



Sensorveiledning

JUS4111 – Metode og etikk, høst 2023

1. Oppgaven

Den europeiske menneskerettskonvensjons betydning for tolkning av Grunnloven har vært gjenstand for en utvikling. Analyser og vurder denne utviklingen med bruk av eksempler fra Høyesteretts praksis og i lys av de formålene som Grunnloven skal realisere, jf. § 2 annet punktum.

2. Læringskrav, litteratur og undervisning

2.1 Læringskrav

Etter læringskravene skal studentene blant annet ha god forståelse av juridiske argumentasjonsmønstre, definert som: «fellestrekk i juristers utsagn til støtte for standpunkt til rettsspørsmål, blant annet utsagn om hvilke argumentkilder som anses relevante, hvilke slutninger som trekkes fra argumentkildene, og hvordan relevante argumenter vektet og avstemmes i forhold til hverandre.»

Det fremgår videre av læringskravene at studentene skal ha god forståelse av juridiske argumentasjonsmønstre i Norges Høyesterett, grunnleggende juridiske argumentasjonsmønstre i EMD, og ulike beskrivelser av juridiske metoder, herunder teorier om juridisk metode og rettskildeprinsipper.

2.2 Hovedlitteratur

I de delene av *Juridisk metode og tenkemåte* (2019) som er angitt som hovedlitteratur kan studentene hente stoff til oppgaven fra Alf Petter Høgberg og Benedikte Moltumyr Høgberg, «Grunnloven som rettskildefaktor», s. 239-258, særlig sidene 254-256 og Stig Solheim, «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område», s.360-385, særlig sidene 374-385. I tillegg inneholder *Juridisk metode og tenkemåte* et kapittel som gir ytterligere stoff, skrevet av Jørn Jacobsen, med tittelen «Det strafferettslige lovskravet i eit metodeperspektiv», s. 527-561, særlig sidene 546-557. Dette kapittelet er imidlertid ikke hovedlitteratur, da det går lenger enn det læringskravene krever.

2.3 Undervisning

I forelesningene er internasjonal retts betydning ved tolkning av Grunnloven berørt i en 2 x 45 minutters forelesning om internasjonal rett. En forholdsvis liten del av forelesningen handler om



internasjonal retts betydning ved tolkning av Grunnlovens rettighetsbestemmelser, og det fremgår av disposisjonen at det om dette emnet først og fremst blir forelest over Rt-2015-93 (Maria).

I kursundervisningen er det avsatt to timer til temaet «Utviklingen av legalitetsprinsippet på strafferettens område», og her gjennomgås blant Rt. 2009 s. 780 (Derivatdommen) og Høyesteretts bruk av EMK artikkel 7, som en kontrast til den eldre oppfatningen av legalitetsprinsippet, illustrert ved Rt. 1973 s. 433 (Passbåtdommen).

3. Besvarelse av oppgaven

3.1 Hva menes med «tolkning av Grunnloven»?

Selv om oppgaven i og for seg er klar og ikke byr på store tolkningsproblemer, er det i denne veiledningen likevel hensiktsmessig å definere hva som menes med «tolkning av Grunnloven», da definisjonen vil være avgjørende for hva man kan få ut av oppgaven.

I snever forstand kan grunnlovstolkning forstås på to måter. Dels kan det forstås som kartlegging av grunnlovstekstens mening, i den forstand at alminnelige språknormer brukes for å identifisere grunnlovstekstens meningsinnhold, isolert sett. Dels kan grunnlovstolkning i snever forstand forstås som historisk og kontekstuell lesning av grunnlovsteksten, der ikke bare alminnelige språknormer, men også grunnlovsgivers intensjoner og samfunnsutviklingen brukes for å identifisere meningsinnholdet i grunnlovsteksten. Begge varianter vil imidlertid gjøre det vanskelig å besvare oppgaven. En utfordring er at EMK neppe kan sies å ha hatt noen spesiell betydning for utviklingen av de språknormene som brukes for å kartlegge grunnlovstolkningstekstens meningsinnhold. Det er riktignok noe å si om EMKs betydning for grunnlovstolkning ut ifra grunnlovsgivers intensjoner og samfunnsutviklingen, men ut i fra litteraturen i faget og undervisningen er det begrenset hva en kan få ut av dette.

I vid forstand vil grunnlovstolkning ikke bare handle å identifisere tekstens meningsinnhold ut i fra språknormer, grunnlovsgivers intensjoner og samfunnsutvikling, men også alle andre relevante argumenter for å fastlegge en regels innhold. Det åpner opp for å analysere hvordan EMK trekkes inn i prosessen med å fastlegge de regler som forankres i grunnlovsteksten, sett i lys av det relevante rettskildematerialet. Det vil være enklest å besvare oppgaven om det legges til grunn at uttrykket «tolkning av Grunnloven» sikter til grunnlovstolkning i vid forstand.

Skillet mellom grunnlovstolkning i snever og vid forstand er også dekket av Høgberg og Høgberg på s. 240-1. De bruker imidlertid andre termer enn «snever» og «vid», og skiller mellom i alt fire ulike betydninger av grunnlovstolkning. Om noen presiser oppgaven i lys av skillet mellom ulike betydninger av grunnlovstolkning kan det selvsagt ikke trekkes for det. Om besvarelsene ikke problematiserer hva som menes med «grunnlovstolkning», men forutsetter, implisitt eller eksplisitt, at oppgaven spør etter grunnlovstolkning i vid forstand, kan det heller ikke trekkes for dette. Det kan heller ikke trekkes om besvarelsen forutsetter at oppgaven spør etter grunnlovstolkning i snever forstand, men en slik forutsetning vil nok gjøre det vanskeligere analysere utviklingen i EMKs «betydning for tolkning av Grunnloven».



Selv om oppgaven spør etter EMKs betydning for grunnlovstolkning kan ikke besvarelsene uten videre avgrenses til tolking av Grunnlovens rettighetsbestemmelser. EMK kan også få betydning for tolking av Grunnlovens kompetansebestemmelser. Ett eksempel er HR-1997-24-A (OFS), nærmere omtalt nedenfor.

3.2 Disposisjon– forholdet mellom analyse og vurderinger

Videre kan oppgaven åpenbart disponeres på ulike måter. Likevel vil det nok være hensiktsmessig å dele den i to hoveddeler: (1) Analyse av utviklingen av EMKs betydning for tolking av Grunnloven, og (2) vurdering av denne utviklingen i lys av demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene jf Grunnloven § 2 annet punktum.

Det kan imidlertid ikke trekkes noen skarp grense mellom analyser og vurderinger. Analyse innebærer at noe skal oppdeles, jf det gammelgreske *ἀνάλυσις* (analu[^]-sis, (ana-(på, opp) og – *lúsis* (løsne, slippe)). Allerede en oppdeling forutsetter vurderinger av hvilke kategorier en helhet skal deles i, etter hvilke kriterier delingen skal skje, og hvordan de enkelte kriteriene skal anvendes.

3.3 Kategorier for analyse av utviklingen i EMKs betydning for grunnlovstolkningen.

3.3.1 Innledning

I metodefaget kan en rekke kategorier brukes for å dele opp utviklingen av EMKs betydning for grunnlovstolkningen. Det mest nærliggende og kjente for mange vil være kategoriene relevans, slutning og vekt. Med disse kategoriene kan utviklingen av EMKs betydning for grunnlovstolkningen deles opp i tre deler: (i) EMKs relevans, (ii) EMKs betydning for slutninger, og (iii) EMKs vekt.

3.3.2 EMKs relevans

For å få frem utviklingen i EMKs betydning for grunnlovstolkningen kan det være hensiktsmessig å skille mellom den generelle betydningen av EMK for fastleggelsen av norske rettsnormer, og den spesielle betydningen EMK får når den har direkte virkning for norske borgere.

Utgangspunkt er som kjent at folkerettslige forpliktelser som EMK generelt sett er relevant å trekke inn ved fastleggelsen av norske rettsnormer, men at slike forpliktelser ikke har direkte virkning overfor norske borgere, med mindre de er gjennomført i norsk rett. EMK har derved vært relevant for grunnlovstolkning i vid forstand helt siden EMK trådte i kraft i 1953, men likevel ikke hatt direkte virkning overfor norske borgere med mindre det følger av lovgivningen. Her kan det blant annet vises til HR-1997-24-A (OFS), hvor Høyesterett har trukket inn EMK og andre folkerettslige forpliktelser ved vurderingen av gyldigheten av et streikeforbud vedtatt som provisorisk anordning etter Grunnloven § 17. Det bør være et pluss om besvarelsene kommer inn på vedtagelsen av Grunnloven § 110 c, som forutsetter at statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene, samtidig som det i forarbeidene til bestemmelsen ble forutsatt at menneskerettighetskonvensjoner, og derved EMK, må inkorporeres ved lovgiving jf Innst.S.nr.172 (1993-94) sidene 6-7. Besvarelser som kommer inn på at EMK kan ha blitt relevant for



grunnlovstolkningen på bestemte områder gjennom sektormonisme bør også få uttelling. Dette kan blant annet begrunnes med at lovgivers standpunkt om at loven skal gjelde med de begrensninger som følger av folkeretten, etter omstendighetene, kan tenkes å gi uttrykk for at lovgiver mener at Grunnloven, på lovens område, skal tolkes i samsvar med de relevante folkerettslige forpliktelsene.

Som følge av menneskerettsloven i 1999 ble EMK gjennomført som norsk lov. Derved fikk EMK også direkte virkning for norske borgere. For å unngå konflikter mellom loven og Grunnlov måtte EMK etter dette også trekkes inn i grunnlovstolkning, i vid forstand. Det bør være et pluss om besvarelser får frem dette grunnlaget for EMKs relevans.

Etter grunnlovsendringene i 2014 da Grunnloven fikk en rekke nye rettighetsbestemmelser blant annet inspirert av EMK, ble EMK også relevant for tolkning av de nye bestemmelsene. Her bør besvarelser som kommer inn på Lønning-utvalgets forutsetninger, og uttalelser i Høyesterett etter 2014, som illustrerer dette gis uttelling, som blant annet HR-2015-206-A (Maria) og HR-2016-2554-P (Holship).

3.3.3 EMKs betydning for slutninger

I utgangspunktet må slutninger fra Grunnloven bygge på den alminnelige språklige forståelsen av grunnlovsteksten. I tiden før menneskerettsloven trådte i kraft, er det så vidt jeg vet ingen avgjørelser hvor Høyesterett har gitt uttrykk for at dette utgangspunktet må fravikes på grunn av EMK.

Etter at menneskerettsloven trådte i kraft er det derimot enkelte avgjørelser som kan leses slik at EMK har påvirket de slutninger Høyesterett har trukket ut av grunnlovsteksten. Ett eksempel er HR-2011-670-A hvor det legges til grunn i avsnitt (9) at en bestemt utvidelse av straffeansvaret, sammenlignet med det følger av ordlyden i straffebestemmelsen, må ha lovhjemmel jf «Grunnloven § 96 og til EMK artikkel 7». Det er på det rene at den slutning som her trekkes fra Grunnloven § 96 er temmelig forskjellig fra de slutninger det var vanlig å trekke, i hvert fall implisitt, noen tiår tidligere, jf for eksempel Rt. 1973 s. 433 (Passbåt). Dette er nok et poeng mange vil huske fra kursopplegget i faget, og de som får noe ut av dette bør også gis uttelling.

Da Grunnloven i 2014 fikk nye rettighetsbestemmelser inspirert av blant annet EMK, er det også en rekke eksempler på avvik fra utgangspunktet om at slutninger skal bygge på den alminnelige språklige forståelsen av grunnlovsteksten. Jeg nøyer meg her med å vise til plenumsavgjørelsen i HR-2016-2554-P Holship avsnitt 81, om tolkning av Grunnloven § 101:

«Ved fastleggelsen av retten til organisasjonsfrihet etter Grunnloven § 101 første ledd er det naturlig å ta utgangspunkt i retten til organisasjonsfrihet etter EMK artikkel 11. På samme måte som Grunnloven § 102 om rett til privatliv er § 101 første ledd utformet med blant annet den tilsvarende rett etter EMK som forbilde, jf. Dok.nr.16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i grunnloven, side 163 ff., jf. Innst.186 S (2013–2014), side 26-27. For retten til privatliv har Høyesterett allerede fastslått at Grunnloven § 102 må tolkes med utgangspunkt i den tilsvarende bestemmelse i EMK, se Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 57 og 60 og Rt-2015-155 (Rwanda) avsnitt 40 og 44. Jeg finner det klart at det samme må gjelde for retten til



organisasjonsfrihet. Dette innebærer blant annet at selv om Grunnloven § 101 første ledd ikke inneholder noen uttrykkelig adgang til å gjøre inngrep i organisasjonsfriheten tilsvarende EMK artikkel 11 nr. 2, må en slik adgang innfortolkes.»

Det nevnte avsnittet illustrerer at EMK også har fått betydning for hvilke slutninger som kan trekkes fra de nye rettighetsbestemmelsene. Sammenlignet med tidligere praksis illustrerer dette at det ved vurderinger av hvilke slutninger som kan trekkes fra grunnlovsteksten, har skjedd en utvikling i EMKs betydning for grunnlovstolkningen.

Det bør selvsagt gis god uttelling til besvarelser som finner frem til Holship-avgjørelsen eller andre avgjørelser som kan illustrerer EMKs betydning for hvilke slutninger som kan trekkes fra de nye rettighetsbestemmelsene i Grunnloven.

3.3.4 EMKs vekt

Før menneskerettsloven trådte i kraft i 1999 var det klart at EMK hadde relativt liten vekt ved grunnlovstolkning. En illustrasjon er den allerede nevnte avgjørelsen i HR-1997-24-A (OFS). Ved vurdering av gyldigheten av streikeforbud vedtatt med hjemmel i Grunnloven § 17, uttalte Høyesterett at «selv i tilfelle streikeforbudet skulle ha vært i strid med folkerettslige bestemmelser om vern av retten til streik, ville det følge av norsk rett at den provisoriske anordning om tvungen lønnsnemnd var gyldig.»

Etter ikrafttreddelsen av menneskerettsloven må det antas at vekten av EMK har økt, også ved grunnlovstolkning. Samtidig er det vanskelig å gi et helt klart uttrykk for nøyaktig hvor stor vekt EMK fikk for grunnlovstolkningen som følge av menneskerettsloven. Besvarelser som på dette får noe ut av HR-2000-30-B (Bøhler), og betydningen av såkalte «norske verdiprioriteringer» bør også få uttelling for dette.

For å vise utviklingen i EMKs betydning for grunnlovstolkningen bør besvarelsen komme inn på hva slags betydning EMK skal ha for tolkningen av de nye rettighetsbestemmelsene i Grunnloven. På bakgrunn av hovedlitteraturen og undervisningen bør det her forventes at besvarelsene kommer inn på HR-2015-206-A (Maria). I forbindelse med tolkningen av Grunnloven § 102 heter det i dommens avsnitt 57:

«[Grunnloven § 102] kom inn ved grunnlovsreformen i mai 2014, og bygger blant annet på FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 og EMK artikkel 8. Likhetstrekkene med EMK er store. Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene. Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».

Besvarelsene bør på grunnlag av dette få frem at EMK, slik den er tolket av EMD, i følge Høyesterett har stor – men ikke nødvendigvis avgjørende vekt ved tolkning av den norske Grunnloven, og at vekten av EMK og ikke minst EMDs tolkning av EMK blant annet vil bero på hvor nært de enkelte grunnlovsbestemmelser er knyttet til EMKs artikler. For øvrig bør det gis



uttelling om besvarelsene får frem at avsnitt 57 i HR-2015-206-A (Maria) åpner for at EMKs betydning for grunnlovstolkningen på sikt kan minske. Dersom Høyesterett i enkeltsaker tar ansvar «for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser», vil det være denne praksisen, og ikke EMK og EMDs praksis, som vil bli styrende for innholdet i Grunnlovens rettighetsbeskyttelse, dersom en følger Høyesteretts uttalelser i Maria-dommen.

3.3.5 Andre kategorier

I metodefaget kan også andre kategorier anvendes for å dele opp utviklingen i EMKs betydning for grunnlovstolkningen, som primært rettsgrunnlag (Nygaard), samordning av tekster (Bergo), prinsipper (Frøberg). Jeg går ikke nærmere inn på disse kategoriene og hvordan de kan brukes for å analysere utviklingen i EMKs betydning for grunnlovstolkningene, men slik oppgaven er utformet må den enkelte besvarelse må selvsagt stå fritt med hensyn til valg av hvilke kategorier som skal anvendes i analysen. Det skal derfor ikke trekkes for at studentene velger andre kategorier enn relevans, slutning og vekt, det avgjørende er at besvarelsen får gitt en dekkende fremstilling av utviklingen i EMKs betydning for grunnlovstolkningen.

3.4 Kategorier for vurdering/analyse av EMKs betydning for grunnlovstolkningen i lys av de formål Grunnloven skal realisere.

Den andre delen av oppgaven handler om vurdering (eller hva kommer ut på det samme, analyse) av den ovennevnte utviklingen i EMKs betydning for grunnlovstolkningen i lys av demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene jf Grunnloven § 2 annet punktum.

Her må besvarelsene stå temmelig fritt. En sak er at verken forarbeidene eller Høyesteretts praksis gir klare uttrykk for hva termene «demokrati», «rettsstat» og «menneskerettighetene» i Grunnloven § 2 skal bety. Det gjør det derfor uklart hvilke begreper om demokrati, rettsstat og menneskerettigheter som Grunnloven viser til. Hovedlitteraturen i metodefaget bidrar heller ikke med noen rettsvitenskapelig klargjøring av disse begrepene innenfor rammene av Grunnloven § 2.

Det bør likevel kunne forventes at besvarelsene får frem at den betydning EMK har fått for grunnlovstolkningen vil kunne svekke det norske flertallsdemokratiet, i den forstand at stortingsflertallets tolkning av Grunnloven potensielt sett kan bli tilsidesatt fordi Grunnlovens rettighetsbestemmelser må tolkes i lys av EMK og andre folkerettslige forbilder jf blant annet HR-2015-206-A (Maria) avsnitt 57 og HR-2016-2554-P Holship avsnitt 81. Samtidig bør besvarelser, basert på undervisningen i statsrett og menneskerettigheter på tidligere studieår, også få frem at rettighetsbeskyttelse er forutsetninger for demokratiske prosesser, og at begrensninger på flertallsdemokratiet kan være nødvendig for å beskytte de demokratiske prosessene.

Fordi rettskildematerialet og hovedlitteraturen gir få rammer hvordan denne delen av oppgaven skal besvares går jeg ikke inn på ytterligere momenter som bør tas med eller momenter som ikke bør tas med. Det avgjørende for en god besvarelse av denne delen vil uansett være den enkeltes definisjoner av de sentrale begrepene i Grunnloven § 2 annet punktum, og evnen til å analysere utviklingen i EMKs betydning for grunnlovstolkningen i lys av dette.



4. Om vurderingen

Oppgaven er vanskelig i den forstand at den krever at studentene må sette sammen kunnskap fra flere deler av hovedlitteraturen (og til dels kunnskap fra tidligere studieår), og fordi spørsmålene ikke har vært en sentral del av undervisningsopplegget, verken på forelesning eller kurs. Basert på læringskrav, hovedlitteratur og undervisning må det likevel forventes at studentene kjenner til Rt-2015-93 (Maria), og utsagnene i dommen om EMKs betydning for tolkning av Grunnlovens rettighetsbestemmelser. I lys av fakultetsoppgaven må det også forventes at flere kommer inn på HR-2016-1833-A (åpning av mobiltelefon). Det må også forventes at studentene kjenner til den relevante hovedlitteraturen og sentrale begreper for å analysere utviklingen i EMKs betydning for grunnlovstolkningen. Slik kan oppgaven minne om en eksamen i ukjent lovtekst, i den forstand at studentene skal kunne det begrepsapparatet som er nødvendig for å besvare oppgaven, samtidig som de ikke er trent i å anvende dette begrepsapparatet på utviklingen i EMKs betydning for grunnlovsteksten.

Det kan ikke forventes at studentene i løpet av en fire timers eksamen kommer innom alle elementer som er tatt opp i denne sensorveiledningen, og det bør være mulig å få beste karakter selv om det er elementer som ikke blir berørt. I lys av oppgaveteksten bør de som trekker frem utviklingstrekk premieres. Og for å få ståkarakter bør man nok ha vært inneom grunnlovsendringene i 2014. Teoretiske utlegninger som ikke er knyttet til oppgaven bør ikke premieres. Forøvrig må karaktersetting reflektere den enkeltes evne til å bruke rettskildematerialet og den relevante litteraturen på en selvstendig måte.

Sensorveiledningen er revidert etter sensormøtet.

Christoffer C. Eriksen, 21. desember 2023