

REGJERINGSADVOKATEN

JUS4111 Metode, forelesning
Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo

«Betydningen av internasjonal rett i rettsanvendelsen»

Marius Emberland, advokat, Regjeringsadvokaten
(mem@regjeringsadvokaten.no)

1. INNLEDNING

Krav om god forståelse av relevans-, slutning- og vektspørsmål. En mulig mal for fremstilling av stoffet.

«Internasjonal rett» i vår sammenheng:

- 1) Traktatbaserte rettsregler, både de som er gjennomført i norsk lov og de som ikke er det
 - * Bilaterale avtaler (eks. skatteavtale mellom Norge og Sveits)
 - * multilaterale avtaler (eks. EMK)
 - * avtaler med overnasjonalt preg (=EØS-retten)
- 2) Folkerettslig sedvanerett: Gjennomførte og ikke gjennomførte regler
- 3) Internasjonalt materiale som kilde til klarleggingen av innholdet i folkerettslige rettsregler (traktatbasert, sedvanerett) og/eller innholdet i norsk lovgivning. Eksempler

Avgrensninger: Andre jurisdiksjoners rettsregler og rettsklider («fremmed rett»); lovvalgsreglene som sådan

Perspektiv her: Domstolenes rettsanvendelse. Hva dette innebærer.

2. NOEN UTVALGTE SPØRSMÅL OM RELEVANS

2.1 Dualismegrunnsetningen

Rt. 2007 side 234 om hva dualisme er

- Hva saken handlet om (Lovdatas sammendrag)

Saken gjaldt spørsmålet om domstolene kunne prøve fylkesmannens vedtak etter sosialtjenesteloven § 10-3 om hvilken kommune som er økonomisk ansvarlig for omsorgsutgiftene for en person med store funksjonshemninger. Høyesterett kom til at fylkesmannens vedtak ikke kunne kraves av domstolene. En uttalelse fra Eursarådets ekspertkomité om at den norske ordningen var i strid med art 11 i konvensjonen om lokalt selvstyre, ble ikke tillagt vekt. ...

- Høyesterett om vårt tema

(54) At regelen i § 10-3 går foran bestemmelsen i artikkel 11 i konvensjonen, finner jeg klart. Jeg viser til at Norge ved motstrid mellom norsk rett og folkeretten som hovedregel bygger på det dualistiske prinsippet som innebærer at norsk rett går foran folkeretten. Men for å unngå motstrid praktiserer Norge i en viss utstrekning presumsjonsprinsippet. ...

- Hva er altså dualisme? Premisser for dualisme og resultatet av dualisme

Rt. 1997 side 580 (OFS): Bruk av dualismegrunnsetningen i praksis

- Hva saken handlet om

Streike- og blokkadeforbud i provisorisk anordning av 1. juli 1994, jfr. Grunnloven § 17, var ikke i strid med allmenne rettsprinsipper av grunnlovsmessig karakter. Jfr. Grunnloven § 112. Norges forpliktelser etter EMK artikkel 11, ILO-konvensjonene nr. 87 og 98, FN's konvensjon om sivile og politiske rettigheter, FN-konvensjonen om 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. ...

- Høyesterett om vårt tema (side 594-594)

Tvungen lønnsnemnd vedtas ved lov eller provisoriske anordninger for hver enkelt arbeidskonflikt. Det følger klart

av foredraget til den omtvistede provisoriske anordning at anordningen skal gjelde uansett (foredraget side 3):

"Norge har ratifisert flere ILO-konvensjoner som verner organisasjonsfriheten og streikeretten. Konvensjonene nr 87, 98 og 154. Slik konvensjonene har vært tolket av ILOs organer er det bare adgang til inngrep i streikeretten dersom streiken setter liv, helse eller personlig sikkerhet i fare for hele eller deler av befolkningen. Den europeiske Sosialpaktens, under Europarådet, har i artikkel 6 pkt 4 if artikkel 31 tilsvarende bestemmelser som verner retten til bruk av kampmidler.

Med bakgrunn i at norske myndigheter flere ganger har vedtatt tvungen lønnsnemndsbehandling og nedlagt streikeforbud overfor arbeidskonflikter i Nordsjøen, har Oljearbeidernes Fellessammenslutning tre ganger tidligere klaget Norge inn for Den internasjonale arbeidsorganisasjon (ILO) med påstand om brudd på konvensjonene om organisasjonsfrihet. ILOs organer har i denne sammenheng reist kritikk mot norske myndigheters praksis og uttalt at de foretatte lovinngreper overfor arbeidstvister i oljesektoren ikke er i samsvar med prinsippene for organisasjonsfrihet.

Kommunal- og arbeidsdepartementet har vurdert problemstillingene i tilknytning til konvensjonene og den kritikk ILOs organer har kommet med og veld dette opp mot skadevirkningene av streiken, og er etter nøye overveielser kommet til at det uansett er riktig og nødvendig å gripe inn i konflikten. Det er i denne forbindelse også lagt stor vekt på at situasjonen mellom partene ved meklingsfristens utløp var svært fastlåst og at det derfor er grunn til å tro at konflikten kan bli langvarig."

Jeg finner etter dette 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.

Hva viser eksemplene

- Dualismegrunnsetningen eksisterer
- Dualismegrunnsetningen som norm for løsning av en bestemt form for regelkonflikt
- Oftest vil spørsmålet om regelkonflikt (motstrid) bli unngått ved tolkning/harmonisering, eventuelt ved bruk av → presumsjonsprinsippet

2.2 Lovfesting av relevans av internasjonale rettsregler

Lovgiver kan gjennom lovedtak bestemme at internasjonale rettsregler (traktatbasert rett, sevanerett) skal gjelde som norsk rett. To hovedtyper av slike lovedtak

- 1) Inklusjonslovgivning
 - Hva er inklusjon?
 - Eks. tvisteloven § 4-8. Luganokonvensjonen 2007
Konvensjonen om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker med protokoller og vedlegg, vedtatt i Lugano 30. oktober 2007 (Luganokonvensjonen 2007), gjelder som lov.¹ Vedleggene gjelder slik de til enhver tid er bindende for Norge
 - Eks. kjøpsloven § 87. FN-konvensjonen om internasjonale løsrøkjøp: «FN-konvensjonen 11. april 1980 om kontrakter for internasjonale løsrøkjøp gjelder som norsk lov.»
 - Eks. menneskerettsloven § 2 nr. 1, 2, 3, 4 og 5: Et utvalg menneskerettskonvensjoner
 - Eks. EØS-loven § 1
- 2) Bestemmelser om «sektormonisme»
 - En særegen form for inklusjonslovgivning.
 - Bestemmelsene kan ha ulik rekkevidde og ulik form.
 - Eks. konkurranseloven § 15 jf. § 7
 - * EØS-konkurranseloven § 5. Forholdet til EØS-avtalen:
Reglene i §§ 10 og 11 og i forskrifter etter § 14 gjelder med de begrensninger som følger av EØS-konkurranseloven § 7.
 - * EØS-konkurranseloven § 7. Forholdet mellom norsk konkurranselovgivning og EØS-avtalen artikkel 53 og 54:

Når konkurransemyndighetene eller domstolene anvender norsk konkurranselovgivning på avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet oppførsel, som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene som omtalt i nevnte artikkel, skal de også anvende EØS-avtalen artikkel 53 på slike avtaler, beslutninger og samordnet oppførsel. Når konkurransemyndighetene eller domstolene anvender norsk konkurranselovgivning på utilbørlig utnyttelse som er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 54, skal de også anvende EØS-avtalen artikkel 54.

Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet oppførsel, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Konkurransemyndighetene er ikke etter denne bestemmelse forhindret fra å anvende mer restriktiv norsk lovgivning som forbyr eller sanksjonerer foretaks ensidige atferd.

Med forbehold for alminnelige prinsipper og andre bestemmelser i EØS-retten, kommer første og annet ledd ikke til anvendelse når konkurransemyndighetene og domstolene anvender norsk lovgivning om kontroll med foretakssammenslutninger, og de utelukker heller ikke anvendelsen av bestemmelser i lovgivningen som hovedsakelig fremmer et annet formål enn det formål som fremmes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

- Eks. tvisteloven § 1-2. Folkerettens betydning for anvendelse av loven

Loven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat

- * Både traktatbaserte regler og sedvanerett

- Eks. utlendingsloven § 3. Lovens forhold til internasjonale regler

Loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når de har til formål å styrket individets stilling.

- * Både traktatbaserte regler og sedvanerett

3) Transformasjonslovgivning

- Hva er transformasjon?

- * Eks. store deler av a) konkurranseloven (EØS-avtalens konkurranseregler samt direktiver) b) store lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser med forskrifter (anskaffelsesdirektiver)
- * Eks. lov 17. juli 1998 nr. 54 om gjennomføring av Konvensjonen om forbud mot bruk, lagring, produksjon og overføring av antipersonellminer og om ødeleggelse av slike miner

- «Konstatering av rettsharmoni» som en form for transformasjon

Eksempel fra Høyesterett om konsekvensen av lovfesting av relevans: Rt. 2011 side 1581 (Dell Products)

- Hva saken handlet om

Saken gjaldt et ligningsvedtak der et irsk selskap var lagt skatt i Norge for årene 2003 til 2006. Dell Products i Irland solgte datamaskiner og utstyr ved en kommisjonsavtale der selskapet var kommittent (hovedmann) og det norske selskapet Dell AS var kommisjonær. Høyesterett kom til at det irske selskapet ikke hadde fast driftssted i Norge og dermed ikke var skattepliktig her i landet, jf. skatteavtale mellom Irland og Norge artikkel 7 nr. 1. jf. artikkel 5 nr. 5.

- Høyesterett om vårt tema

(36) Skatteplikt til Norge for personer og selskap som ikke høyrer heime her i landet, er regulert i skattelova § 2-3. Etter føresegna første ledd bokstav b skal det svarast skatt av «formue og inntekt av virksomhet som vedkommende utøver eller deltar i og som drives her eller bestyres herfra». Retten til norsk skattlegging kan avtalesast ved skatteavtale med andre land. Jf. dobbeltkattavtalelova av 28. juli 1949 nr. 15 § 1. Slik avtale er inngått mellom Norge og Irland. Avtalen er underskriven 22. november 2000, gjort i to likeverdige versjonar, på norsk og på engelsk. Skatteplikta etter skattelova er meir omfattande enn etter skatteavtalen, og innhaldet i skatteavtalen er derfor avgjerande for Dell Products si skatteplikt til Norge.

(37) Det følger av skatteavtalen artikkel 7 nr. 1 at eit føretak i Irland kan skattleggast berre der, viss ikkje føretaket driv forretningsverksemd «gjennom et fast driftssted» i Norge. Spørsmålet om fast driftsstad er regulert i artikkel 5. Partane er samde om at spørsmålet om Dell Products har ein fast driftsstad i Norge må avgjerast ut frå ei tolking av skatteavtalen artikkel 5 nr. 5 første punktum, som lyder slik:...

2.3 Det beror på tolkning av den folkerettslige regelen om den kan påberopes direkte i domstolene

Ikke alle folkerettsregler er egnet for direkte anvendelighet i domstolene. Spørsmålet om «selvkraft». Arnesen/Stenvik (2015) s. 131 flg.

Rt. 2001 side 1006 (KRL)

– Hva saken handlet om

Saken gjaldt gyldigheten av vedtak hvor foreldre hadde fått avslag på søknader om fullstendig fritak for sine barn fra grunnskolefaget kristendomsundervisning med religions- og livssynsorientering (KRL-faget). Humanetisk forbund hadde også anket, men denne anken ble avvist pga manglende rettslig interesse. Spørsmålet var om KRL-faget med begrensset rett til fritak, var i strid med Norges folkerettslige forpliktelser til vern av bl.a religions- og livssynsfrihet. Høyesterett og enkelte generelle bemerkninger om forholdet mellom folkerett og intern rett, derunder om anvendelsen av forranksbestemmelsen i menneskerettsloven § 3. Den berørte retten til fritak ble ikke funnet å være i strid med de påberopte konvensjonsbestemmelsene.

– Høyesterett om vårt spørsmål (side 1015)

De ankende parter har påberopt bestemmelser i flere konvensjoner som Norge er bundet av.

Etter menneskerettsloven er EMK, SP og ØSK med protokoller fra 21. mai 1999 inkorporert som norsk lov. De øvrige påberopte konvensjoner kan få interrettslige virkninger ved at norske lovbestemmelser uttrykkelig fastslår at lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat. Jf. eksempelvis tvistemålsloven § 36 a og straffeprosessloven § 4. Internrettslige virkninger kan også følge av presumsjonsprinsippet, som går ut på at norsk rett antas å være i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser, jf. fra senere tid Rt-1997-580, Rt-1997-1019 og Rt-2000-1811.

Ved den interrettslige anvendelse av konvensjoner som er inkorporert uten å være transponert til nasjonal lovtext, må det tas stilling til om den aktuelle bestemmelse tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, eller om den uttrykker et formål eller delegerer medlemsstatene å nå et bestemt mål eller en minimumsstandard. Direkte anvendelse forutsetter at bestemmelsen er utformet slik at den er egnet til å bli umiddelbart anvendt av de nasjonale myndigheter. Konvensjonens bestemmelser må kunne konkretiseres til rettigheter og plikter. Jf. viser til Ot.prp.nr.3 (1998-1999) side 11 med videre henvisning til NOU 1993:18 sidene 104-106 og proposisjonen side 23-24. Selv om

konvensjonsbestemmelser om mer tradisjonelle menneskerettigheter gjennomgående tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, kan spørsmålet om umiddelbar anvendelse eksempelvis oppstå for visse bestemmelser i ØSK, jf. NOU 1993:18 sidene 125-126 og særlig sidene 164-165.

Når det er konstatert at en konvensjonsbestemmelse gir den enkelte konkrete rettigheter, må det tas stilling til forholdet mellom bestemmelsen i konvensjonen og norsk rett.

2.4 Hvilke internasjonale rettskilder er relevante?

Kime til en rekke kontroversielle spørsmål i vår dager.

Hvorfor? Eksempel

Hvordan løses slike spørsmål?

- 1) Lovgiver kan ha gitt føringer på relevans (og vekt) – enten i loven selv eller gjennom uttalelser i forarbeidene

– Eks. 1: Rt. 2015 side 353 (Total E&P)

* Hva saken handlet om

Ved skjemsligning av et oljeselskap som hadde solgt gass til et selskap i samme konsern, ble inntektene fra solget fastsatt med utgangspunkt i såkalte armlengdepriser. Som grunnlag hadde skattemyndighetene sammenliknet med prissettingen i kontrakter mellom uavhengige parter. Selskapet fikk medhold i krav om innsyn i de kontraktene det var sammenliknet med. Selv om utgangspunktet var at selskapet som skatnyter hadde krav på partsinnsyn, jf. ligningsloven § 3-4 nr. 1, kunne dette ikke gjelde når den som krevde innsyn, inngikk i den kretsen som taushetsplikten etter ligningsloven § 3-13 skulle beskjette mot. Skattemyndighetene hadde også adgang til å bygge på kontraktene som sammenlikningsgrunnlag, selv om innsyn ikke kunne gis. ...

* Høyesterett om vårt tema

31. Lovgivningen inneholder flere eksempler på at retten til partsinnsyn ikke er absolutt. OECDs retningslinjer oppstiller heller ikke forbud mot bruk av hemmelige sammenlikningsgrunnlag, men oppfordrer til forsiktighet slik at den enkelte skatnyters interesser blir ivare tatt på en rimelig måte. Det skal etter skatteoven § 13-1 fjerde ledd tas hensyn til disse retningslinjene. Oljeskattemyndighetene har i tråd med dette under saksbehandlingen søkt å balansere de ulike hensyn som her gjelder seg gjeldende.

– Eks. 2: Rt. 2010 side 858 (tilbakekall av asyl)

* Hva saken handlet om

En iransk kvinne ble innvilget asyl i Norge fordi hun som lesbisk kunne få problemer ved retur til Iran. Da hun to år senere inngikk ekteskap med en mann, vedtok Utlendingsdirektoratet å tilbakekalle hennes asyl, ifølge utlendingsloven § 18 annet ledd og utlendingsforskriften § 64 første ledd. Høyesterett fant at både ordlyden og formålsbetraktninger tilsa at flyktningekonvensjonen av 1951, artikkel 1 C (5) ikke bare omfatter endringer i hjemlandet, men også endringer av personlige forhold og at behovet for asyl dermed var falt bort.

* Høyesterett om vårt tema

(44) I Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling - utgitt av FNs Høykommissær for flyktninger - behandles bare endringer i hjemlandet, ikke endringer av personlige forhold. Men dette kan skyldes at man har konsentrert seg om den mest praktiske problemstillingen. I tillegg kommer at Høykommissæren primært har ekspertise på forholdene i de enkelte stater, og det er derfor naturlig at oppmerksomheten er rettet mot dette - og ikke mot flyktingers personlige forhold. Håndboken gir for øving ikke noe sted direkte uttrykk for at personlige forhold faller utenfor artikkel 1 C (5). Selv om Håndboken generelt sett bør tillegges atskillig vekt, jf. NOU 2004:20 IV, utlendingslov side 102, kan jeg på denne bakgrunn ikke se at den kan få særlig betydning her.

(45) De ovennevnte betraktningene gjør seg gjeldende også for øvrige uttalelser fra FNs Høykommissær og andre deler FN-systemet.

- Eks. 3) Ot. prp. nr. 93 (2008-2009) om inkorporering av FNs kvinneskriveringskonvensjon pkt. 6.4

Kvinnediskrimineringskomiteen har etter vedtaket av tilleggsprotokollen 1999 fått kompetanse til å håndtere individuelle saker. Komiteen har så langt avgjort ti saker.

Tradisjonelt har det i menneskerettssammenheng vore vanlig å peke på at sjølv om konvensjonsorganene i FN ikke på samme måte som EMD gjer rettsleg bindande vedtak, skal det leggast stor vekt på fråsegnene deira. Når statane godkjenner at desse organa har kompetanse til å handsame rapportar og klagesaker, må det innebera at fråsegnene deira skal respekterast.

I vurderinga av kor stor vekt som skal leggast på fråsegnene i ei konkret sak må ein sjå på kva samanheng fråsegna er gitt i, kor klar ho er, og om ho er retta mot Norge eller mot eit anna land, eller om det er ei generell fråsegn.

Når det gjeld dei generelle tilrådingane som kvinnediskrimineringskomiteen kjem med, og som gir

uttrykk for komiteens syn på korleis fråsegnene i konvensjonen skal tolkast, må det truleg leggast stor vekt på desse i ein reint folkerettsleg samanheng. Kva innverknad dei har i ei konkret norsk sak, vil kunne variere alt etter kor klar fråsegna er, og i kva grad den konkrete saka er identisk med dei situasjonane komiteen truleg har hatt for auge under utarbeidinga.

Ei annan type fråsegner er fråsegner som er gitt i samband med gjennomgang av rapportar. Fråsegner frå ein samla komité som kjem som avsluttande kommentar til ein norsk rapport, må i utgangspunktet tilleggjast stor vekt. Samtidig bør ein vere merksam på at slike fråsegner kan vere baserte på ei avgrensa forståing av korleis den aktuelle norske rettsregelen fungerer, sidan fråsegnene ofte ikkje tek utgangspunkt i konkrete hendingar, men i komiteens generelle forståing av den norske rettsregelen. Det må også skiljast mellom fråsegner som direkte gjeld forholdet mellom norsk rett og ei konkret konvensjonsfråsegn, og meir generelle tilrådingar om korleis norske styresmakter kan betre diskrimineringsvernet enda meir. Når kvinnediskrimineringskomiteen i kommentarane til Noregs seinaste rapportar har tilrådd at konvensjonen blir inkorporert med forrang, er dette for eksempel ikkje eit krav som kan utleiast av konvensjonen, idet denne overlet til statane å avgjere korleis skyldnadene skal gjennomførast i nasjonal rett. Dessutan vil vekt vere avhengig av kor klar fråsegna er, og om komiteen held fast på henne trass i eventuelle motargument frå staten. Rettsbrukarane bør ved vurderinga ha for auge at det primært vil vere lovhvarane som skal sjå til at norsk lovgiving oppfyller krava i konvensjonen.

Fråsegner som kjem i samband med gjennomgang av rapportar frå andre statar, vil normalt ha meir avgrensning. Her må ein sjå på kor klar fråsegna er, og ho gjeld noko som direkte kan samanliknast med norske forhold.

Når det gjeld komiteevurdering i enkelt saker, uttalte departementet dette i forarbeida til menneskerettsloven, Ot.prp.nr.3 (1998-1999) s. 69:

«Departementet viser til de prinsipielle synspunkter i kapittel 8.4 foran, og til det syn som Høyesterett ga uttrykk for i Belgepappsaken, Rt-1994-610 (på side 616-617). Det bør normalt bare bli tale om uten videre å legge avgjørende vekt på en uttalelse eller avgjørelse fra et konvensjonsorgan dersom den er klar og sakforholdet svarer til det som nå står for en norsk domstol. Hvis et av håndhevsorganene har funnet at et spesielt saksforhold medfører en krenkelse av en av konvensjonene, er det vanligvis grunn til å tro at det vil komme til samme konklusjon også neste gang en tilsvarende sak blir forelagt det. Her som ellers er det imidlertid nødvendig å vurdere hvor langt presedensen rekker.

Det er større grunn til å legge avgjørende vekt på konvensjonsorganets avgjørelser i saker mot Norge enn på avgjørelser i saker mot andre stater. Også avgjørelser mot andre stater vil nok bidra til å utfylle konvensjonene slik at de får et klarere innhold. Saker mot andre stater vil imidlertid gjelde andre rettsystemer, og saksforholdet vil ofte være noe annerledes enn under norske forhold. Det kan også tenkes at vedkommende stat har innlåst å fremføre synspunkter og verdier som det vil være naturlig å gjøre gjeldende fra norsk side, noe som kan få betydning for om det er tale om en klar motstrid mellom konvensjonen og norsk lov. Avgjørelsens presedensverdi må derfor vurderes i det enkelte tilfelle.

Departementet har i det ovenstående ikke skilt mellom avgjørelser fra FNs menneskerettskomité og avgjørelser fra håndhevingsorganene etter den europeiske menneskerettskonvensjon. I tvilstilfelle bør en domstol legge en viss vekt på at FNs menneskerettskomité ikke treffer rettslig bindende avgjørelser (derfor kalles også komiteens konklusjoner i klagesaker for «synspunkter» («views»)) dersom det er spørsmål om å sette til side en norsk lovbestemmelse. Fra norsk side har man ellers så beskjeden erfaring med klagesaker for FNs menneskerettskomité, at det er for tidlig å si om det kan være andre grunner til å legge større vekt på avgjørelser fra håndhevingsorganene i Europarådet enn på synspunktene til FNs menneskerettskomité. I utgangspunktet har det imidlertid formodningen mot seg. Både Den europeiske menneskerettsdomstol og FNs menneskerettskomité er sammensatt av høyt kvalifiserte og uavhengige personer. Erfaring viser at synspunktene fra FNs menneskerettskomité i klagesaker har høy status.»

Departementet, tinn grunn til å nvanlere disse utsegningene llt. For det første må det presiserast at dommane som EMD seier, etter EMK er folkerettsleg bindande. Avgjerdene fra FNs kvinne-diskrimineringskomité i individklagesaker, er, til lks med avgjerdar fra dei andre overvakingsorgana i FN-systemet, ikkje bindande. Vidare er det og store forskjellar mellom EMD og FN-komiteane når det gjeld samansetjing, oppgaver og saksbehandlings. EMD er sett saman av uavhengige dommarar valde etter ein grundig prosess, alle dommarane arbeider fulltid ved domstolen, og alle medlemsstatane er representerte. EMD vil i tillegg som regel ha eit helsekopleg perspektiv i avgjerdene sine, der dei ulike rettane i EMK og verdiane dei skal sikre, vil bli vurderte mot kvarandre. Kvinne-diskrimineringskomiteen skal etter artikkel 17 nr. 1 i konvensjonen vere samansett av 23 medlemmer «med godt omdømme og stor kompetanse på det område som høyrer under denne konvensjon». Medlemmene er ikkje nødvendigvis juristar, og sjølv om dei skal fungere «i personlig eigenskap», er den uavhengige stillinga ikkje like godt sikra som for EMD-dommarane. Vidare er det velkjent at FN-komiteane har avgrensne ressursar, og saksbehandlingsa er ikkje eigna til å sikre at saka blir like godt opplyst som ho ville blitt etter

EMDs reglement. Kvinne-diskrimineringskomiteen har vidare som oppgave å overvake oppfølginga av føresegningane i kvinne-diskrimineringskonvensjonen, og omsynet til å fremme rettsstillinga til kvinner vil derfor vere dominerande.

* Rettspolitiske spenninger. Hvorfor?

2) For øvrig må vi anvende folkerettens prinsipper om relevant rettskildemateriale

– Dette legges også til grunn i rettspraksis

– Hva er relevant rettskildemateriale iht. folkerettslig rettskildelære (om innholdet av den kan klarlegges?)

* Wien-konvensjonen om traktatretten artiklene 31, 32 og 33: Ordlyd, formål, kontekst, statspraksis, traktatforarbeider

* ICIs statutter artikkel 38 nr. 1: traktater, sedvanerett, allmenne rettsprinsipper, rettsavgjørelser og bestemte former for rettslitteratur

* Prinsipper for relevans som praktisert i internasjonal domstolspraksis.

3. UTVALGTE SPØRSMÅL OM SLUTNING

3.1 Metoden for traktatolkning: Wien-konvensjonen om traktatretten art. 31-33

Godt forankret i Høyesteretts praksis

– Eks. 1: Rt. 2015 side 513 (GE Healthcare)

* Hva saken handlet om

En virksomhet i Irland som var eiet av et norsk selskap, var et selvstendig skattesubjekt etter irsk intern skatterett, men ikke etter norsk. Morselskapet ble skattlagt i Norge for inntekt fra virksomheten i Irland, hvor denne inntekten allerede var beskattet. Høyesterett kom som de tidligere instanser til at skattleggingen av det norske selskapet for inntekter som var oppfattet og beskattet i Irland, ikke var i strid med skatteavtalen mellom Norge og Irland artikkel 7 nr. 1. Dobbeltbeskatningen av denne inntekten ble således begrenset etter skatteavtalen artikkel 24 nr. 2, hvoretter selskapet fikk rett til skattefradrag i Norge som tilsvarte den skatten som var betalt i Irland. Selskapet var dermed vernet mot at den samlede skattebelastning i Norge og i

Irland ble større enn om innkomsten bare ble beskattet i Norge.

* Høyesterett om vårt tema

(35) Skatteavtalene er traktater og skal tolkes i henhold til folkerettens regler om tolkning av traktater. Om tolkning av skatteavtaler uttaler Høyesterett i Rt-2008-577 blant annet:

«(46) Skatteavtaler skal tolkast i samsvar med folkerettslege regler om tolking av traktatar. Sjølv om Norge ikkje har ratifisert Wien-konvensjonen om traktatretten, må det leggast til grunn at Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 1 gir uttrykk for folkerettsleg sedvane. Jf. Rt-2004-957. Artikkelen lyder:

'A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty, in their context and in the light of its object and purpose.'

– Eks. 2: HR-2017-569-A (Flyktning sur place)

* Hva saken handlet om

En etiopisk asylsøker hadde etter ankomst til Norge vært aktiv i et politisk parti som var forbudt i Etiopia. Asylsknaden ble avlagt av utlendingsmyndighetene etter den såkalte misbruksbestemmelsen i utlendingsloven § 28 fjerde ledd andre punktum andre alternativ, idet det ble ansett som mest sannsynlig at formålet med den politiske aktiviteten her hadde vært å oppnå opphold i Norge. Høyesterett kom til at misbruksbestemmelsen ikke kom i konflikt med flyktningbegrepet i flyktningkonvensjonen artikkel 1 A) 2. Det ble vist til at ordlyden i konvensjonsbestemmelsen ikke løste spørsmålet, men at bestemmelsens forhistorie og opprinnelige tidsbegrensning talte for at misbruksutførelsen ikke var omfattet. At UNHCR hadde utført at misbruksbestemmelsen gikk lenger enn konvensjonen åpnet for, ble ikke ansett som avgjørende. ...

* Høyesterett om vårt tema

(43) Etter utlendingsloven § 28 fjerde ledd er hovedregelen at subjektiv sur place gir rett til anerkjennelse som flyktning i Norge, med de unntak som følger av andre punktum. Spørsmålet er som nevnt om unntakene er i strid med flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2), som lyder slik i norsk oversettelse:

«For denne konvensjons formål skal betegnelsen 'flyktning' få anvendelse på enhver person som: ...

2. som følge av begivenheter som har funnet sted før 1. januar 1951 og på grunn av at han med rette frykter for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av

politisk oppfatning, befinner seg utenfor det land han er borger av, og er ute av stand til, eller, på grunn av slik frykt, er uvilleg til å påberope seg dette lands beskyttelse; eller som er statsløs og på grunn av slike begivenheter befinner seg utenfor det land hvor han har sin vanlige bopel, og som er ute av stand til eller, på grunn av slik frykt, er uvilleg til, å vende tilbake dit.»

(44) Konvensjonen skal tolkes etter prinsippene i Wien-konvensjonen av 23. mai 1969. Utgangspunktet er den naturlige forståelsen av ordlyden, lest i den sammenheng den inngår og i lys av konvensjonens formål. Jf. Rt-2012-494 avsnitt 33. Det går fram av artikkel 31 og 32 i konvensjonen at andre kilder vil ha begrenset plass ved tolkningen. Dette innebærer at det er lite rom for dynamisk fortolkning.

3.2 Fastleggelsen av innholdet i folkerettslig sedvane

Vilkårene for fastlegging av folkerettslig sedvane

statenes praksis som kilde

Sjeldent syn i Høyesteretts praksis.

– Eks. 1: Rt. 2006 side 1498

* Hva saken handlet om

To spanske fiskebåtskipere var bøtelagt for unnlatt fangstdagbokføring av torsk i fiskevannsonen ved Svalbard. En av disse var også bøtelagt for feilrapportering av torsk fanget i samme område. Høyesterett kom til at lov om Norges økonomiske sone § 5 ga hjemmel for opprettelsen av fiskevannsonen ved Svalbard. Høyesterett ansette fiskevannsonen ble ansett hjemlet i folkerettslig sedvane, og FNs havrettskonvensjon ble ikke ansett å være til hinder for en slik fiskevannson.

* Høyesterett om vårt tema

(56) Det er ikke tvilsomt at det synet som her ble gjort gjeldende i proposisjonen, har fått folkerettslig gjennomslag.

(57) Det heter i St.prp.nr.37 (1995-1996) om samtykke til blant annet ratifikasjon av havrettskonvensjonen på side 34:

«Det er i dag hevet over tvil at konseptet den økonomiske sone, uavhengig av havrettskonvensjonen, er hjemlet i den alminnelige folkerett på grunnlag av den statspraksis som utviklet seg særlig under og etter FNs tredje havrettskonferanse. Dette er bla. fastslått i Den internasjonale domstols avgjørelse i Libya/Malta-saken fra 1985. Hovedreglene for sonen vil derfor være bindende uavhengig av om en stat er part i konvensjonen eller ikke.»

(58) I proposisjonen er det opplyst at pr. 31. januar 1996 hadde 87 stater opprettet økonomisk sone og 14 stater fiskerisoner på 200 nautiske mil.

(59) Det må etter mitt syn være så det rene at det foreligger en folkerettslig sedvanerett når det gjelder opprettelsen av såkalte fiskerisoner. Slike soner er opprettet også etter at havrettskonvensjonen ble vedtatt. Det kan i den forbindelse nevnes at Spania 1. august 1997 etablerte en fiskerisone i Middelhavet. Jeg kan ikke se det annerledes enn at adgangen til dette forutsetningsvis er lagt til grunn i avgjørelser fra Haag-domstolen. Her viser jeg til dommen 12. oktober 1984 i Guif of Maine-saken hvor dette i punkt 96 uttrykkes slik: «the superjacent fishery zone, which is included in the exclusive economic zone concept». Hva de forskjellige fiskerisoner nærmere innebærer, er ikke opplyst. Jeg antar imidlertid at det i alle fall i hovedsak - er tale om fiskerisoner som i utgangspunktet gir kyststaten en eksklusiv fiskerett. Dette er for eksempel tilfelle med den norske fiskerisonen ved Jan Mayen.

(60) Denne saken gjelder en ikke-diskriminerende fiskerisone. Dette er en annen type fiskeriregulering enn det som i utgangspunktet etter havrettskonvensjonen. Det foreligger ikke opplysninger om at det er opprettet tilsvarende soner andre steder i verden enn ved Falklandsøyene.

(61) Etter mitt syn må også opprettelsen av fiskerisonen rundt Svalbard anses hjemlet i folkerettslig sedvanerett, og jeg kan ikke se at sonen er i strid med FNs havrettskonvensjon.

- Eks. 2: Rt. 2015 side 705 (Berserk)

* Hva saken handlet om

En mann ble ilagt en bot på 45 000 kroner for overtredeiser av bilandsloven § 8 jf. § 7 jf. Antarktishforskriften § 32. Han hadde brutt plikten til å gi korrekt informasjon om en ekspedisjon til Antarktis, satt i gang ekspedisjonen til tross for Norsk Polarinstittuts vedtak om utsettelse, og seilt i Antarktis uten å oppfylle krav om tilstrekkelig forsikring. Høyesterett uttalte at forskrifshjemmelen i bilandsloven § 7 andre ledd var i strid med Norges traktatforpliktelser eller alminnelige folkerettslige prinsipper, og at det ikke var noen uklarhet knyttet til de straffesanksjonerte normene i forskriften. Ekspedisjonen hadde Antarktis som mål, hadde et lengre opphold ved land der, og lå også oppankret i flere tilfeller. En anførsel om at ekspedisjonen var straffri fordi det dreide seg om seilas på det åpne hav, førte da ikke frem.

* Høyesterett om vårt tema

(26) For meg blir det ikke nødvendig å ta stilling til hvor de nærmere grensene for det åpne havs frihet går og heller ikke til de nøyaktige grensene for traktatstatenes adgang til regulering etter Antarktistraktaten. Jeg kan under enhver omstendighet ikke se at den internrettslige forskrifshjemmelen i bilandsloven § 7 andre ledd er i strid med Norges traktatforpliktelser eller alminnelige folkerettslige prinsipper for øvrig. § 7 andre ledd gir nettopp hjemmel til gjennomføringen av disse forpliktelsene, og - som det vil ha fremgått - er det heller ikke tvilsomt at § 7 andre ledd er tilstrekkelig grunnlag for å gjøre Antarktishforskriften gjeldende for andre deler av Antarktis enn de norske bilandene. Det er på det rene at A under ekspedisjonen befant seg i områder utenfor disse.

* Bilandsloven § 7

§ 7.Kongen kan gi nærmere regler til utfylling og gjennomføring av denne lov.

Kongen kan gi bestemmelser til gjennomføring av mellomfolkelige overenskomster, anbefalinger og bestemmelser som Norge har sluttet seg til. Kongen kan herunder fastsette bestemmelser om ansvar og krav til effektive tiltak ved hendelser som har eller kan ha miljøskadelige følger, og fastsette bestemmelser om forebyggende tiltak. Kongen kan fastsette plikt til å tegne forsikring til dekning av slikt ansvar.

3.3 Er folkerettslig metode annerledes enn norsk rettskildelære?

Noen åpenbare likheter og forskjeller.

Særlig om ordlyden som begrensning for traktattolkning, jf. eks. Rt. 2010 side 858 (Tilbakekall av asyl) (se over)

(43) Jeg oppsummerer så langt med at konvensjonens ordlyd og dens formål klart trekker i retning av at endringer av personlige forhold omfattes av artikkel 1 C (5). Ved traktattolkning vil det som følger av ordlyd og formålsbetraktninger bare unntaksvis kunne tenkes å måtte vike for andre rettskilder. Jeg kan ikke se at det er grunnlag for det her.

3.4 Særlig om tolkning av EØS-retten

Tolking av EØS-avtalens bestemmelser

- Eks. HR-2016-2554-P (Holship)

* Hva saken handlet om

Norsk Transportarbeiderforbund hadde varslet boikott for å tvunse en dansk bruker av Drammen havn til å innad tariffavtale med bestemmelser om ferietilrettelse til løse- og lastearbeid for havnearbeidere tilknyttet Administrasjonskontoret for havnearbeid i Drammen. Høyesterett som behandlet saken i plenum, kom til at boikotten var ulovlig fordi den hadde et rettsstridig formål, jf. boikottloven § 2 bokstav a. Selv om det overordnede formål med boikotten var å ivareta arbeidstakerinteresser, innebar den en uakseptabel restriksjon på etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31.

* Høyesterett om vårt tema

- Om betydningen av en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen

(76) Det følger av Avtalen mellom EFTA-staterne om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA) artikkel 34 første ledd at talingsuttalelser fra EFTA-domstolen ikke er formelt bindende for nasjonale domstoler, men bare «rådgivende». Dette innebærer at nasjonale domstoler i EFTA-staterne må ta selvstendig stilling til hvordan EØS-retten skal forstås og anvendes.

(77) Ved tolkingen av EØS-retten må imidlertid de nasjonale domstolene legge stor vekt på hva EFTA-domstolen har uttalt om hvordan EØS-retten skal forstås. Formålet med EFTA-domstolen er ifølge forordningen til ODA blant annet «å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i nevnte avtale, og å nå frem til lik behandling av enkeltpersoner og markedsdeltagere med hensyn til de friheter og konkurransevilkårene». Nasjonale domstoler må derfor normalt følge EFTA-domstolens forståelse av EFTA-retten og kan ikke fravike en tolkingssuttalelse av EFTA-domstolen uten at det foreligger «særlige grunner», se Rt-2013-258 avsnitt 93-94 med henvisning til plenumsdommen IR-2000-1811 på side 1820. For at EFTA-domstolen skal fylle den rolle som den er tiltenkt, kan domstolens forståelse av EØS-retten til dels ikke fravikes uten at det foreligger gode og tungtvektede grunner for det.

- Om tolkingen av EØS-avtalen mer generelt

(97) Etter fast praksis fra EU-domstolen om den tilsvarende bestemmelse i Traktaten om Den europeiske unions virkemåte artikkel 49 kan restriksjoner på etableringsretten som blir håndhevd uten diskriminering etter nasjonalitet, rettferdiggjøres med grunnlag i tvingende almenne hensyn, forutsatt at de er egnet til å sikre at målsætningen blir oppnådd, og at de ikke går utover det som er nødvendig for å oppnå dette målet, se blant annet EU-domstolens dom 11. desember 2014 i sak C-576/13

Europadommisjonen mot Spania avsnitt 47. Det er sikker rett at etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31 må forstås med den samme begrensning, jf. EFTA-domstolens tolkingssuttalelse avsnitt 121-130.

(98) Hva som utgjør et legitimt tvingende allment hensyn for å gjøre inngrep i etableringsretten, må blant annet vurderes i lys av grunnrettighetene i EU- og EØS-retten, jf. EFTA-domstolens tolkingssuttalelse avsnitt 122. Disse vil kunne tilsj begrensnings i etableringsretten. Og begrensninger i etableringsretten kan bare aksepteres så langt de er forenlig med grunnrettighetene.

(99) Uavhengig av hvor langt adgangen til boikott er vernet som grunnrettighet etter EU- og EØS-retten, er det på det rene at beskyttelse av arbeidstakere kan være et tvingende allment hensyn som kan rettferdiggjøre inngrep i etableringsretten, se blant annet EU-domstolens dom 11. desember 2014 i sak C-576/13 Europadommisjonen mot Spania avsnitt 50. Dette blir også lagt til grunn i EFTA-domstolens tolkingssuttalelse avsnitt 122. Som det fremgår av EFTA-domstolens tolkingssuttalelse avsnitt 125, krever imidlertid dette en konkret bedømmelse av det aktuelle tiltaket. Det er ikke tilstrekkelig med en abstrakt vurdering.

Tolkning av direktiver

– HR-2016-2239-A («Route 66»)

* Hva saken handlet om

I sak om gyldigheten av avgjørelse av Klagenemnda for industrielle rettigheter om å nekte registrering av «Route 66» som varemerke for enkelte varer og tjenester knyttet til reiseliv, kom Høyesterett i motsetning til de tidligere instanser til at vilkårene for nektelse etter varemerke-loven § 14 andre ledd bokstav a var oppfylt, og at avgjørelsen var gyldig. Det ble vist til at en norsk gjennomsnittsforbruker vil oppfatte «Route 66» som et geografisk sted, og også vil oppfatte et varemerke «Route 66» som en beskrivelse av egenskaper ved de varer og tjenester som nektelsen gjaldt.

* Høyesterett om vårt tema

(31) Varemerkeretten er omfattet av EØS-avtalen. Betydningen av dette er utfyllende beskrevet i Høyesteretts dom 22. september 2016 (HR-2016-1993-A) avsnitt 42 til 46. Jeg fremhever her særlig at varemerke-loven § 14 er utformet i samsvar med EUs tidligere og nå gjeldende varemerkedirektiv, og at loven dermed skal forstås i samsvar med EU-domstolens praksis knyttet til disse direktivene. Det innebærer at avgjørelser fra denne domstolen blir den sentrale rettskilden ved tolking av varemerke-loven. Også domstolens avgjørelser i tilknytning til varemerke-forordningen må tillegges vekt. Forordningen er ikke en del av EØS-avtalen, men har materielle bestemmelser tilsvarende varemerkedirektivet. Videre vil

praksis fra EUIPO tidligere OHIM, være en relevant rettskilde.

(34) Den grunnleggende avgjørelsen fra EU-domstolen om bruk av stedsnavn som varemerke er dominen 4. mai 1999 i sakene C-108/97 og C-109/97 Chiamee. Chiamee-dommen har vært retningsgivende for senere praksis innenfor EU og er ikke traveket.

3.5 Særlig om tolkning av EMK (som norsk lov)

Eks. Rt. 2008 side 1409 (Sjørum)

– Hva saken gjaldt

Høyesterett i storkammer. Ligningsmyndighetene hadde lagt en mann 60% i tilleggsskatt, noe som ble redusert til 30% av lagmannsretten. Saken i Høyesterett gjaldt spørsmålet om hvilket krav til bevisets styrke som gjelder ved illegale av tilleggsskatt, jf. ligningsloven § 10-2 sammenholdt med § 10-4. Et flertall på sju dommere fant at beviskravet for å legge ordiner tilleggsskatt er klar sannsynlighetsovervekt. Et flertall på seks dommere kom videre til at EMK artikkel 6 nr. 2 inneholder krav til bevisets styrke i saker som er straff etter konvensjonens artikkel 6. Lagmannsrettens dom ble opphevet. Dissens 7-4.

– Høyesterett om vårt tema

(74) Menneskerettsloven gjør EMK og SP til norsk rett. Etter lovens § 3 skal bestemmelsene i konvensjonene «ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning». Bak bestemmelsen ligger det en klar lovgivervilje om å styrke menneskerettighetene i norsk rett. De grunnleggende tolkningsprinsipper for anvendelse av forranksbestemmelsen i § 3 er trukket opp i plenumsavgjørelsene i Rt-2000-996, Rt-2002-557 og Rt-2003-359. I plenumsklennelsen i Rt-2005-833 heter det i avsnitt 45 at norske domstoler ved anvendelsen av reglene i EMK skal

«foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten og dets formålsmessige forståelse og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen.»

4. VEKTSPØRSMÅL, HERUNDER HARMONISERING

4.1 Presumsjonsprinsippet: Et verktøy for harmonisering

Hva presumsjonsprinsippet går på

– Eks. Rt. 2007 side 234 avsnitt 54 (se over)

... Men for å unngå motstrid, praktiserer Norge i en viss utstrekning presumsjonsprinsippet ved at norsk rett presumeres å være i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.

Den grunnleggende avgjørelsen om praktiseringen av dette prinsippet er Høyesteretts plenumsdom i Rt-2000-1811 – Finanger I ...

Retningslinjer for anvendelse av presumsjonsprinsippet

– Rt. 2000 side 1811 (Finanger I)

* Hva saken handlet om

En passasjer ble skadet i bilulykke der bilføreren hadde vært alkoholvirket. Passasjerer visste at føreren var påvirket. Etter bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b tilkommer passasjerer da normalt ikke erstatning. Etter uttalelse fra EFTA-domstolen ble lovt til grunn at en ordning med erstatningsbortfall lik den som var etablert i bilansvarsloven § 7 var uforenlig med EØS-retten. Høyesterett la likevel til grunn at § 7 måtte følges da det var en lovgiversak å bringe loven i overensstemmelse med EØS-retten. Dissens 10-5. - Krav etter bilens passasjerulykkesforsikring ble redusert med 30% på grunn av passasjerens grove uaktsomhet, jfr. forsikringsavtaleloven § 13-9. Dissens 8-7. - Plenumssak.

* Høyesterett om praktiseringen av presumsjonsprinsippet

(side 1829) 5. Presumsjonsprinsippet i norsk rett er utviklet i rettspraksis. Glennomsiktskraften av dette prinsippet vil være avhengig av karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til. Også før [EMK] ble gjort til en del av norsk rett, ble grunnleggende menneskerettigheter tillagt meget stor vekt ved fortolkning av norske rettsregler. Den norske rettsregel vil like liten motstand hvis det er tale om konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borte samme beskyttelse mot innangrep fra det offentlige, mens motstanden vil være større der en slik forpliktelse virker inn i private rettsforhold.

(side 1830) 6. Presumsjonsprinsippet ble viet atskillig oppmerksomhet både i forarbeidene til ratifikasjonen av EØS-avtalen og i lovforsarbeidene til EØS-loven. I de førstnevnte forarbeider vis det uttrykk for at norske domstoler må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat, se St.prp.nr.100 (1991-1992), side 319. I forarbeidene til EØS-loven, jf. det i Ot.prp.nr.79 (1991-1992) på side 3 uttrykk for at det bør være like viktig å unngå at norske lover og

forskjeller anvendes i strid med traktatforpliktelser, som det er å unnådd brudd på den uskrivne folkerett, og at dette også gjelder i forhold til EØS-avtalen.

– Rt. 2007 side 234

(54) ... Den grunnleggende avgjørelsen om praksiseringen av dette prinsippet er Høyesteretts plenumsdom i Rt-2000-1811 - Finnanger I. Her uttaler førstvoterende (side 1829):

«Gjennomslagskraften av dette prinsippet vil være avhengig av karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til. ...»

(55) Vår sak gjelder ikke et tilfelle hvor konvensjonen gir «bortferne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige», og hvor presumsjonsprinsippet forutsettes å ha stor gjennomslagskraft. Tvert om er det som nevnt tale om et rettsområde hvor staten gir den enkelte kommune betydelige økonomiske tilskudd, og hvor den beskjedne adgangen til å få overprøvd fylkesmannens vedtak begrunnes i at staten har funnet det riktig å regulere tvisteløsningen mellom kommunene for å forhindre betydelige saksomkostninger - noe som også ble fremhevet av flertallet i sosialkomiteen da Dok.nr. 8: 78 (2003-2004) ble behandlet i Innst.O.nr.23 (2004-2005).

(56) Dersom Kongsberg kommune gis medhold i sin påstand om at vedtaket må undergis full prøvingsrett, blir bestemmelsen i sosialtjenesteloven § 10-3 i realiteten satt til side. Ved vurderingen av om rekommendasjonen kan få denne konsekvensen viser jeg igjen til Finnanger I-dommen hvor forarbeidene - Ot.prp.nr.79 (1991-1992) side 4 - og domstolene en klar oppfordring til å utnytte «alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir for å unnådd et folkerettsstridig resultat». Og selv om førstvoterende framhevet at det innen EØS-retten gjelder et «lojalitets- og konformitetskrav» (side 1831), kom Høyesteretts flertall til at det ikke kunne velges en løsning som i realiteten innebar at en lovbestemmelse fullt ut ble satt til side.

(57) På bakgrunn av de prinsipiene som følger av denne dommen, inner jeg det klart at rekommendasjonen ikke kan bistrutte at sosialtjenesteloven § 10-3 tolkes slik at domstolene skal ha en videre adgang til å prøve fylkesmannens vedtak enn det som tidligere har vært lagt til grunn. Konsekvensen ville i tilfelle bli at en over 100 år gammel regel, som ble videreført både ved lov om sosial omsorg 2014, sosialtjenesteloven fullt ut ble satt til side. Dette ville i tilfelle skje selv om stortingsflertallet nuller har markert at det ønskes å behalde regelen.

Presumsjonsprinsippet forutsetter tolkning av så vel norsk lov som folkerettsregelen – og det kan være uenighet om slike tolknings spørsmål

– HR-2016-2591-A

* Hva saken handlet om

Høyesterett kom til at en kvinne som var psykiatrisk pasient skulle fratras sin rettslige handleevne i økonomiske forhold. Bestemmelsen i vergemålsloven § 22 andre ledd, som gir adgang til et slikt inngrep, måtte legges til grunn selv om den skulle være i strid med FN-konvensjonen om rettigheter til mennesker med nedsatt funksjonsvne, som ikke er inkorporert i norsk rett. Bestemmelsen er ikke i strid med Grunnloven § 102 eller EMK artikkel 8. Ved den konkrete vurderingen la Høyesteretts flertall på tre dommere til grunn at lovens krav til fare for vesentlig forringelse av formuen var oppfylt, slik at kvinnen måtte fratras sin handleevne i økonomiske forhold fullt ut. Det ble videre uttalt at det ved delvis fratakelse av rettslig handleevne i økonomiske forhold kunne treffes særskilt beslutning om at den vergetrengende ikke kan stiftes gjeld. Dissens 3-2

* Høyesterett om vårt tema (flertallet)

(45) På bakgrunn av prosedyrene vil jeg allerede her ta stilling til om adgangen etter § 22 til å frata en vergetrengende rettslig handleevne i økonomiske forhold fullt ut, er forenlig med Norges folkerettslige forpliktelser og med menneskerettighetene i Grunnloven og EMK.

(46) Jeg ser først på forholdet til FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsvne. Konvensjonen ble ratifisert av Norge i 2013. Jf. Prop.106 S (2011-2012). Etter artikkel 1 har den til formål «å fremme, verne om og sikre mennesker med nedsatt funksjonsvne full og likeverdig rett til å nyte alle menneskerettigheter og grunnleggende friheter».

(47) Konvensjonen er ikke inkorporert i norsk rett. Grunnloven § 92 er ikke noen inkorporasjonsbestemmelse, men pålegger myndighetene å håndheve menneskerettskonvensjoner på det nivå de er gjennomført i norsk rett, jf. HR-2016-2554-P avsnttt 70 (Holship).

(48) Det følger av presumsjonsprinsippet at vergemålsloven § 22 så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser. Jeg går nå over til å se nærmere på hvor langt disse rekker. ...

* Mindretallet

(95) Bestemmelsen i § 22 annet ledd annet punktum er ny i vergemålsloven 2010. Formålet med å innføre adgang til delvis fratakelse av rettslig handleevne var å gjøre det mulig å opprette individueltpassede løsninger. Departementet antok at dette ville være et særlig adekvat tiltak overfor gruppen aktive vergetrengende - slik vi her står overfor - og la videre vekt på at det vil bringe vergemålsloven i overensstemmelse med de krav som

følger av internasjonale konvensjoner på området, se lovproposisjonen side 59.

(96) Lovgiver har altså ønsket at loven skal være i samsvar med våre konvensjonsforpliktelser. Dette tilsier at loven, så langt det er mulig, fortolkes og anvendes i samsvar med disse forpliktelsene. Dette følger for øvrig uansett av Grunnloven § 92 og av Høyesteretts praksis idfall siden Rt-1984-1175, hvor det ble fremhevet som et reelt hensyn at norsk lov så vidt mulig må forutsettes å være i samsvar med traktater Norge er bundet av.

(97) Det har dermed betydning at artikkel 12 i konvensjonen om rettigheter for personer med nedsatt funksjonsevne bestemmer at personer som omfattes av konvensjonen, slik som A, har rettslig handleevne og skal gis den støtte de kan trenge for å utøve denne. Som førstvoterende peker på, er bestemmelsen ikke helt klar, og Norge har avvist en erklæring hvor det fremgår at konvensjonen forstås slik at rettslig handleevne skal kunne fratras eller slike tiltak er nødvendige, som en siste utvei. Jeg er enig med førstvoterende i at det som følge av dette handlevnen hjilt ut. Men konvensjonen medfører at dette er et virkemiddel som skal benyttes med atskillig varsomhet og bare i den utstrekning det er nødvendig, jf. også formuleringen om «siste utvei» i den norske erklæringen.

4.2 Lovfestede normer for avveining mellom internasjonal rett og intern rett: Forrangsproblematikk i motstridstilfeller

Hva betyr motstrid?

Motstridsproblematikken kommer sjelden på spissen

– Rt. 2003 side 593 (Valebrokk)

* Hva saken handlet om

Sjefredaktøren i TV2 hadde uten samtykke offentliggjort filmopptak av en domfælt i retssalen etter at dom av domstoloven § 198 tredje ledd 2. straffalternativ, jf § 131a første ledd 2. punktum var overtrådt. Høyesterett kom til at domstoloven § 198 tredje ledd 2. straffalternativ, jf § 131a første ledd 2. punktum isolert sett var overtrådt. Da filmopptakene belyste vesentlige sider av straffsaken mot domfælte... fant imidlertid Høyesteretts flertall at offentliggjøringen var vernet av EMK art 10. Dissens 3-2

* Høyesterett om vårt tema

(50) Norske domstoler skal i utgangspunktet anvende de samme tolkningsprinsipper og metoder som EMD, jf. Rt-2002-557 (plenum) på side 565 med videre henvisning til Rt-2000-996 (plenum) på side 1006-1007 og Rt-2001-1006 på side 1015-1016. Dette innebærer at også norske domstoler må etterprøve norsk lovgivning og håndhevingen av denne i samme omfang som EMD. Etter menneskerettsloven § 3 skal inkorporerte konvensjoner og protokoller ved motstrid gå foran annen lovgivning. Motstrid må i denne sammenheng bety at anvendelse av den norske lovregel ville føre til at den aktuelle konvensjonsbestemmelse ble krenket.

Lovgivning som avgjør motstridsspørsmål

– Eks. 1: EØS-loven § 2

Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende gjelder dersom en forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, er i konflikt med en annen forskrift, eller kommer i konflikt med en senere lov.

* Rt. 2000 side 1811 (Finanger I) (side 1826)

Forrangsregelen i EØS-loven § 2 slår blant annet fast at bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, ved konflikt skal gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Ved å unnlate å endre bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b har Norge ikke oppfylt sin plikt etter EØS-avtalen til å gjennomføre direktivene i norsk rett. Det er klart og ikke omtvistet at lagmannsretten har tatt feil når retten har lagt til grunn at de ikke gjennomførte direktivene i kraft av EØS-loven § 2 går foran bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b.

Selv om forordningene og direktiver ikke har direkte virkning i norsk rett, har de betydning som tolkningsmomenter i forhold til norske lovbestemmelser. For norsk rett følger dette av presumsjonsprinsippet, hvorefter norsk lov så vidt mulig skal tolkes i samsvar med tilkrettslige forpliktelser. Innenfor EØS-retten gjelder prinsippet om direktivkonform fortolkning. Jeg kommer nærmere tilbake til disse prinsippene.

– Eks. 2: Menneskerettsloven § 3

Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning

Høyesterett om motstridsspørsmålet i menneskerettslovens barndom, jf. Rt. 2000 side 996

* Hva saken handlet om

Tillegsskatt for 1987 falt bort og tillegsskatt for 1988 ble satt til 30%. Jfr. ligningsloven § 10-2 nr. 1, jfr. § 10-4 nr. 1. Skatteytteren fikk medhold i at EMK artikkel 6 nr. 1 om at en straffesikelse skal avgjøres innen rimelig tid, også gjelder under ligningsmyndighetenes behandling av spørsmålet om tilleggsskatt for forsettlig eller grovt uaktsom skatteunndragelse. Saksbehandlingstiden for de to ligninger var henholdsvis 11 og 8 år. - Høyesterett drøftet, men tok ikke standpunkt til om også forbudet i EMK syvende tilleggsprotokoll artikkel 4 nr. 1 mot å straffe en person to ganger for samme straffbare handling var krenket ved at skatteyteren ble ilagt forhøydd tilleggskatt for 1987 etter at han var rettskraftig straffedømt for forsettlig skatteunndragelse for samme år.

* Høyesterett om vårt tema (side 1007-1008)

Spørsmålet om det foreligger motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett, slik at konvensjonsbestemmelsen må stå foran, kan ikke løses ved hjelp av et generelt prinsipp, men må bero på en nærmere tolking av de aktuelle rettsregler. Ved harmoniseringen gjennom tolking kan en tilsynelatende motstrid falle bort.

Det følger av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 at dersom det tolkingresultat som følger av EMK fremstår som rimelig klart, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt.

I mange tilfeller kan det imidlertid være begrunnet tvil om hvordan EMK skal forstås. Dette kan for eksempel skyldes at flere av bestemmelsene i EMK er vage, og at det ved tolkingen av konvensjonen må foretas en avveining av ulike interesser eller verdier ut fra en felles europeisk rettsoppfatning eller praksis.

Konstaterer Høyesterett motstrid mellom EMK og norsk rett i dag?

Spørsmålet synes ikke å bli satt på spissen, se eks. Rt. 2015 side 1467

– Hva saken handlet om

En mann døde under en påripelse på Oslo legevakt. Etter at straffesaken mot to involverte politibetjenter og en ambulansearbeider var endelig henlagt av påtalemyndigheten, begjærte NRK innsyn i opptak av hendelsen fra legevaktens overvåkningskameraer. Opptakene var nå en del av dokumentene i straffesaken. Høyesteretts flertall kom til at avslaget måtte anses som et inngrep i EMK artikkel 10 og SP artikkel 19 nr. 2 og aa NRK

medhold. Det ble under henvisning til praksis fra EMD og Høyesteretts kjennelse i Rt-2013-374 lagt til grunn at informasjonsfriheten etter EMK artikkel 10 nr. 1 vil kunne innebære en plikt til å gjøre informasjon tilgjengelig for media i saker med stor allmenn interesse, selv om artikkelen ikke kan forstås som en generell offentlighetsregel ved siden av nasjonalstatenes internrettslige regler. Ved den konkrete vurderingen ble det vist til at saken var av stor offentlig interesse, at opptakene utgjorde det helt sentrale bevisgrunnlaget ved henleggesbeslutningene, og at offentlighets-hensynet ikke lenger kunne ivaretas ved domstolsbehandling. Hensynet til de implisertes personvern kunne ivaretas ved anonymisering. Dissens 3-2.

– Høyesterett om vårt tema (flertallet)

(43) Så langt konstaterer jeg at påtalemyndigheten etter omstendighetene hadde en rett - men innen plikt - til å utlevere de etterspurte opptakene fra kameraovervåkningen på Oslo legevakt i anonymisert form.

(44) Jeg går så over til å behandle EMK artikkel 10 og den tilsvarende bestemmelsen i SP artikkel 19. EMK artikkel 10 lyder slik i norsk oversettelse ..

(74) Jeg er etter dette kommet til at unnlatelsen av å gi NRK innsyn i opptakene må anses som et inngrep i EMK artikkel 10 nr. 1 og i SP artikkel 19 nr. 2.

(75) Jeg går så over til å behandle spørsmålet om påtalemyndighetens avslag må anses rettmessig fordi det faller inn under inngrepskriteriene i EMK artikkel 10 nr. 2 og SP artikkel 19 nr. 3.

(87) I EMDs praksis er kravet om «ready and available» først og fremst benyttet som en avgrensning mot å pålegge myndighetene en plikt til å samle inn informasjon, jf. Tårsasag-dommen [EMD-2005-37374] avsnitt 36 som det vises til senest i Weber-avgjørelsen avsnitt 26 [EMD-2011-70287]. I sist nevnte avgjørelse uttales det videre i avsnitt 25 at «the Court does not consider that a general obligation on the State to provide information in a specific form can be inferred from its case-law under Article 10, particularly when, as in the present case, a considerable amount of work is involved». Jeg minner om at flertallet i Österreichische Vereinigung-dommen fant at artikkel 10 var krenket til tross for at innsyn - av hensyn til de omtalte personvern - forutsatte anonymisering en rekke konvensjonsavgjørelser. I vårt tilfelle er det snakk om å redigere opptak fra tre overvåkningskameraer ned til den aktuelle sekvensen og å sladdé ansiktene til alle de tilstedeværende slik at de ikke kan gjenkjennes. En slik beskjæret tilretteleggelse mener jeg ligger innenfor EMK artikkel 10.

(88) Jeg er etter dette kommet til at Spesialenheten plikter å utlevere den delen av opptakene som viser at A døde, det vil si sekvensen fra han ønsket å forlate legevakten og til halsarepet slippes. Opptaket må utleveres i sådette form.

4.3 Særlig om internasjonal retts betydning ved tolkning av grunnlovens bestemmelser

Særspørsmålet om tolkning av Grunnlovens nye rettighetsbestemmelser vedtatt etter mønster av EMK

– Rt. 2015 side 93 (Maria)

(54) Jeg går så over til spørsmålet om utvisningsvedtaket er ugyldig fordi det krenker Bs menneskerettigheter.

(55) De ankende parter gjør gjeldende at utvisningsvedtaket strider mot Grunnloven § 102 sammenholdt med EMK artikkel 8, Grunnloven § 104 sammenholdt med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og utlendingsloven § 70. Det er nødvendig å si noe om disse rettsgrunnlagene og om sammenhengen mellom dem.

(56) Grunnloven § 102 første ledd første punktum slår fast: «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familielev, sitt hjem og sin kommunikasjon.»

(57) Bestemmelsen 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. Likhetsreklene 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 håndheveringsorganene ikke har samme preudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene. Det er etter vår forfatning Høyesterett - ikke de internasjonale håndheveringsorganene - som har ansvaret for å tolke, utvikle og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.

5. OPPSUMMERING