>32</sup> Prop. 2009/10:80 side 142.

til å gi grunnloven forrang til de tilfellene hvor anvendelsen av en lov åpenbart skulle stride mot grunnloven, jf. § 106. Tatt på ordet skulle bestemmelsen innebære stor varsomhet med å la en tolkning av EMK som ikke har solid støtte i menneskerettsdomstolens praksis, påvirke forståelsen av grunnloven. Interessant nok ble en tilsvarende bestemmelse i den svenske regeringsformen fjernet i 2010, og erstattet med en setning om at domstolene ved prøving av en lov særskilt skal ta i betraktning at riksdagen er folkets fremste representanter, og at grunnlov går foran lov<sup>33</sup>. Begrunnelsen for endringen var i følge regjeringens proposisjon dels et ønske om å harmonisere prøvelsesretten med den som foreligger der EU-charteret om grunnleggende rettigheter eller EMK, gjennom EU-retten, gjelder. I disse tilfellene innebærer EU-rettens forrang at det ikke kan kreves åpenbar motstrid for å tilsidesette lover. Det ble også fremholdt at det er av særskilt betydning at grunnlovens regler om sentrale fri- og rettigheter fullt ut får gjennomslag i rettsanvendelsen. Videre ble det vist til at det kan være vanskelig å forene forpliktelsen etter EMK med et krav om åpenbarhet for å tilsidesette en lov eller forordning som kan bedømmes å stå i strid med konvensjonen.<sup>34</sup>

I Danmark – hvor domstolene tradisjonelt har vært meget tilbakeholdne med å benytte prøvingsretten – synes også utviklingen å gå i retning av at domstolene inn- tar en mer aktiv rolle overfor lovgiver, blant annet under påvirkning av den inter- nasjonale menneskerettskontrollen<sup>35</sup>.

Den islandske høyesterett spiller en aktiv rolle i ivaretagelsen av grunnleggende fri- og rettigheter. I saker avgjort i tidsrommet 2002 til 2008 har Islands høyesterett i snitt prøvd grunnlovsmessigheten av lover i fire saker i året, og i ti av disse funnet at en lov var grunnlovsstridig.<sup>36</sup>

Også den norske høyesterett spiller en aktiv rolle i prøvingen av lover mot grunnloven, EMK og andre konvensjoner. Høyesterett har slått fast at når domstolene står overfor spørsmålet om å gi EMK forrang, skal de foreta en selvstendig tolking av konvensjonen, og benytte samme metode som Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD). Norske domstoler skal altså forholde seg til konvensjons- teksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning<sup>37</sup>.

Dette prinsipielle utgangspunktet gjør det mulig å lojalt følge EMDs praksis, men også å søke å påvirke EMDs praksis ved å vektlegge nasjonale verdiprioriteringer ved tvil om hvor langt EMK går. Det siste er viktig, siden det ikke finnes noen reell mulighet for å endre EMK dersom statene mener EMD går for langt i å utvikle konvensjonen gjennom tolkning. Det er derfor behov for en form for dialog mellom de nasjonale domstolene og EMD. Dette forutsetter at de nasjonale domstolene redegjør grundig for hvorfor de mener den lovfestede nasjonale ordningen er forenlig med konvensjonen.

---

<sup>33</sup> Regeringsformens 11 kapittel 14 §.

<sup>34</sup> Se prop. 2009/10:80 side 146-147.

<sup>35</sup> Zahle (red): Danmark riges Grundlov med kommentarer (2006) side 85.

<sup>36</sup> Se Ragnhildur Halgadóttir: Status Presens – Judicial Review in Iceland, i Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter nr. 2: 2009, side 188 flg.

<sup>37</sup> Se Rt. 2005 side 833.

På denne bakgrunn kan det spørres om ikke de nasjonale domstoler ved tvil om forståelsen av EMK ikke bare *må kunne* trekke inn de verdiprioriteringer som ligger til grunn for nasjonal lovgivning ved avveiningen av ulike interesser eller verdier, men *skal* gjøre det. Forutsetningen er naturligvis at disse anses forenlig med konvensjonen og dens formål. Dette leder til

**Tese 9:** Domstolene skal foreta en selvstendig tolkning av EMK etter samme metode som EMD – med vekt på ordlyd, formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Men ved tvil om forståelsen av konvensjonen, skal domstolene trekke inn de verdiprioriteringer som ligger til grunn for nasjonal lovgivning og rettsoppfatning såfremt disse anses forenlig med konvensjonen og dens formål.