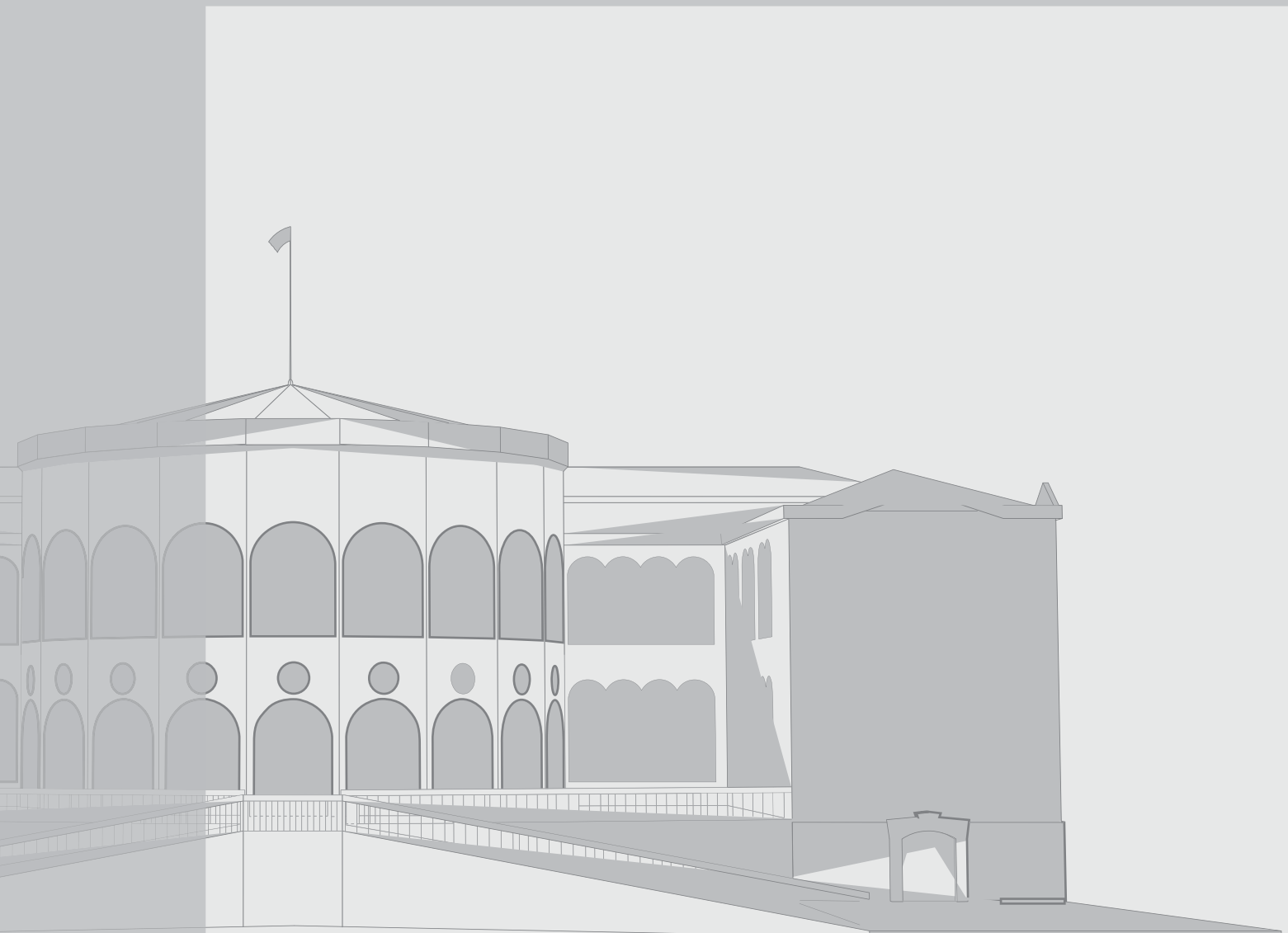


Perspektiv 01/09

Høyesterett, internasjonale domstoler og Maktutredningen

Av Maria Bakke



Stortingets utredningsseksjon yter faglig bistand til representanter, partigrupper og komiteer i Stortinget basert på spørsmål fra den enkelte oppdragsgiver.

Seksjonen publiserer også egeninitierte notater som gjøres allment tilgjengelig. Enkelte av notatene er utarbeidet av eksterne fagpersoner og forskningsmiljøer på oppdrag fra Stortingets utredningsseksjon.

Tidligere utgitt:

- 01/05 Ny britisk lov skal beskytte barn mot overgripere de møter på Internett*
- 01/06 De nordiske medlemslandenes parlamenter og EU – om innvirkning på sine regjeringers EU-politikk*
- 02/06 En sammenlignende oversikt over grunnlovsbeskyttelsen av menneskerettigheter i OECD-området*
- 03/06 Arbeidstakeres mobilitet under EØS-reglene om fri bevegelse for tjenester*
- 01/07 Pasientmobilitet i EØS*
- 02/07 Hva er Prüm-samarbeidet – og hvordan skiller det seg fra dagens operative politisamarbeid i Europa?*
- 03/07 Flat skatt - Estland*
- 04/07 Delelinjen i Barentshavet – Planlagt samarbeid versus uforutsett konflikt?*
- 01/08 Forbud mot kjøp av sex – Erfaringer fra Sverige og Finland*
- 02/08 Barnevern og EØS*
- 03/08 Energipolitikk og klima – plukke vinnere eller sette avgifter?*
- 04/08 Om lobbying*
- 05/08 Svalbard-traktaten – ulike oppfatninger om traktatens anvendelsesområde*
- 06/08 Nasjonale parlamenters kontroll med europapolitikken*
- 07/08 Golden shares-dommene og deres innvirkning på Norge gjennom EØS-avtalen*

<http://www.stortinget.no/administrasjon/perspektiv.html>

Høyesterett, internasjonale domstoler og Maktutredningen

Dette notatet er basert på en helårs masteroppgave som ble levert inn ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo i november 2008. Avhandlingens tittel var: ”Hvilke utfordringer møter Høyesterett i sin bruk av praksis fra EFTA-domstolen, EF-domstolen og Den europeiske menneskerettsdomstolen? Maktutredningen og utfordringene knyttet til dynamisk fortolkning av internasjonale forpliktelser.”

Notatet må nødvendigvis være kortere enn masteroppgaven den er basert på. Den opprinnelige avhandlingen inneholder en betydelig gjennomgang av praksis fra Høyesterett der retten bruker praksis fra internasjonale domstoler. Det er i stor grad denne gjennomgangen av Høyesteretts praksis det er kuttet ned på i følgende fremstilling. På dette feltet blir i hovedsak kun konklusjonene av gjennomgangen i masteroppgaven gjengitt.

Dette notatet vil konsentrere seg om Makt- og demokratiutredningens konklusjoner om nasjonale og internasjonale domstoler, og drøfte forholdet mellom disse konklusjonene og de funnene jeg gjorde i masteroppgaven om Høyesteretts bruk av praksis fra internasjonale domstoler.

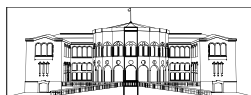
Jeg vil gjerne takke min veileder, Ole Kristian Fauchald, for meget god veiledning underveis i skriveprosessen.

Masteroppgaven dette notatet er basert på, ble skrevet mens jeg var studentstipendiat ved Stortingets utredningsseksjon. Jeg vil bruke denne anledningen til å takke seksjonen for det fine og lærerike oppholdet jeg fikk.

Oslo, januar 2009

Master i rettsvitenskap

Maria Bakke



Sammendrag

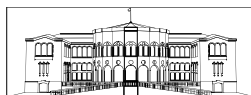
Internasjonalt samarbeid påvirker Norge i større og større grad. Internasjonale domstoler har fått en synlig og større rolle og påvirker norske lover og tolkningene av disse ved nasjonale domstoler. Dette notatet tar for seg påvirkningen internasjonale domstolers beslutninger har på Høyesterett, i tillegg til å se på Makt- og demokratiutredningens (Maktutredningen) konklusjoner om nasjonale og internasjonale domstoler.

I korte trekk var Maktutredningens konklusjoner med hensyn til domstoler følgende: De nasjonale og de internasjonale domstolenes makt øker på bekostning av de folkevalgtes makt. Bakgrunnen for dette er prosessen rettsliggjøring. På nasjonalt plan formuleres flere sosiale og kulturelle problemer som rettskrav. På internasjonalt plan forplikter Norge seg i større grad til internasjonale avtaler, som også er formulert som rettskrav, og som er åpne for prøving ved både nasjonale og internasjonale domstoler. Internasjonale og nasjonale domstoler får også mer makt gjennom et dynamisk element – en domstolsdrevet utvikling av forpliktelsene ved de internasjonale domstolene og de nasjonale domstolenes godtakelse og oppfølging av dette. Dette fører til en begrensning i folkevalgtes lovgivningssuverenitet.

Spørsmål som stilles i dette notatet, er:

- Hva er det som gjør at internasjonale domstoler påvirker nasjonale retts- og maktforhold? Hva skiller de internasjonale domstolenes metode fra de nasjonales?
- På hvilken måte påvirker de internasjonale domstolene Høyesterett? Hva slags utfordringer møter retten ved bruk av praksis fra de internasjonale domstolene?
- Hvordan påvirkes Høyesteretts rolle som landets øverste domstol av at beslutninger som påvirker nasjonale forhold, tas ved internasjonale domstoler?
- Hvordan fremstilles disse temaene i Maktutredningen? Støtter Høyesteretts faktiske bruk av praksis fra internasjonale domstoler, juridisk teori og etterfølgende behandling av Maktutredningen i Stortinget, i Regjeringen og i media utredningens konklusjoner om de nasjonale og de internasjonale domstolene?

Det er få bastante konklusjoner i dette notatet. Det gjennomgående temaet er imidlertid at Maktutredningen bærer preg av å inneholde noen unyanserte vurderinger og konklusjoner med hensyn til de nasjonale og de internasjonale domstolenes innflytelse og makt i det norske samfunnet. Det er lite som tyder på at Høyesterett har mistet så mye makt til fordel for de internasjonale domstolene som det Maktutredningens konklusjoner kan tyde på. Nasjonale domstoler løser fremdeles i stor grad selv problemstillinger som oppstår i forbindelse med internasjonale forpliktelser, ved hjelp av tilgjengelige kilder, i stedet for å overlate spørsmålene til de internasjonale domstolene der det er anledning til dette. De internasjonale domstolenes metode er heller ikke i alle tilfeller så forskjellig fra de nasjonale domstolenes. Når det gjelder både de nasjonale og de internasjonale domstolenes økende makt på grunn av den prosessen Maktutredningen kaller rettsliggjøring, og som ifølge utredningen kan ha negative konsekvenser for demokratiet, finnes det flere måter å se dette på enn det Maktutredningen viser. Økende rettsliggjøring, f.eks. i form av flere individuelle rettigheter til fordel for minoriteter og svake grupper i samfunnet, kan også føre til økt deltakelse i demokratiske prosesser for disse gruppene, og dermed styrke demokratiet. Det er også unyansert å fastslå at domstolene har fått makt på bekostning av de folkevalgte lovgivere. Det er de folkevalgte som i første omgang forpliktet domstolene til å ta hensyn til de internasjonale avtalene.

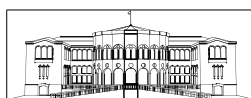


INNHold

1.	INNLEDNING	1
2.	MAKTUTREDNINGEN.....	3
3.	HØYESTERETTS UTFORDRINGER.....	5
3.1	Dynamisk fortolkning av forpliktelser og de internasjonale domstolenes metode.....	5
3.2	Høyesteretts balansegang	9
4.	HØYESTERETTS BRUK AV PRAKSIS FRA EFTA- OG EF-DOMSTOLEN.....	10
4.1	EØS-avtalen	10
4.2	EØS-loven	11
4.3	EFTA-domstolen.....	11
4.4	EF-domstolen	12
4.5	Hvordan bruker Høyesterett praksis fra EFTA-domstolen og EF-domstolen?.....	13
4.5.1	Innledning.....	13
4.5.2	Om Høyesteretts bruk av praksis fra EFTA-domstolen	13
4.5.3	Høyesteretts uttalelser om EFTA-domstolens praksis illustrert ved enkeltavgjørelser	14
4.5.4	Om Høyesteretts bruk av praksis fra EF-domstolen.....	16
4.5.5	Er Høyesterett for tilbakeholden med å be EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse?..	18
4.6	Avsluttende vurderinger om Høyesteretts rolle på EØS-rettens område.....	20
5.	HØYESTERETTS BRUK AV PRAKSIS FRA DEN EUROPEISKE MENNESKERETTSDOMSTOLEN	22
5.1	EMK	22
5.2	Menneskerettsloven.....	23
5.3	EMD	24
5.4	Hvordan bruker Høyesterett praksis fra EMD?	25
5.4.1	Innledning.....	25
5.4.2	Skjønnsmarginen.....	26
5.4.3	Høyesteretts uttalelser om EMDs praksis illustrert ved enkeltavgjørelser.....	27
5.5	Avsluttende vurderinger om Høyesteretts rolle på EMKs område	29
6.	MAKTUTREDNINGENS KONKLUSJONER OG HØYESTERETTS ROLLE	31
6.1	Maktutredningens konklusjoner, etterfølgende diskusjoner, kritikk og behandlingen av utredningen i Stortinget og i Regjeringen.....	31
6.2	Høyesterett, EØS-avtalen og Maktutredningens konklusjoner	34
6.3	Høyesterett, EMK og Maktutredningens konklusjoner.....	36
6.4	Hvor kommer Maktutredningen til kort?	37
7.	VEIEN VIDERE	40

1. INNLEDNING

Utgangspunktet for dette notatet er hvordan de internasjonale forpliktelsene Norge er tilsluttet, påvirker nasjonale retts- og maktforhold. Fremstillingen konsentrerer seg om internasjonale domstolers påvirkning gjennom Høyesteretts bruk av praksis fra disse.



Internasjonal retts påvirkning på norsk rett er ikke et nytt og ubehandlet fenomen. Historien har mange eksempler på forholdsvis omfattende påvirkninger utenfra, det være seg gjennom romerretten eller gjennom den danske retten i unionstiden. Temaet jeg skal ta for meg, er likevel interessant, mest fordi internasjonale domstoler fremdeles er et relativt nytt fenomen. Dessuten er kjennskapet til i hvor stor grad disse påvirker de interne retts- og maktforhold i Norge, til dels liten.

At internasjonale domstoler påvirker norske domstoler ved sine avgjørelser, er det neppe lenger noen tvil om. Det er bare å se på Høyesteretts praksis de siste 10–15 årene. Da vil man finne at mange avgjørelser innenfor et svært vidt spenn av rettslige områder behandles med utgangspunkt i internasjonale avtaler og tolkninger av disse ved internasjonale tvisteløsningsorganer. Når internasjonale forpliktelser blir en så stor del av de nasjonale domstolers daglige virke, blir spørsmålet om de internasjonale domstolers innflytelse også gjenstand for behandling på politisk plan. Ifølge Grunnloven §§ 88 og 90 er det Høyesterett som i Norge dømmer i siste instans. På hvilken måte er dette fremdeles en realitet på områder for internasjonale forpliktelser som Norge er tilknyttet? Et resultat av innsikten i at internasjonale forpliktelser på mange måter påvirker internrettslige forhold i dag, er drøftelsene av dette i Makt- og demokratiutredningen¹, som også er et tema videre.

Temaet som skal behandles i denne avhandlingen, er internasjonale domstolers påvirkning på de nasjonale domstolene og, enda mer presist, Høyesteretts bruk av praksis fra de internasjonale domstolene EFTA-domstolen, EF-domstolen og Den europeiske menneskerettsdomstolen, heretter EMD, i forbindelse med forpliktelsene i EØS-avtalen² og Den europeiske menneskerettskonvensjonen, heretter EMK.

Det er i utgangspunktet en stor forskjell mellom EMK og EØS-avtalen. Derfor kan det allerede innledningsvis være nødvendig med en begrunnelse for hvorfor begge forpliktelsene, og domstolene som fortolker dem, behandles og sammenlignes i avhandlingen. EMK og EØS-avtalen regulerer i stor grad forskjellig atferd fra de tilsluttede staters side og er rettet mot forskjellige typer samarbeid mellom statene – det menneskerettslig ideelle og det økonomiske. Likevel har disse to internasjonale samarbeider noen viktige likheter. Begge har sitt grunnlag i et traktat-/konvensjonssamarbeid der selve avtaletekstene samarbeidet baserer seg på, ikke lett kan endres gjennom forhandlinger mellom de deltakende statene, sammenlignet med prosessen for endringer av lover på nasjonalt plan. I tillegg er det store likhetstrekk i hvordan forpliktelsene har blitt gjennomført i norsk rett.

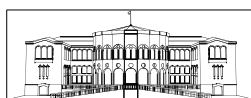
Et viktig spørsmål er rollen internasjonale forpliktelser spiller for Høyesterett, med grunnlag i den forrang forpliktelsene er gitt i norsk lov. Forrang for EØS-rett er inntatt i EØS-loven³ § 2 og går ut på at lovbestemmelser og forskrifter som ”tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, i tilfelle konflikt skal gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold”. En tilsvarende bestemmelse finnes i menneskerettsloven⁴ § 3 for EMKs

¹ Makt- og demokratiutredningen, NOU 2003:19 ”Makt og demokrati”.

² Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

³ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 27. november 1992 nr. 109.

⁴ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30.



vedkommende, men med en litt annen ordlyd: ”Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.” På EMKs område er det grunn til å tro at forrangsbestemmelsen har overtatt presumsjonsprinsippets rolle, mens det med hensyn til EØS-avtalen og dens dynamiske utvikling i EFTA-domstolen fremdeles vil være plass til en drøftelse av presumsjonsprinsippet.⁵

Begge forpliktelsene var et særskilt tema i Makt- og demokratiutredningen (Maktutredningen). Også i utredningen er utfordringene ved mulighetene for å endre forpliktelsene gjennom demokratiske fremgangsmåter, problematisert: ”Den enstemmige politiske samordningen som må til for å endre det traktatgrunnlaget som domsmakten tolker (...). Det er enklere for folkestyret å endre et lands grunnlov enn å endre en traktatfestet overnasjonal konstitusjon med rettskraft i det enkelte land. Derfor er overnasjonale domstoler blitt så viktige.”⁶ Det var Maktutredningens mandat å vurdere vilkårene for det norske folkestyret. I utredningen ble det i forbindelse med dette også trukket konklusjoner om de nasjonale domstolenes stilling i dagens samfunn: ”Sosiale og kulturelle problemer blir i økende grad formulert som rettskrav. (...) Dermed får også domstoler og andre deler av rettsvesenet større makt og myndighet.”⁷ Maktutredningen drøfter i liten grad enkeltavgjørelser fra Høyesterett eller andre domstoler som kan tas som støtte til konklusjonene i drøftelsene.⁸ Jeg vil drøfte hvordan Høyesteretts anvendelse av rettspraksis fra de internasjonale domstolene nevnt ovenfor kan knyttes til konklusjonene i Makt- og demokratiutredningen, og diskusjonene rundt denne.

En problemstilling vil være hvordan dynamisk utvikling og nyskaping av rett ved de internasjonale domstolene påvirker avgjørelser tatt i Høyesterett: Mister Høyesterett noe av sin makt til de internasjonale tvisteløsningsorganene? Dette problemet ble tatt opp i Maktutredningen, med slike konklusjoner om de nasjonale domstoler: ”Norske domstoler har fått en relativt viktigere posisjon i forhold til politiske organer, men det er ikke minst internasjonale domstoler som har fått en betydelig større beslutningskompetanse i forhold til norske institusjoner.”⁹ Jeg vil videre drøfte hvorvidt de konklusjonene Maktutredningen trekker når det gjelder Høyesteretts rolle, også stemmer når man ser på de enkelte avgjørelser tatt i domstolen i forbindelse med internasjonale forpliktelser.

2. MAKTUTREDNINGEN

Maktutredningen hadde sitt utgangspunkt i et stortingsvedtak av 11. desember 1997. Utredningens mandat var å ta utgangspunkt i det norske folkestyret og de endringene som de

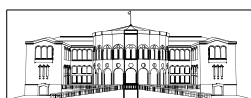
⁵ Jf. problemstillingen i Rt. 2000 s. 1811 Finanger I.

⁶ Østerud, Engelstad, Selle, 2003, s. 126.

⁷ Ibid. s. 33.

⁸ Maktutredningen er basert på 76 rapporter og en rekke artikler, bøker og andre publikasjoner. Det har ikke vært mulig å gjennomgå alle disse publikasjonene forut for denne avhandlingen, men ut fra en oversikt over titlene og etter en gjennomlesing av de mest relevante rapportene er det ikke noe som tyder på at disse inneholder en systematisk gjennomgang av Høyesteretts enkeltavgjørelser på EØS-rettens og EMKs område. I rapport nr.19, 2000, Arnesen og Graver, er det i avsnittet om domstoler, (ca. åtte sider), referert til en rekke avgjørelser fra Høyesterett på EØS-rettens område. Dette er rapporten det refereres til i kapitlet om rettsliggjøring i sluttboken til Maktutredningen (kapittel 7, fotnote 60). I tillegg nevnes Rt. 2000 s. 996 (Bøhler) og Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) i kapittel 1, fotnote 12 og 13. Jeg utelukker ikke at Maktutredningens konklusjoner om temaet indirekte er basert på en mer systematisk gjennomgang av rettsavgjørelser, ved at utredningen eller dens rapporter er basert på juridisk litteratur, se f.eks. sluttbokens kapittel 1, fotnote 14.

⁹ Østerud, Engelstad, Selle, 2003, s. 123.



siste årene hadde funnet sted der. Hovedproblemstillingen gikk ut på å vurdere hvordan det representative demokratiet ble utfordret og påvirket, og tidsrammen var 5 år.¹⁰ Som følge av arbeidet med denne utredningen ble det publisert en sluttrapport, NOU 2003:19, og en lengre sluttbok, ”Makten og demokratiet. En sluttbok fra Makt- og demokratiutredningen”, der tre av de opprinnelige fem forfatterne bidro.¹¹

Maktutredningen presenterer en del teorier om domstolers rolle og makt i det norske samfunnet og om samspillet mellom nasjonale og internasjonale domstoler. Et av temaene denne avhandlingen vil ta for seg, er i hvor stor grad den rollen som Høyesterett ble gitt i Maktutredningen med hensyn til de internasjonale forpliktelsene og domstolene, kan utledes av Høyesteretts praksis på området. Dette gjøres ved å se på avgjørelser tatt av Høyesterett og flere avgjørelser på samme rettslige felt i en sammenheng. Slik vil det være mulig å holde Høyesteretts praksis opp mot Maktutredningens konklusjoner.

De nasjonale domstolene ble, som en del av det norske maktapparatet, også drøftet i Maktutredningen. Spørsmålet som ble stilt i forbindelse med dette, var hvorvidt domstolene, primært Høyesterett, fikk større makt på bekostning av de folkevalgte lovgiveres makt, men også hvorvidt de nasjonale domstolene mistet deler av sin makt til fordel for de internasjonale tvisteløsningsorganer, som i siste omgang fastla omfanget av de internasjonale forpliktelsene. Dette sett på bakgrunn av en presumsjon i utredningen om en økende rettsliggjøring i samfunnet, der flere sosiale og kulturelle problemer i dag blir formulert som rettskrav.¹²

Maktutredningen var i sine drøftelser ikke de første til å ta for seg utfordringene norske maktorganer står overfor i møte med internasjonale forpliktelser og fortolkninger av disse ved internasjonale domstoler. Allerede i forarbeidene til menneskerettighetsloven fra 1993 ble maktforholdet og en eventuell forrykning i balansen mellom domstoler og lovgiver diskutert. Konklusjonen her var at slik dagens politiske klima var, skulle det svært mye til for at domstolene skulle kunne sette seg utover lovgiverens vurderinger av hvorvidt lover stred mot internasjonale forpliktelser. Dersom den politiske og rettslige situasjonen skulle endre seg, slik at lovgiver med vilje ville fravike grunnleggende menneskerettigheter, ville ikke dette utgjøre en maktforskyving som truet demokratiet – domstolene ville heller utgjøre ”et bolverk mot statlige overgrep mot individene”.¹³ Disse konklusjonene ble sitert også i senere forarbeider, i 1998-1999, uten at standpunktet hadde endret seg synlig.¹⁴

I 2003 kom rapporten fra Makt- og demokratiutredningen, som likevel så ting på en annen måte enn de som skrev forarbeidene til menneskerettsloven. I utredningen trekkes generelle konklusjoner om domstolens rolle i en internasjonal sammenheng. Utredningen oppstiller flere fenomener som blir fremstilt som problemfelt for nasjonale makt- og demokratiforhold, deriblant globalisering, individualisering, kommunikasjonsrevolusjonen, den medialiserte offentligheten, den nye folkevandringen, kommersialiseringen, kjønnsmakt/likestilling og

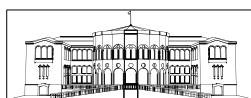
¹⁰ NOU 2003:19, s. 9.

¹¹ Utredningens prosjektgruppe besto av Øyvind Østerud, Fredrik Engelstad, Per Selle, Siri Meyer og Hege Skjeie. De to sistnevnte bidro ikke til sluttboken, men har egne dissenser i sluttrapporten.

¹² NOU 2003:19, s. 30.

¹³ NOU 1993:18, s. 86.

¹⁴ Ot.prp.nr. 3 (1998-1999), s. 38-39.



rettsliggjøringen. Det er spesielt på rettsliggjøringens felt at domstolenes rolle i dagens samfunn og deres forhold til de internasjonale forpliktelsene Norge har inngått, kommer inn som tema: ”Rettsvesen og domstoler har fått større makt i vår tid, både internasjonalt og innad i en del vestlige land. (...) domstoler eller domstollignende organer får større innflytelse på bekestning av den lovgivende makt, og (...) skillet mellom lovgivning og lovforklning viskes ut.”¹⁵ I denne uttalelsen problematiseres de nasjonale domstolenes rolle. De nasjonale domstolene tillegges i Maktutredningen en større rettskapende funksjon, ved at det legges til grunn at grensene mellom lovgivning, som er de folkevalgtes oppgave, og lovtolkning, som er domstolers oppgave, flyter sammen. Domstolenes myndighetsområde anses på denne måten å ha blitt større.

Der Maktutredningen tar opp temaet om Norges internasjonale forpliktelser og samarbeid, blir dette formulert som et problem for demokratiet og de folkevalgte organene: ”Den formelle suvereniteten er utfordret gjennom internasjonalisering av norsk rett.”¹⁶ Maktutredningens syn kan i stor grad oppsummeres i dette sitatet: ”Maktpolitisk betyr dette dels at domstolene og rettsvesenet generelt får en sterkere posisjon som rettsutviklende organer, dels at domsmakt flyttes fra nasjonale til internasjonale instanser.”¹⁷

3. HØYESTERETTS UTFORDRINGER

3.1 Dynamisk fortolkning av forpliktelser og de internasjonale domstolenes metode

Det generelle utgangspunktet for traktatfortolkning i folkeretten er Wienkonvensjonens¹⁸ artikler 31 og 32. Disse gir uttrykk for alminnelig folkerett, folkerettslig sedvane,¹⁹ og gjelder både for traktater som er eldre enn Wienkonvensjonen, og for stater som ikke har tiltrådt konvensjonen, som Norge. Hovedregelen etter disse artiklene er at internasjonale avtaler skal fortolkes med utgangspunkt i ordlyd, i tråd med konteksten ordlyden står i, og i lys av traktatens gjenstand og formål. Etterfølgende avtaler får betydning for meningsinnholdet i traktaten. Videre kan forarbeider og forhistorien i spesielle tilfeller, der meningen med avtalen ellers er uklar, få betydning for tolkningen. For øvrig skal avtalen tolkes i god tro. Dette er utgangspunktet for de internasjonale domstolenes tolkning av internasjonale forpliktelser. Det er likevel flere faktorer som påvirker hvordan domstoler som EFTA-domstolen, EF-domstolen og EMD tolker internasjonale forpliktelser. En faktor som med tiden har vist seg å være viktig, er dynamikken som ligger i de internasjonale forpliktelsene.

Hva er dynamisk fortolkning? Dynamisk tolkning kan – men må ikke – være rettskapende, altså skape nye forpliktelser som ikke har grunnlag i ordlyden. Hvor grensen går mellom tilfeller der domstolene anvender retten, og der de er med på å utforme og skape den, er svært vanskelig å fastlegge. Dynamisk fortolkning vil ikke nødvendigvis begrense seg til kun å omfatte tolkninger som i en eller annen forstand kan ha vært ønsket av dem som deltok i inngåelsen av traktaten. Det som i større grad setter rammen for tolkningen, er samfunnsutviklingen i medlemsstatene.²⁰ Slik ble f.eks. også den dynamiske tolkningen av

¹⁵ Østerud, Engelstad, Selle, 2003, s. 116.

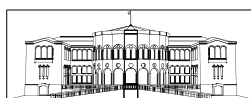
¹⁶ Ibid s. 53.

¹⁷ Ibid s. 54.

¹⁸ Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969.

¹⁹ Se Bernhardt, 1999, s. 13.

²⁰ Brölmann, 2005, s. 34.



EMK fremstilt av EMD i avgjørelsen *Matthews v. the United Kingdom*: Fortolkningen i lys av samfunnsutviklingen er ikke begrenset av hva medlemsstatene så for seg ved inngåelsen.²¹

Når en traktat inngås av stater, blir dette gjort for å opprette, fastslå og for fremtiden fastlegge en rettsstilstand, som gjennom avtalen binder medlemsstatene. Derfor er det interessant at traktatene som er ment å stabilisere en rettsstilstand, viser seg å ”mutere” og få uforutsette følger.²² Dette kan skje på grunn av faktiske endringer som inntreffer etter inngåelsen av avtalen, en form for bristende forutsetninger fører til at innholdet i og tolkningen av en traktat kan endre seg, se Wienkonvensjonens artikler 61 og 62. Endringer i innholdet i en traktat kan også være en følge av ny rett som oppstår utenfor den gjeldende traktaten, og som på denne måten tvinger frem et annet syn også på innholdet i denne. For eksempel vil en endring i internasjonal miljørett kunne påvirke forståelsen av en multilateral handelsavtale.²³ I disse tilfellene kan resultatet bli at traktaten tolkes på en dynamisk måte.

Spesielt i forbindelse med menneskerettigheter og tolkningen av EMK har man i lang tid akseptert at innholdet i rettighetene ikke forblir det samme, men kan endre seg over tid. Allerede i 1956 uttalte den internasjonale lovkommissjonens spesielle rapportør om statsansvar at f.eks. rettighetene som gjaldt behandlingen av innvandrere innenfor statenes jurisdiksjon, måtte ”move with the times”.²⁴ Dette kan begrunne hovedmotivasjonen for dynamisk tolkning – tid, som en ramme for de endringene som finner sted, kan nettopp være en faktor av stor betydning.²⁵ Traktater inngås ofte med sikte på å regulere forholdet mellom stater og mellom stater og individer og å være gyldige og anvendelige i lang tid fremover. For å oppnå sitt formål kan de ikke forbli ”statiske” kart samtidig som landskapet rundt dem endres.

At en internasjonal forpliktelse blir tolket dynamisk av et internasjonalt tvisteløsningsorgan, kan i praksis vise seg på flere måter. Det som er lettest å tenke seg, er utvidende tolkning av et begrep, slik at mer faller innenfor enn det man kan utlede av ordlyden, herunder partenes intensjoner. En litt annen situasjon oppstår når et internasjonalt tvisteløsningsorgan tar opp til behandling temaer som man tidligere anså falt utenfor traktatteksten, f.eks. der EMD velger å behandle en klage om miljørett eller en klage som gjelder et land som ikke er tilsluttet EMK.²⁶

Dersom samfunnsutviklingen, med de endringene i normer, verdier og moral dette medfører, setter rammene for dynamisk fortolkning, vil en utfordring for de internasjonale tvisteløsningsorganene være å motstå de mer midlertidige samfunnsendringene. Spørsmål som det i denne sammenheng blir relevant å stille, er hvor langvarig en endring i medlemsstatenes praksis skal være, før denne medfører en endring i den internasjonale domstolens tolkning av traktatteksten. Og i hvor stor grad bør en internasjonal domstol fungere som en moralens vokter i slike sammenhenger? Kan domstolene f.eks. være raskere med å innfortolke endringer basert

²¹ Dom av 18.02.99, avs. 39.

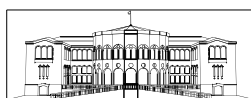
²² Merrills, 2005, s. 89.

²³ Oppdelingen i typene ”mutasjoner” en traktat kan gjennomgå, er skissert i Merrills, 2005, s.89-99. Merrills skisserer samme sted også en tredje type ”mutasjon”, nemlig en endring i hvordan selve traktaten og innholdet i denne forstås på bakgrunn av en faktisk endring eller endring av rett (et paradigmeskifte). Jeg klarer ikke å se at dette er en annen type endring enn de to ovennevnte.

²⁴ Greig, 2005, s.251, jf. First Report A/CN.4/96, YbILC 1956, Vol II, s.173, 202-203.

²⁵ Se Bernhardt, 1999, s.12.

²⁶ Et eksempel på dette er Bankovich-saken.



på samfunnsforhold de finner positive, og være mer avholdende med å innfortolke følger av samfunnsendringer de selv vurderer å være av mindre positiv art?

Hvorfor brukes den dynamiske fremgangsmåten for traktatfortolkning? En av grunnene til at de internasjonale domstolene fortolker forpliktelser på en dynamisk måte, er kanskje for å kunne fungere som tvisteløsningsorganer på en tilstrekkelig god måte. Slik det også ofte er i nasjonal rett, er det vanskelig å nedfelle alle detaljer i et lovverk eller i en avtale på en slik måte at ingen spørsmål oppstår som ikke alt er løst i ordlyden. Internasjonale avtaler er alltid også mer tidkrevende og kompliserte å endre enn nasjonale lover, det kreves som oftest konsensus.

Behovet kan oppstå fordi saken domstolen får inn, representerer et helt nytt problem, eller fordi en gammel problemstilling krever en helt ny løsning, på grunn av endringer i samfunnsforhold og oppfatninger i medlemsstatene. Samfunnsendringene blir av EMD brukt som begrunnelse for å fortolke EMK på en dynamisk måte i de tilfellene der de samfunnsmessige endringene på europeisk område har kommet så langt at de omfatter mange av medlemslandene. Dynamisk fortolkning blir av domstolene også begrunnet med at fortolkningene springer ut fra et systematisk perspektiv. Det tas hensyn til den internasjonale avtalens formål, og det er ved å se på avtalen som en helhet at domstolene finner frem til spesifikke tolkninger, som i utgangspunktet kan ligge utenfor ordlyden i artiklene, men som etter domstolens syn er en naturlig forlengelse og konsekvens av de forpliktelsene som medlemslandene opprinnelig inngikk.²⁷

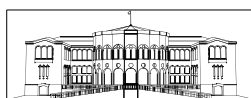
Hensynene bak dynamisk tolkning kan variere, avhengig av hvem det er som tolker de internasjonale forpliktelsene, og hvilke forpliktelser det gjelder. En måte å begrunne EMDs behov for dynamisk tolkning på er EMKs natur. Konvensjonen er i sin utforming så kortfattet og vag – samtidig som den er forutsatt å dekke svært mange temaer – at den nesten inviterer rettsanvendere til å behandle den på en dynamisk måte. Menneskerettighetene, som beskyttes gjennom konvensjonen, kan ut fra et naturrettslig perspektiv ses på som meta-normer, som har grunnlag i en mer eller mindre felles forståelse hos mennesker om hva menneskerettigheter skal omfatte. Når denne felles forståelsen endres, endres også hva man legger i innholdet i EMKs artikler. Det har blitt sagt om konvensjoner som beskytter menneskerettigheter, at disse nødvendigvis må være dynamiske for å fungere.²⁸ Statiske menneskerettigheter vil aldri kunne gi fullstendig beskyttelse i en verden som er i konstant forandring. Det er dette som kan ses på som et utgangspunkt for EMDs tolkning av menneskerettighetskonvensjonen. EMDs tolkningsstil har blitt beskrevet som en stil med grunnlag i et effektivitetshensyn, der tolkning i tråd med samfunnsutviklingen er fremhevet som det dominerende hensynet.²⁹ Den dynamiske fortolkningsstilen, med vekt på formål og effektivitet, ble for første gang definert som en følge av at EMK er et ”levende instrument”, i Tyrer-saken fra 1978 og gjentatt i bl.a. Soering-saken fra 1989. Dynamisk fortolkning ble fremhevet som et godt virkemiddel for å fortolke EMK, på grunn av konvensjonens spesielle karakter: ”The Court must also recall that the Convention is a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present-day conditions”.³⁰

²⁷ Elgesem, 2003, avs. 3.5, jf. Golder-saken og Goodwin-saken.

²⁸ Beddard Ralph, 1993, ”Human Rights and Europe”, s.71.

²⁹ Elgesem, 2003, avs. 3.5.

³⁰ Tyrer v.UK, EMDN-1989-14610, avs. 31, senere sitert i bl.a. Soering v.UK, EMD-1988-14038, avs. 87.



EMDs dynamiske tolkningsstil kan delvis ha sammenheng med rettens fastleggelse av innholdet i det EMD kaller autonome begrep. Autonome begrep har et eget, selvstendig innhold i konvensjonen og trenger ikke nødvendigvis medføre en dynamisk utvikling, men, litt avhengig av begrepenes innhold, kan de medvirke til det. Begrepene finnes i EMKs ordlyd, men det er ikke overlatt til medlemsstatene å fortolke og å bestemme innholdet i dem. Innholdet i begrepene fastlegges på et overnasjonalt nivå av EMD og kan selvsagt også være fast og uendret over tid. Etter en naturlig språklig forståelse kan likevel noen av disse begrepene ha et innhold som ikke er fastlagt en gang for alle, men utvikler seg over tid og ved behov. Eksempler på dette er "fair trial", rettfærdig rettergang, i konvensjonens artikkel 6, "necessary in a democratic society" i artikkel 8 eller "criminal charge" i EMK artikkel 6. Autonomien i det sistnevnte begrepet betyr i dette tilfelle følgende: Hvorvidt en medlemsstat selv anser en prosess for å være rent administrativ eller å være av strafferettslig karakter, vil ikke ha noe å si for om dette faller inn under begrepet, etter EMDs vurdering. Med dette er det likevel ikke sagt at EMD ikke ser hen til medlemsstatenes generelle praksis, av relevans for fastsettelsen av begrepets innhold. Heller ikke er det slik at alle autonome begreper har vært gjenstand for dynamisk utvikling.

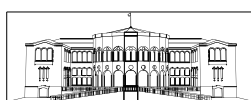
Når det gjelder den dynamiske tolkningen av EØS-rettslige forpliktelser, vil begrunnelsen for dette kunne være annerledes. De fire frihetene og andre forpliktelser som følger av EØS-avtalen, vil i mindre grad kunne ses på som meta-normer som endres i tråd med folkets oppfatning av innholdet. Forklaringen for dynamisk tolkning må derfor finnes et annet sted. En begrunnelse kan være ufullstendigheter ved den opprinnelige avtalen som forsøkes utbedret av de internasjonale domstolene. En annen forklaring kan være den ovennevnte strukturelle – at domstolene av fornuftighetsgrunner innfortolker i EØS-avtalen forpliktelser som ligger såpass nært opp til dem som er regulert der, at det vil få lite heldige konsekvenser for avtalens helhet å utelukke disse fra den. Senere bygges det så videre på dette grunnlaget, ved å ta inn flere områder. For EFTA-domstolen kan behovet for homogenitet ha betydning for tolkningen, at forpliktelser etter avtalen i størst mulig grad skal fortolkes likt i de tilsluttede statene, og at det skal være mest mulig likhet mellom tolkningene av forpliktelsene innenfor EU og EØS-avtalens område. For domstolenes del følger homogenitetsprinsippet av EØS-avtalens artikkel 6 og ODA-avtalens artikkel 3.

EFTA-domstolen har i de avgjørelsene der dette har vært mulig, lagt seg på en integrasjonsvennlig linje, slik at EØS-retten, i likhet med EU-retten, har fått et overnasjonalt preg.³¹ EFTA-domstolen kom f.eks. til, på bakgrunn av EØS-avtalens formål og sammenheng, at avtalen omfattet erstatningsansvar for medlemsstatene når det gjaldt ikke-implementerte eller feilimplementerte direktiver, selv om dette ikke fremkommer av ordlyden i avtalen.³² Det kan sies at EFTA-domstolen spesielt benytter seg av den dynamiske fortolkningsstilen der utviklingen innenfor den delen av fellesskapsretten som også er en del av EØS-retten, har gått videre siden inngåelsen av EØS-avtalen.³³

³¹ Sejersted, EØS-retten, 2004, s.165.

³² Jf. Sveinbjörnsdóttir-saken og Karlsson-saken (REC 1998 s. 95/E-9-97 og REC 2002 s. 248/E-4-01).

³³ Baudenbacher, 2005, s.29.



3.2 Høyesteretts balansegang

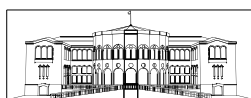
Den norske innfallsvinkelen til folkerett er dualisme – internasjonale forpliktelser får ikke direkte innvirkning på norsk rett før de av lovgivere er implementert, tatt inn, som en del av nasjonal rett. Det presumeres til enhver tid at norsk rett er i tråd med de internasjonale forpliktelser Norge er tilknyttet – det eksisterer altså et presumsjonsprinsipp. For noen internasjonale forpliktelser, som EMK og EØS-avtalen, finnes det også en enda klarere forpliktelse fra norsk side om at nasjonal rett skal samsvare med disse – nemlig forrangsbestemmelsene redegjort for innledningsvis.

Høyesterett kan i sine avgjørelser i grove trekk bruke to måter for å få norsk rett til å stemme overens med de internasjonale forpliktelsene. Den ene metoden er lojalitet til forpliktelsene direkte, ved at forpliktelsene i stor grad blir tatt til følge av domstolene gjennom presumsjonsprinsippet og forrangsbestemmelsene, selvsagt på den måten at de først er anerkjent av lovgivere som forpliktelser på nasjonalt plan. Den andre er en mer direkte lojalitet til lovgivere, der domstolen oftere vil måtte ta avgjørelser der resultatet kan anses som tvilsomt i forhold til den internasjonale forpliktelsen, men være helt i overensstemmelse med de signalene som kommer fra lovgiverhold, f.eks. gjennom forarbeider til gjennomføringslovene. Dette er en grov oppdeling. I de fleste tilfeller vil det være en balansegang, og ikke yttertilfellene, som råder. Likevel illustrerer dette tenkte skillet de problemene domstolene, og da spesielt Høyesterett, møter. Når de internasjonale forpliktelsene gjennomgår en dynamisk utvikling ved de internasjonale tvisteløsningsorganene, blir Høyesteretts balansegang mellom lojaliteten til lovgivere og lojaliteten til internasjonale forpliktelser vanskeligere – forpliktelsene vil ha endret sitt innhold siden de ble ratifisert av lovgivere.

De metodiske utfordringene kan i stor grad sies å være de samme for Høyesterett, enten domstolen forholder seg til EØS-retten eller til EMK. Rettskildet bildet er til dels annerledes enn det norske. For eksempel finnes det få eller ingen forarbeider som kan brukes i den samme forstand som de som brukes i Norge. Når det kommer til rettspraksis, ligger problemet i det enorme omfanget av dommer som kommer fra både EMD og EF-domstolen, og det kompleksitetsnivået avgjørelsene kan ligge på. For EFTA-domstolen, kan problemet være det motsatte – domstolen brukes kanskje i for liten grad til at det foreligger et stort nok grunnlag av rettspraksis å ta av for Høyesterett.

Det finnes i Høyesterett langt flere avgjørelser – spesielt behandlinger i plenum – som omhandler norsk retts forhold til forpliktelser etter EMK, enn etter EØS-avtalen. Det at lovgivere har valgt samme teknikk for å regulere forholdet mellom norsk rett og forpliktelsene etter EØS-avtalen og etter EMK, tyder likevel på at mange av de problemstillingene Høyesterett er stilt overfor på dette området, kan gjelde begge.

Rettslige problemstillinger i forbindelse med internasjonale avtaler, også av rettspolitisk art, kan for Høyesterett oppstå på de fleste rettsfelt, f.eks. der domstolen må ta en beslutning hvor utfallet er mer eller mindre politisk ladet og vil ha en politisk betydning, i tillegg til den rent juridiske. De aller fleste tolkninger av nasjonale lover og internasjonale avtaler vil kunne få følger som kan plasseres i en gråson mellom jus og politikk. I noen tilfeller vil dette selvsagt være mer tydelig enn i andre. Utfordringer kan selvsagt oppstå når EMK og EØS-avtalen fortolkes dynamisk på den internasjonale arena. I en demokratisk sammenheng vil det utvilsomt



kunne være problematisk at de internasjonale avtalene politikere inngår gjennom en demokratisk prosess, senere endres ved de internasjonale domstolene, slik at avtalene etter noen år ikke lenger ser ut til å ha det samme innholdet som da de ble inngått. Spørsmålet for Høyesterett kan da dreie seg om hvor langt norske domstoler skal gå i å akseptere denne utviklingen og ta den til etterretning i sine egne avgjørelser. Spesielt er dette utfordrende der den internrettslige løsningen er svært innarbeidet og verdibetont.

4. HØYESTERETTS BRUK AV PRAKSIS FRA EFTA- OG EF-DOMSTOLEN

4.1 EØS-avtalen

EØS-avtalen er en av de mest omfattende folkerettslige avtalene Norge har inngått. Dette skjedde i 1992 og ble gjort på bakgrunn av et ønske om å utvide det økonomiske samarbeidet i EU til land utenfor unionen, uten at disse måtte delta i samarbeid på andre felt enn det økonomiske. Fra norsk side var det i forbindelse med inngåelsen av EØS-avtalen fremsatt tre krav som ville ha betydning for norske makt- og rettsforhold i fremtiden. Disse kravene gikk ut på at det ikke skulle være nødvendig å gjøre endringer i Grunnloven eller i interne beslutningsprosesser, og at avtalen ikke skulle innebære en formell overføring av lovgivningsmyndighet til EØS-organene.³⁴ Disse kravene er formelt oppfylt, men samtidig er det ikke bestridt at den inngåtte avtalen medfører at svært mange beslutninger, spesielt på det økonomiske området, blir tatt i EU/EØS-organer. EØS-avtalen er, som nevnt, formelt sett en folkerettslig avtale, på linje med andre internasjonale avtaler Norge er part i. Den skal i utgangspunktet ikke være mer overnasjonal enn alminnelige folkerettslige forpliktelser. Strukturen i samarbeidet, med felles lovgivningsmyndigheter i EU, som også bestemmer innholdet i EØS-retten, et overvåkningsorgan og en domstol, gjør likevel EØS-samarbeidet mer overnasjonalt enn det formelt ser ut som. I tillegg kommer prinsipper om homogenitet og lojalitet.

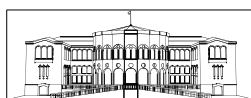
Lovgivningsarbeidet foretas i EU-organene. EFTA-statene kan bare beslutte hvilke allerede eksisterende forpliktelser som skal inntas i EØS-samarbeidet, gjennom EØS-komiteen. ESA, EFTAs overvåkningsorgan, og EFTA-domstolen ble opprettet gjennom en egen avtale for EFTA-statene, ODA, avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol. Dermed har EFTA-landene også kontrollorganer på linje med EU-landene, men organene er spesialisert for EØS-retten og EØS-avtalens mer folkerettslige preg.³⁵ I tillegg til bakgrunnen for avtalen vil noen hovedprinsipper for tolkningen av den bidra til å illustrere utfordringene ved avtalens tolkning på nasjonalt plan. Fjerde ledd i fortalet til EØS-avtalen sier at samarbeidet skal være av dynamisk karakter, altså utvikle seg over tid.³⁶ Det er i avtalen slått fast at forpliktelsen som EØS-avtalen utgjør, vil gjennomgå forandringer. Avtalen er ment å være dynamisk – og den har ikke blitt det kun gjennom domstolers virke. Et utslag av denne dynamikken er at de nye rettsaktene som vedtas i EU på det økonomiske området, som er omfattet av EØS-avtalen, etter en behandling i EØS-komiteen gjøres til en del av EØS-retten.

Homogenitetsprinsippet er et hovedprinsipp ved fortolkning av EØS-avtalen. Homogenitet betyr etter EØS-retten ikke bare at regelverket på området for EØS-avtalen formelt skal ha

³⁴ Jf. St.prp.nr.100 (1991-1992), s. 316.

³⁵ Sejersted i EØS-rett, 2004, kap. 4.

³⁶ Se også St.prp.nr. 100 (1991-1992).



samme innhold, det er også et krav om at forpliktelsene, så langt det er mulig, tolkes og praktiseres på same måte. Samarbeidet tar ”sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde.”³⁷

Lojalitetsprinsippet er et prinsipp for tolkningen av EØS-avtalen og er uttrykt i EØS-avtalens artikkel 3 slik: ”Avtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale. De skal avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtales mål i fare. De skal videre lette samarbeidet innen rammen av denne avtale.” Prinsippet er antatt å ha et sterkere innhold i EU-retten enn i EØS-retten.

En viktig uttalelse fra EFTA-domstolen om EØS-avtalen kom i ”Sveinbjörnsdóttir”-saken, hvor det ble sagt at EØS-avtalen er noe mer enn en vanlig folkerettslig avtale, samtidig som den fremdeles er mindre langtrekkende enn EU-retten: “The Court concludes from the foregoing considerations that the EEA Agreement is an international treaty *sui generis* which contains a distinct legal order of its own. (...) The depth of **integration of the EEA Agreement is less far-reaching than under the EC Treaty**, but the scope and the objective of the EEA Agreement goes beyond what is usual for an agreement under public international law.”³⁸

4.2 EØS-loven

EØS-loven og dens forrangsbestemmelse er en ramme for Høyesteretts bruk av praksis fra både EFTA-domstolen og EF-domstolen. Før jeg kommer nærmere inn på hvordan Høyesterett bruker praksis fra disse internasjonale domstolene, går jeg kort inn på denne rammen og dens betydning. Forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2 var en nyskaping i forbindelse med utvidelsen av deler av EU-reglens virkefelt til EFTA-statene – EØS-avtalen skulle for disse lands vedkommende gå en balansegang med hensyn til i større grad å være folkerettslig enn å være overnasjonal, samtidig som den på en eller annen måte måtte få forrang foran nasjonale bestemmelser, i tråd med tilstanden i EU-landene. Under forhandlingene var spørsmålet om EØS-forpliktelsenes forhold til norsk rett vanskelig. Løsningen ble en nasjonal bestemmelse om forrang, jf. EØS-avtalens protokoll nr. 35. I norsk rett er den utformet på en slik måte at forrangen gjelder all gjennomført EØS-rett – forrangen gjelder altså i praksis mellom en nasjonal rettsregel som gjennomfører EØS-forpliktelser, og en annen nasjonal rettsregel som er i strid med den.³⁹

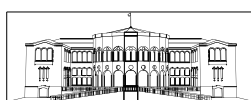
4.3 EFTA-domstolen

EFTA-domstolen har eksistert siden 1994 og består av tre dommere, en fra hvert av medlemslandene, Norge, Island og Liechtenstein. EFTA-domstolen behandler i hovedsak tre typer saker: Nasjonale domstoler kan be den om en rådgivende uttalelse, en berørt privat part eller en EFTA-stat kan anlegge sak mot ESA, og ESA eller en EFTA-stat kan anlegge sak mot en annen medlemsstat for brudd på EØS-avtalen. EFTA-domstolen kan ikke anvendes som en form for ankeinstans etter at en sak alt er behandlet av den øverste domstolen i medlemsstaten, i motsetning til fremgangsmåten for EMD.

³⁷ Jf. EØS-avtalens artikkel 1.

³⁸ Avs. 59.

³⁹ Ot.prp.nr. 79(1991-1992), avs. 4.3.



Temaene EFTA-domstolen hovedsaklig har tatt avgjørelser innenfor, er alkoholmonopoler, arbeidsrettslige tvister, forbrukerrettigheter, helserettslige spørsmål, likestillingsspørsmål og brudd på likebehandlingsdoktrinen på grunn av særlige geografiske forhold i EFTA-stater. EFTA-domstolen har på områder der det finnes praksis fra EF-domstolen, fulgt denne, uten å skille mellom praksis fra før og etter vedtagelsen av EØS-avtalen.⁴⁰ EF-domstolen er ikke forpliktet til å ta hensyn til avgjørelser tatt ved EFTA-domstolen, selv om denne har uttalt seg om et EØS-rettslig tema relevant for andre land enn EFTA-statene, og selv om dette har skjedd før EF-domstolen har fått en lignende sak til avgjørelse.⁴¹ Til tross for dette har det ikke vært noen store juridiske konflikter mellom EFTA-domstolen og EF-domstolen.⁴²

4.4 EF-domstolen

EF-domstolen står i sentrum for tolkningen av EU-retten. EF-domstolen kan avgjøre traktatbruddssøksmål og søksmål anlagt av stater eller private parter mot EU-organer. Domstolen kan også komme med prejudisielle uttalelser. Dette alternativet ligner på EFTA-domstolens adgang til å komme med rådgivende uttalelser, men med de forskjellene at medlemsstatenes domstoler har en plikt til å be om en slik uttalelse ved tvilsspørsmål innen EU-retten, og at svaret de får, er bindende.⁴³ Ved traktatbruddssøksmål kan domstolen, hvis den finner at det foreligger et brudd på EU-retten, ilegge medlemsstaten en bot dersom staten nekter å rette seg etter domstolens avgjørelse. Denne sanksjonsmuligheten har foreligget siden 1992, men blir sjelden brukt. En slik økonomisk sanksjonsmulighet skiller domstolen fra både EFTA-domstolen og EMD.

I Maktutredningen stod det følgende om EF-domstolen: ”Nøkkelen til domstolens makt er at den tolker åpne traktatbestemmelser autoritativt, og dermed har hatt hjemmel for en gradvis utvidelse av hvilke områder som omfattes av den konkurranselovgivningen som står helt sentralt i europeisk integrasjon.”⁴⁴ Den dynamiske fremgangsmåten for fortolkningen av forpliktelsene har for EF-domstolens vedkommende f.eks. resultert i en viss utvidelse i nedslagsfeltet til de fire frihetene og i de nå veletablerte prinsippene om direkte virkning, EU-rettens forrang foran nasjonal rett og medlemslandenes erstatningsansvar ved feilimplementering av direktiver.⁴⁵ EF-domstolen har spesielt gjennom sine avgjørelser fremmet hensynet til domstolens selvbestemmelse og uavhengighet, EU-institusjonenes beslutningsdyktighet og fjerning av proteksjonistiske tiltak på medlemsstatenes indre marked.

⁴⁰ Jf. det skillet som er gjennomført i ODA-avtalens artikkel 3 (2) og EØS-avtalens artikkel 6, se Vassilios Skouris, 2005, s. 124.

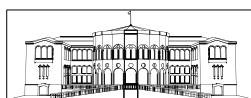
⁴¹ Se likevel Baudenbacher, 2005, s. 35-48, hvor han argumenterer for at EFTA-domstolen kan påvirke EF-domstolen i kraft av sin argumentasjon, og at dette har skjedd i bl.a. avgjørelsene C-34/95, C-35/95 og C-36/95, som ble påvirket av EFTA-domstolens avgjørelse i ”Mattel/Lego”-avgjørelsen fra 16. juni 1995.

⁴² Ifølge Baudenbacher, 2005, s. 51.

⁴³ I de prejudisielle avgjørelser kan EF-domstolen kun uttale seg om tolkningen av EU-retten, ikke om den nasjonale retten, subsumsjon, bevis eller faktum.

⁴⁴ Ibid s. 122-123.

⁴⁵ Arnesen i EØS-rett, 2004, s. 215. Disse prinsippene tilskrives gjerne EF-domstolens historiske avgjørelse fra 1963, Van Gend en Loos.



4.5 Hvordan bruker Høyesterett praksis fra EFTA-domstolen og EF-domstolen?

4.5.1 Innledning

I dette Perspektiv er det ikke mulig å gjennomgå all den praksisen fra Høyesterett som var grunnlaget for masteroppgaven denne fremstillingen er basert på. Nedenfor følger derfor generelle betraktninger om Høyesteretts bruk av praksis fra EFTA-domstolen og EF-domstolen, illustrert av de mest interessante rettsavgjørelsene.

4.5.2 Om Høyesteretts bruk av praksis fra EFTA-domstolen

Det finnes ikke så veldig mange avgjørelser fra Høyesterett som tar for seg praksis fra EFTA-domstolen.⁴⁶ Avgjørelsene er få, med tanke på hvor omfattende og viktig EØS-avtalen anses å være for Norge, og med tanke på hvor stor del av den interne retten den berører. Som jeg kommer tilbake til, blir også den muligheten de norske domstolene har til å be EFTA-domstolen om rådgivende uttalelser, brukt i lite omfang. Høyesterett henviser oftere direkte til praksis fra EF-domstolen enn til EFTA-domstolens avgjørelser. I praksis refereres det i Høyesteretts avgjørelser alltid også til EF-domstolens praksis når EFTA-domstolens praksis berøres. I de tilfellene der kun EFTA-domstolen er nevnt, er dette avgjørelser som ikke har noe særlig med EØS-avtalen å gjøre, men som f.eks. berører omkostninger i saker som har vært behandlet i EFTA-domstolen.⁴⁷

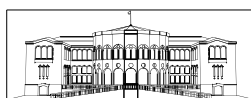
De mest interessante avgjørelsene fra EFTA-domstolen som kan få betydning for Høyesteretts praksis, er: de rådgivende uttalelsene fra domstolen avsagt i sakens anledning, der enten Høyesterett eller en lavere domstol ba om en slik uttalelse, uttalelser i forbindelse med et traktatbruddssøksmål anlagt av ESA, og som direkte gjelder saken Høyesterett behandler, og avgjørelser som ikke er avsagt i sakens anledning, men som Høyesterett bruker.

EFTA-domstolen vil oftere få betydning for de norske domstolene gjennom den retten de har til å forelegge problemstillinger i tilknytning til EØS-avtalen, gjennom ordningen skissert i domstolloven § 51a, jfr. ODA, avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, artikkel 34. I utgangspunktet er EFTA-domstolens uttalelser kun rådgivende for domstolen som innhenter dem, og EFTA-domstolen har som sådan heller ingen formelle sanksjonsmuligheter i tilfelle deres uttalelser ikke blir fulgt av den nasjonale domstolen. Domstolen som forelegger spørsmål for EFTA-domstolen, er altså ikke formelt bundet av svaret den får.

At EFTA-domstolens uttalelser i saker som forelegges domstolen, ikke har vært fulgt, har likevel ikke vært et problem. Forklaringen på dette må ligge i måten de nasjonale domstolene,

⁴⁶ Det er for øyeblikket, pr. 31. oktober 2008, 39 høyesterettsdommer som nevner EFTA-domstolen. Tallet er basert på et søk i Lovdata på høyesterettsavgjørelser som inneholder referanser til EFTA-domstolen, og er sammenholdt med tallet for 2004 i Graver, 2004, s. 11.

⁴⁷ Basert på et søk 31. oktober 2008 i Lovdata, hvor antall treff på "EFTA-domstolen" ble sammenlignet med antall treff på både "EFTA-domstolen" og "EF-domstolen" under ett. Dette ble sammenholdt med tallene presentert av Graver i en lignende undersøkelse i september 2004 (se Graver, 2004, s. 11). Graver konkluderte med at alle avgjørelsene fra Høyesterett som nevnte EFTA-domstolen, og så nevnte EF-domstolen (pr. september 2004). Jeg søkte gjennom de resterende 14 avgjørelsene frem til juni 2008. Av disse var det fire avgjørelser som kun nevnte EFTA-domstolen. Tre av disse handlet om saksomkostninger, og en var en beslutning fra Høyesterett om ikke å forelegge Finanger II-saken for EFTA-domstolen til rådgivende uttalelse.



med Høyesterett i spissen, har valgt å behandle uttalelsene, uavhengig av hvordan disse har fortonet seg i forhold til den løsningen på problemet som har vært ønskelig nasjonalt. Det er likevel ikke ofte norske domstoler forelegger tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen til rådgivende uttalelse. I perioden 1994–2006 skjedde dette kun 29 ganger for samtlige norske domstoler. Dette er mye sjeldnere enn domstolene i EU-land forelegger tvilsspørsmål for EF-domstolen.⁴⁸ Dette viser kanskje en viss terskel hos norske domstoler til å overlate tolkningstvil til avgjørelse ved en internasjonal instans. Der den siste dømmende instans i et EU-land må forelegge tvilsspørsmål ved fortolkninger av EU-retten for EF-domstolen, med mindre det ikke foreligger noen tolkningstvil, f.eks. på grunn av mange tidligere avgjørelser fra EF-domstolen om samme tema, virker det som om norske domstoler bruker den større friheten EØS-avtalen gir, til å la være å innhente avklarende uttalelser. En tilbakeholdenhet med hensyn til å be EFTA-domstolen om rådgivende uttalelser kan tolkes som en vilje fra norske domstoler til fremdeles å ha en avgjørende rolle som rettsavklarende, og til dels rettsskapende, instans, også når det kommer til EØS-retten. Tilbakeholdenheten bør også ses i sammenheng med Høyesteretts flittige bruk av EF-domstolens avgjørelser.

4.5.3 Høyesteretts uttalelser om EFTA-domstolens praksis illustrert ved enkeltavgjørelser

Finanger I-saken⁴⁹ er et tilfelle der en rådgivende uttalelse var innhentet fra EFTA-domstolen i sakens anledning. Det gjaldt et erstatningskrav en passasjer hadde mot forsikringselskapet sitt etter en bilulykke. Dommens innhold er prinsipiell, i den grad den berører spenningsfeltet mellom intern rett og forpliktelsene gjennom EØS-avtalen. I henhold til EØS-rettens motorvognordirektiv hadde passasjerer krav på forsikring, men den norske bestemmelsen i bilansvarsloven stod i motstrid til EØS-direktivet. Høyesterett anvendte den interne regelen, i strid med EØS-retten, da retten mente det var en lovgiversak å bringe norske rettsregler i tråd med de internasjonale forpliktelsene. Høyesterett påpeker at lojalitetsprinsippet i EØS-avtalens artikkel 3 også gjelder domstoler, og henviser her til fortalen til EØS-avtalen.⁵⁰ Dette poenget må anses som veldig viktig – uttalelsen kan ses på som en utvidelse av gjennomslagsfeltet for EØS-avtalen, ved at den forplikter ikke kun lovgivere (til å lojalt implementere forpliktelsene), men også domstolene direkte, uten at veien om implementering alltid er nødvendig for at EØS-forpliktelsen skal få gjennomslag.

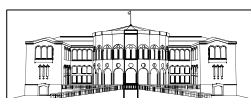
Flertallets votum i Finanger I-saken inneholder grunnleggende uttalelser om vekten av uttalelser fra EFTA-domstolen: ”Uttalelser fra EFTA-domstolen er rådgivende (...). Dette innebærer at Høyesterett har myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn for Høyesteretts avgjørelse. Men jeg finner samtidig at uttalelsen må tillegges vesentlig vekt.”⁵¹ Den store vekten som Høyesterett tillegger EFTA-domstolens uttalelser, begrunnes på flere måter. Det fremheves primært en ”demokratisk” begrunnelse, for det første at det må ha vært en god grunn for opprettelsen av domstolen fra de forhandlede side da dette ble gjort, en grunn som lovgivere fant tilstrekkelig tungtveiende. For det andre at Stortinget i dokumentene som utgjorde samtykket til ratifikasjon av EØS-avtalen, til en viss grad la føringer på domstolene om betydningen og vekten av EFTA-

⁴⁸ Fredriksen, 2006, avs. 3.

⁴⁹ Rt. 2000 s. 1811.

⁵⁰ Se dommens s. 1827.

⁵¹ Rt. 2000 s. 1811, på s. 1820.



domstolens uttalelser.⁵² I tillegg fremhever Høyesterett EFTA-domstolens særlige kunnskap, på grunn av et annet rettskildetilbud i EØS-retten enn i det nasjonale, som begrunnelse for den betydelige vekten retten vil tillegge uttalelsene.

Når det gjelder vekten av rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen i senere avgjørelser fra Høyesterett, er **Paranova-saken** svært illustrerende.⁵³ Det uttales i saken at det skal mye til for å fravike slike rådgivende uttalelser, spesielt på områder av EØS-retten som er spesialisert og utviklet.⁵⁴ Det refereres meget flittig til, og siteres fra, EFTA-domstolens rådgivende uttalelse, og avslutningsvis påpekes det at ”etter at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse forelå, kan jeg ikke se at det var grunnlag for særlig tvil om resultatet”.⁵⁵

Spilleautomatsaken⁵⁶ ble behandlet i EFTA-domstolen i forbindelse med et traktatbruddsøksmål anlagt av ESA mot Norge. Saken gjaldt forholdet mellom en norsk lov som ga Norsk Tipping monopol på spilleautomater, og bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel. Høyesterett frifant staten, med grunnlag i en avgjørelse tatt i EFTA-domstolen tre måneder tidligere, en avgjørelse med bakgrunn i et traktatbruddsøksmål initiert av ESA.

Kanskje er dommens forhistorie i dette tilfellet nesten mer illustrerende for forholdet mellom EFTA-domstolens avgjørelser og norsk rett – i hvert fall når det gjelder EFTA-domstolens uttalelser i anledning saken – enn for selve innholdet i dommen. Høyesterett ville ikke be EFTA-domstolen om en tolkningsuttalelse i forbindelse med behandlingen av saken.⁵⁷ Men da det likevel ble anlagt sak for EFTA-domstolen av ESA, valgte Høyesterett i første omgang å utsette sin behandling, i påvente av at EFTA-domstolen skulle behandle saken.⁵⁸ Etter at EFTA-domstolens avgjørelse hadde falt, ble en beslutning tatt av Høyesterett om at saken ikke lenger skulle behandles i plenum når den kom opp til behandling.⁵⁹ En av partene, Norsk Lotteridrift ASA, trakk seg fra saken.⁶⁰

Høyesterett kommer også med noen uttalelser om prøvingsintensiteten til EFTA-domstolen i spilleautomatsaken. Retten finner at EFTA-domstolen har vært tilbakeholden med å overprøve de norske myndighetenes vurderinger i denne saken, og mener at EFTA-domstolens prøvingsintensitet ”er i god harmoni med den norske tradisjon ved domstolsprøving av vurderinger av utpreget politisk karakter”.⁶¹ Høyesterett foretar her altså en sammenligning av de fremgangsmåtene norske domstoler og EFTA-domstolen har i slike typer saker, og viser at de ikke er så forskjellige.

⁵² St.prp. nr. 100 (1991-1992), nevnt på s. 1820 i dommen.

⁵³ Rt. 2004 s. 904. Saken gjaldt immaterialrett og varemerker i legemiddelindustrien, nærmere bestemt en parallellimportørs adgang til å bruke sin egen pakningsutforming. Rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen var innhentet i denne saken, i henhold til domstoloven § 51 bokstav a.

⁵⁴ Se dommens avs.67.

⁵⁵ Se dommens avs.99.

⁵⁶ Rt. 2007 s. 1003.

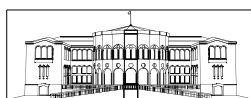
⁵⁷ Se HR-2005-1630-U.

⁵⁸ Rt. 2005 s. 1598, Skoghøy dissenterte og mente saken hørte hjemme til behandling i Høyesterett.

⁵⁹ Avgjørelse av 20. april 2007, se Rt. 2007 s. 1003 avs. 48.

⁶⁰ Rt. 2007 s. 833, HR-2007-1149-U, Fredriksen, 2007, s. 295.

⁶¹ Se dommens avs.101 og 106.



I **Finanger II-saken**⁶² fantes det ikke en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen avsagt i sakens anledning. En privat part hadde lidt skade som følge av at staten ikke hadde implementert et EØS-direktiv på riktig måte. Det interessante i saken var likevel at Høyesterett statuerte et erstatningsansvar for staten for uriktig implementert direktiv, uten direkte hjemmel i EØS-avtalens ordlyd, men på bakgrunn av praksis fra EFTA-domstolen. Et slikt erstatningsprinsipp eksisterer også i EU-retten, skapt av EF-domstolen, men på tidspunktet da EØS-avtalen ble inngått, var dette ikke et av temaene som det ble forhandlet over. Heller ikke da EØS-avtalen trådte i kraft, ble et eventuelt erstatningsansvar ansett som et problem, da prinsippet fremdeles var svært lite utviklet i EU-retten.⁶³ I teorien ble det i hvert fall antatt at et eventuelt erstatningsansvar med dette innholdet ikke var hjemlet av EØS-avtalen.⁶⁴ Også i forarbeidene til EØS-loven ble det antatt at erstatningsansvaret ikke ville bli en del av EØS-retten, men var et utslag av den overnasjonaliteten som karakteriserte EF-retten, og dermed ikke kom med i EØS-avtalen.⁶⁵ Det er altså mye som tyder på at erstatningsansvaret for feilimplementerte eller ikke-implementerte direktiver ikke var en del av den opprinnelige EØS-avtalen, slik den ble oppfattet av dem som inngikk avtalen på Norges vegne. For Norges del ble erstatningsansvaret en del av intern rett ved Høyesteretts avgjørelse i Finanger II-saken, men før dette ble prinsippet om erstatningsansvaret fastlagt i EFTA-domstolen. Dette ble gjort i Sveinbjörnsdóttir-saken⁶⁶ og i Karlsson⁶⁷-saken mot Island. I juridisk teori har Inge Lorange Backer sagt at erstatningsansvaret åpenbart er domstolskapt i både EF-retten og EØS-retten, og at argumentasjonen brukt for å innføre dette ansvaret, som bestod i en henvisning til EØS-avtalens formål og system, like gjerne kunne ha blitt brukt som et argument mot å innføre erstatningsansvaret.⁶⁸ Høyesterett gjentar i Finanger II-saken argumentene fra Finanger I⁶⁹ om vekten til EFTA-domstolens uttalelser på bakgrunn av bl.a. lovgivernes vilje, men denne gangen trekkes begrunnelsen frem i forbindelse med uttalelser fra EFTA-domstolen som ikke ble avsagt i sakens anledning.⁷⁰ Det fremgår altså ikke at Høyesterett i dette tilfellet legger mindre vekt på EFTA-domstolens uttalelser, selv om de ikke var direkte relatert til saken.

4.5.4 Om Høyesteretts bruk av praksis fra EF-domstolen

Et søk i Lovdata viser at Høyesterett i større grad refererer til EF-domstolens avgjørelser i sine drøftelser enn til EFTA-domstolens.⁷¹ Men det er ikke nødvendigvis slik at alle referansene til

⁶² Rt. 2005 s. 1365.

⁶³ Sørnum, 2006, s. 127.

⁶⁴ Se Arnesen, 1997. (Motsatte synspunkt ble likevel hevdet i mindre omfattede drøftelser av temaet, jf. Leif Sevøn i festskrift til Ole Due (1994) og 1.utgave av EØS-rett, Sejersted m.fl. (1995). Mulig ansvar ble begrunnet primært med EØS-avtalens art 6.)

⁶⁵ Ot.prp. nr. 61 (1991-1992).

⁶⁶ REC 1998 s. 95.

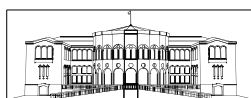
⁶⁷ REC 2002 s. 248.

⁶⁸ Backer, 2006, s. 257.

⁶⁹ Se Rt. 2000 s. 1811, s. 1820

⁷⁰ Se Rt. 2005 s. 1365, avs. 51.

⁷¹ Et søk i Lovdata 31. oktober 2008 gir 39 treff på uttrykket "EFTA-domstol", (eventuelt 55 treff på "EFTA", hvorav en del selvsagt ikke gjelder domstolen, mens noen gjør det på grunn av forskjellige skrivemåter som har blitt brukt for ordet domstolen), og 62 treff på "EF-domstol". Dersom man fra disse treffene ekskluderer avgjørelsene som gjelder Luganokonvensjonen, som er utenfor EFTA-domstolens jurisdiksjon, får man et mer sammenlignbart materiale. EF-domstolen blir fremdeles nevnt i ni flere avgjørelser enn det EFTA-domstolen blir. (Se for øvrig Graver, 2004, s. 11-12 for lignende undersøkelse i september 2004).



EF-domstolens avgjørelser i Høyesteretts praksis er av en slik art at EF-domstolens praksis faktisk brukes til å tolke EØS-retten i den norske saken.⁷²

I utgangspunktet er Høyesterett kun formelt bundet gjennom EØS-avtalen til å ta hensyn til rettspraksis fra EF-domstolen fra perioden før Norges deltagelse i EØS-avtalen, jfr. EØS-avtalens artikkel 6. Der står det at EØS-forpliktelse, der disse er identiske med EU-rettslige forpliktelser, "fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale".⁷³ Høyesteretts manglende forskjelliggjøring av EF-domstolens praksis fra før og etter undertegnelsen av EØS-avtalen startet allerede i en av de første avgjørelsene der Høyesterett måtte ta standpunkt til EØS-retten, og har heller ikke blitt problematisert senere. Høyesterett har f.eks. uttalt: "Relevant praksis fra EF-domstolen er yngre enn 2. mai 1992 og er derfor ikke formelt bindende for Norge i henhold til EØS-avtalen art. 6, men det er på det rene at slik senere praksis uansett skal tillegges stor vekt ved tolkningen av norsk lov, se Rt-1997-1954."⁷⁴ Høyesteretts bruk av praksis fra EF-domstolen begrenser seg ikke til de tilfellene der det ikke foreligger noen praksis fra EFTA-domstolen, retten pleier å anvende praksis fra EF-domstolen selv i de tilfellene der en sak mot Norge er avgjort i EFTA-domstolen, eller det foreligger en rådgivende uttalelse derfra.⁷⁵

I **Eidesund-saken**⁷⁶ redegjør Høyesterett for betydningen av EF-domstolens avgjørelser: "Når det gjelder den rettskildemessige betydning av avgjørelsene, nevner jeg at det følger av EØS-avtalen artikkel 6 at direktivet skal tolkes "i samsvar med" EF-domstolens avgjørelser fra før avtalen ble undertegnet. Om senere avgjørelser fra EF-domstolen heter det i artikkel 3 nr. 2 i avtalen mellom EFTA-statene om opprettelsen av et Overvåkingsorgan og en Domstol, at disse organene skal "ta tilbørlig hensyn til de prinsipper" som er fastlagt gjennom slike avgjørelser. Sondringene mellom tidligere og senere avgjørelser fra EF-domstolen får neppe betydning for vår sak".⁷⁷ Uttalelsen refereres til i senere saker der Høyesterett bruker praksis fra EF-domstolen.⁷⁸ I en annen avgjørelse, **Gule Sider-saken**⁷⁹ om varemerker, sier Høyesterett:

⁷² Se Graver, 2004, s. 12. Graver foretok i 2004 en gjennomgang av høyesterettsdommer som nevner EF-domstolens praksis. Konklusjonen hans var at bare en del av de høyesterettsavgjørelsene som nevnte EF-domstolen frem til 2004, faktisk brukte domstolens praksis i sin tolkning av EØS-retten. Noen av avgjørelsene inneholdt en referanse til EF-domstolen fordi en av partene påberopte seg rettigheter som lå utenfor EØS-avtalen, og er derfor mindre illustrerende i en sammenligning med Høyesteretts bruk av praksis fra EFTA-domstolen. Andre referanser til EF-domstolens praksis gjaldt spørsmål rundt Luganokonvensjonen, som er utenfor EFTA-domstolens jurisdiksjon. En gjennomgang av praksis fra Høyesterett etter tidspunktet for Gravers undersøkelse viser at av de 24 dommene som nevnte EF-domstolens praksis etter september 2004, gjelder fire Luganokonvensjonen. Alle de andre omhandler faktisk EF-domstolens tolkninger av forpliktelser som også inngår i EØS-avtalen, bortsett fra to avgjørelser der praksisen bare påberopes av den ene parten, men avvises av Høyesterett i en setning.

⁷³ Tidspunktet for undertegnelsen var 2. mai 1992.

⁷⁴ Se Rt. 2002 s. 391, s. 395-396.

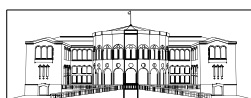
⁷⁵ Se f.eks. Rt. 2007 s. 1003 avs. 74-75, der det sies at praksis fra EF-domstolen i dette tilfellet er en sentral kilde.

⁷⁶ Rt. 1997 s. 1965. I denne saken fikk arbeidstaker ikke medhold i krav om at ny arbeidsgiver skulle opprettholde innbetalingen av premie til arbeidstakerens tjenestepensjonsforsikring, på grunnlag av reglene i arbeidsmiljøloven kap. XII A om virksomhetsoverdragelse. Høyesterett kom til at det forelå en overføring av virksomhet i relasjon til arbeidsmiljøloven § 73A, men at plikten til å betale premie til en tjenestepensjonsforsikring går inn under unntaket i § 73B nr. 3 og dermed ikke overføres til ny arbeidsgiver.

⁷⁷ Se dommen s. 1971.

⁷⁸ Rt. 1999 s. 977, s. 981, Rt. 2001 s. 248.

⁷⁹ Rt. 2005 s. 1601, avs. 43. Det sentrale spørsmålet i saken var om varemerket GULE SIDER på søknadstidspunktet oppfylte kravet til distinktivitet i varemerkeloven § 13 første ledd. Høyesteretts flertall kom til at Telenor Medias



”Praksis fra EF-domstolen etter 2. mai 1992 er ikke formelt bindende for Norge i henhold til EØS-avtalen, men slik senere praksis tillegges likevel meget stor vekt ved anvendelsen av den norske lovbestemmelsen.”

Finanger I-saken er illustrerende med hensyn til Høyesteretts avveining av EF-domstolens praksis sammenlignet med EFTA-domstolens. Etter at den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen er blitt drøftet, bruker Høyesterett en del plass og tid på å gå igjennom EF-domstolens avgjørelse i Ferreira-saken. Denne saken veies opp mot EFTA-domstolens rådgivende uttalelse som var avsagt i sakens anledning. Selv om det til slutt er den rådgivende uttalelsen som blir det avgjørende argumentet, er det interessant at retten går såpass nøye igjennom en avgjørelse fra EF-domstolen og finner det nødvendig å konkludere at ”EF-domstolens dom i Ferreira-saken ikke gir grunn til å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelse”.⁸⁰

Forhistorien til **spilleautomatsaken**⁸¹ kan også tjene som illustrasjon på Høyesteretts syn på betydningen av eksisterende praksis fra EF-domstolen. I en kjæremålsavgjørelse i samme sakskompleks avviser Høyesterett behovet for å forelegge saken til uttalelse ved EFTA-domstolen, da det allerede finnes tilstrekkelig praksis fra EF-domstolen til å belyse spørsmålet.⁸²

Uttalelsene fra Høyesterett i de ovennevnte sakene viser at retten legger omtrent like mye vekt på EF-domstolens uttalelser som på EFTA-domstolens, og mener at avgjørelser fra EF-domstolen kan være like relevante som EFTA-domstolens. Dette kan være fordi EFTA-domstolen ut fra Høyesteretts erfaring har lagt seg på en linje som er svært nær EF-domstolens. En slik bruk og vektlegging av praksis fra EF-domstolen indikerer likevel en viss nedprioritering av EFTA-domstolen og en opprioritering av EF-domstolen fra Høyesteretts side, sammenlignet med den rollen domstolene er gitt gjennom EØS-avtalen og ODA, avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol.

4.5.5 Er Høyesterett for tilbakeholden med å be EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse?

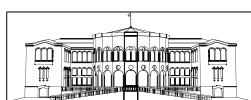
Som tidligere nevnt brukes adgangen til å be EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse i forholdsvis liten grad av de norske domstolene. Samtidig er det ingen tvil om at nasjonale domstoler, spesielt Høyesterett, blir stilt overfor mange EØS-rettslige – til dels også kompliserte – spørsmål. Også på saksområder der ingen klare uttalelser fra EF-domstolen foreligger, har Høyesterett ved noen anledninger valgt å bruke den begrensede veiledningen som var å få fra EF-domstolens tidligere avgjørelser om delvis lignende spørsmål, i stedet for å be EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Nemko-saken, Løten kommune/Eriksen, GOD

omfattende markedsføring av varemerket på søknadstidspunktet medførte at det måtte anses som innarbeidet, jf varemerkeloven § 13 første ledd 3. punktum, og at konkurrentens bruk av det registrerte varemerket i sin markedsføring hadde krenket det registrerte varemerket GULE SIDER, jf. varemerkeloven § 4. Vederlaget ble etter varemerkeloven § 38 satt til 775.000 kroner.

⁸⁰ Se avgjørelsens s. 1825.

⁸¹ Rt. 2007 s. 1003.

⁸² HR-2005-1630-U, siste avsnitt.



MORGON-saken, Rt. 1999 s. 393, Rt. 1999 s. 569, Hunter⁸³, Olderdalen ambulanse-saken og SAS/Braathens⁸⁴ kan være illustrerende i denne sammenheng. Høyesterett var i disse tilfeller i større eller mindre grad usikker på løsningen. Uten å forutsette at Høyesterett gjorde noen feil i avgjørelsene, kan man likevel legge til grunn at en uttalelse fra EFTA-domstolen i anledning disse sakene kunne ha avklart spørsmålet nærmere.⁸⁵

I slike tilfeller, hvor Høyesterett strekker seg langt for å finne i hvert fall noen holdepunkter i EF-domstolens praksis som er til hjelp, kan en parallell trekkes til hvordan nasjonale domstoler bruker tidligere avgjørelser fra Høyesterett som prejudikater. Der det ikke finnes praksis fra EF-domstolen som direkte omhandler det temaet Høyesterett avgjør, bruker retten praksis om problemstillinger med færre likhetstrekk med saken som er til avgjørelse, men som likevel kan bidra til dens løsning, og trekker sine konklusjoner ut fra det.⁸⁶ Men det er neppe grunn til å tro at Høyesterett har et like godt grunnlag for å bruke EF-domstolens praksis som det de har for å bruke nasjonal praksis, f.eks. på grunn av manglende oversikt over den omfangsrike rettspraksisen i EF-domstolen og på grunn av kompleksiteten i saker som kan komme opp i forbindelse med EØS-rettslige spørsmål.

I de tilfellene der Høyesterett er usikker, og der det ikke finnes avgjørelser, verken fra EFTA-domstolen eller fra EF-domstolen, som avklarer problemstillingen,, er det da en nasjonal domstol som skal velge løsningen, f.eks. på bakgrunn av interne rettskilder? En følge av dette vil kunne bli et brudd på homogenitetsprinsippet. Som Høyesterett sier i Finanger I-dommen: ”rettskildebruken innen EØS-retten kan avvike fra den nasjonale. Dette gjør at EFTA-domstolen med sin særlige kunnskap bør kunne uttale seg med betydelig autoritet.” Også rettskildebruken i EU-retten, og derunder EF-domstolens avgjørelser, kan være utfordrende, i den forstand at en nasjonal domstol feilaktig kan tro at et spørsmål er ferdigtolket og klar til anvendelse i den foreliggende saken, selv om det ikke er det.

Hvorfor er Høyesterett så tilbakeholden med dette? Én grunn til Høyesteretts hyppige bruk av EF-domstolens praksis kan være at EFTA-domstolen pr. dags dato kun har avsagt et svært begrenset antall avgjørelser.⁸⁷ En annen kan være at dette er en raskere og mer direkte måte å avgjøre en EØS-relatert tvist på. EFTA-domstolen følger EF-domstolens avgjørelser der det finnes slike på området, og i mange tilfeller vil Høyesterett direkte kunne komme til et resultat uten å gå gjennom en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, ved å se på EF-domstolens praksis. EF-domstolen er også det organet som har størst erfaring med å fortolke mange av de EU-rettslige forpliktelsene som også inngår i EØS-avtalen. Hvilke følger har det så fått, og vil kunne få, at Høyesterett velger å bruke EF-domstolens praksis, slik det er skissert ovenfor? Ved i liten grad å bruke adgangen til å innhente rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen, men samtidig ofte bruke nyere praksis fra EF-domstolen, har Høyesterett kanskje foretatt et valg med hensyn til hvilken internasjonal domstol som er mest akseptert som både rettsavklarer og rettsutvikler på EØS-rettens område. Kanskje fører dette også til en tilnærming til EU-retten,

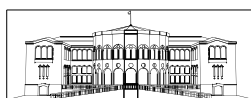
⁸³ Rt. 2001 s. 1390.

⁸⁴ Rt. 2006 s. 71.

⁸⁵ Se også Bull, 2004, s. 112.

⁸⁶ Se Graver, 2004, s. 13, som kommer frem til samme konklusjon. I tillegg gjør han en observasjon som jeg i min avhandling ikke har hatt mulighet til å undersøke, nemlig at Høyesteretts bruk av praksis fra EF-domstolen ikke i nevneverdig grad atskiller seg fra metoden som domstolene i EU-landene anvender.

⁸⁷ 84 avgjørelser pr. 31. oktober 2008.



ved at Høyesterett bruker EF-domstolens praksis i så stor grad. EF-domstolen, slik Høyesterett bruker domstolens avgjørelser i dag, bidrar til, og vil også i fremtiden bidra til, en rettsutvikling i Norge. Høyesteretts bruk av praksis derfra er et hovedgrunnlag for den innflytelse domstolen får i norsk rett, kanskje på bekostning av den innflytelsen EFTA-domstolen kunne hatt dersom den ble spurt om å avgi flere rådgivende uttalelser. Hvorvidt dette hadde medført en faktisk forskjell i utfallet av de fleste sakene, er likevel mer tvilsomt, på grunn av lojalitetsprinsippet, som forplikter også EFTA-domstolen til å følge EF-domstolens praksis.

4.6 Avsluttende vurderinger om Høyesteretts rolle på EØS-rettens område

Hvilken rolle har Høyesterett som nasjonal maktinstans, og hva er rettens forhold til EF-domstolen og EFTA-domstolen? Har disse internasjonale domstolene overtatt Høyesteretts rolle og tilsidesatt den nasjonale domstolen på området for tolkning av EØS-forpliktelsene, og hvilken rolle vil Høyesterett kunne ha som rettsutvikler på dette felt? Et hovedtema videre vil være hvordan Høyesteretts argumentasjon er påvirket av at det gjennom rettens avgjørelser kan oppstå konflikter mellom rettens lojalitet overfor nasjonal lovgiver og de internasjonale domstolene.

Kan man ut fra hvordan Høyesterett selv argumenterer i møte med EØS-avtalens forpliktelser og praksis fra EFTA-domstolen og EF-domstolen, utlede noe om hvordan retten ser på sin egen rolle som rettsutvikler? Høyesterett argumenterer i f.eks. *Finanger I-dommen*⁸⁸, med hensyn til lovgivernes vilje ved vektleggingen av uttalelser fra de internasjonale domstoler. Lovgivers intensjoner, i form av forarbeider til lover, har i norsk rettstradisjon betydelig vekt ved Høyesteretts rettsanvendelse.⁸⁹ Nasjonale lovgiveres intensjoner vil altså også på EØS-rettens område veie tungt. I mange tilfeller kan og vil dette likevel føre til et dilemma for domstolen, fordi lovgivernes intensjoner kan sprike, spesielt i forbindelse med internasjonale forpliktelser. Dette kan spesielt være tilfellet med EØS-retten og EMK. Gjennom forrangsbestemmelsene og forarbeidene til implementeringslovene har Stortinget gitt et overordnet direktiv til domstolene om forholdet mellom norsk rett og de internasjonale forpliktelsene. Dette utelukker likevel ikke at forpliktelsene senere fravikes, ved lov og forarbeider, ved feil, ved forglemmelser eller mer eller mindre bevisst. Høyesterett kan da bli stilt i en posisjon der et valg må tas gjennom en avveining av intensjonene, dersom retten velger å vektlegge signalene fra lovgiver tungt.

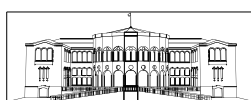
Et viktig moment i drøftelsen om Høyesteretts posisjon i et lojalitetsforhold mellom lovgiver og internasjonale domstoler er EØS-avtalens art. 3, jf. EØS-loven § 1. På hvilken måte gjenspeiler lojalitetsforpliktelsen seg i Høyesteretts avgjørelser, hvilket innhold gir retten dette prinsippet? I en av Maktutredningens rapporter⁹⁰ stilles det spørsmål ved om lojalitetsforpliktelsen i EØS-avtalen innebærer en direkte forpliktelse for domstolene i tilfeller der EØS-relaterte direktiver ikke er gjennomført i norsk rett. Høyesterett klarla langt på vei lojalitetsbestemmelsens rekkevidde i *Finanger I-saken*, retten anså seg selv bundet av dette.⁹¹ I *Finanger II-saken* ble lojalitetsprinsippet betydning for Høyesterett og andre nasjonale domstoler fastlagt nærmere, ved at retten påtok seg ansvaret for en gjennomføring i norsk rett av det statlige erstatningsansvaret for feilimplementerte direktiver. Høyesteretts forhold til

⁸⁸ Rt. 2000 s. 1811, på s. 1820.

⁸⁹ Se konklusjonene til Knut Bergo i "Høyesteretts forarbeidsbruk", 2001.

⁹⁰ Arnesen og Graver 2000, avs. 4.1 og 4.2.

⁹¹ Rt. 2000 s. 1811, s. 1827.



lojalitetsforpliktelsen i EØS-avtalen viser seg også ved at domstolen tidvis "forbigår" EFTA-domstolen som tolkningsinstans for EØS-forpliktelsene, og ved at Høyesterett av og til legger seg på en fortolkning av EØS-avtalen som er mer homogen i forhold til EU-retten enn i forhold til EFTA-domstolens utgangspunkt. Et eksempel på dette er at Høyesterett i Finanger II-dommen tok avstand fra EFTA-domstolens uttalelse i Karlsson-saken om erstatningsansvarets ulike rekevidde i EU-retten og EØS-retten. Det er altså grunn til å slå fast at Høyesterett legger stor vekt på lojalitetsprinsippet, i tillegg til å anse seg selv direkte forpliktet av det.

Hvor bundet – ut fra Høyesteretts argumentasjon – er retten av EFTA-domstolens avgjørelser? Noen uttalelser fra Høyesterett kan tyde på at domstolen delvis er fristilt når det gjelder EFTA-domstolens fortolkninger av EØS-retten, f.eks. ved å uttrykke seg slik at det ikke foreligger noen grunn til å fravike EFTA-domstolens fortolkning.⁹² Samtidig har retten ved flere anledninger gitt EFTA-domstolens og EF-domstolens uttalelser vesentlig vekt⁹³ og betegnet dem som "overbevisende"⁹⁴. I hovedsak er det denne argumentasjonen som gjør seg gjeldende. Høyesterett fremstår dermed som sterkt bundet av de internasjonale domstolenes argumentasjon. Dette viser seg også ved at Høyesterett heller ikke i særlig grad skiller mellom vekten av rådgivende uttalelser avgitt av EFTA-domstolen i anledning saken og uttalelser som ikke er det.

Det kan dermed virke som om Høyesterett ikke forholder seg til praksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen på noen særlig annerledes måte enn EU-landene forholder seg til EF-domstolens avgjørelser.⁹⁵ Eksempler på dette er Høyesteretts bruk av praksis fra EF-domstolen fra tidspunktet etter EØS-avtalens undertegnelse og uttalelsene om vekten retten tillegger de rådgivende uttalelsene fra EFTA-domstolen. Høyesterett har satt så strenge krav for å kunne fravike rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen at situasjonen for disse ikke vil atskille seg særlig fra hvordan nasjonale domstoler i EU-land må forholde seg til uttalelsene fra EF-domstolen, dersom det bes om slike underveis i rettsprosessen. Dette er selvsagt et interessant valg av retten, sett i lys av at de juridiske og politiske forpliktelsenes omfang ikke er det samme innenfor EU som for EFTA-statene.

Har Høyesterett, ved ikke å skille mellom avgjørelser i EF-domstolen avsagt før og avsagt etter EØS-avtalens undertegnelse, jf. EØS-avtalens artikkel 6, satt seg utenfor lovgivernes intensjoner ved inngåelsen av EØS-avtalen? Eller har det å bruke nyere praksis fra EF-domstolen bare vært den mest praktiske og pragmatiske løsningen for domstolen i anvendelsen av EØS-avtalen, i tråd med lovgivernes intensjoner? Svaret på dette er ikke klart. Høyesteretts fremgangsmåte bør uansett ses i lys av EFTA-domstolens lojalitet til EF-domstolens avgjørelser, uavhengig av tidspunkt for avsigelse.

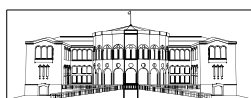
Har EF-domstolen og EFTA-domstolen overtatt Høyesteretts rolle på området for EØS-retten? Ut fra gjennomgangen av Høyesteretts avgjørelser i denne avhandlingen virker det ikke umiddelbart slik. På den ene siden stiller Høyesterett ikke i særlig grad spørsmål ved fremgangsmåtene eller ved løsningene som kommer fra EF-domstolen og EFTA-domstolen,

⁹² Rt. 2000 s. 1811 (Finanger), på s. 1827.

⁹³ Rt. 2000 s. 1811, s. 1820, Rt. 2004 s. 904, avs. 99, Rt. 2007 s. 1003, avs. 81, se 3.3.5.

⁹⁴ Rt. 2005 s. 1365, avs. 51, se 3.3.7.

⁹⁵ Se Graver, 2004, s. 2-3.



eller ved vekten retten selv tillegger avgjørelsene. På den andre siden griper retten sjansene som byr seg til å løse problemstillinger som er mer eller mindre tilknyttet EØS-retten, selv, ved å bruke nasjonale og utenlandske rettskilder, uten å involvere EFTA-domstolen.

Høyesteretts rolle som siste instans og rettsutvikler vil uansett ikke kunne være like stor når det gjelder EØS-retten som for nasjonal rett. På grunn av lojalitetsforpliktelsene og homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen vil Høyesteretts muligheter til å påvirke utviklingen av EØS-retten være forholdsvis små. Det kan argumenteres med at Høyesterett i så fall må klare å påvirke hele EU-retten. Generelt skal det også mye til før en nasjonal domstol setter seg utover EFTA-domstolens vurderinger av et EØS-rettslig spørsmål. Baudenbacher påpeker i sin artikkel "The EFTA Court Ten Years On" at det ikke finnes ett eksempel på en nasjonal domstol som har nektet å tilsidesette nasjonal rett til fordel for en EØS-forpliktelse når det kommer til den vertikale virkningen mellom private rettssubjekter.⁹⁶ Når det gjelder den horisontale virkningen,⁹⁷ er Finanger I-saken trukket frem som det eneste eksempelet på at en nasjonal domstol satte nasjonal rett foran EØS-retten på det horisontale virkningsområdet. Eksempelet viser at Høyesterett ikke nødvendigvis har en så passiv rolle med hensyn til EØS-forpliktelser som f.eks. vektleggingen av praksisen fra EF-domstolen og EFTA-domstolen gjennomgått ovenfor kan tyde på.

5. HØYESTERETTS BRUK AV PRAKSIS FRA DEN EUROPEISKE MENNESKERETTSDOMSTOLEN

5.1 EMK

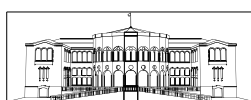
EMK ble ratifisert og trådte i kraft i Norge i 1953. Konvensjonen hadde ikke den største betydningen i norsk rett de første tiår av sin eksistens. I større grad lå den i bakgrunnen som en slags samvittighetsforpliktelse, men en forpliktelse som ikke trengte å være en realitet innad i rettssystemet – Norge var uansett ansett som et foregangsland når det gjaldt demokrati og beskyttelse av individer. Det er spesielt fra 1990-tallet og frem til i dag at EMK i større grad har hatt en innvirkning på norsk rett. En betydningsfull endring var at konvensjonen også fikk en forrangbestemmelse gjennom menneskerettsloven i 1999.

De menneskerettighetene som omfattes av EMK, har ikke stått uforandret siden 1950-tallet. I tillegg til utvidelsene gjennom tilleggsprotokollene har innholdet i konvensjonen gjennomgått en endring gjennom fortolkninger foretatt av EMD. Deler av EMDs rettsutvikling har funnet sted ved slike utvidelser av rettighetenes rekkevidde. Andre deler av rettsutviklingen har bl.a. funnet sted gjennom domstolens relative vektlegging av rettigheter: En avveining har blitt foretatt mellom to motstridende rettigheter. EMK blir primært fortolket av EMD, og domstolen har, som nevnt ovenfor, en til dels rettskapende og dynamisk metode. Konvensjonen blir ofte, også av EMD selv, betegnet som en "law-making treaty", altså en lovgivende eller rettskapende konvensjon.⁹⁸ Konvensjonen pålegger statene plikter med hensyn til hvordan statens borgere behandles, og borgere får direkte rettigheter, på bakgrunn av konvensjonen. Også forskjellige sammenslutninger av borgere kan ha rettigheter gjennom EMK.

⁹⁶ Baudenbacher, 2005, s. 30.

⁹⁷ EØS-forpliktelsesens gjennomslag i forholdet mellom private parter og staten.

⁹⁸ Se f.eks. dom allerede fra 1968, EMDN-1964-2122, Wemhoff v. Germany.



Forpliktelsen som EMK utgjør, har, i tillegg til sin innvirkning på materiell rett, også påvirket de nasjonale domstolene på en mer direkte måte. Etter EMK artikkel 6 har alle krav på en behandling av sin sak ved en uavhengig og upartisk domstol. Dette setter direkte krav til en nasjonal domstols opptreden, en uavhengig og upartisk nasjonal domstol vil utvilsomt også være mer tilbøyelig til å følge impulser fra en uavhengig og upartisk internasjonal domstol. Forpliktelsen var en del av begrunnelsen for å opprette en uavhengig domstolsadministrasjon i Norge.⁹⁹

Mange av rettighetene som omfattes av EMK, har en vag ordlyd, noe som også har medvirket til den relative friheten EMD har hatt i fortolkningen av konvensjonen. I denne forbindelse er det interessant at Norge, sammen med Danmark og Storbritannia, utgjorde et mindretall under forhandlingene på slutten av 1940-tallet om utformingen av EMK. Mindretallet var tilhengere av en mye klarere og strammere formulering av menneskerettighetsforpliktelsene, men fikk ikke gehør hos de andre avtalepartene.¹⁰⁰

Menneskerettigheter har tradisjonelt hatt en sterk stilling i norsk rett. Likevel har den dynamiske utviklingen av disse gjennom EMDs praksis ikke fortonet seg helt uproblematisk. Dette kan illustreres av to uttalelser fra Makt- og demokratiutredningen, først om EMK: ”Området for menneskerettigheter er utvidet de senere årene, dels gjennom konvensjonene, dels gjennom aktivt domstolsarbeid”¹⁰¹. Så om EMD: ”Dens avgjørelser er folkerettslig forpliktende for Norge, og Høyesterett kan velge å tilpasse sin egen lovforklning til dette. Dermed blir det på et stadig viktigere og mer omfattende område en internasjonal domstol som i siste instans avgjør hva som er norsk lov.”¹⁰²

5.2 Menneskerettsloven

Hvilken rolle har menneskerettsloven i den påvirkningen som forpliktelsene i EMK har på norsk rett? Loven fungerer som en ramme for Høyesteretts bruk av forpliktelsene i EMK og EMDs fortolkninger av disse. Menneskerettsloven er, som nevnt tidligere, bygget opp på en slik måte at den har en forrangsbestemmelse som gir forpliktelsene i EMK forrang foran andre norske lover.

Det forelå ikke noen uttrykkelig folkerettslig forpliktelse gjennom EMK til å opprette en forrang for menneskerettighetene i forhold til nasjonal lovgivning, slik situasjonen var med EØS-avtalen. Det kan derfor spørres om hvorfor det i det hele tatt ble inntatt en slik forrangsbestemmelse i menneskerettsloven. I forarbeidene til menneskerettsloven brukes styrking av menneskerettighetens stilling som begrunnelse – forrangsbestemmelsen var tenkt som et politisk og rettslig symbol på hvor viktig menneskerettighetene er ansett å være.¹⁰³

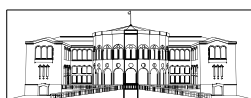
⁹⁹ Se NOU 1999:19, pkt. 5.2 og Ot.prp. nr. 44 (2000-2001), pkt. 1.3.

¹⁰⁰ Susan Marks, 1996, ”The European Convention on Human Rights and its “Democratic Society””, 66 *British Yearbook of International Law*, s.2 14, jf. Christoffersen, 2006, s. 105.

¹⁰¹ Østerud, Engelstad, Selle, 2003, s. 54.

¹⁰² Ibid s. 34

¹⁰³ NOU 1993 nr. 18, s. 166-167 og Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) del 8. Ses i denne forbindelse kan også den senere vedtatte Grunnloven § 110c.



Forrangsordningen i menneskerettsloven har mye til felles med den i EØS-loven, og i forarbeidene til menneskerettsloven er det referert til EØS-lovens forarbeider når det gjelder forholdet mellom forrangsbestemmelsen og presumsjonsprinsippet. Akkurat som i forbindelse med EØS-avtalen mente lovgiverne heller ikke her at forrangsbestemmelsen skulle rekke noe lenger enn det allerede eksisterende presumsjonsprinsippet.¹⁰⁴ Vedtakelsen av forrangsbestemmelsen er ikke uttrykkelig problematisert i forarbeidene til menneskerettsloven, der det bl.a. står at¹⁰⁵ "(...) hvorvidt det vedtas en forrangsbestemmelse eller ikke, normalt ikke vil ha betydning for avgjørelsen av rettsspørsmål i tilknytning til de inkorporerte konvensjonene. For det første vil norsk lovgivning vanligvis være i samsvar med de folkerettslige forpliktelser Norge har etter menneskerettskonvensjonene. For det andre vil domstolene og andre rettsanvendere så langt som mulig tolke norsk lov slik at det ikke oppstår motstrid med konvensjoner Norge er bundet av."¹⁰⁶

Det har i juridisk litteratur blitt påpekt at forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven, til tross for dens spesielle innhold, kun er en alminnelig lovtekst, som kan fravikes på samme måte som en hvilken som helst annen lov, bare lovgivere gjør det klart nok at dette er meningen.¹⁰⁷ Et moment som taler mot å oppfatte omfanget av menneskerettsloven § 3 på denne måten, er Grunnloven § 110c. Den vagt formulerte grunnlovsbestemmelsen knesetter ikke noen direkte plikter for lovgivere med hensyn til f.eks. innholdet i en forrangsbestemmelse. Dens funksjon kan likevel tenkes å strekke seg utover det rent symbolske dersom forrangsbestemmelsen i menneskerettighetsloven skulle bli forsøkt fjernet, i hvert fall dersom dette skulle skje til fordel for en bestemmelse som ville bidra til å bryte en internasjonal forpliktelse på området for menneskerettigheter.¹⁰⁸

5.3 EMD¹⁰⁹

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen ble opprettet med hjemmel i EMK artikkel 19. Den trådte i kraft i 1959, og dens kompetanse ble godkjent av Norge i 1964. Domstolens jurisdiksjon skal i henhold til EMK artikkel 32 "omfatte alle saker angående tolkning og anvendelse av konvensjonen og dens protokoller som bringes inn for den". Konvensjonsstatene er forpliktet gjennom EMK artikkel 46 til å etterleve avgjørelser fra EMD i den sak de er part i. I mange tilfeller vil det også være svært aktuelt for medlemsstater å rette seg etter avgjørelser avsagt mot andre enn seg selv, dette hvis forholdene i begge statene er like med hensyn til det pådømte forholdet.

Domstolen kan behandle både individklager og statsklager brakt inn for den innen seks måneder, jf. konvensjonens artikler 33, 34 og 35. Individklager er saker brakt inn for domstolen av private parter: personer, frivillige organisasjoner eller grupper av individer. Den som klager inn saken, må være et "offer" for en menneskerettighetskrenkelse i EMKs forstand: Klageren må være direkte eller indirekte personlig og konkret berørt av at en stats opptreden er i strid

¹⁰⁴ NOU 1993 nr.18 avs. 12.3.4, s. 166-167.

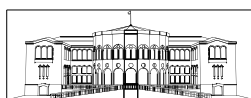
¹⁰⁵ Forrangsbestemmelsen ble debattert og problematisert både innad i regjeringen og i media i forbindelse med vedtakelsen. Jeg går ikke her inn på hvorfor dette i liten grad fremkommer i forarbeidene.

¹⁰⁶ Fra departementets merknader i Ot.prp. nr. 3 (1998-1999), pkt. 8.4.

¹⁰⁷ Se Helgesens kommentarer i Eckhoff, 2001, s. 325.

¹⁰⁸ Skoghøy, 2002, LoR, s. 341.

¹⁰⁹ Avsnittet er basert på ordlyden i EMK, Møse, Menneskerettigheter, 2002, kap. 5.4 og Høstmælingen, Internasjonale menneskerettigheter kap. 19.2.



med EMK. Dette har nær sammenheng med det alminnelige kravet om aktuell rettslig interesse for nasjonale domstoler og har, naturlig nok, tilknytning til at en privat part bør oppfylle disse kravene, for først å få prøvd saken på nasjonalt nivå. Statsklager kan bringes inn av en stat mot en annen stat til behandling i EMD, men denne adgangen anvendes i svært liten grad. Saker mot private parter kan ikke bringes inn for domstolen.

Saker kan bare bringes inn for domstolen etter at alle ordinære og tilgjengelige nasjonale tvisteløsninger er anvendt, jf. konvensjonens artikkel 35. For Norges del betyr dette at en sak kan gjennomgå en forholdsvis langvarig behandling på nasjonalt plan, først i tingretten, og i noen tilfeller i forliksråd, så i lagmannsretten og i Høyesterett, før den blir innklaget til EMD. EMD skal likevel, til tross for denne saksgangen, ikke være en form for fjerdeinstans. Det er i hvert fall ikke meningen at domstolen direkte skal vurdere hvorvidt nasjonale organers anvendelse av nasjonale rettsregler og bevisvurdering er rettmessig. EMD har ikke autoritet eller folkerettslig hjemmel til å underkjenne nasjonale lover og regnes derfor ikke offisielt som en fjerdeinstans for domstolsbehandling.

Det bør likevel stilles spørsmål ved hvorvidt dette stemmer i praksis: Har EMD på alle måter avholdt seg fra å fungere som en fjerdeinstans med hensyn til norske rettsforhold? Selv om domstolen ikke blander seg inn i bevisbedømmelse eller underkjenner nasjonale lover, kan bare det at det finnes en instans som har kompetanse til å behandle en sak etter Høyesterett i tid, påvirke Høyesteretts avgjørelser? Det er i hvert fall ingen tvil om at EMD har behandlet en rekke saker etter Høyesterett i tid og har kommet til en annen konklusjon – en konklusjon som Norge har måttet rette seg etter – enn det resultatet som landets øverste domstol kom til.

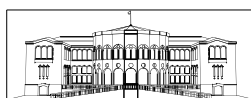
5.4 Hvordan bruker Høyesterett praksis fra EMD?

5.4.1 Innledning

I dette Perspektivet er det ikke mulig å gjennomgå all den praksisen i Høyesterett som var grunnlaget for masteroppgaven dette er basert på. Nedenfor følger derfor generelle betraktninger om Høyesteretts bruk av praksis fra EMD, illustrert av de mest interessante rettsavgjørelsene. Det er spesielt på prosessområdet at Høyesterett i stor grad har måttet benytte seg av EMDs praksis, og justert sin rettsanvendelse etter avgjørelser av EMD. Dette er kanskje fordi EMK i større grad ble ansett som en del av prosessretten allerede før menneskerettighetsloven, på grunn av bestemmelsene i straffeprosessloven § 4 og tidligere tvistemålsloven § 36a, nå tvisteloven § 1-2. Mest synlig, i antall dommer, har dette vært i straffeprosessen på områdene for dobbeltstraff, opplesing av politiforklaringer, uskyldspresumsjonen og selvinkriminering. I strafferetten har Høyesterett også i stor grad benyttet seg av EMDs vurderinger, spesielt i avveiningen mellom ytringsfrihet og personvern. Det er derfor primært fra disse områdene praksis hentes for å illustrere problemstillingen.

Norge har hatt 23 saker behandlet mot seg i EMD og er dømt i åtte. I tillegg har Norge blitt klaget inn til EMD i over 100 saker, den eldste helt tilbake til 1964.¹¹⁰ Selv om antallet saker Norge faktisk har blitt dømt i, ikke er høyt, er antallet tilfeller der vi har blitt klaget inn, mye høyere. Siden et av vilkårene for å kunne klage til EMD er at alle de mulige nasjonale

¹¹⁰ Pr. 31. oktober 2008, basert på to søk i HUDOC-basen under henholdsvis "Judgements" og "Decisions", med "Norway" som "Respondent state". Når det gjelder antall saker der Norge har vært klaget inn, viser basen de siste 100 treff, fra den nyeste avgjørelsen og tilbake til 1964.



rettsmidlene må være uttømt, er det klart at i alle de tilfellene der Norge har blitt klaget inn, har Høyesterett enten først tatt standpunkt til den materielle siden av saken, eller avvist saken fra behandling. EMD skal etter intensjonene likevel ikke fungere som en fjerdeinstans. Et eksempel på en sak der Høyesteretts avgjørelse senere ble gjenstand for behandling i EMD, og der EMD kom til et annet resultat, er KRL-saken¹¹¹. Norge ble sist dømt av EMD i spørsmålet om erstatningskrav ved frifinnelse så sent som i mai i år.¹¹² Høyesterett hadde etter en konkret vurdering forkastet anken fra lagmannsretten før spørsmålet ble brakt inn for EMD.

5.4.2 Skjønnsmarginen

Skjønnsmarginen¹¹³ er et utslag av suverenitetsprinsippet for stater og går ut på å gi medlemsstatene en margin, innenfor hvilken de har en handlefrihet ved tolkningen av forpliktelser etter EMK. Hvilken hjemmel har skjønnsmarginen i EMK-systemet? Det er EMD som avgjør hva som ligger innenfor skjønnsmarginen. Samtidig er marginen ansett å ha også en basis i EMKs system, gjennom artiklene 1 og 13. I disse artiklene sies det at primæransvaret for å sikre at konvensjonens regler er fulgt, tilligger staten, som ved nasjonale domstoler også skal utøve den primære kontrollen med dette.¹¹⁴ De fire dommene avsagt av EMD som regnes for å ha lagt grunnlaget for skjønnsmarginens innhold, er *Handyside*,¹¹⁵ *Sunday Times*¹¹⁶, *Dudgeon*¹¹⁷ og *James and Others*¹¹⁸, alle mot Storbritannia.

Hva er skjønnsmarginens innhold? Marginens innhold kan variere fra rettighet til rettighet og over tid, men vil aldri kunne innskrenke en rettighet slik at den griper inn i "essensen" av rettigheten og får den til å fremstå som illusorisk.¹¹⁹ Med sin nære tilknytning til suverenitetsprinsippet har skjønnsmarginen ikke bare en rent juridisk side, men også en sterk realpolitisk, ved at den representerer en "maktbalanse" mellom EMD som internasjonalt tvisteløsningsorgan og de maktorganene som vedtar nasjonale regler. Skjønnsmarginen kan medvirke til å balansere virkningene av EMDs dynamiske fortolkninger.¹²⁰ Skjønnsmarginen har også en klar forbindelse til fjerdeinstansproblematikken ved EMDs praksis: En del av skjønnsmarginen går ut på at EMD ikke skal overprøve de nasjonale domstolenes tolkning og anvendelse av nasjonal rett.¹²¹

Skjønnsmarginen har av Høyesterett blitt brukt som et argument til fordel for nasjonale løsninger, i tilfeller der retten har vurdert den nasjonale rettens forhold til EMDs fortolkninger av EMK.¹²² Et eksempel på dette er Høyesteretts uttalelse i *Böhler-dommen* om betydningen av skjønnsmarginen.¹²³ De nasjonale domstolene skal "bygge på tradisjonelle norske

¹¹¹ Rt. 2001 s. 1006.

¹¹² Case of ORR v. NORWAY EMD 31283/04.

¹¹³ Av EMD kalt "margin of appreciation", men også "discretion", "power of appreciation" og "latitude", se Sørensen, 2004, s. 139.

¹¹⁴ Oftedal Broch, 2005, s. 260.

¹¹⁵ 7. desember 1976 nr. 5493/72, Series A nr. 24 se avs. 48.

¹¹⁶ 26. april 1979 nr. 6538/74, Series A nr. 30.

¹¹⁷ 22. oktober 1981 nr. 7525/76, Series A nr. 45.

¹¹⁸ 21. februar 1986 nr. 8793/79, Series A nr. 98.

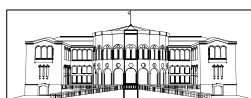
¹¹⁹ Oftedal Broch, 2005, s. 264.

¹²⁰ Se også Oftedal Broch, 2005, s. 260.

¹²¹ Sørensen, 2004, s. 142 med videre henvisninger.

¹²² Oftedal Broch, s. 278.

¹²³ Rt. 2000s. 996, s. 1007-1008.



verdiprioriteringer. Dette gjelder særlig dersom den norske lovgiver har vurdert forholdet til EMK og lagt til grunn at det ikke foreligger motstrid”.¹²⁴ Høyesteretts uttalelse i *Bøhlerdommen* om at retten skal tolke og anvende EMK på samme måte som EMD ville ha gjort, taler for at norske domstoler, etter Høyesteretts mening, skal kunne anvende skjønnsmarginen til fordel for Norge i samme utstrekning som de tror EMD ville ha gjort det.

5.4.3 Høyesteretts uttalelser om EMDs praksis illustrert ved enkeltavgjørelser

EMD tar hvert år standpunkt til svært mange spørsmål om konvensjonens innhold og rekkevidde. Når Høyesterett skal ta standpunkt til innholdet i en forpliktelse som EMD har fastlagt innholdet i gjennom en rekke avgjørelser over flere år, kan dette være en utfordring.

Høyesteretts tilnæringsmåte til disse problemstillingene, har gjennomgått en endring de siste årene. **OFS-dommen**¹²⁵ illustrerer på mange måter den eldre tilnæringsmåten Høyesterett hadde til folkerettslige forpliktelser av samme viktighet for Norge som EMK og EØS-avtalen. Dommen ble for EMKs del avsagt før vedtakelsen av menneskerettsloven, og dermed også før den nå gjeldende forrangsbestemmelsen. Dommen illustrerer et tilfelle der norske myndigheter ikke klarte å følge opp en internasjonal forpliktelse fullt ut, den interne retten viste seg ikke å være i tråd med den internasjonale forpliktelsen. Høyesterett hadde i denne dommen en nasjonal tilnærming til fortolkning av internasjonale forpliktelser: Hvordan lovgivere hadde vurdert forpliktelsen da den ble inngått, ble f.eks. tillagt svært mye vekt. Denne uttalelsen fra dommen kan være illustrerende: ”Konvensjoner om menneskerettigheter, avgjørelser av EMD og anerkjente folkerettslige prinsipper kan også få internrettslig virkning fordi norsk rett antas å være i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Dersom det er klar motstrid mellom folkerettslige bestemmelser og norsk rett, vil imidlertid utgangspunktet måtte være at den interne rett går foran.”¹²⁶

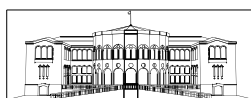
Denne metoden må i dag i stor grad anses å være fraveket av Høyesterett, i hvert fall for EMKs og EØS-avtalens del. Høyesterett har i senere rettspraksis endret sin tilnærming og gjort tolkningsstilen mer internasjonal. For eksempel skisseres metoden ganske annerledes i **Bøhler-saken**.¹²⁷ De viktigste retningslinjene for de nasjonale domstolenes tolkning av EMK er for det første at de ikke skal ”bygge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd”, for det andre at domstolene ”i tilfeller hvor det er tvil om hvordan EMK

¹²⁴ Rt. 2000 s. 996, s. 1008.

¹²⁵ Rt. 1997 s. 580. Streike- og blokadeforbud i provisorisk anordning var ikke i strid med allmenne rettsprinsipper av grunnlovsmessig karakter, jf. Grl. § 112. Norges forpliktelser etter EMK artikkel 11, ILO-konvensjonene nr. 87 og 98, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, og økonomiske sosiale og kulturelle rettigheter og Den europeiske sosialpakt kunne ikke forstås slik at de var til hinder for bruk av tvungen lønnsnemnd når tungtveiende samfunnsmessige hensyn tilsier dette. Uttalt at selv om streikeforbudet skulle ha vært i strid med folkerettslige bestemmelser som vern av retten til streik, ville det følge av norsk rett at den provisoriske anordning om tvungen lønnsnemnd var gyldig, jf. Grl. § 110c.

¹²⁶ Rt. 1997 s. 580, s. 593.

¹²⁷ Rt. 2000 s. 996. En skatteyder fikk medhold i at EMK artikkel 6, om at en straffesiktelse skal avgjøres innen rimelig tid, også gjelder under ligningsmyndighetenes behandling av spørsmålet om illeggelse av forhøyet tilleggsskatt for forsettlig eller grovt uaktsom skatteunndragelse. Saksbehandlingstiden for de to ligninger var elleve og åtte år. Høyesterett drøftet, men tok ikke standpunkt til, om også forbudet i EMK, syvende tilleggsskatt artikkel 4, mot å straffe en person to ganger for samme straffbare handling var krenket ved at skatteyteren ble ilagt forhøyet tilleggsskatt etter at han var blitt rettskraftig straffedømt for forsettlig skatteunndragelse for samme år.



skal forstås, ikke bør anlegge en for dynamisk tolkning av konvensjonen".¹²⁸ Den tredje retningslinjen var at norske domstoler skulle bruke samme tolkningsprinsipper som EMD. Alle disse retningslinjene har blitt gjentatt i senere avgjørelser fra Høyesterett, også i plenum.¹²⁹ Et av hensynene som anføres av Høyesterett som begrunnelse for denne metoden, er å ikke forsrykke maktbalansen mellom de nasjonale domstoler og lovgivere.¹³⁰

Plenumsavgjørelsen **Dobbeltstraff I**¹³¹ inneholder videre retningslinjer for hvordan man skal mestre utfordringene som oppstår i forbindelse med tolkning av EMK.¹³² Et av poengene var at EMK skal gå foran norsk lov dersom konvensjonen, fortolket etter prinsippene i Bøhlerdommen, kommer i strid med norsk lovgivning, selv om fortolkningen av konvensjonen ikke fremstår som helt klar.¹³³

Høyesterett har f.eks. blitt påvirket av EMD ved at Høyesterett har måttet endre måten retten formulerer seg på, og har også gitt de andre nasjonale domstoler retningslinjer om dette. For eksempel har dette skjedd der det har vært tvil om hvorvidt uskyldspresumsjonen etter EMK artikkel 6 har vært krenket fordi en tiltalt som var blitt frifunnet, samtidig ble idømt erstatningsansvar. En slik endring i argumentasjons- og formuleringsmåte, hvor det viktigste er å fremstille grunnlaget for erstatningsansvaret på en slik måte at det ikke tyder på en presumsjon for skyld fra domstolens side, har ikke nødvendigvis noen påvirkning på resultatet, og er derfor en av de mer subtile endringene EMDs praksis har tvunget frem i norsk rett.¹³⁴

Det finnes flere tilfeller der Høyesterett ikke har hatt klare signaler gjennom EMDs praksis om fortolkningen av EMK. Drøftelsene i sakene baserer seg, i tillegg til egne vurderinger av EMKs innhold, på generelle uttalelser fra EMD i avgjørelser som gjaldt andre typer saksforhold.¹³⁵ I **Rt. 2005 s. 833** begrunner Høyesterett på følgende måte bruk av praksis fra EMD i et slikt tilfelle: "Ved tvil om betydningen av EMDs avgjørelser vil det ha vekt om saksforholdet kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse i norsk rett. Vår sak gjelder en bestemmelse som vi i Norge antagelig står alene om å ha. At det ikke finnes praksis fra EMD om dette spørsmålet, må ses på denne bakgrunn og utelukker ikke at det kan trekkes bindende slutninger fra EMDs praksis til vår sak."¹³⁶ Avgjørelsen handlet om hvorvidt forbudet mot seksuell omgang med mindreårige under 14 år var i tråd med EMK, når det i straffebestemmelsen ikke var inntatt en aktsomhetsvurdering, slik tilfellet er for seksuell omgang med mindreårige mellom 14 og 16 år. Uten et slikt unntak for tilfeller der gjerningsmannen ikke på noen måte er å laste for ikke å ha kjent til alderen, kom Høyesterett til at bestemmelsen i straffeloven § 195

¹²⁸ Begge sitater s. 1008.

¹²⁹ Rt. 2002 s. 509 Sundt, Rt. 2002 s. 557 Dobbeltstraff I, og Rt. 2001 s. 1006 KRL-saken.

¹³⁰ Rt. 2000 s. 996, s. 1008.

¹³¹ Rt. 2002 s. 557. Problemstillingen i saken var om EMK protokoll 7 art 4 verner mot strafferettslig forfølgning av et forhold det allerede er ilagt forhøyet tilleggsskatt for. Både objektive gjerningsbeskrivelser og subjektive vilkår er like ved illeggelse av forhøyet tilleggsskatt, etter ligningsloven. Høyesteretts flertall fant at strafferettslig forfølgelse var man avskåret fra..

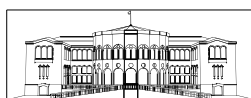
¹³² Problemstillingen i saken var hvorvidt tap av rett til dagpenger og en etterfølgende straffesak var å regne som dobbeltstraff etter EMKs definisjon av dette i protokoll 7 artikkel 4.

¹³³ s. 565.

¹³⁴ Denne endringen hadde nær sammenheng med to avgjørelser avsagt i EMD, Y mot Norge og Ringvold mot Norge, og endringene kan observeres i f.eks Rt. 2003 s. 1671 og Rt. 2004 s. 321.

¹³⁵ Se Backer, 2006, s. 255.

¹³⁶ Se avgjørelsens avs. 47.



var i strid med EMK. Bestemmelsen hadde en svært klar utforming, og en klar intensjon fra lovgivers hold.¹³⁷

Høyesterett valgte likevel å tilføye et aktsomhetskrav til bestemmelsen, for å få denne i overensstemmelse med EMKs krav til nasjonal rett. Når dette ble gjort uten klare jamførbare avgjørelser fra EMD, kan det spørres hvorvidt Høyesterett i denne kjennelsen fravek den selvpålagte tilbakeholdenheten fra Bøhler-dommen om at det er EMD som skal stå for videreutviklingen av konvensjonen.¹³⁸ Hvor sikker var retten på at den norske straffelovsbestemmelsen var i strid med EMK, når EMD ikke hadde tatt standpunkt til lignende spørsmål? Det at bestemmelsen var enestående i europeisk sammenheng, og at det objektive straffeansvaret her var strengere enn i de mindre lignende nasjonale bestemmelser EMD tidligere hadde tatt standpunkt til, taler likevel for at Høyesterett ikke tok noen særlig stor risiko i sin fortolkning av konvensjonen i denne avgjørelsen. Man kan likevel argumentere for at Høyesterett i avgjørelsen til en viss grad påtok seg en lovgiverrolle, og dette ble gjort som en følge av den innflytelsen EMD har på norsk rett.¹³⁹

Det har ved flere anledninger i juridisk teori vært stilt spørsmål ved om Høyesterett har gått lenger enn den selvpålagte fremgangsmåten skissert i Bøhler-saken.¹⁴⁰ På et generelt grunnlag kan det spørres om det egentlig er en ulempe at Høyesterett kan foregripe utvikling av menneskerettighetene og gi disse et sterkere vern enn det som strengt tatt følger av EMK. Som hovedregel vil det selvsagt ikke være en ulempe å gi menneskerettigheter en større beskyttelse enn nødvendig, det er heller en stor fordel for menneskerettighetenes vilkår i Norge. En slik foregripelse vil likevel kunne oppleves problematisk fra en politisk synsvinkel, der foregripelsen f.eks. innskrenker andre lovregulerte rettigheter eller plikter. Ovenfor ble det også gjort rede for en del avgjørelser der Høyesterett baserer sine løsninger på tolkninger av EMK som ikke alltid har klare holdepunkter i praksis fra EMD. Kan en slik fremgangsmåte i noen tilfeller være en følge av rettens uvilje til å få sin avgjørelse overprøvd på internasjonalt nivå? Høyesterett vil kanskje løse sakene selv, og på en slik måte at det ikke vil finnes noen grunn til å klage avgjørelsene inn for EMD. Det dynamiske elementet i EMDs fortolkning av EMK gjør det likevel vanskelig for de nasjonale domstolene å forutse et eventuelt utfall av en behandling i EMD. Dette avholder neppe nasjonale domstoler fra å prøve.

5.5 Avsluttende vurderinger om Høyesteretts rolle på EMKs område

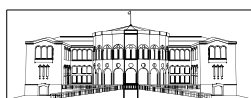
Også med hensyn til EMK står Høyesterett i en stilling der retten tidvis må balansere mellom lovgivers vilje på den ene siden og EMDs praksis på den andre siden i sine tolkninger av EMK. Høyesteretts rolle med hensyn til de internasjonale menneskerettslige forpliktelsene er preget av at retten ikke i praksis har måttet forholde seg til kjernen av menneskerettighetene, verken ved selvstendig tolkning av EMK eller ved bruk av rettspraksis fra EMD. Norges menneskerettslige utfordringer må kunne sies å ha ligget i yttergrensene av

¹³⁷ Se avgjørelsens avs. 39.

¹³⁸ Se også Backer, 2006, s. 259.

¹³⁹ Praksis fra EMD har også før denne saken ført til at Høyesterett har brutt med tidligere tolkning av norsk rett og også egen praksis, f.eks. i Rt. 2002 s. 1216. Her ble EMDs avgjørelse i Malige-saken fulgt opp, og det brytes med oppfatningen i norsk rett om at inndragning av førerkort ikke er straff. Det som var nytt i den ovenfor behandlede saken, var måten fravikelsen av den tidligere rettsforståelsen ble gjort på: ved tilføyelse av et aktsomhetskrav i en bestemmelse der lovgivere klart ikke ville ha et slikt aktsomhetskrav.

¹⁴⁰ For mer om dette, se min masteroppgave, punkt 4.3.6.



menneskerettsbestemmelsene. De store bruddene mot menneskerettighetene har funnet sted i andre stater. Som Carsten Smith sa: ”Fra norsk side må vi under disse omstendigheter se tilslutningen til EMK og Strasbourg-domstolen primært under synsvinkelen internasjonal solidaritet. Vi bidrar gjennom en lojal oppslutning om EMK-systemet til å styrke rettsordenen i alle Europarådets stater.”¹⁴¹

Høyesteretts rolle problematiseres likevel av det detaljnivået EMDs tolkninger av EMK har gått ned på, også når det gjelder yttergrensene av menneskerettighetsforpliktelsene. Selv om det skulle være allmenn enighet om at f.eks. forbud mot tortur og folkemord skal omfattes av menneskerettighetene, gjelder denne enigheten ikke i like stor grad hvorvidt tilleggsskatt skal anses som en straff, i en vurdering om dobbeltstraff. Hva menneskerettighetene omfatter, har på denne måten blitt redusert til et spørsmål om juridiske og tekniske problemstillinger, som ut fra et ideelt ståsted kan besvares på ulike måter.¹⁴²

Høyesteretts egen argumentasjon viser at retten selv mener å ha en rolle som rettsutvikler på konvensjonens felt. I Gjenopptakelsessaken¹⁴³ sammenfattet førstvoterende sitt syn, med tilslutning fra samtlige andre dommere i saken, på denne måten: ”Det har vært en utvikling i tolkningsmetode med hensyn til forholdet mellom norske prosessregler på strafferettens område og regler som bygger på konvensjonen (...). Menneskerettsloven har vært en viktig tolkningsfaktor i utviklingen. Forståelsen av bestemmelsen i konvensjonen har vært gjenstand for en vesentlig utvikling etter vedtakelsen, og dette har skjedd så vel ved EMDs egen praksis som ved Høyesteretts praksis.”¹⁴⁴ Dette er en interessant uttalelse, spesielt fordi det kan se ut som om Høyesterett her sidestiller sin egen og EMDs fortolkning av konvensjonen: Den er etter rettens syn blitt utviklet av begge. Uttalelsen må ikke leses på en særlig kontroversiell måte. Den utelukker selvsagt ikke at det er EMD som får det siste ordet i utviklingen av konvensjonen. Det er likevel vanskelig å se at det retten sier om Høyesteretts bidrag til utviklingen, stemmer overens med rettens egne retningslinjer i Bøhler-dommen.

Har EMD overtatt Høyesteretts rolle på menneskerettighetenes område? Dette er et sammensatt spørsmål, som jeg har forsøkt å belyse i drøftelsene ovenfor. Høyesterett bruker utvilsomt i stor grad praksis fra EMD i de tilfellene der menneskerettighetsspørsmål kommer opp, også der de samme rettighetene fremkommer av tungtveiende nasjonale rettskilder som Grunnloven.¹⁴⁵ EMDs praksis har også ført til kursendringer i Høyesterett ved fravikelser av tidligere avgjørelser, og har til og med fått Høyesterett til å innta en lovgiverlignende rolle med hensyn til en straffelovsbestemmelse.¹⁴⁶ Menneskerettigheter er likevel et rettsområde som også uten EMKs og EMDs innflytelse har sterke rettstradisjoner i Norge. Høyesterett har påpekt dette ved å si at det er uproblematisk å gi menneskerettigheter større beskyttelse enn det som følger av EMK, så lenge dette er i samsvar med nasjonale verdier.¹⁴⁷ Det er mitt syn at det er spesielt i disse tilfellene Høyesterett i fremtiden vil spille en stor rolle på menneskerettighetenes område.

¹⁴¹ Smith, 2005, s. 437.

¹⁴² Se Hov, 2007, s. 110-112 og Hov, 2004.

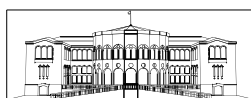
¹⁴³ Rt. 2003 s. 359

¹⁴⁴ Avs. 92.

¹⁴⁵ For mer om dette se min masteroppgave, punkt 4.3.8.

¹⁴⁶ Rt. 2005 s. 833.

¹⁴⁷ Brennpunkt-kjennelsen.



6. MAKTUTREDNINGENS KONKLUSJONER OG HØYESTERETTS ROLLE

6.1 Maktutredningens konklusjoner, etterfølgende diskusjoner, kritikk og behandlingen av utredningen i Stortinget og i Regjeringen

I korte trekk var konklusjonene i Maktutredningen med hensyn til domstoler følgende: De nasjonale og de internasjonale domstolenes makt øker på bekostning av de folkevalgte. Bakgrunnen for dette er prosessen betegnet som rettsliggjøring. På nasjonalt plan formuleres flere sosiale og kulturelle problemer som rettskrav. På internasjonalt plan forplikter Norge seg i større grad til internasjonale avtaler, som også er formulert som rettskrav, og som er åpne for prøving ved både nasjonale og internasjonale domstoler.¹⁴⁸ Internasjonale og nasjonale domstoler får også mer makt gjennom et dynamisk element – en domstolsdrevet utvikling av forpliktelsene ved de internasjonale domstolene og de nasjonale domstolenes godtakelse og oppfølging av dette. Dette fører til en begrensning i folkevalgtes lovgivningssuverenitet.¹⁴⁹

I ”Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler”, fra Maktutredningens rapportserie, ble det konkludert med at norske domstoler ville gå langt i å reparere feil ved gjennomføringen av EØS-rett, ved å tolke EØS-rettslige forpliktelser i tråd med den dynamiske rettsutviklingen ved EFTA-domstolen og EF-domstolen.¹⁵⁰ Dette vil være tilfellet overalt der gjennomføringsfeilene ikke kan spores tilbake til en bevisst vilje fra Stortingets side til å fravike EØS-retten. Domstolene tvinges på denne måten til å være både nasjonale og EØS-rettslige tvisteløsningsinstanser.

Maktutredningen har etter sin ferdigstillelse blitt diskutert og kritisert på flere grunnlag. I tillegg hadde selve Maktutredningen to særuttalelser, hvorav den ene, Hege Skjeies, kom inn på rettsliggjøringens påvirkning på demokratiet.¹⁵¹ Hennes dissens, i den grad den berører problemstillinger av interesse her, gikk ut på at en del folkerettslige forpliktelser faktisk kan styrke og utvide demokratiet heller enn at folkestyret svekkes gjennom slik internasjonal rettighetsfesting. Internasjonal rettighetsfesting kan gi makt til folkegrupper som ellers ikke ville hatt særlig innflytelse i et flertallsstyre.

Hennes syn var ikke helt nytt – også før Maktutredningens konklusjoner var offentliggjort, var det syn at internasjonale forpliktelser og håndhevelsen av dem på internasjonalt nivå utgjør en trussel mot demokratiet i Norge, kritisert i juridisk teori: ”Konsekvensen av å bygge ned på overnasjonalt forpliktende ordninger behøver ikke være mer demokratisk innflytelse over utviklingen på nasjonalt plan, men kan like gjerne være øket avmakt.”¹⁵² Det er likevel av interesse at synspunktet fikk plass i Maktutredningen.

Det er ikke mulig å ta for seg alle drøftelsene rundt utredningen i denne avhandlingen. Nedenfor følger en kort redegjørelse for de debattinnslag som er mest relevante for problemstillingene i min avhandling. Et av de mest interessante temaene i forlengelsen av Skjeies poeng i dissensen er forholdet mellom internasjonale samarbeid, i form av

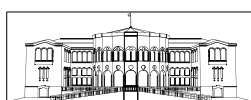
¹⁴⁸ NOU 2003:19, kapittel 6. Se også avhandlingens pkt. 1.1 og 2.3.

¹⁴⁹ Østerud, Engelstad, Selle, 2003, kapittel 7.

¹⁵⁰ Arnesen og Graver 2000, avs. 6.1.

¹⁵¹ NOU 2003:19, kap.14.2.1-14.2.2.

¹⁵² Graver, 2003, s. 472.



rettighetsfesting og styrking av demokratiet. Flere har påpekt at begrepet demokrati kanskje har fått et for snevert og statisk innhold i Maktutredningen.¹⁵³ Spesielt to artikler publisert i etterkant av Maktutredningen tar for seg dette temaet. Stubberud kritiserer Maktutredningen for nærmest å gi uttrykk for et ønske om at Norge ikke skal delta i det menneskerettighetssamarbeidet som EMK utgjør, av hensyn til en eventuell innskrenking av de folkevalgtes makt. Han fremhever at menneskerettigheter også kan ses på som en forutsetning for et vellykket demokrati. Den begrensningen menneskerettigheter gjennom EMK skaper for Stortinget, er egentlig en sikkerhet for at demokratiet fungerer tilfredsstillende.¹⁵⁴ Også Sand påpeker at den dynamiske utviklingen av menneskerettigheter kan ses på som en styrking av demokratiet i stedet for den svekkelsen Maktutredningen mener å finne – begrepet demokrati gis et for snevert og statisk innhold.¹⁵⁵

Et annerledes syn på demokratiets innhold og hvorvidt individuelle rettigheter og grupperettigheter styrker det, vil i stor grad også påvirke vurderingen av Høyesteretts og de internasjonale domstolenes rolle. Ut fra de premissene Maktutredningen la – nemlig at rettsliggjøringen fratok folkevalgte organer makt, og dermed svekket demokratiet – hadde domstolene en negativ rolle. Som ivaretagere av rettigheter som egner seg til å styrke demokratiet, vil synet på både internasjonale og nasjonale domstoler være mer positivt.¹⁵⁶

Også andre sider ved Maktutredningen som er konkret forbundet med domstolenes rolle, har vært utsatt for kritikk. Alf Petter Høgberg påpekte at rettsliggjøring i form av flere formelle rettsregler med høyere detaljnivå ikke er ensbetydende med at Høyesterett får mer makt. Jo mer gjennomregulert og detaljert et lovverk er, jo mindre skjønn gjenstår det for domstolen å utøve.¹⁵⁷ Siden både de EØS-rettlige forpliktelsene og EMK viser tegn til å bli mer detaljerte, gjennom flere direktiver på EØS-området og detaljerte fortolkninger ved de internasjonale domstolene, kan dette, etter Høgbergs syn, tyde på mindre makt for Høyesterett. En annen nyansering av det synet at domstolene vinner makt på bekostning av de folkevalgtes i forbindelse med EMK og måten konvensjonen er gjennomført på i norsk rett, fremkommer i Mæhles artikkel slik: ”Menneskerettsloven kan som nevnt ses som en politisk presisering av domstolenes ansvar som rettighetsgarantist i den demokratiske rettsstaten.”¹⁵⁸ Et siste poeng i diskusjonen om domstolenes rolle som jeg vil trekke frem her, er Stubberuds, hvor han påpeker at Høyesterett i Maktutredningen fremstilles som å ha en større rolle i møte med praksis fra internasjonale domstoler enn det som er tilfellet: Nasjonale domstoler fremstilles i for stor grad som om de alltid har et valg.¹⁵⁹

Til slutt kan det i forbindelse med diskusjonen om den norske maktutredningen også være nyttig å sammenligne konklusjonene i denne med konklusjonene i en maktutredning fra et land

¹⁵³ Sand, 2005, s. 29.

¹⁵⁴ Stubberud, 2005, s. 131-132.

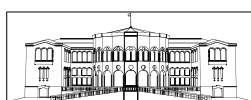
¹⁵⁵ Sand, 2005, s. 31-32

¹⁵⁶ Jeg kommer også litt tilbake til dette temaet i 5.2.7.

¹⁵⁷ A.P.Høgberg, 2005, avs.4.

¹⁵⁸ Mæhle, 2005, s. 205.

¹⁵⁹ Stubberud, s. 127-129.



som kulturelt og rettslig står Norge nært, nemlig Danmark.¹⁶⁰ Har man i Danmark funnet de samme tendensene til rettsliggjøring og forflytning av makt til domstoler som i Norge?

I sin særuttalelse i Maktutredningen kommer Hege Skjeie inn på den danske maktutredningen og hvordan utformingen av mandatet til en utredning kan påvirke konklusjonene. Den danske maktutredningen, under ledelse av Lise Togeby, ble nedsatt i 1997, og konklusjonene av den omfattende forskningen forelå i 2003, i boken "Magt og demokrati". Vurderingen av demokratiets levekår var i stor grad mer positiv enn vurderingene i den norske maktutredningen.¹⁶¹ Den danske maktutredningen fant ikke i like stor grad som den norske problemer forbundet med de internasjonale domstolars rolle som maktinstanser på bekostning av de nasjonale maktinstansene. De internasjonale domstolenes rolle var ikke en særlig stor del av utredningens konklusjoner.¹⁶² Den danske utredningen fant de samme tendensene til forflytning av makt, men definerte dette som en endring som finner sted i flere demokratiske land.¹⁶³ Utviklingen ble altså ikke definert som et problem.¹⁶⁴

På hvilken måte har så den norske maktutredningens drøftelser om rettsliggjøring og domstolenes makt blitt behandlet, etter utredningens ferdigstillelse, i Stortinget og i Regjeringen? En oppfordring til Høyesterett fra Regjeringen i stortingsmeldingen om Maktutredningen kan nesten oppfattes som direkte kritikk med hensyn til tidligere avgjørelser om internasjonale forpliktelsers forhold til norsk rett: "Regjeringen legger til grunn at norske domstoler vil være varsomme med å overprøve lovgivers tolkning av en internasjonal konvensjon, så lenge de norske bestemmelsene bygger på en forsvarlig tolkning av de relevante konvensjonsbestemmelsene. Særlig bør dette gjelde dersom det dreier seg om bestemmelser som er vage, og dersom lovbestemmelsen bygger på verdiprioriteringer og forholdet mellom konvensjonsbestemmelsen og den nasjonale lovbestemmelsen har vært vurdert av lovgiver."¹⁶⁵ Denne uttalelsen kan i hvert fall være en direkte oppfordring til Høyesterett om i større grad å bruke den skjønnsmarginen som er innrømmet medlemsstatene fra EMDs side, og den noenlunde tilsvarende adgangen til nasjonalt skjønn som finnes etter EØS-avtalen. I samme

¹⁶⁰ Det har også vært produsert en utredning som til en viss grad tilsvarer den norske og den danske: Maktutredningen i Sverige. Denne har vært i produksjon i mye lengre tid (1985-2002) og tar i hovedsak for seg demokratiets utfordringer med hensyn til valgdeltakelse og borgernes påvirkningsmuligheter på politikken. (Se bl.a. Innst.S. nr. 252 (2004-2005) avs. 1.4.2.1) En sammenligning med den danske og den norske utredningen innenfor temaet av min avhandling vil derfor være vanskelig.

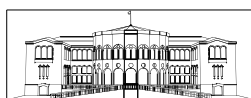
¹⁶¹ Innst.S. nr. 252 (2004-2005) pkt. 1.4.2.2.

¹⁶² Christoffersen, 2006, s. 103 og s. 113-114 og Århus, Magtudredningen, 2003.

¹⁶³ NOU 2003:19 pkt. 14.2.2.

¹⁶⁴ I Danmark har det likevel i senere tid vært en debatt om EMDs rettspolitiske rolle, utenfor maktutredningens rammer, ifølge Christoffersen, 2006. Den danske justisministeren uttalte f.eks., i 2005 at EMD hadde en "eneveldig indflydelse" på menneskeretten. Det har blitt påstått at de danske domstolene går for langt i sin bruk og fortolkning av EMK, de "overimplementerer". Det interessante her er et av hovedhensynene bak inkorporeringen av EMK i dansk rett i 1992 var å gi danske domstoler adgang til å anvende EMK også i de tilfellene der EMD hadde foretatt dynamiske fortolkninger av konvensjonen, jf. Betænkning 1220/1991, s. 149 om inkorporering av EMK i dansk rett. Spesielt har kritikken dreid seg om de danske domstolenes, og spesifikt Højesterets, anvendelse og tolkning av utlendingsrett. Lovgivningen på dette rettsområdet var utformet slik at den ga en "blankofullmakt" til domstolene til å anvende retten på en slik måte at den til enhver tid ikke kom i motstrid til forpliktelsene etter EMK. Det ble i ettertid stilt spørsmål ved om Højesteret unnlot utvisning i en lang rekke saker på grunn av frykt for å bli etterprøvd i EMD, eller om det var praktiske årsaker knyttet til de konkrete sakene som begrunnet rettens praksis på feltet. En slik blankofullmaktlovgivning har i etterkant av debatten i stor grad blitt forlatt i Danmark.

¹⁶⁵ St.meld. nr. 17 (2004-2005) avs. 3.8.



stortingsmelding ble det likevel også fremhevet et mer nyansert syn på menneskerettigheter, nemlig det som fra flere hold fremkom i kritikken av Maktutredningen: Et demokrati omfatter også de verdiene som ligger i menneskerettighetene.¹⁶⁶ Også i innstillingen til Stortinget i anledning behandlingen av den ovennevnte stortingsmeldingen fremkommer det mothensyn til Maktutredningens syn på rettsliggjøring.¹⁶⁷

Sammenfatningsvis kan det sies at diskusjonene og kritikken i forbindelse med Maktutredningens konklusjoner om rettsliggjøring og domstolers makt i stor grad har handlet om hva man legger i begrepet demokrati, og, i forlengelsen av dette, hvilke konsekvenser rettsliggjøringen får for domstolenes makt i samfunnet. Diskusjonene jeg har behandlet ovenfor, viser at Maktutredningens funn like godt kan tolkes i motsatt retning av hva utredningen gjorde, nemlig at rettsliggjøringen kan forsterke demokratiet og redusere domstolenes makt.

6.2 Høyesterett, EØS-avtalen og Maktutredningens konklusjoner

I Maktutredningens konklusjoner tillegges domstoler generelt og Høyesterett spesielt svært mye makt med hensyn til EØS-retten utvikling og innflytelse på annen norsk rett. Om de nasjonale domstolenes rolle i EU og EØS sies det i Maktutredningens sluttbok: "Europeisk integrasjon har i høy grad vært drevet av en domstolsaktivisme(...). Derfor har domstoler fått svært stor makt i integrasjonsprosessen".¹⁶⁸ Om Høyesteretts stilling og makt er konklusjonen denne: "I sine tolkninger og avveininger vil Høyesterett langt på vei avgjøre hvor integrert Norge er i EU."¹⁶⁹

Da EØS-avtalen ble undertegnet, var det en oppfatning i teorien om at mange av de grunnleggende prinsippene i EU-retten ikke var, og ikke ville bli, en del av EØS-retten. Dette gjaldt den direkte virkningen av EØS-retten, statsansvaret for uriktig implementering og rollen EF-domstolen har som en rettsavklarende sisteinstans.¹⁷⁰ Gjennom EFTA-domstolens fortolkninger av EØS-retten, og Høyesteretts bruk av dette i sine egne avgjørelser, har statsansvaret kommet inn i EØS-retten, og til en viss grad har dette kanskje medført en direkte virkning av EØS-retten i norsk rett. Ikke minst har EØS-retten fått stor innflytelse på norsk rett gjennom måten Høyesterett i sine avgjørelser bruker praksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen: For eksempel gjøres det ikke nødvendigvis forskjell på uttalelser fra EFTA-domstolen avsagt i sakens anledning og de som ikke er det, og Høyesterett bruker praksis fra de internasjonale domstolene mye på samme måte som nasjonale domstoler bruker Høyesteretts praksis. Høyesterett anser seg også direkte forpliktet av lojalitetsbestemmelsen i EØS-avtalens artikkel 3.

Høyesteretts forholdsvis omfattende bruk av EF-domstolens praksis som rettskilde, på tvers av skillet mellom avgjørelser avsagt før og avgjørelser avsagt etter EØS-avtalens undertegnelse, jf. EØS-avtalens artikkel 6, har nok også styrket denne domstolens innflytelse sammenlignet med det som ble antatt ved EØS-avtalens inngåelse. Samtidig viser det seg at Høyesterett

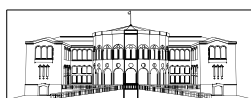
¹⁶⁶ Ibid s. 20-22.

¹⁶⁷ Innst.S. nr. 252 (2004-2005), pkt. 3.

¹⁶⁸ Østerud, Engelstad, Selle, 2003, s. 53.

¹⁶⁹ Ibid s. 34.

¹⁷⁰ Se Graver, 2004, s. 22.



hovedsakelig foretrekker å besvare EØS-rettslige problemstillinger selv, i stedet for at disse blir løst gjennom en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. I tillegg argumenterer retten med lovgivernes vilje og løser EØS-rettslige problemstillinger på bakgrunn av forarbeider til EØS-loven.

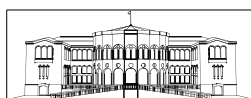
I hvor stor grad bekrefter dette Maktutredningens konklusjoner? Lite av det som ble drøftet ovenfor, tyder nødvendigvis på at Høyesterett har skaffet seg makt på bekostning av lovgiveres, i hvert fall ikke en type makt som lovgivere ikke selv tillar norske domstoler ved inngåelsen av EØS-avtalen. Høyesterett har i sine avgjørelser gått balansegangen mellom det å avgi deler av sin kompetanse på det EØS-rettslige området til EFTA-domstolen og EF-domstolen og det å være en så selvstendig tolkningsinstans på EØS-rettens område at det kan sette lovgivernes intensjoner om samarbeidet i fare. Et område der Høyesteretts fremgangsmåte ved tolkningen av EØS-avtalen likevel ikke er et utslag av lovgivers signaler, er det før nevnte tidsskillet i EØS-avtalens artikkel 6. Det som sammen med dette kanskje i størst grad kan påvirke den maktbalansen som er temaet i Maktutredningen, er Høyesteretts anerkjennelse av at nasjonale domstoler er direkte forpliktet av lojalitetskravet i EØS-avtalen. En slik lojalitet kan komme i konflikt med den lojaliteten som Høyesterett vanligvis viser til lovgivere. En selvstendig fortolkning av EØS-avtalen, som direkte er lojal mot EFTA-domstolens og EF-domstolens fortolkninger, derigjennom også EF-domstolens fortolkninger fra tiden etter EØS-avtalens inngåelse, vil ikke nødvendigvis samsvare med lovgivers intensjoner om hvordan forpliktelsen er å tolke.

I tillegg er det i denne sammenheng interessant å se på avgjørelser avsagt etter Maktutredningens ferdigstillelse. Har de bekreftet utredningens konklusjoner på EØS-rettens område? I forbindelse med en drøftelse av Maktutredningens konklusjoner om domstolens rolle er Finanger II-saken spesielt interessant å se på. Dommen er av prinsipiell karakter innenfor temaet EØS-rettens rekkevidde i norsk rett. Den kom ca. to år etter avslutningen av Maktutredningen, og det er derfor grunn til å drøfte hvordan den passer inn i utredningens konklusjoner. I tillegg til synspunktene fremmet i Maktutredningen har også andre teoretikere stilt spørsmål ved rekkevidden av EØS-avtalen i vår rett, og ikke minst har Finanger II-saken foranlediget nye drøftelser.

Hans Petter Graver har stilt spørsmålet om Høyesterett i Finanger II-saken har statuert at EØS-retten i praksis har vertikal direkte virkning, mellom stat og borgere, i norsk rett.¹⁷¹ Forfatteren mener at dette kanskje også gjelder i de tilfellene der Stortinget ikke hadde til hensikt å implementere EØS-retten på en riktig måte, og stiller spørsmål ved den inkonsekvens som en slik ordning kan medføre. Høyesterett vil i samme sakskompleks risikere f.eks. å måtte statuere en bot til en privat part for overtredelse av en nasjonal regel og etterpå innrømme parten erstatning fra staten for samme beløp som boten, fordi den nasjonale regelen var i strid med EØS-forpliktelsene, grunnet manglende implementering av et direktiv.

Har Høyesterett her endret den interne maktbalansen ved å følge opp EFTA-domstolens nyskaping i forhold til EØS-avtalen, også på bekostning av sin egen makt og innflytelse? Finanger II-saken var utvilsomt et vendepunkt i synet på EØS-rettens innflytelse på interne,

¹⁷¹ Graver, "Nytt i privatretten" nr. 4/2005, s. 5-6.



nasjonale forhold. Ikke minst kan man etter denne avgjørelsen stille spørsmål ved dualismens innhold på EØS-rettens område. Dualismen står nok etter Finanger II-dommen ikke like sterkt i EØS-retten som det den gjorde før: Det hjelper ikke at EØS-forpliktelser bokstavelig talt ikke har direkte virkning i norsk rett, når staten likevel må betale erstatning for ikke å ha implementert forpliktelsene på riktig måte.

Høyesteretts bruk av EØS-rettslige prinsipper som er utslag av dynamiske fortolkninger av avtalen foretatt av EFTA-domstolen, må likevel ikke alltid tolkes som en mulig endring av maktbalansen. Maktutredningens konklusjoner fremstår slik at nasjonale domstoler ved tolkning av internasjonale forpliktelser har et enormt ansvar for å holde i sjakk internasjonale tvisteløsningsorganers innflytelse på norske retts- og maktforhold. Samtidig skal Høyesterett være ansvarlig for den nasjonale maktbalansen, med de internasjonale forpliktelsene som bakteppe. Sannheten er likevel at domstolene i slike tilfeller fremdeles håndhever en forpliktelse inngått av de folkevalgte lovgivere. Dersom lovgivere ønsker å endre innholdet EØS-forpliktelsene til enhver tid har, kan dette gjøres gjennom de prosesser og regler som følger av selve avtalen. Etter avtalens artikkel 111 kan en tvist om forpliktelsene bringes inn for EØS-komiteen, og dersom man ikke kommer til en enighet der, kan medlemsstatene initiere beskyttelsestiltak eller sette den berørte delen av avtalen ut av kraft. En annen sak er at lovgivere kan finne en slik utvei politisk vanskelig, eller til og med helt urealistisk.

6.3 Høyesterett, EMK og Maktutredningens konklusjoner

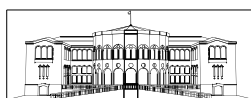
I forarbeider til menneskerettsloven ble det uttalt at ”intet er bedre enn om statene går lengre i å beskytte menneskerettighetene enn de er forpliktet til”.¹⁷² Til tross for utsagnet til dels naive form, i hvert fall hvis man tar det som en generell og uforbeholden uttalelse om EMKs ønskede rekkevidde, er det interessant å se utviklingen fra dette til den skepsisen som fremkommer i Maktutredningen. Maktutredningens syn på Høyesteretts rolle i den prosessen som fører frem til en rettsutvikling på menneskerettighetenes felt, kan sammenfattes med dette sitatet, der forfatterne mener at ”(...) Høyesterett gjennom domsavsigelser i plenum selv har valgt å gjøre EMDs rettsolkninger til retningsgivende for sine egne tolkninger. (...) Norske domstoler gir dermed en internasjonal domstol en rettsutviklende kompetanse med stor rekkevidde.”¹⁷³

Det er interessant å se at der Maktutredningen fremstiller det som et problem at norske domstoler i så stor grad innretter seg etter internasjonal praksis, var en slik innrettelse nettopp ideen bak inkorporasjonen av EMK gjennom menneskerettsloven og forrangsbestemmelsen. I forarbeidene til loven ble det fremhevet at menneskerettslovens funksjon er å ”påverke rettsutviklinga i Noreg i retning av å høyre på, og ha eit ope forhold til, praksis ved Strasbourgdomstolen og andre internasjonale handhevingsorgan”, og at det er et ”overordna mål at norsk rettspraksis i størst mogleg grad samsvarer med ein til ei kvar tid gjeldande internasjonal tolkningspraksis”.¹⁷⁴

¹⁷² NOU 1993:18, s. 96.

¹⁷³ Østerud, Engelstad, Selle, 2003, s. 54.

¹⁷⁴ Innst.O. nr. 51 (1998-1999) pkt. 8.



I juridisk teori har det vært foreslått at retten til å avveie de verdiene menneskerettighetene står for, som ledd i en utvikling av rettighetene, ikke bør tilligge domstolene, men lovgivere.¹⁷⁵ I mange tilfeller vil det likevel være helt uunngåelig for nasjonale domstoler, og spesielt Høyesterett, å ta standpunkt til prinsipielle spørsmål av dette slaget i avgjørelsen av en konkret sak.

Det ligger nok noe i at Høyesterett gjennom sin praksis har bidratt til å gi internasjonale tvisteløsningsorganer mer innflytelse på norsk rett. Et eksempel på dette vil være Høyesteretts fremstilling av metoden som skal brukes ved fortolkning av EMK i Bøhler-dommen: Det er EMDs metode som gjelder.¹⁷⁶ På denne måten får EMD innvirkning ikke bare gjennom de materielle rettsavgjørelsene, men også ved at domstolens metode blir de nasjonale domstolens metode på rettsområder der EMK har betydning. I juridisk teori har det også blitt påpekt at metoden Høyesterett skisserer i Bøhler-dommen, også vil ha anvendelse på EØS-rettens område med hensyn til EFTA-/EF-domstolen.¹⁷⁷ I den grad dette stemmer, vil det som er sagt om EMK ovenfor, også gjelde på EØS-rettens område. En fremgangsmåte fra Høyesteretts side som gir stor innflytelse til internasjonale domstoler, ”smitter” da også over på andre områder. Dermed er det ikke sagt at dette vil være negativt dersom fremgangsmåten er godt egnet til å ivareta Norges interesse i møte med internasjonale forpliktelser og domstoler.

6.4 Hvor kommer Maktutredningen til kort?

Demokratibegrepet og domstolens rolle i et demokratisk samfunn

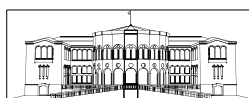
Problemstillingene som skal tas opp i dette avsnittet, er felles for både menneskerettighetsforpliktelsene og forpliktelsene etter EØS-avtalen. Temaet skal være eventuelle svakheter Maktutredningen viser i sine drøftelser og konklusjoner om domstoler, samt en drøftelse av om det er mulig å vurdere både nasjonale og internasjonale domstoler fra en annen synsvinkel, fremdeles med maktforhold og internasjonale forpliktelsers innflytelse på norsk rett i fokus.

En problemstilling jeg innledningsvis kort skal komme inn på, er innholdet i begrepet demokrati og hvorvidt internasjonale forpliktelser og internasjonale domstoler kan sies å påvirke det nasjonale demokratiet negativt i en slik utstrekning som det gis inntrykk av i Maktutredningen. Temaet er vidt og faller delvis utenfor rammene for denne avhandlingen. Jeg vil likevel stille ett spørsmål, som er forbundet med temaer drøftet ellers i avhandlingen. Kan demokratiet i det hele tatt, og eventuelt på hvilke måter, være avhengig av innflytelse utenfra – fra andre stater, internasjonale organer, internasjonal kontroll og internasjonalt press – i gjennomføringen av menneskerettighetsforpliktelser? Som nevnt ovenfor, i 5.2.2, var det både i en særuttalelse til selve Maktutredningen og i etterfølgende drøftelser av den stilt spørsmål ved det demokratibegrepet som legges til grunn i Maktutredningen. De tendensene Maktutredningen fant, trenger ikke å være en trussel mot demokratiet, hvis man er villig til å se på demokratiet som noe mer enn et nasjonalt flertallsstyre. Problemstillingene som Makt- og demokratiutredningen tar for seg med hensyn til de internasjonale og de nasjonale domstolene,

¹⁷⁵ Backer, 2005, s. 428.

¹⁷⁶ Rt. 2000 s. 996, s. 1008.

¹⁷⁷ Se Arnesen, EØS-rett, 2004, s. 201 og 238.



går rett til kjernen av spørsmålet om hva vi legger i demokratibegrepet. Samtidig er innholdet i begrepet demokrati ikke problematisert i stor nok grad. Det må kunne legges mer i begrepet demokrati enn flertallsstyre og suverenitet på nasjonalt nivå. Da vil også drøftelser om domstolenes rolle i et demokrati kunne bli mer nyanserte.

På hvilken måte kan domstolenes rolle nyanseres, sammenlignet med det som fremkommer i Maktutredningen? Hva slags rolle er det ønskelig at nasjonale og internasjonale domstoler har i et moderne demokrati?

Kan man konkludere med at domstolene skaffer seg makt på bekostning av de folkevalgte, når domstolenes tolkninger av internasjonale forpliktelser og bruk av praksis fra de internasjonale domstolene direkte følger av forpliktelser de folkevalgte inngikk? Politiske vedtak får ikke reell kraft hvis ikke rettsanvendere, primært domstoler, legger disse vedtak til grunn i sine avgjørelser. Høyesteretts bruk av EMDs, EFTA-domstolens og til en viss grad også EF-domstolens avgjørelser som rettskilder har sitt grunnlag i en demokratisk beslutning tatt av Stortinget. For EØS-forpliktelsesens del ble beslutningen til og med tatt med $\frac{3}{4}$ flertall, etter Grunnloven § 93.

Makt- og demokratiutredningen fremhever som et demokratisk problem at det finner sted en prosess, i form av rettsliggjøring, som tar makt bort fra de folkevalgte organene til fordel for både internasjonale og nasjonale domstoler. Denne uttalelsen fra Maktutredningens avsluttende kapittel kan illustrere dette poenget i forhold til EMD: "Menneskerettighetskonvensjoner er inkorporert som del av norsk lov, med den følge at internasjonale rettsinstanser i praksis har øverste tolkningsmyndighet overfor regler og prinsipper som stadig får bredere anvendelse."¹⁷⁸ Det fremheves som et demokratisk problem at internasjonale domstoler i praksis får siste ord med hensyn til hvordan rettsregler praktiseres internt i Norge. Med Maktutredningen virker det som om vi er tilbake til det å se på domstolene som "kjepp med vilje kastet inn i demokratiets hjul".¹⁷⁹

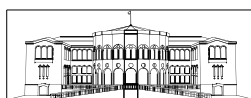
Men i den grad det finner sted en overgivelse av makt til domstoler, så vel nasjonale som internasjonale, kan dette ses på en annen måte: "Menneskerettighetene skal sikre individene mot handlinger og unnlater fra statens side. Det er derfor avgjørende med kontroll og vern fra uavhengige domstoler. Gjennomføring av internasjonale menneskerettigheter innebærer av den grunn en overføring av myndighet til domstolene. Vil man menneskerettigheter, må man også ville en styrking av domstolene."¹⁸⁰

Dermed oppstår følgende spørsmål: Er kanskje det Maktutredningen finner problematisk ved utviklingen i nasjonalt demokrati i dagens samfunn, både vanskelig og ikke ønskelig å unngå? De utfordringene som den norske maktutredningen ser, er nok ikke begrenset til å gjelde Norge, men berører de fleste statene i Europa. Det overordnede temaet er tross alt maktfordelingen mellom den utøvende, den lovgivende og den dømmende makt, representert gjennom de

¹⁷⁸ Østerud, Engelstad, Selle, 2003, s. 292.

¹⁷⁹ Jens Arup Seip, Jus og politikk: Teorien om domstolenes "prøvsrett", politisk tolket i: Tanke og handling i norsk historie, 1968, s. 118, sagt i forbindelse med domstolenes prøvsrett av grunnlovsmessigheten av lover.

¹⁸⁰ Carsten Smith, 2005, s. 433-434.



nasjonale og de internasjonale tvisteløsningsorganene som tolker avtalene. Hvorvidt utfordringene ved maktfordelingen forårsaker en debatt på nasjonalt plan, har det nok å gjøre med hva man er villig til å anse som et problem, og diskutere som sådant, både internt og på felleseuropeisk nivå. Den danske maktutredningen valgte å ikke fokusere på de samme problemstillingene som den norske, men, som nevnt ovenfor, dette betyr ikke at problemstillingen ikke er aktuell også der.

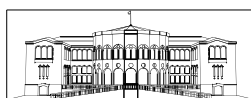
Maktutredningens noe kritiske konklusjoner med hensyn til nasjonal og internasjonal rettsliggjøring og domstolenes rolle har vært utsatt for mye debatt. Det er absolutt grunn til å legge vekt på store deler av kritikken fremsatt i denne debatten. Forfatterne av Maktutredningen trekker i liten grad frem noe positivt ved Norges internasjonale forpliktelser. Dette er vanskelig forenlig med lovgivernes vurderinger av de positive sidene ved både EMK og EØS-avtalen som førte til at disse ble inngått.¹⁸¹ Den globaliseringsprosessen som finner sted, krever at de land som ikke vil stoppe opp i sin økonomiske utvikling, deltar i internasjonale prosesser og internasjonalt samarbeid. Det er grunn til å se på Norges internasjonale deltakelse som en tilnærmet uunngåelighet. Rettslig globalisering er, som observert i Maktutredningen, for Norge mest merkbart gjennom EMK og EØS-avtalen.

En annen problemstilling er hva de andre maktorganenes rolle er, eller burde være, i forbindelse med internasjonale forpliktelser. Når innholdet i internasjonale forpliktelser på et tidspunkt etter inngåelsen oppfattes som et problem, f.eks. på grunn av måten denne forpliktelsen tolkes på av internasjonale tvisteløsningsorganer, er det ikke alltid innlysende at det er domstolenes oppgave å løse dette. I slike tilfeller er det grunn til å spørre om i hvor stor grad norske lovgivere er seg bevisst betydningen av måten de internasjonale forpliktelsene som Norge tiltrer, er utformet på. I noen tilfeller er ordlyden vag fordi det nettopp er lagt opp til en dynamisk fortolkning ved et internasjonalt tvisteløsningsorgan. I andre tilfeller er ordlyden vag fordi man rett og slett ikke ble enig. I slike tilfeller kan det fremdeles være enighet om at det er en internasjonal domstol som får det siste ordet. I andre tilfeller kan vag ordlyd åpne for en praksis ved en internasjonal domstol som etter hvert får et dynamisk tilsnitt.

Slike trekk ved de internasjonale forpliktelsene vil ikke alltid være like enkle å sette seg inn i, eller forutse, men Maktutredningens konklusjoner kan kanskje tyde på en manglende bevissthet hos de nasjonale maktorganene rundt denne problemstillingen. Dette bekreftes av at det i de etterfølgende behandlingene av Maktutredningen er fremhevet som et mål for fremtiden å styrke utredningsarbeidet ved inngåelsen av internasjonale avtaler: ”Tatt i betraktning at det knytter seg større hindre til å oppheve eller endre internasjonale avtaler enn nasjonale lovvedtak, ønsker Regjeringen å sikre at internasjonale avtalers konsekvenser utredes tilstrekkelig før avtalene blir folkerettslig bindende for Norge. (...) Det er også viktig at man fra norsk side i fremtidige internasjonale forhandlingsprosesser understreker behovet for grundige vurderinger av nye avtalers konsekvenser, både globalt og for de enkelte nasjonalstater. På denne måten vil man fra norsk side være best mulig forberedt til å kunne ratifisere nye internasjonale avtaler.”¹⁸²

¹⁸¹ Se også det mer positive synet som fremheves i St.meld. nr. 17 (2004-2005), pkt. 3.8.

¹⁸² St.prp. nr. 17 (2004-2005), pkt.3.8, jf. også Innst.S. nr. 252 (2004-2005), pkt. 3.6.1.



Fra en demokratisk synsvinkel vil det utvilsomt ofte oppleves som problematisk at folkevalgte bare får være med og stemme over innholdet i en internasjonal forpliktelse ved inngåelsen, men ikke ved de endringene som eventuelt foretas ved de internasjonale tvistløsningsorganene etter hvert som tiden går. Dersom noen av de problemene Maktutredningen ser i forbindelse med dette temaet, kan nøytraliseres eller unngås gjennom større bevissthet om hvordan internasjonale forpliktelsers utforming og andre trekk ved forpliktelsene medvirker til utviklingen og videreføringen av forpliktelsene, vil det være positivt.

Til slutt skal jeg stille spørsmål ved om de internasjonale domstolers, EFTA-domstolens, EF-domstolens og EMDs fremgangsmåter ved tolkningen av de internasjonale forpliktelsene er så forskjellige fra norsk metode at det kan begrunne den skepsisen de internasjonale domstolene er utsatt for i Maktutredningen. Dersom norske domstoler hadde vært avgjørende for tolkningen av EØS-avtalen og EMK, hadde rettssituasjonen egentlig sett noe særlig annerledes ut? Også norske domstoler, med Høyesterett i spissen, er kjent for kreative og rettsskapende avgjørelser, og heller ikke fortolkningen av nasjonale lover står helt stille, men har et visst dynamisk preg.¹⁸³ I juridisk teori har det blitt argumentert for at den norske rettskildelære og Høyesteretts metode i stor grad er lik fremgangsmåten ved de internasjonale domstolene, og at den dynamiske fortolkningsstilen i stor grad svarer til norske domstolers bruk av reelle hensyn.¹⁸⁴

Maktutredningen hadde utvilsomt en del verdifulle observasjoner om endringene i domstolens rolle som følge av den generelle samfunnsutviklingen og spesielt globaliseringen. Det er likevel ikke til å komme unna, i lys av debatten i etterkant av utredningen, at en del av konklusjonene baserte seg på drøftelser som ikke var tilstrekkelig nyanserte, verken med hensyn til den makt som nasjonale og internasjonale domstoler har, eller med hensyn til hva som inngår i et moderne demokrati. Maktutredningen har likevel bidratt til større oppmerksomhet og debatt om nasjonale og internasjonale domstolers rolle ved fortolkningen og utviklingen av internasjonale forpliktelser, noe som kan bidra til å styrke arbeidet med internasjonale forpliktelser i fremtiden.

7. VEIEN VIDERE

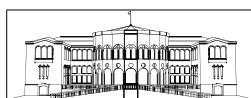
Hva vil de nasjonale domstolens rolle være i fremtiden, i det moderne, internasjonaliserte samfunnet? Er det muligheter for en større gjensidig påvirkning mellom nasjonale og internasjonale domstoler enn det som finnes i dag?

En problemstilling både når man ser bakover i Høyesteretts avgjørelser, og når man ser mot fremtiden, er hvorvidt Høyesterett til enhver tid kun er en mottaker av impulser fra de internasjonale domstolene, eller hvorvidt Norges øverste domstol også kan bidra med impulser selv. I Bøhler-dommen fremstiller Høyesterett det som en mulighet at de gjennom sine avgjørelser og begrunnelsene for disse kan påvirke EMD. Det fremsettes altså et ønske om en dialog i stedet for dagens ensidige kommunikasjon fra EMD ned til de nasjonale domstolene.¹⁸⁵ På denne måten vil også en eventuell dynamisk utvikling av internasjonale forpliktelser skje med en større deltakelse og innflytelse fra nasjonale domstoler.

¹⁸³ Se Eckhoff ved Helgesen, 2001, kap. 8 om Høyesteretts rettsskapende virksomhet innen nasjonal rett.

¹⁸⁴ Blandhol, 2005, avs. 5.

¹⁸⁵ Rt. 2000 s. 996, s. 1008.



Bortsett fra Høyesteretts ønske i denne dommen er det ikke så veldig mange konkrete holdepunkter for å si at en slik dialog eksisterer i dag. Det er utvilsomt noen praktiske hindre i veien for det. Mens nasjonale domstoler må ta til etterretning de internasjonale domstolenes avgjørelser, og denne plikten til og med er inntatt i EMKs og EØS-avtalens tekster, finnes det ingen tilsvarende løsning for EMD og EFTA-domstolen der de plikter å holde seg à jour med de nasjonale domstolers ønskede løsninger. Til tross for de praktiske problemene forbundet med en mulig opprettelse av dialog mellom nasjonale og internasjonale domstoler har det i juridisk teori blitt tatt til orde for en slik dialog. Jeg skal nedenfor se på noen av drøftelsene i teorien.

I internasjonal juridisk teori har ideen f.eks. blitt fremstilt slik: "(...) national courts are provided with the opportunity of contributing to the formulation of the international law. They are often surprised at this, and feel ill equipped for the task."¹⁸⁶ I Norge ble mulighetene for tosidig eller flersidig kommunikasjon med internasjonale domstoler tatt opp av Carsten Smith allerede i 1995, i forbindelse med en drøftelse av klarhetskravet.¹⁸⁷ Her ble det påpekt at en utstrakt bruk av klarhetskravet ville medføre en redusert mulighet for Høyesterett til å delta i rettsutviklingen av EMK. Smith påpekte i artikkelen muligheten Høyesterett har til aktivt å medvirke til å bringe innhold til EMKs status som "a living instrument". I 2005 sier Carsten Smith følgende om dialogen mellom domstolene: "Det jeg anser som det kanskje viktigste spørsmål i dag er hvilken vekt Høyesterett bør legge på det man har kalt en dialog mellom Strasbourg og de nasjonale domstoler, denne dialog er ment å være et vesentlig element i den europeiske mekanismen. Men skal det bli en effektiv dialog, må Høyesterett hevde norske synspunkter i sine avgjørelser der det er åpning for nasjonale syn. Og vi må lære å akseptere tap i Strasbourg uten å se det som en ydmykelse, men som ledd innenfor en rettsutvikling, en felles nasjonal og internasjonal utvikling."

Hans Petter Graver har tatt til orde for at Høyesteretts flertalls- og mindretallsvurderinger i Dobbeltstraff I¹⁸⁸, om hvilke reelle hensyn man nasjonalt kan tillegge vekt ved avgjørelser på menneskerettighetsfeltet, kan ses på som et ønske om en dialog med EMD på dette rettsområdet.¹⁸⁹ I samme artikkel påpeker forfatteren at mulighetene for en dialog er avhengig av Høyesteretts evne til i større grad å argumentere ut fra felleseuropeiske vurderinger enn ut fra de rent nasjonale.¹⁹⁰ Også Inge Lorange Backer tar opp både de benyttede og de fremtidige mulige kommunikasjonsmåter domstolene imellom.¹⁹¹ Han trekker frem sakene Ringvold mot Norge¹⁹², Y mot Norge¹⁹³ og andre høyesterettsavgjørelser¹⁹⁴ som bruker de ovennevnte sakene i sin argumentasjon. Han mener at det i disse tilfeller ble klarlagt, gjennom vekselvis norsk og internasjonal praksis, hvor grensene går for krenkelse av uskyldspresumsjonen i en sak der tiltalte frifinnes, men samtidig blir ilagt erstatning for samme handling. Backer fremsetter det syn i artikkelen at kommunikasjonen mellom de nasjonale og de internasjonale domstoler ikke trenger å være enveis eller forutsette underkastelse fra de nasjonale domstolene.

¹⁸⁶ Rosalyn Higgins, "Problems and Process: International Law and How We Use it", 1994, s. 218.

¹⁸⁷ Smith, C., 1995, s. 49.

¹⁸⁸ Rt. 2002 s. 557, se 4.3.6.

¹⁸⁹ Graver, 2003, s. 482.

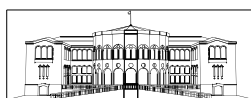
¹⁹⁰ Ibid s. 483.

¹⁹¹ Backer, 2005, s. 431-432.

¹⁹² EMD-1997-34964.

¹⁹³ EMD-2000-56568.

¹⁹⁴ Rt. 2003 s. 1671, Rt. 2004 s. 321, Rt. 2004 s. 970.



I norsk juridisk teori trekkes det altså frem flere eksempler på mulig dialog mellom de nasjonale og de internasjonale domstolene, og synet på mulighetene og utviklingspotensialet for dette virkemiddelet er positivt. Det gjenstår å se hvorvidt nasjonale domstoler likevel klarer å utnytte de mulighetene som finnes, og hvorvidt de internasjonale domstolene er interessert i å delta i en slik dialog på sikt.

En mer sannsynlig fremgangsmåte for en viss dialog om fortolkninger av internasjonale forpliktelser vil kunne tenkes der dette skjer mellom forskjellige staters øverste domstoler, under deres drøftelser av EMK eller EØS/EU-rettslige problemstillinger. Slike sideblikk på andre lands løsninger vil kunne medføre en mer enhetlig fortolkning, og kanskje i større grad ha mulighet til å påvirke også de internasjonale domstolers syn på enkelte problemstillinger, ved at disse ofte og entydig blir løst på samme måte i medlemslandene. Et eksempel på at Høyesterett har tenkt på en lignende måte, er Rt. 2001 s. 1390, der det uttales at tysk rett og annen utenlandsk rett kan være av stor interesse ved tolkning av EØS-regler hvor det ikke finnes relevant praksis, verken fra EFTA-domstolen eller fra EF-domstolen.¹⁹⁵

Selv om man skulle anta at et samarbeid mellom de nasjonale og de internasjonale domstolene er mulig, er det likevel grunn til å spørre om mulighetene vil være like store med hensyn til en dialog med EMD og EFTA-domstolen. EMD har på mange måter en mye større avstand til Norge enn det EFTA-domstolen har. I EFTA-domstolen deltar en norsk dommer, som en av tre, med bakgrunn i den norske rettstradisjon og utdannelse. Det er derfor mulig å forestille seg at domstolen vil kunne være tilgjengelig for impulser fra Høyesterett og andre nasjonale domstoler, og ta hensyn til særlige norske verdier. I EMD er det like mange dommere som det er land tilsluttet konvensjonen. Selv om også Norge er representert med en dommer i EMD, vil han eller hun ha mer begrensede muligheter for innflytelse. I den forbindelse må det påpekes at det er stilt krav til dommerne i både EMD og EFTA-domstolen om at de skal være uavhengige og upartiske.¹⁹⁶ Nasjonalitet vil likevel trolig kunne påvirke dommerne, f.eks. gjennom den nasjonale rettstradisjonen de har med seg gjennom sin utdannelse og sitt verdigrunnlag.

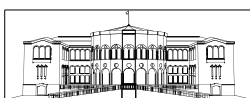
I norsk juridisk teori er det ikke kun optimisme å spore med hensyn til muligheter for å påvirke de internasjonale domstolene. I den ovenfor nevnte artikkelen av Hans Petter Graver sammenfatter han sitt syn på muligheten til å påvirke internasjonale institusjoner som eksisterer i et annet kulturelt og rettslig fellesskap enn hos oss, slik: "Jeg tror ikke vi kan gjøre oss store forhåpninger om å bli hørt med særlige norske verdier og hensyn i denne babelske diskurs."¹⁹⁷

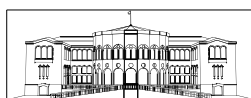
Dette bør ikke avholde nasjonale domstoler fra å søke etter måter å få til en slik "judicial dialogue" på. Internasjonale forpliktelser kan etter tiltredelsen være vanskelig for lovgivere å påvirke innholdet av. En innfallsvinkel hvorigjennom nasjonale domstoler kan få til eventuelle endringer, gjennom fortolkninger av forpliktelsene i nasjonale og deretter i internasjonale domstoler, vil derfor kunne være en mulig løsning.

¹⁹⁵ s. 1396.

¹⁹⁶ Se EMK art. 21 og ODA art. 30.

¹⁹⁷ Graver, LoR 2003, s. 469.



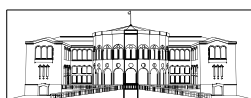


Kildeliste¹⁹⁸

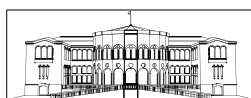
Litteratur

- Aall, Jørgen** "Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetssaker", Tidsskrift for rettsvitenskap, 1998, s.1
- Aall, Jørgen** "Menneskerettsloven", Lov og Rett, 1999, nr. 7, s. 387-401
- Aall, Jørgen** "EMK- og EØS-plenumsdommenes bidrag til avklaring av folkerettens stilling i norsk rett", Jussens Venner, 2001, nr. 2, s. 73
- Aall, Jørgen** "Metodiske utfordringer for menneskerettsforskeren", Nordic Journal of Human Rights, 2001, nr. 1, s. 50-58
- Andenæs, Johs.**, Statsforfatningen i Norge, 9. utgave, 2004
- Andenæs, Kristian** "Om maktens rettsliggjøring og rettsliggjøringens maktpotensial", Tidsskrift for samfunnsforskning, nr. 4, 2006, s.1-15
- Arnesen, Finn** "Om statenes erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1997, s. 633
- Arnesen, Finn og Graver, Hans Petter** "Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler", Makt- og demokratiutredningen, rapportserien, nr. 19, 2000
- Backer, Inge Lorange** "Er Norge fortsatt en selvstendig stat?", 2002, Rettsteori og rettsliv: Festskrift til Carsten Smith s. 43
- Backer, Inge Lorange** "Om Høyesteretts forhold til den europeiske menneskerettskonvensjon", Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter, Vol. 23, nr. 4, 2005 s. 425
- Backer, Inge Lorange** "Lovgivere og domstoler ved begynnelsen av det 21. århundre", Jussens Venner nr. 4, 2006, s. 248
- Baudenbacher, Carl** "EFTA court. Legal framework and case law", 3rd edition, 2008
- Baudenbacher, Carl** i Baudenbacher, Tresselt, Ôrlygsson (red.) "The EFTA Court: Ten Years On", 2005, s. 13
- Beddard, Ralph**, "Human Rights and Europe", 1993
- Bernhardt, Rudolf** "Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights", German Yearbook of International Law, 1999 s. 11-25
- Blandhol, Sverre** "Er rettsanvendelsen i EU-domstolen og Menneskerettsdomstolen vesensforskjellig fra norsk rettskildelære?", Lov og Rett, 2005, nr. 5-6, s.316
- Broch, Lars Oftedal** "Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol", LoR nr. 05-06, 2005, s. 259
- Brölmann, Catherine** "Limits of the Treaty Paradigm" i Craven, M. og Fitzmaurice M. (editors), "Interrogating the Treaty, Essays in the Contemporary Law of Treaties", 2005
- Bull, Henrik** "European Law and Norwegian Courts", 2004, publisert i Peter-Christian Müller-Graff/Erling Selvig (eds.): The Approach to European Law in Germany and Norway, s. 95
- Cristoffersen, Jonas**, "Den danske debat om den internationale menneskeret", Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter, nr. 2, 2006, s. 97

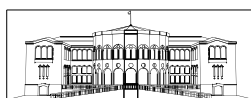
¹⁹⁸ Dette er en gjengivelse av kildelisten til masteroppgaven som dette Perspektivet er basert på. Den er ikke moderert i forbindelse med utgivelsen av dette notatet.



- Eckhoff, Torstein** Rettskildelære, 5. utg ved Helgesen, Jan E., 2001
- Elgesem, Frode** ”Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode”, Lov og Rett, 2003 nr. 4-5, s. 203
- Evans, Malcolm** ”Walking With Dinosaurs: The Optional Protocol to the United Nations Convention Against Torture, the Vienna Convention on the Law of Treaties and State responsibility” i Craven, M. og Fitzmaurice M. (editors), “Interrogating the Treaty, Essays in the Contemporary Law of Treaties”, 2005
- Fausa, Jostein Sæbø** ”Det straffbare forholds identitet”, Jussens Venner, nr. 1, 2005, s. 41
- Fitzmaurice, M. and Elias, O.** “Contemporary Issues in the Law of Treaties”, 2005
- Fleischer, Carl August** Folkerett, 8. utgave, 2005
- Fredriksen, Halvard Haukeland** ”Om mangelen på tolknings spørsmål fra norske domstoler til EFTA-domstolen”, Jussens Venner nr. 6, 2006, s. 372
- Fredriksen, Halvard Haukeland** ”Domstolenes prøving av EØS-avtalens proporsjonalitetsgrunnsetning”, Jussens Venner nr. 5, 2007, s. 295
- Fredriksen, Halvard Haukeland** ”Statlig erstatningsansvar for nasjonale domstolers brudd på EØS-retten?”, Lov og Rett, 2006 s. 485
- Frøberg, Thomas** (stud.jur) ”EMDs praksis som norsk rettskildefaktor”, Jussens Venner nr. 3, 2007, s. 176
- Gerards, Janneke H.** ”Fundamental rights and other interests – should it really make a difference?”, “Conflicts between fundamental rights”, E. Brems, ed., Antwerp/Oxford: Intersentia, 2008
- Graver, Hans Petter** ”Dømmer Høyesterett i siste instans?”, Jussens Venner, nr. 4-5, 2002 s. 263
- Graver, Hans Petter** ”Internasjonale konvensjoner som rettskilde” Lov og Rett 2003, nr. 8, s. 468
- Graver, Hans Petter** ”The Effects of EFTA Court Jurisprudence on the Legal Order of the EFTA States”, 2004, Arena
- Graver, Hans Petter** ”EØS, suverenitet og statens ansvar for manglende gjennomføring – kommentarer til Høyesteretts dom 28. oktober 2005, Finanger II”, Nytt i privatretten, nr. 4/2005
- Greig, Don** ”Treaties: Some Final Reflections” i Craven, M. og Fitzmaurice M. (editors), “Interrogating the Treaty, Essays in the Contemporary Law of Treaties”, 2005
- Holmboe, Morten** ”Ungdom, ran og dobbeltstraff”, Tidsskrift for Strafferett, 2006, nr. 1, s. 39
- Hov, Jo** Rettergang I, Sivil- og straffeprosess, 2.utgave, 2007
- Hov, Jo** ”Menneskerettigheter – en trussel mot rettsikkerheten?”, Lov og Rett, 2004, nr. 7-8, s. 509
- Høgberg, Benedikte Moltumyr** ”EØS-rettens betydning for norsk statsrett”, Jussens Venner nr. 3, 2008, s. 159
- Høgberg, Alf Petter** ”Om Maktutredningens rettsliggjøringsplot som element i den store fortelling om demokratiets forvitring” i Kinander, Morten (red.) ”Makt og Rett. Om Makt- og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring”, 1.utgave 2005
- Kjønstad, Asbjørn** ”Er Høyesterett statsvennlig?”, Lov og Rett, 1999, s.97



- Kjønstad, Asbjørn** ”Det nyeste rettskildematerialet om det ulovfestede objektive erstatningsansvaret”, Lov og Rett nr. 10, 2004, s.579
- Magnussen, Mads** ”Norske domstolers foreleggelse av tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen – bør adgangen benyttes oftere?”, Tidsskrift for Forretningsjuss, 1999, nr. 2, s. 196, Lovdata
- Marthinussen, Hans Fredrik** ”Om Europeiseringen av tingsretten - særlig i lys av Den europeiske menneskerettsdomstols avgjørelser i Pye-saken”, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2008, nr. 2, s. 31
- Matscher, Franz** ”Methods of Interpretation of the Convention ” i ”The European System for Protection of Human Rights”, 1993, s. 63-81
- Merrills, John** ”The Mutability of Treaty Obligations” i Craven, M. og Fitzmaurice M. (editors), ”Interrogating the Treaty, Essays in the Contemporary Law of Treaties”, 2005
- Mæhle, Synne Sæther** ”Rettsanvendelsesskjønnet – demokratiproblem eller legitimitetspotensial?” i Kinander, Morten (red.) ”Makt og Rett. Om Makt- og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring”, 1.utgave 2005
- Møse, Erik**, Menneskerettigheter, 2002
- Rognstad, Ole-Andreas** ”EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkingen av EØS-avtalen”, 2001, Tidsskrift for Rettsvitenskap, s. 435
- Ruud, Morten og Ufstein, Geir**, Innføring i folkerett, 2. utgave 2002
- Sand, Inger-Johanne** ”Hva er rettens rolle i dag?”, Blandingskompendium i rettssosiologi, 2007, s. 169
- Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn, Kolstad** EØS-rett, 2.utgave, 2004
- Skoghøy, Jens Edvin A.** ”Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettigheter”, Lov og Rett, 2002, nr. 6, s. 337-354
- Skoghøy, Jens Edvin A.** ”Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjonene som rettskilde før og etter menneskerettsloven”, 2002, Rettskilde og rettsliv – festskrift til Carsten Smith s. 733
- Skoghøy, Jens Edvin A.** ”Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 (”ne bis in idem”), 2003, Tidsskrift for Rettsvitenskap, nr. 1, s. 1
- Skouris, Vassilios** i Baudenbacher, Tresselt, Ôrlygsson (red.) ”The EFTA Court: Ten Years On”, 2005
- Smith, Carsten** ”Den europeiske menneskerettsdomstol og Norges Høyesterett”, 1995, publisert i Torkel Opsahls minneseminar 1995, s. 39
- Smith, Carsten** ” Om Høyesteretts forhold til den europeiske menneskerettskonvensjon”, Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter, nr.4, 2005, s. 425
- Smith, Eivind** ”Demokratiet i konstitusjonelle bånd”, Makt- og demokratiutredningen, rapportserien, nr. 20, oktober 2000
- Stubberud, Jørgen A.** ”Forvitret det norske demokratiet på grunn av rettsliggjøring?” i Kinander, Morten (red.) ”Makt og Rett. Om Makt- og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring”, 1.utgave 2005
- Sørensen, Christian Børge** ”Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen”, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2004 nr. 1-2, s. 135



Sørum, Tom ”Finanser II-dommen – rettsstilstanden og konsekvenser”, Jussens Venner, nr. 3, 2006, s. 125

Søvig, Karl Harald ”Retten til å bli foreldre. Går EMD for langt i sin dynamiske tolkingsstil?”, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, nr. 1, 2008, s. 68

Østerud, Engelstad, Selle ”Makten og demokratiet. En sluttbok fra Makt- og demokratiutredningen”, 1.utgave 2003

Østerud, Øyvind ”Rettsliggjøring og demokrati”, Tidsskrift for samfunnsforskning, nr. 4, 2006, s. 1

Notat fra Europaparlamentet: ”The Relation Between National Courts and the European Court of Justice in the European Union Judicial System”, 2007

Avisartikler og artikler i nettmedia:

Abel, Morten ”Straff for injurier avleggs”, Aftenposten, 2. oktober 2008

Forr, Gudleiv ”Også Norge da!”, Dagbladet, 1. juli 2008

Graver, Hans Petter kommentar til Finanser II-saken i Aftenposten 31. oktober 2005

Skjævesland, Odd Inge ”Dansk EU-schizofreni”, Aftenposten, 4. august 2008

Ulfstein, Geir ”Menneskerettigheter – en trussel mot demokratiet?”, Dagbladet.no 7. april 2005

Forarbeider

NOU 1972:16

NOU-1993-18 – Lovgivning om menneskerettigheter

NOU-2005-8 – Likeverd og tilgjengelighet

Ot. prp. nr. 49 (1991-1992)

Ot. prp. nr. 61 (1991-1992)

Ot. prp. nr. 72 (1991-1992)

Ot. prp. nr. 79 (1991-1992) – Gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS)

Ot. prp. nr. 3 (1998-1999) – Styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Mekling og rettergang i sivile tvister

Innst. O. nr. 51 (1998-1999)

Andre offentlige utredninger

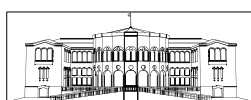
NOU 2003:19 ”Makt og demokrati. Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen”

NOU 2002:12 ”Rettslig vern mot etnisk diskriminering”, Uggerud, Ken ”Rettslig vern mot etnisk diskriminering: forholdet mellom internasjonale forpliktelser og norsk rett”

St.meld. nr. 77 (1974-1975)

St.meld. nr. 17 (2004-2005)

Innst.S. nr. 252 (2004-2005)



Internett-kilder

www.lovddata.no

<http://curia.europa.eu/>

<http://www.eftacourt.int/>

www.idunn.no

www.regjeringen.no

www.stortinget.no

www.forskning.no

Dommer

Avgjørelser fra Høyesterett:

1997: Rt. 1997 s. 580, Rt. 1997 s. 1821, Rt. 1997 s. 1954, Rt. 1997 s. 1965

1999: Rt. 1999 s. 393, Rt. 1999 s. 569, Rt. 1999 s. 961, Rt. 1999 s. 977

2000: Rt. 2000 s. 279, Rt. 2000 s. 996, Rt. 2000 s. 1811

2001: Rt. 2001 s. 248, Rt. 2001 s. 1006, Rt. 2001 s. 1390

2002: Rt. 2002 s. 391, Rt. 2002 s. 497, Rt. 2002 s. 509, Rt. 2002 s. 557, Rt. 2002 s. 764, Rt. 2002 s. 1216, Rt. 2002 s. 1618

2003: Rt. 2003 s. 264, Rt. 2003 s. 301, Rt. 2003 s. 359, Rt. 2003 s. 914, Rt. 2003 s. 928, Rt. 2003 s. 1190, Rt. 2003 s. 1221, Rt. 2003 s. 1241, Rt. 2003 s. 1243, Rt. 2003 s. 1671, Rt. 2004 s. 1737, Rt. 2003 s. 1827

2004: Rt. 2004 s. 97, Rt. 2004 s. 122, Rt. 2004 s. 321, Rt. 2004 s. 357, Rt. 2004 s. 897, Rt. 2004 s. 904, Rt. 2004 s. 927, Rt. 2004 s. 970, Rt. 2004 s. 1368, Rt. 2004 s. 1425, Rt. 2004 s. 1483, HR-2004-1051-U

2005: Rt. 2005 s. 597, Rt. 2005 s. 833, Rt. 2005 s. 1365, Rt. 2005 s. 1598, Rt. 2005 s. 1677, HR-2005-1630-U

2006: Rt. 2006 s. 71, Rt. 2006 s. 293, Rt. 2006 s. 333, Rt. 2006 s. 1281, Rt. 2006 s. 1409

2007: Rt. 2007 s. 404, Rt. 2007 s. 687, Rt. 2007 s. 833, Rt. 2007 s. 932, Rt. 2007 s. 1003, Rt. 2007 s. 1281, Rt. 2007 s. 1807, HR-2007-1149-U

2008: Rt. 2008 s. 489, Rt. 2008 s. 738, HR-2008-1480-A

Avgjørelser fra EFTA-domstolen:

De Agostini, E-4/94 og TV-shop, E-5/94

Mattel/Lego, E-8/94 og E-9/94

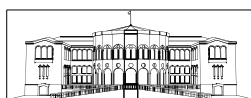
Maglite, E-2/97

Sveinbjörnsdóttir, E-9/97

Karlsson, E-4/01

Hegelstad og Hydro Texaco AS, E-7/01

Lichtenstein, E-1/07



Avgjørelser fra EF-domstolen:

Ferreira, T-2/90

Keck/Mithouard, C-267/91 og C-268/91

C-34/95 De Agostini, C-35/95 Forlag AB og C-36/95 TV-shop i Sverige

Avgjørelser fra EMD:

Golder v. UK, EMDN-1960-4451

Wemhoff v. Germany EMDN-1964-2122

Handyside v. the UK, no. 5493/72, (Series A nr. 24)

Sunday Times v. The UK, no. 6538/74, (Series A nr. 30)

Tyrer v. UK, no. 5856/72, 25. april 1978

James and Others, no. 8793/79, (Series A nr. 98), 21 februar 1986

Dudgeon v. The United Kingdom, no. 7525/76, Series A nr 45, 22. oktober 1981

Johnston and Others v. Ireland, no 9697/82, 18. desember 1986

F. v. Switzerland, no. 11329/75, Series A-128, 18. desember 1987

Hauschildt v. Denmark, no. 10486/83, 24. mai 1989

Soering v. UK, no. 14038/88, EMD-1988-14038, 7. juli 1989

Goodwin v. UK, EMD-1990-17488

Ringvold v. Norway EMDN-1997-34964

Malige v. France, 68/1997/852/1059, RJD 1998 s. 2922, 23. september 1998

Bankovic and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States, EMDN-1999-52207 no. 52207/99

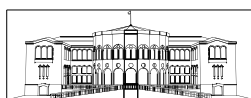
Matthews v. United Kingdom, no. 24833/94, 18. februar 1999

Rosenquist v. Sweden, Application no. 60619/00, 14. september 2004

Y v. Norway, EMD-2000-56568, 11. februar 2003

Stés Colas Est and Others v. France, EMDN-1997-37971, no. 37971/97, 16. april 2002

Orr v. Norway, EMDN-2004-31283, 15. mai 2008



ISBN 978-82-8196-027-5

ISSN 1890-2537