

Norske domstolars lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner¹⁾

Av høyesterettsdommer dr. juris Jens Edvin A. Skoghøy

Ved menneskerettsloven av 1999 ble Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FN-konvensjonen fra 1966 om sivile og politiske rettigheter og FN-konvensjonen av 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter inkorporert i norsk rett med forrang foran annen – både eldre og nyere – norsk lovgivning. I forarbeidene er det forutsatt at dersom lovgiver ved senere lovvedtak «klart» har satt en konvensjonsbestemmelse til side, må dette respekteres av norske domstoler. Forfatteren fremholder at dette forbeholdet har liten praktisk betydning, og at det i forhold til fundamentale menneskerettigheter av grunnleggende betydning for en demokratisk rettsstat også må foreligge en statsrettslig begrensning.

Ved plenumsdommen i Rt. 2000 s. 996 slo Høyesterett fast at norske domstoler – med det forbehold at det i første rekke er Den europeiske menneskerettsdomstol som har til oppgave å utvikle EMK – må foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Det klarhetsprinsipp som ble oppstilt i Høyesteretts kjennelse i Rt. 1994 s. 610 (bølgepappkjennelsen) – og som i mellomtiden hadde fått et avgjørende grunnskudd i kjennelsen i Rt. 1999 s. 961 (Rest-Jugoslavia-kjennelsen) – ble ved denne dommen fraveket. Høyesterett har i senere praksis fulgt opp det syn som plenumsdommen fra 2000 bygger på. Ved plenumsavgjørelsen av 3. mai 2002 i sak 2002/1527 (dobbelStraff I-saken) synes Høyesterett å ha gått et skritt til. Det resultat flertallet i denne avgjørelsen kommer til, bygger på en klart utviklende – «dynamisk» – fortolkning av forbudet mot dobbelt straffeforfølgning i EMK Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1.

I kjølvannet av plenumsavgjørelsene av 3. mai 2002 har det oppstått spørsmål om i hvilken utstrekning avsluttede straffesaker kan gjenopptas på grunnlag av nye og utviklende fortolkninger av inkorporerte menneskerettskon-

¹⁾ Artikkelen bygger på foredrag på fransk-norsk konferanse om kontrollen med lover arrangert av Senter for høyere studier ved Det norske Videnskaps-Akademi 20.–21. juni 2002 i Oslo og videreutvikler enkelte synspunkter i to tidligere artikler om delvis samme tema – J.E.A. Skoghøy: Forholdet mellom internasjonale menneskerettigheter og norsk rett, *Kritisk Juss* nr. 2/1998 s. 111 ff. og J.E.A. Skoghøy: Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjonene før og etter menneskerettsloven, i «Rettsteori og rettsliv». Festskrift til Carsten Smith (Oslo 2002), s. 733 ff.

vensjoner. Forfatteren skisserer problemstillingen, men siden det står en sak om dette for Høyesterett, ønsker han ikke å gi uttrykk for noe syn på dette spørsmålet.

JENS EDVIN A. SKOGHØYER født i 1955, cand. jur. i 1980 og dr. juris i 1990 på avhandlingen «Factoringpant». Siden 1998 har han vært høyesterettsdommer. Han har tidligere blant annet vært privatpraktiserende advokat og professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Tromsø.

1 INNLEDNING

Norsk rett bygger som utgangspunkt på *det dualistiske prinsipp*.²⁾ Dette innebærer at norske domstoler ikke kan håndheve folkerettslige regler uten at de ved lov eller ved vedtak med hjemmel i lov er blitt inkorporert i eller transformert til norsk rett.

Det dualistiske prinsipp krysses imidlertid av *presumsjonsprinsippet*. Dette går ut på at selv om en folkerettslig regel ikke er inkorporert i eller transformert til norsk rett, må norske rettsregler så langt som mulig tolkes slik at de ikke kommer i konflikt med folkeretten. Opprinnelig gjaldt presumsjonsprinsippet bare folkerettslig sedvanerett, men det er nå for lengst akseptert at dette også omfatter traktatretten.³⁾ Som følge av presumsjonsprinsippet vil også ikke-inkorporerte folkerettslige regler være en tungtveiende rettskildefaktor ved anvendelsen av norsk rett. Presumsjonsprinsippet medfører således en betydelig modifikasjon av det dualistiske prinsipp. Hvor stor gjennomslagskraft presumsjonsprinsippet har, avhenger av «karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde den nasjonale rettsregel er knyttet til». ⁴⁾

Etter Grunnloven § 110 c første ledd er statens myndigheter forpliktet til å «respektere og sikre Menneskerettighetene». Samtidig er det i annet ledd fastsatt at nærmere bestemmelser om «Gjennomførelsen af Traktater herom» skal fastsettes ved lov. Det følger klart av sammenhengen mellom disse bestemmelsene at første ledd ikke kan oppfattes som noen bestemmelse som inkorporerer internasjonale menneskerettigheter i norsk rett.⁵⁾ Selv om § 110 c første ledd ikke er noen inkorporasjonsbestemmelse, må den imidlertid medføre at presumsjonsprinsippet må gis en særlig

²⁾ Som eksempler fra rettspraksis hvor det er lagt til grunn at norsk rett som utgangspunkt bygger på det dualistiske prinsipp, kan bl.a. nevnes Rt. 1994 s. 610 (bølgepappsaken), Rt. 1994 s. 1244 (kvinnefengselssaken), Rt. 1997 s. 580 (OFS-saken), plenumsdommen i Rt. 2000 s. 1811 (forsikringsdirektivsaken) og Rt. 2001 s. 1006 (KRL-fagsaken).

³⁾ Se f.eks. Rt. 1984 s. 1175, 1994 s. 1244, 1997 s. 580, 1997 s. 1019, 2000 s. 1811 og 2001 s. 1006 (KRL-fagsaken).

⁴⁾ Rt. 2000 s. 1811 (forsikringsdirektivsaken) på s. 1829.

⁵⁾ Se Rt. 1997 s. 580 (OFS-saken) på s. 592–593.

sterk gjennomslagskraft i forhold til internasjonale menneskerettigheter. At internasjonale menneskerettigheter står i en særstilling, er også lagt til grunn i rettspraksis. Som Høyesterett har påpekt i plenumsdommen i Rt. 2000 s. 1811 (forsikringsdirektivsaken), er det på det rene at Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) også før lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) ble «tillagt meget stor vekt ved fortolkningen av norske rettsregler». ⁶⁾

Ved menneskerettsloven ble den rettskildemessige status for EMK, FN-konvensjonen av 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og FN-konvensjonen av 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP) betydelig styrket. Det ble da fastsatt at disse konvensjonene med nærmere bestemte tilleggsprotokoller i den utstrekning de er bindende for Norge, «skal gjelde som norsk lov» (menneskerettsloven § 2), og at de «ved motstrid» skal «gå foran bestemmelser i annen lovgivning» (§ 3). Etter lovens § 6 trådte loven i kraft straks, dvs. 21. mai 1999.

Også før menneskerettsloven hadde folkeretten innenfor enkelte områder en sterkere stilling enn det som fulgte av presumsjonsprinsippet. Blant annet inneholder både straffeloven, straffeprosessloven og tvistemålsloven bestemmelser som ikke bare inkorporerer internasjonale menneskerettigheter, men også andre folkerettslige regler i norsk rett («sektormonisme»), se straffeloven § 1 annet ledd, straffeprosessloven § 4 og tvistemålsloven § 36 a. I Rt. 1994 s. 610 (bølgepappsaken) la Høyesterett ved tolkingen av straffeprosessloven § 4 til grunn at det måtte stilles visse klarhetskrav til den folkerettslige regel for at den skulle kunne tilsidesette en norsk rettsregel. ⁷⁾ Etter at menneskerettsloven var vedtatt, oppstod det spørsmål om det i forhold til denne bestemmelsen skulle innfortolkes et tilsvarende klarhetsforbehold som Høyesterett i bølgepappsaken innfortolket i straffeprosessloven § 4.

I denne artikkelen skal jeg først ta for meg spørsmålet om hvilken trinnhøyde inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner har (punkt 2). Deretter skal jeg behandle spørsmålet om den løsning som følger av en inkorporert konvensjon, må være klar for å kunne gå foran annen norsk rett (punkt 3). Til slutt skal jeg foreta en oppsummering av mine synspunkter og stille spørsmål om i hvilken utstrekning nye og utviklende fortolkninger av inkorporerte menneskerettigheter kan gis virkning for avsluttede saker (punkt 4).

⁶⁾ Rt. 2000 s. 1811 (forsikringsdirektivsaken) på s. 1829.

⁷⁾ Dette synspunktet er fulgt opp av flertallet i Rt. 1994 s. 1244 (kvinnefengselsaken).

2 INKORPORERTE KONVENSJONERS TRINNHØYDE

Som nevnt i punkt 1 ovenfor, kan bestemmelsen i Grunnloven § 110 c første ledd om at statens myndigheter er forpliktet til å respektere og sikre menneskerettighetene, ikke oppfattes som noen inkorporasjonsbestemmelse. De konvensjoner og protokoller som ved menneskerettsloven er inkorporert i norsk rett, er ikke inkorporert med grunnlovs trinnhøyde, men på lovs nivå.⁸⁾ Men samtidig fastsetter menneskerettsloven § 3 at de konvensjoner og protokoller som omfattes av loven, skal gå foran annen – både eldre og nyere – norsk lovgivning. Carsten Smith har på dette grunnlag uttalt at de inkorporerte konvensjonene ved forrangsbestemmelsen har fått en «halvkonstitusjonell» eller «semikonstitusjonell» karakter.⁹⁾

Siden forrangsbestemmelsen ikke har grunnlovs trinnhøyde, kan lovgiver i prinsippet oppheve eller fravike den ved senere lovvedtak.¹⁰⁾ I forarbeidene til menneskerettsloven er det på denne bakgrunn i tilknytning til forrangsbestemmelsen tatt forbehold for tilfeller hvor lovgiver ved senere lovvedtak «klart» har satt en inkorporert konvensjonsbestemmelse til side.¹¹⁾ I forhold til de konvensjoner og protokoller som omfattes av menneskerettsloven, må imidlertid denne reservasjonen ha begrenset betydning. Som jeg har fremholdt i punkt 1 ovenfor, følger det av presumsjonsprinsippet at norsk lovgivning så langt som mulig skal forutsettes å være i samsvar med folkeretten – og da i særlig grad internasjonale menneskerettigheter. Siden lovgiveren ved menneskerettsloven § 3 uten forbehold har proklamert at de menneskerettskonvensjoner som omfattes av loven, «ved motstrid» skal «gå foran» bestemmelser i annen lovgivning, er det en ekstra sterk formodning for at lovgiverne ikke ønsker å bryte disse konvensjonene. For at en konvensjon som omfattes av denne loven, skal stå tilbake for annen norsk lovgivning, må det derfor for det første være et vilkår at dette utvetydig og bevisst er fastsatt av lovgiver. Etter min oppfatning vil det politisk og moralsk vanskelig kunne tenkes at norske lovgivere bevisst skal gå inn for å bryte rettigheter som er fastsatt i de konvensjoner som omfattes av menneskerettsloven.¹²⁾

⁸⁾ Dette blir sterkt understreket av E. Smith: «Semi-konstitusjonell karakter?», Lov og Rett 2001 s. 385–386.

⁹⁾ Se C. Smith: Fra konvensjon til lov, Mennesker og rettigheter 1999 s. 266 ff. på s. 272 og C. Smith: Fra menneskerettsloven til grunnlovfesting av menneskerettigheter, Juristkontakt nr. 5/2002 s. 30 ff. på s. 32, jf. s. 37. Denne begrepsbruk har Eivind Smith – på formelt grunnlag – tatt skarpt avstand fra, se E. Smith, op. cit. s. 386. Diskusjonen mellom Eivind Smith og Carsten Smith om dette spørsmålet blir kommentert av J.E. Helgesen: Bør vi – anno 2002 – modernisere individets grunnlovvern?, i «Retts-teori og rettsliv». Festskrift til Carsten Smith (Oslo 2002), s. 385 ff. på s. 405–409. Selv finner jeg ikke behov for å sette noe navn på løsningene.

¹⁰⁾ Jf. E. Smith, op. cit. s. 385–386.

¹¹⁾ Se NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter s. 169 (utkast til lov om menneskerettigheter § 1, jf. § 2), jf. s. 170.

¹²⁾ Jf. NOU 1993: 18 s. 148–149 og C. Smith, Fra menneskerettsloven til grunnlovfesting av menneskerettigheter, s. 36–37.

For det andre kan lovgiverne etter mitt syn heller ikke statsrettslig stå fritt på dette punkt. Etter Grunnloven § 110 c første ledd har statens myndigheter plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene. Denne bestemmelse har også adresse til domstolene. Så fremt vi ønsker å bli betraktet som en demokratisk rettsstat, kan domstolene etter min oppfatning ikke være med på å legitimere brudd på fundamentale menneskerettigheter.¹³⁾ De fleste bestemmelsene i de konvensjoner og protokoller som er inkorporert, har i alle fall en hard kjerne som må sies å være av en slik karakter. Dette gjelder i særlig grad bestemmelsene i EMK med tilleggsprotokoller og SP. Dersom lovgiverne har brutt fundamentale menneskerettigheter av grunnleggende betydning for en demokratisk rettsstat, må domstolene etter min mening både ha rett og plikt til å tilsidesette loven.¹⁴⁾

3 MÅ DEN LØSNING SOM FØLGER AV EN INKORPORERT KONVENSJON, KUNNE FASTSLÅS PÅ EN BESTEMT MÅTE FOR Å GÅ FORAN ANNEN NORSK LOVGIVNING?

Som nevnt la Høyesterett i Rt. 1994 s. 610 (bølgepappsaken) til grunn at det må stilles visse klarhetskrav til en inkorporert folkerettsregel for at den skal kunne tilsidesette annen norsk lovgivning.

Etter mitt syn kan man tenke seg minst tre forskjellige måter å forholde seg til inkorporert folkerett på.

Den ene ytterlighet er – som Høyesterett gjorde i bølgepappsaken – å stille krav om klarhet til den folkerettslige regel for at den skal kunne tilsidesette en nasjonal rettsregel. Denne måten å forholde seg til folkeretten på, er blitt omtalt som *klarhetsprinsippet*.

Det var i bølgepappsaken blant annet spørsmål om forklaringer som de tiltalte i en straffesak hadde avgitt overfor prismyndighetene, kunne brukes som bevis i straffesaken. De tiltalte hevdet at siden de etter prisloven av 1953 § 15 hadde vært forpliktet til å forklare seg overfor prismyndighetene, ville det være i strid med menneskerettskonvensjonenes forbud mot at en siktet skal tvinges til å vitne mot seg selv eller erkjenne seg skyldig («selvinkrimineringsforbudet»),¹⁵⁾ om de forklaringer de hadde avgitt overfor prismyndighetene, skulle kunne brukes som bevis i straffesaken. Dersom de tiltalte skulle få medhold i dette, ville det innebære en endring av det

¹³⁾ Jf. J.E.A. Skoghøy: *Twistemål*, 2. utg. (Oslo 2001), s. 420–421 og Skoghøy, *Forholdet mellom internasjonale menneskerettigheter og norsk rett*, s. 114–115.

¹⁴⁾ Dette synes forutsetningsvis å være lagt til grunn i flere rettsavgjørelser, se for eksempel Rt. 1961 s. 1350, 1966 s. 482 og 1983 s. 1004.

¹⁵⁾ Forbudet mot selvinkriminering er uttrykkelig nedfelt i SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g. Etter praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol er det også innebygd i kravet om rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1.

som tidligere hadde vært ansett som sikker norsk rett. Før førstvoterende gikk inn på hvordan selvinkrimineringsforbudet skulle forstås, tok han opp spørsmålet om forholdet mellom en inkorporert folkerettslig regel og nasjonale rettsregler. Med tilslutning fra de øvrige dommerne uttalte han:

«Til dette bemerker jeg først at jeg er enig i at norske domstoler må anvende prosessreglene på strafferettens område slik at rettergangen blir forenlig med våre traktatforpliktelser, og at det kan bli tale om å sette de norske regler til side om det skulle foreligge motstrid, jf straffeprosessloven § 4. 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 rettstilstand som bygger på klar og innarbeidet norsk lovgivning eller praksis.»¹⁶⁾

En annen ytterlighet er å bygge inn en sikkerhetsmargin mot at Norge skal begå folkerettsbrudd. Dette innebærer at den nasjonale rettsregel må tolkes slik at man føler seg sikker på at den ikke kommer i strid med den folkerettslige regel. Denne tilnærmingsmåte – som passende kan betegnes *forsiktighetsprinsippet* – ble anvendt av Høyesteretts mindretall i Rt. 1999 s. 1363 (Karmøysaken).

Det sentrale spørsmål i denne saken var om det i en drapssak hvor det var fremsatt krav om erstatning til de etterlatte, var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 å dømme tiltalte til å betale erstatning når han var frifunnet for straff. Som talsmann for mindretallet uttalte annenvoterende:

«Når det gjelder uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2, er det noe usikkert hvor langt den rekker som krav til norsk lovgivning. Jeg henviser for så vidt til førstvoterendes redegjørelse. Men det er grunn til å la de sentrale rettssikkerhetsgarantier i EMK – som uskyldspresumsjonen – ha virkning ved lovtolkningen selv om man er i grenseland for EMK-regelens direkte anvendelsesområde.»¹⁷⁾

Midt mellom disse ytterpunktene står det man kan kalle *prinsippet om selvstendig tolking*. Dette går ut på at nasjonale domstoler må foreta en selvstendig tolking av den folkerettslige regelen, og dersom det tolkingsresultat domstolene kommer frem til ved en slik tolking, ikke er forenlig med den nasjonale rettsregelen, må den folkerettslige regelen gå foran.

¹⁶⁾ For en nærmere omtale av rettspraksis før menneskerettsloven, se Skoghøy, Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjonene før og etter menneskerettsloven, s. 737 ff.

¹⁷⁾ Rt. 1999 s. 1363 på s. 1381. For ordens skyld nevnes at jeg var førstvoterende i saken og talsmann for flertallet. Flertallsvotumet inneholder ikke noen diskusjon om forholdet mellom inkorporert folkerett og norsk, men det er nokså klart at dette votumet bygger på et prinsipp om selvstendig tolking. Jeg viser her særlig til drøftelsen i Rt. 1999 s. 1363 på s. 1377–1378, jf. s. 1379.

Ved behandlingen av menneskerettsloven la Stortingets justiskomité etter min oppfatning til grunn et prinsipp om selvstendig tolking. I Justiskomiteens innstilling til Odelstinget blir det understreket at inkorporeringen «fører med seg ein ny rettsleg situasjon ut frå det overordna målet å styrkje enkeltmenneska si rettslege stilling». ¹⁸⁾ I innstillingen heter det videre:

«Det må difor sjåast som eit av føremåla med inkorporeringa at den skal påverke rettsutviklinga i Noreg i retning av å høyre på, og ha eit ope forhold til, praksis ved Strasbourgdomstolen og andre internasjonale handhevingsorgan.

Komiteen vil i denne samanhengen syne til domstolane sin fridom til sjølv å ha si eiga tolking av den internasjonale praksis og at denne fridomen naturleg vil få konsekvensar når det gjeld den vekt som for framtida må leggjast på norske rettsavgjerder frå perioden før inkorporeringa. ... Komiteen vil framheve det overordna mål at norsk rettspraksis i størst mogeleg grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis.»

Det Justiskomiteen her sier, kan etter min mening vanskelig forstås på annen måte enn at norske domstoler etter inkorporeringen forutsettes å måtte foreta en selvstendig tolking av de konvensjoner som omfattes av menneskerettsloven.

I odelstingsproposisjonen finnes det en uttalelse som enkelte har oppfattet som en tilslutning til klarhetskravet i bølgepappkjennelsen. ¹⁹⁾ Den uttalelse jeg sikter til, er en uttalelse Justisdepartementet kommer med i forbindelse med behandlingen av hvilken vekt man skal legge på uttalelser fra internasjonale håndhevingsorgan. Departementet uttaler i denne forbindelse blant annet:

«*Departementet* viser til de prinsipielle synspunkter i kapittel 8.4 foran, og til et syn som Høyesterett ga uttrykk for i Bølgepappsaken, Rt 1994 s. 610 (på s. 616–617). Det bør normalt bare bli tale om *uten videre å legge avgjørende* vekt på en uttalelse fra et konvensjonsorgan dersom den er klar og saksforholdet svarer til det som nå står for en norsk domstol. ... Her som ellers er det ... er det nødvendig å vurdere hvor langt presendensen rekker.» ²⁰⁾

Etter min mening kan denne uttalelsen ikke oppfattes som noen tilslutning til det klarhetsprinsipp som ble formulert i bølgepappsaken. Uttalelsen fremkommer i forbindelse med en drøftelse av hvilken rettskildemessig vekt uttalelser fra internasjonale håndhevingsorgan skal tillegges. 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 saksforhol-

¹⁸⁾ Se Innst.O. nr. 51 (1998–99), s. 6.

¹⁹⁾ Se f.eks. T.A. Hellerslia: Domstolene og menneskerettighetene, LoR 2001 s. 101 ff. på s. 104.

²⁰⁾ Ot.prp. nr. 3 (1998–99) om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), s. 69.

dene er parallelle. Når departementet viser til det syn Høyesterett gav uttrykk for i bølgepappkjennelsen, er det – ut fra den sammenheng uttalelsen fremkommer i – Høyesteretts uttalelse om at det ved bedømmelsen av en avgjørelse av internasjonale domstoler er «av betydning om den bygger på et saksforhold i faktisk og rettslig henseende, som er jevnførbart med det som foreligger til avgjørelse for den norske domstol», som departementet slutter seg til. Dette synspunkt er etter min oppfatning bare en anvendelse av alminnelig prejudikatlære og kan ikke være særlig kontroversielt.²¹⁾ Så vidt jeg kan se, finnes det ingen uttalelse i odelstingsproposisjonen hvor departementet drøfter kravet i bølgepappkjennelsen om at en inkorporert folkerettsregel må være «tilstrekkelig klar og entydig» for å kunne tilsidesette en nasjonal rettsregel (klarhetsprinsippet).²²⁾

Den første avgjørelsen av Høyesterett om inkorporerte menneskerettskonvensjoners gjennomslagskraft i forhold til norske rettsregler etter menneskerettsloven, er Rt. 1999 s. 961 (Rest-Jugoslavia-kjennelsen).

Spørsmålet i denne saken var om en utenlandsk statsborger som var bosatt i Den føderale republikk Jugoslavia («Rest-Jugoslavia»), kunne pålegges å stille sikkerhet for saksomkostninger i en sak han hadde anlagt mot den norske stat.

Såfremt Den føderale republikk Jugoslavia ikke ble ansett som part i Sivilprosesskonvensjonen, hadde staten etter tvistemålsloven § 182 et ubetinget krav på sikkerhetsstillelse. Høyesterett kom imidlertid enstemmig til at et krav om sikkerhetsstillelse i dette tilfellet ville være i strid med retten til domstolsbehandling etter EMK artikkel 6 nr. 1 («access to court»).

Staten argumenterte med at retten til domstolsbehandling ikke er kommet eksplisitt til uttrykk i EMK artikkel 6, men bygger på domstolspraksis, og at reglene er nokså uklare og konturløse. Ut fra det klarhetsprinsipp som var formulert i bølgepappkjennelsen, kunne den løsning som fulgte av tvistemålsloven § 182, etter statens syn ikke tilsidesettes som konvensjonsstridig. Men dette var en argumentasjon som staten ikke ble hørt med.

På grunnlag av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 og de uttalelser i Justiskomiteens innstilling til Odelstinget som jeg har sitert ovenfor, kom førstvoterende til at man ikke kunne operere med noe klarhetsprinsipp.²³⁾ Etter å ha gjengitt det Justiskomiteen sier, uttaler han blant annet:

«Som det fremgår, forutsettes domstolene etter inkorporeringen av menneskerettigheter i norsk rett å foreta en selvstendig tolking av de menneskerettighetskonvensjoner som omfattes av inkor-

²¹⁾ Se for eksempel J.E.A. Skoghøy: Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse, i «Nybrott og odling». Festschrift til Nils Nygaard (Bergen 2002), s. 323 ff. på s. 338–339 med videre henvisninger.

²²⁾ Denne forståelse av proposisjonen har også Høyesterett lagt til grunn i plenumsdommen i Rt. 2000 s. 996 på s. 1007.

²³⁾ For ordens skyld gjør jeg oppmerksom på at det var jeg som var førstvoterende i saken.

porasjonen. Ved tolkingen må domstolene blant annet legge vekt på praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol. Hvor stor vekt det skal legges på Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser, avhenger av hvor parallelt saksforholdet er, hvilken sammenheng uttalelsen er fremkommet i, og hvor klart og prinsipielt domstolen har uttalt seg, se Ot.prp. nr. 3 (1998–99), side 68–69. Etter min mening vil det både være i strid med menneskerettslovens ordlyd og med Justiskomiteens uttalelse dersom domstolene i forhold til menneskerettighetsregler som omfattes av inkorporasjonsloven, skal operere med et synspunkt om at regelen må være tilstrekkelig klar og entydig for å kunne tilsidesette en annen norsk rettsregel.

Det at domstolene skal foreta en selvstendig tolking av de menneskerettighetskonvensjoner som omfattes av inkorporasjonsloven, innebærer imidlertid ikke at domstolene i alle tilfeller skal foreta full overprøving av de vurderinger som våre lovgivende myndigheter har foretatt. Flere av bestemmelsene i menneskerettighetskonvensjonene gir uttrykk for målsetninger eller for at det skal foretas en avveining av motstående interesser. Ved overprøving av slike konvensjonsbestemmelser har Den europeiske menneskerettighetsdomstol innrømmet de nasjonale myndighetene en skjønnsmargin («margin of appreciation»), se blant annet Einersen/Trier: Den europeiske menneskerettsdomstols prøvelseskompetanse – doktrinen om margin of appreciation, TfR 1991 side 570 ff. Ved tolkingen av menneskerettighetskonvensjonene må den skjønnsmargin som praktiseres av de internasjonale håndhevsorganene, også legges til grunn av norske domstoler, se f.eks. Rt. 1996 side 551, 1996 side 561, 1996 side 568, 1996 side 1510 og 1998 side 1795.»

De øvrige fire dommerne kom til samme resultat som førstvoterende, men var på dette tidspunkt ikke innstilt på å ta noe endelig farvel med klarhetsprinsippet. Samtidig er det imidlertid på det rene at klarhetsprinsippet ved denne avgjørelsen fikk et avgjørende grunnskudd. Som talsmann for de øvrige dommerne uttalte annenvoterende:

«Etter min mening er det verken nødvendig eller ønskelig å markere avstand til det som er sagt i bølgepappkjennelsen. Det kan nok reises tvil om rekkevidden og den nærmere betydning av rettsoppfatningen, som under enhver omstendighet må ses i lys av Høyesteretts praksis for øvrig når det gjelder forholdet mellom norske prosessregler og de regler som følger av EMK. Jeg går ikke nærmere inn på dette.»

Den neste høyesterettsavgjørelse som tar klarhetsprinsippet opp til eksplisitt drøftelse, er plenumsdommen i Rt. 2000 s. 996.

Det sentrale spørsmål i denne saken var om vedtak av ligningsmyndighetene om å illegge skattytere som har gitt uriktige eller mangelfulle opplysninger om sine inntekts- eller formuesforhold, forhøyd tilleggsskatt – dvs. tilleggsskatt med mer enn 30 % – må anses som «criminal charge» i forhold til EMK artikkel 6 nr. 1.²⁴⁾

²⁴⁾ Dommen er mer inngående kommentert av O. Gjems-Onstad: Menneskeretter og tilleggsskatt, Skatterett 2001 s. 127 ff.

Hvordan grensen for hva som skal anses som «criminal charge», skal trekkes, beror på en sammensatt vurdering og vil ofte kunne by på tvil. Fra statens side ble det med styrke argumentert med at et sentralt spørsmål i saken var hvorvidt en klar og innarbeidet norsk lovgivning skulle tilsidesettes på grunnlag av uklare folkerettslige regler. Jeg er enig med staten i at dersom saken skulle ha vært løst på grunnlag av et slikt klarhetsprinsipp som bølgepappkjennelsen bygger på, måtte staten ha fått medhold. Høyesterett kom imidlertid enstemmig til at forhøyd tilleggsskatt må anses som «criminal charge» i forhold til EMK artikkel 6 nr. 1. I den aktuelle sak var skattyteren ilagt 60 % tilleggsskatt, og det var da ikke nødvendig for Høyesterett å ta stilling til hvorvidt tilleggsskatt med inntil 30 % skal anses som straff etter denne bestemmelsen.

Dommen inneholder en forholdsvis bred drøftelse om forholdet mellom norsk rett og inkorporert folkerett. Etter at førstvoterende først har gjengitt klarhetsprinsippet slik det kommer til uttrykk i bølgepappkjennelsen, kommer han med følgende uttalelse om dette:

«Forholdet mellom en inkorporert folkerettslig regel og annen norsk rettsregel ble også berørt i Rt. 1999 side 961 (Rest-Jugoslavia kjennelsen). Førstvoterende gikk her inn for å fravike det klarhetskrav som ble oppstilt i bølgepappkjennelsen, men de øvrige dommerne ville ikke gå så langt. Selv om flertallet i denne avgjørelsen ikke ønsket å ta avstand fra klarhetsprinsippet, oppfatter jeg flertallet slik at det åpnet for en ikke ubetydelig modifikasjon av dette.»

Førstvoterende gjør deretter rede for de uttalelser fra Stortingets justiskomite som jeg har gjengitt ovenfor. På grunnlag av disse uttalelsene trekker han følgende konklusjon:

«Spørsmålet om det foreligger motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett, slik at konvensjonsbestemmelsen må gå foran, kan ikke løses ved hjelp av et generelt prinsipp, men må bero på en nærmere tolking av de aktuelle rettsregler.»

Denne konklusjonen kan etter mitt skjønn ikke forstås på noen annen måte enn at Høyesterett her forlater det klarhetsprinsipp som ble formulert i bølgepappkjennelsen, og at Høyesterett slutter seg til Justiskomiteens synspunkt om at norske domstoler må foreta en selvstendig tolking av EMK.²⁵⁾

Etter å ha konkludert med at spørsmålet om motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett ikke kan løses ved hjelp av et generelt prin-

²⁵⁾ Se nærmere Skoghøy, Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjonene før og etter menneskerettslovene, s. 748, jf. s. 749–750, L. Oftedal Broch: Den Europeiske menneskerettighetskonvensjons inkorporasjon i norsk rett, Mennesker og rettigheter 2000 s. 175 ff. på s. 181, Hellerslia, op. cit. s. 107 og J. Aall: Metodiske utfordringer for menneskerettsforskeren, Mennesker og rettigheter 2001 s. 50 ff. på s. 55. Annerledes T. Eckhoff/J.E. Helgesen: Rettskildelære, 5. utg. (Oslo 2001), s. 332 og Aall: EMK- og EØS-plenumsdommenes bidrag til avklaring av folkerettens stilling i norsk rett, Jussens Venner 2001 s. 73 ff. på s. 84–85.

sipp, går førstvoterende over til å behandle hva dette innebærer. Han påpeker her først – det selvsagte – at «dersom det tolkingsresultat som følger av EMK, fremstår som rimelig klart, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt». I disse tilfellene oppstår det ikke noe spørsmål om hvilke prinsipper som skal legges til grunn ved konvensjonstolkingen. Etter å ha konstatert hvilken løsning som må legges til grunn dersom det er rimelig klart hva som følger av konvensjonen, tar førstvoterende for seg det interessante spørsmålet om hvilke tolkingsprinsipper som skal legges til grunn dersom det er «begrunnet tvil om hvordan EMK skal forstås» – altså tilfeller hvor det tolkingsresultat som følger av EMK, *ikke fremstår som rimelig klart*. Det førstvoterende sier i fortsettelsen, kan sammenfattes i følgende fem retningsgivende teser:

(1) Ved tolkingen av EMK må norske domstoler anvende de samme tolkingsprinsipper – den samme metode – som Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) anvender.

(2) Norske domstoler skal ved tolkingen av EMK ikke «bygge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd». Høyesterett avviser med andre ord det forsiktighetsprinsipp som mindretallet i Karmøysaken (Rt. 1999 s. 1363) bygde på.

(3) Dersom det er tvil om hvordan EMK skal forstås, skal norske domstoler ikke opptre for rettsskapende og dynamisk. Det er i første rekke EMD som har som oppgave å utvikle EMK. Dette blir blant annet begrunnet med at norske domstoler ikke har den samme oversikt over lovgivningen og praksis i de øvrige europeiske land som det EMD har.

Det at norske domstoler ikke skal opptre for rettsskapende og dynamisk, innebærer imidlertid ikke at norske domstoler er avskåret fra å bygge på formålsbetraktninger og andre reelle hensyn. Norske domstoler må også kunne tilsidesette norsk rett på grunnlag av tolkinger av EMK som ikke tidligere er lagt til grunn av EMD. Førstvoterende sier ikke at norske domstoler er avskåret fra å delta ved utviklingen av konvensjonen, men at det «i første rekke» er EMD som har denne oppgaven. Poenget må etter min mening være at norske domstoler ved tolkingen av EMK med tilleggsprotokoller bør holde seg innenfor den ramme for rettsutvikling ved domstolene som følger av vår statsskikk.

(4) I tilfeller hvor det er tale om å avveie ulike verdier eller interesser mot hverandre – for eksempel ytringsfrihetsvernet mot vernet mot rasediskriminerende ytringer – skal

norske domstoler ikke gi seg til å «gjette» hva EMD vil komme til. Norske domstoler skal i slike tilfeller bygge på de verdiprioriteringer som ligger til grunn for vår lovgivning og rettspraksis. Dette må imidlertid skje innenfor rammen av den metode som EMD benytter. På denne måten vil Norge kunne inngå i et samspill med EMD og påvirke EMDs tolkingspraksis. Det norske domstoler skal gjøre, er å søke å komme frem til *hvordan vi – med våre rettstradisjoner – mener konvensjonen bør forstås*.

(5) Ved avgjørelsen av hvilken betydning EMD's avgjørelser skal tillegges, må det – i samsvar med alminnelig prejudikatlære – blant annet legges vekt på hvor parallelle saksforholdene er.²⁶⁾

Det syn på fortolkning av inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner som Høyesterett gav uttrykk for i plenumsdommen fra 2000, er fulgt opp i Høyesteretts dom i Rt. 2001 s. 1006 (KRL-fagsaken) og i plenumsavgjørelse av 3. mai 2002 (dobbeltraff I).²⁷⁾

KRL-fagsaken var anlagt av foreldre som hadde fått avslag på søknader om fullstendig fritak for sine barn fra grunnskolefaget kristendomskunnskap med religions- og livssynsorientering (KRL-faget). Det sentrale spørsmål i saken var om ordningen med begrenset fritaksrett fra faget var i strid med Norges folkerettslige forpliktelser til vern for blant annet religions- og livssynsfrihet.

Høyesterett kom til at ordningen med begrenset fritaksrett ikke er i strid med Norges folkerettslige forpliktelser.

Før førstvoterende går nærmere inn på konvensjonstolkningen, kommer han med noen generelle synspunkter på forholdet mellom inkorporerte menneskerettskonvensjoner og annen norsk rett. I denne drøftelsen påpeker han først at det ved den internrettslige anvendelse av konvensjoner som er inkorporert uten å være transformert til nasjonal lovtekst, må tas stilling til «om den aktuelle bestemmelse tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, eller om den uttrykker et formål eller pålegger medlemsstatene å nå et bestemt formål eller minimumsstandard». I denne forbindelse uttaler han:

«Direkte anvendelse forutsetter at bestemmelsen er utformet slik at den er egnet til å bli umiddelbart anvendt av de nasjonale myndigheter. Konvensjonens bestemmelser må kunne konkretiseres til rettigheter og plikter. ... Selv om konvensjonsbestemmelser om mer tradisjonelle menneskerettigheter gjennomgående tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, kan spørsmålet om

²⁶⁾ Se nærmere Skoghøy, *Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse*, s. 338–339 med videre henvisninger.

²⁷⁾ Høyesteretts sak nr. 2002/1527.

umiddelbar anvendelse eksempelvis oppstå for visse bestemmelser i ØSK [FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter], jf. NOU 1993: 18 sidene 125–126 og særlig sidene 164–165.»

Etter å ha påpekt dette fortsetter førstvoterende:

«Når det er konstatert at en konvensjonsbestemmelse gir den enkelte konkrete rettigheter, må det tas stilling til forholdet mellom bestemmelse(n) i konvensjonen og norsk rett. Dersom tolkingsresultatet som følger av en inkorporert konvensjon framstår som rimelig klart, medfører forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 at norske domstoler uten videre må anvende konvensjonsbestemmelsen selv om norsk lovgivning og praksis blir satt til side, jf. Rt. 2000 side 996. I de tilfeller resultatet av tolkingen ikke framstår som rimelig klart, må norske domstoler foreta en selvstendig tolking av den enkelte bestemmelse i konvensjonen, jf. Rt. 2000 side 996, 2001 side 85 og Høyesteretts dom 23. mars 2001 i sak 2000/793 [Rt. 2001 s. 428 (strafferegistreringssaken)]. Ved denne tolkingen av EMK må domstolen anvende de samme prinsipper for tolking som EMD og forholde seg til konvensjonsteksten og denne domstols avgjørelser. Norske domstoler kan bygge på formålsbetraktninger og reelle hensyn, men skal i alminnelighet ikke bygge inn sikkerhetsmarginer for å hindre at Norge dømmes for konvensjonsbrudd. De verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lov og rettspraksis, kan trekkes inn innen rammen av den metode EMD benytter. I samsvar med alminnelig prejudikatlære må det ved behandling av menneskerettighetsdomstolens avgjørelser legges vekt på hvor parallelle saksforholdene er. Jeg viser for øvrig til Rt. 2000 side 996 på sidene 1007–1008.»

Spørsmålet i dobbeltstraff I-saken var om det uten hinder av forbudet mot dobbelt straffeforfølgning i EMK Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 («ne bis in idem»-prinsippet) kunne reises straffesak for skattesvik mot to skattytere som ligningsmyndighetene hadde ilagt forhøyd tilleggsskatt. Herredsretten kom til at et endelig vedtak om forhøyd tilleggsskatt stengte for senere straffesak og avviste straffesakene. Lagmannsretten kom til at det var i strid med Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 å reise straffesak etter endelig vedtak om forhøyd tilleggsskatt, men mente at dette ikke var «rimelig klart», og under henvisning til Høyesteretts uttalelser i plenumsdommen fra 2000 avsa lagmannsretten kjennelse for at straffesakene skulle fremmes. Høyesterett kom under dissens (8 mot 5) til at det var i strid med Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 å reise straffesak etter endelig vedtak om tilleggsskatt og avviste straffesakene. Både flertallet og mindretallet la til grunn at norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan en inkorporert konvensjon skal forstås, må foreta en selvstendig tolking av konvensjonen, og at det ikke kan stilles noe krav om at den løsning som følger av en slik tolking, må være «rimelig klar» for å gå foran annen norsk lovgivning. Førstvoterende viser til at Høyesterett i plenumsdommenden i Rt. 2000 s. 996 på s. 1007 ff. og i dommen i Rt. 2001 s. 1006 (KRL-fagsaken) på s. 1015–1016 har fremholdt at norske dom-

stoler «i tilfeller hvor det er tvil om hvordan en inkorporert menneskerettskonvensjon skal forstås, må foreta en selvstendig tolking av konvensjonen». Deretter uttaler hun:

Norske domstoler skal ved tolkingen av EMK benytte samme metode som EMD, men med den reservasjon at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen. Dersom den tolking av en inkorporert konvensjonsbestemmelse som ut fra en slik bedømmelse har de beste grunner for seg, kommer i strid med annen norsk lovgivning, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran, jf. menneskerettsloven § 3. Når lagmannsretten har lagt til grunn at konvensjonstolkingen må være «rimelig klar» for at annen norsk lovgivning skal kunne settes til side, bygger den således på en misforståelse av Høyesteretts uttalelser i plenumsdommen fra 2000.»²⁸⁾

Dette synspunkt ble fulgt opp og kvalifisert på følgende måte av annenvoterende:

«Jeg er enig med førstvoterende i at norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan en inkorporert menneskerettighetskonvensjon skal forstås, må foreta en selvstendig tolking av konvensjonen, og at domstolene ved tolkingen av EMK med tilleggsprotokoller – med den reservasjon at det først og fremst er EMD som har som oppgave å utvikle beskyttelsen etter disse konvensjonene og gi dem anvendelse på nye områder – må benytte samme metode som EMD. Uenigheten gjelder spørsmålet om hvordan Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 skal forstås.»²⁹⁾

Ved den nærmere fortolkning av Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 gir flertallet og mindretallet på flere punkter uttrykk for noe forskjellig syn på de fortolkningsmomenter som forelå, men så vidt jeg kan forstå, er ett av de vesentligste punktene hvilken betydning uttalelser i EMDs dom av 29. mai 2001 i saken Fischer mot Østerrike skal tillegges.

Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 forbyr at noen blir straffeforfulgt på nytt under den samme stats domsmyndighet «for en straffbar handling som han allerede er blitt endelig frikjent eller domfelt for i samsvar med loven og rettergangsordningen i straffesaker i denne stat» («tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State»). Mindretallet kom til at det – i samsvar med bestemmelsens ordlyd – bare er avgjørelser som er truffet i samsvar med den rettergangsordning som gjelder for behandling av straffesaker i vedkommende land, som kan sperre mot ny forfølgning, mens det etter flertallets oppfatning ikke kan stilles noe slikt krav. Selv om vedtak om forhøyd til-

²⁸⁾ Høyesterett har også i dom av 11. juni 2002 (sak 2000/1443 og sak 2000/1551) fremholdt at det beror på en misforståelse når Høyesteretts plenumsdom fra 2000 har vært forstått slik at det tolkningsresultat som følger av en internasjonal konvensjon, må være «rimelig klart» for at det skal gå foran annen norsk lovgivning.

²⁹⁾ For ordens skyld gjør jeg oppmerksom på at det var jeg som var annenvoterende.

leggsskatt etter norsk rett har karakter av en sivil sanksjon, la flertallet til grunn at et vedtak om forhøyd tilleggsskatt har et slikt pønalt formål at det vil stenge for senere straffesak om samme forhold.

Forholdet i Fischersaken var at klageren etter at han først ved vedtak («Straferkenntnis») av de administrative straffemyndigheter i St. Pölten i Østerrike («St. Pölten Bezirkshauptmannschaft») var blitt ilagt en bot med subsidiær fengselsstraff etter vegtrafikkloven for blant annet kjøring i alkoholpåvirket tilstand, ble tiltalt og dømt til seks måneders fengsel etter straffeloven for uaktsomt drap under påvirkning av alkohol. EMD kom til at siden den bot bilførereren var blitt ilagt etter vegtrafikkloven av de administrative straffemyndighetene, blant annet omfattet kjøring i alkoholpåvirket tilstand («driving under influence of drink»), kunne det ikke senere reises straffesak etter straffeloven for uaktsomt drap under påvirkning av alkohol («causing death by negligence after allowing himself ... to become intoxicated ... through the consumption of alcohol»). Tiltalen for uaktsomt drap under påvirkning av alkohol ble ansett å gjelde samme forhold («the same offence») som boten for kjøring i alkoholpåvirket tilstand, og det var da i strid med Protokoll 7 artikkel 4 å iverksette straffeforfølgning for uaktsomt drap under påvirkning av alkohol. EMD utalte at siden spørsmålet om det i den aktuelle sak forelå brudd på forbudet mot dobbeltstraff, berodde på forholdet mellom de to forgåelsene (dvs. om de kunne anses som samme forhold), kunne løsningen etter EMDs syn ikke avhenge av rekkefølgen mellom forfølgningene («the question whether or not the *non bis in idem* principle is violated concerns the relationship between the two offences at issue and can, therefore, not depend on the order in which the respective proceedings are conducted»³⁰).

Ved avgjørelsen av rekkevidden av Fischerdommen må man være oppmerksom på at straffeprosessen i Østerrike er delt inn i en forvaltningsstraffeprosess og en kriminalstraffeprosess. I motsetning til vedtak om tilleggsskatt etter norsk rett blir reaksjoner for forvaltningsovertrедelser etter østerriksk rett karakterisert som straff, og forfølgning for forvaltningsovertrедelser blir regulert av en egen forvaltningsstraffelov («Verwaltungsstrafgesetz») og karakterisert som strafferettslig forfølgning («Verwaltungsstrafverfahren»). Begge forfølgningene i Fischersaken fant således sted i straffeprosessuelle former. Spørsmålet om det forelå brudd på dobbeltforfølgningsforbudet, berodde derfor på om forfølgningene gjaldt samme straffbare forhold. Til tross for at begge sanksjonene i Fischersaken var ilagt i straffeprosessuelle former, og EMDs uttalelse om at rekkefølgen mellom forfølgningene ikke var avgjørende, uttrykkelig var begrunnet med at spørsmålet om det i den aktuelle sak forelå brudd på dobbeltforfølgningsforbudet, berodde på om sakene gjaldt samme forhold, fant Høyesteretts

³⁰) EMDs dom av 29. mai 2001 i saken Fischer mot Østerrike avsnitt 29.

flertall at uttalelsen også har gyldighet for spørsmålet om en sivil sanksjon stenger for en senere straffesak.

Det finnes ikke noe eksempel på at EMD har lagt til grunn at en sanksjon som etter intern rett har karakter av en sivil sanksjon, stenger for senere straffesak. Til tross for forsikringer om at det først og fremst er EMD som har i oppgave å utvikle konvensjonen, kan det etter min oppfatning ikke være tvilsomt at Høyesteretts flertall ved denne dommen – uten støtte fra noen avgjørelse fra EMD – har anvendt dobbeltforfølgningsforbudet på en sanksjon som ikke dekkes av bestemmelsens ordlyd, og således har lagt til grunn en klart utviklende – «dynamisk» – fortolkning av bestemmelsen.

Dobbeltstraff I-saken ble behandlet for Høyesterett i plenum sammen med to andre saker – sak 2000/770 (dobbeltstraff II) og sak 2001/890 (Sundtsaken). Avgjørelser i disse sakene ble truffet samme dag som avgjørelsen i dobbeltstraff I-saken – 3. mai 2002. Dobbeltstraff I-saken ble votert først og deretter dobbeltstraff II-saken og Sundtsaken.

I dobbeltstraff II-saken var det spørsmål om en straffesak for skattesvik etter EMK Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 stenger for at skattyteren senere kan ilegges forhøyd tilleggsskatt, mens det i Sundtsaken var spørsmål om ordinær tilleggsskatt – dvs. tilleggsskatt med 30 % – skal anses som sak om «criminal charge» i forhold til EMK artikkel 6 nr. 1. Det som skiller forhøyd tilleggsskatt fra ordinær tilleggsskatt, er at forhøyd tilleggsskatt krever at skattyteren forsettlig eller grovt uaktsomt har gitt uriktige eller mangelfulle opplysninger til ligningsmyndighetene, mens ordinær tilleggsskatt ilegges på tilnærmet objektivt grunnlag, se ligningsloven § 10-4, jf. §§ 10-2 og 10-3.

Høyesterett kom i dobbeltstraff II-saken enstemmig til at en fellende eller frifinnende dom i en straffesak stenger for vedtak om forhøyd tilleggsskatt for samme forhold.³¹⁾ Under dissens (9 mot 4) kom Høyesterett i Sundtsaken til at vedtak om ordinær tilleggsskatt med 30 % må anses som straff i forhold til EMK artikkel 6 nr. 1.

Disse avgjørelsene inneholder ingen prinsipielle drøftelser av forholdet mellom inkorporerte menneskerettskonvensjoner og annen norsk rett, og må antas å bygge på samme grunnsyn som avgjørelsen i dobbeltstraff I-saken.

4 AVSLUTNING

Menneskerettsloven har – i samsvar med sitt formål – ført til en betydelig større gjennomslagskraft for internasjonale menneskerettigheter i norsk rett. Dette gjelder ikke bare på områder hvor anvendelsen av menneskerettskonvensjonene før menneskerettsloven berodde på presumsjonsprinsippet, men også på sektormonistiske områder. Ved menneskerettsloven ble de konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2, inkor-

³¹⁾ For ordens skyld nevnes at jeg var førstvoterende i dobbeltstraff II-saken.

porert i norsk rett med forrang foran bestemmelser i annen – både eldre og nyere – norsk lovgivning. Høyesterett har i plenumsdommen i Rt. 2000 s. 996 lagt til grunn at det ikke kan oppstilles som noe vilkår for at inkorporerte konvensjoner skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning, at den løsning som følger av konvensjonene, fremstår som klar. I tilfeller hvor det oppstår spørsmål om regler med nasjonalt opphav er i strid med en inkorporert konvensjon, må norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Ved tolkingen av EMK må norske domstoler anvende den metode som EMD følger, men siden det i første rekke er EMD som har som oppgave å utvikle konvensjonen, bør norske domstoler ved konvensjonstolkingen være tilbakeholdne med å opptre for rettsskapende og dynamisk. Disse synspunktene er fulgt opp i senere praksis av Høyesterett. Ved plenumsavgjørelsen av 3. mai 2002 i dobbeltstraff I-saken synes imidlertid Høyesterett å ha gått et skritt til. Det resultat flertallet i denne avgjørelsen kommer til, bygger på en klart utviklende – «dynamisk» – fortolkning av EMK Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1.

EMD har i flere avgjørelser fremholdt at EMK med tilleggsprotokoller er levende instrumenter («living instruments») som må tilpasses samfunnsutviklingen og de aktuelle behov for konvensjonsbeskyttelse («the present day conditions».³²⁾ Det at Høyesterett har forlatt klarhetskravet og ved tolkingen av EMK med tilleggsprotokoller benytter den samme metode som EMD, og – i tråd med den holdning EMD har – ved sine avgjørelser til en viss grad også tar sikte på å bidra til å utvikle konvensjonen, reiser spørsmål om i hvilken utstrekning nye og utviklende fortolkninger skal gis anvendelse på saker som er rettskraftig avgjort.

Det følger av straffeprosessloven § 392 at en straffesak kan gjenopptas blant annet på grunnlag av nye prejudikater. Etter § 391 nr. 2 kan en sak også gjenopptas på grunnlag av en avgjørelse i samme saksforhold av en internasjonal domstol. I kjølvannet av dobbeltstraff I-saken har Høyesterett i juni 2002 mottatt den første begjæringen om gjenopptakelse av en straffedom etter at skattyteren først var blitt ilagt forhøyd tilleggsskatt. Hvis saken blir gjenopptatt, og straffedommen blir opphevd i samsvar med de synspunkter som dommen i dobbeltstraff I-saken bygger på, vil det kunne danne grunnlag for krav om erstatning for uberettiget forfølgning, jf. straffeprosessloven §§ 444 ff.

Etter min oppfatning kan det ikke være tvilsomt at en ny og klart utviklende fortolkning ikke bør kunne danne grunnlag for å omgjøre en rettskraftig avgjørelse av et sivilt rettskrav mellom private. Dette gjelder for eksempel i tilfeller hvor en nyfortolkning av EMK artikkel 10 utvider ytringsfrihetsvernet for ærekrenkende uttalel-

³²⁾ Se D. Harris/M. O'Boyle/C. Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights* (London, Dublin, Edinburgh 1995), s. 7–9, jf. s. 15 med nærmere henvisninger.

ser. Dersom en ny og klart utviklende fortolking av ytringsfrihetsvernet skal kunne danne grunnlag for å omgjøre en dom i en erstatnings- eller mortifikasjonssak som er rettskraftig avgjort, vil det etter min mening støte an mot tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97. I straffesaker vil derimot en gjenopptakelse til gunst for domfelte ikke gå ut over andre borgere. Det kan derfor ikke være noen rettslige hindringer for å la en ny og utviklende konvensjonstolking danne grunnlag for å gjenoppta en fellende straffedom. Men spørsmålet er om statene er forpliktet til dette. Siden Høyesterett i forbindelse med behandlingen av den begjæring om gjenopptakelse som er brakt inn for Høyesterett, må ta stilling til dette spørsmålet, finner jeg det på det nåværende tidspunkt ikke riktig å gi uttrykk for noe syn på dette.