

De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett

Nordisk høyesterettsdommerseminar, Stockholm 23. og 24. mars 2015

1. I de nordiske landene har vi ikke særskilte forfatningsdomstoler som utfører forhåndskontroll med lovgivningen, løser kompetansekonflikter mellom ulike forvaltningsnivåer, avgjør valgtvister eller mer generelt avgir responsa i grunnlovsspørsmål til regjering eller parlament. Men våre høyeste domstoler har alle sammen *funksjoner* som innebærer at vi i en viss forstand likevel er *konstitusjonsdomstoler*. Kjernen her er plikten til å *sette til side* en lov som viser seg å være i strid med våre respektive grunnlovers menneskerettsbestemmelser. Vi snakker ikke om å oppheve loven, og langt mindre om å treffe noe nytt lovvedtak. I sin enkleste form munner grunnlovskontrollen ut i at loven – så langt den er uforenlig med Grunnloven – blir stående *uten normativ kraft i den aktuelle saken*. På grunn av høyesterettsdommens *prejudikatsvirkning* vil loven dessuten mer generelt miste sin virkning, så langt det i dommen er slått fast at loven er grunnlovsstridig. Høyesterettens stilling som *statsmakter* og som *prejudikatsdomstoler* er her altså to sider av den samme saken.
2. Denne *nordiske modellen* er, enkelt sagt, sterkt beslektet med den som fra 1803 vokste frem i USA, med utgangspunkt i den banebrytende avgjørelsen fra US Supreme Court i saken *Marbury v. Madison*, og da spesielt følgende ord i Chief Justice John Marshalls votum:

“So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.”

Omkring 60 år senere lyder et nordisk ekko, ved Norges Høyesteretts justitiarius Peder Carl Lassons votum i saken *Wedel-Jarlsberg mot Marindepartementet* fra 1866:

”Hvad har Høiesteret at afgjøre, naar der forelægges paa een Gang Grundlov og privat Lov? Da har det, saavidt jeg kjender Statsretslæren, almindelig været vedtaget, at forsaavidt man ikke kan paalægge Domstolene at dømme efter begge Love paa engang, saa maa de nødvendigvis foretrække Grundloven ...”

Justitiarius Lasson var antakelig godt kjent med *Marbury v. Madison* fra US Supreme Court. Likheten er i hvert fall slående. Og det er stor kraft i Lassons enkle ord og i de to konstitusjonelle prinsipper hans votum uttrykker: Grunnloven er *rettslig operativ* og skal tolkes og anvendes av domstolene – i siste instans av Høyesterett – med bindende virkning vis-à-vis de øvrige statsmaktene. Grunnloven er dessuten *lex superior* – den går foran andre myndighetsbeslutninger. Dommen, og tenkningen bak Lassons votum, har vært karakterisert som et viktig gjennombrudd i nordisk og europeisk rettsdannelse: Gjennom dommen i 1866 ble Norges Høyesterett mest sannsynlig den første domstol i verden utenfor USA til å slå fast en prøvelsesrett og -plikt, og ble dermed Europas første konstitusjonsdomstol. Grunnlaget for en sterk stilling som uavhengig statsmakt ble lagt tidlig. Det ble lagt av Høyesterett selv, uten noen avgjørende forankring i selve Grunnloven av 1814.

3. Også i Danmark og Island er prøvelsesretten etablert og utviklet av domstolene selv. I Sverige og Finland er ordningen innført gjennom grunnlovsvedtak. Over tid viser forholdene i de nordiske landene ganske store variasjoner. Men min antagelse er at om vi ser dette i et større perspektiv, så er det i dag adskillig mer som forener oss enn som skiller: Vi har alle sammen merket kraften i den forente europeiske rettstatstenkningen og anerkjent det ansvaret våre domstoler har ved den nasjonale gjennomføringen av rettighetene under Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) og under det integrerte europeiske samarbeidet i EU og gjennom EØS-avtalen.

4. Det er her en viss forskjell mellom EU-medlemmene Finland, Sverige og Danmark på den ene siden og EØS-landene Island og Norge på den andre, blant annet knyttet til rettigheter i EU som ikke har anvendelse i EØS. Som illustrasjon nevner jeg Rt. 2015 side 93 (Maria), hvor Høyesterett slår fast at rettighetene etter Traktaten om den europeiske unions virkemåte artikkel 20 og 21 om unionsborgerskap, ikke kan påberopes under EØS. EUs charter om de grunnleggende rettigheter i den europeiske union – som fra 2009 er en del av det konstitusjonelle rettsgrunnlaget i EU – er heller ikke en del av EØS-avtalen. Betydningen for EØS ligger i at charteret, med tilhørende praksis fra EU-domstolen, inngår i de *generelle rettsprinsippene* i EØS-retten. Også *homogenitets synspunkter* kommer inn. I praksis vil jeg tro at forskjellene her blir mer formelle enn reelle.
5. De nordiske høyesterettene fremskutte rolle i europarettlige saker har brakt oss i en ny posisjon vis-à-vis de øvrige to statsmaktene. På et dypere plan har europaretten endret samvirket mellom retten og politikken. I dialog med domstolene i Strasbourg og Luxembourg utøver de nordiske høyesterettene i dag større grad av kontroll med regjeringen og parlamentet enn noensinne. Innbyrdes erfaringsutveksling og drøftelser blant de høyeste domstolene i de nordiske landene er i dette lyset meget verdifullt. Det kan gi et bedre grunnlag for å forstå hvilken rolle vi har, og eventuelt bør ta, som konstitusjonsdomstoler og grunnlovstolkere i vår tid, og for å drøfte felles problemstillinger i tilknytning til dette.
6. Overskriften for denne sesjonen er de nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler. Jeg skal forsøke å formidle noen hovedpunkter for så vidt gjelder Norge, og vil legge vekt på noen nyere utviklingslinjer jeg anser som viktige. Det er nok litt forskjellige synspunkter blant oss 20 dommere i Norges Høyesterett. Jeg taler naturligvis kun på vegne av meg selv.

7. Fra dommen i saken *Wedel-Jarlsberg mot Marinedepartementet* i 1866 kan linjen i Norge trekkes frem til den grunnleggende dommen i Rt. 1976 side 1 (Kløfta-saken – eiendomsvern, § 105). Førstvoterende – Knut Blom – ordlegger seg slik:

”Det er på det rene at hvis anvendelsen av en lov fører til resultater som er i strid med grunnloven, vil domstolene måtte bygge sin avgjørelse på den regel som følger av grunnloven, ikke på lovbestemmelsen ... Vi står her overfor en sikker konstitusjonell sedvanerett ... Det må videre legges til grunn at denne prøvelsesrett også er en prøvelsesplikt, slik at domstolene, når spørsmålet melder seg, er nødt til å avgjøre om grunnloven er gått for nær.”

Kjernen i dette er den samme som i saken *Wedel-Jarlsberg mot Marinedepartementet* fra 1866. Førstvoterendes ord i Kløfta-saken er dekkende også i dag.¹ I de nesten 40 årene som har gått siden Kløfta-dommen er det samlet sett kommet til en betydelig praksis som i sin hovedretning og i sum stadfester, styrker og utvikler prøvelsesretten. I helt nyere tid peker året 2010 seg spesielt ut, med tre plenumssaker som alle endte med tilsidesettelse av Stortingets vedtak.² Over tid og under ett har prøvelsesretten og -plikten et til de grader bunn solid rettsgrunnlag i Norge. Den kan ikke forandres eller oppheves uten grunnlovsending eller ved utvikling av ny *konstitusjonell sedvanerett*. Plikten hviler på Høyesterett som institusjon og på den enkelte dommer: Manglende etterlevelse rammes av ansvarlighetsloven § 17 bokstav c og kan dermed gi grunnlag for *riksretts sak* mot den dommer man mener har forsømt seg.

8. Ved Grunnlovens 200-års jubileum i 2014 vedtok Stortinget den største grunnlovsreformen siden 1814. Siktemålet var å modernisere og utvide menneskerettsvernet i Grunnloven, slik at også Norge kunne vise til en fullverdig ”Bill of rights”, etter mønster fra de internasjonale menneskerettskonvensjonene, EUs charter om grunnleggende rettigheter og moderne konstitusjoner rundt omkring i verden.

¹ I Rt. 2007 side 1281 (Øvre Ullern) avsnitt 73 sies dette uttrykkelig.

² Rt. 2010 side 143 (rederibeskatning, retroaktiv skattelovgivning – § 97), Rt. 2010 side 535 (ulovlig regulering av kirkens eiendom – tidligere § 106, nå § 116) og Rt. 2010 side 1445 (krigsforbrytelser, retroaktiv straffelovgivning – § 97).

9. Komiteen som Stortinget hadde oppnevnt for å forberede reformen – *Lønning-utvalget* – foreslo å grunnlovsfeste også selve grunnlovskontrollen med lover i følgende nye paragraf:

”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.”

I forbindelse med Stortingets behandling av grunnlovsreformen forelå det også et annet forslag, som lyder slik:

”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, etter denne grunnlovs prinsipper om demokratiet, den lovgivende makt, rettsstaten og menneskerettighetene.”

Begge forslagene møtte atskillig motstand fra akademisk hold og etter hvert også i politiske kretser. Man har vært bekymret for å legge noe til eller trekke noe fra – og for at grunnlovsfestingen ville kunne virke som en oppfordring til ”judicial activism”. Stortinget valgte på denne bakgrunnen å utsette behandlingen av forslagene om å grunnlovsfeste prøvelsesretten og -plikten. Det har etter mitt syn helt begrenset rettslig betydning om man vedtar et av de to forslagene, eller om man lar det være.

10. Ved grunnlovsrevisjonen i mai 2014 mente Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité at det var særlig viktig at Grunnloven måtte ”understreke at det påligger staten å sikre, verne og garantere” menneskerettighetene.³ Grunnloven del E fikk derfor en ny innledende bestemmelse i § 92: Den lyder slik:

”Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.”

³ Innst. 186 S (2013-2014) side 21.

Her uttrykkes *en gjennomgående konstitusjonell plikt for "statens myndigheter"* – herunder Stortinget, regjeringen og Høyesterett – til å respektere og sikre menneskerettighetene slik disse er fastsatt *enten* i Grunnloven *eller* i de menneskerettskonvensjonene som Norge er tilsluttet. *Referansenormene* her er altså for det første Grunnlovens egne menneskerettsbestemmelser, slik disse nå fremgår av Grunnloven kapittel E. Disse er:

- Retten til liv, forbud mot tortur, slaveri og tvangsarbeid (§ 93). Ny 2014
- Vern mot vilkårlig frihetsberøvelse (§ 94). Ny 2014
- Rett til en rettferdig og offentlig rettergang ved uavhengige domstoler (§ 95). Ny 2014
- Straff bare etter lov og dom, uskyldspresumsjonen og forbud mot konfiskasjon (§ 96). Delvis ny 2014
- Forbud mot retroaktiv lovgivning (§ 97)
- Rett til likhet for loven og forbud mot usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling (§ 98). Ny 2014
- Ytringsfrihet (§ 100)
- Forenings- og forsamlingsfrihet (§ 101). Ny 2014
- Rett til respekt for privat- og familielivet, hjemmet og kommunikasjon (§ 102). Ny 2014
- Barns rett til å bli hørt, at barnets beste er et grunnleggende hensyn, integritetsvern og rett til grunnleggende økonomisk, sosial og helsemessig trygghet (§ 104). Ny 2014
- Eiendomsvern (§ 105)
- Bevegelsesfrihet og rett til ut- og innreise i riket (§ 106). Ny 2014
- Samefolkets rettigheter som urfolk (§ 108)
- Retten til utdanning (§ 109). Ny 2014
- Retten til arbeid og rett til offentlig støtte for den "som ikke selv kan sørge for sitt livsopphold" (§ 110). Ny 2014
- Rett til et bærekraftig miljø og til informasjon om miljøets tilstand og om virkningen av inngrep (§ 112). Delvis ny 2014
- Myndighetsinngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov – *legalitetsprinsippet* (§ 113). Ny 2014

11. For det andre viser § 92 til menneskerettighetene slik de er nedfelt ”i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter”. *Lønning-utvalget* hadde lagt opp til en annen løsning, hvor Grunnloven *ikke* skulle vise til menneskerettskonvensjonene. Inkorporeringen av disse skulle derimot fremdeles skje ved ordinær lovgivning, i tråd med den ordningen vi allerede hadde i menneskerettsloven 1999. Utvalget ønsket ikke ”å løfte de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene inn i Grunnloven”.⁴ Flertallet i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité ville dette annerledes:⁵

”Flertallet er enig i at menneskerettsloven har hatt en viktig effekt, men mener det har en verdi å presisere i Grunnloven at det påligger staten å respektere menneskerettigheter som er nedfelt i dag i ratifiserte og bindende traktater for Norge. Flertallet presiserer at ingen fremtidige bindende ratifiserte traktater skal få grunnlovs rang uten å ha blitt vedtatt etter prosedyren i Grunnloven § [121].”

12. Et mindretall i komiteen – medlemmene fra Høyre og Miljøpartiet De Grønne – gikk inn for et forslag basert på *Lønning-utvalgets* opplegg, som innebar at ”de eneste reglene om menneskerettigheter som har grunnlovs rang, er de rettighetene som følger av Grunnloven selv”. Konvensjonsbaserte menneskerettigheter, mente mindretallet, ”må dermed gjennomføres i norsk rett på vanlig måte for å gi rettigheter til personer i Norge”. Mindretallets forslag og begrunnelse viser at det var en reell diskusjon i komiteen om man skulle fravike *Lønning-utvalgets* opplegg og om hvordan § 92 skulle utformes på nettopp dette helt sentrale punktet. Uenigheten gjaldt substansen, ikke redaksjonelle forhold: Det spørsmålet komiteen drøftet og tok stilling til var om Norges menneskerettslige konvensjonsforpliktelser som sådanne skulle omtales direkte i Grunnloven og om de skulle ha det både mindretallet og flertallet omtaler som ”grunnlovs rang”.

⁴ Dok. 16 (2011-2012) side 83 og side 63-69.

⁵ Innst. 186 S (2013-2014) side 22.

13. Det er ikke sikkert at alle medlemmene i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité hadde klart for seg virkningene av at de menneskerettskonvensjoner som Norge var tilsluttet i mai 2014 fikk ”grunnlovs rang”. Man kan ikke av den grunn helt sette til side grunnlovsbudets klare ord og grunnlovsgivers uttalte intensjon. Jeg antar vi i hvert fall må trekke den konsekvens at § 92 *sidestiller* plikten til å ”respektere og sikre” de konvensjonsbaserte menneskerettighetene med plikten til å ”respektere og sikre” Grunnlovens egne menneskerettigheter fastsatt i del E. Vedtakelsen av § 92 har medført at det i Høyesteretts og Høyesteretts ankeutvalgs praksis i ganske stor grad vises til Grunnloven § 92 der man før ville ha vist til menneskerettsloven.⁶ Men det er eksempler på at det fremdeles (også) vises til menneskerettsloven.⁷
14. Slik § 92 er formulert, og slik Konstitusjons- og kontrollkomiteen ordlegger seg, kan det hevdes at statsmyndighetenes plikt til ”å respektere og sikre” gjelder *alle* menneskerettskonvensjoner som er bindende for Norge, ikke bare de fem konvensjonene med tilleggsprotokoller som er nevnt i menneskerettsloven 1999.⁸ Utgangspunktet for diskusjonen i Kontroll- og konstitusjonskomiteen var imidlertid nettopp de fem konvensjonene som i mai 2014 allerede var inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven. Det er ingenting i komiteens drøftelser som tilsier at man ved § 92 tok sikte på å inkorporere nye menneskerettskonvensjoner. Det var de som allerede var inkorporert som skulle få ”grunnlovs rang”.
15. For at menneskerettighetstraktater som ratifiseres *etter* mai 2014 skal få det komiteen omtaler som ”grunnlovs rang”, kreves uansett et nytt grunnlovsvedtak, jf. det jeg refererte fra komiteens innstilling. Det samme må gjelde materielle endrings- og tilleggsprotokoller til allerede

⁶ Rt. 2014 side 702, Rt. 2014 side 714, Rt. 2014 side 976, HR-2014-1986-U, Rt. 2014 side 1105, Rt. 2014 side 1292, HR-2014-2532-U og Rt. 2015 side 93.

⁷ Rt. 2014 side 714, Rt. 2014 side 1170, HR-2015-289-A og HR-2015-342-A.

⁸ Den europeiske menneskerettskonvensjon, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, FNs barnekonvensjon og FNs kvinnediskrimineringskonvensjon.

eksisterende traktatater. Reservasjonen for senere traktatforpliktelser er konstitusjonelt nødvendig. Ellers ville tiltredelse til en ny menneskerettskonvensjon endre Grunnloven som en ren refleksvirkning, i strid med de strenge saksbehandlingsregler som følger av § 121.

16. Menneskerettighetene skal etter § 92 *respekteres og sikres*. Rettighetene utgjør dermed konstitusjonelle *grenser* for statsmaktene (”respektere”) og at statens myndigheter også har plikt til *aktivitet* for å gjennomføre dem (”sikre”). Dette minner sterkt om den dobbelte gjennomføringsforpliktelse etter EMK artikkel 1 (”secure”), SP artikkel 2 (”respect and ensure”) og barnekonvensjonen artikkel 2 (”respect and ensure”). Og plikten til å ”respektere og sikre” hviler på statens myndigheter, i fremste rekke Storting, regjering og Høyesterett.
17. Høyesterett er dermed på konstitusjonelt grunnlag avskåret fra å dømme i strid med menneskerettighetene. Dette gir et forsterket fundament for *prøvelsesretten og -plikten* overfor lover, forskrifter og administrative vedtak. Det gir også et fornyet grunnlag for læren om at menneskerettighetene virker styrende for *tolkningen* av lover og forskrifter. Når Høyesterett og de lavere domstoler er forpliktet til å ”respektere og sikre” rettighetene må det dessuten bety at domstolene følger en saksbehandling i tråd med kravene til rettferdig rettergang, jf. Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6.⁹ Det må også innebære at rettighetene – så langt det materielle rettsgrunnlaget tilsier – kan *håndheves* ved domstolene, og at eventuelle brudd må kunne repareres. Spesielt viktig her er at administrative vedtak kan angripes gjennom *ugyldighets søksmål* under henvisning til at de er i strid med vedkommendes menneskerettigheter.¹⁰ Det vil også kunne reises *erstatnings søksmål mot staten* basert på at plikten til å ”sikre” saksøkerens grunnlovsrettigheter ikke er oppfylt.¹¹

⁹ Rt. 2014 side 1045 (kan man dømme de døde?), Rt. 2014 side 1105 (Acta) og Rt. 2014 side 1292 (telefonavhør).

¹⁰ Rt. 2015 side 93 (Maria).

¹¹ Rt. 2013 side 588 (stalking) og Rt. 2015 side 93 (Maria) avsnitt 59.

18. Et særlig spørsmål er om det etter den alminnelige regel om søksmålsadgang i tvisteloven § 1-3, herunder kravet om at saksøkeren må ha ”rettslig interesse”, kan kreves fastsatt ved dom overfor staten at det foreligger brudd på saksøkerens menneskerettigheter. Før grunnlovsreformen hadde spørsmålet om fastsettelsesdom for brudd på *konvensjonsrettigheter* vært oppe i noen få saker for Høyesterett. Det fulgte av denne praksis, når den ses i sammenheng, at det etter omstendighetene ville kunne kreves dom for krenkelse av rettighetene etter EMK.¹²
19. Rt. 2015 side 93 (Maria) viderefører og videreutvikler denne praksis, med utgangspunkt i Grunnloven § 92. Det ble i saken krevd dom for at vedtak om utvisning og om å nekte familiegjenforening var i strid med retten til respekt for privat- og familielivet, jf. EMK artikkel 8. Staten krevde denne del av saken *avvist*, under henvisning til at selve vedtakene var angrepet i samme sak. Spørsmålet om konvensjonsbrudd ville da kunne avgjøres *prejudisielt*, som en del av gyldighetsspørsmålet. Det var dermed ikke påvist noen ”rettslig interesse” i å få særskilt dom for et eventuelt konvensjonsbrudd. Til dette svarte førstvoterende:¹³

”Jeg er ikke enig med staten. I Rt. 2011 side 1666 avsnitt 32 er det fremholdt som sikker rett at det kan kreves fastsettelsesdom for brudd på EMK – at dette utgjør et 'rettskrav' i prosessuell forstand. Det samme er fremhevet i plenumsdommen i Rt. 2012 side 2039 avsnitt 94-99. Spørsmålet om konvensjonsbrudd har åpenbart også aktuell interesse for B, ettersom en dom i hennes favør innebærer at det ville være rettstridig overfor henne å effektivere vedtakene, jf. Grunnloven § 92. Håndhevelsessøksmålet kan da ikke avvises etter tvisteloven § 1-3. At et eventuelt konvensjonsbrudd – etter omstendighetene – også vil kunne komme til å utgjøre et prejudisielt rettsforhold i et parallelt gyldighetssøksmål, reduserer ikke den rettslige interessen som hun i utgangspunktet har i håndhevelsessøksmålet.”

Saken endte med at utvisningsvedtaket og vedtaket om å nekte familiegjenforening ble kjent ugyldige fordi hensynet til barnets interesser var gitt for liten vekt, jf. Grunnloven § 102 og § 104, EMK artikkel 8 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Men det ble dessuten avsagt særskilt dom for at vedtakene representerte en krenkelse av

¹² Rt. 2009 side 477 (nordsjødykker) avsnitt 19-25 og Rt. 2011 side 1666 avsnitt 32.

¹³ Rt. 2015 side 93 (Maria) avsnitt 42.

EMK artikkel 8. Det følger av dommen at ved slike rene menneskerettssøksmål har domstolene *full kompetanse* for så vidt gjelder den konvensjonsrettslige vurderingen, og at det er situasjonen på *domstidspunktet* som i så måte er avgjørende.¹⁴

20. I plenumsdommen i Rt. 2012 side 2039 (lengeværende barn II) kom Høyesteretts flertall til at det ikke ville være anledning til å reise slike rene menneskerettssøksmål om rettighetene i *barnekonvensjonen*.¹⁵ Det er et avgjørende element i begrunnelsen at det etter barnekonvensjonen – slik Høyesteretts flertall tolket den – ikke gjelder noe krav om tilgang til et effektivt rettsmiddel – ”effective remedy” – ved påstand om krenkelse av denne konvensjonen, slik tilfellet er etter EMK artikkel 13.¹⁶ Flertallet la dessuten til grunn at den regel saken gjaldt, barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, ikke gir barn noe ”rettskrav”. Begge forutsetninger er diskutabile, jf. Barnekomiteens *General Comment No. 5* punkt 19 og *General Comment No. 14* punkt 6, punkt 15 bokstav c og punkt 98. Den siste av disse to General Comments – som gjelder artikkel 3 nr. 1 spesielt – er avgitt *etter* plenumsdommen. Det er også spørsmål om søksmålsadgangen knyttet til barnekonvensjonen kommer i et nytt lys etter grunnlovsreformen og vedtakelsen av § 92.
21. Det er foreløpig ikke avklart i Høyesteretts praksis om det kan reises rene menneskerettssøksmål med påstand om krenkelse av rettighetene etter *Grunnloven kapittel E*, for eksempel retten til privat- og familielivet etter § 102. Ettersom § 92 sidestiller konvensjonsrettighetene og grunnlovsrettighetene, har synsmåtene for konvensjonsbruddsøksmål overføringsverdi. Det ville være et paradoks om man anså konvensjonsrettighetene etter EMK, men altså ikke de parallelle grunnlovsrettighetene, som ”rettskrav”, jf. tvisteloven § 1-3.

¹⁴ Rt. 2015 side 93 (Maria) avsnitt 83, med henvisning til plenumsdommen i Rt. 2012 side 2039 (lengeværende barn II) avsnitt 65 flg.

¹⁵ Jeg var selv i mindretallet, som mente at var adgang til å avsi dom for at barnekonvensjonen var krenket, se Rt. 2012 side 2039 (lengeværende barn II) avsnitt 105 flg.

¹⁶ Rt. 2012 side 2039 (lengeværende barn II) avsnitt 89-102.

22. Grunnloven § 2 andre punktum slår fast følgende hovedmål for vår konstitusjon:

”Denne Grunnlov skal sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene”.

Den demokratiske rettsstaten er grunnlaget også for Norges Høyesterett som konstitusjonsdomstol og grunnlovstolker. Ansvaret må forvaltes langsiktig, med henblikk på spenningen mellom de politiske beslutningsprosessene, statens styrings- og kontrollfunksjoner, den enkeltes rettigheter og de allmenne rettsstatsprinsippene. Det er en iboende dynamikk i dette: Høyesteretts konstitusjonelle oppgave peker derfor fremover, i den forstand at den må utøves med det for øyet at den demokratiske rettsstaten skal opprettholdes og utvikles.

Høyesteretts rolleforståelse vil langt på vei være avgjørende for hvordan de ulike *tolkingsspørsmålene* gripes an. Jeg vil vie de gjenværende delene av mitt innlegg til noen ulike sider av dette, i håp om at det jeg her tar opp også kan slå an en tematisk tone for vår videre diskusjon om de nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler og grunnlovstolkere.

23. Regelen i Grunnloven § 88 om at Høyesterett dømmer i siste instans tilsier at Høyesterett foretar en *selvstendig* grunnlovstolkning. Andre myndigheter bør ikke kunne binde Høyesterett til å bygge grunnlovskontrollen på en annen forståelse av Grunnloven enn den Høyesterett selv finner riktig. Tenkningen her går langt tilbake. Professor Bredo Morgenstjerne formulerte dette slik ved inngangen til forrige århundre:¹⁷

”[Det kan] ikke antages, at den Omstendighed, at Konge og Storthing har været enige om en bestemt Fortolkning av Grundloven, hvorefter det er forfatningsmessig plass for den vedtagne Lovbestemmelse, skulde kunne fritage en Domstol for at følge den Fortolkning, som den selv finder at være den rette. Kommer Domstolen til det Resultat, at en lovforskrift strider mot Grundloven, vil den jo ved sin Afgørelse af Rettsspørgsmaalet være nødt til enten at tilsidesætte Grundloven eller Loven, og det synes da klart, at den almindelige Lov maa vike, aldenstund Lovgivningsmagten ikke af Forfatningen er tillagt nogen Myndighed til autentisk at fortolke Grundloven.”

¹⁷ *Lærebog i Den norske Statsforfatningsret* (1900) side 408.

Man kan oppfatte det som et *demokratisk* problem at folkevalgte organers lovvedtak blir overprøvd av domstoler med en fagjuridisk sammensetning, at problemet øker når domstolen setter til side parlamentets eget syn på grunnlovens innhold og at det er kunstig å skille prinsipielt mellom parlamentet som grunnlovgiver og som lovgiver. Innvendinger av denne typen – som minner oss om at Høyesterett gjennom prøvelsesretten og -plikten forvalter et særlig stort samfunnsansvar – har imidlertid ikke vært avgjørende, holdt opp mot verdien av prøvelsesrettens *rettsstatlige funksjon*.

24. Prøvelsesrettens sammenheng med rettsstatsprinsippene ble sterkt fremhevet av Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité i arbeidet med grunnlovsreformen av 2014:¹⁸

”Det er folket i frie valg som velger sine representanter. Det rådende flertall gir gjennom lov og vedtak rettigheter og muligheter til innbyggerne i tråd med sine politiske prioriteringer. Blant Grunnlovens viktigste oppgaver er å angi rammene for de politiske vurderingene, og skranker der individets rettigheter er ukrenkelige.”

Lot man Stortinget gi avgjørende retningslinjer for grunnlovstolkningen i forbindelse med ordinær lovgivning, svekket man Grunnlovens stilling som *lex superior*. Prøvelsesretten ville bli tilsvarende utvannet. I enden av en slik utvikling ville man finne en konstitusjon uten motstandskraft. Dette er et fremtidsperspektiv Stortingets kontroll- og konstitusjonskomite tok klart avstand fra i forbindelse med grunnlovsrevisjonen 2014.

25. At Høyesterett skal foreta en selvstendig tolkning av Grunnloven medfører at det ikke gjelder noen alminnelig rettslig presumsjon for at loven er grunnlovsmessig. Og det stilles ikke opp noen generell reservasjon om at loven bare skal settes til side dersom grunnlovsbruddet er klart, utvilsomt eller åpenbart. Det er heller ikke

¹⁸ Innst. 186 S (2013-2014) side 20.

avgjørende for grunnlovsvurderingen om loven er blitt til etter politisk dragkamp, eller om den bygger på høy grad av politisk enighet.¹⁹

26. Grunnloven inneholder ikke noen egen bestemmelse om hvordan den skal tolkes. Spørsmålet om man burde ha en slik tolkningsparagraf ble drøftet både av *Lønning-utvalget* og av Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité i forbindelse med grunnlovsreformen i 2014.²⁰ Kontroll- og konstitusjonskomiteen forkastet tanken om en slik generell tolkningsbestemmelse, og den fremhevet som ”grunnleggende rettighetsteori at prinsipper får sitt nærmere innhold klarlagt nettopp gjennom tolkning i enkelttilfeller”.
27. Komiteen understreket dessuten behovet for ”å sikre en balanse mellom den stabilitet en grunnlov skal representere, og den fleksibilitet den også må gi rom for, på en måte som i større utstrekning sikrer at individenes frihet, likhet og menneskeverd blir ivaretatt i beslutningsprosessene også i fremtiden”. Dette er viktig: Grunnloven inneholder ganske forskjellige regler, som er vedtatt over en periode på 200 år. Rettskildetypen er variabelt og brokete. Mange av bestemmelsene er generelle og vage. Grunnlovssaker reiser gjerne spørsmål av vidtrekkende samfunnsmessig betydning, de aktualiserer verdivalg og må ofte løses ut fra bredere avveininger, som har grenseflater mot de politiske overveielser som ligger til grunn for regjeringens og Stortingets beslutninger. Til dette kommer rettens dynamiske side og en pågående og massiv internasjonal påvirkning. Høyesterett har, som Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité med rette fremhevet, ikke noe annet valg enn å bygge sin praksis på at grunnlovstolkningen må utvikles og at grunnlovsnormene skal anvendes med sikte på dagens – ikke fortidens – samfunnsforhold, verdisyn, rettsoppfatninger og behov. *Lønning-utvalget* bruker uttrykket ”dynamisk” tolkningstradisjon om dette fenomenet.²¹

¹⁹ Rt. 2010 side 143 (rederiskatt) er et eksempel på det første, mens Rt. 2005 side 833 (villfarelse om alder) og Rt. 2010 side 1445 (kriksforbryter) illustrerer det andre.

²⁰ Innst. 186 S (2013-2014) side 20.

²¹ Dok. 16 (2011-2012) side 86.

28. Ofte tas et slikt perspektiv for gitt av Høyesterett, uten at det kommer direkte til uttrykk i premissene. Noen ganger fremheves poenget særskilt.²² Synet på Grunnloven som et levende instrument har sågar gitt Høyesterett foranledning til å etablere *nye* rettigheter på Grunnlovs nivå.²³ I andre tilfeller – og det er det vanlige – ligger det dynamiske elementet først og fremst i moderate og skrittvis justeringer av allerede etablerte grunnlovsnormer.²⁴ Det kan også bli aktuelt med rene prejudikatsfravikelser.²⁵ Vekten av et grunnlovsprejudikat vil naturligvis bero på om det er avsagt i avdeling, storkammer eller i plenum. Men også plenumsdommer må falle når tiden har løpt fra dem. Og plenumsbehandling er bare påkrevd dersom en lov skal settes til side. Mange grunnlovsprejudikater er avsagt av Høyesterett i avdeling og gjelder en mer rett frem tolkning og anvendelse av Grunnloven.
29. Det har vært hevdet at grunnlovsprejudikater i sin alminnelighet *lettere* bør kunne fravikes enn prejudikater knyttet til tolkningen av alminnelig lovgivning. Jeg er usikker på grunnlaget for et slikt synspunkt og rekkevidden av det – og det kan vel også bero på hvilket grunnlovsområde man er på. De ganske store åpningene som prejudikatslæren uansett har for endring og utvikling, bør vel gi tilstrekkelig utviklingsrom. Fravikes grunnlovsprejudikatene lett, vil det rokke ved den stabiliteten og langsiktigheten som må kjennetegne konstitusjonen. Det bør ikke inviteres til stadig omkamp, eller skapes det inntrykk at Høyesterett i grunnlovssaker mener snart det ene og snart det andre.

²² Jf. for eksempel Rt. 1970 side 67 (strandlov), Rt. 1976 side 1 (Kløfta), Rt. 1996 side 1415 (Borthen), Rt. 1996 side 1440 (Thunheim), Rt. 1997 side 1821 (Kjuus), Rt. 2007 side 1281 (Øvre Ullern) avsnitt 84, Rt. 2009 side 1118 (ankesiling i sivile saker) avsnitt 68 og Rt. 2010 side 535 (Opplysningsvesenets fond) avsnitt 128.

²³ I Rt. 1997 side 1821 (Kjuus), som gjaldt forholdet mellom yringsfriheten etter Grunnloven § 100 og forbudet mot rasistiske ytringer etter straffeloven § 135 a, fant flertallet at mye kunne tale for at ”retten til å danne politiske partier i dag følger av konstitusjonell sedvanerett”, jf. fra 2014 § 101. Og i Rt. 1983 side 1004 (Børre Knutsen) ble det uttalt at ”kravet om respekt for menneskelivet, også det ufødte liv, er ett av de rettsprinsipper som vil kunne anses overordnet den positive lovgivning”, som en uskreven rettsnorm ”av grunnlovskarakter”, jf. fra 2014 § 93 første ledd første punktum.

²⁴ Linjen fra Rt. 1996 side 1415 (Borthen), via Rt. 2006 side 293 (Arves trafikkskole) og Rt. 2010 side 143 (rederiskatt) til Rt. 2013 side 1345 gir en illustrasjon med hensyn til dynamikken i tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 ved inngrep i økonomiske posisjoner.

²⁵ Jf. for eksempel Rt. 2010 side 1445 (krigsforbryter) avsnitt 84, hvor Høyesterett uttrykkelig satte til side Rt. 1946 side 198 (Klinge).

30. Det er også et spørsmål om hvordan vi utformer våre grunnlovsprejudikater. Kan det være at grunnlovsdommer som bygges opp omkring *generelle prinsipper, bredere overveielser* og en *åpen reell argumentasjon*, legger det mest funksjonelle grunnlaget, også for å ivareta fremtidens behov for å nyansere, presisere og justere? Alternativet er å skrive *smale dommer* som ikke løser mer enn den konkrete saken. Fyller vi da vår rolle som konstitusjonsdomstoler? Kan vi bygge vår legitimitet på noen annet enn en åpen og prinsipiell begrunnelse? I grunnlovssaker hvor Høyesterett skaper ny rett eller går tett på regjeringen og Stortinget, er *konsensus*, etter mitt syn, en styrke. Men det er en utfordring å utforme premissene slik at utkastet vinner størst mulig tilslutning, samtidig som det ikke blir vagt eller forbeholdent.
31. Det jeg for min del vil betegne som en *samtidsorientert* grunnlovstolkning innebærer ikke en stadig ekspansjon av grunnlovsvernet. Mens det på noen områder vil være nødvendig å begrense eller myke opp, vil det på andre felt være påkrevd med utvidelse eller avstivning. Ved grunnlovsbestemmelser som anviser en avveining av motstående hensyn og interesser vil tyngdepunktet være i bevegelse over tid. Disse bevegelige elementene representerer uten tvil en spesiell utfordring – i brytningen mellom en utviklende og en konserverende grunnlovstolkning i skjæringspunktet mellom jussen og politikken.
32. Det er vesentlig at Høyesteretts arbeid med grunnlovsspørsmål tilpasses det store ansvaret og de vanskelige avveiningene dette innebærer. Høy kvalitet på prosessmaterialet fra advokatene er påkrevd – det stilles ualminnelig krav til perspektiv, analyse og fremstillingsevne. Høyesterett selv må dessuten kvalitetssikre materialet og om nødvendig iverksette selvstendige undersøkelser før, under og etter de muntlige forhandlingene. Rettens medlemmer må ha den tid og den bistand som er påkrevd for å kunne trenge helt inn i sakens problemer. Drøftelsene dommerne imellom må ha høy kvalitet og det må legges stor innsats i premissene. Grunnlovssakene må rett og slett gis prioritet på alle måter.

33. Høyesteretts praksis i grunnlovssaker viser at retten helt fra starten har vært åpen for, og latt seg inspirere av, den *internasjonale* rettsutviklingen. Innflytelsen fra US Supreme Court har vært betydelig, både ved den opprinnelige formuleringen av prøvelsesretten og ved den senere utviklingen av den. Av andre domstoler utenfor Europa nevner jeg Canadian Supreme Court. I dommen *Carter v. Canada* (2. februar 2015) satte domstolen forbudet mot medvirkning til selvmord til side som grunnlovsstridig for så vidt gjaldt bistand til uhelbredelig syke med sterke smerter. Jeg er trygg på at det vil bli vist til dommen, og dens tankevekkende argumentasjon, når den tid kommer for Norges Høyesterett. Constitutional Court of South Africa peker seg også ut, selv om forholdene i Sør-Afrika er ganske andre enn hos oss. I Europa er den tette kontakten mellom de nordiske høyesterettene helt sentral. Men det er grunn til å følge utviklingen noe bredere; UK Supreme Court har, etter mitt syn, særlig interesse. Vi har flere nylige eksempler på at Norges Høyesterett har latt seg inspirere av dommer derfra, selv om det ikke uttrykkelig er vist til dem i Høyesteretts egne premisser.
34. Relasjonen mellom de nasjonale grunnlovsrettighetene og de parallelle konvensjonsrettighetene har i Norge fått fornyet aktualitet ved grunnlovsreformen i 2014. Et meget viktig anliggende er her betydningen av *internasjonal tolkningspraksis* knyttet til konvensjonsbestemmelser som i større eller mindre grad har dannet mønster for, eller i det minste inspirert, de nye bestemmelsene i Grunnloven del E. Når Grunnloven § 95 stiller krav om ”rettferdig rettergang”, er det da den samme normen som i EMK artikkel 6 nr. 1? Har vernet om privat- og familielivet etter § 102 samme innhold og rekkevidde som EMK artikkel 8? Intuitivt ville man anta at internasjonal tolkningspraksis har interesse også ved grunnlovstolkningen. Men samtidig er det konstitusjonelt vanskelig at de internasjonale håndhevingsorganene med noen form for bindende virkning skulle avgjøre tolkningen av den norske Grunnloven. Høyesteretts linje her kan, så langt, trolig oppsummeres i følgende tre punkter:

35. For det *første* har Høyesterett bygget på at de norske grunnlovsrettighetene skal tolkes og anvendes ”i lys av” de traktatrettslige parallellene og inspirasjonskildene. Dette er i tråd med forutsetningene ved grunnlovsrevisjonen i 2014.²⁶ Dommene i Rt. 2014 side 1045 (kan man dømme de døde?) og Rt. 2014 side 1292 (telefonavhør) illustrerer betydningen av dette i tilknytning til § 95 om retten til en rettferdig rettergang, jf. EMK artikkel 6 nr. 1. Videre er Rt. 2014 side 1105 (Acta) illustrerende: § 113 om legalitetsprinsippet ble tolket i lys av EMDs praksis knyttet til lovkravet under EMK, § 102 om vern av privatlivet ble tolket i lys av EMDs praksis knyttet til EMK artikkel 8, og det ble – åpenbart under sterk inspirasjon fra EMDs praksis – slått fast at et inngrep i privatlivsvernet etter Grunnloven § 102 bare vil kunne tillates så langt tiltaket forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig. Det er i dommen også gitt uttrykk for, for første gang i norsk rett, at det gjelder en *alminnelig forholdsmessighetsbegrensning* ved inngrep i rettighetene og frihetene fastsatt i Grunnlovens menneskerettsbestemmelser. Dette siste er fulgt opp, og i noen grad også videreutviklet, i Rt. 2015 side 93 (Maria) avsnitt 60 og HR-2015-00289-A (Rwanda) avsnitt 52.
36. De to nevnte dommene fra 2015 viser dessuten at ikke bare praksis fra EMD har interesse; i begge to er det lagt til grunn av Grunnloven § 104 om barns særlige rettigheter må tolkes og anvendes i lys av praksis under FNs barnekonvensjon, herunder den forståelse av konvensjonen som kommer til uttrykk i Barnekomiteens ulike *General Comments*. I Rt. 2015 side 93 (Maria) avsnitt 64 sies det slik:

“I *General Comment No. 14* (2013) ‘on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration’, har FNs Barnekomité redegjort for regelens bakgrunn og funksjon, og foretatt en konsoliderende gjennomgang av en rekke tolkningsproblemer. Det Barnekomiteen gir uttrykk for her, utgjør etter mitt syn et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av artikkel 3 nr. 1 – og dermed også ved tolkningen av Grunnloven § 104 andre ledd.”

²⁶ Dok. 16 (2011-2012) side 90 og Innst. 186 S (2013-2014) blant annet på side 20.

Med et ”et naturlig utgangspunkt” siktes det vel til at *General Comment No. 14* er den kilden man først vender seg til når det nærmere innholdet i normen skal klarlegges, uten at det som står der i ett og alt nødvendigvis vil være avgjørende. Jeg skyter inn her at *Lønning-utvalget* forutsatte at praksis knyttet til barns rettigheter etter barnekonvensjonen og etter artikkel 24 i EUs charter om grunnleggende rettigheter ville være av interesse ved tolkningen av Grunnloven § 104.²⁷

37. For det *andre* har Høyesterett fremhevet at formålet med å tolke grunnloven ”i lys av” traktatrettslig tolkningspraksis ikke er begrenset til å påse at tolkningsresultatet er forenlig med praksis så langt de internasjonale håndhevingsorganene uttrykkelig har tatt stilling til et parallelt tilfelle. Målet er å komme frem til den løsningen som følger av ”de prinsipper som kan utledes” av tolkningspraksis samlet.²⁸ Det skal altså foretas en selvstendig tolkning av den internasjonale regelen, basert på etablerte konvensjonsrettslige tolkningsprinsipper.
38. For det *tredje* har Høyesterett trukket et prinsipielt skille i tid mellom konvensjonsrettslig tolkningspraksis som forelå da de aktuelle grunnlovsbestemmelsene ble vedtatt av Stortinget i mai 2014 og *senere* materiale. Ettersom Stortinget vedtok grunnlovsreformen under den forutsetning at de nye grunnlovsbestemmelsene skulle tolkes ”i lys” av konvensjonsrettslig praksis, er det konstitusjonelt uproblematisk å bygge på det materialet som forelå på vedtakstidspunktet. Men Stortinget kan ikke med dette ha bundet grunnlovstolkningen til den *fremtidige* rettsutviklingen ved for eksempel EMD. I Rt. 2015 side 93 (Maria) avsnitt 57 understreker Høyesterett derfor at ”fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene”. Og Høyesterett slår dessuten fast:

²⁷ Dok. 16 (2011-2012) side 192.

²⁸ Rt. 2015 side 81 (advokatavlytting) avsnitt 26-27, jf. også Rt. 2014 side 1045 (kan man dømme de døde?).

”Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.”

39. Det Høyesterett sier i denne dommen fra 2015 er interessant av flere grunner. I uttrykket ”ikke samme prejudikatsvirkning” ligger det en forutsetning om at eldre case law *har* prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen. Det forutsettes dessuten at også senere case law har slik virkning, men at denne ikke er ”den samme” – den er altså mer avdempet. Og så har vi påpekningen av Høyesteretts selvstendige rolle vis-à-vis de internasjonale håndhevingsorganene. Denne presiseringen var nok ønskelig av konstitusjonelle grunner. Utsagnet plasserer dessuten Høyesterett i en mer selvstendig rolle i dialogen med de internasjonale håndhevingsorganene, når det gjør Grunnloven til et *nasjonalt omdreiningspunkt* i den europeiske rettsutviklingens medfør. Understrekingen av at Høyesterett ”har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser” trekker dessuten opp noen mer alminnelige, lange og forpliktende linjer for Høyesteretts virke som konstitusjonsdomstol og grunnlovstolker.
40. Dette bringer meg over til mitt siste tema, nemlig samvirket mellom Høyesterett og Stortinget. Høyesterett må av åpenbare grunner forholde seg til den grunnlovsforståelsen som landets øverste demokratiske organ måtte ha gitt uttrykk for. Dette gjelder i særlig grad når Stortinget opptrer som grunnlovsgiver og hvor det den første tiden etter grunnlovsvedtaket er spørsmål om å legge vekt på uttalelser under Stortingsbehandlingen. Høyesterett har i sin praksis etter mai 2014 nokså gjennomgående vist til, og lagt til grunn, Stortingets forutsetninger ved grunnlovsreformen, slik disse kommer til uttrykk i Kontroll- og konstitusjonskomiteens innstilling.²⁹ I den utstrekning komiteen har bygget på, og sluttet seg til, *Lønning-utvalgets* vurderinger, er også utvalgets innstilling relevant.

²⁹ Rt. 2014 side 1105 avsnitt 25 og 28, Rt. 2014 side 1292 avsnitt 14 og Rt. 2015 side 93 avsnitt 62 og 64.

41. Også ellers vil de folkevalgtes syn på forståelsen av Grunnloven ha interesse, som en *rettsoppfatning*. Det ville imidlertid stemme dårlig med prinsippet om at Høyesterett skal foreta en *selvstendig* grunnlovstolkning, og med prøvelsesretten som sådan, dersom Stortinget i forbindelse med andre vedtak enn grunnlovsvedtak kunne gi bindende tolkningsinstrukser. Stortingets vurdering kommer derimot inn ved den konkrete *anvendelsen* av den aktuelle grunnlovsbestemmelsen – det man kaller *subsumsjonen*, først og fremst i den konkrete avveiningen mellom den grunnlovsbeskyttede interesse som det gripes inn i på den ene siden, og de interesser og hensyn som begrunner tiltaket, herunder statens styringsbehov, på den andre. I praksis utøver Høyesterett en dempet *provingsintensitet* på områder hvor det ut fra et rettsstatsperspektiv er mindre behov for domstolskontroll, eller hvor en mer inngående prøving ville bringe Høyesterett for langt over på den politiske arena. La meg forsøke å beskrive noen hovedlinjer her.
42. I Rt. 1952 side 1089 (hvalolje) ga Høyesterett uttrykk for at det ved spørsmålet om Stortinget hadde gått for langt i å delegere sin myndighet til andre statsorganer, var ”større grunn for domstolene til å utvise varsomhet med å sette seg ut over lovgivningens skjønn” enn når det gjaldt spørsmålet ”om en lov er i strid med en grunnlovsbestemmelse som direkte tar sikte på å være til vern for borgerne”.³⁰ Dette må ses i lys av at det i vår *parlamentariske* statskikk gjelder andre kontrollmekanismer på dette området, og at det som regel er tale om tiltak som kun berører borgerne indirekte. Behovet for en inngående kontroll fra Høyesteretts side er da ikke til stede i samme grad. Men her er det nyanser.³¹ For eksempel vil det måtte reageres mot at Stortinget gir administrative myndigheter for vidtrekkende, vage eller generelle lovhjemler, jf. Grunnloven § 113. Og det må reageres mot ”singulær lovgivning”.³²

³⁰ Synsmåten ble bekreftet i plenumsdommen i Rt. 1976 side 1 (Kløfta), og tillagt stor vekt i dommen fra avdeling i Rt. 1992 side 1401.

³¹ Se Rt. 1987 side 473 (liturgi) og Rt. 2010 side 535 (Opplysningsvesenets fond).

³² Forutsatt i Rt. 2014 side 1105 avsnitt 64.

43. Ved Rt. 1976 side 1 (Kløfta) introduserte Høyesterett et ytterligere skille, nå innad i gruppen av grunnlovsbestemmelser til vern for borgerne (side 5-6):

”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 statsmakters arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, mener jeg ... at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling.”

Det er på det rene at Høyesteretts tilnærming var sterkt inspirert av amerikansk praksis: US Supreme Court hadde i tiden etter 1937 fulgt en tilbakeholden linje – ”judicial restraint” – i økonomiske saker, etter et betydelig og årelangt påtrykk fra president Franklin D. Roosevelt for å få domstolen til å akseptere hans new deal-politikk. Når det gjaldt blant annet borgerrettigheter, "fair trial", ytringsfrihet og privatliv var utviklingen utover 1950- og 1960-tallet derimot preget av ”judicial activism”. Den norsk- og svensk-åttede Chief Justice Earl Warrens votum i den enstemmige *Brown v. Board of Education* fra 1954 er et ikonisk uttrykk for dette omslaget.

44. Høyesterett har i en rekke senere saker trukket frem, og sluttet seg til, Kløfta-dommens skille mellom rettighetstyper.³³ Sondringen – ”the preferred position principle” – må anses som en festnet del av prøvelsesretten, som et alminnelig og litt unøyaktig utgangspunkt. Nyere høyesterettspraksis bekrefter at det gjelder et særlig sterkt grunnlovsvern ved inngrep i rettigheter til beskyttelse av enkeltpersoners frihet, sikkerhet og demokratiske rettigheter.³⁴ Det er ikke tvil om at vernet er styrket i løpet av de senere år, i tråd med Kløfta-dommens anslag.³⁵

³³ Rt. 1996 side 1415 (Borthen), Rt. 2007 side 1281 (Øvre Ullern) avsnitt 75, Rt. 2010 side 535 (Opplysningsvesenets fond) avsnitt 146 og Rt. 2010 side 143 (rederiskatt) avsnitt 138.

³⁴ Se for eksempel Rt. 2010 side 1445 (kriksforbryter).

³⁵ For eksempel illustrerer Rt. 2011 side 469, Rt. 2012 side 313 og Rt. 2014 side 238, sammenlignet med Rt. 1966 side 916 og Rt. 1973 side 43, en markant utvikling av lovkravet i strafferetten, jf. Grunnloven § 96.

45. En hel rekke av de nye menneskerettsbestemmelsene som kom inn i Grunnloven ved revisjonen i 2014 hører til gruppen av rettigheter med særlig kraft og hvor Høyesteretts kontroll vil være inngående. Dette gjelder for eksempel vernet av *livet* i § 93, den *personlige frihet* etter § 94, retten til en *rettferdig rettergang* etter § 95, *diskrimineringsforbudet* i § 98, *forenings- og forsamlingsfriheten* etter § 101, vernet av *privat- og familielivet* i § 102, hovedelementene i *barnets rettigheter* fastsatt i § 104 og *bevegelsesfriheten* etter § 107.
46. At vernet av økonomiske posisjoner kommer ”i en mellomstilling” innebærer ikke at Høyesterett på dette området tar grunnleggende andre utgangspunkt for grunnlovskontrollen: Lovgiver tillates ikke å gripe inn i kjernen i slike rettigheter.³⁶ Det er heller ikke slik at Høyesterett på dette området legger avgjørende vekt på at Stortinget i forbindelse med loven har vurdert forholdet til Grunnloven og funnet det i orden. I nyere praksis har det tvert i mot nokså gjennomgående vist seg at Stortingets egen oppfatning av grunnlovsspørsmålet *ikke* i seg selv har fått avgjørende betydning. Høyesterett har gjerne vist til at Stortingets vurdering har vært for generell, at den ikke tilfredsstiller nødvendige kvalitetskrav, at Stortinget ikke har vært oppmerksom på vesentlige og problematiske konsekvenser av loven, eller at Stortinget ved avveiningen har tatt utgangspunkt i en uriktig avveiningsnorm.³⁷
47. Utenfor rettighetenes kjerne er likevel den politiske handlefriheten stor.³⁸ Hvor stor den er, varierer. Høyesterett har i flere avgjørelser pekt på at Kløfta-dommens gruppering er grovmasket.³⁹ Økonomiske posisjoner er så mangt, fra klassisk eiendomsrett til generelt formulerte goder. Grunnlovsreformen i 2014 har dessuten utvidet perspektivet atskillig, jf. for eksempel § 109 om rett til utdanning, § 110 første ledd

³⁶ Rt. 2007 side 1281 (Øvre Ullern) avsnitt 75.

³⁷ Rt. 1988 side 861 (husleieregulering), Rt. 1990 side 284 (Selsbakk), Rt. 2006 side 293 (Arves trafikkskole), Rt. 2007 side 1281 (Øvre Ullern), Rt. 2007 side 1308 (Sørheim), Rt. 2010 side 143 (rederiskatt), Rt. 2010 side 535 (Opplysningsvesenets fond) og Rt. 2013 side 1345 (strukturvoter).

³⁸ Rt. 2013 side 1345 (strukturvoter).

³⁹ Rt. 1996 side 1415 (Borthen), Rt. 2007 side 1281 (Øvre Ullern) avsnitt 100 og Rt. 2010 side 143 (rederiskatt) avsnitt 138.

andre punktum om rett til støtte fra det offentlige for den som ikke selv kan sørge for sitt livsopphold og barns rett etter § 104 tredje ledd andre punktum til ”den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet”. Domstolskontrollen med slike økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter må legges opp etter litt andre linjer enn den tradisjonelle kontrollen med de sivile og politiske rettighetene. Også her vil Norges Høyesterett ha noe å lære både fra internasjonale systemer og fra andre lands høyesteretter.

48. I alle lovsaker som kan reise grunnlovsspørsmål er det etter mitt syn helt avgjørende at Stortinget får frem hvilke interesser som skal ivaretas ved tiltaket, hvor samfunnsmessig viktige disse er og på hvilken måte loven og dens nærmere innretning er egnet til, og nødvendig for, å ivareta disse hensynene. Høyesterett skal ved grunnlovsprøvingen bygge på disse politiske vurderingene. Men Høyesterett må samtidig prøve om grunnlaget er tilstrekkelige til å sette den aktuelle grunnlovsinteressen til side, slik denne etter sin art og de konkrete omstendigheter alt i alt må vektas. Dette vil i sin alminnelighet bero på tiltakets egnethet og nødvendighet, hvor nær man er kjernen i rettigheten og på ”balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden, og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre”.⁴⁰ Norges Høyesterett har et viktig arbeid foran seg med å raffinere strukturen i denne *forholdsmessighetsvurderingen* som grunnlovsnorm. Trolig vil både EMK-retten og EU-retten kunne gi verdifulle bidrag.

49. Så hvor står Norges Høyesterett nå? Ved sine forslag til grunnlovsreform ønsket *Lønning-utvalget* ikke å endre den *materielle* rettstilstanden, sammenlignet med det som allerede fulgte av skreven eller uskreven norsk rett og de menneskerettskonvensjonene Norge er tilsluttet.⁴¹ Stortingets kontroll- og konstitusjonskomite sluttet seg til dette utgangspunktet.⁴² Komiteen understreket imidlertid at

⁴⁰ Rt. 2015 side 93 avsnitt 60 og HR-2015-289-A avsnitt 52.

⁴¹ Dok. 16 (2011-2012) side 256.

⁴² Innst. 186 S (2013-2014) side 20-22.

grunnlovsrevisjonen likevel skulle ha virkninger i retning av å *styrke menneskerettighetenes rettslige stilling* i Norge. Komiteen fremhevet i denne forbindelse at det har ”en selvstendig betydning for domstolenes håndhevelse av menneskerettighetene at Grunnloven pålegger statsorganene å respektere disse rettighetene”. Det ble videre pekt på at grunnlovsfestingen medfører ”at rettstilstanden på menneskerettsområdet sikres også for kommende generasjoner”. Reformen fra 2014 bygger, slik jeg forstår Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité, på den forutsetning at Grunnloven fortsatt skal være et levende instrument med et operativt og reelt rettslig innhold. Høyesterett, som konstitusjonsdomstol og grunnlovstolker, forutsettes å ha en nøkkelrolle. Dette har ikke Stortinget – *qua* grunnlovsgiver – uttrykt tidligere.

50. I en artikkel høsten 2014 reiste jeg spørsmålet om grunnlovsreformen fra mai 2014 innleder en *fornytt konstitusjonalisme* i Norge.⁴³ Advokat Frode Elgesem er inne på det samme i en kronikk i Aftenposten 18. februar 2015, når han fremhever at Høyesterett i sin praksis etter mai 2014 ”tar grep om de nye rettighetene i Grunnloven”, og at Høyesterett har startet arbeidet med ”de nye utfordringer og mulighetene som den nye rettighetskatalogen i Grunnloven har skapt”. Elgesem konkluderer i sin kronikk med at nå ”er scenen satt for videre utvikling og avklaring av grunnlovsrettighetene og Høyesteretts rolle”.

⁴³ Arnfinn Bårdsen, ”The Norwegian Supreme Court and Strasbourg: The Case of *Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway*”, German Law Journal vol. 15 no. 7 side 1293-1305 (<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1663>).