

## **Høyesterett og dynamisk tolking av EMK**

Ryssdal-seminaret, Oslo 30. oktober 2017

1. De rådende livs- og samfunnsforholdene kommer i betraktning ved tolking og anvendelse av traktater. Dette gjelder også for menneskerettstraktater, slik som Den europeiske menneskerettskonvensjon fra 1950 (EMK).
2. Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) slo an tonen i dom 25. april 1978 *Tyrer mot Storbritannia*. Saken gjaldt fysisk avstraffelse på Isle of Man av en gutt på 15 år, for voldsbruk på skolen. Straffen besto i tre slag med bjerkeris på bakenden – «on the posterior», som det het i den lokale forskriften. For EMD var spørsmålet om denne avstraffelsen, som hadde tradisjoner på Isle of Man, og som hadde bred lokal tilslutning, var «nedverdiggende» («degrading») og derfor i strid med artikkel 3. EMD konstaterte brudd. En *metodisk* premiss for denne konklusjonen gir avsnitt 31 i dommen:

«The Court must ... recall that the Convention is a living instrument which ... must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field.»

Linjen fra *Tyrer* løper frem til i dag, gjennom et antall saker hvor EMD har utviklet konvensjonen materielt, prosessuelt og institusjonelt – og i så måte også har *skapt ny rett*.

3. Den dynamiske og evolutive metoden til EMD står i sammenheng med at konvensjonen er ment som et *effektivt* instrument for håndhevelse av grunnleggende rettigheter og friheter, og med prinsippet om en *formålsorientert* tolking. Her passer det å nevne storkammerdom 11. juli 2002 *Christine Goodwin mot Storbritannia*, som gjaldt transseksuelles rett til full juridisk anerkjennelse av nytt kjønn: På tross av at klageren hadde gjennomgått kjønnskifteoperasjon og sosialt nå levde som kvinne, var hun i rettslig sammenheng i Storbritannia fremdeles mann. EMD slo fast at denne ordningen, som hadde vært godtatt i dom 17. oktober 1986 *Rees mot Storbritannia*, ikke lenger var forenlig med EMK artikkel 8 om retten til privatliv. I avsnitt 74 i dommen heter det:

«While the Court is not formally bound to follow its previous judgments, it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases ... However, since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved ... It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement ...»

Det kommer godt frem at grunnlaget for en dynamisk og evolutiv tolking av EMK er ønsket om å sikre at rettighetene og frihetene i konvensjonen forblir praktiske og effektive, i tråd med konvensjonens gjenstand og formål. En statisk tolking ville, slik EMD har sett dette, stå i veien for nødvendig endring og utvikling.

4. EMDs stilling skiller seg her fra de nasjonale høyesterettens og konstitusjonsdomstolers, ettersom disse domstolene i større utstrekning vil kunne ta som utgangspunkt at den nasjonale lovgiver regulært sikrer hovedtrekkene i den normative utviklingen som samfunnet til enhver tid har behov for. Det er ikke realistisk for EMD å basere sitt virke på at nødvendig rettsutvikling kan, og vil, bli ivaretatt ved at statene kommer til enighet om

traktatendringer. Det har vært sagt at ved å tolke konvensjonen ut fra «present-day conditions», så sikrer EMD konvensjonens overlevelse.

5. I *Christine Goodwin* er innslaget av *endring* uttalt og fullt synlig, i den forstand at EMD ved dommen la til grunn en annen tolking av artikkel 8 enn tidligere, med sterkere rettsvern for transseksuelle som resultat. Når EMD på denne måten gir *nye svar på gamle spørsmål*, opptrer den rettskapende i egentlig forstand. Når vi bruker uttrykket «dynamisk» tolking, er det vel gjerne slike dommer vi har i tankene.
6. I andre tilfeller er det først og fremst snakk om å avklare hvordan de *etablerte normene* skal anvendes ved besvarelsen av *nye spørsmål*. Dom 5. oktober 2017 *Becker mot Norge* gir et eksempel på en slik situasjon. Spørsmålet var om den retten som journalister har etter EMK artikkel 10 til å beskytte sine kilder, gjelder selv om en som selv opplyser å være kilden har stått frem. I Norges Høyesterett hadde flertallet konkludert med at det ikke gjaldt noe kildevern i et slikt tilfelle, jf. Rt-2011-1266 avsnitt 47–48:

«Det er slik jeg ser det ingen avgjørelse fra EMD som behandler kildevernets stilling der kilden selv har stått frem, og det slik sett ikke er noen kilde å beskytte. Det er heller ikke i saken påvist at problemstillingen har vært drøftet i teorien på grunnlag av de avgjørelser EMD har truffet. Den bærende begrunnelse for det kildevern EMD har utviklet, bygger på de konsekvenser det kan få for informasjonsstrømmen om kilder blir avdekket. Disse hensyn gjør seg imidlertid ikke gjeldende når det er kilden selv som har gjort kjent sin medvirkning.

... Når dette er situasjonen finner jeg at det trygt kan legges til grunn at EMD ikke vil konstatere en krenkelse når saken gjelder en kilde som selv har stått frem ... »

Mindretallet i Høyesterett hadde konkludert, etter en bredere vurdering også av materialet i tilknytning til EMK artikkel 10, med at kildevernet gjaldt selv om kilden med større eller mindre grad av sikkerhet kan identifiseres ved hjelp av andre bevis.

7. EMD konkluderte i sin dom, på samme måte som mindretallet i Høyesterett, med at kildevernet etter artikkel 10 gjelder selv om noen som påstår å være kilden har stått frem. Det ble blant annet vist til kildevernets betydning for fri informasjonsflyt og at det av tidligere praksis fulgte at kildens egen adferd ikke var avgjørende for vernet. Det var, etter EMDs vurdering, i denne konkrete saken ikke tilstrekkelig tungtveiende grunner til å begrense kildevernet. EMDs dom i *Becker* innebærer noe nytt, i den forstand at domstolen tok stilling til rekkevidden av kildevernet etter EMK artikkel 10 på et punkt som ikke hadde vært oppe i EMDs tidligere praksis. Men dommen er, etter mitt syn, *ikke* et eksempel på dynamisk eller evolutiv tolking. Den er et eksempel på rettsavklaring, i en situasjon der rettskildematerialet kunne gi grunnlag for ulike konklusjoner, og hvor EMD valgte den løsningen som etter dens syn best kompletterte det bildet som allerede var tegnet.
8. Der de nye spørsmålene som forelegges EMD skyldes endringer i livs- eller samfunnsforholdene, kan likevel også rettsavklaring få et evolutivt, tilpassende preg. Storkammerdommen 24. januar 2017 *Paradiso og Campanelli mot Italia* gir en illustrasjon: Domstolen måtte her ta stilling til hvilket vern artikkel 8 om privat- og familielivet ga for et par som, i strid med italiensk lov, hadde tatt med seg til Italia et barn født av en russisk «surrogatmor», i en situasjon hvor det ikke var noen biologiske bånd mellom paret og barnet. Italienske myndigheter besluttet å returnere barnet til Russland. EMD kom til at man var innenfor parets *privatlivsfære*, som er vernet av artikkel 8. EMD viste til at paret ønsket å bli foreldre, og de hadde, blant annet ved å hente barnet fra Russland til Italia, også satt mye inn på å realisere sitt ønske. Men sterke offentlige interesser tilsa at hensynet til dem, og til barnet, måtte vike. I det oppsummerende avsnitt 215 i dommen heter det blant annet:

«Agreeing to let the child stay with the applicants, possibly with a view to becoming his adoptive parents, would have been tantamount to legalising the situation created by them in breach of important rules of Italian law. The Court accepts that the Italian courts, having assessed

that the child would not suffer grave or irreparable harm from the separation, struck a fair balance between the different interests at stake, while remaining within the wide margin of appreciation available to them in the present case.»

9. Dommen i denne saken mot Italia, og det jeg akkurat siterte, viser at det i praksis kan være nokså kort vei fra spørsmålet om dynamisk eller evolutiv tolkning av EMK på den ene siden, til spørsmålet om vidden på *statenes skjønnsmargin* på den andre. Jeg vil tro at det ofte vil kunne være den sammenhengen her at jo mer ekspansiv EMD er i sin generelle tolking av EMK, jo *bredere* blir nødvendigvis den nasjonal skjønnsmarginen når det kommer til den konkrete rettsanvendelsen. Denne forbindelsen mellom de to tema blir særlig sterk, antar jeg, blant annet i spørsmål som er etisk følsomme, eller hvor offentlige og private interesser må balanseres i en bredere samfunnsmessig, historisk, sosial og kulturell kontekst.
  
10. Vi bør vel også kunne merke oss at EMD i *Paradiso og Campanelli* helt tydelig forstod, og la vekt på, at det fra italiensk side var mye om å gjøre at den aktuelle nasjonale lovgivningen kunne opprettholdes og håndheves. En slik lydighet fra domstolens side er godt i tråd med signalene fra *Brighton-konferansen* i 2012, og har nok betydning for den generelle nasjonale aksepten av EMD. Et eksempel fra tiden før Brighton er storkammerdommen 18. mars 2011 *Leutsi og andre mot Italia*, hvor EMD, under henvisning til fravær av europeisk konsensus og statenes skjønnsmargin, godtok at krusifikser i offentlige skolars klasserom er forenlig med retten til utdanning etter Protokoll 1 artikkel 2. EMD i kammer hadde kommet til det motsatte resultat, jf. dom 3. november 2009 *Leutsi og andre mot Italia*. Dommen vekket kraftige reaksjoner.
  
11. Jeg kommer i siste delen av mitt innlegg tilbake til rammer for dynamisk og evolutiv tolking av EMK. Nå retter jeg imidlertid oppmerksomheten mot hvordan Høyesterett har forholdt seg til dette. Jeg har to innganger til emnet – én via *menneskerettsloven* og én via *Grunnloven*. Jeg starter med menneskerettsloven.

12. Da Stortinget i 1999 ved menneskerettsloven valgte å inkorporere EMK i norsk rett, var EMDs dynamiske og evolutive tolkingsmetode godt etablert og vel kjent. Innvendingene var presentert og vurdert, før lovgiver med åpne øyne og bred politisk tilslutning bestemte at konvensjonen, tolket i samsvar med EMDs praksis, skulle gjelde med forrang i Norge, jf. nå menneskerettsloven §§ 2 og 3. I forarbeidene ble det fremhevet som «det overordna mål at norsk rettspraksis i størst mogleg grad samsvarer med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis», se Innst. O nr. 51 (1998–1999) side 6.
  
13. Norges Høyesterett har fulgt opp Stortingets intensjoner og ambisjoner med menneskerettsloven, i en omfattende praksis knyttet blant annet til EMKs regler om frihetsberøvelse, rettferdig rettergang, uskyldspresumsjonen, lovkravet og forbudet mot tilbakevirkning i strafferetten, retten til privat- og familieliv, hjem og korrespondanse, religions- og samvittighetsfriheten, ytringsfriheten, eiendomsvernet, retten til anke i straffesaker og forbudet mot gjentatt straffeforfølgning. I de senere årene har saker fra utlendingsfeltet, spørsmål om pressefrihet og kildevern, og ulike sider av tomtefesteordningen, vært aktuelle. Mer enn noe annet har menneskerettskonvensjonene og det internasjonale tolkningsmaterialet som er knyttet til dem – især EMK – preget Norges Høyesteretts arbeid og utvikling den første delen av vårt årtusen. EMDs *case law*, og den tolkningsmetoden den springer ut av, inngår som en viktig del av dette bildet.
  
14. Den enstemmige plenumsdommen i Rt-2000-996 (Böhler) etablerer de bærende metodiske utgangspunktene, også med hensyn til hvordan Høyesterett forholder seg til de dynamiske og evolutive elementene i EMDs metode. *Böhler*, og Høyesteretts oppfølgende praksis, gir grunnlag for å si følgende:
  
15. *For det første*: Høyesterett legger til grunn at man ved tolking og anvendelse av EMK i norsk rett skal ta utgangspunkt i *den samme metode som EMD*. Dette er et

grunnleggende viktig veivalg: Menneskerettsloven inkorporer de konvensjonsrettslige normene så å si «med hud og hår». Foreligger det en dom fra EMD som rimeligvis må sies å løse det konvensjonsrettslige spørsmålet som står for Høyesterett, så vil man kunne ta som utgangspunkt at også Høyesterett vil bygge sin tolking av EMK på den rettsoppfatningen som EMDs dom gir uttrykk for.

16. *For det andre*: Når det oppstår spørsmål om hvordan konvensjonen skal tolkes i tilfeller hvor svaret ikke følger direkte av allerede foreliggende praksis fra EMD, så vil Høyesterett selv, etter beste evne, søke å løse spørsmålet etter de samme linjer som EMD ville har gjort. I så måte gjelder det ikke noen forutsetning om at konvensjonen bare får gjennomslag der konvensjonens løsning er klar eller entydig: Dette «klarhetskravet», som Høyesterett bygget på *før* menneskerettsloven, blant annet i Rt-1994-610 (Bølgepapp), ble forlatt ved *Böhler*. Viktige eksempler på at Høyesterett foretar en selvstendig konvensjonstolking basert på konvensjonsrettslig metode, er Rt-2013-374 (Treholt) om pressens rett til å få tilgang til lydopptakene som ble gjort under straffesaken mot Arne Treholt, Rt-2015-1286 (Rolfsen) om en filmskapers rett til kildevern, og Rt-2015-1467 (Oslo legevakt) om innsyn i overvåkningsvideoer som viste opptak av et basketak med en pasient, som endte med at pasienten døde.
17. Den tilnærmingen Høyesterett her har valgt, er den som best sikrer effektiv gjennomføring av EMK på nasjonalt plan, slik både konvensjonen, menneskerettsloven og nå også Grunnloven § 92, forutsetter. For EMD vil det, i en eventuelt etterfølgende klagesak, dessuten være lettere å vise til *den nasjonale skjønnsmarginen* når Høyesterett gjennom premissene i sin dom har demonstrert at konvensjonen er tolket og anvendt i tråd med etablerte konvensjonsrettslige prinsipper. Forholdet mellom Norges Høyesteretts dom i Rt-2008-109 og EMDs avgjørelse i dom 16. januar 2014 *Lillo-Stenberg og Sæther mot Norge*, er en mye brukt illustrasjon på denne formen for *subsidiaritet* i

*praksis* – hvor det sentrale for EMD blir å kontrollere at de nasjonale domstoler har anvendt riktig norm, og gjennom utfyllende domsgrunner også har forklart hvordan de ulike avveininger er gjort i henhold til denne normen.

Høyesteretts storkammerdom i HR-2016-304-S (Guldberg) om tomtefeste og eiendomsvern etter Protokoll 1 artikkel 1, er et godt eksempel på at Høyesterett er seg bevisst denne sammenhengen, og i en del tilfeller helt tydelig utformer premissene med sikte på en etterfølgende klagesak i Strasbourg. Det samme er Høyesteretts begrunnede beslutning HR-2017-1127-U om å nekte anken fra terroristen bak aksjonen 22. juli 2011, i det søksmålet han hadde anlagt mot den norske stat med krav om dom for at soningsforholdene var i strid med EMK artikkel 3 og 8, og som han hadde tapt i lagmannsretten.

18. *For det tredje*: Høyesterett er i høy grad oppmerksom på, og anerkjenner, at EMD har tolket konvensjonens bestemmelser dynamisk og evolutivt – og at EMD vil gjøre dette også i fremtiden. Høyesterett har samtidig fremholdt at i den grad EMK skal utvikles gjennom dynamisk og evolutiv tolking, så ligger *primæransvaret* for dette *ikke* hos de nasjonale høyesterettene: Selv om norske domstoler ved anvendelsen av EMK altså skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD, er det – slik Høyesterett utlegger dette i *Bøhler* – likevel i første rekke EMD som har til oppgave å utvikle konvensjonen. Satt på spissen, og sterkt forenklet, kan man vel si at Høyesterett ikke vil «gå først» i en mulig utvikling av EMK. Det heter i *Bøhler*:

«Norske domstoler har ikke den samme oversikt som EMD over lovgivningen, rettsoppfatninger og praksis i andre europeiske land. Ved at norske domstoler ved avveining av ulike interesser eller verdier kan bygge på verdiprioriteringer som ligger til grunn for vår lovgivning og rettsoppfatning, vil imidlertid norske domstoler kunne inngå i et samspill med EMD og bidra til å påvirke EMDs praksis.»

Denne delen av *Bøhler* gir uttrykk for at EMD er best plassert til å foreta den *bredere komparative analysen* som må til for å kunne konstatere at det eventuelt foreligger en europeisk konsensus som i neste omgang vil kunne danne grunnlaget for en rettsutvikling. *Bøhler* gir dessuten



anvisning på at Høyesterett har en rolle med hensyn til å fylle det rommet som ligger i den nasjonale skjønnsmarginen, med de verdiprioriteringer «som ligger til grunn for vår lovgivning og rettsoppfatning».

19. *Bøhler* gir dessuten uttrykk for at Høyesterett ikke ønsker å komme i en situasjon hvor det viser seg at man har bundet opp lovgivningsmakten unødig. Flertallsvotumet i storkammerdommen fra Rt-2009-1118, hvor lagmannsrettene ble pålagt å begrunne beslutninger om å nekte anker etter tvisteloven § 29-13 andre ledd, kan ses i et slikt lys. I stedet for å vise til retten til rettferdig rettergang i EMK artikkel 6, bygget flertallet på lovens system, på lovgiverviljen og på grunnleggende norske prosessprinsipper. Et mindretall på to dommere i Høyesterett mente samme løsningen også fulgte av EMK artikkel 6, noe EMD i en senere sak ga dem rett i, jf. dom 2. oktober 2014 *Hansen mot Norge*.

20. Jeg går da over til den andre inngangen til vårt tema, nemlig Grunnloven. Ved Grunnlovsreformen 2014 fikk vi en ny del E, med en rekke menneskerettsbestemmelser blant annet etter mønster av EMK. Spørsmålet om man burde ha en egen «tolkingsparagraf» ble drøftet både av Lønning-utvalget og av Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité, se Dok. 16 (2011–2012) side 89–90 og Innst. 186 S (2013–2014) side 20. Kontroll- og konstitusjonskomiteen forkastet ideen, og pekte i denne forbindelse blant annet på følgende:

«Avveiningen mellom individuelle rettigheter, eller av slike mot kollektive behov, kan ikke avgjøres en gang for alle, verken av lovgiver eller domstoler. Komiteen er derfor enig med Menneskerettsutvalget i at rettighetene bør ha en mest mulig generell utforming, slik at de kan utfylles politisk og rettslig. Komiteen er videre enig i at noen endelig bestemmelse om hvordan Grunnlovens ulike prinsipper skal tolkes, ikke kan lages. Det er grunnleggende rettighetsteori at prinsipper får sitt nærmere innhold klarlagt nettopp gjennom tolkning i enkelttilfeller.»

21. At rettighetene skal «utfylles politisk og rettslig» viser at stortingskomiteén så for seg en åpen og utviklende tolkningsprosess, ikke en lukket og statisk. Det har i den

forbindelse interesse at komiteen understreket 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». Høyesterett kan på dette bakgrunn vanskelig gjøre noe annet enn å bygge sin praksis på at grunnlovsnormene skal anvendes med sikte på de til enhver tid gjeldende samfunnsforhold, verdisyn, rettsoppfatninger og behov – det man i EMD ville betegne som «present-day conditions». Lønning-utvalget brukte nettopp uttrykket *dynamisk* tolkingstradisjon i denne forbindelse. Jeg har for min del foretrukket å si at Høyesterett må foreta en *samtidsorientert* grunnlovstolking. En slik innstilling er ikke noe nytt i norsk statsrett. Her går linjene langt tilbake både i Høyesteretts praksis, og i annen norsk konstitusjonell praksis.

22. Forholdet mellom grunnlovsrettighetene og konvensjonsrettighetene reiser særlige spørsmål. Lønning-utvalget satte disse i sammenheng med det alminnelige norske *presumsjonsprinsippet*, som, enkelt sagt, går ut på at norsk rett forutsettes å være i samsvar med folkeretten – og også bør søkes tolket i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser. Lønning-utvalget fremhevet dessuten, som en mer generell målsetning, at «rettighetene ikke gis et dårligere vern etter Grunnloven enn konvensjonen, ved å sørge for at konvensjonens minimumsvern ivaretas ved tolkningen av Grunnloven», se Dok. 16 (2011–2012) side 89–90. Utvalget ga også følgende anvisning:

«... Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser ... 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 bestemmelser som utvalget foreslår grunnlovsfestet, finnes mer detaljerte formuleringer i konvensjonene. Disse vil naturlig nok bidra til å kaste lys over forståelsen av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.»

Det sentrale her er at Grunnloven «må tolkes i lys av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og praksis knyttet til disse». Og der konvensjonene går mer detaljert til verks enn Grunnloven, vil konvensjonene «kaste lys over forståelsen av Grunnlovens menneskerettsbestemmelser». Case law fra EMD er naturligvis helt sentral.

23. Høyesterett har i sin praksis etter mai 2014 fulgt opp Lønning-utvalgets anbefaling om å tolke Grunnlovens menneskerettsbestemmelser «i lys av» det internasjonale materialet som er knyttet til menneskerettskonvensjonene. Dette gjelder etter hvert et nokså bredt spekter av rettighetene i del E, fra § 93 om tortur, nedverdiggende eller umenneskelig behandling eller straff, og om forbud mot tvangsarbeid, om retten til personlig frihet i § 94, rettergangsgarantiene i §§ 95 og 96, om beskyttelsen av forsamlings- og foreningsfriheten i § 101, retten til familieliv i § 102 og bestemmelsen om barnets særlige rettigheter i § 104. Det er et gjennomgående trekk ved Høyesteretts praksis her at disse bestemmelsen «kobles sammen» med sine respektive internasjonale forbilder, og at Høyesterett i nokså stor grad angriper grunnlovstolkningen og konvensjonstolkningen i en *integrert prosess*. Av de nyere eksemplene her nevner jeg Høyesteretts dom HR-2017-1124-A, som gjaldt såkalt *trafficking* i form av grov utnyttelse av indiske gjestearbeidere på gartnerier i østlandsområdet. Dommen redegjør nokså utførlig for sammenhengen mellom Grunnloven § 93 andre ledd om tvangsarbeid og det parallelle forbudet i EMK artikkel 4, og om betydningen av Grunnloven og EMK for tolkingen av straffelovens regler om *trafficking*.

24. Høyesterett har også avsagt et knippe meget viktige dommer om vilkårene for å gjøre inngrep i, eller nærmere regulere, grunnlovsrettighetene. Her er jo Grunnloven taus. Første gang Høyesterett adresserte dette var allerede i Rt-2014-1105 (Acta), hvor det ble fremholdt som et gjennomgående krav at et inngrep i grunnlovs-

rettighetene, for å være konvensjonsmessig, må ha *hjemmel i lov*, må forfølge et *legitimt formål* og være *forholdsmessig*. Inspirasjonen fra EMK og EMDs praksis, ligger helt i dagen. Den grunnleggende tenkningen her er stadfestet i flere senere avgjørelser, blant annet i Rt-2015-93 (Maria) og i plenumsdommen HR-2016-2554-P (Holship) – som på dette punktet er enstemmig. I HR-2017-2015-A, som gjaldt Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 og foreldrenes samværsrett med sin sønn etter at det offentlige hadde overtatt omsorgen for ham, heter det i avsnitt 46:

«Bestemmelsene i Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 har et sammenfallende innhold, jf. blant annet HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 81 med videre henvisning til Rt-2015-93 (Maria) avsnittene 57 og 60. Spørsmålet om det kan gjøres inngrep i retten til familieliv, beror etter begge bestemmelsene på om begrensningen har hjemmel i lov, forfølger et legitimt formål og er nødvendig i et demokratisk samfunn – altså om inngrepet etter en bredere vurdering er forholdsmessig.»

25. Det er av interesse for vårt tema at ifølge Høyesteretts dom i Rt-2015-93 (Maria) så går det et visst skille mellom case law fra EMD som allerede var etablert da de aktuelle grunnlovsbestemmelsene ble vedtatt av Stortinget i mai 2014 og *senere case law*: Ettersom Stortinget vedtok grunnlovsreformen under den forutsetning at de nye grunnlovsbestemmelsene skulle tolkes «i lys» av konvensjonsrettslig praksis, er det konstitusjonelt ubetenkelig å bygge på case law som allerede forelå på vedtakstidspunktet. Men Stortinget bandt ikke grunnlovstolkningen til den *fremtidige* rettsutviklingen ved EMD. Senere internasjonal tolkningspraksis har rettskildemessig virkning, men denne virkningen kan være mer avdempet. I dette ligger det et verktøy for Høyesterett, som kan være aktuelt å ty til dersom rettsutviklingen i EMD skulle vise seg å bli mer vidtrekkende enn det Høyesterett mener ville være en forsvarlig tolking av Grunnloven.

26. I forbindelse med dette fremheves det dessuten i *Maria*, og dette blir mitt siste poeng for så vidt gjelder Grunnloven, at det er Høyesterett – ikke de internasjonale

håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser, slik de er vedtatt av Stortinget. Denne presiseringen er nødvendig av konstitusjonelle grunner. Og den er en naturlig konsekvens av Høyesteretts funksjoner som konstitusjonsdomstol, jf. nå også Grunnloven § 89. Uttalelsen viser dessuten at Høyesterett er oppmerksom på sin rolle i det man gjerne omtaler som *dialogen* med de internasjonale håndhevingsorganene: Grunnlovens menneskerettsbestemmelser plasseres som et *nasjonalt omdreiningspunkt*. Lønning-utvalget var inne på Grunnlovens funksjon som redskap for en slik dialog, på en måte som går nokså direkte på EMDs dynamiske og evolutive metode, jf. Dok. 16 (2011–2012) side 51–52:

« ... EMD har høstet kritikk for enkelte av sine avgjørelser ... Mens enkelte mener at EMD er for dynamisk i sin fortolkning av menneskerettighetene ..., 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.»

Det Lønning-utvalget her trekker fram er ikke enestående for Norge. Lignende diskusjoner føres, som vi vet, i en rekke europeiske land, i en tid som er preget av en viss friksjon i samvirket mellom de nasjonale og de internasjonale håndhevingsystemene.

27. Dette bringer meg tilbake til EMDs dynamiske og evolutive metode. Jeg var innledningsvis inne på *Christine Goodwin* fra 2002, hvor EMD styrket konvensjonsvernet for transseksuelle. Dommen gir ikke bare en god inngang til å forstå *grunnlaget* for, og *formålet* med, EMDs

dynamiske og evolutive metode. Dommen gir også en inngang til å diskutere metodens *begrensninger* og *modererende mekanismer* av forskjellig slag. Jeg vil i denne forbindelsen, som avslutning på mitt innlegg – og som oppspill i diskusjonen – nevne *åtte* elementer. De har en viss indre sammenheng, og kan sikkert struktureres, formuleres og prioriteres langs forskjellige linjer. Jeg nøyer meg nå med å legge dem ut mer eller mindre ved siden av hverandre, uten at det er min intensjon å vekte eller konkludere.

28. *For det første*: Ved å tiltre EMK har hver enkelt konvensjonsstat i kraft av sin suverenitet akseptert de grenser som konvensjonen setter. Konvensjonsstatene har, ved å slutte seg til konvensjonen og dens tilleggsprotokoller, også anerkjent EMDs kompetanse til å *tolke* konvensjonen og til å *anvende* den i konkrete klagesaker. Men her går det en grense mot å etablere *nye rettigheter*, eller åpne for *nye unntak*: I storkammerdommen 15. mars 2012 *Austin og andre mot Storbritannia* avsnitt 53, sier EMD dette slik:

« ... as the Court has underlined on many occasions, the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions and of the ideas prevailing in democratic States today ... This does not, however, mean that to respond to present-day needs, conditions, views or standards the Court can create a new right apart from those recognised by the Convention ... or that it can whittle down an existing right or create a new 'exception' or 'justification' which is not expressly recognised in the Convention ... »

Dynamisk og evolutiv tolking kan utfordre disse grensene, og dermed også legitimiteten av EMDs praksis *vis-à-vis* det folkerettslige hjemmelsgrunnlaget og *vis-à-vis* de enkelte konvensjonsstatene.

29. *For det andre*: Tolkingen av EMK skal skje i tråd med folkerettslige metode, slik denne kommer til uttrykk i Wien-konvensjonen om traktatretten fra 1969, og er utviklet av EMD i tilknytning til EMK spesielt. Hva dette nærmere innebærer, illustreres av storkammerdommen 8. november 2016 *Magyar Helsinki Bizottság mot Ungarn* avsnitt 118–125. I dommen slår EMD fast at EMK artikkel

10 om ytrings- og informasjonsfrihet også kan omfatte *innsyn* i dokumenter og annen informasjon hos det offentlige. Konklusjonen er et resultat av en dynamisk tolking av artikkel 10, med stor vekt på den øvrige europeiske rettsutviklingen. Poenget med å nevne denne dommen nå er imidlertid at den på en talende måte viser *at og hvordan* dynamisk og evolutiv tolking nettopp er en *juridisk metode*. Den viser samtidig, gjennom to særavtala og én dissens fra i alt 6 av de 17 dommerne, at det blant dommerne er forskjellige syn på innholdet i denne metoden og på hvor vide rammer den gir for rettsutvikling.

30. *For det tredje*: Betydningen av en konsistent praksis er fremhevet i *Brighton-erklæringen* fra 2012. En side av dette er behovet for å unngå *utilsiktet* sprik over tid eller mellom kamrene. Men også en *overveiet* dynamisk og evolutiv tolkning innebærer at praksis blir mindre konsistent. Forutsigbarheten reduseres. Dette har en pris: Jo oftere EMD fraviker tidligere prejudikater, og jo større sprangene er, jo mindre autoritet får det enkelte prejudikat, jo mer usikker blir den nasjonale anvendelsen av EMK.
31. *For det fjerde*: Rettsutvikling gjennom prejudikater, vil – i tillegg til fremtidsvirkningen – kunne ha et preg av *tilbakevirkning*. En konvensjonsstat kan bli dømt for brudd på EMK, basert på en tolking som er ny og utvidet sammenlignet med den som staten måtte kunne legge til grunn da det påklagede forhold fant sted. Det nasjonale etterarbeidet i kjølvannet av slike dommer kan være temmelig utfordrende og kreve store ressurser. Dom 13. juni 1979 *Marckx mot Belgia* avsnitt 58 viser for øvrig at EMD vil kunne avdempe dette, og redusere usikkerhet om dommens rekkevidden i tid, ved å klargjøre skjæringstidspunktet i dommen.
32. *For det femte*: I praksis vil dynamisk og evolutiv tolking oftest innebære en utvidelse eller styrking av det materielle vernet. Dette vil kunne generere nye klager – dels fordi antallet potensielle krenkelser øker, og dels fordi

opplevelsen av at vernet stadig utvides vil kunne trekke til seg klagere med forhåpninger om at nettopp deres sak vil danne utgangspunktet for ytterligere utvidelse. Å gå tilbake på en utvikling – å redusere rekkevidden av konvensjonens rettigheter og friheter – er uansett en betydelig vanskeligere øvelse enn å la være å utvide i første omgang.

33. *For det sjette:* EMK er en felleseuropeisk rettslig plattform. Men det er i dag 47 konvensjonsparter, mot 14 de første årene. Retten i hvert enkelt medlemsland er et historisk, sosialt, kulturelt og psykologisk fenomen – den er en del av landets identitet og et uttrykk for verdier. Den europeiske rettsutviklingen, også den som skjer gjennom EMDs prejudikater, må anerkjenne denne mangfoldigheten. Forestillingen om en «felles europeisk standard» bør ikke strekkes over evne, verken som grunnlag for rettsutvikling eller som målsetning for denne. Det er grunn til å minne om at vi snakker om å tolke konvensjonen i lys av «present-day conditions». Den dynamiske og evolutive tolkningsmetoden er altså primært forankret i *samtiden*. Den er mer problematisk dersom den benyttes som verktøy for å *foregripe* endringer i fremtiden, eller til å drive slike endringen frem.
34. *For det syvende:* Demokrati er en grunnpilar for samarbeidet i Europarådet. Og EMK skal, slik også EMD har fremhevet i en rekke sammenhenger, beskytte og fremme de demokratiske beslutningsprosesser, nasjonalt og internasjonalt. Det ligger i dette at politiske beslutninger – i enkeltspørsmål og i de lange linjene – i første rekke tas av *demokratisk valgte*, og *demokratisk ansvarlige, politikere*, ikke av internasjonale dommere. Erfaring viser at domstoler som trer langt inn på den politiske arena i egentlig forstand, over tid risikerer å ende i en eksistensiell hengemyr og miste tillit.
35. *For det åttende:* Også nasjonale domstoler driver rettsutvikling. Men skulle parlamentet mene at det går for vidt, så kan det gripe inn med ny lovgivning. I



Europarådet er det ingen lovgiver som på lignende måte kan gripe inn. Det kan argumenteres for at forutsetningen om at konvensjonen, fordi man ikke har noen lovgiver, må holdes i live gjennom dynamisk og evolutiv tolking, er kombinert med en forutsetning om at EMD, av samme grunn, også utviser rettspolitisk selvbeherskelse.