

FOLKERETT SOM RETTSKILDE I INTERNRETEN

- analyse av den tradisjonelle fremstilling, samt en rettsanvendelsesorientert systematikk tilpasset EMKs rolle

Kandidatnummer: 321

Veileder: Henrik Horn

Leveringsfrist: 27.11.2006

Til sammen 17976 ord

07.06.2007

Innholdsfortegnelse

<u>FORORD</u>	<u>1</u>
<u>1 INNLEDNING</u>	<u>2</u>
1.1 Oppgavens tema	2
1.2 Avgrensning og presisering	4
<u>2 FOLKERETTENS GJENNOMSLAG I NASJONAL RETT FØR MENNESKERETTSLOVEN – DEN TRADISJONELLE FREMSTILLINGEN</u>	<u>8</u>
2.1 Utviklingen frem til i dag – prinsippenes hegemoni	9
2.1.1 Det dualistiske og monistiske prinsipp	9
2.1.2 Forrangsprinsippet	16
2.1.3 Presumsjonsprinsippet	19
2.1.4 Klarhetsprinsippet	27
2.1.5 Retningslinjene fra Bøhler-dommen – eller prinsippet om selvstendig tolkning?	30
2.2 En kritikk av den tradisjonelle fremstillingen	32
2.2.1 Terminologien, om ”prinsipp”	33
2.2.2 Systematikken	34
2.2.3 Det metodeteoretiske preget	36
2.3 Foreløpig oppsummering	37
<u>3 FRA ”PRINSIPP” TIL ”NORM” – ET STEG NÆRMERE RETTSANVENDELSESPROSESSEN</u>	<u>38</u>
3.1 Relevansstadiet	39

3.1.1	Normen om EMKs relevans	39
3.1.2	Normen om aksept av EMD-praksis	40
3.1.3	Betydningen av prejudikatets tilgjengelighet	41
3.2	Tolkningsstadiet	43
3.2.1	Normen om statenes skjønnsmargin	43
3.2.2	Normen om frihet ved selveffektuerende regelutforming	44
3.2.3	Normen om selvstendig tolkning	47
3.2.4	Betydningen av klagesystemets utforming	52
3.2.5	Spørsmålet om presiserende og dynamisk tolkning	54
3.2.6	Spørsmålet om avvisningskjennelsers vekt	55
3.3	Avveiningsstadiet	58
3.3.1	Normen om forrang ved motstrid	58
3.4	Oppsummering	59
LITTERATURLISTE		63

Forord

Min første skikkelige kontakt med stoffet denne oppgaven handler om, fikk jeg som student på 4.avdeling ved det juridiske fakultet i Oslo. Tidligere på studiet hadde jeg så og si tangert spørsmålet om folkerettens stilling som rettskilde i norsk rett både gjennom studiet av statsforfatningsretten, folkeretten og andre fag. Men da jeg deltok på et kurs i domsanalyse, som en del av faget rettskildelære, fikk jeg likevel en aha-opplevelse. Den aktuelle dommen var Rt.2003.833 uskyldspresumsjon, hvor Høyesterett i plenum tok stilling til spørsmålet om en norsk straffebestemmelse var i strid med EMK. Det var fascinerende å se hvordan Høyesterett, for å ta stilling til det rettslige spørsmålet, benyttet seg av et meget omfattende rettskildemateriale. Både folkeretten, herunder avgjørelser fra domstolen i Strasbourg, norsk materiell strafferett, og spørsmålet om hvordan norske domstoler skal bruke EMK som rettskilde, var gjenstand for Høyesteretts vurderinger i denne avgjørelsen. Jeg husker at flere enn meg som ble slått over hvor langt vår øverste domstol først gikk i å fastlegge både innholdet i lovteksten, og lovgiverviljen, for deretter helt åpent å komme til et annet resultat enn det disse tilsa. Da kurslederen senere delte ut to artikler, av Jo Hov og Carsten Smith, tenkte jeg at her måtte det ligge mye godt materiale for en masteroppgave! (De to artiklene er referert i litteraturlisten: Hov, 2004 og Smith, 2005.) For en jusstudent, som var vant til å lese lærebøkernes fremstillinger, var det uvant å se to forfattere med så sterke og ulike oppfatninger. Ikke bare sprikte oppfatningene av hva som ville være fornuftig tilnærming til EMK. Tilsynelatende hadde de to tunge juristene også en ganske ulik oppfatning av den rettslige virkelighet på området.

1 Innledning

Det er nå gått over seks år siden vedtakelsen av menneskerettsloven. Alle norske jurister og rettsanvendere kjenner i dag til at flere menneskerettskonvensjoner her er gjort til norsk lov, og at spesielt EMK har hatt et voldsomt gjennomslag som rettskilde i norsk rett.

Selv om hovedlinjene i utviklingen er velkjente for norske jurister, tror jeg at mange av de som ikke jevnlig jobber med disse spørsmålene, føler seg usikre når de begir seg inn på rettsområdet. Dersom en slik antakelse skulle være riktig, kan det selvsagt skyldes at tilfanget av stoff er stort, og at det er språklige utfordringer. Det kan også tenkes at mange ikke er godt nok informert om konkrete forhold rundt konvensjonen, slik som hvilke rettskraftvirkninger avgjørelser fra EMD har i Norge, hvilke prosedyrer som må følges ved saksanlegg for domstolen, og så videre.

Jeg tror imidlertid det er en utbredt forestilling blant mange er at den juridiske metode som anvendes for å løse et rettsspørsmål hvor EMK er relevant, ikke er helt den samme som den velkjente ”norske metodelære”. Mange har også kjennskap til en del sentrale begreper, som har vært brukt for å angi aspekter ved forholdet mellom norsk rett og folkerett, slik som f.eks. *det dualistiske prinsipp, presumsjonsprinsippet, forrangsprinsippet og klarhetsprinsippet*. Men både de ulike begrepers konkrete innhold, relevansen i dag, og ikke minst koblingen til metoden når rettsspørsmål skal løses, er for mange uklar.

1.1 Oppgavens tema

I 1962 skrev Carsten Smith at ”Forholdet mellom den internasjonale rettsorden og de enkelte nasjonale rettssystemer er i vårt århundre et av de store rettsvitenskapelige

spørsmål”¹. Det er ikke vanskelig å slutte seg til dette utsagnet. Men vi kan tilføye at, da det ble skrevet, hadde man bare sett begynnelsen på den utvikling som skulle komme. Ut over andre halvdel av forrige århundre så man en endring og økning i bruken av folkerettslige rettskilder i norsk rett. Vedtakelsen av menneskerettsloven i 1999 var en milepæl i denne utviklingen.

Hovedproblemstillingen i oppgavens første del er å vurdere hvor godt egnet den tradisjonelle fremstilling av folkerettens stilling i norsk rett, er til å fremstille forholdet mellom norsk rett og EMK. Et spørsmål som da også må besvares, er hvor godt egnet fremstillingen er *har vært* til å fremstille forholdet mellom norsk rett og folkeretten.

Rettsutviklingen vi har sett kan gi grunnlaget for en oppfatning av at folkerettens anvendelse som rettskilde nå står i en prinsipielt annen situasjon enn tidligere. Et spørsmål som må besvares, er derfor om EMKs stilling i norsk rett i dag, i det hele tatt kan sees på som en del av Smiths ”store rettsvitenskapelige spørsmål”. På denne bakgrunn må det så vurderes i hvilken grad det er hensiktsmessig å trekke inn de tradisjonelle begrepene for fremstillingen av folkerettens stilling i Norsk rett.

I oppgavens første del vil jeg derfor se både på fremstillingen og bruken av folkerett som rettskilde i nasjonal rett frem til vedtakelsen av menneskerettsloven. Jeg vil se på hvordan juridisk teori fremstiller rettsområdet, særlig i hvilken grad de sentrale begrepene utvikles. Jeg vil også undersøke i hvilken grad rettsanvender benytter seg av begrepene, spesielt om begrepene brukes som rettsanvendelsesnorm.

På bakgrunn av gjennomgangen vil jeg vurdere hva som er den beste systematikken for å fremstille normene for anvendelse av folkerett i norsk rett.

¹ Smith, 1962, side 183

I 1982 skrev Helgesen, som en videreutvikling av synspunkter tidligere fremsatt av Smith²: ”spørsmålet om folkerettens stilling ved norske [...] domstoler – eller hos norske rettsanvendere generelt – er ikke primært, men utelukkende av rettskildemessig art”³. Gjelder dette også EMKs stilling i norsk rett? Hovedproblemstillingen i oppgavens andre del blir: Hvilke normer styrer rettsanvendelsen der EMK er en av rettskildene?

Det er denne koblingen mellom normene for rettsanvendelse og den faktiske EMK-baserte rettsanvendelse, som på mange måter er oppgavens hovedpoeng. Mitt håp er at den kan være til nytte for jurister eller studenter som måtte føle at den usikkerhet jeg beskrev innledningsvis, i noen grad gjelder dem. Når det er sagt, ønsker jeg også å bidra til at den debatt som foregår rundt emnet, kan føres på bakgrunn av en felles rettslig virkelighetsoppfatning.

1.2 Avgrensning og presisering

Selv om jeg enkelte steder vil komme inn på innholdet i EMK og analysere EMD-avgjørelser, er det ikke dette som er oppgavens utgangspunkt. Den som er ute etter veiledning i materielle EMK-rettslige spørsmål, bør derfor lete andre steder.

Det må dessuten understrekes at gjennomgangen av den tradisjonelle fremstilling i oppgavens første del, ikke er ment som en fullstendig fremstilling av folkerettens stilling i norsk rett i denne perioden. Dette spørsmålet ville kreve en bredere tilnærming. Hensikten er å vurdere hvor godt egnet de tradisjonelle begrepene er til å fremstille rettsområdet. Utvalget av praksis og teori ved gjennomgangen av begrepene, er derfor styrt av behovet for å utforske sider ved denne problemstillingen.

Noe, men ikke alt som skrives, vil være relevant for de andre menneskerettskonvensjonene som er inkorporert i menneskerettsloven. Når jeg har valgt meg ut EMK, er det fordi denne

² Smith 1980 side 307

³ Helgesen, 1982, side 6

står i en særstilling i forhold til de andre konvensjonene hva gjelder anvendelse. Det aller meste av rettspraksis med folkerettslig innhold, både like før og etter vedtakelsen av menneskerettsloven, gjelder EMK. Det finnes lite som direkte gjelder de andre konvensjonene. Prosessen med å utlede regler for bruk av de andre konvensjonene som rettskilde, ville derfor i stor grad ta utgangspunkt i EMK-relatert praksis, og deretter komme som en tilleggsoperasjon med betydelig grad av usikkerhet. Selv om veien sikkert ville være farbar for en masterstudent, har jeg valgt å ikke gå den her⁴.

Når jeg bruker begrepene ”norsk rett” og ”internrettslig”, brukes de om rettskilder og rettsprosesser med nasjonalt opphav, som en motsetning både til folkeretten generelt og til EMK. Etter vedtakelsen av menneskerettsloven kan det sikkert innvendes at det hefter en viss mangel på presisjon ved en slik bruk. Jeg synes likevel at begrepene fungerer intuitivt godt, og sontringen er nødvendig.

En oppgave med problemstillinger som denne, vil nødvendigvis ha et innvalg av juridisk metodelære. I denne forbindelse er det nødvendig å avgrense mot en generell drøftelse av metodelæren. Som kjent er dette et felt med få formelle normer⁵. Det finnes heller ingen autoritativ, fullt ut akseptert fremstilling⁶. Jeg vil forsøke å holde meg til en fremstilling som er forståelig for en jurist, uten å binde meg til en enkelt forfatters systematikk eller terminologi.

Som det fremgår ovenfor, er en av oppgavens problemstillinger å vurdere om begrepene som brukes i fremstillingen av folkerettens stilling i norsk rett, er *rettsanvendelsesnormer*.

⁴ Konvensjonene som er inkorporert i menneskerettsloven er selvsagt også materielt ulike. Dette kan ha betydning for rettanvendelsen der konvensjonene er rettskilde. Se for eksempel Bårdsen, 2000.

⁵ Krüger, 1996 sier det slik: ”sammenlignet med andre rettsområder innen hvert enkelt rettssystem, f eks (sic) norsk rett, er rettsanvendelse gjennomgående et felt med sparsom og nokså fragmentarisk lovregulering”

⁶ Et eksempel er hvordan Helgesen har en annen oppfatning enn Eckhoff av prosessen med harmonisering av rettsregler. Eckhoff sontrer mellom motstrid mellom rettskilddefaktorer og motstrid mellom rettsregler, og deler harmoniseringen inn i to prosesser med ulikt innhold. Se for eksempel Eckhoff 1971 side 270 flg. Helgesen ser alt som harmonisering av rettskilddefaktorer, tilsynelatende med et større element av vekselvirkning mellom resultat og harmonisering. Se Helgesen 1979 side 1.

Dette begrepet er sentralt i oppgaven, samtidig som det kan være komplisert. Jeg vil forsøke å forklare hva jeg legger i det.

Min bruk av begrepet sikter i retning av det Eckhoff kalte ”prinsipper for rettsanvendelsen”⁷. Han tenkte på disse som regler som ”holder til i etasjen over” de alminnelige rettsreglene. Eckhoffs fremstilling av prinsippene er av enkelte blitt oppfattet som noe rund i kantene⁸, spesielt fordi han også i denne sammenhengen fremhever rettsanvenders egen oppfatning, og i liten grad er villig til å akseptere at rettsanvendelsen styres direkte av de fastlagte normer. Som Eckhoff selv sa det: ”Men systematikken er viktig, fordi den har lett for å prege vår tenkning”⁹.

Når jeg har valgt et annet begrep er det først og fremst fordi jeg i begrepsbruken har behov for å tone ned vekselvirkningen mellom hvordan retten *fremstilles*, *oppfattes* og *er*. Det er nemlig delvis denne virkningen jeg skal se på, når jeg skal undersøke om begrepene brukes som rettsanvendelsesnormer. Dette ville blitt vanskelig dersom jeg brukte et begrep som i seg selv var relativt. Min bruk av begrepet tar derfor utgangspunkt i at det finnes et klart skille mellom begreper som beskriver rettsanvendelsen, og begreper som styrer rettsanvendelsen. Rettsanvendelsesnormene styrer rettsanvendelsen. Jeg har imidlertid ingen problemer med å medgi at dette skillet – til en viss grad – er en fiksjon.

Det går en sontring mellom normer med regelkaraktér, og normer med retningslinjekaraktér. Dette er spørsmål om i hvilken grad det kan tenkes unntak fra normen, som jeg ikke stilling til i min terminologi. Også her blir det derfor en forenkling.

Rettsanvendelsesnormene vil ha konsekvenser for rettsanvendelsen. Det finnes imidlertid også *andre forhold* som kan ha betydning for rettsanvendelsen. For eksempel vil mangelfull informasjon til rettsanvenderne, eller rettsøkonomiske vurderinger, kunne ha

⁷ Eckhoff 2001 s. 22

⁸ Graver, 2000 side 429: ”Selv om Eckhoff presenterte sin rettskildelære som deskriptiv, er han ikke entydig med hensyn til på hvilken måte løsning av rettsspørsmål forholder seg til normer.”

⁹ Op.cit. side 22

innvirkning. Det er imidlertid ikke naturlig å kalle slike forhold for rettsanvendelsesnormer. Vi ser at en forutsetning for at noe skal være en rettsanvendelsesnorm, er at det i en viss forstand er anerkjent at den *skal* styre rettsanvendelsen. Dens normative funksjon må være synlig, og gjenstand for en viss oppslutning de lege lata. Denne oppslutningen om normen *qua norm* vil stå helt sentralt i gjennomgangen.

Når det er sagt, vil også de forhold som påvirker rettsanvendelsen uten å være normer, ha interesse i en fremstilling. Dette kommer jeg nærmere tilbake til i punkt **Error! Reference source not found.**

2 Folkerettens gjennomslag i nasjonal rett før menneskerettsloven – den tradisjonelle fremstillingen

Forholdet mellom folkerett og norsk rett er et rettsområde som har vært grundig beskrevet i teorien de siste 50 årene, til dels av velkjente teoretikere. Det er derfor grunn til å tro at de viktigste begrepene i fremstillingen vil være godt kjent og innarbeidet hos norske jurister.

I det følgende vil jeg gå inn på hvordan de sentrale begrepene er fremstilt og benyttet opp gjennom årene. Jeg vil se på hvordan lovanvender og lovgiver har forholdt seg til dem. I tillegg vil jeg undersøke hvilken rolle juridisk litteratur spiller på området.

Her er spørsmålet først og fremst hvilken systematikk og begrepsbruk som anlegges for å fremstille folkerettens stilling. Jeg vil undersøke om det finnes uklarhet ved at aktørene bruker de samme begreper på ulikt vis. Dette kan gjøre det unødvendig vanskelig å tilegne seg kunnskap på området, og danne grunnlaget både for klar tenkning og for skinndebatt.

Selv om det er dagens situasjon som til syvende og sist er interessant, går jeg også bakover i tid. Når jeg legger såpass mye arbeid i undersøkelsen, også av begreper som ikke lenger har direkte betydning for bruken av EMK som rettskilde, er det fordi jeg tror utviklingen har en selvstendig interesse. Når man skal beskrive rettsanvendelsen – eller anvende retten – og benytter seg av begrepsparene monisme/dualisme, presumsjonsprinsippet/forrangsprinsippet, eller klarhetsprinsippet/prinsippet om selvstendig tolkning, finnes det sannsynligvis et fellestrekk. Man er i ferd med å nærme seg spørsmålet om hvor stor betydning folkerettslige rettskilder tillegges ved løsningen av rettsspørsmål etter intern norsk rett.

Som beskrevet av Graver¹⁰, kan denne juridiske problemstilling sees på som en del av et større spørsmål med politisk tilsnitt. Stikkord er nasjonal selvbestemmelsesrett versus behovet for internasjonalt samarbeid. Som kjent er ikke dette et ukontroversielt emne. Også dette perspektivet taler for å undersøke samspillet mellom juridisk litteratur, lovgiver og rettsanvender, og se på hvilken rolle disse har spilt i utviklingen av rettstilstanden.

2.1 Utviklingen frem til i dag – prinsippenes hegemoni

2.1.1 Det dualistiske og monistiske prinsipp

Begrepene dualisme og monisme retter seg mot forholdet mellom nasjonal rett og folkeretten. De kan anvendes som stikkord for en gammel debatt, med implikasjoner både på det politiske og filosofiske plan, nemlig om nasjonale og internasjonale rettssystemer er å anse som en enhet, eller som to separate systemer. Dualisme betyr ”tohet”, og står i motsetning til monisme som betyr ”enhet”. Sondringen er velkjent også i andre land.

Forbindelseslinjene til det politiske og filosofiske perspektiv på debatten omtales av Helgesen¹¹. Han skriver at monismetenkningen ”henger sammen med Kants universalitetsprinsipp, ”dualisme”-teorien bygger på Hobbes og Hegels teorier om nasjonalstaten.” Som utgangspunkt for det politiske perspektivet kan man kanskje benytte seg av det klassiske skillet mellom internasjonalisme og nasjonalisme. Som nevnt like ovenfor, er disse størrelsene beskrevet – i modernisert versjon – av Graver.

Begrepene har imidlertid vunnet frem som et slags utgangspunkt for en rent juridisk fremstilling av forholdet mellom nasjonal rett og folkeretten.

¹⁰ Se Graver, 2003, Internasjonale konvensjoner som rettskilde. Spesielt avsnittet ”Holdninger til europeisering av retten”.

¹¹ Helgesen, 1982, side 9 flg.

Terminologisk har det vært ganske stor oppslutning om begrepet ”dualisme”¹². Et eksempel på en annen innfallsvinkel finner vi hos Aall: ”Forholdet mellom nasjonal (norsk) rett og folkeretten styres av et overordnet prinsipp – *suverenitetsprinsippet*.”¹³. I dette ligger, i følge Aall, at staten har eksklusiv myndighet innad, samt at den selv velger ”om den vil forplikte seg utad, og om disse forpliktelsene skal være gjeldende rett innad (det siste omtales gjerne som transformasjonsprinsippet)”. Med tanke på de internrettslige implikasjonene av Aalls resonnement, kan det vanskelig hevdes at fremstillingen materielt sett dreier seg om et annet spørsmål. Sannsynligvis kan terminologien sees på som et utslag av en mer statsrettslig enn metodeteoretisk tilnærming.

Spørsmålet om hvilken rolle folkeretten skal spille ved nasjonal rettsanvendelse, er eldre enn terminologien. Da Aubert på 1880-tallet skrev ”Traktater henregnes derfor med fuld Føje bandt Privatrettens Kilder, forsaavidt de have Interesse for denne”¹⁴, betegnet han ikke sitt syn som monistisk. Både i juridisk teori og rettsanvendelse ble det altså materielt sett tatt stilling til bruken av folkerettslige rettskilder, før terminologien vi kjenner i dag ble tatt i bruk. Man kan si at begrepene ble tatt i bruk for å beskrive rettstilstanden, ikke for å etablere den.

Men selv ikke anvendt i en slik juridisk sammenheng, er begrepene entydige. Det springende punkt synes å være hvor langt brukeren er villig til å gå i å tillegge begrepene funksjon som rettsanvendelsesnorm.

Dersom vi tenker oss at begrepene styrer rettsanvendelsen, ser vi allerede ut fra deres språklige betydning at de retter seg mot spørsmålet om rettskildenes relevans.

Konsekvensen av en slik tilnærming er at det dualistiske prinsipp, i sin rene form, sperrer for bruken av folkerettslige rettskilder. For å få relevans, må folkeretten være transformert

¹² Smith brukte i 1964 begrepet ”den dualistiske lære” (Smith, 1964). Senere har han også brukt begrepene ”det dualistiske prinsipp” og ”det dualistiske system”(Smith, 1980). Et eksempel fra den senere tid er Møse. Han bruker begrepet ”det dualistiske prinsipp” som utgangspunkt for sin gjennomgang av folkerettens stilling i norsk rett før menneskerettsloven. (Møse, 2002 side 171 flg.)

¹³ Aall, 2001, side 73

¹⁴ Aubert, 1877, Gjengitt i Helgesen 1982

eller inkorporert i norsk rett. Motsatt gir det monistiske prinsipp folkeretten samme relevans som intern rett.

Tradisjonelt har det imidlertid vært betydelig skepsis mot å innrømme begrepene denne funksjonen. Eckhoff var svært klar i så måte: ”Undertiden brukes uttrykket «dualisme» som betegnelse på det standpunkt at formell innlemmelse av folkerettsregler er nødvendig for at de skal bli intern rett, mens det kalles «monisme» å mene at det ikke er nødvendig. Ingen av uttrykkene er etter mitt skjønn dekkende, for det kan ikke gis noe klart «enten-eller»-svar på det nevnte spørsmål. Uttrykkene er for øvrig hentet fra rettsfilosofiske diskusjoner om hvorvidt folkerett og intern rett utgjør to forskjellige systemer eller er deler av samme system. Men fra det standpunkt som tas til dette konstruksjonsspørsmål, kan det ikke trekkes noen slutning om hva som er gjeldende rett.”¹⁵.

I sin artikkel fra 1962 bruker også Smith begrepene som stikkord for de motstridende, filosofiske tilnærminger: ”Det er to grupper av skoler som står mot hverandre, og som kan karakteriseres ved stikkordene monisme og dualisme”¹⁶. Men i 1964 beveger han seg tilsynelatende i retning av å gi terminologien funksjon som grunnlag for juridiske slutninger: ”Norsk teori har her fra begynnelsen av dette århundre bestemt trukket konsekvensen av den dualistiske lære – og gitt den norske regel prioritet. Domstolene har også flere ganger uttalt den setning at norske lover og forordninger må følges selv om de er i strid med folkeretten”¹⁷. Smith understreker likevel at ”setningen er aldri lagt til grunn for noen avgjørelse”. Hans hovedanliggende i fremstillingen er da også å påvise at folkeretten ved en rekke anledninger hadde blitt brukt som rettskilde i norsk rett.

Helgesen setter i sin fremstilling fra 1982 begrepene ”dualisme” og ”monisme” konsekvent i anførselstegn. Han benytter begrepet ””dualisme”-gunnsetningen”¹⁸, og selv om ha ikke

¹⁵ Eckhoff 2001, side 301

¹⁶ Smith, 1962, side 183

¹⁷ Smith, 1964 side 369

¹⁸ Helgesen, 1982, side 85

nøler med å sondre mellom ”monistiske”, ”halvt monistiske” og ”dualistiske”¹⁹ stater, beholder han også her anførselstegnene.

Et tidlig eksempel hvor EMK ble vurdert som rettskilde, finner vi i de to tannlegedommene. Nyutdannede tannleger måtte jobbe et år i distriktene, med hjemmel i lov av 21.juni 1956 om sivil tjenesteplikt for tannleger. I begge sakene ble det blant annet anført at denne arbeidsplikten stred mot EMK art.4, ”prohibition of slavery and forced labour”.

I Rt-1961-1350 forkastet Høyesterett, med dissens 3-2, anken over en fellende straffedom mot en tannlege som hadde stukket av fra tjenesten. Mindretallet argumenterte på annet grunnlag, og drøftet ikke forholdet til EMK. Flertallet avviste ikke at EMK kunne være relevant, men brukte heller ikke mye plass på å konkludere med at den norske bestemmelsen ikke stred mot konvensjonen. Førstvoterendes begrunnelse lød ganske enkelt: ”Selv om et slikt pålegg kanskje i mange tilfelle kan komme på tvers av den enkeltes interesser i øyeblikket, finner jeg det åpenbart at det ikke med noen rett kan karakteriseres som et overgrep, enn si som en krenkelse av noen menneskerettighet”.

Den straffedømte tannlegen brakte saken inn for EMD. Domstolens 10 dommere delte seg i tre. Flertallet på 6 dommere var delt 4-2 i forhold til begrunnelsen, men avviste klagen fra realitetsbehandling som åpenbart grunnløs. Et mindretall på 4 dommere stemte for realitetsbehandling.

I Rt-1966-476 hadde tannlegeforeningen brakt spørsmålet inn på ny, denne gang som fastsettelsesspørsmål i en sivil sak. I denne avgjørelsen ble spørsmålet om den norske loven var i strid med EMK artikkel 4, drøftet inngående. Drøftelsen strakk seg over nesten fem sider i rettsidene (sidene 482-486). Både EMDs avgjørelse, konvensjonens ordlyd, og annen folkerett ble trukket inn i vurderingen. Avgjørende ble imidlertid en rekke reelle hensyn, knyttet både til folkehelsen, eksistensen av liknende ordninger for andre

¹⁹ Op.cit. side 10 og 11

yrkesgrupper, og en konkret vurdering av tannlegenes situasjon under plikttjenesten. En enstemmig Høyesterett kom til at den norske loven ikke var i strid med EMK.

Med utgangspunkt i det dualistiske prinsipp, kunne man kanskje tenke seg at EMK ville avvises som rettskilde allerede på relevansstadiet. Som vi har sett, gjorde ikke Høyesterett det i noen av avgjørelsene. Dersom vi ser på Rt-1961-1350, kan det muligens allikevel hevdes at førstvoterendes omgang med folkeretten gir uttrykk for en slags dualistisk grunnholdning. Det er i alle fall vanskelig å tenke seg at en intern lov med samme ordlyd som EMK artikkel 4, skulle avspises med en like kortfattet behandling.

Når Høyesterett allerede fire år senere legger betydelig innsats i å drøfte folkerettens materielle innhold, er det nok ikke uttrykk for noen prinsipiell endring i synet på folkerettens relevans. Det er kanskje heller et resultat av den mellomliggende kjennelsen fra EMD. Tross resultatet, viste mindretallets votum at "menneskerettighetene" ikke var så fjærne og abstrakte som førstvoterende i Rt-1961-1350 synes å ha ment.

Det er selvsagt mulig å se på den andre dommen som et uttrykk for at Høyesterett hopper over gjerdet der det er lavest, ved å løse saken med utgangspunkt i EMK. Like fullt harmonerer den omfattende drøftelsen i den andre dommen dårlig med et dualistisk utgangspunkt. Det finnes også indikasjoner på at det, allerede på denne tiden, var en utbredt holdning at EMK var relevant, uavhengig av transformasjon eller inkorporasjon.

En representant for dette synet var Wold²⁰. I 1963 skrev han i en artikkel: "...tar man i betraktning at menneskerettskonvensjonen etter sitt innhold stifter subjektiv rett umiddelbart for enkeltpersonene, og at konvensjonen er ratifisert under den bestemte forutsetning at menneskerettighetene samsvarer med norsk lov, må det være helt ubetenkelig å fastslå at konvensjonen er bindende norsk rett som domstolene må anvende selv om konvensjonen ikke er vedtatt som lov av Stortinget"²¹

²⁰ Terje Wold var på denne tiden Høyesterettsjutiarius.

²¹ Wold, 1963 side 358

Det kan imidlertid se ut som om lovgiver var av den oppfatning at begrepene dualisme og monisme hadde et innhold som norm for rettsanvendelsen. I 1969²² ble den såkalte ”transformasjonskomitéen” nedsatt. Denne skulle vurdere flere spørsmål knyttet forholdet mellom konvensjoner og norsk rettsanvendelse. Et av spørsmålene var om Norge burde gå over fra et dualistisk til et monistisk system. Det må antas at en forutsetning for å drøfte spørsmålet, var at en overgang fra det ene til det andre, ville innebære en endring i gjeldende rett. Begrepene brukes altså som rettsanvendelsesnormer.

Utvalget delte seg i dette spørsmålet. Det var imidlertid en samlet komité som innledningsvis i sin behandling av spørsmålet skrev: ”Når en skal sammenholde det dualistiske og det monistiske system, bør det gjøres klart, dels at det monistiske system kan utformes forskjellig, dels at praksis kan legges opp forskjellig etter det dualistiske system”²³ Flertallet konkluderte med at man ikke burde gå over til et monistisk system.

Man kan se lovgivers ønske om å drøfte spørsmålet om overgang til monisme, på bakgrunn av en økt oppmerksomhet rundt EMK, bl.a. på bakgrunn av tannlegedommene. Dersom hensikten med gjennomgangen var å åpne døren for EMK i norsk rettsanvendelse, slo dette imidlertid feil. Overgangen til monisme fikk ikke tilslutning, og resultatet var en lovgivergitt bekreftelse av det dualistiske prinsipp.

I nyere tid kan det spores en tendens til å fremstille som allment antatt, også historisk, at det norske utgangspunkt er dualistisk. Møse skriver: ”Gradvis utviklet det syn seg, særlig under påvirkning av Castbergs fremstillinger av statsforfatningsretten, at norsk rett bygger på det dualistiske prinsipp”²⁴.

²² Ved kgl.resolusjon av 14.november 1969

²³ NOU 1972:16 side 60

²⁴ Møse 2002 side 171

Den første utgaven av Castbergs statsforfatning kom ut i 1935²⁵, den siste i 1964²⁶. Selv om Castberg også ut over dette bidro til fremstillingen av statsforfatningsretten, lå han altså en generasjon forut for de ovenfor gjengitte fremstillingene av folkerettens stilling. Jeg kan ikke se at det finnes støtte i det som er gjengitt for at det skulle være noen allmenn aksept for at Norge skulle ha et dualistisk system, i alle fall ikke i betydningen rettsanvendelsesnorm.

Like fullt kan det se ut som om nettopp denne forståelsen av begrepet vant frem. Et eksempel er forarbeidene til menneskerettsloven, hvor departementet skriver om ”dualistiske stater” og om stater som ”har monisme”²⁷. Som begrunnelse for dette vises til transformasjonskomiteens arbeid og lovgivers tilslutning.

Det kan se ut som om tendensene til å konkretisere innholdet i dualismebegrepet forplantet seg inn i advokatenes rekker. I alle fall fikk man, rundt årtusenskiftet, en liten serie rettsavgjørelser hvor begrepet var inne i anførslene. I Rt.1996.924 brukte begge partene begrepet ”det dualistiske prinsipp” i sine anførsler. Spørsmålet om forholdet mellom norsk rett og folkeretten kom imidlertid ikke på spissen, og Høyesterett benyttet seg ikke av begrepet i domsslutningen. Også i Rt.2000.996 (Bøhler-dommen) er begrepet inne i anførslene, uten av det benyttes av Høyesterett selv. Det samme gjelder Rt.2000.1332 og Rt.2001.1006 (KRL-fagsaken). Høyesterett har ikke benyttet seg av begrepet ”det dualistiske prinsipp”, eller gitt uttrykk for at dette er en størrelse av betydning for rettsanvendelsen. Muligens kan denne forekomsten av lite vellykkede anførsler for Høyesterett, sees på som et endelig avvisning av det dualistiske prinsipp som norm for rettsanvendelsen. Vi kan uansett stadfeste at begrepet, over 40 år etter at Smith konstaterte det samme, fremdeles ikke har vært brukt som grunnlag for noen rettsavgjørelse.

²⁵ Castberg, Frede: ”Norges Statsforfatning”, Oslo 1935

²⁶ Castberg, Frede: ”Norges Statsforfatning” 3. utg., Universitetsforlaget, Oslo 1964

²⁷ Ot.prp.nr.3 (1998-1999) avsnitt 3.1

2.1.2 Forrangsprinsippet

”Forrangsprinsippet” er gjerne brukt som betegnelse på en situasjon der den internrettslige regel ved motstrid veier tyngre enn den folkerettslige. Det er dermed forståelig hvorfor det kan smelte sammen med begrepet ”dualisme”, fordi begge brukes som forklaring på hvorfor den folkerettslige kilde ikke skal avgjøre rettsspørsmålet. I et skjematisk metodeperspektiv er det riktig nok den forskjell at dualisme/monisme retter seg mot relevansstadiet, mens forrangsprinsippet retter seg mot aveiningsstadiet. Men selv i dette teoretiske perspektivet er ulikhetene hårfine. Et monistisk system som fullt ut som praktiserer et forrangsprinsipp, vil alltid nå resultater i tråd med de interne rettskildene. Dermed er det kun ved totalt fravær av interne rettskilder, og kun dersom det dualistiske system selv ikke her benytter folkeretten, at man ikke får det samme rettskildebildet.

Ser man så noen utvikling i normperspektivet for dette begrepet?

Castberg benyttet seg ikke av prinsippterminologien, men drøftet spørsmålet om traktaters internrettslige virkninger. Han skrev: ”Staten kan bli folkerettslig ansvarlig for sin lovgivning. Men denne lovgivning er, uansett dens forhold til folkeretten, avgjørende når spørsmålet er om hva man skal anse for gjeldende norsk rett”²⁸. Utsagnet reiser ikke uttrykkelig spørsmålet om det foreligger en norm som pålegger rettsanvender alltid å dømme i samsvar med internretten. Det sier imidlertid at internretten er ”avgjørende”, og konkluderer med at folkeretten alltid må vike. En språklig tolkning av utsagnet, gjør det nærliggende å tro at vi står overfor en rettsanvendelsesnorm. Isolert sett er det dermed nærliggende å forstå det slik at Castberg – helt unyansert – avgjør spørsmålet om folkerettens stilling i intern rett.

Etter min mening svekkes dette inntrykket av mangelen på videre begrunnelse og oppfølging i teksten. Påstanden fremsettes som et rent postulat. I noteapparatet vises imidlertid til høyesterettsavgjørelsen S.nr 68/1945, gjengitt i rettstidene Rt-1945-232. En undersøkelse av denne synes å styrke denne antagelse:

²⁸ Castberg, 1964, side 125

En norsk statsborger hadde under krigen kjøpt formuesgjenstander som tyskerne hadde beslaglagt i Norge. For dette ble han i byretten straffedømt med hjemmel i en provisorisk anordning, utstedt av Regjeringen i London 18. desember 1942. For Høyesterett ble det påberopt at gjenstandene var lovlig beslaglagt, fordi inndragningen bygget på bestemmelser gitt av tyskerne, som ikke gikk ”utover hva okkupasjonsmakten i henhold til folkeretten kunne beslutte.”. Tiltalte hevdet at ”Regjeringen ikke kan vedta lover som er i strid med okkupasjonsmaktens lovgivning, når denne er helt innefor folkerettens ramme.” Høyesterett løste spørsmålet på annet grunnlag, i det de ikke anså at det forelå motstrid mellom de tyske bestemmelsene og den provisoriske anordning. Med tilslutning fra de andre dommerne uttalte allikevel førstvoterende: ”For øvrig antar jeg også at en norsk lovbestemmelse i hvert fall som regel er bindende for borgerne selv om den måtte være i strid med folkeretten”.

Uttalelsen kommer som et obiter dictum, i en tid da disse ikke ble tillagt, og heller ikke var ment å ha, den samme rettskildemessige vekt som i dag.²⁹ Dessuten var avgjørelsen en del av et rettsoppgjør etter en fem år lang okkupasjon. Som de gjengitte anførselene illustrerer, var situasjonen i saken den at folkeretten her ble brukt som et argument *for* okkupasjonsmaktens interesser, som en motvekt til den lovgivning som var kommet fra London. Selv i denne situasjonen inneholder uttalelsen den betydelige modifikasjonen ”*som regel*”.

Avgjørelsen gir altså ikke støtte for en slik bokstavelig tolkning av Castbergs utsagn som gjengitt ovenfor. Sannsynligvis forstås utsagnet best som et uttrykk for en tid hvor både rettsanvender og juridisk teori anså at spørsmålet om folkerettens stilling i intern rett, og spesielt situasjonen med motstrid mellom intern rett og folkerett, ikke hadde den helt store praktiske interesse.

²⁹Se for eksempel Fleischer, 1965, på side 181: ”Både ratio decidendi og obiter dicta er momenter av betydning i rettsanvendelsen. Det er selvsagt stor forskjell når det gjelder den vekt som tillegges.”

Dersom man legger denne forståelsen av Castberg til grunn, kan man fastslå at det har vært liten utvikling av synet på forrangsprinsippet. Terminologisk har det riktig nok vært en del forvirring. Smith skriver om kollisjonsprinsippet³⁰, Møse om forrangsprinsippet³¹. Aall bruker betegnelsen transformasjonsprinsippet³² om det forhold at lovgiver selv avgjør hvorvidt en traktat skal ha internrettslig virkning. (Denne betegnelsen brukes tilsynelatende av Møse i en noe annen betydning, nemlig den forlatte oppfatning at traktater sto i en særstilling slik at presumsjonsprinsippet ikke gjaldt for disse³³.) Men om terminologien varierer, er synet på innholdet i prinsippet samstemt. Det behandles som et utgangspunkt, som står i direkte relasjon til presumsjonsprinsippet. Man tenker seg at forrangsprinsippet avskjæres av presumsjonsprinsippet, og omvendt. Dette skjæringspunktet beskrives gjerne med utgangspunkt i den juridiske metodelære. Man sier at presumsjonsprinsippet virker på tolkningsstadiet, mens forrangsprinsippet altså gjelder på avveiningsstadiet. Dersom motstriden ikke lar seg tolke bort, slår forrangsprinsippet inn og virker på rettsanvendelsen. Selv om forrangsprinsippet er utgangspunktet, er dets nærmere anvendelse et direkte produkt av presumsjonsprinsippets rekkevidde.

I Rt-1997-580 OFS kan det se ut som om forrangsprinsippet brukes som rettsanvendelsesnorm. Høyesterett uttaler på side 593 at både på sektormonistiske områder og via presumsjonsprinsippet, kan konvensjoner om menneskerettigheter ”få internrettslig virkning”, men at norsk rett har forrang ved ”klar motstrid”. Høyesterett bygger ikke sitt resultat på dette, men finner likevel på side 594 grunn til å uttale at ” selv i tilfelle streikeforbudet skulle ha vært i strid med folkerettslige bestemmelser om vern av retten til streik, ville det følge av norsk rett at den provisoriske anordning om tvungen lønnsnemnd var gyldig.”

Enkelte forhold kan imidlertid tyde på at det siste utsagnet er konkret begrunnet. Den ILO-konvensjon saken gjaldt, har ikke den samme sentrale stilling som for eksempel EMK. I

³⁰ Smith 1962 side 186

³¹ Møse 2002 side 172

³² Aall 2001, avsnitt 1.2

³³ Op.cit. side 172

tillegg kan det hevdes at dens innhold større grad har politisk tilsnitt, og forskjeller i konvensjonsorganenes kompetanse kan spille inn³⁴.

2.1.3 Presumsjonsprinsippet

Presumsjonsprinsippet er av enkelte blitt ansett som et ”gammelt” prinsipp i læren om folkerettens betydning i norsk rett³⁵. Selv om selve begrepet er gammelt, er det imidlertid på ikke sikkert at teoriens og rettsanvenders forståelse og anvendelse av det har vært uforandret i perioden.

I et metodeperspektiv sies det gjerne at presumsjonsprinsippet er et tolkningsprinsipp, fordi det utelukkende retter seg mot tolkningen av de internrettslige kildene. Dette gjør prinsippet konsistent med forestillingen om et dualistisk system, fordi folkeretten ikke tillegges den samme direkte og selvstendige relevans som de øvrige rettskildene. Den introduseres senere i rettsanvendelsesprosessen, ved at rettsanvender først på tolkningsstadiet, og da ved tolkningen av den interne rett, ser hen til folkeretten.

Selv om folkeretten kun brukes som et tolkningsmiddel, må rettsanvender gjøre visse grep før han kan ta fatt på prosessen. Han må selvsagt finne frem til en folkerettslig kilde. Deretter må han nødvendigvis gjøre seg opp en formening om det nærmere innholdet i denne. Vi ser at disse operasjonene har en slående likhet med det vi ellers kjenner som relevansvurdering og tolkning av rettskildefaktorer. Ut i fra metodeperspektivet ser vi også at dette er nettopp de operasjoner rettsanvender har foretatt med de internrettslige kildene, før han når frem til det punkt hvor folkeretten trekkes inn ved anvendelsen av presumsjonsprinsippet. I et monistisk system ville altså folkeretten utsettes for de samme prosesser, men da ut i fra forestillingen om direkte relevans. Dette illustrerer at selv i et helt teoretisk perspektiv, er det små forskjeller mellom et monistisk system, og et dualistisk system som praktiserer presumsjonsprinsippet.

³⁴ Dette omtales nærmere i punkt 3.2.4

³⁵ Se for eksempel Berg, 2000 side 262. Han omtaler begrepet som ”langt eldre” og bedre innarbeidet enn klarhetsprinsippet.

Det kan se ut som om begrepet ”presumsjonsprinsippet” har vært gjenstand for en utvikling i juridisk teori. Castberg skriver: ”Det gjelder etter norsk rett, likesom etter andre moderne staters rett, en alminnelig presumsjon for at staten har de interne rettsregler som kreves etter allmenn internasjonal sedvanerett og folkerettens grunnsetninger.”³⁶ Som eksempel på anvendelse av presumsjonen nevner han utlendingers krav etter folkerettslig sedvane på adgang til norske domstoler. Dette kravet må i følge Castberg få virkning etter norsk rett, ”siden ikke noen positiv lovbestemmelse går ut på det motsatte”.

Her omtaler Castberg den situasjon at det ikke finnes noen internrettslig kilde. Senere, under perspektivet domstolenes prøvelsesrett, kommer Castberg igjen inn på et annet forhold. Her skriver han: ”...likeså litt tilligger det domstolene å kontrollere at lovgivningsmyndigheten utøves overensstemmende med folkeretten. Selv om domstolene ganske visst må følge det fortolkningsprinsipp at lovene ikke tilsikter å bestemme noe som står i strid med folkeretten, er det på den andre side ikke tvilsomt at en formell lov, som utvetydig setter seg ut over folkerettens regler, er bindende for domstolene”³⁷.

Av Castbergs fremstilling kan man utlede at den *presumsjon* han omtaler, gjelder hvor det ikke finnes norske rettskilder. Skal man dømme etter eksemplene han bruker, gjelder den på felt hvor man kan anta at lovgiver, dersom domstolene ikke hadde bygget på en slik presumsjon, ville ha kommet med en tilsvarende internrettslig regel. For øvrig kan man merke seg at presumsjonen gjelder for folkerettslig sedvanerett og grunnsetninger, og er felles for alle moderne stater.

Det *fortolkningsprinsipp* Castberg omtaler, retter seg mot den situasjon at det er inngått en traktat med forpliktelser som ikke er fulgt opp i intern lovgivning. Tilsynelatende setter han opp et skille mellom de tilfeller hvor dette skyldes en feil, og de hvor det er gjort med vilje. En kontekstuell tolkning – prinsippet fremstilles i forbindelse med maktfordelingslæren –

³⁶ Castberg, 1965, side 125

³⁷ Op.cit. side 176

forsterker dette inntrykket. Om begrunnelsen for prinsippet sies intet direkte, men vi får en antydning. Etter å ha angitt innholdet, forsetter nemlig Castberg: ”Hvis en fremmed regjering mener at en norsk lov er folkerettsstridig, må et eventuelt krav i den anledning fremsettes på diplomatisk vei.” Siden det heller ikke den gang var tvilsomt at fremmede stater har partsevne for norske domstoler, kan det ikke være dette Castberg mente. Poenget er nok heller at fremmede stater ikke kan regne med hjelp fra norske domstoler i tilfeller hvor norsk lovgiver ikke ønsker å bidra til å oppfylle den folkerettslige avtalen.

Fortolkningsprinsippets funksjon blir dermed å avhjelpe de tilfellene hvor motstriden ikke er bevisst, men skyldes en forglemmelse fra lovgiver. Den mest iøynefallende begrunnelse for å gi norske domstoler denne muligheten, er et reelt hensyn, nærmere bestemt å *beskytte den norske stat* overfor partene i den aktuelle traktaten.

På 60-tallet tok flere forfattere tak i begrepet. Spesielt bidro Carsten Smith til utviklingen av innholdet i det vi i dag kjenner som presumsjonsprinsippet. I 1962 skrev han: ”I norsk statsrett har man tradisjonelt stillet opp den lære at den interne rett presumeres å stemme overens med folkeretten. Vi kan betegne dette prinsipp for presumsjonsregelen. Men dersom det på tross av denne regelen må antas å være uoverensstemmelse mellom den nasjonale rett og folkeretten, skal den nasjonale rettsregel gå foran. Dette prinsipp kan kalles for kollisjonsregelen. Disse to regler antas å være forfatningsmessige sedvanerettsregler.”³⁸

På samme måte som Castberg, mener Smith at rettsanvender kan bruke folkerett som rettskilde i en situasjon hvor han står uten internrettslige rettskilder. Riktig nok uten å tillegge skillet samme vekt som Castberg, kommenterer han også den prinsipielle forskjell på å benytte sedvanebasert/alminnelig folkerett og traktater som rettskilde i strid med intern rett. Smith er videre helt på linje når han nevner at domstolene, ved forglemmelser fra lovgiver, kan ”reparere på den ufullstendige lovgivning”, og at domstolene i valget mellom en folkerettsstridig og en likeverdige, folkerettskonform forståelse av internretten, vil velge den siste.

³⁸ Smith 1962 side 186

Men Smith går videre. Han skisserer den situasjon at flere løsninger er mulig etter de internrettslige rettskilder, men at den isolert sett mest nærliggende løsning er folkerettsstridig. Det interessante spørsmål, i følge Smith, er ”hvor langt domstolene vil gå i retning av å velge den løsning som samsvarer med folkeretten”³⁹.

Mye kan sies om dette utsagnet. Det må erkjennes at det, sammenlignet med prinsippets den gang etablerte innhold, virker som et mer sannsynlig rettskildemessig scenario. Til sammenligning fremtrer den situasjonen som er en forutsetning for anvendelsen av det etablerte prinsipp, som noe av en konstruksjon. Den forutsetter jo at det foreligger to helt likeverdige tolkninger av den nasjonale retten, og samtidig en folkerettslig rettskilde. Man kan tenke seg at konstruksjonen er begrunnet ut i fra ønsket om å kunne gå så langt som mulig i å gi folkeretten virkning, samtidig som man beholder forestillingen om at dette ikke skjer på bekostning av intern rett. Slik sett virker Smiths tilnærming beundringsverdig realistisk.

At Smiths spørsmål om *hvor langt* kanskje allikevel burde vært formulert som et spørsmål om *hvorvidt*, illustreres imidlertid når han skal illustrere *hvor langt* domstolene går i å velge den løsning som samsvarer med folkeretten. Som eksempel bruker han Rt.1957.942.

En eldre, tysk statsborger hadde fått sitt hus bombet under krigen. Han hadde da flyttet om bord på sin lastebåt, og befant seg ved krigens utløp langs norskekysten. Etter først å ha beordret mannen til tvangsarbeid, beslagla norske myndigheter i 1946 båten og alt løsøret ombord. Dette omfattet mannens personlige eiendeler. Hjemmelen for beslaget var den norske loven om fiendegods. Spørsmålet for norske domstoler var om mannen hadde krav på erstatning for beslagleggelsen av deler av løsøret.

Det som gjør saken interessant for Smith, er en dissenterende dommer fra lagmannsretten. Han anså at beslaget var folkerettsstridig, og undersøkte først om det på den bakgrunn var

³⁹ Op.cit. side 199

mulig å tolke loven innskrenkende. Dette kom han til at det ikke var, men kom tross dette til at den folkerettslige regel måtte gå foran. I hans begrunnelse heter det at ”Det synes meg nedverdiggende for vår vestlige kultur at når anerkjente folkerettsregler som er bindende vedtatt i en konvensjon, blir satt på prøve, da blir de satt til side som blott og bart papirbestemmelser”⁴⁰. At Høyesterett også fant beslaget urimelig, hindret den imidlertid ikke fra enstemmig å komme til samme resultat som flertallet i lagmannsretten. Ut i fra denne avgjørelsen er altså svaret på Smiths spørsmål om hvor langt domstolene vil gå: Ikke i det hele tatt.

Smith er svært ærlig flere steder i denne artikkelen. Han erklærer seg åpent uenig i Høyesteretts resultat i Rt.1957.942, og han beklager også å måtte erkjenne at Høyesterett ikke vil gi folkeretten gjennomslag i motstrid med interne rettskilder, selv ikke der det skulle fremstå som rimelig. Det banebrytende i artikkelen er imidlertid det utvidede innhold som legges i presumsjonsprinsippet. Og her kan det altså se ut som om Smith ikke går like langt i å problematisere om det er støtte i rettspraksis.

I sin sammenfatning av rettssituasjonen skriver Smith: ” Så vidt jeg har kunnet se av de foreliggende fremstillinger, er situasjonen i hovedtrekk den samme i iallfall flere av de andre nordiske land. Man kan derfor tale om et alminnelig nordisk rettsprinsipp for forholdet mellom nasjonal og internasjonal rett.”

I tillegg til prinsippet utvidede virkeområde, er det dermed også andre ting som skiller Smiths fremstilling fra Castbergs: For det første er ikke Smith like opptatt av skillet mellom sedvanebasert og traktatbasert folkerett. For det andre fremstilles presumsjonsregelen – i alle fall terminologisk – som en *norm* for rettsanvender, ved at det omtales som forfatningsmessig sedvanerett. For det tredje er det ikke lenger klart at presumsjonen deles av alle moderne stater. Smith nøyer seg med de nordiske, og konstaterer at situasjonen *i hovedtrekk* er den samme. Kanskje kan alle disse ulikhetene sees på som uttrykk for at presumsjonsprinsippet utvikles, at det fylles med innhold.

⁴⁰ Op.cit. side 201

Selv om det er mer uklart, kan det synes som om også Fleischer på denne tiden så på presumsjonsprinsippet som en rettsanvendelsesnorm. I 1966 skrev han: ”Det er også en annen faktor (I tillegg til lovgivers generelle innstilling om å oppfylle de folkerettslige forpliktelsene, min anm.) som reduserer faren for konflikt mellom norsk rett og folkerett, nemlig det alminnelige presumsjonsprinsipp.”⁴¹ Når prinsippet *reduserer faren* for konflikt, må det vel forstås som om det virker aktivt inn på lovanvendelsen, og dermed er noe mer enn navnet på et resultat etter bruk av andre rettskilderegler.

Eckhoff synes imidlertid også her å ha hatt en viss motvilje, både mot terminologien og mot påstanden om at det skulle foreligge noen fastlagt norm av grunnlovs rang. I 1971 skriver han: ”Hvis to alternative standpunkter til et spørsmål er omtrent likeverdige sett ut fra norske rettskildefaktorer, og det ene, men ikke det andre er folkerettsstridig, velger man selvsagt det standpunkt som lar seg forene med folkeretten.” Deretter nyanserer han dette – selvsagte – utgangspunkt, med å påpeke at både den norske og den folkerettslige rettskildefaktor vil være gjenstand for tolkning, ut i fra en rekke velkjente momenter: ”[...] f.eks. uttalelser i forarbeidene, antagelser om lovgivers hensikt, formåls- og rimelighetsbetraktninger, etc., [...] Hvor grunnfestet vedkommende folkerettsregel er, og hvor viktig det etter domstolens mening er at den etterleves, [...] hvor sterkt legislativt begrunnet den norske lovregel er, og hvor stort innhugg det er spørsmål om å gjøre i den”. Til slutt avslutter han: ”Det er de retningslinjer for rettsanvendelsen som nå er nevnt, man sikter til med det noe tåkete uttrykk at «norsk rett presumeres å stemme med folkeretten»”⁴². På dette tidspunkt var det altså ni år siden Smith hadde fastslått at dette *tåkete uttrykk* var en *forfatningsmessig sedvanerettsregel*.

Rt-1984-1175 gjaldt spørsmålet om en sikringsdømt person innlagt på psykiatrisk sykehus, kunne kreve rettslig prøving av tvangsinnleggelsen. Høyesterett kom til at de norske reglene ikke gav direkte veiledning, og uttalte: ” Avgjørelsen må treffes ut fra de reelle

⁴¹ Fleischer 1966 side 244

⁴² Eckhoff 1971 side 265-266

hensyn som her gjør seg gjeldende, herunder det hensyn at norsk lov så vidt mulig må forutsettes å være i samsvar med traktater som Norge er bundet av - i dette tilfelle Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950.”. Her omtales prinsippet som et reelt hensyn. Situasjonen er også den – i alle fall etter høyesteretts mening – at den interne retten alene ikke gir svar.

I Rt-1994-1244 Kvinnefengsel, krevde en nederlandsk fange fastsettelsesdom på at hun var utsatt for EMK-stridig behandling under soningen i norsk fengsel. Det var dissens 3-2, og flertallet kom til at hun ikke hadde krav på fastsettelsesdom, fordi retten kunne gi uttrykk for synet på dette spørsmålet i premissene for avgjørelsen av det erstatningskrav hun også hadde fremmet. Flertallet mente at dette var innenfor rammene av de krav til prøvesesrett som oppstilles i EMK artikkel 13. Om betydningen av folkeretten uttalte flertallet på side 1250: ”EMK og SP er ikke inkorporert i norsk rett, men konvensjonsbestemmelsene vil være et viktig og tungtveiende tolkningsmiddel ved anvendelse av den interne rett, idet det foreligger en alminnelig presumsjon for at norsk rett er i samsvar med landets folkerettslige forpliktelser.”

Både omtalen og anvendelsen av presumsjonsprinsippet går lenger enn i 1984. Prinsippet er ikke bare et blant flere reelle hensyn, det står på egne ben som et viktig og tungtveiende tolkningsmiddel. Folkeretten brukes i en situasjon hvor internretten gir svar, og man vurderer helt åpent om det som følger av folkeretten påvirker dette svaret. Men resultatmessig får folkeretten ingen betydning. Flertallet konkluderte jo med at folkeretten materielt ikke stilte krav som ikke var oppfylt i det aktuelle tilfellet. Selv om avgjørelsen formulerer et klart presumsjonsprinsipp, anvendes ikke dette til å gi folkeretten gjennomslag fremfor norsk rett.

Rt-2000-1811 Finangersaken gjaldt spørsmålet om dagjeldende bilansvarsloven § 7 var i strid med EØS-retten. På side 1829 sier uttaler førstvoterende, med tilslutning fra flertallet: ”Presumsjonsprinsippet i norsk rett er utviklet i rettspraksis. Gjennomslagskraften av dette prinsippet vil være avhengig av karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av

hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til. Også før Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) ble gjort til en del av norsk rett, ble grunnleggende menneskerettigheter tillagt meget stor betydning ved fortolkning av norske rettsregler. Den norske rettsregel vil yte liten motstand hvis det er tale om konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige, mens motstanden vil være større der en slik konflikt griper inn i private rettsforhold”.

I forhold til det som er gjennomgått ovenfor, kan man merke seg to ting. For det første er det klart at Høyesterett bruker begrepet med det utvidede innhold som Smith lanserte i 1962. Menneskerettighetene tillegges ”meget stor betydning”, og internretten yter ”liten motstand”. Det er tydelig at grensen for prinsippets anvendelse ikke går ved forestillingen om valget mellom to likeverdige internrettslige regler.

For det andre gir Høyesteretts omtale prinsippet karakter av rettsanvendelsesnorm. Prinsippet har *gjennomslagskraft*, og denne varierer endog fra område til område. Som lesere forstår vi at der prinsippet slår igjennom, gjør folkeretten det samme. Sammenlignet med Eckhoffs tilnærming, ser vi en klar kontrast. Han brukte begrepet med deskriptivt fortegn, som en sammenfatning av den gruppe rettsanvendelsesresultater hvor man ved anvendelse av velkjente momenter fra metodelæren, gav folkeretten gjennomslag fremfor intern rett. Høyesterett bruker prinsippet som et selvstendig argument for å gi folkeretten gjennomslag. Den rettsanvendelsesnormen Smith presenterte i 1962, hadde definitivt fått sitt innhold.

Presumsjonsprinsippet synes å representere et helt sentralt begrep når det gjelder den utvikling som har skjedd. Som begrep er prinsippet gammelt. Det skjer imidlertid en utvikling, dels av begrepets innhold, men først og fremst av dets funksjon. Utviklingen av et deskriptivt anlagt begrep til rettsanvendelsesnorm, blir en brekkstang for å øke folkerettslige rettskilders virkning i norsk rett. Utviklingen skjer først i juridisk teori, og fanges senere opp av rettsanvender. Det må være riktig å si at presumsjonsprinsippet som begrep er det materielt sett sentrale, inntil menneskerettsloven og Bøhler-dommen tar over

stafettspinnen når det gjelder den inkorporerte folkeretten. Tanken på at et lite antall teoretikers produksjon – særlig Carsten Smiths artikler på 60-tallet – har initiert en slik utvikling, er besnærende.

2.1.4 Klarhetsprinsippet

Klarhetsprinsippet utledes av avgjørelsen Rt-1994-610 Bølgepapp. Hov bruker betegnelsen ”klarhetsprinsipp”⁴³. Backer taler om et ”klarhetskrav”⁴⁴, mens Berg skriver om en ”klarhetsdoktrine”⁴⁵. Høyesterett bruker ikke betegnelsen i Bølgepappkjennelsen. Derimot brukes begrepet i Bøhler-dommen, som samtidig fraviker det.

Den sentrale formulering i bølgepappkjennelsen synes å være uttalelsene i overgangen mellom side 616 og 617: ” For at en norsk domstol skal ha grunnlag for å fravike det som følger av nasjonale prosessregler, må den avvikende regel som kan bygges på folkerettslige kilder, fremtre som tilstrekkelig klar og entydig til at den bør tillegges en slik virkning. Særlig må dette gjelde, antar jeg, dersom det blir tale om å endre en rettsstilstand som bygger på klar og innarbeidet norsk lovgivning eller praksis.”

Det helt sentrale i formuleringen er ordene ”tilstrekkelig klar”. Implikasjonen er jo at det, når man står med minst en folkerettslig og en internrettslig rettskildefaktor, kreves *noe mer* av den folkerettslige rettskilde enn ellers.

Dersom man tenker seg at dette klarhetskrav kun virker på tolkningsstadiet, er konsekvensen at det kreves mer enn det som vanligvis kreves for å utlede meningsinnhold av rettskildefaktorer, dersom meningsinnholdet strider mot den interne rettskilde. Trekker man inn avveiningsstadiet, kan rettsanvender til en viss grad erkjenne det motstridende meningsinnhold. Men fortsatt gis den interne rettskilde rangen. Begrunnelsen for dette blir

⁴³ Hov 2004 side 511

⁴⁴ Backer 2005 side 430

⁴⁵ Berg 2000 side 262

at folkerettslige rettskilder må ha med seg noe mer fra tolkningsstadiet enn alle andre rettskilder, dersom de skal kunne veie like tungt som internrett. Det har ingen ting å si for resultatet om man ser innholdet i klarhetsprinsippet på den ene eller andre måten.

Det har vært antatt at klarhetsprinsippet gjelder ved bruk av folkeretten innenfor de sektormonistiske områdene. Klarhetsprinsippet har vært fremstilt som et begrep med liten gjennomslagskraft, nærmest som en form for unntak fra de øvrige prinsippene⁴⁶. Denne oppfatningen deles imidlertid ikke av alle: Hov skriver: ”Etter min oppfatning ville mye være vunnet hvis Høyesterett vendte tilbake til det klarhetsprinsipp som ble lagt til grunn i «bølgepappkjennelsen» fra 1996”⁴⁷. Utsagnet kommer etter at Hov har markert kraftig motstand mot den innflytelse EMK har fått, spesielt innen norsk materiell prosessrett. Dette tyder ikke på at Hov ser på begrepet som en unntaksregel, men snarere som et begrep som er sentralt nok til å reversere den utvikling han er så kritisk til.

Det er liten tvil om at klarhetsprinsippet er forlatt. Grunnlaget for dette har imidlertid ikke vært uomtvistet. Inge Lorange Backer skriver: ”Proposisjonen [Ot.prp.nr.3 (1998-1999) min anm.] gir ikke grunnlag for en slik distansering fra klarhetskravet i bølgepappkjennelsen som Høyesterett foretok, først gjennom Bøhler-saken”⁴⁸. Det ligger utenfor oppgaven å ta stilling til dette spørsmålet. Debatten har imidlertid et par poeng som er av interesse.

Overskriften til proposisjonens kapittel 8 lyder: ”Bør det fastsettes at de inkorporerte konvensjonene har forrang framfor annen norsk lovgivning?” Departementet viser i punkt 8.4 til den gjeldende forrangsbestemmelsen i straffeprosessloven § 4, og Rt-1994-610 som altså anvender denne. Umiddelbart etterpå, men i nytt avsnitt, foreslår departementet at ”en tilsvarende forrang” blir tatt inn i inkorporeringsloven.

⁴⁶ I denne retning Ravlo-Losvik 2001. Etter en fremstilling av de øvrige prinsippene, følger fremstillingen av klarhetsprinsippet under overskriften ”modifikasjoner”. Klarhetsprinsippet brukes i følge fremstillingen når det ”i enkelte situasjoner oppstår[r] et behov for å fravike hovedregelen.”

⁴⁷ Hov 2004 side 511

⁴⁸ Backer 2005 side 430

Proposisjonens kapitteloverskrift viser at det er spørsmålet om forrang ved motstrid som er utgangspunktet for drøftelsen. Det tradisjonelle syn er at tolkningsspørsmål oppstår på et tidligere stadium i rettsanvendelsen. Hvilket tolkningsprinsipp som skal anvendes er altså i utgangspunktet et annet spørsmål. Dette taler for at det kun er selve forrangsbestemmelsen departementet har i tankene når de taler om "den ordning" som følger av straffeprosessloven § 4. Men her har det betydning hvordan forfatteren av proposisjonen, og den som skal utlede innholdet, ser for seg klarhetsprinsippet. Som vist ovenfor, kan dette sees på både som et rent tolkningsprinsipp, og som et prinsipp om forrang ved motstrid.

Et annet punkt i forarbeidene som har forårsaket uenighet, er et utsagn som fremkommer i kapittel 12, "Merknader til de enkelte bestemmelsene". Det er lovens § 3, altså forrangsbestemmelsen, som drøftes. Avsnittet har overskriften "Særlig om konvensjonsorganenes praksis".

Departementet viser til punkt 8.4, altså det punkt i proposisjonen som er gjennomgått ovenfor. Deretter henviser de til "det syn som Høyesterett gav uttrykk for i Bølgepappsaken Rt.1994.610, på side 616-617" Uenigheten i teorien gjelder hva som kan utledes av denne henvisningen.

Skoghøy synes, i motsetning til Backer, å forstå den som referanse til alminnelige prinsipper for konvensjonstolkning: "Jeg har vanskelig for å se at departementet her gir uttrykk for noe annet enn - det helt selvfølgelig - at det ved vurderingen av hvor langt en uttalelse av et internasjonalt håndhevingsorgan rekker, blant annet må legges vekt på hvor klar uttalelsen er, og om saksforholdene er parallelle."⁴⁹

Den setning i bølgepappkjennelsen som følger etter setningen som formulerer klarhetskravet, lyder: "Ved bedømmelsen av hvorvidt en avgjørelse truffet av en internasjonal domstol skal gis en slik virkning i nasjonal rett, er det også av betydning om

⁴⁹ Skoghøy 2002, Festskrift til Carsten Smith, På side 737

den bygger på et saksforhold i faktisk og rettslig henseende, som er jevnførbart med det som foreligger til avgjørelse for den norske domstol”. Som vi ser er dette en uttalelse av mer generell karakter, som i alle fall må ligge utenfor kjernen i klarhetsprinsippet.

Like fullt ser det ut som om Skoghøy forstår forarbeidenes referanse til ”det syn” som fremkommer i Bølgepappkjennelsen som en henvisning til denne setningen. I så fall kan det ses på som et uttrykk for uklarhet rundt hvilke faktiske uttalelser i kjennelsen som omfattes av begrepet ”klarhetsprinsippet”.

2.1.5 Retningslinjene fra Bøhler-dommen – eller prinsippet om selvstendig tolkning?

Rt-2000-996 Bøhler-dommen er en helt sentral avgjørelse for fremstillingen av inkorporert folkeretts stilling i norsk rett i dag. Spørsmålet i saken var om kravene til avgjørelse innen rimelig tid etter EMK art. 6-1, også gjelder ved likningsmyndighetenes behandling av en sak hvor det vurderes ileggelse av tilleggsatt. Saken ble behandlet av Høyesterett i plenum.

Som jeg har nevnt, er det allment akseptert at Høyesterett i avgjørelsen tok avstand fra klarhetsprinsippet. Samtidig ble det på sidene 1007-1008 i rettstidende, gitt en rekke retningslinjer, særlig for tolkningen av inkorporert folkerett. Innholdet i disse kommer jeg tilbake til i punkt 3.2.3. Her vil jeg vurdere hvordan disse retningslinjene stiller seg i forhold til de prinsippene som er gjennomgått ovenfor.

Det synes å være en motvilje i Høyesterett mot å bruke betegnelsen ”prinsipp” om de retningslinjer som gis. Førstvoterende sier at ”spørsmålet om det foreligger motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett [...] kan ikke løses ved hjelp av et generelt prinsipp”. Det er nærliggende å tolke denne uttalelsen som en reservasjon mot begrepsbruken.

Inntrykket modifiseres riktig nok noe dersom man ser uttalelsen i sin sammenheng. Den kommer i det førstvoterende er i ferd med å distansere seg fra klarhetsprinsippet, som altså en tid hadde vært en viktig størrelse for tolkningen av EMK i norsk rett. I en slik sammenheng kan det tenkes at det ikke ville være ønskelig å anvende samme terminologi, fordi dette ville bidra til å markere den aktuelle rettsutviklingen.

Uansett kan man merke seg at reservasjonen gjelder bruken av et *generelt* prinsipp. Den gjelder altså sammenfatningen av de retningslinjer som gis i dommen i ett begrep. I et slikt perspektiv forstås uttalelsen som en erkjennelse av at de retningslinjer dommen gir for anvendelsen av EMK som rettskilde, er så heterogene at det ikke er hensiktsmessig å samle alle i en betegnelse.

For å illustrere at avgjørelsen oppfattes som retningsgivende, er det nok å vise til dens rolle som prejudikat på området⁵⁰. At avgjørelsen også av teorien ble tolket slik, ser vi et eksempel på i Bergs analyse⁵¹. Han vurderer avgjørelsens retningslinjer med utgangspunkt både i presumsjons- og klarhetsprinsippet.

Det finnes imidlertid ikke mange forsøkene på å organisere de retningslinjer dommen gir ved hjelp av prinsipp-begrepet, enn mindre å foreta en sammenligning med tidligere retningslinjer og metodeprinsipper med dette som utgangspunkt.

Skoghøy⁵² gjør et forsøk⁵³. Han opererer med en tre ulike prinsipper. *Klarhetsprinsippet*, som han utleder fra bølgepappkjennelsen, *forsiktighetsprinsippet*, som han utleder fra mindretallets votum i Karmøy-saken Rt-1999-1363, og *prinsippet om selvstendig tolkning*,

⁵⁰ Se for eksempel Rt-2003-359 premiss 57, Rt-2004-1723 premiss 30, og plenumskjennelsen Rt-2005-833 premiss 45 og 46.

⁵¹ Berg, 2000

⁵² Å fremstille Skoghøy som representant for juridisk teori er muligens ikke helt dekkende. Han har siden 1998 vært dommer i Høyesterett, og har ved flere anledninger markert seg i spørsmål relatert til EMK. Bl.a. var han representant for mindretallet i restjugoslaviakjennelsen.

⁵³ Skoghøy 2002 "Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner"

som han utleder fra Bøhler-dommen. De tre begrepene plasseres i forhold til hverandre på ganske nennsomt vis: Klarhetsprinsippet er ”den ene ytterlighet”, forsiktighetsprinsippet er ”en annen ytterlighet”, og prinsippet om selvstendig tolkning står ”midt mellom disse ytterpunktene”.

I sin artikkel beskriver Skoghøy innholdet i prinsippet om selvstendig tolkning. ”Dette går ut på at nasjonale domstoler må foreta en selvstendig tolkning av den folkerettslige regelen, og dersom det tolkningsresultat domstolene kommer frem til ved en slik tolkning, ikke er forenelig med den nasjonale rettsregelen, må den folkerettslige regelen gå foran.”.

Deretter bruker han en del plass på det rettskildemessige grunnlaget for prinsippet, herunder forarbeidene til menneskerettsloven. Han går så over til å analysere den sentrale passus i Bøhler-dommen. På side 347 sammenfatter han denne i ”fem retningsgivende teser”. Jeg forstår Skoghøy dit hen at han på dette punkt i fremstillingen, fremdeles er beskjeftiget med å angi innholdet i prinsippet om selvstendig tolkning, og at han dermed bruker prinsipp-begrepet som en sammenfatning av de retningslinjer som Bøhler-dommen gir for anvendelsen av EMK som rettskilde.

Det synes imidlertid ikke som om Skoghøys terminologi er tatt opp av andre teoretikere eller av hans kolleger i Høyesterett.

2.2 En kritikk av den tradisjonelle fremstillingen

Ovenfor har vi sett hvordan det finnes et knippe sentrale begreper som tradisjonelt har vært brukt til å fremstille folkerettens stilling i Norsk rett. Hovedpoenget med gjennomgangen har vært å danne grunnlaget for en nærmere vurdering av denne fremstillingens hensiktsmessighet. Her er det allerede innledningsvis mulig å peke på en ganske

iøynefallende tendens: Det synes å være en utbredt oppfatning i juridisk teori, at den systematikk som benyttes, ikke er helt tilfredsstillende⁵⁴.

Jeg tror en nærmere undersøkelse av årsaken til dette, kan ta utgangspunkt i to forhold. For det første, er det som vi har sett utviklet et lite antall sentrale begreper. Disse er allment benyttet i juridisk teori, og delvis også i Høyesterett. For det andre synes det å ha etablert seg en tradisjon hvor disse prinsippene beskrives nærmest utelukkende med utgangspunkt i den juridiske metodelære. Etter min mening kan det knyttes kritiske bemerkninger til begge disse utviklingstrekkene. Først vil jeg allikevel knytte noen bemerkninger til ordet ”prinsipp”.

2.2.1 Terminologien, om ”prinsipp”

Til tross for at terminologien varierer en del mellom ulike forfattere, synes ”prinsipp” å peke seg ut som det førende begrep. Vi har i perioden hatt fem eller seks sentrale *prinsipper* som har vært brukt til å beskrive forholdet mellom norsk rett og folkeretten.

Ordet prinsipp opererer på høyt abstraksjonsnivå. Rent språklig fremstår det derfor som ganske diffust. Begrepets juridiske betydning er heller ikke entydig. Backer⁵⁵ og Graver⁵⁶ opererer med ulik systematikk, og begge angir en rekke ulike betydninger av begrepet.

Etter min mening er prinsippbegrepets uklarhet i seg selv en svakhet ved den tradisjonelle fremstilling av rettsområdet. Ikke minst i pedagogisk sammenheng, er det fare for at terminologien bidrar til å forvirre heller enn til å klargjøre. Som et eksempel kan vi se nærmere på Alls fremstilling⁵⁷: ”Forholdet mellom nasjonal (norsk) rett og folkeretten styres av et overordnet prinsipp – *suverenitetsprinsippet*”. Om innholdet i dette skriver han

⁵⁴ Et eksempel er hvordan Helgesen benytter begrepene ”dualisme” og ”monisme” i anførselstegn.

⁵⁵ Backer 2002 side 49-50

⁵⁶ Graver 1999 side 33-40

⁵⁷ All 2001 s.73

blant annet at staten selv velger ”om den vil forplikte seg utad og om disse forpliktelsene skal være gjeldende rett innad (det siste omtales gjerne som transformasjonsprinsippet)”. Nedenfor følger han opp med formuleringen: ”Den dualismen som transformasjonsprinsippet (sic) er et uttrykk for har ikke hindret domstolene fra å utvikle presumsjonsprinsippet”. Fremstillingen har altså tre nivåer, og begrepet prinsipp benyttes på alle: Suverenitetsprinsippet omfatter bl.a. transformasjonsprinsippet, som i sin tur innskrenkes av presumsjonsprinsippet. Jeg tror kombinasjonen av et flertydig begrep og en komplisert struktur, kan være en unødig utfordring ved tilegnelsen av kunnskap innen rettsområdet.

Et annet problem er at begrepet prinsipp – slik det er benyttet innenfor fremstillingen av folkerettens stilling – faktisk *har* ulike betydninger. Som vi har sett, er presumsjonsprinsippet benyttet av Høyesterett som rettsanvendelsesnorm. Begrepet ”det dualistiske prinsipp” har ikke vært benyttet av Høyesterett, og er av mange blitt ansett som uttrykk for en vag idé om forholdet mellom rettssystemer. Men som vi har sett, kan det også se ut som om enkelte har benyttet seg av det som rettsanvendelsesnorm.

2.2.2 Systematikken

Man har en situasjon hvor et lite antall begreper benyttes i beskrivelsen av et komplisert og omfattende rettsspørsmål, over tid, av et betydelig antall aktører. Etter hvert som begrepene blir allment kjent, er det grunn til å tro at de brukes mer selvstendig. Dette har selvsagt den positive virkning at det effektiviserer kommunikasjonen om disse spørsmålene. Faren består imidlertid i at begrepene ikke bare brukes selvstendig, men også lemfeldig. Man henviser til dem, uten å ta seg bryet med å gå særlig grundig inn på hva man som bruker egentlig legger i begrepet. Dermed oppstår situasjoner som den gjengitte uenighet i teorien rundt forarbeidenes forhold til klarhetsprinsippet.

Et annet problem som springer ut av systematikken, følger av at man stadig benytter seg av de samme begrepene, selv om innholdet kan være forandret. Dette kan bidra til å

utydeliggjøre både rettsutvikling og sammenhenger i rettsbildet. Et eksempel på dette finner vi i Bergs gjengitte påstand om at presumsjonsprinsippet er et ”gammelt” prinsipp, mens klarhetsprinsippet er nytt. Som vi har sett, er det riktig at presumsjonsprinsippet er gammelt som begrep. Dets utvikling og funksjon for landets høyeste domstol er imidlertid av nyere dato enn begrepet selv. Klarhetsprinsippet har blitt beskrevet som en ”forsvarsmekanisme utviklet av Høyesterett mot en for rask og uoversiktlig invadering av norsk rett fra en fremmed rettsorden”⁵⁸. Det kan altså være grunn til å se utviklingen av de to prinsipper i sammenheng. Utviklingen av presumsjonsprinsippet pågår jo for fullt nettopp i den perioden klarhetsprinsippet oppstår. Den som kun ser på begrepenes alder, går derfor glipp av et viktig poeng.

Et tredje problem er at man ved å binde fremstillingen og tenkningen opp til et lite antall kjente begreper, ikke er i stand til å gripe de muligheter som byr seg gjennom rettsutviklingen. Jeg tror det er grunnlag for å hevde at den tilnærming til folkerettsstilling i norsk rett som vi har sett ovenfor, er et resultat av en juridisk teori som gjorde det meste ut av en uoversiktlig rettskildesituasjon. Det sier seg selv at et rettsbilde med relativt få⁵⁹, materielt heterogene avgjørelser med langt mellomrom, er vanskelig å beskrive med stor grad av presisjon. I en slik situasjon er det nærliggende å benytte seg av begreper med høyt abstraksjonsnivå, uten at man nødvendigvis anser dette for ideelt.

Rettsutviklingen har imidlertid vært preget av en jevn økning i antallet saker der folkeretten benyttes som rettskilde⁶⁰. Når tilgangen på avgjørelser øker, og rettskildebildet endrer seg, kan det være naturlig å bevege seg videre. Den refererte formulering fra Bøhler-dommen, om at spørsmålet om inkorporert folkerettsstilling i norsk rett ikke kan løses ved hjelp av et bestemt prinsipp, kan sees dette lys.

⁵⁸ Graver 2003 side 488

⁵⁹ Hvor få, får man kanskje en indikasjon på i Helgesen 1982 side 91. Når han skal søke støtte hos rettsanvender for bruk av presumsjonsprinsippet ved motstrid som er ubevisst fra lovgivers side, går han til Rt-1938-584 og Rt-1908-749.

⁶⁰ Elgsem 2003 side 204 skriver at EMK anført for Høyesterett en gang på 70-tallet, 17 ganger på 80-tallet, men at allerede i 1992 var det totale antall saker hvor EMK hadde vært påberopt, kommet opp i 51. I 2002 hadde dette tallet etter Elgsems beregninger steget til over 400. Søkeordet ”EMK” i Høyesteretts avgjørelser på Lovdata, gir 609 treff pr. 22.11.2006.

2.2.3 Det metodeteoretiske preget

Som vi har sett, er fremstillingen av folkerettens stilling i norsk rett, i stor grad preget av det som kan kalles en metodeteoretisk tilnærming. Høydepunktet for denne fremstillingens fremvekst, representeres kanskje i sitatet fra Helgesen som ble nevnt innledningsvis:

”spørsmålet om folkerettens stilling ved norske domstoler [...] – eller hos norske rettsanvendere generelt – er ikke primært, men utelukkende av rettskildemessig art”. Etter min mening har dette perspektivet i fremstillingen fått for stort gjennomslag, og jeg vil forsøke å begrunne hvorfor.

Mitt poeng er at slik denne fremstillingen har fungert, er det en tendens til at rettskildeperpektivet stilles i sentrum. Det lille antall begreper sammenfattes i en metodeteoretisk fremstilling, og *overtar som forklaring*, både på de konklusjoner rettsanvender når, og den utvikling som skjer. Fremstillingen får et endimensjonalt forhold til reelle hensyn og konkrete vurderinger, fordi hovedsaken blir spørsmålet om lovgiverlojalitet – hvor langt man kan bevege seg før grensen mellom presumsjonsprinsipp og forrangsprinsipp nås. I tillegg rettes fremstillingen utelukkende mot internrettslige forhold.

Det er en fare for at leseren blir sittende igjen med et inntrykk av at prinsippenes detaljerte metodesystematiske utforming er avgjørende for det resultat som nås. Dermed vil leserens ressurser brukes på å analysere nyansene i denne strukturen. Som vi har sett ovenfor, fremstår forskjellene mellom prinsippene i dette perspektivet som liten, i blant så liten at konstruksjonspreget blir påfallende.

Jeg synes en bedre formulering av Helgesens utsagn ville være noe sånt som at ”ut fra de begreper og den systematikk vi kjenner fra rettskildelæren, er det mulig å sette opp en teoretisk helhetlig fremstilling av folkerettens stilling ved norske domstoler”. Poenget med dette modifiserte utsagnet, er at det i større grad tar høyde for at det også finnes andre

tilnærminger til spørsmålet enn den metodeteoretiske. Helgesen nevner selv den statsforfatningsrettslige tilnærming. Selv tror jeg som antydnet at en folkerettslig tilnærming kunne være fruktbar. Dette vil jeg komme tilbake til i punkt 3.

2.3 Foreløpig oppsummering

Et av spørsmålene som skal besvares i oppgaven er: Er EMKs rolle i norsk rett i dag en del av "Smiths store rettsvitenskapelige spørsmål"? Eller er *løser* menneskerettsloven spørsmålet for EMKs vedkommende? Jeg tror svaret til en viss grad avhenger av om man skal forstå Smiths spørsmål som rettet mot *prinsipielle sider* ved folkerettens forhold til norsk rett, eller som rettet mot folkerettens *gjennomslag* i norsk rett.

På bakgrunn av vår gjennomgang kan vi konstatere at menneskerettsloven § 2 om EMKs relevans, og forrangsbestemmelsen i § 3, retter seg mot spørsmål som har fått stor oppmerksomhet i den tradisjonelle fremstillingen av rettsområdet. For det første forestillingen om inkorporasjon som vilkår for internrettslig relevans gjennom eksistensen av et dualistisk system. For det andre forestillingen om den nasjonale retts forrang ved motstrid. Uansett hva man måtte mene om forestillingenes berettigelse ut fra rettspraksis, kan man slutte at menneskerettsloven virker klargjørende i forhold til disse *prinsipielle sidene*. I dette perspektivet bidrar loven altså, i en viss utstrekning, til å besvare Smiths spørsmål.

Men loven hindrer jo ikke at rettsspørsmål oppstår. Tvert i mot har man jo sett en økning i antallet saker hvor man har en folkerettslig og en internrettslig kilde. I alle disse sakene ligger det samme spørsmål i bunn: "Hvilken rettskilde skal avgjøre rettsspørsmålet?". Dette kan selvsagt rettes mot den enkelte rettskilde: "Skal den folkerettslige rettskilde være avgjørende?". Vi ser at spørsmålet om folkerettens *gjennomslag* ikke har blitt mindre aktuelt etter vedtakelsen av menneskerettsloven.

3 Fra ”prinsipp” til ”norm” – et steg nærmere rettsanvendelsesprosessen

Hvordan bør man så gå frem når man skal fremstille folkerettens stilling i norsk rett? Som jeg allerede har vært inne på, er ikke folkeretten *ett* homogent rettsområde. Det er forskjeller mellom de folkerettslige rettskildene, og det finnes holdepunkter for at man i norsk rettspraksis har sondret mellom ulike folkerett⁶¹. Jeg tror en god begynnelse er å avgrense fremstillingen til en bestemt folkerettslig kilde, og har altså valgt EMK.

Ovenfor, i punkt 2.2.3, var jeg inne på at en folkerettsorientert tilnærming kunne være fruktbar. Dette bygger på en forutsetning om at den rettsutvikling vi har sett, ikke bare er et resultat av internrettslig utvikling, men også av *utviklingstrekk ved folkeretten*. Etter min mening kan de ovenfor nevnte tannlegedommene sees på som et tidlig uttrykk for denne tendensen.

Konsekvensen av dette er at utviklingen – og rettsbildet – ikke fullt ut kan beskrives ved å sette opp internrettslig baserte ”prinsipper”. Jeg tror man kan vinne på å feste blikket på den folkerettslige rettskilde – EMK – og følge den i rettsanvendelsesprosessen. Spørsmålet blir: Hvilke forhold skiller rettsanvendelse hvor EMK er en av rettskildene, fra annen rettsanvendelse?

Med utgangspunkt i rettsanvendelsesprosessen kan man skille ut hvilke *rettsanvendelsesnormer*, og hvilke *andre forhold* som virker på rettsanvendelsen. I tillegg får man en struktur for å hente inn, og vurdere et bredere spekter av de hensyn som gjør seg gjeldende, enn man får ved å operere med ”prinsipper” konstruert på bakgrunn av metodelæren.

⁶¹ Som nevnt kan uttalelser i OFS-saken og Finangersaken sees i dette lys

Det som skal illustreres er altså hvilke normer og hvilke andre forhold som påvirker norsk rettsanvenders svar på spørsmålet om EMKs gjennomslag.

3.1 Relevansstadiet

3.1.1 Normen om EMKs relevans

Relevansstadiet i rettsanvendelsen preges av en tydelig rettsanvendelsesnorm. Normen fremkommer direkte av menneskerettsloven § 2, som uttrykkelig sier at EMK skal gjelde som norsk lov. Metodesystematisk er dermed normens innhold at EMK løftes opp på samme relevansnivå som norsk lovtekst ved løsningen av et retts spørsmål.

Det er liten tvil om at dette, formelt sett, representerer en betydelig utvikling. Hvor stor betydning dette grepet faktisk har hatt, er imidlertid et åpent spørsmål.

Vi ser at normen går rett inn i det spørsmål som tradisjonelt har vært fremstilt ved hjelp av begrepsparet dualisme/monisme. Som vi har sett ovenfor, er det lenge siden disse hadde noe substansielt innhold. Dessuten har vi konstatert at det allerede før vedtakelsen av menneskerettsloven, skjedde en betydelig økning i antallet avgjørelser hvor det ble benyttet rettskilder av folkerettslig opphav.

På bakgrunn av dette kan vi fastslå at *normen om EMKs relevans* ikke oppstår som følge av menneskerettsloven § 2. Forut for inkorporasjonen hadde det skjedd en betydelig rettsutvikling i retning av den tilstand bestemmelsen gir uttrykk for.

Metodisk og pedagogisk innebærer den imidlertid en klargjøring. Vi kan også fastslå at de lege lata har rettsanvender liten frihet til å distansere seg fra EMK på relevansstadiet.

3.1.2 Normen om aksept av EMD-praksis

Menneskerettsloven sier intet om EMD-praksis. I forarbeidene fremkommer det imidlertid at norske domstoler, ved anvendelse av EMK som rettskilde, skal legge vekt på EMDs forståelse av regelverket. En formulering fra innstillingen til odelstinget går ut på at inkorporeringen av konvensjonen skal ”påvirke rettsutviklinga i Norge i retning av å høyre på, og ha eit ope forhold til, praksis ved Strasbourgdomstolen og andre internasjonale handhevingsorgan”. Formuleringen er gjengitt i Bøhler-dommen på side 1007, som følger opp med et annet sitat fra samme sted: ”I innstillingen blir det fremhevet som «det overordna mål at norsk rettspraksis i størst mogleg grad samsvarer med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis».

På relevansstadiet har vi dermed en annen norm, normen om aksept av EMD-praksis. Her bidrar den til å fremme EMKs gjennomslag, ved at den trekker EMD-praksis opp på samme relevansnivå som teksten i konvensjonen når det skal utledes regler fra denne. Dens innhold er altså en generell aksept av EMD-praksis som prejudikat.

Det folkerettslige utgangspunkt ved tolkning av konvensjoner, som gjengitt i Wien-konvensjonen⁶², er at statene er bundet så langt en tolkning av konvensjonsteksten tilsier, men at også konvensjonens formål og statenes vilje kan tillegges vekt. Det er imidlertid ikke gitt at ratifiseringen av EMK binder konvensjonsstatene også når de gjelder de elementer som er tilkommet ved dynamisk tolkning, eller på annen måte baserer seg på EMDs forståelse av konvensjonen. Dette må gjelde selv om statene har akseptert systemet med menneskerettsdomstolen.⁶³ I praksis er det nok vanskelig å tenke seg at enkelte stater skal reservere seg mot den dynamiske tolkning, uten å trekke seg helt ut av konvensjonen.

⁶² Wien-konvensjonen artikkel 31 1. ledd lyder: ”A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”

⁶³ En situasjon med paralleller til dette spørsmålet, ble kommentert i Rt-1997-580 OFS. Høyesterett uttalte på side 588: ”Arbeidsnedleggelse er ikke omtalt i ILO-konvensjonene nr 87 og nr 98, og var heller ikke et tema for forhandlinger under ILOs arbeidskonferanser i 1948 og 1949” og s. 589: ”Jeg kan ikke se at de til dels vidtgående begrensninger i adgangen til inngrep som ILO-organene går inn for, har holdepunkter i konvensjonstekstene slik de ble forhandlet og vedtatt.” Høyesterett la altså ikke avgjørende vekt på ILO-organenes etterfølgende tolkning. Et poeng som kommenteres av Høyesterett, er at ILO-konvensjonene

Det er liten tvil om at norske domstoler, også før inkorporasjonen, la betydelig vekt på EMDs praksis. Uavhengig av dette, og av det eventuelt folkerettslige grunnlaget for aksept av EMDs oppfatning, må det vel erkjennes at en prinsipiell og forhåndgitt tilslutning til rettsutvikling som foregår ved en domstol utenfor det norske system, står i et visst spenn med utgangspunktet i norsk statsskikk.

Dette forhold illustrerer etter min mening viktigheten av å skille spørsmålet om aksept av EMDs oppfatning, fra spørsmålet om inkorporasjon av konvensjonsteksten.

I dette perspektivet kan det tenkes at menneskerettsloven med forarbeider legger grunnlaget for en rettsutvikling, fordi det av norsk lovanvender oppfattes som en tilslutning til den etablerte praksis. En annen mulig virkning er at signalet oppfattes av EMD, både som en prinsipiell tilslutning til domstolens praksis, og til det innhold og retning denne har fått.

3.1.3 Betydningen av prejudikatets tilgjengelighet

En innlysende forskjell mellom norsk rettspraksis og praksis fra EMD, er at norsk Høyesterett selv har hatt hånd om førstnevnte. Her står Høyesterett i sentrum for den diffusjonsprosess som foregår. Når det gjelder EMD-avgjørelser, er Høyesterett forflyttet fra sentrum, og forvist til en plass som ren mottaker av rettspraksis. Dette øker muligheten for at de avgjørelser som treffes i Høyesterett, ikke i tilstrekkelig grad tar opp i seg det som måtte være av fersk praksis fra EMD, rett og slett fordi man overser den.

Også andre forhold kan skiller EMD-praksis fra internrettslige prejudikater når det gjelder tilgjengelighet. Hov skriver: ”Menneskerettsdomstolens avgjørelser offentliggjøres, men er

inneholder en bestemmelse, statuttene artikkel 37 (1), om at uenighet om tolkningen avgjøres med bindende virkning av Folkerettsdomstolen i Haag. Noen lignende bestemmelse finnes ikke i EMK.

svært tungt tilgjengelige. Som regel er de lange som vonde år. Og en er heldig hvis en finner dommen på engelsk. Mange finnes bare på fransk⁶⁴.

Vi forstår at de forhold som er beskrevet her, kan ha innvirkning på rettsanvendelsen. Dersom rettsanvender overser, eller ikke forstår innholdet i, en avgjørelse fra EMD, er det imidlertid ikke fordi han styres av en norm. Dermed er det etter vår systematikk et ”annet forhold” som påvirker rettsanvendelsen hvor EMD er rettskilde.

I første omgang kan man tenke seg at de nevnte særtrekk ved EMD-praksis vil begrense folkerettens gjennomslag. Det kan imidlertid vanskelig tenkes at norsk rettsanvender over lengre tid skal overse relevant EMD-praksis. I et slik perspektiv blir prejudikatets tilgjengelighet heller en kilde til rettsusikkerhet og uriktige avgjørelser, enn et hinder for EMKs gjennomslag i norsk rett.

Et eksempel på problemene som kan oppstå, finner vi i Rt-2004-1500. Spørsmålet i saken var om et norsk forvaltningsrettslig vedtak med sanksjonspreg var truffet som et ledd i en strafforfølgning, og dermed stenge for senere straffesak etter EMK P7- 4. I vurderingen av ”samme forhold” uttalte førstvoterende: ”Høyesterett har i flere avgjørelser lagt til grunn at det ved denne vurderingen må tas utgangspunkt i om de objektive vilkår for å ilegge sanksjonen i det vesentlige er den samme⁶⁵. Dommen ble avsagt den 8. oktober 2004.

At man bare skal ta hensyn til de objektive vilkår, kan ikke fastholdes etter EMDs avisningskjennelse i Rosenquist-saken⁶⁶, hvor EMD uttrykkelig vektlegger ulike skyldkrav i de aktuelle sanksjonsbestemmelsene ved vurderingen av ”in their essential elements”. Det er vanskelig å se at de uttalelser som er referert fra Høyesterett, kan være avgitt med kjennskap til innholdet i Rosenquist-avgjørelsen.

⁶⁴ Hov 2004 side 511

⁶⁵ Rt.2004.1500, dommens premiss 52.

⁶⁶ Mer om denne nedenfor i punkt 3.2.3

Rosenquist-avgjørelsen ble avsagt 14. september 2004. Riktig nok er det knapt tre uker mellom avgjørelsene, og dette er ikke lang tid dersom man tar høyde for perioden fra saken prosederes frem til domsavsigelsen. Like fullt må den anses som et eksempel på at Høyesterett ikke har trukket inn en rettskilde som etter gjeldende rett skal være relevant. At Høyesterett skulle foreta samme unnløstelse i forhold til sin egen ferske praksis, er vanskelig å tenke seg.

3.2 Tolkingsstadiet

3.2.1 Normen om statenes skjønnsmargin

EMD har, uten direkte støtte i konvensjonen, utviklet den såkalte skjønnsmarginlæren⁶⁷. Denne utgjør i dag et autonomt begrep. Innholdet i læren er kort fortalt at EMD, ved sin kontroll av statenes forståelse av EMK, innvilger statene et visst spillerom. Omfanget av spillerommet vil avhenge av en rekke faktorer, blant annet hvor uklar den aktuelle bestemmelsen er, og hvor grunnleggende bestemmelsen ansees å være. Det bærende hensyn bak skjønnsmarginlæren synes å være at de nasjonale domstolene antas å ha større kunnskaper om nasjonale forhold enn EMD. Siden EMD ikke griper inn overfor tolkning som går for langt i å utlede rettigheter fra EMK, vil den i praksis gå ut på at domstolen aksepterer innskrenkende tolkninger som den selv ikke ville lagt til grunn.

I vår systematikk er det snakk om en rettsanvendelsesnorm som gir nasjonal rettsanvender frihet til – innenfor normens grenser – å avgjøre spørsmålet om folkerettens gjennomslag. Det er verdt å merke seg at normen springer ut av folkeretten, ikke av det nasjonale rettssystem.

Det neste spørsmålet er i hvilken grad norske domstoler tar høyde for praksisen ved sin rettsanvendelse. I Rt-1996-551 ble det uttalt: ”Den skjønnsmargin som konvensjonsorganene kan antas å ville praktisere, må etter min mening også norske

⁶⁷ For en grundig gjennomgang av emnet se Sørensen 2004

domstoler legge til grunn når de anvender EMK.” Etter dette har begrepet vært oppe i norsk rettspraksis en håndfull ganger. I Rt-2002-1271 var hovedspørsmålet om statens inndragning av utstyr brukt av Greenpeace under en aksjon, var å anse som dobbelstraff. Eieren av utstyret hadde imidlertid også anført at inndragningen var i strid med bestemmelsene om ytrings- og forsamlingsfrihet i EMK artikkel 10 og 11. Under drøftelsen av dette spørsmålet, uttalte en enstemmig Høyesterett: ”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”. I denne forbindelse ble det vist til klare uttalelser fra EMD i avvisningskjennelsen EMD-1996-33678. Her var Norge innklaget, og det faktiske forhold var svært likt det aktuelle.

Praksis tyder dermed på at Høyesterett foretrekker å holde seg i trygge farvann ved anvendelsen av begrepet som norm for rettsanvendelsen. Når man i tillegg vurderer det begrensede antall saker hvor begrepet har vært i bruk, kan det konkluderes med at normen om statenes skjønnsmargin hittil ikke har hatt stor betydning for spørsmålet om folkerettens gjennomslag.

3.2.2 Normen om frihet ved selveffektuerende regelutforming

Et spørsmål som oppstår, er i hvilken grad den folkerettslige regelens utforming, har betydning for rettsanvendelsen. Her spør man gjerne om den folkerettslige regel er ”self-executing” eller – på norsk – selveffektuerende.

Menneskerettslovutvalget kom inn på begrepet i forbindelse med vurderingen av hvilke konvensjoner som skulle inkorporeres⁶⁸. Utgangspunktet synes å ha vært at kun selveffektuerende bestemmelser var egnet for inkorporasjon. Utvalget fastla begrepet nærmere, med bakgrunn i blant annet juridisk litteratur. Det sentrale ved en selveffektuerende regel synes å være at den er utformet slik at den umiddelbart er egnet

⁶⁸ NOU-1993-18, side 104 flg.

som grunnlag for rettsanvendelse hos nasjonale myndigheter, at plikter og rettigheter kan utledes direkte, og at det ikke er behov for ytterligere lovgivning.

Departementet kommer også inn på begrepet i forarbeidene, i to ulike sammenhenger⁶⁹. Den uttalelse som er av interesse her, kommer i forbindelse med gjennomgangen av forrangsbestemmelsen i lovens § 3. I kapittel 8.4 uttaler departementet at ”Forutsetningen er dessuten at konvensjonsbestemmelsen er selvkraftig”. Det er altså en forutsetning for motstrid, og dermed bruken av forrangsbestemmelsen, at konvensjonsbestemmelsen er selveffektuerende. Selv om begrepet her benyttes i andre sammenhenger enn hos utvalget, viser proposisjonen til utvalgets definisjon. Det gis heller ikke noen nærmere angivelse av hvilke konvensjoner, eventuelt hvilke bestemmelser, som ansees å være selveffektuerende.

Av departementets uttalelser kan det utledes en rettsanvendernorm om frihet ved selveffektuerende regelutforming. Normens innhold er at rettsanvender, dersom den folkerettslige regel ikke er selveffektuerende, ikke må tillegge menneskerettslovens forrangsbestemmelse samme vekt. Normen springer ut av menneskerettslovens system, men må samtidig sees på som en konsekvens av uklarheter i folkeretten.

Spørsmålet blir da om det etter norsk rett kan komme på tale å anse noen av reglene i EMK for ikke-selveffektuerende.

I Rt-2001-1006 (KRL-fag) var spørsmålet om ordningen med begrenset fritak fra KRL-faget i grunnskolen var i strid med Norges folkerettslige forpliktelser. En rekke konvensjonsbestemmelser var anført til støtte for dette syn. Både EMK artiklene 9, 14, og første tilleggsprotokoll artikkel 2, FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artiklene 18 og 26, FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) artikkel 13 nr. 3 ble påberopt.

⁶⁹ Ot.prp.nr.3 (1998-1999) kapittel 3.1 og 8.4.

Førstvoterende uttaler på side 1015: ”Selv om konvensjonsbestemmelser om mer tradisjonelle menneskerettigheter gjennomgående tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, kan spørsmålet om umiddelbar anvendelse eksempelvis oppstå for visse bestemmelser i ØSK, jf. NOU 1993:18 sidene 125-126 og særlig sidene 164-165”.

Det som synes klart ut i fra førstvoterendes uttalelser, er at ØSK inneholder enkelte bestemmelser som ikke er ansett å være selveffektuerende. Bruken av ordet ”eksempelvis” tyder imidlertid ikke på at Høyesterett anser konvensjonen for å være den eneste med slike bestemmelser.

Førstvoterende viser til lovutvalgets behandling. Nederst på side 125 uttaler utvalget om ØSK at ”Den inneholder mange relativt vage bestemmelser som i forhold til et omfattende norsk regelsett i rettslig henseende nok først og fremst vil ha betydning som retningslinjer.” Formuleringen er en del av en konklusjon om hvorvidt ØSK er egnet for innarbeidelse. Som gjengitt ovenfor, var et av spørsmålene utvalget stilte i denne forbindelse, om konvensjonene inneholdt mange selveffektuerende bestemmelser. Uttalelsen må forstås som et svar på dette spørsmålet.

Dette tyder ikke på at utvalget hadde en enten-eller-holdning til spørsmålet om en regel var selveffektuerende. Formuleringene ”relativt vage” og ”først og fremst” indikerer vel heller at man så på det som et gradsspørsmål.

Om EMK skriver utvalget på side 119: ” Mange av bestemmelsene er nok generelt formulert, men det kan ikke være avgjørende, særlig på bakgrunn av at det foreligger en omfattende praksis fra Kommisjon og Domstol som presiserer deres rekkevidde”. Utvalget finner likevel grunn til å nevne artikkel 12⁷⁰, og omtaler denne som ”meget generelt formet”.

⁷⁰ Art. 12 lyder: ” Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.”

Ut i fra forarbeider og praksis er det uklart om spørsmålet om reglene er selveffektuerende, kan tenkes å ha betydning ved anvendelse av EMK i norsk rett. Når det ikke har vært behov for en avklaring, skyldes dette heller at lovanvender har gått langt i å ta til seg den veiledning som gis i EMD-praksis, enn at konvensjonsteksten fremstår som egentlig selveffektuerende. I den grad normen får anvendelse for EMK, kan den med støtte i forarbeidene brukes som argument for skyve tilbake forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3. Det kan derfor ikke utelukkes at normen om frihet ved selveffektuerende regelutforming kan få betydning i fremtiden.

3.2.3 Normen om selvstendig tolkning

Som nevnt ovenfor i punkt 2.1.5, gir Bøhler-dommen en rekke retningslinjer for forholdet mellom norsk rett og EMK. Her så vi også har det i teorien vært presentert et prinsipp om selvstendig tolkning, og at det kan være uklart om dette er ment som en overordnet samlebetegnelse for de retningslinjer som gis i Bøhler-dommen, eller brukes i en snevrere betydning.

Jeg er enig i at dommen gir grunnlag for å operere med en norm om selvstendig tolkning. Etter min mening bærer det imidlertid galt av sted dersom man tar begrepet *selvstendig* på ordet, og samtidig presenterer normen som en sammenfatning – et prinsipp – for anvendelsen av EMK i norsk rett.

Ved å plassere normen inn i en systematikk, mellom de klare regler som gjelder på relevans- og avveiningsstadiet, tydeliggjøres forhåpentligvis normens rolle i den store sammenheng.

Normen trer i funksjon dersom man har en mulig motstrid mellom intern regel og EMK, som ikke lar seg løse gjennom bruk av presumsjonsprinsippet⁷¹. Den fremstilles som en totrinnsrakett. Selv om det nok kan diskuteres om de vurderinger som gjøres i trinn en og trinn to egentlig er ulike vurderinger, følger jeg denne fremstillingen.

Rettsanvender retter først blikket mot den folkerettslige regel. Det følger av uttalelsen på side 1007 at dersom ”det tolkningsresultat som følger av EMK, fremstår som rimelig klart”, avgjøres spørsmålet av forrangsbestemmelsen i § 3.

Hvis ikke, fastlegges regelens innhold etter nærmere bestemte retningslinjer. Dette er normens andre trinn. Retningslinjene gir rettsanvender betydelig handlingsrom: Høyesterett skal bruke EMDs metode, men vise tilbakeholdenhet med å utvikle konvensjonen. I tillegg skal den benytte seg av sin vanlige fremgangsmåte ved prejudikattolkning, men i en viss utstrekning se hen til ”tradisjonelle norske verdiprioriteringer”, og, dersom det foreligger, vurderinger fra lovgiver.

Uttalelsen om ”rimelig klart” kan naturlig nok ikke forstås som en henvisning til klarhetsprinsippet, siden det fravikes lenger opp i avgjørelsen. Kanskje kan den ansees som et ”alminnelig” krav til klarhet. Som vi vet, varierer imidlertid kravene til klarhet ved regeltolkning. Et eksempel på dette er de ulike legalitetsprinsippene i alminnelig forvaltningsrett, skatterett og strafferett.

En alternativ forståelse av det krav til klarhet som stilles, er ”det krav til klarhet som alle reelle hensyn, herunder de erfaringer rettsanvender gjør seg over tid, tilsier at man bør stille til den folkerettslige rettskilde.” I et slikt perspektiv er det ikke gitt at kravet til klarhet vil være statisk.

⁷¹ At dette fortsatt skal gjelde, er forutsatt i forarbeidene og bekreftet i Bøhler-dommen. Etter min systematikk kunne prinsippet plasseres på tolkningsstadiet som ”normen om folkerettskonform lovtolkning”. For anvendelse av EMK har det imidlertid ingen annen funksjon enn å unngå åpen motstrid, og jeg har valgt å utelate det fra fremstillingen.

De samme betraktninger gjør seg gjeldende for normens trinn to. Det er klart at rettsanvender gis betydelig handlingsrom, men ikke like tydelig hva som skal etterstrebes ved praktiseringen av dette. Henvisningen til EMDs metode taler for at man skal etterstrebe det resultat EMD ville kommet til, dersom den fikk saken forelagt. Omvendt trekker tilbakeholdenheten med dynamisk tolkning, bruken av ”norske” verdiprioriteringer og eventuelle vurderinger fra lovgiver, i retning av at normen tilsikter å gi lovanvender en viss frihet til å bremse folkerettens gjennomslag. Også her er det grunn til å tro at et bredt tilfang av reelle hensyn, ikke minst de erfaringer rettsanvender gjør seg over tid, vil spille en rolle.

I den særnorske rekken med avgjørelser i spørsmål om dobbelstraff⁷² finnes det enkelte eksempler på følger av normens faktiske anvendelse, som det kan være grunn til å rubrisere som slike ”erfaringer”.

For eksempel var det i norsk rett en kort periode åpent hvorvidt straffebegrepet i EMK var autonomt, eller om begrepet hadde ulikt innhold i EMK artikkel 6 og i protokoll 7-4. Rt.2002-557 åpnet uttrykkelig for en slik ulikhet nederst på side 568: ” Det er mulig at de ulike formålene kan tilsi at grensen for hva som er « criminal charge » etter EMK artikkel 6 ikke fullt ut kan samsvare med de overtredelser hvor behandlingen utgjør « criminal proceedings » i forhold til artikkel 4 i Protokoll 7.” I Rt.2002-1216 ble det så fastslått at begrepene måtte gis samme innhold, se side 1225. Det er imidlertid verd å merke seg at dette skjedde på bakgrunn av klare uttalelser i den mellomliggende avgjørelsen Götkan mot Frankrike (EMD=REF00003694). Hvordan norsk praksis ville utviklet seg dersom man ikke hadde fått den korrigerende avgjørelsen fra EMD, er et åpent spørsmål.

⁷² Fra 2002 frem til i dag har det vært et tredvetalls avgjørelser i Høyesterett hvor man har vurdert om en norsk bestemmelse er i strid med EMK protokoll 7 artikkel 4. Ingen andre konvensjonsstater, eller EMD, kommer i nærheten av dette tallet. Aktuelle avgjørelser med stikkordmessig angivelse av innholdet er Rt: 2002-497-skatt, 2002-557-skatt, 2002-1007-trikkesniking, 2002-1144-selvangivelse, 2002-1216-fører kortbeslag, 2002-1271-inndragning, 2002-1683-forvaring, 2003-264-trygdesvindel, 2003-394-konkurrens, 2003-1100-disiplinærreaksjon, 2003-1221,1241,1243, konkursskarantene, 2003-1376-mva-unndragelser, 2003-1827-barnevernsinstitusjon, 2004-927,939,943,948-prøveløslatelse, 2004-1074-regnskap, 2004-1343-legelicens, 2004-1368-barnevernsinstitusjonII, 2004-1500-råfisk, 2005-1269-regnskap, 2005-1430-veitrafikk og Høyesteretts avgjørelse av 9.november 2006, 2006-01159-A-selvangivelse.

Et annet eksempel er hvordan Høyesterett har forholdt seg til begrepet ”samme forhold” i P7-4 (”the same offence”). Vi ser i Rt-2002-497 på side 507 at Høyesterett tidlig identifiserte de sentrale *begrepene* i EMDs praksis: Det må dreie seg om samme handling (”the same conduct”), og straffebudene må ikke skille seg ”in their essential elements”. På tross av dette, finner ikke førstvoterende dommer Skoghøy grunn til å sondre mellom de to siste begrepene, eller gå særlig grundig inn på dem. Han skriver: ”Denne vurderingen må etter mitt syn først og fremst skje på grunnlag av en sammenligning av den objektive gjerningsbeskrivelse i de aktuelle straffebud.”

I Rt-2003-264 i premiss 45 nevnes EMD-avgjørelsen Ponsetti/Chesnel mot Frankrike, hvor EMD ganske klart hadde gitt uttrykk for at de vektla ulikheter i to bestemmelsers skyldkrav ved vurderingen av ”samme forhold”. På tross av at førstvoterende tydeligvis finner den etablerte norske forståelse problematisk, skjer ingen utvikling av begrepet ”samme forhold”.

I Rt-2004-1368 hadde en mindreårig blitt tvangsplassert i barnevernsinstitusjon, begrunnet i en del straffbare forhold. Spørsmålet var om forbudet mot dobbeltstraff i P7-4 avskar straffeforfølgning for de samme faktiske forholdene. Den samme saken var oppe i Rt-2003-1827, hvor flertallet i premiss 81 kom til at det ”ikke er adgang til å reise straffesak for de straffbare forhold som dannet grunnlag for fylkesnemndas vedtak”. Av prosessuelle årsaker var imidlertid Høyesterett avskåret fra å drøfte om det var ”samme forhold”, siden lagmannsretten ikke drøftet dette i sin avgjørelse. I Rt.2004-1368 premiss 37 uttaler de fem dommerne enstemmig at ”straffesaken ikke kan anses å gjelde samme straffbare forhold som barnevernssaken.”. Det fremkommer nedenfor at dette er et resultat av en omfattende vurdering, blant annet av de konkrete lovbestemmelsenes innhold, formålet med bestemmelsene og de beskyttede interesser. Her slås det fast at en rekke elementer kan bidra til at det samme faktiske forhold, ikke nødvendigvis er ”samme forhold” etter EMK

Det kan se ut som om det skjedde en utvikling fra de tidligste avgjørelsene om dobbeltstraff. Der *hovedspørsmålet* tidligere var ”er det straff?” var det nå blitt ”er det samme forhold?”. Det kan også se ut som om dette medførte at Høyesterett gikk lengre i å akseptere tosporede sanksjonssystemer enn det som ble skissert i de tidligste avgjørelsene. Det er verdt å merke seg at denne utviklingen skjer uten at det tilkommer avgjørelser fra EMD, altså ut over Göktaan mot Frankrike.

Etter Rosenquist-avgjørelsen, fra 14.september 2004, hvor EMD avviste en klage over anvendelsen av to sanksjonsbestemmelser i den svenske skattelovgivningen, har Høyesteretts praksis tatt en ny vending. I kjennelse av 9. november 2006 fragikk Høyesteretts flertall det syn at bare ulikheter i de objektive straffbarhetsvilkår skulle tillegges vekt ved avgjørelsen av om det dreier seg om samme straffbare forhold. Det er grunn til å anta at dette vil ha betydning for praksis hos norsk forvaltning, ved at den reverseres i retning av tilstanden før Høyesteretts tidlige avgjørelser om dobbeltforfølgning.

Man skal være varsom med å trekke generelle konklusjoner på et såpass spinkelt grunnlag som denne gjennomgangen av normen om selvstendig tolkning. Vi ser imidlertid flere eksempler på at hvordan Høyesterett praktiserer normen, har betydning for spørsmålet om folkerettens gjennomslag i norsk rett. Vi kan konstatere at, i alle fall innen feltet EMK P7-4, har anvendelsen av normen om selvstendig tolkning i perioder har åpnet for en annen forståelse av EMK enn det som senere har fulgt av EMDs praksis. I tillegg har den ført til at folkeretten har fått *større gjennomslag* i norsk rett enn det som følger av den tolkingen EMD senere har lagt til grunn. Jeg tror også det kan hevdes at det materielle resultat i de tidlige avgjørelsene, til en viss grad la grunnlaget for det store antall saker vi har sett i norsk praksis. Det er langt fra sikkert at alle sakene ville kommet inn for Høyesterett dersom man innledningsvis hadde uttalt det syn på ”samme forhold” som senere utviklet seg.

Det kan godt tenkes at Høyesterett vil trekke lærdom av sakene om dobbeltforfølgning, ikke minst etter Rosenquist-avgjørelsen. Men det er vel lite trolig at Hov får oppfylt sitt

ønske om å se Høyesterett vende tilbake til klarhetsprinsippet. Som vi har sett ovenfor, gir normen om selvstendig tolkning slik den er fastlagt, betydelig spillerom for konkrete vurderinger. Dermed kan også praksis legges om, uten at dette trenger å skje uttrykkelig.

3.2.4 Betydningen av klagesystemets utforming

Høyesterett er, ved anvendelsen av EMK som rettskilde, ikke suverén på samme måte som i intern rett. I saker hvor Høyesterett gir staten medhold, risikerer man at klager går videre, og at saken kommer inn for EMD. Det kan også tenkes at Høyesterett gir klager medhold, men at det er nærliggende å tro at samme problemstilling senere kan komme inn for EMD via andre land. I så fall vil EMD få siste ord.

Et spørsmål som oppstår i situasjoner hvor Høyesterett tolker EMK, er om muligheten for at EMD får spørsmålet opp til behandling, vil virke hemmende på Høyesteretts egen følelse av frihet ved tolkningen av rettskildene.

Omvendt kan man tenke seg at i de tilfeller der klager gis medhold, og det ikke er grunn til å tro at et tilsvarende spørsmål senere kommer opp for EMD, vil Høyesterett føle like stor frihet som i internretten til å styre sin omgang med rettskildene. Her kan situasjonen i så fall bli at Høyesterett får en større grad av frihet i forhold til lovgiver, fordi EMK kan benyttes som et særlig middel ved vurderingen av den interne rett.

Et eksempel på en avgjørelse hvor forholdene lå slik an, er den såkalte uskyldspresumsjondommen⁷³. Her var spørsmålet om bestemmelsen i strl. §194 hvor man ikke vurderte hvorvidt tiltalte hadde utvist skyld i forhold til barnets alder, var i strid med EMK artikkel 6-1. Det uttales i dommen at Norge er alene i konvensjonsområdet om å ha en slik bestemmelse. Det er dermed lite sannsynlig at et tilsvarende spørsmål kommer inn via andre land. Høyesterett kom enstemmig til at bestemmelsen stred mot EMK, riktig nok med dissens i forhold til begrunnelsen. Klager fikk altså medhold.

⁷³ Rt.2005.833, plenum.

Flertallet gikk i sin begrunnelse grundig gjennom praksis fra EMD. Denne bestod av to avgjørelser hvor Sverige var klaget inn for sin lovgivning på skatterettens område⁷⁴, samt et par avgjørelser der Frankrike var klaget inn for straffebestemmelser i landets tollovgivning⁷⁵. Ikke i noen av disse sakene hadde EMD kommet til at det forlån brudd på konvensjonen.

Ut i fra en resultatmessig vurdering lå det altså ikke an til at det skulle bli nødvendig å sette til side en klar norsk lovbestemmelse. Høyesterett utledet imidlertid av dommene at det måtte foretas en proporsjonalitetsvurdering mellom statens behov for et objektivt straffbarhetsvilkår, og de hensyn som talte mot dette, i hvert enkelt tilfelle. Deretter foretok Høyesterett en slik proporsjonalitetsvurdering, og kom frem til at konvensjonen var brutt.

Som det også fremgår av dommen, var det en ikke ubetydelig materiell avstand mellom de avgjørelser som dannet praksis hos EMD, og det aktuelle spørsmål. Dermed blir det vanskelig å kritisere grunnlaget for den vurdering Høyesterett foretok, fordi både statens behov og forholdene som talte mot var ulike. Dette illustrerer samtidig at Høyesteretts *egne vurderinger* av proporsjonaliteten sto helt sentralt i avgjørelsen. Like fullt kom man altså til at den klare internrettslige bestemmelsen måtte vike.

Det er usikkert om Høyesterett ville gått like langt i å tillegge sine egne vurderinger avgjørende vekt, dersom det hadde vært sannsynlig at et lignende spørsmål ville komme inn for EMD. I et slikt lys kan avgjørelsen sees på som et uttrykk for at nasjonal rettsanvender i disse situasjonene nyter økt frihet i forhold til lovgiver. Det er imidlertid ikke tale om en norm etter vår systematikk, snarere er det et forhold som følger av konvensjonens system.

⁷⁴ Janosevic mot Sverige(EMD-1997-34619) og Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige(EMD-1997-36985)

⁷⁵ Salabiaku mot Frankrike(EMD-1983-10519) og Pham Hoang mot Frankrike(EMD-1987-13191)
Referansene er Lovdatas referanser.

3.2.5 Spørsmålet om presiserende og dynamisk tolkning

EMD foretar en omfattende presiserende tolkning av konvensjonens innhold.

Konvensjonsteksten er ofte så vag og upresis at den ikke gir veiledning i grensespørsmål. I blant er det ikke en gang gjort forsøk på å angi hva som ligger i de enkelte begreper. I slike tilfeller har EMD gått svært langt i å presisere konvensjonens innhold. Rent pragmatisk må nok dette sees i sammenheng med manglende forarbeider og fravær av aktuell lovgivervirksomhet i konvensjonen⁷⁶. Det kan også tenkes at slik presiserende tolkning er mer akseptert innenfor kontinental rettstradisjon⁷⁷. Kombinasjonen av EMDs vilje til både å presisere konvensjonens innhold, og å tillegge tolkningen prejudikativ virkning på detaljplan, gjør at domstolen på konvensjonens område delvis har en rolle som etter norsk intern rett er reservert lovgiver.

I tillegg til den presiserende tolkningen, foretar EMD på flere områder en åpent dynamisk tolkning⁷⁸. I dommen *Tyler mot Storbritannia*⁷⁹, som også er referert i *Böhler-dommen*⁸⁰, uttaler domstolen at konvensjonen er ”a living instrument which... must be interpreted in the light of present day conditions”. I *Selmouni-saken*⁸¹ uttaler domstolen: “the Court considers that certain acts which were classified in the past as « inhuman and degrading treatment » as opposed to « torture » could be classified differently in [the] future”.

Man kunne kanskje tenke seg at Høyesterett ved anvendelsen av EMD-praksis, ville skille mellom EMDs presiserende tolkning, og EMDs dynamiske tolkning. Der konvensjonens innhold presiseres, tenker man seg at det hentes frem innhold som har ligget der hele tiden,

⁷⁶ I denne retning Elgsem, 2003 side 212

⁷⁷ Krüger 1996 side 282 skriver: ”...en kontinental jurist som ut fra sin arbeidsstil lever med fiksjonen om at retten ikke *skapes* men *finnes* av dommeren – også der løsningen må utledes av svært så spinkle og luftige analogier og prisnipper.”

⁷⁸ Et eksempel på dynamisk tolkning finnes i rekken av saker angående transseksuelles rettigheter, som kulminerer i *Goodwinsaken* (EMD=REF00000559) fra 2002 og referanser herfra.

⁷⁹ *Tyler mot Storbritannia*, 1978, serie A nr. 26, (EMD=REF00000172)

⁸⁰ Rt.2000 s.996 på s.1007

⁸¹ *Selmouni mot Frankrike*, 28. juli 1999(EMD=REF00001109), dommens premiss nr. 101.

og som dermed er akseptert av norsk lovgiver. Dette gjelder selvsagt ikke den dynamiske tolkning. Prinsipielt er det dermed en forskjell, og den som ønsker å ruste seg til en de lege ferenda-debatt om EMKs gjennomslag i norsk rett, bør absolutt være oppmerksom på skillet.

Grensen mellom de to tolkningstilfellene vil imidlertid ofte være uklar i praksis. Jeg kan heller ikke se at Høyesterett har kommentert eller vektlagt skillet, eller at lovgiver ikke mente at også dynamisk tolkning fullt ut skulle aksepteres.

Det kan imidlertid ikke utelukkes at skillet kan få betydning i fremtiden, men dette avhenger selvsagt av graden av dynamisk tolkning hos EMD. Etter min mening taler i alle fall de prinsipielle ulikhetene mellom tolkningsstilene for at de rettigheter som måtte tilkomme ved dynamisk tolkning, kan være en særlig aktuell arena for *vekselvirkning* mellom EMD og nasjonale domstoler. Dersom man skulle få en utvikling hvor Høyesterett i større ønske å ta del i et slikt samspill, er det ikke umulig at det vil oppstå en sontring mellom dynamisk og ikke-dynamisk tolkning.

3.2.6 Spørsmålet om avvisningskjennelsers vekt

Et spørsmål som oppstår når EMD-praksis skal veies, er om avvisningskjennelsene skal tillegges samme vekt som dommene ved tolkning av den EMK-rettslige regel..

I den nevnte Rt-2005-833 er det klart at Høyesterett ikke tillegger EMDs avvisningskjennelser den samme vekt som de saker domstolen har behandlet i full bredde⁸².

Ikke desto mindre bygget flertallet i den nylig avsagte kjennelsen HR-2006-01893-P⁸³ sitt standpunkt på EMDs uttalelser i den nevnte Rosenquist-avgjørelsen, som er en

⁸² Rt-2005-833 premiss 69: ” Dette synet på sammenhengen mellom objektive straffbarhetsvilkår og presumsjoner underbygges av de avvisningsavgjørelser som jeg har nevnt, selv om disse ikke har samme rettskildemessige vekt som dommene.”

avvisningskjennelse. Som vi har vært inne på, må denne sees på som en endring fra tidligere praksis.

Førstvoterende uttalte i premiss 53 at Rosenquist-avgjørelsen ”er avsagt i kammer med sju dommere [...] Dette er det samme organ og det samme antall dommere som ved en avgjørelse av realiteten. [...] Ut i fra dette er det etter min mening ikke noen grunn til å tillegge avgjørelser om avvisning mindre vekt enn dommer når de er avsagt av sju dommere.”.

Etter dette er det klart at også EMDs avvisningskjennelser etter gjeldende rett kan ha meget stor vekt, nok til å fortrenge etablert internrettslig praksis⁸⁴.

Dommer Skoghøy formet en enslig dissens i kjennelsen. Etter hans mening var et spørsmål som måtte drøftes, om Rosenquist-kjennelsen var uttrykk for en endring i EMDs praksis. I den forbindelse, i kjennelsens premiss 94, kom han med følgende bemerkning: ”Avvisningskjennelser må imidlertid tolkes i lys av de realitetsavgjørelser som foreligger. Dersom EMD ønsker å legge om sin praksis, vil det skje ved at saken henvises til realitetsbehandling, og ikke gjennom en avvisningsavgjørelse”.

Dette er etter min mening et interessant perspektiv på det gjedende norske forhold til EMDs praksis. For en nærmere vurdering kan det være av nyttig å se på domstolens kapasitet og saksmengde.

I 2005 fikk EMD inn 41510 nye saker. I 27612 av disse sakene ble det fattet avgjørelse (”decision”) om å avvise saken, 1036 av dem ble besluttet fremmet. Domstolen avsa

⁸³ Kjennelse av 9.november 2006, sak nr. 2006/623, plenum. Et flertall på 14 dommere kom til at det ikke var i strid med EMK protokoll 7 artikkel 4, om en person ilagt tilleggsatt med 30 prosent etter ligningsloven §10-2, senere ble straffeforfulgt etter §12-2.

⁸⁴ Men det kan synes uavklart hvordan dette forholder seg til avvisningskjennelser fra før den siste prosessuelle reformen i EMD.

samme år 1105 dommer ("judgements")⁸⁵. Så tidlig som i 2003, var det imidlertid rundt 65000 saker som var "pending"⁸⁶. Dette er saker som ikke er avvist, men heller ikke pådømt. I 2005 ble det altså avsagt ganske nøyaktig 25 avvisningskjennelser for hver avsagte dom. Samtidig venter et overveldende antall saker i kø for domsavsigelse.

Spørsmålet blir da, om det under slike forutsetninger, med rimelighet kan legges samme vekt på avvisningskjennelsene som på dommene.

Konsekvensen av dette er – fra EMDs ståsted – at det stilles *samme krav* til avvisningskjennelsene som til dommene. Dette gjelder selvsagt kravene til kjennelsenes kvalitative utforming. Men det får også den konsekvens at det ikke er mulig å avvise en sak, uten fullt ut å vurdere hvordan dette oppfattes av de nasjonale rettsanvendere, og de påfølgende konsekvenser for rettstilstanden. Dette vil gjelde selv om saken materielt sett skulle befinne seg i menneskerettighetenes randsone, og rettstilstanden fra før skulle være avklart.

Jeg tror ikke man kan utelukke at EMD, som følge av det store misforhold mellom kapasitet og saksmengde, til en viss grad ønsker å se hen til hvor alvorlig det innklagede menneskerettighetsbrudd fortøner seg, også ved vurderingen av om saken skal avvises. Dette kan bli vanskelig dersom nasjonale rettsanvendere legger seg på den linjen Høyesterett har valgt.

Et eksempel på en avvisningskjennelse som ikke kan tillegges særlig vekt, er avvisningen av klagen til de domfelte i Rt-1994-610 Bølgepapp⁸⁷. EMDs avgjørelse i Saunders mot

⁸⁵ Disse tallene er hentet fra "Survey 2005", utgitt av European Court of Human Rights (EMD). Se internettadressen <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Annual+surveys+of+activity/>

⁸⁶ Laguotte 2004 side 240

⁸⁷ Application No. 25944/94

Storbritannia⁸⁸ retter seg mot selvinkrimineringsforbudet, og norske myndigheters praksis, slik den fremgikk i Bølgepapp, kunne ikke opprettholdes etter dette.

Som det fremgår av notene, var Saunders sak tatt opp til behandling før klagen etter Bølgepapp kom inn. Det er også verdt å merke seg at dommen i Saunders kom 17. desember 1996, 20 dager etter avvisningen av den norske klagen. Det kan dermed vanskelig være snakk om noen rettsutvikling.

Avvisningen av klagen etter Bølgepapp-saken harmonerer dårlig med forestillingen om at EMD ikke avviser saker hvor det, dersom saken ble behandlet, kunne tenkes en fellende dom.

På denne bakgrunn kan det ikke utelukkes at man i fremtiden vil se visse modifikasjoner av den likebehandling mellom EMDs avvisningskjennelser og dommer som nå gjelder.

3.3 Avveiningsstadiet

3.3.1 Normen om forrang ved motstrid

En annen mye omtalt rettsanvendernorm fremgår også av lovteksten i menneskerettsloven. Lovens § 3 lyder: ”Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.” På samme måte som i forhold til normen om EMKs relevans, kan man i forhold til normen om forrang ved motstrid få inntrykk av at vi i dag står i en helt annen situasjon i dag enn tidligere. Også her kan det imidlertid være grunn til en viss nøkternhet når det gjelder å fremstille vedtakelsen av menneskerettsloven som den enerådende årsak til utviklingen.

På samme måte som det før vedtakelsen av menneskerettsloven var en økning av bruken av folkerettslige rettskilder, var det en tydelig utvikling i retning av en sontring mellom folkerettslige rettskilder av ulikt opphav. Også denne utviklingen skjedde gjennom utformingen av presumsjonsprinsippet. Tendensen kommer til uttrykk den ovenfor nevnte

⁸⁸ Application No. 19187/91

avgjørelsen Rt-1994-1244 Kvinnefengsel, og bekreftes uttrykkelig i Rt-2000-1811 Finangersaken⁸⁹. Menneskerettighetene, slik de fremkommer blant annet i EMK, var blitt en særlig tungtveiende rettskilde.

Men selv om det altså også her kan diskuteres i hvilken grad vedtakelsen av loven har bidratt til å utvikle retten, er det ikke tvilsomt at den har bidratt til å klargjøre rettstilstanden. Det er i dag en tydelig norm, som får anvendelse ved motstrid mellom EMK og norsk lov. Normens innhold er at EMK i slike situasjoner skal ha større vekt enn andre rettskilder, herunder norsk lov.

At en slik klargjøring av rettstilstanden var et viktig formål med menneskerettsloven, fremgår også av forarbeidene. I kapittel 3, som gjelder spørsmålet om inkorporasjon, heter det: Departementet bemerker: ”Innarbeiding vil også gi rettsanvendere [...] et sikkert grunnlag for å sette til side de aktuelle norske lovbestemmelsene i den utstrekning det er nødvendig for å unngå konvensjonsbrudd.”

Konsekvensen av normen er at norsk rettsanvender har liten mulighet til å innvirke på folkerettens gjennomslag ved å vurdere rettskildenes vekt.

3.4 Oppsummering

Av gjennomgangen kan vi konstatere at, selv om de til en viss grad kommer som en forlengelse av etablerte normer med samme innhold, finnes det nå klare formelle rettsanvendelsesnormer som retter seg mot spørsmålene om EMKs relevans og vekt. Dette innebærer at rettsanvender i liten grad kan benytte seg av disse stadiene i rettsanvendelsesprosessen til å avgjøre spørsmålet om folkerettens gjennomslag.

⁸⁹ Begge uttalelsene er gjengitt ovenfor i punkt 2.1.3

Samtidig ser vi at rettsanvender, allerede etter gjeldende rett, har betydelig spillerom på tolkningsstadiet som følge av normen om selvstendig tolkning. I tillegg finnes det normer som er lite utviklet, men som kan tenkes å spille en rolle i fremtidens rettsanvendelse. Jeg tror det er grunnlag for å si at gjennomgangen styrker konklusjonen fra den foreløpige oppsummeringen: Spørsmålet om folkerettens gjennomslag i norsk rett er ikke er avklart.

Mange reelle hensyn kan anføres for EMKs gjennomslag i norsk rett. Det kan hevdes at EMK er kvalitativt bedre enn nasjonal lovgivning på menneskerettighetens område. Det kan anføres at økt gjennomslag sikrer internasjonal aksept av Norge som menneskerettsnasjon, eller at mindre fremdragende stater vil ta lærdom av Norges eksempel. Dermed kan flere hensyn tenkes å begrunne det klare utgangspunkt i forarbeidene til menneskerettsloven at Norge ønsker å leve opp til sine internasjonale forpliktelser⁹⁰.

Når man ser på den utformingen normene for bruk av EMK har fått, tror jeg likevel at ett hensyn stikker frem foran alle andre, nemlig å unngå at Norge felles i Strasbourg.

I dette lys kan den gradvis økte oppmerksomheten og fremveksten av presumsjonsprinsippet forklares. Som vi har sett, tyder tannlegedommene på at Strasbourgdomstolens behandling spilte en rolle. I lys av dette kan både tendensen til å tillegge EMK relevans, og utviklingen av presumsjonsprinsippet forklares. Det kan også forklare den stadig økende bruken av EMK i internretten ut over 90-tallet. I den såkalte Arne-saken⁹¹ ble Norge felt den 29. august 1990. Dette banet veien for andre.

En annen illustrasjon på dette kan være avvisningen av normen om margin mot konvensjonsbrudd, slik den var utledet av mindretallet i Karmøysaken. Selv i sentrale menneskerettsspørsmål, ser vi at grensen settes grensen *ved* konvensjonsbruddet.

⁹⁰ Lojal oppfyllelse av konvensjonene anføres som et eget hensyn, Ot.prp.nr.3 (1998-1999) s.18

⁹¹ CASE OF E. v. NORWAY (Application no. 11701/85) – (HUDOCs refereanse)

Kanskje er dette reelle hensyn er det beste utgangspunkt, ikke bare for å forstå utviklingen i hele perioden, men også for å forstå anvendelsen av de normer som er angitt ovenfor.

Når det er sagt, skal man ikke se bort fra at oppmerksomheten rundt dette ene hensynet kan ha fortrenget andre perspektiv. I Bøhler-dommen skriver Høyesterett på side 1008: ”Ved at norske domstoler ved avveining av ulike interesser eller verdier kan bygge på verdiprioriteringer som ligger til grunn for vår lovgivning og rettsoppfatning, vil imidlertid norske domstoler kunne inngå i et samspill med EMD og bidra til å påvirke EMDs praksis.”

Få vil ha problemer med å slutte seg til at et samspill er ønskelig. Det er ingen grunn til at norsk lovanvender skal sitte som passiv mottaker av retningslinjer på et stort, og voksende rettsfelt. Derfor kan det være grunn til å anlegge en vid forståelse av de ”ulike interesser eller verdier” som omtales her.

Men et samspill mellom to parter fordrer her som ellers brytninger. Dersom den ene parten i alt og ett lar seg styre av tanken på den andre partens velbehag, kan det hele sikkert fremstå som harmonisk. Men det blir ikke rare samspillet. Kanskje må norsk rettsanvender, i søken etter den riktige *balansen i samspillet*, være åpen for å ta også dette spørsmålet opp til vurdering: Hvilken vekt skal man legge på ikke å felles i Strasbourg?

Jeg avslutter med et sitat av dansken Gorm Toftegaard Nielsen, og hans artikkel om dobbelstraff⁹². Når han etter en grundig gjennomgang av det danske system for sanksjon ved trikkesniking, ikke finner noen løsning i forhold til EMK for sanksjonsmulighetene overfor mindreårige trikkesnikere, konkuderer han: ”På denne baggrund bør man overveje, om der er behov for denne form for dobbeltstraf”.

⁹² Toftegaard Nielsen, 2004 side 312

Noen vil si at spørsmålet er H.C. Andersen verdig. Jeg nøyer meg med å se på det som en frittenkende påminnelse om at, heller ikke når folkeretten anvendes som internrettslig kilde, bør rettsanvender miste det endelige målet av syne: Over tid å finne den beste løsning, alle forhold tatt i betraktning.

Litteraturliste

- Aall, Jørgen:** "Menneskerettighetskonvensjonene som rettskildefaktor i intern norsk rett" Tidsskrift for rettsvitenskap 1989 s. 613
- Aall, Jørgen:** "EMK- og EØS-plenumsdommenes bidrag til avklaring av folkerettens stilling i norsk rett" Jussens Venner 2001 s 73 - (JV-2001-73), Universitetsforlaget
- Aubert, Ludvig Maribo Benjamin:** "Den norske Privatrets almindelige Del, Første Afdeling, De norske Retskilder og deres Anvendelse" 1877
- Backer, Inge Lorange:** "Innføring i naturressurs- og miljørett" 4.utg. Gyldendal, Oslo 2002
- Berg, Jens-Petter:** "Høyesteretts EMK-prosessrettslige 'klarhetsdoktrine' - status etter tillegsskatt=straffesiktelse-dommen" Rt-2000-996, Kritisk Juss 2000 s 261
- Bårdsen, Arnfinn:** "Gjennomføring av økonomiske, sosiale og kulturelle konvensjonsbaserte menneskerettigheter i nasjonal rett sammenlignet med gjennomføring av sivile og politiske" Jussens venner 2000, s 61
- Castberg, Frede:** "Norges Statsforfatning II" Universitetsforlaget, 1964
- Eckhoff, Torstein:** "Rettskildelære" Johan Grundt Tanum Forlag, Oslo 1971
- Eckhoff, Torstein:** "Rettskildelære" 5.utg v/ Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget, Oslo 2001
- Eckhoff/Sundby:** Eckhoff Torstein og Sundby, Nils Kristian : "Rettsystemer – systemteoretisk innføring i rettsfilosofien" Tanum-Norli, Oslo 1976
- Elgsem, Frode:** "Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode" Lov og Rett nr 4-5 2003 side 203
- Fleischer, Carl August:** "Anvendelse og fortolkning av dommer" Jussens Venner 1965 s 146
- Fleischer, Carl August:** "Hovedpunkter i folkeretten" Universitetsforlaget, Oslo, 1966
- Graver, Hans Petter:** "Alminnelig forvaltningsrett" Universitetsforlaget, Oslo, 1999
- Graver, Hans Petter:** "Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover" Tidsskrift for rettsvitenskap 2000 s 429
- Graver, Hans Petter:** "Internasjonale konvensjoner som rettskilde" LoR 2003 s 468

- Helgesen**, Jan E.: "Teorier om «Folkerettens stilling i norsk rett»" H.Aschehoug & CO. (W. Nygaard) Oslo, 1982
- Helgesen**, Jan E.: "Er det fruktbart å operere med begrepet "motstrid mellom rettsregler", eller løses problemene best via harmonisering av rettskildefaktorer alene?" Jussens Venner 1979 s 1
- Hov**, Jo: "Menneskerettigheter, en trussel mot rettssikkerheten?" Lov og rett 2004 s 509
- Lagoutte**, Stéphanie: "Reaching beyond the horizon: How to preserve an efficient protection of human rights in Europe?" Festskrift om menneskerettigheter til Carl Aage Nørgaard, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2004
- Nielsen**, Gorm Toftegaard: "Dobbelstraf Ne bis in idem" Festskrift om menneskerettigheter til Carl Aage Nørgaard, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2004
- Ravlo-Losvik**, Line: "EMKs betydning for norsk prosessrett - en introduksjon" Jussens Venner 2001 s 319
- Skoghøy**, Jens Edvin A.: "Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjonene som rettskilde før og etter menneskerettsloven" Rettsteori og rettsliv - festskrift til Carsten Smith s 733, 2002
- Skoghøy**, Jens Edvind A.: "Norske domstolars lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner" Lov og Rett 2002 s. 337.
- Smith**, Carsten: "Den internasjonale rettens innvirkning på den nasjonale retten" Tidsskrift for rettsvitenskap 1962 s.182
- Smith**, Carsten: "Folkerettens stilling ved norske domstoler" Tidsskrift for rettsvitenskap 1964 s.356
- Smith**, Carsten: "Internasjonale menneskerettigheter og nasjonale domstoler", Jussens Venner 1980 s.302
- Smith**, Carsten: "Om Høyesteretts forhold til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon" Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter, vol.23, nr 4 s. 433, Universitetsforlaget 2005
- Smith**, Carsten og Lucy: "Norsk rett og folkeretten", 2. utg. Universitetsforlaget, Oslo 1982

Sørensen, Christian Børge: "Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen" Tidsskrift for rettsvitenskap 2004 s 135