

GRUNNLOVSFORSLAG 34, 36 OG 37 (2019-2020): FORSLAG TIL NY § 113 A OG § 113 B I GRUNNLOVEN OM Å KODIFISERE BEGRENSNINGS- OG DEROGASJONSADGANG

Den norske dommerforening organiserer embetsdommere i de alminnelige domstolene, i alle instanser. Foreningens formål er å verne rettsstaten og å samle dommere til felles arbeid for deres interesser og oppgaver for reformer innen rettslivet. Dommerforeningens høringsarbeid er organisert i fagutvalg. Denne høringsuttalelsen er forberedt og avgitt av fagutvalget for menneskerettigheter.

Forslag til ny § 113 a om å kodifisere begrensingsadgangen i Grunnlovens menneskerettigheter

Forslagsstillerne Christensen, Vågslid og Kolberg har i Grunnlovsforslag 36 (2019-2020) foreslått at det tas inn en ny § 113 a i Grunnloven som kodifiserer «den begrensingsadgang i Grunnlovens menneskerettigheter som domstolene legger til grunn». Den foreslåtte ordlyden er:

«Enhver begrensning av en rettighet i denne grunnlov må være fastsatt ved lov, være forholdsmessig og respektere kjernen i den enkelte rettighet.

Det kan ikke i noe tilfelle gjøres begrensninger etter foregående ledd i §§ 93, 94, 95, 96, 100 fjerde ledd første punktum og 105. Tilsvarende gjelder for § 97 ved spørsmål om straff.»

Menneskerettighetsutvalget i Den norske dommerforening er i prinsippet enig i at det kan være nyttig at adgangen til å gjøre inngrep i menneskerettighetene fremgår direkte av Grunnlovens ordlyd. Dette bidrar til å avklare rettighetenes innhold, gjøre dem mer tilgjengelige i samfunnet og ivareta Grunnlovens troverdighet.

På den annen side er det allerede i dag klart at rettighetene i praksis ikke gjelder uten begrensninger. Høyesterett har innfortolket inngrepsadgangen i Grunnloven i flere saker. Blant annet i Maria-saken, Rt-2015-93, er inngrepsadgangen i Grunnlovens § 102 formulert i tråd med EMK artikkel 8 nr. 2. Det uttales blant annet i Rt-2015-93 avsnitt 60:

«(...) [G]runnlovsvernet kan ikke være – og er heller ikke – absolutt. I tråd med de folkerettslige bestemmelsene som var mønster for denne delen av § 102, vil det være tillatt å gripe inn i rettighetene etter første ledd første punktum dersom tiltaket har tilstrekkelig *hjemmel*, forfølger et *legitimt formål* og er *forholdsmessig*, jf. Rt-2014-1105 avsnitt 28. Forholdsmessighetsvurderingen må ha for øye balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre.»

Det er derfor ikke noe umiddelbart behov for å grunnlovsfeste begrensingsadgangen.

Menneskerettighetsutvalget har dessuten flere betenkeligheter knyttet til utformingen av forslaget til en slik bestemmelse.

Vilkårene for inngrep er formulert på en måte som avviker fra formuleringen av tilsvarende bestemmelser i den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK). I EMK artiklene 8, 9, 10 og 11 og protokoll 4 artikkel 2 (retten til privatliv og familieliv, retten til religionsfrihet, ytringsfriheten, organisasjonsfriheten og bevegelsesfriheten) er inngrepsvilkårene formulert til et krav om lovhome, at inngrepet tilgodeser et av de opplistede formålene, og at inngrepet er «nødvendig i et demokratisk samfunn». Vilkårenes innhold er i stor grad utpenslet gjennom langvarig praksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD), og oppsummeres gjerne til et krav om

lovhjemmel, legitim formål og forholdsmessighet, slik Høyesterett gjorde i Maria-saken. Inngrepsadgangen er ikke likelydende i de nevnte bestemmelsene, da det varierer noe hvilke legitime formål som er listet opp. Uansett er det slik at det kun er enkelte, bestemte formål som er tillatt. Forslaget til ordlyd til ny § 113 a tar ikke opp i seg begrensningen i hvilke formål som et inngrep kan tilgodese.

I forslaget til ny § 113 a i Grunnloven er det samtidig satt inn som selvstendig vilkår at inngrepet må «respektere kjernen i den enkelte rettighet». Det samme vilkåret gikk fram av et lignende forslag til bestemmelse om begrensning i menneskerettighetene framsatt av Lønning-utvalget, jf. Dok 16 (2011-2012). Forslaget ble begrunnet slik på side 73 annen spalte:

«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.»

Vilkåret går ikke fram av EMK artiklene 8-11 og TP 4-2. Menneskerettighetsutvalget kan heller ikke se at vilkåret «respektere kjernen i den enkelte rettighet» er lagt til grunn av EMD ved siden av kravet til lovhemmel, formål og forholdsmessighet. Vilkåret peker i retning av derogasjonsadgangen, som handler om nødstilstander hvor rettigheter tilsidesettes, og ikke inngrepsadgangen som til enhver tid skal gjelde i avveiningen av rettigheter.

Dersom et inngrep går inn i kjernen i rettigheten, vil dette uansett ha betydning i forholdsmessighetsvurderingen. Samtidig er det ikke prinsipielt utelukket å gjøre inngrep i kjernen i en rettighet, dersom dette er lovbestemt, har et legitimt formål og er forholdsmessig. Dette er nok først og fremst aktuelt der inngrepet gjøres av hensyn til andres rettigheter. Et aktuelt eksempel er fratakelse av omsorgen for et barn, eventuelt også av foreldreansvaret. Det kan hevdes at dette griper inn i kjernen i retten til familieliv, jf. EMDs storkammerdom 10. september 2019 *Strand Lobben m.fl. mot Norge*, der det i avsnitt 202 heter at det sosiale fellesskapet mellom foreldre og barn utgjør «a fundamental element» av retten til familieliv.

Menneskerettighetsutvalget vil også bemerke at Grunnloven allerede inneholder en inngrepshjemmel for så vidt gjelder § 100 om ytringsfrihet, som bør vurderes tilpasset en generell inngrepshjemmel.

Videre vil Menneskerettighetsutvalget peke på at Grunnloven inneholder en rekke andre rettigheter utenom retten til privatliv og familieliv, retten til religionsfrihet, ytringsfriheten, organisasjonsfriheten og bevegelsesfriheten. Inngrepsadgangen i disse andre rettighetene varierer, og vurderingen vil ikke nødvendigvis skje gjennom samme tilnærming. Et eksempel er Grunnloven § 104 om barnets rettigheter. Det er ikke gitt at de samme vilkårene kan anvendes for de ulike elementene i § 104. Andre eksempler er § 97 når det gjelder tilbakevirkning av lov som ikke gjelder straff og § 98 om likebehandling og diskriminering. Forslaget til inngrepshjemmel passer heller ikke på de sosiale, kulturelle, økonomiske og kollektive rettighetene som går fram av §§ 108-112.

Menneskerettighetsutvalget mener på denne bakgrunn at det oppstår flere utfordringer knyttet til den inngrepshjemmelen som er foreslått. Det vil være en risiko for at grensen for inngrep i rettigheten settes et annet sted i Grunnloven enn etter EMK – både mer og mindre vidtrekkende, avhengig av hvordan Grunnlovens inngrepsbestemmelse tolkes og hvilken bestemmelse det er tale om. Menneskerettighetsutvalget legger til grunn at Grunnloven ikke skal kunne tolkes slik at den åpner for unntak i større omfang enn EMK og andre konvensjoner om menneskerettigheter som Norge har sluttet seg til, og dermed for at Norge skal kunne bryte sine internasjonale forpliktelser. Siden EMK etter menneskerettsloven har forrang foran lov, vil EMK uansett måtte legges til grunn der denne stiller strengest krav.

Etter menneskerettighetsutvalgets syn gir det foreliggende forslaget ikke grunnlag for en god avgrensning av rekkevidden av Grunnlovens bestemmelser om menneskerettigheter. Spørsmålet bør utredes videre med sikte på å utforme et forslag til regulering på grunnlovs nivå som i større grad sikrer forutsigbare og faste avgrensninger av rettighetene.

Det bør da utredes om det finnes alternativer som i større grad ivaretar både hensynet til at inngrepsadgangen blir synlig, og til at adgangen samsvarer med de internasjonale forpliktelsene. Vi vil i denne sammenheng nevne et par alternative løsninger som kan utredes nærmere. For å unngå en forskjell opp mot EMK, som samtidig gir leseren av Grunnloven informasjon om at mange av rettighetene ikke er uten begrensninger, er det en mulighet å gi en grunnlovsbestemmelse om at det kan gjøres inngrep i opplistede bestemmelser, men bare såfremt dette skjer gjennom lov, og innenfor de begrensninger som følger av § 92. Et annet alternativ kan være å begrense en inngrepshjemmel til de bestemmelsene som har en uttrykkelig inngrepshjemmel etter EMK – altså retten til privatliv og familieliv, religionsfriheten, ytringsfriheten, organisasjonsfriheten og bevegelsesfriheten, og utforme inngrepsadgangen tilsvarende.

Forslag til ny § 113 b om å grunnlovsfeste derogasjon

Forslagsstillerne Schytz, Grimstad og Grande har i Grunnlovsforslag 34 (2019-2020) foreslått at det tas inn en ny § 113 b i Grunnloven som lyder slik:

Alternativ 1:

«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 ikke i noe tilfelle treffes beslutning om å fravike §§ 16 første punktum, 93 og 96. Tilsvarende gjelder for § 97 ved spørsmål om straff.»

Alternativ 2:

«Ved nødstilstand som truer riket, skal menneskerettighetene i denne grunnlov sikres ved at enhver fravikelse skal kunngjøres av statens myndigheter, at fravikelser kun skal forekomme i den utstrekning situasjonen gjør det strengt nødvendig, og at §§ 16 første punktum, 93 og 96 aldri skal fravikes. Tilsvarende gjelder for § 97 i spørsmål om straff.»

Alternativ 2 er også foreslått av forlagsstillerne Christensen, Vågslid og Kolberg i Grunnlovsforslag 37 (2019-2020). I begge forslagene er det tatt inn et siste alternativ hvor derogasjonsadgangen plasseres som § 113 a.

Alternativ 1 er i samsvar med Menneskerettighetsutvalgets forslag til § 116, jf. Dokument 16 (2011-2012 side 90 flg, og alternativ 2 er basert på en skisse utarbeidet av Norges Institusjon for menneskerettigheter (NIM) sendt til Stortingets justiskomite i brev av 2. juni 2020, jf. Grunnlovsforslag 34.

Menneskerettighetsutvalget er enig i at adgangen til å gjøre unntak fra menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven bør grunnlovsfestes.

En kodifisering kan sikre klarere rammer for derogasjon enn det som følger av konstitusjonell nødrett, og bidra til å hindre misbruk. Menneskerettighetene representerer grunnleggende rettigheter i en rettsstat, og det må foreligge en kvalifisert alvorlig og akutt situasjon som gjør det nødvendig å tilsidesette rettighetene i en begrenset periode.

Den nærmere utformingen av derogasjonsbestemmelsen bør etter menneskerettighetsutvalgets syn ligge tettest mulig opp til formuleringen i tilsvarende bestemmelser i EMK artikkel 15 og SP artikkel 4. Rettspraksis fra EMD kan være en viktig rettskilde for å avklare innholdet i derogasjonsbestemmelsen og bidra til at den ikke tolkes mer vidtrekkende enn den er ment som.

EMK 15 nr.1 og 2 lyder:

«1. Under krig eller annen offentlig nødstilstand som truer nasjonens liv, kan enhver høy Kontraherende Part treffe tiltak som fraviker dens plikter ifølge denne konvensjon i den utstrekning situasjonens krav gjør det strengt nødvendig, forutsatt at slike tiltak ikke er uforenlige med dens andre plikter etter internasjonal rett.

2. Intet fravik fra artikkel 2, unntatt med hensyn til død som følger av lovlige krigshandlinger, eller fra artiklene 3, 4 (avsnitt 1) og 7 skal bli gjort etter denne bestemmelse»

Etter menneskerettighetsutvalgets syn er ordlyden i grunnlovsforslaget alternativ 2 nærmest bestemmelsen i EMK art 15 nr. 1. Det sentrale vilkåret for derogasjon er her «strengt nødvendig». Ordlyden «åpenbart nødvendig» i alternativ 1 kan forstås på samme måte, jf. Dokument 16 (2011-2012) på side 96, men en avvikende ordlyd kan medføre tolkningstvil og redusere muligheten for å benytte EMD-praksis som rettskilde.

Menneskerettighetsutvalget er enig i derogasjonsbegrensningene, som er like for begge alternativer. Det kan aldri gjøres begrensninger i rettighetene som følger av Grunnlovens § 16 første punktum (religionsfriheten), § 93 (retten til liv, forbudet mot tortur og annen umenneskelig behandling, forbudet mot tvangsarbeid), § 96 og § 97 (lovskravet og tilbakevirkningsforbudet i strafferetten). Disse absolutte skrankene for derogasjon er svært viktige, og må tolkes i samsvar med tilsvarende bestemmelser i EMK art 15 og SP art 4.

Menneskerettighetsutvalget vil imidlertid bemerke at det på dette punktet er enkelte forskjeller mellom EMK og SP. Etter SP artikkel 4 nr. 2 er det flere bestemmelser som ikke kan fravikes under en nødstilstand enn dem som er nevnt i EMK artikkel 15 nr. 2. Noen av disse er ikke direkte omhandlet i Grunnloven, jf. artikkel 11 om gjeldsfengsel og artikkel 16 om retten til å bli anerkjent som person. Etter SP artikkel 4 nr. 2 er i tillegg artikkel 18 om religionsfriheten unntatt. Dette unntaket er tatt inn i forslaget gjennom henvisningen til Grunnloven § 16 første punktum. Menneskerettighetsutvalget vil støtte at dette tas inn selv om det samme unntaket ikke går fram av EMK. Det avgjørende må være den konvensjonen Norge har sluttet seg til som stiller de strengeste vilkårene. Vi vil imidlertid samtidig vise til at i motsetning til SP artikkel 18 (og EMK artikkel 9), har ikke Grunnloven § 16 noen alminnelig inngrepshjemmel – se her drøftelsen ovenfor. Den manglende adgangen under en nødstilstand til å fravike religionsfriheten må forstås slik at friheten ikke kan settes til side ut over de

alminnelige vilkårene for inngrep i denne, og som må forstås å ligge implisitt i § 16, uavhengig av om det innføres en generell inngrepshjemmel.

Fagutvalg for menneskerettigheter
v/ leder Anne Horn