



Dokument 16

(2011–2012)

Rapport til Stortingets presidentskap
fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

**Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven,
avgitt 19. desember 2011**

Innhold

		Side			Side
Del I	Innledning	13	6.2	Menneskerettsloven	31
1.	Sammendrag	13	6.2.1	Bakgrunnen for menneskerettsloven	31
1.1	Utvalgets forslag til grunnlovs- endringer.....	13	6.2.2	Nærmere om menneskerettsloven og dens anvendelse	32
1.2	Oppbygging av rapporten	16	6.3	Andre lover som viser til menneske- rettighetskonvensjoner	33
2.	Om utvalget	17			
2.1	Utvalgets oppnevning og sammensetning	17	7.	Menneskerettighetsvernet i andre konstitusjoner	34
2.2	Utvalgets mandat.....	18	7.1	Innledende bemerkninger	34
2.3	Utvalgets arbeid.....	18	7.2	Oversikt over menneskerettigheter i OECD-landenes konstitusjoner.....	34
2.4	Bakgrunnen for nedsettelsen av utvalget	20	7.3	Nærmere om konstitusjonene i de nordiske land, Tyskland og Sveits ..	35
			7.3.1	Danmark.....	35
Del II	Menneskerettigheter – i Grunnloven og internasjonalt	21	7.3.2	Sverige	35
3.	Innledning	21	7.3.3	Island.....	36
4.	Grunnloven	21	7.3.4	Finland	37
4.1	Den grunnlovgivende forsamling	21	7.3.5	Tyskland.....	38
4.2	Grunnlovens symbolske, politiske og rettslige betydning	22	7.3.6	Sveits.....	38
4.3	Samlet oversikt over rettighetsvernet i Grunnloven.....	23	7.4	EU	39
4.4	Rettighetsvernet i Grunnloven fra 1814	24			
4.5	Rettighetsvernet i Grunnloven i tiden etter 1814.....	24	Del III	Generelle problemstillinger	39
4.6	Kort om begrunnelsene for rettighets- vernet i Grunnloven.....	25	8.	Innledning	39
4.7	Kort om kontrollen med rettighets- vernet i Grunnloven.....	25	9.	Hva menes med menneske- rettigheter?	40
5.	Internasjonalt menneske- rettighetsvern	26	9.1	Innledende bemerkninger	40
5.1	Innledende bemerkninger	26	9.2	Ulike tilnæringer til forståelsen av menneskerettigheter	40
5.2	Verdenserklæringen om menneske- rettigheter.....	26	9.2.1	En kort historisk oversikt.....	40
5.3	Oversikt over menneskerettighets- konvensjoner.....	27	9.2.2	Forståelsen av menneskerettighetene i Grunnloven	41
5.4	Internasjonale overvåknings- mekanismer.....	28	9.2.3	Forståelsen av menneskerettigheter i de internasjonale konvensjonene ..	42
5.5	Nærmere om rettighetenes karakter	29	9.2.4	Forståelsen av menneskerettigheter i Norge i dag.....	43
6.	De internasjonale menneskerettig- hetenes stilling i norsk rett	31	9.3	Særlig om plikt- og rettighets- subjekter.....	44
6.1	Generelt om konvensjonenes stilling i norsk rett.....	31	9.3.1	Problemstillingene	44
			9.3.2	Borgerrettigheter eller menneske- rettigheter?	44
			9.3.3	Juridiske personer som rettighets- subjekt?	45
			9.3.4	Kollektive rettigheter	45
			9.3.5	Offentlige myndigheter som rettighetssubjekt?	46
			9.3.6	Hvem er pliktsubjekt?	46

	Side		Side
9.4	47	12.5.3	68
		12.5.4	68
		12.6	69
10.	Bør menneskerettigheter grunnlovsfestes?	13.	Begrensning av menneskerettigheter
10.1	47	13.1	69
10.2	47	13.2	69
10.2.1	47	13.3	70
10.2.2	49	13.4	71
10.3	49	13.5	72
10.3.1	49	13.5.1	72
10.3.2	50	13.5.2	73
10.4	51	13.5.3	74
10.5	52	13.6	76
10.5.1	52	14.	Håndheving og kontroll av menneskerettigheter
10.5.2	53	14.1	76
10.5.3	54	14.2	76
10.6	56	14.3	77
11.	Hvilke rettigheter er sentrale eller allmenngyldige?	14.3.1	77
11.1	57	14.3.2	78
11.2	57	14.4	78
11.2.1	57	14.4.1	78
11.2.2	57	14.4.2	79
11.3	58	14.4.3	80
11.3.1	58	14.5	81
11.3.2	59	14.5.1	81
11.3.3	60	14.5.2	82
11.3.4	61	14.6	83
11.4	61	14.6.1	83
11.4.1	61	14.6.2	83
11.4.2	62	14.6.3	84
12.	Generell bestemmelse om menneskerettigheter	14.6.4	85
12.1	63	14.6.5	85
12.2	64	14.7	86
12.3	65	14.8	86
12.4	66		
12.5	66		
12.5.1	66		
12.5.2	67		

	Side		Side	
15. Tolkning av rettighetsbestemmelsene i Grunnloven	86	19.3	Grunnlovsforslag som ligger til behandling i Stortinget.....	103
15.1 Innledende bemerkninger	86	19.4	Internasjonalt menneskerettighetsvern.....	103
15.2 Gjeldende tolkningsprinsipper	86	19.4.1	Bestemmelser om retten til liv og forbud mot dødsstraff	103
15.2.1 Teksttolkning, dynamisk tolkning og internasjonal påvirkning	86	19.4.2	Nærmere om EMDs tolkning av rett til liv	104
15.2.2 Nærmere om forholdet mellom folkerett og nasjonal rett – presumsjonsprinsippet	87	19.4.2.1	Livets begynnelse	104
15.3 Andre lands konstitusjoner	88	19.4.2.2	Livets avslutning.....	104
15.4 Utvalgets vurdering	89	19.4.2.3	Utvvisning og utlevering	104
		19.4.2.4	Positive plikter	104
16. Derogasjon fra menneskerettigheter	90	19.5	Andre lands konstitusjoner	105
16.1 Innledende bemerkninger	90	19.6	Utvalgets vurdering	105
16.2 Dagens rettstilstand	91	19.6.1	Grunnlovsfesting av rett til liv og forbud mot dødsstraff	105
16.2.1 Konstitusjonell nødrett	91	19.6.2	Utforming av grunnlovsbestemmelse.....	106
16.2.2 Beredskapslov	92	19.7	Utvalgets forslag.....	106
16.3 Internasjonale bestemmelser om derogasjon	92	20. Frihet fra tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff	106	
16.4 Andre lands konstitusjoner	93	20.1	Innledende bemerkninger	106
16.5 Utvalgets vurdering	94	20.2	Dagens rettstilstand.....	107
16.5.1 Bør Grunnloven inneholde en bestemmelse om derogasjon?	94	20.3	Grunnlovsforslag som ligger til behandling i Stortinget.....	107
16.5.2 Når kan rettighetene i Grunnloven fravikes?	95	20.4	Internasjonalt menneskerettighetsvern.....	107
16.5.3 Hvilke rettigheter kan aldri fravikes?	96	20.4.1	Bestemmelser om forbud mot tortur og alvorlige integritetskrenkelser.....	107
16.6 Utvalgets forslag.....	98	20.4.2	Nærmere om EMDs tolkning av forbud mot tortur.....	108
17. Menneskerettighetenes plassering i Grunnloven	98	20.5	Andre lands konstitusjoner	108
17.1 To modeller for plassering av menneskerettighetene	98	20.6	Utvalgets vurdering	109
17.2 Nærmere om Modell 2	99	20.7	Utvalgets forslag.....	110
17.2.1 Bestemmelser som bør flyttes fra Grunnloven del E til ny del F	99	21. Forbud mot slaveri og tvangsarbeid	110	
17.2.2 Særlig om Grunnloven § 94	99	21.1	Innledende bemerkninger	110
17.2.3 Særlig om Grunnloven § 107	100	21.2	Dagens rettstilstand.....	110
17.2.4 Særlig om Grunnloven § 108	101	21.3	Internasjonalt menneskerettighetsvern.....	110
17.3 Utvalgets forslag.....	101	21.4	Andre lands konstitusjoner	111
Del IV Sentrale menneskerettigheter	101	21.5	Utvalgets vurdering	111
18. Innledning	101	21.5.1	Forbud mot slaveri og tvangsarbeid som individuell rettighet.....	111
18.1 Oversikt	101	21.5.2	Statens handlingsplikt.....	112
18.2 Nye grunnlovsbestemmelser	101	21.6	Utvalgets forslag.....	113
18.3 Revidering av eksisterende grunnlovsbestemmelser	102	22. Frihetsberøvelse	113	
19. Rett til liv og forbud mot dødsstraff	102	22.1	Innledende bemerkninger	113
19.1 Innledende bemerkninger	102	22.2	Dagens rettstilstand.....	113
19.2 Dagens rettstilstand	102			

	Side		Side		
22.3	Grunnlovsforslag som ligger til behandling i Stortinget	114	25.	Forbud mot tilbakevirkende lover	135
22.4	Internasjonalt menneskerettig- hetsvern	114	25.1	Innledende bemerkninger	135
22.5	Andre lands konstitusjoner	115	25.2	Dagens rettstilstand.....	135
22.6	Utvalgets vurdering	116	25.3	Internasjonalt menneskerettig- hetsvern.....	137
22.7	Utvalgets forslag.....	118	25.4	Andre lands konstitusjoner	137
			25.5	Utvalgets vurdering	137
			25.6	Utvalgets forslag.....	139
23.	Rettferdig rettergang og uavhengige domstoler.....	118	26.	Likhetsprinsippet og ikke- diskrimineringsprinsippet.....	139
23.1	Innledende bemerkninger	118	26.1	Innledende bemerkninger	139
23.2	Dagens rettstilstand	118	26.2	Dagens rettstilstand.....	139
23.3	Internasjonalt menneskerettig- hetsvern	119	26.2.1	Likhetsprinsippet	139
23.4	Andre lands konstitusjoner	120	26.2.2	Ikke-diskrimineringsprinsippet.....	139
23.5	Utvalgets vurdering	121	26.3	Grunnlovsforslag som ligger til behandling i Stortinget.....	140
23.5.1	Bør retten til rettferdig rettergang grunnlovsfestes?	121	26.4	Internasjonalt menneskerettig- hetsvern.....	140
23.5.2	Rettferdig rettergang som et generelt prinsipp	121	26.4.1	Oversikt over konvensjonsvernet ...	140
23.5.3	Domstolenes uavhengighet og upartiskhet	123	26.4.2	Nærmere om innholdet i konvensjonsvernet	142
23.5.4	Krav til domstolsbehandling innen rimelig tid	124	26.4.2.1	Hva menes med diskriminering?	142
23.5.5	Særlig om Grunnloven § 98	125	26.4.2.2	Diskrimineringsgrunnlag	142
23.6	Utvalgets forslag.....	125	26.5	Andre lands konstitusjoner	143
			26.6	Utvalgets vurdering	143
24.	Vernet på strafferettens område ..	125	26.6.1	Likhetsprinsippet	143
24.1	Innledende bemerkninger	125	26.6.1.1	Grunnlovsfesting av likhets- prinsippet	143
24.2	Lovskravet i strafferetten.....	126	26.6.1.2	Særlig om Grunnloven § 95.....	144
24.2.1	Dagens rettstilstand	126	26.6.1.2	Særlig om Grunnloven § 103.....	145
24.2.2	Internasjonalt menneskerettig- hetsvern	127	26.6.2	Ikke-diskrimineringsprinsippet.....	145
24.2.3	Andre lands konstitusjoner	127	26.6.2.1	Diskrimineringslovutvalgets innstilling	145
24.2.4	Utvalgets vurdering	128	26.6.2.2	Grunnlovsfesting av ikke- diskrimineringsprinsippet	146
24.3	Uskyldspresumsjonen.....	129	26.6.2.3	Individuelle rettigheter eller plikt for staten?.....	147
24.3.1	Dagens rettstilstand	129	26.6.2.4	Hvem bør være pliktsubjekt?.....	148
24.3.2	Internasjonalt menneskerettig- hetsvern	129	26.6.2.5	Diskriminering eller usaklig forskjellsbehandling?	148
24.3.3	Utvalgets vurdering	130	26.6.2.6	Om diskrimineringsgrunnlag i Grunnloven	149
24.4	Forbud mot dobbeltstraff.....	130	26.6.2.7	Hvilke diskrimineringsgrunnlag kunne være aktuelle?	150
24.4.1	Dagens rettstilstand	130	26.6.2.8	Hvem bør være rettssubjekt?	152
24.4.2	Internasjonalt menneskerettig- hetsvern	131	26.7	Utvalgets forslag.....	152
24.4.3	Utvalgets vurdering	132	27.	Tanke-, samvittighets- og religionsfrihet	152
24.5	Vern mot full eiendomsavståelse – Grunnloven § 104.....	133	27.1	Innledende bemerkninger	152
24.5.1	Dagens rettstilstand	133	27.2	Dagens rettstilstand.....	153
24.5.2	Internasjonalt menneskerettig- hetsvern	134	27.2.1	Grunnloven	153
24.5.3	Utvalgets vurdering	134	27.2.2	Stat/kirke-forliket og bestemmelsen om religionsfrihet.....	153
24.6	Utvalgets forslag.....	135			

	Side		Side		
27.2.3	Ordinær lovgivning	154	30.6.2	Begrepene privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern	172
27.3	Internasjonalt menneskerettighetsvern	155	30.6.3	Personvernkomisjonens vurdering av grunnlovsfesting.....	173
27.4	Andre lands konstitusjoner	156	30.6.4	Høringsuttalelser vedrørende grunnlovsfesting	173
27.5	Utvalgets vurdering	157	30.6.5	Utvalgets syn på grunnlovsfesting..	175
27.6	Utvalgets forslag.....	159	30.6.6	Utforming av grunnlovsbestemmelse.....	176
28.	Ytringsfrihet og offentlighet	159	30.6.6.1	Husinkvisisjoner	176
28.1	Innledende bemerkninger	159	30.6.6.2	Privatlivets fred og personvern.....	177
28.2	Dagens rettstilstand	159	30.6.6.3	Personopplysningsvern.....	178
28.3	Grunnlovsforslag som ligger til behandling i Stortinget	160	30.7	Utvalgets forslag.....	180
28.4	Internasjonalt menneskerettighetsvern	161	31.	Ektefellers rettigheter og vern om familien	180
28.5	Andre lands konstitusjoner.....	161	31.1	Innledende bemerkninger	180
28.6	Utvalgets vurdering	161	31.2	Dagens rettstilstand.....	180
28.7	Utvalgets forslag.....	163	31.3	Internasjonalt menneskerettighetsvern.....	180
29.	Forenings- og forsamlingsfrihet ...	163	31.4	Andre lands konstitusjoner	182
29.1	Innledende bemerkninger	163	31.5	Utvalgets vurdering	182
29.2	Dagens rettstilstand	163	31.5.1	Bør det være en bestemmelse om familie og ekteskap i Grunnloven?	182
29.3	Internasjonalt menneskerettighetsvern	163	31.5.2	Ekteskap, skilsmisse og retten til å stifte familie	182
29.4	Andre lands konstitusjoner.....	164	31.5.3	Like rettigheter i ekteskapet og beskyttelse mot oppsigelse i arbeidslivet.....	184
29.5	Utvalgets vurdering	165	31.5.4	Støtte til barnefamilier	184
29.5.1	Grunnlovsfesting av forenings- og forsamlingsfrihet	165	31.5.5	Familien som en grunnleggende enhet i samfunnet.....	185
29.5.2	Utforming av foreningsfrihet.....	165	31.5.6	Særmerknad fra Kari Nordhem-Larsen	185
29.5.2.1	Generelt	165	31.6	Utvalgets forslag.....	186
29.5.2.2	Fagforeninger og politiske partier ...	166	32.	Barns rettigheter	186
29.5.3	Utforming av forsamlingsfrihet.....	166	32.1	Innledende bemerkninger	186
29.5.3.1	Generelt	166	32.2	Dagens rettstilstand.....	186
29.5.3.2	Fredelige forsamlinger og andre begrensninger i forsamlingsfriheten	167	32.3	Internasjonalt menneskerettighetsvern.....	187
29.5.3.3	Demonstrasjonsfrihet.....	167	32.4	Andre lands konstitusjoner	188
29.5.4	Videreføring av Grunnloven § 99 annet ledd	167	32.5	Utvalgets vurdering	189
29.6	Utvalgets forslag.....	167	32.5.1	Bør barns rettigheter grunnlovsfestes?	189
30.	Personvern og personopplysningsvern	168	32.5.2	Likeverd og ikke-diskriminering	190
30.1	Innledende bemerkninger	168	35.5.3	Medbestemmelse	190
30.2	Dagens rettstilstand	168	32.5.4	Det beste for barnet.....	192
30.2.1	Oversikt	168	32.5.5	Beskyttelse av barnets personlige integritet.....	192
30.2.2	Nærmere om Grunnloven § 102.....	169	32.5.6	Tilrettelegging for barns utvikling og kontakt med foreldre.....	194
30.3	Grunnlovsforslag som ligger til behandling i Stortinget	169	32.5.7	Særlig om forbud mot barnearbeid .	195
30.4	Internasjonalt menneskerettighetsvern	170	32.6	Utvalgets forslag.....	195
30.5	Andre lands konstitusjoner.....	170			
30.6	Utvalgets vurdering	171			
30.6.1	Aktualitet	171			

	Side		Side	
33. Eiendomsvern og ekspropriasjons- erstatningsvern	195	35.5	Kunstens og forskningens frihet	212
33.1 Innledende bemerkninger	195	35.5.1	Dagens rettstilstand.....	212
33.2 Dagens rettstilstand	195	35.5.2	Internasjonalt menneskerettig- hetsvern.....	212
33.3 Internasjonalt menneskerettig- hetsvern	196	35.5.3	Andre lands konstitusjoner	213
33.4 Andre lands konstitusjoner	196	35.5.4	Utvalgets vurdering	213
33.5 Utvalgets vurdering	197	35.6	Utvalgets forslag.....	214
33.6 Utvalgets forslag.....	197	36. Samisk språk, kultur og samfunnsliv		214
34. Bevegelsesfrihet og asylrettigheter	197	36.1	Innledende bemerkninger	214
34.1 Innledende bemerkninger	197	36.2	Dagens rettstilstand.....	214
34.2 Bevegelsesfrihet	198	36.3	Internasjonalt menneskerettig- hetsvern.....	215
34.2.1 Dagens rettstilstand	198	36.4	Andre lands konstitusjoner	216
34.2.2 Internasjonalt menneskerettig- hetsvern	198	36.5	Utvalgets vurdering	216
34.2.3 Andre lands konstitusjoner	199	36.5.1	Generelt.....	216
34.2.4 Utvalgets vurdering	200	36.5.2	Samer som urfolk.....	217
34.3 Asylrett	202	36.6	Utvalgets forslag.....	218
34.3.1 Dagens rettstilstand	202	37. Rett til utdanning		218
34.3.2 Grunnlovsforslag som ligger til behandling i Stortinget	202	37.1	Innledende bemerkninger	218
34.3.3 Internasjonalt menneskerettig- hetsvern	202	37.2	Dagens rettstilstand.....	218
34.3.4 Andre lands konstitusjoner	203	37.3	Internasjonalt menneskerettig- hetsvern.....	219
34.3.5 Utvalgets vurdering	204	37.3.1	Oversikt over konvensjonsvernet ...	219
34.4 Utvalgets forslag.....	205	37.3.2	Nærmere om respekt for religiøs og filosofisk overbevisning.....	220
35. Kultur, åndsverk og vitenskap	205	37.4	Andre lands konstitusjoner	221
35.1 Innledende bemerkninger	205	37.5	Utvalgets vurdering	222
35.2 Kulturell identitet og deltakelse i det kulturelle liv.....	205	37.5.1	Grunnlovsfesting av retten til utdanning	222
35.2.1 Dagens rettstilstand	205	37.5.2	Utforming av en bestemmelse om rett til utdanning.....	223
35.2.2 Tidligere vurderinger av grunnlovsspørsmål.....	206	37.5.2.1	Rett og plikt til grunnleggende opplæring	223
35.2.3 Internasjonalt menneskerettig- hetsvern	206	37.5.2.2	Innholdet i retten til grunnleggende opplæring	224
35.2.3.1 Verdenskerklæringen og konvensjonsbestemmelser	206	37.5.2.3	Særlig om respekt for foreldrenes religion og filosofiske overbevisning.....	225
35.2.3.2 Nærmere om ØSK-komiteens forståelse av kulturelle rettigheter	207	37.5.2.4	Videregående opplæring	226
35.2.4 Andre lands konstitusjoner	207	37.5.2.5	Høyere utdanning.....	226
35.2.5 Utvalgets vurdering	208	37.6	Utvalgets forslag.....	226
35.3 Rett til å nyte godt av vitenskapelige fremskritt	210	38. Arbeid og næring		227
35.3.1 Dagens rettstilstand	210	38.1	Innledende bemerkninger	227
35.3.2 Internasjonalt menneskerettig- hetsvern	210	38.2	Dagens rettstilstand.....	227
35.3.3 Andre lands konstitusjoner	210	38.2.1	Rett til arbeid	227
35.3.4 Utvalgets vurdering	210	38.2.2	Fritt valg av yrke.....	228
35.4 Retten til åndsverk.....	211	38.2.3	Rett til rettferdige og gode arbeidsforhold	229
35.4.1 Dagens rettstilstand	211	38.2.4	Næringsfrihet	229
35.4.2 Internasjonalt menneskerettig- hetsvern	211	38.3	Internasjonalt menneskerettig- hetsvern.....	229
35.4.3 Andre lands konstitusjoner	211			
35.4.4 Utvalgets vurdering	212			

	Side		Side		
38.4	Andre lands konstitusjoner	230	40.4	Andre lands konstitusjoner	244
38.5	Utvalgets vurdering	231	40.5	Utvalgets vurdering	245
38.5.1	Rett til arbeid	231	40.6	Utvalgets forslag	246
38.5.2	Fritt valg av yrke	232			
38.5.3	Rett til rettferdige og gode arbeidsforhold	232	41.	Legalitetsprinsippet – generelt	246
38.5.4	Næringsfrihet	233	41.3	Innledende bemerkninger	246
38.6	Utvalgets forslag	234	41.2	Dagens rettsstilstand	246
			41.3	Andre lands konstitusjoner	247
39.	Sosial trygghet, helse og tilfredsstillende levestandard	234	41.4	Internasjonalt menneskerettighetsvern	248
39.1	Innledende bemerkninger	234	41.5	Utvalgets vurdering	248
39.2	Dagens rettsstilstand	234	41.6	Utvalgets forslag	250
39.3	Grunnlovsforslag som ligger til behandling i Stortinget	235	42.	Deltakelse i demokratiske beslutningsprosesser	250
39.4	Internasjonalt menneskerettighetsvern	236	42.1	Innledende bemerkninger	250
39.4.1	Oversikt over konvensjonsvernet	236	42.2	Dagens rettsstilstand	251
39.4.2	Innholdet i konvensjonsrettighetene	236	42.2.1	Stemmerett og valg	251
39.4.2.1	Tilfredsstillende levestandard	236	42.2.2	Politiske partier	251
39.4.2.2	Best mulig helse	237	42.2.3	Frie og hemmelige valg	251
39.4.2.3	Sosial trygghet	237	42.3	Internasjonalt menneskerettighetsvern	251
39.5	Andre lands konstitusjoner	237	42.4	Andre lands konstitusjoner	253
39.6	Utvalgets vurdering	238	42.5	Utvalgets vurdering	253
39.6.1	Grunnlovsfesting av sosial trygghet, levestandard og helse	238	42.5.1	Frie og hemmelige valg	253
39.6.2	Utforming av grunnlovsbestemmelser	239	42.5.2	Politiske partier	254
39.6.2.1	Sosial trygghet	239	42.5.3	Stemmerett og valg	255
39.6.2.2	Tilfredsstillende levestandard og best mulig helse	240	42.6	Utvalgets forslag	255
39.7	Utvalgets forslag	242	Del V	Økonomiske og administrative konsekvenser	255
40.	Rett til et sunt miljø	242	Del VI	Forslag til endringer i Grunnloven	256
40.1	Innledende bemerkninger	242			
40.2	Dagens rettsstilstand	243			
40.3	Internasjonalt menneskerettighetsvern	244			



Dokument 16

(2011–2012)

Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011

Til Stortinget

Som et ledd i Stortingets forberedelser av grunnlovsjubileet i 2014 nedsatte Stortingets presidentskap 18. juni 2009 et utvalg med det oppdrag å

«utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven med det mål å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang.»

Mandatet pålegger videre utvalget å legge de grunnlovsforslag som følger av det tverrpolitiske forlik om stat/kirke fra 2008 til grunn for sin utredning, jf. Dokument nr. 12 (2007–2008), grunnlovsforslag nr. 10. Utvalget har i den sammenheng lagt særlig vekt på den foreslåtte formålsbestemmelse i ny § 2:

«Denne Grundlov skal sikre Demokratiet, Rettsstaten og Menneskerettighetene.»

Utredningsoppdraget er fullført, og Stortingets menneskerettighetsutvalg legger med dette frem sine forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven.

Oslo, 19. desember 2011

Inge Lønning

(leder)

Carl I. Hagen

Jan E. Helgesen

Hilde Indreberg

Pål W. Lorentzen

Janne Haaland Matlary

Kari Nordheim-Larsen

Benedikte Moltumyr Høgberg

Mari Mæland

Del I Innledning

1. Sammendrag

1.1 Utvalgets forslag til grunnlovsendringer

Stortingets menneskerettighetsutvalg ble opprettet for å utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven med det formål å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Utvalget har drøftet på hvilke måter menneskerettighetsvernet i Grunnloven kan styrkes.¹ Flere av rettighetsbestemmelsene i Grunnloven ble utarbeidet i 1814. Enkelte av disse bestemmelsene har den samme aktualitet i dag, mens andre har mindre eller ingen betydning. Noen bestemmelser er også svært vanskelige å forstå. Samfunnet har endret seg på den tiden som er gått siden Grunnloven ble vedtatt. Bare i beskjeden grad er dette blitt møtt med nye menneskerettighetsbestemmelser.

Disse forholdene gjør at menneskerettighetsvernet i dagens grunnlov er fragmentert, i den forstand at det bare er noen av de sentrale menneskerettighetene som er kommet til uttrykk i Grunnloven. Grunnloven gir ikke et helhetlig bilde av det menneskerettighetsvern som faktisk eksisterer i norsk lovgivning. Det er dermed fare for at den som leser Grunnloven, vil danne seg et skjevt og mangelfullt bilde av hvilke verdier det norske samfunn er tuftet på. I forbindelse med stat/kirke-forliket er det etablert en tverrpolitisk enighet om at Grunnloven skal få en ny formålsbestemmelse i § 2, der det heter at Grunnlovens formål er å verne om demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.² Dette taler for at Grunnlovens menneskerettighetsvern revideres og suppleres, slik at disse verdiene synliggjøres og formålsbestemmelsen i ny § 2 kan oppfylles.

Dagens fragmentering vil videre kunne lede til at det oppstår rettslig uklarhet om de verdiene som er kommet til uttrykk i Grunnloven, er viktigere eller av mer overordnet karakter enn menneskerettigheter i annen lovgivning. I så fall vil anvendelsen av Grunnloven i domstoler og forvaltning kunne føre til at noen menneskerettigheter fremheves særskilt til fortrengsel for andre, uten at dette har vært tilsiktet.

I tillegg ser man at det i hver stortingsperiode har vært fremsatt flere forslag til endringer i rettighetsbestemmelsene i Grunnloven. Dette viser at det generelt er liten tilfredshet med omfanget av dagens grunnlovsrettigheter. De siste årene har også større offentlige utredninger om diskrimineringsvern og personvern konkludert med at rettighetsvernet i Grunnloven må styrkes.³

Utvalget finner at Grunnlovens rettighetsvern minst bør dekke de sentrale menneskerettighetene som ligger til grunn for de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene som Norge har sluttet seg til. Det er en forutsetning for det internasjonale menneskerettighetsarbeidet at disse spørsmål først og fremst finner en hensiktsmessig og effektiv løsning nasjonalt, slik at internasjonale organer opprettet av FN og Europarådet ikke unødig belastes med retts spørsmål eller konflikter som kunne ha vært løst på nasjonalt nivå. Selv om Norge i liten grad belaster disse organene, er det likevel viktig at Norge tar det samme ansvar som andre medlemsland for å finne gode nasjonale løsninger på menneskerettighets spørsmål. Fordi Grunnloven er vanskeligere og mer tidkrevende å endre enn annen lovgivning, jf. Grunnloven § 112, vil grunnlovsfesting av de sentrale menneskerettighetene bidra til stabilitet og forutsigbarhet i det norske samfunn.

Etter utvalgets oppfatning vil grunnlovsfesting av de sentrale menneskerettighetene ikke lede til det som ofte omtales som rettsliggjøring av samfunnet.⁴ Menneskerettighetenes funksjon er først og fremst ivaretagelse av den enkeltes frihet, likhet og menneskerettigheter fra 1948. I historien finnes utallige eksempler på at frihet, likhet og menneskerettigheter har blitt neglisjert og krenket på det groveste. De sentrale menneskerettighetene er skranker for den lovgivende og den utøvende makt, og domstolene har bl.a. til oppgave å sikre disse rettighetene slik at individene ikke lider overlast. Denne balansen mellom statsmaktene er nødvendig i enhver rettsstat. Det er derfor vanskelig å se for seg en troverdig rettsstat og et godt demokrati uten at de mest fundamentale rettighetene blir ivaretatt. For de rettighetene som skal ivareta den enkeltes frihet, likhet og menneskerettigheter blir det således lite treffende å tale om at grunnlovsfesting kan lede til økt rettsliggjøring i samfunnet. Det kan føyes til at disse rettighetene uansett er en del av norsk rett, gjennom inkorporeringen av flere internasjonale konvensjoner i menneskerettsloven av 1999. Grunnlovsfesting av sentrale menneskerettigheter vil således ikke lede til at det blir flere rettigheter i lovverket.

Ved utarbeidelsen av konkrete forslag til *hvordan* menneskerettighetsvernet bør styrkes i Grunnloven, har utvalget tatt utgangspunkt i mandatets forutsetning om at det er de «sentrale» menneskerettighetene eller de «allmenngyldige prinsipper» som skal løftes inn i Grunnloven. Ved identifiseringen av de sentrale menneskerettighetene har utvalget tatt flere hensyn i betraktning. Utvalget har bl.a. tatt hensyn til det minimumsvern som er utviklet globalt og i Europa:

¹ For spørsmålet om Grunnlovens menneskerettighetsvern bør styrkes, se kapittel 10.

² For mer om stat/kirke-forliket, se punkt 10.3.

³ Se NOU 2009: 1 og NOU 2009: 14.

⁴ For en nærmere vurdering av rettsliggjøring, se særlig punkt 10.5.3.

Verdenserklæringen om menneskerettigheter fra 1948 og senere FN-konvensjoner, har hatt stor betydning for hvilke menneskerettigheter som er å anse som «sentrale» i en internasjonal kontekst. Dernest har Europarådets konvensjoner, særlig Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 1950 slik den er tolket av Den europeiske menneskerettighetsdomstol, spilt en betydelig rolle for utviklingen og ivaretagelsen av sentrale menneskerettigheter i Europa.

Utvalget har videre tatt hensyn til hvordan menneskerettighetene er kommet til uttrykk i moderne konstitusjoner i Vest-Europa, spesielt konstitusjonene til våre nordiske naboland og EUs Charter of fundamental rights. Samtidig har utvalget lagt betydelig vekt på norsk tradisjon og norske verdier, både med tanke på å synliggjøre de verdiene det norske samfunn er tuftet på og med tanke på at Grunnloven skal være bedre egnet i møte med Norges fremtidige utfordringer.

Utvalget har bestrebet seg på å oppnå enighet om hvilke verdier og hvilke rettigheter som bør følge av Grunnloven, og hvordan disse rettighetene bør utformes. Alternative utforminger finnes i utvalgets løpende vurderinger.

To ulike modeller fremstår som aktuelle for plassering av menneskerettigheter i Grunnloven.⁵ Den første modellen innebærer at nye grunnlovsbestemmelser plasseres innimellom de eksisterende grunnlovsbestemmelser, mens den andre modellen innebærer at menneskerettighetene i Grunnloven samles i en ny del E som bare omhandler menneskerettigheter. I denne siste modellen foreslås det at bestemmelser som i dag står i del E, og som ikke er menneskerettigheter, flyttes til en ny del F med alminnelige bestemmelser. Utvalget har enstemmig kommet frem til at den andre modellen best vil synliggjøre menneskerettighetene i Grunnloven og dermed virkeliggjøre den nye § 2 på en god måte. Samtidig vil en egen del om menneskerettighetene både ha en klargjørende og en pedagogisk funksjon, sammenliknet med en innskrivning av menneskerettighetene innimellom de eksisterende bestemmelsene i Grunnloven. En slik klargjøring vil igjen kunne bidra til økt folkelig forståelse av og interesse for Grunnloven.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn en ny del E om menneskerettigheter og en ny del F med alminnelige bestemmelser. I dette sammendraget er utvalgets forslag til ny del E i Grunnloven fremsatt i dagens grunnlovsspråk. I rapportens siste del er de konkrete voteringsforslag fremsatt både i en alminnelig språkform og i dagens grunnlovsspråk.⁶

⁵ For en nærmere utdyping av disse to modellene, se kapittel 17.

Kari Nordheim-Larsen slutter seg ikke til utvalgets forslag til ny § 103 første punktum, jf. punkt 31.5.6. Carl I. Hagen slutter seg ikke til utvalgets forslag om ny §§ 104, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 115 og 116, jf. punkt 11.4.2. Ny del E i Grunnloven vil etter utvalgets forslag se ut som følger (endringene er fremhevet i kursiv):

«E. *Menneskerettighetene.*

§ 92

Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne.

§ 93

Ethvert Menneske har en iboende Ret til Liv. Ingen kan dømmes til Døden.

Ingen maa udsættes for Tortur eller anden umenneskelig eller nedværdigende Behandling eller Straf. Ingen skal holdes i Slaveri eller Tvangsarbeide.

Det paaligger Statens Myndigheder at beskytte Retten til Liv og bekjæmpe Tortur, Slaveri, Tvangsarbeide og andre Former for umenneskelig eller nedværdigende Behandling.

§ 94

Ingen maa fængslig anholdes eller paa anden Maade berøves Friheden, uden i lovbestemt Tilfælde og paa den ved Lovene foreskrevne Maade. Frihedsberøvelsen maa være nødvendig og ikke udgjøre et uforholdsmessigt Indgreb.

Anholdte skulle snarest mulig fremstilles for en Domstol. Andre som ere berøvede deres Frihed, kunne faa Frihedsberøvelsen prøvet for Domstoler uden ugrundet Ophold.

For ubeføiet Arrest eller ulovligt Ophold staa Vedkommende den Fængslede til Ansvar.

§ 95

Enhver har Ret til at faa sin Sag afgjort af en uafhængig og upartisk Domstol inden rimelig Tid. Rettergangen skal være retfærdig og offentlig. Retten kan imidlertid lukke Retsmødet dersom Hensynet til Parternes Privatliv eller tungtveiende almene Interesser gjøre det nødvendigt.

§ 96

Ingen kan dømmes uden efter Lov, eller straffes uden efter Dom.

⁶ For eksisterende bestemmelser som foreslås flyttet til annet paragrafnnummer, har utvalget lagt til grunn enten dagens grunnlovsspråk eller den språklige fornyelsen av Grunnloven som følger av grunnlovsspråk nr. 16 i Dokument nr. 12 (2007-2008), og som skal behandles i inneværende stortingsperiode.

Enhver har Ret til at blive anset som uskyldig indtil Skyld er bevist efter Loven.

Ingen kan straffes mere end een Gang for samme Handling.

Ingen kan dømmes til at afstaa fast Eiendom eller samlet Formue, medmindre Værdierne ere benyttede til eller ere Udbytte fra en strafbar Handling.

§ 97

Ingen Lov maa gives tilbagevirkende Kraft.

§ 98

Alle ere lige for Loven.

Intet Menneske maa udsættes for usaglig eller uforholdsmæssig Forskelsbehandling.

§ 99

Enhver har Frihed for Tanke, Samvittighed, Religion og Livsanskuelse. Denne Frihed omfatter Ret til at ændre Religion eller Livssyn efter eget Valg og til at praktisere sin Religion eller sit Livssyn alene eller i Fællesskab med Andre.

§ 100

Ytringsfrihed bør finde Sted.

Ingen kan holdes retslig ansvarlig for at have meddelt eller modtaget Oplysninger, Ideer eller Budskab, medmindre det lader sig forsvare holdt op imod Ytringsfrihedens Begrundelse i Sandhedssøgen, Demokrati og Individets frie Meningsdannelse. Det retslige Ansvar bør være foreskrevet i Lov.

Frimodige Ytringer om Statsstyrelsen og hvilken som helst anden Gjenstand ere Enhver tilladte. Der kan kun sættes slige klarlig definerede Grændser for denne Ret, hvor særlig tungtveiende Hensyn gjøre det forsvarligt holdt op imod Ytringsfrihedens Begrundelser.

Forhaandscensur og andre forebyggende Forholdsregler kunne ikke benyttes, medmindre det er nødvendigt for at beskytte Børn og Unge imod skadelig Paavirkning fra levende Billeder. Brevcensur kan ei sættes i Værk uden i Anstalter.

Enhver har Ret til Indsyn i Statens og Kommunernes Akter og til at følge Forhandlingerne i Retsmøder og folkevalgte Organer. Det kan i Lov fastsættes Begrænsninger i denne Ret ud fra Hensyn til Personvern og af andre tungtveiende Grunde.

Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for en aaben og oplyst offentlig Samtale.

§ 101

Enhver har Ret til at danne, slutte sig til og melde sig ud af Foreninger, herunder Fagforeninger og politiske Partier.

Alle kunne mødes i fredelige Forsamlinger og Demonstrationer.

Regjeringen er ikke berettiget til militær Magts Anvendelse mod Statens Medlemmer, uden efter de i Lovgivningen bestemte Former, medmindre nogen Forsamling maatte forstyrre den offentlige Rolighed og den ikke øieblikkelig adskilles, efterat de Artikler i Landsloven, som angaa Oprør, ere den trede Gange lydelig forelæste af den civile Øvrighed.

§ 102

Enhver har Ret til Respekt for sit Privatliv og Familieliv, sit Hjem og sin Kommunikation.

Det paaligger Statens Myndigheder at sikre et Værn om den personlige Integritet og om personlige Oplysninger. Systematisk Indhentning, Opbevaring og Brug af Oplysninger om Andres personlige Forhold kan kun finde Sted i Henhold til Lov.

§ 103

Familien er en grundlæggende Enhed i Samfundet. Enhver, som har opnaaet giftefærdig Alder, har Ret til at stifte Familie, indgaa Ægteskab og opløse Ægteskab i Henhold til nærmere Bestemmelser givne ved Lov. Ægteskab kan kun indgaaes med Ægtefællernes Samtykke og frie Vilje.

§ 104

Børn have Krav paa Respekt for deres Menneskeværd. De have Ret til at blive hørt i Spørgsmaal som gjælde dem selv, og deres Mening skal tillægges Vægt i Overensstemmelse med deres Alder og Udvikling.

Ved Afgjørelser som berøre Børn, skal Barnets Bedste være et grundlæggende Hensyn.

Børn have Ret til Værn om deres personlige Integritet. Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for Barnets Udvikling, herunder at sikre at Barnet faar den nødvendige økonomiske, sociale og sundhedsmæssige Tryghed, fortrinsvis i egen Familie.

§ 105

Fordrer Statens Tarv, at Nogen maa afgive sin rørlige eller urørlige Eiendom til offentlig Brug, saa bør han have fuld Erstatning af Statskassen.

§ 106

Enhver, som opholder sig lovlig i Riget, kan frit bevæge sig indenfor Rigets Grændser og vælge sit Bosted der.

Ingen kan negtes at forlade Riget, medmindre det er nødvendigt af Hensyn til en effektiv Retsforfølgelse eller for Aftjening af Værnepligt. Norske Statsborgere kunne ikke negtes Adgang til Riget.

§ 107

Det paaligger Statens Myndigheder at respektere den Enkeltes kulturelle Identitet og lægge Forholdene til Rette for at den Enkelte kan deltage i Kulturaktiviteter og opleve et Mangfold af Kulturudtryk.

Videnskabens og Kunstens Frihed skal respekteres.

§ 108

Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for at Samerne, som Urfolk, kan sikre og udvikle sit Sprog, sin Kultur og sit Samfundsliv.

§ 109

Enhver har Ret til Uddannelse. Børn have Pligt til at modtage grundlæggende oplæring. Oplæringen skal ivaretage den Enkeltes Evner og Behov, og fremme Respekt for Demokratiet, Retsstaten og Menneskerettighederne.

Det paaligger Statens Myndigheder at sikre Adgang til videregående Oplæring og lige Muligheder til højere Uddannelse på Grundlag af Kvalifikation.

§ 110

Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for at ethvert arbejdsdygtigt Menneske kan skaffe sig Udkomme ved Arbejde eller Næring. Den, som ikke selv kan sørge for sit Livsophold, har Ret til Støtte fra det Offentlige.

Nærmere Bestemmelser om Ansattes Medbestemmelsesret paa deres Arbejdsplads, fastsættes ved Lov.

§ 111

Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Retten til en tilfredsstillende Levestandard.

Ligeledes paaligger det Statens Myndigheder at fremme Befolkningens Helbred og sikre Retten til nødvendig Helbredshjælp.

§ 112

Enhver har Ret til et Milieu som sikrer Sundhed og til en Natur hvis Produktionsævne og Mangfold bevares. Naturens Ressourcer skulle disponeres ud fra en langsigtig og alsidig Betragtning, der ivaretagende denne Ret ogsaa for Efterslægten.

For at ivaretage deres Ret i Henhold til foregående Led, ere Borgerne berettigede til Kundskab om Naturmilieuets Tilstand og om Virkningerne af planlagte og iværksatte Indgreb i Naturen.

Det paaligger Statens Myndigheder at træffe Foranstaltninger der gennemføre disse Grundsætninger.

§ 113

Myndighedernes Indgreb overfor den Enkelte maa have Grundlag i Lov.

§ 114

I Sager som reises for Domstolene, have Domstolene Ret og Pligt til at prøve hvorvidt Love og andre Beslutninger trufne af Statens Myndigheder stride mod Grundloven.

§ 115

Enhver Begrænsning i Rettigheder, som ere anerkjendte i denne Grundlov, maa være fastsatte ved Lov og respektere Kjernen i Rettighederne. Begrænsningen må være forholdsmæssig og nødvendig for at ivaretage almene Interesser eller Andres Menneskerettigheder.

Der kan i intet Tilfælde gjøres slige Begrænsninger i §§ 93, 94, 95, 96, 99 første Punktum og 105. Tilsvarende gjælder for § 97 ved Spørgsmaal om Straf.

§ 116

Rettighederne i denne Grundlov kunne ikke fraviges, medmindre der træffes Beslutning om midlertidige Undtagelser naar en bekjendtgjort Krigs- eller Krisetilstand gjør det aabenbart nødvendigt for at sikre Demokratiet, Retsstaten eller Rigets Existens.

Der kan i intet Tilfælde træffes Beslutning om at fravige §§ 93, 96 og 99 første Punktum. Tilsvarende gjælder for § 97 ved Spørgsmaal om Straf.»

I tillegg foreslår utvalget at dagens § 49 suppleres med en formulering om frie og hemmelige valg. Utvalgets forslag er fremhevet i kursiv:

«§ 49

Folket udøver den lovgivende Magt ved Stortinget. Stortingets Ræpresentanter vælges gennem frie og hemmelige Valg.»

1.2 Oppbygging av rapporten

Utvalget har delt rapporten inn i seks deler, med løpende underkapitler. De seks delene tar for seg ulike temaer, mens underkapitlene går nærmere inn i enkelte problemstillinger.

I rapportens del I fremkommer et sammendrag av utvalgets konklusjoner og forslag, samt denne oversikten i kapittel 1. I kapittel 2 redegjøres for utvalgets sammensetning og mandat, utvalgets arbeid, og bakgrunnen for nedsettelsen av utvalget.

I rapportens del II gis en oversikt over rettslige utgangspunkter og forutsetninger for utvalgets arbeid. Kapittel 3 innleder denne delen. I kapittel 4 gis en nærmere innføring i Grunnlovens forhistorie, dens rolle og funksjoner, samt hvilke rettigheter som fremkom av bestemmelsen i 1814 og hvilke rettigheter som har kommet til senere. I kapittel 5 gis en oversikt over utviklingen av de internasjonale menneskerettighetene. I kapittel 6 gis en oversikt over de internasjonale menneskerettighetenes stilling i norsk rett. I det siste kapitlet i del II gis en oversikt over menneskerettighetene i andre lands konstitusjoner, jf. kapittel 7.

I rapportens del III trekker utvalget opp generelle problemstillinger som utvalgets mandat reiser. I denne delen har utvalget vurdert og tatt stilling til flere grunnleggende spørsmål som må besvares før det kan tas nærmere stilling til hvilke rettigheter som eventuelt bør grunnlovsfestes. I denne delen reises også de generelle problemstillinger som relaterer seg til samtlige rettigheter i Grunnloven.

Innledningsvis i del III reiser utvalget i kapittel 9 spørsmål om hva som menes med menneskerettigheter. I kapittel 10 vurderer utvalget det grunnleggende spørsmålet om det bør gjøres endringer i menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven. I kapittel 11 vurderes hvilke rettigheter som må anses som sentrale eller allmenngyldige. Dette etterfølges av kapittel 12, som omhandler Grunnlovens generelle bestemmelse til vern om menneskerettighetene. I kapittel 13 ser utvalget nærmere på om det bør grunnlovsfestes en generell hjemmel som setter vilkår for når det kan foretas begrensninger i de enkelte rettighetsbestemmelsene. Dette etterfølges av kapittel 14 om håndheving og kontroll med menneskerettigheter. I dette kapitlet vises til ulike måter å ivareta menneskerettighetene på, og det blir bl.a. vurdert om domstolenes prøvingsrett bør grunnlovsfestes. Deretter tar utvalget i kapittel 15 opp spørsmål om hvordan Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser skal fortolkes, herunder spørsmålet om det bør grunnlovsfestes en tolkningsbestemmelse. Videre behandler utvalget i kapittel 16 spørsmålet om menneskerettighetene kan fravikes i en krigs- eller krisesituasjon, såkalt derogasjon. I den forbindelse vurderes om det vil være hensiktsmessig å grunnlovsfeste vilkår for når menneskerettighetene kan fravikes. Avslutningsvis i del III har utvalget vurdert plasseringen av eventuelle nye menneskerettigheter i Grunnloven, jf. kapittel 17.

I rapportens del IV tar utvalget opp til vurdering spørsmålet om grunnlovsfesting av enkeltrettigheter. I kapitlene 19 til 42 behandles fortløpende de rettigheter som utvalget i kapittel 11 har identifisert som sentrale eller allmenngyldige. I disse kapitlene går utvalget gjennom hver enkelt rettighet og viser til hva

som er rettstilstanden på området i dag, hvilke forpliktelser som hviler på Norge gjennom de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene, og hvordan rettigheten eventuelt er kommet til uttrykk i andre lands konstitusjoner, særlig i våre nordiske naboland. Deretter foretar utvalget en vurdering av om rettigheten bør grunnlovsfestes, og hvordan dette eventuelt bør skje.

I rapportens del V går utvalget kort igjennom hvilke økonomiske og administrative konsekvenser en eventuell vedtakelse av utvalgets forslag vil få.

I rapportens del VI fremsettes utvalgets konkrete voteringsforslag. Disse forslagene vil bli fremsatt både i en moderne språkform og i dagens grunnlovsspråk. Dette har sammenheng med at det i inneværende periode skal votes over et forslag om fornyelse av Grunnlovens språk, se grunnlovsforslag nr. 16 i Dokument nr. 12 (2007-2008).

2. Om utvalget

2.1 *Utvalgets oppnevning og sammensetning*

Stortingets presidentskap besluttet den 18. juni 2009 å nedsette et utvalg til å utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven med det formål å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang.

Utvalget har hatt følgende sammensetning:

Inge Lønning (leder), professor emeritus i teologi ved Universitetet i Oslo og tidligere president i Lagtinget.

Carl I. Hagen, rådgiver og tidligere visepresident i Stortinget.

Jan E. Helgesen, førsteamanuensis i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo.

Hilde Indreberg, høyesterettsdommer.

Kari Nordheim-Larsen, fylkesmann i Telemark.

Pål W. Lorentzen, høyesterettsadvokat, Bergen.

Janne Haaland Matlary, professor i statsvitenskap ved Universitetet i Oslo.

Kari Nordheim-Larsen erstattet tidligere utvalgsmedlem Grete Faremo etter at Faremo ble utnevnt til forsvarsminister høsten 2009. Nordheim-Larsen ble oppnevnt av Stortingets presidentskap den 3. desember 2009.

Utvalgets sekretariat har bestått av ph.d. Benedikte Moltumyr Høgberg, som har fungert som utvalgets fagsekretær i hele utredningsperioden. Sekretariatet har i tillegg vært styrket ved at utvalgets medlem Hilde Indreberg hadde permisjon fra Høyesterett for å bistå med arbeidet i perioden fra 1. oktober 2010 til 31. mars 2011. I tillegg har seniorkonsulent Mari Mæland ved Stortingets administrasjon gitt utvalget praktisk og teknisk bistand.

2.2 *Utvalgets mandat*

Utvalget ble gitt følgende mandat:

«Stortingets presidentskap oppnevner et utvalg som skal utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven med det mål å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang. Utvalgets arbeid inngår som en del av Stortingets forberedelser i anledning Grunnlovens 200-årsjubileum i 2014.

Grunnloven regulerer enkelte grunnleggende menneskerettigheter. Dagens tradisjon med enkeltrevisjoner av bestemmelser gjør at både tema og innfallsvinkel kan virke nokså tilfeldig. For behandling i kommende periode foreligger det flere grunnlovsforslag blant annet om diskriminering, retten til bolig og rett til asyl.

Det er derfor nødvendig å se de ulike grunnlovsbestemmelsene om menneskerettigheter i en sammenheng med tanke på en opprydding i og tilpassing av Grunnloven til dagens forhold. Grunnloven § 110 c lyder: 'Det paaligger Statens myndigheter at respektere og sikre menneskerettighetene. Nærmere bestemmelser om gjennomførelsen af Traktater herom fastsættes ved lov.'

Norge har inkorporert en rekke internasjonale menneskerettskonvensjoner i sin lovgivning som i dag har forrang i forhold til annen lovgivning, hvis det er motsetning. Det er derfor viktig at det blir foretatt en prinsipiell og samlet vurdering av menneskerettighetenes plass i Grunnloven, hvor også forholdet til menneskerettslovens forrangsregel og spørsmålet om rettighetene skal kunne påberopes for domstolene, trekkes inn.

Hensikten med gjennomgangen vil være å sikre de allmenngyldige menneskerettsprinsippene i Grunnloven, og ikke få en opplisting av enkeltrettigheter, som naturlig hører hjemme i ordinær lovgivning.

Utvalget vurderer på dette grunnlag hvordan Grunnlovens vern av menneskerettighetene bør utformes.

Det forutsettes at den politiske avtalen som ble inngått mellom de sju partiene på Stortinget 10. april 2008 om staten og Den norske kirke (jf. Innst. S. nr. 287 (2007–2008)) ligger til grunn for utvalgets arbeid.

Forslag til nye bestemmelser skal ta utgangspunkt i norsk grunnlovstradisjon, og dagens grunnlov skal være retningsgivende med hensyn til tekstens omfang, utforming, struktur og inndeling. Utvalget kan foreslå nødvendige redigeringsmessige endringer som følge av de materielle endringer som foreslås.

Utvalgets rapport avgis til Stortingets presidentskap innen 1. januar 2012.»

2.3 *Utvalgets arbeid*

Utvalget har i alt hatt 23 møter, herunder 6 to eller tredagers møter.

Utvalget har mot slutten av sitt arbeid fått hjelp av professor emeritus Finn-Erik Vinje til å formulere forslagene i dagens grunnlovsspråk.

I sitt arbeid har utvalget vært klar over og har søkt å ta hensyn til at utvalget har vært sammensatt av

få personer, samtidig som det rettsområdet utvalget har utredet, er av stor betydning for både enkeltindivider og statsmaktene. Utvalget har i tillegg vært klar over at utfordringene med å endre Grunnloven er mange og sammensatte.

Av den grunn har utvalget forsøkt å oppmuntre både faglig ekspertise, media, interessegrupper og andre interesserte til å komme med innspill underveis i arbeidet med denne rapporten med tanke på å sikre et størst mulig tilfang av argumenter. Utvalget har også innhentet informasjon om hvordan menneskerettighetsspørsmål er forsøkt løst i andre land. Innhenting av innspill til utvalgets arbeid har skjedd på ulike måter:

Utvalget har for det første invitert alle interesserte til å komme med synspunkter og debattere menneskerettigheter i Grunnloven i det offentlige rom. Dette er gjort av utvalgets leder, Inge Lønning, i en kronikk i Aftenposten og i et debattinnlegg i Dagsavisen. I tillegg har Lønning, Matlary og Lorentzen deltatt i flere debatter i media om menneskerettigheter i Grunnloven. Det har også innkommet skriftlige innspill til utvalgets arbeid, enten til utvalget direkte eller gjennom media, som alle er lest og tatt i betraktning under arbeidet. De formelle henvendelser utvalget har mottatt vedrørende forslag til grunnlovsendringer, er følgende:

- Brev fra Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg av 23. november 2010. I brevet argumenteres det for at Grunnloven bør inneholde én generell bestemmelse om menneskerettigheter som henviser til de internasjonale konvensjonene. Brevet er nærmere kommentert av utvalget i punkt 11.2 og punkt 12.5.3.
- Brev fra Utenriksdepartementets team for utredning av Nasjonal institusjon for menneskerettigheter av 13. september 2011. I brevet vises til gruppens innstilling til Utenriksdepartementet, der det foreslås at Nasjonal institusjon enten lovfestes eller grunnlovsfestes. Brevet er nærmere kommentert av utvalget i punkt 14.7.
- Brev fra Likestillings- og diskrimineringsombudet av 28. oktober 2011. I brevet argumenteres det for at det bør grunnlovsfestes en bestemmelse til vern mot diskriminering, der ulike diskrimineringsgrunnlag listes opp. Brevet er nærmere kommentert av utvalget i punkt 26.6.2.6.
- Brev fra Advokatforeningen og Norsk Organisasjon for Asylsøkere (NOAS) av 23. november 2011. I brevet argumenteres primært for én generell menneskerettighetsbestemmelse i Grunnloven, sekundært for at Grunnloven bør inneholde en bestemmelse om rett til asyl. Brevet er nærmere kommentert av utvalget i punkt 34.3.5.

Utvalget har for det andre hatt korte studiereiser, både innenlands og utenlands, for å få ideer og innspill til utvalgets arbeid:

- Den 22.–23. mars 2010 var utvalget på studiereise til Helsinki. Det ble avlagt besøk hos Grunnlagsutskottet i Riksdagen og Det juridiske fakultet ved Universitetet i Helsinki. Under besøkene ble det gitt en redegjørelse for den finske Grunnloven som trådte i kraft i 2000. Det ble særlig innhentet opplysninger om de finske erfaringene med en nyere menneskerettighetskatalog i deres grunnlov.
- Den 4.–6. mai 2010 var utvalget på studiereise til Strasbourg. Det ble avlagt besøk i Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) og i Europarådet.
- Den 6.–8. juni 2010 var utvalget på studiereise til Nord-Norge. Det ble avlagt besøk i Sametinget og ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Tromsø. De parlamentariske ledere i Sametinget og forskere ved Universitetet i Tromsø kom med innspill til utvalgets arbeid.
- Den 22. november 2010 var utvalget på studiereise til Bergen. Det ble avlagt besøk ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen, der flere forskere kom med innspill til utvalgets arbeid.

Utvalget har for det tredje invitert enkelte eksperter til å holde foredrag og være deltakere i utvalgets samtaler. Dette var særlig tilfellet i en tidlig fase av utvalgets arbeid:

- Den 23. november 2009 var Stein Evju, professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo, deltaker i utvalgets møte for å snakke om Den europeiske sosialpakten og sine erfaringer som leder med komiteen for håndhevelse av sosialpakten i Europarådet.
- Den 14. desember 2009 var Carsten Smith, tidligere høyesterettsjustitiarius og professor emeritus i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo, deltaker i utvalgets møte for å snakke om sine erfaringer fra arbeidet med menneskerettsloven og hvilke tanker han i den forbindelse måtte ha omkring utvalgets mandat.
- Den 18. januar 2010 var Jan Fridthjof Bernt, professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Bergen, og Øyvind Østerud, professor i statsvitenskap ved Universitetet i Oslo, deltakere på utvalgets møte for å snakke om sine tanker omkring utvalgets mandat og erfaringene fra Maktutredningen.
- Den 27. september 2011 var Finn-Erik Vinje til stede under utvalgets møte for å redegjøre for Grunnlovens språk.

I tillegg ble det avholdt et møte mellom utvalgets medlemmer og Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg den 10. juni 2010, der ulike problemstillinger knyttet til menneskerettigheter i Grunnloven ble drøftet. Møtet ble fulgt opp med et brev fra Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg til utvalget.

Utvalgets medlemmer har for det fjerde innledet på flere fagseminarer om problemstillinger som utvalget har arbeidet med, og har i den forbindelse mottatt innspill til utvalgets arbeid. Senter for Menneskerettigheter ved Universitetet i Oslo har bl.a. holdt to seminarer om utvalgets arbeid som har vært åpne for publikum og som har vært bredt annonsert:

- Den 12. april 2010 var utvalgets medlemmer til stede ved seminar i regi av Norsk Senter for Menneskerettigheter i senterets lokaler i Oslo. Lønning presenterte utvalgets arbeid på seminaret.
- Den 15. september 2011 var utvalgets medlemmer til stede ved seminar i regi av Norsk Senter for Menneskerettigheter i Litteraturhuset i Oslo. Indreberg presenterte utvalgets arbeid på seminaret.

I tillegg har utvalgets medlemmer innledet på følgende seminarer/konferanser om problemstillinger som har vært relevante for utvalgets arbeid:

- Den 14. september 2009 innledet Lønning om utvalgets mandat og forhistorie i et lunsjseminar i regi av forskergruppen for Konstitusjonelle studier ved Det juridiske fakultet, UiO.
- Den 8. desember 2009 innledet Helgesen om «demokratiske perspektiver» på seminaret «The Future of the European Court of Human Rights» i Oslo Konferansesenter.
- Den 10. mai 2010 innledet Matlary om menneskerettigheter i Grunnloven i et seminar i regi av forskergruppen for Konstitusjonelle studier ved Det juridiske fakultet, UiO.
- Den 20. mai 2010 innledet Lønning om menneskerettigheter i de nordiske konstitusjoner i en nordisk workshop ved Det teologiske fakultet, UiO.
- Den 8. november 2010 innledet Indreberg om utvalgets arbeid i et seminar i regi av forskergruppen for Konstitusjonelle studier ved Det juridiske fakultet, UiO.
- Den 23. mai 2011 innledet Hagen og Lorentzen om utvalgets arbeid i et seminar i regi av forskergruppen for Konstitusjonelle studier ved Det juridiske fakultet, UiO.
- Den 31. mai 2011 innledet Indreberg om utvalgets arbeid på et åpent møte i Litteraturhuset i regi av den norske avdeling av Den internasjonale juristkommisjon.

- Den 19. august 2011 innledet Indreberg om menneskerettigheter i de nordiske konstitusjoner mv. under Det nordiske juristmøtet i Stockholm.

Utvalgets medlemmer har også vært deltakere på flere andre fagseminarer som omhandler problemstillinger relevante for utvalgets arbeid. Utvalget var bl.a. representert under Stortingets seminar om grunnlovsprosesser den 14. november 2011.

Det bør også nevnes at utvalget har tatt hensyn til relevante høringsuttalelser til tidligere utredninger angående sentrale menneskerettslige spørsmål. Dette gjelder høringsuttalelser til følgende utredninger:

- NOU 2009:1 «Individ og integritet». Høringsuttalelsene er innkommet til Fornyings- og administrasjonsdepartementet. Høringsfrist 20. august 2009.
- NOU 2009:14 «Et helhetlig diskrimineringsvern. Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsvern og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK». Høringsuttalelsene er innkommet til Barne- og likestillingsdepartementet. Høringsfrist 31. desember 2009.

2.4 *Bakgrunnen for nedsettelsen av utvalget*

Da Grunnloven ble vedtatt i 1814, var den en moderne grunnlov. Den avskaffet det kongelige eneveldet og adelskapet, den innførte maktfordeling og frie valg (for en mindre del av befolkningen), og den inneholdt et sett med rettigheter for landets borgere, gjerne omtalt som borgerrettigheter. I dag omtales slike rettigheter ofte som menneskerettigheter.

Grunnloven har blitt endret mange ganger siden 1814. Flere konstitusjonelle endringer er også skjedd gjennom utvikling av konstitusjonell sedvanerett, uten at Grunnlovens tekst er endret i takt med utviklingen. Dette har ledet til at Grunnloven på en del områder kan gi et ufullstendig eller misvisende bilde av det konstitusjonelle grunnlaget for den norske statsformen.

Ved overgangen til det nye årtusen ble det vurdert om det var behov for å foreta en fullstendig grunnlovsrevisjon. Tanken var å bringe Grunnlovens tekst og innhold bedre i samsvar med den rettslige og politiske virkelighet. Med tanke på en mulig grunnlovsrevisjon ble det nedsatt en arbeidsgruppe for å vurdere hvordan et eventuelt mandat for en grunnlovskommisjon kunne utformes. Arbeidsgruppen ble nedsatt i desember 2001 under ledelse av daværende stortingspresident Kirsti Kolle Grøndahl, og gruppen fremla sitt forslag til mandat for en eventuell grunnlovskommisjon den 26. februar 2002. I arbeidsgruppens forslag til mandat var det særlig tre områder en eventuell grunnlovskommisjon skulle utrede: Den

skulle for det første vurdere «behovet for en språklig og materiell fornyelse av gjeldende bestemmelser i Grunnloven, og vurdere om det er ønskelig å grunnlovsfeste prinsipper som i dag anses som sikker konstitusjonell sedvanerett». Derneft skulle kommisjonen «vurdere behovet for grunnlovsfesting av parlamentarismen». Og til sist skulle den «vurdere behovet for å systematisere og eventuelt styrke rettighetsvernet i Grunnloven».

Arbeidsgruppens forslag til mandat for en eventuell grunnlovskommisjon og behovet for å nedsette en slik kommisjon ble drøftet under et gruppeledermøte i Stortinget den 18. april 2002. Under gruppeledermøtet ble det vist til at det allerede var igangsatt flere arbeider med delvis grunnlovsrevisjon. Det ble bl.a. vist til utvalget til å utrede Stortingets kontrollfunksjon (Frøiland-utvalget). Videre ble det vist til at det var fremsatt konkrete forslag om å oppheve Odelstinget og Lagtinget. Og til sist ble det vist til at regjeringen arbeidet med en utredning om statskirkeordningen. Gruppeledermøtet konkluderte på denne bakgrunn med at spørsmålet om det var behov for en generell grunnlovskommisjon, burde tas opp på et senere tidspunkt. Spørsmålet om en fullstendig grunnlovsrevisjon er så langt ikke behandlet på nytt.

De ulike arbeidene med Grunnloven ledet etter hvert frem til flere viktige grunnlovsendringer og forslag til grunnlovsendringer. Frøiland-utvalget avga sin rapport om Stortingets kontrollfunksjon den 30. september 2002.⁷ Det ble deretter nedsatt et mindre utvalg den 5. juni 2003 til å utrede alternativer til den daværende riksrettsordningen. Dette utvalget avga sin rapport 1. juni 2004.⁸ Som følge av disse to utredningene ble det bl.a. inntatt en ny § 15 om parlamentarisme og en ny § 86 om riksrett i Grunnloven.

Den nye § 15 innebærer grunnlovsfesting av tidligere konstitusjonell sedvanerett. Gjennom denne bestemmelsen ble det slått fast at regjeringen er ansvarlig overfor folket og må gå av dersom Stortinget gir uttrykk for mistillit. Bestemmelsen utgjør dermed en viktig garanti for den demokratiske styreform. Samtidig er det vedtatt flere endringer i riksrettsordningen, bl.a. med sikte på å gjøre ordningen mer anvendbar og med større grad av rettssikkerhet for de involverte parter enn det som fulgte av den tidligere ordningen. I tillegg til disse to bestemmelsene ble det vedtatt endringer i Grunnloven §§ 20, 30, 82 og 87. Endringene ble vedtatt 20. februar 2007 og trådte i kraft 30. mars 2007.

Samtidig med grunnlovsfesting av parlamentarisme og revidering av riksrettsordningen ble det

⁷ Se Dokument nr. 14 (2002-2003) Stortingets kontroll med regjering og forvaltning.

⁸ Se Dokument nr. 19 (2003-2004) Rapport til Stortingets presidentskap fra utvalget til å utrede alternativer til riksrettsordningen.

vedtatt at todelingen i Odelsting og Lagting skulle oppheves, jf. forslag om dette i Innst. S. nr. 100 (2006–2007). Opphevelse av Odelsting og Lagting gjorde det nødvendig med endringer i Grunnloven §§ 17, 49, 73, 74 og 76-78. Disse endringene trådte i kraft 1. oktober 2009.

Dernest ble det på bakgrunn av St.meld. nr. 17 (2007–2008) og Innst. S. nr. 287 (2007–2008) inngått et forlik mellom de politiske partiene på Stortinget den 10. april 2008 om grunnleggende endringer i forholdet mellom stat og kirke. Forliket innebærer at bestemmelsen om statens offentlige religion i Grunnloven § 2 erstattes av en ny bestemmelse om statens verdigrunnlag og Grunnlovens formål. Det ble samtidig foreslått endringer i alle de bestemmelser som følger av dagens § 2, dvs. §§ 4, 12, 16, 21, 22 og 27, se grunnlovsforslag nr. 10 i Dokument nr. 12 (2007–2008). Det er forventet at endringene vil bli vedtatt i løpet av inneværende stortingsperiode.

Av disse omfattende grunnlovsendringene er det først og fremst de siste forslagene til grunnlovsendringer som berører menneskerettighetene og således også utvalgets mandat og arbeid. For mer om §§ 2 og 16, se punkt 10.3.2 og kapittel 27. For øvrig har den senere tids endringsforslag i liten grad berørt menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven.

Del II Menneskerettigheter – i Grunnloven og internasjonalt

3. Innledning

Grunnloven av 17. mai 1814 er det enkeltokument som over tid har hatt størst politisk, rettslig og symbolsk betydning for nasjonen Norge. Den ble et symbol på Norges frihetskamp, avskaffet den enevelde kongemakt, etablerte maktfordeling mellom de tre statsmaktene, gjennomførte folkesuverenitetsideen ved å etablere Stortinget som den lovgivende forsamling, og den satte enkelte absolutte skranker for myndighetenes maktutøvelse overfor landets borgere. Disse absolutte skrankene omtales gjerne i dag som menneskerettigheter (jf. også punkt 9.3.2).

I denne delen av utvalgets rapport vil det bli gitt en oversikt over Grunnlovens tilblivelse, dens betydning, samt menneskerettighetenes plassering (kapittel 4). Deretter følger en oversikt over det internasjonale menneskerettighetsvern (kapittel 5) og menneskerettighetenes stilling i norsk rett (kapittel 6). Til sist vil det bli gitt en kort oversikt over menneskerettighetsvernet i andre lands konstitusjoner (kapittel 7).

4. Grunnloven

4.1 Den grunnlovgivende forsamling

Senvinteren og våren 1814 er politisk et av de mest turbulente og innholdsmettede tidsrom i nyere

norsk historie. Det som skjedde, var del av de storpolitiske omveltningene i Europa i kjølvannet av Napoleonkrigene. Kieltraktaten, som fastsatte at Norge skulle forlate unionen med Danmark og tre inn i en ny union med Sverige, ble undertegnet i midten av januar. Siden den svenske tronfølgeren Carl Johan var opptatt på andre frontavsnitt, lot den seg imidlertid ikke iverksette umiddelbart. Dermed befant Norge seg i et politisk ingenmannsland som åpnet en mulighet for å ta initiativ til å styre den videre utviklingen selv.

Etter invitasjon fra den danske stattholder, arveprins Christian Frederik, møttes ledende skikkelser fra norsk samfunnsliv til rådslagning på Eidsvoll 16. februar. Det spørsmålet som stod på dagsordenen for det såkalte notabelmøtet, var hvorvidt det skulle sammenkalles en riksforsamling med det siktemål å vedta en norsk grunnlov og velge en norsk konge. Så gikk begivenhetene slag i slag; 25. februar ble det i tilknytning til søndagsgudstjenestene holdt valg i de aller fleste menigheter, 10. april møttes de valgte utsendingene til riksforsamlingen på Eidsvoll, 20. april kunne konstitusjonskomiteen starte arbeidet med et grunnlovsforslag, 1. mai var forslaget ferdig, og etter 14 dagers forhandlinger kunne Grunnloven vedtas 17. mai.

Den konstitusjon som ble vedtatt 17. mai 1814, var et hastverksarbeid og bar preg av å være et hastverksarbeid. Slik måtte det bli, gitt de rammevilkår arbeidet måtte gjøres under. Desto mer bemerkelsesverdige er det at resultatet av dette hastverksarbeidet har vist seg å være mer levedyktig enn alle andre grunnlover som ble til i samtidens Europa. Av de konstitusjoner som er i kraft i dag, er Grunnloven av 17. mai 1814 den eldste i Europa og den nest eldste i verden. Bare USA har en konstitusjon som er eldre. Noe av forklaringen kan være å finne i de særegne omstendighetene rundt det som skjedde noen korte og intense våraker i 1814, noe skyldes den avgjørende betydning Grunnloven fikk for den nasjonale selvbevissthet og for markeringen av Norges selvstendighet gjennom de nitti årene i union med Sverige.

En vesentlig del av forklaringen på 1814-grunnlovens levedyktighet må likevel være å finne i dokumentet selv og i den grunnlovgivende forsamling som frembrakte det. Om det han kaller «slekten fra 1814» skriver Sverre Steen at «det står et begeistrings sus om dem alle». Det bilde han tegner av arbeidet som ble nedlagt av den grunnlovgivende forsamling, kan gi noe av svaret på hvordan et hastverksarbeid kan gi et så varig resultat: «En fantastisk vitalitet og en hvileløs virketrang kjennetegnet mennene fra 1814. De var fylt av en lykkelig tro på den menneskelige fullkommenhet, og på sin evne til å nå den. Begeistring var en normal sinnstilstand hos disse

menn, og patos en selvfølgelig uttrykksform. Det grunnlag de bygde på, var de naturlige menneskelige rettigheter; på det grunnlag skulle hele lovverket reises.»⁹

Bildet trenger imidlertid å utfylles. De toneangivende medlemmene av riksforsamlingen var i sin samfunnsforståelse ganske visst preget av opplysningstidens ideer og idealer. Aller klarest kommer det til uttrykk i den pregnante definisjon av folkesuvereniteten i Grunnloven § 49: «Folket udøver den lovgivende Magt ved Stortinget.» Sammenlignet med det som var standarden i de fleste land på begynnelsen av 1800-tallet, går også ytringsfrihetsbestemmelsen i § 100 forbausende langt i liberalitet når den uttrykkelig åpner for kritikk av statsstyrelsen. Samtidig er andre deler av 17. mai-grunnloven uten spor av endringsvilje. På religionens område videreføres det kongelige enevelde uten modifikasjoner. Et forslag om å grunnlovsfeste religionsfriheten kom aldri til votering, og det skulle gå 150 år før Stortinget i 1964 fant tiden inne til å innhente forsømmelsen. Lang tid tok det også å bli kvitt de iøynefallende diskrimineringsbudene som fulgte med bestemmelsen om statsreligionen i § 2. Etter nær førti år forsvant jødeparagrafen, etter nye førti år ble forbudet mot munkeordener fjernet, mens det tok ytterligere seksti år før jesuitter fikk adgang til kongeriket Norge.

Grunnloven av 17. mai 1814 rommer både progressive og reaksjonære ideer og avspeiler liberale og ytterliggående konservative holdninger på samme tid. Det som i dag kan fortone seg som uforlikelige ideer og selvmotsigende holdninger, ble ikke nødvendigvis opplevd som påfallende i samtiden. Tiden etter Napoleonskrigene var i Europa preget av strømninger som ville restaurere statskikk og samfunnsystem fra perioden før de store politiske jordskjelvenes tid, samtidig som opplysningstidens ideer om frihet, likhet og brorskap levde videre. I så måte er Eidsvollsmennene barn av sin tid, og den grunnlovgivende forsamling representativ for den motsetningsfylte politiske virkelighet de befant seg i.

Når det verket de etterlot seg, har vist seg så levedyktig som det har, skyldes det ikke minst den korthugne og generelle form de aller fleste paragrafene fikk. At Grunnloven nøyer seg med å trekke opp de overordnede retningslinjer for statsstyret og for borgernes rettigheter, gir konstitusjonen en høy grad av fleksibilitet. Dels etterlot det godt rom for utvikling av konstitusjonell sedvanerett, dels gav det etterfølgerne i landets lovgivende forsamling stor frihet til å bygge ut og forandre enkeltbestemmelser etter hvert som samfunnsutviklingen krevde det. Den sterkeste side ved resultatet av hastverksarbeidet i den grunnlovgivende forsamling våren 1814 er at det har

vist seg å gi Stortinget god tid til å tenke seg om før det bestemmer seg for grunnlovsendringer. At vi i godt over hundre år har kunnet praktisere parlamentarismen som statskikk før Stortinget i 2007 fant tiden inne til å grunnlovsfeste den (ny § 15), forteller sitt om hvordan vellykket hastverksarbeid kan tillate arvtakerne å ile langsomt.

Når Grunnloven etter 200 år fortsatt står som bæreren av nasjonal identitet og kontinuitet, samtidig som den er vidåpen mot verden og mot behovet for å formulere det norske samfunns selvforståelse på nytt, gir det forklaring god nok på hvorfor Norge har den eldste grunnlov i Europa. I den avsluttende § 112 har den grunnlovgivende forsamling en gang for alle beskrevet balansen mellom kontinuitet og forandring ved å pålegge ettertiden å skjelne mellom ånd og bokstav, mellom det som er uforanderlig og det som kan forandres. Mandatet for det utredningsoppdrag som er gitt i anledning Grunnlovens 200-årsdag i 2014, samsvarer etter Menneskerettighetsutvalgets oppfatning godt med den måten den grunnlovgivende forsamling selv forstod Grunnloven på.

4.2 *Grunnlovens symbolske, politiske og rettslige betydning*

I tiden etter 1814 har Grunnloven både hatt symbolsk, politisk og rettslig betydning. Grunnloven har særlig fungert som samlende symbol for nasjonen og som et symbol på frihet og selvstendighet. Slik var den norske Grunnloven av sentral betydning under byggingen av nasjonalstaten på 1800-tallet, under løsrivelsen fra unionen med Sverige i 1905 og i de dramatiske krigsårene 1940–1945. Den særpregede 17. mai-feiringen, som har funnet sted helt siden 1820-årene, har også bidratt til å gi Grunnloven rang som et samlende fundament for nasjonen Norge.

Gjennom flere epoker har Grunnloven i tillegg fungert som et viktig politisk redskap. Dette var særlig tilfellet i de første årene etter 1814 og i årene frem mot unionsoppløsningen i 1905. Senere spilte Grunnloven en viktig rolle både under og etter den tyske okkupasjonen. Men heller ikke i fredstid har dens rolle vært ubetydelig. Grunnlaget for statsmaktene og for de politiske maktorganer følger av Grunnloven, og slik har Grunnloven vært med på å etablere både det politiske maktfundament og rammeverket for politisk diskusjon, samhandling og beslutning.

Grunnlovens rettslige funksjon er særlig synlig gjennom reguleringen av statsmaktenes kompetanse. De tre statsmaktene arbeidsområder og arbeidsoppgaver er nærmere definert i Grunnloven, og deres kompetanse er avgrenset av de øvrige statsmaktene kompetanse og av absolutte skranker for statsmaktene myndighetsutøvelse. Dette kan være skranker som kommer til uttrykk gjennom prosessuelle regler, som for eksempel krav til gjennomføring av valg og

⁹ Sverre Steen, *1814*, Oslo 1951, s. 143 flg.

vedtakelse av lover. Dernest finnes skranker i form av innholdsmessige krav til statsmaktenes beslutninger. Prosessuelle regler og innholdsmessige krav som gir enkeltindividet friheter eller rettigheter overfor statsmakten, omtales gjerne som Grunnlovens rettighetsvern, borgerrettigheter eller menneskerettigheter.

Grunnlovens rolle som symbolsk, politisk og rettslig dokument har også betydning for rettighetsbestemmelsene. Men i likhet med det som gjelder for de øvrige grunnlovsbestemmelsene, vil det være flytende overganger mellom Grunnlovens rolle som symbol, som politisk dokument og som rettslig verktøy. Samfunnet har undergått en rekke endringer siden Grunnloven ble utformet og vedtatt, og som det er redegjort for i punkt 4.1, har Grunnloven selv tatt høyde for den nødvendige balansen mellom kontinuitet og forandring, bl.a. gjennom muligheten for grunnlovsendringer, supplering gjennom konstitusjonell sedvanerett og gjennom domstolenes dynamiske fortolkning av grunnlovsbestemmelser over tid.

Til tross for endringer, konstitusjonell sedvanerett og dynamisk fortolkning har utviklingen av konstitusjonen gått langsommere i Norge enn i de fleste andre land. Nyere og mer moderne konstitusjoner er bedre tilpasset dagens samfunn, særlig hva gjelder menneskerettigheter. På dette området har den norske Grunnloven blitt hengende etter i flere henseender.

4.3 Samlet oversikt over rettighetsvernet i Grunnloven

Rettighetsbestemmelsene er ikke samlet i ett grunnlovs-kapittel. Et flertall av bestemmelsene finnes likevel i del E Almindelige bestemmelser.

En fullstendig oversikt over Grunnlovens rettighetsvern pr. i dag vil omfatte følgende bestemmelser:

- Religionsfrihet (§ 2)
- Stemmerett (§ 50)
- Krav om lovhjemmel for straff (§ 96) og arrest (§ 99)
- Krav om dom for å straffe (§ 96)
- Forbud mot tortur i avhør (§ 96)
- Forbud mot tilbakevirkende lover (§97)
- Ytringsfrihet (§ 100)
- Næringsfrihet (§ 101)
- Forbud mot husinkvisisjoner (§ 102)
- Forbud mot full eiendomsavståelse som straff (§ 104)
- Rett til full erstatning ved tvangsavståelse av eiendom (§ 105)
- Statens plikt til å tilrettelegge for utkomme av arbeid (§ 110 første ledd)
- Arbeidstakeres medbestemmelsesrett (§ 110 annet ledd)
- Vern om samisk språk og kultur (§ 110a)

- Rett til et sunt miljø (§ 110b)
- Statsmyndighetenes generelle plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene (§ 110c)

I noen grad vil også § 95 (forbud mot dispensasjoner mv.) og § 103 (forbud mot fristed for konkurs-skyldnere) bidra til å ivareta et generelt likhetsprinsipp mellom borgerne. Det følger av disse bestemmelsene at ingen skal nyte godt av særlige fordeler gjennom lovgivningen. Et tilsvarende likhetsprinsipp ligger også til grunn for § 108 (forbud mot adel).

Ved siden av disse bestemmelsene kan også nevnes at § 98 (forbud mot avgift på sportler) er ment å sikre uavhengige domstoler.¹⁰ Men den enkeltes rett til å få sin sak prøvet av uavhengige domstoler kan også delvis innfortolkes i § 88 (Høyesterett dømmer i siste instans) og § 96 første punktum (ingen straff uten lov og dom).

Det kan også vises til at § 107 (forbud mot å oppheve odels- og åsetesrett) sikrer et rettighetsvern for dem som er i besittelse av odelsrettigheter eller åsetesrettigheter.

Samlet er det disse bestemmelsene som utgjør Grunnlovens rettighetsvern i dag. Flere av bestemmelsene er det naturlig å omtale som menneskerettigheter, mens andre – som forbud mot adel og forbud mot å oppheve odels- og åsetesrett – neppe kan karakteriseres som menneskerettigheter. For utvalgets arbeid har dette den konsekvens at enkelte rettighetsbestemmelser ikke vil bli behandlet i denne rapporten, jf. også kapittel 9 og punkt 17.2.

Rettighetsbestemmelsene i Grunnloven er ulikt utformet. Enkelte av rettighetene er utformet som individuelle rettigheter, mens andre er formulert som plikter for statens myndigheter. I tillegg må flere av rettighetene være gjenstand for ulike avveininger, for eksempel av hensyn til andres rettigheter eller av hensyn til viktige samfunnsinteresser. Men heller ikke disse avveiningsbestemmelsene har en enhetlig utforming, jf. punkt 13.2. Nåværende Grunnloven § 2 første ledd fastsetter for eksempel at «Alle Indvaanere af Riget have fri Religionsøvelse». At rettigheten kan begrenses, ble forutsatt da bestemmelsen ble gitt i 1964.¹¹ I lov om trudemssamfunn og ymist anna fra 1969 er retten til å drive religiøs virksomhet og til å stifte trossamfunn betinget av at «rett og sømd ikkje vert krenkt». Grunnloven § 100 om at «Ytringsfrihet bør finde Sted» presiserer derimot konkret hvilke innskrenkninger som kan, og hvilke som ikke kan gjøres.

Få av Grunnlovens bestemmelser pålegger individene *plikter* overfor staten, men Grunnloven § 109

¹⁰. Med sportler menes avgifter til domstolene, se nærmere punkt 23.2.

¹¹. Se Stortingsforhandlingene (1963-64), Tidende S., s. 2899 flg.

pålegger enhver statsborger en plikt til å avtjene verneplikt etter nærmere bestemmelser fastsatt ved lov. Bestemmelsen ble inntatt i Grunnloven i 1907. Der nest pålegger Grunnloven § 63 stemmeberettigede en plikt til å ta imot valg på nærmere vilkår fastsatt ved lov eller grunnlov. Denne bestemmelsen kom inn i Grunnloven i 1869 og er senere endret en rekke ganger. Og Grunnloven § 2 inneholder foreløpig en plikt for foreldre som bekjenner seg til den evangelisk-lutherske tro til å oppdra sine barn i denne troen.

4.4 *Rettighetsvernet i Grunnloven fra 1814*

Det rettighetsvern som fremkommer av Grunnloven i dag, er i stor grad sammenfallende med det rettighetsvern som ble etablert i 1814.

På Eidsvoll fikk rettighetsbestemmelsene sin plassering i Grunnloven del E Almindelige Bestemmelser. I del E finnes imidlertid enkelte bestemmelser som åpenbart ikke utgjør rettigheter, for eksempel bestemmelsen om kirkegodset (§ 106), bestemmelsen om flagget (§ 111) og regler om fremgangsmåten ved grunnlovsending (§ 112). Dette er derfor bestemmelser som ikke vil være gjenstand for en nærmere vurdering i denne utredningen.

De fleste av bestemmelsene i del E, også de som ikke innebærer rettigheter for individene, var i 1814 kjennetegnet ved at de satte skranker for statsmaktens myndighetsutøvelse. Dette gjaldt både lovgivers kompetanse til å utstede og utforme lovbestemmelser, den utøvende makts kompetanse til å utøve sin myndighet, og domstolenes kompetanse til å avsi dom. Slike begrensninger i statsmaktens kompetanse skulle bl.a. sikre at statsmyndighetene ikke begikk overgrep mot enkeltindivider. De opprinnelige bestemmelsene til vern om individenes rettigheter var i 1814 følgende:

- Krav om lovhjemmel for straff (§ 96) og ved arrest (§ 99)
- Krav om dom for straff (§ 96)
- Forbud mot tortur i avhør (§ 96)
- Forbud mot tilbakevirkende lover (§97)
- Trykkefrihet (§ 100)
- Næringsfrihet (§ 101)
- Forbud mot husinkvisisjoner (§ 102)
- Forbud mot full eiendomsavståelse som straff (§ 104)
- Rett til full erstatning ved tvangsavståelse av eiendom (§ 105)

Av disse rettighetene er det kun bestemmelsen om trykkefrihet i § 100 som er endret etter 1814. I 2004 ble det vedtatt omfattende endringer i denne bestemmelsen med tanke på en modernisering, jf. kapittel 28. Teksten i de øvrige bestemmelsene har stått uendret siden vedtakelsen i 1814, men dette

innebærer ikke at det nærmere meningsinnholdet i bestemmelsene har vært statisk.

4.5 *Rettighetsvernet i Grunnloven i tiden etter 1814*

I tiden mellom 1814 og 1940 kom det til én ny rettighetsbestemmelse i Grunnloven. Det var bestemmelsen om stemmerett i § 50, vedtatt i 1821 og senere endret en rekke ganger.

Øvrige nye rettighetsbestemmelser er alle kommet til etter annen verdenskrig. De nye rettighetsbestemmelsene kan oppsummeres som følger:

- Statens plikt til å tilrettelegge for utkomme av arbeid (§ 110), vedtatt 1954
- Religionsfrihet (§ 2), vedtatt 1964
- Medbestemmelsesrett på arbeidsplassen (§ 110 annet ledd), vedtatt 1980
- Vern av samisk språk og kultur (§ 110a), vedtatt 1988
- Rett til et sunt miljø (§ 110b), vedtatt 1992
- Statsmyndighetenes generelle plikt til å sikre menneskerettighetene (§ 110c), vedtatt 1994.

Bestemmelsen om statens plikt til å tilrettelegge for utkomme av arbeid fra 1954 ble til etter en lengre prosess, der den tidligere høyesterettsjustitiarius Paal Berg sto som en av initiativtakerne. Prosessen og betydningen av bestemmelsen er nærmere omtalt i kapittel 38.

Bestemmelsen om religionsfrihet ble til i forbindelse med Grunnlovens 150-årsjubileum i 1964. Bestemmelsen er nærmere omtalt i kapittel 27.

I 1980 ble det inntatt et nytt annet ledd til Grunnloven § 110 om medbestemmelsesrett på arbeidsplassen. Bestemmelsen er nærmere omtalt i kapittel 38.

Bestemmelsen om vern om samisk språk og kultur fra 1988 kom i kjølvannet av konflikten om utbyggingen av Alta/Kautokeino-vassdraget i 1980–1981. Den viser at ikke alle rettigheter i Grunnloven er individuelle rettigheter, men at også grupperettigheter kan gis plass i Grunnloven. Nærmere omtale av bestemmelsen gis i kapittel 36.

Bestemmelsen om rett til et sunt miljø fra 1992 var en oppfølging av Brundtland-rapporten om «sustainable development» – bærekraftig utvikling. Paragraf 110b innfører for første gang et uttrykkelig krav om at også hensynet til fremtidige generasjoners rettigheter skal ivaretas. Bestemmelsen er nærmere omtalt i kapittel 40.

I 1994 ble det inntatt en ny § 110c, der statsmyndighetene pålegges å respektere og sikre menneskerettighetene generelt. Bestemmelsen kom inn i forbindelse med forberedelsene til menneskerettsloven av 1999, der Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), konvensjonen om sivile og poli-

tiske rettigheter (SP) og konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) ble inkorporert i norsk rett. Senere er også barnekonvensjonen og kvinnediskrimineringskonvensjonen inkorporert i menneskerettsloven. Grunnloven § 110c er nærmere omtalt i kapittel 12.

Det bør føyes til at samtlige politiske partier representert på Stortinget 10. april 2008 inngikk et forlik om forholdet mellom stat og kirke. Forlikets grunnlovsforslag innebærer bl.a. at «Statens offentlige Religion» erstattes med en folkekirke, og at det inntas en ny formålsbestemmelse i § 2 i Grunnloven. I henhold til denne bestemmelsen skal Grunnloven sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene. Det er forventet at forslaget vil bli behandlet i løpet av første halvår i 2012. Det politiske forliket er nærmere omtalt i punkt 10.3.2.

Som utvalget kommer tilbake til senere, gjenspeiles de omfattende internasjonale menneskerettighetsnormer som ble etablert etter den annen verdenskrig bare i liten grad i Grunnloven.

4.6 Kort om begrunnelsene for rettighetsvernet i Grunnloven

De rettighetsbestemmelser som ble inntatt i Grunnloven i 1814, var sterkt inspirert av 16- og 1700-tallets opplysningstenkere. Datidens Europa hadde vært preget av en styreform der fyrsten eller kongen var eneveddig, og hvor all makt formelt lå hos én person. Som motvekt til denne styreformen vokste tanken om maktfordeling og folkesuverenitet seg etter hvert sterkere, etter inspirasjon fra tenkere som John Locke og Charles de Montesquieu.

I sin kjerne innebærer maktfordelingsprinsippet at statsmakt må fordeles på flere institusjoner, for å forhindre at det begås overgrep mot enkeltindivider og for å forhindre en for sterk maktkonsentrasjon. Hovedtanken er at statsmakten skal deles på flere, samtidig som effektiv statsstyring krever at de ulike statsmaktene samarbeider om statsstyret. Montesquieu pekte særlig på at den utøvende makt måtte forholde seg til lover gitt av en lovgivende forsamling, og at domstolene skulle dømme etter lovene, ikke etter fyrstens befaling. I amerikansk rettsfilosofi omtales i dag en slik maktfordeling, der de tre statsmaktene holder hverandre i tømme, som «checks and balances».

I forlengelsen av ideen om maktfordeling vokste tanken om borgerrettigheter frem. Ifølge de franske tenkerne Voltaire og Rousseau måtte makten til den lovgivende forsamling forankres i folket gjennom samfunnskontrakten. Et felles utgangspunkt for opplysningstidens tenkere var at menneskene var født frie og like. Gjennom samfunnskontrakten kunne borgerne gi fra seg myndighet til å gi lover, men de kunne ikke overdra myndighet som innebar tap av

borgernes frihet og likhet. Det ble dermed inntatt begrensninger i statsmaktens kompetanse i Europas nye konstitusjoner, for å vise hvilke rettigheter enkeltindividene ikke kunne fraskrive seg gjennom samfunnskontrakten. Det var disse begrensningene som ble til borgerrettigheter, også i den norske konstitusjonen fra 1814.

Utover 1800-tallet og frem mot annen verdenskrig vokste demokratitanken seg etter hvert sterkere i Europa. Borgerrettigheter ble ikke lenger sett på bare som en garanti for borgernes frihet og likhet innenfor samfunnskontrakten, men ble etter hvert også oppfattet som et vern for det politiske mindretall mot overgrep fra det politiske flertall. Dermed ble borgerrettighetene også et vern mot etableringen av det enkelte har omtalt som et «flertallstyranni».

Etter annen verdenskrig har det først og fremst vært ideen om *rettsstaten* og *velferdsstaten* som har fått et solid fotfeste i Europa, sammen med tanken om universelle menneskerettigheter. Erfaringene fra krigen og totalitære regimers overgrep mot folkegrupper og enkeltindivider førte til at man så behovet for i større grad enn tidligere å verne individet mot overgrep fra statsmaktene eller deres representanter, bl.a. gjennom bestemmelser om begrensninger i statsmaktens handlefrihet overfor borgerne, samt krav om at rettstilstanden skulle være legitim og forutsigbar.

Den nærmere forståelsen av hva som menes med «menneskerettigheter» og innholdet i menneskerettighetene, vil bli behandlet i kapittel 9.

4.7 Kort om kontrollen med rettighetsvernet i Grunnloven

Som nevnt i punkt 4.2, har rettighetsvernet i Grunnloven både symbolsk, politisk og rettslig betydning. Den rettslige betydning er særlig synlig gjennom kontroll med etterlevelsen av rettighetsvernet i Grunnloven, både før og etter at det er truffet beslutning. Alle offentlige organer som treffer beslutninger på vegne av myndighetene, er forpliktet til å iaktta rettighetsbestemmelsene i Grunnloven forut for avgjørelsen. Når beslutningen først er truffet, skjer kontrollen i hovedsak gjennom forvaltningsklage, domstolsbehandling eller ved klage til Sivilombudsmannen, jf. også punkt 14.2.

Domstolene kan i første rekke prøve om forvaltningens avgjørelser er i overensstemmelse med norsk lovgivning. Dette innebærer at forvaltningens forskrifter, enkeltvedtak eller andre avgjørelser kan bli ansett som ugyldige dersom de er truffet i strid med rettighetsvernet i Grunnloven. I tillegg kan domstolene prøve om lovgivning er gitt i strid med Grunnloven.

Domstolenes prøvingsadgang er etablert og utviklet av domstolene. Høyesterett har gjerne omtalt

prøvingsadgangen som en «rett og plikt» for domstolene. Prøvingsadgangen anses i dag for å være konstitusjonell sedvanerett. Domstolenes prøvingsrett vil bli nærmere omtalt og behandlet i kapittel 14.

5. Internasjonalt menneskerettighetsvern

5.1 Innledende bemerkninger

Etter annen verdenskrig er det vokst frem et omfattende internasjonalt vern av menneskerettighetene. Det er for det første skjedd en identifisering, utdyping og utvikling av rettigheter. Derneft er det etablert mekanismer for overvåking av statenes gjennomføring av menneskerettighetene. I dette kapitlet gis en kortfattet oversikt over det internasjonale menneskerettighetsvernet. I del IV omtales de enkelte rettigheter nærmere.

5.2 Verdenserklæringen om menneskerettigheter

Etter første verdenskrig ble det i regi av Folkeforbundet og ILO etablert internasjonale standarder for å bekjempe slaveri, styrke minoriteters stilling, bedre arbeidsforholdene og øke sosial rettferdighet. Men det var først under forberedelsen av freden under annen verdenskrig at tanken om internasjonale menneskerettigheter fikk et solid fotfeste. Allerede før de verste grusomhetene fra krigen var kjent, var man opptatt av at den fremtidige freden måtte sikres, og at internasjonalt samarbeid og fremme av menneskerettighetene var veien å gå.

I tråd med dette ble FN-pakten vedtatt i 1945. I pakten bekrefter «de forente nasjoners folk» sin tro på grunnleggende menneskerettigheter, og det slås fast at organisasjonen blant annet skal fremme og oppmuntre til respekt for de samme menneskerettigheter for alle uten hensyn til rase, kjønn, språk eller religion.¹²

Paktens omtale av menneskerettighetene var prinsipielt viktig, men pakten ga ikke noen klar redegjørelse for hva som mentes med menneskerettigheter. Forutsetningen var at det skulle arbeides videre med en nærmere konkretisering. I henhold til artikkel 68 i pakten skulle det opprettes en menneskerettighetskommisjon. Kommisjonen besto av 18 medlemmer fra ulike rettskulturer.

Menneskerettighetskommisjonens arbeid med å konkretisere menneskerettighetene munnet i første omgang ut i Verdenserklæringen om menneskerettigheter («Universal Declaration of Human Rights»), som ble vedtatt av FNs generalforsamling 10. desember 1948. Verdenserklæringen anerkjenner følgende rettigheter som en felles standard for alle folk og nasjoner:

- Alle er født frie og like, med samme menneskeverd og menneskerettigheter (Art. 1)
- Menneskerettighetene er like for alle, uavhengig av rase, farge, kjønn, språk, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller annen status (Art. 2)
- Rett til liv, frihet og sikkerhet (Art. 3)
- Forbud mot slaveri (Art. 4)
- Forbud mot tortur eller grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff (Art. 5)
- Rett til likebehandling og beskyttelse mot diskriminering (Art. 7)
- Rett til effektiv avbøting ved nasjonale domstoler for handlinger som krenker fundamentale grunnlovs- eller lovfestede rettigheter (Art. 8)
- Beskyttelse mot vilkårlig frihetsberøvelse eller eksil (Art. 9)
- Rett til å bli anerkjent som et rettssubjekt og til å få avgjort straffesiktelsener eller spørsmål om rettigheter og plikter av en uavhengig domstol på grunnlag av en rettferdig og offentlig rettergang (Art. 6 og 11 nr. 1)
- Forbud mot tilbakevirkende lover og forbud mot dom uten lov (Art. 11 nr. 2)
- Rett til å anses uskyldig inntil skyld er bevist (Art. 11 nr. 1)
- Frihet fra vilkårlige inngrep i privatliv, familie, hjem eller korrespondanse, eller angrep på ære eller omdømme (Art. 12)
- Bevegelsesfrihet (Art. 13)
- Rett til å søke asyl (Art. 14)
- Rett til statsborgerskap (Art. 15)
- Rett til å inngå ekteskap frivillig og til å stifte familie (Art. 16)
- Rett til å eie eiendom (Art. 17)
- Tanke- og trosfrihet (Art. 18)
- Ytringsfrihet (Art. 19)
- Forsamlings- og foreningsfrihet (Art. 20)
- Rett til å ta del i styret av landet, enten direkte eller gjennom fritt valgte representanter (Art. 21)
- Rett til sosial trygghet og – i samsvar med organiseringen og ressursene i hvert land – til at de økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter som er uunnværlige for verdigheten og den frie utvikling av personligheten, blir ivaretatt (Art. 22)
- Rett til arbeid, fritt valg av yrke og rettferdige arbeidsvilkår (Art. 23)
- Rett til hvile og fritid (Art. 24)
- Rett til en levestandard som er tilfredsstillende for den enkeltes og familiens helse og velferd (Art. 25)
- Rett til utdanning (Art. 26)
- Rett til fri deltakelse i kulturlivet og til å ta del i vitenskapelige fremskritt (Art. 27).

¹² Se FN-paktens fortale og artiklene 1 og 55.

Som man ser, inneholder Verdenserklæringen et bredt spekter av rettigheter. Den er blitt omtalt som «det mest autoritative uttrykk for hva vi må forstå med menneskerettighetene. Slik sett er den i praksis en eneste stor definisjon».¹³

Verdenserklæringen var ikke rettslig bindende da den ble vedtatt. I dag er så å si alle stater enige om at ingen stat kan foreta omfattende, alvorlige og gjentatte krenkelser av menneskerettighetene i Verdenserklæringen uten å krenke folkeretten. Noen av rettighetene har også karakter av ufravikelige folkerettslige normer som gjelder for alle stater (*jus cogens*). Hvilke rettigheter dette er, er det ikke allmenn enighet om, men det må anses som sikkert at forbudet mot slaveri, folkemord, rasediskriminering og tortur omfattes av den alminnelige folkeretten.¹⁴

5.3 Oversikt over menneskerettighetskonvensjoner

Til forskjell fra resolusjoner og erklæringer er internasjonale konvensjoner (tidvis også benevnt som pakter eller charter) folkerettslig bindende for de statene som har ratifisert eller sluttet seg til dem. Nøyaktig hvilke internasjonale konvensjoner som skal omtales som menneskerettighetskonvensjoner, er det neppe noen alminnelig enighet om.¹⁵ Nedenfor omtales de konvensjonene som regnes som menneskerettighetskonvensjoner i FN og Europarådet, samt sentrale ILO- og UNESCO-konvensjoner.

Da Verdenserklæringen ble vedtatt i 1948, var forutsetningen at Menneskerettighetskommisjonen, med utgangspunkt i erklæringen, skulle utvikle rettslig bindende internasjonale menneskerettighetsnormer. Det skulle vise seg å bli et langvarig prosjekt. Ikke alle statene mente at de sosiale, økonomiske og kulturelle rettighetene (se de siste seks strekpunktene i oppregningen under punkt 5.2) var egnede til å håndheves på samme måte som de sivile og politiske rettighetene (se strekpunkt tre til atten i oppregningen under punkt 5.2), og planen om én samlet konvensjon måtte etter hvert forlates. Det kjølige forholdet som oppsto mellom vest og øst, la også en demper på arbeidet med å videreutvikle de internasjonale menneskerettighetene. I 1966 lyktes det endelig for FNs generalforsamling å få vedtatt de to konvensjonene om henholdsvis sivile og politiske rettigheter (SP) og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK). Verdenserklæringen, ØSK og SP regnes i FN-systemet for å utgjøre Det internasjonale menneskerettig-

hetscharteret («The International Bill of Human Rights/Charte internationale des droits de l'homme»).

I FN er det også utarbeidet flere konvensjoner som tar sikte på å styrke vernet av enkelte rettigheter eller av mennesker i utsatte situasjoner. Disse konvensjonene inneholder i hovedsak bestemmelser som gjentar og utdyper de rettighetene som også er inntatt i SP og ØSK, men også enkelte «nye» bestemmelser som bare er relevante for det livsområdet konvensjonene regulerer. FN-konvensjonene i denne gruppen er følgende:

- konvensjonen om forebygging og avstraffelse av forbrytelsen folkemord (1948)
- konvensjonen om fjerning av alle former for rasediskriminering (1966)
- konvensjon om fjerning av alle former for diskriminering av kvinner (1979)
- konvensjonen mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff (1984)
- konvensjonen om barnets rettigheter (1989)
- konvensjonen om beskyttelse av rettighetene til fremmedarbeidere og deres familier (1990)
- konvensjonen om rettigheter for personer med nedsatt funksjonsevne (2006)
- konvensjonen om beskyttelse av alle mot ufrivillige forsvinninger (2006).¹⁶

I tillegg er det vedtatt supplerende bestemmelser i protokoller til flere av konvensjonene, enten om ytterligere rettigheter eller om nye former for internasjonal overvåking. Protokollene er bindende for de statene som slutter seg til dem.¹⁷

I Europa stiftet ti stater i 1949 den mellomstatlige organisasjonen Europarådet med det formål å sikre respekt for menneskerettigheter, demokrati og rettsstat i Europa.¹⁸ Europarådet vedtok i november 1950 konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, gjerne omtalt som Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK). EMK er senere endret og supplert gjennom 14 protokoller.¹⁹ EMK inneholder, med noen mindre avvik, de samme sivile og politiske rettighetene som

¹³ Se NOU 1993: 18 s. 20 med videre henvisninger.

¹⁴ Se f.eks. Erik Møse, *Menneskerettigheter*, 2002 s. 38-39 og Cassese, *International Law*, 2005 s. 393-396. Cassese skriver at forbudet mot kjønnsdiskriminering og retten til å delta i statsstyret (demokrati) også er i ferd med å få status som en del av den alminnelige folkeretten.

¹⁵ Se for eksempel NOU 1993: 18 kapittel 2.

¹⁶ De tre sistnevnte konvensjonene er hittil ikke ratifisert av Norge.

¹⁷ Konvensjonstekstene, opplysninger om hvilke stater som er bundet av dem og dokumenter knyttet til overvåking av konvensjonene er tilgjengelige på <http://www2.ohchr.org/english/law/>.

¹⁸ Statene var Norge, Sverige, Danmark, Storbritannia, Irland, Nederland, Belgia, Luxembourg, Frankrike og Italia.

¹⁹ Norge har ratifisert alle protokollene til EMK, unntatt protokoll 12. Den inneholder et generelt forbud mot diskriminering. Spørsmålet om ratifikasjon av protokoll 12 er nærmere behandlet av Diskrimineringslovutvalget i NOU 2009: 14.

er inntatt i Verdenserklæringen. Tilslutning til EMK er en forutsetning for medlemskap i Europarådet, som i dag har 47 medlemsstater.²⁰

I regi av Europarådet er det vedtatt andre menneskerettighetskonvensjoner enn EMK. I 1961 ble det vedtatt en konvensjon om sosiale og økonomiske rettigheter, Den europeiske sosialpakten (ESP). Pakten ble revidert og omformet til en ny konvensjon – Den europeiske sosialpakten (revidert) – i 1999.²¹ I 1987 vedtok Europarådet konvensjonen til forebygging av tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, i 1992 et charter for regionale språk og minoritetsspråk, og i 1995 en rammekonvensjon om nasjonale minoriteter.²²

Også på det amerikanske og afrikanske kontinent finnes regionale menneskerettighetskonvensjoner; disse omtales ikke nærmere her.

ILO, som etter annen verdenskrig har status som en særorganisasjon under FN, har fortsatt å utarbeide konvensjoner av betydning for beskyttelse av menneskerettighetene. Særlig kan nevnes følgende ILO-konvensjoner:²³

- nr. 29 og 105 (1930 og 1957) om tvangsarbeid,
- nr. 87 og 98 (1948 og 1949) om organisasjonsrett mv.,
- nr. 100 og 111 (1951 og 1958) om diskriminering og likelønn,
- nr. 138 og 182 (1973 og 1999) om barnearbeid, og
- nr. 169 (1989) om urfolk og stammefolk i selvstendige stater.

Nevnes bør også UNESCOs konvensjoner mot diskriminering i utdanning fra 1969 og for beskyttelse og fremme av kulturelt mangfold fra 2005.

5.4 Internasjonale overvåkningsmekanismer

Alle menneskerettighetskonvensjonene fastsetter mekanismer som gjør det mulig å overvåke om statene overholder sine konvensjonsforpliktelser. Noen av mekanismene er obligatoriske for stater som er parter (som regel rapporteringsordninger), andre er valgfrie (som regel klage- eller undersøkelsesprosedyrer). Noen av de valgfrie mekanismene er kommet til i ettertid og er inntatt i protokoller til konvensjonene. Det foregår også internasjonal overvåkning av menneskerettighetene uten at dette er forankret i menneskerettighetskonvensjonene. I det følgende gis

en kort omtale, først av de konvensjonsbaserte overvåkningsmekanismer og deretter noen av de øvrige ordningene.

Alle FN-konvensjonene oppretter komiteer av uavhengige eksperter og stiller krav om at konvensjonsstatene avgir regelmessige rapporter om hva som gjøres for å oppfylle konvensjonene.²⁴ Frivillige organisasjoner kan levere egne rapporter. Rapportene blir studert av komiteene, som også avholder møte med representanter for den aktuelle staten. Komiteen kommer deretter med konkluderende observasjoner hvor den gir uttrykk for hva den mener er bra, og hva staten bør bestrebe seg på å forbedre. Oppfølgingen av disse rådene må kommenteres i statens neste rapport under den aktuelle konvensjonen. Rapportene og konklusjonene publiseres.²⁵ Det arbeides i FN med å effektivisere rapporteringsordningene. Blant annet er det innført en valgfri ordning som gjør at statene kan begrense rapportene til svar på konkrete spørsmål fra komiteene.

Den europeiske sosialpakten, den europeiske konvensjonen for regionale språk og minoritetsspråk, den europeiske rammekonvensjonen for beskyttelse av nasjonale minoriteter, ILO-konvensjonene og UNESCO-konvensjonene har tilsvarende ordninger. ILO-konvensjonene overvåkes imidlertid etter et permanent kontrollsystem som er felles for alle konvensjonene, fastsatt i ILOs konstitusjon.

Konvensjonene som skal forebygge tortur, etablerer ordninger for besøk i medlemslandene for å undersøke forholdene i fengsler og andre institusjoner hvor det erfaringsmessig er en risiko for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Ordningen er obligatorisk under den europeiske torturforebyggingskonvensjon (CPT), valgfri etter FNs konvensjon mot tortur (CAT).²⁶

Både FN-konvensjonene og EMK fastsetter at stater kan klage inn andre stater for brudd på konvensjonene. Statsklageordningene har imidlertid liten praktisk betydning.

De langt fleste FN-konvensjonene har etter hvert fått valgfrie ordninger der individer som mener de har vært utsatt for en krenkelse, kan klage staten inn for de uavhengige komiteene som er opprettet ved

²⁰ Dette har også vært en forutsetning for medlemskap i EU.

²¹ Den reviderte sosialpakten er ratifisert av Norge.

²² Konvensjonstekstene og opplysninger om hvilke stater som er bundet av dem, finnes på <http://conventions.coe.int/>.

²³ Konvensjonstekstene og opplysninger om hvilke stater som er bundet av dem, finnes på <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdsp1.htm>.

²⁴ Som regel skal det rapporteres hvert femte år.

²⁵ De menneskerettighetskomiteene i FN som har størst betydning for Norge, er Menneskerettighetskomiteen som overvåker SP, ØSK-komiteen, rasediskrimineringskomiteen, kvinneskimmingeringskomiteen, torturkomiteen og barnekomiteen. Norge er frem til 28. februar 2015 representert i barnekomiteen ved professor Kirsten Sandberg. Norge er også representert i torturkomiteen ved seniorforsker Nora Sveaass frem til 31. desember 2013.

²⁶ Den europeiske torturforebyggingskomiteen, CPT, har besøkt Norge flere ganger, se <http://www.cpt.coe.int/en/status/nor.htm>.

konvensjonene.²⁷ Komiteene uttaler seg om hvorvidt de mener det er skjedd en krenkelse. Disse vurderingene publiseres og forutsettes fulgt opp av statene, men de er ikke formelt bindende.

Etter først å ha hatt en frivillig klageordning fikk EMK i 1998 en obligatorisk ordning der individer (og juridiske personer) som mener de har vært utsatt for brudd på EMK, kan klage til Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD). EMD har én dommer fra hvert medlemsland. I motsetning til FN-komiteene avsier EMD rettslig bindende dommer. Forutsetningen for å få behandlet en klage er at alle nasjonale rettsmidler er uttømt – klageren må altså ha gitt statens egne domstoler en mulighet til å ordne opp – og at det ikke har gått mer enn seks måneder fra den endelige nasjonale dommen ble avsagt. Mer enn 95 prosent av klagen til EMD avvises fordi disse vilkårene ikke er oppfylt, eller fordi klagen er åpenbart grunnløs. Skjer ikke det, er hovedregelen at EMD avsier dom i et kammer bestående av sju dommere. Saker av prinsipiell betydning kan behandles i stor-kammer bestående av 17 dommere.

Europarådets ministerkomité har ansvar for å overvåke at statene etterlever dommene fra EMD, både slik at konkrete krenkelser så langt mulig blir reparert, og ved at det iverksettes tiltak slik at nye tilsvarende konvensjonsbrudd unngås, jf. EMK artiklene 19-46.

Det er knapt mulig å overvurdere den betydning EMD har for menneskerettighetsvernet i Europa, ikke minst etter at de tidligere østblokklandene ratifiserte EMK og dermed kom under EMDs domsmyndighet. Men domstolen er nå truet av sin egen suksess. Det er 800 millioner individer som kan klage til domstolen, og fremdeles er det store menneskerettighetsproblemer i flere av medlemslandene. Dette, sammen med en utbredt tendens til å sende også grunnløse klager, gjør at domstolen nå mottar langt flere klager hvert år enn den er i stand til å behandle. Restansen er i dag på ca. 140 000 klager. Saksbehandlingstiden for saker som ikke behandles som hastesaker, blir dermed altfor lang. En annen utfordring for EMD er at mange mener den anlegger en for dynamisk tolkning av EMK, jf. punkt 10.4.

Norge bidrar i liten utstrekning til den store saksmengden i EMD. Frem til 31. juli 2011 var 30 saker mot Norge realitetsbehandlet av EMD, med 21 felle og 9 frifinnende dommer som utfall.²⁸ Generelt er det imidlertid et problem at flere stater ikke etterlever sine menneskerettslige forpliktelser. Det er kun

EMDs avgjørelser som er bindende overfor de statene som er tilsluttet Europarådet, men utover dette har de ulike overvåkingsmekanismene ingen bindende kraft. Det kan heller ikke stilles tvangsmakt bak de beslutningene som treffes, hvilket gjør at det blir opp til statene alene å gjennomføre menneskerettighetsforpliktelsene.

Europarådet har i tillegg til konvensjonsorganene en menneskerettighetskommissær som blant annet besøker medlemsstatene og inngår i dialog om menneskerettighetsproblemer. Det samme gjør Den europeiske kommisjonen mot rasisme og intoleranse, ECRI.

ILO-konvensjonene og Den europeiske sosialpakten åpner for at arbeidstakerorganisasjoner mv. også kan klage over konvensjonsbrudd.

Også Organisasjonen for sikkerhet og samarbeid i Europa, OSSE, bør nevnes. OSSE har 55 deltakerland fra Europa, Sentral-Asia og Nord-Amerika. Blant OSSEs oppgaver inngår samarbeid om demokrati og menneskerettigheter. Gjennom sitt kontor for demokratiske institusjoner og menneskerettigheter (ODIHR) har OSSE blant annet engasjert seg i valgovervåking. OSSE har en høykommissær for nasjonale minoriteter.

Som nevnt innledningsvis skjer det internasjonal overvåking av menneskerettighetssituasjonen i de enkelte land, uten at dette er basert på menneskerettighetskonvensjoner: Menneskerettighetsrådet i FN, som består av representanter for 47 av FNs medlemsstater, kan motta klage over grove og vedvarende menneskerettighetsbrudd og gjennomgår hvert fjerde år situasjonen i alle FNs 193 medlemsland.²⁹

5.5 *Nærmere om rettighetenes karakter*

Som vist i punkt 5.2 er de rettighetene som fremkommer av de internasjonale konvensjonene, av ulik karakter. Enkelte rettigheter er utformet uten at det er rom for unntak, som for eksempel forbud mot tortur eller annen nedverdiggende behandling eller straff. For andre rettigheter er unntak fra rettighetene eksplisitt listet opp i konvensjonene. Men for de fleste av rettighetene må det foretas skjønnsmessige avveininger av hvor langt rettighetsvernet strekker seg.

For rettigheter med lovfestede unntak angir de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene konkret hvilke begrensninger som kan gjennomføres. I denne kategorien kommer blant annet retten til liv

²⁷ Norge har godtatt de eldste av disse klageordningene, dvs. de som gjelder for rasediskrimineringskonvensjonen, SP, torturkonvensjonen og kvinneskreddiskrimineringskonvensjonen. Men Norge har ikke ratifisert protokollene til barnekonvensjonen og ØSK om rett for individer til å klage over krenkelser.

²⁸ For en nærmere oversikt, se Meld. St. nr. 20 (2010-2011) Norges deltakelse i Europarådet 2010. Meldingen strekker seg frem til 31. desember 2010. Etter dette har EMD realitetsbehandlet to saker mot Norge. Dette er *Obiora v. Norge* (21. juni 2011) og *Nunez v. Norge* (28. juni 2011). Norge ble frifunnet i den første av disse sakene, men domfelt i den andre.

²⁹ Se <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/>

og forbud mot tvangsarbeid. Konvensjonsbestemmelsene om disse rettighetene inneholder enkelte klart definerte unntak eller presiseringer av forhold som ikke skal anses som krenkelse av rettigheten, jf. EMK artikkel 2 og 4 og SP artikkel 6 og 8. I denne kategorien kommer dessuten den generelle retten til frihet og sikkerhet. Siden det likevel vil være nødvendig med frihetsberøvelse av enkelte personer, inneholder EMK artikkel 5 en uttømmende oppregning av tilfeller hvor frihetsberøvelse kan være tillatt, mens SP artikkel 9 inneholder et forbud mot «vilkårlig» frihetsberøvelse.

For rettigheter som er gjenstand for mer skjønnsmessige avveininger, vil rettighetene kunne begrenses ved lov, men bare dersom tungtveiende samfunnsmessige hensyn (som for eksempel kriminalitetsbekjempelse eller folkehelsen) eller andres rettigheter gjør det nødvendig i et demokratisk samfunn. Det siste vilkåret om at begrensningen skal være «nødvendig i et demokratisk samfunn» innebærer at rettighetene ikke kan begrenses i større utstrekning enn formålet med begrensningen tilsier. Dette omtales gjerne som et krav til forholdsmessighet.

De rettighetene som er gjenstand for slike skjønnsmessige avveininger i konvensjonene er bl.a. følgende:

- rett til respekt for privat- og familieliv, jf. bl.a. EMK artikkel 8
- rett til å utøve sin religion eller livssyn (retten til å ha en religion eller et livssyn er imidlertid absolutt), jf. bl.a. EMK artikkel 9
- ytringsfrihet, jf. bl.a. EMK artikkel 10
- forenings- og forsamlingsfrihet, jf. bl.a. EMK artikkel 11
- bevegelsesfrihet, jf. bl.a. EMK protokoll 4 artikkel 2
- rett til å nyte sin eiendom i fred, jf. EMK protokoll 1 artikkel 1.

I EMK innledes fleres av de skjønnsmessige rettighetene med ordene «Everyone has the right to ...». SP er mindre konsistent, men nevner alltid hvem som er rettighetssubjekt. Som regel er formen «Everyone shall have the right to ...» benyttet, se bl.a. artikkel 18, 19 og 22.

Tilsvarende vil også økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter være gjenstand for skjønnsmessige avveininger. Dette gjelder bl.a. retten til å livnære seg gjennom arbeid (ØSK art. 6), retten til gode og trygge arbeidsforhold samt hvile og fritid (ØSK art. 7), retten til sosial trygghet, herunder en sosialforsikring (ØSK art. 9), rett til en rimelig levestandard, herunder rett til tilstrekkelig og akseptabel mat, klær og bolig (ØSK art. 11), rett til å nyte høyest oppnåelig mental og fysisk helse (ØSK art. 12), rett til utdan-

ning (ØSK art. 13 og 14), og rett til å delta i kulturlivet (ØSK art. 15).

Rettighetene i ØSK må leses i lys av ØSK artikkel 2, hvor det heter at hver stat påtar seg å oppfylle konvensjonens forpliktelser innenfor rammene av sine tilgjengelige ressurser. Siktemålet er at de rettighetene som anerkjennes i konvensjonen, gradvis blir gjennomført fullt ut, med alle egnede midler, herunder spesielt ved å vedta lovfestede tiltak. Mens staten etter SP artikkel 2 forplikter seg til uten videre å respektere og sikre rettighetene i SP, erkjente man ved vedtakelsen av ØSK at rettighetene i ØSK ikke kunne oppfylles fullt ut fra dag én i alle stater.

ØSK håndheves internasjonalt av komiteen for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, som på grunnlag av sin behandling av regelmessige rapporter fra konvensjonsstatene etter hvert har utviklet tolkninger av konvensjonen som kommer til uttrykk i generelle kommentarer. ØSK-komiteen har understreket at statene har plikt til å *respektere, beskytte og oppfylle* rettighetene i ØSK.

Plikten til å respektere en rettighet innebærer at staten ikke uten rimelig og tilstrekkelig grunn kan gripe inn i den. Plikten til å beskytte rettighetene innebærer at staten må iverksette tiltak som hindrer tredjemenn i å gripe inn i dem. Plikten til å oppfylle en rettighet er tredelt: Staten har en plikt til å legge forholdene til rette for at rettighetene oppfylles («facilitate»), til å fremme rettigheten («promote»), og til å sette i verk de tiltak som trengs for at den oppfylles («provide»). Staten må altså iverksette alle egnede tiltak for at rettigheten skal oppfylles, for eksempel gjennom lovgivning, forvaltningsmessige tiltak og budsjettering.

Plikten til gradvis full gjennomføring av rettighetene innebærer at dersom staten bevisst iverksetter tiltak som svekker rettighetene, må den vise at tiltakene er iverksatt etter en grundig vurdering, samt at dette lar seg rettferdiggjøre ut fra helheten av rettigheter i konvensjonen og statens ressurser. Alternativene må ha vært nøye vurdert, de berørte gruppene må ha fått si sin mening, og reformen må ikke virke direkte eller indirekte diskriminerende. ØSK-rettighetene har dermed mye til felles med de skjønnspregede sivile og politiske rettighetene.

ØSK-komiteen har videre understreket at statene – uansett bestemmelsen om gradvis oppfyllelse – har visse minimumsforpliktelser knyttet til hver rettighet. Komiteen har formulert dette slik:

«... the Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, fai-

ling to discharge its obligations under the Covenant. If the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its *raison d'être*. By the same token, it must be noted that any assessment as to whether a State has discharged its minimum core obligation must also take account of resource constraints applying within the country concerned. Article 2 (1) obligates each State party to take the necessary steps 'to the maximum of its available resources'. In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations.»³⁰

Det vil variere fra rettighet til rettighet hva dette minimum består i. Når det for eksempel gjelder retten til vann – som igjen omfattes av retten til en tilfredsstillende levestandard – består dette minimum i å sikre den minstemengden vann som er nødvendig for å hindre sykdom, sikre at det er tilgang til vann innen rimelig avstand fra husholdninger, at det ikke er for lang ventetid, og at det ikke er farlig å skaffe vann.³¹ Når det gjelder retten til arbeid, består det i å sikre ikke-diskriminering og lik beskyttelse i arbeidslivet. Dette innebærer blant annet en plikt til å vedta og gjennomføre en nasjonal sysselsettingsstrategi og en handlingsplan som ivaretar interessene til alle arbeidstakere, og som spesielt omhandler vanskeligstilte og marginaliserte grupper og individer.³²

Personer eller grupper som har opplevd krenkelse av rettighetene, skal ha mulighet for å få sin sak prøvet, og ofre for krenkelser skal ha rett til tilfredsstillende botemiddel – herunder restituering, kompensasjon eller lignende.

6. De internasjonale menneskerettighetenes stilling i norsk rett

6.1 Generelt om konvensjonenes stilling i norsk rett

I noen land er det et forfatningsrettslig prinsipp at de internasjonale konvensjoner som er folkerettslig bindende for staten, har status som nasjonale rettsregler med grunnlovs, lovs eller forskrifts rang (monisme). I Norge og i Norden for øvrig har det imidlertid vært vanlig å si at folkerett og intern rett i prinsippet er to atskilte rettssystemer (dualisme), og at det kreves en særskilt gjennomføringsakt for at folkerettslige regler skal få status som nasjonal rett. Gjennomføringsakten kan være vedtak i lov eller for-

skrifts form, som gir konvensjonen direkte status som nasjonal lov eller forskrift (inkorporasjon), eller den kan være vedtak om å gjengi konvensjonsbestemmelsene på norsk i den norske loven eller forskriften (transformasjon). En lov eller forskrift kan også bestemme at de nasjonale reglene skal anvendes i samsvar med navngitte konvensjoner eller med Norges traktatforpliktelser. I prinsippet kan gjennomføring av konvensjoner i norsk rett også skje ved grunnlovsvedtak.

Ofte vil det ikke bli vedtatt noen gjennomføringsakt i forbindelse med at Norge ratifiserer en konvensjon. I stedet konstateres det at norsk rett allerede oppfyller konvensjonens krav (konstatering av rettsharmoni eller passiv transformasjon). Dersom slik rettsharmoni ikke foreligger, vil Norge enten ta forbehold til konvensjonen eller endre norsk rett.

På 1970-tallet ble det vurdert om Norge burde forlate det dualistiske prinsipp, men svaret var den gang nei.³³ Forskjellen mellom Norge og de stater som praktiserer monisme, er imidlertid ikke så stor som man kan få inntrykk av. For det første er det etter hvert en rekke lover som gir folkerettslige traktater internrettslig betydning, se punktene nedenfor. For det andre tilsier det såkalte presumsjonsprinsippet at norske rettsregler så vidt mulig skal tolkes slik at de ikke kommer i konflikt med Norges folkerettslige forpliktelser, jf. også punkt 15.2.2. Domstolene og forvaltningen kan derfor ikke se bort fra konvensjoner og annen folkerett under henvisning til at de ikke er gjort til norsk rett. Dette innebærer at folkeretten, herunder internasjonale konvensjoner, kan få betydelig innflytelse på rettsanvendelsen.³⁴

6.2 Menneskerettsloven

6.2.1 BAKGRUNNEN FOR MENNESKERETTSLOVEN

Da Norge ratifiserte EMK, Den europeiske sosialpakten, SP, ØSK, barnekonvensjonen og konvensjonene mot rasediskriminering, kvinnediskriminering og tortur, ble verken inkorporasjon eller transformasjon vurdert. Som vanlig ble norsk rettsforhold til konvensjonene gjennomgått, og der det var uoverensstemmelser, ble det enten tatt forbehold eller foretatt nødvendige lovendringer.³⁵

^{30.} Se ØSK-komiteens generelle kommentar 1990 nr. 3 avsnitt 10.

^{31.} Se ØSK-komiteens generelle kommentar 2002 nr. 15 avsnitt 37.

^{32.} Se ØSK-komiteens generelle kommentar 2005 nr. 18 avsnitt 31.

^{33.} Se NOU 1972: 16, St. meld. nr. 77 (1974-75) og Innst. S nr. 167 (1975-76).

^{34.} Spørsmålet om folkeretten kan gå foran norsk lov ved konflikt, har vært flittig debattert i juridisk teori. Det redegjøres bl.a. for denne diskusjonen i Eckhoff/Helgesen, *Rettskildelære*, 2001 s. 299-332.

^{35.} Det ble opprinnelig tatt forbehold mot religionsfrihetsbestemmelsen i EMK artikkel 9 på grunn av Grunnlovens forbud mot jesuitter. Også ved ratifikasjonen av SP og ØSK ble det tatt enkelte forbehold. Straffeloven § 135a om visse rasediskriminerende ytringer og § 349a om visse rasediskriminerende handlinger ble vedtatt i forbindelse med ratifikasjon av rasediskrimineringskonvensjonen.

I august 1988 foreslo Advokatforeningen i et brev til Justisdepartementet at en del sentrale menneskerettighetskonvensjoner skulle inkorporeres i norsk rett gjennom et særskilt lovvedtak. Begrunnelsen var blant annet følgende:

«Rettsregler til beskyttelse av menneskerettigheter står for de fleste – også for mange praktiserende advokater – som fjerne, generelle regler, uten klart og konkret definert innhold. De omtales med høytidelighet og ærefrykt, og mer som grunnleggende prinsipper enn som konkrete, detaljerte rettsregler den enkeltes standpunkt i en gitt sak kan forankres i. Menneskerettigheter, og reglene til vern om disse, får lett et preg av naturrettslig tankegang og slik at de hører mer hjemme i rettsfilosofien enn i det praktiske rettsliv.

En slik oppfatning bygger på manglende kjennskap til realitetene og motarbeider en viktig utvikling som er på gang i det internasjonale samfunn. De internasjonale konvensjoner om menneskerettighetene er konkret lovgivning til beskyttelse av enkeltindividenes rettigheter i det internasjonale samfunn. Konvensjonsreglene er konkret og detaljert utformet. De utgjør hverdagsregler mer enn rettsfilosofi for den det berører.

Det er Utvalgets oppfatning at en inkorporasjon av sentrale menneskerettighetskonvensjoner i den norske internrett ved lovvedtak, vil medvirke til å bringe disse viktige rettsregler ned fra en opphøyet naturrettspreget posisjon til den juridiske hverdag. Advokatene og andre praktikere vil få et mer fortlørlig forhold til reglene, som også vil bli gjort kjent for det publikum som skal være reglens brukere. Den etter hvert betydelige praksis som har dannet seg rundt de forskjellige konvensjonsbestemmelsenes forståelse forutsettes å kunne gjøres tilgjengelig, slik at bestemmelsenes innhold etter hvert kan bli både mer avklart og kjent.»³⁶

Henvendelsen førte til at regjeringen nedsatte et utvalg til å vurdere gjennomføring av menneskerettighetskonvensjoner i norsk rett (Menneskerettighetslovutvalget). I sin utredning, NOU 1993:18, foreslo Menneskerettighetslovutvalget at det ble vedtatt både en grunnlovsbestemmelse og en lov. Grunnlovsbestemmelsen skulle omtale statens plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene, mens loven skulle inkorporere nærmere bestemte konvensjoner, dvs. gi dem status som norsk lov. En slik kombinasjon ville etter Menneskerettighetslovutvalgets syn ha en sterk symbolverdi, uten at noen konvensjoner ble fremhevet i Grunnloven på bekostning av andre.

Den 15. juli 1994 vedtok Stortinget Grunnloven § 110c, som fastsetter at det påligger statens myndigheter å respektere og sikre menneskerettighetene, og at nærmere bestemmelser om gjennomføring av

menneskerettighetskonvensjoner fastsettes ved lov. Bestemmelsen omtales nærmere i kapittel 12.

En egen lov om gjennomføringen av menneskerettighetskonvensjoner ble gitt ved lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

6.2.2 NÆRMERE OM MENNESKERETTSLOVEN OG DENS ANVENDELSE

Menneskerettslovens formål er å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett, jf. § 1.

I § 2 fastsettes det at de konvensjonene og protokollene som er nevnt i paragrafen, skal gjelde som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge. Ved vedtakelsen var EMK, SP og ØSK med de protokollene Norge hadde ratifisert, nevnt i § 2. Menneskerettsloven var altså begrenset til de FN-konvensjonene som inngår i Det internasjonale menneskerettighetscharteret og EMK. Under Stortingets behandling av lovforslaget mente imidlertid et flertall i Justiskomiteen at også barnekonvensjonen og kvinnediskrimineringskonvensjonen burde innlemmes i menneskerettsloven, og ba regjeringen komme med forslag om det. I dag er også disse konvensjonene omfattet av loven.

I lovens § 3 heter det at bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2, ved motstrid skal gå foran bestemmelsene i annen lovgivning. Forrangsregelen i menneskerettsloven § 3 gjør det klart at i de tilfellene hvor domstoler og forvaltning – etter å ha tolket den norske loven og en konvensjonsbestemmelse som er omfattet av menneskerettsloven – skulle komme til at det foreligger motstrid mellom bestemmelsene, skal de la konvensjonsbestemmelsen gå foran norsk lov på det aktuelle område.

Høyesterett har etter hvert behandlet flere saker hvor det har vært spørsmål om å fravike det som ellers følger av norsk lov under henvisning til menneskerettslovens forrangsregel. I den forbindelse har Høyesterett måttet ta stilling til hvordan den skal gå frem for å fastlegge menneskerettighetskonvensjonenes innhold, og hvordan den skal forholde seg der det er tvil om forståelsen av konvensjonsbestemmelsen. I Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45–47 oppsummerer Høyesterett sin praksis når det gjelder anvendelsen av bestemmelser i EMK:

«... ved anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier

³⁶ Gjengitt fra NOU 1993: 18 s. 80, hvor også øvrige deler av brevet er gjengitt. Med «Utvalget» i dette sitatet menes Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg.

kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.

Vår sak gjelder en lovbestemmelse som bygger på en klar og sterk norsk lovgivervilje, og som etter ordlyden ikke gir grunnlag for tolkingstvil eller innskrenkende fortolkning. Som uttalt i Rt. 2000 side 996 bør norske domstoler som alminnelig regel ikke legge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd. Det innebærer at domstolene ikke skal tilsidesette annen norsk lovgivning i større utstrekning enn det som følger av EMK etter den tolkningsmetode som jeg har redegjort for.

Og jeg legger til: Ved tvil om betydningen av EMDs avgjørelser vil det ha vekt om saksforholdet kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse i norsk rett. Vår sak gjelder en bestemmelse som vi i Norge antagelig står alene om å ha. At det ikke finnes praksis fra EMD om dette spørsmålet, må ses på denne bakgrunn og utelukker ikke at det kan trekkes bindende slutninger fra EMDs praksis til vår sak.»³⁷

I Rt. 2008 s. 1764 oppsto spørsmålet om gjennomslagskraften av uttalelser fra FNs menneskerettighetskomité, som er den uavhengige ekspertkomiteen som overvåker statenes oppfølging av SP. Først slo Høyesterett fast at på bakgrunn av forarbeidene til menneskerettsloven vil en konvensjonstolking foretatt av FNs menneskerettighetskomité ha «betydelig» vekt som rettskilde.³⁸ Høyesterett støttet seg også på de tidligere betraktningene i Rt. 2005 s. 833, referert ovenfor, om forholdet mellom norsk lov og SP.³⁹ Ved fastleggelsen av normens innhold vil domstolene ikke være bundet av lovgivers tolkning, men skal foreta en selvstendig tolking av konvensjonene. De skal forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser. De vil imidlertid ikke legge inn en sikkerhetsmargin for å unngå at de internasjonale organene konstaterer at Norge har krenket konvensjonene. Skulle det oppstå tvil om forståelsen av de internasjonale normene, vil norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.

I enkelte saker har Høyesterett kommet til at det som ellers ville følge av norsk lov, måtte settes til side under henvisning til menneskerettighetskonvensjonene. Blant annet har Høyesterett konkludert med at uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 innebærer at straffelovens bestemmelse om at villfarelse om barnets alder ikke fritar for straff for seksuell omgang med noen under 14 år, ikke kan anvendes etter sin

ordlyd.⁴⁰ Under henvisning til retten til to-instansbehandling i SP artikkel 14 har Høyesterett krevd at lagmannsretten begrunner ankenektelser, selv om straffeprosessloven lest isolert ikke krever slik begrunnelse.⁴¹ Og under henvisning til forbudet mot dobbelt straffeforfølgning i EMK protokoll 7 artikkel 4 har Høyesterett avvist straffeforfølgning for overtredelse av ligningsloven, siden tiltalte tidligere var ilagt forhøyet tilleggs�skatt for samme forhold.⁴² Også i mange andre saker har menneskerettighetene hatt betydning for resultatet.

Forrangsregelen har bidratt til den sterke stillingen menneskerettskonvensjonene har fått i norsk rett. I tillegg til å fjerne tvil om hvordan eventuelle motstridssituasjoner skal håndteres, gir den et sterkt signal om konvensjonenes betydning. Dette gjelder selv om forrangsregelen ikke har annen status enn lov, og dermed kan oppheves ved lovvedtak om Stortinget skulle ønske det. Det har så langt ikke vært aktuelt.

6.3 Andre lover som viser til menneskerettighetskonvensjoner

Det er ikke bare menneskerettsloven som har bestemmelser av betydning for menneskerettskonvensjonenes internrettslige stilling.

Diskrimineringsloven § 2, som ble vedtatt i 2005, gir FNs rasediskrimineringskonvensjon status som norsk lov. Siden rasediskrimineringskonvensjonen ikke er omfattet av forrangsregelen i menneskerettsloven, må en eventuell motstridssituasjon løses ut fra vanlige tolkningsprinsipper, hvor man også må se hen til Grunnloven § 110c. Det er ikke sikkert forskjellen i gjennomslagskraft mellom denne og konvensjonene i menneskerettsloven i realiteten blir så stor. Men dette spørsmålet har ikke vært reist i noen sak for Høyesterett.

Finnmarksloven fra 2005 bestemmer i § 3 at loven gjelder med de begrensninger som følger av ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Videre heter det at loven skal anvendes i samsvar med folkerettens regler om urfolk og minoriteter og bestemmelser i overenskomster med fremmede stater om fisket i grensevassdragene. ILO-konvensjonen og andre folkerettsregler om urfolk og minoriteter har altså forrang på denne lovens område.

Utlendingsloven fra 2008 fastsetter at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling. Menneskerettighetskonvensjoner

³⁷ Se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjoner som rettskilde før og etter menneskerettsloven*, i boken *Festskrift til Carsten Smith*, 2002 s. 733-761, særlig s. 760-761.

³⁸ Se Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 76-81. I Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44 uttaler Høyesterett seg om den rettskildemessige vekten av generelle kommentarer fra FNs barnekomité.

³⁹ Se Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45-47.

⁴⁰ Se Rt. 2005 s. 833.

⁴¹ Se Rt. 2008 s. 1764.

⁴² Se Rt. 2004 s. 1868. Høyesterett har senere truffet en rekke avgjørelser med ulikt utfall om adgangen til å kombinere straff og tilleggs�skatt.

har altså forrang ved konflikt med utlendingslovens regler.

En rekke lover fastsetter generelt at loven gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten eller overenskomst med fremmed stat. Blant annet gjelder det straffeloven, straffeprosessloven og tvisteloven. Dette innebærer at lovene ikke kan anvendes på en måte som strider mot menneskerettighetskonvensjoner Norge er bundet av. På disse områdene har Norge i realiteten innført såkalt sektormonisme.

7. Menneskerettighetsvernet i andre konstitusjoner

7.1 Innledende bemerkninger

De fleste land har skrevne konstitusjoner som inneholder bestemmelser om menneskerettigheter eller grunnleggende fri- og rettigheter. Variasjonene er store – noen har bare et knippe rettigheter, andre store kataloger, noen har kortfattede generelle bestemmelser, andre detaljreguleringer. Utformingen beror blant annet på samfunnssystem, tradisjon og på tidspunktet for vedtakelsen.

Det er ikke gitt at det er samsvar mellom omfanget av grunnlovsbeskyttelsen av menneskerettigheter og den faktiske stilling menneskerettighetene har i et land. Den faktiske beskyttelsen beror blant annet på hvordan lovgivningen for øvrig ivaretar menneskerettighetene, i hvilken grad det skjer en samvittighetsfull vurdering av relevante menneskerettigheter ved forberedelsen av lover og forvaltningsvedtak, og i hvilken grad private har rettslig og faktisk adgang til å få prøvd påstander om menneskerettighetsbrudd for domstolene.

Ved vurderingen av hvordan individets grunnlovsvern i Norge kan styrkes, er likevel studier av andre lands skrevne grunnlover av interesse, både med tanke på hvilke rettigheter som er ivaretatt, hvordan disse er utformet, og hvordan de er håndhevet.

En sammenlignende oversikt over grunnlovsbeskyttelsen av menneskerettigheter i OECD-området finnes i en rapport utarbeidet i 2006 av Marius Emberland på oppdrag fra Stortingets utredningsseksjon.⁴³ Emberlands rapport inneholder, foruten oversikter og sammenlikninger, også nyttige betraktninger om hvilke problemer man står overfor når ulike

lands konstitusjoner skal sammenliknes. I punkt 7.2 gjengis noen av funnene fra denne rapporten.

For utvalget har det vært naturlig å vie størst oppmerksomhet til konstitusjoner i land hvor rettssystemer og samfunnsforhold likner våre egne. Siden en eventuell grunnlovsreform i Norge skal ta sikte på å tilpasse Grunnloven til dagens forhold, har utvalget i tillegg konsentrert oppmerksomheten om nyere grunnlover eller nyere reguleringer av menneskerettighetene i eldre grunnlover. Utvalget har derfor særlig studert grunnlovene i våre nordiske naboland, spesielt Finland, Island og Sverige, se den nærmere omtalen nedenfor. Men også andre lands konstitusjoner er vurdert nærmere og i noen grad trukket frem. Det gjelder særlig den tyske og den sveitsiske. Dessuten har utvalget sett nærmere på Charter of fundamental rights i Den europeiske union (EU).

7.2 Oversikt over menneskerettigheter i OECD-landenes konstitusjoner

Gjennomgående har OECD-landenes konstitusjoner særskilte kapitler eller deler som er reservert for menneskerettigheter. For øvrig er det stor variasjon i hvor mange rettigheter som er nedfelt i konstitusjonene, og hvor detaljerte disse bestemmelsene er. En oversikt som ikke tar hensyn til ulike utforminger av bestemmelsene, viser følgende:

Av de 30 OECD-landene som er undersøkt i Emberlands rapport har 28 grunnlovsfestet retten til en rettfærdig rettergang, frihet fra vilkårlig frihetsberøvelse, rett til privat- og familieliv, tanke- og trosfrihet, samt ytringsfrihet.

Mellom 20 og 26 land har grunnlovsfestet bestemmelser om forbud mot tortur, diskrimineringsforbud, lovskrav på strafferettens område, rett til eiendom eller erstatning ved ekspropriasjon, bevegelsesfrihet, forenings- og forsamlingsfrihet, og rett til utdanning.

Mellom 15 og 19 land har grunnlovsfestet bestemmelser om retten til liv, forbud mot tvangsarbeid og slaveri, retten til demokratiske valg, rett til arbeid, rett til sosial trygghet, rett til kultur og vitenskap, samt næringsfrihet.

Fjorten land har grunnlovsfestet bestemmelser om retten til en tilfredsstillende levestandard, og 11 land har grunnlovsfestet retten til et sunt livsmiljø. Videre har 10 av OECD-landene grunnlovsfestet urfolks rettigheter, og henholdsvis 5 og 2 land har grunnlovsfestet retten til ferie/fritid og asylrettigheter.⁴⁴

Det kan nevnes at Norge er blant de OECD-landene som har grunnlovsfestet færrest rettigheter.

⁴³ Se perspektiv 02/06 En sammenlignende oversikt over grunnlovsbeskyttelsen av menneskerettigheter i OECD-området, utgitt av Stortingets utredningsseksjon. De 30 OECD-landene som er undersøkt er Australia, Belgia, Canada, Danmark, Finland, Frankrike, Hellas, Irland, Island, Italia, Japan, Luxembourg, Mexico, Nederland, New Zealand, Norge, Polen, Portugal, Slovakia, Spania, Storbritannia, Sveits, Sverige, Sør-Korea, Tsjekkia, Tyrkia, Tyskland, Ungarn, USA og Østerrike.

⁴⁴ Se Perspektiv 02/06, punkt 3.6.

7.3 Nærmere om konstitusjonene i de nordiske land, Tyskland og Sveits

7.3.1 DANMARK

Danmarks Grundlov ble vedtatt 5. juni 1953. I oppbygning, ideologisk innhold og formulering er den helt overveiende identisk med den første demokratiske forfatningen i Danmark, Junigrundloven fra 1849. I tillegg til å være en samling regler er den danske grunnloven også et nasjonalt symbol på linje med flagget og riksvåpenet.

I forbindelse med Junigrundlovens 150-årsjubileum i 1999 ble det reist spørsmål om det burde gjennomføres en grunnlovsreform, blant annet for å omformulere de grunnleggende fri- og rettigheter. Tilløpene til initiativ ble imidlertid ikke fulgt opp. Dette har blant annet sammenheng med at det er meget vanskelig å endre den danske grunnloven, jf. § 89. Denne bestemmelsen krever bl.a. at 40 prosent av samtlige velgere stemmer for endringen ved folkeavstemning.

Selv om den danske grunnloven ble til etter vedtakelsen av både Verdenserklæringen om menneskerettigheter og EMK, er den i liten grad preget av de internasjonale bestemmelsene om menneskerettigheter. For eksempel mangler den danske grunnloven bestemmelser om forbud mot tortur, forbud mot tilbakevirkende straffelover, forbud mot slaveri, forbud mot dødsstraff og likestilling mellom kvinner og menn. Den har imidlertid bestemmelser om religionsfrihet og om domstolenes uavhengighet. Videre fastsetter den danske grunnloven den personlige frihetens ukrenkelighet, boligens ukrenkelighet, eiendomsrettens ukrenkelighet, begrensninger i adgangen til å innskrenke ervervsfriheten, målet om at alle skal kunne forsørge seg ved arbeid, rett til hjelp fra det offentlige der dette ikke er mulig (sosial trygghet), rett til gratis folkeskole, ytringsfrihet, foreningsfrihet og forsamlingsfrihet.

Domstolenes kompetanse til å prøve lovers grunnlovsmessighet fremgår ikke av grunnloven, men ble fastslått av den danske Højesteret i 1920, og er siden blitt alminnelig anerkjent. Danske domstoler har imidlertid vært meget tilbakeholdne med å benytte denne prøvingsretten, og eneste gang den danske Højesteret har underkjent en lov som grunnlovsstridig, var i Tvind-saken i 1999.⁴⁵ Det kan likevel synes som om domstolene i de senere år er innstilt på å innta en noe mer aktiv rolle overfor lovgiver enn tidligere, blant annet under påvirkning av den internasjonale menneskerettighetskontrollen.⁴⁶

Danmark inkorporerte EMK ved lov i 1992.⁴⁷ Inkorporering av flere konvensjoner har vært vurdert,

⁴⁵ Se UfR 1999 841 H.

⁴⁶ Se Henrik Zahle (red), *Grundloven – Danmarks Riges Grundlov med kommentarer*, 2006 s. 85.

men er så langt avvist.⁴⁸ Inkorporeringen av EMK har ingen forrangsregel, men den har ledet til at Højesteret i flere saker har kommet til resultater som avviker fra det som tidligere ble ansett for å være rettsoppfatningen i landet. Det er likevel en forutsetning i dansk rett at det er EMD som skal videreutvikle EMK. Danske domstoler skal ikke ligge i forkant av EMD for å sikre at Danmark ikke blir dømt i Strasbourg.⁴⁹

7.3.2 SVERIGE

Sverige har fire lover som anses å utgjøre den svenske konstitusjonen. Dette er Successionsordningen, Tryckfrihetsförordningen, Yttrandefrihetsgrundlagen og Regeringsformen. Det er særlig Regeringsformen som er av interesse for menneskerettighetene. Den trådte i kraft i 1975, men har senere vært endret en rekke ganger for å styrke vernet om individenes fri- og rettigheter. Den siste endringen fant sted i 2010, med ikrafttredelse 1. januar 2011.⁵⁰

Regeringsformens 2. kapittel har overskriften «Grundläggande fri- och rättigheter». Disse er delt inn i opinionsfrihetene (ytringsfrihet, informasjonsfrihet, møtefrihet, demonstrasjonsfrihet, foreningsfrihet og religionsfrihet), bestemmelser som beskytter den personlige integritet og bevegelsesfrihet (blant annet forbud mot dødsstraff, kroppsstraff, tortur, frihetsberøvelse, landsforvisning av statsborgere og fratakelse av statsborgerskap), rettssikkerhetsgarantier og bestemmelser som beskytter mot diskriminering (på grunnlag av hudfarge, seksuell legning eller kjønn). Videre beskyttes retten til å bruke faglige kampmidler, eiendomsretten og allemannsretten, opphavsretten og næringsfriheten. Barns rett til gratis skolegang og forskningens frihet er også beskyttet.

Etter disse rettighetsbestemmelsene fastsetter 19 § at lov eller annen forskrift ikke får «meddeles» i strid med Sveriges forpliktelser etter EMK. EMK er for øvrig også inkorporert i svensk rett gjennom lov.⁵¹

Paragrafene 20 til 25 inneholder bestemmelser om begrensninger i de nevnte fri- og rettigheter. Det bestemmes hvilke rettigheter som kan begrenses, hvilke formål som kan berettige begrensninger, og det foreskrives en særskilt fremgangsmåte for lover som begrenser fri- og rettighetene. Blant annet må et slikt lovforslag hvile i minst tolv måneder dersom det

⁴⁷ Se lov nr. 285 av 29. april 1992 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, hvor det slås fast at bestemmelsene i EMK med tilleggsprotokoller «gælder her i landet», jf bet. 1220/1991.

⁴⁸ Se for eksempel omtale i Ot.prp. nr. 93 (2008-2009) s. 17.

⁴⁹ Se Henrik Zahle (red), *Grundloven – Danmarks Riges Grundlov med kommentarer*, 2006 s. 18-20.

⁵⁰ I SOU 2008: 125 s. 387 flg. finnes oversikt over utviklingen.

⁵¹ Se Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Loven fastsetter at konvensjonen og protokoll 1, 4, 6, 7 og 13 gjelder som lov i landet.

kreves av fem sjettedeler av representantene i Riksdagen. Det gis også særskilt hjemmel til å begrense enkelte av rettighetene for andre enn svenske statsborgere.

De sosiale rettigheter har en beskjeden plass i kapittelet om grunnleggende fri- og rettigheter. I stedet er de omtalt i 1. kapittel 2 § om «Statsskickets grunder». Bestemmelsen åpner med å slå fast at offentlig myndighet skal utøves med respekt for alle menneskers likeverd og for den enkeltes frihet og verdighet. I annet ledd slås det fast at den enkeltes personlige, økonomiske og kulturelle velferd skal være et grunnleggende mål for all offentlig virksomhet, og at det offentlige særlig skal trygge retten til arbeid, bolig og utdanning, samt virke for sosial omsorg og trygghet og for gode forutsetninger for helse. Av de følgende to ledd fremgår at det offentlige har plikt til å fremme en utvikling som leder til et godt miljø, virke for at demokratiets ideer blir veiledende i alle deler av samfunnslivet, og verne den enkeltes privatliv og familieliv. Etter dette følger et ledd som pålegger det offentlige å virke for at alle mennesker skal kunne oppnå delaktighet og likestilling i samfunnet, og for at barns rettigheter ivaretas. Det offentlige skal motvirke diskriminering av mennesker på grunnlag av omstendigheter som gjelder den enkelte som person. Til slutt slås det fast at samefolkets og etniske, språklige og religiøse minoriteters muligheter til å beholde og utvikle et eget kultur- og samfunnsliv, skal fremmes. Denne paragrafen anses ikke å gi rettigheter til den enkelte.

Regeringsformen har i tillegg bestemmelser om forhånds- og etterkontroll med lovers grunnlovsmessighet: Forhåndskontrollen utøves av et «lagråd» bestående av dommere eller pensjonerte dommere fra de to høyeste domstolene (Högsta domstolen og Högsta förvaltningsdomstolen). Disse gransker lovforslag, blant annet slike lovforslag som begrenser de grunnleggende fri- og rettigheter i 2. kapittel, se Regeringsformen 8. kapittel 21 § og 22 §. Bestemmelsen ble endret ved 2010-reformen.⁵²

Etterhåndsprøving skjer ved domstolskontroll i forbindelse med konkrete rettssaker. Domstolens prøvingsrett har vært anerkjent i svensk rett siden 1930-tallet, men først ved en dom fra Högsta domstolen i 1964 ble det klart at domstolene kunne prøve ikke bare forskrifter, men også lover. I 1979 ble prøvingsretten grunnlovsfestet i Regeringsformen, se 11. kapittel 14 §. Bestemmelsen fastsetter i første ledd at hvis en offentlig myndighet finner at en lov eller forskrift er i strid med grunnlov eller en annen overordnet bestemmelse, skal loven eller forskriften ikke anvendes.

Før reformen i 2010 bestemte 14 § annet ledd at domstolene bare kunne unnlate å anvende en forskrift besluttet av Riksdagen eller regjeringen dersom feilen var *åpenbar*. Dette var en kodifisering av tidligere domstolspraksis. Ved 2010-reformen ble prøvingsretten styrket ved at åpenbarhetskravet ble erstattet av en påminnelse om at Riksdagen er å betrakte som konstitusjonens fremste tolker, samtidig som det gjøres tydelig at de politiske beslutningene i en rettsstat er bundet av visse begrensninger. Begrunnelsen for reformen var dels et ønske om å harmonisere prøvingsretten med den prøvingsretten som gjelder for EU-charteret og EMK. Da følger det av prinsippet om EU-rettens forrang at svenske domstoler skal la disse bestemmelsene gå foran svenske nasjonale bestemmelser, selv om motstriden ikke er åpenbar.⁵³ I begrunnelsen for reformen ble det også fremholdt at det er av særskilt betydning at Regeringsformens regler om sentrale fri- og rettigheter fullt ut får gjennomslag i rettsanvendelsen. Videre ble det vist til at det kan være vanskelig å forene forpliktelsen etter EMK med et krav om åpenbarhet for å tilsidesette en lov eller forordning som er i strid med konvensjonen. Regjeringen var ikke bekymret for at denne endringen ville lede til at domstolene skulle komme til å treffe politiske beslutninger.

7.3.3 ISLAND

Islands grunnlov er fra 1944. Ved vedtakelsen var grunnlovsbestemmelsene om grunnleggende rettigheter i hovedsak de samme som i den første islandske grunnloven av 1874, som igjen var identisk med de tilsvarende bestemmelsene i den danske grunnloven. I 1995 ble imidlertid disse bestemmelsene erstattet av et nytt kapittel. Formålet var å tilpasse grunnlovsbeskyttelsen til Islands folkerettslige menneskerettighetsforpliktelser.

Det nye kapitlet om menneskerettigheter fra 1995 omfatter prinsippet om likhet for loven og forbud mot diskriminering, bevegelsesfrihet, personlig frihet, forbud mot tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, forbud mot tvangsarbeid, forbud mot tilbakevirkende straffelover og dødsstraff, rett til en rettfærdig rettergang innen rimelig tid, frihet for inngrep i privatliv, hjem eller familieliv, beskyttelse av eiendomsrett, menings- og ytringsfrihet, religionsfrihet, forenings- og forsamlingsfrihet, rett til fritt å velge yrke, nødvendig bistand ved sykdom, uførhet mv. (sosial trygghet), rett til utdanning, barns rett til beskyttelse og krav om at skattlegging skal være lovregulert.

EMK ble samtidig inkorporert i lovgivningen i 1994 og utgjør en viktig bakgrunn for tolkningen av den islandske grunnloven.⁵⁴

⁵² Se Prop. 2009/10:80 s. 142 flg.

⁵³ Se Prop. 2009/10:80 s. 146-147.

⁵⁴ Lov 62/1994.

På Island har domstolene hatt prøvingsrett siden begynnelsen av 1900-tallet, og praktiseringen har skutt fart etter vedtakelsen av de nye menneskerettighetsbestemmelsene i 1995. I saker avgjort i tidsrommet 2002–2008 har Islands høyesterett i snitt prøvd grunnlovsmessigheten av lover i fire saker i året. I til sammen ti saker har den islandske høyesterett funnet at loven var grunnlovsstridig.⁵⁵

I kjølvannet av den islandske finanskrisen vedtok det islandske Alltinget 16. juni 2010 en egen lov om nedsettelse av en grunnlovsforsamling. Grunnlovsforsamlingens oppgave var å forberede et forslag til en ny og revidert grunnlov. Valg til grunnlovsforsamling ble holdt 27. november 2010, men ble 25. januar 2011 kjent ugyldig av den islandske høyesterett. Den 24. mars 2011 besluttet Alltinget å nedsette et grunnlovsråd bestående av de samme personer som ble valgt til grunnlovsforsamlingen i november. Grunnlovsrådets innstilling til Alltinget ble avsluttet 31. juli 2011. I innstillingen er det foreslått å styrke menneskerettighetskapitlet ytterligere, bl.a. ved å ta inn retten til liv og retten til å leve et liv i verdighet. I tillegg er det foreslått å omtale kapitlet som «Menneskerettigheter og Naturen», samtidig som kapitlet utfylles med bestemmelser til vern om islandsk natur.

7.3.4 FINLAND

Finlands Grundlag trådte i kraft 1. mars 2000. Kapitlet om grunnleggende fri- og rettigheter er imidlertid en videreføring av den tidligere grunnlovens kapittel II, som ble totalrevidert og trådte i kraft 1. august 1995.⁵⁶

Kapitlet om menneskerettigheter er sterkt inspirert av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Det omfatter bestemmelser om likhet og ikke-diskriminering, retten til liv, personlig frihet og integritet, det strafferettslige legalitetsprinsipp, bevegelsesfrihet, beskyttelse av privatliv, religions- og samvittighetsfrihet, yringsfrihet og offentlighet, forsamlings- og foreningsfrihet, stemmerett og rett til innflytelse, eiendomsbeskyttelse, kulturelle rettigheter (herunder rett til utdanning og trygging av vitenskapsens, kunstens og den høyeste utdanningens frihet), rett til eget språk og egen kultur, næringsfrihet og rett til arbeid, rett til sosial trygghet, ansvar for miljøet og rett til en rettferdig rettergang innen rimelig tid.

Bestemmelsene i den finske grunnloven skal tolkes i harmoni med menneskerettighetsforpliktelsene, men gir delvis en bedre beskyttelse enn konvensjonene.

Den finske grunnloven fra 1919 ble tolket slik at domstolene ikke hadde rett til å tilsidesette en lov som stridende mot grunnloven.⁵⁷ Til gjengjeld hadde Finland en egen komité i nasjonalforsamlingen – Riksdagens grundlagsutskott – som foretok en forhåndsvurdering av lovers grunnlovsmessighet. Grundlagsutskottets funksjon og rolle er videreført med den nye grunnloven. I tillegg er utskottet også gitt kompetanse til å vurdere om lovene er i overensstemmelse med internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, jf. 74 §. Utskottet er sammensatt av parlamentarikere, men er uavhengig av partigruppene i Riksdagen. Før det treffes avgjørelse i utskottet, vil det normalt bli hentet inn vurderinger og synspunkter fra andre, særlig fra personer i det akademiske miljø. Finner utskottet at et lovforslag strider mot grunnloven eller menneskerettighetskonvensjoner, vil lovforslaget bli sendt tilbake til regjeringen.

Inkorporeringen av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, særlig EMK, som ble ratifisert og inkorporert ved lov i 1990, har etter hvert endret synet på overprøving av lover i Finland. Konvensjonene ble som regel inkorporert ved lov, og det var da anerkjent at de også fikk forrang fremfor eldre lovgivning. Domstolene kunne dermed prøve om disse lovene var i overensstemmelse med konvensjonene. Ved tilslutningen til EU i 1995 fikk finske domstoler i tillegg myndighet til å prøve om nasjonale lover var i overensstemmelse med EU-retten – noe som også gjelder nye lover. Dermed fikk domstolene utvidet prøvingskompetanse ved tilslutningen til internasjonale konvensjoner.

Resultatet av denne utviklingen ble vedtakelsen av 106 § i den nye Grundlagen fra 2000. Bestemmelsen fastsetter at dersom anvendelse av en lovbestemmelse i en sak åpenbart strider mot grunnloven, skal domstolen gi grunnlovsbestemmelsen forrang. Det ble imidlertid klart forutsatt at den forhåndskontrollen som foretas av grundlagsutskottet, fortsatt skal være den primære kontrollmekanismen.⁵⁸ Det ble samtidig presisert at det vanskelig kan tenkes at en lov åpenbart er i strid med grunnloven eller de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene dersom grundlagsutskottet har vurdert den og kommet til at det ikke foreligger slik motstrid. Åpenbarhetskravet innebærer dermed en forutsetning om at det svært sjelden ville være aktuelt å anvende forrangsregelen, noe domstolene har forholdt seg lojalt til.⁵⁹

^{55.} Se Ragnhildur Halgadóttir, *Status Presens – Judicial Review in Iceland*, Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter nr. 2: 2009, s. 188 flg.

^{56.} RP 1/1998 rd s. 79. Det ble foretatt noen mindre språklige endringer i den svenske teksten, og bestemmelsene fikk overskrifter.

^{57.} Se for eksempel RP 1/1998 rd s. 163.

^{58.} RP 1/1998 rd s. 163

^{59.} I perioden 2000-2009 var det bare fire saker vedrørende § 106, se Tuomas Ojanen, *From Constitutional Periphery towards the Center – Transformations of Judicial Review in Finland*, Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter 2:2009 s. 205.

Riksdagen har pr. i dag til behandling flere forslag til endringer av den finske Grundlagen.⁶⁰ Bare ett forslag gjelder de bestemmelser som er omhandlet her. Det er spørsmålet om adgangen til å fravike de grunnleggende fri- og rettigheter ved unntakstilstand bør utvides.

7.3.5 TYSKLAND

Den tyske grunnloven (*Grundgesetz*) ble vedtatt i Forbundsrepublikken Tyskland i 1949. I 1990 ble dette grunnloven for det samlede Tyskland.

Grunnloven kapittel I inneholder grunnleggende rettigheter (*Grundrechte*). Det fastsettes at disse binder lovgiver, den utøvende makt og domstolene (Art. 1). Kapitlet har videre bestemmelser om menneskeverdets ukrenkelighet, retten til fri utfoldelse av personligheten, rett til liv, personlig frihet og fysisk integritet, likhet for loven, like rettigheter for menn og kvinner og forbud mot å favorisere eller diskriminere noen på grunnlag av avstamning, rase, språk, herkomst, tro, religiøse eller politiske meninger. Videre har kapitlet bestemmelser om religionsfrihet, ytringsfrihet, kunstens, vitenskapens og forskningens frihet, beskyttelse av ekteskap og familie, rett for foreldre til å bestemme om barna skal ha religiøs opplæring i skolen, rett til å etablere privatskoler på visse vilkår, forsamlingsfrihet, foreningsfrihet, respekt for at korrespondanse og telekommunikasjon er privat, bevegelsesfrihet, frihet til å velge yrke og arbeidsplass, forbud mot tvangsarbeid, hjemmets ukrenkelighet, eiendomsrettigheter, tyskeres rett til statsborgerskap og til ikke å bli utlevert til fremmed stat, rett til asyl for politisk forfulgte og rett til å henvende seg til et kompetent organ eller lovgiver med anmodninger eller klager.

I tillegg har kapittel I en bestemmelse om verneplikt, om misbruk av rettigheter, og om innskrenkning av rettighetene. Det fastsettes her blant annet at en innskrenkning ikke kan gripe inn i rettighetenes grunnleggende innhold («Wesensgehalt»).

Kapittel II åpner med en artikkel som slår fast at Tyskland er «ein demokratischer und sozialer Bundesstaat». Forfatningsdomstolen har lagt til grunn at sosialstatklausulen og det grunnleggende menneskeverdprinsippet innebærer en rett for individet til en levestandard som tilsvarer et eksistensminimum.

Kapittel IX om domstolene har bestemmelser om den føderale forfatningsdomstolen, som skal tolke grunnloven dersom det oppstår tvist om rettighetenes omfang eller myndighetenes plikter. I slike tilfeller skal saken stanses ved den ordinære domstolen i påvente av forfatningsdomstolens avgjørelse.

⁶⁰. Se RP 60/2010.

I samme kapittel fastsettes det at dommere skal være uavhengige, at dødsstraff er forbudt, at straff bare kan idømmes på grunnlag av lov som gjelder på gjerningstidspunktet, og at en handling ikke kan straffes mer enn én gang etter de generelle straffelover. Videre fastsettes vilkår for frihetsberøvelse og rettigheter for frihetsberøvede.

7.3.6 SVEITS

Den sveitsiske grunnloven er vedtatt i 1999. Del II inneholder tre kapitler om henholdsvis grunnrettigheter, borgerrettigheter og sosiale mål.

Kapitlet om grunnrettigheter åpner med å fastslå at menneskets verdighet skal respekteres og beskyttes. Deretter følger prinsippet om likhet for loven og forbud mot diskriminering, herunder like rettigheter for menn og kvinner. Det fastsettes også at tiltak for å fjerne ulemper for personer med nedsatt funksjonsevne skal lovfestes. Det heter videre at enhver har rett til å bli behandlet av myndighetene uten vilkårlighet. Likeså har barn og unge krav på spesiell beskyttelse av sin integritet og tiltak som kan fremme deres utvikling. Alle som er ute av stand til å sørge for seg selv, har rett til slik hjelp og bistand som er uunnværlig for å leve et verdig liv. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og skal beskyttes mot misbruk av personopplysninger. Retten til å gifte seg og stifte familie er garantert. Det samme er religions- og samvittighetsfriheten, ytringsfrihet og retten til fritt å motta og spre alminnelig tilgjengelig informasjon. Medienes frihet er garantert, og sensur er forbudt. Språklig frihet er garantert. Det samme er rett til tilstrekkelig og gratis grunnskole. Kunstens, forskningens og undervisningens frihet er garantert, og også forsamlings- og foreningsfriheten.

Videre har sveitsiske borgere rett til å bosette seg hvor de vil i landet og til å reise inn og ut av Sveits. De kan heller ikke utvises, og bare utleveres hvis de samtykker. Flyktninger kan ikke sendes til en stat hvor de er forfulgt, og ingen må sendes med tvang til en stat hvor de er truet av tortur eller andre former for grusom eller umenneskelig behandling eller straff. Eiendomsretten er garantert, og ekspropriasjon og tilsvarende inngrep skal erstattes fullt ut. Næringsfriheten er også garantert. Arbeidstakere og arbeidsgivere har rett til å organisere seg for å beskytte sine interesser, og streik og lockout er tillatt hvis de ikke krenker fredsplikt. Visse grupper kan likevel forbys å streike.

Det følger videre at alle har rett til rettfærdig behandling i rettergang og dom innen rimelig tid. Partene i en rettsak har rett til å bli hørt, og enhver som mangler nødvendige midler, har rett til gratis rettshjelp såfremt ikke søksmålet synes å være uten mulighet til å føre frem. I den grad det er nødvendig for å beskytte sine rettigheter har man også rett til fri

sakførsel. Alle har rett til å få rettsvister avgjort ved en uavhengig og upartisk domstol. Ekstraordinære domstoler er forbudt. Alle som blir saksøkt, har rett til å få saken avgjort ved sitt hjemting hvis ikke loven fastsetter et annet verneting. Rettergangen er offentlig med mindre loven gjør unntak. Frihetsberøvelse kan bare finne sted i lovbestemte tilfeller, og frihetsberøvede skal umiddelbart informeres om grunnen til frihetsberøvelsen og om sine rettigheter i et forståelig språk. Alle frihetsberøvede har til enhver tid tilgang til domstolene, som avgjør frihetsberøvelsens lovlighet. Uskyldspresumsjonen, rett til å forberede sitt forsvar og rett til å anke er også grunnlovfestet.

Videre kan enhver henvende seg til myndighetene og få sin klage behandlet. Politiske rettigheter er garantert. Grunnrettighetene skal gjennomføres gjennom hele rettsystemet. Alle som utøver myndighet, er forpliktet til å bidra til rettighetenes gjennomføring. Myndighetene skal også sørge for at rettighetene gjelder i privat virksomhet. Begrensninger i grunnrettighetene må være lovfestet, rettfærdiggjort av offentlige interesser eller for å beskytte andres rettigheter, være forholdsmessige, og ikke gripe inn i rettighetenes kjerne.

Den sveitsiske grunnloven inneholder ellers egne kapitler om sosiale mål og om politiske rettigheter.

Domstolene har prøvingsrett i Sveits, men det er ikke adgang til å sette føderale lover til side som grunnlovsstridige.

7.4 EU

EUs unionstraktat fastsetter nå at verdigrunnlaget for EU blant annet bygger på respekt for menneskerettighetene, se artikkel 2, som lyder:

«The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.»

Videre fastsetter unionstraktaten at Charter of fundamental rights er rettslig bindende, at EU skal slutte seg til EMK, samt at de menneskerettighetene som er garantert av EMK og følger av konstitusjonell tradisjon felles for medlemsstatene, skal utgjøre generelle prinsipper for EU:

«1. The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties.

The provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties.

The rights, freedoms and principles in the Charter shall be interpreted in accordance with the general provisions in Title VII of the Charter governing its interpretation and application and with due regard to the explanations referred to in the Charter, that set out the sources of those provisions.

2. The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties.

3. Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law.»

EUs Charter inneholder ikke bare rettigheter som motsvarer dem som finnes i EMK, men inneholder også økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Rettighetene er selvstendig utformet. Der de korresponderer med EMK, skal de tolkes på samme måte som EMK, såfremt de ikke gir en mer omfattende beskyttelse, jf. artikkel 52 nr. 3. Dette kan være noe av forklaringen på at bestemmelsene i Charteret ofte har en knappere utforming enn bestemmelsene i EMK.

Charteret retter seg både mot EU-institusjonene og medlemsstatene når disse gjennomfører EU-rett, jf. artikkel 51. Charteret legger altså de samme begrensningene som en grunnlov på EU-landene når disse implementerer EUs regelverk.⁶¹

Del III Generelle problemstillinger

8. Innledning

I denne delen behandles tverrgående problemstillinger, i den forstand at de ikke relaterer seg til én rettighet eller én enkeltbestemmelse. Det har like fullt vært nødvendig å ta stilling til disse problemstillingene for å gi velbegrunnede svar på de spørsmål mandatet reiser.

I første omgang har utvalget valgt å knytte noen kommentarer til uttrykket «menneskerettigheter», jf. kapittel 9. Dernest har utvalget vurdert og tatt stilling til hvorvidt det bør gjennomføres en revisjon av Grunnloven, der de eksisterende rettighetsbestemmelsene i Grunnloven revideres og suppleres med flere rettighetsbestemmelser. Dette har utvalget vurdert i kapittel 10. Denne vurderingen er fulgt opp i kapittel 11 med en vurdering av hvilke rettigheter

^{61.} Charteret gjelder i utgangspunktet ikke for statene i EØS. EFTA-domstolen har imidlertid uttalt at EØS-avtalen skal tolkes i lys av grunnleggende rettigheter, og at EMK og dommer fra EMD er viktige kilder for å avgjøre rekkevidden av disse, se sak E-2/03 Asgeirsson.

som er de «sentrale» eller «allmenngyldige», slik mandatet forutsetter.

Et viktig hensyn eller parameter ved vurderingen av hvordan menneskerettighetene i Grunnloven kan styrkes, vil være utformingen og tolkningen av den generelle menneskerettighetsbestemmelsen i Grunnloven § 110c, eventuelt i kombinasjon med øvrige endringer. Den generelle menneskerettighetsbestemmelsen, og forslag til endringer i bestemmelsen, vil derfor bli nærmere redegjort for i kapittel 12.

Dernest reiser utvalget spørsmål om forslag til flere konkrete rettighetsbestemmelser i Grunnloven bør etterfølges av en generell bestemmelse om hvilke vilkår som må være oppfylt for å begrense disse rettighetene. Dette er problemstillinger som vil bli nærmere behandlet i kapittel 13.

Sentralt for spørsmålet om styrking av menneskerettighetene i Grunnloven er hvordan disse rettighetene håndheves og kontrolleres. Særlig reises spørsmål om eventuell grunnlovsfesting av domstolens kontroll med grunnlovsmessigheten av lover og forvaltningens avgjørelser. Tilsvarende vil tolkningen av rettighetene i Grunnloven være viktig for hvor omfattende det reelle menneskerettighetsvernet vil være i fremtiden. Disse problemstillingene vil bli behandlet i kapittel 14 og kapittel 15.

I noen grad vil særlige regler om konstitusjonell nødrett og derogasjon kunne begrense og svekke individenes rettigheter i spesielle situasjoner. Når det bør være adgang til å gjøre unntak fra menneskerettighetene ut fra en nasjonal krise- eller krigstilstand, og hvorvidt det bør utformes en egen bestemmelse om dette i Grunnloven, vil bli nærmere behandlet i kapittel 16.

Avslutningsvis vil utvalget i del III peke på to hovedmodeller for hvordan rettighetsvernet kan skrives inn i Grunnloven, jf. kapittel 17.

9. Hva menes med menneskerettigheter?

9.1 Innledende bemerkninger

Betegnelsen «menneskerettigheter» er for første gang gitt en sentral stilling i den franske menneskerettighetserklæringen fra 1789.

I de senere årene synes uttrykket å ha blitt en del av dagligtalen. Det er en økende tendens i samfunnet til at menneskerettighetene påberopes til støtte for ulike krav rettet mot både offentlige og private parter. I noen grad er dette et tegn på økt kunnskap og økt bevissthet omkring de rettighetene man faktisk har, mens man i andre tilfeller kan se at «menneskerettighetene» benyttes som et retorisk grep i forsøket på å gi egne argumenter større tyngde. I de sistnevnte tilfeller er det egentlig ikke tale om menneskerettigheter i rettslig forstand, men snarere subjektive vurderinger eller politiske oppfatninger. Av og til kan det

likevel oppstå tvil om man har å gjøre med menneskerettigheter i egentlig forstand, eller med en type politisk argumentasjon. Dersom betegnelsen «menneskerettigheter» benyttes både i tide og utide, vil dette kunne bidra til å svekke de egentlige rettighetene.

I inneværende kapittel vil det derfor bli gjort rede for hvordan menneskerettighetsbegrepet har utviklet seg over tid, og hvordan uttrykket er å forstå som et rettslig begrep i dag.

9.2 *Ulike tilnærminger til forståelsen av menneskerettigheter*

9.2.1 EN KORT HISTORISK OVERSIKT

Historisk har menneskerettigheter vært forstått på mange måter. Som Erik Møse skriver i boken «Menneskerettigheter», finnes det «ikke én, men flere ideer om menneskerettighetene. Nærmere presiseringer kan søkes i idéhistorien, filosofi, religion, etikk og politikk».⁶²

I svært grove trekk kan man se for seg en inndeling i fire ulike tilnærminger. Innenfor rammen av denne grovinndelingen finnes et spekter med ulike varianter av hvordan menneskerettigheter har vært begrunnet og fortsatt begrunnes, både nasjonalt og internasjonalt.

En tilnærming, som gjerne har vært karakterisert som naturrettslig, kan føres tilbake til antikkens Hellas og til Romerriket. Et utgangspunkt for forståelsen av menneskerettigheter, eller rettslig vern om individene, er at menneskene er skapt like, og at de er i besittelse av et eget og ukrenkelig menneskeverd («human dignity»). Menneskerettighetene er således pre-politiske, i den forstand at de ikke er gitt av politikere til folket, men kan erkjennes gjennom den menneskelige fornuft. Konsekvensen av dette er at menneskerettighetene står over politikken, der likhetsidealet og menneskeverdet ikke kan krenkes uten at de politiske makthavere overskrider sin legitime kompetanse.

En annen tilnærming, men også med røtter i eldre naturrettslige tenkning, vokste frem under opplysningstidens kamp mot den eneveldige fyrstemakten. Utgangspunktet var fortsatt at alle mennesker er født frie og like, men i tillegg ble det fremhevet at statens legitime makt var basert på en samfunnskontrakt mellom stat og individ. Innenfor rammen av samfunnskontrakten var det antatt at noen rettigheter ikke kunne overdras til makthaverne, og gjennom disse rettighetene skulle borgerne sikres frihet og likhet. Dersom makthaverne krenker rettighetene, vil makthaverne gå ut over den kompetanse de er gitt i henhold til samfunnskontrakten. Konsekvensen av gren-

⁶² Se Erik Møse, *Menneskerettigheter*, 2002 s. 25.

seoverskridelse vil være at maktutøvelsen ikke lenger er legitim.

En ny vending i tilnærmingen til menneskerettighetene kom etter hvert som demokratiet og velferdsstaten vokste seg sterkere i Europa og i Nord-Amerika. I mellomkrigstiden og i tiden etter annen verdenskrig oppsto behovet for å videreutvikle menneskerettighetene. Mens man på 1700- og 1800-tallet i stor grad hadde sett på demokrati og rettighetsvern som to sider av samme sak i kampen mot tyranni og despoti, så man etter hvert at rettighetsvernet også kunne stå i et motsetningsforhold til flertallets vilje. Europas vonde erfaringer fra annen verdenskrig gjorde at menneskerettighetene i etterkrigstiden ble ansett som et viktig bolverk og et rettslig verktøy for å hindre det politiske flertall i å begå overgrep mot minoriteter og politisk mindretall. Ideen om menneskerettigheter flyttet dermed oppmerksomheten fra å forhindre fyrstens overgrep til å forebygge flertallets overgrep. Med denne tilnærmingen skulle menneskerettighetene etter hvert komme til å spille en avgjørende rolle for oppbyggingen og forståelsen av den europeiske rettsstat.

I Tyskland bygget man opp den tyske «Rechtsstaat» etter krigen, dels basert på ideene fra tenkere som Immanuel Kant, og dels inspirert av det anglo-amerikanske «rule of law». De sentrale hovedtrekkene i den tyske «Rechtsstaat» har vært, og er fortsatt, maktfordelingsprinsippet, tanken om at den utøvende og den dømmende makt skal være bundet av lover og regler, samt ideen om at den lovgivende makt skal være bundet av konstitusjonelle prinsipper som bl.a. sikrer individene mot overgrep fra statsmaktene. Uavhengige forfatnings- og forvaltningsdomstoler ble gitt kompetanse til å sikre disse rettsstatsidealene, både i Tyskland og i flere andre sentraleuropeiske land.

I England hadde ideen om «the rule of law» vært til stede helt siden 1200-tallet, delvis videreført fra det vest-romerske riket. Her utviklet «the rule of law» seg i utgangspunktet som en begrensning av kongemakten gjennom Parlamentets suverene makt til å gi lover. Dette var lover som også kongen måtte etterleve, og kongemakten ble dermed aldri like sterk i England som på det europeiske kontinent under enevoldstiden. Tilsvarende har heller ikke domstolenes makt blitt like sterk i England som den ble på kontinentet etter annen verdenskrig.

Den nordiske forståelsen av begrepet rettsstat har på mange måter befunnet seg i en mellomposisjon mellom den sentraleuropeiske og den engelske rettskulturen. I norsk rett har Jørgen Aall, i boken «Rettsstat og menneskerettigheter», beskrevet rettsstaten som den statsform hvor «uavhengige domstoler er garantister for at all myndighetsutøvelse er i samsvar med lov og visse omforente menneskerettigheter».⁶³

Domstolenes makt til å kontrollere og håndheve rettsstatsidealene har vært mindre i Norden enn i de sentraleuropeiske land, men innad i Norden har det vært betydelige forskjeller med hensyn til hvordan domstolskontrollen har vært praktisert. Se mer om domstolskontroll i de øvrige nordiske land i kapittel 7, og for norske forhold særlig i kapittel 14.

Utviklingen viser at nye tider, ulike styreformer og historiske erfaringer har gitt et økt tilfang av begrunnelser for hvordan og hvorfor menneskerettigheter skal begrense statens makt. Grunntanken fra naturretten om at menneskene er født frie og like og med det samme menneskeverd, er likevel bevart, også innenfor ideen om rettsstaten. Dette er bl.a. synlig i Verdenserklæringen om menneskerettigheter fra 1948, der det i fortalens punkt 1 heter at «recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world». Det er dermed en kontinuitet fra antikkens Hellas og frem til Verdenserklæringen, men med den forskjell at ideen om frihet, likhet og menneskeverd i dag er nedfelt i folkerettslige dokumenter som er blitt til gjennom politiske prosesser. Samtidig åpner de felles formuleringer for at de statene som har tiltrådt erklæringene, kan forstå og begrunne menneskerettighetene på ulike måter.

I noen grad har den folkerettslige kodifiseringen av menneskerettighetene ledet til en fjerde tilnærming til forståelsen av begrepet, der menneskerettigheter forstås som summen av de menneskerettslige forpliktelser som påhviler statene gjennom internasjonale menneskerettighetskonvensjoner eller gjennom landets egen konstitusjon. *Utover* eller *foruten* disse konvensjonene og landets egen konstitusjon eksisterer det ingen menneskerettigheter. Menneskerettighetene blir da positivrettslig definert som de rettsregler statenes politiske myndigheter til enhver tid har besluttet å innrette seg etter, og som de har valgt å omtale som «menneskerettigheter».

9.2.2 FORSTÅElsen AV MENNESKERETTIGHETENE I GRUNNLOVEN

Opprinnelig ble ikke de bestemmelsene i Grunnloven som berører forholdet mellom staten og individene, omtalt som menneskerettigheter. I løpet av 1800-tallet ble det etter hvert vanlig å omtale Grunnlovens bestemmelser til vern om individene som «borgerrettigheter», jf. også punkt 9.3.2 nedenfor. Utrykket menneskerettigheter ble imidlertid benyttet allerede i den franske menneskerettighetserklæringen fra 1789. Riksforsamlingen på Eidsvoll må derfor ha vært kjent med denne betegnelsen, men tok

⁶³ Se Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2007, s. 21-22. Se for øvrig fortalen til Verdenserklæringen.

den ikke inn i Grunnloven i 1814. Betegnelsen kom først inn i og med vedtakelsen av Grunnloven § 110c i 1994.

Noen egentlig definisjon eller konkret beskrivelse av menneskerettighetene gir ikke Grunnloven § 110c. I forbindelse med utformingen av paragrafen ble det i første rekke vist til de internasjonale konvensjonene og deres forståelse av menneskerettighetsbegrepet, selv om Menneskerettighetslovutvalget den gang understreket at henvisningen til «menneskerettighetene» i § 110c var «generelt formet».⁶⁴ Dermed synes ikke forarbeidene til bestemmelsen å avgrense menneskerettighetsbegrepet i § 110c til bare å gjelde de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene.

Forut for Grunnloven § 110c har forståelsen av rettighetsvernet i Grunnloven endret seg i takt med den internasjonale forståelsen av menneskerettigheter. Idégrunnet til den norske Grunnloven av 1814 var sterkt inspirert av opplysningstidens ideer om frihet og likhet. Adler-Falsen foreslo bl.a. i sitt grunnlovskast § 15 å grunnlovsfeste en generell grunnsetning om at alle mennesker skulle være like for loven. Det er uklart hvorfor likhetsgrunnsetningen ikke kom med i den endelige grunnlovsversjonen, men den fremkommer implisitt av flere av Grunnlovens bestemmelser, herunder §§ 95, 96, 97, 101, 103, 105 og 108. Likhetsgrunnsetningen har samtidig stått sentralt ved den rettslige fortolkning av grunnlovsbestemmelsene fra 1814 til i dag, se nærmere kapittel 26.

Med utgangspunkt i tanken om at menneskene er født frie og like, ble Grunnloven av 1814 på mange måter det dokument som i datidens ånd forseglet samfunnspakten mellom staten og borgerne. Dermed måtte skrankene for statsmaktenes legitime kompetanse nedfelles i Grunnloven. Samtidig som endringer i strid med Grunnlovens «ånd og prinsipper» aldri kunne finne sted, jf. Grunnloven § 112, ledet dermed Grunnlovens rettighetsvern til at statsmaktene fikk sin kompetanse begrenset gjennom Grunnloven.

De mange grunnlovsendringene etter 1814 har i liten grad berørt de bestemmelsene som opprinnelig ble gitt for å verne om individenes rettigheter. De senere grunnlovsendringene bærer i større grad preg av å være kommet til i en tid hvor demokrati og velferdsstat etter hvert hadde vokst seg sterke. Med unntak av religionsfrihetsbestemmelsen i § 2 har rettighetsbestemmelsene som har kommet til etter 1814, enten en nærmere henvisning til formell lov eller en generell formulering om at det «påligger statens myndigheter» å sikre rettighetene. Dermed overlates fastsettingen av rettighetenes nærmere innhold, eller deler av det, til det til enhver tid rådende flertall.⁶⁵

^{64.} Se NOU 1993: 18 s. 158.

^{65.} Denne lovtekniske metoden kan dels forklares med domstolens prøvingsrett, jf. punkt .

En konsekvens har vært at flere av de nye rettighetene må forstås mer som politiske programmerklæringer enn som rettigheter den enkelte kan påberope overfor domstolene: Det nedfelles en overordnet idé, et prinsipp eller en erklæring som et stort flertall kan gi sin tilslutning til, under den forutsetning at fremtidens folkevalgte vil respektere og verne om de samme idealene. I stor utstrekning vil det være opp til flertallets vilje hvorledes disse programmerklæringene følges opp.

Denne glidningen over mot et større innslag av folkeflertallets vilje ved utformingen av de nye rettighetene viser hvordan synet på rettigheter har endret seg i takt med utviklingen av demokratiet. I større grad enn tidligere søkes det nå etter en balanse mellom de verdier som rettighetene er satt til å verne, og de verdiene flertallet setter høyt. Dermed vil demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene fungere i samspill, der det ene ikke kan forstås løsrevet fra det annet. Rettsstaten blir således et korrektiv til flertallsviljen. Det er dette samspillet som bl.a. er kommet til uttrykk i forslag til ny § 2 i Grunnloven, der Grunnlovens formål skal være å sikre nettopp «Demokratiet, Rettsstaten og Menneskerettighetene». Se mer om forslag til ny § 2 i punkt 10.3.2.

9.2.3 FORSTÅElsen AV MENNESKERETTIGHETER I DE INTERNASJONALE KONVENsjONENE

Verdenserklæringen om menneskerettigheter av 1948 inneholder ingen definisjon av menneskerettigheter, men de overordnede målsettinger og prinsipper er nedfelt i fortalen til Verdenserklæringen. Her heter det at alle mennesker har det samme iboende menneskeverd, og at alle mennesker har de samme ukrenkelige rettigheter («recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family»). Dette utgjør grunnlaget for frihet, rettferdighet og fred i verden («freedom, justice and peace in the world»).

Den nærmere konkretiseringen av menneskerettighetene kom med FNs to konvensjoner fra 1966, konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) og konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK). Sammen utgjør disse to konvensjonene og Verdenserklæringen FNs menneskerettighetscharter eller «Bill of Rights». Med dette menes at Verdenserklæringen, SP og ØSK til sammen utgjør de tre viktigste menneskerettighetsdokumenter internasjonalt. Øvrige konvensjoner er i stor utstrekning en utdyping eller presisering av disse tre menneskerettighetsdokumentene. Se nærmere omtale av Verdenserklæringen, SP og ØSK i kapittel 5.

For forståelsen av hva som menes med menneskerettigheter har FN i mange sammenhenger understreket at FNs menneskerettighetskonvensjoner til

sammen utgjør et sett med rettigheter som ikke kan forstås løse fra hverandre. Ifølge FN er menneskerettigheter iboende for alle mennesker, og forståelsen av den enkelte rettighet avhenger av forståelsen av de øvrige rettigheter. På sine hjemmesider presenterer FN menneskerettigheter på følgende måte:

«Human rights are rights inherent to all human beings, whatever our nationality, place of residence, sex, national or ethnic origin, colour, religion, language, or any other status. We are all equally entitled to our human rights without discrimination. These rights are all interrelated, interdependent and indivisible.»

9.2.4 FORSTÅELEN AV MENNESKERETTIGHETER I NORGE I DAG

Det synes i dag å være bred enighet om at menneskerettighetsbegrepet er vanskelig å definere presist. FN-konvensjonenes forståelse av menneskerettigheter som et sett med rettigheter som griper inn i hverandre, og som vanskelig kan forstås løse fra hverandre, ligger i dag til grunn for de fleste menneskerettslige fremstillinger. Dette er bl.a. den forståelsen av menneskerettigheter som ligger til grunn for den norske menneskerettsloven av 1999. I NOU 1993:18 beskrives «menneskerettigheter» på følgende måte:

«Det lar seg neppe gjøre å definere begrepet på en måte som vil vinne alminnelig tilslutning. Det er heller ikke nødvendig for utvalgets formål. Denne oversikt over utviklingen og noen karakteristiske trekk ved de internasjonale menneskerettigheter skal først og fremst trekke opp en ramme og bakgrunn for utvalgets drøftelser.

Menneskerettighetene kan fra en synsvinkel betegnes som grunnleggende krav til individets stilling under ellers ulike rettsordninger, 'et stikkord for de grunnleggende moralske krav som bør stilles til retts-systemet, og som i større eller mindre grad kan være sikret ved grunnlovbestemmelser eller internasjonale overenskomster' (Andenæs (1990) s 378). Dels angår disse kravene individets frihet i forhold til staten: frihet fra maktmisbruk, fra mishandling eller vilkårlig arrest, og frihet fra unødvendig regulering. Dels gjelder kravene individets rett til å delta i samfunnsprosessene, i organisasjoner og i statsliv. Videre gjelder det hvilke plikter staten har til å sikre de nødvendige eller rimelige behov for individene og for grupper i samfunnet (jf NOU 1981:43 s 9). I det hele gjelder det 'de fundamentale verdier man mener rettsordenen må respektere og verne av hensyn til den enkelte' (Opsahl (1991 s 1).

Utviklingen av menneskerettighetene er altså fra først av en utvikling fra idé og moral til rett og virkelighet. Den kan beskrives som en prosess i tre faser: idealisering, positivering og realisering (slik bl.a. Eide (1978) s 30), likevel slik at fasene glir over i hverandre og påvirker hverandre.

Verdenserklæringen ga begrepet et videre innhold enn naturrettstilosophene og de eldre nasjonale erklæringer hadde gjort. I det hele har det vist seg at innholdet av de krav og verdier man vil regne som

grunnleggende og universelle, kan skifte med tid og sted. Når utviklingen ellers går raskt, følger ideene og normene om menneskerettighetene gjerne etter. Dette århundre har til overmål vist at innholdet ikke er fastlagt en gang for alle.

Det kan derfor hevdes at menneskerettighetene som begrep i dag ikke bør bestemmes ved et fastlagt innhold, men ved å vise til de autoritative kildene som bruker denne betegnelsen. Nettopp verdenserklæringen har fremdeles en så sentral stilling at det er naturlig også i dag å vise til denne som « det mest autoritative uttrykk for hva vi må forstå med menneskerettighetene. Slik sett er den i praksis en eneste stor definisjon. ... Men hovedsaken er oppregningen og beskrivelsen av de enkelte rettigheter » (Opsahl (1986) s 1).»⁶⁶

Under behandlingen av menneskerettsloven i Stortinget uttalte ikke justiskomiteen seg om forståelsen av uttrykket «menneskerettigheter» spesielt, men den uttalte på generelt grunnlag at målsettingen med inkorporeringen av EMK og FNs menneskerettighetskonvensjoner var å styrke individenes stilling i norsk rett:

«Komiteen vil understreke at den europeiske menneskerettskonvensjonen og dei to FN-konvensjonane er ei demokratisk, moralsk og etisk rettesnor for eit rettferdig samfunn, for utvikling av verda og for eit globalt ansvar for utsette menneske. Målsettinga med lov om styrking av menneskerettar er å styrkje enkeltmenneska si stilling i norsk rett. Inkorporeringa i norsk lov vil styrke rettsvernet til enkeltindivid og slik legge grunnlaget for at alle får ei mest mogleg rettferdig handsaming i vårt eige land. Det er innafor den enkelte stat at individ eller minoritetar får sine menneskerettar anten respektert eller krenka.»⁶⁷

I dag synes den forståelsen av «menneskerettigheter» som ligger til grunn for menneskerettsloven å være rådende i Norge. Jørgen Aall skriver i boken «Rettsstat og menneskerettigheter» fra 2007:

«Fra ideen om menneskerettigheter ble unnfanget og til i dag har det overalt og til alle tider stått strid om deres innhold og rekkevidde. Lar det seg da gjøre å oppstille en definisjon? [...] Som et utgangspunkt er det tilstrekkelig å peke på at det dreier seg om de grunnleggende krav alle individer må kunne stille til myndighetene under ethvert rettssystem. Men hvilke krav er så dette?

I dag kan vi – iallfall i rettslig sammenheng – ta utgangspunkt i FNs verdenserklæring om menneskerettighetene fra 1948. Den kan med rette kalle seg universell, utformet og vedtatt som den er under medvirkning av stater fra alle verdenshjørner. Den er det nærmeste man i dag kommer en generell definisjon, som alle de senere konvensjoner om menneskerettigheter bygger på.»⁶⁸

^{66.} NOU 1993: 18, punkt 2.1.1 s. 20.

^{67.} Innst.O. nr.51 (1998-1999), punkt 5.

^{68.} Se Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2007 s. 22.

Erik Møse skriver i boken «Menneskerettigheter» fra 2002 at begrepet ikke er entydig, og at det «kort og upresist» kan defineres som «visse grunnleggende forestillinger om forholdet mellom individ og stat».⁶⁹ Njål Høstmælingen skriver i boken «Internasjonale menneskerettigheter» fra 2003 at en «anvendelig definisjon av menneskerettighetene vil aldri kunne bli fullt ut dekkende. Definisjonen vil bare kunne tjene som et innspill, et startpunkt, en idé om virkeligheten».⁷⁰

Tilsvarende er denne brede tilnærmingen til menneskerettighetene forankret i norsk forvaltning. På hjemmesidene til Utenriksdepartementet heter det bl.a.:

«De ulike menneskerettighetene er innbyrdes likeverdige og utgjør et udelelig hele.»⁷¹

Og Utlendingsnemnda skriver bl.a. på sine hjemmesider:

«Det er vanskelig å gi en kort og presis definisjon av begrepet 'menneskerettigheter'. Begrepet uttrykker visse forventninger til forholdet mellom stat og individ. Det gjelder både individets frihet i forhold til staten, for eksempel frihet fra maktmisbruk, mishandling og vilkårlig arrest og retten til å delta i samfunnslivet, og det gjelder statenes plikt til å sikre blant annet individenes behov for sosial og økonomisk trygghet. Tanken er at staten er til for individene, ikke omvendt. Staten er til for alle, ikke bare noen få.»⁷²

Også utvalget vil ta utgangspunkt i den forståelse av menneskerettigheter som ligger til grunn for menneskerettsloven av 1999.

9.3 Særlig om plikt- og rettighetssubjekter

9.3.1 PROBLEMSTILLINGENE

Når man skal ta stilling til hva som menes med menneskerettigheter, er det ikke tilstrekkelig å vurdere ulike filosofiske eller rettslige tilnærminger til menneskerettighetsbegrepet. Det er også nødvendig å ta stilling til hvem som er rettighetssubjekt og pliktsubjekt til menneskerettighetene, og om noen eventuelt kan være både plikt- og rettighetssubjekt. En nærmere forståelse av disse forholdene vil sette oss i stand til å gi begrepet «menneskerettigheter» et nærmere avgrenset innhold.

Et sikkert utgangspunkt for forståelsen av menneskerettigheter er at dyr, planter og gjenstander ikke

kan være rettighetssubjekter. Dette sikre utgangspunktet møter imidlertid enkelte uklare grenser. Det heter bl.a. i Grunnloven § 110b at alle har rett til et miljø «som sikrer Sundhed og til en Natur hvis Produktionsævine og Mangfold bevares». Og det kan reises spørsmål om hvilke rettigheter juridiske personer, som aksjeselskaper, stiftelser m.fl., har i henhold til menneskerettighetene.

Videre er det kjent at alle stater i noen grad skiller mellom egne statsborgere og utlendinger. I hvilken utstrekning det er adgang til dette, er et helt sentralt spørsmål for statens myndigheter. Et annet viktig spørsmål er om også offentlige myndigheter – for norske forhold særlig kommunene – kan være rettighetssubjekter til menneskerettighetene.

For alle disse problemstillingene oppstår det et felles spørsmål om hvem som er pliktsubjekt til menneskerettighetene, dvs. hvem som har plikt til å innfri rettighetene, alternativt avstå fra å hindre andre i å oppfylle rettighetene.

9.3.2 BORGERRETTIGHETER ELLER MENNESKERETTIGHETER?

I henhold til den eldre ideen om samfunnskontrakten vil individenes rettigheter være begrenset til de personer som statens myndigheter har inngått kontrakt med. Dette vil primært være landets borgere, derav også betegnelsen «borgerrettigheter». For det rettighetsvernet som ble etablert i Grunnloven av 1814, var det nok først og fremst bedrestilte norske menn man hadde i tankene.

I Høyesterett har man sett enkelte tilløp til å forstå Grunnlovens rettighetsvern som «borgerrettigheter». Dette ble bl.a. lagt til grunn for resonnementet i justitiarius Bergs votum i Rt. 1945 s. 198 (Klinge). For øvrig finner vi en rekke avgjørelser hvor grunnlovsvernet har hatt like stor gjennomslagskraft for utenlandske borgere som for norske borgere. Dette viser at til tross for at Grunnlovens rettigheter ble forstått som borgerrettigheter i 1814, har praksis etter hvert beveget seg i en annen retning.

Et tydelig utgangspunkt for de internasjonale konvensjonene er at statsborgerskap normalt er uten betydning for individenes rettighetsvern. Her er det mennesket eller individet som står i sentrum for rettighetsvernet, og da i kraft av sitt menneskeverd. I denne konteksten vil ingen ha et annet eller høyere menneskeverd enn andre. Dette innebærer at menneskerettighetene internasjonalt gjelder like mye for gammel som ung, fattig som rik, kvinne som mann. I EMK er dette alle som er underlagt statens jurisdiksjon, jf. artikkel 1, og i SP alle som befinner seg på territoriet underlagt statens jurisdiksjon, jf. artikkel 2 nr. 1. ØSK sier ikke noe direkte om dette, men åpner for at utviklingsland kan forbeholde økonomiske rettigheter for egne statsborgere. Indirekte følger det

⁶⁹ Se Erik Møse, *Menneskerettigheter*, 2002 s. 25.

⁷⁰ Se Njål Høstmælingen, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2003 s. 27.

⁷¹ Se <http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/tema/menneskerettigheter/hva-er-menneskerettigheter.html?id=447032>.

⁷² Se <http://www.une.no/Menneskerettigheter/Menneskerettighetene-setter-standard/>.

derfor at også rettighetene i ØSK i utgangspunktet tilkommer samtlige personer som befinner seg på territoriet, og som er underlagt statens jurisdiksjon.

Det internasjonale utgangspunktet gjenspeiles nå i Grunnloven § 110c og i forslag til ny § 2. Disse bestemmelsene omtaler eksplisitt rettighetsvernet i Grunnloven som menneskerettigheter, ikke borgerrettigheter. Under dagens rettstilstand må hovedregelen derfor være at Grunnloven verner om alle mennesker, ikke bare norske statsborgere.

Denne hovedregelen er imidlertid gjenstand for enkelte modifikasjoner, både i Norge og internasjonalt. I noen grad må utlendinger tåle at det legges større begrensninger på deres rettigheter enn statsborgeres rettigheter. Når det gjelder rettigheter etter Grunnloven, vil en utlending for eksempel ikke ha samme rett til deltakelse ved valg som norske statsborgere. For rettigheter etter menneskerettighetskonvensjonene gjelder tilsvarende. I tillegg følger det av konvensjonene at utlendinger for eksempel ikke vil ha rett til opptak ved universiteter på samme vilkår som landets statsborgere. Heller ikke har utlendinger samme beskyttelse mot utvisning som landets borgere.

9.3.3 JURIDISKE PERSONER SOM RETTIGHETS-SUBJEKT?

Et særlig spørsmål som melder seg, er hvorvidt menneskerettighetsbestemmelsene i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og Grunnloven skal eller bør verne om juridiske personer. Juridiske personer er et begrep som benyttes om selskaper, stiftelser, organisasjoner e.l. Dette er enheter som ikke er fysiske personer, men som like fullt kan være et rettslig subjekt. Juridiske personer kan for eksempel saksøke andre eller selv bli saksøkt, og etter norsk rett kan juridiske personer også rammes av foretaksstraff i henhold til straffeloven 1902 § 48.

Det internasjonale menneskerettighetsvernet tar i første rekke sikte på å verne fysiske personer, eller grupper av enkeltindivider, mot menneskerettighetskrenkninger. Verdenserklæringen taler for eksempel om «human beings», og SP taler om «individuals». EMK knytter imidlertid adgangen til å bringe et konvensjonsbrudd inn for EMD til uttrykket «victim» i EMK artikkel 34. Prinsipielt åpner dermed EMK for at også juridiske personer kan være vernet etter konvensjonen. Dette er også akseptert i EMDs praksis, men klageadgangen for juridiske personer er likevel begrenset til enkeltstående bestemmelser, hvor det særlig er retten til rettferdig rettergang i artikkel 6, retten til respekt for privatliv i artikkel 8, retten til ytringsfrihet i artikkel 10 og rett til eiendom etter EMK P1-1 som kan påberopes.⁷³ I tillegg vil juridiske personer sporadisk være vernet mot diskriminering etter EMK artikkel 14.⁷⁴ I de fleste europeiske

land vil det likevel være EUs regler om konkurranse, statsstøtte og offentlige anskaffelser som først og fremst sikrer juridiske personer mot usaklig forskjellsbehandling.

I den norske grunnlovstradisjonen har praksis vært en litt annen enn den som følger av konvensjonene. Mens utgangspunktet etter konvensjonene først og fremst er at fysiske personer nyter godt av menneskerettighetene, har utgangspunktet etter Grunnloven langt på vei vært at juridiske personer har det samme vern som fysiske personer. For de bestemmelsene som eksplisitt retter seg mot enkeltindivider, har problemstillingen likevel liten praktisk betydning: Når Grunnloven § 96 annet punktum forbyr tortur i avhør, er dette en bestemmelse som retter seg mot enkeltindivider i avhør. Tilsvarende gjelder for vern mot vilkårlig fengsling etter § 99 første ledd. Problemstillingen blir først aktuell ved øvrige rettighetsbestemmelser. I norsk rett er det på det rene at juridiske personer nyter godt av for eksempel lovskravet på strafferettens område (§ 96), tilbakevirkningsforbudet (§ 97), ytringsfriheten (§100) og ekspropriasjonserstatningsvernet (§ 105). Rettighetsvernet for juridiske personer strekker seg derfor i noen sammenhenger lenger etter Grunnloven enn det vern juridiske personer har etter de internasjonale menneskerettighetskonvensjoner.

9.3.4 KOLLEKTIVE RETTIGHETER

I noen grad verner menneskerettighetene om kollektive rettigheter, dvs. rettigheter som kommer en gruppe til gode, ikke bare enkeltindivider. Slike kollektive rettigheter finnes i dag i Grunnloven § 110 annet ledd (arbeidstakeres medbestemmelsesrett), § 110a (vern om samisk språk og kultur) og § 110b (retten til et sunt miljø). De to sistnevnte rettighetene kan både påberopes av kollektivet og av individet.

Retten til et sunt miljø etter Grunnloven § 110b er en rettighet som tilkommer «enhver», men det skal likevel tas hensyn også til «efterslægten». Dette innebærer at rettigheten må kunne påberopes av enkeltindivider, selv om vurderingstemaet først og fremst er hensynet til flere generasjoner. Ved vedtakelsen av bestemmelsen la Stortinget til grunn at retten til et sunt miljø er en menneskerettighet, jf. punkt 40.2.

Tilsvarende må legges til grunn for det samiske folks rettigheter. Dette er rettigheter som tilkommer alle samer med bosted eller opphold i landet.

Også i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene er kollektive rettigheter, som urfolksret-

⁷³ Se Ovey/White, *The European Convention on Human Rights*, 4. utgave, s. 482.

⁷⁴ Se Marius Emberland, *The human rights of companies – Exploring the structure of ECHR protection*, 2006, særlig s. 108-109.

tigheter og arbeidstakeres rettigheter, til stede. Det er derfor ikke tvilsomt at kollektive rettigheter i dag omfattes av menneskerettighetsbegrepet.

9.3.5 OFFENTLIGE MYNDIGHETER SOM RETTIGHETSSUBJEKT?

I utgangspunktet har ikke offentlige myndigheter rettigheter etter menneskerettighetene. Som vist i neste punkt vil offentlige myndigheter først og fremst være de som har *plikter* overfor enkeltpersoner, grupper av individer eller selskaper.

Etter de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene er dette utgangspunktet absolutt, men det utelukker likevel ikke at man i enkelte saker kan oppleve at grensen mellom offentlige og private institusjoner kan være vanskelig å trekke. Dette vil særlig kunne være en problemstilling for EMD, som i noen grad har anerkjent at juridiske personer kan ha rettigheter etter EMK.

I den norske Grunnloven er det likevel slik at Grunnloven § 97 om forbud mot tilbakevirkende lover kan påberopes av offentlige myndigheter dersom de ikke opptrer i kraft av å være offentlig myndighet, men for eksempel kontraktmotpart, jf. Rt. 1988 s. 276 (Røstad). Dette vil kanskje særlig være aktuelt for kommunene.

Tilsvarende må statens myndigheter kunne vise til at menneskerettighetene skal benyttes som *tolkningsmoment* i konkrete rettsvister, dvs. som begrunnelse og hensyn bak de avgjørelsene som myndighetene har truffet. Siden det påligger statens myndigheter å sikre gjennomføringen av menneskerettighetene, må myndighetene også kunne vise til disse forpliktelsene for å begrunne inngrep eller begrensninger i privates rettigheter. For mer om begrensninger i menneskerettighetene av hensyn til andres rettigheter, se kapittel 13.

9.3.6 HVEM ER PLIKTSUBJEKT?

Etter de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene er det *statene* som har plikter etter menneskerettighetene. Dette innebærer at det er landets statsmakter som er forpliktet til å oppfylle menneskerettighetene. I Norge vil dette være både den lovgivende, den utøvende og den dømmende makt.

I utgangspunktet er det også de offentlige myndigheter som er pliktsubjekt til rettighetsbestemmelsene i Grunnloven. Men flere av dagens bestemmelser er praktisert slik at de får reell virkning også for private. Det gjelder i første rekke tilbakevirkningsforbudet i § 97, yringsfrihetsvernet i § 100 og ekspropriasjonserstatningsvernet i § 105. Selv om bestemmelsene primært retter seg mot det offentlige gjennom formuleringer som «Ingen Lov» (§ 97), «fuld erstatning fra statskassen» (§ 105) eller at unntak fra yringsfrihet må følge av «Lov» (§ 100), er det

en lang tradisjon for at bestemmelsene benyttes også for å løse private rettsvister.⁷⁵ De av Grunnlovens bestemmelser som i dag først og fremst anses som politiske programerklæringer, vil imidlertid bare kunne benyttes som *tolkningsmoment* i saker mellom private parter.

Den betydningen som menneskerettighetene kan få for løsningen av tvister mellom private parter, har i noen sammenhenger vært omtalt som tredjeparts-virkninger. I et moderne demokrati vil trolig en langt større andel av menneskerettighetskrenkelsene være utøvet av private personer enn av offentlige myndigheter. Dette gjelder enten det er tale om foreldre som gifter bort sine barn ved tvang, arbeidsgivere som urettmessig leser den ansattes private korrespondanse, arbeidsgivere som uten saklig grunn nekter å ansette personer over 50 år eller legger vekt på hudfarge ved ansettelse, eller trossamfunn som nekter sine medlemmer å ytre seg kritisk til egen trosretning.

Selv om privates menneskerettighetskrenkelser trolig vil være flere enn myndighetenes menneskerettighetskrenkelser, vil utvalget for sine grunnlovsforslag legge til grunn hovedregelen om at det er de offentlige myndigheter som er pliktsubjekt til bestemmelsene. Utvalget vil likevel understreke at dette ikke innebærer at det er «fritt frem» for private personer til å krenke menneskerettighetene. Straffeloven og annen lovgivning setter i dag straff for privates overtredelse av flere sentrale menneskerettigheter, herunder straff for drap, legemsbeskadigelse, frihetsberøvelse, seksuelle overgrep, menneskehandel, diskriminering, overvåking, stemmefusk, tvangsekteskap, tilbakeholdelse av barn i skolepliktig alder mv. Disse bestemmelsene er et ledd i myndighetenes plikt til å sikre at private ikke krenker menneskerettighetene.

I tillegg til dette vil flere av rettighetene måtte balanseres mot hverandre i konkrete rettsvister. Det gjelder for eksempel retten til å ytre seg, der denne friheten må balanseres mot diskrimineringsvern eller rett til respekt for privatliv. Tilsvarende gjelder også for religionsfrihet og rett til egen kulturelle identitet. I praksis vil det stort sett bare være private interesser involvert i slike konflikter, og da er det de private som må ta hensyn til andres menneskerettigheter. Det kan i den forbindelse ikke utelukkes at krenkelse av andres menneskerettigheter vil påføre private personer et erstatningsansvar i henhold til de ulovfestede erstatningsrettslige regler. Særlig vil dette kunne være aktuelt dersom man gjennom sin adferd ikke

⁷⁵ For tilbakevirkningssakene, se for eksempel Rt. 2007 s. 1281 (Tomtefeste I/Øvre Ullern Terrasse). For yringsfrihetssakene, se for eksempel Rt. 1952 s. 1217 (To mistenkelige personer). Og for ekspropriasjonserstatning, se for eksempel Rt. 2007 s. 1308 (Tomtefeste III).

har tatt hensyn til menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven.

9.4 *Utvalgets forståelse av menneskerettigheter*

Utvalget legger til grunn at menneskerettigheter kan begrunnes på ulike måter. Et utgangspunkt er likevel at menneskerettighetene springer ut av et grunnsyn om at alle mennesker er født frie og like og med samme menneskeverd. Gjennom Verdenserklæringen om menneskerettigheter fra 1948 er det gitt en basis for forståelsen av hvilke rettigheter den enkelte har i kraft av sitt menneskeverd. Disse rettighetene er nærmere utdypet i FNs to konvensjoner fra 1966 – konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) og konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), og i andre konvensjoner. Et utgangspunkt er at rettighetene ikke kan forstås løst fra hverandre, og dette er også den forståelsen som er lagt til grunn for menneskerettsloven av 1999. Også utvalget legger til grunn denne forståelsen av menneskerettighetene.

I praksis innebærer disse utgangspunktene at menneskerettighetene ikke er forbeholdt landets egne statsborgere, med mindre det er saklig grunn til å forskjellsbehandle utlendinger. Slik forskjellsbehandling vil for eksempel være saklig begrunnet for stemmerett ved valg. Tilsvarende kan forskjellsbehandling, etter en nærmere vurdering, også begrunnes saklig dersom det er tale om økonomiske og sosiale rettigheter, herunder rett til utdanning, helsehjelp og sosialhjelp.

Menneskerettighetene er i utgangspunktet *individrettigheter*, ikke rettigheter for juridiske personer eller offentlige instanser. Likevel har enkelte av bestemmelsene i EMK og Grunnloven vært forstått slik at de også verner om juridiske personer. Dette gjelder særlig eiendomsrettsvernet og ekspropriasjonsstatningsvernet i EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 og Grunnloven § 105. Det gjelder også for lovskravet på strafferettens område og tilbakevirkningsforbudet i EMK artikkel 7 og Grunnloven § 97, samt ytringsfrihet i EMK artikkel 10 og Grunnloven § 100. Utvalget finner at den norske grunnlovstradisjonen bør videreføres på dette punkt, men likevel slik at ikke alle nye grunnlovsbestemmelser kan påberopes av juridiske personer. Utvalget ser behov for å sondre mellom ulike typer av rettigheter og vil derfor kommentere disse forholdene særskilt i forbindelse med fremstillingen av de enkelte grunnlovsforslag.

Forståelsen av menneskerettigheter åpner for å inkludere kollektive rettigheter. Urfolkrettigheter vil først og fremst være rettigheter som tilkommer samene som gruppe, men det vil også være adgang for den enkelte til å påberope seg denne rettigheten.

Tilsvarende vil miljø som menneskerettighet kunne påberopes av både enkeltindividet, berørte grupper og på vegne av fremtidige generasjoner.

Pliktsubjektet til menneskerettighetene vil primært være statens myndigheter. Etter de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene er det bare statene som er pliktsubjekt. I Norge har det også vært tradisjon for at det er statens myndigheter som er pliktsubjekt til rettighetene i Grunnloven. Det innebærer at statens myndigheter både plikter å gjennomføre rettighetene og samtidig iverksette tiltak for å forhindre at private begår overgrep. Dette siste kan statens myndigheter forsøke å hindre gjennom effektiv og håndhevbar lovgivning. Med statens myndigheter siktes det her til alle offentlige institusjoner som representerer myndighetene, enten som ledd i virksomheten til den utøvende, den lovgivende eller den dømmende makt. Ved gjennomgåelsen av de enkelte rettigheter i del IV vil utvalget gjøre nærmere rede for hvem som er rettighetssubjekt til de enkelte bestemmelsene.

Til sist vil utvalget peke på at selv om uttrykket «menneskerettigheter» mangler en helt presis definisjon, finner utvalget det likevel hensiktsmessig å tale om menneskerettigheter. Uttrykket er vel etablert i internasjonale konvensjoner, i nasjonal og internasjonal lovgivning og faglitteratur, i rettspraksis og i folks alminnelige rettsbevissthet. Dette peker i retning av at betegnelsen menneskerettigheter bør videreføres i Grunnloven som en felles betegnelse for individenes rettighetsvern.

10. Bør menneskerettigheter grunnlovsfestes?

10.1 *Innledende bemerkninger*

Et av de viktigste spørsmålene som reises i utvalgets mandat, er hvorvidt menneskerettigheter bør grunnlovsfestes. For å svare på dette har utvalget vurdert flere hensyn. I det følgende vil det bli gjort rede for disse hensynene, samt hvordan man kan se ulikt på spørsmålet om grunnlovsfesting, alt etter hvilken innfallsvinkel eller hvilket perspektiv man anlegger.

Sentralt for denne redegjørelsen vil være vurderingen av Grunnlovens rettslige, politiske og symboliske betydning, jf. punkt 4.2. Spørsmålet om grunnlovsfesting av menneskerettigheter er i stor grad et spørsmål om hvilken rolle eller funksjon det er ønskelig at Grunnloven skal ha i fremtiden, enten dette er for nasjonen som sådan, for befolkningen og samfunnet, eller for den enkelte.

10.2 *Behov for flere menneskerettigheter i Grunnloven?*

10.2.1 RETTSLIG BEHOV?

Det kan reises spørsmål om det foreligger et rettslig behov for å endre eller forbedre rettighetsvernet i

Grunnloven. Både gjennomgåelsen i del II og den gjennomgåelsen som kommer i del IV, viser at de sentrale menneskerettighetene allerede er sikret gjennom menneskerettsloven og annen ordinær lovgivning. Med annen ordinær lovgivning siktes det for eksempel til straffeloven, straffeprosessloven, tvisteloven, domstolsloven, pasientrettighetsloven, diskrimineringsloven, utlendingsloven, barnelova, opplæringslova, folketrygdloven og kulturlova. Utvalgets forslag til grunnlovsfesting av de sentrale menneskerettighetene vil heller ikke endre det materielle innhold i dagens rettstilstand. På denne bakgrunn kan det hevdes å være unødvendig å skrive de sentrale menneskerettighetene inn i Grunnloven. Særlig menneskerettsloven av 1999, med inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner, vil gi et langt mer detaljert rettighetsvern i Norge enn det Grunnloven kan gi.

En eventuell grunnlovsfesting av de sentrale menneskerettighetene vil imidlertid føre til at *kjernen eller essensen i rettighetene* løftes inn i Grunnloven. Den ordinære lovgivning er i høy grad detaljert, og det kan være vanskelig å gripe hvilke regler som tilhører de sentrale menneskerettighetene, hvilke regler som er utslag av eller detaljreguleringer av sentrale rettigheter, og hvilke regler som faller utenfor menneskerettighetsvernet. Dersom de sentrale rettighetene løftes inn i Grunnloven, vil dette tydeliggjøre hvilke kjerneverdier som er fundamentale i det norske samfunn.

Et annet aspekt er at disse rettighetene dermed får et bedre vern mot kortvarige politiske strømninger og mot en politisk maktelite som måtte komme i utakt med menneskerettighetene. Dette har sammenheng med at grunnlovsendringer er avhengig av et større flertall enn annen lovgivning, de tar lengre tid å gjennomføre, og folkets røst vil i prinsippet kunne ha større innflytelse på hvilke grunnlovsendringer som til sist blir vedtatt. I henhold til Grunnloven § 112 er det nødvendig med to tredjedels flertall i Stortinget for å endre Grunnloven. I tillegg skal grunnlovsendringer fremsettes på ett Storting og vedtas i det neste, etter at det er avholdt mellomliggende valg. Fra forslagene blir fremsatt og til de eventuelt vedtas, kan det ikke foretas endringer i utformingen av forslagene. Ved grunnlovsfesting av de sentrale menneskerettighetene vil prosedyrene i dagens § 112 sikre at et simpelt flertall i Stortinget ikke bryter med de sentrale menneskerettighetene. Grunnloven vil således sikre større stabilitet og forutsigbarhet.

Videre kan påpekes at det i vår rettstradisjon er Grunnloven som er den høyeste rettskilde. Enkelte har av den grunn hevdet at bestemmelser i Grunnloven må «gå foran» bestemmelser i menneskerettsloven. Dermed *kan* det oppstå uklarhet om hvilke regler som skal følges, og om hvordan rettighetene i

Grunnloven skal tolkes. Disse utfordringene kan tenkes å oppstå i to typetilfeller: Det ene er de tilfeller hvor rettigheter i menneskerettsloven ikke fullt ut samsvarer med lignende bestemmelser i Grunnloven, og det andre er de tilfeller hvor ulike rettigheter, én utledet av menneskerettsloven og en annen utledet av Grunnloven, må balanseres mot hverandre.

Det første av disse typetilfellene medfører som regel ingen rettslige problemer, i hvert fall ikke der den ene av sakens parter er statens myndigheter. I den utstrekning det er tale om bestemmelser som gir et lignende vern, har norske domstoler anvendt den bestemmelsen som gir individene det beste vernet. I så måte blir det uten betydning om rettigheten kan utledes av Grunnloven eller menneskerettsloven. Hvorvidt Grunnloven i disse tilfellene bør tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene når man fastlegger innholdet i Grunnlovens regel, vil bli nærmere behandlet i kapittel 15.

For det andre typetilfellet, der det er tale om mulig konflikt mellom individrettigheter, kan trinnhøydeforskjellen mellom menneskerettsloven og Grunnloven bidra til å begrunne hvorfor de sentrale menneskerettighetene bør skrives inn i Grunnloven. Dersom sentrale rettigheter støter mot hverandre, vil det være nødvendig å foreta en balansering eller avveining av rettighetene. Det er for eksempel ikke uvanlig at ytringsfrihet og religionsfrihet støter an mot retten til respekt for privatliv eller forbud mot diskriminering. Teoretisk kunne man tenke seg at ytringsfrihet og religionsfrihet skulle «gå foran» diskrimineringsvern og retten til respekt for privatliv, fordi det bare er de førstnevnte rettighetene som kan utledes av Grunnloven. Enkelte har også tatt til orde for en slik løsning, men Høyesterett har i praksis foretatt en avveining av de rettighetene som står mot hverandre med sikte på å finne en balansert løsning mellom individenes ulike menneskerettigheter. Dette gjelder uavhengig av om rettighetene kan utledes av Grunnloven eller menneskerettsloven. I henhold til de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene er det også forutsatt at det skal foretas en slik avveining eller balansering.

All den tid det må foretas en balansering eller avveining mellom menneskerettighetene, blir dette et viktig argument for at de sentrale rettighetene som skal avveies, også bør fremkomme av én og samme rettskilde – i dette tilfellet Grunnloven. En samlet fremstilling av rettighetene vil ikke bare være oversiktlig og klargjørende, men også synliggjøre i Grunnloven den avveiningen mellom rettigheter som skjer i Høyesterett og i de internasjonale håndhevingsorganene. Det vil samtidig fjerne enhver rettslig tvil om hvorvidt rettighetene skal avveies mot hverandre.

10.2.2 BEHOV FOR EN OPPDATERING?

Rettighetsvernet i Grunnloven gir på ingen måte et dekkende bilde av de grunnleggende rettigheter som individene har i Norge i dag, jf. særlig kapittel 4. I noen grad fremstår rettighetene i dagens grunnlov som fragmenterte og tilfeldige. Dette er særlig synlig dersom man sammenholder den norske Grunnloven med internasjonale konvensjoner og med moderne konstitusjoner i andre land, men det er også synlig dersom man sammenholder Grunnloven med ordinær norsk lovgivning. Menneskerettsloven, de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og andre lands konstitusjoner viser at flere av de sentrale rettighetene ikke lar seg utlede av Grunnloven. Det kan være nok å nevne noen eksempler, som bl.a. retten til ikke å bli diskriminert, retten til respekt for sitt privatliv, barns rett til respekt for sitt menneskeverd, tanke- og samvittighetsfrihet, bevegelsesfrihet, retten til grunnleggende utdanning, samt retten til å danne foreninger, møtes i forsamlinger og demonstrere. For mange er nok dette rettigheter som fremstår som selvsagte i en demokratisk rettsstat, og det vil trolig komme som en overraskelse på mange at dette er rettigheter som ikke finnes i vår grunnlov, men som er sikret i mange andre lands grunnlover.

Det er heller ikke tvil om at utviklingen av samfunnet de siste to hundreårene har løpt fra flere av grunnlovsbestemmelsene fra 1814. Av de opprinnelige rettighetsbestemmelsene i Grunnloven er noen dårlig tilpasset dagens utfordringer, mens andre er vanskelige å forstå. Dette gjelder for eksempel § 98 (forbud mot avgift av sportler), § 101 (næringsfrihet), § 103 (forbud mot fristeder) og § 104 (forbud mot å «forbryde» jord og boslod). Andre bestemmelser må derimot fortsatt regnes blant de sentrale menneskerettighetene, for eksempel Grunnloven § 96 (ingen straff uten lov og dom), § 97 (forbud mot tilbakevirkende lover) og § 100 (ytringsfrihet).

De seneste tiårene har det i hver stortingsperiode blitt fremsatt forslag om endringer i Grunnloven. Dette kan tyde på at det generelt er liten politisk tilfredshet med hvordan Grunnlovens rettighetsbestemmelser fremstår i dag. Den jevne strøm med endringsforslag har likevel ikke ledet frem til et systematisk grunnlovsarbeid, der det er utredet hvilke rettigheter som bør være nedfelt i Grunnloven, og hvordan disse eventuelt bør være utformet. Men to større offentlige utredninger har de siste par årene konkludert med at diskrimineringsvern og personvern bør grunnlovsfestes.⁷⁶

Fordelen med en strukturert oppdatering av Grunnloven er at det vil føre til mindre fragmentering og mer forståelige rettigheter. En slik oppdatering vil gjøre en alminnelig leser av Grunnloven i stand til å

danne seg et bilde av det sentrale rettighetsvern som den enkelte i Norge nyter godt av. Grunnloven vil samtidig bli mer aktuell og bedre rustet til å møte dagens og morgendagens behov og utfordringer.

En praktisk innvending mot å skrive flere rettigheter inn i Grunnloven kan være vissheten om at krenkelser av menneskerettighetene skjer i langt mindre utstrekning i Norge enn i svært mange andre land. Dette vet man både fordi antall klager og domfellelser mot Norge i EMD er lavt sammenliknet med de fleste andre europeiske land, og fordi det er fremsatt få alvorlige merknader mot Norge fra ulike menneskerettighetsorganer i FN og Europarådet, samt fra menneskerettighetsorganisasjoner. Forklaringen på Norges stilling når det gjelder etterlevelse av menneskerettighetene er trolig sammensatt, men en viktig forutsetning har vært den brede tverrpolitiske enighet og vilje til å sikre menneskerettighetene i Norge i tiden etter annen verdenskrig i den ordinære lovgivning. Sammenliknet med andre land var Norge tidlig ute med å etablere og arbeide for likestilling mellom kjønnene og for barns rettigheter. Tilsvarende var Norge tidlig ute med etableringen og utviklingen av trykkefrihet og ytringsfrihet, forenings- og forsamlingsfrihet, alminnelig stemmerett og sosiale rettigheter.

Tverrpolitisk enighet og få krenkelser av menneskerettighetene innebærer likevel ikke at slike krenkelser ikke finner sted i Norge. Det kan heller ikke gis noen garanti for at den tverrpolitiske enighet på dette området vil vedvare i tiårene som kommer. En samlet fremstilling av de sentrale rettighetene i Grunnloven kan således være av stor betydning for å bevare og på en positiv måte videreutvikle det samfunn vi har i dag, der respekten for den enkelte og for den enkeltes menneskeverd står sterkt.

10.3 *Grunnloven som uttrykk for statens verdigrunnlag*

10.3.1 VERDIGRUNNLAGET SAMLET I GRUNNLOVEN

For Riksforsamlingen på Eidsvoll representerte Grunnloven det generelle verdigrunnlag som nasjonen Norge skulle tuftes på. Dette er bl.a. kommet til uttrykk i Grunnloven § 112, der det heter at Grunnloven ikke kan endres i strid med dens «ånd og prinsipper». En av ideene bak Grunnloven i 1814 var vernet om enkeltindividenes frihet og likhet, jf. punkt 4.6. En samlet fremstilling av dette verdigrunnlaget i Grunnloven vil dermed være i tråd med den opprinnelige hensikten med Grunnloven fra 1814.

Senere grunnlovsendringer må sies å ha ivarettet grunntanken fra 1814, ved at det bare er de overordnede verdier og de generelle rammer for statsstyret som er kommet til uttrykk i Grunnloven. Grunnloven inneholder på den ene side de sentrale reglene for

⁷⁶ Se NOU 2009: 1 og NOU 2009: 14.

samspeilet mellom statsmaktene og deres rettslige kompetanse. På dette punkt har den nylige kodifiseringen av parlamentarismen og regjeringens opplysningsplikt ledet til en mer oppdatert grunnlov. I tillegg til dette inneholder Grunnloven noen av de sentrale rettighetene som den enkelte har i møte med statsmaktene. En oppdatering av disse rettighetene vil bidra til å samle det sentrale verdigrunnlaget for staten i Grunnloven. Foreldede formuleringer og et fragmentert rettighetsvern er ikke godt egnet til å uttrykke det verdigrunnlag som nasjonen bygger på i dag. Dersom Grunnloven fortsatt skal kunne ivareta sin rolle som et grunnleggende symbolsk, politisk og rettslig dokument, er det all grunn til å gjennomføre en modernisering av rettighetsvernet.

En samlet fremstilling av verdigrunnlaget i Grunnloven kan også være av større betydning i årene som kommer enn det tilfellet har vært de siste årene. Vår tid er i større grad enn den nære etterkrigstiden preget av globalisering, migrasjon og raske kommunikasjonsmidler. Dette har ført til større kulturelle og politiske forskjeller enn det som var vanlig i siste halvdel av 1900-tallet. utfordringene dette bringer med seg, leder til et større behov for å etablere og formulere et verdigrunnlag som kan være den felles plattform for personer med ulik gruppetilhørighet. I stor grad vil det være statens oppgave å formulere og formalisere dette verdigrunnlaget, for på den måten å gi de grunnleggende spilleregler for samfunnet, demokratiet og rettsstaten. Et slikt felles verdigrunnlag bør være reflektert i nasjonens viktigste symbolske, politiske og rettslige dokument, nemlig Grunnloven.

En forutsetning for at Grunnloven skal kunne utgjøre et slikt samlende fundament i et stadig mer pluralistisk samfunn, vil være at Grunnloven reflekterer respekten for og ivaretagelsen av enkeltindividet. Denne respekten og ivaretagelsen må gjelde uavhengig av den enkeltes personlige ressurser, den enkeltes gruppetilhørighet, den enkeltes politiske syn og den enkeltes opprinnelse. Med et rettighetsvern i dagens grunnlov som er fragmentert og begrenset, kan det være deler av befolkningen som ikke kjenner seg igjen i Grunnloven, eller som opplever at Grunnloven i liten grad angår dem. Grunnlovens rettighetsvern bør derfor gi uttrykk for en helhet av rettigheter, ikke bare ytringsfrihet, tilbakevirkningsforbud og ekspropriasjonsstatningsvern, men også kulturelle og sosiale verdier.

En innvending mot å samle et felles verdigrunnlag i Grunnloven kan likevel være at det er vanskelig å enes om hvilke rettigheter som er «de sentrale». Menneskerettsloven, med sine fem menneskerettighetskonvensjoner, er omfangsrik. I tillegg kommer de konvensjonene Norge har sluttet seg til, men som

ikke er omfattet av menneskerettsloven. Samlet gir disse konvensjonene en detaljert og omfattende fremstilling av de internasjonale menneskerettighetene. Det vil ikke være realistisk å foreta en uttømmende og dekkende regulering i Grunnloven, som fullt ut sammenfaller med det menneskerettighetsvern som følger av disse konvensjonene. Skulle man ha gjort det, ville samtlige menneskerettighetskonvensjoner måtte inkorporeres i den norske Grunnloven.

De omfangsrike menneskerettighetskonvensjonene illustrerer imidlertid poenget med å løfte essensen i rettighetsvernet inn i Grunnloven. Før man skaffer seg et godt overblikk over materien, kan man lett få inntrykk av at det er svært mange menneskerettigheter. Ved nærmere lesning vil man likevel se at mange av bestemmelsene er utslag av de samme verdiene, og at det strengt tatt ikke er tale om så mange rettigheter. Dette innebærer at det er fullt mulig å identifisere noen sentrale rettigheter og løfte essensen eller kjernen i disse rettighetene inn i Grunnloven. Detaljene i rettighetsvernet kan overlates til menneskerettsloven eller annen ordinær lovgivning.

Ved å løfte det sentrale innholdet i de internasjonale rettighetene inn i Grunnloven vil det også være mulig å sette disse rettighetene inn i en nasjonal ramme. Man får en mulighet til å etablere og formalisere det verdigrunnlag som skal danne utgangspunkt for det norske demokratiet og den norske rettsstaten. De rettighetene som eventuelt vil komme frem i Grunnloven, vil da være mer relevante for forståelsen av det norske samfunn og for de verdiene som den norske stat ønsker å fremme, enn de internasjonale konvensjonene.

10.3.2 NY VERDI- OG FORMÅLSBESTEMMELSE I GRUNNLOVEN § 2

Den 10. april 2008 inngikk de politiske partiene på Stortinget en avtale med sikte på å endre den eksisterende statskirkeordning (stat/kirke-forliket). Som et ledd i avtalen har partene blitt enige om å fremlegge og vedta endringer i eksisterende grunnlovsbestemmelser. Ett av disse endringsforslagene innebærer at Grunnloven § 2 får en annen utforming enn i dag.

Slik § 2 lyder i dag, verner første ledd om religionsfriheten, se mer om dette i kapittel 27. Annet ledd slår fast statskirkeordningen. Både bestemmelsen om religionsfrihet og bestemmelsen om forholdet mellom staten og Den norske kirke er foreslått flyttet til ny § 16. Som ny Grunnloven § 2 er foreslått følgende:

«Værdigrundlaget forbliver vor kristne og humanistiske Arv. Denne Grundlov skal sikre Demokratiet, Retsstaten og Menneskerettighederne.»

Med ny § 2 vil første punktum slå fast utgangspunktet for statens verdigrunnlag, nemlig vår kristne og humanistiske arv. Dernest vil annet punktum angi formålet med Grunnloven, nemlig å sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.

I likhet med Grunnloven § 110c anvender forslaget til Grunnloven § 2 annet punktum uttrykket «Menneskerettighetene». Uttrykket demokrati er også benyttet i yttingsfrihetsbestemmelsen i § 100, mens «Retsstaten» og «vor kristne og humanistiske Arv» kommer inn i Grunnloven for første gang.

Avstanden mellom den gamle og den nye § 2 er stor, selv om verdigrunnlaget for den norske statsformen videreføres («forbliver»). Ny § 2 første punktum lest i sammenheng med ny § 16 innebærer et brudd med en langvarig tradisjon om at staten definerer en offentlig religion. Dermed endres forståelsen av staten. Fra å definere en offentlig religion skal staten ikke lenger bekjenne seg til noen religion. Statskirken videreføres gjennom folkekirken.

Ved siden av å slå fast statens verdigrunnlag angir Grunnloven § 2 et definert formål for Grunnloven selv, noe som ikke tidligere har kommet til uttrykk i norsk statsrettstradisjon. Formålsbestemmelsen innebærer neppe noen realitetsendring. Den norske konstitusjonen har lenge vært basert på demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene. Men den nye § 2 bidrar til å synliggjøre disse verdiene og forholdet mellom verdigrunnlaget og Grunnlovens formål. Den nye § 2 vil således bli en viktig bestemmelse, bl.a. for tolkningen av de øvrige bestemmelsene i Grunnloven.

En naturlig oppfølging av den nye formålsbestemmelsen i § 2 annet punktum vil være å virkeliggjøre målsettingen om å sikre menneskerettighetene og rettsstaten gjennom Grunnloven. Forslag til ny § 2 skaper utvilsomt en forventning om at denne målsettingen realiseres, og at formålsbestemmelsen virkelig preger hele Grunnloven. En nærliggende måte å imøtekomme denne forventningen på er å sikre en mer helhetlig fremstilling av de sentrale menneskerettighetene i Grunnloven.

10.4 Norges internasjonale forpliktelser

Norge har gjennom tilslutning til en rekke konvensjoner om individenes rettigheter forpliktet seg til å følge opp det rettighetsvernet konvensjonene gir. Det foreligger riktignok ingen konvensjonskrav om at menneskerettighetene skal stå i en egen nasjonal «rettighetskatalog», og det er heller ikke krav til på hvilket nivå eller med hvilken trinnhøyde rettighetene skal gjennomføres i den nasjonale lovgivning.

Fem av menneskerettighetskonvensjonene er i dag gjennomført ved menneskerettsloven av 1999, jf. punkt 6.2. I henhold til menneskerettsloven § 3 skal disse konvensjonene gå foran annen lovgivning ved

eventuell motstrid. Menneskerettsloven og dens forrangsbestemmelse er dermed et viktig bidrag til at de internasjonale menneskerettighetene oppfylles i norsk rett.

Gjennomføring av de *sentrale* rettighetene på grunnlovs nivå vil på flere måter gi rettighetene en sterkere nasjonal forankring. Menneskerettsloven inkorporerer i dag bare fem av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene, og loven og dens forrangsbestemmelse i § 3 kan oppheves ved ordinær lovgivning. Grunnlovsfesting av de sentrale rettighetene vil, som følge av kravet om to tredjedels flertall i dagens § 112, gjøre det vanskeligere å endre eller sette til side disse rettighetene. Samtidig vil de sentrale rettighetene som grunnlovsfestes, ikke bare måtte forstås på bakgrunn av de fem konvensjonene som er inkorporert i menneskerettsloven, men av samtlige menneskerettighetsforpliktelser som hviler på Norge.

Det er videre grunn til å tro at rettighetenes forankring i Grunnloven på sikt vil bidra til å sikre en effektiv nasjonal håndhevelse, noe som også vil kunne redusere belastningen på de internasjonale konvensjonsorganene. EMD er i dag overbelastet med saker, uten at man så langt har klart å finne en tilfredsstillende løsning på problemet. Europarådets ministerkomité har på denne bakgrunn understreket behovet for større nasjonalt ansvar for ivaretagelse av menneskerettighetene, slik det også er uttrykt i Interlaken Declaration av 19. februar 2010. Selv om Norge ikke bidrar med mange saker til EMD, er det viktig at også Norge følger opp denne deklarasjonen.⁷⁷

Det kan føyes til at selv om Norge på mange måter har vært et foregangsland internasjonalt, kan manglende grunnlovsvern om sentrale menneskerettigheter bidra til å redusere Norges mulighet til å påvirke tolkningen og utviklingen av de internasjonale menneskerettighetene. Så lenge Norge ikke har et dekkende rettighetsvern i Grunnloven, vil det være de internasjonale håndhevingsorganer som fortsatt definerer innholdet i rettighetsvernet også for norske forhold. Dette har sammenheng med at internasjonale håndhevingsorganer, enten det er tale om EMD, FNs menneskerettighetskomité eller andre, vil ha kompetanse til å tolke innholdet i de internasjonale konvensjonene som er underlagt deres myndighetsområde. I den utstrekning det norske menneskerettighetsvernet i hovedsak er nedfelt i de internasjonale konvensjonene, vil disse håndhevingsorganene ha den avgjørende innflytelsen på tolkningen og forståelsen av menneskerettighetsvernet etter norsk rett.

⁷⁷ Se Interlaken Declaration av 19. februar 2010 på <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1591969>.

Dersom man i stedet sikrer de sentrale menneskerettighetene i Grunnloven, vil nasjonale institusjoner trolig få større innflytelse på tolkningen. Dette betinger imidlertid at norske myndigheter har tatt hensyn til og vurdert de problemstillingene som også vil være gjenstand for vurderinger etter de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. Erfaringene fra særlig EMD viser at dersom nasjonale myndigheter har vurdert de relevante problemstillingene, vil EMD i større utstrekning åpne for nasjonale løsninger gjennom anvendelse av statenes skjønnsmargin («margin of appreciation»).

I forlengelsen av dette kan nevnes at særlig EMD har høstet kritikk for enkelte av sine avgjørelser. Kritikken er imidlertid ikke entydig. Mens enkelte mener at EMD er for dynamisk i sin fortolkning av menneskerettighetene og dermed går for langt i å sikre fysiske og juridiske personer mot inngrep fra statens myndigheter, mener andre at EMD i for stor utstrekning lar seg presse av det politiske flertall i nasjonalstatene til å treffe avgjørelser som ikke sikrer individenes vern i tilstrekkelig grad. Det kan i den forbindelse også nevnes at EMD er satt sammen av dommere fra hele Europa – et Europa som i dag rommer flere ulike rettskulturer. Selv om EMDs avgjørelser stort sett er godt fundert eller sammenfaller med et tradisjonelt norsk syn på hva menneskerettighetene skal og bør verne om, vil disse forskjellene med nødvendighet innebære at enkelte avgjørelser kan virke fremmedartede i en norsk kontekst.

Disse forholdene gjør det desto mer viktig at man på det nasjonale plan er i stand til å formalisere og formidle det man mener er de sentrale menneskerettighetene. Det kan som nevnt ikke utelukkes at dette vil bli tatt hensyn til av EMD i avgjørelser der Norge er part, og det kan heller ikke utelukkes at Norge vil være tjent med å ta flere av disse diskusjonene internt før de bringes ut i verden.

Et viktig aspekt i denne sammenheng er at man på det nasjonale plan har en annen form for maktbalanse enn den man finner i Europarådet og FN. Dersom de nasjonale domstolene skulle komme frem til en avgjørelse som Stortinget ikke bifaller, vil Stortinget, for det tilfellet at rettighetsbestemmelsen finnes i Grunnloven, med to tredjedels flertall kunne korrigere den kursen som de nasjonale domstolene har lagt seg på. En tilsvarende mulighet har man ikke for EMDs avgjørelser, og dette taler for at de sentrale rettighetene bør inn i Grunnloven. Dette er en viktig prinsipiell forskjell, men den har neppe stor praktisk betydning. Det skal trolig mye til før Stortinget korrigerer de nasjonale domstolene. Samtidig vil gjennomslagskraften og oppfølgingen av EMDs avgjørelser bli kraftig redusert i Europa dersom domstolen skulle treffe for mange avgjørelser som nasjonalstatene finner urimelige.

10.5 Forholdet mellom rett og politikk

10.5.1 INNLEDENDE OM MENNESKERETTIGHETENES POLITISKE DIMENSJON

Ved siden av den rettslige dimensjonen har menneskerettighetene også en politisk dimensjon.⁷⁸ Formuleringen av menneskerettighetene og det nærmere innhold i den enkelte rettighet er resultat av politiske kompromisser, både nasjonalt og internasjonalt. Rettighetene er ofte formulert generelt, og i noen grad må det også aksepteres at det gjøres inngrep eller begrensninger i menneskerettighetene, særlig for å verne andres menneskerettigheter eller for å ivareta viktige samfunnsinteresser. Dette gir rom for alternative tolkninger av hvor langt rettighetsvernet strekker seg.

Disse forholdene gjør at berørte parter, på helt legitimt grunnlag, vil forsøke å påvirke forståelsen av og innholdet i rettighetene. Det kan være alt fra politiske myndigheter til enkeltindivider og interesseorganisasjoner. Dette reiser igjen et spørsmål om hvem som skal trekke opp grensene for rettighetsvernet, og hvilke hensyn som da skal tillegges vekt. Ett svar kan være at det er juristene og deres rettslige argumenter som alene skal være retningsgivende for tolkningen av menneskerettighetene. Et annet vil være at også politiske beslutningsorganer og politiske argumenter skal og bør kunne øve innflytelse på tolkningen av rettighetene. Det finnes ingen entydige svar på dette, men Høyesteretts tilnærming har vært å tillegge både rettslige og politiske argumenter vekt når innholdet i rettighetene trekkes opp. For tolkning av Grunnlovens rettighetsbestemmelser vil domstolene i stor utstrekning legge vekt på lovgivers vilje dersom det er tvil om hvordan rettighetene er å forstå, se mer om tolkning av Grunnloven i kapittel 15.

Enkelte vil hevde at de litt ulike tilnærmingene til tolkningen gjør rettighetene lite egnet for regulering på grunnlovs nivå. Det er imidlertid viktig at man ikke mister av syne at det i folks daglige virke er svært få situasjoner hvor menneskerettighetene kan komme til å utgjøre relevante problemstillinger. For disse situasjonene finnes en omfattende menneskerettighetspraksis, både nasjonalt og internasjonalt, som kan gi nyttig veiledning ved fortolkningen av den aktuelle rettighet. For det overveldende antall saker vil det derfor være uproblematisk å ta stilling til om lover eller forvaltningsvedtak krenker eller ikke krenker menneskerettighetene. Det vil for eksempel sjelden by på problemer å avgjøre om en myndighetshandling skal karakteriseres som tortur eller ikke. Tilsvarende vil det sjelden være vanskelig å ta stilling

⁷⁸. Med dette er meningen ikke å underslå at menneskerettighetene også har dimensjoner som er historiske, litterære, religiøse m.v. Hensikten er kun å fremheve at menneskerettighetene har politiske dimensjoner som fortløpende kan påvirke innholdet i rettighetene.

til om den enkeltes uttalelser er omfattet av yringsfriheten eller ikke.

For de få, men vanskelige grensetilfellene, vil mange trolig akseptere at politiske strømninger øver en viss innflytelse på den rettslige tolkningen. Noen argumenter må med nødvendighet spille inn ved tolkningen av rettighetene, og politiske argumenter kan være like legitime i denne sammenhengen som ikke-politiske argumenter. Og selv om noen skulle finne den politiske påvirkning utidig, mens andre vil mene at den rettslige tolkning er i utakt med flertallets vilje, er dette neppe grunner som er gode nok til å fraråde grunnlovsfesting av de sentrale menneskerettighetene. Det vil tross alt bare være i et fåtall av saker at uklarhet omkring tolkningen kan få betydning for det rettslige utfallet.

Et par problemstillinger i gråsonen mellom jus og politikk påkaller likevel enkelte særlige bemerkninger ut over det som allerede er sagt. Det dreier seg i første rekke om forholdet mellom flertallets demokratiske vilje og domstolenes prøving når det gjelder grunnlovsmessigheten av lover og forvaltningsvedtak, jf. punkt 10.5.2. Dernest er det spørsmålet om grunnlovsrettigheter bidrar til såkalt rettsliggjøring, eller om rettighetene snarere bidrar til å opprettholde og ivareta rettsstaten, jf. punkt 10.5.3.

10.5.2 DEMOKRATI OG DOMSTOLSKONTROLL

Det er sikker rett at dagens grunnlovsrettigheter kan prøves for domstolene, og at dette utgjør en av flere rettssikkerhetsgarantier i den norske rettsstaten, jf. kapittel 14. Kritiske røster har imidlertid hevdet at domstolenes kontroll med etterlevelsen av rettighetene i Grunnloven er en ikke-demokratisk innblanding i de politiske beslutningsprosesser. Dette reiser spørsmål om flere håndhevbar rettigheter i Grunnloven vil bidra til å svekke demokratiet, og om dette i så fall tilsier at man ikke bør grunnlovsfeste flere rettigheter.

Det kan hevdes at et økt antall rettigheter i Grunnloven vil kunne gi domstolene økt makt på bekostning av den lovgivende og den utøvende myndighet. Dette fordi menneskerettighetene i praksis fungerer som en rettslig skranke for politikken handlingsrom, i den forstand at domstolene kan sette lover og forvaltningsvedtak til side dersom de krenker menneskerettighetene. Domstolskontrollen kan med et slikt perspektiv sies å utgjøre en trussel mot de demokratiske prosesser som har ledet frem til disse vedtakene.

I sluttrapporten fra Makt- og demokratiutredningen heter det bl.a.:

«Forholdet mellom domstoler og lovgivningsmakt ville kunne forskyve seg i domstolenes favør dersom Grunnloven ble supplert med en omfattende rettighetserklæring, noe som har blitt foreslått fra

enkelte hold. Spillerrommet for fortolkning, vekting av ulike rettigheter og tilsidesetting av alminnelig lovgivning ville bli langt større. Domstolenes makt ville i så fall øke ytterligere på bekostning av folkestyret, slik tilfellet er i mange europeiske land.»⁷⁹

Advarslene på dette punkt er viktige, men man må ikke miste av syne at i den grad det er tale om menneskerettigheter i grunnlov eller annen lovgivning, så er det lovgiver, ikke domstolene, som har vedtatt disse rettighetene. Det er i så måte lovgiver som treffer beslutningen om å sikre mindretallets og minoritetenes interesser.

Forslaget til ny § 2 i Grunnloven illustrerer at selv om hensynet til flertallsviljen står sentralt i vårt samfunn, står hensynet til individet og de individuelle rettighetene like sentralt. Når de demokratiske beslutningsorganer treffer sin avgjørelse, skal også hensynet til minoriteter og enkeltindivider ivaretas. Tanken er at demokratiet ikke er ment å være flertallets rett til å sørge for seg og sitt. Flertallet har en forpliktelse til å ta vare på hele samfunnet, der også svake grupper, mindretall og minoriteter hører hjemme.

Det er innenfor denne forståelsen av demokratiet at også domstolskontrollen har sin plass. Domstolene og deres kontroll kan sies å ha en balanserende funksjon innenfor demokratiets rammer, i den forstand at domstolene sikrer at flertallet ikke misbruker sin makt til skade for svake grupper, mindretall og minoriteter. Mindretallets frihet fra vilkårlig fengsling, rett til yringsfrihet, forenings- og forsamlingsfrihet, bevegelsesfrihet, sosial trygghet, helse og utdanning er helt sentralt for å opprettholde demokratiet. Bare gjennom ivaretagelse av disse rettighetene vil mindretallet ha de samme muligheter til å stille til valg og delta i beslutningsprosessen. Domstolenes kontroll med rettighetene blir dermed ikke bare en garanti for enkeltindividets frihet og menneskeverd, men også et viktig bidrag til å opprettholde det demokratiske samfunn. Domstolene må imidlertid være seg bevisst at noen saker vil kreve vanskelige grenseoppganger mellom jus og politikk. Praksis fra både EMD og den norske Høyesterett viser at de individuelle rettighetene i noen grad veies mot flertallets eller samfunnets interesser.

Det bør for øvrig føyes til at dersom utvalgets forslag til nye rettigheter i Grunnloven skal være et bidrag til å ivareta Norges internasjonale menneskerettighetsforpliktelser, er det nødvendig med en eller annen form for nasjonal kontroll og håndheving av disse rettighetene også i fremtiden. Dette følger av konvensjonskravet om «effective remedy», se mer om innholdet i dette kravet i kapittel 15. Konvensjonene er likevel ikke til hinder for at det bare er de ret-

⁷⁹ NOU 2003: 19 Makt og demokrati, punkt 6.1 s. 31.

tighetene som kan utledes av menneskerettsloven og annen ordinær lovgivning som etterleves og håndheves. For konvensjonene er det uten betydning hvorfra rettighetene utledes, så lenge de etterleves og håndheves effektivt.

En konsekvens av dette er at domstolenes kontroll med de sentrale menneskerettighetene vil måtte skje, og faktisk også skjer, helt uavhengig av om rettighetene er nedfelt i Grunnloven. Rettighetene er allerede gjenstand for prøving av domstolene, bl.a. gjennom forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3. Å løfte enkelte menneskerettighetsbestemmelser inn i Grunnloven vil derfor ikke lede til at domstolene plutselig får en nyervervet adgang til å prøve lovgivning og forvaltningsvedtak. Forskjellen vil i stedet være at rettighetene i fremtiden ikke kan endres av et simpelt flertall i Stortinget, jf. Grunnloven § 112. Men da er det sikkerhetsmekanismen i dagens § 112 som er til hinder for at et fremtidig flertall trumfer gjennom sin vilje uten hensyn til de negative følger dette kan få for enkeltindividet, det politiske mindretall og demokratiet på lengre sikt.

Med disse overordnede målsettinger og langsiktige perspektiver for øye kan det hevdes å være en liten pris å betale at det politiske flertall en gang iblant må se sin vilje satt til side av domstolene. Dette gjelder selv om man i ettertid skulle være enige om at domstolene har kommet i skade for å strekke vernet etter rettighetene for langt i en og annen sak. I likhet med det demokratisk valgte stortingsflertall kan også domstolene komme til å trække feil når grensene for rettighetsvernet skal trekkes. Men på sikt vil balansen mellom de tre statsmaktene bidra til å bevare og utvikle det demokratiet som betyr så mye for en fredelig sameksistens mellom individene og for utviklingen av et samfunn der den enkeltes menneskerverd respekteres og beskyttes mot overgrep.

10.5.3 RETTSLIGGJØRING OG RETTSSTAT

I forlengelsen av det som sagt om demokrati og domstolskontroll, vil enkelte kunne hevde at flere rettigheter i Grunnloven vil lede til økt rettsliggjøring i samfunnet. Med rettsliggjøring siktes ofte til det forhold at diskusjonene og løsningene på konflikter i samfunnet flyttes fra det politiske rom til rettslig tvisteløsning i domstolene eller i andre rettslige håndhevingsorganer.

Makt- og demokratiutredningen fremhevet i sin sluttrapport at økt rettighetslovgivning i Norge de siste tjue årene binder opp statlige og kommunale myndigheter på en slik måte at det rammer de demokratiske prosesser på en negativ måte. Det heter bl.a.:

«Rettsliggjøringen skaper økt etterspørsel etter advokattjenester, mens velferds- og omsorgsprofesjonene kommer i klemme mellom voksende krav og utilstrekkelige budsjetter.»⁸⁰

Makt- og demokratiutredningen redegjorde imidlertid ikke for forståelsen av begrepet «rettsliggjøring» i sin rapport, og den nærmere redegjørelsen for dette kom derfor fra Justisdepartementet i regjeringens stortingsmelding. Her vises det til at begrepet «rettsliggjøring» har vært benyttet i litt ulike sammenhenger og for ulike typer av situasjoner.⁸¹

Til Makt- og demokratiutredningens uttalelser om større makt til domstolene på bekostning av de øvrige statsmakter, jf. sitatet i punkt 10.5.2 ovenfor, innkom en rekke høringsuttalelser. Departementet oppsummerte de kritiske høringsuttalelsene på følgende vis:

«På denne bakgrunn mener flere av høringsinstansene at det bildet som tegnes av en rettsliggjøring av politikken må nyanseres. Det ses i denne sammenheng som uheldig at Makt- og demokratiutredningens konklusjoner sidestiller menneskerettslige forpliktelser med andre rettslige normer i vurderingen av ulike makt- og demokratiutfordringer ved rettsliggjøringen av samfunnet. Det fremholdes at utredningens behandling av menneskerettslovgivningen slik den kommer fram i sluttdokumentene, ikke er belagt gjennom empiriske studier eller omfattende analyser. Videre kritiseres utredningen for å ta det for gitt at negative konsekvenser av bruk av rettighetsfesting i amerikansk politikk og rettsliv er relevant også for menneskerettighetenes betydning i Norge.»⁸²

Tre av høringsinstansene – Regjeringsadvokaten, Norges Fiskarlag og Kommunenes Sentralforbund – støttet Makt- og demokratiutredningen. Regjeringsadvokatens uttalelse oppsummeres som følger:

«Regjeringsadvokaten mener at det gradvis skjer en betydelig overføring av makt til domstoler og uavhengige organer på bekostning av mulighet for politisk kontroll. Regjeringsadvokaten, som fører de fleste nasjonale og internasjonale rettsaker hvor regjering og statsorganer er part, viser til at anvendelsen av internasjonale normer gjennom spesielt EØS/EF-retten og praksis etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen innebærer flere demokratiske dilemmaer. Det påpekes farer forbundet med en dynamisk, rettsskapende virksomhet fra domstolens side, samtidig som disse ikke kan stilles til ansvar for sine avgjørelser gjennom demokratiske prosesser.»⁸³

For behandlingen av Makt- og demokratiutredningens sluttrapport og St.meld. nr. 17 (2004–2005) ble det nedsatt en særskilt komité i Stortinget den 18. mars 2005. Komiteen hadde en rekke merknader til rettsliggjøringsdiskusjonen. Om rettsliggjøring generelt uttalte komiteen bl.a.:

^{80.} Se NOU 2003: 19 Makt og demokrati, punkt 6.2 s. 31.

^{81.} Se St.meld. nr. 17 (2004–2005), kapittel 3.

^{82.} Se St.meld. nr. 17 (2004–2005), punkt 3.3.

^{83.} Se St.meld. nr. 17 (2004–2005), punkt 3.3.

«Komiteens flertall, alle unntatt medlemmene fra Fremskrittspartiet, viser til at stadig økende rettighetslovgivning kan medføre at det skapes press mot offentlige budsjetter ved at det kan være vanskelig å innfri alle enkeltkrav på samme tid. Flertallet har merket seg at det er en fare for at det først og fremst er ressurssterke mennesker som har mulighet til å nytte disse rettighetene effektivt gjennom rettsapparatet eller ved bruk av media. Flertallet viser til at dette kan skape nye og utilsiktede sosiale konsekvenser.

Komiteens medlemmer fra Fremskrittspartiet er av den oppfatning at situasjonen i dagens Norge viser at det er behov for en større grad av rettighetslovgivning fordi det er mange utsatte grupper som ikke i tilstrekkelig grad får flere av sine grunnleggende rettigheter oppfylt fordi det blir prioritert annerledes blant annet i folkevalgte organer. Det er derfor helt avgjørende at sentrale rettigheter blir sikret gjennom en større grad av rettighetslovgivning.

Komiteens medlemmer fra Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet peker på at lovfestede rettigheter har gitt makt til de maktesløse, har sivilisert samfunnet og er en forutsetning for samfunnsmessig likestilling. Rettigheter til helsehjelp og utdanning har bidratt vesentlig til verdiskaping i landet. De er dessuten fremmet av politiske partier og er vedtatt etter politiske prosesser.»⁸⁴

For diskusjonene omkring menneskerettigheter og internasjonale konvensjoner i sin alminnelighet, uttalte komiteen bl.a.:

«Komiteen er av den prinsipielle oppfatning at inkorporering av menneskerettighetskonvensjoner i alt overveiende grad har bidratt til å styrke demokratiet og enkeltmenneskers rettigheter overfor myndighetene.

Komiteen legger til grunn at menneskerettighetene settes i sentrum både nasjonalt og internasjonalt. Komiteen er av den grunnleggende oppfatning at det er viktig å støtte det arbeid som internasjonale organisasjoner og organer gjør for å sikre etterlevelsen av menneskerettighetene.

Komiteen konstaterer at inngåelse av internasjonale avtaler og konvensjoner reiser særlige problemstillinger. Mulighetene for å endre inngåtte avtaler er begrenset. Komiteen viser til at det er regjeringen som har ansvaret for å inngå internasjonale avtaler på vegne av Norge. For å sikre avtalene folkevalgt forankring er det derfor nødvendig at spørsmål om inngåelse av slike avtaler undergis grundig utredning og at viktige prinsipper tas opp til drøfting i folkevalgte organer før forhandlinger fullføres. Når forhandlinger er avsluttet og ratifisering skal finne sted, vil de folkevalgtes mulighet for påvirkning være ytterst begrenset.

Komiteen har merket seg uttalelser om at norske domstoler også har mistet innflytelse ved at domsmakt overflyttes til den internasjonale arena. Både EØS-avtalen og andre internasjonale avtaler binder Norge folkerettslig.

Komiteen ser de særlige utfordringer dette reiser for forholdet mellom den lovgivende og dømmende makt. Som en liten stat har imidlertid Norge en sterk tradisjon som pådriver for internasjonale avtaler og institusjoner.

Komiteens flertall, alle unntatt medlemmene fra Senterpartiet, vil påpeke at internasjonal regulering bidrar til en forutsigbarhet vi alle er tjent med, samtidig som norske myndigheters frihet til å utforme politikk reduseres.

Komiteen deler også vurderingen av at det er nødvendig å styrke utredningsprosessen knyttet til internasjonale traktater før disse blir folkerettslig bindende for Norge. Komiteen understreker at inkorporeringen av menneskerettighetskonvensjonene i alt overveiende grad har bidratt til å styrke enkeltmenneskers rettsstatus i forhold til myndighetene, men ser det som ønskelig at Stortinget i større grad enn i dag gjøres bevisst de praktiske virkningene av de valg som fattes gjennom tilslutning til ulike internasjonale avtaler og inkorporering av ulike bestemmelser.

Komiteens medlemmer fra Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti viser til at selv om det sjelden vil forekomme at norsk rett vil bli ansett å være i strid med folkerettslige forpliktelser på menneskerettsområdet, har den formelle gjennomføringen av norske menneskerettighetsforpliktelser internt inntil for få år siden hatt et noe tilfeldig preg. Blant annet ved rapportering til FNs Rasediskrimineringskomité har det tidligere blitt påpekt at Norge har manglet sentral lovgivning som sikrer gjennomføring av menneskerettighetene. Menneskerettsloven, som Stortinget vedtok i 1999, inkorporerte i utgangspunktet FNs Konvensjon om sivile og politiske rettigheter, konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, samt den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, og ga disse konvensjonene forrang for norsk lovgivning.

Disse medlemmer viser til at det er et politisk valg å gi forrang til menneskerettighetskonvensjonene, og at det er en del av demokratiet. Menneskerettighetene gir en effektiv beskyttelse til den enkelte, og er samtidig instrumenter som i likhet med annen samfunnsutvikling også er i bevegelse. Dette har også norske myndigheter visst helt siden man ratifiserte de ulike konvensjonene, fordi de aller fleste har oppramsende gruppebestemmelser med åpen ende, slik at man med utvikling i tiden også kan inkludere grupper som ikke var tenkt spesifikt på da konvensjonene ble utformet. Disse medlemmer vil vise til at det ikke finnes noen eksempler på at menneskerettighetene har ført til store negative konsekvenser for norske myndigheter. De som vil begrense en inkorporering av kjernekonvensjonene på menneskerettsområdet, må også ha bevisbyrden og vise faktisk svekkelse av andre rettigheter.

Disse medlemmer vil påpeke at inkorporering av menneskerettighetskonvensjoner og lignende imidlertid ikke innebærer en type rettsliggjøring som svekker den politiske makt. Det dreier seg om normer og minstestandarder som skal sikre respekt for og beskyttelse av menneskeverdet. En slik beskyttelse av enkeltmenneskers rettigheter innebærer etter disse medlemmers mening tvert om en styrking av demokratiet. En slik utvidelse av demokratiet til å omfatte grunnleggende rettigheter utgjør følgelig et supplement og står ikke i konkurranseforhold til andre demokratiske grunnprinsipper.

Komiteens medlemmer fra Senterpartiet og Kystpartiet vil påpeke at inkorporering av menneskerettighetskonvensjoner og lignende ikke uten videre innebærer en type rettsliggjøring som svekker den politiske makt. Det kan for eksempel dreie seg om

⁸⁴ Se Innst. S. nr. 252 (2004-2005), punkt 3.7.

normer og minstestandarder som skal sikre respekt for og beskyttelse av menneskeverdet. En slik beskyttelse av enkeltmenneskers rettigheter kan, etter disse medlemmers mening, tvert om bidra til en styrking av demokratiet. En slik utvidelse av demokratiet til å omfatte grunnleggende rettigheter utgjør følgelig et supplement og står ikke i konkurranseforhold til andre demokratiske grunnprinsipper.

Disse medlemmer vil imidlertid også påpeke at internasjonale konvensjoner kan ha en dynamikk som gjør at inkorporering kan innebære tilslutning til framtidige rettsforhold vi ikke senere kan ta stilling til.

Komiteens medlemmer fra Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti er av den oppfatning at en utvikling i retning av et sterkere internasjonalt regelverk er en ønsket utvikling.

Komiteens flertall, alle unntatt medlemmene fra Sosialistisk Venstreparti, deler imidlertid Regjeringens vurdering av behovet for økt oppmerksomhet mot utfordringer knyttet til en inkorporering av internasjonalt regelverk. Flertallet viser til at for eksempel Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) benytter en annen tolkingslære og andre tolkningsprinsipper enn norsk høyesterett. Deler av den praksis som gradvis har blitt utviklet med tilknytning til EMK, er forhold som lovgiver ikke med rimelighet kunne forvente ved selve inkorporeringen. Flertallet viser eksempelvis til tolkningen av bestemmelser i EMK vedrørende hva som regnes som 'straff' eller ikke, som på flere områder skiller seg fra norsk lovgivning. Tilleggsskatt og enkelte tvangstiltak etter barnevernloven har eksempelvis ikke vært å regne som straff etter nasjonal rett. Flertallet viser til at det etter prinsippet om autonom tolkning av internasjonale konvensjoner, har utviklet seg en viss spenning mellom det norske systemet med separate straffrettslige og forvaltningsmessige prosesser for oppfølging av visse typer lovovertrедelser og EMK.»⁸⁵

Sitatene ovenfor viser at rettsliggjøring har vært et tema i den offentlige debatt over lengre tid. De viser også at de politiske partiene på Stortinget er enige om at menneskerettighetene bør ivaretas i norsk rett, og at slik ivaretagelse er med på å styrke demokratiet og rettsstaten.

Etter utvalgets oppfatning stiller de sentrale menneskerettighetene i en annen kategori enn øvrige rettighetsbestemmelser i lovgivningen. Menneskerettighetenes funksjon er først og fremst ivaretagelse av den enkeltes frihet, likhet og menneskeverd, der historien rommer utallige eksempler på at frihet, likhet og menneskeverd har blitt neglisjert og krenket på det groveste. De sentrale menneskerettighetene, som skranke for den lovgivende og den utøvende makt, og domstolenes bidrag til å sikre disse rettighetene, er nødvendige elementer i enhver rettsstat. Det er vanskelig å se for seg en troverdig rettsstat og et godt demokrati uten ivaretagelse av de mest fundamentale rettighetene. I relasjon til disse rettighetene finner utvalget det derfor lite treffende å tale om en rettslig-

gjøringsprosess. Det gjelder enten rettighetene er nedfelt i Grunnloven, i menneskerettsloven eller i annen lovgivning, eller om rettighetene følger av ulovfestet rett.

I den forbindelse ønsker utvalget å presisere at det ikke vil foreslå å øke antall rettigheter, men i stedet løfte de sentrale rettighetene, som allerede følger av menneskerettsloven, inn i Grunnloven, jf. også utvalgets mandat. Dette vil synliggjøre rettsstaten og de sentrale rettighetene i Grunnloven, men det vil ikke være et bidrag til økt rettsliggjøring.

10.6 Utvalgets konklusjon

Grunnloven har historisk bidratt til å samle nasjonen Norge, på tvers av sosiale lag og på tvers av generasjoner. Den har vært et viktig redskap i Norges frihetskamp og for etableringen av det moderne demokratiet. I vanskelige tider med hunger, krig eller sosial uro, har grunnlovsfeiringen den 17. mai likevel forent nasjonen. Det kan ikke utelukkes at denne samlingen omkring Grunnloven og selve grunnlovsfeiringen har vært av sentral betydning for oppbyggingen og ivaretagelsen av det norske samfunn. Dette gjør det verdifullt å forsøke å bevare den samlede effekten som Grunnloven historisk har hatt.

Fremtidens grunnlov bør av den grunn synliggjøre og sikre statens allmenne verdigrunnlag, dvs. sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene, jf. forslag til ny Grunnloven § 2. En konsekvens er at Grunnloven i større utstrekning enn i dag bør inneholde de sentrale menneskerettighetene. Sompekt på i punkt 10.2.2 er grunnlovsvernet modent for oppdatering, og det er behov for en mer helhetlig utforming. Skal Grunnlovens rolle som et levende og samlande dokument for nasjonen videreføres inn i en ny tid, vil det være behov for å ruste opp rettighetsvernet, slik at rettighetene også blir forståelige og relevante i dagens samfunn.

Gjennom det tverrpolitiske forlik av 10. april 2008 har de politiske partiene på Stortinget samlet seg om en ny formålsbestemmelse i Grunnloven § 2, der formålet med Grunnloven er å ivareta nettopp demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene. Formuleringen støtter opp under tanken om at Grunnloven fortsatt skal være et levende dokument, der *menneskerettighetene* står sentralt. Fragmenteringen av rettigheter i Grunnloven i dag gir imidlertid begrensede muligheter til å oppfylle formålsbestemmelsen i forslaget til ny § 2. Man savner bl.a. flere av de rettighetene som står sentralt i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og i andre lands konstitusjoner. Dernest savnes en ryddig og pedagogisk formulering og fremstilling av disse rettighetene. En slik fremstilling vil det være naturlig å forvente at man finner i landets grunnlov. For å virkeliggjøre formålet i ny § 2 er det derfor utvalgets oppfat-

⁸⁵. Se Innst. S. nr. 252 (2004-2005), punkt 3.7.

ning at Grunnlovens rettighetsvern bør bygges ut og suppleres med flere sentrale menneskerettigheter.

Det som her er anført, understøttes av at Norge er folkerettslig forpliktet til å følge de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. For det internasjonale menneskerettighetsarbeidet er det viktig at de enkelte statene følger opp menneskerettighetsarbeidet nasjonalt, slik at Europarådets og FNs institusjoner ikke belastes unødige med problemstillinger og saker som kunne vært løst på nasjonalt nivå. Ved at Grunnlovens rettighetsbestemmelser utelukkende kan endres gjennom to tredjedels flertall, jf. endringsbestemmelsen i dagens § 112, vil grunnlovsfesting av rettighetene være et bidrag til stabilitet og forutsigbarhet på området.

Utvalget kan heller ikke se at det vil føre til økt rettsliggjøring å løfte de sentrale menneskerettighetene inn i Grunnloven. Ivaretagelse av de sentrale rettighetene vil snarere styrke rettsstaten og demokratiet. Samtidig er de rettighetene det her er tale om, allerede en del av norsk rett, først og fremst gjennom menneskerettsloven. Utvalgets forslag vil derfor ikke føre til flere rettigheter i norsk rett.

Utvalget har på denne bakgrunn kommet til at dagens rettighetsbestemmelser i Grunnloven bør revideres og suppleres.

11. Hvilke rettigheter er sentrale eller allmenngyldige?

11.1 Innledende bemerkninger

Utvalget skal i henhold til mandatet «utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven med det mål å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang». Videre heter det at «hensikten med gjennomgangen vil være å sikre de allmenngyldige menneskerettsprinsippene i Grunnloven, og ikke få en opplisting av enkeltrettigheter, som naturlig hører hjemme i ordinær lovgivning».

Utvalgets mandat forutsetter dermed at enkelte menneskerettigheter er mer sentrale eller allmenngyldige enn andre rettigheter. På denne bakgrunn har utvalget vurdert hvorvidt det er mulig å forsvare en utvelgelse av rettigheter (punkt 11.2), og hvilke kriterier som skal ligge til grunn for en slik utvelgelse (punkt 11.3). Utvalget har dernest tatt stilling til hvilke rettigheter som bør vurderes nærmere med tanke på grunnlovsfesting (punkt 11.4).

11.2 Generelt om å velge ut de sentrale rettighetene

11.2.1 SKEPSIS TIL MANDATETS FORUTSETNING OM EN UTVELGELSE AV RETTIGHETER

I løpet av arbeidet med denne rapporten har utvalget vært i kontakt med eksperter på menneske-

rettigheter fra flere fagmiljøer. Enkelte har uttrykt skepsis til mandatets forutsetning om at det finnes «sentrale» eller «allmenngyldige» menneskerettigheter. Andre fagpersoner har stilt seg positive til å løfte allmenngyldige menneskerettigheter inn i Grunnloven, for deretter å overlate detaljer i rettighetsvernet til menneskerettsloven, annen ordinær lovgivning og de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene.

Det er særlig Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg som har gitt uttrykk for skepsis når det gjelder tanken om å velge ut sentrale og allmenngyldige rettigheter til Grunnloven. Skepsisen er knyttet både til hvorvidt det er *mulig* å foreta en slik utvelgelse, og om det lar seg *forsvare*. Ankepunktene har vært at rettighetene i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene er nært forbundet med hverandre og ikke kan forstås uavhengig av hverandre. Rettighetene må i stedet forstås og leses i den felles kontekst de inngår i. Det har også vært pekt på at en utvelgelse av de mest sentrale menneskerettighetene kan føre til at man indirekte foretar en nedgradering av de rettighetene som ikke tas inn i Grunnloven.

Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg skriver om disse problemstillingene til utvalget, i et brev datert 23. november 2010:

«Etter vår oppfatning vil det være en umulig oppgave å skille mellom de sentrale rettighetene som fortjener plass i Grunnloven og de mindre sentrale rettighetene som man ikke ser behov for å gi denne statusen. I forhold til det internasjonale menneskerettsvernet er det dessuten grunnleggende problematisk at nasjonale myndigheter foretar slike prioriteringer. En reform som bygger på en uttrykt prioritering mellom sentrale og mindre sentrale menneskerettigheter vil kunne gi legitimitet til en oppfatning om at nasjonale myndigheter kan nedprioritere visse rettigheter ut fra hva som anses politisk nødvendig eller ønskelig. Forskjellige stater vil ha svært ulike politiske prioriteringer og hva som er nødvendig vil vurderes svært forskjellig i Oslo, Beijing og Teheran. Etter vår oppfatning vil en slik relativisering av menneskerettighetene ramme selve kjernen i det internasjonale menneskerettsvernet.»

Advokatforeningens forslag til løsning på disse problemstillingene er å inkorporere de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene på grunnlovs nivå. Dette forslaget vil bli nærmere kommentert av utvalget i kapittel 12. I de neste punktene vil utvalget ta stilling til hvorvidt det er mulig og forsvarlig å foreta en utvelgelse av sentrale eller allmenngyldige menneskerettigheter i Grunnloven.

11.2.2 UTVALGETS SYN PÅ UTVELGELSE AV RETTIGHETER

De rettighetene som er nedfelt i Verdenserklæringen om menneskerettigheter av 1948 og de rettig-

heter som følger av FNs menneskerettighetskonvensjoner, anses av FN for å utgjøre et hele, der rettighetene samlet bidrar til å oppfylle statenes menneskerettighetsforpliktelser, jf. kapittel 9.

Utvalget vil gi sin tilslutning til den helhetlige forståelsen av menneskerettigheter som er lagt til grunn av FN, jf. punkt 9.4. Enkeltrettigheter kan ikke forstås uavhengig av andre rettigheter. Dette innebærer imidlertid ikke at man er avskåret fra å løfte sentrale og essensielle rettigheter frem i Grunnloven. Dette vil utelukkende gi disse rettighetene et bedre vern mot fremtidige lovendringer enn det som er tilfellet i dag.

Etter utvalgets syn vil grunnlovsfesting av sentrale menneskerettigheter heller ikke komme i konflikt med utgangspunktet om en samlet forståelse av rettighetene. Med den helhetlige tilnærmingen til menneskerettighetene vil det på ingen måte stride mot de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene å løfte sentrale menneskerettigheter inn i den norske Grunnloven, snarere tvert imot. Som pekt på flere ganger er det fra internasjonale organer forventet at menneskerettighetene implementeres nasjonalt. De fleste stater i verden har gjennomført og sikret de sentrale menneskerettighetene i sine konstitusjoner, men overlatt nærmere detaljregulering til ordinær lovgivning. Det har ikke vært påpekt overfor noen av disse statene at dette er en uriktig eller feilslått måte å sikre rettighetene på.

Et poeng i denne sammenhengen er også at i Norge er allerede noen av de sentrale rettighetene nedfelt i Grunnloven. Dette var rettigheter man oppfattet som sentrale i 1814, og som i tiden etter annen verdenskrig er sporadisk supplert med enkeltbestemmelser. Det er derfor etablert en tradisjon for at Grunnloven gir uttrykk for sentrale rettigheter som menneskene i dette samfunnet nyter godt av. Det ville i så måte representere et brudd med denne tradisjonen å oppheve eksisterende rettigheter i Grunnloven og erstatte disse med en generell inkorporering av menneskerettighetskonvensjoner på grunnlovs nivå. Dette er konvensjoner som tidvis inneholder mange detaljer, de er skrevet for å kunne ha praktisk betydning også i stater med helt andre rettstradisjoner og kulturer enn den norske – og det er mange av dem. Det vil derfor ha en egenverdi å synliggjøre hvilke av disse rettighetene som utgjør det fundamentale verdigrunnlaget for Norge.

Allerede i dag er flere av de internasjonale konvensjonene inkorporert i norsk rett, enten gjennom menneskerettsloven eller gjennom annen lovgivning. De sentrale rettighetene i Grunnloven vil på ingen måte *erstatte* denne lovgivningen, men vil i stedet bidra til å styrke menneskerettighetene i norsk rett ved å synliggjøre de sentrale rettighetene i den høyeste rettskilde. I tråd med forslag til ny Grunnloven

§ 2 vil Grunnloven da oppfylle sitt formål om å sikre menneskerettighetene, men uten å gjenta alle detaljer som kan tenkes å få aktualitet i konkrete saker.

Utvalget ser likevel at det kan være en mindre fare for at de rettighetene som ikke følger av Grunnloven, indirekte svekkes ved at de fremstår som mindre viktige. Det er imidlertid slik at de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene ikke gir uttrykk for en uendelig rekke med ulike rettigheter. I stedet er svært mange av rettighetene uttrykk for de samme overordnede prinsipper, særlig diskrimineringsvern, ytringsfrihet, religionsfrihet, deltakelse i demokratiske beslutningsprosesser, personvern og ivaretagelse av velferdsstatlige minstebehov. Det er således mulig å trekke ut essensen i rettighetsvernet og på den måten identifisere hvilke rettigheter som er de sentrale.

Det er i denne sammenheng viktig å understreke at utvalgets arbeid ikke er ment å innebære noen svekkelse av de konvensjonsrettigheter som ikke kommer med i utvalgets forslag. I stor utstrekning vil de konvensjonsrettighetene som utelates, måtte ses på som detaljreguleringer av de overordnede menneskerettighetsprinsippene. Det er de sentrale og overordnede verdiene som bør grunnlovsfestes, mens detaljer med hensyn til hvordan rettighetene skal praktiseres, vil måtte variere med konkrete omstendigheter og ikke minst over tid, etter hvert som samfunnet endres.

På denne bakgrunn finner utvalget at det ikke bare er forsvarlig, men også en god løsning, å grunnlovsfeste de *sentrale* menneskerettighetene. Dette vil etablere et oversiktlig system i tråd med den norske rettstradisjonen, samtidig som det vil være i overensstemmelse med den tenkningen som ligger til grunn for andre lands konstitusjoner. Det er gjennom landets konstitusjon at sentrale og overordnede verdier for ivaretagelse av individenes frihet, likhet og menneskeverd kan synliggjøres på en lettfattelig og pedagogisk måte og med stor symbolverdi.

Utvalget har følgelig vurdert hvilke overordnede menneskerettighetsprinsipper de internasjonale konvensjonene bygger på og sett dette i sammenheng med hvilke overordnede verdier det norske samfunn er tuftet på. I det følgende vil det bli redegjort nærmere for hvilke ulike momenter eller hensyn som kan være av betydning når det skal tas stilling til hvilke rettigheter som er så sentrale at de bør vurderes for grunnlovsfesting.

11.3 *Vurdering av hvilke rettigheter som er sentrale*

11.3.1 RETTIGHETER I VERDENSERKLÆRINGEN

Et viktig utgangspunkt for vurderingen av hvilke rettigheter som er sentrale eller allmenngyldige, vil

være de rettighetene som fremkommer av Verdenserklæringen om menneskerettigheter av 1948.

Til forskjell fra de senere menneskerettighetskonvensjonene, som er ment å fungere som en nærmere utdyping, gir Verdenserklæringen en relativt kortfattet innføring i sentrale menneskerettigheter. I Verdenserklæringen er nedfelt de menneskerettigheter som verdenssamfunnet kunne enes om like etter annen verdenskrig, se nærmere punkt 5.2. Konvensjoner som konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP), konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), barnekonvensjonen, kvinnediskrimineringskonvensjonen, rasediskrimineringskonvensjonen, torturkonvensjonen, samt Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), springer alle ut av de rettighetene som er nedfelt i Verdenserklæringen.

Dette innebærer at de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene for en stor del representerer en presisering av Verdenserklæringen. Konvensjonsrettighetenes utspring og de overordnede prinsipper kan likevel leses ut av Verdenserklæringen. En nærmere oversikt over hvilke rettigheter som er nedfelt i Verdenserklæringen, er gitt i punkt 5.2.

I tillegg til de konkrete rettighetene i Verdenserklæringen vil også fortalet til erklæringen og fortalet til bl.a. EMK være relevante når det skal tas stilling til hvilke rettigheter som er sentrale menneskerettigheter. I disse fortalene gis det uttrykk for at menneskene er født frie og like, samt at de har et medfødt menneskeverd. Det de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene skal tjene til, kan derfor sies å være å sikre oppfyllelsen av menneskeverd, likeverd og frihet.

11.3.2 ULIKE INNDELINGER AV RETTIGHETER

Et annet utgangspunkt som kan være nærliggende når det skal tas stilling til hvilke rettigheter som er sentrale, kan være å se etter ulike måter å inndele rettigheter på.

En måte å dele inn rettigheter på kan være ut fra hvor egnet de er til prøving for domstolene; man kan tenke seg at rettigheter som er egnet til dette, er mer sentrale enn andre rettigheter. Retten til rettfærdig rettergang vil for eksempel være enklere for domstolene å håndheve enn det vil være å trekke opp grensen for når myndighetene har adgang til å undersøke private hjem, eller når forskjellsbehandling kan finne sted.

Betydningen av domstolenes mulighet for håndhevelse bør imidlertid ikke overdrives. Det er de færreste rettigheter som er helt ufravikelige. For de fleste rettigheter må det finne sted en skjønnsmessig vurdering når det skal tas stilling til hvor langt rettigheten strekker seg. Unntakene fra en slik skjønnsmessig vurdering er først og fremst forbud mot å straffe uten lov og dom, og forbud mot tortur og slaveri. Det kan

derfor sies å foreligge skjønnsmarginer for de fleste rettigheter, hvor selv dyktige jurister vil være i tvil om rekkevidden av rettighetsvernet i konkrete tilfeller. Typisk kan grensen mellom ytringsfrihet, privatlivets fred og diskrimineringsvern være vanskelig å trekke, men slike sentrale rettigheter fortjener like fullt en plass i Grunnloven.

Menneskerettighetene har i noen sammenhenger også vært delt inn i det som gjerne har vært omtalt som første, andre og tredje generasjons rettigheter, der man kan tenke seg at første generasjons rettigheter er mer sentrale enn øvrige rettigheter. Det har vært vanlig å operere med en slik inndeling som en forklaringsmodell for rettighetenes utvikling, men modellen er vanskelig å forene med FNs forutsetning om at rettighetene i de ulike menneskerettighetskonvensjonene må forstås i sammenheng. Inndelingen er derfor omstridt, og den norske Grunnloven inneholder i dag bestemmelser som kan henføres til samtlige av disse kategoriene.

Med første generasjons rettigheter siktes det gjerne til de klassiske sivile og politiske rettigheter. Dette er i første omgang de rettighetene som sikrer individene adgang til politisk/demokratisk deltakelse, både gjennom retten til deltakelse i frie og hemmelige valg og gjennom retten til å delta i samsfunnsdebatten. Dernest er det de rettigheter som skal sikre mot vilkårlig fengsling og straff, samt et generelt torturforbud og retten til å få sin sak prøvet for uavhengige domstoler. I noen grad er dette rettigheter som er sikret gjennom den nåværende Grunnloven, jf. § 50 (stemmerett), § 96 (ingen straff uten lov og dom, og forbud mot tortur i avhør), § 99 (ingen arrest eller fengsling uten lov) og § 100 (ytringsfrihet).

Til andre generasjons rettigheter har det vært vanlig å regne de økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Dette er de rettighetene som sikrer individene en rimelig levestandard, grunnleggende skolegang, nødvendig helsehjelp mv. Enkelte grunnlovsbestemmelser, som ekspropriasjonsstatningsvern i § 105, rett til utkomme fra arbeid i § 110 og samisk språk og kultur i § 110a, kan sies å falle i denne kategorien.

Med tredje generasjons rettigheter har det gjerne vært siktet til de kollektive rettighetene som omfatter menneskeheten, som for eksempel retten til fred og retten til et sunt miljø, jf. for eksempel Grunnloven § 110b.

En tredje måte å dele inn rettigheter på er å ta utgangspunkt i de rettigheter som sikrer respekt for individenes frihet på den ene siden, og rettigheter som sikrer menneskeverd og likeverd på den annen. Individenes frihet kan langt på vei sies å være en rettighet som er kostnadsfri for staten, i den forstand at staten ikke må benytte økonomiske ressurser, bare avstå fra å gripe inn i individenes frihet til å ytre seg,

deres frihet til å danne foreninger, deres frihet til å møtes i forsamlinger, deres rett til å bevege seg fritt i landet, deres frihet til å velge sitt yrke, deres frihet til å utøve sin religion og deres frihet til å uttrykke sin kultur.

De rettigheter som i første rekke bidrar til likeverd og menneskeverd, vil typisk være forbud mot straff uten lov og dom, retten til rettfærdig rettergang, forbud mot tilbakevirkende lover, retten til respekt for privatliv og familieliv, forbud mot diskriminering, retten til skolegang og utdanning, samt retten til nødvendig helsehjelp og en tilfredsstillende levestandard. I noen grad vil dette være rettigheter som krever innsats av økonomiske ressurser. Skal rettighetene ha noen verdi, må for eksempel myndighetene forsøke å sikre at private ikke krenker andres rett til respekt for privat- og familieliv, eller at private ikke diskriminerer hverandre. Tilsvarende må myndighetene stille med et domstolsapparat som ivaretar kravene til en rettfærdig rettergang.

Ved en slik inndeling kan man tenke seg at frihetene er mer sentrale enn likeverd og menneskeverd. Sondringen bryter imidlertid med den tenkningen som ligger til grunn for fortalen til Verdenserklæringen og EMK, der både frihet, likeverd og menneskeverd skal søkes ivarettatt.

Samlet kan man si at de ulike måtene å dele inn rettigheter på ikke gir entydige svar på hvilke rettigheter som er sentrale. En rettighet som for eksempel forbud mot straff uten lov og dom havner snart i den ene og snart i den andre kategorien. Tilsvarende ser ut til å gjelde for flere av de andre rettighetene.

11.3.3 SÆRLIG OM ØKONOMISKE, SOSIALE OG KULTURELLE RETTIGHETER

Et særlig spørsmål er hvorvidt økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter kan regnes blant de sentrale menneskerettighetene. I NOU 1993:18 drøftet Menneskerettighetslovutvalget hvor egnet målsetningsbestemmelser som for eksempel ØSK artikkel 12 om retten til høyest oppnåelig grad av fysisk og psykisk helse er til lovfesting og håndheving av domstolene. Det ble pekt på at slike bestemmelser åpner for et stort innslag av skjønnsmessige overveielser. Hvilke «skritt» som er nødvendige med sikte på for eksempel bekjempelse av sykdommer, gir rom for vurderinger av hvor betydelige ressurser staten bør stille til disposisjon for dette formål, sammenholdt med andre viktige samfunnsoppgaver. Slike prioriteringsspørsmål vil være av «politisk» karakter. Menneskerettighetslovutvalget fortsatte:

«Det kan anføres at dette ikke er rettsspørsmål, og at det heller ikke er naturlig at norske dommere skal sette seg til doms over myndighetenes budsjett-politikk. Man kan heller ikke få dom for at en bevilgning bør stilles til disposisjon.»⁸⁶

Menneskerettighetslovutvalget foreslo likevel å inkorporere også ØSK i menneskerettsloven, og det pekte blant annet på at det hadde vært en utvikling i synet på de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene. Menneskerettighetslovutvalget uttalte i den forbindelse:

«Det er blant annet en økende erkjennelse av at mange sider av reglene i ØSK kan gjennomføres uten å kreve ekstra ressurser. Det vil ofte mer være et spørsmål om å sikre den enkelte handlemuligheter ved å sette grenser for andre, slik at det blir like muligheter for å sikre minimumsbehov.»

I den videre drøftelsen pekte Menneskerettighetslovutvalget på at når det gjaldt de av konvensjonens bestemmelser som dreier seg om ressurser, viser ØSK-komiteens praksis at folkerettsbrudd først og fremst kan tenkes ved diskriminerende bruk av ressurser, eller hvis en stat ikke sikrer det minimumsnivå som den ut fra sine ressurser er forpliktet til. Når det gjelder påstander om uriktig prioritering av ressurser, pekte utvalget på at norske domstoler tradisjonelt vil utvise tilbakeholdenhet, og at en inkorporering av ØSK ikke var ment å endre dette.⁸⁷

Den internasjonale utviklingen Menneskerettighetslovutvalget trakk frem, har fortsatt i årene etter at dets utredning ble lagt frem. Tallet på generelle kommentarer fra ØSK-komiteen er steget fra fire til 21, og det ble i 2008 vedtatt en individklageordning som – når den trer i kraft – vil føre til ytterligere klargjøring av konvensjonens innhold. Det kan også nevnes at økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter i stor grad er blitt rettighetsfestet i lovgivningen for øvrig, se den nærmere redegjørelsen i forbindelse med gjennomgåelsen av den enkelte rettighet. Endelig kan nevnes at inkorporeringen av ØSK ikke har ført til at domstolene i nevneverdig grad er blitt stilt overfor spørsmål som krever at de tar stilling til ressursallokering.

Hvis ikke annet følger av motivene, vil domstolene ventelig prøve saker der grunnlovsbestemmelser om økonomiske, sosiale eller kulturelle rettigheter er påberopt, ut fra de samme retningslinjer som er fastsatt i de generelle kommentarene fra ØSK-komiteen. Dette innebærer at domstolene vil tilstå lovgiver en vid skjønnsmargin for spørsmål om hvilke ordninger som må etableres for å oppfylle rettighetene, slik tilfellet også er i dag for anvendelsen av for eksempel Grunnloven § 110 (rett til utkomme fra arbeid) og § 110a (samisk språk og kultur). Men domstolene vil føre kontroll med at myndighetene lojalt har gjort det som står i deres makt for å etablere adekvate, solide og ikke-diskriminerende ordninger som gjør at kjerren i rettighetene blir ivarettatt, og at de rettigheter det

^{86.} NOU 1993: 18 s. 107-108.

^{87.} NOU 1993: 18 s. 163-165.

er tale om, ikke faller under det minimumsnivå som skal til for å oppfylle konvensjonens krav om ivaretagelse av frihet, likhet og menneskeverd.

I den forbindelse oppstår spørsmålet om eventuelle grunnlovsbestemmelser bør utformes som individuelle rettigheter eller som plikter for statens myndigheter. I hovedtrekk innebærer de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene både individuelle rettigheter, men da i kjerneområdet for de enkelte rettigheter, og plikter for statens myndigheter. Grunnloven kan eventuelt søke å reflektere at den plikten som påhviler statens myndigheter, har en hard kjerne, bestående av visse minstekrav, blant annet til helse, vann, mat, varme og husvære. For disse minstekravene vil individet ha rettigheter som korresponderer med statens plikter. Utover å søke tilfredsstillelse av disse basale minstekravene, er det først og fremst statens myndigheter som tar stilling til hvordan rettighetene bør oppfylles, jf. også punkt 5.5.

11.3.4 AKTUELLE RETTIGHETER I NORGE I DAG

Når det skal tas stilling til hvilke rettigheter som er sentrale, vil det også være av betydning å se på hvilken aktualitet de ulike rettighetene har i dag, herunder hvilke rettigheter som aktivt benyttes mellom private og i forvaltningens og domstolenes arbeid. En grunntanke må være at Grunnloven skal ivareta sentrale verdier i dagens norske samfunn, men samtidig gjenspeile de verdiene som har overlevd over tid. Å grunnlovsfeste disse verdiene vil være et bidrag til å sikre at også fremtidige generasjoner vil kunne nyte godt av disse rettighetene.

For domstolenes virksomhet har uavhengighet og upartiskhet utgjort helt grunnleggende verdier de siste 150 årene. I straffesaker er retten til rettfærdig rettergang, lovskrav og tilbakevirkningsforbud, uskyldspresumsjon og forbud mot dobbeltstraff sentrale rettsstatlige prinsipper som er holdt høyt i hevd. Straffesystemet har de seneste årene også vært basert på en grunnleggende respekt for liv og personlig integritet, gjennom bl.a. forbud mot dødsstraff og tortur, samt forbud mot vilkårlig fengsling.

Også utenfor strafferettens område må respekten for den enkeltes frihet sies å være ivaretatt. Det ulovfestede legalitetsprinsipp, som uttrykker at inngrep overfor den enkelte trenger hjemmel i lov, jf. kapittel 41, anses for å være konstitusjonell sedvanerett. Dette prinsippet sikrer bl.a. at myndighetene trenger hjemmel i lov for å berøve noen deres frihet, for å ekspropriere deres eiendom, for å inndrive skatter og avgifter, for å pålegge dem å søke om byggetillatelse, for å stanse bilister i rutinekontroll osv.

Ved siden av legalitetsprinsippet står tanken om retten til å delta i demokratiske beslutningsprosesser sterkt i Norge. Tilsvarende sterkt står også ytringsfrihet, retten til ikke å bli diskriminert, vern om privat-

liv og familieliv, personvern, religionsfrihet, forenings- og forsamlingsfrihet, rett til grunnleggende opplæring, rett til helsetilbud og rett til kulturell identitet og kulturuttrykk.

I tillegg har retten til å skaffe seg utkomme ved eget arbeid vært verdsatt høyt, og dette har kommet til uttrykk i Grunnloven § 110. Likeså har retten til sosial trygghet og retten til et verdig liv for den som ikke kan sørge for seg og sin familie, stått sterkt i den norske velferdslovgivningen etter annen verdenskrig.

Å løfte disse rettighetene inn i Grunnloven vil sikre at de sentrale verdiene som disse rettighetene representerer, vil være retningsgivende også for fremtiden. Tanken er at Grunnloven skal gi uttrykk for de grunnleggende prinsippene, mens detaljer i ordinær lovgivning fortløpende må tilpasses ulike forhold, som for eksempel samfunnsøkonomi, teknologisk utvikling, endringer i bosettingsmønstre, endring i moraloppfatninger og ikke minst endringer som følge av skiftende politisk flertall. En viss forutsigbarhet og beskyttelse mot raske og inngripende endringer i rettighetene vil imidlertid være sikret gjennom de grunnleggende prinsippene i Grunnloven.

11.4 *Utvalgets syn på hvilke rettigheter som er sentrale*

11.4.1 FLERTALLETS KONKLUSJONER

Utvalgets flertall, alle unntatt Carl I. Hagen, har vurdert det slik at rettighetene i Grunnloven i størst mulig grad bør gjenspeile og søke å realisere individenes frihet, likhet og menneskeverd, slik dette er kommet til uttrykk i fortalen til Verdenserklæringen og EMK. Ved vurderingen av hvilke rettigheter som står sentralt, er det derfor tatt utgangspunkt i Verdenserklæringen og de rettigheter som fremkommer av denne.

Det er samtidig tatt hensyn til de verdier og rettigheter som har stått sentralt i Norge etter annen verdenskrig, selv om ikke alle disse er grunnlovsfestede i dag. Det er et nærliggende behov for å ajourføre Grunnloven i forhold til det samfunn vi lever i. Dette innebærer ikke at Grunnloven skal gi oss svarene på vanskelige og viktige samfunnsutfordringer, men den bør knesette noen sentrale prinsipper og grunnleggende verdier som i dag utgjør fundamentet for de beslutninger som treffes. På den måten vil man i større utstrekning kunne sikre at individenes frihet, likhet og menneskeverd blir ivaretatt i beslutningsprosessene også i fremtiden.

I den forbindelse er det tatt hensyn til at dagens Norge ikke bare er et annet samfunn enn da Grunnloven ble skrevet i 1814, men også et annet samfunn enn den gang Verdenserklæringen ble utformet i 1948. De viktigste samfunnsendringene er den økonomiske og teknologiske utvikling, fremveksten av

velferdssamfunnet, utdanningseksplosjonen, enighet om at det skal være like muligheter for kvinner og menn, økt forståelse for barns rettigheter, og en økning i antall nordmenn med annen etnisk, språklig, religiøs og kulturell bakgrunn. Denne flerkulturelle og moderne velferdsstaten bør derfor gjenspeiles i Grunnlovens rettighetsbestemmelser, uten at en slik tilpasning til dagens samfunnsutvikling overskygger de grunnleggende sivile og politiske rettigheter som Grunnloven har vært bærer av siden 1814. De sivile og politiske rettighetene er nødvendige både for å opprettholde individenes likeverd og like rett til deltagelse i samfunnet, og for å sikre gjennomføringen av et levedyktig demokrati.

I forlengelsen av dette har utvalget lagt vekt på at Grunnloven har hatt stor symbolverdi for det norske folk og for nasjonen Norge, samtidig som den til tider har spilt en sentral rolle rettslig og politisk. Utvalgets flertall ser det som viktig å forsøke å bevare Grunnlovens rolle som symbol for nasjonen, men samtidig videreføre Grunnloven som et rettslig og politisk verktøy. Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser bør derfor ikke begrenses til bare å bestå av bestemmelser som med relativt enkle juridiske grep kan håndheves av domstolene. Noen av Grunnlovens bestemmelser bør også inneholde rettigheter som har et kjerneinnhold som kan prøves rettslig, selv om bestemmelsenes betydning først og fremst vil være verdimesig og politisk.

Utvalget finner videre at norsk grunnlovstradisjon, der Grunnloven stadfester noen grunnleggende og prinsipielle utgangspunkter, bør videreføres. Det vil neppe være vellykket å forsøke å detaljregulere rettigheter i Grunnloven. Dette ville gi liten grad av fleksibilitet til bestemmelser som ofte blir stående i lang tid. Av rettspraksis på området, både nasjonalt og i EMD, fremgår det tydelig at anvendelsen av menneskerettighetsbestemmelser ofte vil måtte avgjøres etter en nærmere vurdering av en lang rekke konkrete forhold, der også hensynet til samfunnsutviklingen trekkes inn. Detaljreguleringer i Grunnloven vil i for stor utstrekning kunne binde opp fremtidige generasjoner, og dermed bidra til å svekke Grunnlovens symbolske og politiske funksjon.

Utvalgets flertall har etter dette kommet frem til at de grunnleggende menneskerettighetsprinsipper som bør vurderes nærmere med tanke på revidering og supplerings av dagens grunnlovsbestemmelser, er de følgende. Rettighetene presenteres i den rekkefølgen som følger av utvalgets forslag til paragrafnummerering, men rekkefølgen sier ingenting om hvor viktig eller sentral rettigheten er. Dette vil avhenge av den konkrete konteksten som rettigheten inngår i:

- Rett til liv og forbud mot dødsstraff
- Frihet fra tortur og andre inngripende integritetskrenkelser

- Forbud mot slaveri og tvangsarbeid
- Forbud mot vilkårlig frihetsberøvelse og rettigheter for frihetsberøvede
- Retten til rettferdig rettergang
- Vern på strafferettens område, herunder lovskrav, uskyldspresumsjon og forbud mot dobbeltstraff
- Forbud mot tilbakevirkende lover
- Likhetsprinsipp og ikke-diskrimineringsprinsipp
- Tanke-, samvittighets- og religionsfrihet
- Ytringsfrihet og offentlighet
- Forenings- og forsamlingsfrihet
- Personvern og personopplysningsvern
- Rett til å inngå ekteskap og vern om familien
- Barns rettigheter
- Eiendomsvern og ekspropriasjonerstatningsvern
- Bevegelsesfrihet
- Rett til kulturell identitet, deltagelse i kulturlivet og kunsten og forskningens frihet
- Vern om samisk språk, kultur og samfunnsliv
- Rett til utdanning
- Rett til utkomme fra arbeid eller næring
- Rett til helse, tilfredsstillende levestandard og sosial trygghet
- Rett til et sunt miljø
- Legalitetsprinsippet
- Deltakelse i demokratiske beslutningsprosesser, herunder stemmerett, rett til å danne politiske partier og rett til å ta del i hemmelige og frie valg.

Utvalgets flertall vil presisere at denne utvelgelsen av rettigheter ikke innebærer at øvrige rettigheter er å anse som mindre viktige, eller at krenkelser av andre rettigheter nødvendigvis er å anse som mindre alvorlige enn krenkelse av bestemmelsene i Grunnloven. Utvalgets flertall har imidlertid vurdert det slik at de rettighetene som er nevnt ovenfor, må anses for å representere grunnleggende menneskerettighetsprinsipper som er sentrale for det moderne norske samfunn. Det er disse sentrale rettighetene som må vurderes ivaretatt på grunnlovs nivå. Den nærmere detaljregulering av disse og øvrige rettigheter bør finne sted i ordinær lovgivning.

11.4.2 SÆRMERKNAD FRA CARL I. HAGEN

Utvalgets medlem Carl I. Hagen har avgitt følgende særmerknad:

«Menneskerettighetsutvalgsmedlem Carl I. Hagen har lenge vært usikker med hensyn til om det er fornuftig og hensiktsmessig med en blandingsgrunnlov hvor både klare rettsregler blandes sammen med uforpliktende programerklæringer og symbolske langsiktige målsetninger. Den nåværende grunnlov er på en måte en slik grunnlov takket være bl.a. paragrafene 110, 110a og 110b. Dette medlem vet at han selv i Stortinget har stemt for noen av disse, men det

var med liten velvilje, men mer pga manglende mot til å motstå det politiske press i disse saker når resultatet av voteringene ikke hadde noen direkte virkninger for folk flest.

Når nå utvalget skal vurdere å innføre de sentrale menneskerettigheter må imidlertid det tas en aktiv stilling til og foretas en vurdering av hvilke rettigheter som er omtalt i mange konvensjoner som er de sentrale. Det er også slik at hvis en grunnlov fylles med idealistiske mål og programerklæringer som de fleste anser for å være urealistiske drømmer uten rettsvirkninger så kan det medføre at også de sentrale rettigheter svekkes både i omdømme og reell rettsvirkning.

Dette medlem har under utvalgets meget grundige arbeid forsøkt å følge godt med og er vel inneforstått med de fleste argumenter både for og i mot de ulike typer menneskerettigheter. Helt fra begynnelsen har dette medlem ment at det er en enorm forskjell mellom rettigheter som i hovedsak pålegger stater å la være eller å unnlate å gripe inn overfor menneskers rettigheter og det å aktivt bli pålagt kostnader for å innfri en rettighet. Ytringsfriheten og rett til bolig er to slike rettigheter som er klart i hver sin gruppe.

Dette medlem har studert FN konvensjonene om Sivile og Politiske Rettigheter som i hovedsak er de sentrale rettigheter og konvensjonen om de Økonomiske og Sosiale Rettigheter som inneholder de sekundære eller 2ndre generasjons rettigheter. De første rettigheter hindrer i utgangspunktet de autoritære og diktatoriske regimer som ønsker å kontrollere og å holde sine innbyggere nede, mens de øvrige kan danne et grunnlag for en meget kostbar velferdsstat som kan fremtvinge høye skatter og avgifter som kan kvele en fornuftig økonomisk utvikling. Særlig vil dette kunne gjøres når det ikke er grunnlovsfestet en begrensning på hvor mye et lands regjering kan låne på kommende generasjoners regning. Dette fremkommer nå stadig tydeligere i en rekke land hvor regjeringer eller makthavere har kjøpt seg oppslutning fra velgere med løfte om velferdsgoder som er lånefinansiert.

Dette medlem viser til brev til Utvalget fra Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg av datert 23. nov 2010 (jf. punkt 11.2.1) hvor det hevdes at det er en umulig oppgave å skille mellom de sentrale rettigheter som fortjener en plass i Grunnloven og de mindre sentrale rettighetene som man ikke ser behov for å gi denne statusen. Det er et syn dette medlem ikke deler og vil derfor, slik mandatet tilsier, bare gå inn for å innføre de rettigheter dette medlem anser for å være de sentrale i Grunnloven. Det betyr at dette medlem kun vil gå inn for å grunnlovsfeste de sivile og politiske menneskerettigheter ofte omtalt som 1ste generasjons rettigheter.

Dagens grunnlov fastsetter i § 110c at myndighetene skal respektere og sikre menneskerettighetene og dette er gjennomført i Menneskerettighetsloven som også gir bestemmelser i mange konvensjoner forrang fremfor norsk lov dersom det er en motsetning mellom konvensjonen og norsk lov. Norge er således forpliktet til å følge de internasjonale konvensjoner som Stortinget har ratifisert. Således er Norge et foregangsland når det gjelder å sikre menneskerettighetene og det er også dette medlem særdeles tilfreds med og ser således intet behov for spesielle endringer i menneskerettighetsloven.

Dersom det imidlertid skulle oppstå en særdeles vanskelig sosial eller betydelig økonomisk krise kan det inntreffe et behov for endringer 2ndre generasjons menneskerettigheter. Det kan også oppstå en situasjon hvor den dynamiske fortolkningsutvikling i den Europeiske Menneskerettsdomstol for 2ndre generasjons rettigheter fjerner seg fra det som er akseptabelt for et flertall i Stortinget og i folket. Da vil Grunnlovens 2ndre generasjons rettigheter ikke kunne endres av et flertall i Stortinget fordi det ville kreves grunnlovsendring noe som krever 2/3 dels flertall samt kreve fra 2-5 år avhengig av tidspunktet behovet for endring inntreffer i forhold til siste stortingsvalg. Så lenge forangsbestemmelsen og konvensjonene kun er som forpliktelser i menneskerettighetsloven kan et simpelt flertall endre denne loven relativt raskt og denne muligheten bør derfor bevares for de mer sosiale og kostnadskrevende målsetninger. Da vil også de primære og avgjørende viktige menneskerettigheter få en bedre status enn de mer subsidiære, sosiale og økonomiske rettigheter i diverse konvensjoner. Grunnlovsbestemmelser med rettigheter som det i utgangspunktet ikke er ment at domstolene skal kunne overprøve Stortingets prioriteringer og vedtak mener således dette medlem at ikke bør gis grunnlovsrang

Dette medlem er på det rene med forslaget om derogasjonsbestemmelser og nødrettsbetraktninger, men finner allikevel at disse er unødvendige med en rettslig grunnlov som er rendyrket med de sivile og politiske rettigheter.

Dette medlem er således av den oppfatning at de mest sentrale verdier det norske samfunn er bygget på først og fremst er de sivile og politiske rettigheter og at disse ikke må svekkes ved å blande de sammen med ikke-rettslige programerklæringer såkalte «legge til rette for» målsetninger og ønsker.

På denne bakgrunn vil dette medlem ikke kunne gi sin tilslutning til forslagene om følgende nye paragrafer: § 104, § 107, § 108, § 109, § 110, § 111, § 112, § 115 og § 116.

Dette medlem vil understreke at dette standpunkt ikke betyr at ikke disse rettighetene som vi i dag er bundet av gjennom ulike konvensjoner ikke skal gjelde. Dette medlem deler de fleste av de vurderinger som utvalget står for, og har ikke funnet grunn til å reservere seg mot flertallets avgjørelser på ethvert punkt hvor dette kunne vært aktuelt. Poenget er at dette medlem vil skille de sentrale og primære menneskerettigheter fra de mer subsidiære og idealistiske målsetninger og programerklæringer. De sentrale og primære rettigheter bør inkluderes i Grunnloven, mens de øvrige bør inkluderes i ordinære lovbestemmelser.»

12. Generell bestemmelse om menneskerettigheter

12.1 Innledende bemerkninger

Dagens rettighetsvern består av et samspill mellom noen enkeltrettigheter i Grunnloven, en generell bestemmelse om rettighetsvern i Grunnloven § 110c, menneskerettsloven med inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner, øvrige konvensjoner som Norge har ratifisert, samt øvrig nasjonal lovgivning.

Dersom utvalgets forslag til grunnlovsendringer følges opp, vil Grunnlovens vern om menneskerettig-

hetene bli bygget ut på sentrale punkter. Det vil i noen grad også fremgå av den enkelte bestemmelse at statens myndigheter må respektere og sikre den enkelte rettighet. Dette reiser spørsmål om det fortsatt er behov for en *generell* bestemmelse i Grunnloven om statens plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene.

I dette kapitlet drøftes derfor spørsmål om den generelle rettighetsbestemmelsen i Grunnloven § 110c bør videreføres i uendret form, om og eventuelt hvordan den bør endres, og hvilket forhold det bør være mellom denne generelle bestemmelsen og menneskerettslovens forrangsregel.

12.2 Grunnloven § 110c

Med Grunnloven § 110c ble betegnelsen «menneskerettighetene» for første gang tatt inn i Grunnloven. Bestemmelsen ble vedtatt 15. juni 1994, og lyder:

«Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne. Nærmere Bestemmelser om Gjennemførelsen af Traktater herom fastsættes ved Lov.»

Første ledd pålegger myndighetene å respektere og sikre samtlige menneskerettigheter, mens annet ledd pålegger myndighetene å gjennomføre menneskerettighetskonvensjoner ved lov.

Bestemmelsen kom inn i Grunnloven som følge av arbeidet til et utvalg som vurderte gjennomføring av menneskerettighetskonvensjoner i norsk rett, Menneskerettighetslovutvalget, se NOU 1993:18. Dette utvalget vurderte flere mulige alternativer til gjennomføring av konvensjonene. Den foretrukne løsning var en kombinasjon av en generell menneskerettighetsbestemmelse i Grunnloven og en lov som ga sentrale menneskerettighetskonvensjoner – EMK, ØSK og SP – status som norsk lov med forrang fremfor annen lovgivning. Grunnlovsforslaget ble fulgt opp med vedtakelsen av § 110c i 1994, og lovforslaget ble fulgt opp med vedtakelsen av lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) i 1999, jf. også punkt 6.2.

Tanken bak grunnlovsbestemmelsen var at en bestemmelse som viste til menneskerettighetskonvensjonene, ville ha sterkere signaleffekt enn gjennomføring av konvensjonene i lov alene. Begrunnelsen for at konvensjonene ikke ble inntatt på grunnlovs nivå, for eksempel som eget vedlegg til Grunnloven, var at det burde utvises varsomhet med å inkorporere et så vidt omfangsrikt og uoversiktlig materiale på grunnlovs nivå. Menneskerettighetslovutvalget mente også at det neppe ville ha synderlig praktisk betydning om menneskerettighetskonvensjonene ble gitt grunnlovs eller lovs trinnhøyde, siden konvensjonene i begge tilfeller ville være

«svært tungtveiende rettskildefaktorer».⁸⁸ Menneskerettighetslovutvalget anså samtidig at det falt utenfor dets mandat å vurdere hvorvidt noen av menneskerettighetsbestemmelsene burde inntas på grunnlovs nivå.⁸⁹

Grunnloven § 110c er ment å gi et generelt uttrykk for menneskerettighetenes sentrale plass i norsk rett. Ifølge Menneskerettighetslovutvalget ville bestemmelsen «kunne bidra til økt stabilitet og kontinuitet omkring Grunnloven».⁹⁰ I prinsippet skulle bestemmelsen omfattes av domstolenes prøvingsrett, men siden bestemmelsen er generell og skjønsmessig utformet, samt gir et betydelig spillerom for myndighetenes skjønn, vil konvensjonsbestemmelsene i menneskerettsloven gi et mer konkret utgangspunkt for prøving i den enkelte sak.⁹¹

Menneskerettighetslovutvalget mente at en bestemmelse i Grunnloven om myndighetenes plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene ville ha viktige funksjoner. Utvalget uttalte at en slik bestemmelse for det første ville ha en sterk symbolfunksjon ved at menneskerettighetene fremheves som en sentral verdi for det norske samfunn. Derneft ville bestemmelsen kunne fungere som en politisk retningslinje og demme opp for politiske kursendringer i strid med de verdiene som menneskerettighetene representerer. Videre ville bestemmelsen ha rettslig betydning ved at myndighetene ikke har adgang til å føre en politikk i strid med det prinsipp den gir uttrykk for, ved at bestemmelsen kommer inn som et tolkningsmoment for domstoler og forvaltningsorganer, og ved å bidra til å fylle såkalte retts-tomme rom (lakuner).⁹²

For Høyesterett har Grunnloven § 110c vært anført i litt mer enn femten saker siden bestemmelsen ble vedtatt i 1994. I OFS-saken i Rt. 1997 s. 580, som gjaldt gyldigheten av en provisorisk anordning om tvungen lønnsnemnd, la Høyesterett til grunn at bestemmelsen ikke medførte at konvensjoner som ikke var inkorporert i norsk lovgivning, kunne gå foran norsk lov. I en av de andre sakene er § 110c benyttet som tolkningsmoment (Rt 1997 s. 1821 Kjuus). I tillegg er § 110c vist til som et tolkningsmoment i mindretallets premisser i en tredje sak (Rt. 1994 s. 1244 Kvinnefengselsaken).

I den juridiske litteratur har det vært fremsatt ulike syn på betydningen av § 110c. Carsten Smith har for eksempel uttalt om denne bestemmelsen:

«Denne sterke generalklausul hadde vært en rettslig kraftkilde om den bare hadde fått stå alene,

⁸⁸. Se NOU 1993: 18 s. 156, jf. s. 147-150.

⁸⁹. Se NOU 1993: 18 s. 144.

⁹⁰. Se NOU 1993: 18 s. 146.

⁹¹. Se NOU 1993: 18 s. 160.

⁹². Se NOU 1993: 18 s. 158-159.

men blir umiddelbart utvannet ved tilføyelsen om at gjennomføringen skal skje ved lov. Som rettigheter betraktet er denne nyere serie hva man i romerretten omtalte som 'leges imperfectae', proklamasjoner uten klare sanksjoner.»⁹³

Andenæs/Fliflet har slått fast at bestemmelsen er en «prinsippklaring uten presiserbart innhold»,⁹⁴ og Aall har fremhevet at det er «usikkert hvilket innhold norske rettsanvendende myndigheter vil gi bestemmelsen».⁹⁵ Helgesen har imidlertid fremhevet at det har selvstendig betydning for domstolenes håndhevelse av menneskerettighetene at Grunnloven gjennom § 110c pålegger statsorganene å respektere disse rettighetene.⁹⁶

At Grunnloven § 110c sjelden har kommet til anvendelse i Høyesterett, innebærer ikke med nødvendighet at bestemmelsen har hatt liten praktisk betydning. Fra annen verdenskrig og frem til det tidspunkt hvor Menneskerettslovutvalget kom med sin utredning, hadde det vært behandlet ca. 60 saker i Høyesterett der menneskerettskonvensjoner generelt hadde vært påberopt eller omhandlet.⁹⁷ Sammenlikner man antall saker fra denne perioden med perioden etter vedtakelsen av Grunnloven § 110c i 1994 og frem til menneskerettsloven i 1999, ser man at antall saker i Høyesterett hvor EMK var påberopt eller omhandlet alene eller i kombinasjon med øvrige menneskerettskonvensjoner, var ca. 160. Den kraftige økningen i antall saker der menneskerettskonvensjonene har vært påberopt eller omhandlet i Høyesterett, kan tyde på at Grunnloven § 110c har hatt en betydelig signaleffekt, selv om også andre forhold kan ha spilt inn.

I den forbindelse kan føyes til at i tiden etter menneskerettsloven av 1999 har antall saker der menneskerettskonvensjonene har vært påberopt eller omhandlet, fortsatt å øke. I perioden 1999–2009 er det mer enn 600 saker for Høyesterett der EMK har vært påberopt eller omhandlet.

Like viktig er det at Grunnloven § 110c første ledd trolig har hatt betydning ved utformingen av ordinær lovgivning og i forvaltningens generelle virksomhet. Bestemmelsen kan bl.a. spores i flere offentlige utredninger.⁹⁸ Hvilken konkret betydning bestemmelsen har hatt i forvaltningens daglige virke, er det imidlertid vanskelig å si noe sikkert om.

Hva gjelder Grunnloven § 110c annet ledd, så fastsetter denne at nærmere bestemmelser om gjen-

nomføring av menneskerettskonvensjoner («traktater herom») fastsettes ved lov. Bestemmelsen er så generelt utformet at lovgiver står fritt til å inkorporere konvensjoner i lovgivning, transformere konvensjoner, eller ikke gjøre noen av delene.⁹⁹ Bestemmelsen har således begrenset rettslig betydning, og den er kanskje først og fremst Menneskerettslovutvalgets og senere Stortingets svar på spørsmålet om konvensjonene burde inkorporeres i lov eller i Grunnloven.

Av Høyesterett har § 110c annet ledd vært oppfattet slik at den forutsetter at konvensjoner må inkorporeres i lovgivningen for at de skal kunne få forrang fremfor intern rett, se Rt. 1997 s. 580.¹⁰⁰ Høyesteretts uttalelse har imidlertid blitt kritisert i juridisk litteratur.¹⁰¹ Kritikken går først og fremst ut på at uttalelsen ikke var nødvendig for resultatet, og at det er usikkert hvilken vekt den kan tillegges i fremtidige saker. Avgjørelsen illustrerer imidlertid at annet ledd i Grunnloven § 110c kan ha fungert som en svekkelse av prinsippet i første ledd mer enn som en styrking. Det er lite som tyder på at dette var hensikten til Menneskerettslovutvalget da annet ledd ble utformet og foreslått.

12.3 Generelle bestemmelser i menneskerettskonvensjonene

Samtlige menneskerettskonvensjoner inneholder generelle bestemmelser om myndighetenes plikter. EMK artikkel 1 fastsetter:

«The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in section I of this convention.»

SP artikkel 2 nr. 1 og 2 fastsetter:

«1. Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

2. Where not already provided for by existing legislative or other measures, each State Party to the present Covenant undertakes to take the necessary steps, in accordance with its constitutional processes and with the provisions of the present Covenant, to adopt such laws or other measures as may be neces-

^{93.} Carsten Smith, *Bør menneskerettigheten styrkes i vår grunnlov?* Jussens Venner 2006 s. 235-247, på s. 238.

^{94.} Andenæs/Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 2006 s. 379.

^{95.} Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2007 s. 44.

^{96.} Jan Helgesen, *Grunnloven § 110 c*, Lov og Rett 1995 s. 277-278.

^{97.} Se NOU 1993: 18 s. 11.

^{98.} Se bl.a. NOU 2011: 10 I velferdsstatens venterom; NOU 2010: 12 Ny klageordning for utlendingssaker; NOU 2009: 1 Individ og integritet; NOU 2008: 9 Med barnet i fokus; NOU 2005: 09 Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemndene for sosiale saker og NOU 2005: 1 God forskning – bedre helse. Se også St.meld. nr. 21 (1999-2000) Menneskeverd i sentrum.

^{99.} Se NOU 1993: 18 s. 160.

^{100.} Se Rt. 1997 s. 580, på s. 592-593.

^{101.} Se bl.a. Eckhoff/Helgesen, *Rettskildelære*, 2001 s. 318-324.

sary to give effect to the rights recognized in the present Covenant.»

ØSK artikkel 2 lyder:

«1. Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.

2. The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

3. Developing countries, with due regard to human rights and their national economy, may determine to what extent they would guarantee the economic rights recognized in the present Covenant to non-nationals.»

Disse bestemmelsene består av flere elementer. For det første sier bestemmelsene noe om personkretsen som beskyttes av rettighetene, jf. også punkt 9.3.2. For det andre sier både SP og ØSK at det ikke skal skje noen diskriminering med hensyn til hvem som skal nyte godt av rettighetene. I EMK følger dette av artikkel 14. For det tredje – og det er her likheten med Grunnloven § 110c kommer inn – fastsetter bestemmelsene hva statenes plikt etter konvensjonene består i. I EMK tales om å sikre («secure») rettighetene, i SP om å respektere og sikre («to respect and to ensure») rettighetene, mens det i ØSK tales om å ta skritt innenfor det maksimale av statenes tilgjengelige ressurser med sikte på å oppnå gradvis full virkeliggjøring av rettighetene.

Slike generelle bestemmelser blir dermed ikke ansett som overflødige ved siden av de enkelte rettighetene i konvensjonene. Men dette kan, i hvert fall delvis, ha sammenheng med at de generelle bestemmelsene har flere funksjoner enn bare å fastsette statenes plikt til å respektere og beskytte rettighetene.

12.4 Andre lands konstitusjoner

Den *finske* Grundlagen 22 § lyder:

«Det allmänna skall se till att de grundläggande fri- och rättigheterna och de mänskliga rättigheterna tillgodoses.»

Når bestemmelsen taler om de grunnleggende fri- og rettighetene, viser den til de grunnlovsfestede bestemmelsene, mens henvisningen til menneskerettighetene sikter til konvensjonsbestemte rettigheter som Finland er bundet av.¹⁰²

Den *svenske* Regeringsformen har ingen tilsvarende bestemmelse. Regeringsformen inneholder imidlertid en prinsippbestemmelse i 1. kapittel 2 §, som åpner med følgende grunnsetning:

«Den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet.»

Konstitusjonene i Danmark og Island har ingen generell menneskerettighetsbestemmelse. Men det islandske grunnlovsrådet foreslår å grunnlovsfeste en generell menneskerettighetsbestemmelse etter mønster av den norske Grunnloven § 110c, og da som et tillegg til de spesifikke rettighetene i den islandske grunnloven.

12.5 Utvalgets vurdering

12.5.1 GRUNNLOVEN § 110C FØRSTE LEDD

Spørsmålet om det fortsatt er behov for en generell bestemmelse om myndighetenes plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene, bør bl.a. bedømmes i lys av at Grunnloven § 2 vil bli endret som følge av stat/kirke-forliket.¹⁰³ Grunnloven § 2 vil lyde:

«Værdigrundlaget forbliver vor kristne og humanistiske Arv. Denne Grundlov skal sikre Demokratiet, Retsstaten og Menneskerettighederne.»

Når det vises til hva som er Grunnlovens formål, vil det være naturlig å lese bestemmelsen slik at også myndighetene i sitt arbeid skal ivareta de samme formål. Dermed ivaretas mye av den signalfunksjonen som Grunnloven § 110c første ledd ellers skal sørge for, i den nye § 2. Dette gjelder også ivaretagelse av menneskerettighetene som politisk retningslinje og tolkningsmoment. Kombinasjonen av konkrete menneskerettigheter i Grunnloven og den nye Grunnloven § 2 gjør m.a.o. behovet for en generell bestemmelse om myndighetenes plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene noe mindre enn det behovet var i 1994.

Den nye Grunnloven § 2 vil imidlertid ikke gi et direkte uttrykk for at det er myndighetene som har plikter etter menneskerettighetene. Grunnloven § 110c gjør det klart at det er statens myndigheter – i vid forstand – som har plikter i relasjon til menneskerettighetene: Det er myndighetene som ikke må gå for langt i å begrense den enkeltes rettigheter, og det er myndighetene som må sørge for lovgivning og eventuelle andre tiltak for å forhindre at rettighetene bare gir et illusorisk vern mot private aktører. Både lovtekniske og pedagogiske hensyn kan derfor tilsi at

^{102.} 1993 rd – RP 309 s. 79-80.

^{103.} Se mer om stat/kirke-forliket i punkt . Se for øvrig utvalgets mandat, som forutsetter at dette forliket skal ligge til grunn for utvalgets vurderinger.

§ 110c første ledd videreføres også etter vedtakelsen av ny § 2.

Et annet mulig argument for å beholde bestemmelsen er at betegnelsen «menneskerettighetene» i § 110c første ledd må tolkes slik at den omfatter rettigheter både i Grunnloven og i menneskerettighetskonvensjonene. Dermed sørger Grunnloven § 110c første ledd for at også konvensjonsrettigheter må respekteres og sikres, selv om de ikke nødvendigvis skulle ha forrang fremfor ordinær lovgivning gjennom menneskerettsloven. Hvorvidt dette i stedet må kunne utledes av Grunnloven § 2, vil være mer usikkert.

At Grunnloven § 110c omfatter både de menneskerettigheter som følger av Grunnloven og de menneskerettigheter som følger av konvensjonene, kan eventuelt presiseres gjennom en endring i Grunnloven § 110c. Dermed vil dette ikke lenger være en underforstått tolkning av § 110c, men synliggjøres i den hensikt å gjøre Grunnloven mer leservennlig. En tydelig presisering av dette forholdet kan for eksempel gjøres på følgende måte:

«Det paaligger Statens Myndigheter at respektere og sikre Menneskerettighetene saaledes som de er nedfældede i denne Grundlov og i for Norge bindende Traktater herom.»

En slik presisering vil ikke ta sikte på å endre innholdet i Grunnloven § 110c første ledd, men uttrykkelig fremheve at menneskerettighetsbestemmelsene i både Grunnloven og konvensjonene omfattes av bestemmelsen. I tillegg til å tydeliggjøre bestemmelsen kan en slik presisering bidra til å avverge misforståelser. Beholdes dagens ordlyd, samtidig som et eventuelt nytt grunnlovskapittel gis betegnelsen «Menneskerettigheter», kan enkelte komme til å tolke den generelle menneskerettighetsbestemmelsen i § 110c første ledd slik at den bare refererer seg til Grunnlovens rettigheter og ikke til konvensjonenes rettigheter.

Ulempen ved å endre formuleringen i Grunnloven § 110c vil være at det kan skape uklarhet om også det materielle innhold i bestemmelsen er endret, selv om forarbeidene gir uttrykk for at endringen kun innebærer en presisering av rettsstilstanden.

Utvalget har vurdert de ulike hensyn og har kommet frem til at formuleringen i Grunnloven § 110c første ledd bør videreføres i uendret form, men da i en ny § 92. Den nye § 92 vil innlede Grunnlovens nye menneskerettighetskapittel. I praksis foreslår derfor utvalget bare at Grunnloven § 110c første ledd får et nytt paragrafnummer.

Bakgrunnen for forslag til ny paragrafnummerring er at Grunnloven § 110c i dag er en litt «bortgjemt» bestemmelse. I motsetning til de andre rettighetsbestemmelsene pålegger § 110c statens myndig-

heter en generell plikt til å ivareta menneskerettighetene. Utvalget finner at denne generelle plikten bør tre tydeligere frem i Grunnloven, men uten at innholdet i bestemmelsen endres. Forslag til ny § 2 om formålet med Grunnloven vil ikke fullt ut kunne erstatte nåværende § 110c, særlig fordi forslag til ny § 2 ikke gir uttrykk for hvem som er pliktsubjekt etter menneskerettighetene. Forslag til ny § 2 og utvalgets forslag om å videreføre § 110c i ny § 92 vil utfylle hverandre på en god måte. Mens forslag til ny § 2 vil slå fast Grunnlovens formål innledningsvis i Grunnloven, herunder at ivaretagelse av menneskerettighetene er et av Grunnlovens formål, vil forslag til ny § 92 slå fast myndighetenes generelle plikt til å ivareta menneskerettighetene som en innledning til et eget menneskerettighetskapittel i Grunnloven.

I den forbindelse bør særlig fremheves at ikke alle enkeltrettigheter som utvalget foreslår, vil presisere at statens myndigheter er pliktsubjekt til rettigheten. Dette vil i stedet måtte leses ut av den innledende § 92. De enkelte forslag til rettighetene vil heller ikke alle understreke at statens myndigheter både har plikt til å respektere rettighetene og plikt til å sikre gjennomføringen av dem. Dette er forhold som heller ikke vil komme frem eller kunne utledes av forslag til ny formålsbestemmelse i Grunnloven § 2.

Utvalget ser ikke noen umiddelbar fare for at formuleringen i § 110c første ledd bare vil forstås som et vern om rettighetene i Grunnloven eller bare som et vern om rettighetene i menneskerettighetskonvensjonene. Formuleringen «menneskerettighetene» i bestemt form gir ikke i seg selv anvisning på hvilke kilder disse rettighetene kan utledes fra, og det vil være nærliggende å forstå uttrykket slik at rettighetene kan utledes fra flere av de mest autoritative rettskildene på området – som Grunnloven selv og de menneskerettighetskonvensjoner som Norge har sluttet seg til.

Utvalget har etter dette kommet frem til at formuleringen i Grunnloven § 110c første ledd bør videreføres. Bestemmelsen bør imidlertid flyttes til ny § 92, for å innlede et nytt kapittel om «Menneskerettighetene» i Grunnloven, jf. kapittel 17.

12.5.2 GRUNNLOVEN § 110C ANNET LEDD

Grunnloven § 110c annet ledd fastslår at nærmere bestemmelser om menneskerettighetskonvensjoner fastsettes ved lov. Formuleringen har trolig bidratt til å svekke effekten av første ledd ved domstolens prøving av menneskerettighetene, uten at dette har vært tilsiktet fra Menneskerettighetslovutvalget som foreslo bestemmelsen.

I relasjon til lovgivning har bestemmelsen hatt den ønskede effekt, ved at menneskerettsloven trådte i kraft i 1999. Også annen lovgivning har tatt hensyn til menneskerettighetskonvensjonene ved utformin-

gen av konkrete bestemmelser. Man kan kanskje si at bestemmelsen har oppfylt sin funksjon, og at den i dag representerer et overflødig pålegg overfor lovgiver. Menneskerettsloven har for eksempel eksistert i over et tiår, og det kan hevdes at det ikke lenger er samme behov for å forankre denne i en egen grunnlovsbestemmelse. Grunnloven § 110c annet ledd vil imidlertid gjøre det vanskeligere for lovgiver å *opphøve* menneskerettsloven ved en senere anledning.

Utvalget anser det på denne bakgrunn som overflødig å beholde § 110c annet ledd. Utvalget foreslår derfor at annet ledd ikke videreføres i ny Grunnloven § 92.

12.5.3 STYRKING AV MENNESKERETTIGHETS- KONVENSJONENES STILLING I NORSK RETT?

Den norske Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg har i et brev til utvalget av 23. november 2010 gitt uttrykk for at en revisjon av Grunnloven hovedsakelig bør dreie seg om å styrke de internasjonale menneskerettighetenes formelle stilling i norsk rett, jf. også punkt 11.2.1. Dette bør gjøres ved å grunnlovsfeste det allmenngyldige prinsipp om at staten ikke kan krenke eller innskrenke de rettighetene som individene er gitt i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene som Norge er bundet av. Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg mener det vil være en viktig – og for så vidt også en tilstrekkelig – revisjon dersom Grunnloven § 110c annet ledd blir endret til å lyde:

«Bestemmelser i internasjonale menneskerettskonvensjoner som er bindende for Norge, kan ikke innskrenkes ved lov eller annen myndighetsutøvelse.»

Forslaget begrunnes med at det vil være en umulig oppgave å skille mellom de sentrale rettighetene som fortjener plass i Grunnloven, og de mindre sentrale rettighetene, og at det dessuten er grunnleggende problematisk at myndighetene foretar slike prioriteringer, jf. også punkt 11.2. Forslaget vil sikre at beskyttelsen i Grunnloven får tilsvarende innhold som den internasjonale menneskerettighetsbeskyttelsen. Dette vil sikre at avveininger mellom de forskjellige rettighetene ikke faller ulikt ut for Grunnloven og for de internasjonale konvensjonene. Det vil dessuten forhindre rettsusikkerhet og manglende forutsigbarhet for den enkelte og for staten. Med en slik bestemmelse vil norske domstoler få et klart mandat til å sette lover som innskrenker eller fraviker menneskerettighetskonvensjonene til side, heter det i begrunnelsen for forslaget.

Utvalget oppfatter forslaget fra Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg slik at det i realiteten vil gi de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene grunnlovs rang. Etter utvalgets oppfatning

går forslaget derfor utover det utvalget har mandat til å vurdere og ta stilling til. Det gjelder både for spørsmål om en slik bestemmelse bør komme i stedet for eller i tillegg til flere konkrete rettigheter i Grunnloven. Utvalgets mandat forutsetter at det skal fremmes forslag om å gi sentrale menneskerettigheter grunnlovs rang, ikke samtlige rettigheter som følger av de internasjonale menneskerettighetskonvensjoner som Norge har sluttet seg til.

Utvalget vil imidlertid føye til at det ikke ser noe prinsipielt betenkelig ved at det foretas en utvelgelse av rettigheter som skal gis grunnlovs rang. I nesten alle land finner man grunnlover som inneholder en oppregning av sentrale menneskerettigheter. Disse rettighetskatalogene har i tillegg ulikt omfang, uten at dette nødvendigvis utgjør noe problem i forhold til menneskerettighetskonvensjonene. Konvensjonene krever heller ikke en gjennomføring på grunnlovs nivå, men at konvensjonene etterlevs. Det er således opp til nasjonale myndigheter å velge en hensiktsmessig gjennomføring av konvensjonene, jf. også kapittel 11.

Utvalget ønsker samtidig å bemerke at forslaget fra Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg ikke synes å ta hensyn til at det allerede eksisterer enkeltrettigheter i Grunnloven, og at dette er en del av vår nasjonale rettstradisjon. Å oppheve allerede eksisterende rettigheter er nærmest utenkelig, og dermed vil det iallfall for disses del minst skje en dobbeltregulering. Dette vil neppe lede til en mer oversiktlig eller ryddig rettstilstand. I tillegg vil det oppstå uklarhet om hvilke konvensjoner som kan karakteriseres som «menneskerettighetskonvensjoner», for eksempel hvilke ILO-konvensjoner og hvilke av Europarådets konvensjoner som omfattes av dette. Det vil heller ikke være mulig å gå til Grunnloven for å finne svar på hvilke menneskerettigheter norske myndigheter først og fremst skal ivareta. Grunnloven vil da kunne miste mye av sin reelle betydning for folk flest.

12.5.4 FORHOLDET TIL MENNESKERETTSLOVEN

I utvalgets mandat heter det blant annet:

«Norge har inkorporert en rekke internasjonale menneskerettskonvensjoner i sin lovgivning som i dag har forrang i forhold til annen lovgivning, hvis det er motsetning. Det er derfor viktig at det blir foretatt en prinsipiell og samlet vurdering av menneskerettighetenes plass i Grunnloven, hvor også forholdet til menneskerettslovens forrangsregel og spørsmålet om rettighetene skal kunne påberopes for domstolene trekkes inn.»

Mandatet synes å forutsette at utvalget ikke skal vurdere og ta stilling til menneskerettslovens forrangsregel som sådan, men at forholdet til menneskerettslovens forrangsregel må tas i betraktning ved

utformingen av de nye bestemmelsene i Grunnloven. Et viktig utgangspunkt er at det ikke er mulig å ta opp i Grunnloven alle bestemmelsene som er inkorporert gjennom menneskerettsloven. Ofte er dette bestemmelser som i større detalj beskriver den enkelte rettighet enn det har vært tradisjon for i Grunnloven. All den tid mandatet også forutsetter at menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett skal styrkes, vil utvalget heller ikke foreslå noen endringer i menneskerettsloven og dens forrangsregel. Anvendelsen av menneskerettsloven og forrangsregelen er nærmere omtalt i punkt 6.2.2.

Dette innebærer at mange rettigheter vil være gjenstand for en dobbeltregulering. Rettighetene vil både være beskyttet i Grunnloven og i menneskerettsloven. Det er imidlertid liten grunn til å frykte at dette vil by på rettslige problemer. For bestemmelser som ivaretar den samme rettigheten, og hvor denne ikke må avveies mot andres rettigheter – typisk for forbud mot å straffe uten lov og dom, forbud mot tilbakevirkende lover og retten til grunnleggende opplæring – vil domstoler og forvaltning måtte følge den lovbestemmelsen som går lengst i å gi den enkelte vern. Dette har sammenheng med at begge bestemmelsene er en del av norsk rett. Den rettigheten som gir det beste vernet for den enkelte, vil da måtte legges til grunn. Dette følger også av dagens rettspraksis på området, jf punkt 6.2.2.

For rettigheter som må avveies mot andres menneskerettigheter, vil domstoler og andre rettsanvendere lojalt søke å unngå en tolkning av Grunnloven som strider mot de menneskerettighetskonvensjonene som Norge er bundet av, jf. Grunnloven § 110c første ledd og presumsjonsprinsippet. Den omfattende internasjonale praksis på dette området vil således være et tilfang til tolkningen og avveiningen av menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven, se mer om tolkning av Grunnloven i kapittel 15. Skulle det likevel – mot formodning – forekomme at Grunnloven må forstås slik at den er uforenlig med en konvensjonsbestemmelse som gjelder som norsk rett, vil det være Grunnlovens bestemmelse som får forrang, med mindre det resultat man da kommer til, vil være i strid med myndighetenes generelle plikt til å ivareta menneskerettighetene.

12.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at Grunnloven § 110c oppheves, og at ny Grunnloven § 92 skal lyde:

«Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne.»

13. Begrensning av menneskerettigheter

13.1 Innledende bemerkninger

Det er slik med mange rettigheter at de kan være gjenstand for begrensninger med hensyn til rekkevidden av rettighetsvernet, enten dette skyldes hensynet til samfunnet for øvrig eller hensynet til andres menneskerettigheter. Spørsmålet i dette kapitlet er derfor om og eventuelt på hvilken måte adgangen til å begrense rettighetene skal komme til uttrykk i Grunnloven. Et alternativ til ikke å skrive inn adgangen til begrensninger i Grunnloven vil være at begrensningene i rettighetsvernet utelukkende kommer til uttrykk gjennom domstolenes praksis.

I dette kapitlet er det de ordinære begrensningene i rettighetsvernet som vil bli behandlet. Unntak eller avvik fra rettighetene som følge av krig eller andre krisesituasjoner vil bli særskilt behandlet i kapittel 16.

13.2 Begrensninger i Grunnloven

Grunnloven har pr. i dag ikke noen enhetlig tilnærming til begrensninger i de grunnlovsfestede rettighetene. Grunnloven §§ 96 og 99 forbyr domfellelse uten etter lov, å straffe uten etter dom, pinlig forhør (tortur), samt fengsling der dette ikke skjer i samsvar med lov. Det er her tale om rettigheter som ikke kan gjøres til gjenstand for begrensninger.

Grunnloven § 100 fastsetter derimot *uttrykkelig* at ytringsfriheten kan begrenses. Bestemmelsen er imidlertid den eneste grunnlovsbestemmelsen som formulerer en slik begrensning i rettigheten. Dette kom først inn i ytringsfrihetsbestemmelsen da den ble endret i 2004, jf. kapittel 28.

Andre grunnlovsbestemmelser *forutsetter* at det kan foretas begrensninger i rettighetene. Grunnloven § 2 om retten til fri religionsutøvelse inneholder for eksempel ingen formulering om begrensning i retten til å utøve religion, men da rettigheten ble vedtatt i 1964, var det forutsatt at den ikke skulle være absolutt.¹⁰⁴ I lov nr. 25/1969 om trudemssamfunn og ymist anna er retten til å drive religiøs virksomhet og til å stifte trossamfunn i tråd med dette bl.a. betinget av at «rett og sømd ikkje vert krenkt».

I en del andre tilfeller har adgangen til å begrense rettighetsbestemmelsene i Grunnloven utviklet seg gjennom rettspraksis, juridisk litteratur og politisk praksis. Et eksempel er forbud mot tilbakevirkende lover i Grunnloven § 97, der det har vært enighet om at bestemmelsen ikke kan tas helt bokstavelig. Det har på denne bakgrunn utviklet seg en rikholdig praksis med hensyn til tolkningen av hvor grensen mellom lovlig og rettsstridig tilbakevirkning går. Slik

¹⁰⁴. Se Stortingets forhandlinger (1963-64), Tidende S., s. 2899.

kan *rettspraksis* alene sette begrensninger i rettighetsbestemmelsene.

13.3 Begrensninger i menneskerettighetskonvensjonene

Når det gjelder adgangen til å foreta begrensninger etter de internasjonale konvensjonene, kan rettighetene i EMK grovt deles inn i tre grupper. Den ene gruppen inneholder rettigheter som ikke kan begrenses. Her finnes blant annet forbudet mot tortur og slaveri, retten til en rettferdig rettergang innen rimelig tid og forbudet mot tilbakevirkende straffelover, jf. artiklene 2, 3, 6 og 7.

Den andre gruppen er rettigheter hvor EMK inneholder klart definerte begrensningshjemler eller presiseringer av at rettighetene ikke omfatter visse typer forhold. Dette er forhold hvor det ellers kunne vært reist tvil om de var omfattet av rettigheten. Dette gjelder i første rekke retten til liv, der det etter EMK bl.a. er presisert at rettigheten ikke krenkes hvis det går med liv i nødvendig selvforsvar eller til forsvar av landet. Tilsvarende gjelder også for forbud mot tvangsarbeid, der det etter EMK er presisert at forbudet ikke gjelder for nærmere angitte former for pålagt arbeid. Og det samme gjelder for retten til personlig frihet, der det etter EMK er presisert at rettigheten ikke er til hinder for lovbestemt frihetsberøvelse i bestemte tilfeller. Se nærmere EMK artiklene 1, 4 og 5.

Den tredje gruppen er rettigheter som i henhold til EMK kan begrenses ved lov, dersom det er nødvendig i et demokratisk samfunn for å ivareta nærmere bestemte formål. EMD har stilt krav om at begrensningen må komme som følge av et presserende eller tvingende samfunnsbehov, og det må være forholdsmessighet mellom mål og middel. Statene har likevel en viss skjønnsmargin («margin of appreciation») ved disse vurderingene. De fleste menneskerettigheter faller inn under denne gruppen og utgjør typisk retten til respekt for privatliv, hjem og familieliv, retten til å utøve religion eller livssyn, ytringsfrihet, forenings- og forsamlingsfrihet og bevegelsesfrihet, jf. EMK artiklene 8, 9, 10 og 11, samt protokoll 4 artikkel 2.

Bestemmelsene i denne tredje gruppen er bygget opp nokså likt: I artikkelens første ledd beskrives rettighetene, mens begrensningshjemmelen følger av annet ledd. Samtlige bestemmelser i denne gruppen krever at begrensningene både må være fastsatt i lov og være nødvendige i et demokratisk samfunn. De legitime grunner for å gjøre begrensninger er også langt på vei de samme, selv om de ikke er helt sammenfallende:

Begrensningshjemmelen i EMK artikkel 8 om rett til respekt for privat- og familieliv, hjem og korrespondanse tillater for eksempel begrensninger av

hensyn til nasjonal sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden og kriminalitet, for å beskytte helse eller moral eller for å beskytte andres rettigheter og friheter. Bestemmelsen lyder:

«There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.»

I artikkel 9 om tanke-, tros- og livssynsfrihet er begrensningsadgangen snevrere. Her kan det bare gjøres inngrep i friheten til å utøve sin tro eller sitt livssyn for å ivareta offentlig trygghet, for å beskytte offentlig orden, helse eller moral, og for å beskytte andre rettigheter og friheter. Hensynet til nasjonal sikkerhet og landets økonomiske velferd, som er fremhevet i artikkel 8, er ikke med her.

I artikkel 10 om ytringsfrihet er begrensningsadgangen formulert slik:

«The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.»

Her ser man at begrunnelsene for å begrense friheten er de samme som etter artikkel 8, med unntak av hensynet til landets økonomiske velferd. I tillegg kommer hensynet til territoriell integritet, beskyttelse av andres omdømme, forebygging av at fortrolige opplysninger røpes, samt bevaring av domstolens autoritet og upartiskhet.

I artikkel 11 om forsamlings- og foreningsfriheten nevnes heller ikke hensynet til landets økonomiske velferd, men for øvrig er grunnene de samme som etter EMK artikkel 8. Det presiseres i tillegg at det er tillatt med lovfestede begrensninger i rettighetene til medlemmer av politiet, de væpnede styrker eller statsadministrasjonen.

I protokoll 4 artikkel 2 nr. 3 tillates begrensninger i bevegelsesfriheten av de samme grunner som etter artikkel 8, men med unntak av hensynet til landets økonomiske velferd. I tillegg presiseres det at visse avgrensede områder kan underlegges lovbestemte restriksjoner der dette er berettiget ut fra offentlige interesser i et demokratisk samfunn.

I motsetning til EMK inneholder ØSK en generell begrensningshjemmel. ØSK artikkel 4 slår fast at det bare kan gjøres begrensninger i rettighetene dersom begrensningene er lovfestet og forenlige med rettighetenes natur, forutsatt at slik begrensning gjøres for å fremme den generelle velferden i et demokratisk samfunn. ØSK artikkel 4 lyder:

«The States Parties to the present Covenant recognize that, in the enjoyment of those rights provided by the State in conformity with the present Covenant, the State may subject such rights only to such limitations as are determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society.»

SP har ingen tilsvarende generell bestemmelse som ØSK. Utformingen av SPs menneskerettigheter og den tilhørende begrensningshjemmel likner på mange måter det system som gjenfinnes i EMK, se for eksempel SP artikkel 12 nr. 3 om begrensninger i bevegelsesfriheten, SP artikkel 18 om begrensninger i tanke-, tros- og livssynsfriheten, SP artikkel 19 om ytringsfriheten og SP artikkel 22 om forenings- og forsamlingsfriheten. I begrensningshjemmelen i artikkel 18 om utøvelse av religion mv., kan man merke seg at begrensninger av hensyn til andres fri- og rettigheter inneholder kvalifiseringen *andres grunnleggende* fri- og rettigheter. I begrensningshjemmelen om ytringsfrihet i SP mangler også EMKs adgang til å gjøre unntak for å hindre spredning av fortrolige opplysninger og for å bevare domstolens autoritet.

Noen av bestemmelsene i SP er imidlertid bygget opp på en annen måte. Her følger adgangen til begrensninger i rettigheten av selve måten rettigheten er formulert på. SP artikkel 17 om retten til respekt for privatliv mv. lyder for eksempel:

«1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.»

Her er rettigheten formulert slik at den enkelte ikke skal bli utsatt for et ulovlig eller vilkårlig inngrep. I tillegg har den enkelte rett til lovbeskyttelse mot privates inngrep eller angrep på privatliv, familieliv, hjem eller korrespondanse. SP artikkel 9 om rett til frihet er utformet etter samme mønster.

13.4 Andre lands konstitusjoner

I de finske, islandske og danske grunnlovene fremgår begrensninger i rettigheter, eller hjemmel for å gjøre begrensninger i dem, av den paragraf som rettigheten er inntatt i. Ingen av disse grunnlovene har

en enhetlig metode for å angi begrensninger eller begrensningsadgang. I den svenske Regeringsformen er begrensningsadgangen imidlertid grundig regulert i egne paragrafer sist i kapitlet om fri- og rettigheter. I det følgende omtales de finske og de svenske reglene nærmere.

I den *finske* Grundlagen begrenses for eksempel retten til frihet og personlig integritet i 7 § tredje ledd på samme måte som i SP artikkel 9, ved at det gjøres en henvisning til at et inngrep ikke må være vilkårlig eller ulovlig. I 9 § fastsettes det at retten til å forlate riket kan begrenses gjennom lov hvis det er nødvendig for å sikre rettergang eller fullbyrdelse av straff eller for å sikre at verneplikt oppfylles. I bestemmelsen om religionsfrihet er det imidlertid ingen slik begrensningshjemmel.

I 12 § om ytringsfriheten – som blant annet nevner sensurforbud – fastsettes det at nærmere bestemmelser om ytringsfrihet skal gis ved lov, herunder begrensninger i bildeprogram til beskyttelse av barn. Adgang til å unnta forvaltningens dokumenter fra offentligheten er begrenset til de tilfellene hvor tvingende grunner har ført til særskilt lovbegrensning. I 13 § om forenings- og forsamlingsfrihet fastsettes det noe nærmere hva retten går ut på, samt at nærmere bestemmelser fastsettes ved lov.

I 10 § om beskyttelse av privatliv har tredje ledd en begrensningshjemmel som minner om EMK artikkel 8 nr. 2, men uten å være avskrift av denne bestemmelsen. Den er mer presis og gir en snevrere begrensningsadgang. Bestemmelsen lyder:

«Genom lag kan bestämmas om åtgärder som ingriper i hemfriden och som är nödvändiga för att de grundläggande fri- och rättigheterna skall kunna tryggas eller för att brott skall kunna utredas. Genom lag kan också bestämmas om sådana begränsningar i meddelandehemligheten som är nödvändiga vid utredning av brott som äventyrar individens eller samhällets säkerhet eller hemfriden, vid rättegång och säkerhetskontroll samt under frihetsberövande.»

I den *svenske* Regeringsformen finnes begrensningshjemler i 2. kapittel 20-25 §§. Disse bestemmelsene er meget omfattende. Paragraf 20 inneholder en oppregning av hvilke rettigheter som kan begrenses, og 21 § inneholder generelle vilkår for å gjøre begrensninger. I 22 § følger en særlig fremgangsmåte for når begrensninger skal vedtas. Forslag om begrensninger i rettighetene må hvile i 12 måneder dersom mer enn 10 representanter ber om det, såfremt ikke fem sjettedeler av de som stemmer, er enige om at forslaget ikke skal hvile. Visse unntak fra ordningen er fastsatt. I 23 § og 24 § følger en ytterligere presisering av begrensningsadgangen for så vidt gjelder ytringsfriheten, møte- og demonstrasjonsfriheten og foreningsfriheten. I 25 § åpnes det for sær-

skilte begrensninger i lov for de personer som ikke har svensk statsborgerskap.

Den *sveitsiske* grunnloven har en generell begrensingsklausul sist i kapittelet om grunnleggende rettigheter. Bestemmelsen lyder i tysk versjon:

«Art. 36 Einschränkungen von Grundrechten

1 Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.

2 Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.

3 Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.

4 Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar».¹⁰⁵

Her fastsettes at begrensninger må ha lovhjemmel, og alvorlige inngrep må være fastsatt ved lov, ikke forskrift. Videre fastsettes de legitime formålene som kan begrense rettighetene, som det offentlige interesse eller beskyttelse av andres grunnleggende rettigheter. Dernest fastsettes at begrensningene må være forholdsmessige, og at kjerneinnholdet i grunnrettighetene ikke kan røres.

I EUs *Charter of fundamental rights* finnes en felles begrensningshjemmel i artikkel 52 nr. 1. Bestemmelsen inneholder de samme elementene som den sveitsiske begrensningshjemmelen, men den er mer generelt utformet. Charterets artikkel 52 nr. 1 lyder:

«Any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by this Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others.»

13.5 Utvalgets vurdering

13.5.1 GRUNNLOVSFESTING AV GENERELL BEGRENSNINGSHJEMMEL

Utvalget finner at begrensninger i rettighetene må fastsettes i Grunnloven, ikke bare følge av domstolens praksis. Dette vil tydeliggjøre at de fleste

rettigheter i noen utstrekning vil kunne være gjenstand for begrensninger dersom de støter an mot andres menneskerettigheter eller mot viktige samfunnsinteresser. Som pekt på i de foregående punktene finnes slike begrensningshjemler både i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og i EUs Charter of fundamental rights. I tillegg er begrensningsadgangen beskrevet – om enn på litt ulikt vis – i de svenske, finske og sveitsiske konstitusjonene. I Norge skjer disse begrensningene først og fremst gjennom praktiske tilpasninger i forvaltningens og domstolenes virksomhet. En begrensningshjemmel i Grunnloven vil bidra til å synliggjøre denne praksisen og samtidig etablere en større trygghet mot vilkårlige og tilfældige begrensninger i menneskerettighetene.

En eventuell begrensningsadgang i Grunnloven kan enten fastsettes i tilknytning til hver enkelt bestemmelse, slik det for eksempel er gjort i Grunnloven § 100, eller den kan inntas i en generell bestemmelse som knytter an til flere av menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven.

Fordelen ved å skrive inn begrensningshjemler i tilknytning til hver enkelt bestemmelse er at man bedre kan spesifisere når det kan foretas begrensninger i nettopp denne rettigheten. Det vil da være mulig å foreta nyanseringer mellom de ulike bestemmelsene, bl.a. for å synliggjøre at det skal mer til for å gjøre begrensninger i noen rettigheter enn i andre.

Ulempen ved dette er at det lett kan bli mange gjentakelser i Grunnloven, slik tilfellet bl.a. er i EMK. Grunnloven vil i tillegg bli mer omfangsrik, og man vil i større grad forlate den tradisjonelt knappe formen som ellers kjennetegner Grunnloven. Dette er riktignok gjort for Grunnloven § 100, men det kan neppe legges til grunn at denne måten å skrive grunnlovstekster på dermed er blitt en del av vår grunnlovstradisjon. Med en generell begrensningshjemmel kan de enkelte rettighetene utformes i Grunnlovens tradisjonelt knappe form, og man unngår gjentakelser i Grunnloven.

En generell begrensningshjemmel vil imidlertid ikke fange opp at det skal mer til for å gripe inn i noen rettigheter enn i andre. Dette må i stedet innfortolkes i den generelle begrensningshjemmelen, og i tråd med dagens rettstilstand vil dette måtte klargjøres nærmere gjennom praksis. Uansett om begrensningshjemmelen utformes generelt eller i tilknytning til hver enkelt rettighet, vil det til sist være nødvendig å foreta en skjønnsmessig avveining mellom ulike hensyn. Ved en slik avveining vil terskelen for når det kan gjøres begrensninger variere, ikke bare med hvilken rettighet man står overfor, men også med hvor omfattende det konkrete inngrepet er, holdt opp mot hvor nødvendig begrensningen er.

¹⁰⁵. I engelsk oversettelse lyder bestemmelsen: Article 36 Limitations of Fundamental Rights

(1) Limitations of fundamental rights require a basis in law. Serious limitations have to be expressly provided for in a statute. Cases of clear and present danger not to be avoided by other means are exempt.

(2) Limitations of fundamental rights have to be justified by public interest or by the protection of fundamental rights of others.

(3) Limitations have to satisfy the principle of proportionality.

(4) The essence of fundamental rights is inviolable.

Fordelen med en generell begrensningshjemmel sammenliknet med dagens praksis vil være at en generell begrensningshjemmel vil synliggjøre i Grunnloven flere av de vilkårene som også i dag må være oppfylt før det kan foretas begrensninger i menneskerettighetene. En generell begrensningshjemmel vil derfor ikke endre dagens rettstilstand, men bidra til klargjøring og større trygghet mot vilkårlige beslutninger.

På denne bakgrunn finner utvalget at Grunnloven bør inneholde en generell begrensningshjemmel.

13.5.2 NÅR KAN RETTIGHETENE I GRUNNLOVEN BEGRENSES?

Ved utforming av en generell begrensningshjemmel bør det tas hensyn til de krav som nasjonal praksis og de internasjonale konvensjoner har oppstilt. Andre lands konstitusjoner har i denne sammenhengen tjent som inspirasjon for utvalget.

Et første vilkår for å foreta begrensninger i de sentrale menneskerettighetene i Grunnloven bør være et krav om lovhjemmel. Fra tidligere tider finnes eksempler på at ulovfestet rett har begrenset rettighetene i Grunnloven av hensyn til andres rettigheter. Særlig kjent er dommen om To mistenkelige personer i Rt. 1952 s. 1217, jf. punkt 30.2.1, der ulovfestede personvern hensyn begrenset ytringsfriheten i Grunnloven § 100. I dag er imidlertid personvernet sikret gjennom EMK artikkel 8, og dermed inntatt som en del av norsk rett gjennom menneskerettsloven av 1999. Dette innebærer at det nå finnes lovhjemmel for å begrense andres menneskerettigheter av hensyn til personvernet. Utvalget foreslår for øvrig også en særlig bestemmelse om personvern i Grunnloven, jf. kapittel 30. Tilsvarende er også andre sentrale menneskerettigheter i dag vernet gjennom lovgivning: Diskrimineringsvern følger bl.a. av diskrimineringsloven og straffeloven, jf. punkt 26.2. Barns rettigheter følger bl.a. av barneloven, straffeloven og barnekonvensjonen i menneskerettsloven, jf. punkt 32.2. Osv. Disse forholdene gjør at det ikke lenger vil være aktuelt å begrense menneskerettighetene på bakgrunn av ulovfestet rett.

For de tilfeller der det er tale om begrensning i rettighetene av hensyn til samfunnets interesser, vil det allerede følge av det ulovfestede legalitetsprinsipp at det normalt må foreligge hjemmel i lov, jf. kapittel 41. Legalitetsprinsippet favner imidlertid om mer enn bare begrensninger i menneskerettighetene, i den forstand at prinsippet får anvendelse for alle myndighetsinngrep. Det er imidlertid omdiskutert om legalitetsprinsippet gjelder for domstolenes virksomhet. Det ulovfestede legalitetsprinsipp kan dermed vise seg å ha et litt annet virkeområde enn det som vil være virkeområdet for et lovskrav i en generell begrensningshjemmel i Grunnloven. En begrens-

ningshjemmel i Grunnloven vil med sikkerhet også omfatte domstolenes virksomhet, i den forstand at domstolene ikke kan gjennomføre begrensninger i menneskerettighetene i Grunnloven uten hjemmel i lov.

Et neste vilkår for begrensning i menneskerettighetene bør være at begrensningen ikke kan være så omfattende at det i realiteten ikke blir noe igjen av rettigheten. I så fall vil rettigheten være fraveket, og dette kan bare skje på bestemte vilkår i en krigs- eller krisesituasjon, se nærmere kapittel 16. Det bør derfor oppstilles et vilkår om at begrensningen «må respektere kjernen i rettighetene». Dette er en formulering som man finner igjen bl.a. i den sveitsiske konstitusjonen fra 1999, og det vil være en formulering som samsvarer godt med praksis fra internasjonale håndhevingsorganer som EMD og med dagens høyesterettspraksis. Som utvalget kommer tilbake til i kapittel 14, vil Høyesterett bl.a. legge mindre vekt på for eksempel lovgivers vurderinger av grunnlovsspørsmålet dersom Høyesterett finner at lovgivning «klart» strider mot Grunnloven. Dette vil typisk være saker hvor man befinner seg i rettighetens kjerneområde.

Et tredje vilkår bør være at begrensningen må være forholdsmessig. Et krav til forholdsmessighet følger av samtlige menneskerettighetskonvensjoner og av EUs Charter of fundamental rights. I EMDs praksis er forholdsmessighet innfortolket i formuleringen «nødvendig i et demokratisk samfunn». Å synliggjøre denne praksisen vil bidra til at forholdsmessighetsvurderingen gjennomføres konsekvent i alle saker som omhandler begrensninger i rettighetene. Også nasjonal rett ivaretar i dag et krav til forholdsmessighet, og en innskriving av dette vilkåret i en generell begrensningshjemmel vil således synliggjøre Høyesteretts praksis på området. Dette er særlig tydelig der Høyesterett foretar vurderinger av rettigheter etter EMK, men det er også synlig i saker der det gjøres begrensninger i Grunnloven § 97 (forbud mot tilbakevirkende lover) og § 100 (ytringsfrihet). Her har Høyesterett de siste årene foretatt en vurdering av hvor inngripende begrensningen er målt opp mot formålet med begrensningen, jf. for eksempel Rt. 1996 s. 1415 (Borthen), Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus), Rt. 2006 s. 293 (Arves Trafikkskole) og Rt. 2007 s. 1807 (Vigrid). Det er nærliggende å anta at dersom rettighetsvernet i Grunnloven utvides, vil Høyesterett foreta slike avveininger også for de nye rettighetene. En generell begrensningshjemmel i Grunnloven vil imidlertid synliggjøre denne avveiningen.

I forholdsmessighetsvurderingen bør det bl.a. tas hensyn til hvilke rettigheter man står overfor, hvem som rammes av begrensningen, hvordan vedkommende rammes, hvor mange som rammes og formålet med begrensningen. Dette er kriterier som både

Høyesterett og EMD legger vekt på i dag, og som bør inkluderes i en forholdsmessighetsvurdering. Når det særlig gjelder vurderingen av hvilken type rettighet man står overfor, har Høyesterett gjennom sin praksis lagt til grunn at prøvingsretten vil være mer intens der det er tale om begrensninger i rettigheter som trygger den personlige frihet og sikkerhet enn der det er tale om rettigheter som sikrer økonomiske verdier, jf. punkt 14.4.1. En lignende sontring ligger også til grunn for de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene, ved at politiske myndigheter som regel har et mindre handlingsrom hva gjelder rettighetene i EMK og SP enn hva tilfellet er for de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene i bl.a. ØSK. Praksis på dette området bør derfor videreføres under kravet om «forholdsmessighet» i utvalgets forslag til generell begrensningshjemmel.

Et fjerde vilkår bør være at begrensningen må være nødvendig for å oppfylle ett av to formål; enten av hensyn til andres menneskerettigheter, eller av hensyn til allmenne interesser. Uttrykket «andres menneskerettigheter» tar sikte på den avveiningen som må finne sted dersom to eller flere rettigheter står mot hverandre. Typisk vil være ytringsfrihet eller religionsfrihet som står mot diskrimineringsvern eller personvern, men også andre rettigheter kan komme i konflikt med hverandre. Det er imidlertid viktig at det ikke foretas en avveining mot enhver rettighet som andre måtte kunne påberope seg. Det er først og fremst hensynet til andres *menneskerettigheter* som kan begrunne begrensninger i Grunnlovens rettighetsvern. Dette kan være enten menneskerettigheter som er eksplisitt omhandlet i Grunnloven, eller menneskerettigheter som er internasjonalt anerkjent. For andre rettigheter enn dette vil det være eventuelle allmenne interesser som i så fall må begrunne begrensninger i menneskerettighetene. Da vil forholdsmessighetsvurderingen skje på bakgrunn av disse interessene, ikke på bakgrunn av rettigheten som sådan.

Hva gjelder «allmenne interesser», er dette et uttrykk som ikke er like klart avgrenset som «menneskerettigheter». I EMK listes det opp en rekke forhold i de forskjellige rettighetene som utgjør slike allmenne interesser. Med «allmenne interesser» siktes det særlig til nasjonal sikkerhet, offentlig trygghet, forebygging av kriminalitet og uorden, beskyttelse av helse og beskyttelse av domstolenes autoritet og upartiskhet. Også landets økonomiske velferd vil i noen sammenhenger og for noen rettigheter kunne begrunne begrensninger. I hvilken utstrekning landets økonomiske velferd kan være relevant som begrensning for menneskerettighetene i konkrete situasjoner, må bl.a. forstås i lys av EMDs praksis på området.

Praksis fra EMD viser at det sjelden er et problem at statene begrenser rettighetene av grunner som ikke anses som akseptable etter konvensjonen.¹⁰⁶ Som regel skjer konvensjonskrenkelse fordi den nødvendige lovhjemmel for begrensning mangler, eller fordi begrensningen griper uforholdsmessig sterkt inn i den aktuelle rettigheten, dvs. at den ikke oppfyller kravet om å være nødvendig i et demokratisk samfunn. Utvalget antar derfor at en generell begrensningshjemmel ikke behøver å spesifisere i detalj de enkelte formål som kan begrunne unntak, men at man kan nøye seg med å vise til behovet for å beskytte andres menneskerettigheter og allmenne interesser. De spesifiserte forhold som kan begrunne begrensninger, vil uansett måtte falle i den ene eller den annen av disse to kategoriene. Dette følger av både nasjonal praksis og de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene.

En felles begrensningshjemmel kan i tråd med disse utgangspunktene utformes på følgende måte:

«Enhver begrensning i rettigheter som er anerkjent i denne grunnlov, må være fastsatt ved lov og respektere kjernen i rettighetene. Begrensningen må være forholdsmessig og nødvendig for å ivareta allmenne interesser eller andres menneskerettigheter.»

Etter utvalgets oppfatning vil denne formuleringen gi et dekkende bilde av den adgangen det er til å foreta begrensninger i menneskerettighetene i dag. Utvalget vil derfor foreslå at denne formuleringen inntas som en generell begrensningshjemmel i ny § 115 i Grunnloven.

13.5.3 HVILKE RETTIGHETER KAN DET IKKE GJØRES BEGRENSNINGER I?

Som redegjort for i punkt 13.3 kan enkelte rettigheter ikke være gjenstand for begrensninger. Det er utvalgets oppfatning at det i begrensningshjemmelens annet ledd bør komme til uttrykk hvilke rettigheter dette er. Hvilke paragrafer det ikke kan gjøres begrensninger i, vil imidlertid avhenge av hvilke paragrafnumre de enkelte rettigheter får i en eventuell ny del E om menneskerettigheter.

Dersom det tas utgangspunkt i EMK og i norsk praksis på området, vil det i første rekke være retten til liv, forbud mot tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, og forbud mot slaveri og tvangsarbeid som det ikke kan gjøres begrensninger i. Dette er rettigheter som utvalget vil foreslå inntatt i ny § 93, jf. kapittel 19 flg. I den forbindelse har utvalget presisert at med «tvangsarbeid» menes *ikke* tvungen verneplikt, innsattes arbeid i fengsler, arbeid pålagt i nødssituasjoner eller nor-

^{106.} Se for eksempel Njål Høstmælingen, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2003 s. 122.

male borgerlige plikter, jf. også EMK artikkel 4 nr. 3, men annet arbeid som påtvinges den enkelte, se nærmere punkt 21.5.1. Tilsvarende vil retten til liv ikke nødvendigvis være krenket dersom dette skjer i nødverge eller til landets forsvar, for å foreta en lovlig pågripelse eller for å slå ned opptøyer på lovlig måte, jf. EMK artikkel 2 nr. 2, jf. kapittel 19. Disse modifikasjonene i rettighetene vil fortsatt måtte innfortolkes, selv om en generell begrensningshjemmel ikke gir adgang til å gjøre begrensninger i § 93. Dette har sammenheng med at disse modifikasjonene allerede følger av § 93.

Dernest kan det ikke være adgang til å gjøre begrensninger i lovskravet for straff og frihetsberøvelse. Lovskravet for frihetsberøvelse er foreslått videreført i ny § 94, jf. punkt 22.6, mens lovskravet for straff er foreslått videreført i uendret form i § 96, jf. punkt 24.2.4. I tillegg vil utvalget foreslå at det inntas et mer omfattende vern på strafferettens område i § 96, i tråd med norske tradisjoner på området. I § 96 foreslås derfor inntatt uskyldspresumsjonen, forbud mot å straffe mer enn én gang for samme handling og en nyskriving av dagens § 104 (forbud mot å «forbryde Jord og Boslod»), jf. kapittel 24. For disse rettighetene er det i dag kun adgang til å gjøre begrensninger i § 104, for det tilfellet at eiendommen er benyttet til eller er utbytte fra straffbar handling. Utvalget foreslår at dette særskilte unntaket omtales i en nyskriving av § 104, inntatt som ny § 96 fjerde ledd, jf. punkt 24.5.3. Det blir således unødvendig å skrive dette særlige unntaket inn i den generelle begrensningshjemmelen. Det bør således komme til uttrykk i Grunnlovens generelle begrensningshjemmel at det ikke kan gjøres begrensninger i §§ 94 og 96. Dette må da naturlig forstås med de modifikasjoner som allerede følger av § 96 fjerde ledd.

Videre følger det av EMK artikkel 6 at det ikke kan gjøres begrensninger i retten til en rettferdig og offentlig rettergang. Retten til rettferdig og offentlig rettergang foreslås inntatt i ny § 95 i Grunnloven. I likhet med lovskrav på strafferettens område, uskyldspresumsjon og forbud mot dobbeltstraff er retten til en rettferdig og offentlig rettergang i både sivile saker og straffesaker en av de sentrale rettssikkerhetsgarantiene som rettsstaten hviler på. Det bør derfor følge av den generelle begrensningshjemmelen i Grunnloven at det ikke kan gjøres begrensninger i § 95. Dette må imidlertid forstås med de modifikasjoner som allerede følger av § 95. For retten til offentlig rettergang foreslår utvalget at det presiseres i rettighetsbestemmelsen at rettsmøtet kan lukkes av hensyn til privatliv og tungtveiende allmenne interesser, jf. punkt 23.5.2. Et forbud mot å begrense retten til offentlig rettergang må dermed forstås i lys av denne særskilte modifikasjonen i § 95. For retten til rettferdig rettergang er det imidlertid ikke adgang til

å gjøre begrensninger, med mindre Norge befinner seg i krig, jf. beredskapsloven § 8, se nærmere punkt 16.2.2. Den generelle begrensningshjemmelen i forslag til ny § 115 skal imidlertid gjelde under normale forhold, og under normale forhold bør det ikke være adgang til å begrense den enkeltes rett til rettferdig rettergang. For krigssituasjonene vil utvalget foreslå at det kan gis adgang til å fravike retten til rettferdig og offentlig rettergang. Dette er særskilt omhandlet i punkt 16.5.

I tillegg til disse sentrale rettssikkerhetsgarantiene bør det heller ikke kunne gjøres begrensninger i den enkeltes rett til tanke, samvittighet, tro og livsanskuelse. Denne rettigheten foreslås inntatt i ny § 99 første punktum, jf. punkt 27.5. Retten til å *praktisere* sitt livssyn er foreslått inntatt i ny § 99 annet punktum. Dette gjør det uproblematisk i en generell begrensningshjemmel å skille mellom den enkeltes rett til indre trosliv og den enkeltes praktisering av sin tro. Hva gjelder praktisering av livssyn, er det innlysende at man fra tid til annen kan se seg nødt til å begrense denne retten av hensyn til andres menneskerettigheter eller allmenne interesser. Retten til et indre trosliv kan man imidlertid ikke gjøre begrensninger i, uten at det får preg av indoktrinering og hjernevask. Det følger derfor av både praksis fra internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og en langvarig nasjonal praksis at retten til indre trosliv ikke kan begrenses. Det bør derfor presiseres i begrensningshjemmelen at det ikke kan gjøres begrensninger i § 99 første punktum.

Mens de nye forslagene fra utvalget lar seg tilpasse en generell begrensningshjemmel på en enkel og lettfattelig måte, byr noen av de eldre grunnlovsbestemmelsene på enkelte utfordringer. Dette gjelder særlig § 97 (forbud mot tilbakevirkende lover) og § 105 (full erstatning ved ekspropriasjon). Utvalget vil foreslå at begge disse bestemmelsene videreføres med de samme paragrafnumre, jf. punkt 25.5 og punkt 33.5. Det er på det rene at § 105 sikrer den enkelte full erstatning ved ekspropriasjon, og selv om det ofte kan være uenighet om hva som utgjør full erstatning, vil *prinsippet* om at det skal ytes full erstatning ikke være gjenstand for begrensninger. Hvorvidt det er nødvendig å presisere dette i en generell begrensningshjemmel, er ikke åpenbart. Dette har sammenheng med at *kjernen i rettigheten* nettopp vil være at den enkelte skal få full erstatning ved ekspropriasjon. Utvalget vil likevel foreslå at § 105 eksplisitt omtales som en av de rettighetene det ikke kan gjøres begrensninger i, for på den måten å unngå tvil og mulige rettsvister om hva som eventuelt utgjør kjernen i § 105.

Av samme grunn vil utvalget også foreslå at det presiseres i den generelle begrensningshjemmelen at det ikke kan gjøres begrensninger i § 97 hva gjelder

spørsmål om straff. I tråd med gjeldende praksis fra Høyesterett og i tråd med EMK artikkel 7, kan det ikke gis lover med tilbakevirkende kraft som får innvirkning til skade for tiltalte for spørsmål om skyld og straffeutmåling, jf. punkt 25.2. Det har i den sammenheng vært vanlig å si at strafferetten befinner seg i kjernen av tilbakevirkningsforbudet. I så måte følger det allerede av vilkårene for begrensninger at det ikke kan gjøres begrensninger i forbudet mot å gi lover tilbakevirkende kraft på strafferettens område, jf. vilkåret om at kjernen i rettigheten ikke kan være gjenstand for begrensninger. Det er imidlertid flere andre tilfeller enn strafferett som etter omstendighetene kan sies å befinne seg i kjernen av tilbakevirkningsforbudet. Dette må imidlertid myndighetene, og til sist domstolene, ta konkret stilling til for de sakene som reiser denne problemstillingen, slik tilfellet også er i dag.

For ikke å skape tvil om at lovgivning som etablerer straff eller straffeutmåling med tilbakevirkende kraft, alltid vil befinne seg i kjerneområdet av § 97, foreslår utvalget at begrensningshjemmelen presiserer at det ikke kan gjøres begrensninger i § 97 hva gjelder spørsmål om straff. I den praktiske utformingen av bestemmelsen kan man enten benytte uttrykket «§ 97 ved spørsmål om straff» eller «§ 97 på strafferettens område». Alternativt kan det skrives inn en lengre setning der «heller ikke § 97 kan begrenses på den måten at strengere straffebestemmelse enn den som gjaldt på handlingstidspunktet, skal gjelde».

Utvalget foretrekker uttrykket «§ 97 ved spørsmål om straff». Formuleringen er kort og lettfattelig, og den inkluderer tilbakevirkende lovgivning om både skyld og straffeutmåling. Formuleringen må forstås slik at den ikke omfatter inndragning som følge av kriminelle forhold, fullbyrding av straff eller andre forhold som måtte befinne seg i grenseland til strafferetten. For en nærmere utdyping av disse forholdene, se kapittel 25. Det følger for øvrig av en sikker tolkning av § 97 at bestemmelsen ikke er til hinder for at gunstigere straffebestemmelser anvendes til fordel for tiltalte, og det er derfor ikke nødvendig å presisere dette i en generell begrensningshjemmel.

En særskilt presisering av hvilke rettigheter det ikke kan gjøres begrensninger i, kan da lyde:

«Det kan i intet tilfelle gjøres slike begrensninger i §§ 93, 94, 95, 96, 99 første punktum og 105. Tilsvarende gjelder for § 97 ved spørsmål om straff.»

Utvalget finner at en slik presisering i begrensningshjemmelens annet ledd vil være klargjørende og samtidig synliggjøre i Grunnloven hvilke rettigheter som ikke kan begrenses utover det som allerede følger av den enkelte rettighetsbestemmelse. Utvalget

vil derfor foreslå at formuleringen tas inn som et annet ledd til utvalgets forslag til ny § 115.

13.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at ny Grunnloven § 115 skal lyde:

«Enhver Begrensning i Rettigheter, som ere anerkjendte i denne Grundlov, maa være fastsatte ved Lov og respektere Kjernen i Rettighederne. Begrensningen må være forholdsmæssig og nødvendig for at ivaretage almene Interesser eller Andres Menneskerettigheder.

Der kan i intet Tilfælde gjøres slige Begrensninger i §§ 93, 94, 95, 96, 99 første Punktum og 105. Tilsvarende gjælder for § 97 ved Spørgsmaal om Straff.»

Se for øvrig særmerknad fra utvalgets medlem Carl I. Hagen, jf. punkt 11.4.2.

14. Håndheving og kontroll av menneskerettigheter

14.1 Innledende bemerkninger

En forutsetning for et effektivt menneskerettighetsvern i lovgivningen er at vernet etterleves og håndheves. Dette kan gjøres på ulike måter og i ulike fora. I dette kapitlet vil det bli gitt en nærmere oversikt over ulike kontrollmekanismer for etterlevelse av menneskerettigheter (punkt 14.2).

I tillegg vil det bli vurdert hvorvidt det er behov for å grunnlovsfeste mekanismer som sikrer etterlevelse og håndheving av menneskerettigheter. Det vil i den forbindelse være særlig aktuelt med grunnlovsfesting av domstolenes alminnelige prøvingsrett med lovers grunnlovsmessighet (punkt 14.4) og grunnlovsfesting av retten til en effektiv prøving for den som mener at menneskerettighetene er krenket (punkt 14.6). Samtidig vil det bli knyttet noen kommentarer til forhåndskontroll med lovers grunnlovsmessighet (punkt 14.3), til domstolsprøving ut fra internasjonale menneskerettighetskonvensjoner (punkt 14.5), og øvrige overvåkings- og kontrollmekanismer (punkt 14.7).

14.2 Oversikt over kontrollmekanismer i norsk rett

Menneskerettighetsvernet i norsk rett finnes i dag i en rekke ulike bestemmelser spredt i vår lovgivning. Enkelte menneskerettigheter er skrevet inn i Grunnloven, men de fleste følger av menneskerettsloven av 1999 eller av annen lovgivning. Dette har flere konsekvenser: For det første gir Grunnloven langt fra et uttømmende bilde av det menneskerettighetsvern som finnes i norsk rett. For det andre vil rettighetsbestemmelsene i Grunnloven, menneskerettsloven og annen lovgivning dels overlappes hverandre, dels supplere hverandre og en sjelden gang komme i konflikt

med hverandre. Og for det tredje vil det menneskerettighetsvern som kan leses ut av bare én bestemmelse, ikke alltid være dekkende for det vern individene har på det aktuelle området.

Menneskerettighetsbestemmelser kan ha ulike funksjoner, og kontrollen med etterlevelsen kan være forskjellig alt etter hvilken funksjon de har, og alt etter hvor i lovgivningen bestemmelsene står. Både rettighetenes art, det konkrete sakskompleks og den konteksten sakskomplekset inngår i, gjør at kontrollen med menneskerettigheter også *bør* være forskjellig for å sikre et effektivt vern.

I første rekke forutsetter et effektivt vern om menneskerettighetene at samfunnsaktørene forholder seg til rettighetene og lojalt følger dem opp. Dette gjelder på flere nivåer, særlig i lovgivningsprosessen, forvaltningsprosessen og domstolsprosessen. Men det gjelder også når private aktører inngår avtaler, foretar ansettelser e.l. En viktig forutsetning for slik etterlevelse er *kjennskap* til rettighetene. Av den grunn har myndighetene en viktig oppgave med å gjøre menneskerettighetene kjent i forvaltningen, i domstolene og i samfunnet for øvrig.

En måte å gjøre menneskerettighetene kjent på vil være gjennom grunnlovsfesting av sentrale rettigheter. Grunnlovsfesting av menneskerettighetene kan ha både symbolsk, politisk og rettslig betydning. Grunnlovsfesting vil være et viktig signal nasjonalt, men også overfor det internasjonale samfunn, om at menneskerettigheter er grunnleggende verdier som skal tillegges stor vekt. På den måten vil menneskerettigheter i Grunnloven fungere som et viktig *symbol* for nasjonen. Samtidig vil menneskerettighetene i Grunnloven ha stor *politisk* betydning. Rettighetene kan fungere som en retningslinje og som et incitament for de politiske organer og partier. Å ta hensyn til og vektlegge menneskerettigheter ved utarbeidelsen og gjennomføringen av norsk politikk vil bidra til å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett.

Menneskerettigheter i Grunnloven kan også få direkte *rettslig* betydning ved å fungere som *tolkningsmoment* og som *skranke* i beslutningsprosessen. Menneskerettighetsbestemmelsene kan utgjøre momenter ved fortolkningen av øvrig lovgivning eller ved fortolkning av vedtak eller beslutninger. Dette gjelder enten det er tale om politiske vedtak, lovgivningsvedtak, forvaltningsvedtak eller domstolsavgjørelser. Tilsvarende kan menneskerettighetsbestemmelsene fungere som absolutte skranke for de beslutninger som treffes, enten det er tale om politiske vedtak, lovgivningsvedtak, forvaltningsvedtak eller domstolsavgjørelser.

Kontroll med at rettighetsvernet i Grunnloven og i annen lovgivning respekteres, kan skje i forkant og i etterkant av de beslutningene som treffes. For rettig-

hetene i Grunnloven er det i dag delvis forhåndskontroll og delvis etterhåndskontroll. Forhåndskontrollen er den kontroll som skjer før beslutninger eller vedtak treffes. Alle offentlige organer som treffer beslutninger på vegne av myndighetene, er forpliktet til å iakttas menneskerettighetene, og Stortinget vil i noen grad kunne kontrollere om lovforslag er i overensstemmelse med menneskerettighetene før de vedtas. Tilsvarende vil interesseorganisasjoner, berørte parter, media eller forskningsinstitusjoner kunne komme med viktige synspunkter og innspill i forkant av og underveis i en lovgivningsprosess.

Etterhåndskontroll med etterlevelse av menneskerettigheter i Norge foretas i første rekke av forvaltningen, sivilombudsmannen og domstolene. For enkeltvedtak vil det kunne finne sted klage til et annet forvaltningsorgan, alternativt til en særdomstol som for eksempel Trygderetten. Når klageadgangen er uttømt, vil det endelige vedtaket kunne klages inn for sivilombudsmannen eller prøves for domstolene. Domstolene har i tillegg kompetanse til å prøve om formell lovgivning gitt av Stortinget er i overensstemmelse med menneskerettigheter gitt i Grunnloven og menneskerettsloven. Til forskjell fra domstolenes avgjørelser er sivilombudsmannens uttalelser ikke bindende for forvaltningen.

I tillegg til den løpende ivaretagelsen av menneskerettigheter i forvaltning og domstoler bør nevnes at det er etablert en uavhengig institusjon for overvåking av etterlevelsen av de internasjonale menneskerettighetene i henhold til FN's såkalte Paris-prinsipper. Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter (NI) er i dag etablert ved kongelig resolusjon og organisert under Universitetet i Oslo. Et utredningsteam nedsatt av Utenriksdepartementet avla i mars 2011 en innstilling der det bl.a. anbefales at NI reorganiseres utenfor Universitetet i Oslo, og at virksomheten vurderes hjemlet i lov, eventuelt Grunnloven.

14.3 *Forhåndskontroll med grunnlovsmessighet*

14.3.1 DAGENS RETTSTILSTAND

Det foreligger ingen konkrete bestemmelser eller særlige prosedyrer for forhåndskontroll med at lovgivning er i overensstemmelse med Grunnloven eller de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. Slik forhåndskontroll skjer i praksis vanligvis i forvaltningsapparatet, både for formell lovgivning og for sentrale eller lokale forskrifter. Bare i begrenset utstrekning vil det vedtakskompetente organ, som for eksempel Stortinget eller kommunestyret, ha ressurser til å etterprøve om forvaltningen har ivare tatt de nødvendige hensyn til menneskerettighetene under forberedelse av sakene.

14.3.2 UTVALGETS KOMMENTARER

Etter utvalgets oppfatning faller det utenfor mandatet å vurdere grunnlovsfesting av forhåndskontroll med grunnlovsmessigheten av lover. Utvalget vil likevel peke på at den finske ordningen med en grunnlovskomiteé i nasjonalforsamlingen som kan utøve forhåndskontroll med lover, er en ordning som gir grunnlag for ettertanke, se nærmere omtale av den finske ordningen i punkt 7.3.4.

Selv om den finske modellen ikke uten videre lar seg tilpasse den norske tradisjonen, kan man også i Norge sikre en mer omfattende forhåndskontroll med grunnlovsspørsmål i Stortinget. Dette kan for eksempel gjøres ved at det tilrettelegges for at Stortinget gis en bedre mulighet til å ta reell stilling til tvilsomme og viktige grunnlovsspørsmål. Vanskelige og tvilsomme grunnlovsspørsmål bør få en bred presentasjon i Stortinget, slik at Stortinget settes i stand til å treffe veloverveide beslutninger i saken.

Utvalget vil på denne bakgrunn anbefale at Stortinget eller regjeringen vurderer muligheten for å gjennomføre en nærmere utredning av forhåndskontroll i Stortinget, herunder om og eventuelt hvordan forhåndskontrollen med lovers grunnlovsmessighet kan styrkes.

14.4 Domstolenes prøvingsrett

14.4.1 DAGENS RETTSTILSTAND

Det er på det rene at domstolene kan prøve både om forvaltningens beslutninger er i overensstemmelse med norsk lovgivning, og om lovgivning og forvaltningsvedtak er i overensstemmelse med Grunnloven. Dette innebærer på den ene side at forvaltningens forskrifter kan bli satt til side, og at forvaltningens enkeltvedtak kan bli ansett som ugyldige dersom de er truffet i strid med menneskerettigheter i lov eller grunnlov. På den annen side kan domstolene sette til side ordinær lovgivning dersom denne strider mot Grunnloven eller menneskerettsloven. I dette avsnittet er det *domstolenes prøving av grunnlovsmessigheten av lover og forvaltningsvedtak* som er tema. Prøving av forvaltningsvedtak opp mot ordinær lovgivning faller utenfor de spørsmål som er omhandlet i utvalgets mandat, og denne prøvingsadgangen vil således ikke bli nærmere kommentert i det følgende. Prøving av lover opp mot menneskerettighetsloven vil bli behandlet i punkt 14.5.

Hva gjelder domstolenes rett til å prøve om lover og forvaltningsvedtak er i overensstemmelse med Grunnloven, er det omdiskutert hvor langt prøvingsretten går, og hvor omfattende den bør være. Problemstillingene har vært debattert flittig i juridisk og statsvitenskapelig litteratur, og det har særlig vært fremsatt ulike syn på hvor langt domstolenes prøvingsrett bør strekke seg, se også punkt 10.5.

Historisk har prøvingsretten utviklet seg gjennom Høyesteretts praksis. Grunnloven § 88 fastslår at Høyesterett dømmer i siste instans, men verken denne eller andre grunnlovsbestemmelser har gitt anvisning på hvem som eventuelt skulle ha kompetanse til å avgjøre om Stortingets lover var i overensstemmelse med Grunnloven. Lenge ble det derfor antatt at denne kompetansen lå hos Stortinget selv, men utover på 1800-tallet var det stadig flere advokater som prosederte på at Høyesterett måtte kunne overprøve Stortingets lovgivning dersom denne var i strid med Grunnloven.

I litteraturen har det vært noe uenighet om når prøvingsretten ble etablert som et statsrettslig prinsipp i Norge, men det synes å være enighet om at prøvingsretten i hvert fall hadde slått rot i norsk statsrett fra og med 1860-årene.¹⁰⁷ I de store konsesjonssakene fra 1918 uttalte Høyesterett at det forelå en «rett og plikt» for domstolene til å prøve lovers grunnlovsmessighet.¹⁰⁸ Uttrykket «rett og plikt» er siden fulgt opp av Høyesterett i større plenumssaker utover på 1900-tallet.¹⁰⁹ Det er på denne bakgrunn at det er antatt at domstolenes «rett og plikt» til å prøve lovers grunnlovsmessighet er *konstitusjonell sedvanerett*. Dette er bl.a. kommet til uttrykk i Dokument nr. 19 (2003–2004) fra Riksrettsutvalget. Der heter det at brudd på den konstitusjonelle plikten til å prøve lovers grunnlovsmessighet vil kunne medføre riksrettsansvar.¹¹⁰

Retten og plikten til å prøve lovers grunnlovsmessighet er begrenset til såkalt *konkret* kontroll, dvs. at domstolene utelukkende kan prøve grunnlovsspørsmålet dersom det forelegges domstolene i en konkret rettstvst. De norske domstolene har således ikke adgang til på generelt grunnlag å prøve om en lov strider mot Grunnloven.

Prøvingens intensitet har variert med ulike tidsperioder og med ulike grunnlovsbestemmelser. Høyesterett foretok for første gang en eksplisitt tredeling av grunnlovsbestemmelser i Rt. 1976 s. 1 (Kløfta). Denne tredelingen skulle vise seg å få betydning for intensiteten i domstolsprøvingen alt etter hvilke rettighetsbestemmelser man sto overfor i den aktuelle sak. Tredelingen er formulert på følgende vis i Kløfta-saken:

«Det er imidlertid forskjellige oppfatninger av hvor meget det skal til for at domstolene skal sette en lov til side som grunnlovsstridig. Jeg finner ikke

^{107.} Se redegjørelse for de ulike tilnærmingene i Eirik Holmøyvik, *Årsaker til utviklinga av prøvingsretten i Noreg og Danmark*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2007 s. 718-779, særlig s. 737-740.

^{108.} Se Rt. 1918 s. 403.

^{109.} Se særlig Rt. 1976 s. 1 (Kløfta) og Rt. 2007 s. 1308 (tomtefeste III).

^{110.} Se Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 13-14.

grunn til å uttale meg i sin alminnelighet om dette. Løsningen vil i noen grad avhenge av hvilke grunnlovsbestemmelser det er tale om. Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den annen side grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, mener jeg som førstvoterende i plenumssaken inntatt i Rt. 1952 s. 1089, særlig side 1098 (hvalavgiftssaken), at domstolene i vid utstrekning må respekttere Stortingets eget syn.

Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling.»¹¹¹

Tredelingen er senere omhandlet i flere plenumsavgjørelser, herunder Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus), Rt. 2007 s. 1281 (Ullern Terrasse/tomtefeste I), Rt. 2010 s. 143 (rederiskattesaken), Rt. 2010 s. 535 (Opplysningsvesenets Fond) og Rt. 2010 s. 1445 (krigsforbrytersaken). Den innebærer i korthet at domstolene normalt ikke vil prøve bestemmelser i Grunnloven som regulerer forholdet mellom statsmaktene. I relasjon til rettighetsbestemmelsene i Grunnloven innebærer tredelingen at Høyesteretts prøving vil ha større intensitet, dvs. at Høyesterett vil gå lenger i å prøve om loven er i strid med Grunnloven, dersom det er tale om vern om den personlige frihet og sikkerhet enn der det er tale om et vern om økonomiske rettigheter. Det har vært påpekt i juridisk litteratur at denne tredelingen er lite nyansert og fleksibel, og at det kan tenkes forhold som ikke klart kan henføres til den ene eller annen av disse kategoriene.¹¹²

Ved siden av prøvingens intensitet har et av de sentrale spørsmål relatert til domstolsprøving vært hvor stor betydning *lovgivers egne vurderinger* vil ha når domstolene skal ta stilling til lovens grunnlovsmessighet. I sin kjerne berører problemstillingen temaer som demokrati, maktfordeling, rettferdighet, forutsigbarhet, rettsliggjøring mv., og problemstillingen er derfor også berørt i punkt 10.5 foran. Høyesteretts utgangspunkt etter Kløfta-saken har vært at i de tilfeller hvor det foreligger «rimelig tvil» om loven er i strid med Grunnloven, og lovgiver selv har vurdert grunnlovsspørsmålet, vil domstolene normalt vike tilbake for å overprøve lovgivers egne vurderinger.¹¹³ Dette utgangspunktet stiller seg annerledes der loven «klart» eller «utvilsomt» er i strid med Grunnloven. I disse tilfellene vil lovgivers egne vurderinger ha «begrenset vekt» ved Høyesteretts prøving av lovers grunnlovsmessighet.¹¹⁴ Ved vurderingen av om loven er «klart» i strid med Grunnloven, vil domstolene

normalt ta hensyn til om prøvingsspørsmålet relaterer seg til den personlige frihet og sikkerhet eller til økonomiske rettigheter.

Hvilken vekt som skal tillegges lovgivers egne vurderinger, vil i praksis også kunne variere med *hvilket organ* som opptrer som lovgiver og *hvor grundige* lovgivers vurderinger er. I Rt. 1992 s. 182 (Polardommen) ga Høyesterett uttrykk for at domstolene ville tillegge lovgivers egne vurderinger mindre betydning der det var tale om å sette forvaltningens forskrifter til side som grunnlovsstridige. Samtidig ble det uttalt at det er grunn til å legge større vekt på lovgivers vurderinger når det er Stortinget selv som er lovgiver. Dette er vurderinger som kan begrunnes med demokratihensynet, der Stortinget er valgt av folket og i større grad enn forvaltningen må stå til ansvar for sine beslutninger gjennom senere valg.

Det har vært reist spørsmål om domstolenes prøving vil la seg påvirke av hvor *grundig* lovgiver har vurdert grunnlovsmessigheten av en lov. I Rt. 2007 s. 1308 (tomtefeste III) la førstvoterende bl.a. vekt på at grunnlovsspørsmålet var stemoderlig behandlet både i komiteen og i Odelstinget, og at det av den grunn ble vanskelig å bruke lovgivers egne vurderinger som et moment ved vurderingen av lovens grunnlovsmessighet. Tilsvarende ser man også i Rt. 1991 s. 1439 (Norsk Hydro). Disse avgjørelsene peker derfor i retning av at domstolenes vurdering av grunnlovsmessigheten av en lov vil være påvirket av hvor grundig lovgivers vurdering er i så henseende. Det finnes imidlertid flere saker i Høyesterett hvor domstolen synes å ha lagt avgjørende vekt på lovgivers vurderinger, selv om forarbeidene har konkludert uten forutgående drøftelse av grunnlovsspørsmålet, se særlig Rt. 1989 s. 1353. Det er også eksempler på at stortingsflertallets grundige vurderinger ikke er tatt hensyn til av Høyesterett, selv i saker vedrørende økonomiske rettigheter, se særlig Rt. 2010 s. 143 (rederiskattesaken). Dette viser at det ikke er noen entydig praksis knyttet til hvorvidt domstolene tar hensyn til hvor grundig lovgiver har vurdert grunnlovsspørsmålet.

14.4.2 BØR DOMSTOLENES PRØVINGSRETT GRUNNLOVSFESTES?

Domstolenes kompetanse til å prøve om lover og forvaltningsvedtak strider mot Grunnloven er en viktig garanti for at menneskerettighetene etterlevs. Det er gjennom domstolenes avgjørelser at det kan settes makt bak kravene, slik at menneskerettighetskrenkelser repareres.

Den eksisterende ordningen med domstolenes prøvingsrett bidrar i dag til ivaretagelse av menneskerettighetene på de områder som er vernet av Grunnloven. Dersom menneskerettighetsvernet i Grunnloven utvides i tråd med utvalgets forslag, vil

¹¹¹ Rt. 1976 s. 1, på s. 5-6.

¹¹² Se særlig Erik Boe, *Lovers grunnlovsmessighet*, Jussens Venner 1998 s. 4-36, på s. 30 flg.

¹¹³ Se Rt. 1976 s. 1, på s. 6.

¹¹⁴ Se Rt. 2007 s. 1308 avsnitt 61.

domstolene også kunne utøve kontroll med de nye rettighetsbestemmelsene i Grunnloven. Dette følger allerede av den konstitusjonelle sedvanerett, der domstolene har rett og plikt til å prøve lovers grunnlovsmessighet. Ved innføring av nye rettighetsbestemmelser i Grunnloven vil den konstitusjonelle sedvaneretten også omfatte de nye bestemmelsene, med mindre domstolenes prøvingsrett oppheves ved grunnlovsendring. Det vil være i dårlig samsvar med utvalgets mandat å fremme forslag som vil svekke menneskerettighetenes stilling i norsk rett, og utvalget ser det også som uheldig om denne viktige kontrollmekanismen skulle forsvinne.

I realiteten vil det innebære marginale endringer i prøvingsretten dersom det inntas flere rettigheter i Grunnloven. De ulike forslagene fra utvalget samsvarer i stor grad med de konvensjonsforpliktelsene som er inntatt i menneskerettsloven av 1999. Gjennom prøving i forhold til disse konvensjonene kan domstolene allerede i dag prøve om lover og forvaltningsvedtak krenker menneskerettighetene, jf. også punkt 14.5. Den eneste praktiske og rettslige betydningen av forslagene vil være at domstolene i noen saker også vil kunne prøve Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser ved siden av menneskerettslovens bestemmelser.

Disse utgangspunktene reiser spørsmål om domstolenes kompetanse til å prøve lovers grunnlovsmessighet bør komme tydelig til uttrykk i Grunnloven, slik at prøvingsadgangen blir synlig for alle. Alternativet er at domstolenes rett og plikt på dette området fortsatt vil følge av konstitusjonell sedvanerett.

De senere årene har Stortinget grunnlovsfestet tidligere konstitusjonell sedvanerett som parlamentarisme og regjeringens opplysningsplikt. I likhet med domstolenes prøvingsrett er dette ordninger som regulerer sentrale forhold mellom statsmaktene. Domstolenes prøvingsrett har eksistert som konstitusjonell sedvanerett i minst 150 år. I likhet med parlamentarismen og regjeringens opplysningsplikt bør tiden nå være moden for å skrive prøvingsretten inn i Grunnloven.

Utvalget vil derfor finne det naturlig at også domstolenes prøvingsrett med lovers grunnlovsmessighet grunnlovsfestes. Dette vil ikke endre dagens rettstilstand, men synliggjøre i Grunnloven den kompetansen som domstolene allerede er i besittelse av. Grunnloven vil da synliggjøre at domstolene har rett og plikt til å foreta prøving både på grunnlag av eldre og nye rettighetsbestemmelser i Grunnloven.

14.4.3 UTFORMING AV GRUNNLOVSBESTEMMELSE OM PRØVINGSRETT

Grunnlovsfesting av domstolenes prøvingsrett kan tenkes gjennomført på flere forskjellige måter.

Enten kan domstolenes kompetanse eksplisitt skrives inn i Grunnloven, eller så kan domstolenes kompetanse indirekte komme til uttrykk gjennom andre bestemmelser, for eksempel en bestemmelse som gir den enkelte rett til å føre sin menneskerettighets sak for domstolene, eller en bestemmelse om plikt for statens myndigheter til å sikre en effektiv håndheving av menneskerettighetene.

Etter utvalgets oppfatning bør domstolenes kompetanse til å prøve lover og forvaltningsvedtak mot Grunnloven komme eksplisitt til uttrykk. En slik innskriving av domstolenes prøvingsrett vil være naturlig å gjennomføre i forbindelse med at de sentrale rettighetene løftes inn i Grunnloven. Som redegjort for tidligere er det antatt at domstolenes prøvingsadgang er en rett og en plikt for domstolene. Det er derfor utvalgets oppfatning at det er denne formuleringen som bør grunnlovsfestes. Da vil grunnlovsfesting bare være en kodifisering av dagens konstitusjonelle sedvanerett.

Eksempler på mulige formuleringer kan være:

«Domstolene har rett og plikt til å prøve om beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.»

(eller)

«Domstolene har rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter krenker den enkeltes rettigheter etter Grunnloven.»

(eller)

«Domstolene prøver om menneskerettighetene i Grunnloven er krenket.»

(eller)

«I saker som reises for domstolene, har domstolene rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven.»

Utvalget finner at den siste av de alternative formuleringene gir et dekkende bilde av dagens rettstilstand på området. Gjennom en slik formulering vil det være dagens konstitusjonelle sedvanerett som grunnlovsfestes. Formuleringen kodifiserer både domstolenes rett og plikt til å prøve lover og forskrifter på den ene side og domstolenes rett og plikt til å prøve forvaltningsavgjørelser i enkeltsaker på den annen side. Det er imidlertid utvalgets oppfatning at dagens konstitusjonelle sedvanerett bør kodifiseres i sin helhet, og da bør formuleringen fange opp både lover, forskrifter og forvaltningsavgjørelser i enkeltsaker.

Formuleringen er ikke avgrenset til bare å gjelde Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.

Dette har sammenheng med at dersom det først foreligger en sak for domstolene, vil domstolene ha en generell rett og plikt til å iakttas samtlige bestemmelser i Grunnloven. Domstolenes avgjørelser kan m.a.o. ikke stride mot noen av Grunnlovens bestemmelser. Dette følger bl.a. av rettsprinsippet om at «domstolen kjenner rettssetningene» (*jura novit curia*). Prinsippet innebærer at det er domstolene som er ansvarlige for å anvende riktig jus. I sivilprosessloven av 1887 het det at retten anvender rettsregler av eget tiltak, og dette er videreført i tvisteloven § 11-3. I straffeprosessloven følger prinsippet av § 38. Domstolene er dermed ikke bundet av partenes felles ønske om å legge til grunn en bestemt rettsregel, eller en bestemt tolkning av rettsregelen, ved løsningen av en rettslig tvist.

I begrenset utstrekning kan partene likevel binde opp domstolenes kompetanse, for eksempel ved at partene ikke påberoper seg krenkelse av alle relevante grunnlovsbestemmelser. For slike tilfeller kan domstolene ha en utstrakt plikt til å drive aktiv prosessledelse. Domstolene kan imidlertid ikke med åpne øyne treffe avgjørelser som er i strid med Grunnlovens bestemmelser. Heller ikke kan domstolene la være å ta stilling til partenes anførsler om at det foreligger krenkelse av en eller flere av Grunnlovens bestemmelser.

Et annet spørsmål er hvor intens domstolenes prøving skal være, og om dette er en problemstilling som bør omtales i grunnlovsteksten. Utgangspunktet må være at prøvingens intensitet vil bero på den enkelte rettighets karakter, og på rettighetens utforming. Forbudet mot tortur vil for eksempel måtte praktiseres uten unntak, og på dette området vil domstolsprøvingen måtte være intens. I motsatt ende av skalaen vil man finne noen av bestemmelsene om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Her vil lovgiver og forvaltning ha en videre skjønnsmargin ved valget av gjennomføringsmåte, men det vil like fullt være en kjerne i rettigheten som domstolene må ha adgang til å prøve. Jo lenger man beveger seg bort fra denne kjernen, desto større rom vil det være for politisk skjønn. I noen grad vil individene ha rettigheter også utenfor dette kjerneområdet, men statens myndigheter vil ha langt større spillerom med tanke på hvordan rettighetene oppfylles. Dermed vil prøvingens intensitet reduseres merkbart jo lenger ut av kjerneområdet man beveger seg. Dette innebærer at enkeltpersoner i liten grad bør kunne nå frem ved å påberope seg slike rettigheter under henvisning til Grunnloven dersom man befinner seg utenfor dette kjerneområdet. Her vil myndighetenes plikt først og fremst relatere seg til individene som *gruppe*, dvs. at myndighetene har plikt til å iverksette tiltak som for eksempel skal bedre *befolkningens* helse og levestandard, ikke den *enkeltes* helse og levestandard.

Dette viser at prøvingens intensitet er sammenhengende og av den grunn lite egnet for generell regulering. Utvalget vil derfor ikke foreslå at det tas inn generelle formuleringer om prøvingens intensitet i forbindelse med forslaget til grunnlovsfesting av domstolenes prøvingsadgang. Utvalget vil imidlertid berøre problemstillingen fortløpende i del IV under gjennomgåelsen av de enkelte rettigheter. I den forbindelse vil utvalget vurdere rettighetens karakter og hvordan den bør utformes, bl.a. med tanke på prøvingens intensitet. Hvorvidt rettighetene utformes som en rett for den enkelte eller som en plikt for statens myndigheter, vil særlig ha betydning for domstolenes prøvingsintensitet. Det vil imidlertid være nyanser også innenfor disse kategoriene, se nærmere del IV.

Hva gjelder plassering i Grunnloven av en bestemmelse om domstolenes prøvingsrett, kan dette enten gjøres i utvalgets forslag til ny del E om «Menneskerettighetene», eller det kan gjøres i del D som omhandler domstolene. I del D er § 89 i dag ikke i bruk, og paragrafen vil i så måte utgjøre en egnet plassering av domstolenes prøvingsrett. Utvalget vil likevel foreslå at domstolenes prøvingsrett skrives inn i den nye del E, for på den måten å synliggjøre at domstolene kan prøve om myndighetenes beslutninger strider mot menneskerettighetene i Grunnloven.

14.5 *Domstolenes prøving ut fra internasjonale menneskerettighetskonvensjoner*

14.5.1 DAGENS RETTSTILSTAND

Etter vedtakelsen av menneskerettsloven av 1999 har stadig flere lovvedtak og forvaltningsvedtak blitt prøvet mot de internasjonale konvensjonene inkorporert i denne loven. Dette gjelder i særlig grad prøving ut fra bestemmelsene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK).

Bakgrunnen for denne prøvingsadgangen er å finne i menneskerettsloven § 3, der konvensjonene er gitt forrang fremfor annen norsk lovgivning, se nærmere punkt 6.2 og 12.5.4. En tilsvarende løsning er også valgt for EØS-avtalens hoveddel, jf. EØS-loven § 2. Forrangsbestemmelsene innebærer i praksis at norske domstoler er gitt kompetanse til å prøve om annen norsk lovgivning er i overensstemmelse med de norske konvensjonsforpliktelsene. Enkelte har omtalt denne prøvingsadgangen som «den andre prøvingsretten».¹¹⁵

Konsekvensen av den andre prøvingsretten er at man nå kan få dom for at forvaltningsvedtak er ugyldige, eller dom som setter til side lovvedtak, dersom de er i strid med de av Norges folkerettslige forplik-

^{115.} Se Anine Kierulf, *Rettsstatens overnasjonale vending: den andre prøvingsretten*, Nytt Norsk Tidsskrift 2009 s. 256-277.

telser som følger av EMK, SP, ØSK, barnekonvensjonen eller kvinnediskrimineringskonvensjonen.

Faren for krenkelse av menneskerettigheter kan føre til at det begjæres midlertidig forføyning, for eksempel slik at et vedtak om utsendelse ikke iverksettes på grunn av reell fare for tortur. For øvrig kan spørsmålet om myndighetene har krenket en rettighet, bli prøvet i saker der den berørte krever erstatning for krenkelsen eller påstår at et forvaltningsvedtak er ugyldig fordi vedtaket, eller saksbehandlingen forut for vedtaket, krenker en rettighet. Også rene fastsettelsessøksmål kan være aktuelle. Twistelovens vilkår er at den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte, jf. tvisteloven § 1-3. I tvistelovens forarbeider forutsettes det at fastsettelsessøksmål bare er aktuelle der spørsmålet ikke kan prøves på annen måte, men at det i slike tilfeller ikke skal stilles strenge krav. I spesialmotivene heter det om dette:

«Et krav om særskilt dom for at et forhold er rettsstridig fordi en bestemmelse i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) er overtrådt, utgjør et rettskrav etter første ledd når konvensjonsmessigheten ikke kan bli prøvd på annen måte, se også Rt. 2003 s. 301. Det vises her til behandlingen i 11.8. Avgjørende for om et slikt søksmål skal tillates fremmet, vil være om det foreligger et 'reelt behov' for rettslig avklaring, jf. annet ledd. Det bør ikke stilles særlig strenge krav til den aktuelle søksmålsinteressen her. Men ikke ethvert tilfelle av fortidige, påståtte krenkelser av menneskerettskonvensjoner vil oppfylle vilkårene i § 1-3. Det er tale om ulikeartede saker, slik at karakteren av den påståtte krenkelsen må stå sentralt i vurderingen. Videre bør det blant annet ses hen til om søksmålet er reist innen rimelig tid, og til hvilken betydning søksmålet har for den krenkede. Om avgjørelsen vil kunne danne et prejudikat, vil også være et moment i helhetsvurderingen.»¹¹⁶

Departementet vurderte i proposisjonen om det burde inntas en egen bestemmelse i tvisteloven om rett til å kreve særskilt dom for at myndighetene har handlet i strid med en regel, for eksempel en rettighetsbestemmelse i Grunnloven, i en menneskerettighetskonvensjon eller i EØS-retten. Departementet kom til at en slik regel ville være både unødvendig og uheldig, særlig fordi det ofte kan være flere veier frem til et resultat. Dette betyr at det ikke alltid vil være nødvendig å ta stilling til om det er skjedd et konvensjonsbrudd for å tilkjenne erstatning.

Departementet anså det også klart at det ikke bør åpnes for nytt selvstendig søksmål om hvorvidt domstolenes behandling oppfylte menneskerettighetskonvensjonenes krav, heller ikke der domstolene selv har unnlatt å ta stilling til det menneskerettslige spørsmålet. Når det foreligger rettskraftig dom i en

sak, må spørsmålet om domstolsbehandlingen er i strid med en bestemmelse i en menneskerettighetskonvensjon, eventuelt avgjøres ved klage til det aktuelle konvensjonsorganet.

Departementet stilte seg også avvisende til en alminnelig regel om at forholdet til menneskerettighetskonvensjonen skal gå uttrykkelig frem av domsslutningen, men det kan likevel tenkes tilfeller hvor en egnet utforming av domsslutningen kan innebære den form for reparasjon som er nødvendig og tilstrekkelig i forhold til menneskerettighetskonvensjonen.

Departementet vurderte om det burde innføres en silingsordning tilsvarende den som gjelder ved klage til Den europeiske menneskerettsdomstolen, spesielt om domstolene burde kunne avvise saker der påstanden om menneskerettsbrudd er åpenbart grunnløs, jf. EMK artikkel 35 nr. 3. Det kom til at det verken er ønskelig eller formålstjenlig at det innføres en slik silingsordning ved denne type søksmål, og pekte på at lovforslaget § 9-8 om forenklet domstolsbehandling langt på vei vil kunne ivareta de hensyn som her gjør seg gjeldende. Departementet så det heller ikke som ønskelig eller nødvendig å oppstille særskilte frister for søksmål basert på at et forhold er i strid med en bestemmelse i en menneskerettighetskonvensjon.

14.5.2 UTVALGETS KOMMENTARER

Det kan reises spørsmål om Grunnloven eksplisitt bør inneholde en bestemmelse om prøving ut fra internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. I praksis er dette et spørsmål om det bør grunnlovsfestes en rett for domstolene til å prøve om lov eller forvaltningsvedtak er i overensstemmelse med menneskerettighetsbestemmelsene i menneskerettsloven av 1999, eventuelt også med øvrige menneskerettighetskonvensjoner som pr. i dag ikke er inntatt i menneskerettsloven.

Slik grunnlovsfesting kan formuleres på flere måter. Én mulighet ville være å innta en forrangsbestemmelse i Grunnloven, for eksempel ved at de internasjonale menneskerettighetskonvensjoner gis forrang fremfor annen lovgivning. En slik formulering kan kombineres med en rett og en plikt for domstolene til å prøve om lovene er i overensstemmelse med de menneskerettighetskonvensjonene som Norge har sluttet seg til.

Utvalget vil imidlertid ikke foreslå å løfte de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene inn i Grunnloven, jf. kapittel 12. Utvalget finner at det ikke har mandat til å fremme et slikt forslag. All den tid konvensjonene ikke løftes inn i Grunnloven, vil utvalget heller ikke foreslå grunnlovsfesting av domstolenes prøving av om konvensjonene er krenket. Når og hvordan det kan skje en prøving av de enkelte konvensjonsbestemmelsene, bør i stedet avklares i

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004 -2005) s. 364.

forbindelse med ratifikasjon, gjennomføring og/eller inkorporering av menneskerettighetskonvensjonene. Dersom slik avklaring ikke finner sted, eller ikke har funnet sted, vil domstolene måtte anvende alminnelig juridisk metode når de skal ta stilling til betydningen av de internasjonale forpliktelsene, herunder anvende presumsjonsprinsippet. Rekkevidden av domstolsprøving med de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene vil i så måte måtte bero på en tolkning av andre rettskilder enn Grunnloven.

Dette utelukker ikke at de internasjonale konvensjonene kan og bør utgjøre relevante tolkningsfaktorer ved tolkningen av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser. Forståelsen av de internasjonale menneskerettighetene kan særlig få betydning der den norske grunnlovsbestemmelsen helt eller delvis er inspirert av den internasjonale bestemmelsen, men også for eldre grunnlovsbestemmelser vil konvensjonene ha betydning. Se for øvrig mer om presumsjonsprinsippet og tolkning av grunnlovsbestemmelser i kapittel 15.

14.6 «Effective remedy»

14.6.1 OVERSIKT

Mens nasjonale håndhevings- og kontrollmekanismer med menneskerettigheter har utviklet seg over tid, har de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene etablert egne bestemmelser om dette. I disse konvensjonene er det både bestemmelser om internasjonale kontrollorganer og bestemmelser om nasjonalstatenes håndheving av konvensjonene. De ulike internasjonale kontrollmekanismer er nærmere omtalt i kapittel 5.

For at menneskerettigheter i konstitusjoner og konvensjoner skal ha reell betydning for den som mener seg krenket, må hun eller han kunne få et uavhengig organ til å avgjøre om det virkelig er tale om en krenkelse. Noen ganger vil organets konstatering av krenkelse være tilstrekkelig, men ofte vil en slik avgjørelse ha liten verdi hvis den ikke ledsages av et pålegg til myndighetene om å gjenopprette situasjonen eller kompensere for krenkelsen. Dette er bakgrunnen for at flere av de internasjonale instrumentene inneholder bestemmelser om rett til såkalt «effective remedy».

14.6.2 «EFFECTIVE REMEDY» I MENNESKERETTIGHETSKONVENSJONENE

Kravet om «effective remedy» finnes i Verdenserklæringen artikkel 8. Bestemmelsen lyder:

«Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law.»

Ofte blir ordet «remedy» oversatt til norsk med «rettsmiddel». Dette uttrykket benyttes knapt i dagligtalen. I juridisk språkbruk betegner «rettsmidler» de midler som står til rådighet for å få overprøvd en rettsavgjørelse, for eksempel anke eller begjæring om gjenoptakelse. En slik oversettelse er derimot ikke helt dekkende for hva «remedy» betyr på engelsk. I den norske oversettelsen av Verdenserklæringen artikkel 8 tales det om «effektiv hjelp», et uttrykk som heller ikke er særlig klart. Hva som menes med «effective remedy», kommer kanskje bedre til uttrykk i SP artikkel 2 nr. 3. Bestemmelsen lyder:

«Each State Party to the present Covenant undertakes:

(a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity;

(b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;

(c) To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.»

FNs menneskerettighetskomité har i sin generelle kommentar nr. 31 fra 2004 fremhevet at denne bestemmelsen krever at statene etablerer judisielle og administrative mekanismer som kan behandle påstander om krenkelse av rettighetene. Særlig må offentlige myndigheter etterforske påstander om krenkelser av kriminell karakter. Dernest krever bestemmelsen at statene sørger for reparasjon til individer som har fått krenket sine konvensjonsrettigheter. Hvordan krenkelsen skal repareres, beror på omstendighetene. Det kan være tale om restitusjon eller erstatning, en offentlig unnskyldning eller en offentlig minnestund, garanti om at krenkelsen ikke skal gjentas, endring i relevant lovgivning og praksis, eller eventuelt strafforfølgning dersom krenkelsen er straffbar. Det siste gjelder uansett hvilken stilling den ansvarlige har. Det vil være opp til nasjonalstatene selv om de vil at spørsmålet om krenkelse skal prøves direkte på grunnlag av konvensjonen eller på grunnlag av korresponderende rettigheter i nasjonal konstitusjon eller lovgivning for øvrig.

Også EMK har tatt inn prinsippet om at den som utsettes for menneskerettighetskrenkelser, skal ha en «effective remedy». Konvensjonens artikkel 13 lyder:

«Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwith-

standing that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.»¹¹⁷

Bestemmelsen blir forstått slik at det må finnes en mulighet på nasjonalt nivå for å få behandlet rimelig begrunnede klager («arguable claims») om krenkelser av konvensjonen, som kan sikre kompensasjon eller annen oppreisning (botemiddel). Ordningen må være effektiv, dvs. at den må være i stand til å forhindre en krenkelse eller en fortsatt krenkelse, eventuelt reparere en krenkelse som har funnet sted. Det er ikke nødvendig at prøvingsinstansen er en domstol, men den må være uavhengig og kunne treffe bindende avgjørelser. Adgang til å klage til Sivilombudsmanen er derfor ikke tilstrekkelig. Flere ordninger som hver for seg ikke er tilstrekkelige, kan likevel til sammen oppfylle kravet i EMK artikkel 13.

I likhet med SP artikkel 2 nr. 3 beror det på den konkrete sak hva som regnes som et passende botemiddel. Økonomisk tap kan kreves erstattet, men også erstatning for ikke-økonomisk tap er noen ganger nødvendig. Ved visse krenkelser vil en konstatering av at det er skjedd en krenkelse, være tilstrekkelig.

ØSK har ingen uttrykkelig bestemmelse om rett til prøving av om rettighetene er krenket eller rett til et effektivt botemiddel. ØSK-komiteen har imidlertid pekt på at konvensjonsstatene plikter å ta i bruk alle egnede midler («all appropriate means») for å ivareta rettighetene i ØSK, jf. ØSK artikkel 2 nr. 1. Stater der økonomiske, sosiale eller kulturelle rettigheter ikke kan prøves, må vise at slik prøving ikke er et egnet middel til ivaretagelse av rettighetene eller, at rettslig prøving er unødvendig i lys av andre tiltak. I de generelle kommentarene om blant annet retten til helse og til sosial trygghet heter det likevel uttrykkelig at personer eller grupper som har fått krenket disse rettighetene, skal ha tilgang til effektiv domstolsbehandling eller annen egnet prøving («judicial or other appropriate remedies»), samt ha rett til tilfredsstillende reparasjon.¹¹⁸ Dette kan være restitusjon, kompensasjon, oppreisning eller garanti for at krenkelsen ikke skal gjentas. Det pekes på at ombudsmenn, menneskerettighetskommisjoner og lignende bør ta opp krenkelser av rettighetene.

^{117.} Bestemmelsen ble oversatt på nytt under forberedelsen av menneskerettsloven. Den norske oversettelsen lyder nå: «Art 13. Retten til et effektivt rettsmiddel. Enhver hvis rettigheter og friheter fastlagt i denne konvensjon blir krenket, skal ha en effektiv prøvningsrett ved en nasjonal myndighet uansett om krenkelsen er begått av personer som handler i offisiell egenskap.»

^{118.} Se ØSK-komiteens generelle kommentar 2000 nr. 14 og 2007 nr. 19.

14.6.3 «EFFECTIVE REMEDY» I NORGE

I norsk rett finnes som nevnt ingen bestemmelser i Grunnloven om retten til å få prøvet hvorvidt Grunnloven eller konvensjonsrettigheter er krenket. Den konkrete prøvingen av dette følger av alminnelig domstolsprøving med lovers grunnlovsmessighet eller av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3. Ved siden av domstolsprøvingen finnes også en rekke andre mekanismer som skal bidra til at menneskerettighetskremler ikke finner sted, jf. punkt 14.2.

Menneskerettskremler vil undertiden påføre den enkelte et økonomisk tap. Og undertiden kan krenkelser påføre den enkelte slike lidelser eller ulemper at det kan oppstå spørsmål om erstatning for ikke-økonomisk tap, såkalt oppreisning. I straffesaker gjelder straffeprosessloven kapittel 31 om erstatning i anledning forfølgning. Her fastsetter § 444 bokstav c at en siktet som har vært pågrepet og fengslet i strid med EMK artikkel 5 eller SP artikkel 9, som hovedregel har krav på erstatning for økonomisk tap. Det samme gjelder for øvrig hvis vedkommende blir frifunnet eller forfølgningen blir innstilt. I slike situasjoner – og ellers når det finnes rimelig – skal siktede også tilkjennes erstatning for ikke-økonomisk tap, jf. § 447. For fullstendighetens skyld nevnes at erstatning eller oppreisning i visse tilfeller kan settes ned eller falle bort, jf. § 446.

Ser man foreløpig bort fra konvensjonsbestemmelser som er inkorporert gjennom menneskerettsloven, er det ingen generell regulering av erstatning eller oppreisning for menneskerettighetsbrudd i norsk rett. I utgangspunktet vil krav om erstatning eller oppreisning i slike tilfeller løses etter reglene i skadeserstatningsloven. Utgangspunktet i skadeserstatningsloven § 2-1 er at arbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren. Staten kan altså holdes erstatningsansvarlig der for eksempel en polititjenestemann forsettlig eller uaktsomt behandler en fengslet person på en måte som er i strid med menneskerettighetene. Men loven fastsetter ikke et ansvar uten skyld. I visse tilfeller har Høyesterett likevel pålagt det offentlige å betale erstatning på objektivt grunnlag, se for eksempel Rt. 1987 s. 1495 og Rt. 2005 s. 416.¹¹⁹

I Høyesteretts praksis er det for øvrig eksempler på at det har vært ansett som tilstrekkelig for å reparere en krenkelse at retten fastslår at det er skjedd en

^{119.} I Rt. 1987 s. 1495 kom Høyesterett til at staten har et objektivt ansvar for ulovhjemlet tvangsmessig tilbakeholdelse i psykiatrisk sykehus, og i Rt. 2005 s. 416 er det lagt til grunn at det samme gjelder for ulovhjemlet tilbakekall av advokatbevilling. I Rt. 2010 s. 291, som gjaldt et uhjemlet vedtak etter plan- og bygningsloven, kom imidlertid Høyesterett til det motsatte resultat. I denne siste saken er forholdet til EMK omhandlet i avsnitt 39.

menneskerettighetskrenkelse, men at saksøkeren i slike tilfeller tilkjennes erstatning for sakskostnader, selv om dette ikke følger av bestemmelsene om saks-kostnader isolert sett, se bl.a. Rt. 2001 s. 428.

Utenfor det området som dekkes av straffeprosessloven kapittel 31, kan kanskje rettstilstanden oppsummeres slik at der det er tale om inngripende krenkelser, vil erstatning og oppreisning kunne tilkjennes, eventuelt under henvisning til EMK artikkel 13, mens mindre inngripende krenkelser ikke gir noen rett til erstatning med mindre det følger av de alminnelige erstatningsrettslige regler.

14.6.4 «EFFECTIVE REMEDY» ETTER ANDRE LANDS KONSTITUSJONER

Verken den *danske* eller *islandske* grunnloven har uttrykkelige bestemmelser om rett til å få prøvd mulige krenkelser av menneskerettighetene. Man finner heller ingen bestemmelser om rett til reparasjon ved slike krenkelser. Den *finske* og den *svenske* konstitusjonen har både bestemmelser om domstolsprøving og forhåndskontroll med lover, men ingen bestemmelser om reparasjon av krenkelser. Se for øvrig punkt 7.3. Og den *tyske* konstitusjonen har grunnlovsfestet prøvingsretten, men ikke forhåndskontroll eller reparasjon av krenkelse.

EUs Charter of fundamental rights artikkel 47 kombinerer retten til et effektivt rettsmiddel og retten til en rettferdig rettergang. Bestemmelsen lyder:

«Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article.

Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented.

Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice.»

14.6.5 GRUNNLOVSFESTING AV «EFFECTIVE REMEDY»?

Det sies ofte og med tyngde at menneskerettighetskrenkelser først og fremst må avdekkes og repareres i de statene der krenkelsene skjer. Likevel hoper det seg opp klagesaker i EMD, og dette er en viktig grunn til å sikre at eventuelle krenkelser i Norge blir behandlet nasjonalt. Dette kan tale for at et overordnet prinsipp om «effective remedy» bør inntas i Grunnloven.

Et argument mot slik grunnlovsfesting kan være at en generell bestemmelse om «effective remedy» i Grunnloven kan virke stimulerende på kverulanter eller, som Torkel Opsahl i sin tid uttrykte det, «kan understøtte vår tids klagemani». En annen utfordring

vil være å finne en god formulering av retten til «effective remedy» på norsk. En mulighet kan være å slå sammen «effective remedy» med statens generelle plikt til å sikre menneskerettighetene eller domstolenes prøvingsrett.

Mulige formuleringer kan være:

«Enhver som mener seg utsatt for krenkelse av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser, kan kreve å få spørsmålet avgjort av en domstol.»

(eller)

«Alle har rett til å få saker vedrørende krenkelse av Grunnlovens friheter og rettigheter avgjort av domstolene.»

(eller)

«Det påligger statens myndigheter å sikre en effektiv prøving av menneskerettighetene for domstolene eller andre uavhengige organer.»

Hensynet til menneskerettighetene tilsier ikke at man kan kreve å få de grunnløse søksmålene behandlet av domstolene. De alternative formuleringene ovenfor avgrenser ikke direkte mot grunnløse søksmål. Dette kan eventuelt gjøres ved å skrive «enhver som *med rimelig grunn* påstår å være ...» eller «Alle som utsettes for krenkelse ...» Man bør imidlertid ha for øye at lovgiver ikke så det som nødvendig med slike avgrensninger i tvisteloven.

Det er ikke noe vilkår etter konvensjonene at det er domstolene som avgjør om det er skjedd en krenkelse. Selv om dette normalt vil være ordningen i Norge, er det kanskje hensiktsmessig ikke å stenge for opprettelse av egne tvisteorganer. Dette er kanskje særlig praktisk for visse typer av saker. En tilføyelse med «... eller annet uavhengig organ» vil kunne signalisere at man ikke nødvendigvis har krav på behandling for de ordinære domstoler. Men så lenge domstolenes prøvingsrett i dag innebærer en rett og en plikt for domstolene til å prøve lovers grunnlovs-messighet, vil en slik formulering kunne *begrense* domstolenes kompetanse på dette område. I så fall vil en slik tilføyelse endre dagens rettstilstand.

Når det gjelder eventuelle tiltak for å reparere krenkelsen kan man tenke seg en tilføyelse om at «den som har vært utsatt for krenkelse, skal holdes skadesløs», eller «den som har vært utsatt for krenkelse, kan kreve krenkelsen reparert», eller «den som har vært utsatt for krenkelse, skal stilles som om krenkelsen ikke var skjedd». Det er imidlertid fare for at de ulike formuleringene vil være for vidtrek-kende og upresise: Det er vanskelig å stille en person som om krenkelsen ikke var skjedd, når krenkelsen faktisk har funnet sted. Og det er fare for at uttrykk som «skadesløs» og «reparasjon» vil etablere urealistiske forventninger til myndighetene. For flere av ret-

tighetsbestemmelsene i Grunnloven vil det være uklart hvilke konsekvenser disse formuleringene kan lede til.

Det er utvalgets oppfatning at utfordringene med å finne gode formuleringer som kan forhindre urealistiske forventninger og grunnløse søksmål, taler for at man på generelt grunnlag ikke forsøker å utdype hva som menes med «effective remedy» i Grunnloven. Det er også utvalgets mening at «effective remedy» vil være tilstrekkelig sikret gjennom domstolens prøvingsrett, den alminnelige adgangen til å få sin sak prøvet for domstolene og konvensjonenes krav til «effective remedy». Utvalget vil som nevnt i punkt 14.4 foreslå grunnlovsfesting av domstolens prøvingsrett og vil også foreslå grunnlovsfesting av retten til å få sin sak prøvet for en uavhengig og upartisk domstol, jf. kapittel 23. Sammenholdt med kravet til «effective remedy» i de menneskerettighetskonvensjonene som er inntatt i menneskerettsloven av 1999, bør dette være tilstrekkelig for å ivareta den enkeltes rett. Da vil domstolene, eventuelt andre organer, ta stilling til virkningen av en eventuell krenkelse i den aktuelle sak.

14.7 Øvrige overvåkings- og kontrollmekanismer

I et brev til utvalget datert 13. september 2011 har Utenriksdepartementets team for gjennomgåelse av nasjonal institusjon (NI) gitt uttrykk for at Stortingets menneskerettighetsutvalg «bør være kjent med rapporten og dens anbefalinger». I rapporten heter det at det bør vurderes å innta en grunnlovsbestemmelse om NI.

Utvalget har merket seg innspillet fra «Utenriksdepartementets team», men finner at en vurdering av hvorvidt NIs organisering og funksjoner bør grunnlovsfestes, faller utenfor utvalgets mandat. Denne gruppen har avlevert sin innstilling til Utenriksdepartementet, og det er nærliggende at Utenriksdepartementet følger opp den videre prosessen.

Et annet spørsmål som enkelte har reist, er hvorvidt det bør etableres egne forfatnings- og forvaltningsdomstoler i Norge. Også denne problemstillingen ligger det utenfor utvalgets mandat å ta stilling til. Utvalget vil likevel peke på at dagens ordning, der disse sakene behandles for de ordinære domstolene, ikke lider av noen åpenbare svakheter som vil kunne avhjelpes ved etableringen av et nytt domstolssystem. Sammenliknet med de fleste andre europeiske land har Norge en liten befolkning spredd over store arealer. En eventuell etablering av egne forfatnings- og forvaltningsdomstoler vil trolig skape større avstand til domstolene enn tilfellet er i dag.

14.8 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at ny Grunnloven § 114 skal lyde:

«I Sager som reises for Domstolene, have Domstolene Ret og Pligt til at prøve hvorvidt Love og andre Beslutninger truffne af Statens Myndigheder stride mod Grundloven.»

15. Tolkning av rettighetsbestemmelsene i Grunnloven

15.1 Innledende bemerkninger

Hvordan rettighetsbestemmelser tolkes, kan ha stor betydning for hvor langt rettighetsvernet strekker seg i praksis. Dette gjelder uavhengig av hvor rettighetsbestemmelsen er nedfelt, enten det er i Grunnloven, menneskerettsloven eller annen lovgivning. Fra enkelte hold har det vært uttrykt bekymring for at grunnlovsfesting av menneskerettigheter kan lede til en svekkelse av det totale menneskerettighetsvernet i Norge, dersom grunnlovsfesting samtidig fører til at konvensjonene kommer i bakgrunnen.

Tatt i betraktning utvalgets mandat om å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett, gjør disse bekymringene det nødvendig å tenke nærmere igjen om forholdet mellom rettighetsbestemmelsene i Grunnloven og rettighetene i konvensjonene. Et særlig spørsmål i den forbindelse er om det bør skrives inn en bestemmelse i Grunnloven om konvensjonenes betydning for tolkningen av Grunnlovens rettighetsbestemmelser, jf. punkt 15.4. Før det tas stilling til dette, bør det imidlertid ses nærmere på hvilke prinsipper som ligger til grunn når dagens grunnlov skal tolkes, jf. punkt 15.2, og hvordan disse forholdene er regulert i konstitusjonene til våre nordiske naboland og i EU, jf. punkt 15.3. Dette kan gi en nærmere pekepinn om hvordan man bør tilnærme seg disse problemstillingene i Norge.

15.2 Gjeldende tolkningsprinsipper

15.2.1 TEKSTTOLKNING, DYNAMISK TOLKNING OG INTERNASJONAL PÅVIRKNING

Det sentrale utgangspunkt for all grunnlovstolkning i Norge er, i likhet med for annen lovtolkning, *grunnlovsteksten* selv. Formuleringene og ordvalget i Grunnloven er forstått i lys av hvor gammel den aktuelle bestemmelsen er, først og fremst med tanke på hvordan datidens språk var å forstå.¹²⁰

I noen grad legger man også vekt på hensikten med formuleringen,¹²¹ men siden forarbeidene til Grunnloven normalt har vært nokså sparsomme og av eldre karakter, legger man normalt mindre vekt på

^{120.} Se som eksempel Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus).

^{121.} Se som eksempel Rt. 2010 s. 535 (Opplysningsvesenets Fond).

grunnlovsforarbeider enn forarbeider til annen lovgivning. I stedet blir det gjerne pekt på at Grunnloven skal fungere i ulike tidsepoker, slik at den konkrete avgrensningen av bestemmelsenes innhold med nødvendighet må farges av nåtiden. Dermed vil innholdet i grunnlovsbestemmelsene kunne skifte i tråd med samfunnsutviklingen, i tråd med de reelle behov som er til stede i ulike tidsepoker, og i tråd med de ulike forholdene som gjør seg gjeldende i den konkrete sak. Norske og danske jurister sier gjerne at *reelle hensyn* trekkes inn i vurderingen av hvor langt grunnlovsbestemmelsene til enhver tid strekker seg. Det er en slik fortolkningstradisjon som internasjonalt gjerne har vært omtalt som *dynamisk fortolkning*.

For å etablere en viss form for forutsigbarhet også ved grunnlovstolkning har flere gitt uttrykk for at grunnlovsbestemmelsene har en *kjerne* som ikke kan være gjenstand for en slik dynamisk fortolkning.¹²² Dette gjelder særlig for Grunnlovens rettighetsbestemmelser, der kjernen eller essensen i rettigheten ikke er ment å være påvirkelig av tid og sted. I rettighetens «randsoner» eller «periferi» vil innholdet være mer avhengig av de politiske og samfunnsmessige forhold som rettigheten til enhver tid påberopes under. I Høyesteretts praksis er dette gjenspeilet i den egenutviklede lære om betydningen av lovgivers vurderinger for spørsmålet om grunnlovsmessigheten av en lov, se nærmere kapittel 14.

Ved vurderingen av om man befinner seg i rettighetens kjerneområde, er tidligere praksis på området særlig relevant. Dette gjelder både praksis fra Høyesterett og praksis fra lovgiver. Også praksis fra lignende bestemmelser i *andre land* kan spille inn i vurderingen, men det er særlig tolkningen av de *internasjonale menneskerettighetskonvensjonene* som kan utgjøre tungtveiende faktorer ved tolkningen av rettighetsvernet i Grunnloven. Dette har i første rekke sammenheng med at de nasjonale rettighetene har en sterk internasjonal forankring, enten det er tale om opplysningstidens idégrunnlag, europeisk humanisme, erfaringene og utviklingen etter annen verdenskrig, FN's virksomhet eller andre internasjonale forhold. De norske rettighetsbestemmelsene i Grunnloven er ikke blitt til i et vakuum, men er en del av en vestlig, demokratisk kulturarv som løper tilbake til antikkens Hellas. Disse rettighetene har deretter vært gjenstand for avveininger og fortolkninger gjennom et omfattende internasjonalt samarbeid, særlig i tiden etter annen verdenskrig, jf. kapittel 5.

15.2.2 NÆRMERE OM FORHOLDET MELLOM FOLKERETT OG NASJONAL RETT – PRESUMPSJONSPRINSIPPET

Det er et alminnelig folkerettslig prinsipp at nasjonal lovgivning – herunder grunnlovsbestemmelser – ikke kan brukes som begrunnelse for ikke å oppfylle en traktatforpliktelse.¹²³ Uansett hvilke rettigheter Grunnloven inneholder, og uansett hvordan disse er utformet, består den folkerettslige forpliktelsen til å oppfylle rettighetene slik de kommer til uttrykk i menneskerettighetskonvensjonene. Samtidig følger det av konvensjonene at disse ikke må brukes som et argument for å svekke de rettighetene som følger av nasjonal rett, se for eksempel ØSK og SP felles artikkel 5 nr. 2, som lyder:

«There shall be no restriction upon or derogation from any of the fundamental human rights recognized or existing in any State Party to the present Covenant pursuant to law, conventions, regulations or custom on the pretext that the present Covenant does not recognize such rights or that it recognizes them to a lesser extent.»

Dette innebærer at konvensjonene ikke kan benyttes som argument for å tolke rettigheter i den norske Grunnloven snevrere enn man ellers ville gjort. Det har i den forbindelse vært vanlig å si at de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene utgjør et *minimumsvern*.

Et tilsvarende utgangspunkt følger også av nasjonal rett; dersom folkerettens regel og den nasjonale regel ikke lar seg harmonere, må man legge til grunn det rettighetsvern som gir den enkelte det beste vern. I Høyesteretts praksis ser man dette i bl.a. Rt. 2010 s. 143 (rederiskattedommen), der vernet etter Grunnloven § 97 strakk seg lenger enn vernet etter EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1, se nærmere kapittel 25. Tilsvarende ser man i saker vedrørende dobbeltstraff at Høyesterett legger til grunn vernet i EMK tilleggsprotokoll 7 artikkel 4, fordi dette vernet strekker seg lenger enn det man finner i annen nasjonal lovgivning, se nærmere kapittel 24. Det er først når privates rettigheter må balanseres mot hverandre, at dette utgangspunktet ikke gir noen løsning på problemet, for eksempel der ytringsfrihet og retten til respekt for privatlivets fred står mot hverandre. Det er for disse siste tilfellene at det må foretas en skjønnsmessig avveining mellom rettighetene, se også kapittel 13.

I tillegg til at konvensjonene ikke kan benyttes til å tolke Grunnloven innskrenkende, vil *presumptionsprinsippet* få betydning for tolkningen av rettighetene i Grunnloven. I norsk rett har det lenge vært lagt

^{122.} Se særlig Carl August Fleischer, *Grunnlovens grenser*, 1968.

^{123.} Dette er kommet til uttrykk i Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 27, som lyder: «A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.»

til grunn at når det er tvil om tolkningen av en lovbestemmelse, skal man benytte seg av det tolkningsalternativ som gjør at bestemmelsen ikke strider mot folkeretten. I dag er det i praksis anerkjent at dette prinsippet gjelder for både den alminnelige folkeretten og for de konvensjonene som Norge er bundet av.¹²⁴

Presumsjonsprinsippet har vært aktivt benyttet av Høyesterett, for på den måten å etablere harmoni mellom folkerettsforpliktelsen og norsk rett. Dette har vært mulig i de tilfeller hvor legalitetsprinsippet ikke er til hinder for anvendelsen av folkerettsregelen, jf. særlig § 96 (lovskravet i strafferetten), se bl.a. Rt. 2010 s. 1445 (krigsforbrytersaken). Høyesterett har videre lagt til grunn at presumsjonsprinsippet vil komme til anvendelse der norsk rett ikke regulerer forholdet, eller der det foreligger en utilsiktet motstrid mellom en internrettslig regel og en folkerettslig norm.¹²⁵ Skulle det mot formodning foreligge motstrid som er tilsiktet fra lovgivers side mellom en internrettslig regel og en folkerettslig norm, vil domstolenes anvendelse av presumsjonsprinsippet trolig bero på hvilken folkerettslig norm lovgiver har ønsket å sette til side.

Fra enkelte hold har det vært hevdet at presumsjonsprinsippet ikke kan legges til grunn ved tolkningen av Grunnloven. Dette begrunnes dels med at prinsippet er utviklet med tanke på ordinær lovgivning, dels med at den utøvende og lovgivende makt utleder sin kompetanse til å binde seg til traktater gjennom Grunnloven, og dels med at de internasjonale konvensjonsorganene, som EMD, viser til den konstitusjonelle fellesarv. Slike henvisninger, hevdes det, mister sin mening dersom de nasjonale konstitusjoner skal tolkes slik at de stemmer med det som følger av fellesreglene.¹²⁶

Andre har vært positive til å benytte internasjonale menneskerettighetskonvensjoner ved tolkningen av Grunnloven,¹²⁷ og denne oppfatningen har antakelig bred oppslutning blant norske jurister. Det foreligger for det første en tradisjon for å benytte presumsjonsprinsippet ved fortolkningen av Grunnloven. I tillegg er det slik at Grunnlovens ordlyd er knapp og uansett må være gjenstand for fortolkning. Det vil da være nærliggende å søke til autoritative internasjonale tekster og håndhevingsorganer som behandler tilsvarende problemstillinger, i stedet for at domstolene etablerer en lokal fortolkning av rettighetene, løsrevet fra den internasjonale forståelsen av lignende problemstillinger. Det er også slik at når Norge har forpliktet seg til å følge de internasjonale

menneskerettighetskonvensjonene, er dette forpliktelser som påligger alle av statens myndigheter, også den dømmende makt. Det vil da fremstå som inkonsekvent om den dømmende makt skulle se bort fra disse forpliktelsene ved tolkningen av Grunnloven. Dersom tolkning av Grunnloven i seg selv skulle gi et dårligere vern enn det som følger av konvensjonene, vil domstolene legge til grunn det vern som strekker seg lengst. Skal man legge til grunn en annen løsning, er dette noe lovgiver, ikke domstolene, uttrykkelig burde ta stilling til.

I den forbindelse kan føyes til at det synes å være enighet om at presumsjonsprinsippet ikke binder norske myndigheter til å følge de tolkninger som ulike internasjonale håndhevingsorganer legger til grunn, verken generelt eller i enkeltsaker. Slik binding må i så fall følge av konvensjonene, og Norge har så langt bare forpliktet seg til å etterleve de konkrete avgjørelser som EMD treffer i saker mot Norge, jf. EMK artikkel 46. For saker mot andre stater vil EMDs avgjørelser ikke være bindende. De vil likevel utgjøre relevante tolkningsmomenter ved fortolkningen av norsk rett, slik også nasjonal lovt tekst og rettspraksis, forarbeider og reelle hensyn utgjør relevante tolkningsmomenter.

15.3 Andre lands konstitusjoner

Verken *Sverige* eller *Danmark* har regulert spørsmålet om hvilken betydning internasjonale menneskerettighetskonvensjoner skal ha for tolkningen av landenes konstitusjoner. Det er likevel på det rene at de to landene har svært ulik tolkningstradisjon når det gjelder dette spørsmålet. Mens svenske domstoler og svensk juridisk litteratur i stor utstrekning har tatt hensyn til Sveriges konvensjonsforpliktelser (særlig menneskerettighetskonvensjoner og EU-traktater) ved fortolkningen av de grunnleggende rettigheter, har den danske Højesteret vært tilbakeholden med dette. I noen grad kan dette ha sammenheng med at svenske domstoler i større utstrekning enn danske domstoler også har vært villige til å overprøve lovgivers beslutninger med hjemmel i konstitusjonen eller på bakgrunn av ulovfestede prinsipper.

Etter at *Island* fikk nytt kapittel om menneskerettighetene i den islandske konstitusjonen i 1995, har disse rettighetsbestemmelsene blitt tolket og forstått i lys av tilsvarende bestemmelser i EMK. For å styrke denne koblingen har det islandske grunnlovsutvalget i sin rapport, offentliggjort 6. april 2011, foreslått å tilføye en bestemmelse i konstitusjonen etter modell av den norske Grunnloven § 110c.

I *Finlands* Grundlag følger det implisitt av 22 § lest i sammenheng med 74 § at rettighetsbestemmelsene i konstitusjonen skal tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. Dette følger ikke direkte av bestemmelsene, men er lagt til

^{124.} Se Ruud/Ulfstein, *Imføring i folkerett*, 2006 s. 65-66.

^{125.} Se Eckhoff/Helgesen, *Rettskildelære*, 2001 s. 315 flg.

^{126.} Se Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 2009 s. 160.

^{127.} Se Arne Fliflet, *Grunnloven – Kommentarutgave*, 2005 s. 29.

grunn av Riksdagens grundlagsutskott og den finske høyesterett, som begge står som sentrale fortolkere av den finske konstitusjonen.

I *EUs Charter of fundamental rights* følger denne koblingen eksplisitt av artikkel 52 nr. 3. Bestemmelsen slår fast at charteret skal tolkes i lys av EMK, men at dette ikke er til hinder for at charteret gir enkeltindivider et bedre vern enn EMK. Charteret tar dermed uttrykkelig høyde for at EMK er et sett med minimumsrettigheter. Bestemmelsen lyder som følger:

«In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection.»

15.4 Utvalgets vurdering

Spørsmålet om det bør være en egen tolkningsbestemmelse i Grunnloven, henger nært sammen med hvordan en slik bestemmelse eventuelt kan formuleres. Det er for eksempel vanskelig å se for seg en grunnlovbestemmelse etter modell av artikkel 52 nr. 3 i *EUs Charter*, siden denne bestemmelsen bare refererer seg til EMK og ikke til øvrige konvensjoner. I motsetning til EU har Norge ratifisert en rekke menneskerettighetskonvensjoner, som dekker et bredere spekter av rettigheter. Og til forskjell fra situasjonen i mange av EU-landene er også ØSK, SP, barnekonvensjonen, kvinnediskrimineringskonvensjonen og rasediskrimineringskonvensjonen inkorporert i nasjonal lovgivning.

Dette skaper enkelte utfordringer dersom det skal utformes en bestemmelse om konvensjonskonform tolkning i Grunnloven. En oppregning av konvensjoner hører ikke hjemme i den grunnlovstradisjon man har hatt i Norge. Det kan naturligvis utarbeides en oversikt over de konvensjonene utvalget anser som aktuelle, og som kan benyttes ved tolkningen av menneskerettighetene i Norge. Dette vil likevel ikke være tilstrekkelig, all den tid det kan være enkeltbestemmelser i andre traktater som er oversatt, og all den tid det også i fremtiden vil bli utformet relevante menneskerettighetskonvensjoner.

En oppregning av hvilke menneskerettighetskonvensjoner Grunnloven skal tolkes i overensstemmelse med, enten dette fremkommer av Grunnloven selv eller av forarbeidene til bestemmelsen, vil heller ikke gi et endelig svar på spørsmålet om hvor stor vekt som skal tillegges uttalelser, kommentarer, dommer mv. fra de ulike internasjonale organer som håndhever de mange menneskerettighetskonvensjonene. Og det kan heller ikke utelukkes at det i løpet av noen tiår vil dukke opp praksis fra nye internasjonale

håndhevingsorganer, som det vil være mer naturlig å se hen til enn de håndhevingsorganer man kjenner i dag.

Ser man bort fra disse ulempene, kan en bestemmelse om konvensjonenes betydning for tolkningen av Grunnloven virke klargjørende, særlig tatt i betraktning de ulike oppfatningene i juridisk litteratur om betydningen av konvensjonene ved grunnlovstolkning. En tolkningsbestemmelse kunne også sikre at rettigheter ikke gis et dårligere vern etter Grunnloven enn etter konvensjonene, ved å sørge for at konvensjonenes minimumsvern ivaretas ved tolkningen av Grunnloven. Dette vil særlig være av betydning for eventuelle nye rettighetsbestemmelser i Grunnloven, som i noen grad er inspirert av internasjonale konvensjoner.

En mulig måte å skrive dette inn i Grunnloven på vil være å føye til et nytt annet ledd til utvalgets forslag til ny § 92. Som omtalt i kapittel 12 foreslår utvalget å videreføre Grunnloven § 110c første ledd i en ny § 92. Denne bestemmelsen kan i sin helhet lyde:

«Det påligger Statens Myndigheter at respektere og sikre Menneskerettighetene. Grunnlovens menneskerettigheter skal tolkes i lys av de traktater som Norge er part i.»

Man må imidlertid være oppmerksom på at noen rettighetsbestemmelser i Grunnloven, særlig eldre rettighetsbestemmelser, kanskje ikke sammenfaller helt med rettighetsbestemmelser i konvensjonene. Dette kan for eksempel skyldes at rettighetsbestemmelsene i Grunnloven tradisjonelt er bygget opp på en annen måte. Eiendomsrettsvernet i Grunnloven § 105 og EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 (P1-1) kan tjene som eksempel: Essensen i Grunnloven § 105 er at man har krav på full erstatning ved ekspropriasjon av eiendom. Den logiske vilkårs siden av rettsregelen er altså at det må foreligge en «eiendoms ekspropriasjon», mens den logiske følgesiden av rettsregelen er «full erstatning». For EMK P1-1 stiller dette seg annerledes. Essensen i denne bestemmelsen er at man har krav på rimelig kompensasjon ved uforholdsmessige inngrep i eiendomsretten. Den logiske vilkårs siden av denne rettsregelen er «uforholdsmessige inngrep i eiendomsretten», mens den logiske følgesiden er «rimelig kompensasjon». Dette manglende samsvaret mellom Grunnloven § 105 og EMK P1-1 tilsier at det utvises et kyndig skjønn når praksis relatert til EMK P1-1 skal nyttes ved tolkningen av Grunnloven § 105.

For andre menneskerettighetsbestemmelser vil det imidlertid kunne være et fullstendig samsvar *både* på vilkårs siden og på følgesiden, mens for atter andre kan det tenkes å foreligge samsvar på *enten* vilkårs siden eller følgesiden. Dette komplekse samspill

let mellom reglene gjør det vanskelig å uttrykke seg absolutt og generelt om den betydningen de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og tolkningspraksis fra deres håndhevingsorganer skal ha for tolkningen av Grunnloven ved løsningen av konkrete saker.

Det kan i den forbindelse være grunn til å minne om at konvensjonene ikke stiller krav om at nasjonale konstitusjoner dekker det samme som konvensjonene. I henhold til konvensjonene er det tilstrekkelig at rettighetene er vernet i nasjonal rett. Det kan også være grunn til å minne om at det normalt ikke er uforenlig med Grunnloven at beskyttelsen av en rettighet går lenger i den ordinære lovgivning enn Grunnloven pålegger. Dette vil bare være problematisk dersom rettigheten støter an mot andres rettigheter. Som nevnt tidligere må det da foretas en skjønnsmessig avveining mellom rettighetene. I enkelte tilfeller kan det tenkes at den nasjonale avveiningen vil arte seg litt forskjellig fra den som er lagt til grunn i internasjonal praksis. Slike avvik vil i noen grad også bli akseptert av de internasjonale håndhevingsorganene, for eksempel EMD, dersom de er godt begrunnet. Dette skjer ved at nasjonalstatene gis en viss *skjønnsmargin* («margin of appreciation») ved den konkrete avveiningen.

Dette endrer likevel ikke det forhold at Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser i fremtiden må tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og praksis knyttet til disse. Dette følger av etablert tolkningspraksis i Norge, og selv om det kan foreligge tilfeller hvor skjønnsmarginen kan være aktuell å påberope seg, må det begrunnes hvorfor det gjøres avvik fra den internasjonale praksis på området. For flere av de bestemmelsene som utvalget foreslår grunnlovfestet, finnes mer detaljerte formuleringer i konvensjonene. Disse vil naturlig nok bidra til å kaste lys over forståelsen av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.

Disse forholdene innebærer ikke at praksis fra et eller flere internasjonale håndhevingsorgan skal binde opp grunnlovstolkningen. I noen tilfeller kan det kanskje være på sin plass å fremheve at de internasjonale håndhevingsorganene har gått for langt, mens det i andre tilfeller kan være på sin plass å vise til at de internasjonale håndhevingsorganer ennå ikke har etablert en sikker og entydig praksis på området. Men praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene bør alltid vurderes og tas i betraktning.

På denne bakgrunn finner utvalget at Grunnloven ikke bør inneholde en egen bestemmelse om tolkning av Grunnloven. Det foreligger en umiddelbar fare for at en tolkningsbestemmelse ikke vil la seg utforme på en måte som er nyansert og fleksibel nok. Avgjørelser fra noen håndhevingsorganer vil åpenbart være av større betydning enn andre, og noen bestemmelser i

Grunnloven vil ha flere likhetstrekk med konvensjonsbestemmelsene enn andre.

Den foreliggende tolkningspraksis, der ulike kilder, som Grunnlovens tekst og forarbeider, reelle hensyn, rettspraksis og internasjonale rettskilder benyttes ved tolkning, har så langt ikke avstedkommet problemer som Høyesterett ikke har vært i stand til å løse. Tolkning av rettsregler står helt sentralt i den juridiske metode og dermed også i det juridiske profesjonsstudium, og det er selve kjernen i Høyesteretts virksomhet. Det kreves i så måte en grundig gjennomtenkning og utredning av konsekvenser, også med tanke på maktfordelingsprinsippet, før man i det hele tatt vedtar lovregler om hvordan andre lovregler skal fortolkes.

En tolkningsbestemmelse i Grunnloven kan også komme til å binde opp fremtidige generasjoner i større utstrekning enn det som er ønskelig. Dette hensynet gjør seg særlig gjeldende dersom det foreligger den minste uenighet om hvordan Grunnloven skal fortolkes. Utvalget ser ikke behovet for en endelig og absolutt avklaring av hvor stor vekt menneskerettighetskonvensjonene skal ha ved grunnlovstolkning som en så presserende og alvorlig problemstilling at den bør løses i selve Grunnloven. Diskusjon omkring enkelte sider ved grunnlovstolkning er et helt naturlig ledd i utviklingen av den generelle juridiske metode. Bevisstgjøring og debatt rundt disse spørsmål, både blant juridiske teoretikere, advokater og dommere, vil kunne bidra positivt til den generelle utviklingen og videreføringen av menneskerettighetene i Norge.

Utvalget går etter dette ikke inn for å grunnlovsfeste en egen bestemmelse om hvordan Grunnloven skal fortolkes.

16. Derogasjon fra menneskerettigheter

16.1 Innledende bemerkninger

Som redegjort for i kapittel 13 vil menneskerettighetene være gjenstand for begrensninger eller avveininger. Dette kan enten være av hensyn til andres menneskerettigheter eller av hensyn til allmenne interesser. I kapittel 13 foreslår utvalget at det inntas en generell begrensningshjemmel i Grunnloven. I tillegg til denne generelle begrensningshjemmelen vil utvalget foreslå at det i tilknytning til noen av de konkrete rettighetene inntas spesielle begrensninger. Dette vil være begrensninger som ikke så lett lar seg utlede av den generelle begrensningshjemmelen.

Slike begrensninger innebærer ikke at det gjøres positivrettslige *unntak* fra rettighetene, eller at rettighetene *fravikes* midlertidig eller med endelig virkning for en bestemt type saker. Begrensninger i rettighetene kan aldri gripe inn i rettighetenes kjerneområde, dvs. de sentrale og viktigste verdiene som rettighetene er satt til å ivareta. Som eksempel kan

nevnes at reportasjer og kommentarer vedrørende politiske diskusjoner og vedtak befinner seg i kjerneområdet for Grunnloven § 100 (ytringsfrihet).

Dette innebærer at verken en generelt eller spesielt utformet begrensningshjemmel er et tilstrekkelig rettslig grunnlag for å gripe inn i disse rettighetenes kjerneområde. Slike inngrep vil i realiteten innebære et unntak eller avvik fra rettigheten, ikke en begrensning i den. Dette reiser spørsmål om det bør inntas en egen bestemmelse i Grunnloven som åpner for at menneskerettighetsbestemmelsene kan fravikes, dvs. settes ut av kraft, i helt spesielle situasjoner.

Krig, nød eller andre alvorlige kriser kan skape et behov for større inngrep i menneskerettighetene enn det en begrensningshjemmel kan gi adgang til. I dag vil myndighetene ha mulighet til å fravike Grunnlovens bestemmelser under henvisning til konstitusjonell nødrett. Tilsvarende åpner menneskerettighetskonvensjonene for at det gjøres unntak fra menneskerettighetene i en begrenset periode, dersom særlige grunner tilsier dette. Slike unntak etter konvensjonene omtales gjerne som derogasjon.

Mens derogasjon i henhold til de internasjonale konvensjonene omhandler spørsmål som når og hvordan det kan gjøres unntak fra menneskerettighetsbestemmelsene, relaterer konstitusjonell nødrett seg til samtlige grunnlovsbestemmelser og til den konstitusjonelle sedvanerett. Det faller dermed utenfor utvalgets mandat å vurdere grunnlovsfesting av den konstitusjonelle nødrett som sådan. Utvalget har imidlertid vurdert hvorvidt det bør gis en særlig bestemmelse i Grunnloven som regulerer unntak fra Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser. Utvalget har også vurdert hvordan en slik bestemmelse eventuelt bør utformes.

16.2 Dagens rettsstilstand

16.2.1 KONSTITUSJONELL NØDRETT

Konstitusjonell nødrett er en betegnelse på de handlinger som innebærer at man på bakgrunn av en nødrettssituasjon legitimt kan fravike de rettsregler som følger av Grunnloven eller av konstitusjonell sedvanerett. Læren har ingen presis avgrensning, og den har heller ikke vært mye praktisert eller påberopt. Det byr derfor på utfordringer å beskrive det nærmere innholdet i læren om konstitusjonell nødrett.

Konstitusjonell nødrett ble særlig benyttet under annen verdenskrig, men var i praksis anerkjent før dette tidspunkt gjennom riksrettssaken mot statsminister Berge m.fl. i 1926-1927.¹²⁸ Tanken lå nok også til grunn for Stortingets beslutning den 7. juni 1905

og for de senere grunnlovsendringer som fant sted gjennom plenumsbehandling i Stortinget høsten 1905.¹²⁹

Den 9. april 1940 ble den såkalte Elverumsfullmakten utstedt. Den ble utformet av Stortingets president Carl Joachim Hambro, og regjeringen ble gitt fullmakt til «å ivareta rikets interesser og treffe de avgjørelser og beføyelser på Stortingets og regjeringens vegne, som må anses for påkrevd av hensyn til landets sikkerhet og framtid» inntil neste ordinære stortingsmøte.¹³⁰

Det har i stor grad vært enighet om at Elverumsfullmakten var nødvendig og således i overensstemmelse med konstitusjonell nødrett. Det har imidlertid vært større uenighet om hvor langt London-regjeringen kunne gå med hensyn til å gi provisoriske anordninger som påla straffeansvar med tilbakevirkende kraft. Dette ble særlig diskutert i forbindelse med Klingesaken i Rt. 1946 s. 198, og er siden også berørt i krigsforbrytersaken i Rt. 2010 s. 1445. I tråd med flertallets avgjørelse i krigsforbrytersaken synes den herskende oppfatning blant jurister i dag å være at ingen omstendighet kan tillate at det pålegges straffeansvar med tilbakevirkende kraft.

Det er på det rene at de rettsregler som kan fravikes gjennom konstitusjonell nødrett, kan være av ulik karakter. Det kan for eksempel være tale om å fravike selve maktfordelingsprinsippet, slik at arbeidsoppgaver som ligger hos en av statsmaktene, midlertidig overtas av en av de øvrige statsmakter, jf. Elverumsfullmakten. Det kan dernest være tale om å fravike prosessuelle regler, for eksempel ved at man fraviker kravet i Grunnloven § 76 tredje ledd om at det må gå tre dager mellom hver lovbehandling i Stortinget, eller Grunnloven § 77 om kongelig sanksjon. Videre kan det være tale om å fravike bestemmelser som pålegger individene plikter eller rettigheter, for eksempel ved kortvarig forhåndssensur av aviser og andre medier for å sikre hemmelighold av hensyn til rikets sikkerhet (§ 100) eller ved å gi delvis tilbakevirkende skattelover for å sikre statens finanser i en hardt prøvet tid (§ 97).

Det er videre på det rene at for å utøve konstitusjonell nødrett må det foreligge en alvorlig nødssituasjon som truer vitale samfunnsinteresser.¹³¹ Krig som utkjempes på norsk territorium, eller trussel om slik krig, vil måtte anses som en alvorlig nødrettssituasjon. Tilsvarende må gjelde for større naturkatastrofer som rammer folketette områder eller vitale

^{128.} Se Frede Castberg, *Norges Statsforfatning*, bind II, 1947, s. 493 og 503-504. Se også Ola Rambjør Heide, *Konstitusjonell nødrett – sett i lys av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 15*, 1998 s. 104.

^{129.} Se Frede Castberg, *Norges Statsforfatning*, bind II, 1947, s. 505 og 507-508.

^{130.} Se Stortingsarkivet, *Møter for lukkede dører – Stortinget 1939-1945*, s. 355.

^{131.} Se også Ola Rambjør Heide, *Konstitusjonell nødrett – sett i lys av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 15*, 1998, s. 104 flg.

styringsorganer. Det kan også tenkes andre nøds- eller krisesituasjoner som kan berette at Grunnloven eller konstitusjonell sedvanerett fravikes. Situasjonen må imidlertid være av kvalifisert alvorlig og akutt karakter, der gjenoppretting av orden gjør det nødvendig å fravike konstitusjonen. Tragiske og dramatiske hendelser som flom, ulykker eller terroranslag vil normalt ikke være forhold som legitimerer unntak fra konstitusjonen. For at Grunnloven og konstitusjonell sedvanerett skal kunne settes til side, må landet være kastet ut i en krise som for alvor truer større deler av befolkningen, samfunnets grunnleggende strukturer eller rikets eksistens. Den politiske og folkelige håndteringen av terroranslagene den 22. juli 2011 viser også at nasjonen er i stand til å håndtere dypt tragiske og rystende opplevelser uten at konstitusjonen settes på spill.

Grensen for når det foreligger en nødrettssituasjon, kan likevel være vanskelig å trekke. Sentralt i vurderingen blir da om de tiltakene som settes i verk, går lenger enn det som er strengt nødvendig for å ivareta de behov som er oppstått under nødrettssituasjonen. En større naturkatastrofe kan for eksempel tilsi at ordinære valg til Stortinget utsettes inntil situasjonen har stabilisert seg, mens en slik katastrofe neppe kan berette at ytringsfriheten innskrenkes.

Det følger videre av uttrykket «nødrett» at situasjonen må ha karakter av noe midlertidig. Er ordningen ment å være permanent, må Grunnloven i stedet endres i tråd med § 112. Dersom ordningen ikke er ment å være midlertidig, og heller ikke kan gjennomføres ved grunnlovsendring i henhold til Grunnloven § 112, vil man stå overfor et statskupp eller en revolusjon. I så fall er den ordningen som kuppemakerne eller de revolusjonære ønsker å få gjennomført, ikke omfattet av konstitusjonell nødrett.

16.2.2 BEREDSKAPSLOV

I dag er deler av den konstitusjonelle nødrett nærmere regulert i *beredskapsloven* av 15. desember 1950 nr. 7. Loven omhandler i første rekke forholdet mellom den lovgivende og den utøvende makt under krig eller trussel om krig. I henhold til §§ 1-5 kan Kongen overta Stortingets funksjoner på nærmere angitte vilkår.

På to områder berøres også individenes rettigheter av beredskapsloven. Under krig eller trussel om krig kan Kongen vedta særlige regler om behandling av straffesaker og særlige regler om tvangsavståelse av eiendom til det offentlige.

For behandling av straffesaker gir beredskapsloven § 8 adgang til å lempe på kravet i straffeprosessloven § 183. I henhold til § 183 skal den pågrepne fremstilles for varetektsfengsling snarest mulig og senest på den tredje dagen. En lemping av dette kravet kan bryte med vilkåret i EMK artikkel 5 nr. 3 og

SP artikkel 9 nr. 3 om at den pågrepne «straks» eller «omgående» skal fremstilles for en dommer. I tillegg åpner beredskapsloven § 14 for at lagmannsrettene dømmer i siste instans. Dette vil i så fall sette Grunnloven § 88 første punktum (Høyesterett dømmer i siste instans) til side. I noen tilfeller vil også manglende ankemulighet til Høyesterett kunne bryte med den enkeltes rett til anke i henhold til SP artikkel 14 nr. 5.

Når det gjelder fast eiendom, slår beredskapsloven § 16 fast at Kongen kan fastsette erstatningens størrelse dersom eiendom, løsøre eller bruksrettigheter eksproprieres. Bestemmelsen opphever således den enkeltes rett til «full erstatning» etter Grunnloven § 105. Tilsvarende fastsetter beredskapsloven § 17 at Kongen også kan fastsette takster for erstatningens størrelse for ekspropriasjon som allerede har funnet sted. Slike takster vil i praksis kunne få tilbakevirkende kraft, jf. Grunnloven § 97. Med mindre takstene som fastsettes av Kongen, er urimelig lave omstendighetene tatt i betraktning, vil beredskapsloven §§ 16-17 neppe komme i konflikt med EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 (vern om eiendom).

Vedtaket truffet i henhold til beredskapsloven som berører individenes rettigheter, vil kunne forankres i læren om konstitusjonell nødrett eller i derogasjonsbestemmelsene i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. Dersom slik forankring er mulig, vil det ikke foreligge en krenkelse av individenes rettigheter.

16.3 Internasjonale bestemmelser om derogasjon

Både EMK og SP har nærmere regler om når og hvordan det kan gjøres unntak fra menneskerettighetsbestemmelsene i konvensjonene, jf. EMK artikkel 15 og SP artikkel 4. Konvensjonene regulerer ikke derogasjon fra nasjonal lovgivning.

EMK artikkel 15 lyder som følger:

«1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.

2. No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision.

3. Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefor. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed.»

Hovedtrekkene i EMK artikkel 15 og SP artikkel 4 er for det første at det må foreligge en *krigs- eller krisetilstand som truer nasjonens liv* («war or other public emergency threatening the life of the nation»). Hvorvidt det foreligger en slik krigs- eller krisetilstand, har vært prøvet i noen saker for EMD. Det foreligger bl.a. en storkammeravgjørelse fra 2009 vedrørende derogasjon av EMK artikkel 5 nr. 1 (frihetsberøvelse) i Storbritannia som følge av de omfattende terroranslagene mot USA den 11. september 2001.¹³² I henhold til EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f kan den enkelte medlemsstat berøve personer som skal utvises friheten inntil utvisningsvedtaket effektueres. EMD har imidlertid slått fast at dersom utvisningsvedtaket ikke kan effektueres, for eksempel fordi utsendelse ikke kan finne sted pga. fare for utlendingens liv, jf. EMK artikkel 2 og 3, kan personen heller ikke frihetsberøves. Etter 11. september 2001 valgte Storbritannia å benytte derogasjonsadgangen i EMK artikkel 15 for å fengsle personer i landet som for øyeblikket ikke kunne returneres til opprinnelseslandet.

Ved vurderingen av om det foreligger en krigs- eller krisetilstand som truer nasjonens liv, har EMD vist til at faren må være aktuell, overhengende og eksepsjonell, samt at den må true hele nasjonen eller organiseringen av hele samfunnet. EMD har imidlertid tilkjent den enkelte stat en vid skjønnsmargin ved vurderingen av om det foreligger en slik krigs- eller krisetilstand. I storkammersaken mot Storbritannia fra 2009 kom EMD til at selv om andre europeiske stater ikke hadde iverksatt derogasjon etter 11. september 2001, måtte det ligge innenfor Storbritannias skjønnsmargin å vurdere situasjonen som en nasjonal krigs- eller krisetilstand.

Ved siden av at det må foreligge en krigs- eller krisetilstand, må det gis *underretning* til det organ som har ansvaret for konvensjonen. For derogasjon fra EMK vil det være Europarådets generalsekretær, for derogasjon fra SP FNs generalsekretær. Et tilleggsvilkår følger av SP artikkel 4 om at det også må skje en *offentlig* kunngjøring.

Videre må de tiltak som medfører unntak fra menneskerettighetsbestemmelsene, og som settes i verk for å bringe nasjonen ut av nødtilstanden, være *strengt nødvendige* («strictly required») for å oppnå formålet. Dette innebærer at de tiltakene som settes i verk, må være egnet til å oppnå formålet, og de må ikke være uforholdsmessige. Ved vurderingen av om derogasjon er strengt nødvendig, har EMD tilkjent statene mindre skjønnsmargin enn ved vurderingen av om det foreligger en krigs- eller krisetilstand. EMD har uttrykt at ved denne nødvendighetsvurderingen vil det bli tatt hensyn til hvilke rettigheter som

er berørt av derogasjonen, hvilke forhold som har ledet frem til derogasjonen og varigheten av derogasjonen.¹³³

Til sist er det et vilkår at derogasjonen ikke må bryte med statens øvrige *folkerettslige forpliktelser*.

Selv om vilkårene for derogasjon er oppfylt, er det enkelte rettigheter som er såkalt ikke-derogable, dvs. at det under ingen omstendighet kan gjøres unntak fra rettighetene. EMK artikkel 15 nr. 2 lister opp flere rettigheter som det ikke kan gjøres unntak fra. Dette er bl.a. retten til liv i artikkel 2. Bare adgang til å ta liv som følge av lovlige krigshandlinger kan aksepteres. Dernest kan det ikke derogeres fra forbudet mot tortur (artikkel 3), forbudet mot slaveri (artikkel 4 nr. 1) og lovskravet og tilbakevirkningsforbudet på strafferettens område (artikkel 7).

Tilsvarende lister også SP artikkel 4 nr. 2 opp de rettighetene det ikke kan derogeres fra. I likhet med EMK kan det heller ikke her derogeres fra retten til liv (artikkel 6), forbudet mot tortur (artikkel 7), forbudet mot slaveri (artikkel 8 nr. 1 og 2) og lovskravet og tilbakevirkningsforbudet på strafferettens område (artikkel 15). I tillegg forbyr SP artikkel 4 nr. 2 også derogasjon fra forbudet mot gjeldsfengsel (artikkel 11), retten til å bli anerkjent som et rettssubjekt (artikkel 16) og tanke-, samvittighets- og religionsfrihet (artikkel 18).

16.4 Andre lands konstitusjoner

I andre konstitusjoner finner man ulike løsninger på hvordan krigs- eller krisesituasjoner er regulert. Noen land har generelle bestemmelser om konstitusjonell nødrett, noen har derogasjonsbestemmelser til menneskerettighetene, noen har bestemmelser om unntakstilstand, noen har bestemmelser som endrer de prosessuelle reglene, mens andre land ikke har noen bestemmelser som regulerer krigs- eller krisesituasjoner.

I de nordiske land er det også valgt ulike løsninger.

I den *finske* Grudlagen finnes en egen derogasjonsbestemmelse til menneskerettighetene, som avslutter kapitlet om de grunnleggende fri- og rettigheter i 23 §. I henhold til denne bestemmelsen kan det gjøres midlertidige unntak fra menneskerettighetene dersom dette vedtas ved lov, dersom unntakene er forenlige med Finlands folkerettslige forpliktelser, og dersom unntakene er nødvendige fordi Finland utsettes for væpnet angrep eller det foreligger en trussel mot nasjonen som er så alvorlig at den kan sidestiltes med et væpnet angrep. Bestemmelsen lyder som følger:

^{132.} Se EMD A. m.fl. v. Storbritannia (2009).

^{133.} Se EMD Aksoy v. Tyrkia (1996).

«Genom lag kan införas sådana tillfälliga undantag från de grundläggande fri- och rättigheterna som är förenliga med Finlands internationella förpliktelser i fråga om de mänskliga rättigheterna och som är nödvändiga om Finland blir utsatt för ett väpnat angrepp eller om det råder undantagsförhållanden som hotar nationen och som är så allvarliga att de enligt lag kan jämföras med ett sådant angrepp.»

Også den *svenske* Regeringsformen har en egen derogasjonsbestemmelse i tilfelle krig eller umiddelbar krigsfare. Derogasjonsbestemmelsen finnes i 15. kapittel 7 § og fremgår av samme kapittel som øvrige regler om forholdet mellom statsmaktene mv. i tilfelle av krig eller krigsfare. Bestemmelsen er imidlertid annerledes utformet enn den finske, ved at den endrer de prosessuelle reglene for endringer i Regeringsformens grunnleggende fri- og rettigheter. Som nevnt i punkt 7.3.2 må lovforslag som begrenser fri- og rettighetene, hvile i tolv måneder dersom ti av Riksdagens representanter krever det. Ved krig eller umiddelbar krigsfare oppheves retten til å utsette vedtak om begrensninger i fri- og rettighetene. Bestemmelsen lyder som følger:

«Är riket i krig eller omedelbar krigsfara, ska 2 kap. 22 § första stycket inte tillämpas. Detsamma gäller om krigsdelegationen i annat fall har trätt i riksdagens ställe.»

Den *danske* og den *islandske* konstitusjonen inneholder ingen bestemmelser om nødrett, krig eller derogasjon. Heller ikke *EUs Charter of fundamental rights* har bestemmelser om unntak eller derogasjon, men samtlige av EUs medlemsstater vil være underlagt derogasjonsbestemmelsen i EMK artikkel 15.

Den *tyske* Grundgesetz artikkel 19 nr. 2 avgrensar derogasjon svært tydelig gjennom sin formulering om at essensen eller kjernen i rettighetene aldri kan røres. Bestemmelsen lyder som følger:

«In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.»¹³⁴

16.5 Utvalgets vurdering

16.5.1 BØR GRUNNLOVEN INNEHOLDE EN BESTEMMELSE OM DEROGASJON?

Når det fremsettes forslag til nye rettighetsbestemmelser i Grunnloven, må det samtidig reises spørsmål om det skal inntas en bestemmelse som regulerer hvilke rettigheter som kan fravikes, og når dette i så fall kan skje. Alternativet vil være å la unntak fra menneskerettighetene i Grunnloven fortsatt være regulert av den ulovfestede lære om konstitusjonell nødrett.

En egen bestemmelse i Grunnloven om unntak eller derogasjon fra menneskerettighetene vil gjøre det mulig å lese ut av sammenhengen når menneskerettighetene i Grunnloven kan fravikes. En slik bestemmelse vil dermed ha en pedagogisk og en klargjørende funksjon, samtidig som den etablerer større grad av forutsigbarhet i rettspleien: Det vil bare være adgang til å fravike menneskerettighetene i Grunnloven dersom vilkårene i derogasjonsbestemmelsen er oppfylt.

Hensynet til forutsigbare rettsregler gjør seg særlig gjeldende så lenge læren om konstitusjonell nødrett ikke har et klart avgrenset innhold. Uklarhet omkring omfanget og innholdet i læren om konstitusjonell nødrett gjør at læren er lite tilgjengelig for folk flest. Disse forholdene taler for at man grunnlovsfester på hvilke vilkår rettighetene kan fravikes og hvilke rettigheter det aldri kan gjøres unntak fra, og at dette skrives inn i sammenheng med rettighetsbestemmelsene i Grunnloven.

Motforestillingene vil være at en derogasjonsbestemmelse i Grunnloven kanskje vil bidra til å normalisere avvik fra rettighetene. Det er den vanlige begrensningshjemmelen som stort sett skal benyttes dersom det skal gjøres innskrenkninger i rettighetene, men det at Grunnloven faktisk sier noe om derogasjon, kan gi et feilaktig inntrykk av at nødrettsbestemmelsen kan benyttes oftere enn det som er intensjonen.

De uklare grensene som den konstitusjonelle nødrett har i dag, har den fordel at læren kan fange opp svært mange ulike situasjoner som det kan være vanskelig å forutse ved utformingen av en enkeltbestemmelse om derogasjon. Læren om konstitusjonell nødrett kan med andre ord tenkes å være mer fleksibel enn en derogasjonsbestemmelse. Og den ulovfestede lære om konstitusjonell nødrett vil uansett strekke seg lenger enn en særskilt derogasjonsbestemmelse, på den måten at derogasjonsbestemmelsen kun vil relatere seg til rettighetsbestemmelsene i Grunnloven. Derogasjonsbestemmelsen vil ikke erstatte læren om konstitusjonell nødrett, men presisere den på området for menneskerettigheter.

Utvalget har vurdert fordeler og ulemper ved å innta en derogasjonsbestemmelse i Grunnloven, og er kommet til at en slik bestemmelse bør inntas dersom utvalgets forslag til konkrete rettigheter og en generell begrensningshjemmel blir vedtatt. Grunnloven bør selv angi når dens regler om forholdet mellom statens myndigheter og individene kan settes til side. Hensynet til den enkelte tilsier at dette forholdet er regulert i Grunnloven. På den måten økes både tilgjengeligheten, forståelsen av og forutsigbarheten ved Grunnlovens rettighetsbestemmelser. Uten en derogasjonsbestemmelse i Grunnloven vil avvik fra menneskerettighetene raskt komme som en overras-

¹³⁴. I engelsk oversettelse: «In no case may the essence of a basic right be encroached upon».

kelse på borgerne. Liten forutsigbarhet med hensyn til når slike avvik kan besluttes og for hvilke rettigheter, vil samtidig kunne etablere en rettsusikkerhet i samfunnet i krisetider, som samfunnet kanskje ikke vil være tjent med nettopp i slike tider.

En tilsvarende forutsigbarhet er ikke like påkrevet dersom det er tale om å fravike de av Grunnlovens regler som regulerer forholdet mellom statsmaktene. Dette rammer ikke enkeltindividet og deres hverdag på samme måte som derogasjon fra menneskerettighetene. Utvalget finner det heller ikke problematisk at spørsmålet om å fravike Grunnlovens regler om forholdet mellom stat og individ reguleres i en egen derogasjonsbestemmelse i Grunnloven, mens spørsmålet om å fravike Grunnlovens regler om forholdet mellom statsmaktene fortsatt ivaretas av den ulovfestede læren om konstitusjonell nødrett. Rettssikkerhetsmessige hensyn tilsier at statens forhold til enkeltindividet krever en større grad av forutsigbarhet enn statsmaktens forhold til hverandre.

16.5.2 NÅR KAN RETTIGHETENE I GRUNNLOVEN FRAVIKES?

Når det skal oppstilles kriterier eller vilkår for å fravike rettighetene i Grunnloven, vil det være naturlig å ta utgangspunkt i læren om den konstitusjonelle nødrett og derogasjonsbestemmelsene i EMK artikkel 15 og SP artikkel 4. Felles for disse reglene er at det må foreligge en nødstilstand som truer landet, at fraviket fra rettighetene må være nødvendig for å sikre landet mot en overhengende fare, og at fraviket utelukkende er av midlertidig karakter. En eventuell grunnlovsbestemmelse om derogasjon bør inneholde alle disse elementene.

For å sikre forutsigbarhet på området kan kravet i SP artikkel 4 om offentlig bekjentgjøring av situasjonen også tas inn i Grunnloven. Det er imidlertid mindre naturlig å oppstille krav i Grunnloven om notifisering til Europarådets generalsekretær eller FNs generalsekretær. Disse kravene følger av konvensjonene og relaterer seg til en notifisering av hvilke konvensjonsbestemmelser det derogeres fra.

For å fange opp de ulike kriteriene for derogasjon kan en mulig formulering i Grunnloven lyde:

«Statens myndigheter kan treffe beslutning om midlertidige unntak fra menneskerettighetene i denne grunnlov dersom bekjentgjort krigs- eller krisetilstand gjør det åpenbart nødvendig for å sikre demokratiet, rettsstaten eller Rikets eksistens.»

I en slik bestemmelse vil «statens myndigheter» måtte forstås i snever forstand. Det vil bare være de tre statsmaktene, alternativt representanter for disse, som kan treffe beslutning om derogasjon. Dersom man ikke ønsker å presisere nærmere hvem det er som kan treffe beslutning om midlertidige unntak,

kan formuleringen gjøres nøytral på dette punkt. Det vil likevel følge av Grunnlovens system, særlig Grunnloven § 110c (foreslått som ny § 92), at det er statens myndigheter som har forpliktelser knyttet til rettighetene, og at det således er disse myndigheter som normalt må derogere fra rettighetene. Fordelen med en slik nøytral form vil være at man i Grunnloven ikke endelig regulerer hvem som har den personelle kompetansen til å fravike rettighetene. En slik formulering kan lyde:

«Rettighetene i denne grunnlov kan ikke fravikes, med mindre det treffes beslutning om midlertidige unntak når en bekjentgjort krigs- eller krisetilstand gjør det åpenbart nødvendig for å sikre demokratiet, rettsstaten eller Rikets eksistens.»

Ved siden av å være nøytralt i formen er dette alternativet også negativt formulert. Med det menes at det innleder med å slå fast at derogasjon ikke kan finne sted. Dermed tydeliggjøres at beslutning om å fravike rettighetene i Grunnloven bare skal skje i ekstreme situasjoner. Det første alternativet er på sin side positivt formulert, ved at det gir uttrykk for når og hvem som kan derogere fra rettighetene.

I begge disse eksemplene følger det at derogasjon må besluttes. Det er altså ikke tilstrekkelig at man de facto fraviker enkelte bestemmelser for i ettertid å hevde at slik derogasjon var nødvendig. Utover dette stilles det ikke opp formelle kriterier for beslutningsprosessen. Formuleringene innebærer imidlertid flere materielle skranker for når derogasjon kan finne sted.

En litt annen variant vil være å skjerpe inn kravene til beslutningsform, slik at midlertidige unntak fra menneskerettighetene kun kan finne sted ved for eksempel lov eller provisorisk anordning. Både den finske og den svenske konstitusjonen oppstiller krav om lovs form, og erfaringene fra annen verdenskrig viser at det i stor grad vil være mulig for regjeringen å treffes for å gi provisoriske anordninger i henhold til Grunnloven § 17. Mulige formuleringer kan da være:

«Ved lov eller provisorisk anordning kan statens myndigheter treffe beslutning om midlertidige unntak fra menneskerettighetene i denne grunnlov dersom bekjentgjort krigs- eller krisetilstand gjør det åpenbart nødvendig for å sikre demokratiet, rettsstaten eller Rikets eksistens.»

(eller)

Statens myndigheter kan, ved lov eller provisorisk anordning, treffe beslutning om midlertidige unntak fra menneskerettighetene i denne grunnlov dersom bekjentgjort krigs- eller krisetilstand gjør det åpenbart nødvendig for å sikre demokratiet, rettsstaten eller Rikets eksistens.»

Samtlige av de alternative formuleringene som er nevnt ovenfor, begrenser derogasjonsadgangen til å omhandle unntak fra menneskerettighetene i Grunnloven, ikke fra Grunnloven i sin alminnelighet eller fra menneskerettigheter i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. For bestemmelser i Grunnloven som ikke kan henregnes til menneskerettighetene, vil den ulovfestede lære om konstitusjonell nødrett fortsatt gjelde. Og for menneskerettighetene i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene må konvensjonenes egne derogasjonsbestemmelser komme til anvendelse, så fremt konvensjonene har slike bestemmelser. For øvrig gjelder den alminnelige folkeretten for tolkningen av når det kan derogeres fra de internasjonale menneskerettighetene.

Videre oppstiller samtlige av alternativene materielle krav til når derogasjon kan finne sted. Det må for det første foreligge en «krigs- eller krisetilstand». Alternativt kunne det stått «nødstilstand» eller «offentlig nødstilstand», men krigs- eller krisetilstand gir trolig en bedre beskrivelse av hvilke situasjoner det siktes til, jf. punkt 16.2 foran.

Det er videre lagt opp til at denne krigs- eller krisetilstanden må true «demokratiet, rettsstaten eller Rikets eksistens». Formuleringen er inspirert av forslag til ny § 2 i Grunnloven, der det heter at formålet med Grunnloven er å sikre «demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene». I tillegg er formuleringen inspirert av derogasjonsbestemmelsene i EMK artikkel 15 og SP artikkel 4, der det heter at nødstilstanden må true «nasjonens liv». EMD har forstått dette uttrykket dit hen at det også omfatter trusler mot organiseringen av samfunnet. Som regel vil trusler mot organiseringen av samfunnet også utgjøre trusler mot demokratiet og rettsstaten, selv om trusselen i første omgang kan være rettet mot for eksempel media og kommunikasjon.

Samtidig ligger det i formuleringen at unntak fra menneskerettighetene kun kan finne sted dersom krigs- eller krisetilstanden gjør det «åpenbart nødvendig» å fravike menneskerettighetene for å sikre demokratiet, rettsstaten og rikets eksistens. Uttrykket «åpenbart nødvendig» legger opp til at det må foretas en streng vurdering av hvorvidt tiltakene som iverksettes, er nødvendige. Det må med andre ord foretas en avveining av forholdsmessighet, der tiltakene ikke kan strekke seg lenger enn det som er «åpenbart nødvendig». Det kan for eksempel neppe tenkes situasjoner som berettiger at det gjøres unntak fra samtlige rettigheter en bloc. Normalt vil det være tale om å gjøre enkelte modifikasjoner i noen få rettigheter.

Videre er det et viktig krav at tiltakene skal være av «midlertidig» karakter. Enhver permanent ordning, uten at man benytter formreglene i endringsbestemmelsen i Grunnloven § 112, må være å anse som en ugyldig beslutning, et illegitimt statskupp eller en

revolusjon. Med dette menes likevel ikke at derogasjonsbeslutningen må oppstille en bestemt dato for opphør idet beslutningen treffes, men det må i beslutningen gis klare indikasjoner på hvor lenge derogasjonen vil stå ved lag, for eksempel ved å gi uttrykk for at beslutningen om å fravike de enkelte rettigheter vil vare inntil krisesituasjonen begynner å avta, og det ikke lenger er åpenbart nødvendig å opprettholde unntakene.

Til sist kan pekes på at krigs- eller krisetilstanden og unntakene fra menneskerettighetene må bekjentgjøres for allmennheten. I dette ligger ikke at man må forvise seg om at alle har fått med seg nyheten, men – ut i fra den aktuelle situasjon – må det søkes etter formidlingsmåter som gjør at flest mulig kan få nyheten med seg. Dette kan være informasjon gjennom TV, radio, aviser, flyveblader, Internett, sms mv.

En litt annen formulering av en mulig derogasjonsbestemmelse, men med samme meningsinnhold, kan være:

«Statens myndigheter kan treffe beslutning om midlertidig unntak fra menneskerettighetene dersom kunngjort nødstilstand gjør det strengt nødvendig for å sikre demokratiet, rettsstaten eller nasjonens liv.»

Etter å ha vurdert de ulike alternativene har utvalget falt ned på at det andre alternativet best får frem hva som menes med derogasjon fra menneskerettighetene i Grunnloven og hvilke vilkår som må være oppfylt for at slik derogasjon kan finne sted. Alternativet lyder som følger:

«Rettighetene i denne grunnlov kan ikke fravikes, med mindre det treffes beslutning om midlertidige unntak når en bekjentgjort krigs- eller krisetilstand gjør det åpenbart nødvendig for å sikre demokratiet, rettsstaten eller rikets eksistens.»

Gjennom den negative formuleringen av adgangen til å derogere tydeliggjør alternativet at unntak fra rettighetene i utgangspunktet ikke skal finne sted. Formuleringen reduserer dermed ulempen ved å skrive inn derogasjonsadgangen i Grunnloven, nemlig at man står i fare for at derogasjon på et vis «normaliseres». Terskelen for derogasjon skal være meget høy, og tragiske hendelser og stressituasjoner skal aldri være tilstrekkelig grunn til å fravike rettighetene. For disse situasjonene gjelder de alminnelige regler om ordinære og konkrete begrensninger i rettighetene av hensyn til andres rettigheter og av hensyn til viktige samfunnsinteresser, jf. kapittel 13.

16.5.3 HVILKE RETTIGHETER KAN ALDRI FRAVIKES?

I likhet med EMK artikkel 15 og SP artikkel 4 bør det også for norske forhold slås fast at enkelte rettigheter er av en slik karakter at de aldri kan fravikes.

Dette har sammenheng med at unntak fra enkelte bestemmelser vil representere et så fundamentalt angrep på menneskeverdet og rettsstaten at ingen situasjoner kan berettiggjøre at det besluttes å gjøre unntak fra disse rettighetene.

Det bør derfor tas inn et tillegg til derogasjonsadgangen, der det presiseres hvilke bestemmelser i Grunnloven som aldri kan fravikes, for eksempel gjennom et annet ledd, slik:

«Rettighetene i denne grunnlov kan ikke fravikes, med mindre det treffes beslutning om midlertidige unntak når en bekjentgjort krigs- eller krisetilstand gjør det åpenbart nødvendig for å sikre demokratiet, rettsstaten eller rikets eksistens.

Det kan i intet tilfelle treffes beslutning om å fravike §§»

Hvilke paragrafer som ikke kan fravikes, vil i første omgang avhenge av hvilken nummerering de ulike rettighetene får i en eventuell ny del E om menneskerettigheter i Grunnloven. Dernest vil det avhenge av hvilke konkrete rettigheter man ønsker å skjermes mot fremtidig derogasjon.

Tas det utgangspunkt i EMK artikkel 15 og SP artikkel 4, ser man at den første av de rettigheter det ikke kan derogeres fra, er retten til liv. Den eneste situasjonen hvor det kan tas liv i henhold til EMK artikkel 15, er gjennom lovlige krigshandlinger. Dødsstraff er for alle tilfeller forbudt i henhold til EMK tilleggsprotokoll 13, som også er ratifisert av Norge. I kapittel 19 vil utvalget foreslå grunnlovsfesting av retten til liv i § 93 første ledd. Utvalget finner det på denne bakgrunn naturlig at en derogasjonsbestemmelse i Grunnloven understreker at det ikke kan derogeres fra retten til liv. Modifiseringen om at det som ledd i en krigshandling kan tas liv på lovlig vis, vil måtte innfortolkes i bestemmelsen. Dette ligger på mange måter i kortene, all den tid det normalt vil være en krigstilstand som gjør det nødvendig med derogasjon. At det kan være adgang til å ta liv som ledd i lovlige krigshandlinger, følger også av de internasjonale konvensjonene. Grunnloven vil derfor i denne sammenheng måtte tolkes i lys av internasjonale konvensjoner, samt i lys av krigens folkerett.

Dernest forbyr EMK og SP derogasjon fra forbudet mot tortur og annen umenneskelig behandling. I kapittel 20 foreslår utvalget grunnlovsfesting av et generelt forbud mot tortur og annen umenneskelig behandling i § 93 annet ledd. Utvalget finner at et tilsvarende derogasjonsforbud bør gjelde også i Grunnloven for forbudet mot tortur og annen umenneskelig behandling.

Heller ikke kan det derogeres fra forbudet mot slaveri i henhold til EMK artikkel 15 og SP artikkel 4. I kapittel 21 foreslår utvalget å grunnlovsfeste forbud mot slaveri og tvangsarbeid i § 93 tredje ledd. Utvalget finner at et tilsvarende derogasjonsforbud

bør gjelde også i Grunnloven for forbudet mot slaveri. Hva gjelder tvangsarbeid, er det åpenbart at verneplikt til forsvar av landet må kunne pålegges den enkelte i henhold til Grunnloven § 109. Samtidig må de reservasjoner som gjelder for forståelsen av hva som menes med tvangsarbeid etter EMK artikkel 4 nr. 2 og nr. 3, også tas i betraktning ved tolkningen av tvangsarbeid i Grunnloven, jf. kapittel 21.

Videre forbyr EMK og SP derogasjon fra lovskravet i strafferetten og tilbakevirkningsforbudet i strafferetten. Utvalget foreslår å videreføre dagens bestemmelse om lovskravet i strafferetten i § 96 første ledd, jf. kapittel 24. Etter utvalgets oppfatning bør det ikke være adgang til å derogere fra lovskravet i strafferetten. Det bør heller ikke være adgang til å derogere fra kravet om dom for å straffe, uskyldspresumsjonen eller forbudet mot dobbeltstraff, alt foreslått inntatt i Grunnloven § 96. Det bør derfor inntas et generelt forbud mot å derogere fra forslaget til ny Grunnloven § 96.

Utvalget foreslår også å videreføre dagens generelle tilbakevirkningsforbud i § 97, jf. kapittel 25. I likhet med derogasjonsbestemmelsene i EMK og SP finner utvalget at det heller ikke bør være adgang til å derogere fra tilbakevirkningsforbudet på strafferettens område. Det gjelder i første rekke de forhold som nyter et sterkt vern etter § 97, som de tilfeller der lovgiver vedtar straffeansvar for handlingen etter at den ble begått, eller det etableres et annet straffeansvar enn det som eksisterte på handlingstidspunktet, eller den øvre strafferammen for handlingen heves etter at handlingen ble begått. Utvalget ønsker å presisere at utenfor disse tilfellene vil den generelle *begrensningshjemmelen* kunne åpne for inngrep i forbudet mot tilbakevirkende lover etter en nærmere helhetsvurdering. Det vil typisk være ved spørsmål om straff at den generelle begrensningshjemmelen ikke strekker til. For disse forholdene vil det heller ikke være adgang til å derogere fra § 97. Under krigs- eller krisetilstander vil imidlertid den generelle begrensningshjemmelen i stor utstrekning kunne åpne for tilbakevirkende lover utenfor strafferettens område. Her vil § 97 fortsatt måtte være gjenstand for fortolkning og avveining av ulike hensyn.

I henhold til SP artikkel 4 nr. 2 er det heller ikke adgang til å derogere fra forbud mot gjeldsfengsel. Utvalget foreslår ingen spesifikk bestemmelse om forbud mot gjeldsfengsel i Grunnloven. Utvalget foreslår å bygge ut bestemmelsene i dagens § 99 til å gjelde krav om lovhjemmel og forbud mot vilkårlighet for frihetsberøvelse generelt og innta dette i en ny § 94, jf. kapittel 22. Utvalget finner at i særlige tilfeller, under krig eller nasjonale kriser, bør det ikke eksistere et absolutt derogasjonsforbud fra kravet om lovlig og ikke-vilkårlig frihetsberøvelse. Det bør derfor ikke stenges for adgangen til å derogere fra for-

slag til ny Grunnloven § 94. Utvalget vil imidlertid presisere at unntak fra forslag til ny § 94 bare vil kunne skje under særdeles vanskelige situasjoner for landet, og da i svært begrenset utstrekning.

SP artikkel 4 nr. 2 inneholder også et forbud mot derogasjon fra retten til å være rettssubjekt. Utvalget foreslår ikke en egen bestemmelse i Grunnloven der den enkelte har krav på å bli anerkjent som eget rettssubjekt, men dette vil følge implisitt av utvalgets forslag til ny § 93. I henhold til dette forslaget vil alle ha rett til liv, og det vil foreligge forbud mot slaveri og tvangsarbeid. Av dette følger implisitt at den enkelte må anerkjennes som rettssubjekt. Utvalget finner derfor at den enkeltes rett til å bli anerkjent som rettssubjekt særlig er fanget opp av forslag til § 93 og forbudet mot å derogere fra denne bestemmelsen.

Til sist inneholder SP artikkel 4 nr. 2 et forbud mot å derogere fra tanke-, samvittighets- og religionsfrihet. Bestemmelsen slår fast den enkeltes menneskeverd og respekten for at den enkelte individ har sine egne tanker, sin samvittighet og sin tro. Et derogasjonsforbud på dette området er en anerkjennelse av at statens myndigheter eller private personer normalt ikke er i stand til å styre andres tanker de facto, men bestemmelsen forbyr også *forsøk* på å styre andres tanker gjennom hjernevask eller lignende. Utvalget finner at den enkeltes tanke-, samvittighets- og religionsfrihet må være absolutt, i den forstand at det heller ikke kan derogeres fra denne friheten. Utvalget foreslår derfor at det ikke kan derogeres fra forslag til ny § 99 første punktum om frihet for tanke, samvittighet, religion og livsanskuelse, jf. kapittel 27.

Det er ingen tvil om at utøvelse av livssyn må respektere andres menneskerettigheter, og heller ikke utgjøre en trussel mot rikets sikkerhet. Det kan derfor gjøres alminnelige begrensninger i retten til å *utøve eller praktisere* tanke-, samvittighets- og religionsfriheten, gjennom en generell begrensningshjemmel. Utvalget finner at det også må kunne derogeres fra retten til å praktisere tanke-, samvittighets- og religionsfrihet dersom vilkårene for derogasjon for øvrig er oppfylt.

På denne bakgrunn finner utvalget at det ikke kan derogeres fra utvalgets forslag til §§ 93, 96, 99 første punktum, samt § 97 ved spørsmål om straff. Dette vil ikke endre dagens rettstilstand, og det vil heller ikke komme i konflikt med dagens beredskapslov. Dette kan formuleres på følgende vis:

«Det kan i intet tilfelle treffes beslutning om å fravike §§ 93, 96 og 99 første punktum. Tilsvarende gjelder for § 97 ved spørsmål om straff.»

16.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at ny Grunnloven § 116 skal lyde:

«Rettighetene i denne Grundlov kunne ikke fraviges, medmindre der træffes Beslutning om midlertidige Undtagelser naar en bekjendtgjort Krigs- eller Krisetilstand gjør det aabenbart nødvendigt for at sikre Demokratiet, Retsstaten eller Rigets Existens.

Der kan i intet Tilfælde træffes Beslutning om at fravige §§ 93, 96 og 99 første Punktum. Tilsvarende gjælder for § 97 ved Spørgsmaal om Straf.»

Se for øvrig særmerknad fra utvalgets medlem Carl I. Hagen, jf. punkt 11.4.2.

17. Menneskerettighetenes plassering i Grunnloven

17.1 To modeller for plassering av menneskerettighetene

I hovedsak er det to mulige modeller for plassering av nye menneskerettighetsbestemmelser i Grunnloven.

Modell 1 innebærer at de nye bestemmelsene skrives inn mellom de allerede eksisterende bestemmelser i Grunnloven del E Almindelige Bestemmelser. Dette betinger at man slår sammen enkelte bestemmelser, og at man utvider § 110-serien til å omfatte også en ny § 110d, § 110e og § 110f.

Modell 2 innebærer at man flytter de paragrafene i Grunnloven del E som ikke omhandler menneskerettigheter, til en ny del F under overskriften Almindelige Bestemmelser. Del E kan da forbeholdes menneskerettighetene, for eksempel under overskriften Menneskerettighetene. Da vil man kunne plassere etter hverandre de rettighetene som oftest må leses i sammenheng.

Av disse to modellene foretrekker utvalget modell 2. I dag står rettighetsbestemmelsene i Grunnloven innimellom øvrige bestemmelser, som bl.a. Norges tilslutning til internasjonale organisasjoner, flagget, verneplikt og vilkår for endring av Grunnloven. Dette fremstår som uryddig, og moderne konstitusjoner har gjerne egne kapitler som omhandler menneskerettigheter. En klar fordel med modell 2 er derfor at det vil komme tydelig frem hvilke bestemmelser som utgjør menneskerettigheter. Modell 2 vil dermed være klargjørende og samtidig gjøre menneskerettighetsbestemmelsene lettere tilgjengelig. I tillegg vil bestemmelsene kunne utformes uten at de må skytes inn mellom andre typer bestemmelser, og uten at man må utvide § 110-serien.

Fordelen med modell 1 er at flere av de kjente paragrafnumrene vil kunne videreføres enn om man velger modell 2. For i størst mulig grad å bøte på denne ulempen ved modell 2 har utvalget valgt å beholde de mest kjente paragrafene også innenfor modell 2. Dette gjelder § 96 første punktum (lovskravet i strafferetten), § 97 (forbud mot tilbakevirkende lover), § 100 (ytringsfrihet), § 105 (ekspropriasjons-

erstatningsvern) og § 110 (rett til utkomme av arbeid).

Derimot vil et par andre kjente paragrafer, som § 112 (endringer i Grunnloven) og § 93 (tilslutning til internasjonale organisasjoner), få nytt paragrafnummer. Utvalget ser dette som en mindre ulempe sammenliknet med den fordelene man får ved å samle menneskerettighetsbestemmelsene i en egen menneskerettighetsdel i Grunnloven. I den forbindelse kan også nevnes at § 112 ble vedtatt som § 110 i 1814, og at paragrafnummereringen ble endret for senere tilpasning til unionen med Sverige. Går man tilbake til forarbeidene til dagens § 112, må man derfor uansett finne frem til et annet paragrafnummer.

Utvalgets forslag til paragrafnummerering vil kunne leses både i de fortløpende kapitlene om de enkelte rettighetene i del IV og i forslag til votering i del VI.

17.2 Nærmere om Modell 2

17.2.1 BESTEMMELSER SOM BØR FLYTTES FRA GRUNNLOVEN DEL E TIL NY DEL F

Utvalget foreslår at det opprettes en ny del F i Grunnloven som får tittelen Almindelige Bestemmelser, samtidig som del E videreføres under tittelen Menneskerettighetene. De bestemmelser som ikke omhandler menneskerettigheter, og som nå står i del E, bør derfor flyttes til ny del F. Dette vil gjøre det mulig å samle både nye og eldre menneskerettighetsbestemmelser i en ny del E.

For å gjennomføre en ny del E om Menneskerettighetene og en ny del F med Almindelige Bestemmelser må de bestemmelsene som ikke omhandler menneskerettigheter i den nåværende del E, flyttes til ny del F. Bestemmelsene som skal flyttes til del F, må først oppheves og deretter vedtas med nytt paragrafnummer. Dette vil verken være tidkrevende eller endre det materielle innholdet i de bestemmelsene som flyttes.

Det er heller ikke mange bestemmelser det vil være tale om å flytte. De grunnlovsbestemmelser som ikke hører naturlig hjemme i en oppdatert fremstilling av menneskerettighetene i del E, er følgende:

- embeter i staten (§ 92)
- tiltredelse til internasjonale organisasjoner (§ 93)
- sivillovbok (§ 94)
- geistlighetens gods (§ 106)
- odels- og åsetesrett (§ 107)
- adelsforbud (§ 108)
- verneplikt (§ 109)
- regler om flagget (§ 111)
- endringer av Grunnloven (§ 112).

I rapportens del VI vil utvalget foreslå at disse bestemmelsene oppheves og deretter vedtas med nytt

paragrafnummer under en ny Grunnloven del F. I denne delen av rapporten vil samtlige forslag fremsettes både i dagens grunnlovsspråk og i en alminnelig språkform. Dette har sammenheng med at det er fremsatt forslag til fornyelse av Grunnlovens språk i Dokument nr. 12 (2007-2008), grunnlovsforslag nr. 16. Dette forslaget skal det voteres over i inneværende stortingsperiode. Utvalgets voteringsforslag i rapportens del VI er derfor tilpasset både det tilfellet at fornyelse av Grunnlovens språkform blir vedtatt, og det tilfellet at fornyelsen ikke blir vedtatt. Utvalget har lagt til grunn den fornyelsen av språket som følger av grunnlovsforslag nr. 16.

Et annet spørsmål er om noen av disse bestemmelsene bør oppheves med endelig virkning, fordi de mangler relevans i dagens samfunn. Utvalget har sett nærmere på om Grunnloven §§ 94, 107 og 108 overhodet bør videreføres i en ny del F i Grunnloven. De øvrige bestemmelsene vil utvalget ikke vurdere nærmere, fordi disse bestemmelsene faller helt utenfor utvalgets mandat. Dette er bestemmelser som i stedet foreslås videreført i uendret form i ny del F.

17.2.2 SÆRLIG OM GRUNNLOVEN § 94

Grunnloven § 94 er en overgangsbestemmelse som først og fremst gir uttrykk for at lov- og skattevedtak truffet forut for 17. mai 1814 fortsatt er gyldige i og med vedtakelsen av Grunnloven. Bestemmelsen har stått uendret siden 1814, og lyder som følger:

«En ny almindelig civil og kriminal Lovbog skal foranstaltes udgivet paa første eller, om dette ikke er muligt, paa andet ordentlige Storthing. Imidlertid blive Statens nu gjældende Love i Kraft, forsaavidt de ei stride imod denne Grundlov eller de provisoriske Anordninger, som imidlertid maatte udgives.

De nuværende permanente Skatter vedblive ligeledes til næste Storthing.»

Bestemmelsens første ledd første punktum tar sikte på at det skal utarbeides en ny lovbok så snart som mulig etter 1814. I første ledd annet punktum fastslås at lovgivning gitt forut for 17. mai 1814 er gyldig, med mindre lovene strider mot Grunnloven eller mot provisoriske anordninger. I annet ledd understrekes det at skattebeslutninger truffet forut for 17. mai 1814 er gyldige frem til det neste Storting trer sammen etter 17. mai 1814.

I dag må første ledd første punktum og annet ledd utvilsomt kunne sies å ha utelukkende historisk interesse. I disse setningene er det bare situasjonen like etter vedtakelsen av Grunnloven som reguleres. En egen «kriminallovbok» kom først med kriminalloven av 1848, siden erstattet av straffeloven av 1902. Tanken om å få vedtatt en egen «sivillovbok» til regulering av den sivile retten synes nå å være oppgitt. Det vil derfor ikke medføre noen realitetsendring, verken

symbolsk, politisk eller rettslig, om disse delene av Grunnloven § 94 oppheves.

Første ledd annet punktum kan til dels sies å ha en viss betydning utover den historiske interesse. Dette har sammenheng med at det fortsatt er spredte enkeltbestemmelser fra tiden forut for 1814 som har gyldighet i Norge i dag. Dette gjelder bl.a. deler av Kong Christian V Norske Lov av 1687 og Lappekodisillen fra 1751. For disse bestemmelsene slår § 94 første ledd annet punktum fast at de er gyldige inntil de eventuelt oppheves, men at de må vike for senere vedtatte provisoriske anordninger. På dette punkt skiller § 94 seg fra § 17, der det heter at provisoriske anordninger ikke kan stride mot lovene. Dette må da forstås som lover gitt etter 1814.

At lovene forut for 1814 for å være gyldige ikke kunne stride mot Grunnloven, var kanskje ikke innlysende da § 94 ble vedtatt i 1814, særlig tatt i betraktning at disse lovene ikke var gitt i henhold til Grunnloven §§ 76 flg. I dag må dette imidlertid sies å være åpenbart. Det foreligger en snart to hundre år lang praksis for at lovene forut for 1814 er gyldige inntil de oppheves, og at ingen lovgivning kan stride mot Grunnloven. Det ligger i vårt konstitusjonelle system at Grunnloven er den høyeste rettskilde, og det er innlysende at det ikke kan gjøres unntak for lover gitt før 1814.

Tilsvarende må gjelde i relasjon til forholdet mellom lovene gitt forut for 1814 og provisoriske anordninger. En opphevelse av § 94 første ledd annet punktum vil på ingen måte medføre at lover gitt forut for 1814 vil gå foran dagens provisoriske anordninger. Ikke bare vil det foreligge en to hundre år gammel tradisjon for at disse lovene må vike for provisoriske anordninger, men det vil også følge indirekte av Grunnloven § 17. Denne bestemmelsen gir klart uttrykk for at provisoriske anordninger ikke må stride mot lover gitt av Stortinget i henhold til Grunnloven § 76 flg. Paragraf 94 skal således forstås antitetisk hva gjelder lover som ikke er gitt i henhold til Grunnloven § 76 flg., slik at provisoriske anordninger ved motstrid vil gå foran lovene før 1814.

Grunnloven § 17 ble på dette punkt endret ved lovendring av 20. februar 2007, med ikrafttredelse 1. oktober 2009. Ved denne endringen var hovedsaken at Lagtinget og Odelstinget ble opphevet, men samtidig ble det foretatt en presisering i § 17 der § 76 ble tilføyet.¹³⁵ Dette gjør at det i dag fremkommer ganske tydelig at det bare er lover som er gitt i henhold til §§ 76 flg., som vil gå foran provisoriske anordninger. Lover gitt forut for 1814 må således vike for de provisoriske anordninger.

Det kan i tillegg vises til at det bare er svært få lovbestemmelser som fortsatt gjenstår fra den såkalte

dansketiden. Det synes derfor unødvendig å opprettholde en egen grunnlovsbestemmelse i § 94 for å sikre at dagens provisoriske anordninger skal gå foran lovgivning gitt før 1814, særlig når dette etter 2009 følger av en antitetisk fortolkning av Grunnloven § 17.

Grunnloven § 94 har vært foreslått opphevet flere ganger tidligere, men dette har ikke fått gjennomslag. Begrunnelsen har vært at dette ville skape «uklarhet i rettskildesystemet». Med presiseringen i § 17 med virkning fra 1. oktober 2009 skulle det være mindre grunn til at slik uklarhet vil oppstå. Gjennom dagens § 17 skulle det være en sikker forståelse, både basert på ordlyd og praksis i årene etter 1814, at lover gitt forut for 1814 ikke vil ha gjennomslag overfor provisoriske anordninger dersom det foreligger motstrid. Det vil derfor ikke ha noen rettslig betydning om hele Grunnloven § 94 oppheves.

Utvalget foreslår derfor at § 94 oppheves.

17.2.3 SÆRLIG OM GRUNNLOVEN § 107

Grunnloven § 107 fastslår at odels- og åsetesretten ikke kan oppheves. Bestemmelsen har stått uendret siden 1814 og lyder som følger:

«Odels- og Aasædesretten maa ikke ophæves. De nærmere Betingelser, hvorunder den, til største Nytte for Staten og Gavn for Landalmuen, skal vedblive, fastsættes af det første eller andet følgende Storting.»

Bestemmelsen slår fast at lovgiver ikke har kompetanse til å oppheve odels- og åsetesretten med mindre dette gjøres i grunnlovs form. Det er imidlertid ingenting i veien for at Stortinget gjennom formell lov regulerer det nærmere innhold i odels- og åsetesretten, jf. også bestemmelsens annet punktum. Bestemmelsen har heller ikke blitt forstått slik at den er til hinder for at staten frigjør eiendommer fra odel.

Odelslovutvalget, som avga sin innstilling i NOU 2003:26, har i korte trekk kommentert odels- og åsetesrettens forhold til Grunnloven. Odelslovutvalget slo fast at en eventuell opphevelse eller endring av odelsretten, i både Grunnloven og formell lov, ikke bør få virkning for «de erverv som er gjennomført»,¹³⁶ og heller ikke der det foreligger en aktuell løsningsrett.¹³⁷ Dette er en slutning som på odelsrettens område vil være overensstemmende med tilbakevirkningspraksis i Høyesterett etter Grunnloven § 97. Odelslovutvalgets flertall gikk imidlertid inn for å bevare odelsretten, og det ble heller ikke frem satt forslag om å oppheve Grunnloven § 107.¹³⁸

^{136.} Se NOU 2003: 26 Om odels- og åsetesretten, kapittel 9.

^{137.} Se NOU 2003: 26 Om odels- og åsetesretten, punkt 4.7.

^{138.} Se NOU 2003: 26 Om odels- og åsetesretten, punkt 12.5.

^{135.} Se Innst.S. nr. 100 (2006-2007).

Grunnloven § 107 verner enkelte personer mot raske omveltninger i landbruket, ved at landbruks-eiendommer bevares i familien. Slik bærer bestemmelsen preg av å være en særlig regulering av et eidsrettsvern, jf. for eksempel EMK P1-1. Bestemmelsen går i så måte lengre enn Grunnloven § 105, som utelukkende gir rett til full erstatning ved tvangsavståelse av eiendom.

Til tross for at bestemmelsen har enkelte tilknytningspunkter til EMK P1-1 og Grunnloven § 105, finner utvalget at § 107 i Grunnloven ikke er å anse som en menneskerettighet. Det faller derfor utenfor utvalgets mandat å ta stilling til eventuelle endringer i bestemmelsen. Utvalget legger til grunn at bestemmelsen videreføres i uendret form, men at den flyttes til ny del F i Grunnloven om Alminnelige bestemmelser.

17.2.4 SÆRLIG OM GRUNNLOVEN § 108

Grunnloven § 108 nedlegger forbud mot opprettelse av adel eller lignende ordninger. Bestemmelsen har stått uendret siden 1814, og lyder som følger:

«Ingen Grevskaber, Baronier, Stamhuse og Fideikommisser, maa for Eftertiden oprettes.»

Forbudet mot adel innebærer verken plikter eller rettigheter for enkeltindividene. Selv om bestemmelsen i noen grad slår fast prinsippet om likhet for loven, kan denne særskilte utformingen av dette prinsippet ikke henregnes til menneskerettighetene. Det faller derfor utenfor utvalgets mandat å vurdere det nærmere innhold og den nærmere utformingen av denne bestemmelsen. Utvalget legger derfor til grunn at bestemmelsen videreføres i uendret form, men at den flyttes til ny del F i Grunnloven om Alminnelige bestemmelser.

17.3 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at Grunnloven § 94 oppheves, og at Grunnloven §§ 92, 93, 106, 107, 108, 109, 111 og 112 flyttes til ny del F.

Del IV Sentrale menneskerettigheter

18. Innledning

18.1 Oversikt

I denne delen vil utvalget se nærmere på rettigheter som kan karakteriseres som sentrale eller allmenngyldige, jf. den nærmere redegjørelsen i punkt 11.3. Rettighetene vil bli presentert i den samme rekkefølgen som utvalgets forslag til paragrafnummerring av bestemmelsene.

For samtlige rettigheter vil utvalget først gi en redegjørelse for rettstilstanden på området, herunder

rettighetens vern i Grunnloven, i ordinær lovgivning og i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. Derneft vil det gis et kort innblikk i rettighetsvernet i andre lands konstitusjoner, først og fremst de nordiske land. Videre vil utvalget gi en vurdering av om rettigheten bør grunnlovsfestes, og eventuelt hvilken utforming en slik rettighet kan ha i Grunnloven. Til sist vil utvalget eventuelt fremsette et konkret forslag til grunnlovsendring.

I utvalgets mandat heter det at forslag til nye bestemmelser skal ta utgangspunkt i norsk grunnlovstradisjon, samt at dagens grunnlov skal være retningsgivende med hensyn til tekstens omfang, utforming, struktur og inndeling. Av dette følger at det ikke kan være aktuelt å foreslå lange og detaljerte bestemmelser. Utvalget har derfor lagt opp til at nye bestemmelser må være knappe, men likevel mest mulig presise.

I det følgende vil gjennomgangen vise at noen rettigheter vil måtte skrives inn i Grunnloven for første gang, mens andre rettigheter helt eller delvis er vernet gjennom dagens grunnlov. Til dette vil utvalget knytte noen innledende kommentarer i punkt 18.2 og punkt 18.3.

18.2 Nye grunnlovsbestemmelser

På bakgrunn av utvalgets mandat må det for det første vurderes om det skal inntas nye rettighetsbestemmelser i Grunnloven. Det er særlig to hovedspørsmål som gjør seg gjeldende ved denne vurderingen:

Det første hovedspørsmålet er om rettigheten er av en så sentral karakter at den bør inntas i Grunnloven. For dette spørsmålet vises det til den generelle vurderingen av hva utvalget forstår ved sentrale og allmenngyldige menneskerettigheter, jf. kapittel 11. I tillegg til denne generelle vurderingen vil utvalget i forbindelse med behandlingen av den enkelte rettighet konkret vurdere om dette er en rettighet som naturlig hører hjemme i Grunnloven.

Det andre hovedspørsmålet er hvordan en eventuell ny rettighetsbestemmelse bør utformes. Utformingen av rettighetene kan få betydning på flere måter: I første rekke har utformingen selvsagt betydning for hva som er vernet, men utformingen har også betydning for hvem som er vernet, hvem som har plikter, og hvordan rettighetene kan håndheves. Formuleringen kan også få betydning for domstolenes adgang til å prøve om lover og forvaltningsvedtak er vedtatt i strid med denne rettigheten.

Utvalget vil på generelt grunnlag anbefale at rettighetsbestemmelser i Grunnloven utformes slik at det fremgår hvem som er rettighetssubjekt. Aktuelle uttrykk ved formulering av grunnlovsrettigheter kan derfor være uttrykk som «alle», «enhver», «hver og en», eller «alle og enhver». I den finske og den sven-

ske grunnloven brukes for eksempel formen «var och en» eller «alla». En fordel med å bruke «alle» og «ingen» er at betegnelsene inngår i alminnelig språkbruk, mens de færreste bruker «enhver». På den annen side kan en grunnlovstekst gjerne være preget av høytid. Dersom et uttrykk er klart og forståelig, er det derfor ikke nødvendigvis noe krav at det inngår i vanlig dagligtale. Ved utformingen av flere av rettighetene, kan «enhver» synes mer presist enn «alle», særlig for å vise at rettigheten tilkommer den enkelte og ikke en gruppe av personer. Utvalget finner derfor at uttrykkene «enhver» eller «ingen» primært bør benyttes i Grunnloven, med mindre det faktisk er tale om rettigheter som må tilkomme flere på samme tid.

18.3 Revidering av eksisterende grunnlovsbestemmelser

For de eksisterende rettighetsbestemmelsene i Grunnloven melder det seg fire hovedspørsmål:

Det ene spørsmålet er om enkelte rettighetsbestemmelser bør oppheves fordi de er foreldet eller ikke lenger har noen betydning, verken rettslig, politisk eller symbolsk. Hensikten med å oppheve slike bestemmelser vil i første omgang være å fjerne de rettighetene som kun har historisk interesse. Grunnloven skal gjenspeile samfunnets verdigrunnlag, og det er lite heldig at bestemmelser uten reell betydning blir stående i Grunnloven. Samtidig vil opphevelse av foreldede bestemmelser kunne rydde plass for en mer oversiktlig og leservennlig fremstilling av rettighetene i Grunnloven.

Det andre hovedspørsmålet er hvorvidt enkelte bestemmelser i Grunnloven bør moderniseres og/eller utfylles. Spørsmålet har sammenheng med at noen av bestemmelsene er ufullstendige eller vanskelige å forstå. En modernisering av disse rettighetene vil gjøre rettighetene lettere tilgjengelig.

Det tredje hovedspørsmålet er om noen av de bestående rettighetene i Grunnloven i stedet bør inkluderes i en mer generelt utformet rettighet. Flere av Grunnlovens rettigheter kan sies å bare være delvis dekkende sammenholdt med for eksempel det internasjonale menneskerettighetsvern. I dag kan det være naturlig å supplere disse rettighetsbestemmelsene og dermed utvide det totale rettighetsvernet i Grunnloven.

Det fjerde hovedspørsmålet er om det bør finne sted en omrokering av de eksisterende bestemmelsene, slik at disse tilpasses nye grunnlovsbestemmelser på en god og forståelig måte. Noen rettigheter vil i større utstrekning enn andre rettigheter inngå i et samspill som det kan være hensiktsmessig å få tydeligere frem, bl.a. gjennom rettighetenes plassering i Grunnloven.

19. Rett til liv og forbud mot dødsstraff

19.1 Innledende bemerkninger

Retten til liv blir ofte fremhevet som den mest grunnleggende av menneskerettighetene, og rettigheten er gitt en fremtredende plass i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene.

I korte trekk innebærer retten til liv en plikt for myndighetene til å *respekt*ere den enkeltes rett til liv, dvs. at myndighetene ikke kan ta liv (med visse unntak, se nedenfor), og til å *beskytte* den enkelte mot at andre tar deres liv. Retten til best mulig helse, trygge arbeidsforhold og sosial sikkerhet kan også leses i sammenheng med retten til liv, jf. kapittel 39.

Spørsmålet i inneværende kapittel er om Grunnloven uttrykkelig bør beskytte retten til liv og samtidig forby dødsstraff. I tillegg reises spørsmålet om hvordan en slik grunnlovsbestemmelse kan utformes.

19.2 Dagens rettsstilstand

Slik rettsstilstanden er i dag, gir Grunnloven ikke et eksplisitt uttrykk for retten til liv eller forbud mot dødsstraff. Men miljøbestemmelsen i Grunnloven § 110b kan indirekte sies å fremme retten til liv. Denne bestemmelsen slår fast at enhver har rett til et miljø som sikrer sunnhet, jf. kapittel 40. Bestemmelsen kan imidlertid ikke forstås slik at den verner om respekten for og beskyttelsen av den enkeltes liv.

I menneskerettsloven inkorporeres retten til liv og forbud mot dødsstraff i Norge, jf. EMK og SP med tilleggsprotokoller. Konvensjonene og protokollene omtales nærmere i punkt 19.4 nedenfor.

I lovgivningen for øvrig beskyttes retten til liv først og fremst gjennom straffelovens bestemmelser om drap og straffeprosesslovens regler om etterforskning og rettsforfølgning av alvorlige forbrytelser. Etter straffeloven 2005 er strafferammen for forsettlig drap fengsel fra 8 inntil 21 år, mens den for uaktsomt drap er fengsel inntil 6 år. Er det tale om folke mord, forbrytelse mot menneskeheten eller krigsforbrytelse, kan fengsel inntil 30 år idømmes, se straffeloven 2005 kapittel 16.

I tillegg finnes en rekke bestemmelser som har til formål å fremme befolkningens liv og helse, blant annet gjennom helse- og sosiallovgivningen, plan- og bygningsloven, arbeidsmiljølovgivningen, miljølovgivningen og straffeloven 2005 kapittel 23 om vern av folkehelsen og det ytre miljø.

Det er samtidig forbudt å idømme dødsstraff. Straffeloven av 22. mai 1902 åpnet ikke for anvendelse av dødsstraff, og hjemlene for å anvende dødsstraff i den militære straffeloven ble opphevet ved lov 8. juni 1979 nr. 43. Den siste henrettelsen i Norge fant sted på Akershus festning i 1948.

19.3 *Grunnlovsforslag som ligger til behandling i Stortinget*

Det er fremsatt forslag om å grunnlovsfeste retten til liv. Grunnlovsforslag nr. 22 (2007–2008) er fremsatt av Åse Gunhild Woie Duesund, Laila Dåvøy, Line Henriette Holten Hjemdal og Dagfinn Høybråten. Forslaget lyder som følger:

«Ny § 95 a skal lyde:

Menneskeværdet skal være ukrænkeligt. Enhver har Ret til Liv og legemlig Integritet fra Undfangelse til naturlig Død.

Enhver borger har Ret til personlig Frihed og Livsudfoldelse inden de Grænser, som følge av Lov og Ret.

Nærmere Bestemmelser om Borgernes Frihed og Ret og deres Retsvern gives ved Lov.»

Forslaget er ennå ikke realitetsbehandlet i Stortinget.

19.4 *Internasjonal menneskerettighetsvern*

19.4.1 BESTEMMELSER OM RETTEN TIL LIV OG FORBUD MOT DØDSSTRAFF

Retten til liv og forbud mot dødsstraff er gjenstand for en omfattende regulering i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Verdenserklæringen artikkel 3 lyder:

«Everyone has the right to life, liberty and security of person.»

I FN er retten til liv først og fremst fulgt opp gjennom SP artikkel 6, der dødsstraff ikke er utelukket, men begrenset. Bestemmelsen lyder:

«1. Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.

2. In countries which have not abolished the death penalty, sentence of death may be imposed only for the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime and not contrary to the provisions of the present Covenant and to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. This penalty can only be carried out pursuant to a final judgement rendered by a competent court.

3. When deprivation of life constitutes the crime of genocide, it is understood that nothing in this article shall authorize any State Party to the present Covenant to derogate in any way from any obligation assumed under the provisions of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

4. Anyone sentenced to death shall have the right to seek pardon or commutation of the sentence. Amnesty, pardon or commutation of the sentence of death may be granted in all cases.

5. Sentence of death shall not be imposed for crimes committed by persons below eighteen years of age and shall not be carried out on pregnant women.

6. Nothing in this article shall be invoked to delay or to prevent the abolition of capital punishment by any State Party to the present Covenant.»

I 1989 ble det vedtatt en frivillig protokoll til SP, der dødsstraff ble forbudt. Norge ratifiserte protokollen i 1991. En adgang til å ta forbehold om anvendelse av dødsstraff i krig for de mest alvorlige forbrytelser av militær art, ble ikke benyttet av Norge. Artikkel 1 i tilleggsprotokoll om dødsstraff lyder:

«1. No one within the jurisdiction of a State Party to the present Protocol shall be executed.

2. Each State Party shall take all necessary measures to abolish the death penalty within its jurisdiction.»

Videre er retten til liv også anerkjent i barnekonvensjonen artikkel 6. Bestemmelsen lyder:

«1. States parties recognize that every child has the inherent right to life.

2. States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child.»

På europeisk plan er Verdenserklæringen artikkel 3 om retten til liv fulgt opp i EMK artikkel 2, som lyder:

«1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

(a) in defence of any person from unlawful violence;

(b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;

(c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.»

Heller ikke EMK forbød opprinnelig dødsstraff. I 1983 ble det vedtatt en tilleggsprotokoll – protokoll 6 – om dødsstraff. Protokollen påla statene å avskaffe dødsstraff, samt la være å idømme eller fullbyrde idømt dødsstraff, jf. protokollens artikkel 1. Protokollen hindret likevel ikke statene i å ha regler om dødsstraff for handlinger begått i krig eller under umiddelbar trussel om krig, jf. artikkel 2. Men i 2002 ble det vedtatt en ny tilleggsprotokoll om dødsstraff – protokoll 13 – som forbød all bruk av dødsstraff, også i eller under umiddelbar trussel om krig. Norge ratifiserte protokoll 13 i 2003, og den ble inkorporert i menneskerettsloven i 2009.

For øvrig ser man at EMK artikkel 2 nærmere spesifiserer de situasjoner hvor noen kan fratras livet uten at det foreligger konvensjonsbrudd. Dette gjel-

der de tilfeller hvor døden følger av maktbruk som ikke går lenger enn absolutt nødvendig for å forsvare en person mot ulovlig vold, hvor det foretas en lovlig pågripelse, eller hvor man hindrer at en person som holdes i lovlig forvaring flykter, eller hvor det lovlig slås ned på opptøyer eller opprør. I tillegg fremkommer det av EMK artikkel 15 nr. 2 at man kan fratras livet som følge av lovlige krigshandlinger. Disse presiseringene av retten til liv er ikke uttrykkelig nevnt i SP artikkel 6, men faller inn under bestemmelsens forbehold om at ingen *vilkårlig* skal berøves livet.

19.4.2 NÆRMERE OM EMDS TOLKNING AV RETT TIL LIV

19.4.2.1 *Livets begynnelse*

I saken *Vo v. Frankrike* ble EMD stilt overfor spørsmålet om retten til liv inntreer før et barn er født. Saken gjaldt en sykehustabbe som kostet et seks måneder gammelt foster livet. EMD avsa dom i storkammer 8. juli 2004. Her ga flertallet uttrykk for at det verken er ønskelig eller mulig i dagens Europa å besvare det abstrakte spørsmålet om det ufødte barn er en person i relasjon til EMK artikkel 2, se dommens avsnitt 85. Det er i stedet opp til statene å bestemme når retten til liv inntreffer.

EMK pålegger heller ikke statene å tillate provosert abort. I storkammerets dom 16. desember 2010 i saken *A, B og C v. Irland* uttalte EMD at et forbud mot å få gjennomført abort er et inngrep i morens rett til privatliv etter artikkel 8. Men slike inngrep kan på visse vilkår tillates, jf. artikkel 8 nr. 2. Ved vurderingen av om et forbud mot abort er nødvendig i et demokratisk samfunn, må statene innrømmes en vid skjønnsmargin. Domstolen konkluderte med at det ikke var en krenkelse av konvensjonen at A og B, som ønsket abort på grunn av sin helse og vanskelige livssituasjon, ikke kunne få abort i Irland, men måtte reise til utlandet for å få utført abort. Derimot var det en krenkelse at C, som hadde kreft og fryktet for sitt liv, også måtte reise ut av landet for å få utført abort. EMD la vekt på at den irske grunnloven ga rett til abort i slike tilfeller, men at denne rettigheten ikke var implementert.¹³⁹

19.4.2.2 *Livets avslutning*

I EMDs dom i saken *Pretty v. Storbritannia* av 29. april 2002 ble det slått fast at EMK artikkel 2 ikke kan tolkes slik at den gir individene krav på at noen aktivt bistår med å ta deres liv (aktiv dødshjelp). Saken gjaldt en lam, døende kvinne som ønsket at

ektefellen straffritt skulle kunne hjelpe henne til å dø. En lignende sak er *Haas v. Sveits* av 20. januar 2011, hvor artikkel 8 ble påberopt av en mann som ønsket hjelp til å ta sitt eget liv. Dette førte ikke frem.

EMK artikkel 2 stiller ikke krav om at det skal være forbudt å avslutte behandlingen til en døende person, slik at døden inntreer raskere (passiv døds-hjelp). Hvorvidt bestemmelsen stiller krav om et forbud mot ønsket aktiv dødshjelp, er uklart.¹⁴⁰

19.4.2.3 *Utvvisning og utlevering*

Utvvisning eller utlevering av en person til en stat hvor vedkommende risikerer dødsstraff, vil være i strid med EMK tilleggsprotokoll 6 og tilleggsprotokoll 13 om forbud mot dødsstraff. Det samme gjelder tvungen retur til land hvor det er reell grunn til å tro at vedkommende på annen måte vil bli utsatt for behandling som ville innebære en krenkelse av EMK artikkel 2.

19.4.2.4 *Positive plikter*

EMK artikkel 2 er forstått slik at statene må ha straffelovgivning som beskytter retten til liv, samt sørge for en effektiv håndhevelse av denne lovgivningen. Statene må gjennomføre grundige undersøkelser i tilfeller hvor noen dør som følge av myndighetspersoners maktanvendelse eller i myndighetenes varetekt. Det samme gjelder der det er grunn til å tro at en person har vært utsatt for dødelige skader under mistenkelige omstendigheter, for eksempel ved arbeidsulykker og andre ulykker eller ved mistanke om legemsbeskadigelse. Statene har også plikt til å sørge for at ingen utsettes for unødig risiko, for eksempel fra miner,¹⁴¹ eller på grunn av manglende informasjon ved miljøkatastrofer mv. Videre har staten i visse situasjoner plikt til å beskytte private hvis deres liv er truet av andre private, men bare innenfor det som er mulig og forholdsmessig å kreve av statene.¹⁴²

EMD har vært tilbakeholden med å innfortolke sosiale rettigheter i artikkel 2, men har uttalt at det kan være spørsmål om krenkelse av artikkel 2 dersom en stat utsetter en persons liv for fare ved å nekte vedkommende helseomsorg som den har påtatt seg å gjøre alminnelig tilgjengelig for befolkningen.¹⁴³ Tilsvarende kan det også tenkes at helsefarlig miljø og forurensning kan true retten til liv.

^{140.} Se Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2009 s. 38-39.

^{141.} Se EMD *Pasa og Erkan Erol v. Tyrkia* (2006).

^{142.} Se for eksempel *Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, 2010 s. 190-199.

^{143.} Se EMD *Niketi v. Polen* (2002).

^{139.} En nærmere redegjørelse for EMDs tolkning av livets begynnelse og slutt, finnes i Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2007 s. 143-148.

19.5 Andre lands konstitusjoner

Retten til liv nyter vern i svært mange konstitusjoner. I Europa er retten til liv bl.a. vernet i konstitusjonene til Finland, Tyskland, Sveits, Østerrike, Irland, Hellas, Polen, Portugal, Ungarn, Slovakia, Tsjekkia og Tyrkia.¹⁴⁴ I tillegg er retten til liv vernet etter EUs *Charter of fundamental rights*.

Den *finske* Grunnlagen 7 § omfatter både retten til liv, personlig frihet og integritet, herunder forbud mot dødsstraff, mens 9 § siste ledd beskytter utlendinger mot utvisning dersom de risikerer dødsstraff mv. De relevante leddene i bestemmelsene lyder:

«7 § Rätten till liv, personlig frihet och integritet

Alla har rätt till liv och till personlig frihet, integritet och trygghet.

Ingen får dömas till döden eller torteras eller utsettas för någon annan behandling som kränker människovärdet.

[...]

9 § Rörelsefrihet

[...]

Rätten för utlänningar att resa in i Finland och att vistas i landet regleras genom lag. En utlänning får inte utvisas, utlämnas eller återsändas, om han eller hon till följd härav riskerar dödsstraff, tortyr eller någon annan behandling som kränker människovärdet.»

Sverige har grunnlovfestet forbudet mot dødsstraff, se Regeringsformen 2. kapittel 4 §, som lyder:

«Dödsstraff får inte förekomma.»

Også den *islandske* grunnloven § 69 annet ledd forbyr dødsstraff. Oversatt til engelsk lyder den:

«Death penalty may never be stipulated by law.»

I tillegg har det islandske grunnlovrådet foreslått å styrke retten til liv i forslag til ny § 7 i grunnloven. Forslaget lyder i engelsk oversettelse:

«All shall inherit the right to life at birth.»

Den *danske* grunnloven har ingen bestemmelse om rett til liv eller forbud mot dødsstraff.

Den *tyske* grunnloven artikkel 2 annet ledd lyder:

«Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.»

I EUs *Charter of fundamental rights* omhandler artikkel 2 retten til liv og forbud mot dødsstraff, mens

artikkel 19 gjelder beskyttelse mot utvisning mv. ved blant annet fare for dødsstraff. Bestemmelsene lyder:

«Article 2 Right to life

1. Everyone has the right to life.

2. No one shall be condemned to the death penalty or executed.

Article 19 Protection in the event of removal, expulsion or extradition

1. Collective expulsions are prohibited.

2. No one may be removed, expelled or extradited to a State where there is a serious risk that he or she would be subjected to the death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment or punishment.»

19.6 Utvalgets vurdering

19.6.1 GRUNNLOVSFESTING AV RETT TIL LIV OG FORBUD MOT DØDSSTRAFF

Livet er den helt grunnleggende verdi, og retten til liv danner utgangspunktet for de øvrige menneskerettighetene. Ideen om at livet skal være vernet, står sterkt i både norsk og europeisk rettskultur. I vår del av verden er det i dag ukontroversielt at det menneskelige liv har krav på beskyttelse, og at alle liv har det samme menneskeverd fra fødsel til død.

Selv om det er enighet om at livet er en grunnleggende verdi som må vernes om og beskyttes, er det politisk uenighet om *når* retten til liv inntreffer. Retten til provosert abort er regulert på forskjellig vis rundt omkring i verden, men de aller fleste europeiske land åpner for selvbestemt abort. Den store variasjonen i regelverket har ledet til at EMD har lagt til grunn at statene har vid skjønnsmargin hva gjelder lovgivning om abort. Det innebærer at det er opp til de folkevalgte å ta stilling til spørsmålet om selvbestemt abort.

Det er utvalgets oppfatning at rett til liv og forbud mot dødsstraff er av en slik grunnleggende menneskerettslig karakter at det vil være både naturlig og viktig å omtale dette i vår høyeste rettskilde. Det vil være av stor symbolsk betydning å synliggjøre i Grunnloven at vi alle har det samme menneskeverdet, den samme retten til liv, og at alle har krav på det samme vern. Et forbud mot dødsstraff vil på samme tid synliggjøre at vi lever i en rettsstat med humane avstraffelsesmetoder. Retten til liv er også inntatt i de fleste moderne konstitusjoner i Europa og i EUs *Charter of fundamental rights*, samtidig som retten til liv står sentralt plassert i Verdenserklæringen og i de internasjonale menneskerettighetskonvensjoner.

Forslag om å grunnlovsfeste rett til liv og forbud mot dødsstraff vil ikke endre dagens rettstilstand. Som redegjort for i punkt 19.4 følger det allerede av menneskerettsloven at den enkelte har rett til liv, og at dødsstraff er forbudt. Grunnlovsfesting av forbudet mot dødsstraff vil legge reelle rettslige bånd på

¹⁴⁴ Se Stortingets utredningsseksjon, Perspektiv 02/06 av Marius Emberland s. 14.

lovgiver og domstoler ved at dødsstraff ikke kan gjeninnføres i Norge uten det nødvendige grunnlovsmessige flertall.¹⁴⁵

Utvalget vil også presisere at grunnlovsfesting av retten til liv ikke vil ha innvirkning på retten til selvbestemt abort i Norge. Dette er et politisk spørsmål som det vil være opp til Stortinget å regulere gjennom ordinær lovgivning.

19.6.2 UTFORMING AV GRUNNLOVSBESTEMMELSE

Det er i prinsippet flere måter å utforme en bestemmelse om rett til liv og forbud mot dødsstraff på. Retten til liv er for eksempel ikke helt ufravikelig. I visse tilfeller anvender politiet og Forsvaret våpen eller makt som fører til at liv går tapt. EMK fastsetter at hvis dette skjer innenfor de rammer som er angitt i artikkel 2 nr. 2, vil retten til liv ikke være krenket. Dette gjelder særlig ved nødverge, rømning av fanger, samt øvrige situasjoner der det er behov for å gjenopprette ro og orden i samfunnet. SP begrenser på sin side forbudet mot å ta liv til de tilfeller der dette skjer «vilkårlig».

Det er utvalgets oppfatning at Grunnloven ikke bør inneholde en lengre oppregning av former for maktanvendelse som ikke krenker retten til liv. En mulighet kunne være å skrive at ingen vilkårlig skal berøves livet. Dette er imidlertid ikke særlig informativt og kan fremstå som en for omfattende, og dermed uheldig modifisering av et grunnleggende prinsipp. Det er i så fall bedre å innfortolke disse naturlige presiseringene i en grunnlovsbestemmelse om retten til liv. Presiseringene vil uansett fremgå av menneskerettsloven, gjennom EMK artikkel 2 nr. 2, og en grunnlovsbestemmelse om rett til liv vil naturlig måtte tolkes i lys av denne bestemmelsen.

Mulige formuleringer av retten til liv kan da være:

«Alle har rett til liv.»

(eller)

«Enhver har rett til liv.»

(eller)

«Ethvert menneske har en iboende rett til liv.»

Av disse alternativene går utvalget inn for den siste formuleringen om at «ethvert menneske har en iboende rett til liv». Formuleringen får frem det rettslige vern om livet og synliggjør samtidig at ethvert menneskeliv har en egenverdi. Dermed ligger noe av begrunnelsen for å verne om livet innbakt i formuleringen av det rettslige vern. Selve betegnelsen «iboende» er ment å samsvare med det engelske «inherent», som man bl.a. finner igjen i Verdenserklæringen artikkel 3 og SP artikkel 6.

Mulige formuleringer av et forbud mot dødsstraff kan være:

«Ingen kan dømmes til døden.»

(eller)

«Dødsstraff kan ikke anvendes.»

Av disse alternativene går utvalget inn for den første formuleringen, der det heter at «ingen kan dømmes til døden». Formuleringen er enkel og lett-fattelig. Etter sin ordlyd setter den i første omgang skranker for den dømmende makt, men den forbyr også lovgiver å vedta lover som kan lede til at domstolene dømmer noen til døden. Tilsvarende vil den utøvende makt, som følge av denne formuleringen leste i sammenheng med formuleringen om retten til liv, ikke lovlig kunne håndheve en dødsdom. Dersom man i stedet velger den andre formuleringen om at «dødsstraff ikke kan anvendes», vil ordlyden bare stenge for gjennomføringen av dødsstraff. Utvalget finner derfor at formuleringen «ingen kan dømmes til døden» vil gi den enkelte et bedre grunnlovsværn enn øvrige formuleringer, men uten at dette endrer dagens rettsstilstand på området.

Retten til liv og forbudet mot dødsstraff bør inn-tas i ny del E om menneskerettigheter i § 93 første ledd. Dette fordi retten til liv er grunnleggende og bør stå tidlig i Grunnlovens menneskerettighetskapittel.

Hvorvidt ny § 93 også bør inneholde et siste ledd der det påligger statens myndigheter å verne om retten til liv, vil bli behandlet i sammenheng med forbudet mot slaveri og tvangsarbeid, se punkt 21.5.2 nedenfor.

19.7 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at ny Grunnloven § 93 første ledd skal lyde:

«Ethvert Menneske har en iboende Ret til Liv. Ingen kan dømmes til Døden.»

20. Frihet fra tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff

20.1 Innledende bemerkninger

Retten til frihet fra tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff regnes blant de helt sentrale menneskerettighetene.

Forbud mot bruk av tortur under avhør av mistenkte er nedfelt i Grunnloven, men forbudet i de internasjonale konvensjonene rekker videre enn dette. Spørsmålet er i hvilken grad grunnlovsværnet

¹⁴⁵. En annen sak er at gjeninnføring av dødsstraff ville være uforenlig med Norges folkerettslige forpliktelser, jf. punkt .

mot tortur og andre alvorlige integritetskrenkninger bør utvides, og i tilfelle hvordan.

20.2 Dagens rettstilstand

Grunnloven § 96 annet punktum lyder som følger:

«Pinligt Forhør maa ikke finde Sted.»

I den juridiske litteratur har det vært antatt at bestemmelsen delvis verner om to sentrale rettslige prinsipper. Det ene er prinsippet om forbud mot tortur, og det andre er prinsippet om forbud mot selvinkriminering.¹⁴⁶ Torturforbudet er imidlertid ikke fullstendig, i og med at bestemmelsen kun verner mot tortur i avhørssituasjoner. Heller ikke selvinkrimineringsforbudet er fullstendig. Med forbud mot selvinkriminering siktes det til at ingen er forpliktet til å tilstå en kriminell handling. I henhold til § 96 annet punktum er ingen forpliktet til å komme med en slik tilståelse under avhør.

Det finnes ingen rettspraksis fra moderne tid knyttet til § 96 annet punktum, og det er derfor uklart hvor langt bestemmelsen går i å verne om disse to prinsippene. Det er imidlertid antatt at bestemmelsen omfatter både fysisk og psykisk tortur i avhør. Med fysisk tortur siktes det til tvang eller annen påføring av smerte. Det har også vært hevdet at det å måtte leve på «vann og brød» vil være i strid med forbudet.

Videre har det vært påpekt at § 96 annet punktum ikke forbyr frihetsberøvelse så lenge den siktede nekter å forklare seg, men at den forbyr frihetsberøvelse i den hensikt å tvinge frem en tilståelse.¹⁴⁷ Grensen mot langvarige avhør kan likevel være vanskelig å trekke. Det har i den forbindelse vært fremhevet at Grunnloven § 96 annet punktum må forstås i lys av EMK artikkel 3.¹⁴⁸

Utenfor Grunnloven finnes bestemmelser mot tortur i menneskerettsloven, herunder SP, barnekonvensjonen og EMK, se nærmere om dette i punkt 20.4.1.

I den ordinære lovgivning for øvrig har straffeloven siden 2004 inneholdt et uttrykkelig forbud mot tortur, se straffeloven 1902 § 117a og straffeloven 2005 §§ 174-175. Den sistnevnte loven bestemmer at straffen for tortur er fengsel inntil 15 år, og inntil 21 år dersom torturen er grov. I straffeloven 2005 § 174 er tortur definert slik:

«... en offentlig tjenestemann som påfører en annen person skade eller alvorlig fysisk eller psykisk smerte,

a) med forsett om å oppnå opplysninger eller en tilståelse,

b) med forsett om å avstraffe, true, eller tvinge noen, eller

c) på grunn av personens religion eller livssyn, hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, homofile orientering, nedsatte funksjonsevne eller kjønn.»

Nærmere regler om avhørssituasjonen er inntatt i påtaleinstruksen § 8-2. Bestemmelsens fjerde ledd flg. lyder:

«Ved avhøringen må tjenestemannen alltid oppføre seg rolig og hensynsfullt. Løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang må ikke brukes. Under avhøret må det ikke forespeiles mistenkte at siktelsens omfang kan påregnes redusert dersom han tilstår eller gir andre viktige opplysninger. Han skal etter omstendighetene gjøres kjent med at en eventuell tilståelse ikke uten videre vil medføre løslatelse.

Det må ikke brukes midler som nedsetter mistenktes bevissthet eller evne til selvbestemmelse. Bli det foretatt avhør av en mistenkt som antas å være påvirket av rusmidler, skal det gis opplysning om dette i rapporten.

Avhørene må ikke ta sikte på å trette ut avhørte. Han må gis anledning til å få sedvanlige måltider og nødvendig hvile.»

For forhold som ikke omfattes av torturbestemmelsen i straffeloven, kan bestemmelsene om tjenestefeil eller misbruk av offentlig myndighet, samt reglene om voldslovbrudd, frihetsberøvelse mv., komme til anvendelse. Disse lovbestemmelsene vil ramme tilfeller av umenneskelig eller nedverdiggende behandling som ikke direkte omfattes av torturforbudet.

20.3 Grunnlovsforslag som ligger til behandling i Stortinget

Det er naturlig å forstå det grunnlovsforslaget som er omtalt i punkt 19.3 slik at det også beskytter rett til frihet fra tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.

20.4 Internasjonalt menneskerettighetsvern

20.4.1 BESTEMMELSER OM FORBUD MOT TORTUR OG ALVORLIGE INTEGRITETSKRENKELSER

Verdenserklæringen artikkel 5 bestemmer at ingen skal utsettes for tortur eller for grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Bestemmelsen lyder:

«No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.»

Verdenserklæringen artikkel 5 er fulgt opp i SP artikkel 7, som i tillegg forbyr å utsette mennesker som ikke har samtykket for medisinske eller vitenskapelige eksperimenter:

^{146.} Se særlig Asbjørn Strandbakken, *Grunnloven § 96*, Jussens Venner 2004 s. 208-209 med videre henvisninger.

^{147.} Se Strandbakken 2004 s. 209

^{148.} Se Strandbakken 2004 s. 210.

«No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his consent to medical or scientific experimentation.»

EMK artikkel 3 er omtrent likelydende, men uten presiseringen om medisinske eksperimenter:

«No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.»

I tillegg er det både i FN og Europarådet vedtatt egne konvensjoner som skal forhindre tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Begge konvensjonene oppretter egne organer til å overvåke statenes praksis med sikte på å forhindre tortur. FNs torturkonvensjon inneholder også materielle regler, blant annet en definisjon av tortur som har dannet mønster for definisjonen i den norske straffeloven. FNs torturkonvensjon inneholder samtidig et forbud mot å utvise eller utlevere personer til stater der de risikerer å bli utsatt for tortur, se artiklene 2 og 3.

Europarådets torturkomité (CPT) har besøkt Norge fem ganger, senest i mai 2011. Under sine besøk til Norge har komiteen særlig vært opptatt av behandlingen av personer holdt i politiets varetekt og behandlingen av personer som venter på utsendelse fra landet. Se for øvrig punkt 5.4.

20.4.2 *Nærmere om EMDs tolkning av forbud mot tortur*

I EMDs praksis er torturbegrepet reservert for de alvorligste overgrepene. Dette er de tilfellene der man bevisst (forsettlig) behandler andre umenneskelig, og hvor dette forårsaker svært alvorlig lidelse.¹⁴⁹ Mindre alvorlige overgrep vil kunne omfattes av forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Det er særlig spørsmålet om det foreligger umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, som vil være av relevans for norske forhold.

Statenes plikt begrenser seg ikke til å sørge for at offentlige tjenestemenn avstår fra å bruke denne typen behandling eller straff. Også de generelle forholdene under for eksempel frihetsberøvelse kan være så dårlige at EMK artikkel 3 anses krenket. Statene må i tillegg sørge for lovgivning og andre tiltak for å beskytte befolkningen mot overgrep fra private personer. Dette innebærer blant annet at statene må tilby beskyttelse til personer mot mishandling eller seksuelle overgrep i nære relasjoner.

Statene kan heller ikke utvise eller utlevere personer til andre land dersom det er tungtveiende grunner til å tro at vedkommende står i fare for å bli utsatt

for behandling som nevnt i EMK artikkel 3, det være seg tortur eller umenneskelig behandling eller straff. Prinsippet ble slått fast i Soeringdommen i 1989, som gjaldt utlevering av en drapsstikt person til USA.¹⁵⁰ Utlevering ble ansett å stride mot artikkel 3 fordi Soering risikerte å bli sittende på «death row» i USA i påvente av fullbyrding av dødsstraff. Tilsvarende kom EMD i Jabaridommen til at utlevering til Iran av en kvinne som var under straffeforfølgning for utroskap, ville være i strid med artikkel 3, fordi hun risikerte å bli straffet med steining.¹⁵¹

Nylig kom EMD også til at det var i strid med EMK artikkel 3 at Belgia hadde sendt en asylsøker tilbake til Hellas. Ved ankomst til Hellas ble asylsøkeren – som hadde kjent identitet – innesperret i et senter for asylsøkere. Forholdene ved senteret var elendige. Etter løslatelse derfra tilbrakte han måneder uten husvære og i ekstrem fattigdom, i strid med gresk lovgivning.¹⁵²

20.5 *Andre lands konstitusjoner*

I den finske grunnloven er torturforbudet tatt inn i 7 §, sammen med retten til liv, forbudet mot dødsstraff og retten til frihet og trygghet. Bestemmelsen lyder:

«Alla har rätt till liv och till personlig frihet, integritet och trygghet.

Ingen får dömas till döden eller torteras eller utsättas för någon annan behandling som kränker människovärdet.

Den personliga integriteten får inte kränkas och ingen får berövas sin frihet godtyckligt eller utan laglig grund. Straff som innefattar frihetsberövande får dömas ut endast av domstol. Lagligheten av andra frihetsberövanden skall kunna underkastas domstolsprövning. Rättigheterna för den som har berövats sin frihet skall tryggas genom lag.»

Her tales det om «tortur eller annen behandling som krenker menneskeverdet». I tillegg heter det at den personlige integriteten ikke skal krenkes.

I Sverige finnes torturforbudet sammen med et forbud mot kroppsstraff i Regeringsformen 2. kapittel 5 §. I tillegg har 6 § forbud mot andre betydelige integritetskrenkelser. Bestemmelsene lyder:

«5 § Var och en är skyddad mot kroppsstraff. Ingen får heller utsättas för tortyr eller för medicinsk påverkan i syfte att framvinga eller hindra yttranden.

6 § Var och en är gentemot det allmänna skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp även i andra fall än som avses i 4 och 5 §§. Var och en är dessutom skyddad mot kroppsvisitation, husrannsakan och liknande intrång samt mot undersökning av brev eller annan förtrolig försändelse och mot hemlig avlyssning eller

^{150.} Se EMD Soering v. Storbritannia (1989).

^{151.} Se EMD Jabari v. Tyrkia (2000).

^{152.} Se EMD M.S.S v. Belgia og Hellas (2011).

^{149.} Se EMD Aksoy v. Tyrkia (1996) avsnitt 63.

opptagning av telefonsamtal eller annet førtrolig meddelende.

Utöver vad som föreskrivs i första stycket är var och en gentemot det allmänna skyddad mot betydande intrång i den personliga integriteten, om det sker utan samtycke och innebär övervakning eller kartläggning av den enskildes personliga förhållanden.»

Den *islandske* grunnloven § 68 første ledd forbyr tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling eller straff. Bestemmelsen er foreslått videreført i ny § 29 sammen med forbud mot dødsstraff. Dagens § 68 lyder i engelsk oversettelse:

«No one may be subjected to torture or any other inhuman or degrading treatment or punishment.»

Den *danske* grunnloven har ingen bestemmelser om tortur eller andre tilsvarende bestemmelser.

EUs *Charter of fundamental rights* artikkel 4 er identisk med EMK artikkel 3. Men i tillegg inneholder charteret en artikkel 3 om rett til integritet, samt en presisering av noen spørsmål på medisins og biologiens område. Artikkel 3 lyder:

«1. Everyone has the right to respect for his or her physical and mental integrity.

2. In the fields of medicine and biology, the following must be respected in particular:

(a) the free and informed consent of the person concerned, according to the procedures laid down by law;

(b) the prohibition of eugenic practices, in particular those aiming at the selection of persons;

(c) the prohibition on making the human body and its parts as such a source of financial gain;

(d) the prohibition of the reproductive cloning of human beings.»

20.6 Utvalgets vurdering

Historisk har tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling vært et utbredt virkemiddel for å få personer til å tilstå straffbare forhold eller røpe andre hemmeligheter. Det er heller ikke ukjent at tortur har vært benyttet som straff, enten for ordinære straffbare forhold eller for å straffe politisk opposisjonelle. Flere steder i verden er slik tortur fortsatt ikke uvanlig.

Frihet fra tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff er nært knyttet sammen med den enkeltes liv og personlige integritet. Et angrep mot kropp eller sjel er alvorlig, og den enkelte bør ha et sterkt vern mot slike angrep. I vårt samfunn skal ikke slike overgrep finne sted.

Etter utvalgets oppfatning er forbudet mot tortur i Grunnloven § 96 annet punktum for snevert. Torturforbudet bør ikke være begrenset til å gjelde bare i avhørssituasjoner. I Grunnloven bør det generelt være forbudt å utsette noen for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. En endring på

dette punkt vil bringe torturforbudet i Grunnloven på linje med forbudet i EMK artikkel 3.

En utvidelse av torturforbudet i Grunnloven vil ikke endre den materielle rettstilstanden på området, all den tid et tilsvarende forbud i dag følger av både menneskerettsloven, straffeloven og straffeprosessloven. Formelt vil endringen innebære at alle sider ved torturforbudet løftes inn i Grunnloven, slik at forbudet bare kan oppheves med to tredjedels flertall i Stortinget.

I forbindelse med en utvidelse av torturforbudet kan det reises spørsmål om forbudet bør favne enda videre enn frihet fra tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. I henhold til EMK kan integritetskrenkelser som ikke omfattes av artikkel 3 likevel være konvensjonsstridige dersom de innebærer et inngrep i privatlivets fred, jf. EMK artikkel 8. Man kunne derfor tenke seg et forbud i Grunnloven som omfatter alle alvorlige integritetskrenkelser. Det er imidlertid slik at forbudet i EMK artikkel 3 mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff er ufravikelig, mens inngrep i privatlivet kan skje dersom dette er nødvendig i et demokratisk samfunn. Dette kan tilsi at det ufravikelige forbudet følger av en egen bestemmelse, mens respekten for privatliv følger av en annen bestemmelse. Se mer om respekten for privatliv i kapittel 31.

Når det gjelder den nærmere utformingen av en torturbestemmelse, er det nærliggende å ta utgangspunkt i formuleringen i EMK artikkel 3, som slår fast at ingen må utsettes for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Dagens grunnlovsformulering dekkes fullt ut av denne, og det gjør det unødvendig å videreføre dagens formulering om «pinlig forhør». Dersom man likevel ønsker å beholde denne eldre formuleringen, kan denne bakes inn i en felles formulering.

Mulige formuleringer kan være:

«Ingen må utsettes for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.»

(eller)

«Ingen må utsettes for pinlig forhør eller andre former for tortur. Heller ikke må noen utsettes for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.»

(eller)

«Pinlig forhør eller andre former for tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff må ikke finne sted.»

Utvalget finner at det første av disse alternativer vil ivareta torturforbudet på en enkel og lettfattelig måte. Uttrykket «pinlig forhør» leder i dag tanken

inn på andre forhold enn tortur og tilhører derfor de uttrykksformer i Grunnloven som bør moderniseres.

Uttrykksmåten i det første alternativet, «ingen må utsettes for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff», vil sette skranker for både den lovgivende, den utøvende og den dømmende makt. I tillegg vil den måtte forstås slik at den også pålegger statens myndigheter en plikt til å iverksette tiltak for å beskytte personer mot slik behandling fra andre private personer. Utvalget legger også til grunn at selve kjernen i forbudet mot selvinkriminering videreføres gjennom den nye formuleringen av torturforbudet, dvs. at den forbyr bruk av tortur for å tvinge frem en tilståelse. For øvrig vil det være mer nærliggende at de nærmere grensene for hva som omfattes av selvinkrimineringsforbudet, reguleres gjennom ordinær lovgivning.

Siden torturforbudet er rettet mot mer enn bare straff og avhør, i den forstand at det omfatter frihet fra å bli utsatt for umenneskelig eller nedverdiggende behandling, har forbudet vel så mye til felles med retten til og respekten for livet som med vernet på strafferettens område i Grunnloven § 96. Utvalget foreslår av den grunn at torturforbudet i § 96 annet punktum oppheves og erstattes av et nytt annet ledd til ny Grunnloven § 93, slik:

«Ethvert menneske har en iboende rett til liv. Ingen kan dømmes til døden.

Ingen må utsettes for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.»

20.7 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at Grunnloven § 96 annet punktum oppheves, og at ny Grunnloven § 93 annet ledd skal lyde:

«Ingen maa udsættes for Tortur eller anden umenneskelig eller nedværdiggende Behandling eller Straf.»

21. Forbud mot slaveri og tvangsarbeid

21.1 Innledende bemerkninger

Prinsippet om at ingen må holdes i slaveri, er en helt grunnleggende og unntaksfri menneskerettighet. Det regnes nå som folkerettslig sedvanerett og er bindende for alle stater, uavhengig av statenes konvensjonsforpliktelser (*jus cogens*). Tilsvarende gjelder også for tvangsarbeid, men her er det etablert enkelte unntak fra eller presiseringer til rettigheten, bl.a. som følge av tvungen verneplikt og arbeidsplikt i fengsler.

Forbud mot slaveri og tvangsarbeid var ikke like innlysende da Grunnloven ble til i 1814. Spørsmålet er derfor om forbudet mot slaveri og tvangsarbeid bør grunnlovsfestes, og eventuelt i hvilken form.

21.2 Dagens rettsstilstand

Grunnloven sier intet om slaveri eller tvangsarbeid. I § 109 slås det likevel fast at det er tvungen verneplikt i Norge. Det ligger utenfor utvalgets mandat å vurdere vernepliktsbestemmelsen i § 109, men utvalget vil understreke at bestemmelsen ikke er i strid med et forbud mot tvangsarbeid slik dette er forstått etter de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene.

I tillegg omfatter straffeloven 2005 kapittel 16 om folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser også et forbud mot slaveri. Forutsetningen for å anvende disse bestemmelsene er imidlertid at dette skjer som ledd i et utbredt eller systematisk angrep mot en sivilbefolkning eller i forbindelse med en væpnet konflikt, jf. § 102 bokstav c og § 103 bokstav c. Her er strafferammen fengsel inntil 30 år.

For øvrig er strafferammen for å bringe en annen inn i slaveri fengsel i inntil 21 år, jf. straffeloven 1902 § 225 og straffeloven 2005 § 259. Menneskehandel straffes med fengsel inntil 5 år i straffeloven 1902 § 224, men 10 år hvis menneskehandelen er grov.

I norsk rett finnes forbudet mot slaveri og tvangsarbeid også i menneskerettsloven og dens inkorporering av SP og EMK, se nærmere punkt 21.3.

21.3 Internasjonalt menneskerettighetsvern

Verdenserklæringen artikkel 4 bestemmer at ingen må holdes i slaveri eller treldom, og at alle former for slaveri og slavehandel skal forbys:

«No one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms.»

Bestemmelsen er fulgt opp i SP artikkel 8 og EMK artikkel 4. I disse bestemmelsene er det også inntatt forbud mot tvangsarbeid, men presisert at en del forhold – som militærtjeneste, innsattes arbeid i fengsler, arbeidsoppgaver pålagt i en nødsituasjon og andre normale borgerlige plikter – ikke utgjør tvangsarbeid. EMK artikkel 4 lyder:

«1. No one shall be held in slavery or servitude.

2. No one shall be required to perform forced or compulsory labour.

3. For the purpose of this Article the term 'forced or compulsory labour' shall not include:

(a) any work required to be done in the ordinary course of detention imposed according to the provisions of Article 5 of this Convention or during conditional release from such detention;

(b) any service of a military character or, in case of conscientious objectors in countries where they are recognised, service exacted instead of compulsory military service;

(c) any service exacted in case of an emergency or calamity threatening the life or well-being of the community;

(d) any work or service which forms part of normal civic obligations.»

Det finnes også egne konvensjoner mot slaveri og tvangsarbeid, se særlig slaverikonvensjonen av 25. september 1926, den supplerende konvensjonen om avskaffelse av slaveri, slavehandel og slaverilignende institusjoner og praksis av 7. september 1956, samt ILO-konvensjon nr. 29 om tvangsarbeid fra 1930.

Slaverikonvensjonen definerer i § 1 slaveri slik:

«Slavery is the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised.»

ILO-konvensjon nr. 29 om tvangsarbeid definerer tvangsarbeid slik:

«For the purposes of this Convention the term 'forced or compulsory labour' shall mean all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily.»

Militærtjeneste, innsattes arbeid i fengsler, arbeidsoppgaver pålagt i en nødssituasjon og normale borgerlige plikter er imidlertid unntatt.

21.4 Andre lands konstitusjoner

Verken *Danmark* eller *Sverige* har grunnlovsfestet et forbud mot slaveri eller tvangsarbeid. Heller ikke i den *finske* grunnloven nevnes forbud mot slaveri eller tvangsarbeid uttrykkelig. Den generelle bestemmelsen i den finske Grundlagen 7 § om at alle har rett til liv, personlig frihet, integritet og trygghet, omfatter imidlertid også frihet fra slaveri og tvangsarbeid.¹⁵³

Den *islandske* grunnloven § 68 annet ledd inneholder forbud mot tvangsarbeid sammen med torturforbudet. I engelsk oversettelse lyder bestemmelsen:

«No one may be subjected to torture or any other inhuman or degrading treatment or punishment.

No one shall be required to perform compulsory labour.»

EUs *Charter of fundamental rights* inneholder et forbud mot slaveri, trelldom og tvangsarbeid, og bestemmer i tillegg at menneskehandel er forbudt. Bestemmelsen lyder:

«1. No one shall be held in slavery or servitude.

2. No one shall be required to perform forced or compulsory labour.

3. Trafficking in human beings is prohibited.»

¹⁵³ 1993 rd – RP 309 s. 50.

21.5 Utvalgets vurdering

21.5.1 FORBUD MOT SLAVERI OG TVANGSARBEID SOM INDIVIDUELL RETTIGHET

Slaveri og de fleste former for tvangsarbeid bryter med den fundamentale ideen om menneskeverdet og likeverdet. Et forbud mot slaveri og tvangsarbeid hører derfor hjemme blant de sentrale menneskerettighetene i ethvert demokrati. Det forekommer fortsatt slaveri og tvangsarbeid i store deler av verden. Internasjonalt kan Norge spille ulike roller for å bekjempe dette. Den største utfordringen for Norge vil være å forhindre moderne former for slaveri, særlig knyttet til menneskehandel i sex-industrien. Det er derfor ikke uten praktisk betydning i dagens samfunn å slå fast i Grunnloven det grunnleggende prinsipp om at slaveri og tvangsarbeid er forbudt.

Utvalget finner på denne bakgrunn at forbudet mot slaveri og tvangsarbeid bør grunnlovsfestes.

Forståelsen av «slaveri» og «tvangsarbeid» i Grunnloven bør ligge så tett som mulig opp til den internasjonale forståelsen av disse forholdene. Dette har sammenheng med at moderne slaveri og tvangsarbeid i stor grad er grenseoverskridende, og det er lite Norge kan gjøre alene for å bekjempe for eksempel menneskehandel. Et internasjonalt samarbeid, herunder en felles forståelse av det rettslige rammeverket i Europa, vil være viktige virkemidler i kampen mot menneskehandel eller andre former for slaveri eller tvangsarbeid.

Når det gjelder forbudet mot tvangsarbeid, er det viktig å ha med seg at tvungen verneplikt, innsattes arbeid i fengsler, arbeid i nødssituasjoner og normale borgerlige plikter ikke rammes av forbudet mot tvangsarbeid, jf. fremstillingen av de internasjonale konvensjonene foran. Dette er arbeidssituasjoner som ikke bryter med ideen om menneskeverdet og likeverdet, og som det må være opp til lovgiver å fortløpende ta stilling til. Det er imidlertid lite hensiktsmessig at en grunnlovsbestemmelse om slaveri og tvangsarbeid svulmer opp med en detaljert oppregning av hvilke former for pliktig arbeid som ikke er å anse som tvangsarbeid. I stedet bør en grunnlovsbestemmelse som forbyr slaveri og tvangsarbeid, legge til grunn den samme begrepsbruk og forståelse av tvangsarbeid som EMK artikkel 4. Der heter det at verneplikt, innsattes arbeid i fengsler, arbeid i nødssituasjoner og normale borgerlige plikter ikke er å anse som tvangsarbeid i lovens forstand. Disse formene for arbeid faller således utenfor selve definisjonen av tvangsarbeid. De er altså ikke *unntak* fra forbudet mot tvangsarbeid, men innebærer en nærmere *presisering* av hva som menes med tvangsarbeid i lovens forstand.

Om man velger å se disse særlige formene for arbeid som presiseringer av hva som menes med tvangsarbeid, eller som unntak fra forbudet mot

tvangsarbeid, bør likevel ikke ha noe å si for det rettslige resultat. Av den grunn vil det være praktisk om man i en grunnlovsbestemmelse skriver inn forbudet mot tvangsarbeid under den forutsetning at tvangsarbeid skal forstås på tilsvarende vis som tvangsarbeid etter EMK artikkel 4, dvs. at tvungen verneplikt, innsattes arbeid i fengsler, arbeid i nødssituasjoner og normale borgerlige plikter ikke er å anse som tvangsarbeid i Grunnlovens forstand. Dermed vil disse formene for arbeid automatisk falle utenfor en grunnlovsbestemmelse der tvangsarbeid forbys. Uttrykket «tvangsarbeid» i grunnlovsteksten bør således forstås snevert. Dette gjør det overflødig å liste opp i Grunnloven de særlige formene for arbeid som er tillatt. Uansett vil disse særlige formene for arbeid være uttrykkelig omhandlet i menneskerettsloven, gjennom EMK artikkel 4. Det bør derfor være tydelig at et grunnlovsforbud mot slaveri og tvangsarbeid ikke omfatter tvungen verneplikt, innsattes arbeid i fengsler, arbeid i nødssituasjoner og normale borgerlige plikter.

Med en slik forståelse av hva som menes med tvangsarbeid, vil grunnlovsfesting av forbud mot slaveri og tvangsarbeid ikke endre dagens materielle rettstilstand i Norge. Forbudet er allerede ivaretatt i menneskerettsloven og i straffeloven. Formelt vil forbudet mot slaveri og tvangsarbeid løftes inn i Grunnloven og sikres et grunnlovsmessig vern mot senere endringer i rettstilstanden.

Ved den nærmere utformingen av en bestemmelse som forbyr slaveri og tvangsarbeid, oppstår det et særlig spørsmål om uttrykket «menneskehandel» bør nevnes eksplisitt, slik som i EUs Charter. Menneskehandel er allerede definert i straffeloven, se straffeloven 2005 § 257 og straffeloven 1902 § 224, og en eventuell grunnlovsbestemmelse som eksplisitt inkluderer menneskehandel, bør i så fall tolkes i lys av straffelovens definisjon.

Utvalget finner imidlertid at det vil være tilstrekkelig å forby slaveri og tvangsarbeid i Grunnloven. «Menneskehandel», slik det forstås i dagens straffelovgivning, rammes enten av forbud mot slaveri eller av forbud mot tvangsarbeid, litt avhengig av den konkrete situasjonen. Det er således ikke nødvendig å nevne «menneskehandel» eksplisitt i Grunnloven for at dette skal være omfattet av forbudet.

Mulige formuleringer av forbudet mot slaveri og tvangsarbeid kan være:

«Ingen skal holdes i slaveri eller tvangsarbeid.»

(eller)

«Ingen skal holdes i slaveri eller måtte utføre tvangsarbeid.»

(eller)

«Ingen skal holdes som slave eller under trussel om straff tvinges til å utføre arbeid for andre.»

Utvalget finner at det første alternativet om at «ingen skal holdes i slaveri eller tvangsarbeid» er en enkel og lettfattelig formulering av forbudet. Formuleringen slår fast den enkeltes rett til ikke å være slave eller utføre tvangsarbeid. Formuleringen må forstås som en individuell rettighet som kan håndheves av domstolene. Pliktsubjekt vil være statens myndigheter, herunder alle offentlige institusjoner og etater. Disse vil selvsagt være avskåret fra å holde personer i slaveri eller tvangsarbeid. I tillegg vil det påligge statene en plikt til å bekjempe slaveri og tvangsarbeid generelt, jf. punkt 21.5.2 nedenfor.

Forbudet mot slaveri og tvangsarbeid henger nært sammen med den grunnleggende respekt for liv og forbudet mot å utsette andre for umenneskelig behandling. Utvalget foreslår derfor at forbudet mot slaveri og tvangsarbeid plasseres som tredje ledd til ny Grunnloven § 93.

21.5.2 STATENS HANDLINGSPLIKT

Både når det gjelder forbud mot slaveri og tvangsarbeid, forbud mot tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff (jf. kapittel 20) og retten til liv (jf. kapittel 19), har staten en plikt etter de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene til å beskytte den enkelte mot slike overgrep. Dette innebærer at staten ikke bare selv må avstå fra drap, tortur, slaveri og tvangsarbeid, men at staten også må ha en effektiv lovgivning som forbyr private å utføre slike handlinger. Staten vil også ha en plikt til å iverksette øvrige tiltak som kan forhindre at overgrep finner sted. Det er imidlertid umulig for staten å forhindre alle overgrep, og staten vil normalt ikke bli ansvarlig dersom overgrep likevel skjer.

Som eksempel kan nevnes at for den enkelte vil retten til ikke å bli holdt som slave eller utføre tvangsarbeid raskt bli illusorisk dersom statens myndigheter ikke bidrar til bekjempelse av slaveri og tvangsarbeid. I dagens samfunn er det ikke staten Norge som holder seg med slaver eller tvangsarbeidere, selv om en grunnlovsbestemmelse også vil demme opp for at samfunnet skulle utvikle seg i den retning. Det vil først og fremst være et problem at privatpersoner truer andre privatpersoner til å utføre arbeid for seg eller andre. Denne mangelen på respekt for andre må aktivt bekjempes av statens myndigheter, og dette bør komme til uttrykk i Grunnloven.

Det kan derfor være ønskelig om forslag til ny § 93 om forbud mot slaveri og tvangsarbeid, forbud mot tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling og retten til liv også får frem at sta-

ten har en plikt til å bekjempe slaveri, tvangsarbeid, tortur mv., samt beskytte retten til liv.

En mulig formulering kan være:

«Det påligger statens myndigheter å beskytte retten til liv og bekjempe alle former for tortur, slaveri og tvangsarbeid.»

(eller)

«Det påligger statens myndigheter å beskytte retten til liv og bekjempe tortur, slaveri, tvangsarbeid og andre former for umenneskelig eller nedverdiggende behandling.»

Utvalget finner at den siste av disse formuleringene på en god måte vil dekke opp de rettighetene som er foreslått i ny § 93 første til tredje ledd. En slik samlet paragraf vil få frem både at den enkelte har rett til liv, rett til frihet fra tortur og rett til frihet fra slaveri og tvangsarbeid, og at det påligger statens myndigheter å arbeide aktivt for å beskytte den enkelte mot slike overgrep.

Statens handlingsplikt i forslag til ny § 93 fjerde ledd vil normalt ikke kunne påberopes direkte for domstolene. Bestemmelsen er primært ment å være en politisk plikt for statens myndigheter. Dersom den enkelte mener seg krenket, er det individrettighetene i første til tredje ledd som må påberopes. Krenkelsen *kan* skyldes at staten ikke har overholdt sin handlingsplikt etter fjerde ledd. I så fall vil fjerde ledd om statens handlingsplikt kunne komme inn som et tolkningsmoment ved vurderingen av om individrettighetene er krenket. I alle tilfeller vil samtlige ledd kunne benyttes som tolkningsmoment ved fortolkningen av annen lovgivning.

21.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at ny Grunnloven § 93 tredje og fjerde ledd skal lyde:

«Ingen skal holdes i Slaveri eller Tvangsarbeide.

Det paaligger Statens Myndigheder at beskytte Retten til Liv og bekjempe Tortur, Slaveri, Tvangsarbeide og andre Former for umenneskelig eller nedverdiggende Behandling.»

22. Frihetsberøvelse

22.1 Innledende bemerkninger

Retten til å være fri, samt trygghet for at man ikke vil bli berøvet friheten vilkårlig, er en grunnleggende menneskerettighet. Dette var også erkjent i 1814, og det er reflektert i Grunnloven § 99 første ledd.

Spørsmålet i dette kapitlet er om den eksisterende grunnlovsbestemmelsen i tilstrekkelig grad verner om den enkeltes frihet, eller om frihetsvernet bør utvides, eventuelt moderniseres.

22.2 Dagens rettstilstand

Grunnloven § 99 første ledd lyder:

«Ingen maa fængsling anholdes, uden i lovbestemt Tilfælde og paa den ved Lovene foreskrevne Maade. For ubeføiet Arrest, eller ulovligt Ophold, staa Vedkommende den Fængslede til Ansvar.»

Bestemmelsens første ledd første punktum slår fast at ingen må fengsles uten lovhjemmel og uten at lovens vilkår er fulgt. Strengt tatt sier ikke bestemmelsen mer enn det som følger av det alminnelige legalitetsprinsippet, der inngrep i den enkeltes frihet må ha hjemmel i lov. Bestemmelsen oppstiller verken krav om dom for fengsling eller fremstilling for retten. Likevel er bestemmelsen en viktig markering av menneskets fundamentale rett til frihet.

Første punktum har imidlertid begrenset rekkevidde. Den gjelder utelukkende ved fengslinger og ikke ved andre former for frihetsberøvelse. Dette følger både av ordlyden og av en sikker fortolkning av bestemmelsen.¹⁵⁴ Ved andre former for frihetsberøvelse vil det likevel måtte oppstilles et lovskrav på ulovfestet grunnlag, jf. legalitetsprinsippet.

Grunnloven § 99 første ledd annet punktum slår dernest fast at den som er skyld i en uberettiget fengsling, kan bli ansvarlig for dette. Med ansvar i denne sammenhengen siktes til erstatningsansvar, ikke straffeansvar.¹⁵⁵ Men straffeloven har egen hjemmel som setter straff for frihetsberøvelse. Selv om det primært vil være det offentliges ansvar dersom noen frihetsberøves uten tilstrekkelige lovgrunnlag, kan et personlig ansvar neppe utelukkes.

Gjennom menneskerettsloven har bestemmelsene om retten til frihet i EMK, SP og barnekonvensjonen fått status som norsk lov, se nærmere punkt 22.4 nedenfor.

I den ordinære lovgivning finnes hjemler for frihetsberøvelse først og fremst i straffeprosessloven kapittel 14. Her følger vilkår for pågrepelse og varetektsfengsling, samt bestemmelser om rettigheter for den som er pågrepet eller fengslet. Hvorvidt lovens vilkår for varetektsfengsling er oppfylt, prøves daglig av domstolene i Norge.

I tillegg inneholder straffeprosessloven regler om fullbyrding av dom som går ut på frihetsberøvelse. Videre har straffeprosessloven i kapittel 31 bestemmelser om erstatning ved pågrepelse og fengsling i strid med EMK artikkel 5 eller SP artikkel 9, se § 444 første ledd bokstav c.

Utenfor straffeprosessloven finnes bestemmelser om frihetsberøvelse i utlendingsloven, psykisk helse-

¹⁵⁴. Se Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2007 s. 276.

¹⁵⁵. Se Arne Fliflet, *Grunnloven – kommentarutgave*, 2005 s. 421.

vernloven, sosialtjenesteloven og barnevernloven. Her følger hjemler for å frihetsberøve personer, samt saksbehandlingsregler der slike inngrep er aktuelle.

22.3 *Grunnlovsforslag som ligger til behandling i Stortinget*

Grunnlovsforslaget omtalt i punkt 19.3 omfatter også retten til personlig frihet.

22.4 *Internasjonalt menneskerettighetsvern*

Den enkeltes personlige frihet nyter et omfattende vern etter de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. Verdenserklæringen artikkel 9 beskytter mot vilkårlig frihetsberøvelse. Bestemmelsen lyder:

«No one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile.»

I FN-systemet er bestemmelsen fulgt opp med SP artikkel 9. Bestemmelsen forbyr vilkårlig frihetsberøvelse, men overlater for øvrig til lovgivningen i det enkelte land å bestemme når arrest eller annen frihetsberøvelse skal kunne skje. Det stilles deretter opp rettigheter for den som er arrestert eller på annen måte berøvet friheten. For det første skal den arresterte straks bli informert om begrunnelsen for arrestasjonen og raskt informeres om siktelsen. For det andre skal den arresterte raskt fremstilles for en dommer som skal avgjøre om frihetsberøvelse kan fortsette, og dessuten stilles for retten innen rimelig tid eller løslates. Det skal ikke være noen hovedregel at man sitter fengslet i påvente av rettssaken. Alle som er frihetsberøvet, skal kunne bringe spørsmålet om lovligheten av frihetsberøvelsen inn for en domstol, som skal beordre løslatelse dersom frihetsberøvelsen er ulovlig. Ofre for ulovlig frihetsberøvelse har krav på erstatning. SP artikkel 9 lyder:

«1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.

2. Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.

3. Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgment.

4. Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings be-

fore a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful.

5. Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation.»

Prinsippene i SP artikkel 9 er gjentatt i barnekonvensjonen artikkel 37 sammen med en del andre viktige prinsipper. Blant annet fastsettes det i tillegg at barn bare skal fengsles som en siste utvei, og bare for kort tid. Bestemmelsen lyder:

«States Parties shall ensure that:

(a) No child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Neither capital punishment nor life imprisonment without possibility of release shall be imposed for offences committed by persons below eighteen years of age;

(b) No child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time;

(c) Every child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age. In particular, every child deprived of liberty shall be separated from adults unless it is considered in the child's best interest not to do so and shall have the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits, save in exceptional circumstances;

(d) Every child deprived of his or her liberty shall have the right to prompt access to legal and other appropriate assistance, as well as the right to challenge the legality of the deprivation of his or her liberty before a court or other competent, independent and impartial authority, and to a prompt decision on any such action.»

På europeisk plan er Verdenserklæringen artikkel 9 fulgt opp med EMK artikkel 5. I motsetning til SP og barnekonvensjonen inneholder EMK artikkel 5 en uttømmende liste over situasjoner hvor frihetsberøvelse kan benyttes. For øvrig inneholder den langt på vei de samme rettssikkerhetsgarantiene for den frihetsberøvede som SP artikkel 9. EMK artikkel 5 lyder:

«1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

(a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;

(b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;

(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably

considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;

(d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;

(e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of un-sound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;

(f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him.

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation.»

Norge er domfelt én gang av EMD for overtredelse av EMK artikkel 5 nr. 4. Saken E. v. Norge fra 1990 gjaldt sendrettig domstolsbehandling vedrørende spørsmål om fortsatt sikring av domfelte.

22.5 Andre lands konstitusjoner

Den *finske* grunnloven behandler retten til personlig frihet i 7 §, sammen med andre sentrale rettigheter. Bestemmelsen fastsetter først retten til personlig frihet. Deretter presiseres det at ingen får berøves friheten vilkårlig eller uten lovlig grunn, samt at bare domstoler kan idømme straff som innebærer frihetsberøvelse. Lovligheten av andre frihetsberøvelser skal kunne prøves av domstol. Den frihetsberøvedes rettigheter skal sikres ved lov. Bestemmelsen lyder:

«Alla har rätt till liv och till personlig frihet, integritet och trygghet.

Ingen får dömas till döden eller torteras eller ut-sättas för någon annan behandling som kränker människovärdet.

Den personliga integriteten får inte kränkas och ingen får berövas sin frihet godtyckligt eller utan laglig grund. Straff som innefattar frihetsberövande får dömas ut endast av domstol. Lagligheten av andra frihetsberövanden skall kunna underkastas domstolsprövning. Rättigheterna för den som har berövats sin frihet skall tryggas genom lag.»

Den *islandske* grunnloven regulerer frihetsberøvelse i § 67. Bestemmelsen inneholder mer detaljerte regler om prosedyren for varetektsfengling enn konvensjonene, blant annet ved å fastsette at dommeren må treffe sin avgjørelse om varetektsfengsling innen 24 timer. Bestemmelsen lyder i engelsk oversettelse:

«No one may be deprived of his liberty except as permitted by law.

Any person deprived of his liberty shall be entitled to be informed promptly of the reasons for this measure.

Any person arrested by reason of suspicion of criminal conduct shall be brought before a judge without undue delay. If he is not released at once, the judge shall, within 24 hours, issue a reasoned decision on whether he shall be detained on remand. Detention on remand may only be ordered due to a charge subject to heavier sanctions than fines or punitive custody. The right of a person detained on remand to refer the decision on his remand to a superior court shall be guaranteed by law. A person shall never be detained on remand for longer than necessary; if the judge deems that he may be released on bail the amount of bail shall be determined by a judicial order.

Any person deprived of his liberty for other reasons shall be entitled to have the legality of the measure reviewed by a court as soon as possible. If his deprivation of liberty proves to have been unlawful he shall be released forthwith.

Any person deprived of his liberty without valid reason shall have a right to compensation.»

Den *svenske* Regeringsformen behandler frihetsberøvelse i 2. kapittel 8 § og 9 §, som lyder:

«8 § Var och en är gentemot det allmänna skyddad mot frihetsberövanden. Den som är svensk medborgare är även i övrigt tillförsäkrad frihet att förflyta sig inom riket och att lämna det.

9 § Om en annan myndighet än en domstol har berövat någon friheten med anledning av brott eller misstanke om brott, ska han eller hon kunna få frihetsberövandet prövat av domstol utan oskäligt dröjsmål. Detta gäller dock inte när det är fråga om att till Sverige flytta över verkställighet av en frihetsberövande påföljd enligt en dom i en annan stat.

Även den som av någon annan anledning än som anges i första stycket har blivit omhändertagen tvångsvis, ska kunna få omhändertagandet prövat av domstol utan oskäligt dröjsmål. Med prövning av domstol likställs i sådant fall prövning av en nämnd, om nämndens sammansättning är bestämd i lag och ordföranden i nämnden ska vara eller ha varit ordinarie domare.

Har prövningen inte uppdragits åt en myndighet som är behörig enligt första eller andra stycket, ska prövningen göras av allmän domstol.»

Regeringsformen 2. kapittel 20 § nr. 3 jf. 21 § bestemmer videre at det kan gjøres enkelte inngrep i retten til bevegelsesfrihet i 8 §.

Den *danske* grunnloven omtaler retten til frihet i § 71. Dette er den mest detaljerte av de danske grunn-

lovsbestemmelser om grunnrettigheter. Bestemmelsen lyder:

«Stk. 1. Den personlige frihed er ukrænkelig. Ingen dansk borger kan på grund af sin politiske eller religiøse overbevisning eller sin afstamning underkastes nogen form for frihedsberøvelse.

Stk. 2. Frihedsberøvelse kan kun finde sted med hjemmel i loven.

Stk. 3. Enhver der anholdes, skal inden 24 timer stilles for en dommer. Hvis den anholdte ikke straks sættes på fri fod, skal dommeren ved en af grunde ledsaget kendelse, der afsiges snarest muligt og senest inden tre dage, afgøre, om han skal fængsles, og hvis han kan løslades mod sikkerhed, bestemmes dennes art og størrelse. Denne bestemmelse kan for Grønlands vedkommende fraviges ved lov, forsåvidt dette efter de stedlige forhold må anses for påkrævet.

Stk. 4. Den kendelse, som dommeren afsiger, kan af vedkommende straks særskilt indbringes for høyere ret.

Stk. 5. Ingen kan underkastes varetægtsfængsel for en forseelse, som kun kan medføre straf af bøde eller hæfte.

Stk. 6. Udenfor strafferetsplejen skal lovligheten af en frihedsberøvelse, der ikke er besluttet i en dømmende myndighet, og som ikke har hjemmel i lovgivningen om udlændinge, på begæring af den, der er berøvet sin frihed, eller den, der handler på hans vegne, forelægges de almindelige domstole eller anden dømmende myndighet til prøvelse.

Stk. 7. Behandlingen af de i stk. 6. nævnte personer undergives et af folketinget valgt tilsyn, hvortil de pågældende skal have adgang til at rette henvendelse.»

EUs *Charter of fundamental rights* er i motsetning til de nordiske konstitusjonene helt kortfattet når det gjelder retten til frihet. Charterets artikkel 6 lyder:

«Everyone has the right to liberty and security of person.»

Man bør imidlertid ha i minne at Charterets artikkel 52 nr. 3 bestemmer at charterrettighetene skal tolkes på samme måte som de korresponderende rettighetene i EMK. Det reduserer behovet for å gjenta de detaljerte bestemmelsene i EMK.

22.6 Utvalgets vurdering

Frihedsberøvelse er et alvorlig inngrep, og etter utvalgets oppfatning bør bestemmelsen i Grunnloven § 99 første punktum bygges ut til å omhandle andre former for frihedsberøvelse enn fengsling. Også frihedsberøvelse som følge av for eksempel psykisk helsevern må ha lovhjemmel, og dette bør fremkomme av Grunnloven.

I motsetning til Grunnloven § 99 fastsetter EMK artikkel 5 innledningsvis at enhver har rett til frihet og personlig sikkerhet. Men i tråd med § 99 fortsetter artikkel 5 med å slå fast at ingen skal frihedsberøves uten at dette skjer i samsvar med en lovbestemt frem-

gangsmåte. Forskjellen er likevel at artikkel 5 i tillegg lister opp uttømmende i hvilke tilfeller frihedsberøvelse kan skje.

I den forbindelse kan det reises spørsmål om de nærmere situasjoner hvor frihedsberøvelse kan skje, bør listes opp i Grunnloven, etter mønster av EMK artikkel 5 nr. 1. Dette er ikke gjort i konstitusjonene til de øvrige nordiske land, og det er heller ikke gjort i SP eller barnekonvensjonen. En slik opplisting kan i noen sammenhenger komme til å virke mot sin hensikt, ved at den uttrykkelig åpner for frihedsberøvelse i visse situasjoner. Det vil også være vanskelig å utforme en slik liste uten at bestemmelsen svulmer opp. Det er i tillegg liten sannsynlighet for at man i Norge vil anse det som aktuelt å berøve noen frihet i situasjoner som ikke faller inn under EMK artikkel 5 nr. 1. Utvalget finner det derfor ikke nødvendig eller ønskelig å liste opp i Grunnloven de situasjoner hvor lovgivningen kan gi adgang til frihedsberøvelse.

Et alternativ til en opplisting kan være å innta en avgrensning ved å forby for eksempel den «vilkårlige» frihedsberøvelse. Dette er også formålet med EMK artikkel 5.¹⁵⁶ Hvis teksten i nåværende § 99 suppleres med et forbud mot vilkårlig frihedsberøvelse, vil dette innebære et krav til myndighetenes anvendelse av rettsreglene og til innholdet i lovhjemlene. Menneskerettighetskomiteen, som håndhever SP, har uttrykt det slik:

«the notion of 'arbitrariness' must not be equated with 'against the law' but be interpreted more broadly to include such elements as inappropriateness and injustice. Furthermore, remand in custody could be considered arbitrary if it is not necessary in all the circumstances of the case, for example to prevent flight or interference with evidence: the element of proportionality becomes relevant in this context.»¹⁵⁷

Viktig er altså at det skal være en forholdsmessighet mellom mål og middel, samtidig som det heller ikke kan foreligge noen form for myndighetsmisbruk. Et forbud mot vilkårlig frihedsberøvelse eller andre lignende formuleringer vil dermed oppstille et krav for når frihedsberøvelse kan finne sted, ved siden av lovskravet.

I stedet for å forby vilkårlig frihedsberøvelse kan det fastsettes at frihedsberøvelse bare kan skje dersom det er nødvendig, og dersom inngrepet ikke er uforholdsmessig. Uttrykkene «nødvendig» og «ikke uforholdsmessig» vil i denne sammenhengen gi en nærmere presisering av uttrykket «vilkårlig». I stedet for bare å benytte uttrykket «vilkårlig» vil man si noe mer om hvilke absolutte grenser lovgiver står overfor

^{156.} Se Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, 2010 s. 278 flg. med videre henvisninger. Se også EMD Saadi v. Storbritannia (2008) avsnitt 67-74.

^{157.} Se A. v. Australia, no. 560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993.

når det skal vedtas regler om frihetsberøvelse, og man vil si noe om hvilke kriterier domstolene må forstå lovgivningen på bakgrunn av.

Utvalget foreslår at utvidelsen av Grunnloven § 99 første ledd første punktum skrives inn i den allerede eksisterende bestemmelsen. Forslag til endringer fremkommer i kursiv:

«Ingen maa fængslig anholdes eller på annen måte berøves friheten, uden i lovbestemt Tilfælde og paa den ved Lovene foreskrevne maade. Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep.»

Det annet spørsmål er om frihetsberøvelse av barn bør omtales særskilt i bestemmelsen. Barnekonvensjonen tillater kun frihetsberøvelse av barn som siste utvei. Straffeprosessloven § 174 fastsetter i tråd med dette at personer under 18 år ikke bør pågripes hvis det ikke er «særlig påkrevd». Regjeringen har fremmet forslag om at dette vilkåret skjerpes gjennom formuleringen «tvingende nødvendig».¹⁵⁸ Denne begrensningen kunne tenkes tatt inn i Grunnloven. På den annen side vil utvalget foreslå en egen bestemmelse om barns rettigheter i Grunnloven, der vernet om barns personlige integritet foreslås særlig fremhevet. I tillegg vil vilkåret om at frihetsberøvelsen ikke skal utgjøre et uforholdsmessig inngrep, stille krav om at det skal mye til før man berøver barn friheten, fordi frihetsberøvelse må antas å være en større belastning for barn enn for voksne. Dette må også gjenspeiles i den konkrete vurderingen. Dette vilkåret i bestemmelsen om frihetsberøvelse og eget vern om barns personlige integritet i egen barnebestemmelse bør være en tilstrekkelig påminnelse om at frihetsberøvelse av barn så langt som mulig bør unngås. Utvalget finner derfor at det ikke er behov for å omtale barn særskilt i forbindelse med en bestemmelse om frihetsberøvelse.

Videre kan det reises spørsmål om noen av de prosessuelle garantiene i menneskerettighetskonvensjonene bør tas inn i Grunnloven. Av hensyn til Grunnlovens knappe form anser utvalget det for uaktuelt å foreslå en omfattende bestemmelse om prosessuelle garantier, men enkelte prosessuelle rettigheter er likevel mer grunnleggende enn andre. Dette gjelder først og fremst retten til snarlig å få prøvet lovligheten av frihetsberøvelsen av en domstol. Her krever menneskerettighetskonvensjonene at den pågrepne raskt skal fremstilles for en dommer, mens andre frihetsberøvede selv skal kunne ha adgang til å begjære domstolsprøving. En slik nyanse kan tas inn i Grunnloven, men det kan også anføres at det er tilstrekkelig

at det generelle prinsippet om domstolsprøving tas inn.

Utvalget finner at det bør gjøres en tilføyelse om at den fengslede eller anholdte snarest mulig skal fremstilles for en domstol. Det bør også presiseres at øvrige frihetsberøvede skal få prøvet sin sak uten ugrunnet opphold. Disse presiseringene vil ikke på noe punkt endre dagens rettstilstand, men utelukkende løfte disse prosessuelle rettighetene inn i Grunnloven. Dette kan gjøres ved å skrive inn et nytt annet ledd, for eksempel slik:

«Anholdte skal snarest mulig fremstilles for en domstol. Andre som er berøvet sin frihet, kan få frihetsberøvelsen prøvet for domstolene uten ugrunnet opphold.»

Hva gjelder ansvarsbestemmelsen i dagens § 99 første ledd annet punktum, foreslår utvalget at denne videreføres i et nytt tredje ledd. Slik § 99 første ledd annet punktum lyder i dag, gjelder den bare den som er uberettiget fengslet enten i varetekt eller ved ordinært fengselsopphold, ikke den som uberettiget er frarøvet sin frihet på annen måte. Spørsmålet er da om også denne bestemmelsen bør endres, slik at alle som er uberettiget fratatt sin frihet, har krav på erstatning. I likhet med Grunnloven fra 1814 oppstiller konvensjonene bare en særegen hjemmel for erstatning til den som er frihetsberøvet gjennom fengsling, jf. EMK artikkel 5 nr. 5 og SP artikkel 9 nr. 5. Dette har historiske årsaker og innebærer ikke at andre frihetsberøvede ikke kan ha krav på erstatning på annet grunnlag. Det er likevel mer naturlig at spørsmålet om erstatning for andre frihetsberøvede reguleres gjennom de alminnelige erstatningsrettslige regler, ikke i Grunnloven. Videreføring av dagens § 99 første ledd annet punktum til nytt tredje ledd innebærer således kun en videreføring av dagens rettstilstand. Bestemmelsen skal heller ikke forstås antitetisk, i den forstand at den ikke er ment å utelukke erstatning for uberettiget tvangsinnleggelse eller annen frihetsberøvelse.

Som en konsekvens av en omstrukturering i Grunnloven, der det etableres en del E om Menneskerettigheter i Grunnloven, vil utvalget foreslå å flytte bestemmelsene om frihetsberøvelse i § 99 første ledd til ny § 94.

Utvalget vil foreslå at § 99 annet ledd om bruk av militærmakt mot sivilbefolkningen ikke følger med, men at denne bestemmelsen inntas som nytt tredje ledd til ny § 101 om forenings- og forsamlingsfrihet, se nærmere kapittel 29. Dette har sammenheng med at bruk av militærmakt mot sivilbefolkningen i mange sammenhenger kan ses som en særlig begrensning i befolkningens forsamlingsrett og har mindre til felles med frihetsberøvelse.

¹⁵⁸ Se Prop. 135 L (2010-2011) Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff) og Prop. 138 L (2010-2011) Endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.).

22.7 *Utvalgets forslag*

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at Grunnloven § 99 oppheves og at ny Grunnloven § 94 skal lyde:

«Ingen maa fængslig anholdes eller paa anden Maade berøves Friheden, uden i lovbestemt Tilfælde og paa den ved Lovene foreskrevne Maade. Frihedsberøvelsen maa være nødvendig og ikke udgjøre et uforholdsmessigt Indgreb.

Anholdte skulle snarest mulig fremstilles for en Domstol. Andre som ere berøvede deres Frihed, kunne faa Frihedsberøvelsen prøvet for Domstoler uden ugrundet Ophold.

For ubeføiet Arrest eller ulovligt Ophold staa Vedkommende den Fængslede til Ansvar.»

23. Rettferdig rettergang og uavhengige domstoler

23.1 *Innledende bemerkninger*

Retten til en rettferdig rettergang regnes som en helt grunnleggende rettssikkerhetsgaranti i moderne rettsstater.

Retten til en rettferdig rettergang vil arte seg forskjellig alt etter som det er tale om sivile saker eller straffesaker, men de sentrale elementene i en rettferdig rettergang kan i hovedtrekk likevel sies å være følgende: Retten til å la seg representere av advokat, retten til å bli kjent med anklagene mot seg, retten til å forsvare seg mot anklagene (kontradiksjon), retten til tilstrekkelig tid til å forberede sitt forsvar, retten til å føre og eksaminere vitner, retten til tolk, retten til offentlig rettergang, retten til begrunnelse for avgjørelsen, retten til anke, og retten til å få saken prøvet for en uavhengig og upartisk domstol med habile dommere innen rimelig tid.

I noen grad vil også prinsippet om likhet for loven, uskyldspresumsjonen i strafferetten og forbud mot dobbeltstraff være en del av retten til en rettferdig rettergang. Uskyldspresumsjonen og forbud mot dobbeltstraff er behandlet i sammenheng med det generelle vern på strafferettens område i kapittel 24. Prinsippet om likhet for loven er behandlet i sammenheng med vernet mot diskriminering i kapittel 26.

Retten til rettferdig rettergang er kommet til uttrykk flere steder i lovgivningen. Rettferdig rettergang er bl.a. regulert i EMK artikkel 6 og SP artikkel 14. Den særlige retten til å få sin sak prøvet for en uavhengig domstol kan videre delvis utledes av Grunnloven §§ 88, 90, 96 første punktum og 98. For øvrig finnes en rekke bestemmelser i den ordinære prosesslovgivning som skal bidra til å sikre en rettferdig rettergang.

Dette reiser spørsmål om prinsippet om retten til rettferdig rettergang bør grunnlovsfestes, og om enkelte elementer ved rettergangen i så fall bør fremheves særskilt.

23.2 *Dagens rettstilstand*

I generell form kommer retten til rettferdig rettergang til uttrykk i EMK artikkel 6 og SP artikkel 14, inntatt i menneskerettsloven av 1999. Se mer om disse konvensjonene i punkt 23.3.

I Grunnloven er det ingen generelle bestemmelser som verner om retten til en rettferdig rettergang, men i § 96 første punktum er det innfortolket et krav om at domfellelse skal skje på grunnlag av en rettergang der tiltalte er gjort kjent med anklagene mot seg og har rett til å forsvare seg mot disse anklagene (kontradiksjon). I tillegg er det innfortolket et krav til uavhengige domstoler.¹⁵⁹ Øvrige rettergangsgarantier har det imidlertid ikke vært vanlig å utlede av Grunnloven § 96 første punktum.

Kravet om uavhengige domstoler kan også utledes delvis av andre grunnlovsbestemmelser.¹⁶⁰ I henhold til Grunnloven §§ 88 og 90 er det domstolene som skal avsi dommer. Dette er samtidig en forutsetning for reell maktdeling mellom statsmaktene. Retten til å få sin sak prøvet for uavhengige domstoler kan således utledes av selve maktfordelingslæren. Dette er også speilet i Grunnloven § 98. Bestemmelsen inneholder et særegent forbud mot avgift av såkalte «sportler». Bestemmelsen har stått uendret siden 1814 og lyder som følger:

«Med Sportler, som erlægges til Rettens Betjente, bør ingen Afgifter til Statskassen være forbundne.»

Med «sportler» menes rettsgebyrer betalt direkte til sorenskriveren eller andre dommere for utførelse av tjenester fra domstolene. Bestemmelsen var ment å sikre domstolenes uavhengighet, men har i lang tid vært uten praktisk betydning. I dag mottar dommere lønn fra staten, og rettsgebyrene betales direkte til statskassen.

Utenfor Grunnloven slår tvisteloven av 2005 § 1-1 nr. 1 fast at domstolene skal være uavhengige og upartiske, og at rettergangen skal være rettferdig. Bestemmelsen lyder:

«Loven skal legge til rette for en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av rettstvister gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler. Loven skal ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene.»

De ulike rettergangsgarantier finner man først og fremst igjen i tvisteloven og straffeprosessloven. På strafferettens område fastslår straffeprosessloven av

^{159.} Se Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, 2004 s. 325.

^{160.} Se Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 2009 s. 296-297.

1981 bl.a. retten til å la seg representere ved forsvarer (§ 94), retten til å avhøre vitner (§ 135), retten til å gjøres kjent med anklagene mot seg (§ 232), retten til å være til stede under hovedforhandling (§ 280), retten til å føre bevis for sin uskyld (§ 291), retten til begrunnelse for dommen (§ 39) og retten til anke fra første instans (§ 306).

På sivilrettens område fastslår bl.a. tvisteloven av 2005 at partene har rett til å la seg representere av rettslige medhjelpere (§ 3-1), at partene har rett til å få varsel om kravet og grunnlaget for kravet (§ 5-2), at allmennheten har rett til innsyn (§§ 14-2 flg.), at dom normalt skal avsies innen fire uker (§ 19-4), og at partene har rett til å føre bevis for sin sak (§ 21-3).

For øvrig følger det av domstolloven av 13. august 1915 nr. 5 §§ 106-109 at dommere skal være habile.

I tillegg er særlige prosessbestemmelser inntatt i bl.a. arbeidsmiljøloven, barneloven m.fl.

23.3 Internasjonalt menneskerettighetsvern

I Verdenserklæringen er retten til rettfærdig rettergang på strafferettens område og uskyldspresumsjonen kort nedfelt i artikkel 11 nr. 1. Bestemmelsen lyder som følger:

«Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.»

Krav om uavhengige domstoler og en rettfærdig rettergang er i FN fulgt opp i SP artikkel 14. Bestemmelsen gjelder i utgangspunktet for både sivile saker og straffesaker, men regulerer i større utstrekning straffesakene. Norge har imidlertid reservert seg mot SP artikkel 14 nr. 7 om forbud mot dobbeltstraff, fordi bestemmelsen ikke har et uttrykkelig unntak for gjenåpning av straffesaker. Se mer om forbudet mot dobbeltstraff i sammenheng med vernet på strafferettens område i kapittel 25.

Norge har også delvis reservert seg mot SP artikkel 14 nr. 5 om retten til anke i straffesaker. Bakgrunnen for denne reservasjonen er at saker som behandles av Riksretten i henhold til Grunnloven §§ 86-87, ikke kan ankes, og at straffeprosessloven heller ikke åpner for videre anke over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet dersom man er frifunnet i første, men domfelt i annen instans.

I sin helhet lyder SP artikkel 14 som følger:

«1. All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order (ordre public) or na-

tional security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the Parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any judgment rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes of the guardianship of children.

2. Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:

a. to be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him;

b. to have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing;

c. to be tried without undue delay;

d. to be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it;

e. to examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

f. to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court;

g. not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.

4. In the case of juvenile persons, the procedure shall be such as will take account of their age and the desirability of promoting their rehabilitation.

5. Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.

6. When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed or he has been pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him.

7. No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.»

På europeisk nivå er lignende krav til rettergangen fastsatt i EMK artikkel 6. Denne bestemmelsen inneholder imidlertid verken rett til anke eller forbud mot dobbeltstraff. Disse rettighetene er i stedet regulert i henholdsvis tilleggsprotokoll 7 artikkel 2 (P7-2) og tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 (P7-4). Begge disse bestemmelsene åpner for unntak. Dermed har Norge

ikke funnet det nødvendig å reservere seg mot innholdet i EMK og dens tilleggsprotokoller, slik tilfellet er med SP. EMK artikkel 6 lyder som følger:

«1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

a. to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;

b. to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

c. to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not a sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

d. to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

e. to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.»

Som det fremgår av de internasjonale konvensjonene, innebærer rettferdig rettergang at flere krav er oppfylt. Kravene i EMK artikkel 6 nr. 1 relaterer seg til både sivile saker og straffesaker. I henhold til denne bestemmelsen har enhver krav på å få avgjort disse sakene av et uavhengig og upartisk tribunal. I dette ligger både at domstolene skal være uavhengige av de øvrige statsmakter, at de skal være upåvirket av nære relasjoner og andre forbindelser, og at det skal være adgang til å få prøvet sin sak for domstolene. Dette siste omtales gjerne som «access to court». Rettergang og domstolsavgjørelse skal videre være offentlig, med mindre hensynet til partenes privatliv, hensynet til barn og unge eller hensynet til samfunnsinteresser gjør det strengt nødvendig å lukke rettsmøtet.

I tillegg oppstilles særlige krav til rettergangen i straffesaker, jf. EMK artikkel 6 nr. 2 og 3. I nr. 2 gjenfinnes uskyldspresumsjonen, nærmere omhandlet i kapittel 24. I nr. 3 oppstilles krav om at man straks skal underrettes om anklagene mot seg på et språk man forstår, at man har rett til å forsvare seg mot disse anklagene og tid til å forberede forsvaret, at man har fritt forsvarervalg og i noen grad tilgang på

gratis forsvarer, at man har rett til å føre og kryssekaminere vitner, samt at man har krav på gratis tilgang til tolk.

Det foreligger en omfattende praksis i EMD vedrørende tolkningen av denne bestemmelsen. Norge er domfelt ni ganger i EMD for krenkelse av EMK artikkel 6. Fire av disse sakene gjelder overtredelse av uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2, som vil bli nærmere behandlet i kapittel 24. De øvrige avgjørelsene gjelder bl.a. lang saksbehandlingstid, manglende kontradiksjon og upartisk dommer.¹⁶¹

23.4 Andre lands konstitusjoner

Retten til rettferdig rettergang og kravet om uavhengige domstoler er i stor utstrekning omtalt i europeiske konstitusjoner. I den *finske* Grundlagen følger kravet om uavhengige domstoler og retten til rettferdig rettergang av 21 §. Bestemmelsen omhandler både sivile saker og straffesaker og fremhever uttrykkelig at prøving av disse sakene skal skje uten ugrunnet opphold. Bestemmelsen lyder som følger:

«Var och en har rätt att på behörigt sätt och utan ogrundat dröjsmål få sin sak behandlad av en domstol eller någon annan myndighet som är behörig enligt lag samt att få ett beslut som gäller hans eller hennes rättigheter och skyldigheter behandlat vid domstol eller något annat oavhängigt rättskipningsorgan.

Offentligheten vid handläggningen, rätten att bli hörd, rätten att få motiverade beslut och rätten att söka ändring samt andra garantier för en rättvis rättegång och god förvaltning skall tryggas genom lag.»

I den *svenske* Regeringsformen fremkommer retten til rettferdig rettergang i 2. kapittel 11 §, annet ledd. I henhold til denne bestemmelsen skal rettergangen være rettferdig og offentlig, og den skal gjennomføres innen «skälig tid». Bestemmelsen lyder som følger:

«En rättegång ska genomföras rättvist och inom skälig tid. Förhandling vid domstol ska vara offentlig.»

I den *danske* Grundloven finnes ikke en uttrykkelig henvisning til uavhengige domstoler eller rettferdig rettergang, men i § 3 er maktfordelingsprinsippet uttrykkelig slått fast, herunder domstolenes uavhengighet, og i § 71, stk. 3-7 finnes også bestemmelser om prosessen ved frihetsberøvelse, jf. punkt 22.5.

I den *islandske* grunnloven finnes de generelle krav til uavhengige domstoler, rettferdig rettergang og uskyldspresumsjonen i § 70. Bestemmelsen er foreslått videreført i ny § 28. Dagens § 70 lyder i engelsk oversettelse:

¹⁶¹. Se EMDs avgjørelser i Riis v. Norge (2008), Ekeberg m.fl. v. Norge (2007), Kaste og Mathisen v. Norge (2006), Wals-ton v. Norge (2003) og Botten v. Norge (1996).

«Everyone shall, for the determination of his rights and obligations or in the event of a criminal charge against him, be entitled, following a fair trial and within a reasonable time, to the resolution of an independent and impartial court of law. A hearing by a court of law shall take place in public, except if the judge decides otherwise as provided for by law in the interest of morals, public order, the security of the State or the interests of the parties.

Everyone charged with criminal conduct shall be presumed innocent until proven guilty.»

23.5 *Utvalgets vurdering*

23.5.1 BØR RETTEN TIL RETTFERDIG RETTERGANG GRUNNLOVSFESTES?

Retten til en rettferdig rettergang står helt sentralt i oppbyggingen og ivaretagelsen av rettsstaten. Rettigheten er bl.a. viktig for at den enkelte skal føle seg trygg på at myndighetene ikke misbruker sin posisjon til å straffeforfølge politiske motstandere eller samfunnskritikere på grunnlag av oppkonstruerte forhold. Den er også av sentral betydning for å få frem to eller flere sider av en sak, slik at ikke myndighetenes eller de ressurssterkes versjon er den eneste som blir hørt og lagt til grunn av domstolene. Videre er rettigheten av sentral betydning for å sikre at bare den som er skyldig etter loven, blir domfelt, og at vedkommende kun straffes for den handlingen han eller hun har begått. I den forbindelse er det også viktig at den enkelte får kunnskap om og forstår hva hun eller han domfelles for. Og til sist er det viktig at domstolene opererer uavhengig, og at dommere ikke er inhabile eller har forutinntatte holdninger overfor grupper eller personer i samfunnet, enten det er tale om personer med en annen politisk oppfatning, med spesielle interesser, med annen etnisk opprinnelse el.l.

På strafferettens område vil et lovskrav, slik det følger av Grunnloven § 96 første punktum, i prinsippet ha liten verdi dersom den tiltalte for eksempel fratras muligheten til å forsvare seg mot anklagene eller mister retten til å eksaminere påtalemyndighetens vitner. For å gjøre lovskravet komplett vil det derfor være naturlig å supplere dette med nettopp retten til en rettferdig rettergang.

Retten til rettferdig rettergang er også av grunnleggende betydning i sivile rettsvister. Private parter må kunne stole på at de får en rettferdig saksgang når deres tvist skal løses av domstolene. Et samfunn uten rettferdig rettergang og uten tillit til at domstolene søker å oppnå slik rettferdighet, er ingen rettsstat.

Prinsippet om rettferdig rettergang følger av EMK artikkel 6 og SP artikkel 14, inntatt i menneskerettsloven av 1999. I tillegg følger flere av prinsippets sentrale elementer av den ordinære lovgivning, særlig straffeprosessloven, tvisteloven og domstolloven. En grunnlovsfesting av det generelle rettsstatsprinsipp om at rettergangen skal være rettferdig, vil således ikke endre dagens rettstilstand på annen

måte enn at prinsippet løftes inn i Grunnloven. Grunnlovsfesting av rettferdig rettergang vil imidlertid være med på å synliggjøre hva den norske rettsstaten innebærer. Grunnlovsfesting av prinsippet vil på den måten ha både en *symbolsk* og en *politisk* betydning.

Den *rettslige* betydningen av å grunnlovsfeste prinsippet om rettferdig rettergang vil først og fremst være å vise at prinsippet skal benyttes som et *tolkningsmoment* ved fortolkningen av annen lovgivning. I den grad man står overfor flere plausible tolkningsalternativer ved fortolkningen av lov eller forskrift, vil domstoler og forvaltning normalt måtte legge til grunn det alternativ som i størst mulig grad ivaretar prinsippet om at rettergangen skal være rettferdig.

Ved siden av å fungere som et tolkningsmoment vil prinsippet fungere som en rettslig *skranke* for lovgiver. Med dagens omfattende lovgivning på området vil prinsippet om rettferdig rettergang som skranke for lovgiver neppe få praktisk betydning, men problemstillingen kan settes på spissen dersom lovgiver av ulike grunner ikke overskuer konsekvensene av fremtidige lovendringer i prosessretten. I sin ytterste konsekvens vil en grunnlovsfesting av prinsippet også fungere som en absolutt skranke for lovgiver og for domstolene dersom statsmaktene en gang i fremtiden aktivt skulle forsøke å bygge ned rettsstaten.

På denne bakgrunn finner utvalget at Grunnloven bør inneholde en bestemmelse om at rettergangen skal være rettferdig.

23.5.2 RETTFERDIG RETTERGANG SOM ET GENERELT PRINSIPP

Et neste spørsmål vil være hvordan en eventuell bestemmelse om rettferdig rettergang bør utformes. Bestemmelsene i EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 er omfattende, og de lister opp ulike elementer som en rettferdig rettergang består av. De ulike elementene er listet opp i innledningen i punkt 23.1.

Det følger allerede av sikker norsk rett at en rettferdig rettergang, slik det er kommet til uttrykk i konvensjonene, er tilfredsstillende ivaretatt. Med tanke på det detaljerte konvensjonsvernet kan det fremstå som unødvendig å liste opp de ulike elementene som retten til rettferdig rettergang består av også i Grunnloven. En slik opplisting vil være plasskrevende og samtidig bidra til en detaljeringsgrad som, foruten den nye ytringsfrihetsbestemmelsen i Grunnloven § 100, er ukjent for menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven. En opplisting vil også kunne bidra til at praktiske tilpasninger til prosesslovgivningen i fremtiden vil kreve grunnlovsendringer. Dette medfører et unødig tungrodd system. På denne bakgrunn vil det være en fordel om bare det generelle

prinsippet om at rettergangen skal være rettferdig, kommer til uttrykk i Grunnloven.

En oppstilling av de ulike elementene som rettferdig rettergang består av, vil på den annen side ha den fordel at listen kan bidra til å konkretisere hva som menes med «rettferdig». Uttrykket «rettferdig» er ikke selvforklarende, og det kan ikke utelukkes at ulike personer vil legge et ulikt meningsinnhold i dette uttrykket. Lovverket generelt, Grunnloven inkludert, er imidlertid ikke ukjent med slike rettslige standarder. Med dette menes ord eller uttrykk som til en viss grad er tøyelige, og hvor det må utøves et fornuftig skjønn ved anvendelsen. Dette skjønn er imidlertid ikke fritt og basert på den enkeltes personlige oppfatninger, men bundet av det rettskildematerialet man har på området, som for eksempel tidligere rettspraksis eller annen praksis, lovverket for øvrig, forarbeider, Stortingets oppfatninger, internasjonale konvensjoner og tolkningen av disse mv.

I en grunnlovskontekst finner utvalget at det vil være tungrodd og unødvendig å liste opp de ulike elementer som rettferdig rettergang består av. Det bør være tilstrekkelig at Grunnloven benytter uttrykket «rettferdig rettergang» og deretter forutsetter at dette uttrykket tolkes i lys av en allment anerkjent internasjonal og nasjonal tolkningspraksis på området. Kravet til domstolenes uavhengighet og upartiskhet, samt kravet til en effektiv domstolsbehandling bør imidlertid omtales særskilt, se nærmere punkt 23.5.3 og 23.5.4.

Mulige formuleringer av prinsippet om rettferdig rettergang kan være:

«Rettergang skal være rettferdig.»

(eller)

«Rettergang i sivile saker og i straffesaker skal være rettferdig.»

(eller)

«Rettergang i så vel sivile saker som i straffesaker skal være rettferdig.»

Disse tre alternativene fremhever at retten til rettferdig rettergang er et generelt prinsipp som gjelder både i sivile saker og i straffesaker. I de to siste alternativene er dette kommet direkte til uttrykk, mens det er underforstått i den første formuleringen.

Som et alternativ til å utforme rettferdig rettergang som et prinsipp, kan rettferdig rettergang enten formuleres som en rettighet for den enkelte eller som en plikt for statens myndigheter, for eksempel slik:

«Enhver har rett til en rettferdig rettergang.»

(eller)

«Det påligger statens myndigheter å sikre en rettferdig rettergang.»

Retten til rettferdig rettergang kan også kombineres med et krav om at rettergangen skal være offentlig. Dette offentlighetsprinsippet er delvis grunnlovsfestet i Grunnloven § 100 femte ledd, men der som en rettighet for tilhørere og ikke for tiltalte. En kombinasjon av prinsippet om rettferdig rettergang og offentlighetsprinsippet kan se slik ut:

«Det påligger statens myndigheter å sikre en rettferdig og offentlig rettergang. Retten kan likevel lukke rettsmøtet dersom hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende allmenne interesser tilsier det.»

(eller)

«Rettergang skal være rettferdig og offentlig. Dersom hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende offentlige interesser tilsier det, kan retten lukke rettsmøtet.»

(eller)

«Rettergang skal være rettferdig og offentlig. Retten kan likevel lukke rettsmøtet dersom hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende allmenne interesser gjør det nødvendig.»

Etter utvalgets oppfatning er det siste av disse alternativene å foretrekke. Denne formuleringen er enkel og lettfattelig, og vil i tilstrekkelig grad ivareta behovet for en grunnlovsfesting av retten til rettferdig rettergang. Her utformes retten til rettferdig rettergang som et generelt prinsipp, ikke som en individuell rettighet eller som en plikt for staten. Det ligger likevel i den prinsipielle formuleringen at det er den enkelte som har rett til en rettferdig rettergang, og at statens myndigheter må ivareta denne rettigheten. Den enkelte vil således kunne påberope seg bestemmelsen overfor domstolene dersom hun eller han mener at retten til rettferdig rettergang ikke er ivare tatt. Det vil da være opp til domstolene å finne tilfredsstillende løsninger i konkrete saker. For den nærmere forståelsen av hva som menes med rettferdig rettergang, vil det være naturlig å se hen til tidligere nasjonal rettspraksis på området og den omfattende internasjonale praksis på dette området, særlig praksis fra EMD.

I tillegg sikrer den siste formuleringen offentlighet om rettergangen. Etter utvalgets oppfatning er det viktig å få frem også denne siden ved rettergangen. Offentlighetsprinsippet i Grunnloven § 100 femte ledd kan vanskelig sies å dekke den enkeltes krav på en offentlig rettergang. Offentlighet om rettssaker er imidlertid viktig for at allmennheten skal få innsikt i hva som skjer i domstolene. Bare gjennom offentlighet kan det oppnås sikkerhet om at den enkelte har

fått en rettferdig rettergang slik hun eller han har krav på, samtidig som offentligheten vil kunne fungere som et viktig korrektiv for domstolene. Dermed bidrar offentlighet om rettsaker til å oppfylle grunnleggende krav til rettsstaten.

Et krav om offentlighet kan likevel ikke være absolutt. I noen saker vil partene kunne føle et behov for å holde offentligheten utenfor. Kravet om offentlighet er imidlertid ikke bare gitt av hensyn til partene selv, og lest i sammenheng med Grunnloven § 100 femte ledd bør det derfor være en høy terskel for å lukke rettsmøtet. Utvalget finner at dette kort bør presiseres i bestemmelsen, slik at bare hensynet til privatlivets fred og tungtveiende allmenne interesser kan begrunne lukking av rettsmøtet. Denne presiseringen er ment å fange opp det som i dag er rettstilstanden på området. I første rekke er det hensynet til *partenes* privatliv som kan begrunne lukking av rettsmøtet, men formuleringen er ikke ment å utelukke et vern om også andres privatliv. Utvalget vil bl.a. foreslå at det inntas en egen bestemmelse om privatlivets fred, personvern i sin alminnelighet og personopplysningsvern i en ny Grunnloven § 102, jf. kapittel 30. Lest i sammenheng må disse bestemmelsene forstås slik at rettsmøtene også kan lukkes dersom dette skjer for å verne om fornærmedes og vitners privatliv.

23.5.3 DOMSTOLENES UAVHENGIGHET OG UPARTISKHET

Som nevnt tidligere kan kravet om uavhengige domstoler innfortolkes i Grunnloven §§ 88, 90, 96 første punktum og 98. Tilsvarende følger domstolenes uavhengighet av selve maktfordelingslæren.

For den enkelte, enten man er tiltalt i straffesak eller part i en sak mot forvaltningen, er det av avgjørende betydning at domstolene er reelt *uavhengige* av de øvrige statsmakter. Rettergangen kan på ingen måte være rettferdig dersom domstolene for eksempel er underlagt de øvrige statsmakters instruksjonsmyndighet. Slik instruksjonsmyndighet er velkjent i totalitære og despotiske regimer. Selv om domstolene i Norge fungerer uavhengig av de øvrige statsmakter, kan det likevel være et poeng å synliggjøre deres uavhengighet i Grunnloven, nettopp med tanke på å fremheve og styrke selve rettsstaten. På den måten vil enkeltindividene kunne være trygge på at rettergangen ikke er styrt av påtalemyndighet eller forvaltning.

Samtidig vil grunnlovsfesting av uavhengige domstoler etablere en mer balansert fremstilling i Grunnloven av forholdet mellom de tre statsmakter. Da parlamentarismen og regjeringens opplysningsplikt ble skrevet inn i Grunnloven, var begrunnelsen for dette bl.a. ønsket om å gi et mer tidsriktig bilde av forholdet mellom statsmaktene. I lys av dette bør

også domstolenes uavhengige rolle uttrykkelig skrives inn i Grunnloven, for i størst mulig grad å synliggjøre det reelle maktforholdet mellom de tre statsmaktene.

Det har fra tid til annen vært diskutert hva som menes med uavhengige domstoler. Det synes likevel å være enighet om det grunnleggende prinsipp at domstolene eller den enkelte dommer ikke kan instrueres i sine avgjørelser. Dermed skal dommeren ha fritt spillerom til å forme de premisser og de domsslutninger som hun eller han finner riktig på bakgrunn av det eksisterende rettskildematerialet. Noe annet gjelder for de institusjonelle rammene for domstolene, herunder administrativ ledelse, budsjetter og utnevning av dommere. Mens enkelte mener at dette er forhold som kan styres fra forvaltningen, har andre vært av den oppfatning at forvaltningens kontroll med administrative forhold utgjør en trussel mot domstolenes uavhengighet.

I 2002 ble Domstoladministrasjonen opprettet for å flytte administrasjonen av domstolenes arbeid fra Justisdepartementet til et mer uavhengig organ. Domstoladministrasjonen har den administrative styringsfunksjon over domstolene og skal ivareta HMS-arbeid og organisasjons- og lederutvikling i domstolene. I tillegg ble det tatt inn i ny tvistelov av 2005 § 1-1, med ikrafttredelse 1. januar 2008, at domstolene skal være uavhengige og upartiske. Hvorvidt disse tiltakene er tilstrekkelige for å sikre domstolenes uavhengighet, er imidlertid omdiskutert.

Ved siden av domstolenes uavhengighet vil det for den enkelte også være av avgjørende betydning at domstolene opptrer *upartisk*. Dette gjelder ikke bare i saker der den enkelte er tiltalt for en straffbar handling, eller der den enkelte er part i en sak mot forvaltningen. Det vil også være av essensiell betydning i saker der private parter står mot hverandre. Dersom dommere kan la sine sympatier, antipatier, slektskap, vennskap eller nettverksbygging styre det rettslige utfallet av tvister, vil rettsstaten ha liten verdi for den enkelte samfunnsborger. Av disse grunner er kravet om både uavhengige og upartiske domstoler nært forbundet med kravet om en rettferdig rettergang.

Utvalget finner at individets rett til å få sin sak prøvet for en uavhengig og upartisk domstol bør grunnlovsfestes særskilt, og at dette bør komme til uttrykk sammen med retten til en rettferdig rettergang. En slik grunnlovsfesting vil ikke endre dagens rettstilstand. Uavhengige og upartiske domstoler følger av selve maktfordelingslæren – en lære som utvilsomt har konstitusjonell karakter. Hensikten med forslaget om å grunnlovsfeste domstolenes uavhengighet og upartiskhet særskilt er å fremheve og synliggjøre dette grunnleggende rettsstatsprinsipp. En grunnlovsfesting av domstolenes uavhengighet og upartiskhet vil således bare slå fast at dommeren

ikke kan instrueres når hun eller han treffer sin beslutning, og at nære relasjoner og andre forbindelser ikke skal påvirke dommerens beslutning. Hvordan uavhengighet og upartiskhet for domstolene skal sikres, må avgjøres av de politiske myndigheter gjennom en mer detaljert regulering enn det Grunnloven kan gi plass til.

En mulig formulering av domstolenes uavhengighet og upartiskhet kan være:

«Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol.»

Formuleringen får på en enkel måte frem at domstolene skal være uavhengige og upartiske. I tillegg får formuleringen frem det som etter EMK artikkel 6 nr. 1 gjerne har vært omtalt som «access to court».¹⁶² Dette siste innebærer ikke at enhver kverulant gjentatte ganger kan bringe saker inn til behandling for domstolene. I henhold til tvisteloven § 1-3 (2) må det foreligge et reelt behov for å få saken avgjort. Tvistelovens regler vil her være tilstrekkelige for at kravet om å få sin sak avgjort av domstolene er oppfylt. Den foreslåtte formuleringen vil således ikke endre dagens rettstilstand.

I sammenheng med et generelt prinsipp om en rettferdig rettergang og offentlighetsprinsippet kan en felles bestemmelse da lyde:

«Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig. Retten kan likevel lukke rettsmøtet dersom hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende allmenne interesser gjør det nødvendig.»

23.5.4 KRAV TIL DOMSTOLSBEHANDLING INNEN RIMELIG TID

Ved domstolsbehandling innen rimelig tid siktes det til at prøving av saker ikke skal være gjenstand for unødig trenering fra domstolenes side, og at det må legges til rette for at sakene har fremdrift. Dette gjelder selv om en av sakens parter kanskje bevisst forsøker å trenere det hele. Myndighetene må for øvrig stille med ressurser slik at det er mulig å ekspedere de saker som reises for domstolene, med mindre sakene åpenbart er fremsatt i sjikanøst øyemed eller med tanke på å forsinke eller sabotere domstolenes arbeid på annen måte, jf. også tvisteloven § 1-3 (2).

Dersom sakene trekker unødig lenge ut i tid, slik at man kanskje må vente i årevis før straffesaker tar til eller private stevninger behandles, vil dette bidra til å svekke rettsstaten. Særlig alvorlig er dette dersom den enkelte har en mistanke hengende over seg. Manglende mulighet til å renske seg eller gjøre

opp for tidligere feilskjær kan ødelegge den enkeltes muligheter til å skaffe seg arbeid eller opprettholde jobb, inntekt, familie, eiendom el.a.

Det kan imidlertid være vanskelig å sette absolutte frister for domstolsbehandling. Noen saker krever omfattende og langvarig etterforskning, og noen ganger blir involverte aktører sykmeldt, slik at saksgangen går tregere. I tillegg bør noen saker, for eksempel straffesaker og saker som involverer barn, normalt prioriteres fremfor andre saker. Dette kan medføre at andre saker må ligge lenger før de domstolsbehandles. Disse individuelle variasjonene er noe av bakgrunnen for at de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene ikke opererer med absolutte frister for domstolsbehandling, men i stedet fremhever at sakene bør behandles «raskt» eller «innen rimelig tid».

En mulig grunnlovsbestemmelse om krav til rask domstolsbehandling kan enkelt uttrykkes i sammenheng med kravet til uavhengige og upartiske domstoler, og kan for eksempel formuleres på følgende vis:

«Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid.»

En slik formulering vil omfatte både sivile saker og straffesaker, men kravene til «rimelig tid» må likevel forstås strengere på strafferettens område enn for private rettsvister. Det som er «rimelig tid» i sivile saker, vil ikke nødvendigvis være «rimelig tid» i straffesaker. Formuleringen er på dette punkt litt annerledes enn den som følger av forslag til ny § 94 om frihetsberøvelse, jf. kapittel 22. Her foreslås det, i tråd med EMK artikkel 5, at det oppstilles krav om at frihetsberøvelse i form av fengsling skal prøves for domstolene «snarest mulig», og at andre frihetsberøvede som ber om det, skal få prøvet frihetsberøvelsen «uten ugrunnet opphold». De ulike formuleringene er bevisst utformet, i den forstand at «snarest mulig» skal forstås strengest, helst i løpet av 2–3 dager, mens en domstolsbehandling «innen rimelig tid» kan ta flere år dersom forholdene tilsier det.

Sett i sammenheng med de øvrige formuleringene om en rettferdig og offentlig rettergang kan bestemmelsen lyde:

«Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig. Retten kan likevel lukke rettsmøtet dersom hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende allmenne interesser gjør det nødvendig.»

En bestemmelse i Grunnloven som inneholder disse rettergangsgarantiene, vil slå fast en rekke prinsipper som det er naturlig å forstå i sammenheng: For det første vil individene ha rett til å få rettslige tvister, både straffesaker og private søksmål, avgjort av en

¹⁶² Se særlig EMD Golder v. Storbritannia (1975).

domstol. For det andre skal domstolen være uavhengig av de øvrige statsmakter. Dernest skal den enkelte dommer eller domstol være upartisk og således ivareta hensyn som habilitet og nøytralitet. Videre skal domstolen behandle og treffe en avgjørelse i saken innen rimelig tid. Det skal også finne sted en rettergang, dvs. en behandling av saken, forut for domstolens beslutning. Denne rettergangen skal være «rettferdig», dvs. ivareta retten til å la seg representere ved advokat, retten til å bli hørt, retten til tolk osv. Og til sist skal rettergangen være offentlig, med mindre særlige hensyn gjør seg gjeldende.

23.5.5 SÆRLIG OM GRUNNLOVEN § 98

Som nevnt i punkt 23.2 kan det generelle prinsipp om at domstolene skal være uavhengige av de øvrige statsmakter, utledes av bestemmelsen om «sportler» i Grunnloven § 98. I dag fremstår bestemmelsen som lite egnet til å slå fast et prinsipp om uavhengige domstoler, all den tid domstolens ansatte mottar sin lønn fra staten. Domstolens uavhengighet er uansett innfortolket i Grunnloven §§ 88, 90 og 96 første punktum. Grunnloven § 98 er således ikke nødvendig for å sikre prinsippet om uavhengige domstoler i Grunnloven. Bestemmelsen har heller ingen rettslig, politisk eller symbolsk betydning i dag. Det vil derfor ikke ha noe å si for domstolens uavhengighet om bestemmelsen skulle oppheves.

På denne bakgrunn finner utvalget at Grunnloven § 98 bør oppheves. Utvalget foreslår for øvrig at prinsippet om uavhengige domstoler tydeliggjøres i en egen bestemmelse i sammenheng med prinsippet om rettferdig rettergang, jf. punkt 23.5.3 foran. Slik grunnlovsfesting er imidlertid ingen nødvendig forutsetning for å oppheve § 98.

23.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at Grunnloven § 98 oppheves, og at ny Grunnloven § 95 skal lyde:

«Enhver har Ret til at faa sin Sag afgjort af en uafhængig og upartisk Domstol inden rimelig Tid. Rettergangen skal være retfærdig og offentlig. Retten kan imidlertid lukke Retsmødet dersom Hensynet til Parternes Privatliv eller tungtveiende almene Interesser gjøre det nødvendigt.»

24. Vernet på strafferettens område

24.1 Innledende bemerkninger

Et kjernepunkt i den europeiske rettsstatstradisjon er at straff bare kan ilegges som følge av en lovovertrødelse og på bakgrunn av en rettferdig rettergang. Av den grunn tilhører rettigheter som verner om rettskaffenhet for den enkelte i strafferetten og i

straffeprosessen, de helt sentrale rettighetene i vårt samfunn.

Vernet på strafferettens område er sammensatt. Et spesifikt lovskrav på strafferettens område er for eksempel utslag av det generelle legalitetsprinsipp, dvs. at myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha hjemmel i lov. Det generelle legalitetsprinsippet er nærmere behandlet i kapittel 41, mens det spesifikke lovskravet på strafferettens område er behandlet i punkt 24.2.

Et annet viktig prinsipp i strafferetten er at den som er mistenkt eller beskyldt for å ha begått en lovovertrødelse, skal anses uskyldig inntil skyld er bevist etter loven. Denne uskyldspresumsjonen kan også sies å være en del av et mer omfattende prinsipp om at rettergangen skal være rettferdig, men uskyldspresumsjonen strekker seg utover det rene prosessuelle vern, bl.a. fordi offentlige myndigheter er avskåret fra å beskyldte enkeltpersoner for straffbare handlinger uten at myndighetene samtidig sørger for at det reises tiltale, eventuelt meddeles påtaleunnløtelse. Uskyldspresumsjonen er nærmere behandlet i punkt 24.3.

Et tredje prinsipp er at man bare kan straffeforfølges for samme handling én gang, eller at straff bare skal idømmes én gang for samme handling. Prinsippet omtales gjerne som et forbud mot dobbeltstraff («double jeopardy»), og det er nærmere behandlet i punkt 24.4.

Spørsmålet om og eventuelt hvordan prinsippet om rettferdig rettergang bør grunnlovsfestes, er nærmere behandlet i kapittel 23, som er viet spørsmål om grunnlovsfesting av prosessuelle rettigheter, både i og utenfor strafferetten. I dette kapitlet vil utvalget vurdere det særskilte vernet på strafferettens område, herunder lovskravet i strafferetten, uskyldspresumsjonen og forbudet mot dobbeltstraff. Disse straffrettslige skranker vil kunne gi den mistenkte, tiltalte eller domfelte et vern mot overgrep fra myndighetene som er av materiell (innholdsmessig) karakter, ikke bare av prosessuell karakter. Dette utelukker likevel ikke at vernet også kan karakteriseres som et prosessuelt vern om rettferdig rettergang i flere sammenhenger.

I tillegg vil utvalget se nærmere på den nåværende bestemmelsen i Grunnloven § 104. Bestemmelsen gir domfelte et vern mot å bli straffedømt til å avstå fast eiendom og hele sin formue. Bestemmelsen setter dermed materielle skranker for straffens innhold. Det er av den grunn nærliggende å se denne bestemmelsen i sammenheng med de øvrige prinsipper som setter materielle skranker på strafferettens område.

Utvalget vil ikke foreslå å fjerne prinsippene i nåværende § 96 eller § 104. For utvalget er spørsmålet i stedet om lovskravet på strafferettens område og ver-

net mot straffedom på full eiendomsavståelse skal videreføres i Grunnloven i en annen form enn i dag. For disse prinsippene har utvalget nøydt seg med å vurdere om ordlyd og paragrafnummerering bør endres.

24.2 Lovskravet i strafferetten

24.2.1 DAGENS RETTSTILSTAND

Grunnloven § 96 første punktum inneholder i dag både et lovskrav på strafferettens område (*nulla poena sine lege*) og et krav om at straff bare kan ilegges etter dom. Bestemmelsen har stått uendret siden 1814, og den lyder som følger:

«Ingen kan dømmes uten etter Lov, eller straffes uten etter Dom.»

Lovskravet i Grunnloven § 96 første punktum er forstått slik at en straffedom må ha sin primære retts hjemmel i lov.¹⁶³ I norsk rettstradisjon har bestemmelsen videre vært tolket slik at straffetrusselen og gjerningsbeskrivelsen må følge av formell lov gitt i henhold til Grunnloven §§ 76 flg., mens øvrige straffbarhetsvilkår kan følge av forskrift.¹⁶⁴

Grunnloven § 96 har tradisjonelt også vært forstått slik at det ikke er adgang til å straffe med hjemmel i den alminnelige folkeretten. EMK åpner på sin side for dette, gjennom et lignende krav til hjemmel i «law» (rett). Grunnloven § 96 første punktum vil dermed kunne fungere som et vern for den enkelte *mot folkerettens straffebestemmelser*. Problemstillingen har særlig vært aktualisert i forbindelse med forbrytelseskategorier som er definert og utviklet i den alminnelige folkeretten, slik som krigsforbrytelser, folkemord og forbrytelser mot menneskeheten. Utgangspunktet har vært at det ikke kan straffes direkte med hjemmel i folkeretten, bare med hjemmel i formell lov gitt av Stortinget. Dette tradisjonelle synet ble opprettholdt av Høyesterett i den såkalte krigsforbrytersaken i Rt. 2010 s. 1445.¹⁶⁵

Selv om Grunnloven § 96 første punktum i all hovedsak retter seg mot den utøvende og den dømmende makt, inneholder bestemmelsen samtidig en viktig skranke for lovgiver gjennom fortolkningen og forståelsen av «lov». Et utgangspunkt for forståelsen av «lov» må være at det fremgår rimelig klart av lov-

hjemmelen hvilke handlinger som er straffbare, og hvordan disse handlingene vil bli pådømt og straffet. Det er derfor på det rene at straffeansvar ikke kan etableres på grunnlag av analogislutninger fra eksisterende lover.

Analogiforbudet gir imidlertid ingen føringer på hvor strenge krav man må kunne stille til lovens presisjon. Det er flere eksempler i norsk rett på at Høyesterett har gått langt i å tøy ordlyden i enkelte straffebud gjennom utvidende tolkning, for på den måten å straffebelegge handlinger som domstolen finner straffverdige.¹⁶⁶ Mest kjent er kanskje Rt. 1973 s. 433 (Passbåtdommen), men avgjørelsen er ikke et enestående eksempel på at Høyesterett har tøyet ordlyden i straffebestemmelsene langt.¹⁶⁷ I tillegg kan selve ordlyden i mange sammenhenger være så løst formulert at det kan reises spørsmål om lovskravet er oppfylt. Denne problemstillingen ble bl.a. behandlet av Høyesterett i Rt. 1958 s. 479 (Mykle).¹⁶⁸ De seneste årene ser det likevel ut til at Høyesterett ikke har foretatt like utvidende fortolkninger av straffebud som tidligere.¹⁶⁹ Dette kan ha sammenheng med at lovskravet i EMK artikkel 7 er forstått slik at retten på området må være «klar, presis og tilgjengelig», se nærmere punkt 24.2.2.

Ved siden av selve lovskravet i Grunnloven § 96 første punktum inneholder bestemmelsen et krav om at straff skal skje på bakgrunn av dom. Domfellelse overlates dermed til den dømmende makt alene, og ikke til den utøvende eller den lovgivende makt. I tråd med maktfordelingslæren er det her innfortolknet et krav om at domstolene skal være *uavhengige*. I tillegg er det innfortolknet et krav om at domfellelse skal skje på bakgrunn av rettergang der domfelte har rett til å gjøre seg kjent med anklagene og til å imøtegå disse anklagene (kontradiksjon). Se mer om uavhengige domstoler og rettferdig rettergang i kapittel 23.

^{163.} Se for eksempel Jørn Jacobsen, *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*, 2009 s. 317.

^{164.} Se for eksempel Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Matningsdal/Rieber-Mohn 2004 s. 106.

^{165.} Spørsmålet om det er adgang til å straffe med hjemmel i folkeretten, er særlig debattert i forbindelse med Klinge-saken i Rt. 1946 s. 198 og krigsforbrytersaken i Rt. 2010 s. 1445. For mer om Klinge-saken, se Thomas Frøberg, *Kan den strafferettslige klassifikasjonen av en handling gis tilbakevirkende kraft?* Lov og Rett 2008 s. 342-360. Se også Ot.prp. nr. 8 (2007-2008). For mer om krigsforbrytersaken, se Benedikte Moltumyr Høgberg, *Forbud mot tilbakevirkende lover*, 2010 s. 245 flg.

^{166.} I den strafferettslige teori har det lenge vært uttalt at analogisk anvendelse av straffebud er i strid med Grunnloven § 96, mens utvidende tolkning ikke er grunnlovsstridig, se nærmere om tolkning av straffebud i Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave 2004 s. 112 flg., særlig s. 117.

^{167.} Se for eksempel Rt. 1968 s. 1061; Rt. 1970 s. 758; Rt. 1984 s. 91; Rt. 1992 s. 1463 og Rt. 1996 s. 1319.

^{168.} For mer om kravet til presisjon etter Grunnloven § 96, se særlig Jørn Jacobsen, *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*, 2009, s. 331 flg.

^{169.} Se for eksempel Rt. 2009 s. 780. Det er samtidig viktig å se at lovskravet i strafferetten og det vernet lovskravet gir, er sterkt forbundet med hvordan «straff» defineres. Mens norske domstoler tradisjonelt har lagt til grunn lovgivers forståelse av hva som utgjør «straff» ved vurderingen av Grunnloven § 96, er lovgivers forståelse eller lovens klassifisering bare ett av flere momenter i EMDs vurdering av hva som utgjør «straff», se for eksempel EMD Welch v. Storbritannia (1995), jf. punkt 24.4.2. I sin søken etter å tilfredsstille EMDs forståelse av «straff» har Høyesterett selv gitt uttrykk for at domstolen i enkelte saker kan ha gått for langt, se for eksempel Rt. 2006 s. 1409, der praksis etter Rt. 2002 s. 509 reverseres.

Torturforbudet i § 96 annet punktum er nærmere behandlet i kapittel 20.

24.2.2 INTERNASJONALT MENNESKE- RETTIGHETSVERN

Lovskravet i strafferetten fremkommer i sammenheng med tilbakevirkningsforbudet på strafferettens område i Verdenserklæringen artikkel 11 nr. 2. Bestemmelsen lyder:

«No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.»

I FN er Verdenserklæringen artikkel 11 nr. 2 fulgt opp med SP artikkel 15 nr. 1. Bestemmelsen lyder:

«No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of the lighter penalty, the offender shall benefit thereby.»

I Europa er Verdenserklæringen fulgt opp med EMK artikkel 7 nr. 1. Bestemmelsen lyder:

«No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.»

I henhold til EMDs praksis følger det at lovskravet i EMK artikkel 7 nr. 1 innebærer et krav om at straffebudene skal være klare, presise og tilgjengelige. I korthet innebærer dette at den enkelte må ha tilgang til straffelovene, og disse lovene må være utformet på en slik måte at den enkelte med rimelighet kan innrette sin atferd på bakgrunn av lovgivningen. I saken *Sunday Times v. Storbritannia* fra 1979 uttalte EMD bl.a. følgende:

«Secondly, a norm cannot be regarded as a «law» unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.»

Uttalelsene i *Sunday Times*-saken er senere fulgt opp i EMDs praksis, men sakene fra EMD viser at det

skal mye til før domstolen finner at lovskravet er krenket fordi loven ikke er tilstrekkelig klar eller presis.¹⁷⁰

24.2.3 ANDRE LANDS KONSTITUSJONER

I de øvrige nordiske land er det i noen grad tatt hensyn til lovskravet i strafferetten, samt uskyldspresumsjonen. I den *finske* Grundlagen 8 § fremkommer lovskravet i sammenheng med uskyldspresumsjonen og tilbakevirkningsforbudet på strafferettens område. Bestemmelsen lyder som følger:

«Ingen får betraktas som skyldig till ett brott eller dömas till straff på grund av en handling som inte enligt lag var straffbar när den utfördes. För brott får inte dömas till strängare straff än vad som var föreskrivet i lag när gärningen begicks.»

I den *svenske* Regeringsformen følger et lovskrav i strafferetten, tilbakevirkningsforbud på strafferettens område og et legalitetsprinsipp på skatterettens område i 2. Kapittel 10 §. Bestemmelsen lyder som følger:

«Ingen får dömas till straff eller annan brottspåföljd för en gärning som inte var belagd med brottspåföljd när den begicks. Inte heller får någon dömas till svårare brottspåföljd för gärningen än den som var föreskriven då. Vad som föreskrivs här om brottspåföljd gäller även förverkande och annan särskild rättsverkan av brott.»

Skatt eller statlig avgift får ikke tas ut i vidare mån än som følger av föreskrifter som gällde när den omständighet inträffade som utlöste skatt- eller avgiftsskyldigheten. Finner riksdagen att det finns särskilda skäl för det, får en lag dock innebära att skatt eller statlig avgift tas ut trots att lagen inte hade trätt i kraft när omständigheten inträffade, om regeringen eller ett riksdagsutskott då hade lämnat ett förslag om det till riksdagen. Med förslag jämställs ett meddelande i skrivelse från regeringen till riksdagen om att ett sådant förslag är att vänta. Vidare får riksdagen föreskriva undantag från första meningen, om riksdagen finner att det av särskilda skäl krävs i samband med krig, krigsfara eller svår ekonomisk kris.»

I den *islandske* konstitusjonen følger lovskrav og tilbakevirkningsforbud på strafferettens område i sammenheng med uskyldspresumsjonen i § 69. Bestemmelsen lyder i engelsk oversettelse:

«No one may be subjected to punishment unless found guilty of conduct that constituted a criminal offence according to the law at the time when it was committed, or is totally analogous to such conduct. The sanctions may not be more severe than the law permitted at the time of commission.

Death penalty may never be stipulated by law.»

¹⁷⁰ Se bl.a. følgende saker i EMD: *Kokkinakis v. Hellas* (1993); *Cantoni v. Frankrike* (1996); *Achour v. Frankrike* (2006) og *Kafkaris v. Kypros* (2008). Se også *Jacobsen* 2009, s. 338 flg.; *Møse* 2002, s. 396 og *Aall* 2007, s. 98 og 108 flg.

I den *danske* Grundloven finnes ingen bestemmelser som omhandler verken lovskrav og tilbakevirkningsforbud i strafferetten, uskyldspresumsjonen eller forbud mot dobbeltstraff.

I EUs *Charter of fundamental rights* er det i artikkel 49 nr. 1 fastsatt et lovskrav og et tilbakevirkningsforbud på strafferettens område. I tillegg følger det at straffen ikke kan være uproporsjonal, jf. artikkel 49 nr. 3. Artikkel 49 lyder i sin helhet som følger:

«1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national law or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than that which was applicable at the time the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of a criminal offence, the law provides for a lighter penalty, that penalty shall be applicable.

2. This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles recognised by the community of nations.

3. The severity of penalties must not be disproportionate to the criminal offence.»

I tillegg finner man uskyldspresumsjonen i Charterets artikkel 48 nr. 1. Bestemmelsen lyder som følger:

«Everyone who has been charged shall be presumed innocent until proved guilty according to law.»

24.2.4 UTVALGETS VURDERING

Grunnloven § 96 første punktum har hatt stor betydning og slagkraft fra 1814 til i dag. Bestemmelsen fanger opp essensen i lovskravet, nemlig at ingen kan straffedømmes uten hjemmel i lov. I tillegg slår den fast et annet viktig prinsipp, nemlig at den enkelte bare kan straffes på grunnlag av dom. Dermed bærer bestemmelsen med seg en del av både maktfordelingslæren og folkesuverenitetsprinsippet: Den lovgivende makt må ha gitt de lovene som den dømmende makt treffer sine avgjørelser på grunnlag av.

Utvalget finner at lovskravet i strafferetten bør videreføres i Grunnloven, og at dagens rettsstilstand på dette området ikke bør endres. Et alternativ kunne ha vært å la det spesifikke lovskravet på strafferettens område bli omfattet av et generelt legalitetsprinsipp. Det er imidlertid tradisjon for å tolke lovskravet på strafferettens område noe strengere enn man har tolket det generelle kravet til legalitet på de øvrige rettsområder. Dette har sammenheng med at straffereaksjoner rammer den enkelte hardt og kan få store konsekvenser. Den noe ulike tilnærmingen gjør at lovskravet i strafferetten bør ha en selvstendig plass ved siden av et generelt legalitetsprinsipp.

Grunnloven § 96 første punktum er i dag en godt formulert bestemmelse. Det vil trolig være vanskelig å finne en alternativ formulering som fanger opp alle de elementene som formuleringen nå rommer på en like kortfattet og elegant måte. En endring av ordlyden vil også kunne skape tvil om lovskravet i strafferetten videreføres i uendret form.

En mulig endring av ordlyden kunne være å presisere at det er straffedommer som trenger hjemmel i lov, bl.a. for å tydeliggjøre at det ikke er noe lovskrav i sivile saker, for eksempel ved erstatning, hevd, nabotvister mv. Det er imidlertid en to hundre år lang tradisjon for å forstå uttrykket «dømmes» i § 96 første punktum som «straffedømmes», og dette har så langt ikke skapt rettslige problemer. Etter utvalgets oppfatning vil det derfor ha liten hensikt å endre ordlyden i bestemmelsen bare for å foreta en slik presisering.

En annen mulig endring av ordlyden i § 96 første punktum kunne vært å erstatte «Lov» med for eksempel «Lov eller internasjonal rett». Dette vil gjøre det mulig å straffedømme med direkte hjemmel i den alminnelige folkeretten og således bringe § 96 første punktum i overensstemmelse med EMK artikkel 7. Enkelte har særlig fremhevet dette i kjølvannet av Høyesteretts avgjørelse i krigsforbrytersaken. Det er imidlertid viktig å være oppmerksom på at en slik endring i Grunnloven § 96 første punktum vil medføre at rettsstilstanden på området endres radikalt. Den vil åpne for at norske domstoler kan straffedømme uten at Stortinget har vedtatt formell lov i henhold til Grunnloven §§ 76 flg. I stedet kan domstolene vise til den internasjonale rett som hjemmel for straffeansvar.

Det er utvalgets oppfatning at en slik endring i § 96 første punktum ikke vil være heldig. Den kan i prinsippet sette stortingsflertallets vilje, alternativt grunnlovsflertallets vilje, på sidelinjen i et så viktig spørsmål som hvilke handlinger som bør belegges med straff, og hvordan dette bør gjøres. Bare i beskjeden grad vil Norge ha mulighet til å påvirke den fremtidige utviklingen i folkeretten på dette området. I denne sammenhengen gir derfor Grunnloven § 96 første punktum den mistenkte et bedre vern enn de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene, i og med at § 96 stiller krav om formell lov for å straffedømme. Det kan likevel ikke utelukkes at utviklingen i den internasjonale strafferett primært har som formål å verne om ofrene for straffverdige handlinger, og at dette i noen grad bør spille inn ved vurderingen av hvilke handlinger som bør belegges med straff, og hvordan dette skal skje. I tråd med både maktfordelingslæren og folkesuverenitetsprinsippet finner utvalget likevel at dette er forhold som Stortinget må ta stilling til ved lov, fortrinnsvis etter en bred vurdering av hvordan den internasjonale

strafferetten bør ivaretas i nasjonal rett. Det formelle lovskravet i § 96 første punktum bør derfor videreføres.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at Grunnloven § 96 første punktum videreføres i uendret form, men i et nytt første ledd til § 96, slik:

«Ingen kan dømmes uten etter Lov, eller straffes uten etter Dom.»

24.3 Uskyldspresumsjonen

24.3.1 DAGENS RETTSTILSTAND

Til forskjell fra lovskravet i strafferetten er uskyldspresumsjonen ikke omtalt i Grunnloven. Prinsippet følger bl.a. av EMK artikkel 6 nr. 2 og SP artikkel 14 nr. 2, begge inntatt i menneskerettsloven av 1999.

Foruten konvensjonsbestemmelsene er uskyldspresumsjonen ikke kommet direkte til uttrykk i den ordinære lovgivning. Prinsippet fremkommer først og fremst indirekte, og har gitt seg utslag på flere forskjellige måter. I straffeprosessloven av 22. mai 1981 nr. 25 § 119 og § 216i og i politiloven av 8. april 1995 nr. 53 § 17f oppheves bl.a. taushetsplikt for å forhindre at uskyldige skal bli domfelt. Videre uttrykker straffeprosessloven § 305 at det ved bevisvurderingen skal legges til grunn de bevis som er ført under hovedforhandling.

I norsk rett har uskyldspresumsjonen bl.a. gitt seg utslag i at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.¹⁷¹ Høyesterett uttalte bl.a. i Rt. 1998 s. 1945:

«Prinsippet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode er et gammelt og grunnleggende rettsikkerhetsideal. Dette er blant annet kommet til uttrykk i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 6 nr 2 hvor det er fastslått at enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal 'antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven' ('uskyldspresumsjonen'). Begrunnelsen for prinsippet er at konsekvensene av en uriktig fellende dom er mye større enn en uriktig frifinnelse.»¹⁷²

I hovedsak har Høyesterett de siste ti årene tatt utgangspunkt i EMK artikkel 6 nr. 2 ved vurderingen av om uskyldspresumsjonen er overtrådt. Dette er trolig i mangel av en tilsvarende bestemmelse i annen norsk lovgivning.

24.3.2 INTERNASJONALT MENNESKERETTIGHETSVERN

Uskyldspresumsjonen er nærmere formulert i Verdenserklæringen artikkel 11 nr. 1. Bestemmelsen lyder som følger:

«Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.»

Uskyldspresumsjonen er videreført i SP artikkel 14 nr. 2. Bestemmelsen lyder:

«Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.»

Uskyldspresumsjonen står også sentralt i EMK artikkel 6 nr. 2. Denne bestemmelsen og SP artikkel 14 nr. 2 er nær identisk formulert. EMK artikkel 6 nr. 2 lyder:

«Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.»

Slik uskyldspresumsjonen har vært tolket av EMD og Høyesterett, vil ingen kunne anses skyldig med mindre det foreligger fellende dom avsagt i samsvar med lovens krav. Det er i den forbindelse ikke tiltalte selv som skal bevise sin uskyld, men påtalemyndigheten som skal bevise tiltaltes skyld utover enhver rimelig tvil.¹⁷³ En annen viktig side ved uskyldspresumsjonen er at det er den som har begått handlingen, ikke andre, som skal straffedømmes for handlingen.

Videre er det et sentralt element i uskyldspresumsjonen at når man er frifunnet for en handling med rettskraftig virkning, skal ikke domstolene i samme eller senere avgjørelser uttrykke seg slik at det etableres tvil om riktigheten av frifinnelsen. For norske forhold har problemstillingen særlig vært reist i forbindelse med saker om erstatningsansvar for handlinger man er strafferettslig frifunnet for. EMD har ikke utelukket muligheten for slike erstatningskrav, men har slått fast at domstolene ved ileggelse av erstatning ikke kan så tvil om riktigheten av den frifinnende avgjørelsen. For overtredelse av disse utgangspunktene har Norge blitt domfelt fire ganger i EMD.¹⁷⁴ Tilsvarende problemstillinger har oppstått der den

^{171.} Se for eksempel Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess bind I*, 1994, s. 162-163.

^{172.} Rt. 1998 s. 1945, på s. 1947.

^{173.} Se for eksempel Rt. 2010 s. 655 avsnitt 17. Det har imidlertid vært reist spørsmål om skyldkravet må være oppfylt for alle sider ved den objektive gjerningsbeskrivelsen. I Rt. 2005 s. 833 kom Høyesterett til at det fulgte av uskyldspresumsjonen i EMK at villfarelse om fornærmedes alder ikke kunne lede til domfellelse for seksuell omgang med barn under 14 år, selv om slik villfarelse etter ordlyden ikke fritok for straff, jf. straffeloven § 195 tredje ledd. EMD kom imidlertid til et annet resultat i *G. v. Storbritannia* (2011). I denne saken forelå tiltale for seksuell omgang med barn under 13 år, og EMD fant at uskyldspresumsjonen ikke var til hinder for å domfelle den som var i villfarelse om barnets alder.

^{174.} Se EMDs avgjørelser i *Orr v. Norge* (2008), *Y v. Norge* (2003), *Hammeren v. Norge* (2003) og *O v. Norge* (2003).

objektive gjerningsbeskrivelsen i flere straffebud er nokså likeartet, men likevel ikke sammenfallende.¹⁷⁵

EMK artikkel 6 nr. 2 er forstått slik at den verner om både fysiske og juridiske personer.¹⁷⁶

Hva gjelder vernet om uskyldspresumsjonen i andre lands konstitusjoner, er dette omtalt i punkt 24.2.3 foran.

24.3.3 UTVALGETS VURDERING

Prinsippet om at det bare er den skyldige som skal straffes, er grunnleggende i enhver rettsstat. For den enkelte vil det kunne være helt ødeleggende dersom man domfelles for handlinger man ikke har begått. Et regime som straffer uskyldige, skaper frykt og angst. Og for samfunnet vil kriminalitetsbekjempelsen være mindre effektiv dersom uskyldige straffes, mens skyldige går fri. Det er derfor av sentral betydning at statsmaktene verken straffefølgjer eller domfeller uskyldige. Ved etterforskning, påtale og domfellelse er det viktig at den utøvende og den dømmende makt forholder seg objektivt til bevismateriale og bekjemper forutinntatte holdninger for å redusere risikoen for at uskyldige straffedømmes.

Uskyldspresumsjonen vil imidlertid ikke være en garanti for at uskyldige aldri blir domfelt. Av den grunn er det viktig at det samtidig er adgang til å få saker gjenåpnet dersom nye og avgjørende bevis kommer til.

Uskyldspresumsjonen er nært knyttet til lovskravet på strafferettens område. Lovskravet vil tape mye av sitt effektive menneskerettighetsvern dersom domfellelse skjer uten at det er ført tilstrekkelig bevis for skyld. Uskyldspresumsjonen blir på mange måter en viktig forutsetning for at lovskravet skal kunne gi et tilstrekkelig vern på strafferettens område.

På denne bakgrunn finner utvalget at uskyldspresumsjonen bør grunnlovsfestes, og at slik grunnlovsfesting bør skje i sammenheng med lovskravet i strafferetten. Utvalget foreslår derfor at uskyldspresumsjonen inntas som et nytt annet ledd til Grunnloven § 96. Forslaget vil ikke medføre noen endring i rettsstilstanden, utover det forhold at uskyldspresumsjonen vil sikres på grunnlovs nivå. Den nærmere grensen for når uskyldspresumsjonen er overtrådt, må fortsatt trekkes opp på bakgrunn av nasjonal og internasjonale praksis på området.

Uskyldspresumsjonen kan formuleres på følgende måte:

«Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.»

(eller)

«Ingen skal anses skyldig før skyld er bevist etter loven.»

Utvalget finner at formuleringen «enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven» uttrykker uskyldspresumsjonen på en dekkende og lettfattelig måte. Språklig vil formuleringen passe godt sammen med den allerede eksisterende formuleringen i § 96 første punktum om at ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom. Samtidig finner utvalget at formuleringen vil passe bedre inn sammen med § 96 første punktum enn for eksempel med kravet til rettferdig rettergang i forslag til ny § 95. Det er riktignok en utvilsom sammenheng mellom retten til rettferdig rettergang og uskyldspresumsjonen, men retten til rettferdig rettergang gjelder for alle rettssaker, mens uskyldspresumsjonen kun kommer til anvendelse i straffesaker. De særlige strafferettslige forhold bør da samles i en utvidet § 96, mens de generelle reglene som gjelder for alle saker, bør omtales i ny § 95.

Den foreslåtte formuleringen til ny § 96 annet ledd vil ikke gå lenger enn det som allerede følger av gjeldende rett. Formuleringen vil i stedet oppsummere i én setning de ulike sidene ved uskyldspresumsjonen, herunder særlig at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Slik vil denne enkle setningen kunne bidra til å befeste et særlig viktig rettsstatsprinsipp i Grunnloven.

24.4 Forbud mot dobbeltstraff

24.4.1 DAGENS RETTSTILSTAND

Forbudet mot dobbeltstraff (*ne bis in idem*) kan formuleres på flere måter, for eksempel som et prinsipp om at den enkelte ikke skal straffefølges for samme handling mer enn én gang, eller som et prinsipp om at den enkelte ikke skal idømmes straff for samme handling mer enn én gang.

Uavhengig av innfallsvinkel er ingen av disse variantene å gjenfinne i Grunnloven. I dag blir konkrete saker angående spørsmål om dobbeltstraff først og fremst løst under henvisning til forbudet mot dobbeltstraff i EMK tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 (P7-4),¹⁷⁷ inntatt som en del av menneskerettsloven av 1999, se nærmere punkt 24.4.2.

Tanken om at man bare kan straffefølges én gang for samme handling, har hatt solid fotfeste i norsk strafferettstradisjon, også forut for menneskerettsloven. Når ankemulighetene er uttømt eller fristen for videre anke har løpt ut, taler man gjerne om at

¹⁷⁵. Se særlig Rt. 2007 s. 40, som omhandler forholdet mellom voldtekt og seksuell omgang med mindreårig under 16 år.

¹⁷⁶. Se nærmere Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2007 s. 368.

¹⁷⁷. Se også Jon Petter Rui, *Forbudet mot gjentatt straffefølgning*, 2009 s. 19. Den historiske utviklingen av forbudet mot gjentatt straffefølgning i Danmark og Norge er redegjort for på s. 113-119.

en dom er rettskraftig. At en dom er rettskraftig, vil normalt ha den konsekvens at saken ikke kan ankes videre eller gjenåpnes. Påtalemyndigheten er samtidig avskåret fra å reise ny sak om samme forhold, jf. særlig straffeprosessloven § 51.

Straffeprosessloven kapittel 27 åpner imidlertid for enkelte unntak fra disse utgangspunktene. En straffesak kan for eksempel gjenåpnes til gunst for domfelte, jf. §§ 391-392. I så fall kommer man ikke i konflikt med forbudet mot dobbeltstraff. Videre kan en straffesak gjenåpnes dersom det dukker opp nye bevis, eller det viser seg at tiltalte på ulovlig vis har påvirket rettergangen, jf. § 393. Ved slik gjenåpning av straffesaken vil saken bli berammet til ny fullstendig behandling for domstolene, jf. § 400. Heller ikke disse bestemmelsene vil komme i konflikt med EMKs forbud mot dobbeltstraff, jf. punkt 24.4.2.

Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i straffeprosessloven gjelder som utgangspunkt bare innenfor norsk jurisdiksjon, noe som innebærer at forbudet kun kommer til anvendelse dersom den første straffeforfølgningen fant sted i Norge. Norge har imidlertid inngått traktater der andre staters rettskraftige avgjørelser skal legges til grunn for vurderingen av om det foreligger gjentatt straffeforfølgning i Norge. Traktatene er inntatt som norsk rett gjennom straffeloven § 12a. Særlig aktuell er traktaten som er inngått med de øvrige Schengen-landene. Schengenavtalen artikkel 54 og 55 forbyr som hovedregel gjentatt straffeforfølgning dersom vedkommende er domfelt, og dommen er fullbyrdet i et annet Schengen-land.¹⁷⁸

24.4.2 INTERNASJONALT MENNESKERETTIGHETSVERN

Det følger av EMK tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 (P7-4) nr. 1 at ingen skal straffeforfølges eller dømmes for samme handling mer enn én gang. P7-4 nr. 2 åpner likevel for unntak fra dette utgangspunktet ved gjenåpning av saker. Slik gjenåpning kan skje dersom det foreligger nye bevis i saken, eller det har skjedd alvorlige feil under behandlingen av straffesaken. Bestemmelsen lyder i sin helhet som følger:

«1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.

2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental de-

fect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.

3. No derogation from this Article shall be made under Article 15 of the Convention.»

Et lignende forbud mot dobbeltstraff finnes også i SP artikkel 14 nr. 7. I motsetning til EMK P7-4 er gjenåpning av straffesaker ikke eksplisitt unntatt i denne bestemmelsen. Av den grunn reserverte Norge seg mot SP artikkel 14 nr. 7 ved tiltredelse til konvensjonen. Bestemmelsen er derfor heller ikke inkorporert i menneskerettsloven, jf. menneskerettsloven § 2, der det heter at konvensjonene inntatt i menneskerettsloven kun gjelder som norsk rett «i den utstrekning de er bindende for Norge».

En konsekvens av Norges reservasjon mot SP artikkel 14 nr. 7 er at det i første rekke har vært EMK P7-4 som har vært vurdert av norske domstoler i saker angående dobbeltstraff. Ved tolkningen av hvorvidt dobbeltstraff foreligger i henhold til P7-4, har EMD oppstilt fem vilkår som alle må være oppfylt (kumulative vilkår): Sakene må dreie seg om straffeforfølgning, de må gjelde det samme straffbare forhold, den første saken må være endelig avgjort, den andre saken må anses som gjentatt forfølgning, og sakene må rette seg mot det samme rettssubjekt. Disse fem vilkårene er også vurdert av Høyesterett i saker vedrørende eventuell dobbeltstraff.¹⁷⁹

Det har særlig hersket en del usikkerhet i norsk rett om hvor langt forbudet mot dobbeltstraff strekker seg i relasjon til forvaltningssanksjoner. Slike sanksjoner kan enten gå ut på tilleggsskatt, konkurssanksjoner el.a. Et kjennetegn ved slike forvaltningssanksjoner er at de ofte kommer i tillegg til ordinær straff som bøter eller fengsel.

Et sentralt spørsmål i disse sakene har vært hvorvidt forvaltningens avgjørelser kan karakteriseres som «straff» («criminal proceedings»). I den forbindelse har det vært diskutert hvorvidt forståelsen av straffebegrepet etter EMK P7-4 er sammenfallende med forståelsen av straffebegrepet etter EMK artikkel 6 (rettferdig rettergang og uskyldspresumsjon) og artikkel 7 (lovskrav og tilbakevirkningsforbud). I de fleste saker synes EMD å ha lagt til grunn en felles forståelse av «straff», og dette er fulgt opp av Høyesterett.¹⁸⁰ Høyesterett har dermed tatt utgangspunkt i de fem vurderingskriterier som opprinnelig ble oppstilt av EMD i forbindelse med tolkningen av uttrykket «straff» etter EMK artikkel 6 (rettferdig rettergang) i saken Engel m.fl. v. Nederland fra 1976.¹⁸¹

¹⁷⁹. Se bl.a. Rt. 2010 s. 1121 avsnitt 22.

¹⁸⁰. Se Rt. 2010 s. 1121 avsnitt 37-43. Se for øvrig Rui 2009 s. 147 flg.

¹⁸¹. Se særlig EMDs avgjørelser i Engel m.fl. v. Nederland (1976) og Welch v. Storbritannia (1995). For mer om straffebegrepet, se særlig Asbjørn Strandbakken, *Grunnloven* § 96, Jussens Venner 2004 s. 166-215, på s. 168 flg.

¹⁷⁸. Se Convention Implementing the Schengen Agreement (CISA). For mer om Schengenavtalens forbud mot gjentatt straffeforfølgning, se Rui 2009, særlig s. 21-22, 58-63, 132-133 og 209 flg.

Engel-kriteriene representerer ikke kumulative vilkår, men er ment å danne basis for vurderingen av om straff foreligger. Det som skal vurderes, er hvorvidt reaksjonen kommer som følge av en straffbar handling, hva formålet med reaksjonen er, hvordan forholdet er karakterisert i nasjonal rett, hva som er bakgrunnen for at reaksjonen er inntatt i lovverket og reaksjonens alvorlighetsgrad.

På bakgrunn av disse kriteriene har EMD slått fast at administrative bøter og gebyrer, konfiskering og inndragning etter nærmere omstendigheter *kan* utgjøre straff. EMD har på den annen side slått fast at permanent utvisning ikke er å regne som straff.¹⁸² Disse utgangspunktene er fulgt opp av Høyesterett og lovgiver,¹⁸³ og de ligger til grunn for Riksadvokatens retningslinjer om tilleggsskatt som dobbeltstraff av 3. april 2009.

Ved siden av vurderingen av om forvaltningens sanksjoner utgjør «straff», vil det være av sentral betydning for den samlede vurderingen av om dobbeltstraff foreligger, hvor nært i tid myndighetenes reaksjoner kommer. Et grunnleggende hensyn bak forbudet mot dobbeltstraff er at den enkelte skal få mulighet til å legge saker bak seg, på den måten at det ikke åpnes ny forfølgning av det samme forholdet på senere tidspunkter. Dersom påtalemyndighetenes og forvaltningens forfølgning skjer parallelt eller i nær sammenheng med hverandre, vil dette hensynet ikke slå til. I Rt. 2010 s. 1121 kom for eksempel Høyesterett, med støtte i EMDs praksis, til at tilleggsskatt ikke var i strid med forbudet mot dobbeltstraff, fordi det ikke kunne være «tvilsomt at det foreligger en tilstrekkelig saklig og tidsmessig sammenheng» mellom påtalemyndighetenes og forvaltningens forfølgning.¹⁸⁴ Av denne avgjørelsen følger at det på en ingen måte er automatikk i at forvaltningssanksjoner sperrer for ordinær straffefølgning, eller motsatt. Hvorvidt dobbeltstraff foreligger, vil bero på en nærmere vurdering av de kriteriene som er oppstilt av EMD.

24.4.3 UTVALGETS VURDERING

I likhet med uskyldspresumsjonen er forbudet mot dobbeltstraff en viktig forutsetning for et effektivt lovskrav på strafferettens område. Uten et forbud mot dobbeltstraff i strafferettspleien vil påtalemyndigheten og domstolene i prinsippet kunne forfølge og domfelle den enkelte en rekke ganger under henvisning til den samme lovovertrædelsen. Dette vil etablere en usikkerhet i befolkningen som på sikt vil

undergrave tilliten både til strafferettspleien og rettsstaten.

Forbudet mot dobbeltstraff er samtidig av grunnleggende betydning for den enkeltes forutsigbarhet. Dette gjelder både behovet for å kunne forutse konsekvensene av sine handlinger, behovet for å legge forhold bak seg, og mulighetene til å starte på nytt eller gå videre med livet sitt. Gjentatt straff for samme forhold vil i tillegg oppleves som grunnleggende urettferdig, kanskje også som vilkårlig, både for den som rammes, og for de som er vitne til at det skjer. Forbudet mot dobbeltstraff må på denne bakgrunn forstås som en av de helt sentrale rettssikkerhetsgarantiene i samfunnet.

På dette grunnlag finner utvalget at forbudet mot dobbeltstraff bør grunnlovsfestes, og da i sammenheng med lovskravet og uskyldspresumsjonen i en utvidet § 96. Utvalget finner i den forbindelse grunn til å presisere at forslag til grunnlovsfesting av forbud mot dobbeltstraff gjelder et grunnleggende prinsipp. Utvalget mener ikke å ta stilling til hvordan man bør trekke opp de eksakte grensene for en slik grunnlovsbestemmelse, herunder spørsmål om hvordan «straff», «samme forhold», «tidsmessig nærhet» eller annet skal forstås. Utvalget vil samtidig påpeke at det bare er et fåtall av saker hvor det er særlig vanskelig å ta stilling til disse vurderingskriteriene. At disse sakene av og til dukker opp for domstolene, tilsier ikke at det sentrale rettssikkerhetsprinsipp som forbudet mot dobbeltstraff er, bør utelates fra Grunnloven.

Man ser også at EMD og Høyesterett er i ferd med å avklare en del utgangspunkter for hvordan den nærmere grensen rundt forbudet mot dobbeltstraff skal trekkes opp. Grunnlovsfesting av rettsstatsprinsippet om at ingen skal straffes to ganger for samme handling, vil for eksempel ikke avskjære muligheten for å ilegge rimelige og saklige forvaltningssanksjoner. At det kanskje kan hevdes at praksis på området ikke helt har «satt seg» ennå, skyldes ikke at forbudet mot dobbeltstraff ikke er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti. Dette skyldes trolig at omfanget av forvaltningssanksjoner har økt de siste tiårene i takt med den sterke utbyggingen av en sentral og lokal forvaltning. Det må derfor forventes at det også tar noe tid før det opparbeides en entydig praksis på området.

Når man skal ta stilling til slike problemstillinger etter en eventuell ny grunnlovsbestemmelse om forbud mot dobbeltstraff, må dette skje i lys av *tidligere praksis* fra Høyesterett og EMD, samt i lys av *formålet* med forbudet mot dobbeltstraff. En grunnlovsfesting av forbudet mot dobbeltstraff vil således ikke endre dagens rettstilstand.

Mulige formuleringer av forbudet mot dobbeltstraff i Grunnloven kan være:

^{182.} Se EMDs avgjørelser i Szabo v. Sverige (2006) og Csozászki v. Sverige (2006).

^{183.} Se Ot.prp. nr. 82 (2008-2009) Om lov om endringer i ligningsloven mv. (tilleggsskatt), punkt 5. Her gis samtidig en oversiktlig utdyping av rettstilstanden på området.

^{184.} Rt. 2010 s. 1121 avsnitt 54.

«Ingen kan straffeforfølges for samme handling mer enn én gang.»

(eller)

«Ingen kan straffeforfølges mer enn én gang for samme handling.»

Disse formuleringene vil ikke direkte fange opp unntaket for gjenåpning av straffesaker, og dette må i så fall innfortolkes. Dersom det kommer nye bevis, vil man i dag ha mulighet til å gjenåpne sak mot personer som er frifunnet eller domfelt for handlingen. I realiteten vil slik gjenåpning innebære at man straffeforfølger vedkommende for annen gang. Det er disse situasjonene EMK P7-4 eksplisitt har gjort unntak for i bestemmelsens nr. 2.

For å unngå uklarhet omkring gjenåpningsproblematikken kan man formulere forbudet mot dobbeltstraff på en litt annen måte. Alternative formuleringer kan være:

«Ingen kan idømmes straff mer enn én gang for samme handling.»

(eller)

«Ingen kan straffedømmes for samme handling mer enn én gang.»

(eller)

«Ingen kan straffes mer enn én gang for samme handling.»

Disse tre formuleringene knytter ikke forbudet mot dobbeltstraff til straffeforfølgningen, men til selve straffedommen eller straffen. Formuleringene kan derfor tenkes å gi et noe snevrere vern enn konvensjonene, nettopp fordi det ikke settes forbud mot å straffeforfølge den enkelte flere ganger for samme handling. For å bøte på dette kan et tredje alternativ formulere både hovedregelen og unntaket i EMK P7-4, for eksempel slik:

«Ingen kan straffeforfølges mer enn én gang for samme handling, med mindre saken gjenåpnes etter nærmere bestemmelser fastsatt ved lov.»

En slik formulering vil fange opp ilagte administrative sanksjoner som, etter en nærmere vurdering, må karakteriseres som «straffeforfølgning». Formuleringen er imidlertid ikke til hinder for at den utmålte straffen kan innebære ulike sanksjonstyper, for eksempel både fengsel og tap av førerkort. I tillegg vil formuleringen tydeliggjøre at sakene kan gjenåpnes, men bare etter nærmere bestemmelser fastsatt ved lov. Ulempen med formuleringen er likevel at forbudet mot dobbeltstraff på sett og vis uthules når det eksplisitt vises til at saker kan gjenåpnes

etter bestemmelser fastsatt ved lov. I prinsippet kunne man derfor tenke seg at gjenåpningsinstituttet blir benyttet til å omgå forbudet mot dobbeltstraff.

Av disse ulike alternativene foretrekker utvalget formuleringen «ingen kan straffes mer enn én gang for samme handling». Etter utvalgets oppfatning vil denne formuleringen gi uttrykk for et grunnleggende prinsipp. Det essensielle i forbudet mot dobbeltstraff er nettopp at man ikke skal straffes to eller flere ganger for samme handling. Det er viktig at saker kan gjenåpnes, og at administrative sanksjoner etter omstendighetene kan ilegges. En formulering som denne knytter ikke forbudet mot dobbeltstraff til verken straffeforfølgningen eller straffedommen, men knytter forbudet sammen med gjennomføringen av straffen. Dermed blir det åpenbart at saker kan gjenåpnes til ulempe for den enkelte dersom man i første omgang ble frifunnet og det i ettertid kommer til nye bevis. I tillegg vil formuleringen også åpne for at man kan straffeforfølge nordmenn som har unndratt seg den straffen de er idømt i et annet land.

Etter sin ordlyd vil den foretrukne formuleringen strengt tatt ikke stenge for at myndighetene reiser sak om det samme forholdet igjen og igjen. Men så lenge straffen bare kan gjennomføres én gang, følger det implisitt at videre straffeforfølgning vil være avskåret når straffen er fullbyrdet.

Utvalget foreslår at formuleringen «ingen kan straffes mer enn én gang for samme handling» inntas som et nytt tredje ledd til § 96.

24.5 Vern mot full eiendomsavståelse – Grunnloven § 104

24.5.1 DAGENS RETTSTILSTAND

Grunnloven § 104 knesetter et forbud mot å inndra fast eiendom og hele den samlede formue som straff for kriminelle handlinger. Bestemmelsen har stått uendret siden 1814, og lyder som følger:

«Jord og Boslod kan i intet Tilfælde forbyrdes.»

Med uttrykket «Jord» siktes det til fast eiendom, og med uttrykket «Boslod» siktes det til den enkeltes samlede formue.

At inndragning av fast eiendom og den samlede formue ikke kan benyttes som straff overfor den som har begått kriminelle handlinger, var i utgangspunktet begrunnet i hensynet til den domfeltes familie og pårørende. Grunnloven § 104 var dermed ment å verne mot at straffen også skulle ramme domfeltes pårørende direkte. Bestemmelsen strekker seg således noe lengre enn selve uskyldspresumsjonen. I henhold til uskyldspresumsjonen vil straff ikke kunne ilegges andre enn den som har begått den straffbare handling.

Prinsippet i Grunnloven § 104 verner likevel i noen grad også domfelte selv, ved at det settes absolutte skranke for hva straffen kan innebære. I dag kan dette begrunnes med et grunnleggende strafferettslig prinsipp om at straffen skal være forholdsmessig. Det kan samtidig begrunnes med at domfeltes mulighet for å vende tilbake til samfunnet som en hederlig samfunnsdeltaker etter endt fengselsopphold reduseres drastisk dersom han i mellomtiden har blitt fratatt fast eiendom og den samlede formue. I noen grad må også forbudet mot å frata noen fast eiendom som straff leses i sammenheng med bestemmelsen om ekspropriasjonserstatning i Grunnloven § 105.

Prinsippet i Grunnloven § 104 er per i dag ivare tatt i straffelovgivningen. I straffeloven 1902 § 27 og straffeloven 2005 § 53 heter det at det skal tas hensyn til lovbrüterens økonomiske forhold ved utmåling av bøtstraff. Straffeloven 2005 § 53 annet ledd første punktum lyder som følger:

«Ved utmåling av bot skal det ved siden av slike forhold som i alminnelighet tillegges vekt ved straffutmålingen, legges vekt på lovbrüterens inntekt, formue, forsørgelsesbyrde, gjeldsbyrde og andre forhold som påvirker den økonomiske evnen.»

Grunnloven § 104 har aldri vært påberopt for Høyesterett, men bestemmelsen kan i prinsippet tenkes å få betydning dersom inndragning eller bøter blir av en slik størrelsesorden at det i praksis medfører tap av den samlede formue. I straffeloven av 1902 §§ 34 og 34a finnes for eksempel dagens regler om inndragning av utbytte fra straffbar handling og *utvidet* inndragning av utbytte fra straffbar handling.¹⁸⁵ Formålet med utvidet inndragning er at påtalemyndigheten ikke trenger å konkretisere at utbyttet stammer fra en bestemt straffbar handling i de tilfeller hvor det er tale om alvorlig kriminalitet.¹⁸⁶ I disse tilfellene snus bevisbyrden, slik at den domfelte må sannsynliggjøre at verdiene han er i besittelse av, ikke er utbytte fra straffbare handlinger.

I forbindelse med forslag til utvidet inndragning ble forholdet til Grunnloven § 104 vurdert. Justisdepartementet konkluderte den gang med at utvidet inndragning ikke ville være i strid med grunnlovsbestemmelsen, siden formålet ikke er å påføre et straffeonde, «men at lovbrüterten skal miste den uberettigede fordel han har skaffet seg ved en straffbar handling».¹⁸⁷

24.5.2 INTERNASJONALT MENNESKERETTIGHETSVERN

Vernet i Grunnloven § 104 har ingen tilsvarende bestemmelser i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. De internasjonale menneskerettighetsbestemmelsene setter i liten utstrekning skranke for hva straffen kan innebære. Slike skranke finnes først og fremst i forbud mot dødsstraff, tortur, slaveri og tvangsarbeid, jf. EMK artikkelene 2 til 4. Se nærmere kapittel 19-21 for en redegjørelse av dette vernet.

I en viss utstrekning vil eiendomsrettsvernet i EMK P1-1 kunne verne domfelte ved at det oppstilles krav om kompensasjon for inngrep i eiendomsretten. Dette har sammenheng med at en overdragelse av eiendomsrett en bloc som straff trolig vil komme i konflikt med EMK P1-1. For mer om EMK P1-1, se kapittel 33. For øvrig kan uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 unntaksvis tenkes å være aktuell dersom straffen rammer den domfeltes familie urmelig hardt.

24.5.3 UTVALGETS VURDERING

Grunnloven § 104 har en gammelmodig formulering, og den er vanskelig å forstå uten kjennskap til hva bestemmelsen er ment å verne om. Bestemmelsen har sitt opphav i en tid hvor frykten for en sterk kongemakt var stor, og hvor tap av eiendom og formue var en vanlig avstraffelsesmetode i Europa. I en tid med mer humane avstraffelser har bestemmelsen i noen grad mistet sin praktiske betydning som skranke for statsmaktene.

I noen situasjoner vil uskyldspresumsjonen kunne gi et tilsvarende vern som Grunnloven § 104. Så lenge straffen ikke kan knyttes direkte til andre enn den som er skyldig, vil et fullstendig tap av eiendom som straff ofte være utelukket. Tilsvarende kan det tenkes at Grunnloven § 105 og EMK P1-1 delvis vil dekke opp for § 104 dersom denne bestemmelsen skulle oppheves. Men all den tid det ikke foreligger praksis om avståelse av eiendom som straff etter § 105, er det vanskelig å gi noen sikker antydning om hvilket vern § 105 potensielt vil kunne gi. Det er nok trolig at vernet mot full eiendomsavståelse etter § 104 strekker seg utover det vern som uskyldspresumsjonen og § 105 vil kunne gi.

I utgangspunktet er vernet mot full eiendomsavståelse som straff ikke kommentert i de internasjonale konvensjonene, og det har heller ikke vært et særlig aktuelt tema i norsk rett. Det er derfor lite trolig at utvalget ville foreslått grunnlovsfesting av en slik rettighet dersom dette ikke allerede var gjort i 1814. Med bakgrunn i utvalgets mandat om å styrke menneskerettighetenes stilling i Grunnloven vil utvalget ikke foreslå å oppheve Grunnloven § 104 uten at bestemmelsen erstattes med et tilsvarende

^{185.} Se også straffeloven av 2005 §§ 67 og 68.

^{186.} Se Ot.prp. nr. 8 (1998-1999) s. 67.

^{187.} Se Ot.prp. nr. 8 (1998-1999) s. 32.

grunnlovsværn. Utvalget foreslår derfor å videreføre selve prinsippet i bestemmelsen, men foreslår at det videreføres i en mer tilgjengelig språkdrakt og i sammenheng med det øvrige vernet på strafferettens område i Grunnloven § 96. Dette forutsetter at § 104 i sin nåværende form oppheves.

Dersom Stortinget ønsker å videreføre prinsippet i Grunnloven § 104 i et nytt fjerde ledd til Grunnloven § 96, foreslår utvalget følgende formuleringer:

«Ingen kan straffedømmes til å avstå fast eiendom eller overdra sin samlede formue.»

(eller)

«Ingen kan straffedømmes til å gi fra seg sin samlede formue, med mindre verdiene er benyttet til eller er utbytte fra straffbar handling.»

(eller)

«Ingen kan straffedømmes til å overdra eiendomsrettigheter, med mindre verdiene er benyttet til eller er utbytte fra kriminelle handlinger.»

(eller)

«Ingen kan dømmes til å avstå fast eiendom eller samlet formue, med mindre verdiene er benyttet til eller er utbytte fra straffbar handling.»

Så lenge verdiene av den straffedømtes eiendom i sin helhet kan tilbakeføres til en eller flere straffbare handlinger, vil det også være rimelig at den straffedømte må avstå hele sin eiendom. Slik inndragning er i dag nærmere regulert i straffeloven 1902 §§ 34 og 34a, og formuleringen i Grunnloven § 104 har ikke blitt ansett for å være til hinder for full eiendomsavståelse i disse tilfellene. Når formuleringen i Grunnloven skal moderniseres, kan det være hensiktsmessig at dette spesielle unntaket skrives direkte inn i grunnlovsteksten. I enkelte saker vil det riktignok kunne oppstå en viss tvil om når og i hvilket omfang de aktuelle verdiene er «utbytte fra straffbar handling», men denne tvilen vil stort sett være knyttet til faktum i sakene og ikke til selve lovtolkningen.

Av de ulike alternativene finner utvalget at det siste oppsummerer rettstilstanden på området på den mest lettfattelige måten.

24.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at Grunnloven § 104 oppheves og at ny Grunnloven § 96 skal lyde:

«Ingen kan dømmes uten etter Lov, eller straffes uten etter Dom.

Enhver har Ret til at blive anset som uskyldig indtil Skyld er bevist efter Loven.

Ingen kan straffes mere end een Gang for samme Handling.

Ingen kan dømmes til at afstaa fast Eiendom eller samlet Formue, medmindre Værdierne ere benyttede til eller ere Udbytte fra en strafbar Handling.»

25. Forbud mot tilbakevirkende lover

25.1 Innledende bemerkninger

I norsk rett er forbudet mot å gi lover tilbakevirkende kraft nedfelt i Grunnloven § 97. Slik forbudet er utformet, gjelder det på alle rettsområder. Også øvrige europeiske land har gjerne et tilbakevirkningsforbud i sine rettstradisjoner, men dette følger enten av ulovfestet rett eller av landets konstitusjon begrenset til strafferettens område. Det er særlig i den amerikanske forfatningen at man finner et like bredt formulert tilbakevirkningsforbud som i Grunnloven § 97.

I de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene fremkommer tilbakevirkningsforbudet først og fremst i sammenheng med lovskravet i straffetretten. Men i noen grad vil også andre menneskerettighetsbestemmelser kunne gi et vern som tilsvarer det norske tilbakevirkningsforbudet. Dette gjelder særlig vernet om eiendomsretten.

De ulike tilnærmingene til forbudet mot tilbakevirkende lover reiser spørsmål om det bør foretas endringer i Grunnlovens tilbakevirkningsforbud.

25.2 Dagens rettstilstand

Forbudet mot tilbakevirkende lover i Grunnloven § 97 har stått uendret siden 1814, og bestemmelsen lyder som følger:

«Ingen Lov maa gives tilbagevirkende Kraft.»

Det finnes en rikholdig praksis og litteratur knyttet til tilbakevirkningsforbudet i norsk rett.¹⁸⁸ Det er alminnelig antatt at straffetretten befinner seg i kjerneområdet av bestemmelsen, dvs. at bestemmelsen særlig verner den enkelte mot tilbakevirkende straffelover. Forbudet vil typisk komme til anvendelse dersom lovgiver vedtar straffeansvar for handlingen etter at den ble begått, eller det etableres et annet straffeansvar enn det som eksisterte på handlingstidspunktet, eller den øvre strafferammen for handlingen heves etter at handlingen ble begått. Straffeansvar og

^{188.} Av nyere praksis fra Høyesterett, se særlig plenumsavgjørelsene i Rt. 2010 s. 1445 (krigsforbrytersaken), Rt. 2010 s. 143 (rederiskattesaken), Rt. 2007 s. 1281 (Ullern Terrasse), Rt. 2006 s. 293 (Arves Trafikkskole) og Rt. 1996 s. 1415 (Borthen). Av nyere litteratur, se særlig Jens Edvin A. Skoghøy, *Forbud mot tilbakevirkende lovgivning*, Lov og Rett 2011 s. 255–282; Benedikte Moltumyr Høgberg, *Grunnloven § 97 etter plenumsdommen i Rt. 2010 s. 143 (rederiskattesaken)*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2010 s. 694–744 og Benedikte Moltumyr Høgberg, *Forbud mot tilbakevirkende lover*, 2010.

straffeskjerpelse gitt med tilbakevirkende kraft vil derfor være i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97. Dette er senest kommet til uttrykk i Rt. 2010 s. 1445 (krigsforbrytersaken).

Det har samtidig vært antatt at regler om fullbyrdelse av straff, inndragning, benådning eller lignende forhold normalt ikke regnes som straffeansvar eller straffeskjerpelse i relasjon til Grunnloven § 97.¹⁸⁹ Tilsvarende gjelder også for straffeprosessuelle regler. Tilbakevirkende lovgivning om slike regler vil, som et utgangspunkt, måtte løses på lik linje med forhold utenfor strafferettens område. Det er imidlertid flere eksempler på at tiltalte har anført at inndragning og prosessendringer har hatt reell betydning for straffeansvaret eller straffeutmålingen, og at disse forholdene må likestilles med straffeansvar eller straffeskjerpelse gitt med tilbakevirkende kraft. Foreløpig er dette argumenter som ikke har ført frem i Høyesterett, men det kan ikke utelukkes at man i enkelte tilfeller vil stå overfor en situasjon som minner svært mye om straffeansvar eller straffeskjerpelse gitt med tilbakevirkende kraft.

Utenfor strafferettens område er det alminnelig enighet om at § 97 ikke forbyr all tilbakevirkning. Et strengt tilbakevirkningsforbud vil være til hinder for at lovgivningen holder tritt med samfunnsutviklingen, og det vil legge alvorlige begrensninger på lovgivning som styringsinstrument. Hvorvidt den tilbakevirkende loven er rettsstridig, dvs. i strid med Grunnloven § 97, vil derfor måtte bero på en helhetsvurdering av situasjonen, jf. bl.a. plenumsavgjørelsene i Rt. 1996 s. 1415 (Borthen), Rt. 2007 s. 1281 (Ullern Terrasse) og Rt. 2010 s. 143 (rederiskattesaken). I denne helhetsvurderingen vil en rekke faktorer spille inn, herunder vurderinger av den enkeltes behov for å forutberegne sin rettsstilling og lovgivers formål med å endre rettsstillingen. I tillegg vil mer konkrete faktorer som inngrepets art og styrke, berettigede forventninger, behovet for lovendring, eventuelle overgangsregler, lovgivers egne vurderinger av grunnlovsmessighet m.m. spille inn ved vurderingen.

Terskelen for når tilbakevirkning anses for å være rettsstridig etter en slik helhetsvurdering, har variert både over tid og med ulike typer av saker. Et mulig utgangspunkt for vurderingen har vært sondringen mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning.¹⁹⁰ Den egentlige tilbakevirkning har vært beskrevet som de tilfeller hvor det legges nye byrder på eldre handlinger, mens uegentlig tilbakevirkning gjerne brukes for å betegne inngrep i velervervede rettigheter eller inn-

grep i tidligere etablerte rettsposisjoner. Det er imidlertid vanskelig å trekke opp et tydelig skille mellom de tilfeller som faller inn under den ene og den annen av disse kategoriene, og i noen sammenhenger vil det kanskje være mer naturlig å se på disse ytterpunktene som momenter i helhetsvurderingen. Slik vil terskelen for å sette lovgivning til side etter § 97 være lavere jo mer lovgivningen synes å legge nye byrder på eldre forhold og omvendt. Det er m.a.o. inngrepets karakter som blir avgjørende for hvor høyt man setter terskelen i den konkrete saken.

De siste 15 årene har det vært en tendens i Høyesterett til å legge til grunn en egen *vurderingsnorm* for løsningen av tilbakevirkningsspørsmål, der normen avhenger både av inngrepets karakter og hvilket rettsområde man befinner seg på. I Rt. 1996 s. 1415 (Borthen) ga Høyesteretts flertall uttrykk for at det bare var den «klart urimelige eller urettferdige» tilbakevirkning som var i strid med tilbakevirkningsforbudet. Denne vurderingsnormen ble fulgt opp i Rt. 1996 s. 1440 (Thunheim) og Rt. 2006 s. 262 (enkepension). Men i Rt. 2006 s. 293 (Arves Trafikkskole) brøt Høyesteretts flertall med denne normen og oppstilte en annen norm, der bare «sterke samfunnsmessige hensyn» kunne rettfærdiggjøre tilbakevirkning i denne saken. Denne nye normen ble siden fulgt opp av flertallet i Rt. 2010 s. 143 (rederiskattesaken), mens mindretallet i denne saken la normen «klart urimelig eller urettferdig» til grunn for vurderingen. I Rt. 2007 s. 1281 (Ullern Terrasse) var det et sterkere fokus på en interesseavveining enn det man ser i de øvrige sakene, mens Høyesterett i Rt. 2005 s. 855 (Allseas I) ikke anvender noen vurderingsnorm. Høyesterett synes også å være åpen for flere mulige vurderingsnormer enn de som er gjengitt her, jf. uttalelser i Rt. 2006 s. 293 og Rt. 2010 s. 143. Samlet sett gir dette øvrige rettsanvendere (som lovgiver, advokater, dommere i underinstanser m.fl.) særlige utfordringer når grensen mellom rettmessig og rettsstridig tilbakevirkning skal trekkes opp. Et fellestrekk ved høyesterettsavgjørelsene er likevel at det synes å være lagt stor vekt på hvor alvorlig inngrepet er for den enkelte, hva lovgivers formål har vært, hvor forutsigbart inngrepet var, og hvor fremtredende de tilbakevirkende elementene er.

En siste generell problemstilling knyttet til tilbakevirkningsforbudet, som gjør seg gjeldende både i og utenfor strafferetten, er hvorvidt det er tidspunktet for vedtakelsen eller tidspunktet for kunngjøringen av loven som skal legges til grunn for vurderingen av om tilbakevirkning foreligger. I norsk rett har det vært tradisjon for å legge vedtakelsestidspunktet til grunn, mens hovedregelen etter tilsvarende bestemmelser i EMK artikkel 7 og tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 (P1-1) har vært å legge kunngjøringstidspunktet til grunn. Høyesterett har av den grunn benyttet EMK

^{189.} Se senest Rt. 2011 s. 347, der Høyesterett konkluderte med at reglene om prøveløslatelse ikke kunne sidestilles med straffeskjerpelse.

^{190.} Se særlig Carl August Fleischer, *Grunnlovens § 97*, Jussens Venner 1975 s. 183–251, på s. 190 og Carl August Fleischer, *Miljø- og ressursforvaltning*, 1999 på s. 67–68.

artikkel 7 fremfor Grunnloven § 97 i de saker hvor dette har kommet på spissen, nettopp fordi den enkeltes rettighetsvern på dette punkt er bedre dersom spørsmålet løses etter EMK artikkel 7.¹⁹¹

25.3 Internasjonalt menneskerettighetsvern

I internasjonale menneskerettighetskonvensjoner finnes ikke et generelt forbud mot tilbakevirkende lover slik som i norsk rett. Tilbakevirkningsforbudet på strafferettens område er i stedet formulert i sammenheng med lovskravet i strafferetten. Utenfor strafferettens område har det ikke vært formulert et direkte tilbakevirkningsforbud, men vernet om eiendomsretten i EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 (P1-1) har for europeiske forhold i stor utstrekning fungert som et tilbakevirkningsforbud utenfor strafferettens område. Dette har særlig sammenheng med at EMD har tolket uttrykket «eiendomsrett» svært vidt.¹⁹²

I Verdenserklæringen er tilbakevirkningsforbudet på strafferettens område formulert i artikkel 11 nr. 2. Bestemmelsen lyder:

«No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.»

I SP finnes en lignende bestemmelse i artikkel 15 nr. 1. Bestemmelsen lyder:

«No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of the lighter penalty, the offender shall benefit thereby.»

I EMK lyder den tilsvarende bestemmelsen i artikkel 7 nr. 1:

«No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.»

^{191.} Se særlig Rt. 2004 s. 357.

^{192.} Se bl.a. Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, 2010 s. 118–130.

25.4 Andre lands konstitusjoner

I fremmed rett har tilbakevirkningsforbudet gjerne vært forbundet med lovskravet på strafferettens område. Denne kombinasjonen mellom tilbakevirkningsforbudet og lovskravet finner man bl.a. igjen i den svenske, finske, islandske og tyske grunnloven, jf. punkt 24.2.3 foran. I tillegg har den svenske Regeringsformen et eget forbud mot tilbakevirkende skattelover.

I fremmed rett er det i første rekke den amerikanske forfatningen som har formulert et generelt tilbakevirkningsforbud gjennom det kjente rettsuttrykket «ex post facto laws». Den amerikanske forfatningen artikkel 1, seksjon 9, avsnitt 3 forbyr tilbakevirkende lover gitt av føderale myndigheter, mens artikkel 1, seksjon 10, avsnitt 1 forbyr tilbakevirkende lover gitt av delstatene. I likhet med norske domstoler har amerikanske domstoler utvist tilbakeholdenhet med å sette lover til side utenfor strafferettens område. Den føderale Supreme Court har bl.a. ved en rekke anledninger slått fast at konstitusjonens bestemmelser om ex post facto laws ikke er til hinder for tilbakevirkende skattelover. Artikkel 1, seksjon 9, avsnitt 3 lyder som følger:

«No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.»

Selv om de fleste europeiske konstitusjoner ikke inneholder et generelt tilbakevirkningsforbud, finnes en rekke eksempler på at tilbakevirkningsforbudet eller et tilsvarende rettighetsvern anvendes av domstolene på ulovfestet grunnlag også utenfor strafferettens område.

25.5 Utvalgets vurdering

Forbudet mot tilbakevirkende lover i Grunnloven § 97 er, ved siden av ekspropriasjonserstatningsvernet i Grunnloven § 105, den grunnlovsbestemmelsen som har vært mest påberopt for domstolene.

Bestemmelsen omfatter et tilbakevirkningsforbud både på strafferettens og sivilrettens område. I flere sammenhenger strekker derfor det norske tilbakevirkningsforbudet seg lengre enn det vern man finner i andre lands rett og i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. I lys av utvalgets mandat om å styrke menneskerettighetene i Grunnloven tilsier dette at § 97 ikke bør endres.

Dette understøttes av den vide og åpne ordlyden i § 97. Enhver endring i ordlyden vil kunne oppfattes som en innskrenkning i det vern den enkelte har etter dagens bestemmelse. Selv om det er enighet om at noe tilbakevirkning må tillates innenfor rammene av § 97, vil et forsøk på å presisere dette nærmere i Grunnloven raskt virke mot sin hensikt, slik at vernet i realiteten snevres inn.

Et annet forhold er at dersom man begynner å skrive inn presiseringer i § 97 på enkelte rettsområder, vil dette trolig øke presset for flere endringer i bestemmelsen på sikt, særlig gjennom krav om presiseringer også på andre rettsområder. Samtidig er det tvilsomt om ytterligere presiseringer i bestemmelsen vil kunne få særlig rettslig betydning. Dagens tradisjon med knappe formuleringer i grunnlovsteksten tillater ikke at man skriver inn omfattende presiseringer. Enkelte knappe setninger i tillegg til den som allerede står i § 97, vil neppe kunne si mer enn det som følger av Høyesteretts praksis, for eksempel at tilbakevirkningsvernet er særlig sterkt på strafferettens område, og at man for øvrig må foreta en nærmere vurdering av det konkrete saksforhold.

Det kan i den forbindelse nevnes at i kjølvannet av Høyesteretts avgjørelse i krigsforbrytersaken (Rt. 2010 s. 1445) har enkelte hevdet at Grunnloven må endres for å unngå at Norge blir det de har omtalt som en «frihavn» for krigsforbrytere. Det vil i så fall måtte være tale om en endring i Grunnloven § 96, og problemstillingen er derfor omhandlet i punkt 24.2 foran.

Man bør også være klar over at det kan tenkes enkelte tilfeller hvor EMK artikkel 7 og EMK P1-1 strekker seg lengre i sitt vern mot tilbakevirkning enn Grunnloven § 97. Dette gjelder særlig for det tilfellet at disse bestemmelsene som regel legger til grunn kunngjøringstidspunktet, ikke vedtakelsestidspunktet, som det aktuelle skjæringstidspunkt for tilbakevirkningsvurderingen. Forskjellen mellom bestemmelsene på dette området nødvendiggjør likevel ingen endringer i Grunnloven. Det er ingenting i veien for at den åpne ordlyden i § 97 i større utstrekning enn i dag tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene for spørsmålet om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for tilbakevirkningsvurderingen. Hvis man velger ikke å tolke § 97 i lys av konvensjonene på dette området, vil konvensjonsvernet uansett måtte legges til grunn som gjeldende rett på området, jf. menneskerettsloven.

En annen problemstilling er om det norske tilbakevirkningsforbudet bør spaltes opp i flere bestemmelser. Mens forbud mot tilbakevirkende lover på strafferettens område leses i sammenheng med lovskravet på strafferettens område i EMK artikkel 7, omhandler EMK P1-1 et generelt vern om eiendom. I noen grad vil eiendomsvernet også verne mot tilbakevirkende lover, samtidig som bestemmelsen gir et ekspropriasjonserstatningsvern. Det kan derfor vurderes om tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 bør spaltes opp på en slik måte at forbudet på strafferettens område slås sammen med lovskravet i Grunnloven § 96, mens forbudet på sivilrettens område slås

sammen med ekspropriasjonserstatningsvernet i Grunnloven § 105. Fordelen med dette vil være at man legger seg nærmere opp til den systematikken man finner i EMK, SP og Verdenserklæringen. Dette vil gjøre det enklere å benytte den samme tolkningspraksis når det skal tas stilling til rekkevidden av tilbakevirkningsforbudet. Samtidig vil man synliggjøre forskjellen mellom tilbakevirkning på strafferettens område og tilbakevirkning på sivilrettens område.

Ulempen ved å spalte § 97 i flere bestemmelser er først og fremst at § 97 er godt innarbeidet i norske domstolers praksis. Den praksisen og de erfaringene som er knyttet til § 97, er kanskje bedre og mer omfattende enn den tilbakevirkningspraksis man finner i EMD og i andre internasjonale håndhevingsorganer, i første rekke fordi tilbakevirkningsproblemer har vært gjenstand for omfattende diskusjoner og utredninger i Norge siden 1800-tallet. I tillegg er det viktig å være klar over at ved en spalting av § 97 vil det være risiko for at enkelte rettsområder plutselig faller utenfor den naturlige forståelsen av hva som kan fanges opp av enten strafferett eller eiendomsrett. Prosessuelle rettigheter vil for eksempel ikke fanges opp av en umiddelbar forståelse av uttrykket «eiendom». Tilsvarende kan det i noen sammenhenger volde tvil om trygderettigheter, pensjonsrettigheter, erstatningskrav, kontraktsforhold eller lignende vil være omfattet av eiendomsrettsbegrepet. Det er imidlertid ingen tvil om at dette er områder som i prinsippet nyter vern etter dagens § 97. En spalting av § 97 vil derfor kunne volde betydelig tvil om forbudet mot tilbakevirkende lover virkelig gjelder for all lovgivning. Dette vil i beste fall skape uklarhet om rettsituasjonen, i verste fall svekke det menneskerettighetsvern som i dag følger av bestemmelsen.

Utvalget finner på denne bakgrunn at Grunnloven § 97 bør videreføres i uendret form.

Utvalget vil imidlertid presisere at den generelle begrensningshjemmelen som foreslås i kapittel 13, også er ment å få anvendelse på § 97. I tråd med dagens rettstilstand vil det være et absolutt forbud mot å gi lover om straffeansvar og straffeskjerpelser tilbakevirkende kraft, jf. punkt 25.2. Av den grunn foreslås dette særskilt fremhevet i begrensningshjemmelen annet ledd annet punktum under formuleringen «tilsvarende gjelder for § 97 ved spørsmål om straff». For øvrige saker, også for inndragning og fullbyrdelse av straff, vil det måtte foretas en konkret avveining basert på vilkårene i begrensningshjemmelen første ledd og basert på tidligere praksis på området. Denne ordningen er foreslått av utvalget med tanke på å videreføre dagens rettstilstand, samtidig som man synliggjør i Grunnloven det viktige skillet mellom saker på strafferettens område og øvrige saker. Se for øvrig mer om dette i kapittel 13.

25.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at Grunnloven § 97 videreføres i uendret form.

26. Likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet

26.1 Innledende bemerkninger

Menneskerettighetene bygger på det grunnsyn at alle mennesker er født frie og med samme menneskeverd.¹⁹³ Likhets og ikke-diskriminering er derfor helt sentrale menneskerettslige prinsipper. Dette reiser spørsmål om og eventuelt på hvilken måte likhet og ikke-diskriminering bør komme til uttrykk i Grunnloven.

Spørsmålet om Grunnloven bør inneholde en bestemmelse om ikke-diskriminering, er nylig utredet av Diskrimineringslovutvalget, se NOU 2009:14, Et helhetlig diskrimineringsvern, kapittel 25. Denne NOU'en og dens høringsuttalelser har vært viktige grunnlagsdokumenter for utvalgets vurderinger av om og eventuelt hvordan likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet bør grunnlovsfestes.

26.2 Dagens rettsstilstand

26.2.1 LIKHETSPRINSIPPET

I dag fremkommer ikke prinsippet om likhet for loven uttrykkelig av Grunnloven. Prinsippet ble foreslått i Adler-Falsens grunnlovskast § 15, men uvisst av hvilken grunn ble forslaget ikke vedtatt, jf. også punkt 9.2.2.

Flere av bestemmelsene i Grunnloven må likevel sies å være utslag av likhetsprinsippet. Dette gjelder Grunnloven § 95 (dispensasjonsforbud), § 101 (næringsfrihet), § 103 (fristet for konkursskyldnere) og § 108 (forbud mot adel).

Grunnloven § 95 gir uttrykk for at ingen skal nyte godt av særlige privilegier gjennom unntak fra lovgivning. Bestemmelsen har stått uendret siden 1814, og lyder som følger:

«Ingen Dispensationer, Protektorier, Moratorier eller Opreisninger maa bevilges, efterat den nye almindelige Lov er sat i Kraft.»

Grunnloven § 101 inneholder en egen bestemmelse om næringsfrihet og er nærmere omhandlet i punkt 38.5.4. Bestemmelsen er i første rekke forstått som et krav om likebehandling av næringer.

Grunnloven § 103 inneholder et forbud mot fristet for konkursskyldnere. Bestemmelsen har stått uendret siden 1814, og lyder som følger:

«Fristed tilstedes ikke dem, som herefter fallere.»

^{193.} Se for eksempel Verdenserklæringen om menneskerettigheter artikkel 1.

Da § 103 ble inntatt i Grunnloven, var det en kjent sak at enkelte utenlandske byer eller kjøpsteder var såkalte «fristeder». Dette innebar at konkursskyldnere som oppholdt seg i disse «fristenedene», kunne slippe unna gjeldsforfølgning. I 1814 var denne ordningen bl.a. kjent fra Danmark. Bestemmelsen har vært foreslått opphevet flere ganger, men forslagene har ikke fått den nødvendige oppslutning i Stortinget. Stortinget har i den forbindelse bl.a. uttalt at bestemmelsen «gir uttrykk for rettsprinsippet om frihet og likhet». Av den grunn har det ikke vært ønskelig å fjerne bestemmelsen.¹⁹⁴

Grunnloven § 108 nedlegger forbud mot opprettelse av adel. Bestemmelsen har stått uendret siden 1814, og lyder som følger:

«Ingen Grevskaber, Baronier, Stamhuse og Fideikommiss, maa for Eftertiden oprettes.»

Forbudet mot adel innebærer verken plikter eller rettigheter for enkeltindividene. Bestemmelsen kan derfor ikke henregnes til menneskerettighetene, selv om bestemmelsen har en sentral plassering blant øvrige menneskerettighetsbestemmelser i Grunnloven. Det faller derfor utenfor utvalgets mandat å vurdere det nærmere innhold og den nærmere utformingen av denne bestemmelsen. Utvalget nøyer seg i stedet med å registrere at bestemmelsen gir et konkret uttrykk for det norske likhetsidealet.

I tillegg til disse bestemmelsene er også bestemmelser om religionsfrihet, ytringsfrihet, tilbakevirkningsforbud og ekspropriasjonserstatningsvern i Grunnloven bærere av ideen om likhet for loven. Det kan derfor trygt sies at Grunnlovens rettighetsbestemmelser i dag hviler på likhetsprinsippet. Tilsvarende søker også øvrig lovgivning og domstolens praksis å ivareta dette prinsippet.

26.2.2 IKKE-DISKRIMINERINGSPRINSIPPET

Grunnloven inneholder i dag ikke noe forbud mot diskriminering. I norsk rett gjelder først og fremst ikke-diskrimineringsbestemmelsene i EMK, SP, ØSK, barnekonvensjonen og konvensjonen mot kvinnediskriminering. Disse konvensjonene er inntatt i menneskerettsloven, se nærmere om konvensjonene i punkt 26.4 nedenfor. Også konvensjonen mot rasediskriminering gjelder som norsk lov, se diskrimineringsloven § 2.

For øvrig er det flere lover som er ment å motvirke diskriminering. I NOU 2009:14 kapittel 5 gis en grundig behandling av disse lovene. Her gis det kun en kort oversikt:

- Likestillingsloven av 9. juni 1978 nr 45 forbyr direkte eller indirekte forskjellsbehandling av

^{194.} Innst. S. nr. 123 (1951) s. 220.

kvinner og menn (§ 3), og tar særlig sikte på å bedre kvinners stilling (§ 1). Ulik behandling som fremmer likestilling mellom kjønnene, er tillatt (§ 3a). Loven gjelder på alle områder med unntak av indre forhold i trossamfunn, men skal ikke håndheves av Likestillings- og diskrimineringsombudet og -nemnda for så vidt gjelder familieliv og rent personlige forhold (§ 2).

- Lov av 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven), forbyr direkte og indirekte diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn. Loven presiserer at forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, ikke er å anse som diskriminering etter loven. Loven gjelder på alle samfunnsområder, med unntak av familieliv og personlige forhold (§ 3). Det er også et delvis unntak fra forbudet mot diskriminering på grunn av religion eller livssyn for tros- og livssynssamfunn (§ 3 første ledd annet punktum).
- Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 20. juni 2008 nr. 42 forbyr direkte og indirekte diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne. Også her presiseres det at forskjellsbehandling for å nå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende, er tillatt. Det presiseres dernest at forbudet ikke bare gjelder diskriminering når funksjonsevnen er nedsatt, men også når den antas å være nedsatt, har vært nedsatt eller vil kunne bli nedsatt. I tillegg inneholder loven blant annet bestemmelser om plikt til å sørge for universell utforming av bygninger mv. (§§ 9-11), og om plikt til individuell tilrettelegging (§ 12).
- Også arbeidsmiljøloven, sjømannsloven og boliglovene inneholder diskrimineringsforbud. Disse supplerer diskrimineringsloven, blant annet ved å inneholde andre eller flere forbudte diskrimineringsgrunnlag. Etter arbeidsmiljøloven og sjømannsloven er det bl.a. forbudt å diskriminere i arbeidsforhold på grunnlag av seksuell orientering, alder, politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, deltidsansettelse eller midlertidig ansettelse. Etter boliglovene er det forbudt å diskriminere på grunnlag av kjønn, etnisitet, nasjonalt opphav, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn, homofil orientering eller nedsatt funksjonsevne.
- Diskrimineringslovgivningen håndheves av Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda, se lov av 10. juni 2005 nr. 40. Vedtak av nemnda kan eventuelt bringes inn for domstolene til full prø-

ving (§ 12). Domstolene avgjør også eventuell tiltale for brudd på straffeloven § 135a om diskriminerende eller hatefulle ytringer eller § 340a om nektelse i ervervsvirksomhet av varer og tjenester på grunn av en persons trosbekjennelse, rase, hudfarge eller etniske opprinnelse, homofile legning, leveform eller orientering.

26.3 *Grunnlovsforslag som ligger til behandling i Stortinget*

I grunnlovsforslag nr. 5 (2007–2008) har Karin Andersen, Hallgeir H. Langeland, May Hansen, Lars Peder Brekk og André N. Skjelstad foreslått følgende:

«Ny § 110 d skal lyde:

Alternativ 1:

Ingen maa udsættes for Diskriminering paa Grund af Kjøen, Hudfarve, national eller etnisk Oprindelse, sproglig eller religiøs Tilhørighed, Funktionshemning, sexuel Orientering, Kjønsidentitet, Alder eller Status forøvrig.

Alternativ 2:

Det paaligger Statens Myndigheder at sikre at ingen udsættes for Diskriminering paa Grund af Kjøen, Hudfarve, national eller etnisk Oprindelse, sproglig eller religiøs Tilhørighed, Funktionshemning, sexuel Orientering, Kjønsidentitet, Alder eller Status forøvrig.»

Forslagene er ennå ikke behandlet av Stortinget.

26.4 *Internasjonalt menneskerettighetsvern*

26.4.1 OVERSIKT OVER KONVENSJONSVERNET

Likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet er kommet til uttrykk, både eksplisitt og indirekte, i en rekke konvensjonsforpliktelser. FN-pakten fra 1945 fastsetter at en av FNs oppgaver

«er å fremme og oppmuntre til respekt for menneskerettighetene og de grunnleggende friheter for alle, uten forskjellsbehandling på grunn av rase, kjønn, språk og religion.»¹⁹⁵

Verdenserklæringen om menneskerettigheter fra 1948 følger opp utgangspunktet i FN-pakten. Artikkel 2 første ledd slår fast at menneskerettigheter som følger av Verdenserklæringen, skal utøves og praktiseres uten noen form for diskriminering. Bestemmelsen lyder som følger:

«Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.»

¹⁹⁵. Se FN-pakten artikkel 1 nr. 3 og 13 nr. 1 b og 55 bokstav c).

Verdenserklæringen slår videre fast i artikkel 7 både likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet. Artikkel 7 lyder som følger:

«All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination.»

EMK artikkel 14 slår fast at menneskerettighetene i EMK skal utøves og praktiseres uten noen form for diskriminering. Bestemmelsen lyder som følger:

«The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.»

Artikkel E i den reviderte europeiske sosialpakt fra 1996 har en tilsvarende bestemmelse.¹⁹⁶

Med unntak av artikkel 7 i Verdenserklæringen forbyr disse bestemmelsene diskriminering i forbindelse med utøving av rettighetene i den aktuelle konvensjon eller erklæring, såkalte *aksessoriske diskrimineringsbestemmelser*. For at diskriminering for eksempel skal være en krenkelse av EMK artikkel 14, må den innebære et inngrep i (men ikke nødvendigvis en krenkelse av) en rettighet som beskyttes av en av de øvrige EMK-bestemmelsene.

Diskriminering kan selvsagt også forekomme på områder som ikke har noen sammenheng med rettighetene i EMK, uten at det av den grunn er akseptabelt fra et menneskerettighetssynspunkt. For å bøte på denne svakheten ved konvensjonsvernet vedtok Europarådet i 2000 tilleggsprotokoll 12 til EMK, som etablerer et generelt vern mot diskriminering. Dens operative bestemmelse lyder:

«1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.»

Protokollen, som trådte i kraft i 2005, er den eneste protokollen til EMK som Norge ikke har rati-

fisert. Diskrimineringslovutvalgets flertall (fem medlemmer) anbefalte heller ikke slik ratifikasjon. Etter flertallets oppfatning er det usikkert hvilke forpliktelser staten vil påta seg ved ratifikasjon av tilleggsprotokoll 12. Flertallet pekte også på at ratifikasjon vil innebære et utvidet diskrimineringsvern for juridiske personer, noe som ikke ligger i kjerneområdet for det menneskerettslige diskrimineringsforbud.

Diskrimineringslovutvalgets mindretall (fire medlemmer) anbefalte på sin side norsk ratifikasjon av tilleggsprotokoll 12. Mindretallet viste til at ratifikasjon vil gi ofre for diskriminering nye prosessuelle muligheter, herunder mulighet for å klage til EMD, men uten at dette vil påføre staten utvidede forpliktelser. Dette har sammenheng med at Norge allerede er forpliktet av SP, som inneholder en aksessorisk diskrimineringsbestemmelse, men også en bestemmelse som slår fast likhetsprinsippet, og som sikrer et generelt vern mot diskriminering. Bestemmelsen er forstått slik at den verner mot faktisk og rettslig diskriminering på alle de områder som er regulert og beskyttet av offentlige myndigheter.¹⁹⁷

SP artikkel 26 lyder som følger:

«All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.»

Også ØSK har aksessoriske diskrimineringsbestemmelser i artikkel 2 og 3. Barnekonvensjonen har i artikkel 2 både en aksessorisk og en selvstendig diskrimineringsbestemmelse.

Både i og utenfor FN-systemet er det videre vedtatt konvensjoner som skal hindre diskriminering. Sentrale er FN-konvensjonen mot rasediskriminering fra 1966 og FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner fra 1979. I tillegg kommer konvensjonen om rettigheter for personer med funksjonsnedsettelse fra 2006 som har som formål å hindre diskriminering. Denne er ennå ikke ratifisert av Norge. Videre kan blant andre ILOs konvensjoner nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrker fra 1958 og nr. 169 om urfolk og stamfolk i selvstendige stater nevnes.

For øvrig inneholder NOU 2009:14 kapittel 4 en mer fullstendig oversikt over og omtale av de internasjonale instrumenter som verner mot diskriminering.

^{196.} Det bør nevnes at et appendix til pakten fastsetter at rettighetene bare gjelder utlendinger hvis de er statsborgere i en stat som er med i sosialpakten, og har lovlig opphold i landet.

^{197.} Se Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar 1989 nr. 18 avsnitt 12.

26.4.2 NÆRMERE OM INNHOLDET I KONVENSJONS- VERNET

26.4.2.1 *Hva menes med diskriminering?*

Med diskriminering menes i hovedsak forskjellsbehandling mellom mennesker. Det er likevel selv sagt at ikke all forskjellsbehandling er i strid med menneskerettighetenes diskrimineringsforbud. Forskjellsbehandling vil først utgjøre diskriminering dersom den mangler et saklig formål. Selv om forskjellsbehandlingen har et saklig formål, kan den være diskriminerende dersom det ikke foreligger rimelig forholdsmessighet mellom det mål som søkes oppnådd og det tiltaket som settes i verk.

Positiv forskjellsbehandling for å motvirke diskriminering er ikke utelukket etter konvensjonene. Tvert imot kan positiv forskjellsbehandling etter omstendighetene være et nødvendig virkemiddel for å fremme likhet. Men også slik forskjellsbehandling må være nødvendig for formålet, og det må være en rimelig forholdsmessighet mellom formålet og tiltaket.¹⁹⁸

Forskjellsbehandling som omfattes av diskrimineringsforbudet, kan være direkte eller indirekte: Direkte diskriminering forekommer når en person behandles dårligere enn en annen i samme situasjon, uten at det foreligger saklig grunn for dette. Indirekte diskriminering foreligger når en regel eller praksis tilsynelatende er nøytral, men har en virkning som innebærer reell forskjellsbehandling.¹⁹⁹ Et eksempel på indirekte diskriminering kan være et generelt forbud mot å ha med hund inn i bygninger. Dette kan i realiteten lede til diskriminering av blinde og svaksynte.

26.4.2.2 *Diskrimineringsgrunnlag*

For at forskjellsbehandling skal kunne utgjøre diskriminering, må forskjellsbehandlingen ha sammenheng med et kjennetegn ved en person, alternativt et kjennetegn ved noen som denne personen assosieres med. Det er disse kjennetegnene som gjerne omtales som diskrimineringsgrunnlag.

Samtlige av de generelle menneskerettighetskonvensjonene har ikke-uttømmende lister over kjennetegn som det ikke kan diskrimineres på grunnlag av. Diskrimineringsgrunnlagene i konvensjonene er historisk betinget og benyttes fremdeles som utgangspunkt for hva som utgjør forskjellsbehandling i strid med menneskerettighetene. De historisk betingede diskrimineringsgrunnlagene er kjønn, rase, hudfarge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning,

nasjonal eller sosial bakgrunn, eiendom og fødsel. I NOU 2009:14 kapittel 12 gjennomgås den nærmere betydningen og innholdet i flere ulike diskrimineringsgrunnlag. Her skal bare kort nevnes følgende:

Diskriminering på grunnlag av *kjønn* omfatter også diskriminering av person som skal eller har gjennomgått kjønnsskifte.

Når konvensjonene taler om diskriminering på grunnlag av *rase*, må dette ikke oppfattes som en aksept av ulike raseteorier.²⁰⁰ For å unngå en slik misforståelse benytter den norske diskrimineringsloven i stedet uttrykket «etnisitet». *Hudfarge* er nært beslektet med dette diskrimineringsgrunnlaget.

Religion omfatter også livssyn, samt det å ikke bekjenne seg til noen religion eller noe livssyn.

Diskriminering på grunnlag av *språk* er nært beslektet med diskriminering på grunnlag av *nasjonal eller sosial opprinnelse*. Sosial opprinnelse er også nært beslektet med *fødsel* (for eksempel er det ikke tillatt å diskriminere barn født utenfor ekteskap) og *eiendom*. Man kan merke seg at nasjonal opprinnelse ikke er det samme som statsborgerskap, og at statsborgerskap ikke er blant de uttrykkelig opplistede diskrimineringsgrunnlag. I og med at rettighetene stort sett er angitt som rettigheter for enhver, vil det likevel sjelden være adgang til å gi utlendinger et dårligere rettighetsvern enn statsborgere. Både EMK artikkel 1 og SP artikkel 2 nr. 1 angir for øvrig uttrykkelig at konvensjonene gjelder for alle som er underlagt statens jurisdiksjon.

ØSK artikkel 2 nr. 3 fastsetter uttrykkelig at utviklingsland selv kan bestemme i hvilken grad rettighetene skal komme personer som ikke er statsborgere, til gode. Av dette kan man slutte at ØSK omfatter utlendinger i et land som Norge, noe som også er understreket av ØSK-komiteen.²⁰¹ Det må likevel være klart at det ved gjennomføringen av økonomiske og sosiale rettigheter kan være saklig å legge vekt på hva slags tilknytning en person har til riket, for eksempel om oppholdet er varig eller forbigående, lovlig eller ulovlig. Når det gjelder personer uten lovlig opphold har den norske tilnærmingen vært at sosialtjenesten må yte livsnødvendig hjelp i en akutt krisesituasjon, se Arbeids- og inkluderingsdepartementet brev av 4. oktober 2004 til landets kommuner. Hvorvidt dette er tilstrekkelig, er ikke nærmere kommentert av ØSK-komiteen. Men komiteen har i sine konklusjoner etter gjennomgåelse av Norges fjerde rapport i 2005 sterkt oppfordret til at

^{200.} Se ØSK-komiteens generelle kommentar 2009 nr. 20 avsnitt 19.

^{201.} Se ØSK-komiteens generelle kommentar 2009 nr. 20 avsnitt 30, hvor det heter: «The Covenant rights apply to everyone including non-nationals, such as refugees, asylum-seekers, stateless persons, migrant workers and victims of international trafficking, regardless of legal status and documentation.»

^{198.} Se Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar 1989 nr. 18 avsnitt 10, fortalen til EMK protokoll 12 og ØSK-komiteens generelle kommentar 2009 nr. 20 avsnitt 9.

^{199.} Se for eksempel ØSK-komiteens generelle kommentar 2009 nr. 20 avsnitt 10.

personer som har fått avslag på sin asylsøknad uten å kunne returneres til hjemlandet, tilbys alternativ bolig i påvente av retur.²⁰²

For barn gjør spesielle hensyn seg gjeldende. De kan sjelden holdes ansvarlige for den situasjonen de er kommet i, og deres utvikling er avhengig av at de ikke går glipp av skolegang eller helsehjelp over særlig lang tid. Barnekonvensjonens prinsipp om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle saker som gjelder barn, jf. artikkel 3, må derfor has for øye også der det er tale om asylsøkerbarn eller barn uten tillatelse til å oppholde seg i riket.

26.5 Andre lands konstitusjoner

I våre nordiske naboland er likhetsprinsippet og diskrimineringsvernet nedfelt i konstitusjonene i Sverige, Finland og Island, men ikke i Danmark.

I den *finske* Grudlagen følger likhetsprinsippet og diskrimineringsvernet av 6 §. Bestemmelsen innleder kapittelet om menneskerettigheter i den finske konstitusjonen, og lyder som følger:

«Alla är lika inför lagen.

Ingen får utan godtagbart skäl särbehandlas på grund av kön, ålder, ursprung, språk, religion, övertygelse, åsikt, hälsotillstånd eller handikapp eller av någon annan orsak som gäller hans eller hennes person.

Barn skall bemötas som jämlika individer och de skall ha rätt till medinflytande enligt sin utvecklingsnivå i frågor som gäller dem själva.

Jämställdhet mellan könen i samhällelig verksamhet och i arbetslivet främjas enligt vad som närmare bestäms genom lag, särskilt vad gäller lönesättning och andra anställningsvillkor.»

Den *svenske* Regeringsformen har flere bestemmelser som skal sikre den enkelte mot å bli utsatt for diskriminering. Bestemmelsen i 1. kapittel 2 § femte ledd tar sikte på det offentlige plikt til å legge forholdene til rette for reell likhet og for å forhindre diskriminering. Bestemmelsen lyder som følger:

«Det allmänna ska verka för att alla människor ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället och för att barns rätt tas till vara. Det allmänna ska motverka diskriminering av människor på grund av kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funksjonshinder, sexuell läggning, ålder eller andra omständigheter som gäller den enskilde som person.»

Videre inneholder Regeringsformen bestemmelser som skal sikre at lovgivningen ikke diskriminerer,

jf. 2. kapittel 12 § og 13 §. Bestemmelsene lyder som følger:

«12 § Lag eller annan föreskrift får inte innebära att någon missgynnas därför att han eller hon tillhör en minoritet med hänsyn till etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande eller med hänsyn till sexuell läggning.

13 § Lag eller annan föreskrift får inte innebära att någon missgynnas på grund av sitt kön, om inte föreskriften utgör ett led i strävanden att åstadkomma jämställdhet mellan män och kvinnor eller avser värnplikt eller motsvarande tjänsteplikt.»

I den *islandske* konstitusjonen følger likhetsprinsippet og diskrimineringsvernet av § 65. Som i den finske grunnloven er dette den innledende bestemmelsen til kapitlet om menneskerettigheter i den islandske konstitusjonen. Bestemmelsen er foreslått noe styrket i forslag til ny § 6. Dagens bestemmelse i § 65 lyder i engelsk oversettelse:

«Everyone shall be equal before the law and enjoy human rights irrespective of sex, religion, opinion, national origin, race, colour, property, birth or other status. Men and women shall enjoy equal rights in all respects.»

Tilsvarende forbyr *EUs Charter of fundamental rights* artikkel 21 diskriminering. Bestemmelsen lyder:

«1. Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited.

2. Within the scope of application of the Treaty establishing the European Community and of the Treaty on European Union, and without prejudice to the special provisions of those Treaties, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.»

EUs Charter of fundamental rights inneholder likhetsprinsippet i artikkel 20. Bestemmelsen lyder:

«Everyone is equal before the law.»

26.6 Utvalgets vurdering

26.6.1 LIKHETSPRINSIPPET

26.6.1.1 Grunnlovsfesting av likhetsprinsippet

At alle skal være like for loven, utgjør et grunnleggende krav om likhet, rettferdighet og respekt for menneskeverdet. Tanken om at alle skal være like for loven, er trolig dypt forankret både hos myndigheter, politikere, jurister og folk flest, og ideen om at alle er like for loven, har vært praktisert av norske domstoler i lengre tid. Politikeres utforming av regelverket og juristers tolkning av rettsregler vil normalt skje under den forutsetning at alle er like for loven.

^{202.} Se concluding observations avsnitt 38, hvor det heter: «The Committee urges the State party to strengthen measures to deal with the problem of homelessness and to ensure that rejected asylum-seekers who cannot be sent home to their countries of origin are offered alternative accommodation.»

Grunnlovsfesting av likhetsprinsippet vil derfor ikke endre dagens rettstilstand, men *synliggjøre og fremheve* at det norske rettssystemet er bygget på prinsippet om at alle er like for loven. Det vil også synliggjøre et av rettsstatens fundamentale elementer.

Utvalget finner på denne bakgrunn at Grunnloven bør inneholde en bestemmelse som slår fast det allment aksepterte likhetsprinsippet.

Et eventuelt likhetsprinsipp i Grunnloven vil fungere som en *skranke* for både lovgiver, domstoler og forvaltning. Konsekvensen av at alle er like for loven, er at lovgiver ikke vil ha adgang til å gi privilegier til enkelte personer eller grupper i samfunnet. Domstoler og forvaltning må på sin side praktisere lovverket i overensstemmelse med dette. Gjennom praktisering og fortolkning av det øvrige lovverket har likhetsprinsippet større reell betydning som *tolkningsprinsipp* for domstoler og forvaltning enn det vil ha som skranke for lovgiver.

Å bestemme hva som utgjør «likhet», kan imidlertid by på enkelte utfordringer. Dette innebærer at vanskelige rettstvister, der det nettopp er uenighet om hva eller hvem som er like, sjelden kan finne sin løsning i en generelt utformet grunnlovsbestemmelse om likhetsprinsippet. For å oppveie denne ulempen er det en mulighet at man supplerer likhetsprinsippet i Grunnloven med et generelt diskrimineringsvern. I så fall vil det først og fremst være ikke-diskrimineringsprinsippet som skal benyttes ved en eventuell prøving for domstolene.

Likhetsprinsippet har i de fleste konvensjoner og i de fleste moderne konstitusjoner nettopp blitt koblet sammen med et diskrimineringsforbud. Prinsipielt er likhetsprinsippet og diskrimineringsforbudet av ulik rettslig karakter, ved at likhetsprinsippet er positivt formulert, mens diskrimineringsforbudet er negativt formulert. Diskrimineringsforbudet er imidlertid avledet av ideen om likhet for loven, og de to prinsippene henger dermed nært sammen og overlapper hverandre til dels. Ideen om likhet for loven strekker seg imidlertid utover diskrimineringsvernet, i den forstand at likhetsprinsippet gjelder for alle relasjoner og ikke bare for utsatte grupper i samfunnet. Av den grunn bør likhetsprinsippet og diskrimineringsforbudet ikke følge av én og samme setning – slik man finner det i Verdenserklæringen, SP og den islandske grunnloven – men heller holdes atskilt med punktum og avsnitt – slik det bl.a. er gjort i den finske grunnloven og i EUs Charter. Dette vil signalisere at det er tale om to ulike prinsipper, og at likhetsprinsippet vil kunne ha større prinsipiell rekkevidde enn et eventuelt diskrimineringsforbud, men at diskrimineringsforbudet i større utstrekning kan være gjenstand for domstolsprøving.

Mulige formuleringer av likhetsprinsippet kan være:

«Alle er like for loven.»

(eller)

«Alle skal være like for loven.»

Den første av disse formuleringene fastslår prinsippet om likhet for loven, og denne formuleringen fremkommer av den finske konstitusjonen, i Verdenserklæringen og i SP. Den andre formuleringen fastslår i større grad en målsetting. Denne formuleringen er bl.a. benyttet i den islandske konstitusjonen.

Utvalget finner at den første av disse formuleringene best vil samsvare med dagens rettstilstand, med rettsstatens idealer og med Norges internasjonale forpliktelser på området. Den første av disse formuleringene er samtidig litt mindre rettslig forpliktende enn den andre, i den forstand at den ikke pålegger myndighetene å sørge for at likhetsprinsippet oppfylles i alle henseender. I stedet slår bestemmelsen fast at alle er like for loven. Dette faktum må da legges til grunn som en rettesnor for lovgiver ved utformingen av regelverket og som en tolkningsfaktor for domstoler og forvaltning. Det vil likevel være et stort spillerom for ulike måter å oppfylle likhetsprinsippet på, og i dagens demokratiske Norge vil det være ytterst sjelden at lovgiver trækker så feil at det blir nødvendig for domstolene å sette lovgivning til side fordi den strider mot likhetsprinsippet.

26.6.1.2 Særlig om Grunnloven § 95

Grunnloven § 95 slår fast at ingen kan få innvilget særlige unntak etter at den alminnelige lov er trådt i kraft. Med den alminnelige lov siktes det til lovbøkene omtalt i Grunnloven § 94 første ledd første punktum. I dag har Grunnloven § 95 ingen praktisk eller rettslig betydning, *ut over* det forhold at bestemmelsen kan sies å være et utslag av et generelt likhetsprinsipp om at alle er like for loven.

På denne bakgrunn anbefaler utvalget at Grunnloven § 95 oppheves og erstattes med et generelt likhetsprinsipp. Fordelen ved en slik opprydding vil være flere: For det første benytter Grunnloven § 95 til dels uttrykk som er forlatt i dagens språk («Protektorer» og «Moratorier»), og som gjør bestemmelsen vanskelig å forstå. Dernest er bestemmelsen knyttet opp mot lovbøkene i Grunnloven § 94, og det er uklart hvilken rettslig betydning bestemmelsen kan sies å ha så lenge disse lovbøkene aldri ble utarbeidet eller vedtatt av Stortinget i tiden etter 1814.

Utvalget kan ikke se verken praktiske eller rettslige ulemper ved å oppheve Grunnloven § 95, slik bestemmelsen nå lyder. Utvalget foreslår av den grunn at Grunnloven § 95 oppheves og erstattes med en generell bestemmelse om at «alle er like for loven».

26.6.1.2 Særlig om Grunnloven § 103

Grunnloven § 103 er en særlig regulering av såkalte fristeder for konkursskyldnere. Bestemmelsen slår fast at konkursskyldnere ikke kan benytte byer, sogn e.l. som fristed for å slippe unna sine betalingsforpliktelser. Bestemmelsen er et særlig utslag av prinsippet om at loven skal være lik for alle, uavhengig av bosted. Bestemmelsen har i dag ingen praktisk betydning, jf. punkt 26.2.1.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at § 103 oppheves, og at det generelle likhetsprinsippet som bestemmelsen er et utslag av, videreføres i en bestemmelse om at alle er like for loven.

26.6.2 IKKE-DISKRIMINERINGSPRINSIPPET

26.6.2.1 Diskrimineringslovutvalgets innstilling

I NOU 2009:14 har Diskrimineringslovutvalget lagt frem forslag til en samlet diskrimineringslov. Utvalget foreslår at diskrimineringsvernet fortsatt skal være knyttet til en opplisting av diskrimineringsgrunnlag i loven, og at disse grunnlagene bør være kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn og alder. Forbudet mot diskriminering på grunn av alder gjelder likevel bare i arbeidsforhold (§ 4 første ledd siste punktum), og aldersgrenser i lovgivningen og tariffavtaler som er begrunnet med saklige formål, skal ikke anses som diskriminering (§ 5 annet ledd).

Diskrimineringslovutvalgets flertall (7 medlemmer) foreslo at denne listen ble supplert med «andre liknende vesentlige forhold ved en person». Med dette menes at diskrimineringsgrunnlag som ikke er oppregnet, kan påberopes i særlige tilfeller. Formålet med en slik «sekkebetegnelse» er å ha en fleksibel norm for å fange opp grensetilfeller, dvs. tilfeller som likner de opplistede og tilfeller som det vil være støtende å holde utenfor. Eksempler på grunnlag som etter omstendighetene vil kunne påberopes under denne kategorien, angis å være kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (transpersoner), omsorg for nærstående (omsorgsoppgaver), helse, rusavhengighet, utseende, overvekt eller det at en person er straffedømt.

Diskrimineringslovutvalgets mindretall (2 medlemmer) foreslo at lovens liste over diskrimineringsgrunnlag skulle være uttømmende.

Lederen av utvalget og to av medlemmene gikk inn for å benytte uttrykket «usaklig forskjellsbehandling» i stedet for «diskriminering».

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (BLD) varslet i en pressemelding den 2. september 2011 at departementet ikke vil følge opp Diskrimineringslovutvalgets forslag om en samlet lov til vern mot ulike former for diskriminering.

Regjeringen vil i stedet foreslå at arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven videreføres, samtidig som det vil bli foreslått en ny lov mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. BLD tar sikte på å legge frem en lovproposisjon for Stortinget i 2012/2013.

Diskrimineringslovutvalget ble i tillegg til å vurdere en samlet diskrimineringslov bedt om å vurdere grunnlovsfesting av diskrimineringsforbudet. Utvalget presenterte tre mulige modeller for en slik grunnlovsfesting (NOU 2009:14 s. 316 flg.):

«Modell 1:

Ingen mennesker må utsettes for diskriminering på grunn av kjønn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder eller andre lignende vesentlige forhold ved en person.

Modell 2:

Ingen mennesker må utsettes for diskriminering fra statens myndigheter på grunn av kjønn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder eller andre lignende vesentlige forhold ved en person.

Modell 3:

Det påligger statens myndigheter å sikre at ingen mennesker utsettes for diskriminering. Nærmere bestemmelser fastsettes ved lov.»

Diskrimineringslovutvalget skriver blant annet dette om de ulike modellene (fremstillingen er noe forkortet og redigert): Modell 1 og 2 vil gi rettigheter for individet som kan utledes direkte av Grunnloven. Modellene tar utgangspunkt i de samme diskrimineringsgrunnlagene som i Diskrimineringslovutvalgets forslag til en samlet lov mot diskriminering. Grunnlagene «graviditet» og «permisjon ved fødsel og adopsjon» er imidlertid ikke tatt med. Disse vil uansett omfattes gjennom grunnlagene kjønn eller «andre liknende vesentlige forhold ved en person». Retten til ikke-diskriminering vil etter ordlyden gjelde «mennesker». Med dette siktes det til enkeltpersoner/individer, for å avgrense mot juridiske personer.

Pliktsubjekter etter Modell 1 er offentlige så vel som private fysiske og juridiske personer. Bestemmelsen vil dermed også kunne påberopes overfor private og kommuner, slik som etter diskrimineringsloven. Modell 2 gir imidlertid rettigheter som bare kan påberopes overfor staten. Denne modellen gir med andre ord ikke plikter for private og heller ikke for kommuner og fylkeskommuner.²⁰³

²⁰³ Se NOU 2009:14 s. 317. Dette samsvarer ikke med forståelsen av uttrykket «statens myndigheter» i § 110c, se drøftelsen av uttrykket i NOU 1993:18 s. 159–160.

Diskrimineringsvernets rekkevidde vil formelt sett følge av Grunnloven selv og kan ikke endres ved vanlig lovgivning. I praksis må det imidlertid antas at domstolene normalt vil legge til grunn samme fortolkning som lovgiver.

Diskrimineringsvernet vil ikke være betinget av formell lov slik som menneskerettsbestemmelsen i § 110c. Bestemmelsen vil således kunne gi utvidet vern hvis Grunnlovens diskrimineringsvern blir videre, for eksempel hvis grunnlovsbestemmelsens liste over diskrimineringsgrunnlag suppleres med en sekkekategori, og dette ikke gjøres i diskrimineringsloven. Hvis forbudene derimot formuleres likt i diskrimineringsloven og i Grunnloven, slik Diskrimineringslovutvalget foreslår, må det presumeres at bestemmelsene skal fortolkes likt.

En bestemmelse som i Modell 1 og 2 vil ha forfatningsrettslige virkninger som skranke for lovgivningen. Domstolene vil således ha prøvingsrett.

Modell 3 er utformet etter mønster av de bestemmelser i Grunnloven som ikke er ment å gi rettigheter som kan håndheves av domstolene uten forankring i gjeldende lovgivning. Denne modellen har likheter med Grunnloven § 110c om menneskerettigheter, § 109 om verneplikt og § 110 andre ledd om ansattes medbestemmelsesrett. Denne modellen er utformet mer overordnet, uten noen nærmere konkretisering av diskrimineringsgrunnlagene. Dette betyr først og fremst at staten selv skal unngå å diskriminere, for eksempel i lovgivningen. Bestemmelsen vil kun ha statens myndigheter som pliktsubjekt, på samme måte som Modell 2.

Videre vil Modell 3 innebære at staten skal ta positive skritt for å hindre at andre diskriminerer. Bestemmelsen retter seg først og fremst mot lovgiver, som må vedta et tilstrekkelig diskrimineringsvern og samtidig sikre at det vedtas og settes i verk et tilstrekkelig håndhevingsapparat som sikrer effektiv gjennomføring av diskrimineringsvernet. Statens plikter etter en slik bestemmelse må også forstås som en form for aktivitetsplikt for staten til å arbeide mot diskriminering, som en plikt til å sette i verk positive tiltak som motvirker diskriminering.

Det vil likevel kun være tale om en ren prinsippbestemmelse, slik som §§ 110c første ledd, 110 og 110a. Selv om ordlyden kan tyde på at det er tale om en «plikt» for staten, vil denne plikten ikke kunne håndheves. Bestemmelsen vil ikke kunne påberopes av den enkelte som grunnlag for et krav mot staten, men vil være en prinsippbestemmelse som markerer ikke-diskrimineringsprinsippet forankring i det norske rettssystemet. Den vil ikke ha forfatningsrettslige konsekvenser som skranke for lovgivningen og ikke være gjenstand for prøving av domstolene.

Diskrimineringslovutvalget gikk inn for grunnlovsfesting av prinsippet om ikke-diskriminering,²⁰⁴

men var delt i synet på utformingen. Et flertall på fem mente det var viktig med en grunnlovsbestemmelse som kan håndheves rettslig og gikk inn for Modell 2. Et mindretall på fire gikk inn for Modell 3. Mindretallet ønsket ikke å liste opp diskrimineringsgrunnlagene og begrunnet dette med faren for sprik mellom Grunnloven og det som til enhver tid står i loven. Det bør dessuten være lovgiveren som har som hovedoppgave å gi diskrimineringsforbudet konkret innhold.

NOU 2009:14 har vært på høring, og en rekke organisasjoner og institusjoner har uttalt seg.

Høringsinstansene som uttrykkelig støtter grunnlovsfesting er:

«Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, Helsedirektoratet, Sogn og Fjordane fylkeskommune, Fylkeseldrerådet i Østfold, Trondheim kommune, Likestillings- og diskrimineringsombudet, Kontaktutvalget mellom innvandrerbefolkningen og myndighetene (KIM), Norsk studentunion, LO, Sykepleierforbundet, Norges Ingeniør- og Teknologorganisasjon (NITO), YS, Human-Etisk Forbund, Landsrådet for Norges barne- og ungdomsorganisasjoner, Landslaget for offentlige pensjonister, Redd Barna, Hørselhemmedes landsforbund, Stopp Diskrimineringen, Reform - Ressurssenter for menn, Aksept, Landsforeningen for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner, Norges blindforbund, Statens råd for likestilling av funksjonshemmede og partiet Rødt.»

I tillegg stilte flere høringsinstanser seg generelt positive til Diskrimineringslovutvalgets forslag uten å kommentere grunnlovsspørsmålet spesielt.

Bare Norsk Kvinnesaksforening har uttrykkelig gått imot grunnlovsfesting. Etter foreningens syn er det ikke sikkert at grunnlovsfesting vil være hensiktsmessig med sikte på å fremme kjønnsmessig likestilling. Et slikt forbud kan i praksis komme til å begrense likestilling til likebehandling og gjøre nødvendig positiv særbehandling for å fremme likestilling enda vanskeligere. Samferdselsdepartementet har gitt uttrykk for tvil om grunnlovsfesting er hensiktsmessig.

Noen høringsinstanser har bare uttrykt en preferanse for Modell 3, uten at det fremgår tydelig hvorvidt de ønsker grunnlovsfesting. Høringsinstansenes syn vil bli nærmere omtalt i forbindelse med de problemstillinger som reises i det følgende.

26.6.2.2 *Grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet*

Grunnlovsfesting av ikke-diskrimineringsprinsippet vil markere den forankringen som prinsippet har i det norske rettssystemet og i samfunnet for øvrig. En grunnlovsfesting vil også gi prinsippet

²⁰⁴. Begrunnelsen er inntatt i NOU 2009:14 s. 318–320.

større gjennomslagskraft i rettslig og politisk argumentasjon (NOU 2009:14 s. 320).

Ikke-diskrimineringsprinsippet har en helt sentral plass i det internasjonale menneskerettighetsvernet. Det utgjør også en viktig verdi i det norske samfunnet, en verdi det kan være behov for å hegne om. Men det er også et prinsipp som volder besvær. Menningene om hva som er like tilfeller som skal behandles likt, er tidvis delte. Det samme er menningene om hva som er saklig og rimelig forskjellsbehandling. Utformingen av en ikke-diskrimineringsbestemmelse byr også på utfordringer, som drøftelsen videre vil vise.

Utvalgets oppfatning er likevel at ikke-diskrimineringsprinsippet står så sentralt i rettssystemet og i samfunnet at det bør tas med blant rettighetsbestemmelsene i Grunnloven. Dette vil samtidig gjøre det helt tydelig at øvrige rettigheter, for eksempel ytringsfrihet og religionsfrihet, må avveies mot retten til ikke å bli diskriminert.

26.6.2.3 *Individuelle rettigheter eller plikt for staten?*

Diskrimineringslovutvalget er delt i synet på om grunnlovsbestemmelsen bør gi den enkelte rettigheter eller utformes som en faneparagraf, dvs. hvorvidt det bør utformes en paragraf som fastsetter en plikt for staten til å hindre diskriminering eller en rettighet for den enkelte til ikke å bli diskriminert. Diskrimineringslovutvalgets flertall la vekt på at Grunnloven bør utgjøre en reell skranke for lovgiver. Den enkelte bør derfor kunne påberope seg Grunnlovens ikke-diskrimineringsprinsipp, hvilket vil innebære en styrket gjennomføring av menneskerettighetene i norsk rett.

Diskrimineringslovutvalgets flertall fremhevet at selv om domstolene med en slik bestemmelse kan sette til side lover som er i strid med ikke-diskrimineringsprinsippet, er det grunn til å tro at dette bare vil skje unntaksvis, og bare dersom det er tale om en direkte og alvorlig svekkelse eller undergraving av ikke-diskrimineringsprinsippet (s. 320). Det må også forventes at domstolene vil se hen til diskrimineringslovens diskrimineringsbegrep ved tolkningen av en eventuell grunnlovsbestemmelse.

Forskjellen fra i dag dersom en slik bestemmelse innføres, vil være at ikke-diskrimineringsprinsippet får en større rettslig gjennomslagskraft. Det vil heller ikke være adgang til å uthule diskrimineringsvernet gjennom diskrimineringsloven og unntak fra diskrimineringsforbudet eller gjennom annen lovgivning.

De høringsinstansene som uttrykkelig støtter flertallet i Diskrimineringslovutvalget er:

«Helsedirektoratet, Sogn og Fjordane fylkeskommune, Trondheim kommune, Likestillings- og

diskrimineringsombudet, Statens råd for likestilling av funksjonshemmede, Fylkeseldrerådet i Østfold, Landlaget for offentlige pensjonister, Landsrådet for Norges barne- og ungdomsorganisasjoner (LNU), Norges blindeforbund, Landsforeningen for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner, Ressursenter for menn (Reform), Human-Etisk Forbund og Rødt.»

Diskrimineringslovutvalgets mindretall mente at bestemmelsen ikke bør være en rettslig håndhevbar garanti som kan prøves for av domstolene i enkeltsaker. En slik bestemmelse ville åpne for at lovgivers sosiale og politiske vurdering settes til side av domstolene, og samtidig føre til at domstolene brukes som en arena for omkamp i omstridte politiske saker. En slik utvikling kan føre til en forvitring av folkestyret, jf. debatten om rettsliggjøring i kjølvannet av Maktutredningen, se nærmere punkt 10.5. I stedet bør bestemmelsen peke på Stortinget som den instans som skal realisere ikke-diskrimineringsprinsippet rettslig. Også fordi diskrimineringsvernet allerede uttrykkes og utvikles i internasjonale menneskerettskonvensjoner, er behovet for en rettslig håndhevbar rettighet av konstitusjonell rang lite. De høringsinstanser som uttrykkelig støtter mindretallet i dette, er:

«Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, Buskerud fylkeskommune, Norsk studentunion, Arbeidsgiverforeningen Spekter, Universitetet i Oslo (universitetsdirektøren) og Regjeringsadvokaten.»

Menneskerettighetsutvalget finner at retten til ikke å bli diskriminert bør utformes som en individuell rettighet som kan bringes inn for domstolene i enkeltsaker. En slik grunnlovsbestemmelse vil sette rettslige skranke for lovgiver, ved at lovgiver ikke kan vedta regler i strid med diskrimineringsforbudet. Den nærmere grenseoppgangen for hva som er å anse som diskriminering, må imidlertid først og fremst trekkes av de politiske myndigheter. Det er derfor av avgjørende betydning at de politiske myndigheter sørger for et omfattende regelverk på området med det siktemål å søke å beskytte individene mot diskriminering. Det vil være dette regelverket domstolene må forholde seg til og tolke i vanskelige saker. En grunnlovsbestemmelse vil i første rekke sikre den enkelte tilgang til å få sin diskriminerings sak prøvet for domstolene. Dersom øvrig regelverk mot formodning skulle mangle, vil grunnlovsbestemmelsen måtte prøves direkte av domstolene.

Mulige formuleringer kan være:

«Ingen må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.»

(eller)

«Ingen må utsettes for diskriminering.»

(eller)

«Enhver har rett til beskyttelse mot diskriminering.»

(eller)

«Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.»

Utvalget foretrekker det siste av disse alternativene. Der kommer det tydelig frem at forbudet mot diskriminering innebærer en individuell rettighet som kan prøves for domstolene. Det kommer samtidig frem at det bare er fysiske personer som kan påberope seg bestemmelsen, ikke juridiske personer, se mer i punkt 26.6.2.8. Og det kommer tydelig frem at man med diskriminering mener den forskjellsbehandling som er enten usaklig eller uforholdsmessig, se mer i punkt 26.6.2.5.

26.6.2.4 Hvem bør være pliktsubjekt?

Diskrimineringslovutvalgets Modell 1 fastsetter at ingen skal utsettes for diskriminering, men sier ikke noe om hvem som skal avholde seg fra å diskriminere. Dermed gjelder den i prinsippet alle, offentlige så vel som private. Der det er offentlige organer som diskriminerer, følger det av dette at lov eller andre vedtak som er i strid med dette prinsippet, kan settes til side. Er det private som krenker forbudet, vil de eventuelt kunne bli erstatningsansvarlige etter alminnelige erstatningsregler. Noen praktisk betydning ved siden av diskrimineringslovgivningen vil dette bare ha dersom Grunnloven går lengre i å beskytte mot diskriminering enn dagens diskrimineringslov gjør.

Ingen av medlemmene i Diskrimineringslovutvalget gikk inn for Modell 1. Av høringsinstansene ønsker Statens råd for likestilling av funksjonshemmede, LLH, Norges Blindforbund og partiet Rødt primært denne modellen, under henvisning til at det er like viktig å hindre diskriminering fra private som fra det offentlige. Statens råd for likestilling av funksjonshemmede skriver blant annet:

«Ettersom mye offentlig virksomhet skilles ut i egne selskaper som drives på tilnærmet kommersielle vilkår, synes det å være et poeng å få en bestemmelse som kan påberopes overfor både statlige, kommunale og private rettssubjekter.»

Flertallet i Diskrimineringslovutvalget hadde en preferanse for Modell 2, som begrenser pliktsubjektet til å være «statens myndigheter». Blant høringsinstansene får dette støtte av:

«Trondheim kommune, Human-Etisk Forbund, Sogn og Fjordane fylkeskommune, Landsrådet for

barne- og ungdomsorganisasjoner, Fylkeseldrerådet i Østfold, Likestillings- og diskrimineringsombudet, Helsedirektoratet, Landslaget for offentlige pensjonister og Reform – Ressursenter for menn.»

Menneskerettighetsutvalget vil peke på at Modell 1 har den fordel at den fastsetter det grunnleggende prinsippet om ikke-diskriminering uten begrensning. Heller ikke private er unntatt fra dette prinsippet. Det er også tvilsomt om en slik grunnlovsbestemmelse vil føre til søksmål mot private i noe omfang, all den tid den ikke fastsetter noen sanksjoner. Det vil likevel være problematisk å grunnlovsfeste en plikt for private som er så vidt skjønnsmessig, uten å skrive inn de presiseringer som det er mulig å foreta i ordinær lovgivning.

En løsning som vil ivareta begge disse hensyn, kan være å kombinere Modell 2 og 3, dvs. å utforme bestemmelsen slik at statens myndigheter selv må avstå fra å diskriminere, og samtidig må sørge for at ikke private diskriminerer. En mulig formulering av en slik bestemmelse kan være:

«Statens myndigheter må ikke utsette noen for diskriminering på grunnlag av forhold knyttet til deres person, og skal gjennom lovgivning og på andre måter sikre at andre ikke utsetter noen for slik diskriminering.»

Utvalget finner imidlertid at en slik formulering vil være nokså omstendelig og teknisk vanskelig å forstå.

Utvalget ser for seg at det på området for diskriminering kun bør være offentlige instanser som er pliktsubjekt etter Grunnloven. Disse myndighetene bør bl.a. oppfylle sin plikt ved å sørge for et lovverk som kan beskytte den enkelte mot diskriminering fra private.

26.6.2.5 Diskriminering eller usaklig forskjellsbehandling?

Et neste spørsmål er om en grunnlovsbestemmelse bør benytte uttrykket «diskriminering» eller «usaklig forskjellsbehandling». Diskrimineringslovutvalgets mindretall, bestående av lederen og to av utvalgets medlemmer, gikk inn for at forbudet i den samlede diskrimineringsloven bør gjelde «usaklig forskjellsbehandling», ikke «diskriminering». Mindretallet fant det uheldig å bruke et så sterkt negativt ladet uttrykk i en lovtekst som også vil fange opp forhold som, etter deres syn, ligger fjernt fra det folk flest vil finne naturlig å karakterisere som diskriminering. Mindretallet understreket imidlertid at dette ikke var til hinder for å bruke ordet diskriminering i lovens tittel (NOU 2009:14 s. 186). Det kan også bemerkes at de samme medlemmene inngikk i det mindretallet som foretrakk en grunnlovsbestemmelse

etter Modell 3, der uttrykket diskriminering brukes.²⁰⁵

En rekke høringsinstanser har fremhevet at diskrimineringsloven bør benytte uttrykket diskriminering, nettopp for å få frem alvoret i handlinger som strider mot loven.

Menneskerettighetsutvalget vil peke på at det ved utformingen av grunnlovsbestemmelser ikke gjelder helt de samme hensyn som ved utforming av ordinære lovbestemmelser. Et hensyn er at en grunnlovsformulering bør tilstrebe et konsist innhold, siden den i motsetning til lover ikke fylles ut med flere ledd som en forklaring på hovedregelen. Uttrykket «diskriminering» kan derfor synes noe knapt å benytte i en grunnlovsbestemmelse. Det kan raskt lede tanken hen til at forskjellsbehandling ikke er tillatt. Det er imidlertid slik at det bare er den forskjellsbehandling som er usaklig eller uforholdsmessig som ikke er tillatt, og dette bør komme frem i selve grunnlovsteksten. Da er man også sikker på at en eventuell grunnlovsbestemmelse om diskriminering ikke går lengre enn dagens rettstilstand på området. Samtidig vil betegnelser som «usaklig» og «uforholdsmessig» være såpass fleksible at de gir rom for at forståelsen av hva som menes med diskriminering, i noen grad kan komme til å endre seg over tid.

På denne bakgrunn finner utvalget at en grunnlovsbestemmelse bør benytte uttrykket «usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». Dette gir på en enkel måte en kortfattet definisjon av hva som menes med «diskriminering», jf. punkt 26.4.2.1 26.4.2.1 foran. En slik bestemmelse må leses i sammenheng med utvalgets forslag til et første ledd om at «alle er like for loven». Første ledd vil da fungere som det prinsipielle utgangspunkt, mens annet ledd om at den enkelte ikke skal utsettes for «usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling», vil legge klare rettslige føringer for myndighetene.

26.6.2.6 Om diskrimineringsgrunnlag i Grunnloven

En annen viktig problemstilling er hvorvidt ulike diskrimineringsgrunnlag bør listes opp i Grunnloven. Diskrimineringslovutvalgets mindretall fremhevet som en fordel med Modell 3 at den ikke gjør det nødvendig å nevne diskrimineringsgrunnlagene. Dermed risikerer man ikke sprik mellom det som til enhver tid følger av lovgivningen, og det som fremgår av Grunnloven. Det kan tilføyes at man også unngår strid om hvilke grunnlag som bør nevnes, samt misnøye med at mulige grunnlag er utelates.

Diskrimineringslovutvalgets flertallsforslag lister på sin side opp de ulike diskrimineringsgrunnlag.

Det samme gjør menneskerettighetskonvensjonene og diskrimineringsbestemmelsene i de nordiske lands grunnlover. Ved å liste opp kjennetegn ved personer får man en lettere forståelse for hvilke personlige kjennetegn man ikke kan diskriminere på grunnlag av. Dette vil trolig medføre at bestemmelsen får en sterkere signaleffekt. Det vil også gjøre det lettere for domstolene å håndheve grunnlovsbestemmelsen.

En slik oppstilling av diskrimineringsgrunnlagene i en eventuell grunnlovsbestemmelse anbefales av Likestillings- og diskrimineringsombudet i et brev til utvalget, datert 28. oktober 2011. Her fremheves bl.a. at en diskrimineringsbestemmelse uten diskrimineringsgrunnlag vil være mindre rettslig forpliktende for myndighetene, og at den heller ikke vil få frem at det særlig er utsatte grupper som har behov for beskyttelse mot diskriminering. Det heter i brevet:

«Videre mener LDO at Grunnloven bør signalisere at diskrimineringsvernet særlig er ment å beskytte mennesker som på grunn av vesentlige trekk ved deres person eller gruppetilhørighet er spesielt utsatt for diskriminering. Et diskrimineringsforbud som ikke nevner noen diskrimineringsgrunnlag vil ikke gi det ønskede signal om at nettopp særlig utsatte mennesker skal sikres rett til likeverd i det norske samfunnet.»

Ulempen med en oppstilling av diskrimineringsgrunnlag er at personer med kjennetegn som ikke står på denne listen, kan oppleve dette som en bekreftelse på at samfunnet ikke ser like alvorlig på deres problemer. Denne følelsen kan raskt også vise seg å være en realitet, på den måten at disse personene vanskeligere vil nå frem med sin sak. Det er derfor problematisk å ta stilling til hvilke grunnlag som bør nevnes, og hvilke som bør utelates. Dette argumentet får særlig betydning ved utformingen av en grunnlovsbestemmelse. Utvalget ser det i stedet som verdifullt å fremheve de allmenngyldige prinsipper om at alle er like for loven, og at ingen skal utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.

Utvalget mener også at det er for stor usikkerhet knyttet til de ulike diskrimineringsgrunnlagene, både hva gjelder hvilke grunnlag som bør tas med, og hvor langt de ulike grunnlagene strekker seg. Det er fare for at noen diskrimineringsgrunnlag blir for eksterne og favner for vidt, i den forstand at det ofte vil være saklig grunn til å forskjellsbehandle. Samtidig vil enkelte relevante diskrimineringsgrunnlag raskt falle utenfor. Det er derfor utvalgets oppfatning at de ulike diskrimineringsgrunnlag ikke bør listes opp i en grunnlovsbestemmelse, men at dette bør overlates til ordinær lovgivning.

Utvalget vil også understreke at behovet for å liste opp diskrimineringsgrunnlagene er mindre dersom man benytter uttrykket «usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling» fremfor «diskrimine-

²⁰⁵ Se blant annet diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd og Diskrimineringslovutvalgets lovforslag § 5 første ledd.

ring». Det sentrale vil først og fremst være vurderingen av om det foreligger forskjellsbehandling, og dernest om denne forskjellsbehandlingen enten er usaklig eller uforholdsmessig. Det vil stort sett være i relasjon til usaklighetsvurderingen at begrunnelsene, eventuelt de *skjulte* begrunnelsene, for å forskjellsbehandle vil være relevante. Etter utvalgets oppfatning bør ikke Grunnlovens usaklighetsvurdering låses fast til helt bestemte diskrimineringsgrunnlag. I stedet bør Grunnloven i noen grad være åpen for uventede situasjoner og endringer over tid.

26.6.2.7 Hvilke diskrimineringsgrunnlag kunne være aktuelle?

Dersom Stortinget finner at diskrimineringsgrunnlagene bør være med i en ny diskrimineringsbestemmelse i Grunnloven, har utvalget enkelte betraktninger knyttet til dette.

Diskrimineringslovutvalgets flertall har foreslått at følgende grunnlag nevnes uttrykkelig i Grunnloven: Kjønn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn og alder. Grunnlovsforslag nr. 5 (2007–2008) nevner på sin side følgende grunnlag uttrykkelig: Kjønn, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, språklig eller religiøs tilhørighet, funksjonshemming, seksuell orientering, kjønnsidentitet og alder.

Utvalget finner at dersom det skal foretas en oppstilling av de ulike diskrimineringsgrunnlagene, bør *kjønn* tas med i en slik oppstilling. Det samme gjelder det som tradisjonelt har vært omtalt som rasediskriminering. Rasebegrepet bør imidlertid unngås, fordi det kan bidra til den oppfatning at mennesker kan deles inn i raser.²⁰⁶ Diskrimineringslovutvalget bruker i stedet *etnisitet*, og legger til grunn at nasjonal eller etnisk opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk og oppfatninger om at en person tilhører en bestemt rase, skal innfortolkes i dette uttrykket.

Likestillings- og diskrimineringsombudet er ikke helt enig i dette, fordi det mener *språk* bør nevnes særskilt. Dette begrunnes slik:

«Ombudet deler imidlertid ikke utvalgets vurdering når det gjelder grunnlaget språk. Ombudet mottar en rekke henvendelser fra personer som mener seg diskriminert på grunn av språk. Arbeidsgivere er i tillegg opptatt av i hvilken grad man kan vektlegge språk ved ansettelse. For å fremheve at diskriminering på grunn av språk er forbudt, anbefaler ombudet at 'språk' eksplisitt nevnes som et diskrimineringsgrunnlag. Den fremtidige proposisjonen bør også være klar på om språk er begrenset til å være en markør av etnisitet, eller om det skal være et selvstendig grunnlag slik at man har vern mot diskriminering på grunn av nynorsk, dialekt osv. Ombudet mener dis-

krimineringssgrunnlaget bør være begrenset til en markør av etnisitet. Diskriminering av personer som bruker alternativ og supplerende kommunikasjon (ASK) eller tegnspråk, må derfor regnes som diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.»

Også Redd Barna og Barneombudet har fremhevet språk som et viktig diskrimineringsgrunnlag. Redd Barna skriver:

«Redd Barna mener språk er et grunnlag som bør synliggjøres direkte i den nye loven fordi det i praksis reises mange spørsmål knyttet til språk. Direkte oppregning av språk som grunnlag vil dessuten harmonere med oppregningen i artikkel 2 i barnekonvensjonen. Barn som ikke snakker norsk står i mange sammenhenger i fare for å ikke få oppfylt sine rettigheter på lik linje med norsktalende barn. I tilfeller der det ikke tas behørig hensyn til manglende språkkunnskaper f. eks. i skolen eller i kontakt med helsevesenet, kan barns rett til utdanning eller helse stå i fare. Det er grunn til å tro at fokus på språk som diskrimineringsgrunnlag kan bidra til en styrking av tiltak i form av tolking og egnede læremidler.»

Selv om uttalelsene knytter seg til lovforslaget, ikke grunnlovsforslaget, bør det likevel vurderes å inkludere språk i en grunnlovsbestemmelse. Et argument mot å gjøre dette er at det i noen tilfeller er saklig å legge vekt på språkforskjeller. Et annet mulig argument er at det i noen tilfeller kan være tvilsomt i hvilken grad myndighetene må sette i verk positive tiltak for at personer som ikke forstår norsk, ikke skal komme i en dårligere stilling enn de som gjør det.

Diskriminering på grunn av *nedsatt funksjonsevne* er nevnt både av Diskrimineringslovutvalget og i grunnlovsforslag nr 5. Det er bl.a. en egen lov og FN-konvensjon om dette, og grunnlaget hører i dag naturlig hjemme i generelle ikke-diskrimineringsbestemmelser. En del høringsinstanser har pekt på at de øvrige grunnlagene i oppstilling er nøytrale, og at det derfor bør stå «funksjonsevne», ikke funksjonsnedsettelse. Dette synes overbevisende.

Diskriminering på grunnlag av *seksuell orientering*, dvs. homofil, lesbisk eller bifil legning eller praksis, er omfattet av det menneskerettslige vernet mot diskriminering, selv om det ikke nevnes eksplisitt i konvensjonene. EMD har funnet at dette grunnlaget omfattes av «annen status» i EMK artikkel 14, og FN's menneskerettskomité har innfortolket det i «kjønn» i SP, se NOU 2009:14 s. 132. I Norge er forbud mot diskriminering på dette grunnlaget inntatt i boligloven og i arbeidsmiljøloven og foreslått tatt inn i den samlede diskrimineringsloven. Diskrimineringslovutvalget pekte i den forbindelse på at diskriminering og trakassering av homofile forekommer på mange samfunnsområder (s. 173–174). Et generelt forbud mot diskriminering på dette grunnlaget vil være i samsvar med den politiske og rettslige utviklingen nasjonalt og internasjonalt. Diskriminerings-

^{206.} På denne bakgrunn er den svenske Regeringsformen endret slik at «ras» er erstattet med «etnisk ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande», se SOU 2008:125 s. 412–414.

lovutvalget pekte samtidig på at trossamfunn i lys av religionsfriheten vil ha en viss adgang til å fortsette sin praksis overfor homofile. Slik praksis vil måtte aksepters så fremt det er tale om saklig forskjellsbehandling.

At *religion og livssyn* bør nevnes i en eventuell opplisting, synes klart. Forbud mot diskriminering på slike grunnlag er nødvendig for reell religionsfrihet.

At *politisk syn* også bør nevnes, synes rimelig klart. Retten til ikke å bli diskriminert på grunnlag av politisk syn er en forutsetning for et velfungerende demokrati og har også en side til tanke- og samvittighetsfrihet.

I Diskrimineringslovutvalgets forslag til lov gjelder det uttrykkelige forbudet mot diskriminering på grunn av *alder* bare i arbeidslivet, ellers omfattes slik diskriminering eventuelt av samlekategori «andre liknende vesentlige forhold ved en person». Det vil oftere være saklig å forskjellsbehandle på grunn av alder enn på andre grunnlag, og et generelt forbud mot diskriminering på grunn av alder vil derfor overlata altfor stort spillerom for skjønn til håndhevingsorganene, mente Diskrimineringslovutvalget. Hvorfor den samme innvendingen ikke er reist mot å ha dette i Grunnloven, fremkommer ikke av Diskrimineringslovutvalgets innstilling.

Svært mange høringsinstanser reagerer på at ikke alder er tatt med på lik linje med de andre diskrimineringsgrunnlagene i forslaget til ny diskrimineringslov. De peker på at aldersdiskriminering er et problem på mange samfunnsområder, ikke bare i arbeidslivet.

Menneskerettighetsutvalget antar at selv om dette grunnlaget skulle være omfattet av grunnlovsbestemmelsen på lik linje med de andre grunnlagene, ville domstolene legge stor vekt på lovgivers vurdering av om en aldersgrense er saklig, nødvendig og rimelig, slik at det bare ville være aktuelt å tilside-sette lover som forskjellsbehandler på grunn av alder der dette åpenbart ikke er saklig begrunnet eller vil slå urimelig hardt ut.

I grunnlovsforslag nr. 5 (2007–2008) er også *kjønnsidentitet* tatt med i opplistingen. Diskrimineringslovutvalget har utelatt dette, men pekt på at vern mot diskriminering av transseksuelle i dag innfortolkes i likestillingslovens vern mot kjønnsdiskriminering, og at dette bør gjelde også etter den nye loven. Andre transpersoner vil kunne påberope seg diskrimineringsvernet under kategorien «andre liknende vesentlige forhold ved en person» (s. 168).²⁰⁷

Enkelte høringsinstanser, herunder Likestillings- og diskrimineringsombudet, mener *kjønnsidentitet*

og -uttrykk bør gis et eksplisitt vern i loven. I uttalelsen heter det om dette:

«Vern mot diskriminering av transseksuelle innfortolkes i dag i likestillingslovens vern mot kjønnsdiskriminering. Ombudet mener for det første at gruppen bør synliggjøres gjennom eksplisitt å nevne dette som et selvstendig grunnlag. For det andre mener ombudet at diskrimineringsgrunnlaget bør omfatte alle transpersoner. Spørsmålet om et vern for andre transpersoner enn transseksuelle, har ikke vært oppe i rettspraksis. Det er derfor ikke avklart om også denne gruppen har et menneskerettslig vern. Mye taler imidlertid for at hvis saken kommer opp for EMD, vil domstolen kunne komme til å innfortolke dette i 'annen status', slik at denne gruppen har et diskrimineringsvern etter EMK. På denne bakgrunn mener ombudet man bør legges seg på den svenske linjen hvor alle transpersoner er gitt vern mot diskriminering. I den svenske diskrimineringslovgivningen er grunnlaget angitt som 'könsöverskridande identitet eller uttryck'. Ombudet mener et lignende begrep kan brukes i Norge og foreslår at 'kjønnsidentitet og -uttrykk' tas inn som et selvstendig grunnlag i den nye diskrimineringsloven.»

Også Menneskerettsalliansen og Landforeningen for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner ber om at «kjønnsidentitet og -uttrykk» tas inn som et eget diskrimineringsgrunnlag.

HIV-smittede vil være vernet av forbudet mot diskriminering på grunnlag av funksjonsevne dersom de har utviklet symptomer som reduserer deres funksjonsevne. Diskriminering på grunn av overdreven frykt for smitte er imidlertid et stort problem, som ikke umiddelbart synes å falle inn under dette diskrimineringsgrunnlaget. Dersom opplistingen ikke suppleres med en åpen kategori av typen «andre liknende vesentlige forhold ved en person», bør det vurderes om denne typen diskriminering kan fanges opp på annet vis, f.eks. ved å inkludere kategorien *helse*.

Når det gjelder spørsmålet om en eventuell opplisting bør være uttømmende, fulgte Diskrimineringslovutvalget mønsteret fra menneskerettighetskonvensjonene og foreslo at listen over forbudte diskrimineringsgrunner ikke skal være uttømmende. Ordlyden som er foreslått, er «eller andre liknende vesentlige forhold ved en person». Dette signaliserer en nokså snever adgang til å inkludere forhold som ikke er nevnt uttrykkelig. Det må være tale om lignende forhold, og de må være vesentlige, se nærmere s. 342–343 i NOU 2009:14. Et mindretall på to medlemmer mente imidlertid at listen bør være uttømmende.

Spørsmålet om de opplistede diskrimineringsgrunnlagene bør være uttømmende angitt, har vakt stort engasjement hos høringsinstansene. Tjuen instanser støtter flertallet i at listen ikke bør være uttømmende. Dette er:

²⁰⁷ Kjønnsidentitet er nærmere forklart i NOU 2009:14 s. 135 flg.

Helsedirektoratet, Statens råd for likestilling av funksjonshemmede, Trondheim kommune, Sogn og Fjordane fylkeskommune, Rogaland fylkeskommune, Fylkeseldrerådet i Østfold, Likestillings- og diskrimineringsombudet, Barneombudet, Oslo politidistrikt, LO, YS, Akademikerne, FFO, Advokatforeningen, Juss-Buss, Menneskerettsalliansen, LLH, Redd Barna, Stopp diskrimineringen, Innvandrernes landsorganisasjon og ULOBS (Andelslag for borgestyrt personlig assistanse).

For eksempel skriver *Human-Etisk forbund*:

«Vi mener det er viktig å ta høyde for eventualiteter man ikke nødvendigvis ser i dagens situasjon, gjennom å føye til en sekkekategori 'andre liknende vesentlige forhold ved en person'. Da rommer loven en mulighet for å fange opp også grunnlaget for diskrimineringen man ikke i første omgang har erkjent eller kan plassere i forhold til opplistingen foran. Dermed blir loven både symbolsk og reelt universell, og det slutter vi oss til.»

Det er elleve instanser som har uttalt seg mot den åpne kategorien. Dette er:

Regjeringsadvokaten, Universitetet i Oslo (universitetsdirektøren), NITO, Sykepleierforbundet, Finansnæringens hovedorganisasjon, Finansnæringens arbeidsgiverforening (FA), Arbeidsgiverforeningen Spekter, HSH, Norsk studentunion, Norges Blindforbund og Aksept.

Menneskerettighetsutvalget vil peke på at en fordel ved en slik åpen kategori er at den vil sikre at diskriminering som åpenbart er usaklig og har sammenheng med vesentlige forhold ved en person, blir omfattet. Man unngår dermed å skille skarpt mellom de forhold som listes opp, og de som ikke listes opp. Det er også en fordel at det vil bli lettere å få aksept for at listen ikke omfatter alle aktuelle diskrimineringsgrunnlag. Bestemmelsen vil dermed oppfattes som mer inkluderende.

En ulempe ved en slik åpen kategori er til sist at den skaper mindre forutsigbarhet. Den vil også innebære at domstolene får det avgjørende ord når det gjelder å bestemme hvilke flere tilfeller som skal omfattes av diskrimineringsvernet.

Utvalget går som nevnt i punkt 26.6.2.6 ikke inn for å liste opp de ulike diskrimineringsgrunnlag, men en mulig formulering av en slik bestemmelse i Grunnloven vil kunne være:

«Ingen må utsettes for diskriminering på grunnlag av kjønn, etnisitet, språk, funksjonsevne, seksuell orientering, kjønnsuttrykk, religion, livssyn, politisk syn, helse, alder eller andre liknende vesentlige forhold ved en person.»

26.6.2.8 Hvem bør være rettssubjekt?

Et siste spørsmål knyttet til en eventuell diskrimineringsbestemmelse i Grunnloven er hvem som bør ha rettigheter etter bestemmelsen.

Både Modell 1 og 2 i Diskrimineringslovutvalgets forslag er bevisst formulert slik at bare fysiske personer, ikke juridiske, skal vernes mot diskriminering. Når det gjelder en eventuell grunnlovsbestemmelse, finner utvalget at den utelukkende bør verne om fysiske personer. Det er i første rekke likheten og menneskeverdet som skal ivaretas gjennom en ikke-diskrimineringsbestemmelse. Og i henhold til EMDs praksis med den aksessoriske diskrimineringsbestemmelsen i EMK artikkel 14 er det kun i helt særlige tilfeller at juridiske personer omfattes.

I den utstrekning en diskrimineringsbestemmelse i Grunnloven også skulle favne om juridiske personer, vil selskaper, stiftelser mv. i noen sammenhenger kunne få et bedre rettslig vern mot forskjellsbehandling enn de har i dag. Dermed vil en grunnlovsbestemmelse som inkluderer de juridiske personer, kunne endre dagens rettstilstand. Utvalget finner derfor at juridiske personers vern mot usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling i stedet bør reguleres gjennom ordinær lovgivning.

Det er utvalgets syn at denne avgrensningen bør komme tydelig til uttrykk i en eventuell grunnlovsbestemmelse om diskrimineringsvern, ved at det fremkommer at «intet menneske» skal utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.

26.7 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at Grunnloven § 95 og § 103 oppheves, og at ny Grunnloven § 98 skal lyde:

«Alle ere lige for Loven.

Intet Menneske maa udsættes for usaglig eller uforholdsmæssig Forskelsbehandling.»

27. Tanke-, samvittighets- og religionsfrihet

27.1 Innledende bemerkninger

«Tro, religion og livssyn handler om de fundamentale sidene ved det å være menneske – om identitet, grunnleggende verdier og om normer for hvordan vi lever våre liv. (...) Tros- og livssynsfrihet er en ukrenkelig menneskerett og en grunnleggende verdi i et fritt samfunn. Statens fremste oppgave i tros- og livssynspolitikken bør være å beskytte og styrke denne friheten.»

Med disse ordene innledes St.meld. nr. 17 (2007–2008) om forholdet mellom staten og Den norske kirke. Religionsfriheten, også den nært beslektede tanke- og samvittighetsfriheten regnes blant de grunnleggende menneskerettighetene. De ivaretar den enkeltes rett til å slutte seg til tros- og livssyns-

samfunn og leve i pakt med egen tro og overbevisning. Frihet for tanken er også en forutsetning for frie politiske valg, og derfor grunnleggende i et demokrati.

Frihetene kan trues på mange måter, for eksempel ved systematisk indoktrinering, ved forbud mot eller påbud om å delta i religiøse aktiviteter, eller ved forskjellsbehandling på grunn av religiøs tilhørighet. De beskyttes også gjennom mange av de andre menneskerettighetene – som ytringsfriheten, forenings- og forsamlingsfriheten og friheten fra usaklig forskjellsbehandling.

Av tanke-, samvittighets- og religionsfrihet er det tradisjonelt religionsfriheten som har fått mest oppmerksomhet. Den var inntatt i den franske rettighetserklæringen fra 1789 og i den første av de ti grunnlovstilleggene som ble vedtatt i USA i 1791. I Norge kom prinsippet om religionsfrihet først til uttrykk i Grunnloven i 1964, men friheten har – riktignok med noen innskrenkninger – vært anerkjent lenge før det. I den senere tid har religionsfriheten særlig kommet i fokus her i landet i forbindelse med undervisning i kristendom og religion i grunnskolen (det tidligere KRL-faget), i spørsmålet om retten til å bære religiøse hodeplagg (særlig hijab og niqab) og i debatten om forholdet mellom staten og Den norske kirke.

27.2 Dagens rettstilstand

27.2.1 GRUNNLOVEN

Grunnloven har ingen uttrykkelig bestemmelse om tanke- eller samvittighetsfrihet. Derimot kom prinsippet om religionsfrihet inn i Grunnloven § 2 første ledd i 1964. Dagens § 2 lyder som følger:

«Alle Indvaanere af Riget have fri Religionsøvelse.

Den evangelisk-lutherske Religion forbliver Statens offentlige Religion. De Indvaanere, der bekjende sig til den, ere forpligtede til at opdrage deres Børn i samme.»

Et senere forslag om å føye til «livsanskuelse» i første ledd ble avvist som unødvendig, og det er i dag bred enighet om at bestemmelsen omfatter retten til å ha og utøve også ikke-religiøse livssyn.²⁰⁸ Bestemmelsen forstås slik at religionsutøvelse må skje slik at rett og sømmelighet ikke blir krenket eller skadelidende, jf. lov om trdomssamfunn og ymist anna § 1. Bestemmelsen må forstås og anvendes i lys av EMK artikkel 9 og SP artikkel 18, som begge tillater nødvendige innskrenkninger i retten til religionsutøvelse.

²⁰⁸ Se Arne Fliflet, *Grunnloven – kommentarutgave*, 2005 s. 61.

27.2.2 STAT/KIRKE-FORLIKET OG BESTEMMELSEN OM RELIGIONSFRIHET

I forbindelse med stat/kirkeforliket er det fremsatt forslag om at religionsfriheten skal følge av ny § 16:

«Alle Indvaanere af riget have fri Religionsøvelse. Den norske kirke, en evangelisk-luthersk Kirke, forbliver Norges Folkekirke og understøttes som saadan af Staten. Nærmere Bestemmelser om dens Ordning fastsættes ved Lov. Alle Tros- og Livssynssamfund skulle understøttes paa lige Linje.»

Selve trosfriheten fremkommer av både Grunnloven § 2 og forslag til ny § 16, men § 16 fjerde punktum likestiller tros- og livssynssamfunn med hensyn til offentlige tilskudd. Denne utvidelsen bringer forslag til ny § 16 bedre i overensstemmelse med bl.a. EMK artikkel 9. I dag likestiller lov om trdomssamfunn ulike tros- og livssynssamfunn med hensyn til offentlig støtte. Nytt er at denne likestillingen nå inn-tas på grunnlovs nivå.

Teksten som nå utgjør Grunnloven § 2 annet ledd, har stått uendret siden 1814. I St.meld. nr. 17 (2007–2008) Staten og Den norske kirke heter det om forholdet mellom første og annet ledd (punkt 6.2.1):

«De to leddene kan sies å stå i et visst spenningsforhold til hverandre, og – i en viss forstand – kan en si at dette spenningsforholdet på en presis måte uttrykker vesentlige sider ved statskirkedebatten. Det betyr også at det er delte oppfatninger om hvor problematisk og paradoksal sammenstillingen i § 2 er.»

Stortingsmeldingen har bakgrunn i utredningen NOU 2006:2, Staten og den norske kirke, som ble avgitt av et bredt sammensatt utvalg ledet av fylkesmann Kåre Gjønnes. Prosessen ledet frem til en politisk avtale 10. april 2008 mellom samtlige partier på Stortinget om det fremtidige forholdet mellom staten og Den norske kirke.²⁰⁹ Partiene er enige om at det er behov for å foreta endringer i forholdet mellom stat og kirke. Om gjennomføringen av endringene heter det i Innst. S. nr. 287 (2007–2008) punkt 2.1:

«Komiteen mener samtidig at endringene må gjennomføres på en måte som ivaretar behovet for kontinuitet og trygghet. Kirkemedlemmenes tilhørighet til Den norske kirke skal ivaretas, og det skal legges til rette for at kirken kan ivareta sin rolle som tradisjons-, kultur-, verdi- og trossbærer i lokalsamfunnene og i storsamfunnet. Den norske kirke skal utvikles videre som en åpen og inkluderende folkekirke, og det kirkelige demokratiet skal styrkes slik at de kirkelige valgte organene får en

²⁰⁹ Avtalen er inntatt i sin helhet i Innst. S. nr. 287 (2007–2008) og i grunnlovsforslag nr. 10 i Dokument nr. 12 (2007–2008).

bedre demokratisk legitimitet og forankring hos kirkemedlemmene.»

Avtalen legger til grunn at det skal settes i gang en prosess hvor målet er at utnevning av biskoper og proster overføres fra kirkelig statsråd til et kirkelig organ som kirkemøte eller bispedømmeråd. I samarbeid med Den norske kirke skal det videre gjennomføres en demokratireform, slik at kirkens organer får en sterkere demokratisk legitimitet og forankring hos kirkemedlemmene. Det legges til grunn at en tilfredsstillende demokratireform er gjennomført i Den norske kirke i løpet av 2011.

Når reformen av utnevnesordningen og demokratireformen er gjennomført, forutsetter avtalen at de sju paragrafene i Grunnloven som i dag etablerer og regulerer statskirkeordningen, skal endres. Endringsforslagene er satt frem som grunnlovsforslag nr. 10 (2007–2008).

27.2.3 ORDINÆR LOVGIVNING

Bestemmelsen i Grunnloven § 2 første ledd suppleres av lovgivning. Særlig kan det vises til lov 13. juni 1969 nr. 25 om trdomssamfunn og ymist anna §§ 1 til 3, hvor det heter:

«§ 1. Alle har rett til å driva religiøs verksemd åleine eller saman med andre, og til å skipa trdomssamfunn når rett og sømd ikkje vert krenkt.

§ 2. Ingen kan binda seg rettsleg til å høyra eller ikkje høyra til eit trdomssamfunn, ein religiøs samskipnad eller orden. Heller ikkje kan nokon binda ein annan til slikt.

§ 3. Den som er over 15 år, kan melda seg inn i eller ut or trdomssamfunn.»

Offentlige bidrag reguleres i §§ 19 til 20. Tilsvarende bestemmelser er gitt i lov 12. juni 1981 nr. 64 om tilskott til livssynssamfunn, og gjelder for «livssynssamfunn som ikkje krenkjer rett og sømd», jf. § 1.

Det kan også nevnes at § 27a i lov om trdomssamfunn og ymist anna fastsetter at den som ikke tilhører Den norske kirke, har rett til fri i opp til to dager hvert år i forbindelse med religiøse høytider etter vedkommendes religion.

Videre kan nevnes at opplæringslova § 2-3a første ledd pålegger skolen å vise respekt for elevenes og foreldrenes religiøse og filosofiske overbevisning og sikre retten til likeverdig opplæring. Elever får fritak fra undervisning som de ut fra egen religion opplever som utøvelse av en annen religion eller tilslutning til et annet livssyn, eller som de av samme grunn opplever som støtende eller krenkende.

Diskrimineringslovens forbud mot direkte eller indirekte diskriminering blant annet på grunnlag av religion eller livssyn, tjener også til å verne religionsfriheten. Det samme gjør diskrimineringsforbud i

blant annet boliglovene, og straffeloven § 135a, som forbyr offentlig fremsettelse av diskriminerende eller hatefulle ytringer (blant annet) på grunn av noens religion eller livssyn. Men disse bestemmelsene kan også legge begrensninger på utøvelsen av en religion, idet de innskrenker hva som kan sies under religiøs forkynnelse,²¹⁰ samt andre religiøst begrunnede handlinger som virker diskriminerende. I diskrimineringsloven er det derfor gjort et visst unntak for handlinger og aktiviteter i regi av tros- og livssynssamfunn, se § 3 første ledd.

Tankefriheten kommer ikke like tydelig til uttrykk som religionsfriheten. Men bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 13-4 om at det ved ansettelse ikke kan kreves opplysninger om hvordan søkeren stiller seg til politiske spørsmål, kan blant annet sees som et utslag av tankefriheten.

Samvittighetsfriheten ligger til grunn for lov 19. mars 1965 om fritaking for militærtjeneste av overbevisningsgrunner. Som vernepliktig regnes etter denne lov også utskrivningspliktig og heimevernspliktig. Lovens § 1 lyder:

«Er det grunn til å gå ut fra at en vernepliktig ikke kan gjøre militærtjeneste av noen art uten å komme i konflikt med sin alvorlige overbevisning, herunder at han derved tvinges til å bryte verdier som for han er av fundamental betydning og som er knyttet til bruk av masseødeleggelsesvåpen slik de kan påregnes brukt i dagens forsvar, fritas han for slik tjeneste i samsvar med reglene i denne lov.»

Også § 14 i lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd er et utslag av respekt for samvittighetsfriheten. Bestemmelsen lyder:

«Regionale helseforetak skal organisere sykehustjenesten slik at kvinnen innen helseregionen til enhver tid kan få utført svangerskapsavbrudd, jf. lov om spesialisthelsetjenesten m.m. § 2-1a. Ved organiseringen skal det tas hensyn til helsepersonell som av samvittighetsgrunner ikke ønsker å utføre eller assistere ved slike inngrep.»

Likeledes bestemmer § 8h i lov 9. februar 1973 nr. 6 om transplantasjon, sykehusobduksjon og avgivelse av lik m.m. at helsepersonell som av samvittighetsgrunner ser seg tvunget til det, kan reservere seg mot å delta i forskningsprosjekter hvor fostervev benyttes og å utføre eller assistere ved transplantasjon av fostervev.

Også utlendingsloven § 28 jf. § 30 d beskytter samvittighetsfriheten: Som flyktninger regnes blant annet personer med en velbegrunnet frykt for forfølgelse fordi de tilhører en spesiell sosial gruppe hvor medlemmene har en væremåte eller en overbevisning som er så grunnleggende for identitet, samvittighet

²¹⁰ Se for eksempel Rt. 1984 s. 1359.

eller utøvelse av menneskerettigheter at et menneske ikke kan forventes å oppgi den.

27.3 Internasjonalt menneskerettighetsvern

I de internasjonale menneskerettighetskonvensjoner har prinsippet om tanke-, samvittighets- og religionsfriheten en sentral plass.

I Verdenserklæringen kommer prinsippet til uttrykk i artikkel 18, som lyder slik:

«Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship, and observance.»

I EMK er den tilsvarende bestemmelsen tatt inn i artikkel 9, som lyder:

«1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.»

Artikkel 9 nr. 1 er likelydende med Verdenserklæringen artikkel 18. Artikkel 9 nr. 2 gir, på visse vilkår, statene adgang til å gripe inn i religions- eller livssynsutøvelsen. Det gjøres altså et skille mellom friheten til å *ha* en religion eller et livssyn – som det ikke kan gripes inn i – og friheten til å gjennomføre religiøse eller livssynsmotiverte *handlinger*. Slike kan begrenses ved lov såfremt dette skjer av hensyn til den offentlige sikkerhet eller orden, helse eller moral, eller for å beskytte andres fri- og rettigheter. Begrensningene må ikke gå lenger enn nødvendig i et demokratisk samfunn – hvilket vil si at det må være forholdsmessighet mellom mål og midler.

EMD har behandlet artikkel 9 i en rekke saker av ulik karakter. I en dom fra 1993 – Kokkinakis mot Hellas – har domstolen kommet med følgende utsagn:

«As enshrined in article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a 'democratic society' within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostic, skeptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it.»²¹¹

I SP er tanke-, samvittighets-, og religionsfriheten omhandlet i artikkel 18. Artikkel 18 nr. 1 er sammenfallende med Verdenserklæringen artikkel 18 og EMK artikkel 9 nr. 1, bortsett fra at SP artikkel 18 nr. 1 ikke taler om retten til å *skifte* religion, men til å *anta* en religion. Bestemmelsen tolkes imidlertid slik at den også omfatter retten til å skifte religion eller overbevisning.²¹²

SP artikkel 18 nr. 2 har intet uttrykkelig motstykke i de andre instrumentene, men det samme dekkes av en naturlig fortolkning av EMK artikkel 9 nr. 1. Under henvisning til artikkel 18 nr. 2 har FNs menneskerettighetskomité fordømt begrensninger i adgangen til å gifte seg på tvers av trosretninger,²¹³ krav til president og dommere om edsavleggelse²¹⁴ og forbud mot at tilhengere av bestemte religioner uten videre ble nektet visse stillinger.²¹⁵

SP artikkel 18 nr. 3 om adgangen til å begrense utøvelsen av religion eller overbevisning er ikke helt sammenfallende med EMK artikkel 9 nr. 2. Begge krever at begrensninger må være nødvendige, men bare EMK har tilføyelsen «i et demokratisk samfunn». Denne forskjellen har neppe reell betydning. Mer betydningsfullt er muligens at SP bare gir adgang til begrensning av hensyn til andres fri- og rettigheter der disse er *grunnleggende*. FNs menneskerettighetskomité har understreket at artikkel 18 nr. 3 skal tolkes strengt.²¹⁶

SP artikkel 18 nr. 4 om foreldres rett til å oppdra barn i overensstemmelse med sin religion har sitt motstykke i EMKs første protokoll artikkel 2, se nærmere punkt 37.3.2.

SP og EMK har ulike regler om adgang til å gjøre unntak fra tanke-, samvittighets- og religionsfrihet under krig eller annen offentlig nødtilstand. Mens EMK artikkel 15 gir adgang til slik derogasjon – såfremt det er strengt nødvendig – kan det ikke derogeres fra SP artikkel 18, jf. SP artikkel 4. Retten til tanke-, samvittighets- og religionsfrihet, herunder retten til å skifte religion, er dermed absolutt og kan ikke fravikes selv under krig, unntakstilstand eller andre grunner.²¹⁷ Det er bare utøvelsen av religion eller livssyn som kan begrenses, dersom vilkårene i

²¹¹ Se EMD Kokkinakis v. Hellas (1993), avsnitt 31.

²¹² Se Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar 1993 nr. 22 avsnitt 5.

²¹³ Se Menneskerettighetskomiteens konklusjoner i 1994 om Marokko.

²¹⁴ Se Menneskerettighetskomiteens konklusjoner i 1994 om Irland.

²¹⁵ Se Menneskerettighetskomiteens merknader i 1996 om Tyskland.

²¹⁶ Se Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar 1993 nr. 22 avsnitt 8.

²¹⁷ Se Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar 1993 nr. 22 avsnitt 3.

SP artikkel 18 nr. 3 og EMK artikkel 9 nr. 2 er oppfylt. Se mer om dette i kapittel 16.

I barnekonvensjonen er tanke-, samvittighets- og religionsfrihet nedfelt i artikkel 14.

I tillegg kommer andre bestemmelser i EMK, SP og barnekonvensjonen som beskytter disse frihetene indirekte. Dette gjelder særlig bestemmelsene om ytringsfrihet, forsamlings- og foreningsfrihet og om ikke-diskriminering, men etter omstendighetene kan det også være tale om andre bestemmelser. Forbud mot diskriminering på grunn av religion er også omfattet av andre konvensjoner, se for eksempel rasediskrimineringskonvensjonen artikkel 5, ILO-konvensjon nr. 111, UNESCO-konvensjonen om diskriminering i undervisning artikkel 5. Se også Den europeiske rammekonvensjon om minoriteter artikkel 5 og 12.

I St.meld. nr. 17 (2007–2008) punkt 2.3 gis en sammenfatning av innholdet i tros- og livssynsfriheten. Denne sammenfatningen er ikke nærmere problematisert i Innst. S. nr. 287 (2007–2008). I stortingsmeldingen heter det:

«Tros- og livssynsfriheten har flere dimensjoner, eller underelementer, og den må sees i sammenheng med andre grunnleggende, menneskerettslige prinsipper.

Et første, og helt grunnleggende, element er den enkeltes rett til å tro det han eller hun vil, rett til å skifte tro og til å ha et livssyn som innebærer ikke å ha en religiøs tro. Friheten fra religion og livssyn medfører rett til å kunne stå utenfor tros- og livssynsamfunn og frihet fra plikt til å overholde religiøse normer i et trossamfunn man ikke tilhører. Videre består denne friheten i retten til å gi uttrykk for sin tro, og også å kunne argumentere mot tros- og livssynsmessige oppfatninger, privat så vel som offentlig. Den må derfor også innebære ytringsfriheter som tale- og trykkefrihet. Foreldrenes rett til å oppdra sine barn i samsvar med den troen eller det livssynet de selv har, knytter seg nær til denne individuelle dimensjonen ved tros- og livssynsfriheten.

Tros- og livssynsfriheten må videre også være en kollektiv frihet. Det henger sammen med at religiøs tro er et kollektivt fenomen. Den ytrer seg ved at mennesker kommer sammen og handler sammen, og den har derfor også en viktig samfunnsdannende funksjon. Uten kollektiv tros- og livssynsfrihet er den individuelle en illusjon. Tros- og livssynsfriheten må derfor omfatte frihet til å komme sammen om religiøse formål, å delta i religiøse ritualer og å feire gudstjeneste sammen med andre. Den omfatter ikke bare møtefrihet, men også rett til å organisere et felles religiøst liv. Og den fordrer at samfunnet setter et rettslig vern mot forstyrrelser av denne virksomheten.

Den individuelle og kollektive tros- og livssynsmessige friheten er imidlertid ikke uten begrensninger. Også det tolerante samfunnet setter grenser. Tros- og livssynsfriheten kan kollidere med andre tungtveiende prinsipper. Handlinger som er skadelige for interesser som samfunnet anser for viktige, vil med rette kunne motarbeides med ulike virkemidler, også forbys og straffeforfølges, selv om de er religiøst eller livssynsmessig motivert. Også tros- og livs-

synsamfunn er underlagt samfunnets alminnelige lovgivning. Når viktige verdier står på spill, vil staten også kunne gripe inn i trossamfunnenes indre forhold. Det er ikke uenighet om at dette må gjelde for eksempel økonomisk kriminalitet og skade på liv og helse. Spørsmålet om hvor langt samfunnet kan gå for å gripe inn mot diskriminering på grunn av for eksempel etnisitet, kjønn, seksuell orientering og sivilstand, er mer omdiskutert.

Full tros- og livssynsmessig frihet forutsetter også likebehandling av tros- og livssynsamfunnene, og av deres medlemmer, men likebehandling kan ikke anvendes som et absolutt og ukvalifisert krav. Prinsippet om ikke-diskriminering stenger for forskjellsbehandling som ikke er tilstrekkelig begrunnet. Det innebærer at staten ikke kan gjøre offentlige rettigheter eller plikter avhengige av bestemte tros- eller livssynsmessige oppfatninger, og at det heller ikke kan gjøres usaklig forskjell på samfunnene. Positiv diskriminering eller særbehandling av minoriteter kan være både berettiget og nødvendig.»

For øvrig avklares de aktuelle konvensjonsbestemmelsenes nærmere innhold gjennom konvensjonsorganenes uttalelser og avgjørelser. FNs menneskerettighetskomité, som overvåker statens gjennomføring av SP, har utarbeidet generelle kommentarer til artikkel 18.²¹⁸ EMD har avsagt langt flere enn hundre avgjørelser om artikkel 9, men løser ofte spørsmål som har en side til religionsfriheten etter andre bestemmelser i konvensjonen.²¹⁹

27.4 Andre lands konstitusjoner

I den *danske* grunnloven fra 1953 etableres folkekirken i § 4, mens kapittel VII omhandler folkekirken og borgernes rett til religionsfrihet. Bestemmelsene gjelder retten til å utøve religion i fellesskap, frihet fra å understøtte en annen religion og ikke-diskriminering.

Den *svenske* regjeringsformen fra 1974 har relevante bestemmelser i 2. kapittel, 1 § og 2 §. Regjeringsformen 1 § nr. 6 beskytter den positive friheten til religionsutøvelse, mens 2 § beskytter mot plikt til å tilkjennegi blant annet religiøse oppfatninger og plikt til å delta i aktivitet eller sammenslutninger som står for bestemte religiøse syn. Eventuelle innskrenkninger i rettighetene i Regeringsformen er bare tillatt dersom dette følger av de generelle bestemmelsene i paragrafene 12–16. Disse åpner på visse vilkår for å innskrenke ytringsfriheten og møte- og demonstrasjonsfriheten. Antakelig gjelder dette også for religiøse møter og religiøse ytringer.

I den *islandske* konstitusjonen er religionsfriheten vernet i §§ 62–64.

²¹⁸. Se Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar 1993 nr. 22.

²¹⁹. Se Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention of Human Rights*, 2009 s. 441. Se også St.meld. nr. 17 (2007–2008).

Den finske Grunnlagen regulerer religionsfriheten i § 11. Bestemmelsen lyder:

«Var och en har religions- och samvetsfrihet.»

«Till religions- och samvetsfriheten hör rätten att bekänna sig till och utöva en religion, rätten att ge uttryck för sin övertygelse och rätten att höra till eller inte höra till ett religiöst samfund. Ingen är skyldig att mot sin övertygelse ta del i religionsutövning.»

Endelig kan nevnes at EUs *Charter of fundamental rights* i artikkel 10 beskytter religionsfriheten. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 18 i Verdenserklæringen. I tillegg anerkjennes retten til å nekte militærtjeneste av samvittighetsgrunner, men dette må skje i henhold til statenes nasjonale lovgivning.

27.5 Utvalgets vurdering

Det følger av utvalgets mandat at den politiske avtalen som ble inngått mellom de sju partiene på Stortinget 10. april 2008 om staten og Den norske kirke, skal ligge til grunn for utvalgets arbeid. Det har derfor ikke vært aktuelt for utvalget å vurdere eller foreslå bestemmelser som gjelder forholdet mellom staten og Den norske kirke.

Det synes derimot som om mandatet åpner for endringsforslag til og/eller omplassering av den generelle bestemmelsen om fri religionsøvelse. Den følger nå av § 2 første ledd, men er gjennom stat/kirkeforliket foreslått flyttet til § 16 første ledd.

Sammenholder man bestemmelsen om fri religionsøvelse i Grunnloven med SP artikkel 18 og EMK artikkel 9, er én særlig iøyenfallende forskjell at retten til fri religionsøvelse i Grunnloven er begrenset til å gjelde for «indvaanere», altså personer med fast bopel i riket. EMK artikkel 9 og SP artikkel 18 gjelder for «enhver», dvs. for alle som er underlagt statens jurisdiksjon. Turister og andre med midlertidig opphold er dermed omfattet av konvensjonsbestemmelsene. En konsekvens av dette er at uttrykket «indvaanere» bør tas ut av bestemmelsen om religionsfrihet. På den måten vil det samsvare med bestemmelsen i stat/kirkeforlikets forslag til ny § 2 om at Grunnloven skal verne om menneskerettighetene, ikke bare om borgernes rettigheter, jf. også punkt 10.3.2.

Sammenliknet med konvensjonsbestemmelsene er Grunnlovens bestemmelse også svært knapp. Den omtaler ikke frihet for tanken, for samvittigheten eller for annet livssyn enn det religiøse. Den går heller ikke nærmere inn på hva det vil si å ha «fri religionsøvelse», og den omtaler ikke adgangen til å innskrenke den frie religionsutøvelsen.

Det er samtidig noe uklart hvorfor Grunnloven taler om «fri religionsøvelse», ikke religionsfrihet. Uttrykket «øvelse» må trolig forstås som «utøvelse»

av religion, dvs. praktiseringen av religion. I bestemmelsens forarbeider tales det både om å grunnlovsfeste prinsippet om religionsfrihet og prinsippet om fri religionsutøvelse.²²⁰ Antakelig har man ansett uttrykkene som sammenfallende, eller i hvert fall dekket av betegnelsen «religionsøvelse». I menneskerettighetskonvensjonene derimot beskrives fri religionsutøvelse som en del av religionsfriheten. Frihet for tanke- samvittighet og religion innebærer ikke bare frihet til å utøve sin religion, men også frihet til indre trosliv og frihet fra å måtte tilkjenne hvilken tanke og tro man har.²²¹ Dersom tanke- og samvittighetsfriheten tas inn i Grunnloven, er det nærliggende også å bytte ut «fri religionsøvelse» med religionsfrihet.

Dersom man vil holde fast ved dagens «fri religionsøvelse», men vil bygge ut bestemmelsen, kan dette for eksempel gjøres slik:

«Enhver har fri religionsøvelse, og frihet til å endre religion eller livssyn.»

Mulige utforminger av en grunnlovsbestemmelse som inkluderer tanke- og samvittighetsfrihet kan være:

«Enhver har tanke-, samvittighets-, og religionsfrihet.»

(eller)

«Enhver har frihet for tanke, samvittighet, religion og livsanskuelse.»

(eller)

«Enhver har frihet for tanken og frihet til å bekjenne seg til en religion eller livssyn etter eget valg.»

Dersom man i tillegg ønsker å presisere at rettigheten inkluderer retten til å endre livssyn og retten til å praktisere sitt livssyn, kan for eksempel en av følgende formuleringer være aktuelle:

«Enhver har tanke-, samvittighets-, og religionsfrihet. Denne friheten omfatter rett til å endre religion eller livssyn etter eget valg, og rett til drive religiøs virksomhet.»

(eller)

«Enhver har frihet for tanke, samvittighet, religion og livsanskuelse. Denne friheten omfatter rett til å endre religion eller livssyn etter eget valg, og til å

²²⁰. Dissenterlovkomiteens innstilling til lov om trossamfunnm avgitt i 1962 s. 23 flg. og Innst. S nr. 184 (1963–64).

²²¹. Dette er uttrykkelig beskyttet i den svenske Regeringsformen 2. kapittel 2 §.

praktisere sin religion eller sitt livssyn alene eller i fellesskap med andre.»

Utvalget finner at retten til fri religionsutøvelse bør moderniseres og dermed utvides til å gjelde også tanke- og samvittighetsfrihet, samt annet livssyn enn det religiøse. I vår tid er det like viktig at man har frihet til ikke-religiøs tanke og tro, som at man har religiøs frihet. En slik modernisering vil bringe grunnlovsbestemmelsen bedre i overensstemmelse med de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene, men det vil også synliggjøre en viktig verdi som allerede er til stede i det norske samfunn, og det vil representere en naturlig oppfølging av stat/kirkeforliket. Moderniseringen vil imidlertid ikke medføre noen endringer i dagens rettstilstand, annet enn at Grunnloven da vil gi tanke- og samvittighetsfriheten et formelt bedre vern mot eventuelle fremtidige endringer i rettstilstanden.

Det er utvalgets oppfatning at en bestemmelse om tanke-, samvittighets- og religionsfrihet kort bør presisere noe av innholdet i rettigheten. I den forbindelse mener utvalget at det siste av alternativene referert ovenfor på en lettfattelig måte får frem den frihet den enkelte har til tanke, samvittighet, religion eller annen livsanskuelse, herunder at denne friheten omfatter retten til å forandre tanke og tro, samt retten til å praktisere sin religion eller sitt livssyn. Dette vil tydeliggjøre i Grunnloven at tanke og tro er personlig, og at familie, venner eller andre ikke kan bestemme hvilken religion den enkelte skal bekjenne seg til. Det vil for eksempel bare være frem til fylte 15 år at foreldre kan bestemme hvilket trossamfunn barnet skal være medlem av, jf. § 3 i lov om trudomsamfunn og ymist anna. Barnets indre tankeliv vil imidlertid være personlig, også før fylte 15 år. Og i tråd med ytringsfriheten i § 100 vil barnet ha rett til å gi uttrykk for sine tanker og sin tro før fylte 15 år, selv om dette skulle gå på tvers av foreldrenes ønsker.

Frihet for tanke, samvittighet, religion og livsanskuelse vil utelukkende være aktuell for fysiske personer. Disse kan enten utøve sin religion alene eller sammen med andre, i det private eller i det offentlige rom. Juridiske personer kan ikke nyte godt av religionsfrihet på samme måte som fysiske personer, men juridiske personer kan selvsagt gi uttrykk for religiøse standpunkter og holdninger. I så fall vil slike uttrykk eventuelt være vernet av ytringsfrihetsbestemmelsen i § 100, og ikke av tanke-, samvittighets- og religionsfriheten. Retten til å meddele og motta ytringer, eventuelt supplert med en grunnlovsbestemmelse om retten til kulturell deltakelse, skulle derfor gi juridiske personer et tilstrekkelig vern om religiøse uttrykk.

Friheten til å drive religiøs virksomhet eller annen lignende virksomhet kan imidlertid ikke gjelde uinnskrenket. Man kan merke seg at verken den fin-

ske eller svenske grunnloven synes å inneholde noen særlig begrensning av denne rettigheten,²²² og at Dissenterlovkomiteen, som utformet den någjeldende Grunnloven § 2 første ledd, vurderte, men frarådet, et forslag som lød:

«Alle indvaanere af Riget have fri Religionsøvelse inden Lov og Ærbarhets grenser.»

Dissenterlovkomiteen mente det var selvsagt at friheten ikke var uinnskrenket. Den mente også at det ville se eiendommelig ut å fastsette prinsippet om religionsfrihet i Grunnloven, men samtidig gi full adgang til å begrense denne ved lov. En slik full begrensningsadgang som ordlyden kunne gi inntrykk av, ville det uansett ikke være tale om. Begrensninger må være lojale overfor religionsfrihetens prinsipp.²²³

I stedet for en egen begrensningshjemmel knyttet til religionsfrihet og flere av de andre forslagene til rettigheter i Grunnloven foreslår utvalget at det innføres en generell begrensningshjemmel i Grunnloven, der hensynet til andres rettigheter og hensynet til tungtveiende samfunnsinteresser kan lede til enkelte innskrenkninger i rettighetene. En slik generell begrensningshjemmel vil også komme til anvendelse for begrensninger i tanke-, samvittighets- og religionsfriheten. Det bør imidlertid føyes til at utvalget vil foreslå at det ikke kan gjøres begrensninger i, og heller ikke derogeres fra, retten til et indre tanke- og trosliv. Det vil utelukkende være utøvelse av tanke og religion som det kan gjøres begrensninger i eller derogeres fra, jf. kapittel 13 og 16.

Plasseringen av bestemmelsen om religionsfrihet sammen med bestemmelsen om Den norske kirke i stat/kirkeforlikets forslag til ny § 16, viser at Den norske kirkes stilling som folkekirke ikke står i et motsetningsforhold til religionsfriheten. Saklig hører en bestemmelse om tanke-, samvittighets- og religionsfrihet likevel hjemme blant de øvrige menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven. Når Den norske kirke nå får en friere stilling, vil behovet for å nevne disse bestemmelsene i sammenheng være mindre enn det har vært tidligere. Dette taler for å flytte religionsfriheten til en ny del E om menneskerettigheter. Dette vil samtidig gjøre det lettere å bygge ut bestemmelsen til også å omfatte tanke- og samvittighetsfrihet.

Siden religionsfrihet er foreslått videreført i forslag fra stat/kirkeforliket til ny § 16 første punktum, vil utvalget foreslå at dette første punktum oppheves,

^{222.} Begrensninger i forenings-, forsamlings- og ytringsfriheten kan imidlertid gjøres, og det synes forutsatt at slike begrensninger også kan gjøres på området for religionsutøvelse hvis vilkårene er oppfylt (se den svenske Regeringsformen 2. kapittel 13 § annet ledd som eksempel).

^{223.} Dissenterlovkomiteens innstilling 1962 s. 26.

og at religionsfrihet videreføres i forslag til ny del E i Grunnloven.

27.6 *Utvalgets forslag*

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at Grunnloven § 16 første punktum, slik bestemmelsen er foreslått i stat/kirkeforliket, oppheves. Ny Grunnloven § 99 skal lyde:

«Enhver har Frihed for Tanke, Samvittighed, Religion og Livsanskuelse. Denne Frihed omfatter Ret til at ændre Religion eller Livssyn efter eget Valg og til at praktisere sin Religion eller sit Livssyn alene eller i Fællesskab med Andre.»

28. Ytringsfrihet og offentlighet

28.1 *Innledende bemerkninger*

Ytringsfrihet har lang tradisjon som en av de sentrale menneskerettighetene i Europa. Rettigheten er likevel under et stadig press, også i vår del av verden, og mange viktige og prinsipielle ytringsfrihetssaker har funnet sin løsning i de nasjonale domstolene og i EMD.

I 2004 skrev Stortinget inn en ny grunnlovsbestemmelse om ytringsfrihet og offentlighet. Bestemmelsen er mer detaljert enn det som har vært vanlig for øvrige grunnlovsbestemmelser, og et av spørsmålene for utvalget har derfor vært om formen til denne grunnlovsbestemmelsen i større grad bør tilpasses de øvrige menneskerettighetsbestemmelsene.

28.2 *Dagens retstilstand*

I Grunnloven § 100 reguleres ytringsfrihet og innsynsrett i offentlige dokumenter. Bestemmelsen ble endret 30. september 2004.

Ytringsfrihetskommisjonens utredning og forslag til ny grunnlovsbestemmelse følger av NOU 1999:27, «Ytringsfrihed bør finde Sted». Ulike forslag til ytringsfrihetsbestemmelse ble fremsatt av regjeringen i St.meld. nr. 26 (2003–2004). Kontroll- og konstitusjonskomiteen fremla sin innstilling i Innst. S. nr. 270 (2003–2004). Det var lenge uklart hvilke av de ulike ytringsfrihetsforslagene som ville bli vedtatt av Stortinget. Dette spørsmålet ble ikke avklart før det gjensto kort tid til voteringen.

Den nye Grunnloven § 100 lyder som følger:

«Ytringsfrihed bør finde Sted.

Ingen kan holdes retslig ansvarlig for at have meddelt eller modtaget Oplysninger, Ideer eller Budskaab, medmindre det lader sig forsvare holdt op imod Ytringsfrihedens Begrundelse i Sandhedssøgen, Demokrati og Individets frie Meningsdannelse. Det retslige Ansvar bør være foreskrevet i Lov.

Frimodige Ytringer om Statsstyrelsen og hvilke-nsomhelst anden Gjenstand ere Enhver tilladte. Der kan kun sættes slige klarlig definerede Grændser for

denne Ret, hvor særlig tungtveiende Hensyn gjøre det forsvarligt holdt op imod Ytringsfrihedens Begrundelser.

Forhaandscensur og andre forebyggende Forholdsregler kunne ikke benyttes, medmindre det er nødvendigt for at beskytte Børn og Unge imod skadelig Paavirkning fra levende Billeder. Brevcensur kan ei sættes i Værk uden i Anstalter.

Enhver har Ret til Indsyn i Statens og Kommunernes Akter og til at følge Forhandlingerne i Retsmøder og folkevalgte Organer. Det kan i Lov fastsættes Begrænsninger i denne Ret ud fra Hensyn til Personvern og af andre tungtveiende Grunde.

Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for en aaben og oplyst offentlig Samtale.»

Grunnloven § 100 første ledd slår fast det prinsipielle utgangspunkt om ytringsfrihet i Norge. Videre er den materielle ytringsfrihet nærmere regulert i andre og tredje ledd, mens den formelle ytringsfrihet er regulert i fjerde ledd. Materiell ytringsfrihet innebærer at man ikke kan stilles til ansvar for sine ytringer etter at de er fremsatt, mens formell ytringsfrihet innebærer at ytringene ikke skal være gjenstand for forhåndssensur e.l. Det følger likevel av bestemmelsen at det kan gjøres inngrep i både materiell og formell ytringsfrihet dersom vilkårene for dette er oppfylt. Vilråene for inngrep i materiell ytringsfrihet vil variere alt etter som det er tale om *politiske* ytringer eller ikke, jf. tredje ledd som omhandler de politiske ytringer. Også meninger nyter et særskilt vern.

Et første vilkår for at det kan gjøres inngrep i den materielle ytringsfriheten, er at hjemmelen for dette følger av lov. Det er m.a.o. et absolutt vilkår for å stille noen til ansvar for sine ytringer, enten straffetrettslig eller erstatningsrettslig, at ansvarsgrunnlaget fremkommer av lov. Dernest må inngrepet la seg forsvare holdt opp mot ytringsfrihetens begrunnelser. For politiske ytringer skal det mer til for å gjøre inngrep i ytringene. Dette er kommet til uttrykk ved at det bare er «særlig tungtveiende hensyn» som kan forsvare inngrepet.

Det følger av ordlyden i Grunnloven § 100 fjerde ledd at det kun er i to tilfeller at det kan gjøres inngrep i den formelle ytringsfriheten: Dette er de tilfeller der formålet med sensuren er å skjerme barn og unge fra grov vold og pornografi presentert gjennom levende bilder. Dernest åpnes det for brev- og besøksforbud for innsatte i fengsler, psykiatriske institusjoner e.l. I tillegg har rettspraksis på ulovfestet grunnlag allerede oppstilt et tredje mulig unntak fra forbudet mot forhåndssensur. Dette er i de tilfeller hvor vilråene for midlertidig forføyning er oppfylt, samtidig som man står overfor et «særlig tilfelle», jf. Rt. 2007 s. 404 (Brennpunkt). For å få midlertidig forføyning kreves bl.a. sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 34-1. Slik sikringsgrunn vil foreligge:

- når saksøktes adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av kravet fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort, eller
- når det finnes nødvendig for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe, eller for å hindre voldsomheter som saksøktes adferd gir grunn til å frykte for.

Det skal imidlertid mye til før dette «særlig tilfelle»-unntaket kommer til anvendelse, og i praksis har unntaket så langt hatt liten reell betydning. I dag vil dette unntaket trolig få størst praktisk betydning der det er tale om alvorlige inngrep i privatlivets fred. Dette var bl.a. tilfellet i Rt. 1952 s. 1217 (To mistenkelige personer). I denne saken oppstilte Høyesterett et vern om privatlivets fred på ulovfestet grunnlag og stanset fremvisningen av en spillefilm basert på livene til to unge menn som hadde begått drap og siden sonet straffen for drapet. Andre eksempler kan være sensur av bøker eller filmer som inneholder alvorlige brudd på taushetsplikt.

Det kan heller ikke utelukkes at domstolene i fremtiden vil se seg nødt til å oppstille også et fjerde unntak på ulovfestet grunnlag, for eksempel der forhåndssensur er strengt nødvendig av hensyn til rikets sikkerhet.

Etter Grunnloven § 100 femte ledd har enhver rett til innsyn i offentlige dokumenter og rett til å følge forhandlinger i folkevalgte organer og i domstolene. Unntak fra innsynsretten kan gjøres dersom dokumentene eller møtene er unntatt offentlighet begrunnet med personvern hensyn eller andre tungtveiende grunner.

Grunnloven § 100 sjette ledd er i hovedtrekk en politisk programerklæring. Her slås det fast at statens myndigheter skal legge til rette for en åpen og opplyst samtale. Slik tilrettelegging er nødvendig for at ytringsfriheten skal være reell for alle samfunnsdeltakere.

Generelt kan bemerkes at den nye Grunnloven § 100 er formulert forskjellig fra ytringsfrihetsbestemmelsen i EMK artikkel 10. EMK artikkel 10 har en prinsipiell bestemmelse om formell og materiell ytringsfrihet i nr. 1. Deretter følger unntak eller inngrep i ytringsfriheten av nr. 2. For norske domstoler ser det ut til at EMK artikkel 10 er vel så vanlig å anvende som Grunnloven § 100. Fra 2004 og frem til i dag er det 21 saker i Høyesterett hvor EMK artikkel 10 er omhandlet eller påberopt, mot 17 saker hvor Grunnloven § 100 er omhandlet eller påberopt.²²⁴

Noe av forklaringen på at EMK artikkel 10 anvendes minst like hyppig som Grunnloven § 100, kan ligge i det forhold at bestemmelsene er ulikt formulert, slik at vernet om ytringsfriheten i noen tilfel-

ler strekker seg lengre etter EMK artikkel 10 enn etter Grunnloven § 100. Den reelle forskjellen ligger særlig i formuleringen av adgangen til å gjøre inngrep i ytringsfrihet. Mens inngrep i materiell ytringsfrihet etter Grunnloven § 100 annet ledd må være forsvarlig holdt opp mot ytringsfrihetens begrunnelser, må inngrep etter EMK artikkel 10 være nødvendig i et demokratisk samfunn. Det var bl.a. denne forskjellen som ledet Høyesteretts flertall og EMD til ulike resultater i henholdsvis Rt. 2004 s. 1737 (TV Vest) og EMD TV Vest m.fl. v. Norge (11. desember 2008). Der Høyesteretts flertall fant at forbud mot politisk reklame var et inngrep i ytringsfriheten som var forsvarlig holdt opp mot ytringsfrihetens begrunnelse, fant Høyesteretts mindretall (dissens 4-1) og EMD at forbudet i denne konkrete saken utgjorde et inngrep i ytringsfriheten som ikke var nødvendig i et demokratisk samfunn.

En annen mulig forklaring på at EMK artikkel 10 anvendes hyppigere enn Grunnloven § 100, er at EMD har hatt et større antall og et bredere spekter av ytringsfrihetssaker. Dermed har spørsmål som ikke tidligere har vært behandlet for norske domstoler, ofte vært gjenstand for behandling av EMD, kanskje også flere ganger. EMD har derfor hatt mulighet til å utvikle rettslige prinsipper og kriterier for praktiseringen av ytringsfrihetsbestemmelsen. Dette gjør at det kan være mye å hente på å innklage norske avgjørelser for EMD, særlig dersom norske domstoler ikke har tatt hensyn til de relevante vurderingstemaene etter EMK artikkel 10.

28.3 *Grunnlovsforslag som ligger til behandling i Stortinget*

Den 30. september 2008 fremsatte Odd Einar Dørum og Gunnar Kvassheim forslag til endringer i Grunnloven § 100. Det ble fremsatt forslag om at § 100 tredje ledd første punktum skal lyde:

«Frimodige Ytringer om Statsstyrelsen, Religion og hvilken som helst anden Gjenstand ere Enhver tilladte.»

Begrunnelsen for å omtale religion særskilt i § 100 er at «religion er i en annen stilling enn mye annet – særpreget ved troens karakter, dens store personlige betydning for mange mennesker og dens evne til å bevege». Det fremheves at alle har krav på respekt for sin tro, «men ingen personer eller overbevisninger kan påberope seg rett til å være fritatt for kritikk». På denne bakgrunn mener forslagstillerne at

²²⁴. Søk utført i Lovdata pr. 1. desember 2011. For en mer utfyllende og detaljert oversikt, se Anine Kierulf, *Hvilken rolle spiller Grunnloven § 100 i Høyesteretts ytringsfrihetspraksis?*, punkt 2.2. Artikkelen er under publisering i Lov og Rett.

det er viktig å «tydeliggjøre at ytringsfriheten også omfatter retten til religionskritikk».

28.4 Internasjonalt menneskerettighetsvern

Ytringsfriheten står sentralt i de internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Friheten er kommet til uttrykk i generell form i EMK artikkel 10 og SP artikkel 19. EMK artikkel 10 lyder som følger:

«1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.»

Det finnes en rekke avgjørelser i EMD som trekker opp grensene for ytringsfrihet, herunder ytringsfrihetens grenser mot privatlivets fred og religionsfrihet. Norge er domfelt fem ganger i EMD for krenkelse av EMK artikkel 10.²²⁵ Disse avgjørelsene og andre EMD-avgjørelser har hatt betydelig innvirkning på den rettslige forståelsen av ytringsfrihet i Norge, og EMK artikkel 10 synes å være hyppigere benyttet for norske domstoler enn Grunnloven § 100. Anvendelsen av EMK artikkel 10 for norske domstoler er for øvrig kommentert foran i punkt 28.2.

28.5 Andre lands konstitusjoner

Ytringsfriheten er godt forankret i de fleste vestlige lands konstitusjoner.²²⁶ Formuleringene varierer imidlertid en del. I den finske Grundlagen 12 § fremkommer ytringsfriheten av første ledd og offentlighet i andre ledd. Bestemmelsen lyder:

«Var och en har yttrandefrihet. Till yttrandefriheten hör rätten att framföra, sprida och ta emot information, åsikter och andra meddelanden utan att någon i förväg hindrar detta. Närmare bestämmelser om yttrandefriheten utfärdas genom lag. Bestämmel-

ser om sådana begränsningar i fråga om bildprogram som är nödvändiga för att skydda barn kan utfärdas genom lag.

Handlingar och upptagningar som innehas av myndigheterna är offentliga, om inte offentligheten av tvingande skäl särskilt har begränsats genom lag. Var och en har rätt att ta del av offentliga handlingar och upptagningar.»

Den danske grunnloven § 77 minner om den eldre norske bestemmelsen om trykkefrihet. Bestemmelsen lyder:

«Enhver er berettiget til på tryk, i skrift og tale at offentliggøre sine tanker, dog under ansvar for domstolene. Censur og andre forebyggende forholdsregler kan ingensinde på ny indføres.»

Den islandske grunnloven slår fast i § 73 annet og tredje ledd at alle har rett til å uttrykke seg, men at de kan stilles til ansvar for sine ytringer i domstolene. Det listes deretter opp ulike grunnlag som kan medføre et slikt rettslig ansvar. Forhåndssensur kan imidlertid aldri finne sted. Ytringsfrihet for media og retten til informasjon er imidlertid foreslått styrket i forslag til nye §§ 14, 15 og 16 i den islandske grunnloven. Dagens § 73 annet og tredje ledd lyder i engelsk oversettelse:

«Everyone has the right to freedom of opinion and belief.

Everyone shall be free to express his thoughts, but shall also be liable to answer for them in court. The law may never provide for censorship or other similar limitations to freedom of expression.

Freedom of expression may only be restricted by law in the interests of public order or the security of the State, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights or reputation of others, if such restrictions are deemed necessary and in agreement with democratic traditions.»

I Sverige er ytringsfriheten slått fast i Regeringsformen 2. Kapittel 1 § sammen med andre grunnleggende rettigheter. I tillegg finnes en nærmere utdyping av ytringsfriheten i Regeringsformen 2. Kapittel 13 §, samt i yttrandefrihetsgrundlagen og i tryckfrihetsförordningen. De to sistnevnte lovene anses som en del av den svenske konstitusjonen.

28.6 Utvalgets vurdering

Grunnloven § 100 ble endret i 2004. Bestemmelsen hadde da vært gjenstand for en større utredning og behandling i Stortinget. Bestemmelsen har fått et omfattende innhold, der både avveiningen/balanseringen mot andre rettigheter og konkrete unntak fra ytringsfrihet er nærmere regulert. Bestemmelsens omfattende regulering bryter i noen grad med den historiske og knappe grunnlovstradisjonen som er kjent fra andre menneskerettighetsbestemmelser i

^{225.} Se EMDs avgjørelser i TV Vest v. Norge (2008), Tønsberg Blad v. Norge (2007), Bergens Tidende v. Norge (2000), Nilsen og Johnsen v. Norge (1999) og Bladet Tromsø v. Norge (1999).

^{226.} Se bl.a. Perspektiv 02/06, tabell på s. 14. Vestlige land som ikke har nedfelt ytringsfrihet i sine konstitusjoner, vil typisk være land som tilhører den såkalte common law-tradisjonen, der konstitusjonen i stor grad er basert på uskreven rett. Eksempler på slike land er Storbritannia og New Zealand.

Grunnloven. Dette kunne tale for å forenkle grunnlovsbestemmelsen.

En forenkling av den nye Grunnloven § 100 kan også begrunnes med at bestemmelsen så langt har hatt liten praktisk betydning. De fleste ytringsfrihetsaker for norske domstoler har enten vært prosedert med utgangspunkt i ytringsfrihetsbestemmelsen i EMK artikkel 10 eller med utgangspunkt i både EMK artikkel 10 og Grunnloven § 100, jf. punkt 28.2. Videre kunne det være et poeng å tilpasse formen på ytringsfrihetsbestemmelsen til de øvrige menneskerettsbestemmelsene som utvalget foreslår. Den omfangsrike ytringsfrihetsbestemmelsen vil, slik den står i dag, skille seg markert fra de andre rettighetsbestemmelsene.

Faren ved å endre bestemmelsen er at det kan oppstå uklarhet om en slik forenkling også innebærer en realitetsendring, for eksempel ved at ytringsfriheten innskrenkes. Denne faren kan i prinsippet avdempes gjennom tydelige presiseringer av at dette ikke er hensikten med endringen. Det kan i den forbindelse nevnes at § 100 er et resultat av politiske kompromiser i Stortinget. Det kan derfor være vanskelig å finne en forenklet fremstilling av ytringsfriheten som på det nåværende tidspunkt er i stand til å forene de ulike syn.

På denne bakgrunn vil utvalget påpeke at Stortinget kan vurdere å komprimere ytringsfrihetsbestemmelsen noe. Utvalget foreslår i kapittel 13 en generell begrensningshjemmel til menneskerettighetene, og denne vil kunne erstatte innskrenkningsformuleringene i Grunnloven § 100 andre, tredje og fjerde ledd. En slik erstatning tar ikke sikte på å gjøre det enklere å begrense ytringsfriheten enn det er i dag. Tidligere høyesterettspraksis og praksis fra EMD vil fortsatt være styrende for tolkningen av hvilke begrensninger som kan gjøres i ytringsfriheten.

En komprimering som innebærer at innskrenkningene i ytringsfriheten i stedet reguleres av en generell begrensningshjemmel, understøttes også av at Grunnloven § 100 fjerde ledd er for snever når den angir hvilke begrensninger som kan gjøres i den formelle ytringsfriheten. Høyesterett har allerede gitt uttrykk for at «særlige grunner» vil kunne berettige slike inngrep, og utvalget tenker seg at slike begrensninger også må være mulig av hensyn til rikets sikkerhet.

I tillegg ser man at en eventuell innskriving av nye menneskerettigheter i Grunnloven vil synliggjøre at disse rettighetene også er med på å begrense ytringsfrihetens rekkevidde. Slik begrensning skjer i praksis hele tiden, bl.a. gjennom mediernes respekt for andre rettigheter og gjennom domstolenes anvendelsen av EMK artikkel 10, men dette er i dag ikke synlig i Grunnloven § 100. Den nye generelle begrensningshjemmelen vil imidlertid ha en nærmere

henvisning til innskrenkninger i rettighetene av hensyn til *andres* menneskerettigheter – en begrensning som uansett gjelder for dagens § 100, selv om det ikke følger uttrykkelig av bestemmelsen. Samtidig vil utvalgets forslag til en egen begrensningshjemmel i Grunnloven ivareta de samme hensyn som i dag ligger i de avveininger som foretas etter Grunnloven § 100 andre, tredje og fjerde ledd.

Disse forholdene kan tale for at Grunnloven § 100 videreføres, men uten de deler av andre, tredje og fjerde ledd som omhandler innskrenkninger i ytringsfriheten. Samtidig kan den opprinnelige 1814-formuleringen i annet ledd første punktum videreføres som et nytt annet punktum til første ledd. Ny Grunnloven § 100 kan da lyde:

«Ytringsfrihed bør finde Sted. Frimodige Ytringer om Statsstyrelsen og hvilkensomhelst anden Gjenstand ere Enhver tilladte.

Enhver har Ret til Indsyn i Statens og Kommunernes Akter og til at følge Forhandlingerne i Retsmøder og folkevalgte Organer. Det kan i Lov fastsættes Begrænsninger i denne Ret ud fra Hensyn til Personvern og af andre tungtveiende Grunde.

Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for en aaben og oplyst offentlig Samtale.»

Alternativt kunne også «og til at følge Forhandlingerne i Retsmøder» tas ut fordi dette vil dekkes av utvalgets forslag til ny § 95 om rettfærdig og offentlig rettergang. Samtidig kan man eventuelt også ta ut setningen om at det ved lov kan fastsettes begrensninger av hensyn til personvern eller andre tungtveiende grunner, fordi dette vil være dekket av den generelle begrensningshjemmelen. Det kan imidlertid være et poeng å bevare denne særlige begrensningsreguleringen, slik utvalget også foreslår en slik særlig begrensningsregulering i forslag til ny § 95 om rettfærdig og offentlig rettergang.

Utvalget innser likevel at det kan by på utfordringer for Stortinget å samle seg om et nytt kompromiss om ytringsfrihet i Grunnloven, og vil derfor ikke fremme et konkret forslag som gjenåpner denne debatten.

Hva gjelder det konkrete forslaget fra Dørum og Kvasheim om en tilføyelse i ytringsfrihetsbestemmelsen om at kritikk av religionen må være tillatt, vil utvalget fremheve at utvalget er enig i at religion ikke kan være unntatt fra kritikk. Dette er en konsekvens av både ytringsfriheten og av tanke-, og samvittighetsfriheten. Religionen står ikke i noen særstilling, og ytringsfriheten gjelder på dette området som på alle andre områder i samfunnet.

Utvalget finner likevel ikke grunn til å støtte forslaget fra Dørum og Kvasheim. Etter utvalgets oppfatning bryter forslaget med den systematikken som Grunnloven § 100 legger opp til. I denne bestemmelsen er det i dag kun kritikk av «statsstyrelsen» som er

eksplisitt omtalt. Dette har i første rekke historiske grunner, siden den eldre Grunnloven § 100 inneholdt denne formuleringen. Dernest er det en viktig rettslig grunn til at nettopp «statsstyrelsen» er omtalt. Det er særlig viktig å få frem kritikk av statsmaktene og de som styrer landet, *uten* at de samme statsmaktene kan gripe inn gjennom lovgivning, forvaltningsavgjørelser eller domstolsavgjørelser for å hindre at slik kritikk blir fremført. På mange måter er dette selve kjernen i den rollen som ytringsfriheten spiller for ivaretagelsen av demokratiet.

Det kan også nevnes at dersom man åpner for uttrykkelig å presisere hva som kan utsettes for kritikk, kan dette lede til stadig nye forslag om tillegg til § 100. En opplisting av flere forhold enn «statsstyrelsen» vil dermed bringe usikkerhet om de forhold som ikke er listet opp, også kan kritiseres. Utgangspunktet om at *alle* forhold, også religionen, kan utsettes for kritikk, bør man derfor holde fast ved, uten at disse forholdene listes opp i Grunnloven § 100.

28.7 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at Grunnloven § 100 videreføres i uendret form.

29. Forenings- og forsamlingsfrihet

29.1 Innledende bemerkninger

Foreningsfrihet og forsamlingsfrihet er rettigheter som ikke var en selvfølge da Grunnloven ble skrevet i 1814. Utover 1800-tallet var det særlig legpredikanten Hans Nielsen Hauge som utfordret manglende forsamlingsrettigheter i Norge, etter hvert etablerte også fagforeningene seg. I dagens Norge er det ingen tvil om at forenings- og forsamlingsfrihet er rettigheter som samfunnsdeltakerne har, og som de til enhver tid kan benytte seg av.

Nyhetsbildet viser at disse rettighetene ikke er like selvsagte i andre deler av verden, og at nettopp forbud mot foreninger og forsamlinger er et viktig virkemiddel for totalitære regimer. Dette aktualiserer spørsmålet om forenings- og forsamlingsfrihet bør grunnlovsfestes, både for å synliggjøre at disse rettighetene eksisterer fullt ut i Norge og for å vanskeliggjøre raske politiske endringer på dette området.

29.2 Dagens rettsstilstand

I dag er verken foreningsfrihet eller forsamlingsfrihet vernet i Grunnloven. Grunnloven § 99 annet ledd om bruk av militærmakt mot forsamlinger forutsetter imidlertid at forsamlinger normalt vil være tillatt. Også Grunnloven § 100 siste ledd om at det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for en åpen og offentlig samtale, kan tas til inntekt for at foreninger og forsamlinger må være tillatt.

Den generelle retten til forenings- og forsamlingsfrihet følger i dag av de internasjonale konvensjonene, hvorav flere er gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven av 1999. For øvrig har både foreningsfrihet og forsamlingsfrihet nå vært praktisert i Norge gjennom mange tiår.

Forenings- og forsamlingsfrihet er begrenset av straffeloven §§ 329 og 330. I henhold til § 329 første ledd kan den som oppholder seg på offentlig sted sammen med et større antall personer, straffes dersom han ikke rolig fjerner seg fra stedet når han er anmodet om dette av myndighetene. Tilsvarende kan man straffes dersom man bryter forskrifter som er iverksatt for å forebygge fare og sikre offentlig orden i forbindelse med sammenslutninger og forsamlinger, jf. § 329 annet ledd.

I henhold til straffeloven § 330 kan man straffes for å stifte eller delta i en forening i ett av tre tilfeller: Man kan for det første straffes dersom foreningen er forbudt ved lov, for det andre dersom foreningen oppmuntrer til straffbare handlinger, og for det tredje dersom foreningens «medlemmer forpligter sig til ubetinget Lydighed mod nogen».

I tillegg til bestemmelsene i straffeloven, regulerer politiloven § 11 melding til politiet ved demonstrasjoner, opptog, møter e.l. på offentlig sted. I henhold til bestemmelsens tredje ledd kan politiet forby slike arrangementer dersom det er berettiget grunn til å frykte alvorlige forstyrrelser av den offentlige ro og orden, eller dersom formålet med arrangementet strider mot lov.

29.3 Internasjonalt menneskerettighetsvern

Forenings- og forsamlingsfrihet er slått fast i både Verdenserklæringen artikkel 20, EMK artikkel 11, SP artikkel 21 og 22, ØSK artikkel 8, barnekonvensjonen artikkel 15, rasediskrimineringskonvensjonen artikkel 5 d og flere ILO-konvensjoner.

I en historisk kontekst har organisasjoner, sammenslutninger og forsamlinger spilt en viktig rolle for utviklingen av dagens europeiske demokratier. Retten til å danne foreninger og retten til å møtes i forsamlinger er rettigheter nært forbundet med hverandre. Rettighetene er også nært forbundet med andre rettigheter, som ytringsfrihet, religionsfrihet, privatlivets fred, bevegelsesfrihet og retten til arbeid. Verdenserklæringen artikkel 20 lyder:

«(1) Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and association.
(2) No one may be compelled to belong to an association.»

EMK artikkel 11 lyder:

«1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others,

including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.»

SP artikkel 21 lyder:

«The right of peaceful assembly shall be recognized. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those imposed in conformity with the law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, public order (ordre public), the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others.»

SP artikkel 22 lyder:

«1. Everyone shall have the right to freedom of association with others, including the right to form and join trade unions for the protection of his interests.

2. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those which are prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, public order (ordre public), the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others. This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on members of the armed forces and of the police in their exercise of this right.

3. Nothing in this Article shall authorize States Parties to the International Labour Organisation Convention of 1948 concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize to take legislative measures which would prejudice, or to apply the law in such a manner as to prejudice the guarantees provided for in that Convention.»

Selv om SP har en mer omfattende regulering av forenings- og forsamlingsfriheten enn EMK, er tolkningen av forenings- og forsamlingsfriheten i de to konvensjonene nokså sammenfallende. Utgangspunktet er at alle typer foreninger er vernet av foreningsfriheten, herunder fagforeninger og politiske sammenslutninger. I dag er det også sikker rett at både den positive og den negative foreningsfriheten er vernet, dvs. at man har frihet til å velge om man ønsker medlemskap i en forening. Ingen kan for eksempel tvinges eller trues til medlemskap. EMD har imidlertid slått fast at streikeretten ikke kan utledes av foreningsfriheten.²²⁷

²²⁷. Se EMD Schmidt og Dahlstrom v. Sverige (1976).

Det følger av konvensjonene og av konvensjonspraksis at det kan gjøres enkelte unntak fra foreningsfriheten. Slike unntak må ha hjemmel i lov, de må være «nødvendige i et demokratisk samfunn», og de må ivareta et av formålene redegjort for i EMK artikkel 11 og SP artikkel 22 nr. 2.

Når det gjelder forsamlinger, omfatter denne friheten retten til å samles innendørs og utendørs. Møtene kan være lukkede eller åpne, befinne seg på privat eller offentlig grunn, være rolige eller bråkete, små eller store osv. Det er likevel et absolutt vilkår at forsamlingene er «fredelige», jf. for eksempel formuleringen i Verdenserklæringen artikkel 20 nr. 1. Inngrep i forsamlingsfriheten kan gjøres etter samme mønster som inngrep i foreningsfriheten, se EMK artikkel 11 nr. 2 og SP artikkel 21.

29.4 Andre lands konstitusjoner

Forenings- og forsamlingsfrihet er regulert i de fleste konstitusjoner i Vest-Europa, herunder alle våre nordiske naboland, Belgia, Luxembourg, Nederland, Tyskland, Hellas, Irland, Italia, Portugal, Spania, Sveits og Østerrike.

I *Finlands* Grundlag fremkommer forenings- og forsamlingsfriheten av en felles bestemmelse i 13 §. Bestemmelsen gir rett til sammenkomster og demonstrasjoner i første ledd og rett til foreningsfrihet i annet ledd, herunder retten til å høre til og retten til ikke å høre til foreninger. Fagforeninger er eksplisitt omtalt som en type forening. Bestemmelsen lyder som følger:

«Var och en har rätt att utan tillstånd anordna sammankomster och demonstrationer samt att delta i sådana.

Var och en har föreningsfrihet. Föreningsfriheten innefattar rätt att utan tillstånd bilda föreningar, höra till eller inte höra till föreningar och delta i förenings verksamhet. Den fackliga föreningsfriheten och friheten att organisera sig för att bevaka andra intressen är likaså tryggad.

Närmare bestämmelser om mötesfriheten och föreningsfriheten utfärdas genom lag.»

I *Danmarks* Grundlov følger forenings- og forsamlingsfriheten av i alt tre bestemmelser. Grundloven § 78 slår fast foreningsfriheten. Bestemmelsen inneholder samtidig en nærmere regulering av når og hvordan voldelige foreninger kan oppløses. Slik oppløsning kan prøves av domstolene. Grundloven § 79 slår dernest fast forsamlingsfriheten. Oppløsning av forsamlinger kan også prøves av domstolene. Grundloven § 80 inneholder en bestemmelse som tilsvarer den norske Grunnloven § 99 annet ledd om at militær makt kan benyttes mot forsamlinger etter at det tre ganger er gitt anmodning om oppløsning.

I den *islandske* konstitusjonen følger forenings- og forsamlingsfrihet av den samme bestemmelsen,

§ 74. I første og annet ledd reguleres foreningsfrihet. I første ledd fremheves at foreninger kan innbefatte politiske foreninger og fagforeninger, og at de ikke trenger forhåndsgodkjenning. Oppløsning av en forening kan prøves av domstolene. I annet ledd fremkommer det at foreningsfriheten også innebærer frihet til ikke å være medlem av en forening. I tredje ledd følger forsamlingsfriheten. Denne siste reguleringen er åpenbart inspirert av den danske Grundloven § 79. I forslag til ny islandsk grunnlov er forenings- og forsamlingsfriheten foreslått videreført i henholdsvis § 20 og § 21. Dagens islandske grunnlov § 74 lyder i engelsk oversettelse:

«Associations may be formed without prior permission for any lawful purpose, including political associations and trade unions. An association may not be dissolved by administrative decision. The activities of an association found to be in furtherance of unlawful objectives may however be enjoined, in which case legal action shall be brought without undue delay for a judgment dissolving the association.

No one may be obliged to be a member of any association. Membership of an association may however be made obligatory by law if this is necessary in order to enable an association to discharge its functions in the public interest or on account of the rights of others.

People are free to assemble unarmed. Public gatherings may be attended by police. Public gatherings in the open may be banned if it is feared that riots may ensue.»

I den *svenske* Regeringsformen er de grunnleggende friheter slått fast i 2. kapittel 1 §. Dette er friheter som ytringsfrihet, informasjonsfrihet, møtefrihet, demonstrasjonsfrihet, foreningsfrihet og religionsfrihet. Den nærmere regulering av møtefrihet, demonstrasjonsfrihet og foreningsfrihet følger av 14 §. Møte- og demonstrasjonsfrihet kan der begrenses med grunnlag i den offentlige orden, trafikkhensyn, rikets sikkerhet og faren for epidemier. Foreningsfriheten kan begrenses dersom virksomheten er av militær karakter eller innebærer forfølgelse av folkegrupper.

29.5 Utvalgets vurdering

29.5.1 GRUNNLOVSFESTING AV FORENINGS- OG FORSAMLINGSFRIHET

Forenings- og forsamlingsfrihet er nært forbundet med utviklingen og ivaretagelsen av demokratiet. Gjennom foreningsliv og muligheten til å møtes i forsamlinger utvikles samtaler, diskusjoner og individets forståelse av samfunnet, seg selv og sine medmennesker. Begrenses muligheten til å møtes til samtale og diskusjon, vil mulighetene for et levedyktig demokrati begrenses tilsvarende. Det er derfor viktig at enkeltindivider som selv ønsker å være en del av en forening eller en forsamling, fritt skal ha adgang til

dette. Det er også viktig at den enkelte har den samme adgangen til å motsette seg medlemskap i foreninger eller til å nekte å møte i forsamlinger.

Både foreningsfrihet og forsamlingsfrihet er nært forbundet med ytringsfrihet. Det er gjennom muligheten til å møte andre at meninger og synspunkter dannes, utveksles og utvikles. Uten forenings- og forsamlingsfrihet vil ytringsfriheten i samfunnet ha dårlige levekår.

Ved siden av forenings- og forsamlingsfrihetens sentrale funksjon for demokratiet og ytringsfriheten har rettighetene også en side til den enkeltes generelle handlefrihet. Som Torkel Opsahl i sin tid skrev:

«Folk kommer sammen under alle slags forhold. Noen vil synge og be, andre diskutere og protestere, mange vil helst feste og danse. Alt dette har de rett til å gjøre i fred.»²²⁸

Grunnlovsfesting av forenings- og forsamlingsfrihet vil ikke endre dagens rettstilstand i Norge, og det må antas at en bestemmelse om dette i Grunnloven vil få liten praktisk betydning. Dette har sammenheng med at forenings- og forsamlingsfrihet i dag ivaretas gjennom praksis, internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og straffeloven. Grunnlovsfesting av forenings- og forsamlingsfrihet vil først og fremst tydeliggjøre og synliggjøre disse rettighetene i norsk rett.

Grunnlovsfesting av forenings- og forsamlingsfrihet vil i prinsippet kunne fungere som en rettslig skranke, som en retningslinje og som en tolkningsfaktor for både den lovgivende, den utøvende og den dømmende makt. Dette er viktig for å sikre at de virkemidlene som bidrar til bevaringen av vårt demokrati og vår rettsstat, ikke innskrenkes eller knebles gjennom raske politiske beslutninger.

Utvalget vil på denne bakgrunn foreslå at det innføres en bestemmelse om forenings- og forsamlingsfrihet i Grunnloven.

29.5.2 UTFORMING AV FORENINGSFRIHET

29.5.2.1 Generelt

Foreningsfrihet omfatter for det første en frihet til selv å «danne» en forening. Dette innebærer at den enkelte alene kan etablere, stifte eller konstituere en forening, eller være en av flere som bidrar til å etablere, stifte eller konstituere en forening. Dernest omfatter rettigheten en frihet til å «slutte seg til» foreninger. Dette innbefatter både positiv og negativ foreningsfrihet. Den enkelte står således fritt til å velge om han eller hun skal slutte seg til en forening, eller om han eller hun ønsker å avstå fra medlemskap.

²²⁸ Torkel Opsahl, *Internasjonale menneskerettigheter – en innføring*, 1996 s. 57. Se også Erik Møse, *Menneskerettigheter*, 2004 s. 484.

Dette siste kan eventuelt fremheves særskilt i en grunnlovsbestemmelse gjennom en formulering av retten til å «melde seg ut».

Utvalget finner at både retten til å danne, slutte seg til og melde seg ut av en forening bør fremheves i grunnlovsteksten. En mulig formulering er da:

«Enhver har rett til å danne, slutte seg til og melde seg ut av foreninger.»

Her er foreningsfrihet utformet som en rettighetsbestemmelse for alle. Dette innebærer at statens myndigheter ikke kan kreve at foreninger forhåndsgodkjennes av myndighetene eller deres representanter, for eksempel ved å stille krav til antall deltakere, krav til medlemmenes kvalifikasjoner og egenskaper (herunder alder) eller krav til foreningens formål og oppgaver. Dette innebærer også at statens myndigheter normalt ikke kan tvangsoppløse foreninger etter eget forgodtbefinnende.

Det vil imidlertid kunne gjøres begrensninger i rettigheten i henhold til den generelle begrensningshjemmelen redegjort for i kapittel 13. Når det kan gjøres begrensninger, vil også måtte leses i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. Etter disse konvensjonene vil det være tillatt å nekte foreninger med for eksempel militære formål, halvstatlige formål e.l. Slik må også en norsk grunnlovsbestemmelse forstås, fordi disse foreningene vil gripe inn i de oppgaver som tilligger statsmaktene gjennom konstitusjonen.

Utvalget forutsetter at det er statens myndigheter som er pliktsubjekt etter bestemmelsen. Dette innebærer at enkeltpersoner ikke kan kreve å slutte seg til enhver forening dersom de ikke oppfyller opptakskriteriene for denne foreningen. Grunnlovsformuleringen tar således ikke sikte på å regulere den interne foreningsfriheten, men kun å slå fast at staten ikke kan legge seg opp i den enkeltes rett til å danne eller slutte seg til foreninger.

For øvrig bør det være unødvendig å presisere i grunnlovsteksten at foreninger hvor medlemmene forplikter seg til ubetinget lydighet mot noen, er forbudt, jf. straffeloven § 330. Slike foreninger, i den grad de kan kalles foreninger, vil ikke oppfylle formålet med foreningsfriheten; de vil verken fungere som et virkemiddel for demokrati og ytringsfrihet eller som et virkemiddel for å ivareta den enkeltes handlingsfrihet. I sin ytterste konsekvens vil slik lydighet kunne komme i konflikt med forbudet mot slaveri og tvangsarbeid. Og uansett vil en generell begrensningshjemmel, jf. kapittel 14, utvilsomt gi grunnlag for på dette punkt å tolke foreningsfriheten innskrenkende av hensyn til andres menneskerettigheter. Dagens bestemmelser i straffeloven § 330 vil således ikke komme i konflikt med grunnlovsfesting av forenings- og forsamlingsfrihet.

29.5.2.2 Fagforeninger og politiske partier

Et neste spørsmål er om en bestemmelse om forenings- og forsamlingsfrihet uttrykkelig bør omtale retten til å danne fagforeninger og politiske partier. Dette kan for eksempel gjøres på følgende måte:

«Enhver har rett til å danne, slutte seg til og melde seg ut av foreninger, herunder fagforeninger og politiske partier.»

Utvalget finner det hensiktsmessig å særlig fremheve fagforeninger og politiske partier i Grunnloven. Det har tidligere vært en del strid om både retten til å danne, slutte seg til og melde seg ut av fagforeninger, men det er i dag uomtvistelig at de internasjonale menneskerettighetene omfatter retten til å danne, slutte seg til og melde seg ut av fagforeninger. Det kan derfor være på sin plass at det uttrykkelig kommer frem i Grunnloven at foreningsfriheten på alle sine punkter også gjelder for fagforeninger.

Tilsvarende kan sies om politiske partier. Her gjør det seg også gjeldende en del andre hensyn, som bl.a. hensynet til deltakelse i demokratiske beslutningsprosesser. Politiske partier er derfor nærmere omtalt og behandlet i kapittel 42 om deltakelse i demokratiske beslutningsprosesser. Der vurderes grunnlovsfesting av retten til å danne politiske partier nærmere, og utvalgets konklusjon er at denne retten bør grunnlovsfestes sammen med foreningsfriheten, se mer i punkt 42.5.2.

29.5.3 UTFORMING AV FORSAMLINGSFRIHET

29.5.3.1 Generelt

Forsamlingsfrihet omfatter en rett til å møtes, og rettigheten er bl.a. en forutsetning for foreningsfrihet, men går lengre enn det. Forsamlingsfrihet gir også rett til å møtes uten at møtet er i regi av en forening. Forsamlingen kan for eksempel møtes tilfeldig, ad hoc, i forbindelse med arrangementer mv. Praktiske eksempler vil være kunst- og kulturarrangementer, skoleturer eller andre arrangerte turer, sportsarrangementer, russetreff og demonstrasjoner. Det kan imidlertid være andre sider ved forsamlingen som nødvendiggjør ulike tillatelser. Det kan for eksempel være tilfelle med utstilling eller oppstilling av gjenstander, boder el.a. eller bruk av scene, høyttaleranlegg el.a.

I likhet med foreningsfrihet bør derfor forsamlingsfrihet utformes som en rettighet for den enkelte, der statens myndigheter er pliktsubjekt etter bestemmelsen.

Retten til å møtes i forsamlinger gir ikke rett til å møtes hvor man selv måtte ønske. Både praktiske og rettslige hindringer kan tenkes. Den generelle begrensningshjemmelen redegjort for i kapittel 13 kan benyttes til å gjøre rettslige begrensninger i for-

samlingsfriheten. Øvrige rettigheter, som for eksempel retten til privatliv, må selvsagt respekteres, og det kan heller ikke forventes at private stiller sin eiendom til disposisjon. Myndighetene kan ikke legge slike hindringer i veien for samlingsfriheten i realiteten vanskeliggjøres, og på offentlig eiendom må samlingsfriheten respekteres, med mindre den utgjør en fare for trafikken (herunder bil, båt, fly, tog) eller fare for andre personers liv eller helse. Erfaringsmessig kan stor skade oppstå svært raskt når mange personer er samlet på ett sted, enten som følge av noens voldelige atferd, eller som følge av trengsel og panikk. Det er imidlertid bare vektige grunner som kan hindre samlinger i å møtes på offentlige steder. Hvor sterke disse grunnene må være, vil bl.a. avhenge av formålet med arrangementet, jf. den generelle begrensningshjemmel i kapittel 13.

29.5.3.2 *Fredelige samlinger og andre begrensninger i samlingsfriheten*

Ved utformingen av en grunnlovsbestemmelse om forenings- og samlingsfrihet vil et av spørsmålene være om teksten bør presisere at samlingene må være fredelige.

Det bør være innlysende at voldelige samlinger ikke kan være beskyttet av samlingsfriheten. Det kan derfor rydde av veien enkelte unødvendige diskusjoner dersom grunnlovsteksten presiserer at samlingene må være fredelige. Av den grunn finner utvalget at grunnlovsteksten bør benytte uttrykket «fredelige samlinger». En mulig formulering kan da være:

«Alle kan møtes i fredelige samlinger.»

Det må imidlertid settes en høy terskel for å definere en samling som ikke-fredelig, særlig dersom samlingen har et politisk, religiøst eller kulturelt budskap, jf. også yttingsfriheten, religionsfriheten og retten til kulturutfoldelse. At enkelte er høyrøstede og opphissede, er ikke tilstrekkelig til å si at samlingen er ikke-fredelig. Det er først når samlingen oppfører seg klart truende eller voldelig at den ikke lenger er fredelig. Da kan myndighetene kreve at samlingen oppløses, eventuelt få hjelp av politiet til å sørge for at samlingen faktisk oppløses. Samlingsfriheten er imidlertid et absolutt hinder for kollektiv avstraffelse av deltakerne. Det vil utelukkende være de deltakere som har begått normbrudd, som eventuelt kan straffes for dette.

29.5.3.3 *Demonstrasjonsfrihet*

I forlengelsen av vurderingen av fredelige samlinger kan det reises spørsmål om demonstrasjonsfrihet uttrykkelig bør omtales i Grunnloven.

Demonstrasjonsfrihet er et særlig uttrykk for samlingsfrihet og må forstås som en samling til støtte for eller i protest mot noe eller mot noen. I et demokratisk samfunn er det særlig viktig at det kommer frem ulike synspunkter på andres handlinger, vurderinger eller beslutninger. Samtidig må en rettsstat være tuftet på den idé at alle kan få utløp for sine protester i fellesskap med andre, uten å få sin frihet begrenset.

Ofte vil demonstrasjoner føre med seg rop og større menneskemengder i bevegelse. Kravet om at samlingen må være «fredelig», vil også omfatte demonstrasjoner, men siden demonstrasjoner er en særlig protestform, finner utvalget at demonstrasjonsfriheten eksplisitt bør komme til uttrykk i Grunnloven. Dette for å forhindre eventuelle misforståelser om hvorvidt demonstrasjoner er omfattet av uttrykket «fredelige samlinger». En mulig formulering vil da være:

«Alle kan møtes i fredelige samlinger og demonstrasjoner.»

Vanligvis vil demonstrasjoner være rettet mot offentlige myndigheter, men de kan også rettes mot private organisasjoner. Begge former for demonstrasjon er ment vernet gjennom dette forslaget.

29.5.4 VIDEREFØRING AV GRUNNLOVEN § 99 ANNET LEDD

Grunnloven § 99 annet ledd regulerer et særlig tilfelle av bruk av militærmakt mot sivilbefolkningen. Bestemmelsen omfatter utelukkende bruk av militærmakt mot samlinger. Utvalget foreslår derfor at bestemmelsen flyttes til et nytt tredje ledd i en egen bestemmelse om forenings- og samlingsfrihet. Da vil bruk av militærmakt mot sivilbefolkningen utgjøre et unntak fra samlingsfriheten, i en naturlig forlengelse av samlingsfriheten.

Utvalget vil føye til at bestemmelsen reiser problemstillinger av en annen karakter enn de øvrige spørsmål som er omhandlet i denne rapporten, og utvalget har av den grunn ikke mandat til å vurdere om det er ønskelig eller hensiktsmessig å videreføre bestemmelsen.

29.6 *Utvalgets forslag*

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at Grunnloven § 99 oppheves og at ny Grunnloven § 101 skal lyde:

«Enhver har Ret til at danne, slutte sig til og melde sig ud af Foreninger, herunder Fagforeninger og politiske Partier.

Alle kunne mødes i fredelige Samlinger og Demonstrationer.

Regjeringen er ikke berettiget til militær Magts Anvendelse mod Statens Medlemmer, uden efter de i

Lovgivningen bestemte Former, medmindre nogen Forsamling maatte forstyrre den offentlige Rolighed og den ikke øieblikkelig adskilles, efterat de Artikler i Landsloven, som angaa Oprør, ere den trende Gange lydelig forelæste af den civile Øvrighed.»

30. Personvern og personopplysningsvern

30.1 Innledende bemerkninger

Personvern og respekten for privatlivets fred har lange tradisjoner i Norge og i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. I de senere år har det også vokst frem et vern om personopplysninger i den ordinære lovgivning.

Bare i meget begrenset utstrekning er respekten for privatlivets fred nedfelt i Grunnloven, gjennom forbudet mot husundersøkelser i § 102. Dette aktualiserer spørsmålet om og eventuelt hvordan personvern, personopplysningsvern og respekten for privatlivets fred kan styrkes i Grunnloven.

30.2 Dagens rettstilstand

30.2.1 OVERSIKT

I dagens Grunnlov finnes ikke en generell bestemmelse om respekt for privatlivets fred, personvern eller personopplysningsvern. Grunnloven § 102, som forbyr husinkvisisjoner unntatt i kriminelle tilfeller, må imidlertid forstås som et *begrenset* utslag av retten til privatliv. I tillegg utgjør Grunnloven § 100 fjerde ledd et begrenset vern om privatlivets fred, ved at bestemmelsen bl.a. forbyr brevsensur utenfor såkalte «Anstalter», dvs. utenfor fengsler og psykiatriske institusjoner.

Et generelt vern om privatlivets fred mv. er i norsk rett først og fremst ivaretatt gjennom EMK artikkel 8 og SP artikkel 17, se nærmere om disse bestemmelsene i punkt 30.4 nedenfor. Som en del av den interne norske rett, jf. menneskerettsloven av 1999, er det disse bestemmelsene som utgjør det rettslige utgangspunkt for privatlivets fred og personvern i norsk rett.

Utover EMK artikkel 8 og SP artikkel 17 finnes en rekke bestemmelser i ordinær lovgivning som tar sikte å verne om privatlivets fred og personopplysninger på bestemte rettsområder. En oversikt over dette vernet er gitt i NOU 2009:1, Individ og integritet, kapittel 7. Særlig kan nevnes at personopplysninger bl.a. er vernet etter personopplysningsloven. Loven regulerer i hovedsak behandling av personopplysninger med elektroniske hjelpemidler og opprettelse av personregistre, og loven har som formål å beskytte den enkelte mot personvernkrænkelser gjennom behandling av personopplysninger, jf. personopplysningsloven § 1. Et annet eksempel er krav om pasientens samtykke til medisinsk forskning på egen helse, jf. helseforskningsloven § 13. Et tredje eksem-

pel er forvaltningens generelle taushetsplikt, jf. forvaltningsloven § 13.

Foruten disse eksemplene finnes en rekke bestemmelser som har betydning for respekten for privatliv, personlig integritet og personopplysninger i folkeregisterloven, helseregisterloven, arbeidsmiljøloven, åndsverkloven mv.

Samtidig fremkommer vern om privatlivets fred, familielivet mv. i enkelte av straffelovens bestemmelser. I straffeloven av 1902 settes bl.a. straff for offentlig ansatte som røper hemmeligheter i ekteskapsaker (§ 144) og for den som øver trusler eller vold i familien (§ 219). Videre er det straffbart i henhold til straffeloven § 390 å meddele offentlig om private eller huslige forhold. Og i henhold til straffeloven §§ 246 og 247 foreligger pr. i dag et vern om den enkeltes ærefølelse og omdømme, men disse straffebestemmelsene er ikke foreslått videreført i den nye straffeloven av 2005. Til flere av bestemmelsene om privatlivets fred mv. finnes en rikholdig rettspraksis. Mest kjent fra de senere årene er kanskje Høyesteretts avgjørelser i Rt. 2007 s. 687 (Big Brother), der Høyesterett kom til at det forelå krenkelse av straffeloven § 390, og Rt. 2008 s. 1089 (kjendisbryllup), der Høyesterett kom til at det ikke forelå krenkelse av privatlivets fred.

Ved siden av denne lovgivningen har privatlivets fred mv. også vært ivaretatt av domstolene på ulovfestet grunnlag. Domstolene har etter hvert en lang tradisjon for å etablere personvern på områder som ikke er lovregulert. Eksempler fra ulike tidsepoker kan være illustrerende: I Rt. 1896 s. 530 (Aarsdommen) fremhevet Høyesterett retten til eksklusiv bruk av slektsnavn. I Rt. 1952 s. 1217 (To mistenkelige personer) stanset Høyesterett fremvisningen av en film der rollemodellene var hentet fra det virkelige liv. I Rt. 1977 s. 1035 (Sykejournal) ga Høyesterett en pasient innsynsrett i egen journal, til tross for at det ikke fantes hjemmelsgrunnlag for dette i den daværende helselovgivning. Og i Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkken) ble ulovlig videoovervåking av ansatte nektet fremlagt som bevis i en straffesak.²²⁹

Ved vurderingen av om privatlivets fred mv. skal vernes, har Høyesterett foretatt helt konkrete avveininger, basert på faktum i sakene. Avveiningene har særlig tatt hensyn til om den som krever seg vernet, for eksempel mot eksponering i pressen, er å anse som en offentlig person eller ikke. Ved praktiseringen av EMK artikkel 8 har EMD i tillegg lagt vekt på hvorvidt slik eksponering har offentlighetens interesse, og hvorvidt vedkommende selv har fått anledning til å uttale seg i forkant av eksponeringen.

²²⁹ For en mer detaljert oversikt over det ulovfestede personvern, se NOU 2009:1, punkt 7.3.

Vurderinger knyttet til privatlivets fred mv. kan tenkes å oppstå i en rekke ulike kontekster. Vernet vil av den grunn kunne *overlappe* en rekke andre sentrale rettigheter, enten disse er nedfelt i internasjonale konvensjoner eller i ordinær norsk lovgivning. Retten til fritt valg av ektefelle, religionsfrihet, diskrimineringsvern, forbud mot ulovlig overvåking og ulovlig frihetsberøvelse er alle grunnleggende rettigheter som i noen grad kan bidra til å sikre privatlivets fred.

Det er imidlertid slik at noen av de grunnleggende rettighetene også kan tenkes å komme i *konflikt* med privatlivets fred. Det gjelder i første omgang ytringsfrihet, hvor retten til å fremsette eller motta ytringer kan støte an mot den enkeltes ønske og behov for å verne om sin private sfære eller verne om opplysninger knyttet til egen person. I tillegg kan det oppstå spenninger mellom rettigheter dersom offentlige reguleringer tar sikte på å forhindre familiemedlemmer i å legge seg opp i de unges valg av ektefelle, eller dersom offentlige reguleringer tar sikte på å forhindre diskriminering innad i familien. Problemstillingene er velkjente og har bl.a. kommet til uttrykk i kvinnediskrimineringskonvensjonen artikkel 16 og barnekonvensjonen artikkel 9 og 13–16. Disse bestemmelsene synliggjør bl.a. at retten til et privatliv ikke innebærer retten til å diskriminere familiemedlemmer eller en rett for foreldre til å bestemme hvem deres barn skal inngå ekteskap med.

Ved mulig konflikt mellom rettigheter må det foretas en avveining mellom disse rettighetene. I saker der rettigheter står mot hverandre, for eksempel ytringsfrihet og personvern, vil slike avveininger alltid finne sted i både norske domstoler og EMD, jf. særlig punkt 13.5.2.

30.2.2 NÆRMERE OM GRUNNLOVEN § 102

I Grunnloven § 102 finnes et forbud mot husinkvisisjoner. Bestemmelsen har stått uendret siden 1814 og lyder som følger:

«Hus-Inkvisitioner maa ikke finde Sted, uden i kriminelle Tilfælde.»

Bestemmelsen slår fast at husinkvisisjoner bare kan finne sted der det foreligger en kriminell handling, eller der det er mistanke om en kriminell handling. Bestemmelsen må forstås som en særlig regulering av privatlivets fred på et begrenset område. Den har hatt liten praktisk betydning og har bare vært påberopt og omhandlet i Høyesterett én gang. Det var i Rt. 2004 s. 1723 (våpenkontroll), der Høyesterett kom til at ransaking av private hjem som følge av politiets administrative plikt til å føre kontroll med våpen, ikke var i strid med Grunnloven § 102.²³⁰

Vernet etter Grunnloven § 102 synes i den senere tid å ha gjenvunnet noe av sin betydning. Bestemmel-

sen har for det første vært aktualisert i forbindelse med saker der det foretas avlytting av private hjem i forebyggende øyemed. Grunnloven § 102 åpner utelukkende for husinkvisisjoner i kriminelle tilfeller, og dette utelukker husinkvisisjoner, herunder avlytting, i forebyggende øyemed. Dette er særskilt påpekt i to betenkninger til Metodekontrollutvalget i forbindelse med en «evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker».²³¹ Metodekontrollutvalgets flertall har gitt sin tilslutning til betenkningene og har på den bakgrunn foreslått endringer i politiloven § 17d og straffeprosessloven § 222d.²³²

Derneft har Grunnloven § 102 vært diskutert i saker om rutinemessig dødsstedsundersøkelse i de tilfeller hvor spedbarn lider en plutselig og uventet død i hjemmet. Utvalgets forslag til ny Grunnloven § 102 vil ikke være til hinder for en slik rutinemessig undersøkelse av hjemmet for å finne årsaken til dødsfall som har inntruffet der, se nærmere om utvalgets forslag i punkt 30.7.

30.3 Grunnlovsforslag som ligger til behandling i Stortinget

Grunnlovsforslag nr. 18 (2007–2008) er fremsatt av Vera Lysklætt og Odd Einar Dørum. Forslag til bestemmelse om privatlivets fred lyder som følger:

«Ny § 100 b skal lyde:

Enhver har rett til respekt for privatliv og hjem.»²³³

Forslag til personopplysningsvern lyder som følger:

«Ny § 100 c skal lyde:

Enhver har rett til beskyttelse av personopplysninger om seg selv, til innsyn i slike opplysninger og til om nødvendig å kunne korrigere innholdet. Slike opplysninger kan bare benyttes i samsvar med uttrykkelig angitte formål og på grunnlag av lov eller informert samtykke fra den opplysningen gjelder. De skal slettes når formålet ikke lenger er til stede.»²³⁴

^{230.} Se for øvrig også avgjørelse i Kristiania byrett, inntatt i Rt. 1871 s. 31. For mer om Grunnloven § 102, se særlig Marius Stub, *Om forbudet mot husinkvisisjoner i Grunnloven § 102*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 3:2009.

^{231.} Se betenkning av Erling Johannes Husabø i NOU 2009:15, vedlegg 2 s. 414. Se også betenkning av Alf Petter Høgborg og Marius Stub i NOU 2009:15, vedlegg 3 s. 441 flg.

^{232.} Se NOU 2009:15, punkt 13.3.

^{233.} Se Dokument nr. 12:18 (2007–2008), privatlivets fred alternativ 1 A.

^{234.} Se Dokument nr. 12:18 (2007–2008), personopplysninger alternativ 1 A. Alternativ 1 B er samme bestemmelse formulert i Grunnlovens språkdrakt. Alternativ 2 er som 1 A eller 1 B, men forslag til ny § 100b. Alternativ 3 er som 1 A eller 1 B, men forslag til ny § 100a.

30.4 Internasjonalt menneskerettighetsvern

Privatlivets fred er godt forankret i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Vern om privatlivets fred er uttrykkelig slått fast i Verdenserklæringen artikkel 12, som lyder:

«No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.»

Verdenserklæringen er fulgt opp i SP artikkel 17. Bestemmelsen lyder:

«1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.»

På europeisk plan er retten til respekt for privatlivets fred slått fast i EMK artikkel 8, som lyder:

«1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.»

Det er knyttet en omfattende praksis til EMK artikkel 8 i EMD. Det er bl.a. sikker praksis at bestemmelsen omfatter både den fysiske og den psykiske integritet. Videre er det antatt at bestemmelsen forplikter statene til aktivt å iverksette tiltak for å verne om privatlivets fred, ved siden av plikten til å avstå fra å gripe inn i enkeltpersoner privatliv. Det er imidlertid uklart hvor langt plikten til aktiv iverksettelse går for å forhindre at andre griper inn i den enkeltes privatliv.

Tilsvarende er det uklart hvor langt artikkel 8 går i å verne om personopplysninger, samt retten til å kreve innsyn i egne personopplysninger som er oppbevart i personregistre. De seneste årene har EMD åpnet for at personopplysninger er vernet etter EMK artikkel 8.

Når det gjelder rett til respekt for «familieliv», har EMD tatt utgangspunkt i nasjonalstatens egen definisjon av familie, men domstolen har ikke akseptert at barn født utenfor ekteskap ikke omfattes av familiebegrepet.

Husundersøkelser omfattes av vernet i EMK artikkel 8 nr. 1, men som følge av at artikkel 8 nr. 2 gir større åpning for begrensninger i denne rettighe-

ten, vil vernet mot husinkvisisjoner i Grunnloven § 102 i denne sammenhengen trolig gi et bedre vern enn EMK artikkel 8. Imidlertid vil EMK artikkel 8 kunne sikre mot inspeksjoner og ransaking også utenfor hjemmet, dersom dette skulle krenke privatlivets fred. Et tilsvarende vern kan neppe utledes av Grunnloven § 102.

I tillegg har familien rett til særlig beskyttelse i henhold til ØSK artikkel 10, mens EMK artikkel 12, SP artikkel 23 og kvinnediskrimineringskonvensjonen artikkel 16 regulerer retten til å inngå ekteskap og stifte familie. Etter barnekonvensjonen artikkel 9, 10 og 16 har barnet rett til å være sammen med sin familie.

30.5 Andre lands konstitusjoner

Privatlivets fred er regulert i flere lands konstitusjoner. I Vest-Europa er denne rettigheten kommet til uttrykk i en eller annen form i konstitusjonene i 16 land.²³⁵ Dette er Belgia, Danmark, Finland, Frankrike, Luxembourg, Nederland, Hellas, Irland, Island, Italia, Portugal, Spania, Sverige, Sveits, Tyskland og Østerrike.

I våre nordiske naboland er bestemmelsen til vern om privatlivets fred utformet nokså forskjellig. I den *finske* Grundlagen 10 § er privatlivets fred, æren, hjemmefreden og personvernet eksplisitt vernet. Bestemmelsen lyder:

«Vars och ens privatliv, heder och hemfrid är tryggade. Närmare bestämmelser om skydd för personuppgifter utfärdas genom lag.

Brev- och telefonhemligheten samt hemligheten i fråga om andra förtroliga meddelanden är okränkbar.

Genom lag kan bestämmas om åtgärder som ingriper i hemfriden och som är nödvändiga för att de grundläggande fri- och rättigheterna skall kunna tryggas eller för att brott skall kunna utredas. Genom lag kan också bestämmas om sådana begränsningar i meddelandehemligheten som är nödvändiga vid utredning av brott som äventyrar individens eller samhällets säkerhet eller hemfriden, vid rättegång och säkerhetskontroll samt under frihetsberövande.»

I den *danske* Grundloven § 72 finnes en bestemmelse som minner litt om den norske Grunnloven § 102, idet den først og fremst tar sikte på å regulere husundersøkelser. Den danske grunnlovsbestemmelsen går imidlertid noe lengre enn den norske grunnlovsbestemmelsen i sitt vern om individene.

I den *islandske* konstitusjonen er det i første rekke privatlivets fred som er vernet. Paragraf 71 lyder i engelsk oversettelse:

«Everyone shall enjoy freedom from interference with privacy, home, and family life. Bodily or perso-

²³⁵ Perspektiv 02/06, Marius Emberland, tabellen på s. 14.

nal search or a search of a person's premises or possessions may only be conducted in accordance with a judicial decision or a statutory law provision. This shall also apply to the examination of documents and mail, communications by telephone and other means, and to any other comparable interference with a person's right to privacy.

Notwithstanding the provisions of the first paragraph above, freedom from interference with privacy, home and family life may be otherwise limited by statutory provisions if this is urgently necessary for the protection of the rights of others.»

I den *svenske* Regeringsformen finnes én bestemmelse om personvern og personopplysninger i 2. Kapittel 3 § og én bestemmelse om privatlivets fred i 2. Kapittel 6 §. Bestemmelsene lyder som følger:

«3 §: Ingen svensk medborgare får utan samtycke antecknas i ett allmänt register enbart på grund av sin politiska åskådning.

6 §: Var och en är gentemot det allmänna skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp även i andra fall än som avses i 4 och 5 §§. Var och en är dessutom skyddad mot kroppsvsitation, husrannsakan och liknande intrång samt mot undersökning av brev eller annan förtrolig försändelse och mot hemlig avlyssning eller upptagning av telefonsamtal eller annat förtroligt meddelande.

Utöver vad som föreskrivs i första stycket är var och en gentemot det allmänna skyddad mot betydande intrång i den personliga integriteten, om det sker utan samtycke och innebär övervakning eller kartläggning av den enskildes personliga förhållanden.»

I EUs *Charter of fundamental rights* finnes en personvernbestemmelse i artikkel 7 og en moderne bestemmelse til vern om personlige opplysninger i artikkel 8. Den sistnevnte bestemmelsen slår bl.a. fast at bruk av personlige opplysninger skal ha et spesifikt formål og skje i henhold til lovgivning. Bestemmelsene lyder:

«Artikkel 7:

Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications.

Artikkel 8:

1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.

2. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified.

3. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority.»

I tillegg er personvern og personopplysningsvern kommet til uttrykk i flere EU-direktiver. Størst betydning har trolig EUs personverndirektiv (95/46 EF) hatt. Direktivet har vært med å danne rammeverket

for bl.a. den norske personopplysningsloven og helseregisterloven.

30.6 Utvalgets vurdering

30.6.1 AKTUALITET

Grunnlovsfesting av privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern kan sies å ha fått økt aktualitet de seneste årene. Dette har dels sammenheng med den teknologiske utvikling, dels med den rettslige utvikling. Den teknologiske utvikling har de siste femti årene bidratt til stadig forbedrede muligheter til overvåking, avlytting og sporing, til innsyn, kunnskap og informasjon og til lagring og spredning av denne informasjonen. I mange sammenhenger vil teknologien gi nyttige og viktige verktøy, men den kan i andre sammenhenger misbrukes grovt. En GPS-sender kan for eksempel både benyttes til å redde liv og til å foreta hemmelig overvåking av barn, ektefelle eller kollegers daglige virke. Videre kan DNA-registre både benyttes til å diagnostisere sjeldne sykdommer og som utvelgelsesgrunnlag for barn, ved ansettelser mv. Det er antatt at de største personvernutfordringene i årene som kommer, vil oppstå innenfor områder som molekylærbiologi, biometri, nanoteknologi, sensorteknologi og kommunikasjons- og informasjonsteknologi.²³⁶

Også rettstilstanden har vært i utvikling de seneste årene. I første rekke har det vært forsterket oppmerksomhet om personvern og personopplysningsvern i ordinær lovgivning. Personregisterloven ble vedtatt i 1978, og den ble erstattet av personopplysningsloven som trådte i kraft 1. januar 2001. Datatilsynet ble opprettet i 1980 og var hjemlet i den gamle personregisterloven. Datatilsynets virksomhet er i dag hjemlet i personopplysningsloven kapittel VIII. Med den nye personopplysningsloven ble Personvernemda etablert som klageorgan for Datatilsynet.

Innenfor helsesektoren spesielt kan nevnes at det kom egen helseregisterlov i 2001 og en egen helseforskningslov i 2008. Helseregisterloven er en spesiallov om behandling av helseopplysninger i helseforvaltning og helsetjenesten og for opprettelse av lokale, regionale og sentrale helseregistre. Det følger av helseregisterloven bl.a. at registrering som hovedregel skal baseres på samtykke fra den registrerte. Som spesiallov skal helseregisterloven suppleres av personopplysningsloven, for eksempel når det gjelder kravene til informasjonssikkerhet. Helseforskningsloven gjelder for medisinsk og helsefaglig forskning på mennesker, humant biologisk materiale og helseopplysninger. Det følger bl.a. av helseforskningsloven at forskning som hovedregel skal baseres på et informert samtykke fra deltakeren. I tillegg

²³⁶. Se NOU 2009:1 Individ og integritet, kapittel 9.

må alle forskningsprosjekter og opprettelse av bio-banker godkjennes av de regionale komiteer for medisinsk og helsefaglig forskningsetikk.

Ved siden av de mer spesifikke personvernbestemmelser i ordinær lovgivning er ytringsfrihetsbestemmelsen i Grunnloven blitt bygget ut. Den 30. september 2004 vedtok Stortinget ny ytringsfrihetsbestemmelse i Grunnloven § 100. Den eldre § 100 var i sin ordlyd begrenset til trykkefrihet, og den hadde vært supplert av ulovfestet rett i svært lang tid. Den nye ytringsfrihetsbestemmelsen er en omfattende bestemmelse og tar mål av seg til å regulere grensen mot øvrige rettigheter, herunder retten til privatlivets fred og diskrimineringsvern.

Under behandlingen av ytringsfrihetsbestemmelsen i Kontroll- og konstitusjonskomiteen ble behovet for grunnlovsfesting av privatlivets fred drøftet, og komiteen konkluderte slik:

«Stortinget ber Regjeringen utrede vernet av privatlivets fred, herunder spørsmålet om mulige utforminger av en eventuell grunnlovsfesting».²³⁷

Ved kgl. res. 25. mai 2007 oppnevnte regjeringen Personvernkommissjonen. Kommisjonen fikk et omfattende mandat med det hovedformål å vurdere hvorvidt og på hvilken måte personvernet kunne styrkes i norsk rett. Personvernkommissjonen avga sin innstilling i NOU 2009:1, Individ og integritet den 13. januar 2009. I denne innstillingen har kommisjonen foreslått en rekke tiltak til forbedring i personvernet for bl.a. barn og unge, i helsesektoren, i arbeidslivet mv. Kommisjonen har samtidig drøftet hvorvidt privatlivets fred/personvern bør grunnlovsfestes og har enstemmig gått inn for slik grunnlovsfesting, se nærmere punkt 30.6.3. Kommisjonen har imidlertid ikke selv fremsatt konkrete forslag til utforming av en slik bestemmelse.

I løpet av Personvernkommissjonens arbeid ble det fremsatt forslag fra Venstre om grunnlovsfesting av privatlivets fred/personvern og personopplysningsvern, se punkt 30.3.

30.6.2 BEGREPENE PRIVATLIVETS FRED, PERSONVERN OG PERSONOPPLYSNINGSVERN

Betegnelse privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern benyttes ofte om hverandre. Personvernkommissjonen har gitt en bred fremstilling av den historiske bakgrunnen for og innholdet i de ulike begrepene, og kommisjonen fremholder bl.a. at «personvern» er et særnorsk begrep. I internasjonal litteratur og internasjonale lovtekster er det først og fremst «privacy» som benyttes – et begrep som trolig må forstås snevrere enn det norske «personvern»-

begrepet, men videre enn den norske forståelsen av «privatlivets fred».

Etter en nærmere vurdering av de ulike måter å forstå begrepene på falt Personvernkommissjonen ned på følgende definisjoner av personvern og personopplysningsvern:

- Personvern dreier seg om ivaretagelse av personlig integritet; ivaretagelse av enkeltindividers mulighet for privatliv, selvbestemmelse (autonomi) og selvutfoldelse. Eksempel på en personvernbestemmelse er vernet av privatlivets fred i straffeloven § 390.
- Personopplysningsvern dreier seg om regler og standarder for behandling av personopplysninger som har ivaretagelse av personvern som hovedmål. Reglens formål er å sikre enkeltindivider oversikt og kontroll over behandling av opplysninger om dem selv. Med visse unntak skal enkeltpersoner ha mulighet til å bestemme hva andre skal få vite om hans/hennes personlige forhold. Det er denne delen av personvernretten som er underlagt den mest omfattende lovregulering i for eksempel personopplysningsloven, helseregisterloven, regler om taushetsplikt og så videre.²³⁸

Personvernkommissjonens definisjon av personvern inkluderer således retten til privatliv. Dette underbygges med begrepens historiske utvikling, med juridisk litteratur og med dagens alminnelige språkbruk. Personvernkommissjonen pekte imidlertid på at Ytringsfrihetskommissjonen la til grunn en annen forståelse da tilsvarende spørsmål ble drøftet i NOU 1999:27, «Ytringsfrihed bør finde Sted». Ytringsfrihetskommissjonen var av den oppfatning at privatlivet refererer seg til privatsfæren, mens personvern og ytringsfrihet refererer seg til personvern i det offentlige rom. En slik sontring mellom privatlivets fred og personvern innbærer bl.a. at ytringsfrihet aldri vil støte an mot privatlivets fred. Som understreket av Personvernkommissjonen er dette en sontring som ikke har slått igjennom i allmenn diskurs, og Ytringsfrihetskommissjonens begrunnelse for sontringen framstår på dette punkt heller ikke som overbevisende.²³⁹

Begrepet «personopplysningsvern» er på sin side et relativt nytt begrep og har sitt opphav i økt innsamling, bruk og lagring av personopplysninger i samfunnet. Personopplysningsvernet skal ikke bare beskytte den enkelte mot innsyn i sensitiv og privat informasjon, men også beskytte den enkeltes identitet og retten til å være anonym. Personopplysnings-

^{237.} Innst. S. nr. 270 (2003–2004), kapittel 4.2.1.

^{238.} NOU 2009:1 Individ og integritet, punkt 4.1.5.

^{239.} NOU 2009:1 Individ og integritet, punkt 4.1.4 og 4.2.

vern kan derfor forstås som vern av den enkeltes rett til innflytelse på bruk og spredning av informasjon om seg selv.²⁴⁰ Dette vil være opplysninger om personlige forhold, for eksempel opplysninger om sykdom, skader, familiære forhold, behov for hjelpetiltak i skolen eller arbeidslivet osv. Personopplysningsloven definerer personopplysninger som «opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson», jf. § 2 nr. 1.

Personopplysninger kan i dag være innsamlet, benyttet og oppbevart hos banker, Nav, skoler, arbeidsgivere, politi, presse, flyselskap, skattemyndigheter, utenriksstasjoner, sykehjem osv., eller det kan være opplysninger innsamlet og lagret i diverse registre, som for eksempel folkeregister, fødselsregister, kreftregister, reseptregister, diverse forskningsregistre og biobanker. Den rivende utviklingen innenfor informasjons- og kommunikasjonsteknologi har samtidig gjort det teknisk mulig å hente ut og samkjøre opplysninger fra forvaltningsetater, arbeidsgivere, skoler og registre, for deretter å spre denne informasjonen til hele verden i løpet av få sekunder. Dette har igjen skapt et behov for å regulere innsamling, bruk og oppbevaring av personopplysninger gjennom et eget «personopplysningsvern».

For utvalgets videre arbeid vil Personvernkommissjonens forståelse av begrepene «personvern» og «personopplysningsvern» bli lagt til grunn. I noen sammenhenger vil utvalget likevel tale om eller hen vise til «privatlivets fred» for å understreke også denne særlige siden ved personvernet og personopplysningsvernet.

30.6.3 PERSONVERNKOMMISSJONENS VURDERING AV GRUNNLOVSFESTING

Personvernkommissjonen konkluderte i sin innstilling enstemmig med en anbefaling om grunnlovsfesting av retten til personvern og privatlivets fred. Det ble ikke fremsatt konkrete forslag til hvordan en slik grunnlovsbestemmelse kunne utformes, men det ble gitt enkelte føringer med hensyn til utformingen.

Begrunnelsen for Personvernkommissjonens anbefaling av grunnlovsfesting fremkommer dels av kommissjonens innstilling kapittel 19 og dels av vedlegg 3 til Personvernkommissjonens innstilling.²⁴¹ Personvernkommissjonen fremhevet at Grunnloven har stor betydning både rettslig, politisk og symbolsk, og at grunnlovsfesting av personvernet vil pre-

sisere «at også individuelle rettigheter er en viktig del av vår rettsstat». Videre pekte Personvernkommissjonen på at den ordinære lovgivning på området er «fragmentarisk og spredt», og at det finnes flere rettsområder hvor personverninteresser står på spill uten at disse er lovregulert i dag.

Personvernkommissjonen fant at grunnlovsfesting av personvern/privatlivets fred i større grad vil bidra til at personvern hensyn ivaretas i lovgivningsprosessen og ved fortolkning av lover. Personvernkommissjonen fremhevet særskilt at personverninteresser ofte kan stå i et motsetningsforhold til ytringsfrihetsinteresser. Dette gjør seg særlig gjeldende innenfor media og kommunikasjon. All den tid ytringsfrihet er grunnlovsfestet, skaper dette en ubalanse i forholdet mellom «to likeverdige interesser». Av den grunn mente Personvernkommissjonen at det vil være av «sentral og praktisk betydning å grunnlovsfeste også personvernet».

Ved den nærmere utformingen av en grunnlovsbestemmelse viste Personvernkommissjonen særlig til at man bør søke etter språklige avklaringer av begrepene «privatlivets fred», «personvern» og «personopplysningsvern» i en grunnlovstekst. Samtidig bør teksten være «egnet til å imøtekomme den rettsutviklingen som skjer internasjonalt gjennom tolkning og presisering av EMK».

30.6.4 HØRINGSUTTALELSER VEDRØRENDE GRUNNLOVSFESTING

NOU 2009:1, Individ og integritet ble sendt på høring 17. februar 2009 med høringsfrist 20. august 2009. Om lag 60 høringsinstanser hadde merknader til NOU'en, ti av disse hadde merknader til Personvernkommissjonens anbefaling om grunnlovsfesting av personvern/privatlivets fred.

Samtlige høringsinstanser som uttalte seg om grunnlovsfesting, ga uttrykk for at de var positive til dette, men Norsk Journalistlag og Norsk Presseforbund har i sine uttalelser presisert at grunnlovsfesting av personvern ikke må gå på bekostning av ytringsfriheten. Datatilsynet har på sin side påpekt at en grunnlovsfesting av personvern og privatlivets fred ikke må bli en «hvilepute».

Datatilsynet har i brev av 28. august 2009 uttalt følgende:

«I rapporten tar kommissjonen til orde for at personvernet skal grunnlovsfestes. Forslaget har allerede vunnet gehør i flere fagmiljøer, og er nå satt på dagsordenen av flere politiske partier. Også Datatilsynet ønsker en grunnlovsfesting velkommen, da det vil kunne skape bedre balanse mellom ytringsfriheten og personvernet. Grunnlovsfestingen vil klart ha en symbolsk verdi, men er etter tilsynets vurdering ikke avgjørende for personvernets stilling i landet. Datatilsynet vil særlig advare mot å la grunnlovsfesting bli en hvilepute. Selv om personvernet grunn-

^{240.} NOU 2009:1 Individ og integritet, punkt 4.2.1.

^{241.} Vedlegg 3 til Personvernkommissjonens innstilling er en betenkning av Alf Petter Høgberg og Njål Høstmælingen vedrørende spørsmålet om grunnlovsfesting av personvernet/privatlivets fred. Betenkningen er senere bearbeidet og publisert som fagartikkel i Jussens Venner nr. 2, 2010 s. 98–146 under tittelen «Grunnlovsfesting av retten til privatliv?».

lovsfestes, må personvern hensyn også være reelle premisser for det praktiske lovarbeidet og den øvrige myndighetsutøvelse. Det hjelper altså ikke at Stortinget grunnlovsfester personvernet, dersom de samtidig etablerer personvernfiendtlig lovgivning. Etter det såkalte trinnhøydeprinsippet har personverndirektivet i dag forrang foran norsk lov, selv om direktivet ikke har Grunnlovs rang. Stortinget står allikevel ikke tilbake for stadig å vedta lovgivning som etter tilsynets vurdering vanskelig lar seg forene med direktivet. Tilsynet er ikke overbevist om at en grunnlovsfesting alene vil medføre merkbare endringer i politikernes prioriteringer og avveininger.»

Justis- og politidepartementet har i brev av 3. september 2009 uttalt:

«Når det gjelder grunnlovsfesting av personvernet, jf. utredningen s. 26, punkt 7.5, 7.7 og kapittel 19, viser vi til at Stortingets presidentskap 18. juni 2009 oppnevnte et menneskerettighetsutvalg for å utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven med det mål å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang'. Utvalget skal avgi rapport innen januar 2012. Vi antar at utvalget vil ta opp spørsmål om grunnlovsfesting av det menneskerettslige vernet av personlig frihet og sikkerhet og vurdere det i sammenheng med eventuell grunnlovsfesting av andre menneskerettigheter. Vi anbefaler derfor at videre behandling av spørsmålet om særskilt grunnlovsfesting av personvernet utstår til dette utvalget har sluttført sin utredning.»

Kripos har i brev av 18. august 2009 uttalt:

«Kripos er i utgangspunktet ikke i mot en grunnlovsfesting, men synes det er vanskelig å ta stilling til hensiktsmessigheten av spørsmålet så lenge det ikke finnes noen entydig definisjon av personvern, og så lenge man ikke har konkretisert ordlyden i en eventuell Grunnlovsbestemmelse. En forutsetning for grunnlovsvern bør være en klarere definisjon og en avklaring av om bestemmelsen skal utformes som en skranke for den alminnelige lovgivning.»

Norges Ingeniørorganisasjon har i brev av 20. august 2009 uttalt:

«Personvernkommissjonen tar til orde for en grunnlovsfesting av personvernet. NITO støtter forslaget. Vi mener at grunnlovsfesting av personvernet vil kunne bidra til en nødvendig styrking av personvernet i samfunnet. Grunnlovsfesting vil også bidra til at personvern hensyn ivaretas ved implementering av nye rettsregler.»

Norsk Journalistlag har i brev av 19. august 2009 uttalt:

«NJ støtter Personvernkommissjonens grunntanke om en grunnlovsfesting av personvernet. Vår forutsetningen for en slik støtte må imidlertid være at bestemmelsen skal representere den avveiningen mellom ytringsfrihet og personvern som fremgår av

rettspraksis i dag. Vi er derfor kritiske til at kommisjonen påpeker at en slik grunnlovsfesting 'vil kunne styrke vektleggingen av personverninteresser når man vedtar nye lover og i lovgivningsprosessen', og 'skape bedre balanse mellom ytringsfrihet og personvern'. Vi vil advare mot enhver uthuling av de prinsipper om ytringsfrihet som er lagt til grunn i Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Dette er bestemmelser som er basert på en fundamental tiltro til det myndige mennesket, rettsstaten og det åpne samfunn, og er prinsipper som må bevares.»

Norsk Presseforbund har i brev av 24. august 2009 uttalt:

«Norsk Presseforbund følger resonnetet om at grunnlovsfesting av personvernet vil 'skape balanse mellom to likeverdige interesser' (s. 210, annen spalte), ettersom ytringsfriheten er grunnlovsfestet. Samtidig vil vi advare mot at dette blir tolket som et signal om at det foreligger et behov for endring av rettspraksis på personvernområdet på bekostning av ytringsfriheten. Vi viser i denne forbindelse til utredningen s. 210: «Personvernkommissjonene mener at en grunnlovsfesting av personvernet vil kunne styrke vektleggingen av personverninteresser når man vedtar nye lover og i lovgivningsprosessen, da lovgiver vil tilstrebe at lovgivningen ikke er grunnlovsstridig».

Det er viktig at man i arbeidet med en eventuell grunnlovsfesting av personvernet er bevisst ytringsfrihetens betydning, både for et velfungerende demokrati og for et velfungerende personvern. I denne forbindelse viser vi særlig til kommisjonens uttalelse på s. 94, som vi støtter: 'Ivaretagelse av et personvern i mange sammenhenger en forutsetning for ytringsfriheten, dvs. utøvelse av friheten til å samles, til å ytre seg og til å søke opplysninger, uten å behøve å frykte at slike aktiviteter vil bli lagt en til last'.

Kunnskap og informasjon er de viktigste forutsetningene for at innbyggerne skal kunne delta i samfunnsdebatten og gjøre seg opp egne meninger om politiske saker og andre viktige samfunnsproblemer, noe som er framhevet både i lovteksten og i motivene til både grunnloven og offentleglova (jf. hhv. Innst. S. nr. 270 (2003–2004) s. 61 og Innst. O. nr. 41 (2005–2006) s. 3). Dette betyr at informasjon om enkeltmennesker, i mange tilfeller informasjon som hver og en av oss isolert sett gjerne skulle holdt for oss selv, og som vi kanskje i utgangspunktet vil karakterisere som 'privat' eller 'personlig', i mange tilfeller vil være offentlig informasjon i kraft av ytringsfriheten og hensynet til demokratiet. Det er viktig å holde fast ved at slik informasjon etter en avveining mellom ytringsfriheten/demokratihensyn og hensynet til personvern, ikke alltid vil være vernet av personvernet.

Det bør derfor framgå klart, både i grunnlovsteksten og av dens forarbeider, at den avveiningen vi har i rettspraksis i dag, både fra EMD og norsk rettspraksis, skal videreføres, og at grunnlovsfestingen ikke er ment som en skjerping av gjeldende praksis på dette området på bekostning av ytringsfriheten. Det siste vil være klart i strid med utviklingen, både nasjonalt og internasjonalt.

Med disse forutsetninger, støtter vi at det settes i gang arbeid med å lovfeste personvernet. Vi tillater oss å understreke at et eventuelt forslag må sendes på

bred høring med minst tre måneders høringsfrist, slik at flest mulig får uttale seg.»

Den norske Legeforening har i brev av 22. juni 2009 uttalt:

«Personvernkommissjonen tar til orde for en grunnlovsfesting av personvernet. Legeforeningen støtter forslaget og mener at dette vil kunne bidra til en nødvendig styrking av personvernet i samfunnet i sin alminnelighet og også bidra til at personvernhen-syn blir grundigere vurdert ved innføring av nye rettsregler. De senere års erfaring fra situasjonen med flertallsregjering der Stortingets 'mister' sin rolle som kontrollør underbygger behovet for grunnlovs-vern.»

Riksarkivet har i brev av 21. august 2009 uttalt:

«Offentlighetslovgivningen har nylig fått utvidet sitt virkeområde og det har blitt vanlig å legge både postjournaler og saksdokumenter tilgjengelige på internett. Riksarkivaren støtter selvfølgelig størst mulig offentlighet i norsk forvaltning, men har sett at utviklingen samtidig krever større og større årvåkenhet når det gjelder å beskytte de personopplysningene som skal og bør beskyttes. I Noark-standarden, stan-dard for journalføring i offentlig forvaltning i Norge, er det lagt til rette for at slike hensyn skal kunne ivaretas. Vi står her imidlertid overfor to gode formål som kan komme i strid med hverandre. Offentlighets-prinsippet er i seg selv ikke grunnlovsfestet, men kan sees som en del av ytringsfriheten, som er grunnlovs-festet. For å skape balanse mellom to hensyn, kan det være hensiktsmessig å grunnlovsfeste også person-vernet, slik kommissjonen foreslår. Riksarkivaren støtter derfor forslaget om å gjøre slik tilføyelse i grunnloven.»

Statens Pensjonskasse har i brev av 25. juni 2009 uttalt:

«Avslutningsvis vil vi kommentere spørsmålet om grunnlovsfesting av personvernet. SPK er enig i at det er naturlig med en grunnlovskodifisering av personvernet. Imidlertid spiller personvernbestem-melsen i EMK artikkel 8 allerede en sentral rolle i det praktiske rettsliv. I mange saker foretas det en avvei-ning mellom hensynet til personvern og andre hen-syn, herunder ytringsfrihet. Ytringsfrihetsbestem-melsen i EMK artikkel 10 er imidlertid kodifisert i Grunnloven, og det er ikke personvernet. Det er betenkelig tatt i betraktning at disse prinsipper er likestilte i EMK, og tilgrensende traktater. Det synes derfor naturlig at personvernet, slik det kommer til uttrykk i artikkel 8, løftes opp til grunnlovs rang. All den stund man har en klar formulering i EMK artikkel 8, så trenger det heller ikke være så ressurskre-vende å inkorporere prinsippet i Grunnloven. Forsla-get om videre utredning av personvernets plassering i Grunnloven tiltres.»

Universitetet i Oslo har i brev av 31. august 2009 uttalt:

«Utredningen drøfter ulike sider ved grunnlovs-festing av personvernet og anbefaler at dette gjøres, ikke minst fordi en slik grunnlovsfesting vil lage balanse i forhold til den eksisterende bestemmelsen om ytringsfrihet. EMK artikkel 8 har en klar formu-lering som allerede spiller en viktig rolle i rettsanven-delsen. Denne vil kunne være et godt grunnlag for en framtidig bestemmelse om personvern i Grunnloven, og det vil derfor ikke nødvendigvis være meget res-surskrevende å utarbeide en grunnlovsbestemmelse om personvern. Universitetet i Oslo støtter derfor forslaget om å utrede videre hvordan en bestemmelse om personvern kan grunnlovsfestes, og mener at dette arbeidet kan gjøres uavhengig av en totalrevisjon av Grunnloven.»

30.6.5 UTVALGETS SYN PÅ GRUNNLOVSFESTING

En grunnlovsfesting av privatlivets fred, person-vern og personopplysningsvern vil i første rekke ha den konsekvens at disse prinsippene får en generell forankring i Grunnloven. Det vil synliggjøre at den fragmentariske lovgivning på området og det ulov-festede vern etablert av domstolene, springer ut av en grunntanke om at det finnes en privatsfære som omverdenen ikke har krav på innsyn i, men som tvert i mot har krav på beskyttelse mot slikt innsyn.

Videre vil grunnlovsfesting bidra til å løfte de internasjonale menneskerettighetsprinsipper om «right to privacy» inn i en norsk kontekst. En norsk grunnlovsbestemmelse om privatlivets fred mv. vil kunne speile essensen i både de internasjonale men-neskerettighetsbestemmelsene, den ordinære lovgiv-ning og det ulovfestede personvern. Slik vil en grunnlovsbestemmelse på dette området ikke endre dagens rettstilstand, men bidra til å synliggjøre den gjennom en prinsipiell bestemmelse i Grunnloven.

En rekke forhold taler for at privatlivets fred, per-sonvern og personopplysningsvern synliggjøres i Grunnloven. Som påpekt av Personvernkommissjo-nen er dagens ordinære lovgivning «fragmentarisk og spredt». Dette innebærer at for de rettsområder som ikke er nærmere lovregulert, er det de internasjo-nale konvensjoner og det ulovfestede vern som i dag alene sikrer retten til privatliv, personvern og person-opplysningsvern i norsk rett. En grunnlovsfesting av privatlivets fred, personvern og personopplysnings-vern vil fremheve *det rettslige utgangspunkt* om ivar-etakelse av disse verdiene i norsk rett. Den nærmere vurderingen eller avveiningen av hvor langt en slik grunnlovsbestemmelse strekker seg, vil måtte *forstås i lys av og suppleres med* det internasjonale konven-sjonsvernet og med tidligere ulovfestet rett. Hensik-ten med en slik grunnlovsbestemmelse vil dermed være å sikre at privatlivets fred, personvern og per-sonopplysningsvern sikres på alle rettsområder i tråd med gjeldende praksis, samtidig som dette synliggjø-res på grunnlovs nivå.

Grunnlovsfesting av retten til privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern kan i tillegg

vis seg å bli et viktig rettslig verktøy i møte med fremtidens teknologiske utvikling og utfordringer. Lovregulering på enkeltområder vil i noen grad måtte ligge i etterkant av den teknologiske utvikling, nettopp fordi fremtidens konkrete problemstillinger kan være vanskelige å forutsi. Dermed oppstår behovet for det generelle og overordnede vern, der prinsippet om privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern er nedfelt i den høyeste rettskilde. Det kan ikke utelukkes at den teknologiske utvikling gjør at en slik grunnlovsbestemmelse vil vise seg å bli sentral i de kommende tiår.

Det kan i den forbindelse være viktig å understreke hvilken betydning privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern erfaringsmessig har å si for utviklingen av et sunt og levedyktig demokrati. Enkeltindivider som lever i samfunn der de til stadighet opplever overvåking og kontroll, kan bli mer tilbakeholdne med å fremsette ytringer eller på annen måte delta i det politiske liv. Tilsvarende vil lekkasje av personlige opplysninger fra forvaltning eller fra private kunne oppleves som vilkårlig saksbehandling, eller i verste fall som «straff» for manglende lydighet. Slike ytterliggående brudd på privatlivets fred vil i realiteten utgjøre en trussel mot det norske demokratiet.

I forlengelsen av dette bør bemerkes at privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern også kan stå i et motsetningsforhold til ytringsfriheten. Ikke sjelden opplever enkeltpersoner at media trenger for langt inn i den private sfære. Å finne balansen mellom disse rettighetene kan være vanskelig, men det er et poeng at begge rettigheter har en sentral betydning for samfunnet, demokratiet og for rettsstaten. Av den grunn bør også begge rettighetene være sentralt plassert i Grunnloven.

I et rettslig perspektiv vil grunnlovsfesting på dette området kunne få betydning for både den lovgivende, den utøvende og den dømmende makt. I lovgivningsprosessen vil grunnlovsfesting av privatlivets fred mv. fungere som skranke og som rettesnor for lovgiver. Slik vil grunnlovsfesting av denne rettigheten først og fremst ha politisk betydning. For forvaltningen og domstolene vil en grunnlovsbestemmelse kunne fungere som ett av flere tolkningsmoment når det treffes konkrete avgjørelser. En grunnlovsbestemmelse om privatlivets fred/personvern kan også få særlig betydning når forvaltning og domstoler skal treffe beslutninger på områder hvor teknologien har gjennomgått en rivende utvikling på få år, og hvor det eksisterende lovverk er blitt hengende etter. For situasjoner som ikke var forutsett da lovverket ble til, vil grunnlovsbestemmelsen kunne være en viktig rettesnor ved fortolkningen av lovverket. Slik vil rettigheten også kunne få en reell rettslig betydning.

På denne bakgrunn har utvalget kommet frem til at respekten for privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern bør grunnlovsfestes.

30.6.6 UTFORMING AV GRUNNLOVSBESTEMMELSE

30.6.6.1 Husinkvisisjoner

Ved utformingen av en generell bestemmelse om privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern må det først reises spørsmål om dagens formulering om forbud mot husinkvisisjoner bør videreføres i Grunnloven.

Et hensyn som taler for å videreføre dagens formulering, er at forbudet mot husinkvisisjoner kan hevdes å ivareta et særlig hensyn, ved at bestemmelsen legger klare begrensninger på myndighetenes adgang til å foreta inspeksjoner eller ransaker i private hjem. Bestemmelsen går trolig noe lengre i å ivareta den enkeltes rettigheter enn EMK artikkel 8 på dette punkt. I henhold til EMK artikkel 8 vil innblikk i privatlivets fred kunne finne sted etter en nærmere avveining. Det er imidlertid uklart hvor grensen går etter EMK artikkel 8, og en opphevelse av den nåværende bestemmelsen i Grunnloven § 102 vil således gi større rom for avveininger og skjønn enn hva tilfellet er for husinkvisisjoner i dag. En mulighet kan derfor være å skrive inn forbudet mot husinkvisisjoner sammen med en moderne versjon av respekten for privatlivets fred og personvern, for eksempel slik:

«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse. Hus-Inkvisisjoner maa ikke finde Sted, uden i kriminelle Tilfælde.

Det påligger statens myndigheter å sikre et vern om den enkeltes personlige integritet.»

Et viktig hensyn som taler mot en videreføring av formuleringen om forbud mot husinkvisisjoner, er at bestemmelsen har hatt meget begrenset betydning siden vedtakelsen i 1814. Det var først etter inkorporeringen av EMK artikkel 8 i menneskerettsloven av 1999 at også Grunnloven § 102 delvis ble «vekket til live». Det har likevel vært vanskelig å utlede et eksplisitt vern fra den eldre formuleringen i § 102 uten å supplere tolkningen av bestemmelsen med de generelle formuleringene i EMK artikkel 8. Dette taler for at dagens § 102 erstattes med en mer generelt utformet bestemmelse om privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern, for på den måten å sikre at bestemmelsen ikke bare blir en sovende paragraf.

Utvalget finner på denne bakgrunn at dagens formulering i Grunnloven § 102 ikke bør videreføres, men erstattes av en generell og mer moderne utformet bestemmelse om privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern. På den måten vil også

bestemmelsen bli lettere å forstå for leseren av grunnlovsteksten.

30.6.6.2 *Privatlivets fred og personvern*

Utformingen av en bestemmelse om respekt for privatlivets fred og personvern reiser spørsmål om bare ett av disse uttrykkene bør benyttes, eller om begge bør nevnes i Grunnloven. Utvalget har vurdert dette spørsmålet og kommet frem til at en grunnlovsbestemmelse bør fremheve både personvern i vid forstand og privatlivets fred i mer snever forstand.

Begrunnelsen for en slik løsning ligger i forholdet mellom den eldre tradisjon og de utfordringer personvernet og personopplysningsvernet trolig står overfor i tiden som kommer. I Grunnloven § 102, i andre lands konstitusjoner og i de internasjonale menneskerettighetskonvensjoner er personvern og personopplysningsvern i stor grad knyttet opp til en tolkning av hvor langt uttrykket «privatlivets fred» strekker seg. Dette har gjort det nødvendig å tolke bestemmelsene *utvidende* for å inkludere et generelt personvern og et generelt personopplysningsvern, alternativt har man måttet etablere et generelt personvern og et generelt personopplysningsvern på ulovfestet grunnlag. I dag er det derfor uklart hvor langt uttrykket «privatlivets fred» strekker seg, både i konvensjonene og i flere lands konstitusjoner. I EUs Charter of fundamental rights er dette løst gjennom en egen bestemmelse til vern om personopplysninger i artikkel 8, jf. punkt 30.5 foran.

For å unngå en slik uklarhet bør en ny grunnlovsbestemmelse omfatte personvernet i vid forstand. Med dette menes ivaretagelse av den personlige integritet, herunder ivaretagelse av den enkeltes mulighet for privatliv, selvbestemmelse og selvtutfoldelse, jf. Personvernkommissjonens definisjon av personvern, se punkt 30.6.2. Samtidig bør man unngå tvil om at det grunnleggende vernet om respekten for privatlivets fred er inkludert i en formulering av personvernet. På den bakgrunn foreslår utvalget at personvernet grunnlovsfestes, og at det *samtidig* presiseres en rett til respekt for privatlivets fred.

Det er også utvalgets oppfatning at presiseringen av retten til respekt for privatlivets fred bør inneholde en ytterligere presisering av retten til respekt for familieliv, hjem og kommunikasjon. Det er mulig at respekten for privatlivets fred i rettslig forstand vil favne om både familieliv, hjem og kommunikasjon, men denne presiseringen er gjennomført i samtlige menneskerettighetskonvensjoner og i EUs Charter of fundamental rights. Retten til respekt for privatliv, familieliv, hjem og kommunikasjon utgjør på mange måter selve kjernen i personvernet, og disse forholdene bør derfor nevnes eksplisitt i Grunnloven for å tydeliggjøre at dette er verdier det norske samfunn setter høyt.

En annen begrunnelse for særskilt å fremheve privatliv, familieliv, hjem og kommunikasjon er at retten til respekt for disse verdiene bør utformes som en individuell rettighet i Grunnloven. Inngrep i privatliv, familieliv, hjem og kommunikasjon vil normalt oppleves som så krenkende at det er viktig at slike inngrep vurderes nøye i lovgivningsprosessen, og at de kan prøves for domstolene dersom lovgiver har gått for langt i å tillate slike inngrep. I en viss forstand kan man si at dette utgjør kjernen i den private sfære, der den enkelte har krav på et særlig vern mot krenkelser.

Det generelle personvernet bør på sin side utformes som en plikt for statens myndigheter til å sikre den enkeltes personlige integritet. Med dette menes at myndighetene har en generell plikt til å sørge for lovgivning som sikrer den enkeltes kroppslige og mentale integritet, gjennom for eksempel lovgivning mot vold, mishandling og drap. I tillegg skal myndighetene sørge for en lovgivning som bidrar til at den enkelte kan ivareta sin private autonomi og selvtutfoldelse.

En mulig formulering kan da lyde:

«Det påligger statens myndigheter å sikre et vern om den enkeltes personlige integritet.

Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon.»

I dette alternativet innleder man med det omfattende personvernet, før man i neste avsnitt uttrykkelig foretar en presisering av retten til respekt for privatlivets fred mv. Forholdene kan også presenteres i motsatt rekkefølge, der man innleder med den sterke retten til privatlivets fred mv. og avslutter med det omfattende personvernet, for eksempel slik:

«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon.

Det påligger statens myndigheter å sikre et vern om den enkeltes personlige integritet.»

Med uttrykket «vern om den enkeltes personlige integritet» menes et personvern i vid forstand. Bestemmelsen inkluderer bl.a. retten til respekt for privatliv, familieliv, hjem og kommunikasjon, men også den enkeltes rett til selvbestemmelse og selvtutfoldelse, jf. Personvernkommissjonens definisjon av personvern. Konsekvensen av disse formuleringene vil være at retten til respekt for privatliv, familieliv, hjem og kommunikasjon vil bli vernet både som en individuell rettighet og som en plikt for statens myndigheter. For det øvrige personvern, som den enkeltes selvbestemmelse og selvtutfoldelse, vil det utelukkende påligge staten en plikt til å sikre disse rettighetene. Dette kan for eksempel være retten til selv å velge utdanning og yrke, eller retten til selv å bestemme om man vil være med i TV-programmer,

forskningsprosjekter, fritidsaktiviteter, politisk virksomhet el.a.

Etter utvalgets oppfatning vil det lyde best å åpne en bestemmelse om privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern med den individuelle retten til respekt for privatlivets fred mv., for deretter i annet ledd å slå fast at det påligger myndighetene en plikt til å sikre personvernet generelt. Forslaget vil ikke endre dagens materielle rettstilstand, men kun grunnlovsfeste det vern som i dag følger av Grunnloven § 102, ulovfestet rett, menneskerettsloven og annen ordinær lovgivning.

Forslag til første ledd vil da være utformet som en rettighet for den enkelte gjennom uttrykket «enhver». Den enkelte tildeles likevel ikke en udelte rett til å ha sitt privatliv i fred, men har rett til «respekt» for sitt privatliv. Formuleringen utelukker derfor ikke at enkelte personer kan utsettes for overvåking og kontroll, men da må vilkårene for dette være til stede, jf. utvalgets forslag til begrensningshjemmel for rettighetene i Grunnloven, se kapittel 13. Det må imidlertid utvises respekt for privatlivet, selv under slik overvåking eller kontroll. I dette ligger at overvåking og kontroll kun kan finne sted så langt det er nødvendig for å avdekke alvorlige kriminelle forhold, av hensyn til rikets sikkerhet el.l. Inngrep i privatlivets fred, enten det er tale om overvåking eller annen kontroll, trenger samtidig uttrykkelig hjemmel i lov. Dette følger allerede av det ulovfestede legalitetsprinsipp, som utvalget også foreslår nedfelt i Grunnloven, jf. kapittel 41, og av EMK artikkel 8. I tillegg foreslår utvalget en generell begrensningshjemmel til rettighetene i Grunnloven, der dette lovskravet vil bli presisert, jf. kapittel 13. Det blir således overflødig å presisere i en bestemmelse om privatlivets fred at begrensninger i rettigheten trenger hjemmel i lov.

Forslag til første ledd minner om formuleringen i EMK artikkel 8 nr. 1, men uttrykket «korrespondanse» er erstattet med uttrykket «kommunikasjon», slik man finner det i EUs Charter. Dette er gjort for å modernisere formuleringen i EMK, slik at det utvilsomt omfatter også nye digitale medier, telefon, e-post og sms. I motsetning til «korrespondanse» vil uttrykket «kommunikasjon» naturlig fange opp disse nye kommunikasjonsmidlene.

30.6.6.3 Personopplysningsvern

Et neste spørsmål er om en bestemmelse i Grunnloven om respekt for privatlivets fred mv. og personvern bør suppleres med et personopplysningsvern. Her har utvalget kommet til at Grunnloven uttrykkelig bør omtale et vern om personopplysninger.

Begrunnelsen for dette er at det raskt kan oppstå tvil om hvor langt en bestemmelse om respekt for privatlivets fred mv. og personvern går i å verne om per-

sonlige opplysninger, samtidig som disse bestemmelsene trolig vil bli tolket utvidende for i noen grad å omfatte også personopplysningsvern. Dette har sammenheng med at både ulovfestet rett og en rekke bestemmelser i ordinær lovgivning gir den enkelte et vern om personopplysninger. Tilsvarende har de internasjonale konvensjonene om privatlivets fred med tiden blitt tolket utvidende til også å omfatte et vern om personopplysninger. Alt dette er forhold som vil øke presset mot å tolke en ny grunnlovsbestemmelse om privatlivets fred utvidende til også å omfatte personopplysningsvern.

Samtidig er det et stort og trolig økende behov for å verne om personlige opplysninger i samfunnet. Dette har sammenheng med teknologisamfunnets muligheter til å samle, bruke, oppbevare og spre informasjon om enkeltpersoner. Allerede i dag er utfordringene store, og det er all grunn til å tro at disse utfordringene vil bli flere i årene som kommer. For å være rustet til å møte denne utviklingen vil et generelt grunnlovsvern om personopplysninger være viktig. I dag er personopplysningsvernet spredt i den ordinære lovgivning, og det er uklart hvor langt EMK artikkel 8 verner om personopplysninger.

Med tanke på fremtidens utfordringer finner utvalget derfor at det rettslige vern om personlige opplysninger bør omtales i Grunnloven. Grunnloven bør i den forbindelse sikre at systematisk innhenting, oppbevaring og bruk av personlige opplysninger bare kan finne sted i henhold til lov. Dette vil ikke endre dagens rettstilstand på området, men tydeliggjøre den i én grunnleggende setning, samtidig som man får frem den ideen som ordinær lovgivning og ulovfestet rett i dag springer ut av. Dette kan for eksempel gjøres slik:

«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon.

Det påligger statens myndigheter å sikre et vern om den enkeltes personlige integritet og personlige opplysninger. Systematisk innhenting, oppbevaring og bruk av opplysninger om andres personlige forhold, kan bare finne sted i henhold til lov.»

Med uttrykket «vern om personlige opplysninger» menes personopplysningsvern slik det er definert av Personvernkommissjonen:

«regler og standarder for behandling av personopplysninger som har ivaretagelse av personvern som hovedmål. Reglens formål er å sikre enkeltindivider oversikt og kontroll over behandling av opplysninger om dem selv. Med visse unntak skal enkeltpersoner ha mulighet til å bestemme hva andre skal få vite om hans/hennes personlige forhold.»

Forslag til annet ledd første punktum er formulert som en forpliktelse for statens myndigheter til å «sikre et vern» om personlig integritet og personlige

opplysninger. Dette innebærer at bestemmelsen i første rekke er ment som en politisk retningslinje for lovgiver ved utforming av ny lovgivning, samt et tolkningsmoment for domstoler og forvaltning ved fortolkning av eksisterende lover. I uttrykket «sikre» ligger det samtidig en plikt for statens myndigheter til aktivt å arbeide for at personvern og personopplysningsvern ivaretas. I tillegg ligger det en ytterste skranke også for lovgiver. Dette innebærer at bestemmelsen kan prøves for domstolene dersom lovgiver en gang i fremtiden ikke iverksetter tiltak for å «sikre» personvern og personopplysningsvern.

I annet ledd annet punktum er det foreslått et særskilt lovskrav for systematisk innhenting, oppbevaring og/eller bruk av andres personopplysninger. I noen sammenhenger kan det være uklart om enkelte sider ved behandlingen av personopplysninger er å anse som vernet gjennom det generelle legalitetsprinsipp. Det bør derfor klargjøres i Grunnloven at all systematisk innhenting, oppbevaring og bruk av andres personlige opplysninger trenger hjemmel i lov, slik dette også er klargjort i EUs Charter of fundamental rights artikkel 8. Foreligger ikke et slikt lovgrunnlag, bør myndighetene sørge for at den ulovlige innhenting opphører, at materialet slettes, eller at de nødvendige lovhjemler og tillatelser kommer på plass. Dette er viktig for å bevare en demokratisk kontroll med hvilke personopplysninger som kan benyttes og til hvilke formål.

Lovskravet innebærer nærmere at alle må ha hjemmel i lov for å hente inn, oppbevare og benytte seg av personopplysninger. Formuleringen retter seg således mot både offentlige myndigheter og mot private personer, men det vil i første rekke være offentlige myndigheter som er pliktsubjekt etter bestemmelsen. Skal private straffes for å ha krenket denne grunnlovsbestemmelsen, trenger man klar hjemmel i lov for dette, jf. lovskravet i strafferetten i Grunnloven § 96. Da vil det i så fall være den aktuelle straffebestemmelsen som er overtrådt, ikke grunnlovsbestemmelsen som sådan. For øvrig vil en grunnlovsbestemmelse om privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern måtte avveies mot andre grunnlovsrettigheter også i tvister mellom private parter.

Forslag til annet ledd annet punktum må samtidig leses i sammenheng med første punktum, slik at lovhjemmel ikke er et *tilstrekkelig* vilkår for systematisk innhenting, oppbevaring og bruk av personopplysninger. I annet ledd første punktum ligger nemlig kravet om at myndighetene skal «sikre» et vern om personlige opplysninger. Dermed må det innfortolkes et forsvarlighetskrav ved siden av kravet til lovhjemmel. Denne forsvarlighetsvurderingen er det imidlertid lovgiver som må foreta, og domstolene bør bare kunne overprøve denne vurderingen dersom lovgiver

ikke oppfyller sin plikt til å sikre personopplysninger tilstrekkelig.

Forslag til annet ledd annet punktum må samtidig forstås i lys av formålet med et personopplysningsvern, nemlig at bestemmelsen skal verne mot at personopplysninger spres til personer som ikke har noen aktverdig grunn til å sitte med eller bruke disse opplysningene. Formuleringen er ikke ment å omfatte normal oppbevaring og bruk av personopplysninger i private hjem eller normal bruk av personopplysninger mellom barn og foreldre, eventuelt mellom andre nærstående. Den er heller ikke ment å omfatte private samlinger som dagboknotater, oversikt over fødselsdager til slekt og venner, klasselister, klubblistor e.l.

I stor utstrekning vil det for disse forholdene også foreligge et samtykke fra den personen som har gitt fra seg sine personopplysninger. For myndige personer over 18 år vil slikt samtykke erstatte lovskravet, så sant vedkommende er gjort kjent med hvordan personopplysningene skal benyttes. For disse tilfellene vil privat avtale være et tilstrekkelig rettsgrunnlag. Dette følger allerede av dagens lovgivning, jf. Christian V Norske Lov av 1687 femte bok, kapittel 1, artikkel 1 om at avtaler skal holdes, og utvalgets grunnlovsforslag er på ingen måte ment å endre rettsstilstanden på dette området. Dette følger også av forslag til annet ledd første punktum, der det personvern som skal sikres gjennom Grunnloven, også innbefatter den private autonomi. Det er således innlysende at samtykke fra den det måtte gjelde, i mange sammenhenger kan erstatte kravet om hjemmel i lov.

Utvalgets grunnlovsforslag er heller ikke ment å verne om private eller sensitive opplysninger som myndige personer over 18 år gjør offentlig tilgjengelige om seg selv via digitale medier som for eksempel Facebook, Twitter eller private blogger, jf. også den private autonomi og uttrykket «andres personlige forhold» i utvalgets forslag.

Grunnlovsforslaget vil heller ikke omfatte de personlige opplysninger man har fått tilgang til ved tilfeldigheter, eller de personlige opplysninger man sporadisk har innhentet uten noe særskilt formål. Dette mener utvalget bør komme til uttrykk i grunnlovsbestemmelsen på en slik måte at det bare er den «systematiske» innhenting, oppbevaring og bruk som omfattes av lovskravet i forslag til annet ledd annet punktum. Uttrykket «systematisk» er her ment å referere seg på lik linje til ordene «innhenting, oppbevaring og bruk». Med «systematisk» menes både et objektivt krav om at innhenting, oppbevaring og bruk må ha et systematiserende preg, i motsetning til tilfeldig, og et subjektivt krav om at det må foreligge en systematiserende hensikt.

På dette feltet er det mulig at deler av dagens ordinære lovgivning gir et noe *bedre* vern om personopplysninger enn det som følger av utvalgets forslag.

Dette vil særlig kunne være tilfellet for sensitive opplysninger. Utvalget vil i den forbindelse påpeke at det ikke er noe i veien for at ordinær lovgivning gir et bedre personopplysningsvern. Hensikten med å grunnlovsfeste et generelt personopplysningsvern er å knesette dette prinsippet i Grunnloven. Samtidig er hensikten å fange opp de tilfeller hvor det ikke finnes spesifikk lovregulering i dag og hvor man er hensatt til å utlede et personopplysningsvern på bakgrunn av formuleringen «privatlivets fred» i EMK artikkel 8.

Det bør til sist tilføyes at vernet om den personlige integritet og personlige opplysninger tidvis kan komme i et spenningsforhold til yttringsfriheten og den foreslåtte grunnlovsbestemmelsen som fastsetter at kunstens frihet skal respekteres. Det kan for eksempel være tilfellet der personopplysninger inngår i litterære verk. Det er ikke tilsiktet at slike kulturuttrykk skal være underlagt sterkere begrensninger enn i dag. Her må det i praksis foretas en nærmere avveining mellom kryssende interesser og hensyn.

30.7 *Utvalgets forslag*

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at Grunnloven § 102 oppheves, og at ny Grunnloven § 102 skal lyde:

«Enhver har Ret til Respekt for sit Privatliv og Familieliv, sit Hjem og sin Kommunikation.

Det paaligger Statens Myndigheder at sikre et Værn om den personlige Integritet og om personlige Oplysninger. Systematisk Indhentning, Opbevaring og Brug af Oplysninger om Andres personlige Forhold kan kun finde Sted i Henhold til Lov.»

31. *Ektefellers rettigheter og vern om familien*

31.1 *Innledende bemerkninger*

Ekteskapet og familien er omtalt i Verdenserklæringen, i SP og i ØSK. Samlet gir disse bestemmelsene uttrykk for at familien er den grunnleggende enhet i samfunnet, at statene har særlig plikt til å bistå barnefamilier, at familien har rett til beskyttelse fra staten, at den enkelte har rett til å stifte familie og selv velge sin ektefelle, og at ektefeller skal ha like rettigheter ved inngåelse av ekteskap, i ekteskap og ved oppløsning av ekteskap.

Dette aktualiserer spørsmålet om det bør inntas bestemmelser om familien og/eller ekteskapet i den norske Grunnloven. Slike bestemmelser vil i noen grad pålegge statens myndigheter positive forpliktelser, og utvalget vil i det følgende se nærmere på dette. Retten til respekt for familielivet er imidlertid behandlet i kapittel 30.

31.2 *Dagens rettsstilstand*

Ingen av Grunnlovens bestemmelser omhandler i dag familien eller ekteskapet. Familien og ekteskapet

er imidlertid omhandlet i SP artikkel 23 og ØSK artikkel 10, begge inntatt som norsk rett gjennom menneskerettsloven av 1999, se punkt 31.3. For øvrig finnes en rekke bestemmelser i ordinær lovgivning som omhandler familien, ekteskapet eller bistand til barnefamilier. Et lite utvalg av disse bestemmelsene omtales kort nedenfor:

Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap § 1 b slår bl.a. fast at det er fritt valg av ektefelle, samt at inngåelse av ekteskap skal skje på bakgrunn av «egen fri vilje og med eget samtykke». Ved lovendring av 27. juni 2008 nr. 53 ble det også gitt adgang for to personer av samme kjønn til å inngå ekteskap, jf. lov om ekteskap § 1.

I straffeloven av 1902 § 220 settes videre straff for bl.a. den som medvirker til at barn under 16 år inngår ekteskap. Bestemmelsen setter også straff for ekteskap mellom personer i nær slekt og for bigami. Tilsvarende setter § 222 straff for tvangsekteskap.

I folketrygdloven av 28. februar 1997 nr. 19 er det bl.a. bestemmelser som særlig skal sikre familien økonomisk. Etter § 4-5 kan personer som har familie, anses som reelle arbeidssøkere ved vurderingen av rett til dagpenger, selv om de kun søker arbeid innenfor et begrenset geografisk område. Etter § 5-1 har den enkelte rett til stønad til helsetjenester ved familieplanlegging, svangerskap og fødsel. Etter § 6-5 kan barn under 18 år ha rett til forhøyet hjelpestønad hvis dette kan hjelpe barna med å bli boende i hjemmet. Etter § 16-1 kan enslige familiepleiere ha krav på ytelse til å forsørge seg selv etter opphør av pleieforholdet.

I sosialtjenesteloven av 13. desember 1991 nr. 81 finnes bl.a. bestemmelser om avlastningstiltak for familier med særlig tyngende omsorgsoppgaver (§ 4-2). Etter barnetrygdloven av 8. mars 2002 nr. 4 § 2 har familier med barn under 18 år krav på barnetrygd. Og etter skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 § 6-48 har foreldre krav på særskilt fradrag for barn under 12 år.

31.3 *Internasjonalt menneskerettighetsvern*

Ektefellers rettigheter og vern om familien er kommet til uttrykk i Verdenserklæringen artikkel 16. Bestemmelsen lyder som følger:

«1) Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution.

2) Marriage shall be entered into only with the free and full consent of the intending spouses.

3) The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.»

Bestemmelsen i Verdenserklæringen er fulgt opp i SP artikkel 23. Bestemmelsen lyder som følger:

«1. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.

2. The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized.

3. No marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses.

4. States Parties to the present Covenant shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and at its dissolution. In the case of dissolution, provision shall be made for the necessary protection of any children.»

Av Verdenserklæringen artikkel 16 og SP artikkel 23 følger det at familien er den grunnleggende enhet i samfunnet, og at den har krav på beskyttelse av staten. Videre følger det at menn og kvinner i gifteferdig alder selv har rett til å velge ektefelle, og at de har rett til å stifte familie. Innenfor ekteskapet og ved oppløsning av ekteskapet skal menn og kvinner ha like rettigheter. Ved skilsmisse skal det iverksettes tiltak for å skjerme barna.

I henhold til FNs menneskerettighetskomité's generelle kommentar nr. 19 fra 1990 vil forståelsen og definisjonen av «familie» variere fra stat til stat.²⁴² Komiteen gjør derfor ikke noe forsøk på å definere «familie». Komiteen forutsetter imidlertid at det innenfor ethvert samfunn finnes ulike familiestrukturer, og at den enhet som forstås som familie under nasjonal lovgivning, har krav på beskyttelse etter SP artikkel 23. Den forutsetter videre at statene må ivareta samboende par og deres barn, samt enslige foreldre og deres barn, på lik linje med andre familier. Det legges ingen substansielle krav eller øvrige føringer i komiteens generelle merknader til *hvordan* statene skal beskytte familien.

I henhold til SP artikkel 23 nr. 3 må ektefellene gi sitt samtykke til å inngå ekteskap. Samtykket skal være basert på den enkeltes frie vilje. Det er bare den som har oppnådd gifteferdig alder som kan inngå ekteskap, men komiteen oppstiller ingen bestemt aldersgrense. Komiteen uttaler imidlertid at gifteferdig alder først kan inntreffe når man har fulle rettigheter i henhold til de øvrige bestemmelsene i konvensjonen.²⁴³ I praksis innebærer dette at gifteferdig alder ikke kan være oppnådd før for eksempel stemmerettsalder er oppnådd, eller før den enkelte er gammel nok til fritt å endre religion. Statene har videre en plikt til å legge til rette for at det både kan gjennom-

føres religiøse og borgerlige vigslar. Dette er ikke til hinder for at det oppstilles krav om at religiøst inngåtte ekteskap også må registreres borgerlig.

Ifølge komiteen innebærer den enkeltes rett til å stifte familie en rett til å leve og bo sammen. Konsekvensen er at statene har en plikt til å iverksette tiltak for å sikre gjenforening av familiemedlemmer som ikke ønsker å leve adskilt.²⁴⁴

Videre innebærer artikkel 23 en plikt for statene til å sørge for at ektefellene har like rettigheter i ekteskapet og ved ekteskapets oppløsning. Statene skal for eksempel sikre at oppløsning av ekteskap ikke medfører kjønnsdiskriminerende tap av statsborgerskap eller endelig tap av tidligere familienavn. Ved barnefordeling skal det i tillegg tas hensyn til barnets beste.

Også ØSK artikkel 10 gir familien rett til vern og bistand. Behovet for vern og bistand til mødre før og etter fødsel og til barnefamilier er særlig understreket. Bestemmelsen lyder som følger:

«The States Parties to the present Covenant recognize that:

1. The widest possible protection and assistance should be accorded to the family, which is the natural and fundamental group unit of society, particularly for its establishment and while it is responsible for the care and education of dependent children. Marriage must be entered into with the free consent of the intending spouses.

2. Special protection should be accorded to mothers during a reasonable period before and after childbirth. During such period working mothers should be accorded paid leave or leave with adequate social security benefits.

3. Special measures of protection and assistance should be taken on behalf of all children and young persons without any discrimination for reasons of parentage or other conditions. Children and young persons should be protected from economic and social exploitation. Their employment in work harmful to their morals or health or dangerous to life or likely to hamper their normal development should be punishable by law. States should also set age limits below which the paid employment of child labour should be prohibited and punishable by law.»

ØSK-komiteen har ikke gitt generelle merknader til ØSK artikkel 10.

Ved siden av FN-konvensjonene regulerer EMK artikkel 12 retten til å inngå ekteskap. EMK artikkel 12 lyder som følger:

^{244.} Se Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar 1990 nr. 19 avsnitt 5: «Similarly, the possibility to live together implies the adoption of appropriate measures, both at the internal level and as the case may be, in cooperation with other States, to ensure the unity or reunification of families, particularly when their members are separated for political, economic or similar reasons.»

^{242.} Se Menneskerettighetskomiteen generelle kommentar 1990 nr. 19 avsnitt 2.

^{243.} Se Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar 1990 nr. 19 avsnitt 4.

«Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.»

EMK artikkel 8 er nærmere omhandlet i punkt 30.4.

31.4 Andre lands konstitusjoner

I de øvrige nordiske land er det kun Finland som omtaler et særskilt vern om familien i sin konstitusjon. Ingen av de nordiske land omtaler ekteskapet.

Den finske konstitusjonen 19 § tredje ledd gir barnefamilier rett til støtte fra det offentlige. Bestemmelsen lyder som følger:

«Det allmänna skall, enligt vad som närmare bestäms genom lag, tillförsäkra var och en tillräckliga social-, hälsovårds- och sjukvårdstjänster samt främja befolkningens hälsa. Det allmänna skall också stödja familjerna och andra som svarar för omsorgen om barn så att de har möjligheter att trygga barnens välfärd och individuella uppväxt.»

Utover denne bestemmelsen i den finske Grundlagen er familie og ekteskap særskilt omtalt i den tyske Grundgesetz artikkel 6. I bestemmelsens første ledd slås det fast at ekteskapet og familien skal nyte spesiell beskyttelse fra staten. Videre følger det at omsorg og oppfostring av barn er en naturlig rett for foreldre, og at barn bare skal tas fra sine foreldre i henhold til lov og der foreldrene ikke viser barna den nødvendige omsorg. Artikkel 6 lyder som følger:

«(1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

(2) Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.

(3) Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.

(4) Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.

(5) Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.»

Den sveitsiske konstitusjonen slår kort fast i artikkel 14 at retten til å inngå ekteskap og retten til å stifte familie er garantert. Bestemmelsen lyder som følger:

«Das Recht auf Ehe und Familie ist gewährleistet.»

I tillegg er familien og ekteskapet nærmere omtalt i EUs Charter of fundamental rights artikkel 9

og artikkel 33. Artikkel 9 omhandler retten til å inngå ekteskap og retten til å stifte familie. Bestemmelsen lyder som følger:

«The right to marry and the right to found a family shall be guaranteed in accordance with the national laws governing the exercise of these rights.»

EUs Charter artikkel 33 oppstiller en generell beskyttelse av familien, samt beskyttelse mot oppsigelse på grunnlag av svangerskap eller adopsjon. Bestemmelsen lyder som følger:

«1. The family shall enjoy legal, economic and social protection.

2. To reconcile family and professional life, everyone shall have the right to protection from dismissal for a reason connected with maternity and the right to paid maternity leave and to parental leave following the birth or adoption of a child.»

31.5 Utvalgets vurdering

31.5.1 BØR DET VÆRE EN BESTEMMELSE OM FAMILIE OG EKTESKAP I GRUNNLOVEN?

Utvalget foreslår i kapittel 30 at det inntas en egen bestemmelse i Grunnloven om retten til respekt for privatliv og familieliv. En slik bestemmelse vil bl.a. verne familien mot uberettigede inngrep fra statens myndigheter. Spørsmålet er derfor om det er behov for en regulering av familie og ekteskap i Grunnloven som strekker seg utover det vern som følger av retten til respekt for privatliv og familieliv.

Et viktig hensyn som taler for en egen grunnlovsbestemmelse om familie og ekteskap er at den generelle retten til respekt for privatliv og familieliv ikke sier noe om den betydning familien har for barns oppfostring eller familiens betydning for bevaring og utvikling av sivilsamfunnet. En generell bestemmelse om vern av privatliv og familieliv sier heller ikke noe eksplisitt om den enkeltes rett til å inngå ekteskap etter eget ønske, rett til skilsmisse eller rett til å stifte familie. Dette må anses som fundamentale rettigheter i dagens norske samfunn og representerer verdier som det kan være viktig å synliggjøre i Grunnloven.

Det er også et poeng at retten til å inngå ekteskap og vern om familien fremkommer av ulike bestemmelser i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene, i Verdenserklæringen og i EUs Charter.

På denne bakgrunn finner utvalget at det bør inntas en egen bestemmelse om familie og ekteskap i Grunnloven.

31.5.2 EKTESKAP, SKILSMISSE OG RETTEN TIL Å STIFTE FAMILIE

Et sentralt spørsmål ved den nærmere utformingen av en grunnlovsbestemmelse om familie og ekteskap er hvorvidt det uttrykkelig bør presiseres at den

enkelte har rett til å stifte familie, samt inngå og oppløse ekteskap etter egen fri vilje. En innskriving av disse rettighetene i Grunnloven vil ikke endre dagens rettsstilstand, men det vil synliggjøre disse verdiene som grunnleggende rettsprinsipper i det norske samfunn.

Tvangsekteskap har vist seg å være et problem også i Norge. Dette har bl.a. sammenheng med innvandring og et større kulturmangfold. Retten til fritt valg av ektefelle er allerede uttrykkelig lovfestet i lov om ekteskap § 1 b. En grunnlovsfesting av denne rettigheten vil imidlertid sende et klarere og kraftigere signal om at det er forbudt å tvinge noen til ekteskap i Norge.

En grunnlovsbestemmelse om inngåelse av ekteskap vil først og fremst ha symbolsk betydning, all den tid lov om ekteskap § 1 b uttrykkelig stadfester at ekteskap bare skal inngås med ektefellenes samtykke og frie vilje. En grunnlovsbestemmelse vil imidlertid kunne ha reell rettslig betydning dersom det politiske klima på dette området skulle endre seg en gang i fremtiden. Bestemmelsen vil også kunne benyttes som tolkningsmoment ved fortolkningen av annen lovgivning.

Mulige formuleringer kan være:

«Enhver har rett til å stifte familie. Ekteskap kan bare inngås etter ektefellenes frie vilje og med eget samtykke.»

(eller)

«Enhver som har oppnådd gifteferdig alder har rett til å stifte familie, inngå ekteskap og oppløse ekteskap i henhold til nærmere bestemmelser gitt ved lov. Ekteskapet kan bare inngås med ektefellenes samtykke og frie vilje.»

Utvalget finner at den siste formuleringen er mest dekkende for rettsstilstanden på området. Formuleringen er samtidig lettfattelig, og presiseringen «i henhold til nærmere bestemmelser gitt ved lov» bør inntas fordi bestemmelsen nødvendigvis må utfylles av mer detaljerte bestemmelser, blant annet om betydningen av umyndighet, annen manglende samtykkekompetanse, nært slektskap og forbud mot bigami. Også retten til å stifte familie kan være begrenset av ordinær lovgivning, for eksempel gjennom adopsjonsregler, regler om surrogati mv.

Formuleringen gir for øvrig «enhver» rett til selv å stifte familie og selv velge ektefelle, men på nærmere angitte vilkår, hvorav vilkåret om «gifteferdig alder» foreslås inntatt i Grunnloven for å signalisere at personer under den lovbestemte aldersgrense ikke har den samme grunnlovsrettigheten til å stifte familie eller inngå ekteskap. Formuleringen er dermed ikke ment å utgjøre en rettighet for barn. Den må likevel ikke tolkes antitetisk: Om, og eventuelt i hvil-

ken utstrekning, personer under «gifteferdig alder» kan stifte familie eller inngå ekteskap, vil det være opp til de lovgivende myndigheter å ta stilling til. Det er m.a.o. ingenting i veien for at personer under «gifteferdig alder» kan stifte familie eller inngå ekteskap, så fremt barnekonvensjonen er ivaretatt. For øvrig innebærer formuleringen en individuell rettighet for alle som befinner seg innenfor norsk jurisdiksjon.

I tillegg vil oppløsning av ekteskapet, enten det er tale om ugyldighet eller skilsmisse, måtte følge nærmere regler gitt i henhold til lov. Den enkelte ektefelle eller det enkelte trossamfunn står ikke fritt til å etablere rettslige normer verken for inngåelse eller for oppløsning av ekteskap som inngås innenfor norsk jurisdiksjon.

Det vil i første rekke være statens myndigheter som har plikter etter en eventuell grunnlovsbestemmelse om rett til å stifte familie og rett til å inngå og oppløse ekteskap. En rettslig skranke for myndighetenes lovgivning på området vil være at ekteskap bare kan inngås med ektefellenes samtykke og frie vilje. En konsekvens av dette vil være at myndighetene gjennom ordinær lovgivning må forby tvangsekteskap, slik at forbudet i Grunnloven blir en rettslig realitet. Dette er i dag gjort gjennom lov om ekteskap § 1 b og straffeloven 1902 § 222.

Hvordan samtykket og den frie vilje må komme til uttrykk, er det opp til lovgiver å regulere nærmere. Det må likevel føyes til at vilkåret om samtykke og fri vilje i utvalgets grunnlovsforslag også gjelder for personer under «gifteferdig alder», dersom ordinær lovgivning skulle tillate slike ekteskap. Dette innebærer at for spørsmål om ekteskap er samtykke fra foreldre eller andre foresatte aldri et tilstrekkelig vilkår for gyldig inngåelse av ekteskap.

Grunnlovsfesting av retten til å stifte familie er ikke ment å regulere hvorvidt myndighetene skal tillate eller legge forholdene til rette for familieplanlegging, verken praktisk, økonomisk eller lovgivningsmessig. Den er heller ikke ment å ta stilling til hvorvidt myndighetene skal tillate eller hvordan myndighetene bør regulere for eksempel in vitro-fertilisering, adopsjon, sterilisering, abort eller surrogati. Dette må det til enhver tid være opp til de politiske myndigheter å treffe nærmere beslutninger om, jf. også kapittel 19.

Ved siden av statens myndigheter vil også private personer være pliktsubjekt til bestemmelsen, men privates overtredelse av Grunnloven er ikke sanksjonert. Straffansvar for bl.a. tvangsekteskap og bigami må følge av ordinær lovgivning, mens et mulig erstatningsansvar må basere seg på de alminnelige erstatningsrettslige regler. I praksis vil derfor bestemmelsens rettslige betydning for private være at den kan benyttes som tolkningsmoment ved fortolkningen av ordinær lovgivning. For øvrig vil en bestem-

melse om fritt valg av ektefelle kunne ha en sterk signaleffekt.

31.5.3 LIKE RETTIGHETER I EKTESKAPET OG BESKYTTELSE MOT OPPSIGELSE I ARBEIDSLIVET

Det følger av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene at ektefeller skal ha de samme rettigheter ved inngåelse av ekteskap, i ekteskap og ved oppløsning av ekteskap. Videre følger det av konvensjonene at den enkelte skal være beskyttet mot oppsigelse eller andre negative reaksjoner som følge av inngåelse av ekteskap, svangerskap og adopsjon.

Dette er bestemmelser som tar sikte på å beskytte den enkelte mot negative konsekvenser av inngåelse av ekteskap, oppløsning av ekteskap eller av å stifte familie. Frem mot annen verdenskrig kunne kvinner økonomisk komme vesentlig dårligere ut av ekteskapet enn menn.²⁴⁵ Etter hvert har lovgivningen etablert en mer rettferdig fordeling av ektefellenes økonomiske verdier ved oppløsning av ekteskap. I enkelte tilfeller kan det likevel være vanskelig å avgjøre hvilken fordeling som er mest rettferdig.

En mulig formulering av like rettigheter i ekteskapet kan for eksempel være:

«Ektefellene skal ha de samme rettighetene ved inngåelse av ekteskapet, under ekteskapet og ved oppløsning av ekteskapet.»

I hovedtrekk vil forskjellsbehandling av ektefeller eller forskjellsbehandling i arbeidslivet rammes av et generelt diskrimineringsforbud. Utvalget finner det derfor unødvendig å presisere i Grunnloven at ektefellene har like rettigheter i ekteskapet eller ved oppløsning av ekteskap. Utvalget finner det også unødvendig å presisere i Grunnloven at det er forbudt med oppsigelse pga. svangerskap og adopsjon. Disse rettighetene vil være ivaretatt av utvalgets forslag om å grunnlovsfeste likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet, se kapittel 26.

31.5.4 STØTTE TIL BARNEFAMILIER

Et neste spørsmål er om det bør formuleres en plikt for statens myndigheter til å gi særskilt støtte til barnefamilier.

Både ØSK artikkel 10 nr. 3 og den finske Grundlagen fremhever at barnefamilier har rett til særlig bistand fra det offentlige. I praksis er dette også tilfellet i Norge, gjennom barnetrygd, foreldrefradrag, rett til svangerskapspermisjon, subsidiert barnehage mv. ØSK artikkel 10 nr. 3 om bistand til barnefamilier springer ut av statenes generelle plikt til å sørge for

sosial trygghet, plikt til å opprettholde en nødvendig levestandard og plikt til å legge forholdene til rette for barnets utvikling.

Arbeidet med å oppfostre barn skjer normalt i hjemmet, og familien har derfor en grunnleggende betydning for barns læring og barns sosiale og økonomiske behov. I den grad familien ikke er i stand til å forsørge barnet på en tilfredsstillende måte, er det viktig at statens myndigheter yter familien den nødvendige bistand, enten praktisk eller økonomisk, for å trygge barns oppvekst.

Utvalget foreslår at statens plikt til å yte bistand til den som trenger hjelp til seg selv og/eller sin familie, kommer frem i to ulike bestemmelser i Grunnloven. For det første bør den enkeltes rett til sosial trygghet dersom hun eller han ikke er i stand til å skaffe seg utkomme ved arbeid, fremkomme av bestemmelsen om rett til utkomme fra arbeid i Grunnloven § 110, jf. kapittel 38. For Grunnloven § 110 foreslår utvalget en endring som innebærer en rett til støtte fra det offentlige dersom den enkelte ikke er i stand til å skaffe seg utkomme ved arbeid eller næring.

Derneft vil utvalget foreslå at det inntas en eksplisitt bestemmelse om statens plikt til å legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre nødvendig økonomisk, sosial og helsemessig trygghet, jf. kapittel 32. Fordelen ved å slå dette sammen med bestemmelsen om barns rettigheter er at da synliggjør man at støtte til barnefamilier primært er ment å komme barnet til gode, og at det ikke er ment som en selvstendig rettighet for foreldrene. Foreldrenes eventuelle rett til støtte fra staten vil i stedet fremkomme av Grunnloven § 110.

Utvalget vil derfor ikke foreslå en egen bestemmelse om støtte til barnefamilier i tilknytning til en bestemmelse om rett til å stifte familie og rett til å inngå og oppløse ekteskap.

Dersom Stortinget likevel skulle ønske å innta en bestemmelse om støtte til barnefamilier i forbindelse med en bestemmelse om ekteskapet – enten dette gjøres i stedet for å ta det inn en bestemmelse om barns rettigheter eller som et supplement til en bestemmelse om barns rettigheter – kan dette for eksempel gjøres gjennom følgende formulering:

«Familier med omsorg for barn har rett til bistand fra det offentlige.»

(eller):

«Det påligger statens myndigheter å støtte familier med omsorg for barn, slik at familien har mulighet til å sikre barnets velferd og oppvekst.»

Den siste formuleringen likner den formuleringen som finnes i den finske konstitusjonen. Med uttrykket «støtte» tas det sikte på alle tiltak som kan

²⁴⁵. Se for eksempel Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1934 s. 972.

være en støtte for barnefamilier, enten de er av økonomisk, helsemessig eller praktisk karakter. Det vil imidlertid være opp til de politiske myndigheter å ta stilling til hva slags støtte barnefamilier skal nyte godt av.

31.5.5 FAMILIEN SOM EN GRUNNLEGGENDE ENHET I SAMFUNNET

De internasjonale menneskerettighetskonvensjonene omtaler familien som den naturlige og grunnleggende enhet i samfunnet, og konvensjonene understreker samtidig familiens behov for beskyttelse. Utvalget har vurdert om en tilsvarende formulering bør inntas i den norske Grunnloven. Også i Norge spiller familien en viktig rolle både for det enkelte familiemedlem, for barns oppfostring og for forståelsen og utviklingen av samfunnet for øvrig. Ulike familiekonstellasjoner er noe som oppstår helt naturlig som følge av menneskenes sameksistens og samhandling. Slik er familien i hovedtrekk uavhengig av de politiske institusjoner, og eksisterer ved siden av det politiske liv.

I dag byr imidlertid ordet «familie» på en del utfordringer som tidligere tider var ukjent med. Mens man før gjerne siktet til «kjernefamilien» eller «storfamilien», er familielivet i dag preget av større mangfold. Flere barn vokser opp med enslige foreldre, med steforeldre, med fosterforeldre eller med adoptivforeldre. Færre foreldre inngår ekteskap, og stadig flere voksne bor alene eller foretrekker å være såkalte «særboere». Samtidig er det nå adgang til å inngå ekteskap mellom personer av samme kjønn, og kvinne i ekteskap med annen kvinne kan være medlem til sin ektefelles barn. De mange ulike familierformer gjør det vanskelig å si hva som er eller bør være en «familie», og utvalget tar heller ikke mål av seg å gi en definisjon av familiebegrepet.

Utvalgets medlemmer, alle unntatt Nordheim-Larsen, mener at familien er en så viktig enhet, både for utviklingen av den enkeltes identitet og for barns oppfostring, at dens stilling som grunnleggende enhet i samfunnet bør fremheves i Grunnloven. Formuleringen i Verdenserklæringen artikkel 16 og SP artikkel 23 om at familien er *den* naturlige og grunnleggende enhet i samfunnet, kan imidlertid i dag virke for bastant. Den ble nok i 1948 og 1966 ansett som selvvinnende, men det vil i dag være mer dekkende å omtale familien som en grunnleggende enhet i samfunnet. Det er dette som bør komme til uttrykk i Grunnloven. En mulig formulering kan da være:

«Familien er en grunnleggende enhet i samfunnet.»

(eller)

«Familien er en grunnleggende enhet i samfunnet og har krav på beskyttelse fra statens myndigheter.»

Utvalgets flertall vil foreslå at den første av disse setningene tas inn som et første punktum til bestemmelsen om familie og ekteskap i Grunnloven. Det vil få frem at familien eksisterer uavhengig av staten og de politiske institusjoner. Regulering av ekteskapsinstitusjonen vil videre fremheves i bestemmelsens annet og tredje punktum, jf. punkt 31.5.2.

At familiens betydning fremheves i Grunnloven, vil ikke medføre noen endring i dagens rettstilstand. Det innebærer for eksempel ikke at familiemedlemmer kan påberope seg denne bestemmelsen for å få større innflytelse over andre familiemedlemmer. Bestemmelsen skal heller ikke være et argument mot at den enkelte bryter ut av familien, enten dette skyldes at man opplever familien som dysfunksjonell, at familiehjemmet er voldelig, eller at man ganske enkelt ikke ønsker å være en del av familien lenger. Dette valget vil alene bero på den enkeltes frie vilje. Hovedbudskapet med bestemmelsen er at staten ikke skal føre en politikk som ser bort fra familien som en grunnleggende enhet i samfunnet.

31.5.6 SÆRMERKNAD FRA KARI NORDHEIM-LARSEN

Utvalgets mindretall, Nordheim-Larsen, mener at det ikke bør nevnes særskilt i Grunnloven at familien er en grunnleggende enhet, jf. punkt 31.5.5:

«Dette medlem er enig med flertallet i at familie er viktig for tilhørighet og barns oppvekst.

Dette medlem ønsker samtidig at det er de individuelle menneskerettighetene som må stå sentralt også i familiesituasjoner. Det er for eksempel det enkelte familiemedlem som har rett til utkomme fra arbeid, lønn og pensjon, ikke familien som kollektiv. Det kan også oppstå situasjoner der den enkelte har behov for at rettigheter ivaretas uten inngripen fra andre familiemedlemmer eller der den enkelte har behov for beskyttelse mot sine familiemedlemmer.

Det er vanskelig å slå fast hva som menes med 'familie'. Familiebegrepet brukes forskjellig i ulike sammenhenger og har vært og er i stadig utvikling. En formulering i Grunnloven om familien som en grunnleggende enhet i en menneskerettighetssammenheng kan virke normativt og støtende på personer som ikke oppfatter seg som del av familiebegrepet.

Når det gjelder omsorg for og oppfostring av barn, er dette tilfredsstillende dekket gjennom utvalgets forslag til bestemmelse om barns rettigheter i § 104 og forslag til grunnlovsfesting av retten til respekt for familieliv i § 102.»

Nordheim-Larsen vil på denne bakgrunn foreslå ny § 103 i Grunnloven om rett til å stifte familie og rett til å inngå ekteskap *uten* en innledende setning om at familien er en grunnleggende enhet i samfunnet.

Utvalgets forslag fremsettes etter dette i tråd med flertallets innstilling.

31.6 *Utvalgets forslag*

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at ny Grunnloven § 103 skal lyde:

«Familien er en grundlæggende Enhed i Samfundet. Enhver, som har opnaaet giftefærdig Alder, har Ret til at stifte Familie, indgaa Ægteskab og opløse Ægteskab i Henhold til nærmere Bestemmelser givne ved Lov. Ægteskab kan kun indgaaes med Ægtefællernes Samtykke og frie Vilje.»

32. Barns rettigheter

32.1 *Innledende bemerkninger*

Siden Henrik Wergeland startet opp med de første barnetogene mot slutten av 1820-årene, har barna spilt en fremtredende rolle ved den årlige feiringen av grunnlovsdagen 17. mai. Deres glede og entusiasme har trolig vært et viktig bidrag til den sterke symboliske og politiske betydningen som Grunnloven har hatt og fortsatt har for nasjonen Norge.

Barna er fremtiden for enhver nasjon. Stadig nye generasjoner vil ta over styringen, verdiskapningen og samfunnsbyggingen i Norge, herunder også forvaltningen av Grunnloven. De mange oppgavene som må løses i fremtiden, krever at fremtidige generasjoner forberedes på disse oppgavene – både gjennom skolegang, gjennom familiens daglige virke og omsorg, gjennom vennskap og konfliktløsning, og i møte med storsamfunnet.

Like viktig som det er å forberede barna på voksenlivet, er det å ta vare på barna med nødvendig omsorg, hensynsfullhet og respekt. Barn har andre behov enn voksne, og de er mer sårbare. For at de skal utvikle seg både fysisk og mentalt, må forholdene legges til rette for dette. Barn har behov for både beskyttelse, omsorg og opplæring for å trives og for å utvikle seg. Gode oppvekstvilkår vil gjøre at barna er bedre rustet til å ta over de voksnes arbeidsoppgaver i samfunnet og samtidig sette dem i stand til å vise egne barn den nødvendige omsorg, hensynsfullhet og respekt.

Et kjennetegn ved de fleste sentrale menneskerettigheter er at de gjelder alle mennesker, også barn. Barn har i likhet med voksne rett til liv, rett til ytringsfrihet, rett til å møtes i forsamlinger og å danne foreninger, rett til ikke å bli utsatt for usaklig forskjellsbehandling, rett til nødvendig helsehjelp og rett til å delta i det kulturelle liv. De er i samme grad beskyttet mot slaveri og tortur, mot vilkårlig frihetsberøvelse og mot tilbakevirkende lover, og de har så langt det er mulig, de samme sivilprosessuelle og straffeprosessuelle rettigheter. På enkelte punkter vil barns rettigheter likevel være begrenset. Dette gjel-

der særlig deres deltakelse i demokratiske beslutningsprosesser, hvor rett til å stemme og rett til å stille til valg begrenses av alder.

At barn i hovedsak er i besittelse av de samme sentrale menneskerettigheter som voksne, får likevel ikke frem det poeng at barn er særlig sårbare og har særlige behov. Dette reiser spørsmål om det ved siden av de øvrige menneskerettighetsbestemmelsene bør inntas en egen bestemmelse til vern om barns rettigheter i Grunnloven.

Det kan særlig reises spørsmål om de generelle prinsipper som er fremhevet i FNs barnekonvensjon fra 1989, bør komme til uttrykk i Grunnloven. Dette er prinsippet om barns medbestemmelsesrett, prinsippet om barnets beste, ikke-diskrimineringsprinsippet og prinsippet om barnets rett til liv og utdanning. Dernest kan det reises spørsmål om en eventuell grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter bør uttrykke barnets behov for og rett til beskyttelse mot vold, mishandling, seksuell utnyttelse og lignende angrep på den personlige integritet. Og til sist kan det reises spørsmål om en slik grunnlovsbestemmelse bør uttrykke en plikt for statens myndigheter til særlig tilrettelegging for barnets utvikling, herunder et tilrettelagt helsetilbud for barn, økonomiske tiltak for å sikre sosial trygghet for barn og barnefamilier, samt barnets rett til å vokse opp med sin egen familie. Barns rett til utdanning er behandlet i et eget kapittel, se kapittel 37.

32.2 *Dagens rettstilstand*

I dagens Grunnlov er barn kun direkte omtalt i den nye ytringsfrihetsbestemmelsen i § 100 fjerde ledd. Bestemmelsen slår fast at det kan gjøres innskrenkninger i den formelle ytringsfriheten, dvs. forhåndssensur av ytringer, dersom dette er nødvendig for å beskytte barn og unge mot skadelig påvirkning fra levende bilder. Bestemmelsen forutsetter dermed at barn i utgangspunktet fritt og på lik linje med voksne har rett til å motta ytringer uten at disse sensureres av statens myndigheter eller andre. Ytringsfrihet er for øvrig nærmere omtalt i kapittel 28.

Videre fremkommer det av Grunnloven § 50 at stemmeberettigede ved stortingsvalg er de norske borgere som fyller 18 år i løpet av valgåret. Retten til å stemme ved stortingsvalg begrenses på den måten uttrykkelig til ikke å omfatte barn. Tilsvarende begrensning finnes for retten til å stille til valg, jf. valgloven § 3-1. Stemmerett og retten til å stille til valg er for øvrig nærmere omtalt i kapittel 42.

De øvrige grunnlovsbestemmelser til vern om menneskerettigheter vil også omfatte barns rettigheter, selv om dette ikke eksplisitt er presisert. Det er for eksempel åpenbart at lovskravet i strafferetten (§ 96), det generelle tilbakevirkningsforbudet (§ 97)

og ekspropriasjonserstatningsvernet (§ 105) også gjelder for barn.²⁴⁶

Ved siden av Grunnloven er barns rettigheter behandlet og kommentert flere steder i lovverket. I første omgang er barns rettigheter regulert i barnekonvensjonen, inntatt i menneskerettsloven av 1999, se mer om denne i punkt 32.3. Det er videre opprettet et eget barneombud i Norge med det formål å bidra til å fremme barns interesser i samfunnet. En av barneombudets oppgaver er å følge med på om norsk rett og forvaltningspraksis er i overensstemmelse med barnekonvensjonen, jf. lov av 6. mars 1981 nr. 5 om barneombud. For øvrig er barn og barns rettigheter omtalt i en rekke særlover, hvorav enkelte omtales kort nedenfor:

Barnelova av 8. april 1981 nr. 7 slår fast enkelte prinsipper om barns rettigheter i Norge. Lovens § 48 knesetter bl.a. prinsippet om barnets beste i saker vedrørende foreldreansvar, bosted og samvær. I henhold til lovens § 31 skal barnet høres i saker av betydning for barnet selv, og når barnet er 12 år, skal det legges stor vekt på barnets personlige mening. Lovens § 33 slår fast at foreldrene skal gi barnet stadig større selvråderett i takt med alder og modenhet, og lovens § 32 setter en aldergrense på 15 år for fritt å melde seg inn eller ut av foreninger og til videre valg av utdanning.

Prinsippet om barnets beste er også nedfelt i barnevernloven av 17. juli 1992 nr. 100 § 4-1 og i utlendingsloven av 15. mai 2008 nr. 35 § 38 tredje ledd. Både barnevernloven og utlendingsloven har i tillegg bestemmelser om barnets rett til å bo eller tilbringe tid sammen med sine foreldre.

Videre er barnets rett til medbestemmelse og barnets selvråderett fremhevet i bl.a. pasientrettighetsloven av 2. juli 1999 nr. 63 § 3-4. Her fremgår det for eksempel at barn over 12 år kan reservere seg mot at foreldre informeres om barnets helsetilstand dersom barnet har «grunner som bør respekteres». Når barnet er over 16 år, har foreldre bare krav på slik informasjon om barnets helsetilstand som er nødvendig for å ivareta foreldreansvaret. Lovens kapittel 6 inneholder i tillegg særlige rettigheter for barn til nødvendig helsehjelp, samt rett til undervisning og kontakt med foreldre under opphold i helseinstitusjon.

Tilsvarende gir opplæringslova av 17. juli 1998 nr. 61 barn og unge rett til grunnskoleopplæring (§ 2-1) og til videregående opplæring (§ 3-1), samt uttale-rett og deltakelsesrett i skolen og rett til et godt fysisk og psykososialt miljø (lovens kapittel 9a).

I plan- og bygningsloven av 27. juni 2008 nr. 71 § 5-1 annet ledd er særlig fremhevet at kommunene skal legge til rett for barn og unges medvirkning i planleggingsprosessen. I tillegg slår lovens § 1-1 femte ledd fast at man i planleggingen skal ta hensyn til barn og unges oppvekstvilkår.

I markedsføringsloven av 9. januar 2009 nr. 2 § 19 er det presisert at barn er spesielt sårbare, og i henhold til lovens §§ 20-21 er barn særlig beskyttet mot markedsføringstiltak.

Til sist bør nevnes at straffeloven av 1902 beskytter barn mot vold, mishandling, seksuell utnyttelse mv. Det er imidlertid et fåtall av straffelovens bestemmelser som eksplisitt omhandler forbrytelser mot barn. I første rekke er det bestemmelser i sedelighetskapitlet som omtaler barn uttrykkelig, ved å fastsette straff for seksuell omgang med barn under 14 eller 16 år, jf. §§ 195-196. I straffeloven av 2005 kapittel 16 er barn særlig omtalt i forbindelse med folkemord og krigsforbrytelser. I tillegg setter straffeloven av 2005 § 261 straff for omsorgsunndragelse, og § 284 setter straff for kjønnslemlestelse og unnlatelse av å rapportere om kjønnslemlestelse. Den kriminelle lavalder er satt til 15 år.

32.3 Internasjonalt menneskerettighetsvern

Som et utgangspunkt gjelder menneskerettighetsbestemmelsene i de internasjonale konvensjonene også barn. I tillegg er barns rettigheter særlig regulert i FNs barnekonvensjon av 1989, i ØSK artikkel 10 nr. 3 og artikkel 12 nr. 2 bokstav a, i SP artikkel 6 nr. 5 og artikkel 24, i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav d, samt i ILO-konvensjon nr. 138 (minstealder for sysselsetting) og nr. 182 (forbud mot de alvorligste former for barnearbeid).

I henhold til barnekonvensjonen artikkel 1 er barn definert som personer under 18 år. En nærmere oversikt over barnekonvensjonens bestemmelser er bl.a. gitt i Innst. O. nr. 92 (2002–2003). Barnekonvensjonen overvåkes av FNs barnekomité.

De sentrale hovedtrekkene i konvensjonsvernet for barn er i første omgang å finne i *de generelle prinsippene* om ivaretagelse av barns rettigheter. Dette er som nevnt prinsippet om barnets beste, prinsippet om barns medbestemmelsesrett, ikke-diskrimineringsprinsippet og prinsippet om barnets rett til liv og utdanning. Disse prinsippene danner det videre utgangspunkt for de konkrete bestemmelsene om barns rettigheter i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. Prinsippet om barnets beste er særlig slått fast i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Bestemmelsen lyder som følger:

«In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall

²⁴⁶ Når det gjelder religionsfrihet i dagens § 2, vil det være mulig å begrense mindre barns *utøvelse* av religion. Dette vil fortsatt være mulig gjennom utvalgets forslag til generell begrensningshjemmel. Barnets *tanke* omkring religion og livssyn kan det imidlertid ikke gjøres begrensninger i.

be a primary consideration. (Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.)»²⁴⁷

I tillegg slår barnekonvensjonen artikkel 18 nr. 1 fast at barnets beste skal komme i første rekke for foreldrene, og artikkel 21 slår fast at ved adopsjon og utforming av adopsjonsregler skal prinsippet om barnets beste ivaretas. Norge har imidlertid reservert seg mot SP artikkel 10 nr. 2 (b), der det heter at ungdom i fengsler skal holdes atskilt fra voksne fanger.

Videre er ikke-diskrimineringsprinsippet slått fast i barnekonvensjonen artikkel 2 og i SP artikkel 24. Prinsippet om barns medbestemmelsesrett er i hovedsak nedfelt i barnekonvensjonen artikkel 12 og 13, og prinsippet om barnets rett til liv og utdanning er i hovedsak nedfelt i barnekonvensjonen artikkel 6, 23, 28–29, samt SP artikkel 6 nr. 5.

Utover de generelle prinsippene kan det konkrete konvensjonsvernet for barn i hovedtrekk deles inn i kategoriene deltakelse, beskyttelse og tilrettelegging for barn. De konkrete bestemmelser i konvensjonene om barnets rett til *deltakelse* («participation») omfatter deltakelse og medbestemmelse i beslutninger som angår eller berører barnet selv, samt deltakelse i demokratiske beslutningsprosesser generelt. Barnets rett til deltakelse og medbestemmelse i beslutninger som angår barnet selv, er særlig fremhevet i barnekonvensjonen artikkel 12. I tillegg gis barnet rett til å påvirke demokratiske beslutningsprosesser gjennom bl.a. ytringsfrihet og forenings- og samlingsfrihet, jf. barnekonvensjonen artikkel 13 og artikkel 15.

Videre finner man konkrete bestemmelser i konvensjonene om barnets rett til særlig *beskyttelse* («protection») mot en rekke handlinger. Dette gjelder bl.a. beskyttelse mot barnebortføring (barnekonvensjonen artikkel 11), mot ulovlig innblanding i privatlivet (barnekonvensjonen artikkel 16), mot fysisk og psykisk vold, mishandling mv. (barnekonvensjonen artikkel 19), mot økonomisk utbytting og barnearbeid (barnekonvensjonen artikkel 32), mot seksuell utnyttelse (barnekonvensjonen artikkel 34 og tilleggsprotokoll til barnekonvensjonen om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi av 25. mai 2000) og mot rekruttering til væpnede styrker (tilleggsprotokoll til barnekonvensjonen om barn i væpnet konflikt av 25. mai 2000).

Til sist finnes en rekke bestemmelser i konvensjonene om særlig *tilrettelegging* («provision») for barn. Bestemmelsene tar sikte på å sikre at barnet får tilstrekkelig omsorg og oppnår en tilstrekkelig helsestandard og levestandard, slik at det kan utvikle seg på best mulig måte. Denne tilretteleggingsplikten

omfatter særlig barnets rett til liv (barnekonvensjonen artikkel 6 og SP artikkel 6 nr. 5), et godt utdanningstilbud (barnekonvensjonen artikkel 28–29) og et godt helsetilbud (barnekonvensjonen artikkel 24).

Tilretteleggingsplikten utdypes gjennom bestemmelser som skal sikre at barnet får mulighet til å leve et *verdige* liv. Det påligger bl.a. konvensjonsstatene en særlig forpliktelse overfor barn med funksjonsnedsettelse (barnekonvensjonen artikkel 23). Videre finnes bestemmelser om bl.a. barnets rett til en tilfredsstillende levestandard (barnekonvensjonen artikkel 27), til sosial og økonomisk støtte (barnekonvensjonen artikkel 26), til ikke å bli skilt fra sine foreldre (barnekonvensjonen artikkel 9), til deltakelse i kulturlivet, samt tilstrekkelig hvile og fritid (barnekonvensjonen artikkel 31).

32.4 Andre lands konstitusjoner

Alle våre nordiske naboland omtaler barn i sine konstitusjoner, men i Danmark er det kun retten til utdanning som er nedfelt i konstitusjonen, se nærmere om utdanning i kapittel 38.

Foruten i tilknytning til retten til utdanning er det først og fremst Finland og Island som eksplisitt omtaler barn i sine konstitusjoner.

I den *finske* konstitusjonen er barn særskilt omtalt i 6 §. Bestemmelsen omhandler likhetsprinsippet og innleder kapitlet om grunnleggende fri- og rettigheter i den finske konstitusjonen. Av bestemmelsens tredje ledd følger det at barn er likeverdige individer, og at de har rett til medinnflytelse i spørsmål som angår dem selv. Den *finske* Grundlagen 6 § tredje ledd lyder som følger:

«Barn skall bemötas som jämlika individer och de skall ha rätt till medinflytande enligt sin utvecklingsnivå i frågor som gäller dem själva.»

Med denne likhetsbestemmelsen slår den finske Grundlagen indirekte fast at de øvrige rettigheter i kapitlet om menneskerettigheter også gjelder for barn. I tillegg følger det av 19 § om retten til sosial trygghet at denne retten også omfatter retten til trygghet ved tap av forsørger, samt at det offentlige skal sikre barnefamilier økonomisk støtte til oppfostring av barn.

I den *islandske* konstitusjonen finnes en bestemmelse om barns rettigheter i § 76 tredje ledd. Bestemmelsen slår fast at loven skal garantere barnets rett til nødvendig beskyttelse og omsorg. Barns rettigheter er foreslått styrket i forslag til ny islandsk grunnlov § 12, herunder med forslag om å grunnlovsfeste prinsippet om barnets beste og barns medbestemmelsesrett. Dagens § 76 tredje ledd lyder i engelsk oversettelse:

²⁴⁷. Oversettelse til norsk er hentet fra menneskerettsloven.

«For children, the law shall guarantee the protection and care which is necessary for their well-being.»

I øvrige europeiske land er barns rettigheter bl.a. omtalt i den *belgiske* konstitusjonen av 1994. Artikkel 22bis lyder i engelsk oversettelse:

«Each child is entitled to have its moral, physical, mental and sexual integrity respected.

The law, federate law or rule referred to in Article 134 guarantees the protection of this right.»

Videre er barns rettigheter omtalt i den *sveitsiske* konstitusjonen av 1999 artikkel 11. Bestemmelsen lyder i engelsk oversettelse:

«1. Children and young people have the right to special protection of their integrity and to encouragement of their development.

2. They may exercise their rights themselves to the extent of their capacity to discern.»

EUs Charter of fundamental rights har en egen bestemmelse om barns rettigheter i artikkel 24. Bestemmelsen favner både om barnets rett til beskyttelse og omsorg, barnets ytringsfrihet, barnets rett til medbestemmelse, prinsippet om barnets beste og barnets rett til kontakt med sine foreldre. Artikkel 24 lyder som følger:

«1. Children shall have the right to such protection and care as is necessary for their well-being. They may express their views freely. Such views shall be taken into consideration on matters which concern them in accordance with their age and maturity.

2. In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interests must be a primary consideration.

3. Every child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests.»

I tillegg forbys barnarbeid i *EUs Charter of fundamental rights* artikkel 32.

32.5 Utvalgets vurdering

32.5.1 BØR BARNES RETTIGHETER GRUNNLOVSFESTES?

Selv om de generelle menneskerettighetsbestemmelsene også gjelder for barn, er det på det rene at disse ikke fullt ut ivaretar barns særlige behov for beskyttelse, deres behov for gode utviklingsmuligheter og deres medbestemmelse over eget liv. Barns sårbarhet og avhengighet av voksne gjør at de har et annet utgangspunkt enn det som er typisk for de personer som vernes av de generelle menneskerettighetene. En egen bestemmelse om barns rettigheter i

Grunnloven vil kunne være et viktig tilskudd og supplement til de øvrige rettighetsbestemmelsene.

Det bør også tas med i betraktning at moderne konstitusjoner i Europa og EUs Charter of fundamental rights har sett behovet for og betydningen av å verne om barn i særdeleshet. Dette har trolig sammenheng med en større bevissthet om at også barn hører hjemme i menneskerettighetsbildet. Det kan også ha sammenheng med bedre kunnskap om overgrep mot barn og om de langvarige skadevirkninger som kan ramme barn som lever i fattigdom eller som rammes av mishandling, omsorgssvikt e.l.a.

Videre var Norge for eksempel det første land i verden som fikk egen barnelov (1981). Norge var også en sentral aktør i arbeidet frem mot FNs barnekonvensjon i 1989, og i 2004 ble barnekonvensjonen inntatt i norsk rett gjennom menneskerettsloven, med forrang fremfor annen lovgivning.

En grunnlovsbestemmelse til vern om barns rettigheter vil kunne ha en sterk *politisk* og *symbolsk* betydning. Den symbolske betydningen vil først og fremst være at barn synliggjøres i den norske konstitusjonen. Deres tilstedeværelse i samfunnet vil bli tydelig verdsatt og deres barndom vernet om. Den politiske betydningen vil først og fremst vise seg ved at den lovgivende og den utøvende makt vil se hen til en slik grunnlovsbestemmelse når det treffes beslutninger.

I tillegg vil en grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter kunne ha *rettslig* betydning. Hvor stor denne vil være, avhenger litt av hvilke områder som dekkes i Grunnloven, og hvordan disse konkret avgrenses. Den rettslige betydningen av en grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter vil i første omgang være at bestemmelsen vil kunne fungere som et tolkningsmoment ved fortolkningen av annen lovgivning. Både forvaltning og domstoler vil kunne trekke bestemmelsene i Grunnloven inn i vurderingen der det er tvil om hvordan annen lovgivning skal forstås. I praksis vil en grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter ofte måtte forstås slik at rettsanvenderen skal falle ned på det tolkningsalternativ som gir den beste løsning for barnet. Bestemmelsen vil også kunne benyttes som skranke for lovgiver, for eksempel slik at lovgiver ved utforming av lover ikke kan velge å se bort fra barns behov for gode oppvektsvilkår og beskyttelse mot overgrep.

På denne bakgrunn finner utvalget at det bør innføres en egen grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter. En slik bestemmelse bør ikke gjenta de rettigheter som allerede eksisterer, eller som utvalget ellers foreslår inntatt i Grunnloven. En grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter bør særlig fremheve de av barnas behov som ikke dekkes opp av de øvrige menneskerettighetsbestemmelsene.

32.5.2 LIKEVERD OG IKKE-DISKRIMINERING

Et første spørsmål er i hvilken utstrekning en grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter bør uttrykke at barn er likeverdige mennesker, og at de ikke skal utsettes for usaklig forskjellsbehandling. På generelt grunnlag foreslår utvalget at likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet inntas i Grunnloven, jf. kapittel 26. I hvilken utstrekning begge disse prinsippene i tillegg bør komme til uttrykk i en bestemmelse om barn, er i første rekke et spørsmål om det er behov for eksplisitt å presisere at disse prinsippene også gjelder for barn.

En bestemmelse om barns rettigheter som særlig uttrykker deres likeverd, vil bygge opp under det forhold at de øvrige menneskerettigheter faktisk også gjelder for barn, med mindre annet er presisert særskilt.²⁴⁸ Slik vil en formulering av barns likeverd eller menneskeverd understreke og tydeliggjøre at de øvrige menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven også gjelder for barn. Samtidig vil en formulering om barns likeverd eller menneskeverd få frem at barn har det samme menneskeverdet som voksne, og at de har krav på å bli behandlet i tråd med dette.

I den finske konstitusjonen er det fremhevet at barn skal møtes som likeverdige individer. En slik formulering får frem barns likeverd, samt deres individualitet. Det individuelle aspektet viser til at barn ikke skal behandles som en gruppe individer, men som enkeltstående personer med sin egen personlighet, egne evner, følelser og behov. En tilsvarende formulering i den norske Grunnloven kan være:

«Barn skal møtes som likeverdige individer.»

Andre mulige formuleringer kan være:

«Barn skal møtes med respekt.»

(eller)

«Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd.»

Etter utvalgets oppfatning bør en grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter inneholde en slik innledende formulering, og utvalget finner at det siste av disse alternativene er å foretrekke. Formuleringen «barn har krav på respekt for sitt menneskeverd» går til kjernen av det en slik innledende formulering er ment å signalisere, nemlig at barn ikke har mindre verdi enn voksne.

^{248.} Slik presisering vil for eksempel være gjort i Grunnloven § 50 om stemmerett og Grunnloven § 100 om innskrenkninger i retten til å motta ytringer. For øvrig vil også en generell begrensningshjemmel i Grunnloven kunne benyttes på en slik måte at de konkrete avveiningene fortoner seg annerledes dersom barn er involvert.

En slik innledende formulering til en grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter vil i stor grad måtte forstås som en fanebestemmelse, slik også Grunnloven § 100 første ledd («Ytringsfrihed bør finde sted») er en generell fanebestemmelse som slår fast det grunnleggende utgangspunkt. En fanebestemmelse om barns likeverd og menneskeverd vil samtidig ha den rettslige betydning at den slår fast at de øvrige menneskerettighetsbestemmelsene også gjelder for barn. En slik innledende fanebestemmelse kan imidlertid ikke trekkes så langt at barn skal behandles som voksne og ha de samme muligheter som voksne. Formålet med en egen grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter er nettopp å få frem barns særlige behov. Formuleringen vil i stedet ta sikte på barnas rett til å bli behandlet med samme menneskeverd som voksne, og derigjennom nyte godt av de samme grunnleggende menneskerettigheter.

I forlengelsen av en slik fanebestemmelse kan det fremheves at barn ikke skal utsettes for diskriminering. Et slikt ikke-diskrimineringsprinsipp innebærer at barn verken skal diskrimineres i forhold til voksne eller i forhold til andre barn. En slik ikke-diskrimineringsbestemmelse vil imidlertid ikke uttrykke mer eller favne videre enn en generell ikke-diskrimineringsbestemmelse i Grunnloven lest i sammenheng med en fanebestemmelse om respekten for barns menneskeverd.

Utvalget finner derfor at så lenge respekten for barns menneskeverd skrives inn i Grunnloven, og det samtidig inntas en generell ikke-diskrimineringsbestemmelse, vil det være overflødig å skrive inn ikke-diskrimineringsprinsippet i en bestemmelse særskilt myntet på barns rettigheter.

35.5.3 MEDBESTEMMELSE

I forbindelse med inkorporeringen av barnekonvensjonen i norsk rett foreslo Justisdepartementet endringer i flere lover for å konkretisere barn og unges medbestemmelserett. Forslagene ble bl.a. fremmet for å bringe den øvrige lovgivningen i overensstemmelse med barnekonvensjonen artikkel 12. Forslagene fikk tilslutning fra Stortingets justiskomité, som i tillegg kom med følgende uttalelse om barns medbestemmelserett:

«Komiteen mener det er viktig og nødvendig at prinsippet om barns medbestemmelse i Barnekonvensjonen artikkel 12 konkretiseres og synliggjøres i annen norsk lovgivning. Dette for å sikre at barns rett til medbestemmelse blir en realitet for barn i Norge. Komiteen vil særlig påpeke barns behov for medbestemmelse i barnehage og skole, og ber regjeringen påse at dette er en realitet for barn i dag.»²⁴⁹

^{249.} Se Innst. O. nr. 92 (2002–2003), punkt 5.1.

På den ene side gir prinsippet om barns rett til medbestemmelse uttrykk for barnets menneskeverd og autonomi, ved at barnet har rett til å bli hørt og til å øve innflytelse på de beslutninger som angår barnet selv. På den annen side vil barnets rett til medbestemmelse være et ledd i en opplærings- og utviklingsprosess, der barnet over tid skal settes i stand til å ta styringen over eget liv og treffe egne beslutninger. Barnets rett til medbestemmelse vil dermed være et bidrag til å opprettholde barnets menneskeverd, samt være en forutsetning for barnets mulighet, nå og senere, til å ta del i samfunnet og i demokratiske beslutningsprosesser.

Barn og unges medbestemmelsesrett er samtidig en rettighet som ikke så lett lar seg utlede av de øvrige menneskerettighetene. Selv om menneskerettigheter gjelder for alle, er barns rett til medbestemmelse ikke gjenspeilet i de øvrige rettighetene. Dette tilsier at barns medbestemmelsesrett eksplisitt bør komme til uttrykk i Grunnloven ved siden av de øvrige rettighetene. En grunnlovsbestemmelse om barns medbestemmelse vil samtidig kunne virkeliggjøre Justiskomiteens forutsetning om at barns medbestemmelse skal være en realitet i Norge. Bestemmelsen vil særlig kunne benyttes som et tolkningsmoment ved fortolkningen av annen lovgivning.

Formuleringer av barns medbestemmelsesrett kan ta utgangspunkt i barnets rett til å bli hørt og barnets rett til å øve innflytelse på de beslutninger som gjelder barnet selv. Den innflytelsen barnet har over beslutningene, vil deretter måtte avhenge av barnets alder og utvikling. Ungdom som nærmer seg 18 år, skal normalt ha større innflytelse på beslutninger enn for eksempel 7-åringene. Det er imidlertid viktig å være klar over at det kan være store personlige variasjoner i barns modenhet, og barnets rett til medbestemmelse må med nødvendighet variere alt etter hvilke type beslutninger det er tale om.

Utvalget finner at en grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter bør inkludere en formulering om at barn har rett til å bli hørt, og at de bør ha rett til å øve innflytelse på beslutninger som gjelder dem selv.

Mulige grunnlovsformuleringer kan være:

«Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i samsvar med deres alder og utvikling.»

(eller)

«Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De skal høres i spørsmål som gjelder dem selv, og de har rett til å øve innflytelse på avgjørelsen i samsvar med alder og utvikling.»

(eller)

«Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til medinnflytelse i samsvar med utviklingsnivå i spørsmål som angår dem selv.»

Det siste av disse alternativene tilsvarende i all hovedsak den formuleringen som finnes i den finske Grundlagen 6 § tredje ledd.

Som et alternativ kan barns rett til medbestemmelse formuleres som en plikt for statens myndigheter til å legge forholdene til rette for dette, for eksempel slik:

«Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for barns deltakelse og medbestemmelse i spørsmål som angår dem selv.»

En slik formulering vil imidlertid ikke gi uttrykk for barnets rettigheter på dette området. Formuleringen vil også være en annen enn den som fremkommer av barnekonvensjonen og annen ordinær lovgivning.

For øvrig innebærer de alternative forslagene at det bare er i saker som «gjelder» eller «angår» barnet at barnet har rett til medbestemmelse. Dette er for å tydeliggjøre at barn ikke har rett til å bli hørt eller har rett til medbestemmelse i saker hvor de *kan* være berørt, men som primært omhandler andre personer.

Utvalget finner at det første av disse alternativene best gir uttrykk for barns rettigheter på dette området. Der heter det at barn «har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i samsvar med deres alder og utvikling». Første del av formuleringen gir barnet rett til å ytre seg i saker som gjelder barnet selv, og det pålegger både offentlige myndigheter, foreldre og andre private personer en plikt til å lytte. Overfor private vil en slik plikt være vanskelig å håndheve, men for offentlige myndigheter innebærer dette at det ikke kan treffes vedtak eller beslutninger i saker som gjelder barn, uten at barnet er blitt hørt. Barnets rett til å bli hørt er på den annen side ment å være en individuell rettighet. Den er ikke ment som en kollektiv rettighet, der barn som gruppe har rett til å bli hørt dersom det offentlige beslutninger også berører dem som gruppe. Det bør imidlertid tas hensyn også til det en gruppe av barn måtte mene i en bestemt sak som berører denne gruppen særskilt.

Andre del av formuleringen tar sikte på de situasjoner der vedtak eller beslutninger treffes. I vurderingen av hvordan det endelige vedtak eller beslutning skal se ut, skal man ha tillagt barnets mening betydning, men den vekten som barnets mening tillegges, vil måtte avhenge av barnets alder og utviklingsnivå. Her må det selvsagt også tas i betraktning hvilken type sak man står overfor.

32.5.4 DET BESTE FOR BARNET

Et av de mest sentrale rettslige prinsipper som omhandler barn, er prinsippet om barnets beste. I sin kjerne innebærer prinsippet at beslutninger som treffes av offentlige myndigheter eller private, skal legge vekt på hva som er best for barnet. Prinsippet kan således forstås i en naturlig forlengelse av barnets rett til medbestemmelse, der barnets mening skal tillegges vekt. Samtidig skal også hensynet til barnets beste tillegges vekt, enten dette samsvarer med barnets egen oppfatning eller ikke.

I barnekonvensjonen artikkel 3 og i EUs Charter of fundamental rights artikkel 24 skal prinsippet om barnets beste være «a primary consideration» når beslutninger treffes. Tilsvarende går frem av barne-lova § 48, der det heter at i avgjørelser om foreldre-ansvar, bosted og samvær skal det «først og fremst» tas hensyn til det som er best for barnet.

Prinsippet om at beslutninger som angår barn, skal ta hensyn til det beste for barnet, er imidlertid et prinsipp som strekker seg utover foreldreansvar, bosted og samvær. I norsk rett finner man prinsippet igjen i både barnevernloven, utlendingsloven og i universell form i barnekonvensjonen artikkel 3. Gjennom Grunnloven vil det være mulig å synliggjøre dette prinsippet på generelt grunnlag, uten at rettstilstanden dermed endres.

Utvalget finner på denne bakgrunn at prinsippet om barnets beste bør inntas i en grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter.

Det må i den forbindelse presiseres at den vekten som skal legges på barnets interesser, vil variere alt etter hvor sterkt berørt barnet er, og hvor alvorlig beslutningen er for barnet. I saker angående foreldreansvar, bosted og samvær bør barnets interesser veie tungt, slik det fremkommer av barne-lova § 48. I andre saker, hvor barnet er mindre berørt, kan man tenke seg at man også legger vekt på andre av sakens sentrale faktorer. Prinsippet om barnets beste vil således bære i seg en forholdsmessighetsvurdering, der barnets interesser veier tyngre desto mer alvorlig beslutningen er for barnet. En formulering om barnets beste bør derfor få frem at prinsippet er av stor betydning, men likevel ikke alltid det avgjørende hensyn.

Mulige formuleringer av prinsippet om barnets beste kan være:

«Beslutninger som gjelder barn, skal ivareta hensynet til barnets beste.»

(eller)

«Beslutninger som gjelder barn, skal ivareta barnets interesser.»

(eller)

«Avgjørelser skal treffes i samsvar med hensynet til barnets beste.»

(eller)

«Ved avgjørelser som berører barn, skal hensynet til barnets interesser være ivaretatt.»

(eller)

«Ved avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»

De to siste forslagene benytter uttrykket «berører barn» i kombinasjon med at barnets beste skal være «et grunnleggende hensyn» eller at «barnets interesser» skal ivaretas. Formuleringene tar sikte på at hensynet til barnet skal spille inn i vurderingen når barn er berørt av en avgjørelse, men deres interesser vil ikke nødvendigvis være avgjørende for beslutningen.

I de to første formuleringene «skal» barnets beste ivaretas i den endelige avgjørelsen, og ikke bare være et viktig moment ved vurderingen. Her er imidlertid sakstypene snevret inn, ved at det bare er i saker «som gjelder barn» at barnets beste skal være avgjørende for beslutningen. Det er i så måte ment å være en forskjell på uttrykket «gjelder» og uttrykket «berører». I forbindelse med barnets rett til medbestemmelse ble uttrykket «gjelder» benyttet for å vise at barn ikke har medbestemmelse i alle saker hvor de er berørt.

Utvalget finner at den siste av disse formuleringene på en enkel og lettfattelig måte fanger opp dagens rettstilstand på området. Her heter det at ved «avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Formuleringen minner også om de formuleringene som er benyttet i barnekonvensjonen artikkel 3 og EUs Charter. Dette gjør at praksis relatert til disse bestemmelsene, i likhet med tidligere norsk praksis på området, vil være nyttige bidrag til fortolkningen av en grunnlovsbestemmelse om barnets beste.

32.5.5 BESKYTTELSE AV BARNETS PERSONLIGE INTEGRITET

Barns sårbarhet og avhengighet av voksenpersoner gjør dem særlig utsatt for bl.a. utnyttelse, vold, mishandling og omsorgssvikt. En rekke av barnekonvensjonens bestemmelser er derfor rettet inn mot statenes plikt til å beskytte barn mot ulike angrep mot privatliv og personlige integritet.

Barns sårbarhet og særlige behov for beskyttelse gjenspeiles ikke i de generelle menneskerettighetene. Dette reiser spørsmål om en eventuell bestemmelse i Grunnloven om barns rettigheter bør gi uttrykk for barns rett til beskyttelse. En grunnlovsbestemmelse til beskyttelse av barns personlige integritet vil i utgangspunktet ikke endre dagens rettstilstand. I dag

er barnets personlige integritet vernet gjennom straffelovens bestemmelser og barnelova § 30 tredje ledd. I tillegg foreslår utvalget i punkt 30.6.6.2 foran at det bør grunnlovsfestes en generell plikt for statens myndigheter å sikre alles personlige integritet.

Det er likevel på det rene at det med tiden kan utvikle seg nye måter å angripe barns personlige integritet på: Internett har for eksempel ledet til økt fare for eksponering også av barn, en fare som var ukjent for bare et par tiår siden. Det kan også komme ny kunnskap om eller økt oppmerksomhet omkring nye måter å utnytte barn på, for eksempel kunnskap om barnarbeid og verving av barnesoldater i andre deler av verden.

I praksis kan lovskravet og tilbakevirkningsforbudet i strafferetten være til hinder for straffeforfølgning av andre og nye former for utnyttelse av barn før det kommer på plass en lovgivning som uttrykkelig forbyr slik utnyttelse. Dette gjør det desto viktigere å sende et kraftfullt signal om at utnyttelse av barn eller angrep på barnets personlige integritet er uakseptabelt, uavhengig av om lovgiver har fått mulighet til å oppdatere straffelovgivningen på området. Selv om handlingene ikke kan straffeforfølges uten klar og presis lovhjemmel på gjerningstidspunktet, vil en bestemmelse i Grunnloven kunne benyttes som et tolkningsmoment ved fortolkningen av allerede eksisterende lovgivning. En slik grunnlovsbestemmelse vil være et sterkt politisk og rettslig signal om at lovgiver setter beskyttelsen av barns personlige integritet høyt.

Formuleringene av en eventuell grunnlovsbestemmelse kan enten ta utgangspunkt i barnets rett til vern om sin personlige integritet eller i statens plikt til å verne barnet mot angrep på den personlige integritet. Et tredje alternativ er å formulere bestemmelsen slik at beskyttelsen av barn skal følges opp gjennom ordinær lovgivning.

Mulige formuleringer kan være:

«Barn har rett til vern om sin personlige integritet.»

(eller)

«Det påligger statens myndigheter å iverksette tiltak for å beskytte barnets personlige integritet, [herunder beskyttelse mot vold, mishandling, seksuell utnyttelse og andre liknende forhold som kan skade barnet.]»

(eller)

«Nærmere bestemmelser om barnets særlig behov for beskyttelse mot vold, mishandling, seksuell utnyttelse og andre liknende forhold [som kan skade barnet eller barnets fysiske og mentale utvikling], fastsettes ved lov.»

Utvalget finner at en grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter bør inneholde en bestemmelse til vern om barnets personlige integritet. Etter utvalgets oppfatning vil den første av disse alternative formuleringene være den beste, og da i den korte varianten hvor det slås fast at «barn har rett til vern om sin personlige integritet». Formuleringen er enkel og lettfattelig, og utvalget finner ikke at det er nødvendig å eksemplifisere hva som menes med «sin personlige integritet» i grunnlovsbestemmelsen. Det vil være innlysende at vernet om den personlige integritet omfatter rett til beskyttelse mot alvorlige integritetskrenkelser som vold, mishandling og seksuell utnyttelse. Men også mindre alvorlige inngrep i den personlige integritet kan være omfattet, for eksempel utidig og unødvendig innblanding i barnets privatliv. I all hovedsak vil de mindre inngripende forholdene imidlertid være regulert av en grunnlovsbestemmelse om retten til respekt for privatliv.

Barnets rett til vern om sin personlige integritet gjelder uavhengig av hvor barnet bor, eller hvor barnet har sitt opphold. Dette innebærer at barnets personlige integritet skal ivaretas enten barnet bor med sin familie eller oppholder seg i for eksempel fosterhjem, barnehjem eller fengsel.

Uttrykket «rett til vern» peker på at statens myndigheter har plikt til å sørge for et regelverk og for håndhevelse av et regelverk som på best mulig måte kan verne barnet fra utnyttelse, vold og mishandling. Private personer vil imidlertid ikke være pliktsubjekt etter denne formuleringen. Dersom det skal pålegges private en plikt til å verne om barns personlige integritet, bør dette skje gjennom ordinær lovgivning. Grunnlovsformuleringen kan imidlertid benyttes som et tolkningsmoment ved fortolkningen av annen lovgivning, også lovgivning der pliktsubjektet er en privatperson.

Retten til vern om den personlige integritet er en formulering som gir barnet en individuell rettighet. Utvalget foreslår dermed en sterkere formulering for barns rett til vern om sin personlige integritet enn det som foreslås generelt i utvalgets forslag til ny Grunnloven § 102, jf. punkt 30.6.6.2. Dette har sammenheng med at barn er særlig sårbare, og at de i større utstrekning enn myndige personer trenger myndighetenes hjelp for å beskytte sin personlige integritet. I sin ytterste konsekvens vil en individuell rettighet for barnet åpne for at det kan gå til søksmål mot statens myndigheter med krav om bedre beskyttelse enn det har fått tilbud om i dag. Så lenge myndighetene har et regelverk, slik som i dag, og så lenge dette regelverket håndheves, vil slike søksmål normalt ikke kunne føre frem. Det er imidlertid i de tilfeller hvor myndighetene er klar over barnets forhold og overhodet ikke iverksetter tiltak for å beskytte barnet, at barnet eller noen på vegne av barnet kan kreve bedre beskyttelse.

Det er i så fall dette en mulig dom mot statens myndigheter kan gå ut på. Formuleringen er fortrinnsvis ikke ment som et erstatningsrettslig ansvarsgrunnlag for personer som i voksen alder mener seg forsømt i barndommen. Et mulig erstatningskrav må primært utledes av de alminnelige erstatningsrettslige regler.

32.5.6 TILRETTELEGGING FOR BARNES UTVIKLING OG KONTAKT MED FORELDRE

I barnekonvensjonen har konvensjonspartene forpliktet seg til å legge forholdene til rette for at barnet får utvikle seg på en god måte. Dette skal bl.a. skje gjennom opplæring og utdanning, helsetjenester, gode oppvekstvilkår, økonomisk og sosial trygghet, samt omsorg og tilhørighet i familien.

Statenes plikt til å sørge for gode oppvekstvilkår for barn er ikke gjenspeilet i de øvrige menneskerettighetene. Dette tilsier at denne plikten kommer til uttrykk i Grunnloven ved siden av de øvrige menneskerettighetene. Et motargument vil være at en slik plikt for staten vil måtte formuleres på en forsiktig måte. Dette skyldes at plikten for statens myndigheter vanskelig kan strekke seg lengre enn til å legge forholdene til rette for barnets utvikling og dets mulighet til gode oppvekstvilkår. En lang rekke andre faktorer, som for eksempel genetikk, foreldre, bosted, ulykker mv., vil ha betydning for barnets utvikling og oppvekstvilkår. Dernest vil barnets rett til å vokse opp sammen med sin familie i noen grad være begrenset. For eksempel kan barnets beste tilsi at barnet midlertidig eller permanent flytter inn i en annen familie eller til en barnehjemsinstitusjon.

Mulige formuleringer kan være:

«Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie.»

(eller)

«Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for barnets utvikling og for at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet.»

En annen mulighet er å slå sammen statens plikt til å verne barnets personlige integritet med en plikt til å sikre barnets utvikling, eventuelt også kontakt med egne foreldre. Dette vil nedtone statens plikter og i mindre utstrekning åpne for domstolskontroll. Mulige formuleringer kan være:

«Det påligger statens myndigheter å iverksette tiltak for å beskytte barnets personlige integritet og legge forholdene til rette for barnets utvikling.»

(eller)

«Det påligger statens myndigheter å iverksette tiltak for å beskytte barnets personlige integritet, samt legge forholdene til rette for barnets utvikling og barnets kontakt med egne foreldre.»

(eller)

«Det påligger statens myndigheter å iverksette tiltak for å beskytte barnets personlige integritet, samt legge forholdene til rette for barnets utvikling og mulighet til omsorg fra egen familie.»

Med formuleringen «kontakt med egne foreldre» eller «omsorg fra egen familie» er det ikke ment å ta stilling til hvem «egne foreldre» eller «egen familie» er. Det er likevel på det rene at staten ikke kan være barnets familie. Statens myndigheter kan midlertidig ta vare på barnet dersom det ikke har foreldre som kan ta vare på det, men myndighetene bør søke å få barnet plassert i et hjem som så langt som mulig kan fungere som barnets familie.

Statens plikt til å legge forholdene til rette for barns utvikling er ment å favne om opplæring og utdanning, helsetjenester, gode oppvekstvilkår, økonomisk og sosial trygghet, samt omsorg og tilhørighet i familien. I utgangspunktet vil et eget tillegg om «omsorg fra egen familie» kunne være overflødig: Dersom prinsippet om barnets beste og statens plikt til å legge forholdene til rette for barnets utvikling skrives inn i Grunnloven, vil disse prinsippene måtte leses i sammenheng med utvalgets forslag om rett til privatliv og familieliv, jf. kapittel 30. Ved siden av disse bestemmelsene vil det kanskje være unødvendig å presisere at barnet har rett til å vokse opp i sin familie.

Utvalget foretrekker det første av disse mulige alternativene, dvs. formuleringen om at det «påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie». Denne formuleringen får frem at staten har en plikt til å legge forholdene til rette for barns utvikling, samtidig som den får frem at staten ikke er en garanti for at alle barn får utvikle seg på en god måte. Formuleringen tydeliggjør imidlertid at når det gjelder de ytre rammene som staten særlig kan gjøre noe med, slik som økonomisk, sosial og helsemessig trygghet, får staten et større ansvar for å sikre disse forholdene.

Den innledende delen om tilrettelegging for barnets utvikling i sin helhet er ikke ment å kunne påberopes for domstolene, men er ment som en politisk rettesnor. Den neste delen om en særlig sikring av økonomisk, sosial og helsemessig trygghet vil i større grad kunne prøves for domstolene, jf. uttrykket «sikre». Den avsluttende delen om at barnets utvikling primært skal skje i egen familie, må leses i sammenheng med prinsippet om barnets beste og barnets

medbestemmelsesrett. Bare helt unntaksvise vil domstolene kunne overprøve forvaltningens skjønn i for eksempel barnevernsaker under henvisning til en slik formulering i Grunnloven.

32.5.7 SÆRLIG OM FORBUD MOT BARNEARBEID

På bakgrunn av barnekonvensjonens bestemmelse om forbud mot barnearbeid har utvalget særskilt vurdert om det bør inntas et generelt forbud mot barnearbeid i Grunnloven. Utvalget ser det imidlertid slik at forbud mot barnearbeid vil bli tilstrekkelig dekket av utvalgets forslag til forbud mot slaveri, retten og plikten til grunnutdanning og vern om barns personlige integritet.

De mest graverende former for barnearbeid, som for eksempel barneprostitusjon, vil være dekket av forslaget til forbud mot slaveri i Grunnloven, jf. kapittel 21. Dernest vil retten og plikten til grunnskoleutdanning innebære at barn i grunnskolealder skal være på skole og ikke i arbeid i skoletiden, jf. kapittel 37. Det er i den forbindelse heller ikke adgang til å nekte eller forsøke å hindre et barn i å delta i undervisning eller utføre pålagt skolearbeid i hjemmet. Samtidig vil en eventuell egen bestemmelse om barns medbestemmelsesrett i henhold til alder og utvikling, samt eventuell grunnlovsfesting av prinsippet om barnets beste og vern om barns personlige integritet, innebære at mindre barn ikke kan settes i arbeid, og at større barn kun kan settes i arbeid etter eget ønske. Disse bestemmelsene vil ikke være til hinder for at en 16-åring etter eget ønske for eksempel går med ettermiddagsavisen for å tjene noen ekstra kroner. Bestemmelsene vil imidlertid være til hinder for arbeidet får et slikt omfang at det går utover 16-åringens plikt til å være på skolen og til å utføre pålagt skolearbeid i hjemmet.

Samlet vil utvalgets tre grunnlovsforslag (forbud mot slaveri, retten og plikten til grunnskoleutdanning og egen bestemmelse om medbestemmelse, barnets beste og vern om barnets personlige integritet) utgjøre et forbud mot at barn utnyttes gjennom barnearbeid. Utvalget finner dette vernet tilstrekkelig og vil ikke foreslå en egen formulering som forbyr barnearbeid.

Dersom Stortinget ikke ønsker å grunnlovsfeste de øvrige bestemmelsene som utvalget foreslår, bør grunnlovsfesting av forbud mot barnearbeid vurderes inntatt i arbeidsbestemmelsen i Grunnloven § 110.

32.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at ny Grunnloven § 104 skal lyde:

«Børn have Krav paa Respekt for deres Menneskeværd. De have Ret til at blive hørt i Spørgsmaal som gjælde dem selv, og deres Mening skal tillægges

Vægt i Overensstemmelse med deres Alder og Udvikling.

Ved Afgjørelser som berøre Børn, skal Barnets Bedste være et grundlæggende Hensyn.

Børn have Ret til Værn om deres personlige Integritet. Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for Barnets Udvikling, herunder at sikre at Barnet faar den nødvendige økonomiske, sociale og sundhedsmæssige Tryghed, fortrinsvis i egen Familie.»

Se for øvrig særmerknad fra utvalgets medlem Carl I. Hagen, jf. punkt 11.4.2.

33. Eiendomsvern og ekspropriasjons-erstatningsvern

33.1 Innledende bemerkninger

I Europa finnes en lang tradisjon for at eiendomsrettsvern og ekspropriasjons-erstatningsvern er en del av menneskerettighetene. I Norge har dette vernet bl.a. vært sikret gjennom ekspropriasjons-erstatningsvernet i Grunnloven § 105.

Det har vært omdiskutert hvor langt ekspropriasjons-erstatningsvernet strekker seg. Bestemmelsen er samtidig en av de paragrafene i Grunnloven som har vært oftest påberopt for domstolene.

Disse forholdene reiser spørsmål om det bør gjøres endringer i Grunnloven § 105, enten for å styrke eiendomsrettsvernet eller for å presisere nærmere hva det innebærer.

33.2 Dagens rettstilstand

Grunnloven § 105 gir ikke et generelt vern om eiendomsrett, men gir rett til full erstatning ved ekspropriasjon. Bestemmelsen lyder:

«Fordrer Statens Tarv, at Nogen maa afgive sin rørlige eller urørlige Eiendom til offentlig Brug, saa bør han have fuld Erstatning af Statskassen.»

Bestemmelsen gir ikke hjemmel til å ekspropriere eiendom, men det er innfortolket et krav om at slik lovhjemmel må foreligge. Dette følger også av det ulovfestede legalitetsprinsipp, jf. kapittel 41. I dag finnes hjemmel til å ekspropriere eiendom i en rekke lover, herunder særlig plan- og bygningsloven kapittel VIII.

Siden 1814 har Grunnloven § 105 fungert som en reell skranke for statsmaktene. Både spørsmålet om det foreligger ekspropriasjon, og hva som utgjør full erstatning, har vært prøvet for domstolene en rekke ganger. Viktige og omstridte spørsmål har funnet en endelig avklaring i Høyesterett gjennom tolkningen av Grunnloven § 105, se særlig Rt. 1918 s. 403 (konsejnsdommen), Rt. 1969 s. 643 (Fanadommen), Rt. 1970 s. 67 (strandlovdommen), Rt. 1976 s. 1 (Kløfta) og Rt. 2007 s. 1308 (tomtefeste III).

For spørsmålet om hva som utgjør full erstatning, finnes i dag en del rettledning i lov om vederlag ved overføring av fast eiendom, samt i sentrale rettsavgjørelser som Rt. 1976 s. 1 (Kløfta) og Rt. 2007 s. 1308 (tomtefeste III). Av disse rettskildene kan utledes at et viktig utgangspunkt ved beregningen av full erstatning er at den berørte stilles i samme situasjon som om ekspropriasjon ikke hadde funnet sted. Et særlig tvistespørsmål i den forbindelse har vært i hvilken grad samfunnsskapt verdistigning skal komme til fradrag ved beregningen av full erstatning. Et annet spørsmål er i hvilken grad reguleringsplanen som det eksproprieres i henhold til, skal legges til grunn for erstatningsutmålingen.

Når det gjelder spørsmålet om hva som omfattes av selve ekspropriasjonsbegrepet, har det vært vanlig å sondre mellom de egentlige tvangsavståelser og begrensninger i eierrådigheten, såkalte rådighetsinnskrenkninger. I både praksis og teori er det lagt til grunn at det utelukkende foreligger vern mot rådighetsinnskrenkninger dersom innskrenkningene er av ekstraordinær karakter, men da etter en *analogi* fra Grunnloven § 105.²⁵⁰

I dag vil det imidlertid være mer nærliggende å påberope seg EMK P1-1 som grunnlag for erstatning ved rådighetsinnskrenkninger. I likhet med Grunnloven § 105 sikrer EMK P1-1 den enkelte kompensasjon ved ekspropriasjon, men til forskjell fra § 105 kan P1-1 også verne mot inngrep i form av rådighetsinnskrenkninger, jf. punkt 33.3.

33.3 Internasjonalt menneskerettighetsvern

Vernet om eiendomsretten etter internasjonale konvensjoner spriker. Verdenserklæringen artikkel 17 slår fast:

«(1) Everyone has the right to own property alone as well as in association with others.

(2) No one shall be arbitrarily deprived of his property.»

Vernet om eiendomsretten er ikke fulgt opp i SP eller ØSK, og heller ikke i selve EMK. Først med EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 (P1-1) gjenfinnes eiendomsrettsvernet. Bestemmelsen lyder:

«Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such

laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.»

I all hovedsak sikrer EMK P1-1 mot ekspropriasjon av eiendom uten at det gis kompensasjon for inngrepet. Den berørte har imidlertid ikke krav på «full erstatning» for ekspropriasjonsinngrepet, slik hun eller han har etter Grunnloven § 105. På dette feltet går derfor vernet etter § 105 lengre enn vernet etter P1-1.

Det kan likevel tenkes to tilfeller der vernet etter P1-1 går lengre enn vernet etter § 105. For det første har EMD tolket uttrykket «eiendomsrett» svært vidt.²⁵¹ Dette innebærer at P1-1 har et potensial til å verne mot inngrep som § 105 ikke verner mot. Eiendomsrettsbegrepet etter P1-1 omfatter bl.a. fast eiendom, løsøre, kontraktsfestede rettigheter, immaterielle rettigheter, fordringer og enkelte andre økonomiske interesser. EMD har også konkludert med at retten til å skjenke alkohol, retten til pensjon og berettigede forventninger om erstatningsutbetaling kan være omfattet av eiendomsrettsbegrepet.²⁵²

Dernest kan P1-1 i prinsippet verne om selve eiendomsretten (og ikke bare gi rett til ekspropriasjonsersättning) i helt særegne situasjoner. Dette følger av den innledende formuleringen i P1-1, der alle har rett til å få nyte sin eiendom i fred. Det følger videre av de vilkårene som er oppstilt, at inngrep i eiendomsretten må skje i allmennhetens interesse og i henhold til lov. Dermed åpnes det adgang for de nasjonale domstolene, til sist også EMD, til å prøve om inngrepet tilfredsstiller disse vilkårene. Hvorvidt kravet til allmennhetens interesser er oppfylt, vil bero på en forholdsmessighetsvurdering; jo mer alvorlig inngrepet er, desto bedre må begrunnelsen være. Så vidt vites, finner man likevel ingen eksempler på at EMD har kommet til at inngrepet i eiendomsretten som sådant innebærer en krenkelse av P1-1. Mer aktuelt har vært at EMD har funnet *kompensasjonen* for inngrepet for liten.

33.4 Andre lands konstitusjoner

I våre nordiske naboland er det først og fremst retten til erstatning ved ekspropriasjon som kommer til uttrykk i konstitusjonene. Den finske, danske og islandske grunnloven har samtidig en formulering som tyder på at selve eiendomsretten *kan* være vernet, ut over retten til erstatning ved ekspropriasjon.

^{250.} Se for eksempel Andenæs/Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 2006 s. 428 flg. og Carl August Fleischer, *Miljø- og ressursforvaltning*, 1999 s. 18. Se også Rt. 2005 s. 469 og Rt. 1996 s. 727, der det gis uttrykk for at det finnes en slik lære.

^{251.} Se bl.a. Stig Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, 2010 s. 118–130 og 218 flg.

^{252.} Se EMD Tre Traktörer v. Sverige (1989); EMD Gaygusuz v. Østerrike (1996); EMD Stec m.fl. v. Storbritannia (2006) og EMD Pressos Compania m.fl. v. Belgia (1995).

I den *finske* Grundlagen § 15 følger et vern om eiendomsretten, samt krav om lovhjæmmel og erstatning ved ekspropriasjon. Bestemmelsen lyder:

«Vars och ens egendom är tryggad.

Angående expropriation av egendom för allmänt behov mot full ersättning bestäms genom lag.»

I *Sverige* er eiendomsretten vernet gjennom ekspropriasjonserstatning, jf. Regeringsformen 2. kapittel 15 §. I tillegg finnes en særlig regulering av eiendomsretten til kunst og åndsverk i 16 §. Bestemmelsene lyder:

«15 §: Vars och ens egendom är tryggad genom att ingen kan tvingas avstå sin egendom till det allmänna eller till någon enskild genom expropriation eller något annat sådant förfogande eller tåla att det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad utom när det krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen.

Den som genom expropriation eller något annat sådant förfogande tvingas avstå sin egendom ska vara tillförsäkrad full ersättning för förlusten. Ersättning ska också vara tillförsäkrad den för vilken det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad på sådant sätt att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras eller att skada oppkommer som är betydande i förhållande till värdet på denna del av fastigheten. Ersättningen ska bestämmas enligt grunder som anges i lag.

Vid inskränkningar i användningen av mark eller byggnad som sker av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl gäller dock vad som följer av lag i fråga om rätt till ersättning.

Alla ska ha tillgång till naturen enligt allemansrätten oberoende av vad som föreskrivits ovan.

16 §: Författare, konstnärer och fotografer äger rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag.»

I den *danske* Grundloven § 73 er eiendomsretten først og fremst vernet gjennom lovskrav og retten til ekspropriasjonserstatning. Bestemmelsen lyder:

«Stk. 1.

Ejendomsretten er ukrænkelig. Ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det. Det kan kun ske ifølge lov og mod fuldstændig erstatning.

Stk. 2.

Når et lovforslag vedrørende ekspropriationen af ejendom er vedtaget, kan en trediedel af folketingets medlemmer indenfor en frist af tre søgnedage fra forslaget endelige vedtagelse kræve, at det først indstilles til kongelig stadfæstelse, når nyvalg til folketinget har fundet sted, og forslaget påny er vedtaget af det derefter sammentrædende folketing.

Stk. 3.

Ethvert spørgsmål om ekspropriationsaktens lovlighed og erstatningens størrelse kan ved lov henlægges til domstole oprettet i dette øjemed.»

I den *islandske* grunnloven § 72 følger retten til eiendom, krav om lovhjæmmel og full erstatning ved ekspropriasjon, samt myndighetenes rett til å innskrenke utlendingers rett til eierskap på Island. Bestemmelsen lyder i engelsk oversettelse:

«The right of private ownership shall be inviolate. No one may be obliged to surrender his property unless required by public interests. Such a measure shall be provided for by law, and full compensation shall be paid.

The right of foreign parties to own real property interests or shares in business enterprises in Iceland may be limited by law.»

33.5 Utvalgets vurdering

Grunnloven § 105 er en innarbeidet bestemmelse i norsk rett. Det er knyttet mye rettspraksis til bestemmelsen. Gjennom sitt krav til «full erstatning» går den lengre enn de internasjonale konvensjoner og like langt eller lengre enn konstitusjonene i andre europeiske land.

Når det gjelder erstatning for eventuelle rådgivningskrenkninger er det i dag sikker rett at dette faller utenfor en direkte anvendelse av § 105. Det er i den forbindelse omdiskutert om det i norsk rett bør være et bedre erstatningsrettslig vern mot slike rådgivningskrenkninger. Utvalget finner imidlertid at denne diskusjonen ikke bør løses på grunnlovs nivå, men først og fremst gjennom ordinær lovgivning og praksis.

På denne bakgrunn foreslår utvalget at Grunnloven § 105 videreføres i uendret form.

Retten til «full erstatning» ved ekspropriasjon er av en slik absolutt karakter at det ikke kan gjøres begrensninger i denne rettigheten. Dette innebærer at i utvalgets forslag til generell begrensningshjæmmel, jf. kapittel 13, har utvalget funnet grunn til å presisere at begrensningsadgangen ikke gjelder for § 105. Dette er gjort for å videreføre dagens rettstilstand på området.

33.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at Grunnloven § 105 videreføres i uendret form.

34. Bevegelsesfrihet og asylrettigheter

34.1 Innledende bemerkninger

Bevegelsesfrihet innebærer en rett for alle med lovlig opphold i et land til å bevege seg fritt innenfor landets grenser og til fritt å velge hvor i landet man vil bosette seg. Dernest innebærer bevegelsesfrihet en rett for statsborgere til å forlate landet og til å reise inn igjen. Et eksempel på alvorlige inngrep i bevegelsesfriheten vil være tilfeldig bruk av portforbud eller lignende unntakslovgivning. Vilkårlig fengsling vil være et annet eksempel på et alvorlig inngrep. Fengs-

ling og annen frihetsberøvelse reguleres imidlertid av egne regler og er nærmere behandlet i kapittel 22.

I forlengelse av retten til fri bevegelse finnes en århundrelang tradisjon for at personer som forfølges i sitt hjemland, skal gis beskyttelse i et annet. Dette omtales gjerne som asyl. Historien er også full av eksempler på at beskyttelse ikke har vært gitt, med grove menneskerettighetskrenkelser som konsekvens. I vår tid er det imidlertid et utbredt problem at mange utlendinger søker asyl under falskt navn eller med falske historier om forfølgelse. Utgangspunktet i folkeretten er at den enkelte stat står fritt til å bestemme hvorvidt og på hvilke vilkår utlendinger skal gis rett til opphold innenfor statens territorium, men folkeretten anerkjenner den enkeltes rett til å søke og ta i mot asyl. I tillegg har den enkelte stat rett til å gi individer asyl.

Utvalget vil i det følgende vurdere spørsmålet om og eventuelt i hvilken form bevegelsesfrihet og asylrett bør omtales i Grunnloven.

34.2 Bevegelsesfrihet

34.2.1 DAGENS RETTSTILSTAND

Bevegelsesfrihet er ikke grunnlovfestet. Friheten er heller ikke lovfestet på annen måte enn gjennom inkorporeringen av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner i menneskerettsloven av 1999. Det følger likevel av det ulovfestede legalitetsprinsipp at eventuelle begrensninger i den enkeltes frihet må ha hjemme i lov. Hjemmel for å fastsette slike begrensninger finnes for eksempel i politiloven og i lov om vern mot smittsomme sykdommer.

Retten til å bevege seg fritt må i stor utstrekning avveies mot andres rettigheter, som for eksempel retten til å nyte sin eiendom i fred og retten til privatliv. En slik avveining er for eksempel foretatt gjennom bestemmelser om fri ferdsel i utmark og i innmark om vinteren, jf. lov om friluftslivet §§ 2 og 3.

Retten til å bevege seg fritt i riket gjelder i utgangspunktet også for utlendinger som har lovlig opphold, jf. utlendingsloven § 4. Asylsøkere kan likevel pålegges å være tilgjengelige på et nærmere angitt sted så lenge det er nødvendig for å kunne medvirke til sakens opplysning, jf. § 93 fjerde ledd. Ellers skal asylsøkeren gis tilbud om innkvartering, jf. § 95 første ledd, men dette er ikke et pålegg om innkvartering. I visse tilfeller kan en utlending, også asylsøkere, pålegges meldeplikt eller å befinne seg på et bestemt oppholdssted. Dette gjelder blant annet ved skjellig grunn til mistanke om falsk identitet eller ved mistanke om at vedkommende vil unndra seg iverksettelse av vedtak.

Friheten til å forlate og reise inn igjen i riket er ivaretatt gjennom regler om utstedelse av pass i henhold til passloven.

34.2.2 INTERNASJONALT MENNESKERETTIGHETSVERN

Bevegelsesfrihet er nærmere omtalt i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. Verdenserklæringen artikkel 13 slår fast et utgangspunkt som siden er fulgt opp i SP og EMK. Verdenserklæringen artikkel 13 lyder som følger:

«1. Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each State.
2. Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country.»

Bestemmelsen fastslår at alle har rett til å bevege seg fritt innenfor hvert lands grenser og til å reise ut av ethvert land. I tillegg har man rett til å returnere til sitt eget land. Bestemmelsen må leses i lys av begrensningshjemmelen i Verdenserklæringen artikkel 29, siden en så absolutt rettighet vanskelig kan tenkes gjennomført fullt ut i praksis.

Bevegelsesfriheten er nærmere presisert i SP artikkel 12. I denne bestemmelsen er retten til fritt å bevege seg og velge bosted i et land uttrykkelig forbeholdt dem som oppholder seg lovlig i landet. Bestemmelsen lyder som følger:

«1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant.

4. No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country.»

I EMK var bevegelsesfriheten i utgangspunktet ikke beskyttet. Rettigheten er imidlertid inntatt i tilleggsprotokoll 4 til konvensjonen, se artikkel 2 (P4-2) og artikkel 3 (P4-3) nr. 2. EMK P4-2 lyder som følger:

«1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of ordre public, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

4. The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in

accordance with law and justified by the public interest in a democratic society.»

EMK P4-3 lyder som følger:

«1. No one shall be expelled, by means either of an individual or of a collective measure, from the territory of the State of which he is a national.

2. No one shall be deprived of the right to enter the territory of the state of which he is a national.»

Til tross for noe ulik ordlyd i SPs og EMKs bestemmelser om adgangen til å begrense bevegelsesfriheten, er det ikke grunn til å tro at det er noen realitetsforskjell mellom konvensjonene på dette feltet. EMK P4-3 atskiller seg likevel fra SP ved å inkludere en rett for statsborgere til ikke å bli utvist.

I tillegg har barnekonvensjonen i artikkel 10 en bestemmelse om at statene skal behandle barns og foreldres søknad om familiegjennforening på en positiv, human og effektiv måte. Statene skal også respektere retten for barn som har foreldre i forskjellige land, til å reise ut og inn av landene, slik at barnet kan opprettholde kontakten med begge foreldre.

34.2.3 ANDRE LANDS KONSTITUSJONER

I de øvrige nordiske land er bevegelsesfrihet omtalt i konstitusjonene i Sverige, Finland og Island.

Den *finske* Grundlagen 9 § omhandler retten til fritt å bevege seg i landet, samt velge sitt bosted der. Dette utgangspunktet gjelder uten begrensning for alle som oppholder seg lovlig i landet. Friheten til å forlate landet kan derimot begrenses der det er nødvendig for gjennomføring av en retts sak, straffefullbyrdelse eller militærtjeneste. Bestemmelsens tredje ledd gjelder retten for statsborgere til å reise inn i landet, til ikke å bli landsforvist eller utlevert til et annet land mot sin vilje. I den siste retten kan det gjøres unntak. Siste ledd gjelder utlendinger, og det fastslås her at deres rett til innreise skal følge av lov (det sies intet om rett til asyl). Det er likevel slik at ingen kan utvises hvis vedkommende risikerer dødsstraff, tortur eller behandling som krenker menneskeverdet (prinsippet om «non refoulement»). Bestemmelsen lyder som følger:

«Finska medborgare samt utlänningar som lagligen vistas i landet har rätt att röra sig fritt inom landet och att där välja bostadsort.

Var och en har rätt att lämna landet. Denna rätt kan begränsas genom lag, om det är nödvändigt för att säkerställa rättegång eller verkställighet av straff eller för att säkerställa att skyldigheten att försvara landet fullgörs.

Finska medborgare får inte hindras att resa in i landet, landsförvisas eller mot sin vilja utlämnas eller föras till ett annat land. Genom lag kan dock föreskrivas att finska medborgare får utlämnas eller föras till ett land där deras mänskliga rättigheter och rättssäkerhet kan garanteras, när åtgärden vidtas med anledning

av brott eller när syftet med den är rättegång eller verkställighet av ett beslut som gäller vårdnad om eller vård av barn.

Rätten för utlänningar att resa in i Finland och att vistas i landet regleras genom lag. En utlänning får inte utvisas, utlämnas eller återsändas, om han eller hon till följd härav riskerar dödsstraff, tortyr eller någon annan behandling som kränker människovärdet.»

Den *sveitsiske* grunnloven artikkelene 24 og 25 likner den finske på dette punktet.

Den *islandske* grunnloven § 66 regulerer både statsborgerskap og bevegelsesfrihet. Friheten til å reise inn i Island reguleres i annet ledd, friheten til å reise ut reguleres i tredje ledd, mens friheten til å bevege seg fritt i riket fremgår av siste ledd. Bestemmelsen lyder i engelsk oversettelse:

«No one may be deprived of Icelandic citizenship. Loss of citizenship may, however, be provided for by law, in the event a person accepts citizenship in another State. An alien can only be granted Icelandic citizenship according to law.

An Icelandic citizen cannot be barred from entering Iceland nor expelled therefrom. The rights of aliens to enter and reside in Iceland, and the reasons for which they may be expelled, shall be laid down by law.

No one may be barred from leaving Iceland except by judicial decision. A person may however be prevented from leaving Iceland by lawful arrest.

Every person lawfully residing in Iceland shall be free to choose his residence and shall enjoy freedom of travel subject to any limitations laid down by law.»

Den *svenske* Regeringsformen 2. kapittel 7 § første ledd omhandler landets statsborgere og lyder som følger:

«Ingen svensk medborgare får landsförvisas eller hindras att resa in i riket.»

Friheten til å bevege seg og til å forlate riket er beskyttet i Regeringsformen 2. kapittel 8 §, som også gjelder frihetsberøvelse. Etter lovendring med virkning fra 1. januar 2011 er rettigheter i forbindelse med frihetsberøvelse ikke lenger begrenset til å gjelde statsborgere. Retten til fri bevegelse og retten til å forlate riket er imidlertid begrenset til svenske statsborgere. Bestemmelsen lyder som følger:

«Var och en är gentemot det allmänna skyddad mot frihetsberövande. Den som är svensk medborgare är även i övrigt tillförsäkrad frihet att förflytta sig inom riket och att lämna det.»

I den *tyske* Grundgesetz gjenfinnes i artikkel 16 en bestemmelse som innebærer at tyske statsborgere ikke kan miste sitt statsborgerskap, og at utlevering til fremmed stat bare kan skje innenfor EU eller til en internasjonal domstol. Artikkel 16 lyder som følger:

«(1) Die deutsche Staatsangehörigkeit darf nicht entzogen werden. Der Verlust der Staatsangehörigkeit darf nur auf Grund eines Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird.

(2) Kein Deutscher darf an das Ausland ausgeliefert werden. Durch Gesetz kann eine abweichende Regelung für Auslieferungen an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof getroffen werden, soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind.»

Den *sveitsiske* konstitusjonen slår fast i artikkel 24 at sveitsiske statsborgere har rett til å bosette seg hvor de vil i landet, samt at de har rett til å forlate og returnere til Sveits. I artikkel 25 nr. 1 følger det videre at sveitsiske statsborgere ikke kan utvises fra landet. Artikkel 24 lyder som følger:

«1. Schweizerinnen und Schweizer haben das Recht, sich an jedem Ort des Landes niederzulassen.

2. Sie haben das Recht, die Schweiz zu verlassen oder in die Schweiz einzureisen.»

Artikkel 25 nr. 1 lyder som følger:

«Schweizerinnen und Schweizer dürfen nicht aus der Schweiz ausgewiesen werden; sie dürfen nur mit ihrem Einverständnis an eine ausländische Behörde ausgeliefert werden.»

34.2.4 UTVALGETS VURDERING

For norske statsborgere er bevegelsesfrihet trolig så selvsagt at de fleste ikke tenker på at de har slik frihet. Frihetens selvsagte karakter viser imidlertid hvilken sentral verdi den har i det norske samfunn. Det er samtidig en verdi som ofte tilsidesettes i totalitære samfunn. Fra den nyere tid er Berlinmuren et eksempel på inngrep i bevegelsesfriheten. Det samme var apartheidregimets restriksjoner på hvor mennesker kunne oppholde seg. Men også mindre alvorlige forhold kan utgjøre inngrep i bevegelsesfriheten, som for eksempel uforholdsmessig og langdryg byråkratisk behandling av passøknader.

Bevegelsesfrihetens sentrale betydning for dagens frie norske samfunn taler for at bevegelsesfriheten grunnlovsfestes. Utvalget finner på denne bakgrunn at det bør inntas en bestemmelse om bevegelsesfrihet i Grunnloven.

Bevegelsesfriheten må imidlertid tåle en del begrensninger. I henhold til de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene er det bare friheten til å reise ut av riket som nesten unntaksfritt gjelder for enhver. Friheten til å bevege seg i og bosette seg hvor man vil i riket, er for eksempel begrenset til å gjelde egne statsborgere og utlendinger med lovlig opphold. Friheten til å reise inn i riket gjelder på sin side bare egne statsborgere.

En eventuell grunnlovsbestemmelse bør derfor gi uttrykk for at bevegelsesfrihet i utgangspunktet er

begrenset til retten til å bevege seg fritt og bosette seg hvor man vil i riket for den gruppen av personer som har lovlig opphold. Denne rettigheten vil likevel ha enkelte faktiske og enkelte rettslige begrensninger. De *faktiske begrensningene* som den enkelte støter på når hun eller han ønsker å flytte eller bevege seg på annen måte, vil falle utenfor det en grunnlovsbestemmelse tar sikte på å regulere. Slike faktiske begrensninger kan følge av individets omsorgsforpliktelser, omsorgsbehov eller problemer med å skaffe ny bolig eller nytt arbeid et annet sted i landet. Stat og kommune har i utgangspunktet ingen plikt til å legge til rette for at den enkelte fritt kan bevege seg eller flytte rundt i landet. Det vil i utgangspunktet heller ikke komme i strid med bevegelsesfriheten om det oppstilles lovpålagte vilkår om bosted, kommunetilhørighet el.l. for retten til å motta sosiale ytelser, pleie- og omsorgsytelser, helsetjenester, skoletilbud m.m.

Friheten til fritt å bevege seg i riket vil i tillegg være *rettslig begrenset* av en generell hjemmel til å gjøre inngrep i Grunnlovens menneskerettigheter, se kapittel 13. Det vil i flere sammenhenger oppstå et reelt behov for å begrense bevegelsesfriheten av hensyn til den offentlige sikkerhet, orden eller helse. Eksempelvis kan nevnes at det ikke vil utgjøre noe uforholdsmessig inngrep i bevegelsesfriheten å nekte personer adgang til militære områder, til offentlige kontorbygg, til å sykle på motorveier osv. Tilsvarende må det kunne gjøres begrensninger i bevegelsesfriheten for Svalbard, Jan Mayen og bilandene. I tillegg vil en egen bestemmelse i Grunnloven om privatlivets fred mv., medføre at den enkeltes bevegelsesfrihet i noen grad også vil være begrenset. Den nærmere balanseringen mellom bevegelsesfrihet og privatlivets fred må da, som i dag, etableres gjennom lovgivning og praksis.

Mulige formuleringer av retten til fritt å bevege seg i riket kan være:

«Norske statsborgere og andre med lovlig opphold i Riket kan fritt bevege seg innenfor Rikets grenser og velge sitt bosted der.»

(eller)

«Enhver som oppholder seg lovlig i Riket er fri til å bevege seg og velge bosted innenfor Rikets grenser.»

(eller)

«Enhver som oppholder seg lovlig i Riket kan fritt bevege seg innenfor Rikets grenser og velge sitt bosted der.»

Av disse formuleringene foretrekker utvalget den siste. På en enkel og lettfattelig måte fanger denne formuleringen opp essensen og hovedtrekkene i bevegelsesfriheten.

Samtlige av formuleringene tar sikte på å opprettholde dagens rettsstilstand på området. Her fremkommer bl.a. kravet om «lovlig opphold» som betingelse for bevegelsesfrihet. Formuleringene viser på dette punkt til vilkårene for lovlig opphold i den ordinære lovgivning, og spørsmålet om vedkommende har lovlig opphold, må således avgjøres på bakgrunn av den til enhver tid gjeldende lovgivning.

Andre *rettslige* begrensninger enn kravet til «lovlig opphold» vil også kunne gjennomføres, enten med grunnlag i den generelle begrensningshjemmen som utvalget foreslår i Grunnloven, eller etter en nærmere avveining av om bevelsesfriheten krenker en av de øvrige rettighetene i Grunnloven. Hvorvidt slike begrensninger i bevegelsesfriheten er legitime, vil kunne prøves av domstolene.

De *faktiske* begrensningene i bevegelsesfriheten vil som nevnt ikke reguleres av de foreslåtte formuleringene. Med dette menes at faktiske hindringer som den enkelte støter på når han eller hun ønsker å flytte til et annet sted i landet – for eksempel manglende jobbtilbud, manglende sykehjemstilbud, manglende rehabiliteringstilbud etc. – ikke kan prøves rettslig.

I tillegg til retten til fritt å bevege seg innenfor riktes grenser kan en eventuell grunnlovsbestemmelse inneholde friheten til å forlate riket, for eksempel i et annet ledd om bevegelsesfrihet.

Det er videre mulig å inkludere retten for egne statsborgere til å komme inn i riket i den samme bestemmelsen. Noen grunnlover har også inkludert prinsippet om at egne statsborgere ikke kan utvises/landsforvises eller utleveres til fremmed stat. Etter dagens rettsstilstand er imidlertid ikke utleveringsforbudet av egne statsborgere absolutt innenfor Norden og EU.

En mulig formulering av retten til fritt å forlate riket, eventuelt også retten for norske statsborgere til å reise inn i riket, kan være:

«Ingen kan nektes å forlate Riket.»

(eller)

«Ingen kan nektes å forlate Riket, med mindre det er nødvendig av hensyn til en effektiv rettsforfølgelse eller for avtjening av verneplikt. Norske statsborgere kan ikke landsforvises eller på annen måte nektes adgang til Riket.»

(eller)

«Ingen kan nektes å forlate Riket, med mindre det er nødvendig av hensyn til en effektiv rettsforfølgelse eller for avtjening av verneplikt. Norske statsborgere kan ikke nektes adgang til Riket.»

Utvalget finner at det siste av disse alternativene på en god og lettfattelig måte gir et dekkende bilde av

rettsstilstanden på området. Retten til å forlate Norge i forslag til første punktum vil i prinsippet bare være rettslig begrenset av vernepliktsregler eller av rettsforfølgelse. Den enkelte kan selvsagt også oppleve at det hviler øvrige begrensninger på retten til å forlate riket, men slike begrensninger vil være av mer faktisk eller praktisk karakter. Norsk lovgivning kan imidlertid forby den enkelte å ta med seg andre personer, penger eller gjenstander ut av landet, men slike rettslige begrensninger berører ikke den enkeltes selvstendige rett til å forlate landet. Gir den enkelte avkall på å ta med seg andre personer, penger eller gjenstander, kan hun eller han fritt forlate landet. Slike begrensninger kan særlig gjelde retten til å ta med seg barn, penger, offentlig støtte, antikviteter, kunstverk mv. ut av landet.

Det er de særlige forhold som den enkelte ikke har rådighet over selv som utvalget foreslår omtalt særskilt i bestemmelsen. Avtjening av verneplikt er en plikt som følger av nåværende Grunnloven § 109, og som kan legge aktive begrensninger på retten til å forlate landet. I tillegg kan den enkelte ikke unndra seg straffeforfølgelse eller privat rettsforfølgelse ved å forlate landet. Uttrykket «rettsforfølgelse» er dermed benyttet for både å fange opp straffesaker og private søksmål.

I tillegg foreslår utvalget at det skal stå «effektiv» rettsforfølgelse. Med dette menes at «rettsforfølgelse» skal tolkes vidt. Det er ikke bare hovedforhandlingen som kan være til hinder for utreise, men også etterforskning kan være til hinder for at den enkelte forlater landet. I særlige tilfeller kan dette også gjelde for vitner eller andre aktører i saken. Grunnloven vil således ikke være til hinder for at man nekter et sentralt vitne å forlate landet under straffesaken, eller at konkursskyldner får beslaglagt sitt pass inntil bosituasjonen er nærmere avklart. Det er imidlertid på det rene at slike inngrep i den enkeltes frihet må ha hjemmel i lov. Utvalgets forslag til grunnlovsformulering åpner utelukkende for at slik lov hjemmel kan gis.

Forslagets annet punktum gjelder innreise til landet, og utvalget foreslår at bestemmelsen innskrenkes til å gjelde for norske statsborgere. Hvorvidt andre statsborgere eller statsløse skal ha rett til innreise i Norge, vil kun være regulert i ordinær lovgivning og i traktater med fremmede stater. Denne avgrensningen til å gjelde norske statsborgere er i overensstemmelse med de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene på området, jf. EMK P4-3 nr. 2.

Formuleringen i annet punktum vil være til hinder for at norske statsborgere landsforvises eller utvises fra landet. Bestemmelsen vil også være til hinder for at man nekter barn med norsk statsborgerskap innreise til landet, enten det er tale om barn som aldri før har oppholdt seg i landet, eller det er tale om barn

som reiser uten sine foreldre. Bestemmelsen vil imidlertid ikke være til hinder for at norske statsborgere utleveres til fremmed stat i forbindelse med straffeforfølgelse i det landet. Slik eventuell utlevering må reguleres i ordinær lovgivning og i traktater med fremmede stater. Etter endt soning i et fremmed land vil det være opp til den straffedømte om hun eller han vil returnere til Norge. Skulle vedkommende for eksempel rømme eller på annen måte søke å unndra seg straffeforfølgelse i utlandet, kan hun eller han ikke nektes innreise til Norge. Men det er ingenting i veien for at Norge på nytt foretar en utlevering av vedkommende.

34.3 Asylrett

34.3.1 DAGENS RETTSTILSTAND

Grunnloven har ingen bestemmelser om beskyttelse av flyktninger. Problemstillingen har neppe fremstått som særlig aktuell før i nyere tid. Frem til første verdenskrig var det fri adgang til riket, og utlendinger kunne dermed slå seg ned hvor som helst i landet.²⁵³ I 1917 ble prinsippet om fri adgang begrenset.

I mellomkrigstiden utviklet det seg en praksis med å gi asyl. Mest kjent fra den tiden er trolig Trottskij-saken. Praksisen skjøt fart i etterkrigstiden, ikke minst etter at FN's flyktningkonvensjonen ble utarbeidet i 1951.

Den første lovregel om politisk asyl i Norge kom med fremmedloven av 1956, hvor § 2 første ledd bestemte at politiske flyktninger skulle gis fristed (asyl) med mindre særlige grunner talte mot det. I utlendingsloven av 1988 fremgikk det av § 17 at en flyktning som oppholder seg i riket eller befinner seg på norsk grense, har rett til asyl etter søknad. Unntak gjaldt blant annet dersom tvingende samfunnsmessige hensyn tilsa at asyl måtte nektes. Flyktning ble nærmere definert under henvisning til flyktningkonvensjonen.

Dagens utlendingslov av 2008 kapittel 4 omhandler beskyttelse av utlendinger. Hovedregelen er inntatt i § 28 første og annet ledd, som lyder:

«En utlending som er i riket eller på norsk grense, skal etter søknad anerkjennes som flyktning dersom utlendingen

a) har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse, jf. flyktningkonvensjonen 28. juli 1951 artikkel 1 A og protokoll 31. januar 1967, eller

b) uten å falle inn under bokstav a likevel står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller an-

nen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet.»

En utlending som anerkjennes som flyktning etter første ledd, har rett til oppholdstillatelse (asyl).

I utlendingsloven kapittel 4 gis videre en detaljert beskrivelse bl.a. av hva som regnes som forfølgelse (§ 29), grunnlaget for forfølgelse (§ 30), utelukkelse fra retten til å anerkjennes som flyktning (§ 31), internasjonalt samarbeid om behandling av søknader om opphold av beskyttelsesgrunner (§ 32). Presiseringene bygger blant annet på ulike EU-direktiver.

34.3.2 GRUNNLOVSFORSLAG SOM LIGGER TIL BEHANDLING I STORTINGET

I grunnlovsforslag nr. 17 (2007-2008) har Alv-hild Hedstein og Anne Margrethe Larsen fremsatt følgende forslag:

«Ny Grunnloven § 110 d skal lyde:

Alternativ 1 A:

Den som blir forfulgt på grunn av sin innsats til forsvar for frihet, har rett til asyl i Norge, dersom tilfredsstillende beskyttelse ikke kan sikres i et annet land.

Alternativ 2 A:

Enhver som har en begrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, sosial tilhørighet eller politisk oppfatning, og som ikke kan påberope seg sitt hjemlands beskyttelse eller på grunn av slik frykt er uvillig til å påberope seg denne, har rett til asyl i Norge, dersom tilfredsstillende beskyttelse ikke kan sikres i et annet land.

Alternativ 3 A:

Enhver som har en begrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, sosial tilhørighet eller politisk oppfatning, og som ikke kan, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse, har rett til asyl i Norge, dersom tilfredsstillende beskyttelse ikke kan sikres i et annet land. Det samme gjelder den som står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff i hjemlandet.»

34.3.3 INTERNASJONALT MENNESKE-RETTIGHETSVERN

Asyl er ikke noe entydig juridisk begrep, men en samlebetegnelse på ulike grader av den beskyttelse som utlendinger kan få i et annet land. I Verdenserklæringen artikkel 14 er den enkelte gitt rett til å søke asyl fra forfølgelse. Konkret tales det om en rett til å søke og nyte («enjoy») asyl. Et forslag om at det ikke skulle stå «nyte», men «bli innvilget» («be granted»), ble ikke vedtatt. Men statene har en rett overfor andre stater til å innvilge asylsøknader. Artikkel 14 lyder som følger:

²⁵³. NOU 1983:47 Ny fremmedlov, s. 49.

«1. Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution.

2. This right may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.»

Den viktigste internasjonale konvensjonen for personer som søker beskyttelse i et annet land, er konvensjonen om flyktnings rettslige stilling – *flyktningkonvensjonen* – fra 1951 med tilleggsprotokoll fra 1967. Konvensjonen er ratifisert av over 140 land. Kjernen i konvensjonens flyktningbegrep fremgår av artikkel 1A (2) i konvensjonen, som i norsk oversettelse lyder:

«[enhver person som] på grunn av at han har en velgrunnet frykt 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 u villig til å påberope seg dette lands beskyttelse (...)»

Flyktningkonvensjonen inneholder ingen bestemmelse om rett til asyl, og den benytter heller ikke begrepet asyl i konvensjonsteksten. Konvensjonen inneholder en rekke bestemmelser om flyktnings rettigheter i oppholdslandet (asyllandet), for eksempel med hensyn til ikke-diskriminering, religionsutøvelse, private rettsforhold mv. Flyktningkonvensjonen har regler om utelukkelse fra flyktningstatus for krigsforbrytere og alvorlig kriminelle mv., se artikkel 11 E.

Mange av flyktningrettens rettskilder er såkalt «soft-law». Med dette menes at de ikke er rettslig bindende for statene, men fungerer som råd og anbefalinger. Viktigste i denne sammenheng er de årlige konklusjonene som vedtas av en eksekutivkomité underlagt FNs høykommisær for flyktninger. Statene har forpliktet seg til å samarbeide med FNs høykommisær, og resolusjonene derfra støttes av FNs generalforsamling etter godkjenning fra FNs økonomiske og sosiale råd (ECOSOC). De inneholder anbefalinger om både tolkning av flyktningkonvensjonen og andre flyktningpolitiske spørsmål. Også håndboken til FNs høykommisær er av betydning som rettskilde, selv om statene ikke er bundet til å følge den. Statspraksis i overensstemmelse med håndboken bidrar til en ensartet praktisering av flyktningkonvensjonen.

34.3.4 ANDRE LANDS KONSTITUSJONER

Det er få konstitusjoner som omtaler asylrett, og ingen av de nordiske landene berører denne problemstillingen i sine konstitusjoner.

Den *tyske* Grundgesetz har en nærmere regulering av asylrett i artikkel 16a. Bestemmelsen slår innledningsvis fast at den som er forfulgt på politisk grunnlag, har rett til asyl. I de neste punktene presi-

seres likevel dette utgangspunktet ytterligere, bl.a. ved å gi uttrykk for at det ikke foreligger plikt til å behandle søknader som allerede er behandlet i et tredje land. Artikkel 16a lyder som følger:

«(1) Politisch Verfolgte genießen Asylrecht.

(2) Auf Absatz 1 kann sich nicht berufen, wer aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften oder aus einem anderen Drittstaat einreist, in dem die Anwendung des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sichergestellt ist. Die Staaten außerhalb der Europäischen Gemeinschaften, auf die die Voraussetzungen des Satzes 1 zutreffen, werden durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, bestimmt. In den Fällen des Satzes 1 können aufenthaltsbeendende Maßnahmen unabhängig von einem hiergegen eingelegten Rechtsbehelf vollzogen werden.

(3) Durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, können Staaten bestimmt werden, bei denen auf Grund der Rechtslage, der Rechtsanwendung und der allgemeinen politischen Verhältnisse gewährleistet erscheint, daß dort weder politische Verfolgung noch unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung stattfindet. Es wird vermutet, daß ein Ausländer aus einem solchen Staat nicht verfolgt wird, solange er nicht Tatsachen vorträgt, die die Annahme begründen, daß er entgegen dieser Vermutung politisch verfolgt wird.

(4) Die Vollziehung aufenthaltsbeendender Maßnahmen wird in den Fällen des Absatzes 3 und in anderen Fällen, die offensichtlich unbegründet sind oder als offensichtlich unbegründet gelten, durch das Gericht nur ausgesetzt, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Maßnahme bestehen; der Prüfungsumfang kann eingeschränkt werden und verspätetes Vorbringen unberücksichtigt bleiben. Das Nähere ist durch Gesetz zu bestimmen.

(5) Die Absätze 1 bis 4 stehen völkerrechtlichen Verträgen von Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften untereinander und mit dritten Staaten nicht entgegen, die unter Beachtung der Verpflichtungen aus dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, deren Anwendung in den Vertragsstaaten sichergestellt sein muß, Zuständigkeitsregelungen für die Prüfung von Asylbegehren einschließlich der gegenseitigen Anerkennung von Asylentscheidungen treffen.»

Videre er asylretten indirekte omtalt i den *sveitsiske* konstitusjonen artikkel 25 nr. 2 og nr. 3. Av disse bestemmelsene følger at flyktninger ikke skal returneres med makt til stater hvor de forfølges, og at ingen skal sendes til en stat hvor de kan bli utsatt for tortur eller annen grusom eller umenneskelig behandling eller straff. Artikkel 25 nr. 2 og nr. 3 lyder:

«2. Flüchtlinge dürfen nicht in einen Staat ausgeschafft und ausgeliefert werden, in dem sie verfolgt werden.

3. Niemand darf in einen Staat ausgeschafft werden, in dem ihm Folter oder eine andere Art grausam-

mer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht.»

Asylretten er også omtalt i *EUs Charter of fundamental rights*. Dette gjør at EU-landene må iakttatte denne bestemmelsen ved utformingen av nasjonalt regelverk og gjennom sine forvaltningsavgjørelser. EUs Charter artikkel 18 omhandler asylrett med nærmere henvisning til gjeldende traktater på området. Bestemmelsen lyder som følger:

«The right to asylum shall be guaranteed with due respect for the rules of the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees and in accordance with the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter referred to as ‘the Treaties’).»

34.3.5 UTVALGETS VURDERING

Tar man utgangspunkt i at menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven skal markere og konkretisere de verdier det norske samfunn er bygget på, kan det argumenteres for at retten til å søke asyl bør tas inn i Grunnloven. Asylretten er en del av vår kristne og humanistiske arv, som det vises til i Grunnloven § 2, ved at det gis beskyttelse til mennesker på flukt fra forfølgelse. Slik beskyttelse kan bare gis dersom disse menneskene også har en rett til å søke asyl.

Utvalget har mot slutten av sitt arbeid mottatt brev fra Advokatforeningen og Norsk Organisasjon for Asylsøkere (NOAS), datert 23. november 2011, der det primært foreslås inntatt i Grunnloven «en generell henvisning til å respektere og sikre menneskerettighetene», sekundært at en opplisting av enkeltrettigheter i Grunnloven bør inneholde en bestemmelse om rett til asyl. Det vises i brevet til at det er et stort behov for å løfte denne rettigheten frem, og at den er «under press». Det understrekes at det er «behov for å markere de overordnede rettsprinsippene bedre, for å sikre nasjonal etterlevelse av de internasjonale forpliktelsene på asylfeltet». Det pekes bl.a. på følgende:

«Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppes virksomhet illustrerer at retten til asyl ikke alltid respekteres. De fleste av sakene som er tatt til retten gjennom prosjektet dreier seg om å avdekke hvorvidt det foreligger risiko for forfølgelse eller behandling i strid med EMK artikkel 3 dersom personene returneres i samsvar med Utlendingsnemndas vedtak. Prosjektet har fått medhold i tre fjerdedeler av sakene de har gått videre med (21 av 28 saker som er endelig avgjort). Som nevnt i MRUs notat til utvalget datert 23.11.2010 finnes det også eksempler på bemerkelsesverdige uttalelser fra utlendingsforvaltningen med tanke på hvilken vekt EMDs avgjørelser skal ha. Ved å løfte retten til asyl til konstitusjonelt nivå aksentueres myndighetenes plikt til å sørge for at menneskerettighetsperspektivet blir tydeligere for-

ankret og ivaretatt i utlendingsforvaltningens virksomhet.»

Utvalget vil bemerke at det i henhold til de internasjonale konvensjonene ikke er plikt til å innvilge asyl. Den enkelte asylsøkers rettighet er begrenset til retten til å søke asyl, mens det å innvilge asyl i norsk rett er betinget av en lang rekke forhold. Et argument mot å grunnlovfeste retten til asyl er derfor at retten til å søke asyl er en begrenset rettighet, og at retten til å få innvilget asyl med nødvendighet må begrenses av presiseringer og unntak som det vil føre for langt å liste opp i Grunnloven, tatt i betraktning Grunnlovens ordknappe tradisjon.

En detaljert regulering av retten til asyl på grunnlovs nivå vil samtidig gjøre asylretten lite fleksibel for de faktiske endringer som fortløpende inntreffer på dette feltet. I den forbindelse kan nevnes at det er et tankekors at bare et fåtall av verdens flyktninger i dag er reelle asylsøkere. Mange av dagens asylsøkere er ikke på flukt fra forfølgelse, men fra vanskelige levekår. I tillegg har såkalte «klimaflyktninger» pr. i dag ikke status som reelle asylsøkere.

En mulighet, som et stykke på vei kan demme opp for disse ulempene, vil være å henvise til lov og/eller FNs flyktningkonvensjon i selve grunnlovsformuleringen. En mulig formulering kan være:

«En utlending som oppholder seg i Riket eller befinner seg på norsk grense, og som anerkjennes som flyktning etter traktat som gjelder for Norge, har rett til asyl.

Etter nærmere bestemmelse i lov kan det gjøres unntak fra retten til asyl der utlendingen har fått beskyttelse eller vil få behandlet søknad om beskyttelse i en annen stat. Tilsvarende kan det gjøres unntak i retten til asyl der utlendingen har begått alvorlig kriminalitet eller der innvilgelse av asyl vil stride mot grunnleggende nasjonale interesser.»

Etter utvalgets oppfatning viser imidlertid denne formuleringen hvor vanskelig det er å regulere retten til asyl i Grunnloven. For at en asylbestemmelse ikke skal svulme opp, slik tilfellet bl.a. er i den tyske konstitusjonen, blir det nødvendig å henvise nærmere til de internasjonale traktater som Norge er bundet av. En slik bestemmelse vil imidlertid ikke ha noen tilsvarende bestemmelse i andre nordiske konstitusjoner eller i EMK. Heller ikke vil vanskelige rettsspørsmål finne sin avklaring gjennom en slik bestemmelse, men vil uansett måtte løses gjennom ordinær lovgivning.

Utvalget vil likevel bemerke at når det gjelder spørsmålet om retur av asylsøkere til sitt opprinnelsesland eller til det land de først søkte asyl i, vil utvalgets forslag til ny Grunnloven § 93 gi det tilstrekkelige menneskerettslige vern. I denne bestemmelsen foreslås inntatt forbud mot dødsstraff, tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller

straff, jf. kapittel 19 og kapittel 20. Bestemmelsene er bygget opp med EMK artikkel 3 som forbilde, og det er en forutsetning at den nye Grunnloven § 93 skal forstås i lys av EMDs praksis på området, også hva gjelder retur av asylsøkere. Dette innebærer at de forhold som Advokatforeningen og NOAS er særlig opptatt av i sitt brev til utvalget, er søkt ivaretatt gjennom utvalgets forslag til ny Grunnloven § 93.

Dette etterlater et spørsmål om bare retten til å søke asyl burde grunnlovsfestes, for eksempel som et siste ledd til bestemmelsen om bevegelsesfrihet. Det er imidlertid utvalgets oppfatning at en slik rettighet vil ha begrenset innhold. Den vil ikke gi noen rettighet utover å innlevere asylsøknad på norsk grense eller annet sted i Norge, rett til å få søknaden behandlet, samt rett til opphold i landet mens søknaden behandles. De nærmere vilkårene for behandling og innvilgelse av asylsøknad vil måtte reguleres i lov. Mulige formuleringer av denne retten kan for eksempel være:

«Enhver har rett til å søke [politisk] asyl. De nærmere vilkår for innvilgelse av asyl fastsettes ved lov.»

(eller)

«Nærmere bestemmelser om utlendingers rett til asyl fastsettes ved lov.»

Den første av disse formuleringene vil sikre at enhver som kommer til landet, har rett til å levere fra seg en asylsøknad, hvilket i praksis er dagens rettstilstand. Derneft slår den første formuleringen fast at det skal foreligge lovpålagte vilkår for innvilgelse av asyl. Dette innebærer at asylretten ikke skal være basert på tilfældighet og vilkårlighet. Formuleringen vil dermed oppstille et minimumskrav for behandlingen av asylsøknader. I dag vil disse minimumskravene være oppfylt gjennom utlendingslovens bestemmelser. En eventuell grunnlovsbestemmelse med en av disse formuleringene vil således ikke endre dagens rettstilstand.

På bakgrunn av disse vurderingene har utvalget kommet til at det ikke vil foreslå grunnlovsfesting av rett til asyl eller rett til å søke asyl.

34.4 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at ny Grunnloven § 106 skal lyde:

«Enhver, som opholder sig lovlig i Riget, kan frit bevæge sig indenfor Rigets Grænser og vælge sit Bosted der.

Ingen kan negtes at forlade Riget, medmindre det er nødvendigt af Hensyn til en effektiv Retsfølgelse eller for Aftjening af Værnepligt. Norske Statsborgere kunne ikke negtes Adgang til Riget.»

35. Kultur, åndsverk og vitenskap

35.1 Innledende bemerkninger

Blant menneskerettighetene inngår også kulturelle rettigheter. Sentralt i flere av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene står retten til å ta del i kulturlivet, retten til å ivareta og utvikle sin kulturelle identitet og retten til å uttrykke seg fritt gjennom kunst, litteratur eller gjennom andre kulturuttrykk. I tillegg er retten til eget åndsverk og forskningens frihet og tilgjengelighet vernet.

Retten og plikten til å ivareta og utvikle samisk språk og kultur er særlig behandlet i kapittel 36. I det følgende vil derfor bare de allmenne kulturelle rettigheter som gjelder, bli nærmere omtalt. Disse vil særlig kunne få betydning for ivaretagelse av minoriteters kulturelle identitet. I punkt 35.2 vil retten til å ta del i det kulturelle liv bli behandlet, herunder også retten til å ivareta og utvikle sin kulturelle identitet. Derneft vil retten til å nyte godt av forskning og vitenskap bli behandlet i punkt 35.3. Videre vil retten til eget åndsverk bli kommentert i punkt 35.4. Til sist vil kunstens og forskningens frihet bli omtalt i punkt 35.5.

35.2 Kulturell identitet og deltakelse i det kulturelle liv

35.2.1 DAGENS RETTSTILSTAND

Grunnloven inneholder ingen generell bestemmelse om rett til å delta i kulturelt liv eller rett til å ivareta sin kulturelle identitet. Det er først og fremst retten til samisk språk og kultur som er fremmet gjennom Grunnloven § 110a. Derneft verner ytringsfrihetsbestemmelsen i Grunnloven § 100 om retten til å uttrykke seg eller formidle budskap gjennom kunst eller annen kultur, som for eksempel litteratur, teater, film, e.l., og rett til på motta slike budskap. Grunnloven § 100 siste ledd pålegger samtidig statens myndigheter å legge forholdene til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale. Deler av kulturpolitikken kan sees som et ledd i å oppfylle dette kravet.²⁵⁴

Lov 29. juni 2007 nr. 89 om offentlege styresmaktens ansvar for kulturverksemd (kulturlova), har som formål at alle kan få anledning til å delta i kulturaktiviteter og oppleve et mangfold av kulturuttrykk, jf. § 1, som lyder:

«Lova har til føremål å fastleggja offentlege styresmaktens ansvar for å fremja og leggja til rette for eit breitt spekter av kulturverksemd, slik at alle kan få høve til å delta i kulturaktivitetar og oppleva eit mangfald av kulturuttrykk.»

Kulturvirksomhet defineres i § 2, som lyder:

²⁵⁴ Ot.prp. nr. 50 (2006–2007) s. 7.

«Med kulturverksemd meiner ein i denne lova å

- a. skapa, produsera, utøva, formidla og distribuera kunst- og andre kulturuttrykk,
- b. verna om, fremja innsikt i og vidareføra kulturarv,
- c. delta i kulturaktivitet,
- d. utvikla kulturfagleg kunnskap og kompetanse.»

Kulturlova fastsetter vidare hvilke forpliktelser staten, fylkeskommunene og kommune har for å oppnå formålet med loven, se §§ 3 flg. Statens tilretteleggingsplikt er blant annet oppfylt gjennom en rekke lover, herunder lover om kulturminner, kunstnere, kulturinstitusjoner, språkspørsmål, arkiv, bibliotek, kulturskoler, bokbransjen, film, kinoer og media mv. En oversikt over disse lovene finnes i Ot.prp. nr. 50 (2006–2007) s. 10–11.

I tillegg er retten til å delta i kulturlivet nedfelt i menneskerettsloven av 1999, jf. punkt 35.2.3.

35.2.2 TIDLIGERE VURDERINGER AV GRUNNLOVSSPØRSMÅL

I Ot.prp. nr. 50 (2006–2007) om lov om offentlige styresmakters ansvar for kulturverksemd (kulturlova) ble spørsmålet om kulturhensyn burde grunnlovfestes drøftet i kapittel 4. Spørsmålet ble ansett som særlig relevant fordi globaliseringen etablerer et behov for å sikre handlingsrom for en nasjonal kulturpolitikk. Både innenfor WTO og EØS er forholdet mellom kultur og handel omstridt. Striden gjelder blant annet i hvilken grad kulturhensyn kan begrunne tiltak som samtidig medfører hindringer i vare- og tjenestehandelen. Blant annet har EFTA-domstolen i sak 1/01 – Einarsson-saken – kommet til at lavere merverdiavgift for bøker på islandsk stred mot EØS-avtalen. Å fremme bruk av det nasjonale språket ble ikke vurdert som en lovlig begrunnelse for tiltaket.

Dette var noe av bakgrunnen for at det under høringen om kulturlova var flere som tok til orde for en grunnlovsbestemmelse som kunne bidra til å sikre norsk språk, identitet og kulturelt mangfold. Departementet fremmet ikke grunnlovsforslag, men ga uttrykk for at det ville komme tilbake til dette. Ut fra sammenhengen synes det som man først og fremst hadde i tankene å fremme hensynet til kulturen der dette kommer i konflikt med andre hensyn, ikke den enkeltes rett til å delta i kulturlivet. Problemstillingen som ble behandlet av departementet, faller derfor noe på siden av utvalgets mandat. I noen grad vil det like fullt være et sammenfall mellom disse to innfallsvinklene til kulturlivet, i den forstand at den enkeltes rett til til å ta del i kulturlivet og bevare og utvikle sin kulturelle identitet også er ment å sikre at tradisjoner og språk ikke forsvinner.

35.2.3 INTERNASJONALT MENNESKE-RETTIGHETSVERN

35.2.3.1 *Verdenserklæringen og konvensjonsbestemmelser*

Rett til å ta del i kulturlivet er anerkjent i Verdenserklæringen artikkel 27 nr. 1. Bestemmelsen lyder:

«Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits.»

Bestemmelsen er fulgt opp i ØSK artikkel 15, som lyder:

«1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone:

- (a) To take part in cultural life;
- (b) To enjoy the benefits of scientific progress and its applications;
- (c) To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.

2. The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for the conservation, the development and the diffusion of science and culture.

3. The States Parties to the present Covenant undertake to respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity.

4. The States Parties to the present Covenant recognize the benefits to be derived from the encouragement and development of international contacts and co-operation in the scientific and cultural fields.»

I barnekonvensjonen artikkel 31 er barns kulturelle rettigheter nærmere utdypet. Bestemmelsen lyder:

«1. States Parties recognize the right of the child to rest and leisure, to engage in play and recreational activities appropriate to the age of the child and to participate freely in cultural life and the arts.

2. States Parties shall respect and promote the right of the child to participate fully in cultural and artistic life and shall encourage the provision of appropriate and equal opportunities for cultural, artistic, recreational and leisure activity.»

I tillegg er retten til deltakelse i kulturlivet vernet gjennom Kvinnediskrimineringskonvensjonen artikkel 13c og i konvensjonen om rettigheter for personer med nedsatt funksjonsevne artikkel 30 fra 2006. Denne siste konvensjonen gir den mest detaljerte redegjørelsen for hvordan rett til å delta i kulturelt liv kan virkeliggjøres.²⁵⁵

²⁵⁵. Konvensjonen er undertegnet, men ennå ikke ratifisert av Norge.

Videre reguleres minoriteters rett til utøvelse av sin kultur i SP artikkel 27. Bestemmelsen lyder som følger:

«In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.»

Tilsvarende reguleres minoriteters rettigheter i Europarådets rammekonvensjon for beskyttelse av nasjonale minoriteter fra 1995 og Europarådets konvensjon om regions- og minoritetsspråk fra 1992. Begge konvensjonene er ratifisert av Norge, samt trådt i kraft for Norges del. Rammekonvensjonen fra 1995 har som målsetting å respektere, ivareta og utvikle kultur, språk, religion mv. for nasjonale minoriteter i Europa. Konvensjonen fra 1992 har som målsetting å bevare de av Europas historiske språk som i dag tales av minoriteter, eller som tales i enkelte regioner.

35.2.3.2 Nærmere om ØSK-komiteens forståelse av kulturrettigheter

Komiteen for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter har utdypet hva som ligger i retten for enhver til å ta del i kulturelt liv i sin generelle kommentar nr. 21 fra 2009.

Den innleder med å erklære at respekt for og fremme av kulturelle rettigheter er nødvendig for å bevare menneskeverdet og positiv interaksjon mellom individer og grupper i en mangfoldig og multikulturell verden. Retten til å ta del i kulturelt liv har en positiv og en negativ side: Staten skal ikke nekte kulturelle uttrykk eller tilgang til kulturelle goder og tjenester, og den skal legge forholdene til rette for lik tilgang til og bevaring av kulturarven og andre kulturelle goder og tjenester. Men den må også respektere personlige valg om ikke å delta i kulturelle aktiviteter. Inngrep i retten kan bare gjøres der dette er lovfestet, er forenlig med rettighetens natur og har til formål å fremme den alminnelige velferden i et demokratisk samfunn, jf. ØSK artikkel 4.

Kulturbegrepet er vidt. Det omfatter alle manifestasjoner av menneskelig eksistens, f.eks. måter å leve på, språk, muntlig eller skriftlig litteratur, musikk og sang, ikke-verbal kommunikasjon, religion og trossystemer, riter og seremonier, sport og lek, produksjonsmetoder og teknologi, naturmiljø og kulturmiljø, mat, klær og bygninger, og kunst, skikker og tradisjoner. Kultur skaper og speiler verdier om hva som er et godt liv og det økonomiske, sosiale og politiske livet til individer, grupper og samfunn.

Å «ta del i» kulturelt liv har tre hovedkomponenter. For det første består dette i å *delta* i betydningen

å handle fritt, herunder å velge sin egen identitet og gruppetilhørighet, ta del i det politiske liv, ta del i egne kulturelle aktiviteter og uttrykke seg på sitt eget språk. For det andre består det i å ha *tilgang* til egen og andres kultur gjennom utdanning og informasjon. For det tredje består det i å kunne *bidra* til kulturelt liv – å ta del i utviklingen av kulturen i det fellesskapet man tilhører.

Komiteen bruker mye plass på å beskrive statenes særlige plikter til å sikre rett til å ta del i kulturelt liv for kvinner, barn, eldre personer, personer med funksjonsnedsettelse, minoriteter, innvandrere, urfolk og personer som lever i fattigdom. Den peker blant annet på at artikkel 15 nr. 1 a også omfatter retten for *minoriteter* og personer som tilhører minoriteter, til å ta del i samfunnets kulturelle liv, og til å bevare, fremme og utvikle sin egen kultur. Når det gjelder *innvandrere*, understreker komiteen at statene skal være spesielt oppmerksomme på beskyttelsen av deres kulturelle identitet og språk, religion og folklore, og at statene ikke skal hindre dem fra å bevare kulturelle bånd til sitt opprinnelsesland. Komiteen understreker i den forbindelse at statene har ansvar for å beskytte kulturelt mangfold.

Statene har en vid skjønnsmargin når det gjelder valg av virkemidler for å gjennomføre retten til å delta i kulturelt liv, men må iverksette tiltak for å oppfylle de grunnleggende pliktene. Det skal også finnes mekanismer for å undersøke påstander om brudd på artikkel 15 og iverksette tiltak som kompenserer for skaden ved slike brudd.

I Norges rapporter til FN om hvordan konvensjonene oppfylles, senest rapport 30. juni 2010, gis en oversikt over de ulike virkemidlene som tas i bruk for å oppfylle retten til å delta i kulturelt liv.

35.2.4 ANDRE LANDS KONSTITUSJONER

Finlands Grundlag 1 § omfatter både rett til utdanning, rett til å utvikle seg selv, og vitenskapens, kunstens og høyere utdannings frihet. Retten til eget språk og kultur omfattes av 17 §. Bestemmelsene lyder:

«16 § Kulturella rättigheter

Alla har rätt till avgiftsfri grundläggande utbildning. Bestämmelser om läroplikten utfärdas genom lag.

Det allmänna skall, enligt vad som närmare bestäms genom lag, säkerställa lika möjligheter för var och en att oavsett medellöshet enligt sin förmåga och sina särskilda behov få även annan än grundläggande utbildning samt utveckla sig själv.

Vetenskapens, konstens och den högsta utbildningens frihet är tryggad.

17 § Rätt till eget språk och egen kultur

Finlands nationalspråk är finska och svenska.

Vars och ens rätt att hos domstol och andra myndigheter i egen sak använda sitt eget språk, antingen finska eller svenska, samt att få expeditioner på detta språk skall tryggas genom lag. Det allmänna skall tillgodose landets finskspråkiga och svenskspråkiga befolknings kulturella och samhälleliga behov enligt lika grunder.

Samerna såsom urfolk samt romerna och andra grupper har rätt att bevara och utveckla sitt språk och sin kultur. Bestämmelser om samernas rätt att använda samiska hos myndigheterna utfärdas genom lag. Rättigheterna för dem som använder teckenspråk samt dem som på grund av handikapp behöver tolknings- och översättningshjälp skall tryggas genom lag.»

Som man ser, er det ingen bestemmelse som direkte fastslår den enkeltes rett til å delta i kulturelt liv. Men retten for den enkelte til å utvikle seg kan vanskelig tenkes virkeliggjort uten gjennom deltakelse i kulturelle aktiviteter i en eller annen form. Det er også fastslått at samene, rom og andre grupper har rett til å bevare og utvikle sitt språk og sin kultur.

I *Sveriges Regeringsform* er bestemmelser av betydning for retten til å ta del i kulturelt liv tatt inn i ulike sammenhenger. I første kapittel 2 § annet ledd første punktum heter det at «[d]en enskildas personlige, økonomiske og kulturelle välfärd ska vara grundläggande mål för den offentliga verksamheten». Bestemmelsens siste ledd gjelder det samiske folkets og minoriteters mulighet til å ivareta sin kultur og sitt samfunnsliv:

«Samiska folkets och etniska, språkliga och religiösa minoriteters möjligheter att behålla och utveckla ett eget kultur- och samfunnsliv ska främjas.»

I 2. kapittel 1 § om opinionsfriheter, fremgår det av første ledd nr. 1 og 3 at ytringsfriheten også omfatter kulturelle ytringer, og at forsamlingsfriheten også omfatter sammenkomster for fremføring av kunstneriske verk. I samme kapittel 2 § fastsettes blant annet at enhver har frihet til ikke å tilkjenne sitt syn på kultur.

I bestemmelsen om adgang til å begrense ytrings- og informasjonsfriheten fastsettes det at det særlig skal legges vekt på videst mulig ytrings- og informasjonsfrihet i blant annet kulturelle spørsmål, se 23 § annet ledd, som lyder:

«Vid bedömandet av vilka begränsningar som får göras med stöd av första stycket ska särskilt beaktas vikten av vidaste möjliga yttrandefrihet och informationsfrihet i politiska, religiösa, fackliga, vetenskapliga och kulturella angelägenheter.»

Danmarks og Islands grunnlover nevner ikke retten til å ta del i kulturelt liv. Men den islandske kulturarv er foreslått særlig vernet i forslag til ny islandsk grunnlov § 32.

EUs *Charter of fundamental rights* bestemmer at unionen skal respektere kulturelt, religiøst og språklig mangfold, jf. artikkel 13.

35.2.5 UTVALGETS VURDERING

Rett til å ta del i det kulturelle liv hviler på en erkjennelse av at den enkeltes personlige utvikling og utfoldelse forutsetter at det ikke legges hindringer i veien for at han eller hun kan gjøre seg kjent med sin og andres kulturarv, litteratur, arkitektur, kunst, sport mv., eller for at han eller hun kan ta del i festivaler, følge tradisjoner, utøve sport eller kunstnerisk virksomhet mv. Retten til å ta del i det kulturelle liv henger derfor nært sammen med andre rettigheter, som ytringsfriheten, retten til å motta informasjon, friheten for tanke, samvittighet og religion, forenings- og forsamlingsfriheten og retten til utdanning.

Retten til å delta i kulturelt liv skal i henhold til konvensjonene virkeliggjøres dels ved at myndighetene ikke hindrer den frie deltakelsen i kulturelt liv, dels ved at den enkeltes mulighet for deltakelse beskyttes mot at andre urettmessig hindrer deltakelse, og dels ved at det tilrettelegges for den enkeltes deltakelse («respect, protect and provide»).

Disse forholdene oppfylles i dag av norske myndigheter, og en grunnlovsfesting av retten til å delta i det kulturelle liv vil ikke endre dagens rettstilstand. Når det gjelder den første plikten for myndighetene til å avstå fra inngrep, er det vanskelig å se for seg ikke-legitime inngrep i kulturdeltakelsen som ikke samtidig vil utgjøre inngrep i ytringsfriheten, religionsfrihet eller forsamlingsfriheten. Ytringsfrihet og religionsfrihet er allerede vernet i Grunnloven, mens utvalget foreslår grunnlovsfesting av forsamlingsfrihet. Når det gjelder plikten til å beskytte og tilrettelegge for kulturlivet, er det i Norge tatt en rekke virkemidler i bruk for å virkeliggjøre den enkeltes mulighet til å delta. Det er ingenting som tyder på at Norge ikke oppfyller de aktuelle bestemmelsene i ØSK, barnekonvensjonen og andre internasjonale konvensjoner om dette.

Grunnlovsfesting av retten for den enkelte til fritt å delta i kulturelt liv og myndighetenes plikt til å legge forholdene til rette for slik deltakelse vil synliggjøre at deltakelse i kulturelt liv er en viktig verdi i det norske samfunnet. Grunnlovsfesting vil være en anerkjennelse av at kulturell utfoldelse og deltakelse i kulturelle aktiviteter er av stor betydning for personlig utvikling, etablering og markering av identitet og tilhørighet, og for livsglede og livsutfoldelse. For fellesskapet er rett til deltakelse i det kulturelle liv viktig for å skape møteplasser og felles opplevelser.

Som det fremgår av redegjørelsen for ØSK-komiteens forståelse av artikkel 15 nr. 1 a, omfatter retten til å delta i kulturelt liv også medlemmer av minoritetsgruppers rett til å utøve, videreutvikle og

formidle egen kultur – en rett som også er beskyttet av SP artikkel 27. Foruten den egenverdi dette har for det enkelte medlem av minoritetsgruppen og for gruppen som helhet, kan slike kulturuttrykk bidra til at andre får økt kjennskap til minoritetskulturen, samt økt forståelse og respekt for denne kulturen. Det er ikke mange tiårene siden minoriteter i Norge opplevde å bli hindret i å snakke sitt eget språk eller utøve sin egen kultur.²⁵⁶ Også dette taler for at retten til å fritt å ta del i kulturelt liv synliggjøres i Grunnloven.

På denne bakgrunn finner utvalget at retten til å ta del i det kulturelle liv bør vernes i Grunnloven.

En mulig grunnlovsbestemmelse kan utformes slik:

«Det påligger statens myndigheter å respektere og legge forholdene til rette for at den enkelte kan delta i kulturaktiviteter og oppleve et mangfold av kulturuttrykk.»

(eller)

«Enhver har rett til fritt å ta del i kulturelt liv. Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for at den enkelte skal få mulighet til å delta i kulturaktiviteter og oppleve et mangfold av kulturuttrykk.»

(eller)

«Det påligger statens myndigheter å respektere den enkeltes kulturelle identitet, og legge forholdene til rette for at den enkelte kan delta i kulturaktiviteter og oppleve et mangfold av kulturuttrykk.»

Samtlige formuleringer er til dels inspirert av kulturlova § 1, og de vil måtte forstås og tolkes i samsvar med denne bestemmelsen. Formuleringene må også forstås i lys av de internasjonale forpliktelsene til å respektere, beskytte og tilrettelegge for deltakelse i det kulturelle liv, både for majoritetskulturer og for minoritetskulturer.

Utvalget finner at den siste av formuleringene ovenfor på en enkel og lettfattelig måte gir uttrykk for den sentrale rettstilstanden på området. Formuleringens første del tar sikte på at myndighetene må respektere den enkeltes kulturelle identitet. I dette ligger at staten ikke skal drive en assimileringsspolitikk med sikte på at alle skal like de samme tingene

eller tale og handle likt. Formuleringens første del er imidlertid ikke til hinder for en aktiv integreringspolitikk. Dette følger også av formuleringens siste del, der det heter at forholdene skal legges til rette for at den enkelte kan oppleve et mangfold av kulturuttrykk. I dette ligger ikke bare at statens myndigheter skal legge til rette for at ulike former for kulturopplevelser skal blomstre, så som opera, folkedans, historiske og kulturelle vandringer, håndverk i skolen mv., men også legge til rette for kulturelle møteplasser, der majoritetskulturer gjøres kjent med minoritetskulturer og omvendt.

Det kan til tider – eller for noen grupper – være vanskelig å finne en rimelig og god balanse mellom integrering og respekt for den enkeltes kulturelle identitet. Den foretrukne formuleringen vil ikke være til hinder for at myndighetene stiller krav til personer med minoritetsbakgrunn, for eksempel krav om opplæring i norsk språk og kultur. På dette området må det være stort rom for politisk skjønn, og det må være rom for at synet på integrering endres over tid, både som følge av erfaring, som følge av endringer i den faktiske situasjonen, og som følge av endringer i de politiske maktforhold. Det må også være rom for at man i ettertid ser at den integreringspolitikken som ble ført, ikke var helt vellykket, uten at de politiske myndigheter skal stilles ansvarlig for dette. Domstolene må derfor utvise stor varsomhet med å prøve grensen mellom integreringspolitikk og respekt for den enkeltes kulturelle identitet.

Generelt må bemerkes at den foretrukne formuleringen ikke er utformet som en rettighet for den enkelte. Bestemmelsen er utformet som en plikt for statens myndigheter til å respektere og legge forholdene til rette for den enkeltes mulighet til å ta del i kulturlivet. Formuleringen pålegger således ikke myndighetene en plikt til å sikre den enkeltes rett til å ta del i de kulturaktiviteter man selv ønsker. Den pålegger heller ikke myndighetene en plikt til å stille med økonomiske ressurser, lokaler eller arrangementskomiteer. En formulering som sikrer en slik rett, vil i for stor grad binde opp de politiske myndigheter til å sette av ressurser til bestemte kulturtiltak.

En konsekvens av dette er at formuleringen i første rekke er ment som en politisk programerklæring og som et rettslig tolkningsmoment ved fortolkningen av annen lovgivning. Bare i sjeldne tilfeller vil en slik bestemmelse aktivt kunne håndheves av domstolene som en skranke for lovgiver. Dette vil først og fremst være aktuelt for spørsmålet om plikten til å *respektere* den enkeltes kulturelle identitet og den enkeltes rett til deltakelse i kulturlivet. Utidig innblanding i hvilke kulturaktiviteter den enkelte skal delta i, og hvordan denne kulturen skal komme til uttrykk, vil ikke være å utvise den tilstrekkelige respekt for andres kultur og kulturdeltakelse. Statens

²⁵⁶ Se St.meld. 15 (2000–2001) Nasjonale minoriteter i Norge - Om statleg politikk overfor jødar, kvener, rom, romanifolket og skogfinnar. Her oppsummeres politikken for eksempel overfor romanifolket slik (punkt 4.3.1): «Samla sett må vi seie at den politikken som har vore ført overfor romanifolket, særleg på 1900-talet, har vore ein aktiv assimileringsspolitikk. Politikken har aktivt medverka til å undergrave den tradisjonelle livsforma og kulturen som prega folkegruppa, og har ført til at mange enno i dag er tilbakehalde når det gjeld å la livsform og kultur kome ope til uttrykk.»

myndigheter må imidlertid ha adgang til å påvirke organiseringen og administreringen av kulturaktiviteter som de selv er med på å finansiere.

35.3 *Rett til å nyte godt av vitenskapelige fremskritt*

35.3.1 DAGENS RETTSTILSTAND

Grunnloven har ingen bestemmelse som direkte beskytter retten til å nyte godt av vitenskapelige fremskritt og anvendelsen av slike fremskritt. Retten til å dele og motta opplysninger i Grunnloven § 100 kan imidlertid bidra til at en slik rett virkeliggjøres.

Universitets- og høyskoleloven § 1-5 sjette ledd fastsetter at universiteter og høyskoler skal sørge for åpenhet om resultater fra forskning og faglig eller kunstnerisk utviklingsarbeid. I tillegg har ansatte som har forskning og utviklingsarbeid som arbeidsoppgave, en rett og en plikt til å offentliggjøre sine resultater. Utsatt offentliggjøring kan likevel godtas i noen tilfeller, for eksempel for å sikre at den som er kommet ett forskningsskritt på veien, får fullført sin forskning i ro. Også helseforskningsloven § 39 flg. har regler om åpenhet i helseforskningen, samt unntak fra dette. Andre virkemidler for å sikre åpenhet drøftes blant annet i Norges rapporter til FN om oppfyllelsen av ØSK og i St.meld. nr. 30 (2008–2009), Klima for forskning.

Retten til åndsverk og retten oppfinnere har til å nyte godt av de økonomiske interessene knyttet til oppfinnelsene, kan tilsynelatende stå i et motsetningsforhold til den enkeltes rett til å nyte godt av vitenskapelige fremskritt. Oppfinneres rett ivaretas nasjonalt gjennom patentlovgivningen, som gir oppfinneren eller den oppfinnerens rett har gått over til, eneretten til å utnytte oppfinnelsen i nærings- og driftsøyemed i et gitt tidsrom. I Norge er ordningen at et meddelt patent kan opprettholdes i 20 år fra den dag patentsøknad er inngitt, jf. patentloven § 40 første ledd. Det er likevel slik at også patentlovgivningen skal stimulere til teknologiske eller vitenskapelige fremskritt. Oppdagelser regnes for eksempel ikke som oppfinnelser, jf. patentloven § 1 annet ledd. Patentlovgivningen sikrer også at oppfinnelsen offentliggjøres, slik at kunnskapen blir tilgjengelig for andre, jf. patentloven § 22 første ledd.

35.3.2 INTERNASJONALT MENNESKERETTIGHETSVERN

Sammen med retten til å ta del i kulturelt liv nevner de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene rett til å ta del i eller nyte godt av vitenskapelige fremskritt og anvendelsen av dem, se Verdensklæringen artikkel 27 og ØSK artikkel 15 nr. 1 b, som er gjengitt under punkt 35.2.3 foran.

ØSK-komiteen har ikke utarbeidet generelle kommentarer til denne rettigheten. Ut fra komiteens øvrige generelle kommentarer er det nærliggende å forstå den slik at statene har plikt til å respektere den enkeltes rett til å skaffe seg kunnskap om vitenskapelige fremskritt og til produkter som er et resultat av dem, en plikt til å beskytte mot at de som har slik kunnskap eller kan tilby slike produkter, urettmessig nekter andre tilgang, og en plikt til å legge forholdene til rette for at ny kunnskap og fruktene av denne kan komme alle til gode. Ut fra formålet med konvensjonen må det antakelig leses inn som en forutsetning at det er tale om vitenskapelige fremskritt som fremmer et menneskeverdig liv, herunder som fremmer retten til en rimelig levestandard, best mulig helse, delaktighet i kulturelt liv mv. I sine spørsmål til konvensjonsstatene er ØSK-komiteen også opptatt av hva statene gjør for å hindre at vitenskapelige og tekniske fremskritt brukes til formål som skader menneskeverdet og muligheten til å nyte godt av menneskerettighetene.

35.3.3 ANDRE LANDS KONSTITUSJONER

Ingen av de nordiske lands grunnlover har bestemmelser som beskytter den enkeltes rett til å nyte godt av vitenskapelige fremskritt og deres anvendelse.

35.3.4 UTVALGETS VURDERING

Vitenskap, forskning og utvikling av ny industri og teknologi har spilt en sentral rolle for fremskritt og velstand i vårt samfunn. Slik nyter den enkelte – om enn i ulik grad – godt av vitenskapelige fremskritt og anvendelsen av dem. I denne sammenhengen er det et sentralt poeng at kunnskap basert på forskning ikke bare skal komme en mindre elite til gode, men hele befolkningen. Spørsmålet er likevel om dette er en rettighet som bør beskyttes i Grunnloven.

Langt på vei vil beskyttelsen av retten til en tilfredsstillende levestandard, best mulig helse, samt diskrimineringsforbud, ytringsfrihet og frihet til å motta opplysninger og informasjon ivareta det underliggende formålet med en bestemmelse som beskytter retten til å nyte godt av vitenskapelige fremskritt og deres anvendelse. Utover det som følger av de øvrige rettigheter utvalget foreslår, eller som allerede er ivaretatt i Grunnloven, vil retten til å nyte godt av vitenskapelige fremskritt ha liten selvstendig betydning.

I tillegg vil en bestemmelse i Grunnloven som gir den enkelte rett til å nyte godt av vitenskapelige fremskritt, neppe ha en tydelig avgrensning av hvilke forhold og hvilke tiltak det i så fall siktes til. Det er også en rettighet med mange unntak, blant annet av hensyn til ro omkring forskningen og av hensyn til patenthaver. Det vil derfor måtte foretas mange

avveininger med hensyn til hvilken informasjon offentligheten har krav på, på hvilket tidspunkt de har krav på informasjonen, i hvilken form informasjonen skal presenteres, i hvilken utstrekning det skal tilrettelegges for at informasjon om det meste når ut til alle, og hvorvidt det skal tilrettelegges for at den enkelte skal kunne nyte godt av den kunnskapen som foreligger. Alt dette er avveininger som uansett vil måtte skje helt konkret. I en tid med stor informasjonstilgang, og hvor det drives forskning over hele verden, kan det ikke forventes at enhver får mulighet til å nyte godt av det siste på forskningsfronten. Heller ikke at statens myndigheter til enhver tid er oppdatert om det som skjer på de ulike områdene.

Etter en samlet vurdering har utvalget på denne bakgrunn kommet frem til at retten til å nyte godt av vitenskapelige fremskritt ikke egner seg for grunnlovsfesting.

Dersom Stortinget likevel ønsker å fremheve denne rettigheten i Grunnloven, kan det være nærliggende å kombinere den med en bestemmelse om rett til å ta del i det kulturelle liv, for eksempel slik:

«Det påligger statens myndigheter å respektere den enkeltes kulturelle identitet, og legge forholdene til rette for at den enkelte kan delta i kulturaktiviteter, oppleve et mangfold av kulturuttrykk og nyte godt av vitenskapelige fremskritt.»

35.4 Retten til åndsverk

35.4.1 DAGENS RETTSTILSTAND

I dag er det ingen bestemmelser i Grunnloven som uttrykkelig regulerer den enkeltes rett til egne åndsverk.

Åndsverkloven § 1 slår det fast at den «som skaper et åndsverk, har opphavsrett til verket». Med åndsverk forstås litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk av enhver art. Opphavsretten gir i utgangspunktet enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplarer av det og ved å gjøre det tilgjengelig for allmennheten, jf. § 2. I tillegg har opphavspersonen krav på å bli navngitt på eksemplarer av åndsverket og når det gjøres tilgjengelig for allmennheten, jf. § 3. Opphavsretten kan overdras, jf. åndsverksloven kapittel 3. Opphavsrettens vernetid er 70 år etter utløpet av opphavspersonens dødsår, jf. § 40.

Også andre lover beskytter opphavspersoners rett. Blant annet gjelder det patentloven, jf. punkt 35.3.1, og designloven.

35.4.2 INTERNASJONALT MENNESKERETTIGHETSVERN

Verdenserklæringen artikkel 27 nr. 2 slår fast retten til åndsverk. Bestemmelsen lyder:

«Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.»

Som det fremgår under punkt 35.2.3.1, inneholder ØSK artikkel 15 nr. 1 bokstav c en likelydende bestemmelse.

I ØSK-komiteens generelle kommentar nr. 17 fra 2005 understrekes det at beskyttelsen av den ideelle og økonomiske interessen for den som skaper kunst, litteratur eller vitenskapelige verk, er en menneskerett som ikke må forveksles med intellektuell eiendomsrett. For eksempel er ØSK-rettigheten forbeholdt fysiske personer, ikke juridiske. Og den beskyttelsen statene plikter å gi, går ikke nødvendigvis like langt som etter eksisterende opphavsrettslige regler. Den ideelle interessen som beskyttes («moral interest»), omfatter retten til å bli anerkjent som skaperen av verket og rett til å nekte at det ødelegges eller endres på en måte som er respektløs overfor den som har skapt verket. Den økonomiske interessen som beskyttes, har sammenheng med retten til rimelig lønn for arbeid og rimelig levestandard. Engangsbetaling eller en tidsbegrenset enerett til utnyttelse av verket vil være forenlig med denne rettigheten.

Det kan også nevnes at EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 (P1-1), som beskytter eiendomsretten, er tolket slik at den også beskytter opphavsrettigheter («intellectual property rights»)²⁵⁷.

35.4.3 ANDRE LANDS KONSTITUSJONER

Blant de nordiske grunnlover er det bare den *svenske* Regeringsformen som beskytter åndsverktettigheter uttrykkelig, se § 16, som lyder:

«Författare, konstnärer och fotografer äger rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag.»

Som man ser, er ikke den som skaper vitenskapelige verk nevnt, men derimot fotografer. Antakelig blir ikke innholdet snevrere enn i ØSK – også skaperen av vitenskapelige verk er en forfatter. Skaperen av fotografier vil ofte være kunstnere, men ikke alltid. Her går bestemmelsen derfor trolig lenger enn ØSK. Tilføyelsen «enligt bestämmelser som meddelas i lag» innebærer imidlertid at dette er en av de rettighetene i Regeringsformens kapittel om grunnleggende fri- og rettigheter som har svakest vern.²⁵⁸

Både Danmark, Island og Finland har en bestemmelse i sine grunnlover som beskytter eiendomsretten. Det er mulig også immateriell eiendomsrett i

^{257.} Se EMD *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* (2009), avsnitt 72.

^{258.} Se Joachim Nergelius, *Svensk statsrätt*, 2010 s. 150.

noen grad kan være vernet av disse bestemmelsene, slik som i EMK P1-1.

I EUs *Charter of fundamental rights* er beskyttelse av intellektuell eiendomsrett uttrykkelig nevnt i artikkel 17 nr. 2 om eiendomsrett som følger:

«Intellectual property shall be protected.»

35.4.4 UTVALGETS VURDERING

Rettigheter til egne åndsverk er ofte en viktig drivkraft og en viktig premiss for å opprettholde motivasjonen til å skape og produsere åndsverk. Produksjon av åndsverk kan ha sentral betydning for selvrealisering og egenutvikling, samtidig som det kan være en viktig kilde til inntekt. Velferden i samfunnet er også avhengig av at det blir produsert litteratur, kunst, vitenskapelige artikler mv. Det er likevel et spørsmål om åndsverktettigheter er av en slik karakter at de bør grunnlovsfestes.

Norsk rett inneholder allerede en omfattende regulering av opphavspersoners rett til sine verk. Dette er lovgivning som er blitt til i internasjonalt samarbeid, og det er ingen grunn til å tro at den ikke fullt ut ivaretar den retten til beskyttelse som er omhandlet i ØSK artikkel 15 nr. 1 bokstav c. Blant annet på grunn av det sterke internasjonale samarbeidet som finnes om opphavsrettslige regler, er dette en rettighet som ikke lett kan tenkes truet, selv om det politiske klimaet i Norge skulle endre seg vesentlig. Den er heller ikke blant de rettighetene som er viktigst å fremheve som en fundamental verdi i det norske samfunn. Det er også et poeng at en grunnlovsbestemmelse vil bli ganske generell og intetsigende ved siden av det omfattende internasjonale regelverket på dette området.

Dette er også et område som er i sterk utvikling for øyeblikket, og hvor de nye digitale medier kan komme til å legge nye føringer på hvordan åndsverk og opphavsrettigheter bør beskyttes globalt. I tillegg kan understrekes at det i flere sammenhenger vil være vanskelig å ta stilling til om det er opphavsmannen personlig eller hans eller hennes arbeidsgiver som bør ha rettighetene til åndsverket.

Utvalget vil på denne bakgrunn ikke anbefale at det tas inn i Grunnloven en bestemmelse som regulerer retten til åndsverk.

Dersom Stortinget likevel ønsker en slik bestemmelse, er det nærliggende å ta den inn som et annet eller tredje ledd i en generell bestemmelse om kulturelle rettigheter. En mulig formulering av et annet eller tredje ledd kan være:

«Enhver som skaper et litterært, vitenskapelig eller kunstnerisk verk, har opphavsrett til verket i samsvar med nærmere bestemmelser gitt ved lov.»

(eller)

«Likeledes påligger det statens myndigheter å sikre at enhver som skaper litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk får opphavsrett til verket.»

35.5 *Kunstens og forskningens frihet*

35.5.1 DAGENS RETTSTILSTAND

Grunnloven sier ingenting om forskningens eller kunstens frihet. Men Grunnloven § 100 om ytringsfrihet beskytter også kunstneriske ytringer og forskeres frihet til å offentliggjøre sine resultater.

I universitets- og høyskoleloven er prinsippet om akademisk frihet nedfelt og utdypet i § 1-5. Særlig relevant er første og femte ledd, som lyder:

«(1) Universiteter og høyskoler skal fremme og verne akademisk frihet. Institusjonene har et ansvar for å sikre at undervisning, forskning og faglig og kunstnerisk utviklingsarbeid holder et høyt faglig nivå, og utøves i overensstemmelse med anerkjente vitenskapelige, kunstfaglige, pedagogiske og etiske prinsipper.

(5) Den som er ansatt i stilling hvor forskning eller faglig eller kunstnerisk utviklingsarbeid inngår i arbeidsoppgavene, har rett til å velge emne og metode for sin forskning eller sitt utviklingsarbeid innenfor de rammer som følger av ansettelsesforholdet eller særskilt avtale.»

Bestemmelsen i femte ledd og første ledds nåværende ordlyd ble vedtatt i 2007. Bakgrunnen for lovendringen var en merknad fra kirke-, utdannings- og forskningskomiteen under behandlingen av universitets- og høyskoleloven, hvor komiteen fremholdt at «stor grad av faglig autonomi for den enkelte vitenskapelige ansatte er et viktig premiss for forskningens uavhengighet og legitimitet», men at lovfesting av akademisk frihet krevde nærmere utredning, jf. Innst. O. nr. 48 (2004–2005) s. 8. Departementet nedsatte på denne bakgrunn et utvalg – Underdalutvalget – som utarbeidet NOU 2006:19 Akademisk frihet. Her finnes grundige redegjørelser for hva som menes med akademisk frihet og frihetens begrunnelser, men også innvendinger og kritiske spørsmål, se nærmere punkt 35.5.4.

35.5.2 INTERNASJONALT MENNESKE- RETTIGHETSVERN

ØSK artikkel 15 nr. 3 lyder:

«The States Parties to the present Covenant undertake to respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity.»

ØSK-komiteen har ikke uttalt seg om denne bestemmelsen i generelle kommentarer.

UNESCO, Europarådet og EU har kommet med anbefalinger om å respektere den faglige autonomi for forsknings- og undervisningsinstitusjonene og for de tilsatte i forsknings- og undervisningsstillinger.

Disse anbefalingene er ikke rettslig bindende for medlemslandene, men gir uttrykk for universelle (UNESCO) og regionale (Europarådet og EU) forventninger til sektorens uavhengighet.²⁵⁹

35.5.3 ANDRE LANDS KONSTITUSJONER

I *Finland* er kunstnerisk og vitenskapelig frihet beskyttet i Grunnloven 16 § tredje avsnitt, som lyder:

«Vetenskapens, konstens och den högsta utbildningens frihet är tryggad.»

I den *svenske* Regeringsformen ble forskningens frihet grunnlovsfestet ved reformen i 2010. Bestemmelsen er tatt inn i 2. kapittel som nr. 2 i 18 § om utdanning og forskning, og lyder:

«Forskningens frihet är skyddad enligt bestämmelser som meddelas i lag.»

Også i Tyskland er den akademiske friheten regulert føderalt i Grundgesetz artikkel 5 (3). Bestemmelsen lyder:

«Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.»

EUs *Charter of fundamental rights* beskytter kunstens og forskningens frihet i artikkel 13, som lyder:

«The arts and scientific research shall be free of constraint. Academic freedom shall be respected.»

35.5.4 UTVALGETS VURDERING

Et velfungerende demokrati er avhengig av at befolkningen og de som velges til å representere den, har innsikt i de utfordringene samfunnet står overfor og kunnskap om fordeler og ulemper ved de virkemidlene som er aktuelle å ta i bruk. Demokratiet forutsetter at de som har makt, ikke står fritt til å begrense de problemstillinger eller fenomener som skal være gjenstand for forskning, hvilke funn som skal offentliggjøres, eller hvilke kunstneriske verk som skal frembringes eller fremføres. Kunstens og forskningens frihet har altså betydning for opinionsdannelsen og for kvaliteten på samfunnsmessige beslutninger.

Langt på vei er kunstens og forskningens frihet vernet av Grunnloven § 100 om ytringsfrihet, sensurforbud og offentlighet, men ikke fullt ut. Det kan være ønskelig å markere prinsippet i Grunnloven, bl.a. for å redusere faren for at oppdragsforskning forsøkes styrt, at forskning kamufleres som konsulentoppdrag, eller at forskere som fremlegger upopu-

lære resultater, straffes gjennom manglende lønnsopprykk eller manglende tildeling av nye forskningsmidler. Kunstens og forskningens frihet må selvsagt også kunne undergis begrensninger. Det må for eksempel kunne legges begrensninger på kunst og forskning som krenker andres rettigheter. Det må også kunne etableres mekanismer for å sikre at ikke forskere misbruker friheten.

Grunnlovsfestingen av forskningens og kunstens frihet vil ikke stille krav til endringer i lovgivningen eller rettstilstanden for øvrig, men vil befeste det prinsippet som allerede er nedfelt i universitets- og høyskoleloven, og som ellers gjelder som et ulovfestet prinsipp.

En mulig innvending mot grunnlovsfesting kan være at lovreguleringen av den akademiske frihet er av så pass ny dato at det er for tidlig å si hvordan de akademiske miljøer eller forvaltningen vil trekke opp de nærmere grensene etter vedtakelse av loven. Videre kan det kanskje innvendes at den akademiske og kunstneriske frihet ikke er en rettighet som tilfaller alle mennesker i samfunnet, i motsetning til for eksempel deltakelse i kulturlivet. Den akademiske frihet omfatter først og fremst de personer som arbeider som forskere eller lærere ved universitet og høyskoler, mens den kunstneriske frihet først og fremst er et gode for den som ønsker å uttrykke seg gjennom kunst.

Mot dette må særlig påpekes at en eventuell grunnlovsfesting av akademisk og kunstnerisk frihet ikke vil ha til formål å ivareta den enkelte forskers eller kunstners frihet, men samfunnets nytte av den frie forskning og den frie kunsten. Slik sett er disse friheter en forutsetning for andres menneskerettigheter og for demokratiet.

Ved vurderingen av lovfesting av den akademiske frihet reiste Underdalutvalget den innvending at den akademiske frihet ikke nødvendigvis fører til utvikling av ny kompetanse:

«Virkeligheten avviker på viktige punkter fra det idealbildet som begrunnelsen bygger på. Innebygd i Akademia selv finnes flere mekanismer som truer med å 'pervertere' virksomheten. Selv om de aller fleste forskere ganske sikkert har et levende engasjement i sitt fag, ville det være naivt å tro at alle drives utelukkende av nysgjerrighet og et ønske om å bidra til sann kunnskap. Også hensyn som ambisjoner om egen karriere, anseelse og inntekt vil ofte være viktige motivasjonsfaktorer. Slike drivkrefter virker ikke nødvendigvis kvalitetsfremmende; ikke så rent sjelden kan de tvert om friste til mer eller mindre grove brudd på grunnleggende normer for god forskning. Den som leter vil lett kunne finne tilfelle hvor forskertitler eller akademiske grader misbrukes som forkledning for å forlene egne politiske oppfatninger med større autoritet. Og vi vet at slett ikke alle fagmiljøer virker som drivhus for kreativ nyttenkning. Noen preges snarere av innkapsling, forvitring og forfall, andre kan kanskje mest treffende beskrives

²⁵⁹ Se nærmere NOU 2006:19 vedlegg 3.

som en intellektuell prokrustesseng hvor middelmådige og til dels avblomstrede professorer reproducerer bleke kopier av seg selv. Kombinasjonen av institusjonell autonomi og individuell akademisk frihet åpner et betydelig rom for slike perverteringer, og kan til og med skape en fruktbar grobunn for slike. Med i bildet hører også at akademisk frihet i noen tilfelle ledsages av en personalpolitikk der toleranse i noen grad degenererer til likegyldighet. I slike tilfelle kan det med god grunn hevdes at utviklingen av ny kunnskap hemmes mer av understyring enn av overstyring. Rett nok har det internasjonale akademiske fellesskap utviklet flere og til dels effektive mekanismer for både forebygging og korreksjon. Men uten et sterkt institusjonelt engasjement for å ivareta forpliktelsene som ligger i akademiske kjerneverdier og normer, vil disse mekanismene ikke bli godt utnyttet. Den internasjonale debatten avdekker en uttalt og til dels godt begrunnet skepsis fra flere hold med hensyn til den enkelte institusjons evne til å ivareta sitt ansvar uten tilsyn, støtte og påtrykk utenfra.»²⁶⁰

Underdalutvalget påpekte imidlertid at denne og andre innvendinger likevel ikke underminerer selve grunntesen om at intellektuell frihet er grunnleggende for all vitenskapelig virksomhet.

Etter en samlet vurdering har utvalget kommet til at det vil foreslå at prinsippet om at kunsten og forskningen skal være fri, bør grunnlovsfestes, og da som et nytt annet ledd til bestemmelse om deltakelse i det kulturelle liv. Utvalget finner imidlertid ikke at kunstens og forskningens frihet skal utformes som en individuell rettighet for den enkelte kunstner eller forsker, for deres ytringsfrihet vil bl.a. være vernet gjennom Grunnloven § 100. Her er det først og fremst *prinsippet* om den frihet som kunsten og forskningen har som er tenkt vernet. Bestemmelsen vil imidlertid være en politisk rettesnor og et tolkningsmoment ved fortolkningen av annen lovgivning.

Prinsippet om kunsten og forskningens frihet kan for eksempel formuleres slik, der utvalget går inn for det første av disse alternativer:

«Vitenskapens og kunstens frihet skal respekteres.»

(eller)

«Kunstens og forskningens frihet skal respekteres.»

(eller)

«Det påligger statens myndigheter å respektere kunstens og forskningens frihet.»

35.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at ny Grunnloven § 107 skal lyde:

^{260.} Fra NOU 2006:19 s. 18.

«Det påligger Statens Myndigheter at respektere den Enkeltes kulturelle Identitet og legge Forholdene til Rette for at den Enkelte kan delta i Kulturaktiviteter og oppleve et Mangfold af Kulturudtryk.

Videnskabens og Kunstens Frihed skal respekteres.»

Se for øvrig særmerknad fra utvalgets medlem Carl I. Hagen, jf. punkt 11.4.2.

36. Samisk språk, kultur og samfunnsliv

36.1 Innledende bemerkninger

Grunnlaget for norsk samepolitikk i dag er at staten Norge er etablert på territoriet til to folk – nordmenn og samer – og at begge folkene har den samme rett til og det samme krav på å kunne utvikle sin kultur og sitt språk.

Samene er et urfolk, som har et folkerettslig krav på et særlig kulturvern.²⁶¹ Det forhold at flertallet av samene i verden bor i Norge, gir staten Norge særlige forpliktelser overfor samisk kulturutvikling i vid forstand.²⁶²

Grunnloven fikk i 1988 en bestemmelse som pålegger myndighetene å legge forholdene til rette for at samene kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv, jf. § 110a. Spørsmålet under dette punktet er om det er ønskelig å endre eller supplere denne bestemmelsen. I lys av utvalgets mandat er det ikke aktuelt å vurdere endringer som svekker vernet av samisk språk, kultur eller samfunnsliv.

36.2 Dagens rettstilstand

I dag lyder Grunnloven § 110a som følger:

«Det påligger Statens Myndigheter at legge Forholdene til Rette for at den samiske Folkegruppe kan sikre og utvikle sit Sprog, sin Kultur og sit Samfundsliv.»

Bestemmelsen bygger på et forslag som ble fremsatt og grundig omtalt i Samerettsutvalgets første utredning, NOU 1984:19 om samenes rettsstilling.

I sin omtale av forslaget i Innst. S. nr. 147 (1987–1988) fremhevet Stortingets utenriks- og konstitusjonskomité at bestemmelsen ville føre til at det, i den mest høytidelige og forpliktende form vår rettsorden kjenner, blir anerkjent og trukket konsekvenser av det faktiske forhold at det gjennom Norges historie har eksistert en egen samisk folkegruppe i vårt land. Bestemmelsen var ment å understreke de norske myndigheters ansvar for at den samiske kultur blir opprettholdt og gitt mulighet til videre utvikling. På

^{261.} Se for eksempel Innst. 108 S. (2010–2011) fra kommunal- og forvaltningskomiteen om Sametingets virksomhet 2009, hvor det fremgår at alle partiene i Stortinget, unntatt Fremskrittspartiet, deler dette grunnsyn.

^{262.} Se St.meld. nr. 28 (2008–2009), punkt 1.1.

prinsipielt grunnlag skulle bestemmelsen fastslå berettigelsen av at det gjennomføres spesielle tiltak for å nå dette mål.

Komiteen pekte videre på at betydningen av bestemmelsen ville ligge i dens verdi som markering av et prinsipp, og at det i første rekke skulle være Stortinget og regjeringen som skulle tolke og anvende den. Bestemmelsen var også ment å innebære en viss rettslig forpliktelse for statens myndigheter. Den skulle eksempelvis beskytte mot en påtvingen assimilasjonspolitik overfor det samiske mindretall. Derimot understreket komiteen at bestemmelsen ikke skulle endre rettstilstanden mht. samenes eller andres rettigheter til land og vann.

Grunnloven § 110a er dermed først og fremst retningsgivende for Stortinget og regjeringen, og deres tilretteleggingsplikt er oppfylt gjennom en rekke lover. Særlig sentral er lov 12. juni 1987 nr. 56 om Sametinget og andre samiske rettsforhold (sameloven). Loven fastsetter at den samiske folkegruppen skal ha et eget landsomfattende sameting valgt av og blant samene, og den gir rett til opplæring i samisk og til bruk av samisk språk i domstoler og i forvaltningen. Opplæringsbestemmelsen suppleres av regler i opplæringsloven kapittel 6 om opplæring i og på samisk.

Også reindriftsloven 15. juni 2007 nr. 40 bør nevnes, se lovens § 1 hvor det blant annet heter at reindriften skal bevares som et viktig grunnlag for samisk kultur og samfunnsliv. Videre er lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven) sentral. Loven har som formål å legge til rette for at grunn og naturressurser i Finnmark forvaltes på en balansert og økologisk bærekraftig måte til beste for innbyggerne i fylket og særlig som grunnlag for samisk kultur, reindrift, utmarksbruk, næringsutøvelse og samfunnsliv, jf. § 1. Også andre lover inneholder bestemmelser av særlig betydning for samisk språk, kultur og samfunnsliv. En viktig milepæl var avtalen om konsultasjoner mellom regjeringen og Sametinget, inngått i mai 2005.

I tiden etter vedtakelsen av Grunnloven § 110a har det vært lagt økende vekt på samenes rettigheter. Samerettsutvalget har utredet retten til land og vann ikke bare i Finnmark – som ledet til finnmarksloven – men også i tradisjonelle samiske områder i resten av landet, se NOU 2007:13 og NOU 2007:14. I tillegg er samiske spørsmål behandlet i en rekke offentlige utredninger, herunder utredninger om fiskeriforvaltning og fiskerirettigheter,²⁶³ samisk naturbruk og naturforvaltning generelt,²⁶⁴ petroleumsvirksomhet,²⁶⁵ og plan- og bygningsrett.²⁶⁶ Også Makt- og

demokratiutredningen behandlet samiske spørsmål.²⁶⁷

Selv om Grunnloven § 110a først og fremst retter seg mot regjering og Storting, kan prinsippet som kommer til uttrykk i bestemmelsen, få betydning ved tolkningen av lover og ved anvendelse av sedvane-rettslige regler, for eksempel som en retningsgivende bestemmelse for forvaltningens skjønnsutøvelse. Grunnloven § 110a er tidvis blitt vist til i saker for Høyesterett.²⁶⁸

36.3 Internasjonalt menneskerettighetsvern

Da Grunnloven § 110a ble forberedt, var det særlig SP artikkel 27 som sto sentralt.²⁶⁹ Bestemmelsen lyder:

«In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.»

Etter hvert er vekten flyttet fra samene som en minoritet til samene som et urfolk. Den internasjonale arbeidsorganisasjonen, ILO, vedtok i 1989 konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Da Norge ratifiserte konvensjonen i 1990, var det klart forutsatt at konvensjonen skulle gjelde for samene i Norge.²⁷⁰ Konvensjonen er bare ratifisert av 22 stater. Likevel må dens hovedprinsipper kunne anses som uttrykk for alminnelig internasjonal urfolksrett.²⁷¹

Hovedprinsippet i konvensjonen er urfolks rett til å bevare og videreutvikle sin egen kultur, samt myndighetenes plikt til å treffe tiltak for å støtte dette. Konvensjonen har bestemmelser om urfolks rett til selv å bestemme over sin kulturelle utvikling, til å lære og bruke eget språk og til å opprette egne institusjoner til å representere seg overfor myndighetene. Konvensjonen anerkjenner videre urfolks ønsker om og behov for kontroll over egne institusjoner, sin egen livsform og økonomiske utvikling. Dette innebærer en anerkjennelse av urfolks ønske om å opprettholde og videreutvikle sin egen identitet, språk og religion innen rammen av de statene de lever i. Kon-

^{265.} NOU 2003:32.

^{266.} NOU 2003:14.

^{267.} NOU 2003:19.

^{268.} Sakene som har vært avgjort så langt, har ikke foranlediget noen inngående vurdering av bestemmelsens rekkevidde. I Rt. 2008 s. 1789 (dissens 3-2) benyttet mindretallet bl.a. Grunnloven § 110a som et argument for å tillegge samisk sedvane vekt ved fortolkningen av et mulig straffansvar, se dommens avsnitt 48.

^{269.} NOU 1984:18 s. 445.

^{270.} Se Innst. S. nr. 197 (1989–1990).

^{271.} Se NOU 2007:13 Den nye sameretten s. 214.

^{263.} NOU 2005:10, NOU 2006:16 og NOU 2008:5.

^{264.} NOU 2004:28 og NOU 2007:14.

vensjonen har videre bestemmelser om blant annet landrettigheter, sysselsetting og arbeidsliv, opplæring, trygd og helse.

Barnekonvensjonens artikkel 17, 29 og 30 har særlige plikter for statene knyttet til urfolk barns språk, religion og kultur.

Det bør også nevnes at FNs generalforsamling 13. september 2007 vedtok en erklæring om urfolks rettigheter. Erklæringen er ikke folkerettslig bindende, men vil legge viktige føringer i det videre arbeidet for å fastslå hvilke rettigheter urfolk har. Erklæringen vil særlig få betydning i de land der det bor urfolk, og som ikke har ratifisert ILO-konvensjon nr. 169. Den inneholder bestemmelser om rett til selvbestemmelse, kulturvern, konsultasjoner og deltagelse i beslutningsprosesser.

Foruten disse særlige reguleringene av urfolks rettigheter forbyr SP artikkel 2 og 26, EMK artikkel 14 og ØSK artikkel 2 nr. 2 å diskriminere på bakgrunn av avstamning og nasjonal eller etnisk opprinnelse.

Europarådets rammekonvensjon om vern av nasjonale minoriteter bør også nevnes. Den ble vedtatt av Europarådets ministerkomité i 1994, og Norge ratifiserte konvensjonen i 1999. Rammekonvensjonen er den første juridisk bindende multilaterale avtalen om vern av nasjonale minoriteter. I forbindelse med ratifikasjonen ble det slått fast at samene oppfyller kriteriene for å kunne regnes som nasjonal minoritet i henhold til konvensjonen. Sametinget har imidlertid uttalt at samene ikke ønsker å bli omfattet av Norges politikk overfor nasjonale minoriteter, under henvisning til at samenes rettigheter etter ILO-konvensjon nr. 169 går lengre, jf. St.prp. nr. 80 (1997–1998) og St.meld. nr. 15 (2000–2001). Folkerettslig er Norge likevel bundet av rammekonvensjonens forpliktelse, også overfor samene.

36.4 Andre lands konstitusjoner

Det samiske folk har tilhørighet til fire stater på nordkalotten; Norge, Sverige, Finland og Russland.

Den *finske* Grunnloven 17§ tredje ledd gjelder samenes, romfolkets og andre gruppers rett til å bevare og utvikle sitt språk og sin kultur. Samenes status som urfolk fremheves. Bestemmelsen lyder:

«Samerna såsom urfolk samt romerna och andra grupper har rätt att bevara och utveckla sitt språk och sin kultur. Bestämmelser om samernas rätt att använda samiska hos myndigheterna utfärdas genom lag. Rättigheterna för dem som använder teckenspråk samt dem som på grund av handikapp behöver tolknings- och översättningshjälp skall tryggas genom lag.»

Den *svenske* Regeringsformen 1 kapittel 2 § ble endret i 2010 på dette punkt, og lyder fra 1. januar 2011:

«Samiska folkets och etniska, språkliga och religiösa minoriteters möjligheter att behålla och utveckla ett eget kultur- och samfundsliv ska främjas.»

Også den svenske bestemmelsen gjelder både samer og etniske, språklige og religiøse minoriteter. Før endringen var ikke samene nevnt uttrykkelig i bestemmelsen. Endringen begrunnes slik:²⁷²

«Syftet med Grundlagsutredningens forslag är att betona samernas särskilda ställning bland de nationella minoriteterna. (...) För att tydligare spegla samernas särställning och ge uttryck för att samerna inte bara är en minoritet utan även ett urfolk bör bestämmelsen ges en annan utformning än den utredningen föreslår. I enlighet med Samerådets förslag bör det samiska folket omnämnas särskilt i målsättningsstadgandet....»

I den *russiske* konstitusjonen er det samiske folk ikke særskilt omtalt, men i artikkel 3 er det fremhevet at det er det multinasjonale folk i Russland som danner grunnlaget for statens makt, og i artikkel 19 finnes et generelt forbud mot diskriminering på grunnlag av bl.a. nasjonalitet, språk og opprinnelse.

36.5 Utvalgets vurdering

36.5.1 GENERELT

Utvalget besøkte i 2010 Sametinget. I samtaler med sametingsrådet, gruppelederne og administrasjonen ba utvalget om synspunkter på Grunnloven § 110a. Det ble gjennomgående gitt uttrykk for tilfredshet med bestemmelsen, men pekt på som ønskelig at samenes stilling som urfolk ble fremhevet i Grunnloven. Det ble i samtalene også gitt uttrykk for ønske om grunnlovsfesting av Sametinget og av samiske barns rett til opplæring i og på samisk.

I dag er Sametinget og samiske barns rett til opplæring i og på samisk lovfestet i sameloven og i opplæringsloven. Det er tale om et nokså detaljert regelverk. Etter utvalgets oppfatning vil det samsvare best med mandatet, som understreker at Grunnloven skal inneholde de allmenngyldige menneskerettsprinsippene, at Grunnloven inneholder det generelle prinsippet om vern og utvikling av samisk språk, kultur og samfunnsliv, mens virkemidlene for dette fremgår av ordinær lov. Grunnlovsfesting av Sametinget og barns rett til opplæring i og på samisk er derfor ikke nærmere vurdert av utvalget.

Den internasjonale utviklingen og rettsutviklingen i Norge, Sverige og Finland etter at Grunnloven § 110a ble vedtatt, gjør imidlertid at utvalget har funnet grunn til å vurdere forslaget om å fremheve samenes stilling som urfolk i Grunnloven.

²⁷² Prop. 2009/10:80 s. 190.

36.5.2 SAMER SOM URFOLK

Det finnes ingen generell, internasjonalt akseptert definisjon av urfolk. Typiske kjennetegn for urfolk er at de ikke er det dominerende folket i det større samfunnet de er en del av. Som regel har de også en egenartet kultur basert på naturressursene, og de har en kultur som sosialt, kulturelt og språklig skiller seg fra den dominerende befolkningens. Urfolk utgjør ofte også en minoritet i landet, men dette gjelder ikke alltid. I flere stater i Latin-Amerika utgjør urfolket et betydelig flertall av befolkningen.

ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater definerer urfolk på følgende måte i artikkel 1 nr. 1b:

«(...) peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions.»

Betegnelsen «urfolk» i folkerettslig forstand betyr altså ikke at vedkommende folk må ha vært de første menneskene på stedet, eller at dette arkeologiske eller kulturhistoriske spørsmålet er avgjørende for hvem som i dag har rett til hva. Etter ILO-konvensjon nr. 169 er det sentrale om noen nåværende gruppe har en tilknytning til et bestemt område fra før de nåværende statsgrenser ble etablert i det aktuelle området. Det rettslig relevante for Norge er derfor samenes tilstedeværelse tilbake til 1600/1700-tallet, ikke hvilke forbindelser det er til steinalderfolket for 10 000 år siden.

Samene er også en etnisk, kulturell og språklig minoritet. Det som skiller urfolk fra de nasjonale minoritetene, er i hovedsak urfolks tilknytning til sine tradisjonelle landområder.²⁷³

I Høyesteretts plenumsavgjørelse i Selbusaken fra 2001 uttales det at det ikke er tvilsomt at samene etter definisjonen i ILO-konvensjonen har status som urfolk i Norge.²⁷⁴ En ytterligere understrekning av dette gir innledningen til konsultasjonsavtalen mellom regjeringen og Sametinget inngått 11. mai 2005, som lyder:

«Som urfolk har samene rett til å bli konsultert i saker som kan få direkte betydning for dem.»²⁷⁵

Samene er altså anerkjent som urfolk i Norge. En grunnlovsendring på dette punkt vil synliggjøre og

konsolidere denne anerkjennelsen, samt tydeliggjøre at samene er et eget folk i Norge med eget språk og egen kultur. En slik konsolidering vil innebære at samene omtales som folk eller urfolk i grunnlovene i alle de nordiske land hvor samene bor.

Siden samene allerede er anerkjent som urfolk, vil en slik endring i utgangspunktet ikke innebære noen ny rettsstilstand. Den vil imidlertid innebære at et simpelt flertall i fremtiden ikke kan gå tilbake på anerkjennelsen av samer som urfolk. Det vil i så fall kreve grunnlovsendring.

Det er mulig at en synliggjøring av samene som folk eller urfolk i Grunnloven kan aktualisere spørsmålet om betydningen av bestemmelsene i SP og ØSK felles artikkel 1 om folkenes rett til selvbestemmelse. Bestemmelsene er blant annet omtalt i Same-rettsutvalgets NOU 2007:13, særlig i relasjon til samers landrettigheter.²⁷⁶ Det påpekes der at SP artikkel 1 utvilsomt har rettslig betydning for urfolk, men at uttalelsene fra FNs menneskerettskomité i begrenset utstrekning bidrar til forståelsen av det rettslige innhold i artikkel 1.²⁷⁷

Etter utvalgets oppfatning bør ikke dette være til hinder for at samene omtales som et folk eller urfolk i Grunnloven. For det første gjelder ikke Grunnloven § 110a rett til selvbestemmelse, men til vern om og utvikling av språk, kultur og samfunnsnivå. For det andre er det liten grunn til å anta at den plikt som pålegges staten etter SP og ØSK felles artikkel 1, ikke er oppfylt. Det kan vises til at FNs menneskerettskomité, som overvåker statenes oppfølging av SP, blant sine observasjoner om Norge i 2006 ønsket velkommen konsultasjonsavtalen av 11. mai 2005 mellom regjeringen og Sametinget, samt finnmarksloven, som oppfølging av artikkel 1 og 27.

Det kan også vises til at prinsippet om samenes rett til selvbestemmelse er i tråd med Norges holdning over flere år, men at det samtidig er en klar forutsetning at utviklingen av samisk selvbestemmelse skal skje innenfor rammen av én eksisterende uavhengig og demokratisk stat, samt innenfor Norges eksisterende geografiske grenser.²⁷⁸

Etter utvalgets oppfatning tilsier utviklingen siden Grunnloven § 110a ble vedtatt at Grunnloven § 110a bør endres slik at det fremgår at samene er et folk eller urfolk.

Mulige formuleringer kan være:

«Det påligger Statens Myndigheter at legge Forholdene til Rette for at *det samiske Folk* kan sikre og utvikle sit Sprog, sin Kultur og sit Samfundsliv.»

(eller)

^{273.} Fremstillingen er basert på omtale av urfolksbegrepet på www.regjeringen.no/nb/dep/fad/tema/samepolitikk.

^{274.} Rt. 2001 s. 769, på s. 790–791.

^{275.} Se også St. meld. nr. 28 (2008–2009), punkt 1.3.2.

^{276.} Se NOU 2007:13 s. 179 flg.

^{277.} Se NOU 2007:13 s. 185.

«Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for at *samene, som urfolk*, kan sikre og udvikle sit Sprog, sin Kultur og sit Samfundsliv.»

Utvalget finner at den siste av disse formuleringene best får frem hensikten med endringen.

I tråd med utvalgets forslag til ny del E om menneskerettigheter foreslås samtidig 110-serien i Grunnloven opphevet. Bestemmelsen om samenes rett til kultur, språk og samfunnsliv foreslås derfor flyttet til en ny § 108.

36.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at Grunnloven § 110a oppheves, og at ny Grunnloven § 108 skal lyde:

«Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for at *Samerne, som Urfolk*, kan sikre og utvikle sit Sprog, sin Kultur og sit Samfundsliv.»

Se for øvrig særmerknad fra utvalgets medlem Carl I. Hagen, jf. punkt 11.4.2.

37. Rett til utdanning

37.1 Innledende bemerkninger

Skolegang og utdanning er en nøkkelfaktor for bekjempelse av fattigdom og for utvikling av demokrati overalt i verden. Den enkeltes mulighet til å ta vare på og realisere seg selv er avhengig av at man har fullført en helt grunnleggende skolegang. En rekke internasjonale menneskerettighetskonvensjoner slår derfor fast retten til skolegang og utdanning.

Retten til skolegang og utdanning består av flere elementer, herunder retten til gratis grunnleggende skolegang, plikten til slik skolegang og lik rett til

^{278.} Se St.meld. nr. 28 (2008–2009), punkt 1.3.6. Her redegjøres det for selvbestemmelsesretten i tilknytning til FN's urfolks-erklæring. Det fremgår at ved vedtakelsen av denne avga Norge en tolkningserklæring om urfolks rett til selvbestemmelse der det ble fremhevet at denne retten skal utøves innen rammen av statens territoriale integritet, og at den i Norge anses ivaretatt gjennom gjeldende ordninger og rettigheter i henhold til norsk rett. Det fremgår også at en anerkjennelse av retten til selvbestemmelse for samer er i tråd med Norges holdning over flere år, se bl.a. de to tidligere overordnede stortingsmeldingene om samepolitikken, St.meld. nr. 55 (2000–2001) og St. meld. nr. 33 (2001–2002). Det vises også til Innst. S. nr. 110 (2002–2003), punkt 5.2.1 om begrepet selvbestemmelse. Avsnittet konkluderer med at det vil være behov for å videreføre arbeidet med å fastlegge hva samenes rett til selvbestemmelse konkret kan innebære. Det pekes på at de løsninger man kommer frem til i Norge, sannsynligvis vil kunne tillegges vekt i den internasjonale utviklingen knyttet til selvbestemmelsesretten for urfolk. Og det understrekes at regjeringen forutsetter at utviklingen av samisk selvbestemmelse skal skje innenfor rammen av en eksisterende uavhengig og demokratisk stat, og innenfor Norges eksisterende geografiske grenser.

videregående opplæring og høyere utdanning basert på kvalifikasjoner. I tillegg slår konvensjonene fast flere innholdsmessige krav til undervisningen, samt at foreldrenes religiøse og filosofiske overbevisning skal respekteres.

I det følgende vurderes grunnlovsfesting av retten til utdanning og hvorvidt en eventuell grunnlovsbestemmelse bør fange opp de ulike elementene som denne rettigheten består av.

37.2 Dagens rettstilstand

Ingen bestemmelser i Grunnloven regulerer i dag utdanningsspørsmål. Det ligger imidlertid implisitt i ytringsfrihetsbestemmelsen i § 100 at den enkelte må ha et minimum av utdanning for å kunne utvikle det som der omtales som «Individets frie Meningsdannelse». For å etablere og utvikle egne oppfatninger om samfunnsspørsmål er den enkelte avhengig av å tilegne seg kunnskap om samfunnet og utvikle evnen til å forholde seg både åpent, kritisk og aktivt til den informasjonen som hun eller han mottar.

Rett til ti års offentlig grunnskoleutdanning og en generell opplæringsplikt følger av opplæringslova § 2-1. Sju års opplæring ble innført i 1936, ni års opplæring ble innført i 1969, og i 1997 ble det innført ti års opplæring.

Rett til grunnskoleutdanning i ti år har alle barn som har vært i landet i mer enn tre måneder. Tilsvarende gjelder for de som har planlagt å bli i landet i mer enn tre måneder. Dette innebærer bl.a. at asylsøkerbarn har samme rett til grunnskoleutdanning som norske statsborgere og som barn med innvilget opphold i landet.

Formålet med opplæringen følger av opplæringslova § 1-1:

«Opplæringa i skole og lærebedrift skal, i samarbeid og forståing med heimen, opne dører mot verda og framtida og gi elevane og lærlingane historisk og kulturell innsikt og forankring.

Opplæringa skal byggje på grunnleggjande verdier i kristen og humanistisk arv og tradisjon, slik som respekt for menneskeverdet og naturen, på åndsfridom, nestekjærleik, tilgjeving, likeverd og solidaritet, verdier som òg kjem til uttrykk i ulike religionar og livssyn og som er forankra i menneskerettane.

Opplæringa skal bidra til å utvide kjennskapet til og forståinga av den nasjonale kulturarven og vår felles internasjonale kulturtradisjon.

Opplæringa skal gi innsikt i kulturelt mangfald og vise respekt for den einskilde si overtyding. Ho skal fremje demokrati, likestilling og vitskapleg tenkjemåte.

Elevane og lærlingane skal utvikle kunnskap, dugleik og holdningar for å kunne meistre liva sine og for å kunne delta i arbeid og fellesskap i samfunnet. Dei skal få utfalde skaparglede, engasjement og utforskartrøng.

Elevane og lærlingane skal lære å tenkje kritisk og handle etisk og miljøbevisst. Dei skal ha medansvar og rett til medverknad.

Skolen og lærebedrifta skal møte elevane og lærlingane med tillit, respekt og krav og gi dei utfordringar som fremjar danning og lærelyst. Alle former for diskriminering skal motarbeidast.»

Rett til tre års videregående opplæring følger av opplæringslova § 3-1. Bestemmelsen setter to vilkår for rett til videregående opplæring. Det ene vilkåret er at eleven har fullført grunnskoleutdanning eller tilsvarende opplæring, og det andre vilkåret er at det må være sendt søknad om opptak til videregående skole. I henhold til forskrift til opplæringslova av 23. juni 2006 § 6-9 første ledd er lovlig opphold i landet gjort til et tilleggsvilkår for rett til videregående opplæring, og i henhold til første ledd annet punktum har søkere som venter på oppholdstillatelse, ikke rett til videregående opplæring. Mindreårige asylsøkere kan imidlertid følge undervisning i videregående skole mens søknad om opphold i landet er under behandling, jf. forskriftens § 6-9 annet ledd. Retten til videregående opplæring kan gå tapt ved alvorlige ordensforstyrrelser, jf. opplæringslova § 3-8 annet ledd.

Utdanning ved universitet og høyskole er regulert i universitets- og høyskoleloven § 3-6. Hovedregelen er at den som har generell studiekompetanse etter fullført videregående opplæring, har adgang til universitet og høyskoler, jf. § 3-6 (1). Styret ved den aktuelle institusjon kan imidlertid fastsette faglige minstekrav som et tilleggsvilkår for opptak, jf. § 3-6 (7). Dette gjøres jevnlig ved de fleste universiteter og høyskoler i dag.

37.3 Internasjonalt menneskerettighetsvern

37.3.1 OVERSIKT OVER KONVENSJONSVERNET

Rett til skole og utdanning er som nevnt nedfelt i en lang rekke konvensjoner. I Verdenserklæringen om menneskerettigheter fra 1948 kommer det særlig frem at alle har rett til utdanning, at den grunnleggende utdanningen skal være gratis og obligatorisk, og at alle skal ha lik adgang til høyere utdanning på bakgrunn av sine kvalifikasjoner. I tillegg krever Verdenserklæringen at utdanningen skal ta sikte på å utvikle den enkeltes personlighet, styrke respekten for menneskerettighetene og de fundamentale friheter, og fremme forståelse, toleranse og vennskap på tvers av nasjonale, etniske og religiøse grupper med tanke på å bidra til FN's arbeid for fred i verden.

Verdenserklæringen artikkel 26 lyder som følger:

«(1) Everyone has the right to education. Education shall be free, at least in the elementary and fundamental stages. Elementary education shall be compulsory. Technical and professional education shall be made generally available and higher education shall be equally accessible to all on the basis of merit.

(2) Education shall be directed to the full development of the human personality and to the strengthening of respect for human rights and funda-

mental freedoms. It shall promote understanding, tolerance and friendship among all nations, racial or religious groups, and shall further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.

(3) Parents have a prior right to choose the kind of education that shall be given to their children.»

Retten til utdanning er utdypet i flere konvensjoner. Dette gjelder bl.a. fire av de konvensjonene som er inntatt i menneskerettsloven; EMK, ØSK, barnekonvensjonen og kvinnediskrimineringskonvensjonen. I tillegg følger retten til utdanning av ILO-konvensjon nr. 117 og UNESCO-konvensjonen mot diskriminering i utdanning.

EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 2 (EMK P1-2) fremhever retten til utdanning og respekten for foreldrenes religiøse og filosofiske overbevisning. EMK P1-2 lyder:

«No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.»

ØSK og barnekonvensjonen er langt mer omfattende i sin beskrivelse av hva retten til utdanning innebærer. ØSK artikkel 13 lyder:

«1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to education. They agree that education shall be directed to the full development of the human personality and the sense of its dignity, and shall strengthen the respect for human rights and fundamental freedoms. They further agree that education shall enable all persons to participate effectively in a free society, promote understanding, tolerance and friendship among all nations and all racial, ethnic or religious groups, and further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.

2. The States Parties to the present Covenant recognize that, with a view to achieving the full realization of this right:

a) primary education shall be compulsory and available free to all;

b) secondary education in its different forms, including technical and vocational secondary education, shall be made generally available and accessible to all by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education;

c) higher education shall be made equally accessible to all, on the basis of capacity, by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education;

d) fundamental education shall be encouraged or intensified as far as possible for those persons who have not received or completed the whole period of their primary education;

e) the development of a system of schools at all levels shall be actively pursued, an adequate fellowship system shall be established, and the material conditions of teaching staff shall be continuously improved.

3. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to choose for their children schools, other than those established by the public authorities, which conform to such minimum educational standards as may be laid down or approved by the State and to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

4. No part of this Article shall be construed so as to interfere with the liberty of individuals and bodies to establish and direct educational institutions, subject always to the observance of the principles set forth in paragraph 1 of this Article and to the requirement that the education given in such institutions shall conform to such minimum standards as may be laid down by the State.»

Barnekonvensjonen artikkel 28 lyder:

«1. States Parties recognize the right of the child to education, and with a view to achieving this right progressively and on the basis of equal opportunity, they shall, in particular:

a) Make primary education compulsory and available free to all;

b) Encourage the development of different forms of secondary education, including general and vocational education, make them available and accessible to every child, and take appropriate measures such as the introduction of free education and offering financial assistance in case of need;

c) Make higher education accessible to all on the basis of capacity by every appropriate means;

d) Make educational and vocational information and guidance available and accessible to all children;

e) Take measures to encourage regular attendance at schools and the reduction of drop-out rates.

2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that school discipline is administered in a manner consistent with the child's human dignity and in conformity with the present Convention.

3. States Parties shall promote and encourage international cooperation in matters relating to education, in particular with a view to contributing to the elimination of ignorance and illiteracy throughout the world and facilitating access to scientific and technical knowledge and modern teaching methods. In this regard, particular account shall be taken of the needs of developing countries.»

Barnekonvensjonen artikkel 29 lyder:

«1. States Parties agree that the education of the child shall be directed to:

a) The development of the child's personality, talents and mental and physical abilities to their fullest potential;

b) The development of respect for human rights and fundamental freedoms, and for the principles enshrined in the Charter of the United Nations;

c) The development of respect for the child's parents, his or her own cultural identity, language and values, for the national values of the country in which the child is living, the country from which he or she may originate, and for civilizations different from his or her own;

d) The preparation of the child for responsible life in a free society, in the spirit of understanding, peace, tolerance, equality of sexes, and friendship among all peoples, ethnic, national and religious groups and persons of indigenous origin;

e) The development of respect for the natural environment.

2. No part of the present article or article 28 shall be construed so as to interfere with the liberty of individuals and bodies to establish and direct educational institutions, subject always to the observance of the principle set forth in paragraph 1 of the present article and to the requirements that the education given in such institutions shall conform to such minimum standards as may be laid down by the State.»

Hovedtrekkene i de ulike konvensjonene er at alle barn har rett og plikt til grunnskoleutdanning. Det offentlige skal sørge for gratis grunnskoleutdanning, og statene skal arbeide for også å gjøre videregående opplæring og høyere utdanning gratis. Retten til utdanning og undervisningen skal videre praktiseres uten noen form for diskriminering på grunnlag av kjønn, etnisitet e.l. Retten til utdanning vil typisk krenkes dersom enkeltpersoner eller grupper av personer utestenges fra undervisning.

Det følger av konvensjonene at undervisningen bl.a. skal fremme respekt for fred og menneskerettigheter, ivareta enkeltindividers behov og talenter, utvikle den enkeltes evner, utvikle respekt for egne og fremmede kulturer, for foreldre, for samfunnets verdier og for det naturlige miljø, samt forberede den enkelte på et ansvarlig voksenliv i respekt og toleranse for sine medmennesker.

Myndighetene skal videre legge til rette for at den enkelte kan oppnå høyere utdanning på bakgrunn av faglige evner. Karakterer i bestemte fag eller andre former for måling eller evaluering av faglige prestasjoner kan således benyttes som et saklig utvelgelseskriterium ved opptak til universitet og høyskoler.

Videre skal statene respektere foreldres religiøse og filosofiske overbevisning, jf. EMK P1-2 og SP artikkel 18 (4). Statene skal også respektere at foreldre velger annet enn offentlige skoler for sine barn, så sant disse skolene oppfyller statens minstekrav, jf. ØSK artikkel 13 (3).

37.3.2 NÆRMERE OM RESPEKT FOR RELIGIØS OG FILOSOFISK OVERBEVISNING

I EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 2 (P1-2) heter det at de funksjoner som det offentlige påtar seg i utdanning og undervisning, skal utøves «med respekt for foreldres rett til å sikre slik utdanning og undervisning i samsvar med deres religiøse og filosofiske overbevisning». En lignende bestemmelse finnes i SP artikkel 18 (4), men der som et underpunkt til tanke-, samvittighets- og religionsfrihet.

EMK P1-2 har av EMD først og fremst vært forstått som et forbud mot indoktrinering og som et for-

bud mot å påtvinge barn og foreldre oppdragelsesmetoder eller undervisningsmetoder som grunnleggende strider mot foreldrenes overbevisning.²⁷⁹ Med «overbevisning» («convictions») siktes det her til «forpliktende oppfatninger som har en viss sammenheng, seriøsitet og viktighet».²⁸⁰

Bestemmelsen er ikke forstått som et forbud mot undervisning av religiøs og filosofisk karakter, men slik undervisning må skje på en nøytral og objektiv måte.²⁸¹ Tvungen seksualundervisning i skolen innebærer for eksempel ikke en krenkelse av EMK P1-2.²⁸² Krusifiks i klasserommene er heller ikke sett på som en krenkelse av EMK P1-2.²⁸³ Derimot kom EMD til at KRL-faget i den norske skolen innebar en krenkelse av EMK P1-2, og FNs menneskerettighetskomité kom til at faget innebar en krenkelse av SP artikkel 18 (4).²⁸⁴ Dette skyldtes at kristendom *kvalitativt* fikk en annen oppmerksomhet i undervisningen enn øvrige religioner og livssyn, ikke bare *kvantitativt*, samtidig som faget var obligatorisk for alle elever i den norske skole. At enkelte religioner og livssyn kvantitativt kan få større oppmerksomhet i undervisningen, innebærer ingen krenkelse av rettigheten dersom dette kan begrunnes med historiske, kulturelle eller tradisjonelle forhold.

37.4 Andre lands konstitusjoner

Retten til utdanning er behandlet i de fleste konstitusjoner i Vest-Europa, herunder Belgia, Danmark, Finland, Luxembourg, Nederland, Hellas, Irland, Island, Italia, Portugal, Spania, Sverige, Sveits, Tyskland og Østerrike. Et fellestrekk ved konstitusjonene i de øvrige nordiske land er at de alle slår fast retten til utdanning eller grunnutdanning. For øvrig varierer det hvilke andre sider ved retten til utdanning som de ulike land har valgt å fremheve eller presisere nærmere i sine konstitusjoner.

I den *finske* Grundlagen 16 § er det slått fast en rett for alle til gratis grunnutdanning i første ledd. I henhold til annet ledd skal det offentlige sikre at den enkelte får utdanning og mulighet til å utvikle seg selv i overensstemmelse med sine særskilte behov. I

siste ledd er den kunstneriske og akademiske frihet slått fast. Bestemmelsens to første ledd lyder som følger:

«Alla har rätt till avgiftsfri grundläggande utbildning. Bestämmelser om läroplikten utfärdas genom lag.

Det allmänna skall, enligt vad som närmare bestäms genom lag, säkerställa lika möjligheter för var och en att oavsett medellöshet enligt sin förmåga och sina särskilda behov få även annan än grundläggande utbildning samt utveckla sig själv.»

I den *danske* Grundloven § 76 er det slått fast at alle barn i skolepliktig alder har rett til gratis undervisning i folkeskolen. Det følger i tillegg at foreldre som sørger for undervisning av tilsvarende kvalitet som folkeskolen, ikke har plikt til å sende sine barn til folkeskolen.

I den *islandske* konstitusjonen § 76 fremkommer retten til adekvat utdanning i den samme bestemmelsen som regulerer rett til nødvendig hjelp ved sykdom, alderdom, arbeidsledighet etc., samt barns rett til nødvendig beskyttelse og omsorg. I forslag til ny islandsk grunnlov er disse rettighetene foreslått splittet på flere paragrafer, slik at ny § 24 omhandler retten til utdanning og innholdet i utdanningen. Forslaget lyder som følger i engelsk oversettelse:

«All shall by law have the right to a general education according to their ability.

All subject to compulsory education shall be offered such education without charge.

Education shall be adjusted to the general ability of each individual and be in line with critical awareness of human rights, democratic rights and duties.»

I den *svenske* Regeringsformen 2. kapittel 18 § første ledd er det slått fast at alle barn har rett til gratis grunnutdanning. Det offentlige skal i tillegg sørge for at det finnes høyere utdanning. Bestemmelsen lyder som følger:

«Alla barn som omfattas av den allmänna skoleplikten har rätt till kostnadsfri grundläggande utbildning i allmän skola. Det allmänna ska svara också för att högre utbildning finns.»

I tillegg er rett til utdanning nærmere omhandlet i EUs *Charter of fundamental rights*. I artikkel 14 følger det at enhver har rett til utdanning, at enhver har rett til gratis obligatorisk skolegang, samt at opplæringen skal respektere demokratiske prinsipper og foreldrenes rett til å sikre sine barn en utdanning i tråd med religiøs, filosofisk og pedagogisk overbevisning. Bestemmelsen lyder:

«1. Everyone has the right to education and to have access to vocational and continuing training.

2. This right includes the possibility to receive free compulsory education.

^{279.} Se EMD Campell og Cosans v. UK (1982). Sønnen til et britisk ektepar ble suspendert fra skolen han gikk på fordi foreldrene var motstandere av kroppslig refselse i skolen. EMD fant at det forelå krenkelse av EMK P1-2.

^{280.} Erik Møse, *Menneskerettigheter*, 2004 s. 522.

^{281.} Se Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar 1993 nr. 22 til SP artikkel 18 (4).

^{282.} Se EMD Kjeldsen, Busk Madsen og Pedersen v. Danmark (1976).

^{283.} Se EMD Lautsi m.fl. v. Italia (2011) (Krusifikssaken).

^{284.} Se EMD Folgero m.fl. v. Norge (2007) og Menneskerettighetskomiteens avgjørelse 3. november 2004 vedrørende KRL-faget. For mer om KRL-saken, se særlig Vibeke Blaker Strand, *Diskrimineringsvernets rekkevidde i møte med religionsutøvelse*, 2011 s. 291 flg.

3. The freedom to found educational establishments with due respect for democratic principles and the right of parents to ensure the education and teaching of their children in conformity with their religious, philosophical and pedagogical convictions shall be respected, in accordance with the national laws governing the exercise of such freedom and right.»

37.5 *Utvalgets vurdering*

37.5.1 GRUNNLOVSFESTING AV RETTEN TIL UTDANNING

For å kunne oppnå Grunnlovens målsetting om ivaretagelse av demokrati, rettsstat og menneskerettigheter i forslag til ny § 2 (stat/kirkeforliket) vil utdanning stå helt sentralt. Det er først og fremst gjennom utdanning at det generelle kunnskapsnivået om demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene etableres og økes. Utdanningsinstitusjonene er samtidig arenaer for å utvikle tanker og synspunkter om hvilke verdier som bør tas vare på i samfunnet, og de er arnested for refleksjon og samtale omkring disse verdiene. De skaper også grobunn for en videre utvikling av verdier og verdisyn i takt med samfunnsutviklingen.

Videre vil utdanning være viktig for å forberede den enkelte på arbeidslivet og på de krav som samfunnet stiller til den enkelte. Utdanning blir dermed et utgangspunkt som gjør det mulig for den enkelte å skaffe seg arbeid eller etablere egen næring, for deretter å være i stand til å mestre de oppgaver og de utfordringer som arbeidslivet byr på. På den måten vil de fleste settes i stand til å sørge for egen inntekt til seg og sin familie.

Samtidig er utdanning en viktig forutsetning for individets deltakelse i samfunnet. Uten grunnleggende opplæring vil individet ha problemer med å finne sin plass i samfunnet. Det er gjennom kunnskap og evnen til kritisk refleksjon at den enkelte kan få full glede av bl.a. ytringsfrihet, stemmerett eller annen politisk deltakelse. Gjennom kunnskap og kritisk evne til refleksjon vil individene ha et bedre grunnlag for selvutvikling og selvutfoldelse, og de vil få et bedre grunnlag for å treffe beslutninger som omhandler eget liv, herunder valg av yrke, ektefelle, familie, seksualliv, bosted, politisk engasjement, kunstnerisk utfoldelse, kosthold m.m.

Den sentrale betydning som utdanning har for ivaretagelsen av samtlige menneskerettigheter, er også kommet til uttrykk i ØSK-komiteens generelle merknad til ØSK artikkel 14:

«The right to education, recognized in articles 13 and 14 of the Covenant, as well as in a variety of other international treaties, such as the Convention on the Rights of the Child and the Convention on the

Elimination of All Forms of Discrimination against Women, is of vital importance. It has been variously classified as an economic right, a social right and a cultural right. It is all of these. It is also, in many ways, a civil right and a political right, since it is central to the full and effective realization of those rights as well. In this respect, the right to education epitomizes the indivisibility and interdependence of all human rights.»²⁸⁵

Videre har ØSK-komiteen gitt uttrykk for den sentrale betydning som utdanning har for individets frihet i sine generelle merknader til ØSK artikkel 13:

«Education is both a human right in itself and an indispensable means of realizing other human rights. As an empowerment right, education is the primary vehicle by which economically and socially marginalized adults and children can lift themselves out of poverty and obtain the means to participate fully in their communities. Education has a vital role in empowering women, safeguarding children from exploitative and hazardous labour and sexual exploitation, promoting human rights and democracy, protecting the environment, and controlling population growth. Increasingly, education is recognized as one of the best financial investments States can make. But the importance of education is not just practical: a well-educated, enlightened and active mind, able to wander freely and widely, is one of the joys and rewards of human existence.»²⁸⁶

En grunnlovsbestemmelse om rett til utdanning vil ikke endre rettstilstanden i Norge. Dagens opplæringslov og lov om universitet og høyskoler må antas å tilfredsstille kravene i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene vedrørende retten til utdanning. Grunnlovsfesting vil imidlertid synliggjøre at retten til utdanning er en av de sentrale menneskerettighetene: Skolegang og utdanning er viktige forutsetninger for individets frihet og selvutfoldelse, samtidig som skolegang og utdanning er viktig for at de som kommer etter oss, skal kunne forvalte og utvikle demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.

Grunnlovsfesting av retten til utdanning vil kunne fungere som en rettslig skranke for lovgiver, i den forstand at lovgiver ikke kan la skoletilbudet falle under de minstekrav som en eventuell grunnlovsbestemmelse oppstiller. I tillegg vil rettigheten kunne fungere som et tolkningsmoment og en retningslinje for både den lovgivende, den utøvende og den dømmende makt.

Utvalget finner på denne bakgrunn at retten til utdanning bør grunnlovsfestes.

^{285.} Se ØSK-komiteens generelle kommentar 1999 nr. 11 til ØSK artikkel 14.

^{286.} Se ØSK-komiteens generelle kommentar 1999 nr. 13 til ØSK artikkel 13.

37.5.2 UTFORMING AV EN BESTEMMELSE OM RETT TIL UTDANNING

37.5.2.1 *Retten og plikt til grunnleggende opplæring*

Det følger av de internasjonale konvensjonene at alle har rett og plikt til grunnleggende utdanning. Grunnleggende opplæring er derfor ikke bare en rettighet for den enkelte, den skal også være obligatorisk. En rett og en plikt til grunnleggende opplæring er ment å sikre at alle barn får mulighet til læring og utvikling. Plikt til grunnleggende opplæring har vært en realitet i Norge helt siden 1936. Denne plikten hviler både på barnet selv og på barnets foreldre eller foresatte. I tidlige år vil plikten fullt og helt måtte ivaretas av foreldrene, men barnet vil gradvis få et større ansvar for også selv å følge opp. Plikten er likevel først og fremst viktig for å sikre at ikke foreldre eller andre holder barn hjemme fra skolen, enten dette skyldes ideologi, religion, behov for arbeidskraft, omsorgshjelp e.l.a. Eventuelt straffeansvar eller andre sanksjoner for å holde barn borte fra skolen må som i dag reguleres gjennom ordinær lovgivning.

Etter utvalgets oppfatning bør det presiseres i en grunnlovsbestemmelse at grunnleggende opplæring er både en rettighet og en plikt for den enkelte. Retten og plikten er imidlertid ikke fullt ut korresponderende, i den forstand at den enkelte har rett, men ikke plikt til offentlig skolegang. I stedet må plikten knyttes an til en generell grunnleggende opplæring i tråd med relevante læreplaner.

Det faller ikke like naturlig å regulere lengden av den pliktige opplæringen i Grunnloven. Plikten må omfatte det man til enhver tid anser som grunnskoleutdanning i henhold til ordinær lovgivning. Utvalget finner det heller ikke naturlig å benytte uttrykket «grunnskoleutdanning» av hensyn til at Grunnlovens bestemmelser normalt blir stående i lang tid. I løpet av den tiden kan det ikke utelukkes at man ønsker å benytte andre betegnelser på den grunnleggende opplæringen i Norge.

Ved den nærmere utformingen av en grunnlovsbestemmelse kan det reises spørsmål om retten til utdanning bør utformes som en individuell rettighet eller som en plikt for statens myndigheter. I dagens norske lovgivning er rettighetsfesting på dette feltet ikke fremmed, og det er allerede etablert en rett og en plikt for den enkelte til ti års grunnskoleopplæring. Siden denne rettigheten er godt forankret i ordinær lovgivning, blir det åpenbart for svakt dersom en utdanningsbestemmelse i Grunnloven nøyer seg med å formulere en plikt for statens myndigheter til «å legge forholdene til rette» for utdanning. Også de internasjonale konvensjonene, EUs Charter og de nordiske konstitusjoner taler om den enkeltes rett til utdanning. Det er derfor utvalgets oppfatning av en utdanningsbestemmelse i Grunnloven primært bør

formuleres som en rettighetsbestemmelse for den enkelte.

Dersom en norsk grunnlovsbestemmelse formuleres som rettighet for den enkelte, innebærer det at personer som mener de ikke får den rett de har krav på, kan reise søksmål mot den aktuelle myndighet. Domstolene vil ventelig prøve saken ut fra retningslinjer som er fastsatt av EMD og i de generelle kommentarene til ØSK og barnekonvensjonen. Det er liten grunn til å frykte at domstolene vil sette seg i de politiske myndigheters sted – disse vil ha vid skjønnsmargin når det gjelder hvilke ordninger som etableres for å oppfylle rettighetene. Men domstolene vil føre kontroll med at myndighetene lojalt har gjort det som står i deres makt for å etablere adekvate, rimelige og ikke-diskriminerende ordninger som gjør at rettigheten ivaretas. Dette vil ikke endre dagens materielle rettstilstand. Det skulle følgelig ikke være noe til hinder for at retten til utdanning utformes som en individuell rettighet for den enkelte.

Mulige formuleringer kan for eksempel være:

«Enhver har rett til utdanning.»

(eller)

«Barn har rett og plikt til grunnleggende opplæring.»

(eller)

«Alle barn har rett og plikt til grunnleggende skolegang.»

Det er også mulig å kombinere de første to alternativene, for eksempel slik:

«Enhver har rett til utdanning. Barn har plikt til å motta grunnleggende opplæring.»

Utvalget vil anbefale grunnlovsfesting av denne siste, kombinerte løsningen. Dette alternativet får frem nyansene i retten til utdanning: Det fremheves for det første at alle har en rett til utdanning, slik det følger av de internasjonale konvensjonene og av opplæringslova § 2-1. Dernest fremheves det at *plikten* til grunnleggende opplæring er knyttet til barn, dvs. personer under 18 år. Utvalget ser det som viktig at barns skoleplikt synliggjøres i Grunnloven. Hver eneste høst rapporteres det fortsatt om barn som ikke møter til første skoledag. Dette utgjør både et problem for det enkelte barn og for samfunnet generelt.

Denne plikten vil ikke nødvendigvis være knyttet opp til hele utdanningsforløpet frem til fylte 18 år, men kun til det som til enhver tid forstås ved grunnleggende opplæring. For å unngå betegnelsen «grunnskoleutdanning», bl.a. fordi betegnelsen er knyttet opp til dagens rettstilstand med ti års obligatorisk skolegang, foreslår utvalget i stedet betegnel-

sen «grunnleggende opplæring». Dette uttrykket er ment å ha en mer dynamisk karakter enn «grunnskoleutdanning», dvs. at lovgiver gis større fleksibilitet med hensyn til hvor lenge den grunnleggende opplæring skal være obligatorisk og større fleksibilitet med tanke på endring av selve betegnelsen «grunnskole». Bestemmelsen kan imidlertid ikke forstås så fleksibelt at den tillater kraftige kutt i dagens opplærings-tilbud til barn og unge.

Retten og plikten til grunnleggende opplæring etter Grunnloven bør bare gjelde de personer som har en viss tilhørighet, eller som har planlagt slik tilhørighet til landet. Retten til utdanning aktiveres ikke i det øyeblikk et barn i skolepliktig alder befinner seg innenfor norsk jurisdiksjon. Dette skulle imidlertid være åpenbart og bør være unødvendig å presisere i Grunnloven. Hvor man skal trekke grensen for når tilknytningen er nær nok til at man får rett til utdanning i Norge, er en vurdering som primært må overlates til ordinær lovgivning. Et utgangspunkt må likevel være at barn utvikler seg raskt, og at det er viktig å komme i gang med opplæring så tidlig som mulig for de barna som er i skolepliktig alder. Det bør også tas hensyn til hvorvidt det er mer nærliggende at andre stater enn Norge tar ansvar for barnet.

Et annet spørsmål er hvorvidt det bør presiseres at den grunnleggende opplæring for barn skal være gratis. Utvalget vil bemerke at gratis tilbud om grunnleggende opplæring er viktig for å sikre at retten og plikten til grunnskoleutdanning reelt lar seg oppfylle for alle barn. Det følger dermed implisitt av den bestemmelsen utvalget foreslår at grunnleggende opplæring skal være gratis. I tillegg vil det generelle ikke-diskrimineringsprinsippet som utvalget foreslår å grunnlovsfeste, sikre at statens myndigheter ikke yter et dårligere skoletilbud til noen, for eksempel til barn som ikke kan betale for sin skolegang, se nærmere om ikke-diskriminering i kapittel 26. Det skulle derfor være unødvendig å skrive inn i Grunnloven at grunnleggende opplæring skal være gratis. Dersom det likevel anses ønskelig å skrive dette inn i Grunnloven, kan dette alternativt gjøres på følgende måte:

«Enhver har rett til utdanning. Barn har plikt til å motta grunnleggende opplæring. Det påligger statens myndigheter å sikre at alle barn får tilbud om gratis opplæring.»

(eller)

«Enhver har rett til utdanning. Barn har plikt til å motta grunnleggende opplæring, og statens myndigheter skal sikre et tilbud uten kostnad for den enkelte.»

Det bør bemerkes at ingen av de ulike alternativene får frem at retten til høyere utdanning vil være avhengig av kvalifikasjoner. Utvalget foreslår derfor

at dette presiseres særskilt i et annet eller tredje ledd til utdanningsbestemmelsen, jf. punkt 37.5.2.4 og punkt 37.5.2.5 nedenfor.

37.5.2.2 *Innholdet i retten til grunnleggende opplæring*

Det følger av de internasjonale konvensjonene at den grunnleggende opplæring bl.a. skal fremme respekt for fred og menneskerettigheter, ivareta enkeltindividers behov og talenter, utvikle den enkeltes evner, utvikle respekt for egne og fremmede kulturer, for foreldre, for samfunnets verdier og for det naturlige miljø, samt forberede den enkelte på et ansvarlig voksenliv i respekt og toleranse for sine medmennesker.

Dette reiser spørsmål om det bør inntas noe i Grunnloven om innholdet i undervisningen, og eventuelt hvor omfattende en slik fremstilling bør være.

Etter utvalgets oppfatning bør de sentrale innholdsmessige krav til den grunnleggende opplæring kort gjengis i Grunnloven. Dette har sammenheng med den viktige funksjon som opplæringen har for å utvikle den enkelte til en samvittighetsfull borger og for å skape toleranse, fred og respekt. I noen grad vil dermed innholdet i undervisningen kunne bidra til å oppfylle målsettingen i forslag til ny § 2 i Grunnloven om ivaretagelse av demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.

Alternativene til hvordan kravene til undervisning kan gjenspeiles kort i en grunnlovsbestemmelse, vil i noen grad avhenge av hvilke faktorer man særlig ønsker å fremheve. De sentrale elementene i opplæringen i henhold til konvensjonene er ivaretagelse av den enkeltes behov og respekt for foreldrenes religiøse og filosofiske overbevisning. I tillegg fremheves at en målsetting med opplæringen er å fremme fred, sikkerhet og menneskerettigheter i verden, samt respekt for hverandre og for det naturlige miljø. Tas det utgangspunkt i disse sentrale elementene, kan mulige formuleringer være:

«Opplæringen skal utvikle den enkeltes evner og ivareta den enkeltes behov, samt fremme respekten for menneskerettighetene og for det naturlige miljø.»

(eller)

«Opplæringen skal ivareta den enkeltes evner og behov, utvise respekt for barnets og foreldrenes religion og livsanskuelse, og fremme respekt for demokratiet, rettsstaten, menneskerettighetene og naturmiljøet.»

(eller)

«Opplæringen skal utvikle den enkeltes evner og behov, og fremme respekt for demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.»

Av disse alternativene foreslår utvalget å grunnlovsfeste det siste. Formuleringen er enkel, men tydeliggjør likevel at opplæringen skal ivareta den enkeltes evner og behov, samt fremme respekt for demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.

I første del av setningen settes barnets evner og behov i fokus. Dette er viktig for å vise at opplæringen ikke skal skje utelukkende på samfunnets premisser, men også av hensyn til den enkelte. Nettopp derfor bør det synliggjøres at «den enkeltes» behov og evner skal ivaretas når opplæring konkret settes i verk, ikke «barnas» eller «samfunnets» behov. Samfunnets behov vil være ivaretatt gjennom generelle læreplaner e.l. I hovedtrekk skal opplæringen bidra til å ivareta barnets behov, samtidig som opplæringen skal utvikle barnets evner. I denne sammenhengen finner utvalget det overflødig og litt tungt språklig å skulle presisere at barnets evner også skal utvikles gjennom opplæringen. Så lenge det følger av ordlyden at barnets evner skal ivaretas, vil det implisitt følge av dette at disse evnene også må stimuleres og utvikles videre gjennom opplæringen.

I siste del av setningen slås det fast at opplæringen skal fremme respekt for demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene. Dette peker tilbake på forslag til ny Grunnloven § 2, der formålet med Grunnloven er å ivareta demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene. Forståelsen av demokrati, rettsstat og menneskerettigheter må således være sammenfallende for disse to bestemmelsene. Utvalget finner at disse uttrykkene på en dekkende måte ivaretar de internasjonale konvensjonenes krav om at opplæringen skal bidra til fred, sikkerhet, toleranse og likeverd i verden. Tilsvarende dekker uttrykkene også respekten for naturmiljøet, respekten for hverandre og respekten for foreldrenes religiøse overbevisning. Dette følger allerede av respekten for menneskerettighetene. Respekten for naturmiljøet er i Grunnloven en del av menneskerettighetene, jf. dagens § 110b, og dermed fanger uttrykket også opp de ytre naturlige forhold som menneskene lever under, og som menneskene er avhengige av. Dette kan være alt fra økosystem, fotosyntese og magnetisme til klima, jordsmonn og havstrømmer.

Som følge av blant annet KRL-saken har utvalget sett det som hensiktsmessig å foreta en separat vurdering av spørsmålet om det bør presiseres særskilt at opplæringen skal utvise respekt for barnets og foreldrenes religion og livsanskuelse, jf. punkt 36.5.2.3 nedenfor.

De formuleringene som utvalget foreslår inntatt i Grunnloven, er langt på vei ment å være sammenfallende med kjernen i den omfattende formålsparagrafen i opplæringslova § 1-1, men opplæringslova må nok sies å strekke seg noe lengre. Grunnlovsfesting av krav til den grunnleggende opplæring vil således

ikke endre dagens rettstilstand. Det er ingenting i veien for at opplæringen er mer omfattende eller mer ambisiøs enn det som følger av Grunnloven. En grunnlovsbestemmelse er først og fremst ment å sikre at den grunnleggende opplæring søker å ivareta behovene til den enkelte, samt ivaretar samfunnets grunnleggende behov for fremme av demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.

37.5.2.3 Særlig om respekt for foreldrenes religion og filosofiske overbevisning

Av de internasjonale konvensjonene følger det at offentlige skoler skal utvise respekt for foreldrenes religion og filosofiske overbevisning. Dersom det gjennomføres en utvidelse av religionsfrihetsbestemmelsen i Grunnloven slik utvalget foreslår i kapittel 27, kan det være unødvendig å presisere under retten til utdanning at skolen skal utvise respekt for andres religion og filosofiske overbevisning. Dette vil i stedet følge av den nye bestemmelsen om tanke-, samvittighets- og religionsfrihet. Skal slik frihet være reell, kan skolen – enten den er offentlig eller privat – ikke drive indoktrinering. Det må imidlertid tillates at private skoler tar utgangspunkt i én tro eller ett livssyn.

Samtidig vil en presisering av hva undervisningen skal inneholde, herunder at den skal fremme respekt for menneskerettighetene, tilsi at indoktrinering ikke kan finne sted, jf. punkt 37.5.2.2. Respekten for foreldres religion og overbevisning vil dermed være innfortolket i undervisningskravene lest i sammenheng med bestemmelsen om tanke-, samvittighets- og religionsfrihet.

Fordelen ved å presisere i en utdanningsbestemmelse at det skal utvises respekt for foreldrenes religion og filosofiske overbevisning, er at man tydelig får frem at skolen ikke skal benyttes til indoktrinering, men nettopp være en læringsinstitusjon der barna skal oppdras til toleranse og respekt for andres tanker og livssyn. Dette kan også være en naturlig forlengelse av stat/kirke-forliket, der skolen skal være en nøytral læringsinstitusjon med respekt for ulike livssyn.

Etter en samlet vurdering finner utvalget at respekten for foreldres religiøse og filosofiske overbevisning ikke er nødvendig å ta inn i en eventuell ny utdanningsbestemmelse.

Dersom det skulle være ønskelig å ta inn en slik bestemmelse, er det utvalgets oppfatning at uttrykket «filosofisk overbevisning» bør erstattes med uttrykket «livsanskuelse» i lovteksten. Da vil denne bestemmelsen samsvare med forslaget til ny bestemmelse om religionsfrihet. Samtidig er det kanskje slik at uttrykkene «filosofi» og «filosofisk» til hverdags forstås noe snevrere i en norsk kontekst sammenliknet med en del andre land. Til sist bør også

respekten for *barnets* religion og livsanskuelse tydeliggjøres, og ikke bare foreldrenes rett til slik respekt. Mulige formuleringer av dette er omtalt i punkt 37.5.2.2 foran.

37.5.2.4 Videregående opplæring

Det følger av de internasjonale konvensjonene at videregående opplæring skal gjøres tilgjengelig for alle etter evne og kvalifikasjoner, og at statene skal arbeide aktivt for at videregående opplæring skal gjøres gratis. Videre følger det av konvensjonene at den videregående opplæring skal omfatte både allmennfag, tekniske fag og yrkesfag.

Utvalget finner at det overordnede prinsipp om at videregående opplæring skal være tilgjengelig for alle, bør grunnlovsfestes. Dette vil signalisere betydningen av at alle har de samme muligheter til læring og utvikling gjennom undervisning, også etter endt grunnskoleutdanning. Nærmere detaljer om ulike undervisningstilbud eller fagretninger bør imidlertid reguleres i ordinær lovgivning. Her bør statens myndigheter ha stort rom for politisk styring, bl.a. med tanke på hvilke behov og utfordringer samfunnet til enhver tid står overfor.

Det bør bemerkes at retten til videregående opplæring i Norge gjelder for alle, uavhengig av kvalifikasjoner. Norsk lovgivning går her lengre enn det man er forpliktet til i henhold til konvensjonene. Dette reiser spørsmål om det bare er minimumskravet etter konvensjonene som skal grunnlovsfestes, dvs. lik rett til videregående opplæring på bakgrunn av kvalifikasjoner. Alternativet er å grunnlovsfeste dagens rettstilstand, dvs. at alle med lovlig opphold i Norge og med fullført grunnskoleutdanning etter søknad har rett til videregående opplæring.

Utvalget finner at det er dette siste prinsippet som bør grunnlovsfestes. Konvensjonene er utelukkende ment som et minimumsvern, og det kan neppe være aktuelt for norske myndigheter å gå tilbake på retten til videregående opplæring så lenge demokratiet opprettholdes i samme utstrekning som i dag. Men skulle den økonomiske situasjonen akutt forverres i fremtiden, vil det være adgang til å endre grunnlovsbestemmelsen om retten til videregående opplæring med to tredjedels flertall. Man bør da være klar over at i en internasjonal kontekst har utdanning av befolkningen vist seg å være et viktig virkemiddel i kampen mot fattigdom.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at prinsippet om at videregående opplæring skal være tilgjengelig for alle, grunnlovsfestes. Dette vil delvis fremkomme av en innledende setning i utdanningsbestemmelsen om at enhver har rett til utdanning, jf. punkt 37.5.1. Det bør imidlertid gjøres en presisering om at statens myndigheter bør sikre et tilbud om videregående opplæring. Dette bør gjøres i kombinasjon med en

presisering om at også tilbud om høyere utdanning kan skje på bakgrunn av kvalifikasjoner, se punkt 37.5.2.5.

37.5.2.5 Høyere utdanning

Det følger av de internasjonale konvensjonene at alle skal ha like muligheter til å ta høyere utdanning på grunnlag av evner og kvalifikasjoner. Det skal ikke diskrimineres på grunnlag av kjønn, etnisitet eller andre karakteristika ved den enkeltes person ved tildeling av studieplasser.

Det følger også av konvensjonene at statene er forpliktet til å arbeide for at høyere utdanning skal være kostnadsfri, for på den måten å etablere formelt like muligheter for alle til å ta høyere utdanning. I tillegg heter det i konvensjonene at det skal finnes stipendordninger for å realisere lik rett til høyere utdanning, for eksempel for vanskeligstilte grupper eller for personer bosatt langt fra læresteder. I hovedtrekk handler alle disse kravene om å legge forholdene til rette for at alle skal ha lik mulighet til høyere utdanning på grunnlag av evner og kvalifikasjoner.

Utvalget finner at det overordnede prinsipp om at statens myndigheter skal sikre at alle har de samme formelle muligheter til å ta høyere utdanning på bakgrunn av kvalifikasjoner, bør grunnlovsfestes. Den nærmere tilrettelegging av høyere utdanning vil imidlertid avhenge av samfunnets behov, økonomiske forhold, distriktpolitikk mv. Den nærmere tilretteleggingen av høyere utdanning bør derfor overlates til ordinær lovgivning.

Utvalget foreslår at tredje ledd til en utdanningsbestemmelse kan lyde:

«Det påligger statens myndigheter å sikre adgang til videregående opplæring og like muligheter til høyere utdanning på grunnlag av kvalifikasjoner.»

I denne formuleringen er det først og fremst staten som pålegges plikt til å sørge for et tilbud om videregående opplæring og muligheter for høyere utdanning på grunnlag av kvalifikasjoner. Plikten til å sikre et tilbud om videregående opplæring gjelder overfor alle, mens plikten til å sikre høyere utdanning først og fremst er knyttet til et mest mulig rettferdig system for utvelgelse, der uttrykket «like muligheter» innebærer at den enkelte ikke må utsettes for diskriminering på bakgrunn av religion, etnisitet eller andre personlige karakteristika.

37.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at ny Grunnloven § 109 skal lyde:

«Enhver har Ret til Uddannelse. Børn have Pligt til at modtage grundlæggende oplæring. Oplæringen skal ivaretage den Enkeltes Evner og Behov, og

fremme Respekt for Demokratiet, Retsstaten og Menneskerettighetene.

Det paaligger Statens Myndigheter at sikre Adgang til videregaaende Oplæring og lige Muligheder til høiere Uddannelse på Grundlag af Kvalifikationer.»

Se for øvrig særmerknad fra utvalgets medlem Carl I. Hagen, jf. punkt 11.4.2.

38. Arbeid og næring

38.1 Innledende bemerkninger

Arbeid eller næringsvirksomhet står for de vanligste former for inntjening til private husholdninger i Norge. Sammenliknet med 1814 er det likevel sannsynlig at det er en noe større andel av befolkningen som lever av kapitalinntekter i dag. Sammenliknet med situasjonen for noen tiår siden er det også en kjensgjerning at en stadig voksende andel av befolkningen lever av inntekter fra trygd eller sosiale stønader.

I et menneskerettslig perspektiv har retten til å skaffe seg utkomme ved arbeid eller næring vært sett på som en viktig forutsetning både for bekjempelse av fattigdom og for demokratiutvikling. Arbeid har også vært sett på som viktig for individets mulighet til selvrealisering, utvikling og overlevelse. I korte trekk er dette bakgrunnen for at Verdenserklæringen fra 1948 i artikkel 23 slår fast retten til arbeid, retten til selv å velge yrke, retten til rettferdige og gode arbeidsforhold, retten til likelønn, retten til sosiale ytelser dersom man ikke er i stand til å skaffe seg arbeidsinntekter og retten til å organisere seg i fagforeninger. Se mer om Verdenserklæringen i punkt 38.3 nedenfor.

Utvalget har av den grunn vurdert grunnlovsfesting av flere av disse rettighetene. Etter utvalgets oppfatning vil retten til likelønn være omfattet av et generelt forbud mot diskriminering, og retten til likelønn vil derfor ikke bli behandlet utover dette. Utvalget finner samtidig at retten til å organisere seg i fagforeninger bør ses i sammenheng med den generelle retten til forenings- og samlingsfrihet i kapittel 29. Videre finner utvalget at retten til sosiale ytelser ved arbeidsledighet, alderdom, uførhet eller lignende kan være aktuelt å grunnlovsfeste enten i sammenheng med arbeidsbestemmelsen eller i sammenheng med en eventuell grunnlovsbestemmelse om helse og levestandard. Dette spørsmålet vil utvalget vurdere og ta stilling til i neste kapittel om helse og levestandard, jf. kapittel 39.

I innværende kapittel vil retten til utkomme fra arbeid, næringsfrihet, retten til selv å velge yrke og retten til rettferdige og gode arbeidsforhold bli behandlet i sammenheng med de nåværende bestemmelsene i Grunnloven §§ 101 og 110.

38.2 Dagens rettstilstand

38.2.1 RETT TIL ARBEID

Grunnloven § 110 første ledd pålegger statens myndigheter å legge til rette for at alle kan skaffe seg utkomme av sitt arbeid. Bestemmelsen ble tilføyd ved grunnlovsendring 16. november 1954 og har siden vært endret ved grunnlovsendring 5. mai 1980 og 3. mars 2006. Bestemmelsen lyder nå:

«Det paaligger Statens Myndigheter at lægge Forholdene til Rette for at ethvert arbeidsdygtigt Menneske kan skaffe sig Udkomme ved sit Arbeide.

Nærmere Bestemmelser om Ansattes Medbestemmelsesret paa deres Arbeidsplads, fastsættes ved Lov.»

Bestemmelsen har i hovedsak vært ansett som en retningsgivende politisk programerklæring. Grunnloven § 110 første ledd ble vedtatt i 1954, mens annet ledd ble vedtatt i 1980. Initiativet til Grunnloven § 110 første ledd kom fra Sosialdepartementet, som i et brev til Justisdepartementet 18. august 1948 foreslo at det ble fremmet en proposisjon med følgende grunnlovsforslag:

«Ethvert arbeidsdyktigt Menneske har Ret og Plikt til at arbeide for sit Udkomme.

Nærmere Bestemmelse skal gis ved Lov.»

Sosialdepartementet understreket, under henvisning til en drøftelse av daværende høyesterettsjustitiarius Paal Berg, at dette ikke var ment som en juridisk rett for en arbeidsløs person til å kreve seg tilvist arbeid av det offentlige eller adgang til å gjøre en slik rett gjeldende for domstolene. «En slik lovfesting vil i en gitt situasjon kunne føre med seg uanede konsekvenser med økonomiske ansvar for det offentlige.» Hensikten var i stedet å «forankre i selve konstitusjonen en forfatningsplikt for staten til å sørge for at hele folket er i arbeid», som Paal Berg hadde uttrykt det.

Justisdepartementet var enig i forslaget, men fant grunn til å gå noe nærmere inn på den nye bestemmelsens rettslige karakter. Departementet pekte på at paragrafen avvek fra våre vanlige materielle rettslige lovregler for så vidt som den ikke umiddelbart stiftet rett og plikt for det enkelte individ. I hvilken utstrekning og på hvilken måte paragrafen skal gjennomføres i praksis, må følgelig til enhver tid være avhengig av statsmyndighetens bestemmelse. Det foreliggende utkast har gitt uttrykk for dette gjennom tillegget om at «nærmere bestemmelser skal gis ved lov». Departementet oppsummerte med at «den foreslåtte paragrafen har karakter av en alminnelig henstilling til statsmaktene eller om man vil en programerklæring».²⁸⁷

²⁸⁷. Se St.prp. nr. 140 (1948) s. 5 flg.

Ideen bak forslaget hadde bred oppslutning, men forslaget fikk likevel ikke det nødvendige grunnlovsmessige flertallet (71 mot 61 stemmer), fordi det etter mindretallets oppfatning ikke gikk tydelig nok frem at bestemmelsen bare var en programmerklæring.²⁸⁸ Under den omfattende stortingsdebatten ble det fra flere hold anbefalt at det ble utarbeidet en ny grunnlovparagraf «formet som et direktiv med adresse til statens myndigheter om at de skal følge en politikk som til enhver tid tar sikte på og holder seg for øye at det enkelte samfunnsmedlem skal gis full adgang til gjennom sitt arbeid å skaffe seg underhold for seg og sine».²⁸⁹ Et slikt forslag ble straks fremsatt, og det var dette som senere ble vedtatt i 1954.

Før bestemmelsens annet ledd ble vedtatt i 1980, innhentet Stortinget betenkninger fra professorene Johs. Andenæs og Torkel Opsahl om rettsvirkningene av de ulike forslagene som var fremsatt.²⁹⁰ De fremsatte forslagene formulerte prinsippet om medbestemmelse noe ulikt, men alle presiserte at nærmere bestemmelser skulle gis ved lov. Andenæs, med tilslutning av Opsahl, skrev blant annet følgende:

«Uansett de forskjellige formuleringer, synes det klart at det ikke kan være meningen å fastslå en juridisk rett som en arbeidstaker eller en arbeidstakerorganisasjon kan få gjennomført ved domstolens hjelp. Både sammenhengen med første ledd av paragrafen (retten til arbeid), bestemmelsens ubestemte karakter, og henvisningen til at nærmere bestemmelser skal gis ved lov, peker i retning av at det er en forpliktelse for de lovgivende myndigheter det er tale om. Hvor langt denne forpliktelse vil gå, egner seg ikke for domstolsbehandling og domstolsavgjørelse. Det vil være Stortinget som suverent tolker hva som ligger i den bestemmelse som måtte bli vedtatt.»²⁹¹

Stortingskomiteen la dette til grunn og valgte deretter den teksten som senere ble vedtatt. Komiteen ga ingen annen begrunnelse for valget enn at den hadde festet seg ved dette alternativet.

Stortinget hadde altså en klar oppfatning om at verken første eller annet ledd i Grunnloven § 110 skulle innebære individrettigheter, men at de skulle fungere som politiske programmerklæringer. Denne forståelsen av bestemmelsen er ikke endret i etterfølgende rettspraksis. Dette kan tale for at dersom bestemmelser utformes som en plikt for statens myndigheter til å legge forholdene til rette, vil enkeltindivider ikke kunne håndheve rettigheten ved hjelp av domstolene.

Hvor stor betydning § 110 har hatt for den lovgivende og den utøvende makt, er vanskelig å evaluere. Bestemmelsen har vært lite behandlet i lovforarbeid

der og i den juridiske litteratur.²⁹² Men i innstillingen fra komiteen i 1954 heter det at «de som velges til Stortinget eller får myndighet i staten blir forpliktet til å realisere Grunnlovens pålegg. Deri ligger en større realitet og et dypere alvor enn de mer generelle løfter politikerne avlegger i sine programmer. Det kan ikke vedtas lover eller treffes disposisjoner som åpenbart og bevisst hindrer eller vanskeliggjør realiseringen av Grunnlovens pålegg. § 110 vil bli en hovedretningslinje for myndighetenes økonomiske politikk».²⁹³

For domstolene har bestemmelsen hatt marginal betydning. Borgarting lagmannsrett uttalte i 1996 at § 110 ikke ga individuelle rettigheter og benyttet av den grunn ikke bestemmelsen i sine vurderinger av en konkret sak.²⁹⁴ Sivilombudsmannen har imidlertid i én sak fra 2008 påpekt at § 110 skal benyttes som et tolkningsmoment for forvaltningens avgjørelser.²⁹⁵ Bestemmelsen har ikke vært påberopt for Høyesterett.

38.2.2 FRITT VALG AV YRKE

Foruten det vern som følger av inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner (særlig ØSK artikkel 6), er det ingen bestemmelser i norsk rett som eksplisitt anerkjenner retten til fritt å velge yrke. På den annen side er det heller ingen begrensninger i denne rettigheten, utover det som måtte følge av saklige kompetansekrav eller saklige krav til fysisk eller mental helse ved ansettelse eller i arbeidsforholdet for øvrig.

Stilles det usaklige krav ved ansettelse eller senere under arbeidsforholdet, vil dette kunne støte an mot diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven § 13-1, alternativt diskrimineringsloven § 4, likestillingsloven § 4 eller diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4. Arbeidsmiljøloven § 13-1 retter seg mot både offentlige og private arbeidsgivere.

Et generelt diskrimineringsforbud ved ansettelse og i arbeidsforhold medfører at det ikke er adgang til å styre andres valg av yrke ved å stille krav som innebærer reell forskjellsbehandling. Retten til å velge yrke vil typisk være en frihet som tilkommer den enkelte. Det offentlige vil da være avhengig av tilstrekkelig lovgrunnlag for å kunne gripe inn i denne friheten, jf. det ulovfestede legalitetsprinsipp. Konsekvensen av dette er dermed at offentlige inngrep i den enkeltes frihet til selv å velge yrke må ha hjemmel i lov og samtidig være et ikke-diskriminerende inn-

^{288.} Se Innst. S. nr. 373 (1952) s. 3.

^{289.} Se Innst. S. nr. 220 (1954) s. 2.

^{290.} Betenkningene er inntatt i Innst. S. nr. 207 (1979–1980).

^{291.} Se Innst. S. nr. 207 (1979–1980) s. 7.

^{292.} Bestemmelsen er bl.a. kommentert sporadisk i betenkning av Henning Jakhelln i NOU 1992:32.

^{293.} Se Innst. S. s. 220 (1954) s. 585. Se også Arne Fliflet, *Grunnloven – kommentarutgave*, 2005 s. 459-460.

^{294.} Se LB-1995-2823.

^{295.} Se Somb-2008-27.

grep. Private inngrep i den enkeltes frihet til selv å velge yrke kan heller ikke stride mot diskrimineringsforbudet, jf. arbeidsmiljøloven § 13-1.

Ved siden av disse overordnede reglene på området vil det være en rekke bestemmelser som indirekte vil kunne verne om retten til selv å velge yrke eller legge forholdene til rette for fritt yrkesvalg. Det gjelder for eksempel retten til utdanning i henhold til opplæringslova §§ 2-1 og 3-1, og det gjelder retten til høyere utdanning i universitets- og høyskoleloven § 3-6. Videre vil retten til selv å velge yrke i stor grad kunne påvirkes av retten til stipender, studielån og bostøtte, retten til nødvendig helsehjelp, hensynet til barnets beste, forbud mot frihetsberøvelse og integritetskrenkelse mv. Det er dermed et sett av regler i samfunnet som til sammen sikrer den enkeltes rett til selv å velge yrke, basert på egne evner og den kompetanse man er i besittelse av.

38.2.3 RETT TIL RETTFERDIGE OG GODE ARBEIDSFORHOLD

Retten til rettferdige og gode arbeidsforhold reguleres i første rekke av arbeidsmiljøloven. I arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse i § 1-1 heter det bl.a. at lovens formål er å sikre gode og trygge arbeidsforhold, likebehandling ved ansettelse og i arbeidslivet, tilrettelegging og tilpasning for den enkelte arbeidstaker, etablere et grunnlag for at partene i arbeidslivet kan ta del i utviklingen av sitt arbeidsmiljø, samt bidra til «et inkluderende arbeidsliv».

En side av retten til rettferdige og gode arbeidsforhold vil være retten til ikke å bli diskriminert i arbeidsforhold, jf. bl.a. arbeidsmiljøloven § 13-1, referert i foregående punkt. Dernest finnes en rekke bestemmelser i arbeidsmiljøloven som tar sikte på å legge forholdene til rette for rettferdige og gode arbeidsforhold, herunder for eksempel regler om HMS-arbeid og bedriftshelsetjeneste, behandling av helsefarlige produkter, støy og inneluft m.m.

Utover reguleringen i arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter finnes flere særlover hvor arbeidsmiljø er berørt på ulike måter. Dette gjelder for eksempel lov om ferie, lov om ferie for fiskere, jernbaneloven, skipssikkerhetsloven, lov om norsk internasjonalt skipsregister, lov om personell i Forsvaret m.fl.

38.2.4 NÆRINGSFRIHET

Grunnloven § 101 inneholder en egen bestemmelse om næringsfrihet. Bestemmelsen har stått uendret siden 1814 og lyder som følger:

«Nye og bestandige Indskrænkninger i Næringsfriheden bør ikke tilstedes Nogen for Fremtiden.»

Formuleringen av Grunnloven § 101 ble debattert på Eidsvoll i 1814, særlig i lys av de allerede eksisterende næringsprivilegier.²⁹⁶ Etter generelle diskusjoner om hva som burde reguleres i grunnlov, og hva som burde reguleres i ordinær lovgivning, ble spørsmålet utsatt til behandling i det første ordentlige storting. Riksforsamlingen på Eidsvoll nøyde seg deretter med å slå fast at det for fremtiden skulle være likhet mellom næringsdrivende. Bestemmelsen tok derfor i første rekke sikte på å etablere likhet mellom næringsdrivende, ikke å etablere generell næringsfrihet. Dette er senere tatt hensyn til og har kommet til uttrykk i en høyesterettsavgjørelse i Rt. 1951 s. 639.

Bestemmelsen kan knapt sies å ha hatt reell betydning. Siden 1900 har bestemmelsen vært påberopt for Høyesterett i alt åtte ganger. Ingen av anførselene har ført frem, og bare i én av sakene ble det foretatt en nærmere vurdering av bestemmelsens rettslige rekkevidde. Dette var i Rt. 1995 s. 1789. I denne saken ble det reist spørsmål om spillemonopolet i lotteriloven kunne være i strid med Grunnloven § 101, men dette ble avvist av Høyesterett. Trolig er det slik at forbudet mot forskjellsbehandling og forbud mot monopol- og kartellvirksomhet i EØS-retten strekker seg lengre i å likebehandle næringsdrivende enn Grunnloven § 101.

Til tross for at Grunnloven § 101 har hatt og har liten praktisk betydning, opprettholder bestemmelsen i noen grad ideen eller tanken om at det skal være likhet for loven. Dette likhetsprinsippet følger også av flere av de øvrige bestemmelsene i Grunnloven, herunder §§ 95, 103 og 108, se nærmere punkt 26.2. Den opprettholder også tanken om at det generelt skal være adgang til å tjene til livets opphold gjennom næringsinntekt.

38.3 Internasjonalt menneskerettighetsvern

Retten til arbeid, retten til rettferdige arbeidsforhold og retten til å danne fagforeninger er omtalt i Verdenserklæringen artikkel 23. Bestemmelsen lyder:

«(1) Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment.

(2) Everyone, without any discrimination, has the right to equal pay for equal work.

(3) Everyone who works has the right to just and favourable remuneration ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity, and supplemented, if necessary, by other means of social protection.

(4) Everyone has the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.»

²⁹⁶ Se Ola Mestad, *Næringsfridom i 1814-grunnlova*, i boken *Forfatningsteori møter 1814* (red: Dag Michalsen) s. 21-94.

Verdenserklæringen er fulgt opp i ØSK artikkel 6-8. Forenings- og forsamlingsfrihet er videre regulert i EMK artikkel 11 og SP artikkel 21-22. Kvinners rett til arbeid er særskilt regulert i kvinnekongresskonvensjonen artikkel 11, og forbud mot barnearbeid er regulert i barnekongresskonvensjonen artikkel 31-32.

I tillegg er disse rettighetene og forbudene utdypet i Den europeiske sosialpakt og i flere ILO-konvensjoner, herunder ILO-konvensjon nr. 87 (foreningsfrihet), 98 (vern om organisasjonsrett), 100 (likelønn mellom kjønnene), 138 (minstealder) og 182 (barnearbeid).

Det er først og fremst individets *verdighet, overlevelse og egenutvikling* som begrunner rettigheter knyttet til arbeid. ØSK-komiteen har formulert dette på følgende måte:

«The right to work is essential for realizing other human rights and forms an inseparable and inherent part of human dignity. Every individual has the right to be able to work, allowing him/her to live in dignity. The right to work contributes at the same time to the survival of the individual and to that of his/her family, and insofar as work is freely chosen or accepted, to his/her development and recognition within the community.»²⁹⁷

Retten til arbeid er både en individuell og en kollektiv rettighet. Videre omfatter den retten til arbeid i form av ansettelsesforhold og inntekt gjennom egen næringsvirksomhet.²⁹⁸

Retten til arbeid etter menneskerettighetskonvensjonene tar ikke sikte på at alle til enhver tid skal ha et tilbud om arbeid. I likhet med det som gjelder for retten til å ta del i det kulturelle liv og retten til helse og en tilfredsstillende levestandard, er statene forpliktet til å *respekt* («respect»), *beskytte* («protect») og *oppfylle* («fulfil») rettigheter knyttet til arbeid, se særlig punkt 13.3.4 for en nærmere redegjørelse om ØSK-rettigheter. Oppfyllelse skal skje ved å *legge forholdene til rette* («provide») for gjennomføring av rettighetene, ved å *fremme* («facilitate») tiltak som kan sikre gjennomføringen av rettighetene, og til sist ved å *bidra* til å *oppfylle* («promote») rettighetene. Oppfyllelse av rettighetene kan for eksempel gjennomføres ved nasjonal strategiplan for sysselsetting, allokering av ressurser for å sikre at utsatte grupper i samfunnet ikke faller utenfor arbeidslivet e.l.²⁹⁹ Statene har imidlertid ingen plikt til å opprette eller etablere offentlige arbeidsplasser for å sikre sysselsetting.

^{297.} Se ØSK-komiteens generelle merknad 2005 nr. 18 til ØSK artikkel 6 og 7, punkt 1.

^{298.} Se ØSK-komiteens generelle merknad 2005 nr. 18 til ØSK artikkel 6 og 7, punkt 6.

^{299.} Se ØSK-komiteens generelle merknad 2005 nr. 18 til ØSK artikkel 6 og 7, punkt 23-28 og 36.

Retten til rettferdige og gode arbeidsforhold etter konvensjonene tar i første rekke sikte på å ramme alvorlige tilfeller av mindrevverdige arbeidsforhold. Dette gjelder særlig forbud mot barnearbeid og misbruk av barn, dårlige eller farlige arbeidsforhold, uforsvarlig lang og sammenhengende arbeidstid og avlønning for fulltidsjobb som ikke er nok til å dekke det nødvendige forbruk av mat, klær og varme.

Rettigheter knyttet til arbeid er nært forbundet med både retten til ikke å bli diskriminert og retten til sosial trygghet. En viktig side ved det generelle diskrimineringsforbudet er nettopp at man ikke skal utsettes for diskriminering i arbeidsforhold. Ansettelser, oppsigelser, fordeling av arbeidsoppgaver m.m. skal skje uten at det foreligger usaklig forskjellsbehandling. Retten til sosial trygghet slår inn dersom den enkelte på grunn av arbeidsledighet, alder, uførhet, sykdom e.l. ikke er i stand til å skaffe inntekt til seg og sin familie gjennom arbeid. Dermed vil retten til sosial trygghet kunne tjene som et sikkerhetsnett for enkelte utsatte eller sårbare grupper i samfunnet, som selv ikke er i stand til å skaffe seg arbeidsinntekt.

38.4 Andre lands konstitusjoner

Rett til å skaffe seg utkomme fra arbeid, rett til å velge yrke og rett til gode og rettferdige arbeidsforhold finnes helt eller delvis i flere konstitusjoner i Vest-Europa, herunder Belgia, Danmark, Finland, Luxembourg, Nederland, Hellas, Italia, Island, Portugal, Spania, Sverige og Østerrike.

Samtlige nordiske land berører vern om arbeid i sine konstitusjoner, men på litt ulike måter. I den *finnske* Grundlagen 18 § er den enkelte gitt rett til å forsørge seg selv gjennom arbeid, yrke eller næring. I tillegg skal «det allmänna» sørge for beskyttelse av arbeidskraften, fremme sysselsetting og legge forholdene til rette for at alle kan få seg et arbeid. Det er samtidig presisert at oppsigelse trenger lovlig grunn. Bestemmelsen lyder som følger:

«Var och en har i enlighet med lag rätt att skaffa sig sin försörjning genom arbete, yrke eller näring som han eller hon valt fritt. Det allmänna skall sörja för skyddet av arbetskraften.

Det allmänna skall främja sysselsättningen och verka för att alla tillförsäkras rätt till arbete. Bestämmelser om rätten till sysselsättningsfrämjande utbildning utfärdas genom lag.

Ingen får avskedas från sitt arbete utan laglig grund.»

I den *danske* Grundloven er det slått fast i § 74 at begrensninger i en fri og lik adgang til erverv, som ikke er begrunnet i allmennhetens beste, må ha hjemmel i lov. I § 75 er det videre slått fast at det skal tilstrebes at enhver arbeidsfør borger kan skaffe seg et arbeid som kan sikre hans eksistens (stk. 1). Dersom borgeren selv ikke er i stand til å arbeide, har han

krav på hjelp fra det offentlige (stk. 2). Bestemmelsene lyder som følger:

«§ 74: Alle innskrenkninger i den fri og like adgang til erhverv, som ikke er begrundede i det almene vel, skal hæves ved lov.

§ 75: Stk. 1. Til fremme af almenvellet bør det tilstræbes, at enhver arbejdsduelig borger har mulighed for at arbejde på vilkår, der betrygger hans tilværelse.

Stk. 2.

Den, der ikke kan ernære sig eller sine, og hvis forsørgelse ikke påhviler nogen anden, er berettiget til hjælp af det offentlige, dog mod at underkaste sig de forpligtelser, som loven herom byder.»

I den *islandske* konstitusjonen følger det av § 75 at den enkelte fritt kan velge yrke, med mindre denne retten er innskrenket ved lov og begrunnet med allmennhetens beste. Bestemmelsen lyder i engelsk oversettelse:

«Everyone is free to pursue the occupation of his choosing. This right may however be restricted by law, if such restriction is required with regard to the public interest. The right of people to negotiate terms of employment and other labour-related matters shall be regulated by law.»

I den *svenske* Regeringsformen er arbeidstakerforeninger og arbeidsgiverforeninger gitt rett til å avgjøre arbeidsrettslige tvister, med mindre annet følger av lov eller avtale, jf. 2. kapittel 14 §. I tillegg er det slått fast at retten til å utøve yrke eller næring bare kan begrenses ut fra allmennhetens interesser, jf. 2. kapittel 17 §. Bestemmelsene lyder:

«14§: En förening av arbetstagare samt arbetsgivare och en förening av arbetsgivare har rätt att vidta stridsåtgärder på arbetsmarknaden, om inte annat följer av lag eller avtal.

17§: Begränsningar i rätten att driva näring eller utöva yrke får införas endast för att skydda angelägna allmänna intressen och aldrig i syfte enbart att ekonomiskt gynna vissa personer eller företag.»

38.5 Utvalgets vurdering

38.5.1 RETT TIL ARBEID

Grunnloven inneholder allerede en bestemmelse om at statens myndigheter skal legge forholdene til rette for at alle kan skaffe seg utkomme av sitt arbeid. For utvalget blir det derfor et spørsmål om retten til arbeid i Grunnloven bør styrkes.

En måte å gjøre dette på kan for eksempel være å gi enhver «rett til arbeid». Dette vil gjøre at bestemmelsen får form av å være en individuell rettighet, og det vil bringe grunnlovsformuleringen i overensstemmelse med formuleringen i Verdenserklæringen artikkel 23. Det er imidlertid på det rene at Verdens-

erklæringen på dette punkt ikke kan tas helt på ordet. Formuleringene i ØSK artikkel 6 og i de generelle kommentarene fra ØSK-komiteen til artikkel 6, viser at retten til arbeid ikke innebærer en ubetinget rett til sysselsetting.³⁰⁰ Statenes forpliktelser er i hovedsak en plikt til å *tilrettelegge* for at alle kan få seg en jobb. I så måte vil en formulering som gir enhver rett til arbeid, gå lengre enn det som følger av dagens konvensjonsvern.

Fordelen med en slik styrking av arbeidsbestemmelsen i Grunnloven er at sysselsetting i stor grad er med på å stabilisere og sikre den demokratiske samfunnsorden. Erfaringer fra andre land viser at høy arbeidsledighet, særlig blant unge, etablerer en usikkerhet om fremtiden, ikke bare for den enkelte, men for samfunnet som sådant. Sammenhengen man ofte ser mellom høy arbeidsledighet på den ene siden og fattigdom og sosial uro på den annen side, vil kunne destabilisere den demokratiske samfunnsorden.

Ulempen med å styrke arbeidsbestemmelsen er at sysselsetting er konjunkturavhengig i en helt annen grad enn andre menneskerettighetsbestemmelser. Mens øvrige rettigheter utgjør et forhold mellom den enkelte og statens myndigheter, er arbeid noe som også skapes i forholdet til andre private personer eller alene. Dette gjør at de mulighetene som statens myndigheter har til å påvirke sysselsettingen, er mer begrensede for denne rettigheten enn for øvrige rettigheter.

Det er i prinsippet ingenting i veien for at Norge sikrer enkelte rettigheter bedre enn det som er tilfellet etter de internasjonale konvensjonene. Dette vil særlig kunne være aktuelt der det internasjonale vernet ikke er like godt utviklet som i Norge. Utvalget finner imidlertid at et bedre vern om retten til arbeid enn det som følger av våre internasjonale forpliktelser, vil kunne binde opp offentlige ressurser og politiske handlingsalternativer i for stor grad. Dette gjelder særlig i tider med knapphet på økonomiske ressurser. Av den grunn vil utvalget ikke anbefale at det foretas slike endringer i Grunnloven § 110 som medfører et styrket vern om den enkeltes rett til arbeid.

Utvalget vil likevel påpeke at dagens grunnlovsbestemmelse bør forstås i lys av den internasjonale rettsutviklingen på dette området. Det innebærer bl.a. at den skepsis som enkelte jurister ga uttrykk for da spørsmålet om en eventuell domstolsprøving av bestemmelsen ble behandlet i forarbeidene, nå må leses i lys av at statens myndigheter er forpliktet gjennom de internasjonale konvensjonene til å respektere, beskytte og oppfylle rettigheter knyttet til arbeid. I prinsippet bør det fortsatt være en meget høy terskel for domstolsprøving av bestemmelsen.

³⁰⁰ Se ØSK-komiteens generelle kommentar 2005 nr. 18, punkt 6.

38.5.2 FRITT VALG AV YRKE

Den enkeltes rett til fritt valg av yrke er først og fremst et utslag av individets grunnleggende frihet til selv å treffe valg som er av avgjørende betydning for eget liv. I hovedtrekk innebærer rettigheten først og fremst frihet fra at andre, for eksempel det offentlige, bestemmer hvilket yrke man skal velge. Dette var bl.a. situasjonen i enkelte øst-europeiske land under den kalde krigen.

Retten til selv å velge yrke innebærer ikke at man har rett til å få den jobben man ønsker seg. Retten til selv å velge yrke vil her være begrenset av faktiske og naturlige forhold, ved at de fleste av oss i praksis ikke har de nødvendige evner eller den nødvendige kompetanse til å beherske ethvert yrke. Retten til selv å velge yrke må derfor kunne begrenses gjennom krav til kompetanse og krav til evner. Og selv om man besitter den nødvendige kompetanse og de nødvendige evner, vil det være knapphet på en rekke jobber. Dermed vil man kunne bli utkonkurrert til stillinger og oppdrag selv om man er godt kvalifisert.

Den vanligste begrensningen i den enkeltes valg av yrke finnes i de formelle krav til gjennomført utdanning innenfor et bestemt fagområde. Dernest vil retten til selv å velge yrke være begrenset av saklige krav til for eksempel syn, hørsel, styrke, kondisjon mv.

Dersom de formelle eller fysiske/mentale krav ikke er saklig fundert, men beror på usaklig forskjellsbehandling av grupper eller enkeltpersoner i samfunnet, vil begrensningene rammes av diskrimineringsforbudet. Videre vil et inngrep i den enkeltes frihet til selv å velge yrke utvilsomt kreve hjemmel i lov.

På denne bakgrunn anser utvalget vernet om retten til selv å velge yrke for å være tilfredsstillende ivaretatt gjennom utvalgets forslag til grunnlovsfesting av likhetsprinsippet og diskrimineringsforbudet, jf. kapittel 26, samt grunnlovsfesting av det ulovfestede legalitetsprinsipp, jf. kapittel 41. Selv uten grunnlovsfesting av legalitetsprinsippet vil dette komme til anvendelse som et ulovfestet konstitusjonelt prinsipp. I tillegg ser utvalget ikke et påtregende behov for å synliggjøre denne rettigheten særskilt i Grunnloven.

Utvalget foreslår etter dette ingen særlig grunnlovsfesting av retten til selv å velge yrke.

Dersom Stortinget likevel skulle ønske en grunnlovsfesting av denne rettigheten, bør dette gjøres i den eksisterende bestemmelsen i Grunnloven § 110, og da gjennom en egen tilføyelse til første ledd. En mulig formulering kan være:

«Enhver har rett til fritt å velge sitt yrke.»

38.5.3 RETT TIL RETTFERDIGE OG GODE ARBEIDSFORHOLD

Den enkeltes rett til rettferdige og gode arbeidsforhold har historisk vært kjempet frem av arbeidere, arbeiderbevegelse og fagforeninger gjennom 1800- og 1900-tallet. I Norge har denne kampen gitt seg utslag i et omfattende regelverk til beskyttelse mot utnyttning i arbeidsforhold. Regelverket er imidlertid ikke gjenspeilet i Grunnloven. Dette reiser spørsmål om det generelle prinsipp om retten til rettferdige og gode arbeidsforhold bør løftes inn i Grunnloven, både for å synliggjøre disse rettighetene og for befeste resultatene av den lange og viktige kampen som arbeiderbevegelsen har ført for å sikre trygge og verdige arbeidsforhold i Norge.

En tilføyelse i Grunnloven § 110 om retten til rettferdige og gode arbeidsforhold vil synliggjøre en sentral verdi i det norske samfunn, der arbeidere ikke skal utnyttes. En slik tilføyelse vil ikke endre dagens rettstilstand, utover at rettigheten vil få et grunnlovsmessig vern. Bestemmelsen vil da kunne benyttes som et tolkningsmoment ved forståelsen av øvrige regler i ordinær lovgivning og som en politisk rettesnor for fremtiden.

På den annen side vil flere av de øvrige grunnlovsforslag fra utvalget, samt den nåværende § 110, kunne gi et tilfredsstillende vern om rettferdige og gode arbeidsforhold i Grunnloven. I den eksisterende § 110 heter det bl.a. at arbeidsdyktige mennesker «kan skaffe sig Udkomme ved sit Arbeid». I dette kan det innfortolkes at lønnen for arbeidet må være av en slik størrelse at det er mulig å sørge for sitt eget nødvendige livsopphold. Videre må det ligge i bestemmelsen at statens myndigheter er avskåret fra å inndra arbeidsinntekt i sin helhet, enten som straff eller som skatt.

Ved siden av § 110 vil forslag til grunnlovsbestemmelse om likhetsprinsippet og diskrimineringsforbud sikre likelønn mellom individer som utfører det samme arbeidet. Dernest vil forslag til en bestemmelse om rett til best mulig helse pålegge statens myndigheter å sikre et effektivt lovverk som pålegger arbeidsgiver å sørge for at de ansatte ikke utsettes for helsefare på arbeidsplassen. Det vil imidlertid ikke være mulig å gardere seg fullt ut mot ulykker eller helseskader på arbeidsplassen, verken for lovgiver eller for den enkelte arbeidsgiver. En bestemmelse om rett til best mulig helse vil også sørge for at myndighetene må ha på plass et regelverk som skal sikre at den enkelte ikke utsettes for unødvendig fare.

På denne bakgrunn finner utvalget at det ikke er nødvendig å ta inn i Grunnloven at den enkelte arbeidstaker har krav på gode og rettferdige arbeidsforhold.

Dersom Stortinget likevel skulle ønske en grunnlovsfesting av denne rettigheten, bør dette gjøres i

den eksisterende bestemmelsen i Grunnloven § 110, og da gjennom en egen tilføyelse til første ledd. Mulige formuleringer kan være:

«Enhver har rett til trygge og gode arbeidsforhold.»

(eller)

«Likeledes påligger det statens myndigheter å legge forholdene til rette for trygge og rettferdige arbeidsforhold.»

(eller)

«Likeledes påligger det statens myndigheter å sikre [den enkelte] gode og rettferdige arbeidsforhold.»

38.5.4 NÆRINGSFRIHET

Grunnlovens bestemmelse om næringsfrihet i § 101 er lite anvendt. Prinsippet om at det skal være likhet for loven, også mellom næringsdrivende, er i noen grad gjennomført i norsk rett, særlig gjennom EØS-retten.

Likhetsprinsippet gjelder imidlertid generelt, og utvalget har av den grunn foreslått å grunnlovsfeste prinsippet om at alle er like for loven, jf. kapittel 26. Dette vil i utgangspunktet gjøre dagens § 101 overflødig. Utvalget foreslår derfor at § 101 oppheves, og at § 101 gjøres tilgjengelig for en ny grunnlovsbestemmelse.

Det er likevel slik at mange har næringsvirksomhet som sitt primære livsgrunnlag. Utvalget har derfor vurdert hvorvidt Grunnloven § 110 bør presiseres slik at den uttrykkelig omfatter næringsvirksomhet. I henhold til konvensjonsvernet er det på det rene at det skal legges til rette for at den enkelte kan skaffe seg det nødvendige livsgrunnlag gjennom utøvelsen av et yrke, uavhengig av om man er ansatt av andre eller driver egen næringsvirksomhet. En lignende presisering er også til stede i den finske konstitusjonen fra 2000 i § 18.

Utvalget finner at Grunnloven § 110 bør utvides til å omfatte retten til å skaffe seg utkomme ved næring. På den måten slås arbeid og næringsfrihet sammen i en ny bestemmelse om rett til arbeid og næring. Samtidig videreføres likhetsprinsippet i næringsfrihetsbestemmelsen i dagens § 101 til en ny og generell bestemmelse om likhet for loven.

Utvalget foreslår at utvidelsen av Grunnloven § 110 gjennomføres på en enkel måte og da ved følgende tilføyelse til første ledd:

«Det påligger Statens Myndigheter at lægge Forholdene til Rette for at ethvert arbeidsdygtigt Menneske kan skaffe sig Udkomme *ved arbeid eller næring.*»

Formuleringen «arbeid eller næring» vil på en enkel måte presisere at myndighetenes forpliktelser til å legge forholdene til rette for den enkeltes nødvendige livsgrunnlag ikke er begrenset til arbeidsinntekt. Det vil også følge implisitt av formuleringen at den enkelte fritt kan velge om hun eller han vil sørge for livets opphold gjennom ansettelse eller næring. Tilføelsen vil imidlertid ikke gi rettigheter til bestemte næringer eller til juridiske personer. Rettigheten vil fortsatt tilkomme «ethvert arbeidsdygtigt Menneske», dvs. fysiske personer.

Tilføelsen vil heller ikke innebære at det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for en god fortjeneste fra næringsvirksomhet, eller for at det kan drives næring der den enkelte måtte ønske det, eller for at den enkelte fritt kan etablere næringsvirksomhet, eller for at alle servicefunksjoner også må ha et privat alternativ. Tilføelsen innebærer kun at statens myndigheter også må legge forholdene til rette for at fysiske, voksne og arbeidsføre personer i Norge kan skaffe seg inntekt gjennom arbeidsinnsats i egen virksomhet. Hvordan man ønsker å tilrettelegge for dette og på hvilke nærmere angitte områder, vil være overlatt til de politiske beslutningsprosesser.

Dersom man i tillegg ønsker å grunnlovsfeste retten til selv å velge yrke, kan dette for eksempel gjøres på følgende måte:

«Det påligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for at ethvert arbeidsdygtigt Menneske kan skaffe sig Udkomme *ved arbeid eller næring.*

Enhver har rett til fritt å velge sitt yrke.

Nærmere Bestemmelser om Ansattes Medbestemmelsesret paa deres Arbejdsplads, fastsættes ved Lov.»

Dersom det i stedet eller i tillegg er ønskelig med en grunnlovsfesting av retten til rettferdige og gode arbeidsforhold, kan dette for eksempel gjøres på følgende måte:

«Det påligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for at ethvert arbeidsdygtigt Menneske kan skaffe sig Udkomme ved arbeid eller næring. Likeledes påligger det statens myndigheter å legge forholdene til rette for trygge og rettferdige arbeidsforhold.

Enhver har rett til fritt å velge sitt yrke.

Nærmere Bestemmelser om Ansattes Medbestemmelsesret paa deres Arbejdsplads, fastsættes ved Lov.»

Utvalget vil avslutningsvis i dette punktet gjøre oppmerksom på at utvalget foreslår å grunnlovsfeste retten til sosial trygghet sammen med retten til utkomme fra arbeid eller næring i Grunnloven § 110. Den nærmere redegjørelsen for dette vil bli gitt i kapittel 39. Forslaget fra utvalget innebærer at retten

til sosial trygghet skrives inn som et siste punktum i første ledd, slik:

«Det paaligger Statens Myndigheter at lægge Forholdene til Rette for at ethvert arbeidsdygtigt Menneske kan skaffe sig Udkomme ved Arbeide eller Næring. Den som ikke selv kan sørge for sitt livsopphold, har rett til støtte fra det offentlige.

Nærmere Bestemmelser om Ansattes Medbestemmelsesret paa deres Arbeidsplads, fastsættes ved Lov.»

38.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at Grunnloven § 101 oppheves, og at ny Grunnloven § 110 skal lyde:

«Det paaligger Statens Myndigheter at lægge Forholdene til Rette for at ethvert arbeidsdygtigt Menneske kan skaffe sig Udkomme ved Arbeide eller Næring. Den, som ikke selv kan sørge for sit Livsopphold, har Ret til Støtte fra det Offentlige.

Nærmere Bestemmelser om Ansattes Medbestemmelsesret paa deres Arbeidsplads, fastsættes ved Lov.»

Se for øvrig særmerknad fra utvalgets medlem Carl I. Hagen, jf. punkt 11.4.2.

39. Sosial trygghet, helse og tilfredsstillende levestandard

39.1 Innledende bemerkninger

Rett til sosial trygghet, best mulig helse og tilfredsstillende levestandard er ikke direkte omhandlet i dagens Grunnlov. Dette er tidstypisk for de eldre europeiske grunnlovene. På slutten av 1700-tallet og utover på 1800-tallet var det i første rekke de grunnleggende rettsstatsprinsipper og folkestyret som skulle vernes, ikke den enkeltes mulighet til å leve et verdig liv i frihet fra sult og nød. I nyere tid, særlig etter annen verdenskrig, er menneskerettighetsperspektivet etter hvert utvidet. Gjennomgående inneholder de moderne grunnlover nå mer eller mindre forpliktende bestemmelser om sosiale rettigheter.

I en internasjonal menneskerettighetssammenheng vektlegges det sterkt at både de sivile og politiske og de sosiale, økonomiske og kulturelle rettigheter må være oppfylt for at målet om et menneskeverdilig liv kan nås for alle.³⁰¹ Dette er særlig fremhevet i fortalene til de to FN-konvensjonene fra 1966, SP og ØSK. Med dette som bakteppe gir de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene den enkelte rett til sosial trygghet, best mulig helse og en tilfredsstillende levestandard.

^{301.} Se mer om forholdet mellom sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter i punkt 5.5.

Spørsmålet i dette kapitlet er om og eventuelt hvordan rett til sosial trygghet, best mulig helse og en tilfredsstillende levestandard bør grunnlovsfestes.

39.2 Dagens rettstilstand

Grunnloven har ingen bestemmelser om retten til sosial trygghet eller tilfredsstillende levestandard. Rett til helse er imidlertid delvis fremhevet, men da i en miljøkontekst. Grunnloven § 110b fastsetter at enhver har rett til et miljø som sikrer sunnhet, men bestemmelsen regulerer ikke de mange helserelevante problemstillinger som kan oppstå i andre situasjoner.³⁰²

I dag finnes en omfattende lovgivning som er ment å ivareta behovet for sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og best mulig helse. Retten til sosial trygghet og en tilfredsstillende levestandard ivaretas først og fremst gjennom folketrygdloven. Formålet med folketrygden er å gi økonomisk trygghet ved å sikre inntekt til den enkelte og kompensere for særlige utgifter ved arbeidsledighet, svangerskap og fødsel, aleneomsorg for barn, sykdom og skade, uførhet, alderdom og dødsfall, jf. folketrygdloven 28. februar 1997 nr. 19 § 1-1. Folketrygden skal gi hjelp til selvhjelp med sikte på at den enkelte til daglig skal kunne forsørge seg selv og klare seg selv best mulig.³⁰³

Folketrygden fanger ikke opp alle hjelpebehov. Den suppleres derfor av sosiale tjenester, se lov 18. desember 2009 nr. 131 om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen og sosialtjenesteloven 13. desember 1991 nr. 81. Lov om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen har som formål å bedre levekårene for vanskeligstilte, bidra til sosial og økonomisk trygghet, herunder at den enkelte får mulighet til å leve og bo selvstendig, samt fremme overgang til arbeid, sosial inkludering og aktiv deltakelse i samfunnet, jf. lovens § 1. Lovens § 18 fastsetter at de som ikke kan sørge for sitt livsopphold gjennom arbeid eller ved å gjøre gjeldende økonomiske rettigheter, har krav på økonomisk stønad. Stønden bør ta sikte på å gjøre vedkommende selvhjulpel. I særlige tilfeller kan det også ellers gis stønad til personer som trenger det for å kunne overvinne eller tilpasse seg en vanskelig livssituasjon, jf. § 19. Lovens § 20 bestemmer at det kan settes vilkår for tildeling av økonomisk stønad, herunder at mottakeren i stønadsperioden skal utføre passende arbeidsoppgaver i bostedskommunen. Men vilkårene må

^{302.} Se mer om Grunnloven § 110b i kapittel 40.

^{303.} Alle som er bosatt i Norge, er pliktige medlemmer av folketrygden, jf. § 2-1. Personer som har opphold i Norge, regnes som bosatt dersom oppholdet har vart eller skal vare i minst 12 måneder, forutsatt at oppholdet er lovlig. Tryggedekning for asylsøkere følger av en egen forskrift gitt i medhold av § 2-16.

ikke være uforholdsmessig byrdefulle eller begrense stønadsmottakerens handle- eller valgfrihet på en urimelig måte. Økonomisk stønad gis som bidrag, lån, garanti for lån, eller varer og tjenester, jf. § 21. Etter § 27 er kommunen forpliktet til å finne midlertidig botilbud for dem som ikke klarer det selv.

Etter sosialtjenesteloven kan personer som ikke kan dra omsorg for seg selv, eller som er helt avhengige av praktisk eller personlig hjelp for å greie dagliglivets gjøremål, motta ulike typer tjenester, se lovens § 4-3 jf. § 4-2. Sosialtjenesten skal også medvirke til å skaffe bolig til personer som ikke selv kan ivareta sine interesser på boligmarkedet, herunder boliger med særlig tilpasning. I tillegg skal sosialtjenesten iverksette hjelpe- og vernetiltak for dem som trenger det på grunn av alder, funksjonsnedsettelse eller andre årsaker, jf. § 3-4.

Retten til helsehjelp er bl.a. nedfelt i pasientrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63. Lovens § 2-1 jf. § 1-3 fastsetter at den som henvender seg til helsetjenesten med anmodning om helsehjelp, har rett til øyeblikkelig hjelp dersom det er nødvendig, og ellers til nødvendig helsehjelp. Retten til øyeblikkelig hjelp og hjelp fra kommunehelsetjenesten gjelder uten forbehold for alle som oppholder seg i riket, jf. § 1-2. Rett til hjelp fra spesialisthelsetjenesten gjelder bare dersom pasienten kan ha forventet nytte av helsehjelpen, og kostnadene står i et rimelig forhold til tiltakets effekt. Det er videre et vilkår at vedkommende enten har fast bopel eller oppholdssted i riket og er medlem av folketrygden med rett til stønad ved helsetjenester eller har rett til helsehjelp i henhold til gjensidighetsavtale med annen stat (konvensjonspasienter), jf. prioriteringsforskriften 1. desember 2000 § 1, jf. lovens § 1-2. Rett til helsetjenester er samtidig nedfelt i lov om helsetjenesten i kommunene 19. november 1982 nr. 66, se særlig lovens kapittel 2.

Videre følger det av plan- og bygningsloven 27. juni 2008 nr. 71 § 3-1 bokstav f) at planer i henhold til lovens bestemmelser skal «fremme befolkningens helse og motvirke sosiale helseforskjeller, samt bidra til å forebygge kriminalitet». En lignende formulering er utdypet i den nye folkehelseloven og i ny lov om kommunale helse- og omsorgstjenester, som vil avløse lov om helsetjenesten i kommunene og sosialtjenesteloven når den trer i kraft.

For øvrig er en lang rekke andre lover med på å sikre retten til sosial trygghet, helse, mat, vann og bolig. Husleieloven hindrer for eksempel usaklig oppsigelse, forurensningsloven hindrer forurensning av vann og dyrkbar mark, matloven sikrer helsemessige, trygge næringsmidler osv.

Det bør også minnes om at ØSK gjelder som norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2.

39.3 Grunnlovsforslag som ligger til behandling i Stortinget

Det er fremsatt et grunnlovsforslag om borgernes rett til bolig.³⁰⁴ Forslaget er fremsatt av Inga Marte Thorkildsen, Hallgeir H. Langeland og Karin Andersen, og lyder som følger:

«Alternativ 1:

Enhver Borger har Ret til en Bolig. Nærmere Bestemmelser om Gjennomførelsen af denne Grundsætning fastsættes ved Lov.

Alternativ 2:

Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette saaledes, at enhver Borger har Ret til en Bolig. Nærmere Bestemmelser om Gjennemførelsen af denne Grundsætning fastsættes ved Lov.»

Lignende forslag er også tidligere fremsatt og behandlet i Stortinget.³⁰⁵ I forrige periode avga Kontroll- og konstitusjonskomiteen følgende merknad til forslag om å grunnlovsfeste retten til bolig:

«Komiteen vil understreke statens ansvar for å føre en boligpolitikk som sikrer alle innbyggere i Norge et sted å bo. I tillegg har kommunene et ansvar for å skaffe bostedsløse som ikke klarer det selv, et sted å bo.

Komiteen viser til at retten til en rimelig levestandard, blant annet retten til et tilfredsstillende sted å bo, er omhandlet i FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, som er inkorporert i norsk lov i lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999. Menneskerettighetene generelt, og dermed også retten til en rimelig levestandard, er også gitt grunnlovsværn gjennom Grunnloven § 110 c, om at statlige myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene.

Komiteens flertall, alle unntatt medlemmet fra Sosialistisk Venstreparti, mener derfor at retten til tilfredsstillende bolig alt er gitt et tilstrekkelig grunnlovsværn.

Flertallet mener i utgangspunktet at Stortinget bør være tilbakeholden med å ta inn programmerklæringer på ulike politikkområder i Grunnloven. Rettigheter for det enkelte individ som er nedfelt særskilt i Grunnloven, er i hovedsak bestemmelser som verner den enkelte borger mot inngrep fra staten, som rett til ytringsfrihet og rett til erstatning ved ekspropriasjon.

Slik retten til en tilfredsstillende levestandard er omhandlet i FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, skal den i praksis gjennomføres over tid, ved at myndighetene prioriterer ut fra de økonomiske ressursene som foreligger. Boligpolitikken er derfor slik flertallet ser det, et område som hører hjemme i de politiske prioriteringer i budsjettammenheng. Flertallet viser til at det er brei enighet om å føre en boligpolitikk som gir alle en sjanse til å få egen bolig, selv om det er ulike syn på hva slags virkemidler som skal benyttes.

^{304.} Se Dokument nr. 12:4 (2007–2008).

^{305.} Se Dokument nr. 12:18 (2003–2004).

Flertallet vil ut fra dette ikke bifalle forslaget til ny § 110 d i Grunnloven.»³⁰⁶

39.4 Internasjonalt menneskerettighetsvern

39.4.1 OVERSIKT OVER KONVENSJONSVERNET

I Verdenserklæringen om menneskerettigheter fra 1948 finnes bestemmelser om retten til sosial trygghet i artikkel 22 og retten til tilfredsstillende levevilkår og helse i artikkel 25.

FN har senere fulgt opp disse artiklene med mer detaljerte bestemmelser, både i den generelle konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) artikkel 9-12, i rasediskrimineringskonvensjonen artikkel 5 e, iii, og iv, kvinnediskrimineringskonvensjonen artikkel 12, 13 a og 14 nr. 2 h, barnekonvensjonen artikkel 24-27 og konvensjonen om rettigheter for personer med nedsatt funksjonsevne artikkel 25 og 28.

I Europarådet er bestemmelsene i Verdenserklæringen fulgt opp gjennom den europeiske sosialpakt, og senere i dens reviderte versjon.

I det følgende vil oppmerksomheten være konsentrert om de sentrale bestemmelsene i ØSK artikkel 9, 11 og 12. Disse bestemmelsene lyder som følger:

«Artikkel 9: The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to social security, including social insurance.

Artikkel 11: 1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.

2. The States Parties to the present Covenant, recognizing the fundamental right of everyone to be free from hunger, shall take, individually and through international co-operation, the measures, including specific programmes, which are needed:

(a) To improve methods of production, conservation and distribution of food by making full use of technical and scientific knowledge, by disseminating knowledge of the principles of nutrition and by developing or reforming agrarian systems in such a way as to achieve the most efficient development and utilization of natural resources;

(b) Taking into account the problems of both food-importing and food-exporting countries, to ensure an equitable distribution of world food supplies in relation to need.

Artikkel 12: 1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.

2. The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for:

(a) The provision for the reduction of the stillbirth-rate and of infant mortality and for the healthy development of the child;

(b) The improvement of all aspects of environmental and industrial hygiene;

(c) The prevention, treatment and control of epidemic, endemic, occupational and other diseases;

(d) The creation of conditions which would assure to all medical service and medical attention in the event of sickness.»

Rettighetene i ØSK må leses i lys av ØSK artikkel 2, hvor det heter at statene påtar seg å *sette alt inn på at de rettighetene som anerkjennes i konvensjon, gradvis blir gjennomført fullt ut*. Til forskjell fra rettighetene i konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP), som statene uten videre må respektere og sikre, jf. SP artikkel 2, erkjennes det altså i ØSK at retten til høyest oppnåelig helsestandard, tilfredsstillende levestandard og sosial trygghet ikke uten videre kan oppfylles fullt ut fra dag én i alle stater. Statene må like fullt *respektere, beskytte og bidra til å oppfylle* kjernen i rettighetene, se nærmere punkt 5.5 og punkt 39.4.2.

Komiteen for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK-komiteen) har etter hvert utarbeidet generelle kommentarer til det nærmere innholdet i rettighetene. Redegjørelsen i det følgende er basert på kommentarene fra ØSK-komiteen.

39.4.2 INNHOLDET I KONVENSJONSRETTIGHETENE

39.4.2.1 Tilfredsstillende levestandard

Retten til en tilfredsstillende levestandard fremkommer av ØSK artikkel 11. Sentrale elementer i retten til en tilfredsstillende levestandard er retten til tilfredsstillende mat, klær og husvære, samt en målsetting om generell økning i den enkeltes levestandard.

ØSK-komiteens generelle kommentar nr. 4 fra 1991 omhandler *retten til et adekvat husvære*. Komiteen mener denne retten ikke skal tolkes snevert. Menneskets iboende verdighet – som rettighetene i ØSK er utledet av – tilsier at husværet må være et sted man kan leve i trygghet, fred og verdighet. Lovgivning må sikre trygghet mot vilkårlig utkastelse,³⁰⁷ trakassering og trusler, og husværet må tilfredsstillende grunnleggende krav til sunnhet, trygghet, komfort og ernæring. Det må være tilgang til rent drikkevann, energikilder som muliggjør matlaging, oppvarming og belysning, mulighet for å vaske seg og adekvate sanitære forhold, mulighet for oppbevaring av mat, drenering og tjenester i nødssituasjoner (brann, ulykker mv.). Husværet må være plassert slik

³⁰⁶. Se Innst. S. nr. 99 (2006–2007).

³⁰⁷. ØSK-komiteens generelle kommentar 1997 nr. 7 vedrørende vernet mot tvungen utkastelse.

at man har tilgang til arbeidsmuligheter, helse- og sosialtjenester, og ikke nær forurensningskilder som truer beboernes helse. Boligene må også gi mulighet for å uttrykke kulturell identitet og variasjon. Utgiftene til bolig må ikke være så høye at de utgjør en trussel mot oppfyllelse av andre grunnleggende behov. Det må i den forbindelse være ordninger som beskytter mot urimelig høy husleie eller urimelig husleieøkning.

Generell kommentar nr. 12 fra 1999 omhandler *retten til mat*. Heller ikke retten til mat skal tolkes snevert – den omfatter mer enn bare retten til et visst antall kalorier. Rettigheten er virkeliggjort når alle til enhver tid har fysisk og økonomisk tilgang til adekvat mat. Maten må være av slik kvantitet og kvalitet at den dekker de ernæringsmessige behov, og den må være fri for skadelige stoffer. Den må også, så langt det er mulig, være kulturelt akseptabel.

Generell kommentar nr. 15 fra 2002 omhandler *retten til vann*. Rettigheten vil være virkeliggjort når alle har tilgang på tilstrekkelig, trygt, akseptabelt og fysisk tilgjengelig vann til en overkommelig pris. Retten til vann omfatter både frihet fra vilkårlig fjerning eller forurensning av vannforsyninger og rett til et vannforsyningssystem som sikrer lik adgang til rent til vann. Ordningen må være bærekraftig, slik at også fremtidige generasjoner kan nyte godt av retten. Ordningen må heller ikke diskriminere, og ingen husstand skal nektes tilgang til vann, uansett hva slags rett beboerne har til huset eller grunnen.

39.4.2.2 *Best mulig helse*

Retten til helse fremkommer av ØSK artikkel 12. ØSK-komiteens generelle kommentar nr. 14 fra 2000 omhandler retten til helse. Der er det presisert at denne rettigheten ikke må oppfattes som en rett til god helse, siden helsen også påvirkes av forhold statene ikke har kontroll over, for eksempel genetiske forhold, livsstil og ulykker som vanskelig kan forebygges. Konvensjonen taler derfor om «høyest oppnåelige helsestandard».

Retten til helse omfatter, men er ikke begrenset til, retten til nødvendige helsetjenester. Også andre ytre faktorer påvirker helsen. Retten til helse er derfor nært forbundet med retten til tilstrekkelig og trygg mat, rent drikkevann, tilfredsstillende husvære og sanitære forhold. I tillegg kommer trygge arbeidsplasser, opplæring i og tilgang til informasjon om helse og faktorer som påvirker helse, mv.

Hvilke krav konvensjonen stiller til helsetjenestene, vil variere med statenes utviklingsnivå. Men i alle stater må det finnes tilgjengelige helsetjenester som ikke diskriminerer på grunnlag av etnisitet, kjønn osv., og tjenestene må ikke være så kostbare at noen stenges ute. Helsetjenestene må samtidig oppfylle enkelte kvalitative minstekrav, og tilbudet skal

ta hensyn til kvinner og barns særlige behov, til kulturelle forhold og til behovene til marginaliserte grupper i samfunnet.

39.4.2.3 *Sosial trygghet*

Retten til sosial trygghet i ØSK artikkel 9 er behandlet i ØSK-komiteens generelle kommentar nr. 19 fra 2007. Retten til sosial trygghet har til formål å sikre beskyttelse dersom man mister inntekt på grunn av sykdom, arbeidsledighet, alderdom mv., eller dersom man ikke har råd til helsetjenester eller på annet vis ikke makter å underholde seg og sin familie. Rettigheten innebærer rett til å motta sosial støtte, enten økonomisk eller i form av varer eller tjenester.

Retten til sosial trygghet kan oppfylles gjennom trygdesystemer eller gjennom andre lignende ordninger. Utover dette må det også eksistere et sikkerhetsnett som ivaretar de som måtte falle utenfor slike trygdeordninger. Et system som ivaretar sosial trygghet, må samtidig tilfredsstillende visse minimumskrav: Systemet bør være lovfestet, og myndighetene må ta ansvar for effektiv administrasjon og overvåking av systemet. Systemet må dekke helseomsorg, og det må gi kompensasjon for inntektsbortfall på grunn av sykdom, arbeidsledighet eller arbeidsulykker, støtte til livsopphold for familier med barn som trenger det, støtte til fødselspermisjon og helsehjelp ved fødsel, støtte til personer som på grunn av nedsatt funksjonsevne har redusert eller ingen inntekt, samt gi støtte ved tap av forsørger. I trygdeordninger som krever bidrag fra medlemmene, må vilkårene for medlemskap være rimelige og tilgjengelige, og bidragene må være forhåndsbestemte og ikke for kostbare. Det må ikke være hindringer for å betale bidrag, og det må gis informasjon om ordningen.

Både omfanget og varigheten av den støtten som gis, må være tilstrekkelig til å gi en adekvat levestandard og tilgang til helsehjelp. Hensynet til menneskelig verdighet og prinsippet om ikke-diskriminering må iakttas. Det må i tillegg tas spesielt hensyn til personer og grupper i samfunnet som tradisjonelt møter vanskeligheter ved utøvelsen av retten til sosial trygghet.

39.5 *Andre lands konstitusjoner*

Retten til sosial trygghet, en tilfredsstillende levestandard og helse er regulert i de fleste moderne grunnlover. Sosial trygghet er omtalt i samtlige av de øvrige nordiske konstitusjonene. Den svenske, den finske og den islandske konstitusjonen har i tillegg omtalt retten til helse og retten til en tilfredsstillende levestandard. At den danske grunnloven ikke omtaler retten til helse og retten til en tilfredsstillende levestandard, kan forklares med at den danske grunnloven både er eldre og vanskeligere å endre enn de øvrige konstitusjonene.

Den *finske* Grundlagen har i 19 § en bestemmelse om sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og retten til helse. Bestemmelsen lyder:

«Alla som inte förmår skaffa sig den trygghet som behövs för ett människovärdigt liv har rätt till oundgänglig försörjning och omsorg.

Genom lag skall var och en garanteras rätt att få sin grundläggande försörjning tryggad vid arbetslöshet, sjukdom, arbetsoförmåga och under ålderdomen samt vid barnafödelse och förlust av en försörjare.

Det allmänna skall, enligt vad som närmare bestäms genom lag, tillförsäkra var och en tillräckliga social-, hälsovårds- och sjukvårdstjänster samt främja befolkningens hälsa. Det allmänna skall också stödja familjerna och andra som svarar för omsorgen om barn så att de har möjligheter att trygga barnens välfärd och individuella uppväxt.

Det allmänna skall främja vars och ens rätt till bostad och möjligheter att själv ordna sitt boende.»

Den *svenske* Regeringsformen har en bestemmelse om sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og retten til helse i 1. kapittel 2 § annet ledd:

«Den enskildes personlige, økonomiske og kulturelle välfärd ska vara grundläggande mål för den offentliga verksamheten. Särskilt ska det allmänna trygga rätten till arbete, bostad och utbildning samt verka för social omsorg og trygghet og för goda förutsättningar för hälsa.»

Den *islandske* grunnloven har en bestemmelse om sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og rett til helsehjelp i § 76. I forslag til ny islandsk grunnlov er disse rettighetene foreslått styrket, bl.a. med en egen bestemmelse om retten til et verdig liv i forslag til ny § 8. Dagens § 76 lyder i engelsk oversettelse:

«The law shall guarantee for everyone the necessary assistance in case of sickness, invalidity, infirmity by reason of old age, unemployment and similar circumstances. The law shall guarantee for everyone suitable general education and tuition. For children, the law shall guarantee the protection and care which is necessary for their well-being.»

Den *danske* Grundloven har i § 75 annet ledd en bestemmelse om rett til sosial trygghet for den som ikke kan forsørge seg og sine, men ingen bestemmelse om rett til tilfredsstillende levestandard eller helsestandard. § 75 annet ledd lyder:

«Den, der ikke kan ernære sig eller sine, og hvis forsørgelse ikke påhviler nogen anden, er berettiget til hjælp af det offentlige, dog mod at underkaste sig de forpligtigelser, som loven herom byder.»

I EUs *Charter of fundamental rights* finnes flere bestemmelser om sosiale rettigheter. I artikkel 24 er barns rettigheter slått fast, se nærmere punkt 32.4 foran. I henhold til artikkel 25 skal eldres rett til å

leve et verdig liv respekteres. I artikkel 26 er det nedfelt enkelte rettigheter for personer med funksjonsnedsettelse. Dernest fastsetter artikkel 34 at den enkelte har krav på beskyttelse ved inntektsbortfall forbundet med svangerskap, sykdom, alderdom mv. Og i henhold til artikkel 35 har alle krav på helsehjelp. Artiklene 34 og 35 lyder som følger:

«Artikkel 34:

1. The Union recognises and respects the entitlement to social security benefits and social services providing protection in cases such as maternity, illness, industrial accidents, dependency or old age, and in the case of loss of employment, in accordance with the rules laid down by Community law and national laws and practices.

2. Everyone residing and moving legally within the European Union is entitled to social security benefits and social advantages in accordance with Community law and national laws and practices.

3. In order to combat social exclusion and poverty, the Union recognises and respects the right to social and housing assistance so as to ensure a decent existence for all those who lack sufficient resources, in accordance with the rules laid down by Community law and national laws and practices.

Artikkel 35:

Everyone has the right of access to preventive health care and the right to benefit from medical treatment under the conditions established by national laws and practices. A high level of human health protection shall be ensured in the definition and implementation of all Union policies and activities.»

39.6 Utvalgets vurdering

39.6.1 GRUNNLOVSFESTING AV SOSIAL TRYGGHET, LEVESTANDARD OG HELSE

For at enkeltindividene skal kunne leve et liv i verdighet og samtidig benytte seg av den frihet som alle mennesker er født med, er det essensielt at de mest elementære og grunnleggende menneskelige behov er dekket. Dette er tilgang til mat, vann, klær, bolig og helsehjelp. Flere av de øvrige rettigheter, som retten til deltakelse i demokratiske beslutningsprosesser, ytringsfrihet, rett til utdanning m.fl., vil også være vanskeligere å benytte seg av dersom de grunnleggende behov ikke er dekket.

Kvaliteten og omfanget av disse godene må samtidig holde et visst nivå. Dette er viktig både for den enkelte og for samfunnets bekjempelse av fattigdom, men det vil særlig ha betydning for barns mulighet til fysisk og mental utvikling. Dette innebærer at tilgang til mat, vann, klær, bolig og helsehjelp ikke kan være forbeholdt de personer som er i stand til å betale for seg. Også den som ikke er i stand til å skaffe inntekt til eget livsopphold pga. sykdom, arbeidsledighet, alderdom eller lignende, bør ha krav på sosial trygghet som gjør den enkelte i stand til å leve et verdig liv. Daglig jakt etter nok mat, vann eller varme til seg og

sin familie, kan raskt redusere muligheten og interessen både for utdanning og demokratisk deltakelse. Skal demokratiet trygges og utvikles, og skal den enkeltes menneskeverd ivaretas i vårt samfunn, må menneskets grunnleggende behov være dekket.

Dette er noe av bakgrunnen for at sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og best mulig helse er vernet etter de internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, i EUs charter of fundamental rights og i den svenske, finske og islandske konstitusjonen.

I henhold til konvensjonsvernet ivaretas retten til sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og en best mulig helse på den ene siden ved at statens myndigheter legger forholdene til rette for at den enkelte kan oppnå dette ved egen hjelp, herunder ved at forholdene legges til rette for informasjon til den enkelte om tiltak som kan bedre egen helse og egen livssituasjon. På den annen side har staten en forpliktelse til å sørge for at disse rettighetene oppfylles gjennom trygdeordninger, sosialhjelp og tilbud om sykehusbehandling eller andre helsetjenester for dem som har behov for det.

Grunnlovsfesting av disse rettighetene vil i utgangspunktet ikke medføre andre rettslige endringer enn selve grunnlovsfestingen. I dag sikrer den ordinære lovgivning både sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og best mulig helse, særlig gjennom folketrygdloven, lov om sosiale tjenester, pasientrettighetsloven mv., jf. punkt 39.2 ovenfor. Gjennom denne lovgivningen har enkeltindivider allerede rettigheter som kan påberopes overfor kommune og stat, og de kan eventuelt få sin sak prøvet av domstolene dersom kommune eller stat ikke følger opp på en tilfredsstillende måte. De individuelle rettigheter på dette området vil fortsatt og i all hovedsak fremkomme av ordinær lovgivning, også om retten til sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og helse skulle grunnlovsfestes. Det vil bare være de overordnede prinsippene om at disse verdiene skal ivaretas i det norske samfunn, som bør grunnlovsfestes. Dermed vil det være den ordinære lovgivningen som virkeliggjør det overordnede prinsipp om sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og best mulig helse.

En grunnlovsfesting av retten til sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og helse vil likevel kunne ha rettslig betydning. Grunnlovsfesting av disse rettighetene bør ta sikte på å sikre den enkelte et trygt og menneskeverdig liv, bl.a. slik at de absolute minimumskrav til sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og helsehjelp må kunne prøves for domstolene. I noen grad bør derfor grunnlovsfesting av rettighetene kunne fungere som skranke for lovgivers kompetanse. Men først og fremst vil en grunnlovsfesting av rettighetene kunne fungere som en sentral tolkningsfaktor for både forvaltning og

domstoler når bestemmelser i den ordinære lovgivning skal fortolkes. I den forbindelse bør det ikke tapes av syne at selv om sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og best mulig helse for alle er sentrale verdier i det norske samfunn i dag, kan det komme tider hvor disse verdiene blir utfordret. En grunnlovsbestemmelse om rett til sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og helse vil dermed sikre at statens myndigheter også i fremtiden prioriterer det offentliges ressurser på en slik måte at mennesker i Norge kan leve et menneskeverdig liv. Domstolene bør derfor i noen grad ha kompetanse til å prøve om lovgiver og forvaltningsorganer i stor nok utstrekning ivaretar disse rettighetene.

Videre vil en grunnlovsfesting av retten til sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og best mulig helse bidra til å synliggjøre at disse rettighetene er blant de overordnede verdier som staten Norge hviler på. Bestemmelsen vil dermed kunne ha en viktig symbolsk betydning. Den vil sende et signal om at menneskerettigheter er mer enn bare sivile og politiske rettigheter, og at menneskerettigheter også omfatter frihet fra nød og rett til et menneskeverdig liv. For personer som mottar ulike former for offentlig støtte, for eksempel syke, arbeidsledige og eldre, vil det kunne ha betydning at Grunnloven også synliggjør deres behov.

Til sist vil en grunnlovsfesting av retten til sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og helse kunne ha politisk betydning. Grunnlovsfesting vil kunne være retningsgivende ved utformingen av regelverk, samt ved iverksettelse av tiltak som kan fremme helse og levestandard i befolkningen.

På denne bakgrunn er utvalget kommet frem til at retten til sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og best mulig helse bør grunnlovsfestes.

39.6.2 UTFORMING AV GRUNNLOVS-BESTEMMELSER

39.6.2.1 Sosial trygghet

Utvalget vil foreslå at retten til sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og best mulig helse deles på to bestemmelser i Grunnloven, hvor sosial trygghet mest naturlig fremkommer som et tillegg til arbeidsbestemmelsen i nåværende § 110. Retten til en tilfredsstillende levestandard og best mulig helse kan best komme til uttrykk i en ny bestemmelse i Grunnloven.

Retten til sosial trygghet lest i sammenheng med arbeidsbestemmelsen i § 110 vil få frem det viktige poeng at den enkelte primært har ansvar for å sørge for sitt eget livsopphold gjennom arbeids- eller næringsinntekt. Det er bare i de tilfeller der den enkelte pga. alderdom, sykdom, arbeidsledighet e.l. ikke er i stand til å sørge for sitt eget livsopphold, at han eller hun har en rett til trygd eller sosialstønad.

En kombinert bestemmelse om arbeid og sosial trygghet vil tydeliggjøre at ytelser som trygd og sosialhjelp er subsidiære i forhold til arbeids- eller næringsinntekt. Dersom retten til sosial trygghet plasseres i denne konteksten, finner utvalget at retten til sosial trygghet kan utformes som en rettighet for den enkelte.

En slik formulering av Grunnloven § 110 kan for eksempel lyde (endringer fremhevet i kursiv):

«Det paaligger Statens Myndigheter at lægge Forholdene til Rette for at ethvert arbeidsdygtigt Menneske kan skaffe sig Udkomme ved *arbeid eller næring. Den som på grunn av sykdom, alder, arbeidsledighet, fødsel eller liknende forhold ikke selv kan sørge for sitt livsopphold, har rett til trygd eller sosiale ytelser.*

Nærmere Bestemmelser om Ansattes Medbestemmesret paa deres Arbeidsplads, fastsættes ved Lov.»

(eller)

«Det paaligger Statens Myndigheter at lægge Forholdene til Rette for at ethvert arbeidsdygtigt Menneske kan skaffe sig Udkomme ved *arbeid eller næring. Den som ikke selv kan sørge for sitt livsopphold, har rett til støtte fra det offentlige.*

Nærmere Bestemmelser om Ansattes Medbestemmesret paa deres Arbeidsplads, fastsættes ved Lov.»

Uttrykkene «støtte» eller «trygd eller sosiale ytelser» vil innebære at den enkelte har krav på penger, varer eller tjenester. Det vil være opp til de politiske myndigheter å ta stilling til hvordan slik støtte skal gis, såfremt støtten ikke krenker den enkeltes verdighet.

Av disse mulige formuleringene foretrekker utvalget den siste. Den lister ikke opp de ulike grunnlag for den enkeltes krav på offentlig støtte. Kriteriet er bare at den enkelte ikke selv er i stand til å sørge for sitt livsopphold gjennom arbeid eller næring. I det store antall tilfeller vil dette skyldes svangerskap og fødsel, arbeidsledighet, sykdom eller alder, men en opplisting av disse grunnlagene vil kunne utelukke enkelte grupper som man i dag ikke har tenkt på. Formuleringen setter likevel strenge vilkår for når den enkelte har krav på offentlig støtte. Det er åpenbart ikke tilstrekkelig for å få offentlig støtte at den enkelte de facto ikke forsørger seg selv. Formuleringen er knyttet opp til den enkeltes *evne* til å skaffe utkomme ved eget arbeid eller næring, ikke den enkeltes *vilje*. Samtidig gir den siste formuleringen ingen løfter om direkte økonomisk bistand fra det offentlige. Støtten kan for eksempel gis i form av tilbud om barnehageplass, etterutdanning eller norskopplæring.

39.6.2.2 Tilfredsstillende levestandard og best mulig helse

Når det gjelder retten til tilfredsstillende levestandard og best mulig helse, bør disse rettighetene formuleres i en egen bestemmelse, ikke inntas i Grunnloven § 110. En slik bestemmelse kan enten utformes som en plikt for statens myndigheter eller som en individuell rettighet.

I henhold til de internasjonale konvensjonene er det på det rene at statene har en vid skjønnsmargin knyttet til hvordan de sosiale rettighetene skal oppfylles. Bakgrunnen for dette er statenes ulike økonomiske utviklingsnivå og behovet for ulike løsninger basert på folketall, geografi, samfunnsstruktur mv. Mange stater er for eksempel ute av stand til å oppfylle kravene om tilfredsstillende levestandard for alle. Dette innebærer likevel ikke at rettighetene er uten substans. Dersom statene ikke mangler evne, men vilje til å etablere et adekvat system for trygd og sosial støtte, vil de krenke ØSK. Og dersom statene svekker eksisterende ordninger uten at dette er nødvendig for å ivareta andre rettigheter, eller det er skjedd uten en grundig overveielse og en åpen prosess, vil rettighetene kunne være krenket.

Vender man blikket mot den norske lovgivningen, ser man at rettighetsfesting ikke er fremmed på dette rettsområdet. Dersom en norsk grunnlovsbestemmelse utformes som en rett for den enkelte, vil dette innebære at en person som mener hun eller han ikke får den rettighet vedkommende har krav på, kan ta ut søksmål mot den aktuelle myndighet. Det vil normalt være tale om søksmål som følge av avslag på søknad om en ytelse eller som følge av fravær eller mangelfull utøvelse av en tjeneste. Slike søksmål er ikke uvanlige i dag under den ordinære lovgivning, og svært mange av bestemmelsene i den ordinære lovgivning gir individet rettigheter som kan påberopes for domstolene.

Domstolene vil ventelig prøve saker der en eventuell grunnlovsbestemmelse om sosiale rettigheter er påberopt, ut fra de samme retningslinjer som er fastsatt i de generelle kommentarene til ØSK. Dette innebærer at domstolene vil tilstå lovgiver en vid skjønnsmargin med hensyn til hvilke ordninger som må etableres for å oppfylle rettighetene. Det er liten grunn til å tro at domstolene vil sette seg i de politiske myndigheters sted, selv om retten til best mulig helse og tilfredsstillende levestandard grunnlovsfestes. Men domstolene vil trolig føre kontroll med at myndighetene lojalt har gjort det som står i deres makt for å etablere adekvate, solide og ikke-diskriminerende ordninger som gjør at minimumskravene i rettighetene blir ivaretatt. I så måte vil formuleringen om best mulig helse og en tilfredsstillende levestandard som en individuell rettighet i Grunnloven neppe føre til

økt domstolskontroll sammenliknet med dagens situasjon.

En mulig utforming, basert på individuelle rettigheter, kan for eksempel være:

«Enhver har rett til en tilfredsstillende levestandard og nødvendig helsehjelp.»

Den samme formuleringen kan tenkes utbygget, med tanke på en mer utdypende forklaring av rettighetene i selve grunnlovsteksten:

«Enhver har rett til en tilfredsstillende levestandard, herunder rett til mat, vann, klær og bolig. Likeledes har enhver rett til nødvendig helsehjelp.»

Selv om disse rettighetsvariantene er mulige, foreslår utvalget å legge vekt på myndighetenes plikt til å respektere og sikre individenes rett til best mulig helse og tilfredsstillende levestandard. Dette vil tydeliggjøre at det er myndighetene som er tilrettelegger for disse rettighetene, samtidig som myndighetenes plikt selvsagt ikke avskjærer mulighetene av private ordninger eller den enkeltes egne initiativ.

I denne sammenheng er det viktig å understreke at det vil være tale om *grader* av plikt. Myndighetene vil for eksempel ha en aktiv plikt til å sørge for rent vann, elektrisitet og nødvendig helsehjelp, det vil bl.a. si øyeblikkelig hjelp, generell tilgang på helse-tjenester, oppfølging av spedbarn og vaksinasjonsprogrammer. Utover å sørge for disse grunnleggende behov vil plikten som påhviler statens myndigheter, kunne beskrives som en plikt til å respektere private ordninger, legge forholdene til rette for slike ordninger, informere og iverksette konkrete tiltak med tanke på å bedre folks helse og levestandard, bidra til og legge forholdene til rette for forskning på disse områdene, etablere og opprettholde tilsynsordninger, sørge for nødvendig lovgivning mv.

I korte trekk kan det derfor sies at den plikten som påhviler statens myndigheter, har en hard kjerne bestående av visse minstekrav til helse, vann, mat, varme og husvære. For disse minstekravene vil den enkelte ha rettigheter som korresponderer med statens plikter. Det blir innenfor denne kjernen at det må være adgang for domstolene til å prøve om de individuelle rettighetene og statens forpliktelser er oppfylt. Jo lengre man beveger seg bort fra denne kjernen, desto større vil det politiske handlingsrom være.

For å få frem det aspekt at individet har en kjerne av rettigheter på dette området, samtidig som statens myndigheter har en plikt til tilrettelegging som strekker seg utover den enkeltes konkrete rettigheter, kan mulige utforminger av en grunnlovsbestemmelse være:

«Det påligger statens myndigheter å respektere og sikre retten til en tilfredsstillende levestandard,

herunder den enkeltes grunnleggende behov for mat, vann, klær og bolig.

Likeledes påligger det statens myndigheter å fremme befolkningens helse og sikre retten til nødvendig helsehjelp.»

(eller)

«Det påligger statens myndigheter å respektere og sikre retten til en tilfredsstillende levestandard og best mulig helse.»

(eller)

«Det påligger statens myndigheter å respektere og sikre retten til en tilfredsstillende levestandard.

Likeledes påligger det statens myndigheter å fremme befolkningens helse og sikre retten til nødvendig helsehjelp.»

Utvalget finner at den siste av disse formuleringene er mest dekkende for dagens rettstilstand. I formuleringens første ledd reguleres retten til tilfredsstillende levestandard. Her er uttrykkene «respektere» og «sikre retten til» benyttet. Formuleringen er ment å vise at det er grader av myndighetenes plikt til å gjennomføre disse rettighetene, og at den enkeltes rett til å få dekket sine grunnleggende behov, særlig for mat, vann, klær og husvære er en reell rettighet som myndighetene aktivt må søke å oppfylle. De individuelle rettighetene, der myndighetenes plikt er særlig sterk, er knyttet til disse grunnleggende behovene. Myndighetenes plikt til å dekke for eksempel behovet for mat kan imidlertid ikke strekke seg lengre enn at det tilbys penger, matkupper eller matstasjoner. Om den enkelte bruker pengene på noe annet eller ikke vil oppsøke matsstasjonene, vil myndighetene normalt ikke ha plikt til å følge dette opp på annet vis. Unntak vil være der vedkommende som følge av funksjonsnedsettelse eller alder ikke har mulighet til å oppsøke de matstasjoner man har fått tilbud om.

Utvalget finner det imidlertid ikke nødvendig at Grunnloven regner opp hvilke behov som er særlig grunnleggende. Det er åpenbart at staten ikke passivt kan være vitne til at folk sulter eller fryser i hjel, og at dette tilhører en slik hard kjerne i rettigheten som er dekket opp av uttrykket «sikre retten til». For denne harde kjernen må retten til en tilfredsstillende levestandard forstås som en individuell rettighet, men utenfor den harde kjernen vil statens myndigheter først og fremst ha en plikt til å legge forholdene til rette for at befolkningen har en tilfredsstillende levestandard, landets ressurser tatt i betraktning.

Uttrykket «tilfredsstillende» må forstås strengt objektivt. Den enkelte kan ikke kreve en god levestandard. Den enkelte kan heller ikke kreve at myndighetene sikrer levestandarden på en slik måte som er ønskelig for den enkelte. Og man kan normalt ikke

kreve at myndighetene stiller med et tilbud som ivaretar den enkeltes spesifikke behov.

I annet ledd reguleres retten til helse. Her er formuleringen «sikre retten til nødvendig helsehjelp» benyttet. Formuleringen er ment å få frem at myndighetene har en aktiv plikt til å sørge for at den enkelte får et tilbud om nødvendig helsehjelp. Tilsvarende vil den enkelte ha *rett* til nødvendig helsehjelp. Uttrykket «nødvendig helsehjelp» er nærmere definert i pasientrettighetsloven § 2-1. Utvalget forutsetter at dagens definisjon av «nødvendig helsehjelp» i pasientrettighetsloven benyttes som et utgangspunkt ved fortolkningen av «nødvendig helsehjelp» i grunnlovsformuleringen. Dette omfatter i første rekke øyeblikkelig hjelp, men også helsehjelp fra kommunehelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten. En grunnlovsfestet rett til nødvendig helsehjelp vil som i dag måtte begrenses av hensyn til forventet effekt målt opp mot kostnadene ved tilbudet.

Øvrige helsefremmende tiltak vil også være viktige, både med tanke på å bedre den enkeltes helse og hele befolkningens helse. Dette kan være smitteforebyggende arbeid, helseforskning, HMS-arbeid, tiltak for å bedre folkehelsen, tannhelsepleie mv. Dette er arbeid hvor statens myndigheter må kunne utøve stor grad av skjønn, både med hensyn til innhold og omfang. Dette har særlig sammenheng med myndighetenes muligheter og kompetanse til å drive denne typen arbeid. Det enkelte individ vil alene være nokså maktesløs i kampen for å forebygge epidemier og pandemier, for å sikre HMS-arbeid på en større arbeidsplass, for å nyte godt av det siste innen forskning på helse, medisin og ernæring osv. Det er først når myndighetene stiller med lovverk og ressurser, at det vil være mulig å lykkes med dette arbeidet.

På denne bakgrunn er det tilføyd i annet ledd at det påligger statens myndigheter en plikt til å «fremme befolkningens helse». Tilsvarende formulering finnes i plan- og bygningsloven § 3-1 bokstav f). I en grunnlovssammenheng er uttrykket ment å vise at statens myndigheter ikke kan forsømme helsefremmende arbeid, men uttrykket «fremme» gir ikke individet konkrete rettigheter. Uttrykket «fremme» er ikke ment å legge en større plikt på statens myndigheter enn uttrykket «legge forholdene til rette for». Dette er et uttrykk som bl.a. benyttes i Grunnloven § 110, og hvor utvalget ikke foreslår endringer, se nærmere kapittel 12. Det lyder imidlertid lite trefende å tale om «å legge forholdene til rette for befolkningens helse». Av den grunn foreslås uttrykket «fremme befolkningens helse», et uttrykk som lovverket allerede er kjent med gjennom plan- og bygningsloven.

Tilsvarende peker uttrykket «befolkningen» på at myndighetenes plikt på dette området relaterer seg til kollektivet. Dette innebærer igjen at myndighetene i

stor utstrekning har adgang til å prioritere enkelte grupper og enkelte helsefremmende tiltak uten at domstolene kan overprøve denne skjønnsvurderingen. Det er imidlertid viktig at det politiske skjønn respekterer øvrige menneskerettigheter, for eksempel ikke-diskrimineringsprinsippet, hensynet til barnets beste mv.

I likhet med øvrige grunnlovsbestemmelser gjelder myndighetenes forpliktelser bare for personer som befinner seg på norsk territorium. Dette innebærer at myndighetene ikke får en plikt etter Grunnloven til å sørge for levestandarden eller helsen til norske eller utenlandske statsborgere bosatt i utlandet. Tilsvarende vil myndighetenes plikt på dette området også kunne begrenses gjennom den generelle begrensningshjemmel, jf. kapittel 13, for personer som oppholder seg på norsk territorium, uten norsk statsborgerskap og uten lovlig opphold. Så lenge disse personene har tilbud om et minimum av mat, vann og husvære, samt tilgang på øyeblikkelig helsehjelp, kan ordinær lovgivning, under henvisning til den generelle begrensningshjemmelen, ha et redusert tilbud til disse personene. Dette vil først og fremst kunne være aktuelt for personer uten lovlig opphold og for personer på gjennomreise.

39.7 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at ny Grunnloven § 110 skal lyde:

«Det påligger Statens Myndigheter at legge Forholdene til Rette for at ethvert arbeidsdygtig Menneske kan skaffe sig Udkomme ved Arbeide eller Næring. Den, som ikke selv kan sørge for sit Livsophold, har Ret til Støtte fra det Offentlige.

Nærmere Bestemmelser om Ansattes Medbestemmelsesret paa deres Arbeidsplads, fastsættes ved Lov.»

Utvalget foreslår også at ny Grunnloven § 111 skal lyde:

«Det påligger Statens Myndigheter at respektere og sikre Retten til en tilfredsstillende Levestandard.

Ligeledes påligger det Statens Myndigheter at fremme Befolkningens Helbred og sikre Retten til nødvendig Helbredshjelp.»

Se for øvrig særmerknad fra utvalgets medlem Carl I. Hagen, jf. punkt 11.4.2.

40. Rett til et sunt miljø

40.1 Innledende bemerkninger

Rettslige problemstillinger knyttet til miljø er under stadig utvikling internasjonalt, også spørsmål om forholdet mellom miljø og menneskerettigheter. Stortinget tok stilling til noen av disse spørsmålene i

1992 og skrev inn i Grunnloven den enkeltes rett til et sunt miljø, der denne retten skulle benyttes under hensyntaken til de fremtidige generasjoners rett til det samme. Rettigheten har således en tidshorison som strekker seg utover det som er vanlig for de øvrige menneskerettigheter.

Utvalget har sett nærmere på denne bestemmelsen med tanke på om og eventuelt hvordan miljørettigheter kan styrkes i Grunnloven.

40.2 *Dagens rettstilstand*

Grunnloven § 110b lyder som følger:

«Enhver har Ret til et Milieu som sikrer Sundhed og til en Natur hvis Produktionsævine og Mangfold bevares. Naturens Ressourcer skulle disponeres ud fra en langsiktig og alsidig Betragtning, der ivaretager denne Ret ogsaa for Efterslægten.

For at ivaretage deres Ret i Henhold til foregaaende Led, ere Borgerne berettigede til Kundskab om Naturmilieuets Tilstand og om Virkningerne af planlagte og iværksatte Indgreb i Naturen.

Statens Myndigheder give nærmere Bestemmelser til at gennemføre disse Grundsætninger.»

Bestemmelsen kom inn i Grunnloven i 1992 og kan sees som et resultat av anbefalinger fra FN gjennom Verdenskommisjonen for miljø og utvikling, se Innst. S. nr. 163 (1991–1992) s. 3 flg. Det er lite tvilsomt at denne bestemmelsen fra Stortingets side var ment å være en rettslig forpliktende bestemmelse og ikke bare en programerklæring. I Innst. S. nr 163 (1991–1992) sies det generelt (s. 5 sp. 1) at «[r]ettslig vil en grunnlovsfesting innebære at en grunnlovsbestemmelse vil gå foran ordinær lovgivning hvis det strider mot hverandre». Det heter videre (s. 6 sp. 1):

«Komiteen viser til at grunnsetningene i grunnlovsforslagets første og annet ledd vil ha rettslig betydning på flere måter. Det vil være en grunnlovsfestet retningslinje for Stortingets lovgivende myndighet på dette området, og det vil også være et viktig moment ved tolkingen av det regelverk som Stortinget selv har vedtatt eller gitt hjemmel for. Grunnsetningene vil også legge bånd på forvaltningen ved å være retningsgivende når et forvaltningsorgan utøver myndighet eller fritt skjønn. Grunnsetningene vil også være de som skal anvendes når det gjelder miljøproblemer som lovgiverne ikke har tatt stilling til.»

I stortingsdebatten understreket saksordføreren det samme.³⁰⁸

Stortinget la også til grunn at private borgere eller organisasjoner i gitte tilfelle kan fremme sine miljørettigheter etter § 110b for domstolene. Dette var forutsatt i det opprinnelige grunnlovsforslag³⁰⁹ og synes lagt til grunn av utenriks- og konstitusjonskomiteen

og av Stortinget.³¹⁰ Det er likevel ikke klart under hvilke omstendigheter slike direkte krav kan gjøres gjeldende, hvilket kan ha svekket bestemmelsens betydning.

Det er også lagt til grunn at Grunnloven § 110b skal kunne fungere som et tolkningsprinsipp ved fortolkningen av øvrige rettsregler. Dette er kommet til uttrykk i forarbeidene, hvor det bl.a. heter at bestemmelsen vil være «et viktig moment ved tolkingen av det regelverk som Stortinget selv har vedtatt eller gitt hjemmel for».³¹¹

Det må trolig legges til grunn at Stortinget under sin behandling av Grunnloven § 110b anså beskyttelse av miljøet som en menneskerettighet. Det fremgår bl.a. av henvisningen til Stockholmserklæringen og forslaget fra Verdenskommisjonen for miljø og utvikling at bestemmelsen har menneskerettslig karakter.³¹² Verdenskommisjonen bruker begrepet «menneskerett» om sine forslag.³¹³ Under «Grunnleggende menneskerettigheter» i punkt 1 heter det: «Alle mennesker har en grunnleggende rett til et miljø som er tilstrekkelig for helse og trivsel», mens det under punkt 2 samme sted heter «Statene skal bevare og bruke miljøet og naturressursene til beste for nålevende og framtidige generasjoner». Disse foreslåtte prinsipper er i hovedtrekk blitt innholdet i Grunnloven § 110b første ledd. Det er for øvrig understreket i utenriks- og konstitusjonskomiteens innstilling at «rett til en viss miljøkvalitet er en grunnleggende menneskerettighet».³¹⁴

Miljøbestemmelsen tar sikte på å verne både framtidige generasjoners og individets livskvalitet og helse. Det er ikke uvanlig at menneskerettighetsbestemmelser som er ment å sikre den enkelte, også har et sentralt fellesskapsformål. Ytringsfriheten er for eksempel ment å sikre både individuell utfoldelse og demokratiets eksistens, jf. også Grunnloven § 100 annet ledd. At miljøbestemmelsen i § 110b sikrer menneskehetens eksistens som sådan, kan således ikke være avgjørende for om rett til et sunt miljø kan utgjøre en menneskerettighet.

For Høyesterett har bestemmelsen til nå vært påberopt eller omhandlet i tretten saker.³¹⁵ I åtte av disse sakene synes Høyesterett å ha tillagt Grunnloven § 110b betydning som et tolkningsprinsipp ved fortolkningen av øvrige lovbestemmelser. I den forbindelse har Høyesterett bl.a. vist til at «bestemmel-

^{310.} Se Innst. S. nr 163 (1991–1992) s. 6 og forhandlinger i Stortinget 1992 nr. 254, s. 3737.

^{311.} Se Innst. S. nr. 163 (1991–1992) s. 6.

^{312.} Se Innst. S. nr 163 (1991–1992) s. 3 og 4.

^{313.} Se eksempelvis norsk oversettelse «Vår felles framtid» s. 247, som omtaler «... foreslåtte rettslige prinsipper for miljøvern og bærekraftig utvikling ...».

^{314.} Se Innst. S. nr 163 (1991–1992) s. 5.

^{315.} Søk utført i Lovdata pr. 1. desember 2011.

^{308.} Se forhandlinger i Stortinget 1992 nr. 254 s. 3736 og 3737.

^{309.} Se Innst. S. nr. 163 (1991–1992) s. 2.

sen står plassert i vår høyeste rettskilde som uttrykk for hvilken betydning et godt natur- og livsmiljø tillegges».³¹⁶

Når bestemmelsen ikke kan sees å ha hatt større betydning i praksis, kan dette skyldes flere forhold. Praksis omkring Grunnloven § 110b har vært analysert i en artikkel av Ole Kristian Fauchald. Han konkluderer slik:

«§ 110 b gir rettigheter til enhver. Funnene ovenfor viser at private parter, inklusive representanter for disse, som miljøorganisasjoner og advokater, verken anser § 110 b som noe viktig rettsgrunnlag eller som noe sentralt rettslig eller politisk argument. Det forhold at bestemmelsen ikke trekkes frem av høringsinstanser, er spesielt bemerkelsesverdig».³¹⁷

Forfatteren finner det «særlig bemerkelsesverdig at Miljøverndepartementet i stor grad har unnlatt å følge opp § 110b i de saker Departementet har fremmet». Han mener «... at erfaringen med § 110b er illustrerende for en generell holdning til Grunnloven som gjelder for store deler av Stortinget og forvaltningen».

Det kan ikke utelukkes at utformingen av Grunnloven § 110b tredje ledd kan være en medvirkende årsak til bestemmelsens begrensede betydning i praksis. At «Statens Myndigheter give nærmere Bestemmelser til at gennemføre disse Grundsætninger», kan tenkes påberopt som grunnlag for anførsler om betydelig skjønsmessig frihet for myndighetene når lovgivning skal utformes. En slik argumentasjon harmonerer imidlertid dårlig med bestemmelsens menneskerettslige utgangspunkt og uttalelsene i forarbeidene om at grunnlovsbestemmelsen skal være forpliktende for bl.a. Stortinget, og, i tilfelle motstrid, gå foran annen lovgivning. At den generelle norm i Grunnloven § 110b, første ledd i praksis må operasjonaliseres i form av lovgivning, er én ting, se Innst. S. nr. 1630 (1991–1992) s. 6 sp. 2. Av denne grunn påhviler det myndighetene en plikt til å vedta lover. At man ved utforming av slik lovgivning skulle stå mer eller mindre fritt i forhold til påbudet i Grunnloven § 110b, første ledd, er imidlertid i strid med ordlyden og formålet med bestemmelsen.

Grunnloven § 110b er i større grad enn §§ 110 og 110a formulert som en rettighetsbestemmelse. Paragrafene 110 og 110a åpner med at «det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for» ulike rettigheter, mens § 110b konkretiserer at det foreligger en «rett til et sunt miljø». Denne språklige forskjellen og forarbeidenes klare uttalelser tilsier at

bestemmelsen må anses som en rettighetsbestemmelse.

40.3 Internasjonalt menneskerettighetsvern

Det er ingen bestemmelser som direkte gjelder rettigheter til miljø i Verdenserklæringen eller i de internasjonale menneskerettighetskonvensjoner.

Enkelte konvensjonsforpliktelser kan like fullt tolkes dithen at statene har en forpliktelse til å ivareta et sunt miljø, særlig gjennom de generelle forpliktelser til å sikre individenes velferd, helse, privat- og familieliv. EMD har for eksempel avsagt flere dommer hvor den har funnet at myndighetenes passivitet overfor forurensing, støy og andre miljøproblemer har representert krenkelser av EMK.³¹⁸

40.4 Andre lands konstitusjoner

I de øvrige nordiske land finnes en miljøbestemmelse i *Finlands Grundlag* § 20. Bestemmelsen understreker at enhver har ansvar for miljøet, og at statens oppgave er å sikre et sunt miljø. I tillegg skal alle ha mulighet til å påvirke beslutninger av betydning for eget livsmiljø. Bestemmelsen lyder:

«Var och en bär ansvar för naturen och dess mångfald samt för miljön och kulturarvet.

Det allmänna skall verka för att alla tillförsäkras en sund miljö och att var och en har möjlighet att påverka beslut i frågor som gäller den egna livsmiljön.»

I tillegg finnes en miljøbestemmelse i den *svenske* Regeringsformen 1. kapittel 2 § tredje ledd. Bestemmelsen lyder:

«Det allmänna ska främja en hållbar utveckling som leder till en god miljö för nuvarande och kommande generationer.»

I den *islandske* grunnloven er det i dag ingen bestemmelse til vern om miljøet, men i forslag til ny islandsk grunnlov er menneskerettighetskapitlet foreslått å omhandle både menneskerettigheter og naturen. I den forbindelse er det foreslått fire paragrafer til vern om naturmiljøet, jf. forslag til §§ 33-36. Forslag til ny § 36 slår fast at lovgivning skal beskytte dyr mot mishandling og mot utryddelse. Forslag til ny § 33 innledes med følgende formulering i engelsk oversettelse:

«Iceland's nature constitutes the basis for life in the country. All shall respect and protect it.»

I Vest-Europa for øvrig finnes miljøbestemmelser i konstitusjonene til Frankrike, Nederland, Portu-

^{316.} Se Rt. 1993 s. 321, på s. 325.

^{317.} Ole Kristian Fauchald, *Forfatning og miljøvern – en analyse av Grunnloven § 110b*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2007 s. 1-84, på s. 82.

^{318.} Se bl.a. EMDs avgjørelser i Powell og Rayner v. Storbritannia (1990), Moreno Gomez v. Spania (2004), DEES v. Ungarn (2010), Mileva m.fl. v. Bulgaria (2010) og Dubetska m.fl. v. Ukraina (2011).

gal og Hellas.³¹⁹ I tillegg har EU satt krav om bærekraftig utvikling i Lisboa-traktaten.

I Frankrike er det inntatt et omfattende tillegg til konstitusjonen om miljø. Det lyder i engelsk oversettelse:

«The French People,
Having considered that

Natural resources and equilibria have conditioned the emergence of mankind;

The future and very existence of mankind are inextricably linked with its natural environment;

The environment is the common heritage of all human beings;

Man exerts ever-increasing influence over the conditions for life and over his own evolution;

Biological diversity, the fulfilment of the individual and the progress of human societies are affected by certain types of consumption or production and by excessive exploitation of natural resources;

The safeguarding of the environment is a goal to be pursued in the same way as the other fundamental interests of the Nation;

In order to ensure sustainable development, choices designed to meet the needs of the present generation should not jeopardise the ability of future generations and other peoples to meet their own needs,

Hereby proclaim:

Art 1 – Each person has the right to live in a balanced environment which shows due respect for health.

Art 2 – Each person has a duty to participate in preserving and enhancing the environment.

Art 3 – Each person shall, in the conditions provided for by law, foresee and avoid the occurrence of any damage which he or she may cause to the environment or, failing that, limit the consequences of such damage.

Art 4 – Each person shall be required, in the conditions provided for by law, to contribute to the making good of any damage he or she may have caused to the environment.

Art 5 – When the occurrence of any damage, albeit unpredictable in the current state of scientific knowledge, may seriously and irreversibly harm the environment, public authorities shall, with due respect for the principle of precaution and the areas within their jurisdiction, ensure the implementation of procedures for risk assessment and the adoption of temporary measures commensurate with the risk involved in order to deal with the occurrence of such damage.

Art 6 – Public policies shall promote sustainable development. To this end they shall reconcile the protection and enhancement of the environment with economic development and social progress.

Art 7 – Each person has the right, in the conditions and to the extent provided for by law, to have access to any information pertaining to the environment in the possession of public bodies and to participate in the public decision-making process likely to affect the environment.

Art 8 – Education and training with regard to the environment shall contribute to the exercising of the rights and duties set out in this Charter.

Art 9 – Research and innovation shall contribute to the preservation and development of the environment.

Art 10 – This Charter shall inspire France's actions at both a European and an international level.»

I Nederland følger miljøbestemmelsen av konstitusjonene artikkel 21:

«It shall be the concern of the authorities to keep the country habitable and to protect and improve the environment.»

40.5 Utvalgets vurdering

For utvalget er spørsmålet om retten til et sunt miljø bør styrkes i Grunnloven, og eventuelt hvordan dette kan gjøres. Bakgrunnen for spørsmålet er at menneskeheten står overfor store miljøutfordringer i fremtiden, både globalt og nasjonalt. Noen av disse miljøproblemene er åpenbart menneskeskapt. For andre miljøutfordringer, som for eksempel klimaendringer, er det i noen grad uenighet knyttet til hvor mye av disse problemene som skyldes menneskelig aktivitet. Det er imidlertid ikke tvilsomt at miljøutfordringer kan lede til alvorlige problemer som ørkenspredning, ekstremvær etc. Dette er problemer som igjen vil kunne lede til utryddelse av arter, vann- og matmangel, folkevandringer, spredning av epidemier etc.

Det er på denne bakgrunn at det må reises spørsmål om ikke retten til et sunt miljø er minst like viktig for individets eksistens og livsutfoldelse som de øvrige menneskerettigheter som naturlig hører hjemme i Grunnloven, og om ikke dette grunnlovsvernet bør skjerpes ytterligere.

Etter utvalgets oppfatning har Grunnlovens § 110b første ledd fått en tilfredsstillende utforming. Den er i overensstemmelse med Verdenskommisjonens anbefalinger om «rettslige prinsipper for miljøvern og bærekraftig utvikling». Bestemmelsen er fra Stortingets side ment å representere en rettslig skranke for myndighetene, samtidig som den har et menneskerettslig utgangspunkt.

Etter utvalgets oppfatning bør derfor utformingen av Grunnlovens § 110b første ledd videreføres.

Bestemmelsens annet ledd foranlediger ingen bemerkninger fra utvalgets side.

Utvalget har imidlertid overveiet om tredje ledd i bestemmelsen bør få en mer hensiktsmessig utforming, først og fremst for å tydeliggjøre plikten for myndighetene til å etterleve prinsippene i første ledd om å iverksette adekvate og nødvendige tiltak for å sikre miljøet. Det antas at dette er hovedbegrunnelsen for bestemmelsen, slik den i dag lyder. Bestemmelsen kunne likevel ha vært mer presis med tanke

³¹⁹ Se oversikt i Perspektiv 02/06 for Stortingets utredningssekasjon s. 14.

på at det er en plikt for statens myndigheter å følge opp retten til et sunt miljø. Tredje ledd kunne for eksempel lyde:

«Det påligger Statens myndigheter å iverksette tiltak som gjennomfører disse grunnsetninger.»

Et annet alternativ vil være å oppheve tredje ledd uten å erstatte den med noen ny formulering.

Utvalget vil anbefale at tredje ledd erstattes med en formulering om at statens myndigheter har plikt til å iverksette tiltak til gjennomføring av Grunnloven § 110b første og annet ledd. Dette vil tydeliggjøre at myndighetene har en aktiv plikt til å ivareta miljøet gjennom ulike former for tiltak. Det vil fortsatt være stort rom for politisk skjønn med hensyn til hvilke tiltak som settes i verk på hvilke tidspunkt. Det fremgår imidlertid av forarbeidene (Innst. S. s. 4) at noe av hovedformålet med dagens grunnlovsbestemmelse var å knytte rettsvirkninger til de fundamentale miljøprinsipper som i sin tid var formulert av Brundtland-kommisjonen. Denne forutsetningen ble også gjentatt under Stortingets forhandlinger.³²⁰ I overensstemmelse med dette og praksis fra EMD kan myndighetene ikke være passive vitner til større miljødeleggelser, men må iverksette tiltak som kan bidra til å sikre et sunt miljø for nåtidige og fremtidige generasjoner. Dette bør komme tydeligere til uttrykk i Grunnloven.

I tråd med utvalgets forslag om et eget menneskerettighetskapittel i Grunnlovens del E foreslås Grunnloven § 110b flyttet til ny Grunnloven § 112.

40.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at Grunnloven § 110b oppheves, og at ny § 112 skal lyde:

«Enhver har Ret til et Milieu som sikrer Sundhed og til en Natur hvis Produktionsævine og Mangfold bevares. Naturens Ressourcer skulle disponeres ud fra en langsiktig og alsidig Betragtning, der ivaretager denne Ret ogsaa for Efterslægten.

For at ivaretage deres Ret i Henhold til foregaaende Led, ere Borgerne berettigede til Kundskab om Naturmilieuets Tilstand og om Virkningerne af planlagte og iværksatte Indgreb i Naturen.

Det paaligger Statens Myndigheder at træffe Foranstaltninger der gennemføre disse Grundsætninger.»

Se for øvrig særmerknad fra utvalgets medlem Carl I. Hagen, jf. punkt 11.4.2.

41. Legalitetsprinsippet – generelt

41.3 Innledende bemerkninger

I enhver rettsstat vil makthaverne utøve sin makt over borgerne i henhold til lovgivning. At makthaverne er avhengige av lovgivning for å gjennomføre handlinger eller treffe avgjørelser som får rettsvirkninger overfor borgerne, er et prinsipp som finnes i alle moderne rettsstater. I Norge er dette kravet til lovgivning gjennomgående omtalt som «legalitetsprinsippet».

Legalitetsprinsippet har tradisjonelt vært forstått slik at ethvert inngrep i borgernes rettsfære trenger hjemmel i lov. På strafferettens område ble prinsippet tydeliggjort i Grunnloven allerede i 1814, gjennom lovskravet i § 96 første punktum. Det generelle legalitetsprinsippet gjelder imidlertid på alle rettsområder, men det er uklart hvor langt legalitetsprinsippet strekker seg som skranke for domstolens virksomhet. I lengre tid har det vært bred enighet om at legalitetsprinsippet i Norge er en sedvanebasert rettsregel med grunnlovs rang, såkalt *konstitusjonell sedvane-rett*. Dette reiser spørsmål om det ulovfestede legalitetsprinsipp nå bør grunnlovsfestes.

41.2 Dagens rettsstilstand

I dag inneholder Grunnloven ikke et generelt krav om at myndighetenes inngrep overfor den enkelte trenger hjemmel i lov eller annet rettsgrunnlag, men Grunnloven § 96 inneholder et spesifikt lovskrav på strafferettens område, jf. punkt 24.2. I tillegg til lovskravet i Grunnloven § 96 følger det et lovskrav i § 99 første ledd for fengsling og arrest, jf. punkt 22.2.

Utenfor strafferettens område har det over tid utviklet seg en ulovfestet lære der inngrep i borgernes rettsfære trenger hjemmel i lov (det materielle eller positivt formulerte legalitetsprinsipp). Dette legalitetsprinsippet er antatt å være konstitusjonell sedvane-rett, og det omfatter både myndighetenes beslutninger og myndighetenes faktiske handlinger. I sin kjerne forbyr prinsippet offentlige myndigheter å gjøre inngrep i individuelle tilfeller uten hjemmel i formell lov.³²¹ Med formell lov siktes det til lover gitt av Stortinget i henhold til Grunnloven §§ 76 flg. eller øvrige rettsregler som kan utledes av slik formell lovgivning. Utgangspunktet etter den tradisjonelle lære

³²⁰ Se Stortingets forhandlinger 1992 nr. 253, s. 3736.

³²¹ Se T.H. Aschehoug, *Norges nuværende statsforfatning*, 1892 bind II s. 143–145; Bredo Morgenstjerne, *Lærebok i den norske statsforfatningsret*, 1927 bind II s. 194; Frede Castberg, *Norges statsforfatning*, 1965 bind II s. 58–58; Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, 2004 s. 167; Roald Hopsnes/Raymond Solberg, *Legalitetsprinsippet*, Jussens Venner 2005 s. 77–155; og Alf Petter Høgberg/Morten Kinander, *Det formelle legalitetsprinsippet og rettskildelæren*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2011, s. 15–55, på s. 18–24.

er med andre ord at myndighetenes inngrep overfor borgerne må være positivt regulert i Stortingets lovgivning eller i forskrifter gitt med hjemmel i slik lov.

I de fleste tilfeller byr ikke dette utgangspunktet på problemer, for eksempel kan politiet på gitte vilkår i lov få adgang til å ransake private hjem, kommunen kan på gitte vilkår gi pålegg om riving av bygg eller andre innretninger, og kemneren kan på gitte vilkår gå til tvangsinnkreving av skatt og avgifter. Undertiden vil det likevel kunne oppstå tvil om det foreligger et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for den beslutningen som er truffet, eller for den handlingen som er utført. I så fall må det mulige hjemmelsgrunnlaget tolkes og forstås i lys av en rekke forhold, som for eksempel tidligere praksis (enten i forvaltningen eller i domstolene), den enkeltes behov for forutberegnelighet, uttalelser i forarbeider m.m. Mens man på strafferettens område har oppstilt krav om at lov-hjemmelen må være klar og presis, se punkt 24.2, har praksis ikke vært like streng utenfor strafferettens område.

At beslutninger internt i forvaltningen i noen grad berører enkeltindivider, innebærer normalt ikke at det foreligger et «inngrep». Når kommunens ansatte må bytte kontorer fordi deler av rådhuset skal pusses opp, representerer ikke dette et «inngrep», selv om det faktisk får betydning for enkelte personer. Tilsvarende representerer ikke fylkets beslutning om å utbedre dumper i fylkesveien et «inngrep» overfor den enkelte, selv om noen kanskje kommer for sent til jobb pga. veiarbeid. For at man kan tale om et «inngrep», må det foreligge kvalifiserte forhold som rammer den enkelte, for eksempel avslag på søknad om å reise bygninger på egen eiendom, pålegg om hvilken skole barnet skal gå på, forbud mot beite i områder der det opprinnelig forelå beiterett osv. Fra tid til annen vil det imidlertid kunne oppstå tvil om man står overfor et inngrep som trenger hjemmel i lov.

Det er bl.a. utfordringer knyttet til fortolkningen av hjemmelsgrunnlaget og spørsmålet om hvorvidt det foreligger et «inngrep», som har gjort at enkelte rettsteoretikere har forsøkt å reformulere legalitetsprinsippet. En slik reformulering har gått ut på at legalitetsprinsippet innebærer at den beslutning som mangler annet kompetansegrunnlag, må utlede sin kompetanse fra lov (det formelle eller negativt formulerte legalitetsprinsipp).³²² Denne formelle tilnærmingen til legalitetsprinsippet tar på den ene side bare sikte på å regulere normgivning og ikke faktiske handlinger, i motsetning til det tradisjonelle legalitetsprinsipp. På den annen side favner den formelle tilnærmingen videre enn den tradisjonelle, ved at den

tar sikte på å regulere kompetansegrunnlag i alle henseender, også privates kompetanse og kompetanse for de myndighetsbeslutninger hvor det ikke foreligger «inngrep i borgernes rettssfære».

Langt på vei er det grunnlag for å si at den tradisjonelle tilnærmingen til legalitetsprinsippet i større grad enn den reformulerte tilnærmingen springer ut av ideen om menneskerettigheter og ideen om samfunnskontrakten. Grunntanken bak den tradisjonelle tilnærmingen er at individene er født frie og like, og at myndighetene bare kan gjøre inngrep i deres frihet og likhet med hjemmel i formell lov. På mange måter er dette en av bærebjelkene i den moderne rettsstat og det moderne demokrati, der individene har underkastet seg makten, men bare i den utstrekning makten utøves i tråd med lovgivning gitt av folkeflertallets representanter.

I praksis har Høyesterett fortsatt lagt til grunn den tradisjonelle tilnærmingen. I Rt. 2010 s. 610 uttales enstemmig i Høyesterett:

«Jeg tar utgangspunkt i at det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner (...) Dette kravet springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet.»³²³

41.3 Andre lands konstitusjoner

I likhet med rettstilstanden i Norge er et generelt legalitetsprinsipp stort sett ulovfestet også i andre land. Det innebærer likevel ikke at legalitetsprinsippet er fraværende i disse landenes konstitusjon. Prinsippet eksisterer i litt ulike former som ulovfestet rett, og finnes i noen grad som spesifikke lovskrav på enkelte rettsområder, særlig på strafferettens område. I realiteten setter legalitetsprinsippet skranker for statsmaktens virksomhet i alle vesteuropeiske land, samt i en rekke andre stater hvor vesteuropeisk rettstradisjon har fungert som forbilde.

Det ulovfestede legalitetsprinsipp har samme opphav, og det historiske bakteppet er essensielt for forståelsen av den posisjon som legalitetsprinsippet har hatt og fortsatt har i vår del av verden. Ideen om at makthaverne trenger hjemmel i lov for å styre over statens borgere, gjenfinnes først hos Aristoteles og hos romerne. De romerske borgerne krevde at lovene skulle bekjentgjøres, og de berømte Tolvtavlelovene ble reist på Forum Romanum ca. 450 f.Kr. for å tilfredsstille dette kravet.

I middelalderens Europa ble kravet om lovhjemmel først og fremst videreført i England, der «the rule of law» har spilt en viktig rolle fra 1200-tallet og frem til i dag. Under opplysningstiden ble «the rule of law» brakt tilbake til kontinentet gjennom opplys-

^{322.} Se Torstein Eckhoff/Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 2010 s. 361 flg.

^{323.} Rt. 2010 s. 610 avsnitt 27.

ningsfilosofene som Voltaire, Montesquieu og Rousseau. I deres arbeider ble «the rule of law» sett på som en viktig betingelse for etableringen av samfunnskontrakten, maktfordeling, folkestyre og menneskerettigheter. I Frankrike er det tilsvarende rettsstatsprinsippet etter hvert blitt omtalt som «Etat de droit», og i Tyskland er det kjent som «Rechtsstaat»-prinsippet. Det er særlig på bakgrunn av disse tradisjonene at den norske rettsstaten er etablert, jf. også punkt 9.2.

Det overordnede rettsstatsprinsippet favner likevel videre enn bare et krav om lovhjemmel for inngrep i borgernes rettssfære. Rettsstaten skal også verne om menneskerettigheter generelt, og den skal gi enhver mulighet til å få sin sak prøvet for domstolene. I kjernen av rettsstatsprinsippet ligger likevel fortsatt et krav om at maktøverne bare kan styre over borgerne med hjemmel i lov. Dette kan forklares med tanken om samfunnskontrakten, der borgerne ikke har overdratt makten til fyrstens tilfeldige og vilkårlige vilje, men til folkevalgte som skal styre på bakgrunn av en forutsigbar lovgivning. Også de folkevalgte vil bryte samfunnskontrakten dersom deres beslutninger om inngrep i borgernes rettssfære ikke har den nødvendige hjemmel i lov.

Det generelle legalitetsprinsippet er i første rekke nedfelt i den franske menneskerettighetserklæringen fra 1789, inntatt som en del av den franske konstitusjonen av 1958. Den franske menneskerettighetserklæringen artikkel 5 lyder som følger:

«La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

(Law can only prohibit such actions as are hurtful to society. Nothing may be prevented which is not forbidden by law, and no one may be forced to do anything not provided for by law.)»

I hovedtrekk uttrykker denne formuleringen legalitetsprinsippet i den moderne vest-europeisk rettskultur.

41.4 Internasjonalt menneskerettighetsvern

I de internasjonale menneskerettighetskonvensjoner finnes ikke konkrete bestemmelser som formulerer et generelt legalitetsprinsipp, slik som i den franske menneskerettighetserklæringen av 1789. Prinsippet er likevel sterkt til stede i konvensjonene, både gjennom konvensjonenes fortaler, gjennom bestemmelser om lovskrav for straff, frihetsberøvelse m.m. og gjennom bestemmelser om at inngrep i menneskerettighetene må være lovhjemlet.

I fortalene til konvensjonene er det henvist til rettsstatsidealer i både Verdenserklæringen og EMK. I fortalen til Verdenserklæringen heter det:

«Whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law, (...)»

I EMK finnes følgende formulering i fortalen:

«Being resolved, as the Governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law to take the first steps for the collective enforcement of certain of the Rights stated in the Universal Declaration; (...)»

Utover fortalene er lovskravet gjentatt i en rekke konvensjonsbestemmelser. Lovskravet er imidlertid ikke like strengt utformet som det norske legalitetsprinsippet. Dette har sammenheng med at enkelte stater har hatt en sterkere tradisjon for sedvanerett. Konvensjonene benytter seg derfor av uttrykket «law», som henspiller både på lovgivning og rettstilstanden for øvrig.

41.5 Utvalgets vurdering

En generell grunnlovsfesting av legalitetsprinsippet vil i utgangspunktet ikke endre dagens rettstilstand. Det er uomtvistelig at prinsippet gjelder i norsk rett, og at prinsippet har lik gjennomslagskraft som Grunnloven. Grunnlovsfesting av legalitetsprinsippet vil synliggjøre prinsippet og samtidig vise at det fungerer som en reell skranke for maktøvernes myndighetsutøvelse. Prinsippets sentrale plass for forståelsen av den norske rettsstaten tilsier at det kommer direkte til uttrykk i Grunnloven.

En grunnlovsfesting av legalitetsprinsippet vil i tillegg bidra til å følge opp forslag til ny Grunnloven § 2 i stat/kirkeforliket. I forslaget heter det at Grunnloven skal verne om rettsstaten, demokratiet og menneskerettighetene. Legalitetsprinsippet ivaretar alle disse verdiene gjennom å oppstille et krav til lovhjemmel, forankret i folkeflertallets vilje, for at maktøverne kan gripe inn i den enkeltes frihet.

Dersom rettsstaten i fremtiden skulle settes på alvorlig prøve, vil det være særlig viktig å holde fast ved kravet om lovhjemmel. Det er gjennom lovgivning at den enkelte kan forutberegne sin rettsstilling, og det er gjennom lovgivning at myndighetsbeslutninger og myndighetshandlinger er forankret i folkeflertallets vilje. At lovhjemmel i noen tilfeller ikke vil være tilstrekkelig for inngrep i den enkeltes frihet, først og fremst fordi det også må tas hensyn til øvrige menneskerettigheter, fratår ikke legalitetsprinsippet dets viktige funksjon som et absolutt krav om at lovhjemmel må foreligge før det kan gjøres inngrep i den enkeltes rettssfære.

Utvalget finner at disse forholdene samlet sett taler for en grunnlovsfesting av legalitetsprinsippet.

Et sentralt spørsmål vil likevel være om den formulering man gjør av legalitetsprinsippet i Grunnloven, kan påvirke forståelsen av prinsippet, slik at innholdet endres over tid. Det er derfor utvalgets oppfatning at formuleringen av legalitetsprinsippet i Grunnloven bør ligge tett opp til den tradisjonelle forståelsen av legalitetsprinsippet i norsk rett. En slik formulering vil få frem det poeng at det er uten betydning for kravet om lovhjemmel hvorvidt offentlige myndigheter treffer beslutninger eller utøver faktiske handlinger. Myndighetene trenger uansett hjemmel i lov for å gripe inn i den enkeltes rettsfære.

En grunnlovsfesting av legalitetsprinsippet bør derfor ikke ha som mål å regulere generelt når offentlige myndigheter har et tilstrekkelig kompetansegrunnlag til å treffe beslutninger, slik tilfellet er for det reformulerte legalitetsprinsippet, jf. punkt 41.2. Dersom man grunnlovsfester det reformulerte legalitetsprinsipp, vil man kunne gripe inn i forholdet mellom ulike forvaltningsorganer, og prinsippet vil dermed få indirekte betydning for hvordan den utøvende makt organiserer sin virksomhet. En slik omfattende kompetanseregulering i Grunnloven vil neppe være ønskelig, og det faller utenfor utvalgets mandat å foreslå en så omfattende kompetansebestemmelse. Også dette taler for å grunnlovsfeste den tradisjonelle tilnærmingen til legalitetsprinsippet, der det er inngrepet i den enkeltes rettsfære som trenger hjemmel i lov. Utvalget vil derfor foreslå at utformingen av legalitetsprinsippet tar utgangspunkt i den enkeltes rettighetsvern og ikke i det offentliges generelle kompetanse til å utøve myndighet.

Mulige formuleringer kan da være:

«Ethvert inngrep overfor den enkelte trenger hjemmel i lov.»

(eller)

«Inngrep i den enkeltes handlefrihet må skje på grunnlag av lov.»

(eller)

«Ethvert offentlig inngrep i den enkeltes handlefrihet må være forankret i lov.»

(eller)

«Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.»

I utgangspunktet har man tre mulige formuleringer av det generelle lovskravet; enten «forankret i lov», «grunnlag i lov» eller «hjemmel i lov». Det er ingen tvil om at hjemmelsgrunnlaget i noen saker vil måtte være gjenstand for en nærmere fortolkning før det kan avgjøres om det strekker til som grunnlag for beslutningen eller handlingen. I så måte vil uttrykket

«forankret i lov» tydeliggjøre at det må skje en fortolkning av lovgrunnlaget. Uttrykket «grunnlag i lov» vil også tydeliggjøre dette, men vil kanskje i større utstrekning vise til at lovgrunnlaget må være mer presist enn det tilfellet er med uttrykket «forankret i lov». Uttrykket «hjemmel i lov» vil enda klare vise til at det bør fremkomme tydelig av lovgrunnlaget hvilke beslutninger og handlinger som er tillatt. Utvalget finner at formuleringen «grunnlag i lov» er mest dekkende for dagens rettstilstand.

Videre er det et spørsmål hvordan man skal formulere den enkeltes rettighetsvern. I den tradisjonelle forståelsen av legalitetsprinsippet har det gjerne vært pekt på at man ikke kan gripe inn i den enkeltes «rettsfære» uten hjemmel i lov. «Rettsfære» er imidlertid ikke et entydig begrep, men viser i all hovedsak til hva den enkelte selv kan råde over uten innblanding fra offentlige myndigheter. Denne rådigheten er noe den enkelte besitter som følge av å være et fritt og selvstendig individ, samt en konsekvens av øvrige rettsregler. Eieren av en eiendom vil for eksempel være eier nettopp i kraft av at det foreligger *gyldig* avtale om kjøp, arv e.l. Eieren vil i tillegg stå *fritt* til å råde over denne eiendommen, med mindre lovbestemmelser begrenser rådighetsadgangen, for eksempel gjennom krav om konsesjon, krav om byggetillatelse, forbud mot farlig virksomhet, respekt for andres rettigheter osv. Det er derfor kombinasjonen av den enkeltes frihet og de aktuelle rettsregler på området som danner utgangspunkt både for hva den enkelte kan foreta seg, og for hvilke beslutninger og handlinger myndighetene kan treffe eller gjennomføre.

I Grunnloven burde det derfor være tilstrekkelig å vise til at det er *inngrep overfor den enkelte* som trenger grunnlag i lov. Dette er en formulering som ikke endrer dagens rettstilstand, og hvor tidligere praksis med hensyn til tolkningen av legalitetsprinsippet har samme relevans som før. Dette utelukker derfor ikke at offentlige myndigheter kan inngå avtale med private parter, også om utøvelse av den offentlige myndighet. For disse tilfellene vil det være et spørsmål om avtalen kan være gyldig, forstått på bakgrunn av de aktuelle rettsregler på området. Uansett vil den private part her ha benyttet seg av sin avtalefrihet til å inngå avtaler med den hun eller han måtte ønske. Disse tilfellene faller således utenfor det som legalitetsprinsippet tar sikte på å regulere. Slike avtaler vil være regulert av andre rettsregler enn legalitetsprinsippet.

Et alternativ til å formulere en bestemmelse om legalitetsprinsippet som inngrep overfor den enkelte, vil være å tale om den enkeltes *frihet* eller *handlefrihet* i stedet. Handlefrihet kan imidlertid bli noe snevert i denne sammenhengen, fordi myndighetene også trenger grunnlag i lov for å gripe inn der den enkelte ønsker å benytte sin frihet til å forholde seg

passiv. Frihet uttrykt i generell form kan være mer treffende, men leder ofte tanken inn på fysisk frihet, dvs. at den enkelte ikke skal fengsles eller frihetsberøves på annet vis uten hjemmel i lov. Det særlige lovskravet på strafferettens område og for annen frihetsberøvelse vil utvalget imidlertid foreslå uttrykkelig videreført i egne bestemmelser i Grunnloven, fordi lovskravet på disse områdene tradisjonelt har vært forstått strengere enn legalitetsprinsippet for øvrig, jf. kapittel 22 om frihetsberøvelse og kapittel 24 om vernet på strafferettens område.

Etter utvalgets mening bør derfor legalitetsprinsippet utformes i overensstemmelse med det siste av de opplistede alternativene ovenfor, dvs. at «myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Formuleringen gir et dekkende bilde av dagens rettstilstand. Uttrykket «myndighetenes inngrep» vil i hovedsak rette seg mot den utøvende makt. Formuleringen er ikke ment å innskrenke den adgang domstolene i dag har til å drive rettsskapende virksomhet. Domstolenes oppgave er primært knyttet til tvisteløsning og straff, og på strafferettens område skal lovskravet forstås strengt. Det innebærer at domstolene har mindre rom for rettsskapende virksomhet på strafferettens område enn på øvrige rettsområder. Utenfor strafferetten vil imidlertid domstolenes tvisteløsningsfunksjon tilsi at domstolene finner en løsning på bakgrunn av det rettskildematerialet som er. I så måte er det ikke tale om at domstolene begår et «inngrep» i den enkeltes rettsfare. At domstolene likevel skal utvise varsomhet med omfattende og raske endringer i rettstilstanden, kan i stedet utledes av generelle rettssikkerhetsprinsipper og prinsippene bak tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97, se for eksempel Rt. 2009 s. 1412.

En grunnlovsfesting av det generelle legalitetsprinsipp kan enten formuleres separat i egen bestemmelse, eller det kan formuleres i sammenheng med andre grunnlovsbestemmelser. En mulighet er å formulere det i sammenheng med lovskravet på strafferettens område. Jørgen Aall og Eirik Holmøyvik har i en artikkel kommet med et innspill til utvalget om hvordan det generelle legalitetsprinsippet muligens kan formuleres i sammenheng med lovskravet i strafferetten. Forslaget lyder som følger:

«Eit kvart inngrep overfor ein fysisk eller juridisk person krev heimel i klår og kunn gjort lov. Straffelov kan berre nyttast på forhold gjort etter at den er kunn gjort.

Inngrep må dessutan vere nødvendig av omsyn til rettane til andre, tilliten til domstolane, offentleg tryggleik, kamp mot kriminalitet, moralen eller velferda i samfunnet.»³²⁴

³²⁴. Se Eirik Holmøyvik og Jørgen Aall, *Grunnlovsfesting av menneskerettane*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2010 s. 327–374.

I dette forslaget er legalitetsprinsippet slått sammen med både lovskravet i strafferetten og tilbakevirkningsforbudet. I tillegg foretas en generell innskrenkning i myndighetenes mulighet til å gjøre inngrep i lovs form ut fra ulike vurderingskriterier. Denne innskrenkningen gjør at forslaget trolig innebærer et sterkere vern om individet enn det som er situasjonen etter dagens rettstilstand. Samtidig synes det uklart hvor langt tilbakevirkningsforbudet strekker seg etter dette forslaget. Utvalget finner derfor at det vil være bedre å formulere det generelle legalitetsprinsipp i en egen bestemmelse. Dette vil tydeliggjøre at legalitetsprinsippet er generelt og står på egne ben, samt at grunnlag i lov normalt vil være tilstrekkelig for myndighetenes inngrep. Etter dagens rettstilstand vil det utelukkende være hensynet til demokratiet, rettsstaten og øvrige menneskerettigheter som begrenser lovgivers adgang til å vedta inngripende lover.

Etter utvalgets oppfatning passer det at legalitetsprinsippet runder av de individuelle rettighetene i en egen del E om Menneskerettighetene.

41.6 *Utvalgets forslag*

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at ny Grunnloven § 113 skal lyde:

«Myndighedernes Indgrep overfor den Enkelte maa have Grundlag i Lov.»

42. **Deltakelse i demokratiske beslutningsprosesser**

42.1 *Innledende bemerkninger*

Vårt moderne demokrati er bygget opp omkring den enkeltes deltakelse i beslutningsprosessene. I praksis skjer dette gjennom valg til beslutningsorganer som Stortinget, fylkestinget og kommunestyret. Valgene skal være frie, i den forstand at den enkelte står fritt til å velge hvem han eller hun skal stemme på. Videre skal valgene være hemmelige, først og fremst for å sikre at andre ikke kontrollerer eller overvåker hva man stemmer på. Og til sist er det folket som skal velge, og som skal la seg representere i Stortinget, fylkestinget og kommunestyret. Dette innebærer at de fleste voksne personer i dag har stemmerett til disse valgene, og at de er valgbare til Stortinget, fylkestinget eller kommunestyret gjennom deltakelse i politiske partier.

Dette utgangspunktet reiser spørsmål om dagens grunnlov i tilstrekkelig grad bidrar til å tydeliggjøre den enkeltes rett til deltakelse i beslutningsprosessene, herunder retten til å stemme ved valg, retten til frie og hemmelige valg og retten til å danne politiske partier.

42.2 *Dagens rettstilstand*

42.2.1 STEMMERETT OG VALG

Valg til Stortinget reguleres i dag av Grunnloven §§ 49 flg. og valgloven. Av Grunnloven § 50 følger det at kvinner og menn som fyller 18 år i løpet av valgåret, har stemmerett ved stortingsvalg. I tillegg følger det av Grunnloven § 50 annet og tredje ledd at nærmere bestemmelser om stemmerett til personer bosatt utenfor riket og stemmeberettigede personer med sjelelig svekkelse eller nedsatt bevissthet fastsettes i lov. I § 51 er det bestemt at manntallsførsel skal fastsettes ved lov, og i § 53 følger særlige bestemmelser om tap av stemmerett.

For øvrig kan føyes til at i henhold til Grunnloven § 55 er det Stortinget som i siste instans avgjør klager og tvister vedrørende stortingsvalg. Norge rettet i mai 2010 en henvendelse til European Commission for Democracy through Law (Europarådets Venezia-kommisjon) med forespørsel om hvordan de norske klageordningene ved valg forholder seg til de internasjonale forpliktelsene. I en felles uttalelse den 22. desember 2010 fra Venezia-kommisjonen og OSSE (OSCE office for democratic institutions and human rights) ble det anbefalt at Norge oppretter en klage- og tvisteordning ved valg der Høyesterett dømmer i siste instans. Forholdet er under nærmere utredning i Kommunal- og regionaldepartementet.

Valg til kommuner og fylkeskommuner er ikke regulert i Grunnloven. I valgloven § 2-2 følger det at de som har stemmerett ved stortingsvalg i henhold til valgloven § 2-1 og Grunnloven § 50, også har stemmerett ved kommune- og fylkestingsvalg. I tillegg er enkelte personer uten norsk statsborgerskap gitt stemmerett ved slike valg, jf. valgloven § 2-2 nr 2.

Ved valg til kommunestyre i 2011 var 20 kommuner valgt ut i en forsøksordning der personer som fyller 16 eller 17 år i løpet av valgåret, kunne avgi stemme. Spørsmålet om nedsatt stemmerettsalder ble tatt opp av Kommunal- og regionaldepartementet i St.meld. nr. 33 (2007–2008) Eit sterkt lokaldemokrati. Se også Innst. S. nr. 163 (2008–2009).

42.2.2 POLITISKE PARTIER

I Grunnloven § 59 er de nærmere bestemmelser om fordeling av mandater etter distrikt mellom de politiske partier. Bestemmelsen forutsetter således at politiske partier eksisterer, men gir ingen føringer med hensyn til hvem som kan danne et politisk parti. Retten til å danne politiske partier er dermed ikke uttrykkelig slått fast i Grunnloven. Retten har likevel vært praktisert innenfor det politiske liv siden parlamentarismens gjennombrudd i 1884. I Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus) ga både flertall og mindretall i Høyesterett uttrykk for at retten til å danne politiske partier trolig er å anse som konstitusjonell sedvanerett.³²⁵

Nærmere bestemmelser om registrering av politiske partier mv. følger av partiloven §§ 2 og 3. Her fremkommer det bl.a. krav om at politiske partier skal ha en stiftelsesprotokoll, være registrert, samt at slik registrering bare kan skje etter en «erklæring fra minst 5 000 personer med stemmerett ved stortingsvalg, om at de ønsker partinavnet registrert.»

42.2.3 FRIE OG HEMMELIGE VALG

Frie og hemmelige valg er ikke regulert i Grunnloven. Disse forholdene er i stedet regulert i valgloven. I valgloven § 1-1 heter det:

«Formålet med loven er å legge forholdene til rette slik at borgerne ved frie, direkte og hemmelige valg skal kunne velge sine representanter til Stortinget, fylkesting og kommunestyre.»

I valgloven kapittel 9 finnes enkelte bestemmelser som er ment å sikre frie og hemmelige valg. Dette gjelder særlig §§ 9-4 og 9-5 om hvordan valget praktisk gjennomføres og om orden i valglokalet.

42.3 *Internasjonalt menneskerettighetsvern*

I henhold til de internasjonale menneskerettighetskonvensjoner er det særlig retten til å delta i beslutningsprosesser, samt hemmelige og frie valg, som står sentralt. Verdenserklæringen artikkel 21 lyder:

«(1) Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives.

(2) Everyone has the right of equal access to public service in his country.

(3) The will of the people shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures.»

Verdenserklæringen er fulgt opp i SP artikkel 25. Bestemmelsen lyder:

«Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in Article 2 and without unreasonable restrictions:

to take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives;

to vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors;

to have access, on general terms of equality, to public service in his country.»

³²⁵ I juridisk litteratur har det vært hevdet at retten til å danne politiske partier må innfortolkes i Grunnloven § 59, se Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 2009 s. 137. Dette er imidlertid omtvistet.

På europeisk plan er dette fulgt opp i EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 3 (P1-3). EMK P1-3 er imidlertid ikke utformet som en rettighet for den enkelte, men er likevel tolket slik i praksis. EMD har på grunnlag av individklager i flere saker funnet at bestemmelsen har vært krenket, se bl.a. storkammerdommen *Hirst v. Storbritannia* (2005) om innsattes stemmerett. EMK P1-3 lyder:

«The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.»

Retten til deltakelse i beslutningsprosessene, retten til å delta i hemmelige og frie valg og retten til å danne politiske partier er alle rettigheter som er sentrale i moderne, vestlige demokratier. I en internasjonal sammenheng omtales disse rettighetene ofte både som demokratiske/politiske rettigheter og som menneskerettigheter.

Retten til deltakelse i beslutningsprosessene, retten til å delta i hemmelige og frie valg og retten til å danne politiske partier dekker gjerne to behov: På den ene side sikrer rettighetene individenes frihet og likhet, og på den annen side sikrer rettighetene demokratiet, forstått som basis for folkestyre, flertallsvilje, mindretallsvern og deltakerdemokrati. Slik vil menneskerettigheter og demokratiske/politiske rettigheter flyte over i hverandre.

Essensen i konvensjonsvernet er deltakelse og medbestemmelsesrett i «offentlige anliggender», jf. SP artikkel 25 bokstav a. Med dette siktes det i hovedsak til virksomhet som typisk ligger under den lovgivende, den utøvende og den dømmende makt.³²⁶ I praksis innebærer dette at den enkeltes rett til deltakelse og medbestemmelse ikke gjelder på alle områder i livet. Den enkelte har for eksempel ikke krav på medbestemmelse i idrettslag, klubber, foreninger, tros- og livssynssamfunn mv. Retten til deltakelse og medbestemmelse innebærer likevel en rett til å forsøke å *påvirke* beslutningsprosesser gjennom foreningsvirksomhet, debatter, litteratur mv. På dette punkt er det nære forbindelseslinjer mellom retten til deltakelse på den ene side og ytringsfrihet og forenings- og forsamlingsfrihet på den annen side.

Ingen av konvensjonene nevner «demokrati» uttrykkelig, men det er ikke tvil om at det er retten til deltakelse i folkestyret bestemmelsene tar sikte på. I SP artikkel 25 er det innfortolket at de representantene som velges, må kunne utøve statsmakt.³²⁷ Videre er det innfortolket at representantene ikke kan treffe

beslutninger som går utover den kompetanse som følger av landets konstitusjon. Stemmerett omfatter for øvrig ikke bare retten til å stemme ved ordinære valg, men også rett til å stemme ved folkeavstemninger. Hvem som har rett til å stemme ved både ordinære valg og folkeavstemninger, skal være regulert i lov.

Dernest stiller konvensjonene krav om «periodiske valg» (SP artikkel 25 bokstav b). Med «periodiske valg» må forstås jevnlig valg med et ikke for kort eller for langt intervall mellom hvert valg. Hvor ofte det må være valg, sier konvensjonene ingenting om, og det tillates store variasjoner mellom statene.

Videre stiller konvensjonene krav om at det er folket som skal ha rett til å stemme ved disse valgene. Med «folket» forstås imidlertid ikke alle som vil kunne være interessert i å avgi stemme. I første omgang kan stemmeretten begrenses på grunnlag av statsborgerskap og/eller tilhørighet til landet. I neste omgang er det innfortolket i konvensjonene at det kan settes objektive og rimelige krav til stemmerett, slik som minstealder, bevissthetskrav e.l. Konvensjonene forbyr imidlertid at stemmerett tildeles på grunnlag av kjønn, etnisitet, hudfarge, språk, politisk tilhørighet, religion, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller annen lignende status.³²⁸

Statene skal videre legge til rette for at alle med stemmerett skal få mulighet til å avgi sin stemme. Med dette menes både fysisk og rettslig tilrettelegging. Registreringsregler skal for eksempel ikke være av en slik karakter at de i praksis ekskluderer grupper i samfunnet. Tilsvarende gjelder åpningstider og tilgjengelighet til valglokaler.

Valgene skal være frie og hemmelige. Med frie valg menes at valget skal gi uttrykk for velgernes oppriktige vilje, og at de ikke skal utsettes for press, tvang eller manipulering. Med hemmelige valg menes at statene skal sikre og beskytte velgeren mot å måtte avsløre hva han eller hun har stemt eller har tenkt å stemme på. Dette innebærer bl.a. at statene skal sikre mot ulovlig eller vilkårlig avbrytelse av stemmeprosedyrene.

Konvensjonene sier ikke noe om retten til å danne politiske partier, men SP artikkel 25 bokstav b gir den enkelte rett til å bli valgt. I den utstrekning det er de politiske partier som stiller til valg, innebærer dette at enhver må ha rett til å danne politiske partier. Det er likevel ingen automatikk i at politiske partier som mottar stemmer ved valg, vil få plass i en folkevalgt forsamling.

Lovgiver må kunne stille rimelige og ikke-diskriminerende krav til den som skal være valgbar, for eksempel gjennom regler om minstealder, karantene

^{326.} Se Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar 1996 nr. 25 til artikkel 25, punkt 5.

^{327.} Se Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar 1996 nr. 25, punkt 7.

^{328.} Se Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar 1996 nr. 25, punkt 3.

for offentlige ansatte, registrering av politiske partier eller sperregrense for politiske partier. I tillegg kan utlendingers rett til å drive politisk virksomhet innskrenkes. Det følger bl.a. av EMK artikkel 16 at bestemmelsene om ytringsfrihet (artikkel 10), forenings- og forsamlingsfrihet (artikkel 11) og forbud mot diskriminering (artikkel 14) ikke er til hinder for å begrense utlendingers rett til å drive politisk virksomhet.

EMD har i forbindelse med utøvelsen av politiske rettigheter i P1-3 understreket at statene har en vid skjønnsmargin, og at det i noen sammenhenger må kunne stilles strengere krav til den som skal stille til valg enn til hvem som er stemmeberettigede. EMD har imidlertid stilt krav om at begrensninger i retten til å drive politisk virksomhet ikke kan utøves vilkårlig, og at kravene som stilles til statene, vil kunne variere med utformingen av statenes valgordninger og politiske historie.³²⁹

42.4 Andre lands konstitusjoner

Det finnes betydelige variasjoner med hensyn til i hvilken utstrekning stemmerett, hemmelige og frie valg, samt retten til å danne politiske partier er regulert i andre lands konstitusjoner.

I den *finske* konstitusjonen slås det fast i 2 § at statsmakten i Finland tilkommer folket, og at den enkelte har rett til å ta del i og påvirke samfunnet og livsmiljøet. I 14 § følger hovedreglene om stemmerett, der det heter at finske statsborgere over 18 år har stemmerett til riksdagsvalg. I tillegg vil utledninger med fast bosted i Finland ha stemmerett ved kommunvalg.

I den *danske* konstitusjonen følger det av § 29 hvem som har stemmerett til Folketinget. I § 31 fremkommer det at valg til Folketinget skal være hemmelig.

I den *islandske* konstitusjonen følger det av artikkel 31 at valg til Alltinget skal være hemmelige.

I den *svenske* konstitusjonen fremkommer det av 1. kapittel 4 § og 7 § at Riksdagen representerer folket, og at beslutninger i kommunene utøves av valgte forsamlinger. I 3. kapittel følger det at riksdagsvalgene skal være frie og hemmelige, og at svenske statsborgere som har fylt 18 år senest på valgdagen, har stemmerett ved disse valgene. Tredje kapittel 1 § første ledd lyder:

«Riksdagen utses genom fria, hemliga och direkta val.»

42.5 Utvalgets vurdering

42.5.1 FRIE OG HEMMELIGE VALG

Et første spørsmål er om prinsippet om frie og hemmelige valg bør løftes inn i Grunnloven. Dette vil synliggjøre at frie og hemmelige valg er en overordnet verdi og av grunnleggende betydning for det norske statsstyret. Det vil også synliggjøre at enkeltindividene har krav på at deres stemme er hemmelig, og at stemmen er et uttrykk for egen fri vilje.

Det er vanskelig å se at det skulle være ulemper forbundet med å grunnlovsfeste prinsippet om frie og hemmelige valg. Valgene som holdes i dag, er utvilsomt hemmelige og frie, og en grunnlovsbestemmelse vil ikke medføre annen rettslig endring enn selve grunnlovsfestingen. Den symbolske, politiske og rettslige betydningen av å løfte dette opp på grunnlovs nivå vil først og fremst innebære at det blir vanskeligere for fremtidige politiske regimer å sette disse prinsippene til side. Grunnlovsfesting av retten til frie og hemmelige valg vil således være en garanti for at et simpelt stortingsflertall ikke kan rive ned eller grunnleggende svekke vårt demokrati.

Utvalget finner på denne bakgrunn at retten til frie og hemmelige valg bør grunnlovsfestes. Utvalget mener imidlertid ikke å ta stilling til hvor god sikkerheten for hemmelighold må være ved alternative former for avvikling av valg. Hvorvidt for eksempel elektroniske valg vil kunne gjennomføres med tilstrekkelig hemmelighold, er et spørsmål som utvalget ikke har nødvendig teknisk innsikt til å vurdere. Utvalget vil likevel understreke at det er viktig å opprettholde kravet om hemmelige valg, også om prosedyrene for avvikling av valg skulle endres. Den nærmere gjennomføringen av frie og hemmelige valg vil i første omgang finne sted ved ordinær lovgivning, for eksempel gjennom valgloven.

En mulig bestemmelse om frie og hemmelige valg kunne plasseres enten i Grunnlovens Del C eller Del E. Dersom bestemmelsen utformes som en rettighet for den enkelte, vil bestemmelsen mest naturlig høre hjemme sammen med de øvrige menneskerettsbestemmelsene i Del E. Dette kan for eksempel gjøres slik:

«Enhver har rett til å ta del i frie og hemmelige valg.»

Ulempen med denne plasseringen er at retten til hemmelige og frie valg ikke blir å lese i sammenheng med de øvrige bestemmelsene i Grunnloven om valg og stemmerett. Allerede i dag er det slik at de menneskerettigheter som også er å anse som demokratiske rettigheter relatert til for eksempel stemmerett, fremkommer av Grunnlovens Del C og ikke Del E. Grunnlovsfester man retten til frie og hemmelige valg i Del C, vil dette derfor ikke bryte med den

³²⁹ Se særlig EMD Melychenko v. Ukraina (2004).

eksisterende systematikken i Grunnloven, snarere tvert imot. I den forbindelse kan også nevnes at verken den svenske eller den danske grunnloven har bestemmelser om frie og hemmelige valg plassert sammen med de øvrige menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven.

Siden det allerede foreligger flere grunnlovsbestemmelser som regulerer valg og stemmerett i Del C, vil det være naturlig å se formuleringen av en bestemmelse om frie og hemmelige valg i sammenheng med disse bestemmelsene. Alternative muligheter i Del C vil være § 49 (folket utøver lovgivende makt gjennom Stortinget), § 50 (stemmerettsregler) eller § 52 (opphevet 26. oktober 1954).

En mulig endring av § 49 kan for eksempel se slik ut (endringer fremhevet i kursiv):

«Folket udøver den lovgivende Magt ved Stortinget. Stortingets representanter velges gjennom frie og hemmelige valg.»

En mulig endring av § 50 kan for eksempel se slik ut (endringer fremhevet i kursiv):

«*Det skal holdes frie og hemmelige Stortingsvalg.* Stemmeberettigede ved Stortingsvalg ere de norske Borgere, Mænd og Kvinder, som senest i det Aar, Valgthinget holdes, have fyldt 18 Aar.

I hvilken Udstrækning dog norske Borgere, som paa Valgdagen ere bosatte udenfor Riget men opfyldte foranstaaende Betingelser, ere stemmeberettigede, fastsættes ved Lov.

Regler om Stemmeret for ellers stemmeberettigede Personer som paa Valgdagen aabenbart lide af alvorlig sjælelig Svækkelse eller nedsat Bevidsthed, kunne fastsættes ved Lov.»

Et mulig forslag til ny § 52 kan for eksempel se slik ut:

«Folket velger sine representanter til Stortinget gjennom frie og hemmelige valg.»

Av disse alternative måtene å skrive inn retten til frie og hemmelige valg foretrekker utvalget at denne retten skrives inn i § 49. I denne bestemmelsen er allerede folkerepresentasjonen tydelig. En supplerende setning om at folkesuvereniteten gjennomføres ved at folket velger representanter til Stortinget gjennom frie og hemmelige valg, vil gi et mer fullstendig bilde av hva som menes med folkesuverenitet i § 49.

42.5.2 POLITISKE PARTIER

Det neste spørsmålet er om retten til å danne politiske partier bør komme direkte til uttrykk i Grunnloven. Internasjonalt oppstilles det ingen krav om at enhver har rett til å danne et politisk parti, men det påhviler statene en plikt til å sørge for at alle borgere i landet skal ha mulighet for deltakelse i beslutningsprosesser og i samfunnslivet for øvrig. Dette innebæ-

rer at enkeltindividene både skal gis rett til å stemme ved valg og til selv å stille til valg. I Norge har disse kravene i praksis vært oppfylt gjennom retten til å danne politiske partier og deretter muligheten til å stemme på disse partiene gjennom valg.

Begrunnelsen for kodifisering av retten til å danne politiske partier finnes i følgende to forhold: For det første vil det kunne leses ut av Grunnloven at den enkelte har rett til å danne politiske partier. På den måten vil Grunnloven i større grad enn i dag gi et aktuelt bilde av rettstilstanden i Norge på området. For det andre vil en kodifisering av rettstilstanden bidra til å fjerne enhver tvil om at retten til å danne politiske partier er av konstitusjonell karakter. En kodifisering av retten til å danne politiske partier vil således gjøre det vanskeligere for fremtidige flertallsregjeringer eller et fremtidig stortingsflertall å argumentere seg bort fra retten til å danne nye politiske partier.

På denne bakgrunn finner utvalget at retten til å danne politiske partier bør grunnlovsfestes.

Det må likevel være mulig å oppstille enkelte vilkår for retten til å danne politiske partier som er ment å stille til valg, for eksempel gjennom krav om underskrifter og registrering. Utlendingers rett til å danne politiske partier i Norge må også kunne begrenses. Det må i den sammenheng være videre adgang for utenlandske statsborgere til å danne sammenslutninger eller foreninger som har til formål å påvirke politikken enn til selv å danne politiske partier. Disse vilkårene til registrering og underskrifter må imidlertid være forholdsmessige og nødvendige, og må for øvrig iakttas begrensningshjemmelen i utvalgets forslag til ny § 115, jf. kapittel 13.

En mulig kodifisering av retten til å danne politiske partier kan, i likhet med retten til frie og hemmelige valg, vurderes plassert både i Grunnlovens Del C og Grunnlovens Del E.

Retten til å danne politiske partier er kanskje i større grad enn retten til å delta i frie og hemmelige valg en bestemmelse som bør formuleres som en individuell rettighet. Etablering av politiske partier vil være initiert av enkeltpersoner, mens frie og hemmelige valg er noe statens myndigheter må sikre ved gjennomføringen av valgene. Retten til å danne politiske partier vil i tillegg være nært forbundet med retten til forenings- og forsamlingsfrihet og til ytringsfrihet. I én relasjon vil et politisk parti måtte forstås som en forening, men da med det særlige formål at foreningens medlemmer skal være valgbare ved demokratiske valg til Stortinget, fylkesting og/eller kommunestyre.

Dersom retten til å danne politiske partier skal kodifiseres i Del C, er det ingen eksisterende grunnlovsbestemmelse som peker seg klart ut som et godt alternativ. Politiske partier omtales første gang i § 59

(mandatfordeling ved forholdstallsvalg). I denne bestemmelsen vil det ikke være naturlig å innta en bestemmelse om retten til å danne politiske partier. Skal denne rettigheten omtales i Del C, bør den omtales før § 59. For dette formålet fremstår heller ikke § 57 (antall stortingsrepresentanter og valgdistrikter) eller §§ 54, 55 og 58 (valgtingene) som gode alternativer. Det beste alternativet i Del C er trolig å benytte den opphevede paragrafen i § 56.

Forslag til ny § 56 kan lyde:

«Stemmeberettigede ved stortingsvalg har rett til å danne politiske partier. Nærmere regler om registrering av politiske partier fastsettes ved lov.»

En slik individuell rettighetsformulering vil imidlertid ikke passe med de øvrige bestemmelsene i Del C. Av den grunn foreslår utvalget at retten til å danne politiske partier bør følge av forslag til bestemmelse om forenings- og forsamlingsfrihet i Del E.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at foreningsfrihet i Del E formuleres på følgende vis:

«Enhver har rett til å danne, slutte seg til og melde seg ut av foreninger, herunder fagforeninger og politiske partier.»

Forslaget er inntatt i sammenheng med forslag til forenings- og forsamlingsfrihet, jf. kapittel 29.

42.5.3 STEMMERETT OG VALG

Utvalget vil ikke foreslå endringer i de av Grunnlovens regler som omhandler valg og stemmerett til stortingsvalg. Som nevnt i punkt 42.2.1 har Norge mottatt en felles uttalelse fra Venezia-kommisjonen og OSSE vedrørende klageordningen ved stortingsvalg. Disse forholdene ligger til nærmere utredning i Kommunal- og regionaldepartementet, og utvalget ser ingen grunn til å kommentere denne pågående prosessen.

Hva gjelder kommune- og fylkestingsvalg kan det reises spørsmål om slike valg også burde vært grunnlovsfestet. I utgangspunktet er det ingen tvil om at kommune- og fylkestingsvalg er viktige når det gjelder den enkeltes rett til deltakelse og medbestemmelse. Det vil først og fremst være innenfor lokaldemokratiet at de fleste har merkbar mulighet til å påvirke og videreutvikle det samfunnet de er en del av.

Regulering av valg og valgbarhet til fylkesting og kommunestyre har imidlertid klare forbindelseslinjer til fylkestingets og kommunestyrets roller og arbeidsoppgaver. Spørsmålet om grunnlovsfesting av valg og valgbarhet til fylkesting og kommunestyre henger derfor nært sammen med det overordnede spørsmål om det lokale selvstyre i noen utstrekning bør grunnlovsfestes. Denne vurderingen reiser prak-

tiske og rettslige problemstillinger som går langt utover utvalgets mandat. Det er derfor hensiktsmessig at spørsmålet om grunnlovsfesting av valg og valgbarhet til fylkesting og kommunestyre tas opp til vurdering i forbindelse med en eventuell bredere utredning av den rollen fylkesting og kommunestyre bør ha i det moderne Norge.

Utvalget vil på denne bakgrunn ikke foreslå grunnlovsfesting av kommune- og fylkestingsvalg.

42.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at ny Grunnloven § 49 skal lyde:

«Folket udøver den lovgivende Magt ved Stortinget. Stortingets Røpresentanter vølges gjennom frie og hemmelige Valg.»

Del V Økonomiske og administrative konsekvenser

I del III og IV foreslår utvalget endringer i Grunnloven. Forslagene innebærer en revidering av eksisterende menneskerettighetsbestemmelser og en supplerings med nye bestemmelser. Ingen av forslagene innebærer at dagens materielle rettstilstand endres. Forslagene til grunnlovsendringer gir enten uttrykk for rettigheter som allerede følger av menneskerettsloven av 1999 eller av annen lovgivning. Vedtakelse av forslagene vil derfor ikke begrense den eksisterende lovgivning eller gjøre det nødvendig med endringer i denne lovgivningen.

Vedtakelse av forslagene forutsetter heller ikke administrative endringer. Menneskerettighetene i Grunnloven må iakttas og håndheves på tilsvarende vis som tidligere. Slik ivaretagelse vil skje gjennom forvaltningens virksomhet, på samme måte som forvaltningen ivaretar menneskerettsloven og annen rettighetslovgivning i dag. Domstolenes håndhevelse av disse rettighetene skjer i dag i henhold til menneskerettsloven, i henhold til de menneskerettighetene som utledes av Grunnloven, eller i henhold til annen rettighetslovgivning. Ved at de sentrale menneskerettighetsprinsipper løftes inn i Grunnloven, vil domstolene kunne vise til Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser ved siden av menneskerettsloven. Siden forslagene ikke strekker seg utover det vern som allerede er til stede i dagens lovgivning, vil domstolene ikke få økte administrative forpliktelser.

Utvalget vil ikke foreslå egne overvåkingsmekanismer eller egne domstoler for ivaretagelse av menneskerettighetene i Grunnloven, men forutsetter at slik ivaretagelse skjer i forvaltningen og i de ordinære domstolene, slik situasjonen også er i dag. Utvalget vil heller ikke foreslå grunnlovsfesting av

mekanismer eller institusjoner til overvåking av Norges internasjonale menneskerettighetsforpliktelser.

Vedtakelse av forslagene vil trolig ha liten økonomisk betydning. Forslagene til grunnlovsendring vil ikke føre til et økt antall rettigheter. Det gjør at fremtidige rettstvister om Grunnlovens rettighetsbestemmelser kunne ha vært reist under henvisning til menneskerettsloven eller annen lovgivning. Den eksisterende rettighetslovgivning er velkjent for dagens advokater og dommere, og i den grad den enkelte mener menneskerettighetene er krenket, vil slike rettstvister bli reist og avklart helt uavhengig av en eventuell grunnlovsrevisjon. Vedtakelsen av utvalgets forslag vil derfor trolig være tema i de rettstvister som uansett ville ha vært fremmet for domstolene.

Utvalget kan imidlertid ikke helt utelukke at grunnlovsfesting av de sentrale menneskerettighetene i Grunnloven vil lede til økt oppmerksomhet omkring rettighetene, som igjen kan lede til noen flere søksmål vedrørende disse problemstillingene. Det er likevel grunn til å tro at det vil være tale om en marginal økning i saker for domstolene, all den tid menneskerettsloven i dag ivaretar de samme hensyn og med en større detaljeringsgrad enn det som fremkommer av utvalgets forslag til grunnlovsendringer. Utvalget vil også anta at dersom man får en liten økning i antall saker for domstolene, vil dette bare skje i en kortere overgangsperiode, inntil domstolene har trukket opp prinsipielle retningslinjer som senere kan gi grunnlag for å avvise åpenbart ugrunnede søksmål.

Utvalget kan ikke se at vedtakelse av forslagene vil lede til økonomiske utgifter på annet hold. I og med at utvalgets forslag kun innebærer at de sentrale menneskerettighetsprinsipper løftes inn i Grunnloven, må utgangspunktet være at dette er prinsipper som bør være kjent i forvaltningen, i domstolene, og blant ansatte ved universiteter og høyskoler. I den utstrekning enkelte etater finner behov for etterutdanning av forvaltningsansatte eller dommere, vil dette enkelt kunne tilpasses ordinær seminarvirksomhet eller etterutdanning. For ansatte ved universitet og høyskoler må det forventes at de selv holder seg oppdatert innenfor eget fagområde.

En mulighet kan likevel være å formidle informasjon om eventuelle grunnlovsendringer til skoleelever i forbindelse med, eller i etterkant av feiringen av Grunnlovens 200 års jubileum. Enkle tiltak for å spre informasjon, til skolene og til samfunnet for øvrig, vil være via nettportaler fra Stortinget. Dersom man samtidig ser behov for å informere om de senere års grunnlovsrevisjoner, kan dette eventuelt gjøres i en brosjyre eller håndbok som deles ut til alle landets

skoleelever. En slik brosjyre kan bl.a. inneholde informasjon om de endringene som allerede er gjennomført, særlig grunnlovsfesting av parlamentarisme og regjeringens opplysningsplikt, i tillegg til de endringer som eventuelt vil komme i tiden frem mot 200 års jubileet, for eksempel stat/kirke-forliket, modernisering av grunnlovsspråket og en oppdatering av menneskerettighetene. Utarbeidelse, trykking og distribusjon av en slik informasjonsbrosjyre vil medføre forholdsvis beskjedne kostnader.

Del VI Forslag til endringer i Grunnloven

Utvalget³³⁰ fremmer på denne bakgrunn følgende

g r u n n l o v s f o r s l a g :

§ 16 første punktum oppheves.

§ 49 annet punktum skal lyde:

Alternativ 1a.

Stortingets representanter velges gjennom frie og hemmelige valg.

Alternativ 1b.

Stortingets Røpresentanter velges gjennom frie og hemmelige Valg.

Overskriften til kapittel E skal lyde:

Alternativ 1a.

E. Menneskerettighetene.

Alternativ 1b.

E. Menneskerettighetene.

§ 92 oppheves. (Flyttes til ny § 117.)

Ny § 92 skal lyde:

Alternativ 1a:

Det påligger statens myndigheter å respektere og sikre menneskerettighetene.

Alternativ 1b:

Det påligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighetene.

§ 93 oppheves. (Flyttes til ny § 118)

³³⁰ Se særmerknad fra Kari Nordheim-Larsen i punkt 31.5.6 og særmerknad fra Carl I. Hagen i punkt 11.4.2.

Ny § 93 skal lyde:

Alternativ 1a.

Ethvert menneske har en iboende rett til liv. Ingen kan dømmes til døden.

Ingen må utsettes for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.

Ingen skal holdes i slaveri eller tvangsarbeid.

Det påligger statens myndigheter å beskytte retten til liv og bekjempe tortur, slaveri, tvangsarbeid og andre former for umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

Alternativ 1b.

Ethvert Menneske har en iboende Ret til Liv. Ingen kan dømmes til Døden.

Ingen maa udsættes for Tortur eller anden umenneskelig eller nedverdiggende Behandling eller Straf.

Ingen skal holdes i Slaveri eller Tvangsarbeide.

Det paaligger Statens Myndigheder at beskytte Retten til Liv og bekjempe Tortur, Slaveri, Tvangsarbeide og andre Former for umenneskelig eller nedverdiggende Behandling.

§ 94 oppheves.

Ny § 94 skal lyde:

Alternativ 1a.

Ingen må fengslig anholdes eller på annen måte berøves friheten uten i lovbestemt tilfelle og på den ved lovene foreskrevne måte. Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep.

Anholdte skal snarest mulig fremstilles for en domstol. Andre som er berøvet sin frihet, kan få frihetsberøvelsen prøvet for domstolene uten ugrunnet opphold.

For uberettiget arrest eller ulovlig opphold står vedkommende den fengslede til ansvar.

Alternativ 1b.

Ingen maa fængslig anholdes eller paa anden Maade berøves Friheden, uden i lovbestemt Tilfælde og paa den ved Lovene foreskrevne Maade. Frihetsberøvelsen maa være nødvendig og ikke udgjøre et uforholdsmessigt Indgreb.

Anholdte skulle snarest mulig fremstilles for en Domstol. Andre som ere berøvede deres Frihed, kunne faa Frihetsberøvelsen prøvet for Domstoler uden ugrundet Ophold.

For ubeføiet Arrest eller ulovligt Ophold staa Vedkommende den Fængslede til Ansvar.

§ 95 oppheves.

Ny § 95 skal lyde:

Alternativ 1a.

Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig. Retten kan likevel lukke rettsmøtet dersom hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende allmenne interesser gjør det nødvendig.

Alternativ 1b.

Enhver har Ret til at faa sin Sag afgjort af en uafhængig og upartisk Domstol inden rimelig Tid. Rettergangen skal være retfærdig og offentlig. Retten kan imidlertid lukke Retsmødet dersom Hensynet til Parternes Privatliv eller tungtveiende almene Interesser gjøre det nødvendigt.

§ 96 annet punktum oppheves.

Ny § 96 annet, tredje og fjerde ledd skal lyde:

Alternativ 1a.

Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.

Ingen kan straffes mer enn én gang for samme handling.

Ingen kan dømmes til å avstå fast eiendom og samlet formue, med mindre verdiene er benyttet til eller er utbytte fra straffbar handling.

Alternativ 1b.

Enhver har Ret til at blive anset som uskyldig indtil Skyld er bevist efter Loven.

Ingen kan straffes mere end een Gang for samme Handling.

Ingen kan dømmes til at afstaa fast Eiendom eller samlet Formue, medmindre Værdierne ere benyttede til eller ere Udbytte fra en strafbar Handling.

§ 98 oppheves.

Ny § 98 skal lyde:

Alternativ 1a.

Alle er like for loven.

Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.

Alternativ 1b.

Alle ere lige for Loven.

Intet Menneske maa udsættes for usaglig eller uforholdsmæssig Forskelsbehandling.

§ 99 oppheves.

Ny § 99 skal lyde:

Alternativ 1a.

Enhver har frihet for tanke, samvittighet, religion og livsanskuelse. Denne friheten omfatter rett til å endre religion eller livssyn etter eget valg, og til å praktisere sin religion eller sitt livssyn alene eller i fellesskap med andre.

Alternativ 1b.

Enhver har Frihed for Tanke, Samvittighed, Religion og Livsanskuelse. Denne Frihed omfatter Ret til at ændre Religion eller Livssyn efter eget Valg og til at praktisere sin Religion eller sit Livssyn alene eller i Fællesskab med Andre.

§ 101 oppheves.

Ny § 101 skal lyde:

Alternativ 1a.

Enhver har rett til å danne, slutte seg til og melde seg ut av foreninger, herunder fagforeninger og politiske partier.

Alle kan møtes i fredelige forsamlinger og demonstrasjoner.

Regjeringen er ikke berettiget til anvendelse av militær makt mot statens borgere, uten etter de i lovgivningen bestemte former, med mindre noen forsamling måtte forstyrre den offentlige ro og den ikke øyeblikkelig adskilles etter at de artikler i landsloven som angår opprør, tre ganger er opplest for den av den sivile øvrighet.

Alternativ 1b.

Enhver har Ret til at danne, slutte sig til og melde sig ud af Foreninger, herunder Fagforeninger og politiske Partier.

Alle kunne mødes i fredelige Forsamlinger og Demonstrationer.

Regjeringen er ikke berettiget til militær Magts Anvendelse mod Statens Medlemmer, uden efter de i Lovgivningen bestemte Former, medmindre nogen Forsamling maatte forstyrre den offentlige Rolighed og den ikke øyeblikkelig adskilles, efterat de Artikler i Landsloven, som angaa Oprør, ere den trende Gange lydelig forelæste af den civile Øvrighed.

§ 102 oppheves.

Ny § 102 skal lyde:

Alternativ 1a.

Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon.

Det påligger statens myndigheter å sikre et vern om den personlige integritet og om personlige opp-

lysninger. Systematisk innhenting, oppbevaring og bruk av opplysninger om andres personlige forhold, kan bare finne sted i henhold til lov.

Alternativ 1b.

Enhver har Ret til Respekt for sit Privatliv og Familieliv, sit Hjem og sin Kommunikation.

Det paaligger Statens Myndigheder at sikre et Værn om den personlige Integritet og om personlige Oplysninger. Systematisk Indhenting, Opbevaring og Brug af Oplysninger om Andres personlige Forhold kan kun finde Sted i Henhold til Lov.

§ 103 oppheves.

Ny § 103 skal lyde:

Alternativ 1a.

Familien er en grunnleggende enhet i samfunnet. Enhver som har oppnådd gifteferdig alder har rett til å stifte familie, inngå ekteskap og oppløse ekteskap i henhold til nærmere bestemmelser gitt ved lov. Ekteskap kan bare inngås med ektefellenes samtykke og frie vilje

Alternativ 1b.

Familien er en grundlæggende Enhed i Samfundet. Enhver, som har opnaaet gifteferdig Alder, har Ret til at stifte Familie, indgaa Ægteskab og opløse Ægteskab i Henhold til nærmere Bestemmelser givne ved Lov. Ægteskab kan kun indgaaes med Ægtefællernes Samtykke og frie Vilje.

§ 104 oppheves.

Ny § 104 skal lyde:

Alternativ 1a.

Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i samsvar med deres alder og utvikling.

Ved avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Barn har rett til vern om sin personlige integritet. Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie.

Alternativ 1b.

Børn have Krav paa Respekt for deres Menneskeverd. De have Ret til at blive hørt i Spørgsmaal som gjælde dem selv, og deres Mening skal tillægges Vægt i Overensstemmelse med deres Alder og Udvikling.

Ved Afgjørelser som berøre Børn, skal Barnets Bedste være et grundlæggende Hensyn.

Børn have Ret til Værn om deres personlige Integritet. Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for Barnets Udvikling, herunder at sikre at Barnet faar den nødvendige økonomiske, sociale og sundhedsmæssige Tryghed, fortrinsvis i egen Familie.

§ 106 oppheves. (Flyttes til ny § 119)

Ny § 106 skal lyde:

Alternativ 1a.

Enhver som oppholder seg lovlig i riket kan fritt bevege seg innenfor rikets grenser og velge sitt bosted der.

Ingen kan nektes å forlate riket, med mindre det er nødvendig av hensyn til en effektiv rettsforfølgelse eller for avtjening av verneplikt. Norske statsborgere kan ikke nektes adgang til riket.

Alternativ 1b.

Enhver, som opholder sig lovlig i Riget, kan frit bevæge sig indenfor Rigets Grænser og vælge sit Bosted der.

Ingen kan negtes at forlade Riget, medmindre det er nødvendigt af Hensyn til en effektiv Retsforfølgelse eller for Aftjening af Værnepligt. Norske Statsborgere kunne ikke negtes Adgang til Riget.

§ 107 oppheves. (Flyttes til ny § 120)

Ny § 107 skal lyde:

Alternativ 1a.

Det påligger statens myndigheter å respektere den enkeltes kulturelle identitet, og legge forholdene til rette for at den enkelte kan delta i kulturaktiviteter og oppleve et mangfold av kulturuttrykk.

Vitenskapens og kunstens frihet skal respekteres

Alternativ 1b.

Det paaligger Statens Myndigheder at respektere den Enkeltes kulturelle Identitet, og lægge Forholdene til Rette for at den Enkelte kan deltage i Kulturaktiviteter og opleve et Mangfold af Kulturudtryk.

Videnskabens og Kunstens Frihed skal respekteres.

§ 108 oppheves. (Flyttes til ny § 121)

Ny § 108 skal lyde:

Alternativ 1a.

Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for at samene, som urfolk, kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv.

Alternativ 1b.

Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for at Samerne, som Urfolk, kan sikre og utvikle sit Sprog, sin Kultur og sit Samfundsliv.

§ 109 oppheves. (Flyttes til ny § 122)

Ny § 109 skal lyde:

Alternativ 1a.

Enhver har rett til utdanning. Barn har plikt til å motta grunnleggende opplæring. Opplæringen skal ivareta den enkeltes evner og behov, og fremme respekt for demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.

Det påligger statens myndigheter å sikre adgang til videregående opplæring og like muligheter til høyere utdanning på grunnlag av kvalifikasjoner.

Alternativ 1b.

Enhver har Ret til Uddannelse. Børn have Pligt til at modtage grundlæggende oplæring. Oplæringen skal ivaretage den Enkeltes Evner og Behov, og fremme Respekt for Demokratiet, Retsstaten og Menneskerettighederne.

Det paaligger Statens Myndigheder at sikre Adgang til videregaaende Oplæring og lige Muligheder til høiere Uddannelse på Grundlag af Kvalifikationer.

§ 110 første ledd oppheves.

Ny § 110 første ledd skal lyde:

Alternativ 1a.

Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan skaffe seg utkomme ved arbeid eller næring. Den som ikke selv kan sørge for sitt livsopphold, har rett til støtte fra det offentlige.

Alternativ 1b.

Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for at ethvert arbeidsdygtigt Menneske kan skaffe sig Udkomme ved Arbeide eller Næring. Den, som ikke selv kan sørge for sit Livsopphold, har Ret til Støtte fra det Offentlige.

§ 110 a oppheves. (Flyttes til ny § 108)

§ 110 b oppheves. (Flyttes til ny § 112)

§ 110 c oppheves. (Flyttes til ny § 92)

§ 111 oppheves. (Flyttes til ny § 123)

Ny § 111 skal lyde:

Alternativ 1a.

Det påligger statens myndigheter å respektere og sikre retten til en tilfredsstillende levestandard.

Likeledes påligger det statens myndigheter å fremme befolkningens helse og sikre retten til nødvendig helsehjelp

Alternativ 1b.

Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Retten til en tilfredsstillende Levestandard.

Ligeledes paaligger det Statens Myndigheder at fremme Befolkningens Helbred og sikre Retten til nødvendig Helbredshjelp.

§ 112 oppheves. (Flyttes til ny § 124)

Ny § 112 skal lyde:

Alternativ 1a:

Enhver har rett til et miljø som sikrer sunnhet, og til en natur hvis produksjonsevne og mangfold bevares. Naturens ressurser skal disponeres ut fra en langsiktig og allsidig betraktning som ivaretar denne rett også for etterslekten.

For å ivareta denne rett i henhold til foregående ledd er borgerne berettiget til kunnskap om naturmiljøets tilstand og om virkningene av planlagte og iverksatte inngrep i naturen.

Det påligger statens myndigheter å iverksette tiltak som gjennomfører disse grunnsetninger.

Alternativ 1b:

Enhver har Ret til et Milieu som sikrer Sundhed og til en Natur hvis Produktionsævne og Mangfold bevares. Naturens Ressourcer skulle disponeres ud fra en langsiktig og alsidig Betragtning, der ivaretager denne Ret ogsaa for Efterslægten.

For at ivaretage deres Ret i Henhold til foregaaende Led, ere Borgerne berettigede til Kundskab om Naturmilieuets Tilstand og om Virkningerne af planlagte og iværksatte Indgreb i Naturen.

Det paaligger Statens Myndigheder at træffe Foranstaltninger der gennemføre disse Grundsætninger.

Ny § 113 skal lyde:

Alternativ 1a.

Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.

Alternativ 1b.

Myndighedernes Indgrep overfor den Enkelte maa have Grundlag i Lov.

Ny § 114 skal lyde:

Alternativ 1a.

I saker som reises for domstolene, har domstolene rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven.

Alternativ 1b.

I Sager som reises for Domstolene, have Domstolene Ret og Pligt til at prøve hvorvidt Love og andre Beslutninger truffne af Statens Myndigheder stride mod Grundloven.

Ny § 115 skal lyde:

Alternativ 1a.

Enhver begrensning i rettigheter som er anerkjent i denne grunnlov, må være fastsatt ved lov og respektere kjernen i rettighetene. Begrensningen må være forholdsmessig og nødvendig for å ivareta allmenne interesser eller andres menneskerettigheter.

Det kan i intet tilfelle gjøres slike begrensninger i §§ 93, 94, 95, 96, 99 første punktum og 105. Tilsvarende gjelder for § 97 ved spørsmål om straff.

Alternativ 1b.

Enhver Begrænsning i Rettigheder, som ere anerkjendte i denne Grundlov, maa være fastsatte ved Lov og respektere Kjernen i Rettighederne. Begrænsningen må være forholdsmæssig og nødvendig for at ivaretage almene Interesser eller Andres Menneskerettigheder.

Der kan i intet Tilfælde gjøres slige Begrænsninger i §§ 93, 94, 95, 96, 99 første Punktum og 105. Tilsvarende gjælder for § 97 ved Spørgsmaal om Straf.

Ny § 116 skal lyde:

Alternativ 1a.

Rettighetene i denne grunnlov kan ikke fravikes, med mindre det treffes beslutning om midlertidige unntak når en bekjentgjort krigs- eller krisetilstand gjør det åpenbart nødvendig for å sikre demokratiet, rettsstaten eller rikets eksistens.

Det kan i intet tilfelle treffes beslutning om å fravike §§ 93, 96 og 99 første punktum. Tilsvarende gjelder for § 97 ved spørsmål om straff.

Alternativ 1b.

Rettighederne i denne Grundlov kunne ikke fraviges, medmindre der træffes Beslutning om midlertidige Undtagelser naar en bekjendtgjort Krigs- eller Krisetilstand gjør det aabenbart nødvendigt for at sikre Demokratiet, Retsstaten eller Rigets Existens.

Der kan i intet Tilfælde træffes Beslutning om at fravige §§ 93, 96 og 99 første Punktum. Tilsvarende gjælder for § 97 ved Spørgsmaal om Straf.

Overskriften til nytt kapittel F skal lyde:

Alternativ 1a.

F. Allminnelige bestemmelser

Alternativ 1b.

F. Almindelige Bestemmelser.

Ny § 117 skal lyde (tidligere § 92):

Alternativ 1a.

Til embeder i staten må utnevnes bare de norske borgere, menn eller kvinner, som taler landets språk, samt

- a) enten er født i riket av foreldre som på det tidspunkt var norske statsborgere,
- b) eller er født i utlandet av norske foreldre som på den tid ikke var statsborgere i noe annet land,
- c) eller heretter oppholder seg i riket i ti år,
- d) eller blir naturalisert av Stortinget.

Dog kan andre beskikkes til lærere ved Universitetet og de lærde skoler, til leger og til konsulere på fremmede steder.

Alternativ 1b.

Til Embeder i Staten maa alene udnævnes de norske Borgere, Mænd eller Kvinder, som tale Landets Sprog, samt

- a. enten ere fødte i Riget af Forældre, der da vare Statens undersaatte;
- b. eller ere fødte i fremmede Lande af norske Forældre, som paa den Tid ikke vare en anden Stats Undersaatte;
- c. eller som herefter opholde sig i Riget i ti Aar;
- d. eller som af Stortinget vorde naturaliserede.

Dog kunne Andre beskikkes til Lærere ved Universitetet og de lærde Skoler, til Læger og til Konsulere paa fremmede Steder.

Ny § 118 skal lyde (tidligere § 93):

Alternativ 1a.

For å sikre den internasjonale fred og sikkerhet eller fremme internasjonal rettsorden og samarbeid kan Stortinget med tre fjerdedels flertall samtykke i at en internasjonal sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til, på et saklig begrenset område skal ha rett til å utøve beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter, dog ikke beføyelse til å forandre denne Grunnlov. Når Stortinget skal gi sitt samtykke, bør, som ved

behandling av grunnlovsforslag, minst to tredjedeler av dets medlemmer være til stede.

Bestemmelsene i denne paragraf gjelder ikke ved deltagelse i en internasjonal sammenslutning hvis beslutninger bare har rent folkerettslig virkning for Norge.

Alternativ 1b.

For at sikre den internationale Fred og Sikkerhed eller fremme international Retsorden og Samarbeide kan Stortinget med tre Fjerdedeles Flertal samtykke i, at en international Sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter sig til, paa et saglig begrænset Omraade, skal kunne udøve Beføielser der efter denne Grundlov ellers tilligge Statens Myndigheder, dog ikke Beføielse til at forandre denne Grundlov. Naar Stortinget skal give sit Samtykke, bør, som ved Behandling af Grundlovsforslag, mindst to Trediedelev af dets Medlemmer være tilstede.

Bestemmelserne i denne Paragraf gjælde ikke ved Deltagelse i en international Sammenslutning, hvis Beslutninger har alene rent folkeretslig Virkning for Norge.

Ny § 119 skal lyde (tidligere § 106):

Alternativ 1a.

Så vel kjøpesummer som inntekter av det gods som er benefisert geistligheten, skal bare anvendes til geistlighetens beste og til opplysningens fremme. Milde stiftelsers eiendommer skal bare anvendes til gagn for disse.

Alternativ 1b.

Saavel Kjøbesummer som Indtægter af det Geistligheden beneficerede Gods skulle blot anvendes til Geistlighedens Bedste og Oplysningens Fremme. Milde Stiftelsers Eiendomme skulle blot anvendes til disses Gavn.

Ny § 120 skal lyde (tidligere § 107):

Alternativ 1a.

Odels- og åsetesretten må ikke oppheves. De nærmere betingelser for hvordan den skal bestå til støtte for staten og til gagn for landallmuen, fastsettes av det første eller annet følgende storting.

Alternativ 1b.

Odels- og Aasædesretten maa ikke ophæves. De nærmere Betingelser, hvorunder den, til største Nytte for Staten og Gavn for Landalmuen, skal vedblive, fastsettes af det første eller andet følgende Storting.

Ny § 121 skal lyde (tidligere § 108):

Alternativ 1a.

Ingen grevskaper, baronier, stamhus og fideikommissar må for ettertiden opprettes.

Alternativ 1b.

Ingen Grevskaber, Baronier, Stamhuse og Fideikommissar, maa for Eftertiden oprettes.

Ny § 122 skal lyde (tidligere § 109):

Alternativ 1a.

Enhver statens borger er i alminnelighet like forpliktet til i en viss tid å verne om sitt fedreland, uten hensyn til fødsel eller formue.

Anvendelsen av denne grunnsetning og de innskrenkninger den bør undergå, bestemmes ved lov.

Alternativ 1b.

Enhver Statens Borger er i Almindelighed lige forpligtet, i en vis Tid at værne om sit Fædreland, uden Hensyn til Fødsel eller Formue.

Denne Grundsætnings Anvendelse, og de Indskrænkninger den bør undergaa, bestemmes ved Lov.

Ny § 123 skal lyde (tidligere § 111):

Alternativ 1a.

Det norske flaggs form og farger bestemmes ved lov.

Alternativ 1b.

Det norske Flags Form og Farver bestemmes ved Lov.

Ny § 124 skal lyde (tidligere § 112):

Alternativ 1a.

Viser erfaring at noen del av denne kongeriket Norges Grunnlov bør forandres, skal forslag derom fremsettes på første, annet eller tredje storting etter et nytt valg og kunngjøres ved trykken. Men det tilkommer først det første, annet eller tredje storting etter neste valg å bestemme om den foreslåtte forandring bør finne sted eller ei. Dog må en slik forandring aldri motsi denne Grunnlovs prinsipper, men bare angå slike modifikasjoner i enkelte bestemmelser som ikke forandrer denne konstitusjons ånd, og to tredjedeler av Stortinget bør være enige i en slik forandring.

En således vedtatt grunnlovsbestemmelse underskrives av Stortingets president og sekretær og sendes kongen til kunngjøring ved trykken som gjeldende bestemmelse i kongeriket Norges Grunnlov.

Alternativ 1b.

Viser Erfaring, at nogen Del af denne Kongeriget Norges Grundlov bør forandres, skal Forslaget derom fremsættes paa første, andet eller tredie Storting efter et nyt Valg og kundgjøres ved Trykken. Men det tilkommer først det første, andet eller tredie Storting efter næste Valg at bestemme, om den foreslaaede Forandring bør finde Sted eller ei. Dog maa saadan Forandring aldrig modsige denne Grundlovs Principer, men alene angaa Modifikationer i enkelte Bestemmelser, der ikke forandre denne Konstitutions Aand, og bør to Trediedele af Stortinget være enige i saadan Forandring.

En saaledes vedtagen Grundlovsbestemmelse underskrives af Stortingets Præsident og Sekretær og sendes Kongen til Kundgjørelse ved Trykken som gjældende Bestemmelse i Kongeriget Norges Grundlov.