



Justiskomiteen
Ved leder Lene Vågslid

Deres referanse: [Deres ref.]
Vår referanse: [Vår ref.]
Dato: 29/05/2020

Grunnlovfesting av derogasjons- og begrensningshjemmel i Grunnlovens menneskerettighetskapittel

1. Innledning

Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) ber med dette Justiskomiteens medlemmer om å vurdere å foreslå grunnlovfesting av en derogasjonshjemmel og en begrensningshjemmel i Grunnlovens menneskerettighetskapittel. NIM mener dette vil bidra til å styrke forutberegneligheten og potensielt rekkevidden av menneskerettighetsbeskyttelsen i Norge.

2. Bakgrunn

Under de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene som er nedfelt i menneskerettsloven er det adgang til å gjøre inngrep (begrensninger) i menneskerettigheter på nærmere angitte vilkår, og i visse nøds- eller krisesituasjoner er det også adgang til å fravike eller suspendere (derogere fra) menneskerettigheter.

Det er viktig å understreke at derogasjon og begrensningssadgang er to ulike ting. Mens *derogasjon* er et unntaksregime som bare gjelder når krig eller andre alvorlige katastrofer gjør det strengt nødvendig, gjelder adgangen til *begrensninger* i menneskerettigheter alltid. Adgangen til begrensninger gjør det mulig å ha lover som griper inn i rettigheter, så som trafikkregler tross bevegelsesfriheten, forbud mot trusler tross ytringsfriheten, lovlig etterforskning tross privatlivsvernet, osv.

Begge regimer er sentrale deler av menneskerettighetssystemet. Imidlertid finnes hverken begrensningssadgangen eller derogasjonssadgangen i menneskerettighetskapitlet i Grunnloven. Særlig mangelen på en derogasjonshjemmel betyr, paradoksalt nok, at

innføringen av nye menneskerettigheter i Grunnloven i 2014 førte til et mindre forutsigbart menneskerettighetsvern enn det som følger av menneskerettighetskonvensjonene og dermed menneskerettsloven.

Det har nå gått seks år siden kapitlet om menneskerettigheter ble vedtatt.¹ I mellomtiden har Norge i 2020 opplevd en pandemi som på mange måter minner om unntakstilstand, med kriselovgivning på en rekke områder. Flere av forskriftene som er vedtatt med hjemmel i kriselovgivning griper inn i menneskerettigheter. NIM mener dette er et godt tidspunkt å vurdere å ta både en begrensings- og en derogasjonshjemmel inn i Grunnloven, bl.a. for å skape større forutsigbarhet med hensyn til hvor langt menneskerettighetene rekker i Norge. Dette brevet vil først ta opp spørsmålet om derogasjon og deretter spørsmålet om begrensninger.

3. Derogasjon

3.1 Bakgrunn

Lønningutvalget mente at hvis deres forslag til menneskerettighetsbestemmelser i Grunnloven ble vedtatt, burde en derogasjonshjemmel også vedtas. En sentral begrunnelse var at Grunnloven selv bør angi når dens regler om forholdet mellom statens myndigheter og individene kan settes til side.² I 2014 vedtok Stortinget kapittel E om menneskerettigheter i Grunnloven uten å ta med utvalgets foreslåtte derogasjonshjemmel.³

Ved første øyekast kan det dermed se ut som Grunnloven gir sterkere menneskerettighetsbeskyttelse enn det menneskerettighetskonvensjonene gjør – fordi Grunnloven ikke hjemler unntak. Utad gir rettighetene i Grunnloven et inntrykk av å være absolutte. Men Grunnloven er underlagt et ulovfestet unntaksregime: konstitusjonell nødrett.

Mens derogasjonsbestemmelser i menneskerettighetskonvensjonene setter klare begrensninger for når det kan derogeres, hvilke rettigheter det kan derogeres fra, på hvilke vilkår og etter hvilke prosedyrer, har konstitusjonell nødrett ikke klare rammer for dette. Alminnelige lover, som menneskerettsloven, vil under dette regimet raskt kunne oppheves.

¹ Grunnloven kapittel E.

² Dokument 16 (2011–2012) s. 94.

³ Forslaget til derogasjonshjemmel lød: «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 §§ 93, 96 og 99 første punktum. Tilsvarende gjelder for § 97 ved spørsmål om straff.», se Innst. 187 S (2013–2014) s. 27.

Rettighetsvernet i en nødsituasjon er altså mindre oversiktlig og forutberegnelig, og kan i verste fall bli dårligere, under Grunnlovens regime enn det som følger av menneskerettighetskonvensjonene.

Den mentale terskelen for å derogere kan videre lett bli høyere etter konstitusjonell nødrett enn den ville vært etter et grunnlovfestet derogasjonsregime, og høyere enn nødvendig. Dermed kan en risikere at menneskerettigheter blir tilsidesatt i praksis, for eksempel gjennom tolkinger eller faktiske handlinger, men uten forankring i rettsregler om derogasjon.

3.2. Konstitusjonell nødrett og beredskapsloven

Nødrett eksisterer i alle rettssystemer, også i folkeretten.⁴ Nødretten gir anledning til å bryte regler hvis dette hindrer større skade enn regelbruddet. I alvorlige krisesituasjoner vil stater erfaringsmessig ofte sette lover til side hvis dette oppleves som nødvendig for å sikre statens eksistens eller kritiske funksjoner, og bruke nødrett som begrunnelse.⁵

I Norge er konstitusjonell nødrett betegnelsen på den rettslige adgang statens myndigheter har, som følge av en kvalifisert nødsituasjon, til å legitimt fravike rettsregler som følger av Grunnloven eller av konstitusjonell sedvanerett.⁶

Konstitusjonell nødrett gir med andre ord statsorganene en adgang til å overskride de grenser som normalt gjelder for deres myndighetsutøvelse. Dette kan gjøres gjennom for eksempel endring av regler om kompetansefordeling, regler om lovprosesser eller begrensning av individets friheter.⁷ I en utredning fra 1953 til Stortinget, definerte Frede Castberg begrepet konstitusjonell nødrett 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».⁸

Rettskildematerialet omkring innholdet av og forutsetningene for anvendelse av konstitusjonell nødrett er svært sparsomt.⁹ Terskelen for når den kommer til anvendelse er ikke presisert nærmere enn at det må foreligge en fare for «virkelig betydningsfulle samfunnsinteresser», at dette må være nødvendig for å avverge faren, og at

⁴ Se Articles on State Responsibility, artikkel 25. Bestemmelsen antas å gi uttrykk for folkerettslig sedvane. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf

⁵ Se for eksempel om beredskapsloven som hjemler tilsidesettelse av lover i Norge i militære kriser.

⁶ Dokument 16 (2011–2012) s. 91.

⁷ Frede Castberg, *Norges statsforfatning II*, 3. utgave, (1964) s. 348.

⁸ Utredning av Frede Castberg, Stortingsdokument nr. 2 (1953) s. 2.

⁹ Adgangen til slik ekstraordinær myndighetsutøvelse som den konstitusjonelle nødretten innebærer, ble første gang formulert som et gjeldende statsrettslig fenomen av Frede Castberg i *Norges Statsforfatning II*, 2. utgave, (1935) s. 470–473.

nødrettstiltakene må være tjeneslige og proporsjonale.¹⁰ Det er ikke klart hvilke rettigheter som kan settes til side i slike situasjoner.

For visse situasjoner er denne adgangen presisert gjennom beredskapsloven av 1950, som gjelder «[n]år riket er i krig eller krig truer eller rikets selvstendighet eller sikkerhet er i fare».¹¹ Denne loven gir regjeringen lovgivningsmyndighet.¹² Den spesifiserer også adgang til fravikelser av enkelte menneskerettigheter, som forbudet mot tvangsarbeid og eiendomsretten.¹³ Hvis man fraviker menneskerettsloven med hjemmel i beredskapsloven, vil imidlertid de parallelle menneskerettighetene i Grunnloven likevel gjelde, og beredskapsloven innskrenkes tilsvarende. Dette illustrerer nettopp behovet for et parallelt derogasjonsregime i Grunnloven.

Det er alminnelig enighet om at beredskapsloven gjelder trusler av militær karakter.¹⁴ Beredskapslovas styringssystem er tilpasset krig og okkupasjon, bl.a. ved å legge makt til fylkesmennene uavhengig av regjeringen. Den er neppe egnet for eller ment å dekke for eksempel naturkatastrofer eller pandemier. Loven ble heller ikke anvendt 22. juli 2011.

3.3. Menneskerettighetenes derogasjonsregime

Da man vedtok menneskerettighetskonvensjonene i ti-årene etter annen verdenskrig erkjente man at ulovfestet nødrett lett kunne undergrave borgernes rettigheter. Dette var nettopp grunnen til at man vedtok derogasjonsbestemmelser. Disse reglene sier at i visse krisesituasjoner kan statene fravike menneskerettigheter, men bare på bestemte og strenge vilkår og bare noen av menneskerettighetene. Man ønsket altså å sørge for at statene hadde foretatt betryggende vurderinger av disse grunnleggende spørsmålene før en eventuell krise inntraff. Derogasjon ble innlemmet i menneskerettighetsregimene for å begrense statenes potensielle tilsidesettelse av menneskerettigheter gjennom nødrettstiltak.

Terskelen for å bruke derogasjonsreglene er høy, men ikke like høy som under beredskapsloven. Av EMK artikkel 15 nr. 1 følger det at derogasjon kan skje i tilfelle av

¹⁰ Slik presisert av forsvarer i riksrettssaken mot Berge-ministeriet, Per Rygh, Rt. 1927 s. 1578, gjengitt i Stortingsdokument nr. 2 (1953), utredning av Frede Castberg, s.5. Ryghs nødrettsdrøftelse blir ofte benyttet i fremstillinger av nødrettslæren.

¹¹ Beredskapsloven § 3.

¹² Beredskapsloven § 3.

¹³ Beredskapsloven § 3, 2. punktum og § 15. Denne opplistingen er ikke til hinder mot at også andre menneskerettigheter kan settes til side etter denne loven.

¹⁴ I NOU 2019: 13 *Når krisen inntreffer*, s. 80, vises det til at Beredskapsutvalget (NOU 1995: 31) la til grunn at beredskapsloven «ikke kan anvendes ved kriser av utelukkende nasjonal karakter, deriblant isolerte tilfeller av terrorisme, humanitære katastrofer, naturkatastrofer, storulykker (f.eks. atomulykker) eller massetilstrømming av flyktninger.»

«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, hvis den er egnet til å true nasjonens liv. Det sentrale spørsmålet for Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) synes å være hvorvidt det foreligger en overhengende og eksepsjonell trussel mot samfunnets normale funksjonsdyktighet.¹⁵ De siste årene har EMD funnet tilstandsvilkåret oppfylt også der statens begrunnelse har vært for eksempel potensielle trusler om internasjonal terrorisme.¹⁶ Det kan altså foreligge en nødsituasjon som rettfærdiggjør derogasjon selv om statens institusjoner ikke er direkte truet.¹⁷ Praksis omkring artikkel 15 har vist at EMD i liten grad overprøver statenes egne vurderinger av hva som «truer nasjonens liv», men at domstolen derimot ofte prøver forholdsmessigheten av *tiltakene* statene iverksetter for å bøte på krisen.¹⁸

Ni av Europarådets medlemsstater hadde per 11. april enten gjennomført, eller varslet, derogasjon fra menneskerettigheter i EMK på grunn av korona-krisen. En talsperson for Europarådet har i denne forbindelse uttalt at: “It is absolutely the right of the country to do so”.¹⁹ Det er med andre ord ikke tvilsomt at en pandemi kan utøse derogasjonsretten. Hvorvidt alle tiltakene som er innført er i overensstemmelse med derogasjonsreglene er det for tidlig å si. Per 20. april 2020 hadde 13 stater derogert fra FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), som er en tilsvarende konvensjon som EMK, men i FN-systemet.²⁰ Mange av de statene som har derogert i forbindelse med korona-krisen har derogert fra bevegelses- og forsamlingsfriheten.

Hvis situasjonen er så alvorlig at derogasjon er tillatt, settes strenge vilkår for de tiltakene som kan treffes: de må være egnet til å svare på den konkrete nødsituasjonen, de må være nødvendige for å håndtere den og de må opphøre med en gang nødsituasjonen opphører. Noen menneskerettigheter kan det aldri derogeres fra, bl.a. forbudet mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff og retten til liv. SP, som er inkorporert i menneskerettsloven på samme måte som EMK,

¹⁵ *Irland v. Storbritannia* (5310/71) og *Aksoy v. Tyrkia* (21987/93).

¹⁶ I saken *A m.fl. v. Storbritannia* (3455/05) aksepterte EMD at Storbritannia derogerte fra visse 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.

¹⁷ *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.

¹⁸ Se for eksempel *Aksoy v. Tyrkia* (21987/93) og *A m.fl. v. Storbritannia* (3455/05).

¹⁹ Daniel Holtgen, fredag 20. mars, <https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/coronavirus-derogations-from-human-rights-send-wrong-signal-say-meps/> Dette sier imidlertid ingen ting om hvorvidt tiltakene som treffes av disse landene rent faktisk er i samsvar med begrensningene i EMK artikkel 15.

²⁰

[https://www.rightofassembly.info/assets/downloads/Derogations_by_States_Parties_from_the_right_to_asembly_on_the_Basis_of_the_COVID_19_Pandemic_\(as_of_14_April_2020\).pdf](https://www.rightofassembly.info/assets/downloads/Derogations_by_States_Parties_from_the_right_to_asembly_on_the_Basis_of_the_COVID_19_Pandemic_(as_of_14_April_2020).pdf)

inneholder i tillegg flere rettigheter det ikke kan derogeres fra, bl.a. religionsfriheten.²¹ Norge er bundet av begge konvensjoner. Konvensjonene stiller også prosessuelle krav, bl.a. ved at derogasjonstiltak må offentliggjøres nasjonalt og varsles til henholdsvis Europarådet og FN.

3.4. Nærmere om innslagspunkt, vilkår og trinnhøyde

Ulike typer nødrettsregimer har ulike innslagspunkter, avhengig av hva slags nødsituasjon det er. Beredskapsloven kan anvendes ved krig eller når krig truer eller rikets selvstendighet eller sikkerhet er i fare. Dette er det «høyeste» innslagspunktet av nødrettsregimene som gjelder for Norge.²² Konstitusjonell nødrett har også sitt høyeste innslagspunkt ved krig og militære trusler (som beredskapsloven), men konstitusjonell nødrett kan også dekke mer enn dette. Fordi rettspraksis og annen praksis er svært begrenset, er det vanskelig å vite hva det laveste innslagspunktet for konstitusjonell nødrett vil være.

Derogasjon vil også dekke krig og trusler om krig, men i tillegg også andre situasjoner. I henhold til EMDs mangeårige praksis dekkes ulike typer nødsituasjoner, bl.a. terrortrusler. Dette gjelder også SP. FNs menneskerettighetskomité har i en tolkningsuttalelse om derogasjonsbestemmelsen i SP lagt til grunn at for eksempel naturkatastrofer, større ulykker, opptøyer eller andre typer offentlig nødstilstand vil kunne rettferdiggjøre derogasjon.²³

Både den konstitusjonelle nødretten og derogasjon har med andre ord et langt større spenn i innslagspunkter for anvendelse enn det beredskapsloven har.²⁴ Konstitusjonell nødrett må imidlertid begrenses til situasjoner som krever fravikelse av de reglene som følger av Grunnloven (eller konstitusjonell sedvanerett). Derogasjon vil gjelde menneskerettighetene generelt, og dekker i utgangspunktet også situasjoner som ikke krever tilsidesettelse av Grunnloven.

Dette betyr at hvis en krisesituasjon som aktualiserer derogasjonsadgangen etter de inkorporerte menneskerettskonvensjonene ikke når opp til terskelen for konstitusjonell nødrett, vil det oppstå et metodisk problem. Et aktuelt eksempel er nettopp koronapandemien, som vil kunne begrunne derogasjon etter menneskerettighetskonvensjonene, men ikke anvendelse av konstitusjonell nødrett. Etter EMK og SP vil man her kunne derogere fra for eksempel retten til bevegelsesfrihet

²¹ SP artikkel 4.

²² Se figur 1.

²³ CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency, para 5.

²⁴ Se figur 1.

(hvis dette var nødvendig fordi lovskravet ikke var oppfylt, slik at begrensingsadgangen ikke kunne anvendes), men ikke under Grunnloven.

Men mye viktigere er det at Grunnloven også under endrede politiske rammebetingelser skal sikre gjennomføring av rettsstatsprinsipper og menneskerettigheter.

Grunnlovfesting av derogasjonsadgangen vil skape et sterkere bolverk mot mulig nedbygging av demokrati og rettsstatsprinsipper. Det vil gi klare politiske og rettslige rammer for hva som kan og ikke kan gjøres når krisen først er ute. I dagens situasjon er det liten grunn til bekymring, men forholdene kan endres. Castberg understreket i sin utredning fra 1953 at «Det ligger i dagen at prinsippet om den konstitusjonelle nødrett innebærer en stor fare for misbruk.»

I Stortingets innstilling til beredskapslov i 1950, ble det blant annet påpekt at beredskapsloven ikke ville gi fullmakt til å «sette seg ut over slike forskrifter som for eksempel Grunnlovens §§ 96, 97, 100 og 105. *Hvis det i en kritisk situasjon skulle være nødvendig å sette seg ut over noen av disse bestemmelsene, vil hjemmelen i alle tilfelle måtte søkes i nødretten.*»²⁵ Etter Høyesteretts avgjørelse i 2010 om Grunnlovens § 97,²⁶ synes det klart at nødrettsbetraktninger ikke kan legitimere brudd på Grl. § 97 om tilbakevirkende straffelover. De øvrige menneskerettighetene i Grunnloven har ikke vært gjenstand for tilsvarende vurderinger.

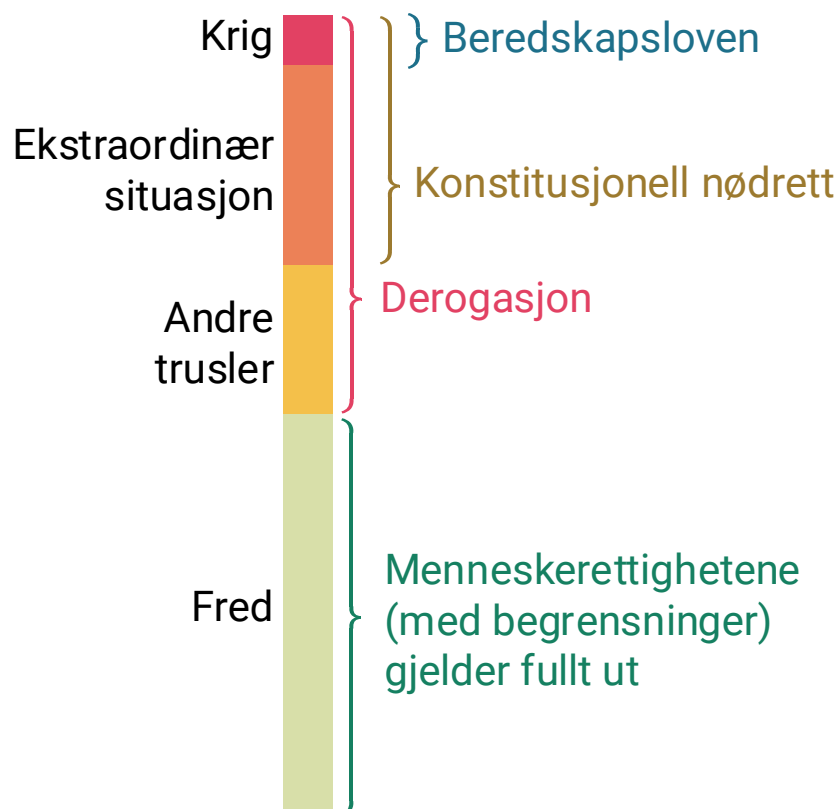
Man kan argumentere for at spørsmålet om derogasjon og konstitusjonell nødrett vil kunne løses ved at domstolene innfortolker den menneskerettslige derogasjonsadgangen i den konstitusjonelle nødretten, og slik setter rammer for myndighetenes nødrettsadgang. Ut fra forutberegnelighets- og tilgjengelighetshensyn er dette ikke en ideell løsning. Den står også i motstrid til et av Stortingets uttalte mål med grunnlovsreformen i 2014 – nemlig at de mest sentrale elementer i vår statsrett bør fremgå av Grunnloven selv. I tillegg vil det være langt mer betryggende om Stortinget regulerer spørsmålet i «normaltid», etter en grundig prosedyre, enn at domstolene skal løse spørsmålet under en oppstått krisesituasjon.

Etter NIMs 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.

²⁵ Innst. O. XV, 1950, gjengitt i Utredning av Frede Castberg, Stortingsdokument nr. 2 (1953) s. 13 (vår utheving).

²⁶ HR-2010-1445.

Figur 1



3.5. Mulig skisse til ordlyd

En mulig skisse til en grunnlovsbestemmelse om derogasjon, som følger logikken i menneskerettighetskonvensjonene, kunne være som følger:

Ved nødstilstand som truer riket, skal menneskerettighetene i denne grunnlov sikres ved at enhver fravikelse skal offentliggjøres av statens myndigheter, at fravikelser kun skal forekomme i den utstrekning situasjonens krav gjør det strengt nødvendig (alternativt påkrevet), og at det aldri skal foretas fravikelser fra §§ 93, 96 og 16 første punktum. Tilsvarende gjelder for § 97 i spørsmål om straff.

En ordlyd etter med en slik innretning er bygd på derogasjonsbestemmelsene i EMK og SP, og vil få frem at en derogasjonsbestemmelse er ment å styrke, ikke svekke, menneskerettighetene. Den ville gjøre det klart at når det gjelder Grunnlovens kapittel E, vil bruken av konstitusjonell nødrett måtte begrenses i henhold til menneskerettighetskonvensjonenes krav.

4. En generell begrensingsbestemmelse

4.1. Bakgrunn

På samme måte som for derogasjon, foreslo Lønningutvalget en egen begrensingshjemmel i Grunnlovens kapittel E. Bestemmelsen skulle slå fast at begrensninger i grunnlovens rettigheter måtte være fastsatt ved lov, respektere kjernen i rettighetene og være forholdsmessig og nødvendig for å ivareta allmenne interesser eller andre menneskerettigheter. Den skulle også angi hvilke bestemmelser det ikke kunne gjøres inngrep i. En slik bestemmelse ville gjenspeilet den rettslige adgangen som fantes – og finnes – til å begrense Grunnlovens menneskerettigheter.

Utvalgets hovedbegrunnelse var at en slik bestemmelse ville «bidra til klargjøring og større trygghet mot vilkårlige beslutninger.»²⁷

De som har støttet forslaget har særlig lagt vekt på at en begrensingshjemmel vil være den «mest åpne og ærlige måten å regulere rettigheter på».²⁸ Dette fordi klare kriterier øker forutsigbarheten for borgerne og for Stortinget som lovgiver, og at grunnlovsrettighetene i større grad blir samkjørt med internasjonale rettigheter. Alternativet til at begrensingsadgangen vedtas demokratisk av Stortinget, er at den blir innfortolket og definert av domstolene.

Heller ikke denne foreslåtte bestemmelsen ble vedtatt av Stortinget i 2014. Et lignende forslag ble fremsatt på nytt i 2016, men ble nedstemt i 2019.

4.2. Menneskerettighetenes begrensingsadgang

I internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, som gjelder som norsk lov etter menneskerettsloven, fremgår adgangen til å begrense rettigheter direkte av konvensjonene. En rekke menneskerettigheter i EMK og SP kan begrenses dersom dette

²⁷ Dokument 16 (2011–2012) s. 73. Utvalgets forslag lød slik: «Enhver begrensning i rettigheter som er anerkjent i denne grunnlov, må være fastsatt ved lov og respektere kjernen i rettighetene. Begrensningen må være forholdsmessig og nødvendig for å ivareta allmenne interesser eller andres menneskerettigheter.», se s. 74.

²⁸ Se Dokument 12:8 (2015–2016) s. 4.

er nødvendig, forholdsmessig og har hjemmel i lov. Enkelte bestemmelser er det imidlertid ikke adgang til å gjøre begrensninger i.

For Grunnlovens del har Høyesterett, i fravær av en begrensningshjemmel, ved flere anledninger innfortolket en begrensingsadgang i ulike menneskerettighetsbestemmelser etter reformen i 2014. Det gjelder § 101 om organisasjonsfrihet og særlig § 102 retten til privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse.²⁹ Den mest eksplisitte drøftelsen av spørsmålet om begrensning finner man i HR-2015-206-A (Maria-dommen):

«Til forskjell fra SP artikkel 17 og EMK artikkel 8, inneholder Grunnloven § 102 ingen anvisning på om det overhodet kan gjøres lovlige begrensninger i privat- og familielivet. Men grunnlovsvernet kan ikke – 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.»³⁰

I tillegg til de avgjørelsene der Høyesterett eksplisitt har innfortolket en begrensingsadgang, kan det vises til HR-2019-2301-A hvor Høyesterett kom frem til at et barns rett til å bli hørt måtte settes til side på grunn av hensynet til barnets beste. Dette er i realiteten et eksempel på at Høyesterett begrenser én rettighet av hensyn til en annen, selv om de ikke direkte formulerte seg slik. Også lagmannsrettens dom i klimasøksmålet mot den norske stat, som riktig nok ikke er rettskraftig avgjort, er interessant fordi retten impliserer en begrensningshjemmelsmodell for § 112:

«Første ledd i § 112 er helt generelt utformet, uten at det er gitt unntak. Det må likevel legges til grunn at ikke enhver miljøskade er omfattet. Det må derfor, slik det er vanlig også for andre rettigheter i Grunnloven, legges inn en terskel, jf. til sammenligning Rt-2015-93 [Maria-dommen, vår anm.] avsnitt 60 for så vidt gjelder Grunnloven § 102.»³¹

²⁹ I tillegg til HR-2015-206-A som nevnes straks nedenfor, se for § 102 sin del HR-2016-1286-A (avsnitt 25), HR-2016-2017-A (avsnitt 57), HR-2016-2591-A (avsnitt 68), HR-2017-2015-A (avsnitt 46), HR-2017-2376-A (avsnitt 53–56), HR-2018-104-A (avsnitt 23) og, til dels, HR-2016-1833-A (avsnitt 14). I HR-2016-2554-P (Holship) innfortolket Høyesterett en tilsvarende begrensningshjemmel i § 101, se avsnitt 81–82.

³⁰ Avsnitt 60 (uthevinger i original).

³¹ LB-2018-60499, punkt 2.3. Saken er anket til Høyesterett og skal behandles i plenum der. Det er verdt å merke seg at Grunnloven § 112 ikke har noe internasjonalt motstykke, med begrensningshjemmel.

4.3. Behov

NIM vurderer det slik at det er gode grunner til å grunnlovfeste også en begrensningshjemmel. Takket være Høyesteretts praksis er ikke behovet er like stort som for derogasjon, men uten denne rettsavklaringen ville behovet vært ennå større enn for derogasjonshjemmel, ettersom menneskerettighetene i Grunnloven blir innskrenket daglig gjennom forvaltningsvedtak og vedvarende gjennom lovgiving.

For det første er det få menneskerettigheter som er absolutte, de må som regel balanseres mot andre rettigheter. Et aktuelt eksempel i pandemi-tider er myndighetenes plikt til å sikre liv og helse opp mot folks rett til å bevege seg fritt eller samles i større grupper. Dette er imidlertid ikke innlysende for innbyggerne. Det såkalte hytteforbudet var opplagt i strid med ordlyden i Grunnlovens § 106 om bevegelsesfrihet. Den adgangen som finnes til å begrense bevegelsesfriheten (og andre rettigheter) finner man ingen steder i Grunnloven. Selv om Høyesterett har innfortolket en adgang til begrensning ser det ikke slik ut for den som leser Grunnloven. Dette kan svekke tilliten til Grunnloven og myndighetene.

For det andre har domstolene allerede innfortolket en begrensingsadgang i Grunnlovens rettigheter på en måte som harmoniserer med den som finnes i de bestemmelser grunnlovsreformen er inspirert av, og som dermed gir rimelig god forutberegnelighet. Det er ikke tvilsomt at Grunnlovens menneskerettigheter gjelder med begrensninger selv om dette ikke fremgår av Grunnloven selv.

I lys av ambisjonene om å gjøre Grunnloven mer tilgjengelig og forståelig, er det, etter NIMs syn ønskelig å kodifisere den begrensingsadgang i Grunnlovens menneskerettigheter som domstolene legger til grunn.

4.4. Mulig tilnærming til utforming av begrensingsadgangen

Lønningutvalget foreslo én felles begrensningshjemmel, men med en liste over hvilke menneskerettigheter som ikke skal kunne begrenses (for eksempel forbudet mot tortur). Dette forslaget skiller seg fra systemet i menneskerettighetskonvensjonene, der begrensingsadgangen er lagt inn i hver enkelt menneskerettighet (der det er aktuelt). Utvalgets begrunnelse var at en tilnærming tilsvarende den i de internasjonale konvensjonene ville føre til gjentakelser og at man dermed i større grad ville forlate Grunnlovens tradisjonelt knappe form.³²

Utvalgets synspunkt har gode grunner for seg, men også noen utfordringer når det gjelder presisjonsnivå. Hovedproblemet er at Grunnloven er et konglomerat av bestemmelser med ulik karakter, utforming, internasjonalt forbilde og tolkningspraksis.

³² Dokument 16 (2011–2012) s. 72.

Et eksempel som kan illustrere kompleksiteten er § 104 om barns rettigheter. Her er første ledd første punktum en fanebestemmelse uten direkte paralleller i internasjonale konvensjoner, første ledd andre punktum en rettighetsbestemmelse som har en parallell i Barnekonvensjonen artikkel 12, andre ledd en rettighetsbestemmelse som har en parallell i Barnekonvensjonen artikkel 3, tredje ledd første punktum en rettighetsbestemmelse uten direkte paralleller i internasjonale konvensjoner, mens tredje ledd andre punktum er en vagt formulert «politisk rettesnor» uten direkte paralleller i internasjonale konvensjoner. Det er utfordrende å skulle formulere én begrensningshjemmel som på en presis måte skal treffe på disse ulike reglene.

Lønningutvalget understreket riktig nok at en begrensningshjemmel ville måtte tolkes konkret for de ulike rettighetene i Grunnloven.³³ Men med tanke på den tolkningstilpasningen man må foreta overfor mange uensartede rettighetsbestemmelser, er det forståelig at det ble stilt spørsmål om hvor klargjørende en begrensningshjemmel i realiteten kunne bli.

NIM mener det er mulig å gjøre enkelte tilpasninger i ordlyden som i noen grad kan gjøre en generell begrensningshjemmel mer presis. Det går for eksempel an å bruke formuleringen «enhver begrensning av *en rettighet*» i stedet for Lønningutvalgets formulering «enhver begrensning av rettigheter». Man kan også formulere det slik at begrensningen må respektere «kjernen i *den enkelte rettighet*» i stedet for «kjernen i rettighetene». Det kan så presiseres i forarbeidene at man har valgt denne nyanseringen sammenlignet med tidligere forslag for å få enda tydeligere frem at vurderingen vil variere fra rettighet til rettighet. Da kan man også presisere i forarbeidene at vurderingen må være så pass konkret at den retter seg mot den enkelte setning i en bestemmelse, for eksempel slik at en begrensning i § 104 andre ledd om barnets beste må bli annerledes enn en begrensning i § 104 første ledd andre punktum om barnets rett til å bli hørt.

Dersom man ønsker større grad av presisjon kan en alternativ utforming være å vedta begrensningsadganger i de bestemmelsene der det er aktuelt, slik systemet er i blant annet SP og EMK. Som Lønningutvalget påpekte vil dette føre til gjentakelser, men det er mulig å avveie hensynet til presisjon versus hensynet til knapphet annerledes enn det utvalget gjorde.

Et tredje alternativ kan for øvrig være å vedta én bestemmelse med en positiv opplisting av hvilke rettigheter det kan gjøres inngrep i. Det vil være en bestemmelse som tilsvarende Lønningutvalgets forslag, bare med motsatt fortegn. En slik tilnærming er valgt i den latviske grunnloven.³⁴

³³ Dokument 12:8 (2015–2016) s. 32, også med videre henvisning til Dokument 16 (2011–2012) s. 72.

³⁴ Se artikkel 116: “The rights of persons set out in Articles ninety-six, ninety-seven, ninety-eight, onehundred, one hundred and two, one hundred and three, one hundred and six, and onehundred and eight of the

1.1. Oppsummering

Derogasjon fra menneskerettighetene i Grunnloven må, slik situasjonen er i dag, hjemles i konstitusjonell nødrett, som ikke beskytter menneskerettighetene slik derogasjonsbegrensningene gjør. Det er etter NIMs syn viktig å sikre menneskerettighetene, også i nødssituasjoner, gjennom regulering av derogasjon. Adgangen til å derogere fra menneskerettigheter bør inneholde klart avgrensede materielle og prosessuelle vilkår i samsvar med menneskerettighetskonvensjonene.

NIM mener også det er ønskelig med en grunnlovsbestemmelse som klart regulerer adgangen til å begrense enkelte rettigheter. Grunnloven bør være tilgjengelig og forståelig, og det er derfor ønskelig å kodifisere den begrensingsadgang i Grunnlovens menneskerettigheter som domstolene legger til grunn.

At hverken derogasjon eller begrensingsadgangen er nedfelt i Grunnloven står i motstrid til et av Stortingets mål med grunnlovsreformen i 2014 – nemlig at de mest sentrale elementer i vår statsrett bør fremgå av Grunnloven selv. Ennå viktigere er det etter NIMs syn at Grunnloven utvetydig bør inneholde klare rammer for fravikelse og begrensninger av menneskerettighetene, inklusive i krisesituasjoner.

Med vennlig hilsen

Adele Matheson Mestad
Direktør

Jenny Sandvig
Fagdirektør

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.

Constitution may be subject to restrictions in circumstances provided for by law in order to protect the rights of other people, the democratic structure of the State, and public safety, welfare and morals. On the basis of the conditions set forth in this Article, restrictions may also be imposed on the expression of religious beliefs." Rettighetene det henvises til er retten til privatliv, bevegelsesfrihet, utreise fra og innreise til riket, ytringsfrihet, organisasjonsfrihet, forsamlingsfrihet, fritt yrkesvalg og forbud mot tvungent arbeid, og rett til fagorganisering og streik.