

FINN ARNESEN OG ARE STENVIK

Internasjonalisering og juridisk metode

Særlig om EØS-retten
betydning i norsk rett

2. utgave

Universitetsforlaget

hvilken internrettslig virkning den skal ha. Hensynet til effektiv beskyttelse av borgernes rettigheter var en sentral del av begrunnelsen for EU-domstolens utvikling av læren om medlemsstatenes erstatningsansvar, som er supplerende instrument for å sikre fellesskapsrettens effektive gjennomslag på nasjonalt plan. Læren ble adoptert av EFTA-domstolen for EØS-avtalens vedkommentene i *Sveinbjörnsdóttir*,¹⁰³ og i Finanger II (Rt. 2005 s. 1365) sa Høyesterett seg enig i at EØS-avtalen ga grunnlag for et slikt ansvar. Vel så viktig var imidlertid at Høyesterett også så det slik at dette ansvaret var gjennomført i norsk rett med EØS-lovens § 1, som bestemmer at EØS-avtalens hoveddel gjelder som lov.¹⁰⁴ Erstatningsplikten er ikke kommet til uttrykk i EU-traktatene eller EØS-avtalen, men plikten anses å ligge implisitt i traktatens system. Poenget er dels at medlemsstatene ikke skal kunne påberope eget mistilhold av gjennomføringsforpliktene som grunnlag for å begrense fellesskapsrettens gjennomslag på nasjonalt nivå, dels at medlemsstatene i kraft av det grunnleggende prinsippet om lojalitet til traktatens formål (TEU art. 4 nr. 3; EØS art. 3), plikter å beskytte borgernes rettigheter etter fellesskapsretten.¹⁰⁵

Innenfor EU er det vanlig å se det slik at prinsippene om direkte virkning og forrang, prinsippet om fellesskapskonform tolkning, effektivitetsprinsippet og prinsippet om medlemsstatenes erstatningsansvar, til sammen utgjør den pakke av virkemidler som skal sikre *fellesskapsrettens effektive gjennomslag* på nasjonalt nivå.¹⁰⁶ Som vi nå har sett, og som vi skal komme nærmere tilbake til, er situasjonen ikke stort annerledes etter EØS-avtalen og norske rettskildesprinsipper. Vi har allerede konstatert at prinsippet om fellesskapskonform tolkning har sin parallell i et prinsipp om EØS-konform tolkning. Vi har også sett at effektivitetsprinsippet er blitt lagt til grunn av

103 E-9/97. En nyansje er likevel at EFTA-domstolen legger til grunn at EØS-avtalen bare forplikter EØS-statene til å sikre at det finnes grunnlag for erstatning i nasjonal rett, mens ansvaret etter EU-traktaten i EU-landene er omfattet av prinsippene om direkte virkning og forrang. For norsk rett har denne forskjellen ingen praktisk betydning så lenge EØS-avtalen er inkorporert ved lov, og ansvarsregelen omfattes av fortrinnretsbestemmelsen i EØS-lovens § 2.

104 Som påpekt av Inge Lorange Backer, «Samspeillet mellom lovgiverne og Høyesterett», i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Low Samlet Rett: Norges Høyesterett 200 år*, Oslo 2015, s. 96–135, på s. 127, kan det nok hevdes at dette sparte lovgiverne for å innføre ansvaret ad lovgivningsvei.

105 Om det EØS-rettslige erstatningsansvaret, se Halvard Haukeland Fredriksen, *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, Bergen 2013.

106 Jf. f.eks. EU-domstolens avgjørelse i C-356/05 *Farrall*.

Høyesterett, og at prinsippet om statens erstatningsansvar er blitt gjeldende gjennom dommen i Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II).¹⁰⁷ Også prinsippet om direkte virkning har langt på vei sin parallell i norsk rett, i den forstand at EØS-retten – og annen folkerett – i atskillig utstrekning kan påberopes som primært rettsgrunnlag for norske domstoler. Det er dermed tvilsomt om det kan sies å være noen realitetsforskjell mellom det som gjelder i Norge, og det som EU krever av sine medlemsland, med et visst unntak – av begrenset praktisk betydning – for prinsippet om EU-rettsens forrang.¹⁰⁸ Rettsstilstanden i Norge under EØS-avtalen er med andre ord neppe vesentlig annerledes enn den ville vært om Norge var medlem i EU.¹⁰⁹

Mot denne bakgrunn synes det rimelig å mene at rettsenheten og homogeniteten er praktisk talt like godt sikret i EFTA-delen av EØS, som den er i EU. Utviklingen har dermed vist at den bekymring for rettsenheten i EØS som kom til uttrykk i EU-domstolens betenkning 1/91, langt på vei var ubegrunnet.¹¹⁰ Den største trusselen mot rettsenheten i EØS er nok heller endringene i EUs traktatgrunnlag.¹¹¹

107 Jf. henholdsvis Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) og Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II).

108 Jf. Hans Petter Graver, «Internasjonale konvensjoner som rettskilde», *Lov og Rett* 2003 s. 468–489 på s. 486: «Når det gjelder spørsmålet om direkte virkning av direktiver, blir forskjellen mellom fellesskapsretten og EØS etter mitt syn mer et spørsmål om semantikk enn realiteter. Direktivene er der og kan påberopes til støtte for et resultat straks de er del av avtalen. Dette følger av alminnelige rettskildeprinsipper.»

109 Se nærmere Finn Arnesen og Hans Petter Graver, «Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler», *Makt- og demokratiutredningens rapportserie* nr. 19 (2000), avsnitt 2.2.4.3.

110 Jf. her til Ole-Andreas Rognstad, «EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkningen av EØS-avtalen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2001 s. 435–464, på s. 450, samt Halvard Haukeland Fredriksen, «Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven? – Noen betraktninger om EFTA-domstolens dynamiske utvikling av EØS-retten og streben etter dialog med EF-domstolen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2009 s. 507–576.

111 Se Halvard Haukeland Fredriksen og Christian N.K. Franklin, «Of pragmatism and principles: The EEA Agreement 20 years on», *Common Market Law Review* 2015.

praktiseres slik at «EØS-direktivene om motorvognforsikring blir frattatt deres effektive virkning» (avsnitt 52).⁹⁸

Vi mener at disse uttalelsene må ses som utslag av et mer generelt prinsipp, om at norske domstoler skal ta hensyn til hvilke løsninger som er egnet til effektivt å sikre de individuelle rettigheter som følger av folkeretten. Et uttrykk for et slikt syn finner man i NOU 1997: 4 Naturgrunnlaget for samisk kultur (avsnitt 4.3.1.6.3):

«Det er et allment folkerettslig prinsipp at man ved tolkning av enkeltbestemmelsene i en konvensjon skal se hen til om tolkningsresultatet er egnet til å oppfylle *konvensjons formål* på en effektiv måte (effektivitetsprinsippet). Særlig hvis det er tale om vage og generelle bestemmelser, vil ofte formålsbetraktninger være viktigere for å klarlegge hvilke krav bestemmelsen setter til intern rett i den enkelte stat, enn ordlyd og forarbeider isolert sett. En konkret følge av effektivitetsprinsippet vil nettopp være at det ofte vil variere etter forholdene i de ulike signatarstater hvilke konkrete tiltak som må iverksettes for at intern rett skal samsvare med konvensjonens krav.»

Hvor langt effektivitetsprinsippet rekke utenfor EØS-rettens nedslagsfelt, er et annet og vanskeligere spørsmål.

Også effektivitetsprinsippetts materielle side kan sies å ha to as-

⁹⁸ Fra rettspraksis kan også nevnes Rt. 2002 s. 618 (potetimport), som gjaldt plantevernkonvensjonen av 1951, hvor det ble uttalt at plantesykdomsloven og forskriften til denne «bør tolkes i samsvar med den løsning som mest effektivt vil følge opp konvensjonens formål» (s. 626), og Rt. 2008 s. 738 (KLM), hvor imidlertid de «EØS-retslige krav om ekvivalens og effektivitet» ikke ble ansett å ha noen betydning for avgjørelsen av den foreliggende sak (avsnitt 48). Se dessuten EFTA-domstolens avgjørelse i E-8/07 (Nguyen), som gjaldt bilansvarsloven, hvor domstolen uttalte at «EØS-statene må ... utøve sin myndighet på dette område i overensstemmelse med EØS-retten. Nasjonale bestemmelser om erstatning ved trafikulykker får således ikke frata direktivene deres tjenlige virkning» (premiss 24). Betegnelsen «effektivitetsprinsippet» ble også brukt av ankenoterende i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) på s. 1836, men det fremgår ikke klart om den ble brukt som synonym for presumsjonsprinsippet, eller om det som her betegnes «effektivitetsprinsippet»: «Når vi i norsk rett bygger på det såkalte presumsjonsprinsipp eller effektivitetsprinsipp – at vi i den grad det er mulig, legger det innhold i våre rettsregler som sikrer at vi gjennomfører folkeretten og oppfyller våre internasjonale forpliktelser – mener jeg at den feil som ble begått, i dette tilfellet kan rettes opp gjennom domstolens rettsanvendelse.»

pekter: Dels er det et rettskildeprinsipp, som sier noe om hvordan bestemmelser om *rettigheter* skal tolkes, dels stiller det visse krav til *sanksjoner* dersom rettighetene er krenket.⁹⁹ Disse aspektene henger naturligvis tett sammen; en rettighet er ofte lite verd dersom krenkelser ikke sanksjoneres.

Også mellom sanksjon og (prosessuell) håndhevelse er det nær forbindelse. Dette kommer tydeligst frem i saker om prøving av menneskerettigheter. Bestemmelsen i EMK art. 13 er formulert som en prosessregel, som fastsetter at den som har fått sine konvensjonsrettigheter krenket, skal ha «en effektiv prøvningsrett ved en nasjonal myndighet». Etter EMDs praksis omfatter imidlertid retten til effektiv *prøving* også en rett til *sanksjoner*, «if appropriate». ¹⁰⁰ Dreier det seg om en alvorlig krenkelse, f.eks. om et brudd på forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling i artikkel 3, har skadelidte normalt krav på erstatning, herunder for ikke-økonomisk tap. ¹⁰¹ Det beror på en skjønsmessig vurdering om det er tilstrekkelig at skadelidte får saken prøvd ved domstolene, eller om konvensjonsbruddet også skal sanksjoneres. ¹⁰²

Man kan også se Høyesteretts aksept av prinsippet om *statens erstatningsansvar* ved brudd på EØS-retten som et utslag av det generelle effektivitetsprinsippet. Vi tenker da ikke på aksepten av at EØS-avtalen gir grunnlag for et erstatningsansvar for staten ved brudd på de forpliktelser som følger av denne avtalen, men på Høyesteretts tilslutning til EFTA-domstolens formodning om at dette ansvarsgrunnlaget var gjennomført i norsk rett med EØS-loven og dens inkorporasjon av EØS-avtalens hoveddel. Slik det norske rettskildebildet så ut, kunne nok det motsatte latt seg hevde.

Utviklingen av statenes erstatningsansvar ved brudd på EU/EØS-retten er et godt eksempel på hvordan effektivitetsvurderinger kan gi seg utslag ved så vel fastleggelsen av den internasjonale rettsregelen som ved vurderingen av

⁹⁹ Se nærmere Erling Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranse-regler*, Oslo 2003 s. 37 flg.

¹⁰⁰ Jf. f.eks. EMDs avgjørelse i *Leander v. Sverige* (appl. 9248/81) premiss 77.

¹⁰¹ Jf. EMDs avgjørelse i *Z v. England* (appl. 29392/95) premiss 109.

¹⁰² Se f.eks. Rt. 2001 s. 428 (strafferegistrering), Rt. 2003 s. 1671 og Rt. 2004 s. 970. Se nærmere om statens erstatningsansvar ved brudd på EMK, Viggo Hagstrøm og Are Stenwik, *Erstatningsrett*, Oslo 2015, avsnitt 6.5.6.

veiningen, harmoniseringen) av de argumenter rettskildefaktorene gir grunnlag for, når domstolene treffer sine valg om hvilke argumenter som skal tillegges utslagsgivende vekt.

3.2.3 Rettskild prinsipp – særlig om effektivitetsprinsippet

Ved rettsanvendelsen – i både slutnings- og avveiningsomgangen – står *presumsjonsprinsippet* sentralt; norsk rett skal gjennom tolkning, så langt det er mulig, bringes i harmoni med folkeretten. I EØS-rettslig sammenheng virker presumsjonsprinsippet sammen med prinsippet om EØS-konform tolkning, et prinsipp som har sin EU-rettslige parallell i prinsippet om fellesskapskonform tolkning. Prinsippet om EØS-konform tolkning innebærer at nasjonale domstoler, gjennom anvendelse av de tolkningsprinsipper som er anerkjent i nasjonal rett, *så langt råd er* skal tolke nasjonal rett i samsvar med EØS-retten.⁹⁵ Det ligger i reservasjonen «så langt råd er» at prinsippet om EØS-konform tolkning stiller krav til bruken av nasjonale rettskild prinsipp, men ikke til innholdet i dem. I en norsk kontekst blir dermed prinsippet etter vår oppfatning lite annet enn en henvisning til presumsjonsprinsippet og andre norske rettskild prinsipp.⁹⁶ Vi skal se nærmere på presumsjonsprinsippet nedenfor under 3.3.

Selv om debatten om folkerettens betydning her i landet i all hovedsak har vært knyttet til presumsjonsprinsippet, er dette ikke det eneste rettskild prinsippet som gir internasjonal rett virkning på nasjonalt nivå. Et viktig prinsipp, som har fått forsterket aktualitet som følge av EØS-avtalen, er prinsippet om at nasjonal rett bør tolkes slik at folkerettens regler får *effektivt gjennomslag* («effektivitetsprinsippet»). *Carsten Smith* påpekte allerede i 1962 at det fantes flere eksempler på at norske domstoler «har valgt det internrettslige alternativ som i

⁹⁵ Det ble først uttalt i sak E-1/07, *straffesak mot A*.

⁹⁶ Se likevel Christian Franklin, «Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform tolkning», *Jussens Verner* 2012 s. 269–317. Franklin synes å være av den oppfatning at prinsippet om EØS-konform tolkning krever mer av nasjonal rett enn presumsjonsprinsippet og andre norske rettskild prinsipp gir mulighet til. Vi deler ikke dette synspunktet. Verken EU- eller EØS-retten forplikter nasjonale domstoler til å gjøre det umulige.

størst utstrekning *effektiverer* folkerettens normer». Han fremhevet at dette er en problemstilling som har langt større aktualitet enn de sjeldne tilfelle hvor det er spørsmål om å velge mellom en tolkning som strider mot folkeretten, og en som ikke gjør det. Dette gjelder enn mer i dag.

Effektivitetsprinsippet har to sider: en materiell og en prosessuell. Prinsippets materielle side kan betegnes som en retningslinje som går ut på at nasjonale (materielle) regler bør tolkes slik at formålet med og virkningen av de internasjonale regler oppnås på nasjonalt nivå. Prinsippets prosessuelle side stiller krav om at borgerne skal ha tilgang til de rettslige virkemidler som er nødvendige for å få prøvd, og eventuelt gjennomført, sine rettsposisjoner etter folkeretten. Man kan se det slik at effektivitetsprinsippet både stiller krav til (materielle) rettigheter og til (den prosessuelle) håndhevelsen av dem.

En eksplisitt erkjennelse av effektivitetsprinsippets prosessuelle side finner man i kjennelsen i Rt. 2005 s. 597 (Allseas), som gjaldt kravet til rettslig interesse som betingelse for søksmål. Førstvoterende viste til effektivitetsdoktrinen i EU-retten, som innebærer

«at enhver skal sikres effektiv adgang til å få prøvet om deres rettigheter etter traktatene, i dette tilfellet EØS-avtalen, er krenket. Prinsippet har utviklet seg noe over tid. Det kan på enkelte områder tenkes å ha noe forskjellig rekkevidde innenfor henholdsvis EU- og EØS-retten, uten at jeg kan se at dette har betydning i vår sak» (avsnitt 38).⁹⁷

Et eksempel på anvendelse av effektivitetsprinsippets materielle side er dommen i Rt. 2008 s. 453 (vorspiel), som gjaldt reduksjon av erstatningskrav på grunn av medvirkning. Førstvoterende uttalte her at nasjonale regler om erstatningsrettslig medvirkning ikke kan

⁹⁷ Se også dommen i Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus), hvor hensynet til effektivisering av anbudreglene ble ansett å måtte «stå sentralt», men effektivitetshensynet ble her ikke uttrykkelig forankret i EØS-avtalens effektivitetsprinsipp (s. 1077). – Se nærmere om effektivitetsdoktrinen betydning for norsk sivilprosess, Halvard Haukeland Fredriksen, «Tvisteloven og EØS-avtalen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2008 s. 289–359, og for norsk erstatningsrett, Erling Hjeltnes, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranse regler*, Oslo 2003, særlig s. 48–54.

andre lover, bare at det er fastsatt en eksplisitt kollisjonsnorm, som regulerer visse normkollisjoner. En fortrinnsrettsbestemmelse i lovs form kan fravikes ved en senere lovbestemmelse.

Grunnlovens § 92 bestemmer at «Statens myndigheter skal respekttere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Hvorvidt dette innebærer at de rettighetene som følger av traktater som er bindende for Norge, også har grunnlovs rang, er ikke åpenbart. Heller ikke om fremtidige traktater om menneskerettigheter som Norge måtte inngå, som følge av Grl. § 92 får grunnlovs rang. I denne sammenheng vil det føre for langt å gå inn på de spørsmål bestemmelsen reiser. Vi nøyer oss med å påpeke at spørsmålene er mange, mangesidige og kompliserte.⁹¹

3.2.2 Metodisk og materiell innvirkning

Internasjonal rett kan øve innflytelse både på metodisk nivå – på et metaplan, om man vil – og på materielt nivå. Når folkeretten virker på *materielt nivå*, påvirker den identifikasjonen eller dannelsen av den regelen som saken skal avgjøres på grunnlag av. For eksempel endres tolkningen av en lovregel fordi det er kommet til internasjonale rettskilder som tilsier en annen forståelse (se særlig nedenfor under 5.2.3). Folkeretten virker på *metodisk nivå* når den øver innflytelse på norsk rettskildelære. Hvis f.eks. en norsk domstol skal tolke en lovbestemmelse som gjennomfører en bestemmelse i et direktiv, må den tolkes innenfor de rammer som direktivet, tolket i tråd med EU-domstolens metode, setter. Der det er en bestemmelse i EMK som tolkes, anvendes EMDs metode.⁹² Dette får enkelte viktige konsekvenser, som f.eks. at uttalelser i forarbeidene til gjennomfø-

91 Se nærmere Hilde Indreborg, «Utfordringer for Høyesterett ved grunnlovfesting av flere menneskerettigheter», i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov Samlet Retti: Norges Høyesterett 200 år*, Oslo 2015, s. 393–420. Se også Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 3. utg., Bergen 2015 avsnitt 5.2.

92 Se de grunnleggende uttalelsene i Rt. 2000 s. 996 (Böhler), hvor førstvoterende tok som utgangspunkt at «norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD» (s. 1007), og sammenfatningen av dem i Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45. Om EMDs metode, se Frode Elgesem, «Tolkning av EMK – Menneskerettsdomstolens metode», *Lov og Rett* 2003 s. 203–230.

ringsloven om hvordan folkerettsforpliktelsen er å forstå, som regel vil ha svært begrenset betydning (avsnitt 5.3.2), og at eldre norsk rettspraksis normalt bare kan legges til grunn i den utstrekning den gir anvisning på løsninger som harmonerer med dem som er lagt til grunn av internasjonale domstoler, eller som internasjonale domstoler kan forventes å ville komme frem til (avsnitt 5.3.3).

Man kan videre skille mellom de *forskjellige trim* i rettsanvendelsen hvor folkeretten kan virke inn.

For det første kan folkeretten ha betydning for om en faktor overhodet skal anses som *relevant* for domstolens standpunkt til rettsspørsmål. En kilde som ikke er folkerettslig relevant, vil f.eks. i mange tilfelle heller ikke være relevant som rettskilde for norske domstoler. En konvensjon kan f.eks. bestemme hvilke språkversjoner som er autoritative, og dermed relevante, eller hvilke saksforhold som er omfattet av konvensjonens bestemmelser. En norsk domstol bør f.eks. – i alle fall som hovedregel – ikke ta i betraktning en ikke-autoritativ versjon av en konvensjonstekst,⁹³ eller av en dom for den saks skyld.⁹⁴ Det forekommer også at folkeretten inneholder kvalifiserte hjemmelkrav som kan få betydning for relevansen av nasjonale faktorer. Et eksempel er EØS-avtalens art. 33, som fastsetter at bestemmelsene om etableringsrett på visse vilkår kan fravikes når det er «fastsatt ved lov eller forskrift». Dette betyr f.eks. at en administrativ *praksis* ikke vil være relevant i den utstrekning den er i strid med etableringsretten. Et annet eksempel er EMK art. 5, som bestemmer at frihetsberøvelse bare må skje «i samsvar med en fremgangsmåte foreskrevet ved lov».

For det andre kan folkeretten påvirke *slutningen* fra rettskildefaktorer til argumenter. Hvis f.eks. en uttalelse i forarbeidene til en lov er uklart, kan mye tale for å velge en tolkning av forarbeidsuttalelsen som er i tråd med folkeretten, fremfor en som ikke er det.

For det tredje kan folkeretten komme inn ved *samordningen* (av-

93 Sml. Rt. 2002 s. 509 (Bergesen) på s. 517.

94 Se likevel Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) og Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II). I begge disse sakene siterer Høyesterett EFTA-domstolen på språk de aktuelle avgjørelsene ikke foreligger på, henholdsvis dansk og norsk.

bli brukt som *primært rettsgrunnlag* når den brukes som grunnlag for å *sette til side* intern rett, eller når den brukes til å *supplere* intern rett. Den tradisjonelle oppfatning har vært at folkeretten normalt ikke kan danne grunnlag for å sette til side den interne rett – man snakker om prinsippet om *intern retts forrang* – mens det har vært større tilbøyelighet til å godta at internasjonal rett kan brukes for å fylle tomrom i den interne rett.

En slik todeling blir imidlertid for unyansert. Spørsmålet om internasjonal rett kan brukes som primært rettsgrunnlag av norske domstoler, må analyseres i lys av bl.a. hvilket rettsområde man befinner seg på, hva slags rettskrav man står overfor, og hvem sakens parter er. Krav fra staten mot en borger står f.eks. i en annen stilling enn krav fra en borger mot staten. Og krav borgere imellom reiser særlige problemstillinger. Vi skal komme tilbake til disse spørsmålene. Foreløpig skal vi bare peke på at når internasjonal rett benyttes som primært rettsgrunnlag, betyr det at domstolen anser den internasjonale rett som rettet også mot *domstolene*, ikke bare mot *staten* som *lovgever*, og at individuelle rettigheter kan tilkjennes uten at noen lovgiverbeslutning er nødvendig. Realistisk betraktet ligner dette mye på det som skjer når EU-retten er umiddelbart anvendelig eller tillegges direkte virkning i EU-landene.⁸⁹

Et generelt uttrykk for at domstolene i en viss utstrekning har kompetanse til å anvende internasjonal rett som ikke er gjennomført ved norsk lovgivning, gir førstvoterendes bemerkning i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) om at lojalitetsplikten etter EØS-avtalen «også er rettet mot domstolene» (s. 1827).

Noen vil kanskje innvende at bemerkningen sikret til EØS-avtalen som *norsk rett*, og ikke til EØS-avtalen som *EØS-rett*. Førstvoterende viser imidlertid til EØS-avtalen, og ikke til EØS-loven. Og han legger vekt på at en «tilsvarende lojalitetsplikt gjelder for landene innenfor EU». Vi finner det derfor mest nærliggende å oppfatte førstvoterende slik at han mente at Høyesterett – og dermed også andre norske domstoler – er bundet direkte av EØS-avtalen.

89 I EU-retten skilles det gjerne mellom umiddelbar anvendelighet, som brukes der EU-bestemmelsen skal legges til grunn uten videre, og direkte virkning, der situasjonen er at staten ikke har gjennomført regelen i nasjonal rett, og spørsmålet er om forpliktelens innhold likevel skal legges til grunn ved fastleggelsen av nasjonal rett.

Det finnes også andre eksempler på at Høyesterett har bygd på internasjonale regler som ikke har vært gjennomført i norsk rett. Et slikt eksempel er kjennelsen i Rt. 1997 s. 1019 (rettergangsbet). Selv om det der ikke sies uttrykkelig, er det vanskelig å lese dommen annerledes enn at Den europeiske menneskerettskonvensjonen var grunnlaget for å sette til side regelen i dl. § 215, eller i det minste en viktig del av dette grunnlaget. Og dette var på et tidspunkt da konvensjonen ennå ikke var inkorporert i norsk rett, jf. omtalen av kjennelsen i Rt. 2000 s. 1811 på s. 1829–1830. Det kan også vises til Rt. 2008 s. 1789 (reinslakt), hvor førstvoterende uttalte at bestemmelsen om urfolks rettigheter i ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 «retter seg til nasjonalstatens lovgivende myndigheter, domstolene, forvaltningen og andre myndighetsutøvende organ», og «innebærer at disse ikke uavkortet kan anvende nasjonalstatens regler overfor urbefolkningsgrupper» (avsnitt 33).⁹⁰

Når internasjonale rettsregler er *inkorporert* i nasjonal rett, får de status som nasjonal lovgivning. De skal anvendes av domstolene i samme utstrekning som andre nasjonale lover, forutsatt at de har en karakter og et innhold som gjør dem *anvendelige i seg selv* (jf. nedenfor under 6.4.2).

I noen tilfelle er inkorporerte konvensjonsregler også gitt *forrang* fremfor annen nasjonal lovgivning. Et eksempel er EØS-avtalens hoveddel, som etter EØS-lovens § 1 gjelder som norsk lov, og som etter § 2 går «foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold» i tilfelle konflikt. Dette betyr at en lovregel som ikke gjennomfører EØS-rett, må settes til side hvis den er i konflikt med en regel som gjennomfører EØS-rett (se nærmere avsnitt 6.4). En regel om forrang finner man også i menneskerettslovens § 3, som sier at bestemmelsene i de konvensjoner som etter § 2 skal gjelde som norsk lov, «skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning».

Disse bestemmelsene om forrang innebærer ikke at inkorporerte konvensjoner eller gjennomføringsbestemmelser har trinnhøyde over

90 Dommen er referert og nærmere omtalt nedenfor under 6.4.2. Se for øvrig Rt. 1994 s. 1244, hvor det var spørsmål om EMK kunne gi grunnlag for å supplere bestemmelsen i tvistemålslovens § 54 (dissens 3–2), og Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen), hvor arbeidsmiljølovens § 55A ble supplert under henvisning til internasjonale konvensjonsbestemmelser om vern for organisasjonsfriheten, bl.a. ILO-konvensjon nr. 98 (1949). Se også Rt. 1982 s. 241 (Alta) på s. 257–259 og Rt. 1994 s. 1244 på s. 1250 om opphevelse av forvaltningsvedtak, samt Jan Erik Helgesen, *Teorier om «Folkerettens stilling i norsk rett»*, Oslo 1982 på s. 49–51.

3 GENERELT OM FORHOLDET MELLOM NORSK OG INTERNASJONAL RETT

3.1 INNLEDNING

I Rt. 2007 s. 234 (omsorgsutgifter) viser førstvoterende til «at Norge ved motstrid mellom norsk rett og folkeretten som hovedregel bygger på det dualistiske prinsippet som innebærer at norsk rett går foran folkeretten» (avsnitt 54). Tilsvarende uttalelser finner vi i rettslitteraturen og i lovforarbeider.⁸⁶

Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. Det *dualistiske prinsippet* – dvs. prinsippet om at folkeretten og nasjonal rett er separate retts-systemer, i motsetning til *monisme*, hvor man ser dem som deler av et større, felles system – innebærer klart nok ikke at internasjonale regler er norske domstoler uvedkommende. Begrepsparet dualisme/monisme er i virkeligheten temmelig uegnet for analysen av hvilken betydning folkerettslige krav til innholdet i norsk rett har for innholdet i norsk rett, forstått som den rett som legges til grunn av norske domstoler.⁸⁷ De fleste er – dualismegrunnsetningen til tross – enige om at Norges folkerettslige forpliktelser er av til dels stor betydning for fastleggelsen av innholdet i norsk rett, og vi skal se at praksis fra Høyesterett gir god dekning for å hevde dette. De sentrale stikkordene i denne sammenheng er presumsjonsprinsippet og hensynet til å gi norsk rett et innhold som er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Det oppmerksomheten derfor bør konsentreres om, er hvilken betydning

⁸⁶ Se f.eks. forarbeidene til menneskerettsloven, Ot.prp. nr. 3 (1998–99) s. 11. En mer nyansert tilnærming kommer til uttrykk i NOU 2002: 12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering kapittel 7.

⁸⁷ Vi baserer oss på et tradisjonelt, domstolsorientert rettskildesyn, jf. Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 s. 15, 17 og 20–21. Se nærmere Ole-Andreas Rognstad, «EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkningen av EØS-avtalen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2001 s. 435–464 på s. 437–445.

Norges folkerettslige forpliktelser har for løsningen av rettsspørsmål ved norske domstoler. Og dette spørsmålet kan vanskelig besvares på generelt grunnlag eller gjennom henvisning til dualismebegrepet. Svaret vil nemlig bero på så vel den konkrete rettskildekonstellasjonen i den enkelte sak, som på partskonstellasjonen i den og hvilket resultat en dom i samsvar med folkerettsforpliktelsen vil gi. Dette skal vi se nærmere på i det følgende.

3.2 DEN INTERNASJONALE RETTEN KAN VIRKE PÅ ULIKE MÅTER

3.2.1 *Internasjonal rett som grunnlag for private rettigheter*

Utgangspunktet er at internasjonal rett har *statene* som pliktsubjekter, og at rettighetssubjektene er andre stater. Det finnes imidlertid også mange internasjonale regler som tar sikte på å skape rettigheter for *borgere* – forstått som så vel naturlige som juridiske personer – i medlemsstatene. Når man står overfor slike regler, er et hovedspørsmål om reglene bare kan håndheves av andre stater, eller også av de borgere som reglene tar sikte på å beskytte. Man kan se dette som et spørsmål om det bare er staten som *lovgever* som har plikt til å rette seg etter reglene, eller om de også forplikter *forvaltningen* og *domstolene*. Hvis reglene forplikter forvaltningen og domstolene, betyr det at borgerne kan påberope regler som gir dem rettigheter *direkte*, uten å måtte vente på at staten som lovgiver gjennomfører reglene på nasjonalt nivå.

Her i landet har oppfatningen tradisjonelt vært at den internasjonale retten ikke har virkning i norsk rett før den er gjennomført i norsk rett av norske myndigheter. Man sier gjerne at den internasjonale retten ikke har *direkte virkning*. Dette ble lagt til grunn ved ratifikasjonen av EØS-avtalen, og det har vært uttalt av så vel EFTA-domstolen som av Høyesterett at EØS-avtalen ikke gjør krav på direkte virkning i nasjonal rett.⁸⁸ Regelen er således sikker nok, men den må nyanseres. Det forekommer nemlig at Høyesterett anvender internasjonal rett som *primært rettsgrunnlag*. Folkeretten kan sies å

⁸⁸ Jf. EFTA-domstolens avgjørelse i E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir*, og Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I).