



Justis- og beredskapsdepartementet
(Levert elektronisk på www.regjeringen.no)

Deres 19/3715
Vår referanse: 2017/60-61
Dato: 19/12/2019

Høringssvar – NOU 2019: 13 Når krisen inntreffer

1. Innledning

Vi viser til Justis- og beredskapsdepartementets høringsbrev av 22. august 2019 der NOU 2019:13 blir sendt på høring.

Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) har som hovedoppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig, jf. lov om Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter § 1 annet ledd. NIM skal blant annet gi råd til regjeringen og andre offentlige organer om gjennomføringen av menneskerettighetene, jf. loven § 3 første ledd bokstav b. I dette ligger det særlig at NIM skal komme med innspill i lovgivningsprosesser som berører menneskerettighetene.¹ NIMs rolle vil primært være å foreta en vurdering av hvordan de foreslåtte lovendringene forholder seg til Norges menneskerettslige forpliktelser. Det er i utgangspunktet ikke NIMs oppgave å uttale seg om hensiktsmessigheten av forslaget.

2. Kort om forslaget

Utvalget foreslår en sektorovergripende fullmaktshjemmel for forvaltningen regulert i en egen krisefullmaktslov. Formålet er å legge til rette for en forsvarlig og effektiv håndtering av «ekstraordinære kriser» i den hensikt å ivareta «kritiske samfunnsfunksjoner» eller «tungtveiende samfunnsinteresser» jf. § 1. Loven gir altså Kongen i statsråd adgang til å gi midlertidige forskrifter som kan supplere, utfylle eller fravike annen lovgivning i

¹ Innst. 2016 L (2014–2015) s. 3.

ekstraordinære krisesituasjoner, under den forutsetning at situasjonen ikke kan håndteres innenfor gjeldende reguleringer og det er «fare ved opphold» jf. § 4 første ledd. Ekstraordinære kriser er i § 3 definert som situasjoner hvor «kritiske samfunnsfunksjoner» eller «tungtveiende samfunnsinteresser er truet». Slike trusler kan etter forslaget eksempelvis skyldes «omfattende naturkatastrofer, terrorhandlinger, pandemier eller hybride hendelser». Forskriften kan ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å håndtere krisen, jf. § 4 annet ledd. Den kan ikke fravike regler i Grunnloven, og innskrenking av rettigheter kan bare skje «så langt det er forenlig med Grunnloven og konvensjoner som etter menneskerettsloven gjelder som norsk lov» jf. § 4 tredje ledd siste punktum.

Den sektorovergripende fullmaktshjemmelen er altså ment å ramme inn forvaltningsrettslig nødrettsutøvelse og fungere som et supplement til allerede eksisterende fullmakts- og suspensjonshjemler i sektorlovgivningen. Behovet for en slik forskriftsfullmaktshjemmel begrunnes i forutsigbarhets- og rettssikkerhetshensyn. Gjennom utforming av klare materielle og prosessuelle vilkår for forvaltningsrettslig nødrettsutøvelse er tanken å redusere myndighetenes handlingsrom med hensyn til hvilke beslutninger som kan legitimeres ut fra ulovfestet nødrett. Dessuten ønsker man å styrke den demokratiske legitimiteten av myndighetenes styring i en krisesituasjon ved at Stortinget som lovgiver vil bidra til å fastsette vilkår og betingelser for nødrettens anvendelse.²

3. Overordnet om behovet for en sektorovergripende fullmaktshjemmel

Som nevnt skal NIM vurdere eventuelle menneskerettslige konsekvenser av lovforslag. Det ligger som utgangspunkt ikke til oss å vurdere hensiktsmessigheten av forslaget, i dette tilfellet behovet for en lov om særlige fullmakter ved ekstraordinære kriser.

Når det er sagt, har NIM for lite kunnskap til å kunne vurdere hvilket behov man egentlig har for en hjemmel som den foreslåtte. Det eksisterer allerede en omfattende beredskapslovgivning tilknyttet ulike forvaltningssektorer, som utvalget gjennomgår i utredningen kapittel 7. Disse beredskapshjemlene vil kunne suppleres av nødrett der terskelen for dette er nådd. Spørsmålet er altså om hjemmelsbehovet i ekstraordinære krisesituasjoner allerede er dekket i gjeldende lovgivning.

Den sentrale innvending mot å lovfeste en generell fullmaktshjemmel, er risikoen for at loven vil bidra til å *utvide* den utøvende makts handlingsrom i tilfeller av ekstraordinære kriser som truer kritiske samfunnsfunksjoner og tungtveiende samfunnsinteresser, snarere enn å *begrense* dette handlingsrommet. Bekymringen er at hjemmelen kan brukes til å legitimere unntak fra normallovgivning og således åpne for maktmisbruk.

² Utredningen punkt 11.2.1 s. 101.

Generelt er NIM av den oppfatning at det er bedre å ha klare rammer for hva myndighetene kan og ikke kan gjøre i situasjoner der alternativet er å benytte seg av ulovfestet nødrett. Situasjoner som nødvendiggjør fravikelse av gjeldende reguleringer representerer en fare for tilsidesettelse av alminnelige demokratiske spilleregler. Da er det viktig at det finnes rettslige materielle og prosessuelle skranker som muliggjør en effektiv kontroll med nødvendigheten av de tiltak man tar i bruk som ledd i nødretten. Klare betingelser for nødrettsutøvelsen kan virke ikke bare begrensende, men også befordrende på en nødvendig måte: De kan ha den virkning at man i en krisesituasjon unngår handlingslammelser fra myndighetenes side som følge av uvisshet om hvor myndighetsgrensene går.

Utvalget konkluderer med at det er flere fordeler enn ulemper med en sektorovergripende fullmaktshjemmel som supplerer øvrig beredskapslovgivning innenfor de ulike sektorene. Forutsetningen er nettopp at hjemmelen inneholder klare og konkrete materielle og prosessuelle skranker for anvendelse.

Det er ikke klart ut fra utredningen hvor påtrengende behovet for en slik hjemmel faktisk er. Vår videre drøftelse er imidlertid gjort ut fra en forutsetning om at et slikt behov foreligger. Vi vil likevel understreke, slik utvalget også gjør, at spørsmålet om hvorvidt det er ønskelig med en slik krisefullmaktslov er en politisk beslutning som må treffes etter en grundig avveining av fordeler og ulemper ved å konkretisere nødrettsutøvelse gjennom lovgivningen.³

4. Utgangspunktet: loven ligger innenfor menneskerettslige rammer

Slik vi ser det, vil lovforslaget som utgangspunkt ikke utfordre forholdet til menneskerettighetene, all den tid det heter i loven at «Forskriften kan ikke fravike regler i Grunnloven.» og «Innskrenking av rettigheter kan bare gjøres så langt det er forenlig med Grunnloven og konvensjoner som etter menneskerettsloven gjelder som norsk lov.», jf. lovutkastet § 4 tredje ledd.

Slik vi leser bestemmelsen betyr dette at innskrenkninger i menneskerettighetene også i situasjoner av ekstraordinær krise må gjøres på de vilkår som de ulike menneskerettsinstrumentene som er gjort til en del av norsk lov uansett åpner for. I utgangspunktet innebærer dette at hjemmelen bare kan brukes til å begrense menneskerettigheter når inngrep har hjemmel i lov, er nødvendige for å ivareta et legitimt formål og ikke griper mer inn i rettigheten enn det som er forholdsmessig sett hen til det legitime formålet. Det samme gjelder for begrensning av Grunnlovens menneskerettigheter. Vi forstår det slik at bestemmelsen er ment å tilfredsstille lovskravet, som en generell, «åpen» hjemmel som må være åpen nettopp fordi typen av krisesituasjon kan kreve dette, men at de øvrige inngrepsvilkår – nødvendighet og

³ Utredningen s. 21.

proporsjonalitet – må vurderes konkret for hvert enkelt inngrep også i en situasjon av ekstraordinær krise. Følgelig er lovforslaget ikke ment å røkke ved den inngrepsadgang som allerede eksisterer for de menneskerettighetsbestemmelser Høyesterett har innfortolket at følger av Grunnloven⁴ og inkorporerte konvensjoner.

Vi leser videre bestemmelsen slik at *derogasjon* fra nevnte rettigheter bare kan skje dersom terskelen for derogasjon i henhold til de inkorporerte menneskerettskonvensjoner er nådd, og at fravikelse av Grunnlovens menneskerettigheter bare kan skje som ledd i utøvelse av konstitusjonell nødrett.

Bestemmelsen aktualiserer imidlertid noen spørsmål:

- i) For det første: eksisterer det i det hele tatt en ulovfestet forvaltningsrettslig nødrett, som lar seg regulere og konkretisere gjennom en generelt utformet fullmaktslov?
- ii) For det andre: hva er forholdet mellom nødrettsadgangen etter henholdsvis krisefullmaktsloven, derogasjon etter EMK og SP og den konstitusjonelle nødretten?

Det første spørsmålet kommenteres kort i punkt 5. Vi har noen flere kommentarer til spørsmål to i punkt 6.

5. Om den ulovfestede forvaltningsrettslige nødrett

5.1. Forvaltningsrettslig nødrett som selvstendig kompetansegrunnlag?

Lovforslaget åpner altså for å kunne fravike et krav om spesifikk hjemmel i hver enkelt situasjon, men en slik fravikelse må likevel være nødvendig og forholdsmessig. Eksistensen av et slikt kompetansegrunnlag er en forutsetning for at det i det hele tatt skal være mulig å hjemle adgang til å fravike/suspendere rettigheter.

NIM mener at hvis en slik lov faktisk bidrar til å konkretisere, ansvarliggjøre og sette rammer for forvaltningens nødrettsutøvelse vil dette kunne styrke borgernes rettsikkerhet. Dette bygger imidlertid på en forutsetning om at fenomenet forvaltningsrettslig nødrett faktisk lar seg ramme inn på denne måten. NIM har ikke hatt anledning til å studere rettskildematerialet omkring forvaltningsrettslig nødrett som kompetansegrunnlag, men vi registrerer at dette er sparsomt.⁵ En klargjøring av

⁴ Det eksisterer ingen inngrepsadgang i Grunnloven tilknyttet dens menneskerettighetsbestemmelser. En begrensingsadgang er imidlertid innfortolket av Høyesterett, Se feks. Rt.2015 s. 93 avsnitt 60, hvor Høyesterett innfortolket adgangen til å gjøre inngrep i retten til respekt for privat- og familieliv etter Grunnloven § 102, etter mønster fra tilsvarende inngrepsadgang getter hhv. EMK artikkel 8 og SP artikkel 17.

⁵ Utvalget viser særlig til en tolkningsuttalelse fra Lovavdelingen JDLOV-2004-1843 punkt 1, med videre henvisninger til Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett, 5. utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn*, Oslo 2004, s. 183 og

tilgjengelige kilder for forvaltningsrettslig nødrett som selvstendig kompetansegrunnlag kan bidra til å styrke legitimiteten for en eventuell lovhjemmel for slik nødrettsutøvelse. Samtidig vil det være av relevans å få avklart grensene for slik nødrett så langt det lar seg gjøre, og hvordan slik nødrettsutøvelse står i forhold til både derogasjon etter menneskerettslovens inkorporerte konvensjoner og den konstitusjonelle nødretten.

Når det er sagt, er NIM av den oppfatning at de prosessuelle vilkår som oppstilles for hjemmelen er egnet til å begrense heller enn å utvide nødrettsutøvelsen. Både avgrensningen av kompetansespørsmålet, de foreslåtte tidsbegrensningsreglene (herunder de absolutte begrensningene knyttet til forlengelse og gjentakelse jf. forslaget § 5) samt reglene for parlamentarisk kontroll med fullmakten (blant annet Stortingets kompetanse til «enhver tid» å treffe vedtak om opphevelse med en tredjedel av stemmene, jf. § 6 annet ledd) angir helt nødvendige avgrensninger for forskriftskompetansen.

Gitt disse prosessuelle mekanismene vil en generell fullmaktshjemmel kunne bidra til å gi økt tydelighet, forutberegnelighet, og tilgjengelighet for forvaltningens adgang til å handle i nødrettssituasjoner. Vi ser imidlertid behov for noen ytterligere presiseringer:

Adgangen til å gi forskrift som avviker fra gjeldende lovgivning bryter med maktfordelingen og Grunnlovens system der det er Stortinget som har lovgivningskompetanse. For dem som er innforstått med dette, er det derfor klart ut fra sammenhengen at lovforslagets § 4, tredje ledd, første punktum må forstås som at forskriften ikke kan fravike regler i Grunnloven *bortsett fra kompetansereglene i §§ 76 flg.* Alle er ikke like innforstått med dette, og vi ber departementet vurdere om det derfor av hensyn til pedagogikk og sammenheng kan være et poeng å presisere nettopp dette i lovteksten.

6. Om forholdet mellom tersklene for ulike typer nødrettsrammer

6.1. Ulike innslagspunkter

Ulike hjemler for å fravike lovgivning har ulike innslagspunkter. Det er ikke gitt at disse tersklene er sammenfallende. Dersom man legger til grunn at det vil øke rettsikkerheten å ramme inn nødrettsbruk for forvaltningen i lov fremfor å la dette forbli basert på ulovfestet rett, blir spørsmålet hva som er innslagspunktet for anvendelsen av en slik hjemmel.

Grunnen til at dette spørsmålet oppstår, er at fullmaktshjemmelen er én blant flere hjemler som gir adgang til unntak fra normallovgivningen: herunder forvaltningsrettslig nødrett, derogasjon og konstitusjonell nødrett. Hvis man ser disse for seg som trinn på en

en festskriftartikkel fra Johan Greger Aulstad «Bør en større del av den alminnelige forvaltningsretten lovreguleres?» i: Torstein Frantzen m.fl. (red.), *Rett og toleranse. Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007, på s. 600-601.

skala, antar vi at laveste innslagspunkt på denne skalaen vil være ved derogasjon.⁶ Der nest kommer den ulovfestede forvaltningsrettslige nødretten – som nå er nærmere definert (ikke uttømmende) i lovforslaget. Spørsmålet er hvordan dette trinnet forholder seg til det neste trinnet som er den konstitusjonelle nødrett og/eller beredskapsloven.⁷

Praksis fra EMD og SP omkring henholdsvis EMK artikkel 15 og SP artikkel 4 legger til grunn at innslagspunktet for derogasjon ligger lavere enn ved krig/krigslignende tilstander – altså lavere enn den konstitusjonelle nødrett. Derogasjon etter menneskerettighetskonvensjonene kan slå inn etter samme, eller endatil lavere, terskel enn den som utvalget nå foreslår for en sektorovergripende krisefullmaktslov. For å illustrere dette, vil vi i det følgende kort redegjøre for innslagspunktet for henholdsvis derogasjon etter EMK artikkel 15, terskelen for konstitusjonell nødrett, samt terskelen for den foreslåtte krisefullmaktshjemmelen, slik vi forstår denne.

(i) Innslagspunkt for derogasjon

Av EMK artikkel 15 nr. 1 følger det at derogasjon kan skje i tilfelle av «war» eller «other public emergency threatening the life of the nation». Med andre ord kan også en annen offentlig nødstilstand enn krig gi grunnlag for derogasjon, såfremt den er egnet til å true nasjonens liv. Hva en slik «other public emergency» egnet til å true nasjonens liv kan være, ble definert i en tidlig sak av Den europeiske menneskerettighetskommisjon, i den såkalte Hellas-saken. Her ble det stilt opp fire kumulative vilkår: i) faren måtte være overhengende («actual or imminent»), ii) den måtte gjelde hele territoriet («must involve the whole nation»), iii) samfunnet som helhet måtte være truet og iv) faren måtte være «exceptional».⁸

EMD har imidlertid senere gått bort fra denne strenge kumulative vurderingen. Praksis omkring artikkel 15 har vist at domstolen i liten grad overprøver statenes egne vurderinger av *hva* som «truer nasjonens liv», men derimot ofte prøver forholdsmessighetene av *tiltakene* som statene iverksetter for å bøte på krisen.⁹ Det kreves for eksempel ikke at nødstilstanden «must involve the whole nation».¹⁰ Det sentrale spørsmålet for EMD synes å være hvorvidt det foreligger en overhengende og eksepsjonell trussel mot samfunnets normale funksjonsdyktighet.¹¹ De siste årene har

⁶ Dette fordi krisefullmaktsloven krever at hendelser som truer kritiske samfunnsfunksjoner eller tungtveiende samfunnsinteresser må ha begynt å manifestere seg, jf. merknadene til § 3, utredningen s. 120-121. mens EMD har akseptert at potensielle farer (som terror) kan være tilstrekkelig til at terskelen er nådd. Dette kommer vi nærmere inn på under.

⁷ NIM vil ikke gå inn på eventuelle forskjeller for innslagspunktet for disse to grunnlagene for å fravike lovgivning.

⁸ Kommisjonsrapport i Hellas-saken, avs. 153.

⁹ Se for eksempel *Aksoy v. Tyrkia* (21987/93) og *A m.fl. v. Storbritannia* (3455/05).

¹⁰ Se f.eks *Irland v. Storbritannia* (5310/71) hvor Storbritannia derogerte fra visse rettigheter etter EMK som følge av de mange terroranslagene og den overhengende terrortrusselen IRA i Nord-Irland representerte. EMD aksepterte her at det forelå en nødstilstand, selv om trusselen ikke rettet seg mot Storbritannia som et hele.

¹¹ *Irland v. Storbritannia* (5310/71) og *Aksoy v. Tyrkia* (21987/93).

menneskerettsdomstolen funnet tilstandsvilkåret oppfylt også der statens begrunnelse skyldes for eksempel potensielle trusler om internasjonal terrorisme.¹² I saken *A m.fl. v. Storbritannia* uttalte EMD at «imminent» ikke kunne forstås så snevert som at katastrofen må ramme før det kan iverksettes virkemidler for å håndtere denne. I forlengelsen av dette ble det ansett å foreligge en nødssituasjon selv om statens institusjoner ikke var direkte truet.¹³

(ii) Innslagspunkt for konstitusjonell nødrett

Hva gjelder den konstitusjonelle nødretten, er rettskildematerialet omkring innholdet av og forutsetningene for dens anvendelse, svært sparsomt.¹⁴ I Frede Castbergs fremstilling av den konstitusjonelle nødretten i forbindelse med arbeidet med beredskapsloven ble fenomenet presentert som:

*«(...) retten til, når det er tvingende nødvendig i en ekstraordinær situasjon, da å handle på en måte, som vel er i pakt med forfatningens prinsipper, men som strider mot de normalt gjeldende rettsregler om statsorganenes myndighet».*¹⁵

Forutsetningene for nødrettens anvendelse er altså det må foreligge en ekstraordinær situasjon som gjør det nødvendig å sette alminnelige regler for myndighetsutøvelse til side. Terskelen for når den kommer til anvendelse er ikke nærmere presisert enn at det må foreligge en fare for virkelig betydningsfulle samfunnsinteresser, og at det må være nødvendig for å avverge faren, at alminnelige myndighetsgrenser overskrides.¹⁶

Det må med andre ord foreligge en kvalifisert nødstilstand. Kravet om en slik kvalifisert nødstilstand ble presisert i riksrettssaken mot ministeriet Berge i 1927. Her uttalte førstvoterende med klar flertallstilslutning, at det gjaldt så «omfattende og betydelige interesser for hele det samfund» at nødrettsadgangen måtte foreligge.¹⁷ Dette er den eneste saken hvor tilstandsspørsmålet er blitt vurdert. En lignende formulering finner vi i Klinge-dommen.¹⁸ Her ble det uttrykt på generelt grunnlag at det må foreligge en

¹² I saken *A m.fl. v. Storbritannia* (3455/05) aksepterte EMD at Storbritannia derogerte fra visser forpliktelser etter EMK som følge av angrepene mot USA 11. september 2001, selv om det på tiden for derogasjonen ikke hadde funnet sted noe terrorangrep på britisk territorium.

¹³ *A m.fl. v. Storbritannia* (3455/05) avsnitt 178. Det ble vektlagt at statene tilvises en relativt vid skjønnsmargin i spørsmålet om hvorvidt det foreligger en kvalifisert nødstilstand.

¹⁴ Adgangen til slik ekstraordinær myndighetsutøvelse som nødretten innebærer, ble første gang formulert som et gjeldende statsrettslig fenomen av Frede Castberg i Norges Statsforfatning II fra 1935, se Castberg (1935) s. 470-473.

¹⁵ Frede Castberg, Stortingsdokument nr. 2 (1953) s. 2.

¹⁶ Slik presisert av forsvarer i riksrettssaken mot Berge-ministeriet, Per Rygh. Ryghs nødrettsdrøftelse blir ofte benyttet til fremstillinger av nødrettslæren.

¹⁷ Rt. 1926-1927 s. 1537-1614.

¹⁸ Rt. 1946 s. 1999. Saken omhandlet som kjent spørsmål om idømmelse av dødsstraff med tilbakevirkende kraft. Høyesterett uttalte seg imidlertid om den konstitusjonelle nødretten på et mer generelt grunnlag, da det ble lagt til grunn at det må foretas en verdirangering av grunnlovsbestemmelser ved anvendelse av konstitusjonell nødrett, herunder at det

«ekstraordinær situasjon» og «ekstraordinære forhold» for at kravene i Grunnloven § 97 skal kunne fravikes. Dette stemmer overens med de tilstandskrav som er blitt tatt til orde for i teorien. Det må altså foreligge en ekstraordinær situasjon og en sterk trussel mot samfunnets interesser.

Nødrettens situasjonskrav er relativt vagt og upresist, og mangler en nærmere konkretisering tilsvarende det som kan utledes av tilstandsvilkåret i EMK artikkel 15. Det må dermed legges til grunn at terskelen for konstitusjonell nødrett er høyere enn for derogasjon, jf. for eksempel saken *A m.fl. v. Storbritannia* vist til over, hvor det ble derogert fra artikkel 5 som følge av terrorangrepene i USA 11. september 2001.

(iii) Innslagspunkt for krisefullmaktsloven

Når det gjelder innslagspunktet for den foreslåtte loven, er denne ment å komme til anvendelse på kriser som anses «ekstraordinære». Med «ekstraordinære kriser» menes situasjoner som truer kritiske samfunnsfunksjoner eller andre tungtveiende samfunnsinteresser. Det behøver ikke dreie seg om én stor krise, også flere avgrensede kriser kan til sammen anses som en ekstraordinær situasjon i lovens forstand. Det kan altså være tale om kombinasjoner av hendelser eller trusler.¹⁹ Eksemplifiseringen i forslaget § 3 av hvilke årsaker som kan kvalifisere til situasjoner som truer «kritiske samfunnsfunksjoner» eller «andre tungtveiende samfunnsinteresser» nevnes «naturkatastrofer, terrorhandlinger, pandemier eller hybride hendelser». Listen er ikke uttømmende. Det avgjørende er at hendelsen eller hendelsene «må ha en slik alvorlighetsgrad at det er nærliggende å anta» at den eller de allerede har rammet eller truer kritiske samfunnsfunksjoner eller tungtveiende samfunnsinteresser.²⁰ Det er ikke tilstrekkelig at man er truet av en mulig forestående krise – krisen må ha begynt å manifestere seg, og det på en måte som gjør det mulig å peke på hvilke kritiske samfunnsfunksjoner/tungtveiende samfunnsinteresser som er truet. At hendelsen(e) må være «alvorlige» innebærer at forhold som har bygget seg opp over lengre tid, for eksempel dårlige økonomiske forhold, dårlig beredskap og lignende, faller utenfor. Den alvorlige hendelsen må ha inntruffet brått eller bygget seg opp over relativt kort tid. Det er ikke avgjørende at hele landet er rammet for at en alvorlig hendelse kvalifiserer til å true samfunnsfunksjoner/samfunnsinteresser.²¹

Etter denne gjennomgangen må det antas at terskelen for den foreslåtte krisefullmaktsloven ofte vil være sammenfallende med situasjoner som kvalifiserer til derogasjon etter EMK artikkel 15. Terskelen for derogasjon synes imidlertid å kunne ligge

skal betraktelig mer til for å anse det berettiget å krenke bestemmelser til vern om den enkelte, sammenlignet med overskridelse av Grunnlovens regler om kompetansefordeling.

¹⁹ Jf. merknadene til § 3, utredningen s. 120.

²⁰ Jf. merknadene til § 3, utredningen s. 120.

²¹ Jf. merknadene til § 3, utredningen s. 120-121.

enda lavere enn det beredskapslovutvalget foreslår for krisefullmaktsloven, all den tid sistnevnte avgrenses til å kriser som har begynt å manifestere seg. Det er altså tale om to parallelle systemer, som for visse situasjoner vil kunne virke side om side. Denne parallelliteten er utvalget for så vidt inne på i merknadene til § 4.²² Dette potensielle samvirket byr etter vårt syn på visse utfordringer. Disse drøftes i det følgende.

6.2. *Problematisk med uklar ordlyd*

For det første stiller NIM spørsmål ved formuleringen i § 4 tredje ledd andre punktum, som for oss fremstår noe uklar.

Etter § 4 tredje ledd første punktum fremgår det at forskriften ikke kan «fravike» regler i Grunnloven. Etter § 4 tredje ledd andre punktum heter det imidlertid at «innskrenking» av rettigheter bare kan gjøres «så langt det er forenlig med Grunnloven og konvensjoner som etter menneskerettsloven gjelder som norsk lov».

Ordlyden av begrepet «innskrenking», kan leses som at det ikke kan derogeres fra – altså fravikes – rettigheter, all den tid dette er noe annet enn å gjøre inngrep i rettigheter, som «innskrenkning» må forstås som. En slik ordlydsforståelse er nærliggende all den tid § 4 tredje ledd første punktum forskriften benytter «fravike», men dette begrepet ikke gjenfinnes i neste punktum av bestemmelsen.

Forvirringen omkring lovens begrepsbruk forsterkes ytterligere av at det i merknadene til § 4 tredje ledd andre punktum benyttes både «innskrenkning» og «suspensjon».²³ I utvalgets drøftelse av hvordan mandatet skal forstås, legges det til grunn at «suspensjon» skal forstås som innskrenkning/begrensning.²⁴ Den naturlige språklige forståelsen av suspensjon er imidlertid å *sette ut av kraft (inntil videre)*, ergo fravike.

Når det er sagt, legger utvalget til grunn i utredningen at § 4 tredje ledd andre punktum ikke stenger for derogasjon, så fremt terskelen for dette er nådd i de menneskerettsinstrumenter som åpner for dette.

NIM etterlyser en presisering av ordlyden på dette punkt, slik at det kommer tydeligere frem at det også er adgang til å fravike rettigheter i den grad det er forenlig med Grunnloven og konvensjoner som etter menneskerettsloven gjelder som norsk lov.

6.3. *Trinnhøydeproblematikken*

For det andre, og i forlengelsen av dette, oppstår en trinnhøydeproblematikk mellom derogasjonsadgangen etter konvensjoner inkorporert i menneskerettsloven – som altså gjelder på semikonstitusjonelt nivå – og adgangen til å derogere fra Grunnlovens

²² I merknadene til § 4 på s. 121, riktignok med henvisning til situasjoner som vil kunne katalysere iverksettelse av tiltak etter beredskapsloven.

²³ Utredningen kapittel 13 s. 123.

²⁴ Utredningen punkt 1.3.3, s. 12.

menneskerettigheter, på nivået over i regelhierarkiet. Dette fordi innslagspunktet for krisefullmaktsloven i noen situasjoner vil være *det samme* for derogasjon etter SP og EMK, som vist over. Terskelen for konstitusjonell nødrett derimot, må imidlertid antas å ligge høyere, jf. punkt 6.1.

Dette får den konsekvens at det, for de tilfeller der en krisesituasjon vil aktualisere både krisefullmaktsloven og derogasjonsadgang etter de inkorporerte menneskerettskonvensjonene, men likevel ikke når opp til terskelen for konstitusjonell nødrett, vil oppstå et metodisk problem.

Der den forestående krisen er av en slik karakter at derogasjonsadgangen som følger av menneskerettslovens inkorporerte konvensjoner utløses, slik at man altså som ledd i forskriftshjemmelen kan «innskrenke» (som etter vår forståelse betyr *fravike* i tilfelle av derogasjon) de rettigheter som følger av konvensjonsbestemmelsene, oppstår det en metodisk ubalanse fordi det ikke eksisterer noen tilsvarende derogasjonsadgang tilknyttet Grunnlovens parallelle menneskerettigheter.

Ordlyden i § 4 tredje ledd sammenholdt med utvalgets merknader til bestemmelsen, kan forstås slik at derogasjonsadgangen som følger av inkorporerte menneskerettskonvensjoner *må innfortolkes* til også å gjelde for Grunnlovens parallelle menneskerettighetsbestemmelser, all den tid vi ikke har en derogasjonshjemmel i Grunnloven tilknyttet dens menneskerettighetsbestemmelser.

Spørsmålet er i så fall om Grunnloven § 92 i det hele tatt åpner for at vilkårene i den menneskerettslige derogasjonsadgangen kan innfortolkes til å gjelde på grunnlovs trinnhøyde.

En slik innfortolkning er konstitusjonelt og praktisk problematisk. Innfortolkning av begrensningsadgang som følger av lovgivning av lavere rang bryter med Grunnlovens system. Det er verken tilgjengelig eller forutberegnelig og det er usikkert om en slik tolkning er konstitusjonelt forsvarlig.

Rett nok har Høyesterett innfortolket adgangen til å gjøre begrensninger i flere av Grunnlovens menneskerettigheter, så lenge slik begrensning har hjemmel i lov, tjener et legitimt formål og er forholdsmessig.²⁵ Det kan isolert sett være metodisk problematisk, men er begrunnet i systemhensyn. Det er på det rene at flere av menneskerettighetene verken er, eller er ment å være absolutte.²⁶ Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser er bygget opp etter mønster fra blant andre EMK og

²⁵ Se f.eks. Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60, hvor Høyesterett innfortolket adgangen til å gjøre inngrep i retten til respekt for privat- og familieliv etter Grunnloven § 102, etter mønster fra tilsvarende inngrepsadgang etter hhv. EMK artikkel 8 og SP artikkel 17.

²⁶ Se f.eks. Dokument 16 (2011-2012) punkt 13.2 s.69.

SP, og må tolkes i lys av de internasjonale forbildene, som opererer med en slik begrensningsadgang.²⁷

Innfortolkning av adgangen til helt eller delvis å *fravike* rettigheter (og ikke bare gjøre begrensninger) vil være enda mer problematisk, fordi fravikelse er mer inngripende enn begrensninger.

Det kan argumenteres for at en slik parallelltolkning vil være krevende fordi Stortinget synes å ha tatt et klart standpunkt ved ikke å lovfeste den derogasjonshjemmelen som var foreslått av menneskerettsutvalget under Grunnlovsrevisjonen i 2015. Derfor kan det hevdes at innfortolkning av derogasjonsadgangen etter EMK er avskåret.

Konsekvens- og harmonihensyn tilsier imidlertid at den menneskerettslige derogasjonsadgangen i likhet med begrensningsadgangen bør kunne innfortolkes til å gjelde for Grunnlovens menneskerettigheter.

En slik innfortolkning er likevel ingen ideell løsning, hensett til forutberegnelighets- og tilgjengelighetshensyn. Etter vårt syn kan ulempene med den manglende parallelliteten mellom derogasjonsadgangen i EMK og SP og Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser best avbøtes ved å vedta en derogasjonshjemmel i Grunnloven, og ikke ved å overlate oppgaven med å innfortolke derogasjonsadgangen til domstolene.

NIM mener derfor at dersom departementet velger å gå videre med forslaget om ny krisefullmaktslov, vil dette nødvendiggjøre en ny vurdering av om det også bør vedtas en derogasjonshjemmel tilknyttet Grunnlovens menneskerettigheter, fordi det vil være et samvirke mellom disse bestemmelsene. NIM mener lovfesting av en slik derogasjonshjemmel i Grunnloven vil bidra til å ramme inn og dermed begrense myndighetenes handlingsrom i krisesituasjoner, på samme måte som dette lovforslaget har som formål. Det vil gi et sikrere og mer forutsigbart grunnlag for å derogere fra Grunnlovens menneskerettigheter. Samtidig vil det bidra til å tydeliggjøre sammenhengen mellom derogasjon og forvaltningsrettslig nødrett presisert gjennom krisefullmaktsloven. Dermed vil krisefullmaktslovens § 4 tredje ledd også fremstå mer opplagt og forståelig, noe som i sum vil bidra til større grad av harmonisering av unntakshjemler på alle nivåer i regelhierarkiet – som alle har den samme funksjon, nemlig å skape klare rettslige rammer for hva som kan og ikke kan gjøres når krisen først er ute.

7. Avslutning

²⁷ Se Dokument 16 (2011-2012) s. 13, og Rt. 2014 s. 1105 og Rt. 2015 s. 93. Dette gjelder likevel slik at fremtidig praksis fra håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkning som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene, fordi det er Høyesterett som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser, jf. Rt. 2015 s. 93, avsnitt 57.

NIM bidrar gjerne i dialog eller innspill i den videre behandlingen av saken, herunder vurdering av behovet for en ny derogasjonshjemmel i Grunnloven.

Vennlig hilsen

for Norges institusjon for menneskerettigheter

Adele Matheson Mestad

Direktør

Mari Marte Kobberstad Tingelholm

Rådgiver

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.