

Norske verdier og EMK

Av professor Mads Andenæs og
spesialrådgiver Andreas Motzfeldt Kravik

Artikkelen gjennomgår Høyesteretts praksis om norske verdier og EMK i dommene om uskyldspresumsjonen, om begrunnelseskravet ved ankesiling og om begrunnelseskravet hvor skyldspørsmålet er avgjort av jury. Det trekkes tre konklusjoner. (1) Henvisningen til «tradisjonelle norske verdiprioriteringer» i *Bøhlerdommen* er ikke noe tolkningsprinsipp eller reelt hensyn som virker som en rettslig skranke eller filter mot EMK og EMDs praksis. (2) Norske verdiprioriteringer støtter utviklingen av rettssikkerhetsgarantier som forsterker rettene i EMK. (3) Høyesterett har utviklet «tradisjonelle norske verdiprioriteringer» til vern om rettssikkerheten i saker hvor EMK ikke anvendes direkte. Det er to grunner til at norske verdier har fått denne betydningen: EMKs system åpner ikke for bruken av nasjonale verdier til å begrense EMK, og grunnloven § 110 c og menneskerettsloven krever at norske domstoler skal følge EMK. Nasjonale verdiprioriteringer som filter ville bryte med dette. Høyesterett spiller en selvstendig rolle, i tillegg til lovgiver og forvaltning, ved å forebygge norske folkerettsbrudd.

MADS ANDENÆS er født i 1957, ble cand. jur. i 1985 og har gradene D.Phil. og M.A. fra Oxford og Ph.D. fra Cambridge. Han har vært professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo siden 2008.

ANDREAS MOTZFELDT KRAVIK er født i 1979, ble cand. jur. i 2007 og har studert International Relations ved San Francisco State University og statsvitenskap ved UiO. Han er spesialrådgiver ved International Law and Policy Institute og konsulent for Norsk senter for menneskerettigheter siden 2006.

1 BEGRENSNING ELLER UTVIKLING?

Hva er norske verdiers rolle ved tolkningen av Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)? I denne artikkelen analyserer vi Høyesteretts praksis og noen av reaksjonene den er møtt med.

Vårt utgangspunkt er henvisningen til «tradisjonelle norske verdiprioriteringer» i Rt. 2000 s. 996 (P), *Bøhlerdommen*.¹⁾ Der sies det ikke noe mer om hva som kan utgjøre norske verdiprioriteringer, og det gjøres heller ikke klart hvilken rolle disse kan ha for

tolkingen av våre menneskerettsforpliktelser. I senere dommer viser Høyesterett til uttalelsene i *Bøhlerdommen* uten uttrykkelig å utvikle det generelle begrepet, se for eksempel Rt. 2008 s.1409 (S). I Rt. 2005 s. 833 (P) vises det imidlertid til «verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning». I dommer Lunds særvotum i Rt. 2002 s. 509 (P) drøftes «reelle hensyn bedømt etter norske «verdioppfatninger og tradisjoner»».

Henvisningen til norske verdier i *Bøhlerdommen* har ikke utviklet seg til noe tolkingsprinsipp eller reelt hensyn som virker som en rettslig skranke eller filter mot EMK og EMDs praksis. I denne artikkelen vil vi se nærmere på hvordan Høyesterett derimot har anvendt nasjonale verdiprioriteringer og rettskilder til å utvikle det menneskerettslige rettighetsvernet. Vi vil dessuten se nærmere på hvordan EMK kan ha bidratt til Høyesteretts utvikling av rettssikkerhetsprinsipper med grunnlag i interne norske rettskilder. Prinsipper og systembetragtninger fra norsk intern rett har vært avgjørende i flere dommer hvor vurderingen ellers kunne ha vært knyttet til EMK.

Enkelte er kritiske til Høyesteretts bruk av norske verdier til å utvikle det menneskerettslige rettighetsvernet. Men Høyesteretts forståelse er forankret i grunnlovens § 110 c og menneskerettsloven med deres tilblivelseshistorie og dessuten i Norges traktatforpliktelser. Internrettslig reflekterer dessuten Høyesteretts innfallsvinkel en rettighetsorientert rettskultur hvor rettssikkerheten står sentralt. Høyesterett har videre bestrebet seg på å bringe rettighetsbestemmelsene i grunnloven med i utviklingen.²⁾

Vi skal nå se på grunnlaget for gjennomføringen av EMK i norsk rett (i avsnitt 2 nedenfor). Deretter (i avsnitt 3) kommer vi til diskusjonen om nasjonale verdier og synet enkelte har forfektet om at norske domstoler bør yte «nasjonal motstand» mot overnasjonale overvåkingsorganer, herunder EMD.³⁾ Hoveddelen av artikkelen dreier seg om Høyesteretts praksis om norske verdiprioriteringer i tolkingen av EMK, og vi ser først

- 1) Saken gjaldt spørsmålet om likningsmyndighetenes illeggelse av forhøyet tilleggsskatt til skatteyttere som hadde gitt uriktige eller mangelfulle opplysninger, var å anse som en straffesanksjon etter EMK artikkel 6.
- 2) Se f. eks. om anvendelsen av grunnlovens tilbakevirkningsforbud i *Rederibeskatningsdommen*, Rt. 2010 s. 143 (P), hvor Høyesterett viser til en *samhøvevurdering*, dvs. en forholdsmessighets- eller proporsjonalitetsvurdering som er kjent fra EMK og EU-retten og mye brukt i norsk lovgivning på forskjellige områder.
- 3) Vårt emne i denne artikkelen er ikke doktrinene om den nasjonale skjønnsmarginen, så vi nøyer oss med å vise til diskusjonen hos Arnfinn Bårdsen «Reflections on «Fair Trial» in Civil Proceedings According to Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights», *Scandinavian Studies in Law*, 2007 s. 99, Lars Oftedal Broch, «Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol», *Lov og Rett*, 2005 s. 259 og Christian Børge Sørensen, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2004 s. 140–202.

på Høyesteretts anvendelse av uskyldspresumsjonen (i avsnitt 4), deretter begrunnelseskravet ved ankesiling (i avsnitt 5) og til sist begrunnelseskravet for dommer hvor skyldspørsmålet er avgjort av en jury (i avsnitt 6). Til slutt drøfter vi hvilken rolle et nasjonalt verdisyn kan ha under EMKs system (i avsnitt 7), og hvordan alternativet kunne bli en systematisk rettskrenkelse (i avsnitt 8), før vi når frem til konklusjonen (i avsnitt 9).

2 TOLKINGEN AV EMK OG BØHLERDOMMEN

Etter menneskerettsloven gjelder EMK som norsk lov (§ 2) med forrang foran annen norsk lovgivning dersom motstrid skulle oppstå (§ 3). Også før menneskerettsloven var det i teorien entydig støtte for at norsk lovgivning måtte vike for menneskerettsforpliktelser.⁴⁾ Menneskerettsloven bekreftet dermed hva som var den rådende oppfatning, men har styrket domstolskontrollens demokratiske legitimitet.

EMK er en folkerettslig traktat, og utgangspunktet er at konvensjonens innhold må fastslås ved bruk av folkerettslig metode.⁵⁾ I motsetning til de fleste andre traktater overvåkes EMK av en egen domstol med kompetanse til å avsi bindende avgjørelser overfor traktatstatene og med klagerett for individene.⁶⁾ EMD har i mange dommer understreket at EMK skal ses på som et *living instrument* og må tilpasses endrede samfunnsforhold og nye utfordringer.⁷⁾ Hvordan innholdet i EMKs rettighetskatalog er å

- 4) Se Terje Wold, «Den europeiske menneskerettskonvensjonen og Norge» i *Legal Essays: A Tribute to Frede Castberg on the Occasion of his 70th Birthday 4 July 1963*, Oslo 1963 s. 373–374, Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, Oslo 1971 s. 267, Carsten Smith og Lucy Smith, *Norsk rett og folkeretten*, Oslo 1982, Carl August Fleischer, *Hovedpunkter i folkeretten*, Oslo 1966 s. 247, og Carl August Fleischer, *Rettskilder*, Oslo 1995 s. 68. Arnesen og Stenvik tar for øvrig i sin nye bok som utgangspunkt at begrepsparet dualisme–monisme er «temmelig uegnet for analysen av folkerettens betydning i norsk rett», se Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, Oslo 2009 s. 49.
- 5) Det samme utgangspunkt tas i menneskerettslovens forarbeider, se Ot.prp. nr. 3 (1998–99) s. 65.
- 6) Se om overvåkningsorganene etter Torturkonvensjonen, Andreas Motzfeldt Kravik, «Torturkomiteens anmodninger om midlertidig beskyttelse og deres gjennomslagskraft i norsk rett», *Lov og Rett*, 2008 s. 102–119.
- 7) Se eksempelvis *Tyrer mot Storbritannia*, 25. april 1978, Serie A nr. 26. Folkerettens tolkningsmetode legger sterk vekt på formål og bygger på bestemmelsers «evolving meaning», se for eksempel *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, I.C.J. Reports 1978 på s. 32, § 77, *Costa Rica v. Nicaragua*, 13. juli 2009, særlig §§ 66–70, Jonas Christoffersen, «Impact on General Principles of Treaty Interpretation» i *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford 2009, s. 37–63.

forstå, beror følgelig på innsikt i EMDs vurderinger av stadig nye saker. Både lovgiver, forvaltning og domstoler må forstå og beherske EMDs rettskildebruk for å fastslå innholdet av konvensjonsbestemmelsene.

Funksjonsdelingen mellom EMD og norske domstoler og spørsmålet om hvordan norske domstoler skal forholde seg til EMDs rettskildelære, har vært oppe i mange saker for Høyesterett. I *Bøhlerdommen* drøftes de grunnleggende tolkingsprinsipper.⁸⁾ Av avgjørelsen følger at norske domstoler skal tolke EMK på samme måte som EMD tolker EMK, og således foreta en selvstendig tolking av konvensjonen.⁹⁾ De skal ikke anlegge en «for dynamisk» tolking. Ved en «for dynamisk» tolking risikerer norske domstoler å gå lenger enn det som er nødvendig etter EMK. Dette kunne legge et «unødvendig bånd på norsk lovgivningsmyndighet», og det vises til «den balanse mellom lovgivningsmyndighet og domsmyndighet som vår statsskikk bygger på». Selv om norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme tolkingsprinsipper som EMD, er det EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle EMK. Ved avveiningen av ulike interesser eller verdier, og der det er tvil om hvordan konvensjonen skal forstås, «må norske domstoler – innenfor den metode som anvendes av EMD – også kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer».

Høyesteretts vurdering i *Bøhlerdommen* bør sees i lys av menneskerettslovens forarbeider og især justiskomiteens innstilling. Her sies det at menneskerettslovens primære anliggende er å styrke enkeltmenneskets rettslige stilling, og at rettsutviklingen i Norge derfor må stå i et åpent forhold til EMD. Deretter fastslås at «det overordnede mål er at norsk rettspraksis i størst mulig grad samsvarer med den til enhver tid gjeldende internasjonale tolkingspraksis», se Innst. O. nr. 51 (1998–99) s. 6. Dette medfører at norske domstoler skal basere sin praksis på EMDs egen metode og rettskildelære.

3 «NASJONAL MOTSTAND» ELLER BIDRAG TIL UTVIKLING?

Man kunne tenke seg at norske verdiprioriteringer ble anvendt på to forskjellige måter ved tolkingen av EMK.

Ett syn er at så lenge det er tvil om konvensjonsforståelsen, kan domstolene tolke EMK i lys av norske verdier og interesseavveininger. Norske verdiprioriteringer vil da kunne innskrenke EMKs innflytelse på den nasjonale retten ved at konvensjonen tol-

8) Se følgende om Bøhler-dommens punktering av klarhetsdoktrinen eller bølgepappformelen Marius Emberland, «Juss og bølgepapp», kronikk i *Morgenbladet* 21. juli 2000 og Jens Petter Berg, «Høyesteretts EMK-prosessrettslige 'klarhetsdoktrine'», *Kritisk Juss*, 2000 s. 261–278.

9) For mer om selvstendig tolkning, se Jens Edvin A. Skoghøy, «Norske domstolars kontroll i forhold til inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner», *Lov og Rett*, 2002, s. 342–343.

kes som samsvarende med norsk rett. Spørsmålet er om en slik tolking kan forenes med den metode som anvendes av EMD med EMKs utgangspunkt i autonome rettigheter overordnet nasjonale rettssystemer. Sett slik kan resultatet bli en gjennomgående rettskrenkelse ved at norske myndigheter og domstolene bruker norske verdiprioriteringer som et filter ved anvendelsen av EMK (se avsnitt 8 nedenfor).

På den annen side kan norske domstoler begrense seg til å anvende nasjonale verdiprioriteringer der det er tale om å tolke EMK *utover* det rettighetsnivå som kan følge av EMDs praksis. Sett slik kan nasjonale interesseavveininger *styrke* EMKs betydning i norsk rett. Enkelte ser det slik at grensene for en slik modell beror på hvordan man ser på det nærmere forholdet mellom lovgiver og domstoler, og at dette er et demokrati-problem. En slik innfallsvinkel innebærer en stillingtaken til grunnleggende rettstatsbegreper, jf. diskusjonen av tilsvarende spørsmål som kommer opp når Høyesterett tar stilling til om lovgivning må vike for grunnloven. Det følger av rettstatsprinsipper at Stortinget ikke kan endre grunnloven uten etter § 112. På samme måte kan norske myndigheter heller ikke endre menneskerettsforpliktelser gjennom å treffe vedtak eller å vedta lovgiving som bryter med menneskerettene.¹⁰⁾

Enkelte har hevdet at norske domstoler bør yte «nasjonal motstand» mot overnasjonale overvåkingsorganer, herunder EMD.

Hans Petter Graver har forfektet at nasjonal motstand fra norske lovgivere og domstoler kan sikre «folkestyret»:

«Selv om forholdene ikke er perfekte i demokratiske land heller, tyder dette på at utvikling og respekt for folkestyret gjennomgående er den mest effektive måten å sikre menneskerettigheter på. Ekspertorganer og domstoler kan sikkert øke beskyttelsen for noen i enkelt-saker. På lang sikt kan det likevel være en fare for at for store bånd på de av våre institusjoner som direkte svarer til folket i valg, vil kunne svekke vårt politiske system og dermed beskyttelsen av menneskerettighetene i et omfang som virkelig teller.»¹¹⁾

I dette bildet kan norske nasjonale verdiprioriteringer bli et reelt hensyn for en restriktiv tolking av EMK. Graver har fremholdt at prinsippene for tolking av konvensjonen ikke kan bli helt de samme i norske domstoler som i andre domstoler, men må anta en «særegen norsk valør».¹²⁾ Dette kan motvirke at domstolene blir for dynamiske i sin

10) Se f. eks. Eivind Smith, «Hvem bør endre grunnloven? – Randbemerkninger til plenumsdommen om Opplysningsvesenets Fond», *Lov og Rett*, 2010 s. 205–206.

11) Hans Petter Graver, «Bør alle krenkelser likestilles?», *Lov og Rett*, 2009 s. 374–375.

12) Hans Petter Graver, «Dømmer Høyesterett i siste instans», *Jussens Venner*, 2002 s. 263–281.

rettsutvikling og dermed legger bånd på folkestyret. I tillegg unngår en at myndighet flyttes fra nasjonale til internasjonale domstoler.

I tillegg til en mulig konflikt mellom folkestyret og domstolene kunne det tenkes en konflikt mellom internasjonale og nasjonale domstoler. Internasjonale overvåkingsorganer som opprettes for å sikre etterlevelsen av folkerettslige forpliktelser, kunne under denne synsvinkelen innskrenke autonomien til våre hjemlige domstoler. Dette kunne da tale for «nasjonal motstand». Inge Lorange Backers argument om at «en dialog mellom nasjonale og internasjonale domstoler bør ikke nødvendigvis forutsette at de første ubetinget underkaster seg de siste», reflekterer et slikt syn.¹³⁾

Dette kunne underbygge argumentasjonen fra Regjeringsadvokat og påtalemyndighet som har gjort gjeldende konkrete norske verdiprioriteringer som grunnlag for at lovgivningen ikke viker for EMK, se for eksempel Regjeringsadvokatens anførsel om at «den norske tilleggsskatten er nødvendig for å halde oppe ei rettferdig likning gjennom effektivisering av opplysningsplikta» i kjennelsen i Rt. 2002 s. 509 (P). Det utgjorde angivelig en viktig norsk verdiprioritering som «må ligge i botn ved vurderinga av dei norske reglane opp mot EMK». Det er ikke overraskende at slike synspunkter ikke har fått gjennomslag i rettspraksis. I sin ytterste konsekvens blir dette et sirkelargument: En norsk lovbestemmelse kan ikke være i strid med EMK fordi den er vedtatt som norsk lov og dermed gir uttrykk for nasjonale verdiprioriteringer.

Backer og Graver bruker mange av argumentene som er kjent fra diskusjonen etter Makt- og demokratiutredningen (NOU 2003:19). Flertallet i forskergruppen som avga utredningen, bestående av Øyvind Østerud, Fredrik Engelstad og Per Selle, påpekte hvordan Norges tilslutning til internasjonale konvensjoner har ført til en rettsliggjøring av politikken, som i sin tur har ledet til maktforskyving fra lovgiver til domstoler og bidratt til «folkestyrets forvitring». Flertallet sa imidlertid lite om bruken av internasjonale forpliktelser og nasjonale rettslige virkemidler som redskap for politiske prioriteringer, og det analyseres ikke hvorvidt dette kan utgjøre et redskap for effektiv demokratisk styring. Et av forskergruppens medlemmer, Hege Skjeie, viste imidlertid i sin dissens hvordan større vektlegging av menneskerettigheter utfordrer en tradisjonell forståelse av demokrati i betydningen flertallsbeslutninger. Utviklingen innebærer etter hennes oppfatning ikke en svekkelse av demokratiet,

13) Inge Lorange Backer, «Om Høyesteretts forhold til den europeiske menneskerettskonvensjon», *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, 2005 s. 425–432. Se også Inge Lorange Backer, «Den europeiske menneskerettsdomstol. Utviklingen i praksis og forholdet til nasjonal suverenitet», *Nytt Norsk Tidsskrift*, 2009 s. 279 og Fredrik Sejersted, «Rett og politikk i europeiseringens tid», *Nytt Norsk Tidsskrift*, 2009 s. 545 som retter en tilsvarende kritikk mot «overnasjonale overvåkningsorganer».

men snarere en utvidelse av det (se NOU 2003:19 s. 74 flg.).¹⁴⁾ Anine Kierulf har formulert det slik:

«Rettighetsforpliktelsene er en bestyrkelse av individenes frihet ved overnasjonal mellomkomst, som på sentrale områder gjør den enkelte bedre i stand til å ivareta sin demokratiske samfunnsrolle.»¹⁵⁾

Hvilket rolle nasjonale verdier skal spille for norske domstolars tolking av EMK, går til kjernen av debatten ovenfor.

Vi kommer nå til Høyesteretts praksis om norske verdiprioriteringer i tolkingen av EMK. Vi vender tilbake til de to alternative tilnærmingene som vi begynte avsnittet med, bruken av nasjonale verdiprioriteringer som argument for en restriktiv forståelse av EMK eller som kilde for rettighetsutvikling. Vi skal først se på Høyesteretts anvendelse av uskyldspresumsjonen, deretter begrunnelseskravet ved ankesiling og til sist begrunnelseskravet for dommer hvor skyldspørsmålet er avgjort av en jury.

4 USKYLDSPRESUMSJONEN

I Rt. 2005 s. 833 (P) tok Høyesterett stilling til om det objektive straffbarhetsvilkåret i straffelovens § 195 tredje ledd var forenelig med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Villfarelse om barnets alder fritok ikke for straff etter denne bestemmelsen.

Det norske straffebudet var vedtatt av et enstemmig Storting. I lovprosessen var det foretatt en avveining mellom behovet for å styrke vernet mot seksuelle overgrep mot barn og betenkelighetene ved opprettholdelsen av et rent objektivt straffbarhetsvilkår.¹⁶⁾ Som Graver har påpekt, var den norske straffebestemmelsen utslag av en interesseavveining fra Stortingets side.¹⁷⁾

14) Se følgende om hvordan synet til flertallet i Makt- og demokratiutredningen har påvirket – i restriktiv retning – politiske beslutninger på menneskerettsområdet: Vibeke Blaker Strand og Henning Jakhelln, «Likestill og effektiviser menneskerettighetene!», *Lov og Rett*, 2009 s. 193–194, og Vibeke Blaker Strand, «På vei bort fra menneskerettslovens system? Om forutberegnelighetshensynets gjennomslagskraft», *Kritisk Juss*, 2010 s. 218–228.

15) Anine Kierulf, «Rettsstatens overnasjonale vending», *Nytt Norsk Tidsskrift*, 2009 s. 256–277, på s. 263.

16) En regel som krever at gjerningspersonen må ha utvist uaktsomhet med hensyn til fornærmedes alder, ville etter departementets syn innebære en uønsket svekkelse av det vern mot seksuelle overgrep som straffeloven i dag gir barn under 14 år, jf. Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) pkt.6.2.2.4.

17) I en kritisk kronikk i *Dagbladet*, «Høyesterett på kollisjonskurs», 2. november 2005 (<http://www.dagbladet.no/kultur/2005/11/02/448159.html>).

Flertallet¹⁸⁾ tok utgangspunkt i at den norske strafferegelen var et resultat av en «klar og sterk lovgivervilje», og at den etter ordlyden ikke ga grunnlag for tolkingstil eller innskrenkende tolking (i avsnitt 46).

Denne lovgiverviljen måtte imidlertid veies opp mot at Stortinget gjennom menneskerettsloven har gitt EMK forrang foran annen norsk rett. Også bak forrangsprinsippet i menneskerettsloven lå det «en klar lovgivervilje» (i avsnitt 39).

Flertallet gjennomgikk EMDs praksis om uskyldspresumsjonen. Det fulgte at det ikke i seg selv var konvensjonsstridig å ta i bruk objektive straffbarhetsvilkår slik som i den norske bestemmelsen. Anvendelsen av slike vilkår måtte imidlertid foregå innen rimelige grenser, basert på en proporsjonalitetsvurdering. Formålsbetraktninger stod sentralt. Det var et poeng for Høyesterett at den norske bestemmelsen gjaldt et grunnleggende straffbarhetsvilkår innenfor den sentrale strafferett der det var tale om å legge langvarig fengselsstraff. Sakene der EMD hadde tillatt objektive straffbarhetsvilkår, gjaldt mindre graverende forgåelser der tiltalte hovedsakelig risikerte økonomiske sanksjoner. Førstvoterende viste til at artikkel 6 nr. 2 var et utslag av grunnleggende europeiske rettsstatsprinsipper, herunder særlig at ingen skal straffedømmes uten skyld – uskyldsprinsippet eller uskyldspresumsjonen.¹⁹⁾ Dette, understreket førstvoterende, var et «av de grunnleggende prinsipper også i norsk strafferett».

Førstvoterende konkluderte med at «den fundamentale rettssikkerhetsgaranti som ligger i uskyldspresumsjonen, må være avgjørende». Dermed kunne ikke § 195 tredje ledd forstås etter sin ordlyd, men måtte, for å oppfylle EMK, tolkes slik at den ga plass for en aktsomhetsvurdering.

Høyesteretts vurderinger må leses med bakgrunn i at det ikke kunne foretas noen enkel subsumsjon som viste at den norske straffebestemmelsen var uforenelig med uskyldspresumsjonen i EMK. Høyesterett påpekte at det blant europeiske stater ikke var regler lik den norske straffebestemmelsen. Det forelå følgelig ikke avgjørelser fra EMD som direkte løste problemet. Meningene i litteraturen var også delte.

Høyesterett var dermed stilt overfor en situasjon der det var begrunnet tvil om hvordan EMK skulle forstås, samtidig som den norske lovbestemmelsen var utslag av uttrykkelige interesseavveininger fra lovgiver. Dette reiste spørsmål om prinsippene i *Bøhlerdommen* kunne føre til at Høyesterett skulle legge vekt på norske verdiprioriteringer ved tolkingen av EMK. Ikke på noe sted valgte imidlertid Høyesterett å vektlegge verdioppfatningene som lå til grunn for den norske straffebestemmelsen, og som

18) To dommere kom til det samme resultatet som de øvrige femten, men med en noe annen begrunnelse.

19) Se EMK artikkel 6 nr. 2: «Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.»

var anført for at uskyldsprinsippet i EMK måtte tolkes som forenelig med straffebestemmelsen. Lovgivers vurdering av behovet for å styrke vernet mot seksuelle overgrep gjennom objektive straffbarhetsvilkår ble ikke nevnt av Høyesterett som et relevant moment ved forståelsen av EMK.

Høyesterett var altså ikke villig til å anvende norske verdiprioriteringer på en måte som begrenset EMKs innflytelse på den norske straffebestemmelsen. Avgjørelsen er kritisert for ikke å ta høyde for lovgiverviljen: «Man kan med rette spørre hvilken plass de verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning har fått i vurderingen», skriver Hans Petter Graver.²⁰⁾ For vår del kan vi ikke se at Høyesterett kunne kommet til noe annet resultat. Dommen er et skoleeksempel på en sterk og overbevisende juridisk begrunnelse, og er ikke svekket av de alternative begrunnelsene fra flertall og mindretall.

Norske verdier ble derimot trukket inn til støtte for uskyldspresumpsjonen. Høyesterett understreket at uskyldspresumpsjonen er et sentralt rettssikkerhetshensyn i norsk straffelovgivning. Sett på denne måten kunne internrettslige rettssikkerhetsgarantier tale for den rettighet som potensielt fulgte av EMK. Slik snus perspektivet. Norske verdier kunne ikke brukes som et moment for å forstå EMK som samsvarende med straffeloven § 195 tredje ledd. I stedet fant Høyesterett at en dynamisk forståelse av uskyldsprinsippet i EMK, som straffeloven § 195 tredje ledd kom i strid med, hadde støtte i norske rettsprinsipper.

Norske verdiprioriteringer ble brukt til å utvikle konvensjonens bestemmelse og ikke til å innskrenke den. En dynamisk tolking av en internasjonal regel med forankringspunkter til et anerkjent og innarbeidet norsk rettssikkerhetsprinsipp vil ha færre statsrettslige og demokratiske implikasjoner.²¹⁾

Så har vi den mulighet at Høyesterett i sin tolking av artikkel 6 nr. 2 kan ha gått utover det minimumsnivå som følger av EMK, slik dette senere fastlegges av EMD. EMD kan jo senere komme til å ta stilling til samme spørsmål som Høyesterett direkte, selv om det etter Høyesteretts tolking her ikke er særlig praktisk med en norsk klagesak om dette spørsmålet, eller til en tilsvarende straffebestemmelse som den norske. Også her kan forankringen i et anerkjent og innarbeidet norsk rettssikkerhetsprinsipp gjøre

20) «Høyesterett på kollisjonskurs», *Dagbladet*, 2. november 2005. Se også den interessante drøftelsen av praksis fra House of Lords i Gemetchu Hika, «Objektivt straffansvar – unntak fra skyldkravet i norsk strafferett og forholdet til uskyldspresumpsjonen i EMK artikkel 6 (2)», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2010, s. 505–547 (på s. 522), som ikke nødvendigvis trekker i samme retning som den norske dommen.

21) Se for eksempel diskusjonen av Rt. 1997 s. 1019 i Rt. 2000 s. 1811 (P) på s. 1829–1830, hvor dette gjøres til et poeng.

betenkelighetene ved en eventuell divergens færre. EMDs dom i et slikt tenkt tilfelle vil ikke foranledige at Høyesterett skruer utviklingen av rettssikkerhetsprinsippet tilbake for norsk retts vedkommende.

En konsekvens av forankringen i et anerkjent og innarbeidet norsk rettssikkerhetsprinsipp kan belyses med det følgende eksempel. I Rt. 2006 s. 1409 (P) trakk Høyesterett seg tilbake fra tidligere obiter dicta²²⁾ etter å ha akseptert påtalemyndighetens påstand om at Høyesteretts vurdering av hva som var straff etter reglene om dobbeltstraff, gikk lenger enn det EMD hadde kommet til i ettertid.²³⁾ Hadde Høyesterett i avgjørelsene med de tidligere obiter dicta ikke bare støttet seg til EMK ved dannelsen av den nasjonale normen, men samtidig bygget på norske rettskilder,²⁴⁾ kunne det i Rt. 2006 s. 1409 ha stilt seg annerledes. Høyesterett fikk oppreising i dommen *Zolotukhin mot Russland* fra 2009 (EMD-2003-14939), hvor EMDs storkammer ga støtte for de tidligere obiter dicta fra Høyesterett. Riksadvokaten sendte til slutt ut et rundskriv om at de aktuelle obiter dicta fra Høyesteretts første avgjørelser igjen var god lære.²⁵⁾

5 BEGRUNNELSE VED ANKESILING

Norske verdihensyn har videre spilt en rolle for kravene til begrunnelse ved ankesiling i lagmannsretten, både i straffesaker og i sivile saker.

Det rettslige utgangspunktet er i korthet dette: Dersom maksimumsstraffen ikke overstiger seks års fengsel, kan lagmannsretten etter straffeprosessloven § 321 andre ledd nekte en straffeanke fremmet dersom den enstemmig finner det klart at anken ikke ville føre frem. Ved tvisteloven av 2005 ble det innført en tilsvarende ankesilingsordning for sivile saker, jf. tvisteloven § 29-13 andre ledd.

Verken straffeprosessloven eller tvisteloven stilte uttrykkelige krav om begrunnelse av silingsbeslutninger.

22) I Rt. 2002 s. 557 (P), Rt. 2003 s. 264 (A), Rt. 2003 s. 394 (A), Rt. 2003 s. 1100 (A) og Rt. 2004 s. 1368 (A).

23) Dommer Stang Lund var førstvoterende. Mindretallet, dommer Skoghøy, tolket EMDs praksis annerledes og ville ikke revurdere Høyesteretts oppfatning. Det var Skoghøys syn som vant frem i EMD og til slutt også i Høyesteretts påfølgende praksis, som vi snart skal se nedenfor.

24) Slik de f.eks. gjorde med EMK artikkel 6 i Rt. 1999 s. 1269 (A).

25) Riksadvokatens rundskriv om «Nye retningslinjer om dobbeltstraff – ordinær tilleggskatt sperrer for straffesak – ny storkammeravgjørelse fra EMD» av 3. april 2009. I to dommer fra 2010 uttaler Høyesterett at *Zolotukhin* må legges til grunn, se f.eks. Rt. 2010 s. 72 (A), men naturlig nok uten å redegjøre for denne forhistorien. Se Jon Petter Rui, «Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning (*ne bis in idem*) i Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 – på ny», *Lov og Rett*, 2009 s. 283–298.

I Rt. 2008 s. 1764 (S) tok Høyesterett stilling til om den norske ordningen med ubegrunnet ankenektelse etter straffeprosessloven § 321 annet ledd var forenelig med FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 nr. 5. Denne bestemmelsen lyder slik: «Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.»

På samme måte som EMK gjelder SP som norsk lov med uttrykkelig forrang foran annen norsk lovgivning gjennom menneskerettsloven § 2. SP tolkes og overvåkes av FNs menneskerettskomité (Menneskerettskomiteen). Foranledningen til høyesterettssaken var at Menneskerettskomiteen i 2008 hadde truffet avgjørelse i den såkalte Restauratørsaken (Communication No. 1542/2007) og funnet at den norske regelen stred mot SP.

Saken gjaldt anke fra en restauratør som i tingretten var domfelt for økonomisk kriminalitet. Anken hadde av lagmannsretten blitt nektet fremmet med rutinemessig minimumsbegrunnelse om at den ikke ville føre fram, og kjæremål til Høyesterett var blitt forkastet. Menneskerettskomiteen konkluderte med at lagmannsrettens manglende begrunnelse for å nekte anken fremmet representerte et brudd på SP artikkel 14 nr. 5.

I Rt. 2008 s. 1764 (S) ble det reist spørsmål om den rettskildemessige betydning av Menneskerettskomiteens avgjørelser er den samme som for dommer fra EMD. Menneskerettskomiteen er en «komité» som avgir «communications». Førstvoterende, med tilslutning fra en enstemmig Høyesterett i storkammer, uttalte at Menneskerettskomiteens forståelse av konvensjonen var en «rettskilde av betydelig vekt» (avsnitt 100).

Det ble vist til tolkingsprinsippet om at domstolene i «tvilstilfelle vil kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning». Etter Høyesteretts syn var hensynene bak begrunnelseskravet i SP artikkel 14 nr. 5 «å sikre og vise at alle relevante punkter i anken var overveid». Dette, fortsatte førstvoterende, var hensyn som «i og for seg er helt i tråd med alminnelige, norske prosessidealer». Høyesterett konkluderte med at det av SP artikkel 14 nr. 5 fulgte en regel om at alle nektelsesavgjørelser skal grunngis, og at en begrunnelsesplikt måtte innfortolkes for ankenektelser etter straffeprosessloven § 321 annet ledd. Avgjørelsen viderefører Høyesteretts forståelse i Rt. 2005 s. 833 (P) når det gjelder norske verdiprioriteringer og deres rolle. Norske forpliktelser etter SP artikkel 14 nr. 5 ble ikke forstått med bakgrunn i hensynene som lå til grunn for vedtakelsen av den norske ankesilingsordningen, og som ble påberopt for at den internasjonale regelen var forenelig med norsk rett. Det var ikke tvilsomt at den norske ordningen var resultatet av lovgivers verdiprioritering, og kostnads- og effektivitetshensyn hadde vært veid opp mot fordelene ved at alle ankesilingsbeslutninger begrunnes.

Høyesterett var ikke villig til å tolke menneskerettsforpliktelser innskrenkende med bakgrunn i de norske interesseavveininger og prioriteringer som hadde foranlediget den norske ordningen.

Av særlig interesse er at Høyesterett i stedet understreket at begrunnelseskravet var et innarbeidet norsk rettsprinsipp. Ved å anlegge en slik innfallsvinkel kunne Høyesterett, som i Rt. 2005 s. 833 (P), konstatere at det var rettssikkerhetsgarantier i det norske rettssystemet som talte for den samme rettigheten som kunne følge av de internasjonale forpliktelsene.

Dermed ble spenningsfeltet mellom norsk rett og våre internasjonale forpliktelser redusert; begge rettssystemer kunne tale for en rett til begrunnelse. Her som i den tidligere dommen blir norske verdiprioriteringer forstått som norske rettssikkerhetsprinsipper som er kommet til uttrykk i lovgivningen, og de støtter en dynamisk, snarere enn en restriktiv, forståelse av våre internasjonale forpliktelser. Dette skulle vise seg å få konsekvenser i den neste saken vi skal se på.

I Rt. 2009 s. 1118 (S) var Høyesterett stilt overfor en lignende problemstilling som den i Rt. 2008 s. 1764 (S). Denne gangen var temaet om ubegrunnet ankesiling i *sivile saker* stod i strid med rettssikkerhetsgarantiene i grunnloven § 88, EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1.

Førstvoterende, for flertallet, viste til avgjørelsen i Rt. 2008 s. 1764 (S). Når Høyesterett hadde fastslått et begrunnelseskrav for straffesaker, måtte det antas å være lovgivers vilje at dette også ble gitt gjennomslag i sivile saker.²⁶⁾ Det ble vist til at et slikt resultat var i tråd med tvistelovens «formål og øvrige innretning». Avslutningsvis var det et poeng at et begrunnelseskrav i rettspraksis var blitt innfortolket for beslutninger som angikk fastsettelse av ankegjensstandens verdi, jf. tvisteloven § 29-13 første ledd. Også denne sammenhengen i lovverket talte dermed for et begrunnelseskrav. Forøvrig fant ikke førstvoterende at grunnloven § 88 kunne støtte noe krav om at ankenektelser måtte begrunnes. Det ble ikke nødvendig å gå inn på noen drøftelse av EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1. Førstvoterende konkluderte at det gjaldt et generelt begrunnelseskrav ved ankenektelser etter tvisteloven § 29-13 annet ledd.

Førstvoterendes argumentasjon må ses i sammenheng med Rt. 2008 s. 1764 (S), hvor Høyesterett som nevnt hadde basert seg på en tolking av SP artikkel 14 nr. 5. Rett nok hadde også norske prosessidealer talt for samme resultat, men denne internretts-

26) Inge Lorange Backer, «Begrunnelse for avsiling av en sivil ankesak», *Lov og Rett*, 2009, s. 449–450, kritiserer bruken av den hypotetiske lovgivervilje som han sier «innbyr til mindre skråsikkerhet» enn Høyesterett her viste. Det er vanskelig å slutte seg til denne kritikken av en meget grundig og klart begrunnet dom som i så henseende også går utover de krav som normalt etterleves i lovforarbeider og rettsvitenskapelig sammenheng.

lige referansen fremsto først og fremst som et støtteargument. Nytt i Rt. 2009 s. 1118 (S) er at når flertallet av dommerne etablerte en likeartet rettighet, argumenterte de med utgangspunkt i nasjonale fremfor internasjonale rettskilder.

Ser en nærmere på førstvoterendes begrunnelse, blir dette tydelig. Det ble vist til norske positivrettslige lovbestemmelser, blant annet tvistelovens § 1-1 om forsvarlig behandling og forutsetningene etter samme lovs § 1-1 sjette ledd om at viktige avgjørelser skal begrunnes, samt systembetraktninger i lovverket. Det ble også vist til overordnede rettssikkerhetsgarantier, herunder det generelle prinsippet om «forsvarlig saksbehandling» og hensynet til «å sikre og vise at alle relevante punkter i anken er overveid», som er et norsk innarbeidet rettsprinsipp. Verken EMK eller SP ble nevnt i argumentasjonen her.

Høyesteretts resultat fremsto som klart og entydig basert på en tolking av interne norske rettskilder.²⁷⁾ Høyesterett peker på at lovgiver ville ha en parallellitet mellom straffe- og sivilprosessen og viser til Rt. 2008 s. 1764 (S). Det gjør det rettslige utgangspunktet for Høyesterett i Rt. 2009 s. 1118 (S) annerledes enn i den forutgående avgjørelsen i Rt. 2008 s. 1764 (S), som ikke hadde noen tilsvarende avgjørelse å bygge videre på. De internasjonalt utviklede rettstankene kommer særlig inn gjennom henvisningen til Rt. 2008 s. 1764 (S), og det fremgår slik at de norske rettskildene ble tolket med bakgrunn i disse internasjonale prinsippene, selv om dette ikke ble gjort uttrykkelig.

De to ankenektelsesdommene viser samspillet mellom internasjonale normer og utviklingen av typisk norske rettskildefaktorer.²⁸⁾ En slik normativ tilpasning av den interne retten muliggjør en rettighetsutvikling i tråd med våre internasjonale menneskerettslige forpliktelser med bakgrunn i norske rettskilder. Det kan gi grunnlag for rettigheter som på enkelte områder eller i enkelte saker går utover de internasjonale forpliktelsene.

Det må for øvrig anses som usikkert om det av EMK fulgte et begrunnelseskrav. Flertallet tok ikke stilling til hva som fulgte av EMK og EMDs praksis, mens det var uenighet mellom de to mindretallene, hver bestående av to dommere.

27) I det samme skeptiske perspektivet som Jens Petter Berg anlegger på *Bøhlerdommen* i «Nytt lys over striden mellom JD og UD om utformingen av menneskerettsloven § 3», *Kritisk Juss*, 2000 s. 343, kunne det spekuleres i at når det blir klart for et flertall i Høyesterett at en særnorsk praksis ikke kan opprettholdes, så argumenterer man med at resultatet følger av internretten for å få flere kolleger med seg.

28) Erik Boe peker på en annen side av dette når han sier at norske rettsanvendere vil gå «fra særnorske verdier til europeisk utviklete rettstanker» i *Grunnleggende juridisk metode. En introduksjon til rett og rettstenkning*, Oslo 2010 s. 130.

Legger en til grunn at Høyesterett gikk utover det rettighetsnivå som fulgte av EMK, vil det ha den interessante konsekvens at Høyesterett med sin tolking av intern norsk rett kan påvirke retningen til den dynamiske rettsutviklingen i EMD.²⁹⁾ Rammene for slikt samspill med rettsutviklingen i EMD vil bli nærmere behandlet nedenfor under avsnitt 7.³⁰⁾

6 JURYORDNINGEN OG BEGRUNNELSESKRAVET

Retts sikkerhetskravet om at avgjørelser skal begrunnes, har ført til at Høyesterett i en rekke saker har måttet ta stilling til den norske juryordningen. Vi vil i det følgende se nærmere på de to sentrale dommene på dette området.

I Rt. 2009 s. 750 (P) var problemstillingen om den norske ordningen med ubegrunnede juryavgjørelser var forenelig med EMK artikkel 6 nr. 1. Førstvoterende, for en enstemmig Høyesterett i plenum, utledet fra EMDs praksis at juryens manglende skyldbegrunnelse ikke i seg selv var konvensjonsstridig så lenge andre mekanismer sikret «en reell og samvittighetsfull vurdering, etterprøvbarehet og en effektiv rett til overprøving».

Etter en systematisk gjennomgåelse av straffeprosesslovens saksbehandlingsregler konkluderte Høyesterett med at juriesaker normalt oppfylte kravene i EMK artikkel 6 nr. 1.

Det er alminnelig enighet om at denne konklusjonen berodde på at Høyesterett innskjerpet eksisterende og innfortolket nye retts sikkerhetsgarantier i prosesslovgivningen.³¹⁾ Blant annet ble kravene til beskrivelsen av handlingsforløpet i juryens spørsmålsskrift styrket, fagdommerne ble ansett å ha en *plikt* til å tilsidesette lagrettens kjennelse dersom straffeskyld ikke var tilstrekkelig bevist, samt at fagdommerne og de fire lagrettemedlemmene måtte beskrive handlingen tiltalte var domfelt for, og dette måtte normalt anses som lagrettens syn.

Høyesteretts viktigste virkemiddel var likevel å gi straffeprosessloven § 40 femte ledd – om at lagmannsretten bør angi hovedpunktene i bevisvurderingen – analogisk anvendelse, selv om det ikke var klart om dette kun gjaldt for vurderingen under reaksjonsfastsettelsen eller også for skyldspørsmålet. En slik anvendelse bryter uansett med den tradisjonelle forståelse av rollefordelingen mellom jury og fagdommerne og var i Rt. 2002 s. 1530 (A) blitt avvist av Høyesterett.

29) Høyesterett kan dessuten spille en rolle i harmoniseringsprosessen mellom SP og EMK.

30) For eksempel ved at den internrettslige norske regelen inngår i EMDs slutningsgrunnlag når de søker etter det europeiske minimumsnivået.

31) Se for eksempel høyesterettsdommer Jens Edvin A. Skoghøy, en av dommerne i saken, som gir uttrykk for det samme i en kommentar i *Lov og Rett*, 2009 s. 385–386.

Det er ikke tvil om at Høyesterett i Rt. 2009 s. 750 (P) tilpasset intern norsk rett til EMK artikkel 6 nr. 1. Særlig ved å gi lagmannsretten en plikt til å angi hovedpunktene i bevisvurderingen modererte Høyesterett den kompetansefordeling mellom jury og retten som var forutsatt av lovgiver og innarbeidet i praksis. Høyesterett var således ikke villig til å tolke våre menneskerettsforpliktelser innskrenkende med bakgrunn i de norske interesseavveininger og prioriteringer som hadde foranlediget den norske ordningen.

Dette blir enda tydeligere i Rt. 2009 s. 1439 (A), som også gjaldt lagrettens beslutningsprosess og kravet om begrunnede rettsavgjørelser.

Saken gjaldt en person som blant annet var tiltalt for gjentatte seksuelle overgrep mot sin niese på under 14 år. Tiltalte ble frifunnet i tingretten. Det sentrale bevis var fornærmedes forklaring, og etter denne skulle overgrepene ha forekommet i en relativt liten stue med mange familiemedlemmer til stede. Tingretten så dette som «svært lite sannsynlig». Deretter fant lagretten tiltalte skyldig. I lagmannsrettens begrunnelse under reaksjonsfastsettelsen var bevisresultatet under skyldspørsmålet ikke nærmere begrunnet.

Høyesterett delte seg i et flertall og mindretall. Flertallet, tre av dommerne, viste til at det av Rt. 2009 s. 750 (P) fulgte at straffeprosessloven § 40 femte ledd måtte gis analogisk anvendelse for jursaker. Bakgrunnen var tiltaltes rett til å forstå hvorfor vedkommende er domfelt, og at en domfellelse skal være etterprøvbar. I alminnelighet medførte ikke dette noen plikt til å begrunne skyldvurderingen, men unntak måtte gjøres dersom det var «nødvendig for å gi den domfelte og allmennheten et tilstrekkelig grunnlag for å etterprøve hvorfor han eller hun ble kjent skyldig».³²⁾

I den konkrete saken, hvor det samme bevisbildet var bedømt diametralt forskjellig av tingrett og lagmannsrett, måtte lagmannsrettens bevisvurdering under skyldspørsmålet forklares for å sikre avgjørelsens etterprøvbarhet.

Flertallet konkluderte etter dette med at lagmannsrettens dom med ankeforhandling måtte oppheves.

Det kan hevdes at flertallet, ved å avklare at lagmannsretten undertiden må begrunne skyldvurderingen, bryter med et av hovedelementene i vår juryordning. Av straffeprosessloven § 40 første ledd følger det at juryen ikke skal gi noen begrunnelse for sitt resultat. Juryens manglende begrunnelsesplikt under skyldspørsmålet fulgte dermed av en lovbestemmelse og hadde også vært inngående vurdert og diskutert i forbindelse med vedtakelse av straffeprosessloven av 1981 og gjennomføring av toinstansreformen i 1995.

32) Se høyesterettsjustitiarius Tore Scheis innlegg i *Aftenposten* «Ingen ny juryordning», 4. februar 2010 (<http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/article3501443.ece>).

For vår problemstilling er det særlig interessant at Høyesterett ikke gikk videre i å definere innholdet i EMK artikkel 6 nr. 1 på dette grunnlag. Det er enda klarere enn i Rt. 2009 s. 750 (P) at Høyesterett ikke bruker norske verdiprioriteringer til å innskrenke menneskerettsforpliktelser.

Interessant å merke seg er også at det sentrale rettsgrunnlaget for Høyesteretts resultat var en analogi fra straffeprosessloven § 40 femte ledd, slik denne var forstått i Rt. 2009 s. 750 (P) – følgelig en rettssikkerhetsgaranti forankret i interne norske rettskilder. Dette er likevel ikke mer enn et utgangspunkt. Det må være på det rene at våre forpliktelser etter EMK artikkel 6 nr. 1 var av betydning for Høyesteretts tolking og anvendelse av den norske bestemmelsen, og at flertallet med sin avgjørelse videreutviklet den norske tilpasningen til EMK som var påbegynt i Rt. 2009 s. 750 (P).³³⁾

Avgjørelsen kan dermed tjene som nok et eksempel på at Høyesterett innarbeider internasjonale normer i de interne norske rettskildefaktorene, og at internasjonale verdier og regler således virker sammen med nasjonale rettssikkerhetsgarantier i en syntese. Ved å anlegge en slik metode kan Høyesterett ivareta og utvikle menneskeretter med støtte i norske interne rettskildefaktorer.

Denne metoden ble igjen anvendt i Rt. 2010 s. 865 (A), hvor flertallet sluttet seg til Agder lagmannsretts og førstelagmann Dag Bugge Nordéns oppfatning om at begrunnelsesplikten lettest oppfylles ved at de tre juridiske dommere begrunner sin avgjørelse av om juryens kjennelse skal fravikes. Derved oppstår ikke det problemet som kunne følge av Rt. 2009 s. 750 (P) dersom de tre juridiske dommere og fire lagrettemedlemmene skulle begrunne juryens avgjørelse.

7 NASJONALE VERDISYN I EMK

I *Bøhlerdommen* ble det klarlagt at norske domstoler bare vil kunne bygge på nasjonale verdiprioriteringer innenfor rammen av den metode som anvendes av EMD. For å klarlegge norske verdiprioriteringers rolle i den nasjonale konvensjonstolkningen er det dermed verdt å se nærmere på hvordan EMD forholder seg til nasjonale verdisyn.

EMK er grunnleggende sett et overnasjonalt regelverk. Allerede av fortalen følger at et overordnet formål er å sikre «felles forståelse og etterlevelse» av konvensjonsrettighetene. Institusjonelt er dette ivaretatt ved at EMD tolker EMK med bindende virk-

33) Se høyesterettsjustitiarius Tore Scheis kronikk i *Aftenposten* «Overraskende reaksjoner», 30. desember 2009, der denne tilpasningen er nærmere redegjort for (<http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/article3442768.ece>).

ning overfor konvensjonsstatene og dermed sørger for en rettsenhetlig forvaltning av traktatens bestemmelser. EMD har videreført dette homogenitetsmålet ved å insistere på at konvensjonens begreper er autonome – det vil si må tolkes frigjort fra traktatstatenes eventuelle nasjonale forståelser av tilsvarende begreper.³⁴⁾

Dette medfører ikke at traktatstatenes verdioppfatninger aldri tillegges vekt av domstolen. Foreligger det *europaisk konsensus* på et rettsområde, vil dette kunne tillegges vekt av EMD.³⁵⁾ På denne måten inkorporeres sentrale verdistrømninger hos medlemsstatene i domstolens egen konvensjonstolkning.³⁶⁾ Vektlegging av europeisk konsensus kan dermed sies å være domstolens metode for å inngå i et samspill med medlemsstatene.

Et grunnlag for at EMD undertiden kan se hen til en europeisk konsensus i forståelsen av konvensjonen, finnes i at rettighetskatalogen i EMK anses som en syntese av felleseuropeiske verdier.³⁷⁾ Dette felles verdigrunnlaget er uttrykkelig nevnt i fortalen,³⁸⁾ men er også et gjennomgående tema i rettspraksis fra EMD. Det er således naturlig at om det på et rettsområde foreligger noe nær konsensus blant traktatstatene, så legger domstolen vekt på dette innenfor konvensjonens øvrige rammer. Hvor man beveger seg utenfor menneskerettens kjerne, kunne det tenkes at manglende konsensus talte mot en utvikling av rettighetene. På den annen side kunne det, om EMD hadde lagt vekt på nasjonale verdier i tolkingen, stride mot EMKs formål om å sikre at menneskerettighetene blir universelt anerkjent og håndhevet.

Nasjonale, herunder norske, verdiprioriteringer får således en begrenset betydning for EMDs tolking av konvensjonen. Når EMD lar seg inspirere av nasjonale domstolars tolkning av konvensjonen, vil det typisk være fordi den nasjonale løsning anses for

34) Prinsippet ble referert for første gang i *Engel mot Nederland*, EMDs dom 8. juni 1976.

35) For mer om dette prinsippet, se Frode Elgesem, «Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode», *Lov og Rett*, 2003 s. 216–222.

36) EMD er blitt kritisert for i for stor grad å vektlegge europeisk konsensus. Harris, O'Boyle and Warbrick anfører at prinsippet medfører at medlemsstatene – og ikke domstolen – blir de reelle utviklere av EMK, jf Harris, O'Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 1995, s. 9–10 med videre henvisninger.

37) Et poeng er at EMD også refererer avgjørelser fra andre nasjonale domstoler enn traktatstatenes. Amerikansk høyesterett er eksempelvis nevnt i en rekke avgjørelser. Enkelte har tatt til orde for at det er *internasjonale demokratiske trender* EMD først og fremst ser etter og ikke nødvendigvis europeisk konsensus, se eksempelvis Christian Børge Sørensen, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2004 s. 140–202.

38) Se fortalens femte ledd der det fremkommer at EMK må sees på som et utslag av viljen til «likesinnede europeiske stater med en felles arv av politiske tradisjoner, idealer, frihet og rettsstatsprinsipper».

vellykket og fornuftig, ikke på grunn av at den eventuelt reflekterer en nasjonal verdiprioritering. Fra en norsk tradisjon kunne en uttrykke det slik: Det er en vesensforskjell mellom tolkning basert på reelle hensyn og anvendelse av nasjonale verdisyn i kraft av deres egenverdi.

Dersom nasjonale myndigheter ved tvil om forståelsen av konvensjonen tolket EMK innskrenkende i lys av sitt nasjonale verdisyn, ville det ikke være forenelig med EMDs praksis. En slik tolking av konvensjonen ville være i strid med dens homogenitetsmålsetning, basert på andre prinsipper enn dem EMD anvender, og dermed på en måte som øker risikoen for feiltolkninger og folkerettsbrudd. Det hefter enda større betenkeligheter ved at nasjonale myndigheter anvender nasjonale verdier, enn at dette tas hensyn til av EMD.³⁹⁾ En slik systematisk innskrenkende fortolking av EMK som begrunnes med særnorske forhold, vil være en illojal tolking som i sin ytterste konsekvens gjør det temmelig vilkårlig om våre domstoler legger seg på rett nivå i anvendelsen av EMK.

Vår gjennomgåelse har vist at Høyesterett ikke legger vekt på nasjonale verdiprioriteringer som kan begrense EMKs rettighetsnivå, men heller betoner norske rettssikkerhetsgarantier som faller sammen med eller går lenger enn kravene som følger av EMK. Dette er altså den eneste metode som gir mening om EMDs praksis skal utgjøre noen reell skranke for den nasjonale tolkingen.

En slik tolking åpner for at norske domstoler kan delta i den europeiske rettsutviklingen. I *Bøhlersaken* var det et poeng for Høyesterett at norske domstoler inngår «i et samspill med EMD og bidrar til å påvirke EMDs praksis». Utfra EMKs homogenitetsformål og EMDs praksis må dette i utgangspunktet innebære å bygge på verdier EMK skal fremme, eventuelt felleseuropeiske verdisyn, fremfor på tradisjonelle nasjonale verdiprioriteringer.⁴⁰⁾ Høyesterett kan dessuten utvikle rettigheter på grunnlag av norske rettsprinsipper og verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning, som i Rt. 2009 s. 1118 (S) om begrunnelse for ankenektelse i sivile saker.

39) Se også Rt. 2010 s. 858 (A), om forståelsen av artikkel 1 C (5) i flyktningekonvensjonen av 28. juli 1951, som regulerer hva som skal til for at status som flyktning skal opphøre. Regjeringsadvokaten hevdet her at Høyesterett dersom det var tvil om hvilken tolkning som var riktig, måtte falle ned på det alternativ som forvaltningen hadde valgt i saken. Høyesterett ga uttrykk for at tolkningen av artikkel 1 C (5) måtte avgjøres på selvstendig og uavhengig grunnlag, basert på gjeldende prinsipper for tolkning av traktater. Det kunne altså ikke legges vekt på hva forvaltningen hadde kommet til i saken.

40) Slik også Hans Petter Graver, «Dømmer Høyesterett i siste instans», *Jussens Venner*, 2002 s. 263–281, på s. 281.

8 FAREN FOR EN SYSTEMATISK RETTSKRENKELSE

Høyesteretts praksis om norske verdiprioriteringer som kilde til utvikling av rettighetene i EMK er avgjørende for en lojal innrettelse etter EMDs praksis og for å unngå norske folkerettsbrudd. Norske borgere risikerer krenkelser av rettighetene etter EMK om en annen tolking legges til grunn.

Dersom EMK tolkes i lys av norske verdier og interesseavveininger, slik Graver og Backer argumenterer for, øker risikoen for at konvensjonen ikke tolkes riktig i den nasjonale rettspleien. En nasjonal konvensjonsforståelse basert på hensyn som ville bli betraktet som utenforliggende av EMD, må uomgjengelig ha denne konsekvens.

En slik situasjon ville i seg selv representert et alvorlig rettssikkerhetsproblem. Det ville medført et svekket rettighetsvern i strid med hva Stortinget har forutsatt gjennom menneskerettsloven og grunnloven § 110 c.⁴¹⁾

Uriktig anvendelse av EMK vil bare i liten grad kunne rettes opp av EMD. De velkjente kapasitetsproblemer i EMD gjør at få saker fra Norge kommer opp. Med de mange grove menneskerettskrenkelser som finner sted andre steder i Europa, ville det være urealistisk at EMD skulle kunne bruke mye tid på å finpusse norsk EMK-praksis. I tillegg kommer at for de tilfellene der en klage slipper inn for behandling i EMD, foranlediger prosessen kostnader, tid og andre belastninger som kan være betydelige. Høyesteretts lojale anvendelse av EMDs tolkingsprinsipper og metode er den eneste etterlevelse av nasjonale og internasjonale forpliktelser som sett fra individenes side kan tilfredsstille fundamentale rettssikkerhetskrav.⁴²⁾

9 KONKLUSJON

Høyesterett har gjennom sin praksis klarlagt hvilken rolle norske verdier skal spille ved tolkingen av EMK. Vår analyse bringer oss til tre konklusjoner. For det første har ikke henvisningen til «tradisjonelle norske verdiprioriteringer» i *Bøhlerdommen* utviklet seg

41) Se Anders Ryssdals kronikk i *Aftenposten*, «Menneskerettighetene ved norske domstoler» 28. juni 2001, hvor han gir uttrykk for et liknende syn (http://www.nkmr.org/menneskerettighetene_ved_norske_domstoler.htm). I Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) s. 71 uttrykker Justisdepartementet et mer restriktivt syn på menneskerettighetenes autonomi og domstolskontrollen. Med den betydelige meningsforskjellen mellom departement og stortingskomiteen i denne saken kan ikke proposisjonen her tillegges vekt, slik Høyesterett heller ikke gjorde i *Bøhlerdommen*. Se ellers om den uvanlige forhistorien, Jens Petter Berg, «Høyesteretts EMK-prosesserettslige «klarhetsdoktriner»», *Kritisk Juss*, 2000 s. 261–277, og «Nytt lys over striden mellom JD og UD om utformingen av menneskerettsloven § 3», *Kritisk Juss*, 2000 s. 343–350.

42) Dette viser den fortsatte gyldigheten av Torkel Opsahls kjente devise fra 1990-årene om at «den nasjonale gjennomføringen [er] alfa og omega for de internasjonale menneskeretter», se Torkel Opsahl, *Internasjonale menneskerettigheter. En innføring*, 2. utg. Oslo 1991 s. 85.

til noe tolkingsprinsipp eller reelt hensyn som virker som en rettslig skranke eller filter mot EMK og EMDs praksis. For det andre støtter norske verdiprioriteringer utviklingen av rettssikkerhetsgarantier som forsterker rettighetene i EMK. Norske verdiprioriteringer har fått særlig vekt som rettskilde hvor norske rettssikkerhetsgarantier er egnet til å forsterke menneskerettsvernet i EMK. Dette er blitt et viktig redskap ved anvendelsen av EMK og FN-konvensjonene. For det tredje har Høyesterett i andre saker hvor EMK ikke er direkte anvendt, tatt utgangspunkt i «tradisjonelle norske verdiprioriteringer», «norsk lovgivning og rettsoppfatning» eller «norske verdioppfatninger og tradisjoner». Samspillet med EMK er her interessant og vil sikkert bli et fruktbart område for forskning fremover.⁴³⁾

Vi har funnet to grunner til at norske verdier har fått denne betydningen. Den første er at EMKs system og EMDs praksis ikke åpner for bruken av nasjonale verdier for å oppnå en mer restriktiv anvendelse av de EMK. Den andre er at grunnloven § 110 c og menneskerettsloven med forarbeider og øvrige tilblivelseshistorie stiller ensartede krav: Norske domstoler skal følge EMK.⁴⁴⁾ Nasjonale verdiprioriteringer som filter ville bryte med dette. Høyesterett har her lojalt innrettet seg etter EMDs praksis, slik også norsk lovgivning etter en naturlig tolking og på bakgrunn av forarbeidene gir anvisning på. En viktig konsekvens er at Høyesterett her spiller en selvstendig rolle, i tillegg til lovgiver og forvaltning, i å forebygge norske folkerettsbrudd og sikre at norske borgere får det rettighetsvernet som følger av EMK.

Vi har også drøftet hvordan enkelte har brukt sirkelargumentet at den norske praksisen eller lovgivningen som er oppe til vurdering representerer en norsk verdiprioritering som må respekteres uten videre. Regjeringsadvokat og påtalemyndighet har i flere saker for Høyesterett brukt dette uten å gjøre klart at det er noe spesielt ved vedkommende lov eller verdiprioritering. Dette er ikke noe annet enn et generelt argument for en høyere terskel for domstolskontrollen med norsk lov etter menneskerettsloven.

Det er viktig å ta i betraktning at Høyesterett det siste tiåret har behandlet et meget stort antall saker om anvendelsen av EMK. Vi vil legge til at retten har opparbeidet en kompetanse som ikke minst viser seg i de godt begrunnede forholdsmessighetsvurderingene, et område hvor nasjonale høyesteretter har en særlig rolle. EMK kommer opp i alle typer saker, både sivile saker, straffesaker, forvaltningssaker og saker som reiser

43) Dette vil også gjelde grunnlovstolkningen, se innledningsvis om bruken av en *samhøvevurdering*, dvs. en forholdsmessighets- eller proporsjonalitetsvurdering i anvendelsen av grl. § 97.

44) Se Tore Scheis karakteristikk av synspunktet om at Høyesterett tar seg til rette, som «særdeles lite analytisk» i kronikken «Overraskende reaksjoner», *Aftenposten*, 30. desember 2009 (<http://www.aftenposten.no/mening/debatt/article3442768.ece>).

konstitusjonelle spørsmål. Vår undersøkelse illustrerer hvordan Høyesterett fortsetter å løse spørsmålene om virkningene av EMK i norsk rett på en måte som skaper rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling, slik vår forfatning forutsetter. Høyesteretts tidlige tilnærming var preget av filtre som klarhetskrav av forskjellige slag, og «nasjonale verdier» kunne ha blitt et slikt filter. Vi antar at både opparbeidelse av kompetanse og et generasjonsskifte i Høyesterett har virket sammen og endret denne tilnærmingen. EMK er norsk rett. Man kan med rette si at Høyesterett har internalisert⁴⁵⁾ EMK.

45) Også i en rettspositivistisk tradisjon diskuteres teorier om internalisering av normer: Man følger loven fordi loven bør følges, se særlig H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961 s. 89–91. Se også lignende resonnementer hos Torstein Eckhoff og Nils Kristian Sundby, *Rettssystemer*, 2. utgave, Oslo 1991 s. f. eks. på s. 55–56, og i Alf Ross' diskusjon av dommere, gjeldende rett og rettskildelæren i *Om ret og retfærdighed*, København 1953 s. 90–91.

