

# Lovgivere og domstoler ved begynnelsen av det 21. århundre

Av ekspedisjonssjef dr. jur. INGE LORANGE BACKER\*

1. I nordisk styresett har lovgivere og domstoler i prinsippet forskjellige oppgaver: De lovgivende myndigheter gir generelle regler med tanke på fremtiden, og domstolene tar stilling til konkrete rettsvister og ilegging av straff. Tilsynelatende gir dette en klar funksjonsfordeling.

Det har riktig nok hendt at lovgivende myndigheter har kommet inn på domstolenes enemerker. Holder vi oss til nordisk nåtid, reiste Tvind-saken fra Danmark spørsmål om dette, idet den danske Højesteret underkjente et stykke singulærlovgivning fordi den avskar Tvindskolene muligheten for domstolsprøving av en tvist.<sup>1</sup> Iallfall i Norge kan det forekomme at en og annen parlamentariker forsøker å påvirke domstolenes straffutmåling eller fengslingspraksis gjennom medieuttalelser og andre utspill, gjerne foranlediget av en konkret straffesak.<sup>2</sup> Det kan være en fin balansegang mellom på den ene siden berettiget og ønskelig demokratisk debatt om domstolenes virke, og på den annen side utidig innblanding i deres dømmende virksomhet. Prinsippet om domstolenes uavhengighet, knesatt blant annet i den europeiske menneskerettskonvensjon, skal sikre mot at grensen blir overskredet. I Danmark og Norge kan det sies at dette prinsippet nylig er forsterket gjennom etableringen av en uavhengig administrasjon for domstolene<sup>3</sup> — en reform som gjør det lettere å overbevise utsendinger fra tidligere diktaturstater om domstolenes selvstendige stilling hos oss. Men med nordisk tradisjon var det en reform som neppe var nødvendig for å sikre deres uavhengighet i den dømmende virksomhet.

Funksjonsfordelingen mellom lovgivere og domstoler kan også bli utfordret fra den annen side, fra domstolene. Det er denne siden jeg vil ta opp i dag. Det er en spesiell glede å stå ved Sveriges eldste universitet etter en invitasjon som gir mulighet for å utveksle erfaringer over Kjølen om viktige tendenser og utfordringer i nåtidens rettsliv.

\* Forelesning 26. januar 2006 ved Uppsala universitets juridiske fakultet i anledning av tildeling av den juridiske hedersdoktorsgrad ved Uppsala universitet. Forelesningen gjengis her med tilføyelse av noter og enkelte mindre endringer.

<sup>1</sup> UFR 1999 s. 841 H. Tvisten gjaldt spørsmålet om Tvindskolene — i lys av deres tidligere opptreden — ville komme til å oppfylle vilkårene for slike tilskudd til driften som andre friskoler kunne få.

<sup>2</sup> Se Magnus Matningsdal: Straffutmåling — politiske direktiver og signaler, Lov og Rett 2004 s. 323–39.

<sup>3</sup> Se for Norges del domstolloven 13. august 1915 nr. 5 kapittel 1 A, som bygger på Domstolkommisjonens utredning NOU 1999:19, jf. Ot.prp. nr. 44 (2000–2001).

Med utgangspunkt i norske erfaringer med internasjonalisering av retten vil jeg søke å gi et bidrag til den diskusjon som har vært i Sverige om forholdet mellom domstolene og lovgiverne.<sup>4</sup>

Jeg begrenser meg til spørsmålene om domstolskontroll med lovgivningen — lagprövningsrätten. Det er særlig her de siste årene har bragt noe nytt, og det er her maktforholdet mellom lovgivere og domstoler kommer på spissen. Jeg tar altså ikke opp den side av domstolenes rettsskapende virksomhet som går ut på å presisere og utfylle lovgivningen, og som lovgiverne kan korrigere dersom de finner at en annen løsning er å foretrekke enn den som domstolene har landet på. I dette tilfellet er det tale om et samspill som ikke betyr noen rettslig begrensning av lovgivernes myndighet, og som ikke reiser slike spørsmål i et demokratisk perspektiv som lagprövningsrätten gjør.<sup>5</sup>

2. I Norge har domstolenes rett til å prøve grunnlovsmessigheten av Stortingets lovgivning lang tradisjon.<sup>6</sup> I likhet med parlamentarismen og andre sentrale trekk ved norsk styresett er prøvingsretten ikke nedfelt i Grunnloven, som fortsatt bærer årstallet 1814 trass i tallrike enkeltendringer. Prøvingsretten overfor lover er blitt til gjennom rettspraksis. Prøvingsrettens eksistens er imidlertid ikke noe tilstrekkelig bevis for omfanget av domstolenes inngripen i lovgivningen. Det bestemmes også av prøvingsintensiteten, tolkingstradisjonen og potensielt også søksmålsadgangen.<sup>7</sup>

Det har vært hevdet — også med støtte i uttalelser fra Høyesterett selv — at prøvingsintensiteten varierer med hva slags grunnlovbestemmelser det er tale om — sterkest når det gjelder bestemmelser til vern om individet, svakest ved bestemmelser om forholdet mellom

<sup>4</sup> Se fra de siste ti år bl.a. Joakim Nergelius: *Konstitutionellt rättighetsskydd* (Stockholm 1996), Barry Holmström: *Domstolar och demokrati* (Uppsala 1998) med anmeldelser av Thomas Bull i JT 1999–2000 s. 794–807 og 2000–01 s. 26–47 og av Joakim Nergelius i SvJT 2001 s. 188–203, Bertil Bengtsson: *Den svenska grundlagen och domstolarna*, Jussens Venner 1998 s. 56–65 og Nergelius i SvJT 2000 s. 545–557. Per Henrik Lindblom har gjerne tatt opp spørsmålene i samband med prosessens funksjoner, se f.eks. *Progressiv process* (Uppsala 2000), særlig s. 73–78, og SvJT 2004 s. 229 flg. Lignende diskusjoner har funnet sted i Danmark, se f.eks. Gorm Toftegaard Nielsen i samme (red.): *Parlamentarismen — hvem tog magten* (Århus 2001) s. 147–180 og Ida Elisabeth Koch m.fl.: *Menneskerettigheder og magtfordeling* (Århus 2004), og mer generelt Jens Elo Rytter: *Grundrettigheder* (København 2000), særlig del III, og samme i TfR 2001 s. 715–746.

<sup>5</sup> Om domstolenes rettsskapende virksomhet generelt se f.eks. Torstein Eckhoff: *Rettskildelære* (5. utg. ved Jan Helgesen, Oslo 2001) s. 192–213, Bertil Bengtsson: *Domare och lagstiftare i samverkan och konflikt*, Festskrift till Stig Strömholm (Uppsala 1997) s. 109–130 og Lindblom i *Progressiv process* s. 66–72.

<sup>6</sup> Generelt om prøving av lovers grunnlovsmessighet etter norsk rett se bl.a. Eivind Smith: *Høyesterett og folkestyret* (Oslo 1993) og Erik Boe: *Lovers grunnlovsmessighet*, Jussens Venner 1998 s. 4–36.

<sup>7</sup> For en ytterligere inndeling av problemstillingene se Boe op. cit. s. 18–19.

statsmaktene.<sup>8</sup> Det har også vært svingninger i prøvingsintensiteten gjennom mer enn 150 år med lagprøvningsrett i Norge.<sup>9</sup>

For annen halvdel av det 20. århundre ser jeg det som et typisk trekk ved den norske prøvingsretten at den utøves i et samspill med lovgivningen. På den ene side kan den enkelte grunnlovsbestemmelse ha en begrenset, fast kjerne som lovgiverne må respektere, samtidig som bestemmelsen ut over dette kan ha betydning for lovtolkningen. På den annen side vil forståelsen av grunnlovsbestemmelsen bli påvirket av Stortingets lovgivningspraksis. Prøvingsretten er med andre ord ikke utøvd slik at domstolene på fritt grunnlag, og uten hensyn til Stortingets oppfatning som lovgivere, fortolker en grunnlovsbestemmelse som deretter anvendes til å sette den aktuelle lov til side. Langt på vei er prøvingsretten karakterisert ved en tilbakeholdenhet og tendens til å akseptere lovgivernes vurderinger. Ett eksempel på dette er saker om regulering av grunneiernes rådighet over fast eiendom.<sup>10</sup> Den norske tilbakeholdenheten i praksis når det gjelder å sette til side Stortingets lover, svarer til en viss grad til den funksjon som følger av kriteriet "uppenbart" i RF 11:14 og Finlands Grundlag 106 §.

Det må tilføyes at prøvingsretten ikke innebærer noen kontroll med forberedelsen av lovedtak. Grunnloven har ingen bestemmelser om dette ut over regler om behandlingen i Stortingets to avdelinger og Kongens sanksjon, og det er opp til Stortinget selv å vurdere hvilken forberedelse som er passende. Slik sett er det bare den suksessive behandling i Stortingets to avdelinger, Odelstinget og Lagtinget, som begrenser muligheten for spontanlovgivning.<sup>11</sup> Men regjeringens opplysningsplikt overfor Stortinget stiller visse krav til saksframlegg fra regjeringens side.

3. I forhold til folkeretten står Norge som de andre nordiske land på det dualistiske prinsipp. Dette ble bekreftet prinsipielt av Stortinget i

<sup>8</sup> Se særlig Rt. 1976 s. 1 (Kløfta-dommen), Carsten Smith: Domstolene og rettsutviklingen, Lov og Rett 1975 s. 292 (301–302) og Finn Backer i Rettsteori og rettsliv. Festskrift til Carsten Smith (Oslo 2002) s. 29–41; kritisk Eivind Smith: Høyesterett — en trussel mot demokratiet? Lov og Rett 1999 s. 451 (475–484) og Andenæs: Statsforfatningen i Norge (9. utg. ved Arne Fliflet, Oslo 2004) s. 275–276.

<sup>9</sup> Jf. Eivind Smith: Høyesterett og folkestyret s. 117–283.

<sup>10</sup> Se særlig plenumsdommen i Rt. 1970 s. 67 med en rik etterfølgende praksis, særlig om verneområder etter naturvernloven, jf. Backer: Innføring i naturresurs- og miljørett (4. utg., Oslo 2002) s. 122–125. I Rt. 2004 s. 1985 godtok Høyesterett også en bestemmelse som ga barn under 16 år en rett til fritt å fiske innlandsfisk (lov 15. mai 1992 nr. 47 om laksefisk og innlandsfisk m.v. § 47).

<sup>11</sup> Det må nå gjøres en reservasjon for lov 17. desember 2004 nr. 101 om europeisk meldeplikt for tekniske regler (EØS-høringsloven), som gjennomfører direktiv 98/34/EF (som endret ved direktiv 98/48/EF) om informasjon til EØS-stater om forslag til regler som kan innebære tekniske handelshindringer. For et svensk perspektiv på disse reglene se Hans-Heinrich Vogel: Notifisering av normgivningsbeslut — ett nytt element i svensk normgivning, i Festskrift till Gustaf Lindencrona (Stockholm 2003) s. 527–544.

1977<sup>12</sup> og er lagt til grunn i rettspraksis. Det kom klart til uttrykk i en høyesterettsdom fra 1997 som gjaldt spørsmålet om det var forenlig med internasjonale forpliktelser å bruke tvungen voldgift, som har vært atskillig brukt i Norge til å få avsluttet en samfunnsskadelig streik og finne en løsning på arbeidskonflikten.<sup>13</sup>

Parallelt med det dualistiske prinsipp, som krever nasjonal gjennomføring, gjelder presumpsjonsprinsippet. En lov vil altså om mulig bli fortolket så den harmonerer med våre folkerettslige forpliktelser, og sterkest står dette naturligvis når lovbestemmelsen har til hensikt å gjennomføre den folkerettslige regelen. Men norske domstoler kan ikke unnlate å anvende en lov bare på grunnlag av en *mulig* tolking av folkeretten. Er loven klar nok, vil selv en sikker tolking av folkeretten måtte vike, men det kan være plass for innskrenkende tolking av loven.

På to sentrale og omfattende områder ble dette bildet endret i løpet av 1990-årene: menneskerettsfeltet og EØS-avtalen. På begge områdene har Stortinget vedtatt lovgivning som innebærer at internasjonale forpliktelser får forrang for nasjonal lovgivning.<sup>14</sup> En slik forrang for nasjonale regler som gjennomfører EØS-avtalen, var som kjent en nødvendig konsekvens av å slutte seg til avtalen. Når det gjelder menneskerettskonvensjonene, foreligger det derimot ingen internasjonal forpliktelse til å etablere en formell forrang i intern rett.

Mens forrangsreglene ble vedtatt i 1990-årene, har virkningen av dem vist seg etter årtusenskiftet. Det er nå vi ser konsekvensene for forholdet mellom lovgivere og domstoler.

4. Jeg begynner med menneskerettsfeltet. I europeisk perspektiv var Norge sent ute med å inkorporere den europeiske menneskerettskonvensjon i nasjonal rett. Men da menneskerettsloven av 1999 først kom,<sup>15</sup> gikk den lenger enn andre stater: Ikke bare EMK, men også FN-konvensjonene av 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP) og om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, ble inkorporert med lovs kraft, og alle tre fikk forrang foran kryssende bestemmelser i lovgivningen ellers. I 2003 fikk FN:s barnekonvensjon samme status. Det har vært spørsmål om å gjøre det samme med andre spesielle menneskerettskonvensjoner som kvinnekongresskonvensjonen, rasediskrimineringskonvensjonen og torturkonvensjonen, og dessuten ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og andre stammefolk.

<sup>12</sup> På grunnlag av Transformasjonskomiteens utredning NOU 1972:16 og den påfølgende St.meld. nr. 77 (1974–75).

<sup>13</sup> Rt. 1997 s. 580 (593) ("OFS-saken").

<sup>14</sup> Enkelte forfattere bruker uttrykket semi-konstitusjonell rett til å beskrive forrangen — fordi reglene får trinnhøyde mellom lov og grunnlov. Men uttrykket er samtidig misvisende, fordi forrangen er etablert ved lov og kan endres ved vanlig lov.

<sup>15</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Kvinnediskrimineringskonvensjonen og rasediskrimineringskonvensjonen er nå inkorporert uten forrang i den nye diskrimineringsloven av 2005,<sup>16</sup> og regjeringen Stoltenberg har på sitt program å gi kvinnediskrimineringskonvensjonen forrang ved å løfte den over i menneskerettsloven. Også spørsmålet om å ratifisere og inkorporere EMK protokoll nr. 12 om ikke-diskriminering står på dagsordenen.

Da menneskerettsloven ble forberedt, var den alminnelige oppfatning at norsk lovgivning oppfylte EMK:s krav. I kraft av presumpsjonsprinsippet og lovbestemmelser om sektormonisme med forrang — bl.a. i straffeprosessloven — har domstolene latt rettsanvendelsen bli påvirket av praksis i Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). I en høyesterettsavgjørelse — den såkalte bølgepappkjennelsen fra 1994 — om anvendelsen av selvinkrimineringsforbudet i EMK og SP ble straffeprosesslovens forrangsregel utlagt slik at den regel som bygger på folkerettslige kilder, bare kan gå foran dersom den er tilstrekkelig klar og entydig — særlig hvis det gjelder å sette til side en rettsstilling som bygger på klar og innarbeidet norsk lovgivning eller praksis. Skulle en avgjørelse fra en internasjonal domstol gis forrang, ville det også ha betydning om den gjelder et saksforhold som faktisk og rettslig er jevnførbart med det som den norske domstolen skal ta stilling til.<sup>17</sup>

I innføringsåret for menneskerettsloven var det i høyden ett tilfelle hvor man kan si at en lovbestemmelse ble satt til side på grunn av EMK, og da bare ved en forholdsvis begrenset innskrenkende fortolkning. Ennå i 2002 kunne Hans Petter Graver gi uttrykk for at EMK hadde langt større betydning for domstolenes rettsanvendelse enn for lovgivningen selv.<sup>18</sup> Domstolene har etter menneskerettsloven fortsatt å justere sin rettsanvendelse i tråd med praksis fra EMD, tydeligst innenfor straffeprosessen i spørsmål om opplesning av politiforklaringer<sup>19</sup> og om begrunnelse for å pålegge en som frifinnes i straffesaken, å betale erstatning til offeret,<sup>20</sup> og i strafferetten med å legge større vekt på ytringsfriheten i avveiningen mot personvern i injuriesaker.<sup>21</sup>

5. Høyesterett har — særlig i plenumsavgjørelsene i 2000, 2002 og 2005 — gitt uttrykk for at norske domstoler må foreta en selvstendig tolking av en inkorporert konvensjon når det er tvil om hvordan den er å forstå.<sup>22</sup> Når EMK tolkes, skal norske domstoler bruke samme

<sup>16</sup> Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunnlag av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).

<sup>17</sup> Rt. 1994 s. 610 (616–617).

<sup>18</sup> Hans Petter Graver: Dømmer Høyesterett i siste instans? Jussens Venner 2002 s. 263 (265–266).

<sup>19</sup> Se senest Rt. 2004 s. 97, 897 og 1425.

<sup>20</sup> Se Rt. 2003 s. 1671 og 2004 s. 321 og 970.

<sup>21</sup> Se Rt. 2000 s. 279, 2002 s. 764, 2003 s. 914, 928 og 1190, og 2004 s. 1483.

<sup>22</sup> Se plenumsavgjørelsene i Rt. 2000 s. 996 (1007-08), 2002 s. 557 (565) og 2005 s. 833, og dessuten f.eks. Rt. 2001 s. 85, 428 og 1006 og Rt. 2003 s. 359.

metode som EMD, men med den reservasjon at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen. Den tolking av en konvensjonsbestemmelse som ut fra dette har de beste grunner for seg, skal gå foran annen norsk lovgivning. Høyesterett krever ikke at denne konvensjonstolkingen skal være "rimelig klar", men norske domstoler skal på den annen side ikke legge inn noen sikkerhetsmargin for å unngå konvensjonsbrudd (Rt. 2002 s. 557 (565)). Prinsippet fra bølgepappkjennelsen i 1994 er altså satt til side. Dette har ingen sikker støtte i menneskerettslovens forarbeider. Det finnes utsagn i innstillingen fra Stortingets justiskomiteé som lar seg strekke så langt,<sup>23</sup> men ikke lenger enn at Høyesterett må ta et selvstendig ansvar for sin forståelse av menneskerettslovens forrangsregel.

6. På dette grunnlag har Høyesterett gjort til skamme forestillingen om at norsk lovgivning alltid oppfyller EMK:s krav. Samtidig er det naturligvis slik at mange påstander om at en lovbestemmelse er uforenlig med en menneskerettskonvensjon, ikke er tatt til følge. Det skjedde også i saken om KRL-faget i norsk skole, som gjaldt spørsmålet om det obligatoriske faget kristendoms-, religions- og livssynskunnskap, med begrensede fritaksmuligheter for elevene, oppfylte kravene i EMK og SP til at foreldrene skal få bestemme over sine barns religiøse opplæring (Rt. 2001 s. 1006). Dette faget var en pedagogisk nyskaping som særlig Kristelig Folkeparti med statsminister Bondevik hadde lagt stor politisk prestisje i. Ordningen ble akseptert av Høyesterett i forhold til menneskerettskonvensjonene, men foreldrenes klage til FN:s menneskerettskomité førte frem, og det er nå foretatt visse justeringer som har til hensikt å gjøre den menneskerettsforenlig.<sup>24</sup>

Den norske Høyesteretts kontroll med lovgivningen i menneskerettsperspektiv har sterkest gjort seg gjeldende mot doble sanksjonssystemer mot lovovertrедelser. Neppe noen domstol har slik erfaring med forbudet mot dobbel strafforfølgning i EMK protokoll 7 artikkel 4. På tre–fire år har Høyesterett vurdert 17 mer eller mindre forskjellige lovordninger av denne typen,<sup>25</sup> og 3-4 av dem er underkjent.

En arbeidsløs som gir uriktige opplysninger til myndighetene og derved får dagpenger han ikke har krav på, kan miste retten til dagpenger i inntil to år. I en utvalgsutredning som foreslo regelen opphevet, var den blitt karakterisert som en sanksjon av straffekarakter, og det samme var — uforsiktig nok — sagt i myndighetenes retningslinjer om praktisering av bestemmelsen. Høyesterett mente at

<sup>23</sup> Jf. Innst. O. nr. 51 (1998–99) s. 6. Se nærmere Backer: Om Høyesteretts forhold til den europeiske menneskerettskonvensjon, *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter* 2005 s. 425–432.

<sup>24</sup> Se FN:s menneskerettskomité's uttalelse 8. november 2004 Leirvåg m.fl. (CCPR/C/82/D/1155/2003).

<sup>25</sup> Sml. fra svensk praksis NJA 2000 s. 622 (tilleggsskatt og bedrageri) og RÅ 2000 ref. 65 (straff for promillekjøring og tilbakekall av førerkort).

det dominerende formål med tap av rett til dagpenger, er pønalt, og at det stenger for en senere straffesak om bedrageri (Rt. 2003 s. 264). Høyesteretts nåløye ble også for trangt for å ilegge forhøyd tilleggs-skatt og reise straffesak (Rt. 2002 s. 557) og — i første omgang — også for å reise straffesak mot en 17-årig raner som var blitt tvangsplassert etter barnevernloven (Rt. 2003 s. 1827). Alle avgjørelsene er avsagt uten noen direkte forbilder i EMDs praksis, som ikke hadde hatt slike parallelle sanksjonssystemer oppe til prøving. I stedet bygde flertallet i Høyesterett i stor utstrekning på jevnføring med andre dommer etter bestemmelsen, med andre saksforhold, og på generelle uttalelser fra EMD i disse dommene.

Når det gjaldt barnevernkjennelsen, grep Høyesterett inn i et brennende kriminalpolitisk og sosialpolitisk spørsmål — på en måte som ville bidra til å avskjære muligheten for raske og nyanserte tiltak mot unge lovbrøyttere. I neste omgang — i samme sak — kom da Høyesterett i stedet til at en sak om tvangsplassering etter barnevernloven ikke sperrer for strafforfølgning (Rt. 2004 s. 1368) fordi det ikke er tale om samme forhold, og derfor ikke noen dobbel forfølgning.<sup>26</sup>

Når det gjelder tilleggs-skatt, har EMD som kjent senere (14. september 2004) i saken Rosenquist mot Sverige avvist en klage over krenkelse av P 7-4 som åpenbart ugrunnet der det gjaldt strafforfølgning mot skatteunndragelse etter at skattyteren var ilagt 40 % tilleggs-skatt.<sup>27</sup> EMD begrunner sin avgjørelse dels med at tilleggs-skatt har et annet formål enn straff, dels med at tilleggs-skatt i Sverige ilegges på objektivt grunnlag. Man kan nok spørre seg om formålet med tilleggs-skatt er et helt annet i Norge enn i Sverige, men iallfall er adgangen til å ilegge 60 % tilleggs-skatt i Norge mer begrenset ved at det må foreligge forsett eller grov uaktsomhet. Det kan sies at dette bringer den norske ordningen nærmere en form for straff, men på den annen side er det paradoksalt om et begrensende vilkår skal gjøre ordningen mer i strid med menneskerettsregelen. Det kan derfor spørres om Høyesterett har lagt mer i P 7-4 i saker om tilleggs-skatt enn det EMD gjør. I så fall kan man spørre seg om hva som er gjeldende rett i Norge.

Det seneste eksemplet på tilsidesetting av en lovbestemmelse er en plenumsavgjørelse fra midsommar 2005 (Rt. 2005 s. 833). Norsk straffelov setter en minstestraft på 2 års fengsel for å ha samleie med noen under 14 år hvis ikke partene er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling. Uvitenhet om alderen fritar ikke for straffen, selv ikke om uvitenheten er helt unnskyldelig. Alderen utgjør med andre ord et objektivt straffbarhetsvilkår hvor den tiltalte ikke kan fri seg ved å bevise sin aktsomhet. Regelen er streng, men har vært uttrykk for et klart rettspolitisk standpunkt i Stortinget helt fra 1927, og dette

<sup>26</sup> Om forholdet mellom de to avgjørelsene se Morten Holmboe: Ungdom, ran og dobbeltstraff, Tidsskrift for strafferett 2006 s. 39–50.

<sup>27</sup> Sak nr. 60619/00.

standpunktet ble uttrykkelig bekreftet da straffelovens seksuallovbruddskapittel ble revidert i 2000. Høyesterett mente den var i strid med uskyldspresumpsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 og bygde her på en forståelse av EMK som også Regeringsrätten har lagt til grunn.<sup>28</sup> Riktignok er det ingen avgjørelser fra EMD om parallelle saksforhold, men den norske objektive 14-årsgrensen er visstnok enestående i Europa.<sup>29</sup> Stortinget har for sin del aldri vurdert den i forhold til EMK artikkel 6 nr. 2, men det står fast at en klar lovregel basert på et bevisst rettspolitisk standpunkt ble satt til side av Høyesterett på grunnlag av slutninger fra EMDs praksis som ikke gjaldt jevnførbare saksforhold.

7. Innenfor EØS-retten er forholdet mellom lovgivere og domstoler kommet på spissen når det gjelder bilansvaret, der lovgivningen i Norden må rette seg etter EU:s motorvognforsikringsdirektiver. Igjen knytter Høyesteretts avgjørelser seg til en lovbestemmelse som mange har oppfattet som unødig streng, men som Stortinget likevel har holdt fast ved. Det gjelder regelen om at en passasjer taper retten til erstatning fra forsikringsselskapet etter bilansvarsloven dersom passasjereren måtte vite at sjåføren var påvirket av alkohol eller narkotika, og ulykken ikke hadde inntruffet uansett.<sup>30</sup>

I samsvar med en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen<sup>31</sup> la Høyesterett til grunn i den første plenumsdommen (Rt. 2000 s. 1811 — Finanger I) at den strenge "aksept av risiko"-regelen ikke kan forenes med motorvognforsikringsdirektivene. Hverken EØS-retten eller nasjonal rett gir direktiver noen direkte virkning.<sup>32</sup> EØS-lovens forangsregel sikrer at en norsk lovbestemmelse som gjennomfører direktivet, går foran andre norske lover, men gjelder ikke forholdet mellom direktivet selv og norske regler.<sup>33</sup> I samsvar med presumpsjonsprinsippet — eller for EØS-avtalens del prinsippet om direktivkonform tolking — må nasjonale regler så vidt mulig tolkes i samsvar med direktivet. Høyesteretts flertall (10–5) mente at det ikke lot seg gjøre her — skulle direktivet legges til grunn, kunne det bare skje ved å sette den klare lovregelen om medvirkning helt til side.

<sup>28</sup> RÅ 2000 ref. 66 (se særlig s. 476).

<sup>29</sup> Sml. til forskjell BrB 6:11 jf. 6:4.

<sup>30</sup> Lov 3. februar 1961 om ansvar for skade som motorvogner gjer § 7 tredje ledd daværende bokstav c.

<sup>31</sup> Sak E-1/99 Storebrand Skadeforsikring AS mot Finanger, [1999] EFTA Court Rep. 119. Uttalelsen — og dermed også plenumsdommens syn på det samme spørsmålet — ble kritisert av Krüger i Jussens Venner 2001 s. 89–104, som også fremhevet at direktivene er basert på en modell med ansvarsforsikring for føre- ren, og ikke en modell med ulykkesforsikring av tredjepersonskader med direkte krav for tredjeperson mot forsikringsselskapet. Se derimot Johnsrud og Sørnum i Jussens Venner 2001 s. 199–201 og Stefán M. Magnússon i Lov og Rett 2002 s. 467–480, og videre EF-domstolens avgjørelse i sak C-537/03 Candolin.

<sup>32</sup> Se for EØS-retten sak E-4/01 Karlsson mot Island, [2002] EFTA Court Rep. 248 (premiss 28, s. 275).

<sup>33</sup> Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 2.

Norske lovgivere hadde altså opprettholdt et unntak fra forsikringsdekningen som direktivene ikke tillot. Den skadelidte reiste derfor sak mot staten med krav om erstatning for tap lidt ved mangelfull gjennomføring av direktivene. Dette tapet svarer til det krav hun mente å ha mot forsikringsselskapet (med tillegg av renter).

Som kjent hadde både EFTA-domstolen, Islands Høyesteret og flertallet i Högsta Domstolen allerede lagt til grunn at det gjelder et slikt erstatningsansvar for uriktig gjennomføring av direktivforpliktelser etter EØS-avtalen, i hovedsak i samsvar med det som gjelder i EF-retten.<sup>34</sup> Etter min mening kan man ikke godt si at EØS-avtalen forutsetter et slikt erstatningsansvar; det er åpenbart domstolsskapt i både EF-retten og EØS-retten. En henvisning til "EØS-avtalens formål og system" kan like gjerne brukes til å utelukke en slik ansvarsregel, som mindretallet i Högsta Domstolen ville gjøre.<sup>35</sup>

Høyesterett kom i plenumsdommen i Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II) enstemmig til at et slikt ansvar også måtte innfortolkes i den norske EØS-loven, og flertallet (9–4) mente at vilkårene for ansvar var oppfylt i dette tilfellet. Ikke bare det: Tar man flertallet på ordet, skal det bli vanskelig for staten å unngå erstatningsansvar ved mangelfull eller forsinket gjennomføring av direktiver som regulerer forholdet mellom private. Hvordan risikoen for et slikt erstatningsansvar kan innvirke på beslutningsprosessen i folkevalgte organer, og hvordan et slikt erstatningsansvar kan forenes med det grunnleggende synspunkt at direktiver ikke har direkte virkning etter EØS-avtalen, er blant de hensyn som ikke er vurdert i flertallsvotumet.

8. Hvilke konsekvenser har så disse avgjørelsene av den norske Høyesterett for forholdet mellom lovgivere og domstoler?

Den norske Makt- og demokratiutredningen pekte i sin sluttrapport fra 2003 på rettsliggjøringen av samfunnet som et av utredningens hovedfunn.<sup>36</sup> Den la særlig vekt på at nasjonal rettighetslovgivning og inkorporering av internasjonale konvensjoner med særskilt trinnhøyde har gitt domstolene en sterkere stilling og begrenset det spillerommet som folkevalgte politikere har. Regjeringen Bondevik II fremførte disse synspunktene i en avdempet form i den stortingsmeldingen som den la frem, og understreket at et demokrati også omfatter de verdier som ligger i menneskerettskonvensjonene.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Sak E-9/97 Erla Maria Sveinbjörnsdóttir mot Island, [1998] EFTA Court Rep. 95; Nordisk Domssamling 1999 s. 652; NJA 2004 s. 662.

<sup>35</sup> Sejersted gir i Sejersted m.fl: EØS-rett (2. utg., Oslo 2004) s. 108–110 uttrykk for at begge løsninger lot seg forsvare rettskildemessig, og at EFTA-domstolen altså valgte den overnasjonale fremfor den folkerettslige tilnærming. For en stat som har sluttet seg til EØS-avtalen nettopp for å unngå overnasjonalitet, er dette naturligvis problematisk.

<sup>36</sup> Se NOU 2003:19 og utredningens sluttbok Makten og demokratiet (Oslo 2003) kap. 7.

<sup>37</sup> St. meld. nr. 17 (2004–2005) s. 20–22 jf. s. 73–75.

Makt- og demokratiutredningens synspunkter har møtt kritikk på enkelte hold i Norge.<sup>38</sup> Denne kritikken kan tjene til å nyansere Makt- og demokratiutredningens syn på rettighetslovgivning som en begrensning av folkevalgtes spillerom. Selv om rettighetslovgivning som gir krav på ytelser fra det offentlige, kan begrense statens og kommunenes økonomiske handlefrihet, har jo Stortinget det som regel i sin hånd å endre eller justere rettighetslovgivningen. Derimot har jeg vanskelig for å se at kritikken har noe for seg når det gjelder betydningen av de inkorporerte konvensjoner for domstolenes stilling og lovgivernes handlingsrom. De avgjørelser som Høyesterett har avsagt etter at Makt- og demokratiutredningen fullførte sitt arbeid, har bekræftet og understreket den konklusjon som den trakk på dette punktet.

9. Karakteristisk for Høyesteretts anvendelse av menneskerettskonvensjonene er at den ikke er begrenset til løsninger som følger klart av regelverket eller av internasjonal rettspraksis om parallelle saksforhold. I Norge er vi vant med å skille mellom grunnlovsbestemmelseres kjerne, som har betydning som skranke for lovgiverne, og Grunnloven som en tolkingsfaktor som påvirker forståelsen av eller den konkrete anvendelsen av lovene. Noen tilsvarende distinksjon har ikke Høyesterett operert med i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner.<sup>39</sup> Den eneste uttrykkelige reservasjon som Høyesterett har gjort, er at det er opp til Den europeiske menneskerettsdomstol, ikke Høyesterett, å utvikle konvensjonen. Men etter plenumskjennelsen i 2005 om 14-årsgrensen ved seksuallovbrudd kan det spørres om selv denne begrensningen blir fullt ut respektert. Det ligger videre i Høyesteretts prinsipielle syn på forholdet til EMD at dens rettsutvikling i kraft av prinsippet om dynamisk eller evolutiv tolking i sin tur vil bli fulgt opp av Høyesterett. Hva som vil bli gjeldende norsk rett dersom EMD skulle gå tilbake på en ekspansiv tolking som Høyesterett i mellomtiden har fulgt opp, kan imidlertid være tvilsomt nok. Hvordan Høyesterett vil stille seg til uttalelser fra kontrollorganer etter andre konvensjoner, som ikke har status som domstol eller avgir uttalelser som er folkerettslig bindende, er heller ikke avklart.<sup>40</sup> Det gjenstår også å se om Høyesterett vil sette til side et

<sup>38</sup> To av medlemmene i Makt- og demokratiutredningen sluttet seg ikke til flertallets vurdering. Se ellers særlig Morten Kinander (red.): *Makt og rett* (Oslo 2005), med tilsvarende fra Makt- og demokratiutredningens leder Øyvind Østerud i *Lov og Rett* 2006 s. 106–116.

<sup>39</sup> Tanken er imidlertid ikke ukjent i den internasjonale debatt om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

<sup>40</sup> I Ot.prp. nr. 3 (1998–99) s. 69–70 peker Justisdepartementet på den forskjell mellom EMD og FN:s menneskerettskomité at sistnevnte ikke treffer rettslig bindende avgjørelser, men går ellers ganske langt i retning av å likestille kontrollorganene. Dette må imidlertid ses i sammenheng med at departementet også for EMD tok utgangspunkt i at konvensjonsorganets standpunkt bare skulle være avgjørende uten videre dersom uttalelsen var klar og saksforholdet svarte til det som nå står for en norsk domstol, og at det også kunne spille en rolle om uttalel-

lovedtak der Stortinget har vurdert forholdet til de inkorporerte menneskerettskonvensjonene, men Høyesterett selv vurderer forholdet annerledes. Når plenumsdommene understreker at domstolene må foreta en "selvstendig tolking" av menneskerettskonvensjonene, kan man ikke ta for gitt at Høyesterett vil akseptere en lovbestemmelse som den selv mener er tvilsom menneskerettslig, bare fordi de lovgivende myndigheter har sett annerledes på det.

Mens Høyesterett i Finanger I bekreftet at direktiver ikke har direkte virkning i norsk rett, la flertallet i Finanger II — som også besto av en del dommere fra flertallet i den første plenumsdommen — til grunn at mangelfull gjennomføring av direktivet medførte erstatningsansvar for staten. Den reelle virkning av dette kan bli som om direktivet hadde direkte virkning, som for direktivet om lønnsgaranti i konkurs som var oppe i Högsta Domstolens dom i 2004. I saken om motorvognforsikringsdirektivene innebar løsningen at forsikrings-selskapet gikk fri takket være statens feil, og staten selv ble ansvarlig.

10. Det kan bli sagt til fordel for Høyesteretts avgjørelser at de støtter opp om norske utenrikspolitiske målsettinger — enten det gjelder EØS-avtalen eller å styrke menneskerettighetenes stilling.<sup>41</sup> Avgjørelsene gir naturligvis ikke noe grunnlag for å anta at en slik betraktning ligger bak. Det er etter konstitusjonen regjeringen og Stortinget som ivaretar utenrikspolitikken. At det kan spare dem for noen ubehagelige spørsmål og valg, bør neppe være nok til å forsvare en domstolsaktivisme. Jeg lar det stå hen om dette kan stille seg annerledes i krisetider for en nasjon. Noen nasjonal krise er det vanskelig å få øye på i Norge i dag.

Høyesteretts avgjørelser er preget av respekt for — endog innordning under — internasjonale domstoler.<sup>42</sup> Rett nok er ikke EFTA-domstolens rådgivende uttalelser bindende for de nasjonale domstoler, men i plenumssakene i Finanger I og II har den norske Høyesterett understreket at de skal tillegges "betydelig vekt", og Högsta Domstolen har gitt sin tilslutning til dette. EMD betyr enda mer når Høyesterett fremhever at norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal legges til grunn den metode som følges av EMD. I tillegg er Høy-

sen var rettet mot en annen stat. Dette svarer til prinsippet i bølgepappkjennelsen med en viss oppmyking. Høyesterett har imidlertid lagt seg på en annen linje i forhold til EMD:s avgjørelser, og det kan da ikke lenger tas for gitt at ikke-bindende uttalelser fra kontrollorganer vil stå i samme stilling.

<sup>41</sup> Jf. Hans Petter Gravers kommentar til dommen i Finanger II, Aftenposten 31. oktober 2005.

<sup>42</sup> Kanskje er det tydeligste tegnet på innordning Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 2005 s. 1598. Under dissens 2-1 ble det besluttet å utsette en berammet plenumssak om lovligheten etter EØS-avtalen av Stortingets lovedtak for å begrense avhengigheten av pengespill ved å gi det statseide selskapet Norsk Tipping AS monopol på utbetaling fra gevinstautomater. Årsaken til kjennelsen var at ESA i pressemelding 18. november 2005 hadde kunngjort at det ville reise traktatbruddsøksmål for EFTA-domstolen om lovendringen.

esterett i domsgrunnene omhyggelig med å redegjøre for og trekke slutninger fra den relevante rettspraksis som foreligger fra EMD.<sup>43</sup>

Man kan se dette som uttrykk for den dialog mellom domstolene — ”judicial dialogue” — som det nå ofte tales om i den internasjonale domstolsdiskurs.<sup>44</sup> En slik dialog — forstått som å ”beakta” hverandres avgjørelser — har mye for seg. Det kan styrke den enkelte nasjonale domstols evne til å stå vakt om grunnleggende menneskerettigheter i landet når den kan vise til andre domstolars holdning. Særlig i en internasjonalisert verden kan en nasjonal domstol få verdifullt materiale for sine vurderinger ved å se til andre lands øverste domstoler og internasjonale domstoler som har hatt tilsvarende spørsmål oppe til avgjørelse. Men domstolsdialogen bør ikke drives ukritisk. Korreksjon og inspirasjon må gå begge veier. Skal senere domstoler legge stor og kanskje avgjørende vekt på hva en annen domstol tidligere har sagt, betyr det at tilfeldigheter som avgjør hvilken domstol som først får opp et spørsmål, blir bestemmende for innholdet i det standpunkt som tas. Den norske Høyesteretts holdning til avgjørelser fra EMD bærer i seg en fare for en énveisdialog i de tilfelle hvor EMD allerede har uttalt seg, og språkbarrierer betyr en hindring for effektiv kommunikasjon av avgjørelser fra en nasjonal domstol i et lite språkområde.<sup>45</sup>

Nettopp spørsmålet om statens ansvar for mangelfullt gjennomførte EØS-rettsakter kan illustrere noen faremomenter ved en ukritisk domstolsdialog. Noen vil kanskje spørre hvor lett et lands 15–20 øverste dommere bør la seg bestemme av et standpunkt som ikke trenger å ha støtte av mer enn et flertall i en domstol på tre dommere. Dette beror imidlertid mye på i hvilken grad den sist nevnte domstol evner å ta i betraktning synspunkter som kan falle mer nærliggende sett fra den nasjonale domstols ståsted. For en domstol på europeisk nivå kan dette bety å legge vekt på subsidiaritetsprinsippet. I en sak som har konsekvenser for nasjonal lovgivning generelt, må disse hensynene trekkes frem og få tilbørlig vekt. Det er vanskelig å si at EFTA-domstolen har levd opp til dette i sine uttalelser i Sveinbjörnsdottir og Karlsson. For her er det ikke pekt på at EFTA-statene i forhold til direktiver står i en annen situasjon enn medlemsstatene i EU: De kan

<sup>43</sup> Dette gjelder iallfall for Høyesterett i plenum og avdeling. I kjæremålsutvalget kan det derimot gå raskere for seg, se Rt. 2005 s. 1082 der en konkursdebitor krevde underholdsbidrag fra boet. Lagmannsretten avsto dette fordi boet ikke hadde midler. Spørsmålet var om konkursdebitor hadde krav på først å få uttale seg om bostyrerens kommentarer. Da disse ikke berørte spørsmålet om boets økonomiske stilling, opprettholdt kjæremålsutvalget lagmannsrettens avgjørelse trass i saksbehandlingsfeilen — og uten å trekke inn EMD:s fellende dom om et helt tilsvarende spørsmål i Walston (nr. 1) mot Norge (sak nr. 37372/97).

<sup>44</sup> Et slikt samspill er fremhevet allerede i plenumsavgjørelsen i Rt. 2000 s. 996 (1008). Om domstolsdialogen for EFTA-domstolens del se Carl Baudenbacher i *The Efta Court Ten Years On* (Oxford 2005), særlig s. 34 flg.

<sup>45</sup> Jf. om språkproblemene Iain Cameron: *The Swedish experience of the European Convention on Human Rights since incorporation*, 48 *International and Comparative Law Quarterly* [1999] s. 20 (39–40).

ikke delta i den politiske behandling av direktivet og påvirke innholdet på den måten — noe som kan ses som en motsats til at de blir bundet av direktivvedtaket, og erstatningsansvar kan som nevnt ha samme realitet som direkte virkning. Fordi de ikke deltar i den politiske behandling, får de heller ikke første hånds informasjon om hva som ligger bak det innhold og den utforming som direktivet får under den avsluttende politiske behandling, og de får heller ikke mulighet under sluttbehandlingen til å konfrontere nasjonale løsninger med direktivets. Det øker risikoen for feil i den nasjonale gjennomføring. Erstatningsansvaret kan derfor i verste fall bli en større realitet for EØS/EFTA-statene enn for medlemsstatene, enda de først nevnte ikke har samtykket i overføring av lovgivende myndighet til overnasjonale organer.

11. Den norske Høyesteretts praksis siden menneskerettsloven av 1999 gir et eksempel på en domstol som på kort tid har utvidet sin overprøving av lovgivernes vedtak. Hvilke konsekvenser kan dette få for regelverket? I både Sverige og Norge er det et viktig mål å sikre et enkelt regelverk som er lett tilgjengelig for både rettsanvendere og publikum. Fra norsk side har vi grunn til å se hen til den innsats som er gjort og gjøres i Sverige for å realisere et slikt mål.

De inkorporerte konvensjonene utgjør i seg selv en begrenset regelmengde, men består av bestemmelser på et høyt generalitets- og abstraksjonsnivå. Deres hovedinnhold kan være klart, men det er ofte vanskelig å forutse hvilke konkrete implikasjoner de har.

Inkorporeringen aktualiserer dessuten spørsmålet om den enkelte konvensjonsbestemmelse er selvkraftig ("self-executing"), eller om den forutsetter konkret gjennomføring i nasjonale regler for å kunne anvendes. Spørsmålet kan melde seg allerede ved FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter,<sup>46</sup> og desto mer ved barnekonvensjonen og mer spesialiserte menneskerettskonvensjoner som måtte bli inkorporert. Det er et spørsmål som takket være den dualistiske tradisjon har lett for å bli oversett. Og svaret kan være uklart — erfaringer fra anvendelsen av barnekonvensjonen i monistiske jurisdiksjoner tyder på at det ofte gir rom for delte meninger mellom domstolene i forskjellige stater, til dels også innenfor samme stat. Det kan derfor spørres om håndhevingsorganet etter konvensjonen skal ha det avgjørende ord, men i praksis kan det bli en fristelse for et konvensjonsorgan til å ekspandere sin innflytelse på bekostning av andre hensyn. Og kan spørsmålet om en konvensjonsbestemmelser selvkraft besvares uavhengig av det nasjonale rettssystem som den skal anvendes i?

Anvendelsen av inkorporerte konvensjoner gjør det også nødvendig — iallfall naturlig — å ta i betraktning den praksis som foreligger

<sup>46</sup> Jf. CESCR General comment No. 9 The domestic application of the Covenant, særlig avsnitt 11.

utenfor vedkommende stat. Det gjelder først og fremst praksis i de internasjonale håndhevingsorganer som konvensjonen etablerer, men kanskje også domstolsavgjørelser i andre stater. Går vi ut over Norden, øker det utfordringene for den nasjonale rettsanvender å anvende en slik praksis — både fordi den vil foreligge på et fremmedspråk, og fordi den refererer til saksforhold som ikke uten videre faller sammen med forholdene i hjemlandet.

Alt dette bidrar sterkt til et mer komplekst rettskildebilde, både kvantitativt, forståelsesmessig og slutningsmessig. Den praktiske betydning av dette blir størst når det er tale om konvensjonsbestemmelser med forrang, slik det i Norge er for de konvensjonene som er inkorporert i menneskerettsloven.<sup>47</sup> En innsats fra lovgiverne for å klargjøre rettstilstanden gjennom mer presis eller spesifikk lovgivning, kan lett falle på stengrunn når de konvensjonsfestede prinsipper blir anvendt av nasjonale eller internasjonale domstoler.

I forhold til gjennomføringen av direktiver og statens ansvar for mangelfull gjennomføring, blir vurderingen litt annerledes.

Utformingen av direktivene er preget av et kompromiss mellom forskjellige europeiske lovgivningstradisjoner og til dels skjøre — undertiden nattlige — forhandlingskompromisser. Ut fra nordiske forventninger om et enkelt regelverk kan det være mye å utsette på slike regler, og det er grunn til å berømme det svenske formannskapet i EU i 2001 som satte et enklere regelverk på den europeiske dagsorden.

Direktivenes uklarhet og kompleksitet kan avbøtes nettopp ved den nasjonale gjennomføring som både EU-traktaten og EØS-avtalen forutsetter. Men en slik klargjøring krever nok at man aksepterer det slingringsmonn som statene etter avtalene har for sin nasjonale gjennomføring. Et vidtrekkende erstatningsansvar for ukorrekt gjennomføring, slik Høyesterett har lagt opp til i Finanger II, vil stimulere lovgivende myndigheter til å legge seg tettest mulig opp til direktivteksten for å minimalisere risikoen for et erstatningsansvar. Begrunnelsen for erstatningsansvar er å sikre at borgerne får sin rett i samsvar med direktivet. Men nettopp en utilgjengelig regelutforming i nøye samsvar med direktivteksten kan i praksis gjøre at borgerne ikke får den rett som de var tiltenkt.

12. Menneskerettskonvensjonene gir uttrykk for grunnleggende verdier som vi ikke vil gi avkall på. Men trenger vi for dette formålet trenger en så utstrakt domstolskontroll som vi har fått i Norge? Den enkelte menneskerett må ofte sveies mot en annen, f.eks. ytringsfrihet og religionsfrihet mot personvern og minoritetsvern, som i Högsta Domstolens dom om pastoren i Borgholm.<sup>48</sup> Det kan også være

<sup>47</sup> Virkningen kan nok langt på vei bli den samme når det gjelder prinsippene i EØS-avtalens hoveddel når mangelfull gjennomføring er sanksjonert med erstatningsansvar (Karlsson).

<sup>48</sup> NJA 2005 s. 805

nødvendig å veie det som er opphøyd til menneskerett mot andre viktige hensyn — f.eks. privat eiendomsrett mot miljøhensyn. Er det rasjonelt om en nasjonal domstol her lar seg motivere av frykten for å bli underkjent av EMD? I virkeligheten er slike avveininger politiske verdivalg som heller bør tas av folkevalgte organer enn av domstolene.

Et alternativ er derfor å begrense tilsidesetting av lovgivningen til de tilfelle hvor loven kommer i strid med kjernen i menneskerettighetene. For øvrig får man anvende menneskerettskonvensjonene og praksis etter dem som tolkingsmidler ved lovgivningen — og da som tolkingsmidler som lett kan bli utslagsgivende hvor den nasjonale bestemmelsen hverken er presis eller båret oppe av andre tungtveiende hensyn.

13. Det viktigste spørsmålet er om slike domstolsinngrep i lovgivernes frihet som de siste fem–seks års erfaringer i Norge er et eksempel på, er ønskelige eller uheldige i demokratisk perspektiv.

Svaret på spørsmålet kan naturligvis avhenge av hva man legger i begrepet demokrati.<sup>49</sup> I den norske debatten etter Makt- og demokratiutredningen har flere fremhevet at demokrati ikke bare er et spørsmål om folkevalgt beslutningsprosess der flertallets syn blir bestemmende, men også om individ- og minoritetsvern. Det har etter min mening noe for seg så lenge vi snakker om menneskerettighetenes kjerne. Men i land som de nordiske er det sjelden domstolene behøver å ta stilling til inngrep i grunnleggende menneskerettigheter. I stedet er det spørsmål i menneskerettighetenes randsone som kommer opp, der retten inviteres til å ta stilling til hvor langt det konvensjonsbaserte menneskerettsvernet skal gis gjennomslag på bekostning av lovgivningen. En realistisk vurdering av den utvidete domstolsprøvingen må iallfall i de nordiske land primært ha denne typesituasjonen for øye.

Det som vil begrense lovgivernes frihet, er nok mer en forrangsregel som gir den inkorporerte konvensjonen en særskilt trinnhøyde, enn selve inkorporeringen. Om domstolene anvender en inkorporert konvensjonsbestemmelse uten forrang fremfor en lovbestemmelse, er det en oppfordring til lovgiverne om å tenke seg om en gang til og gi klart uttrykk for det dersom de ønsker å fastholde en lovregel med annet innhold enn det som domstolene har lagt i konvensjonsbestemmelsen. Har konvensjonen forrang fremfor lov, vil lovgiverne være avskåret fra å fastholde sitt syn — også der det er rom for delte meninger om konvensjonens rekkevidde. Selv om forrangsregelen bare har status som lov, som etter den norske menneskerettsloven, og derfor kan fravikes ved lov, vil det i praksis falle tungt å vedta et slikt avvik.

<sup>49</sup> Se f.eks. Nergelius: *Konstitutionellt rättighetskydd* (Stockholm 1996) s. 110–142, Thomas Bull JT 1999–2000 s. 794 (særlig s. 795–802), Nergelius i SvJT 2000 s. 554 og 2001 s. 188 (særlig s. 190–191).

Skal vi vurdere om avgjørelsen bør treffes av domstolene eller stå åpen for lovgiverne, må vi se på både beslutningsprosessen i og sammensetningen av de respektive organer.

Det blir i mange sammenhenger fremhevet at domstolene har et fortrinn som uavhengig og upartisk avgjørsinstans. Men er det relevant for slike verdivalg som vi her står overfor? Når det er et seriøst alternativ at lovgiverne selv foretar avveiningen, kan det knapt være noe selvstendig argument i favør av domstolene at de er uavhengige og upartiske i forhold til lovgiverne. At hensynet gjør seg sterkt gjeldende når det er uenighet om faktiske forhold eller hvordan en regel skal anvendes på et konkret tilfelle, eller som bolverk mot alvorlige krenkelser, er en annen sak.

En domstolsbehandling vil i utgangspunktet innebære at avgjørelsen blir truffet etter en partsprosess. Det er en styrke at dette gir partene mulighet til å legge frem sine synspunkter i sammenheng og på like fot. Men det er fare for at andre interesser og hensyn enn partenes egne blir dårligere belyst enn om det skjer en offentlig høring og diskusjon med påfølgende behandling i en representativ forsamling. Og det gjelder selv om man har en "amicus curiae"-bestemmelse, som i den nye norske tvisteloven,<sup>50</sup> som gir representanter for allmenne interesser mulighet til å gi skriftlige innlegg i saken.

Er det — eller blir det — misnøye med det verdivalg som er truffet for fremtiden, kan lovgiverne omgjøre sitt ved å treffe et nytt vedtak. Domstolene står i en annen stilling. De er avhengige av å få en ny sak til pådømmelse og kan ikke når som helst omgjøre sitt prejudikat på egen hånd. Prejudikatsdoktrinen vil også hemme dem — og desto mer hvis den opprinnelige avgjørelsen har festnet seg i annen praksis.

Dersom beslutningstakerne ikke selv vil omgjøre sin beslutning, har folket mulighet for å skifte ut sine lovgivere ved neste valg. I praksis kan det kanskje ha begrenset betydning, fordi misnøye med et enkelt verdivalg sjelden vil bli avgjørende for stemmegivningen. Men det er en prinsipiell forskjell fra dommernes stilling, siden deres uavsettelighet gjør at de blir værende om misnøyen med deres verdivalg er aldri så stor.

Dette leder opp til det som etter mitt skjønn er den sterkeste betenkelighet ved å la domstolene ha det endelige og avgjørende ord ved slike verdivalg: Det forbeholder dem for juristene — kanskje til og med en utvalgt klan blant dem. Verdivalgene i samfunnet angår oss alle, og bør derfor kunne treffes av et folkevalgt organ.

<sup>50</sup> Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 15–18.