

UiO : **Det juridiske fakultet**

Fravikelse av grunnlovfestede menneskerettigheter i krisetider - i lys av koronapandemien

Kandidatnummer: 505

Leveringsfrist: 25. november 2020

Antall ord: 16747



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	2
1.1	Tema og bakgrunn	2
1.2	Presisering og avgrensning av temaet.....	4
1.3	Aktualitet.....	6
2	METODISKE BETRAKTNINGER	7
2.1	Rettskildebildet	7
2.2	Tolkning av menneskerettigheter.....	8
2.3	Tolkning av grunnlovsrettigheter.....	9
	DEL 1: RETTSDOGMATISK DEL	10
3	DEROGASJON ETTER EMK ART. 15 OG SP ART. 4	10
3.1	Innledning	10
3.2	Offentlig nødtilstand som truer nasjonens liv	10
3.2.1	Farens nærhet i tid	11
3.2.2	Farens utbredelse	12
3.2.3	Nasjonen og organiseringen av samfunnet må være truet.....	13
3.2.4	Krisen må være eksepsjonell	15
3.2.5	Oppsummerende om innslagspunktet.....	15
3.3	Kort om øvrige vilkår for derogasjon	16
3.3.1	Krav til nødvendighet og proporsjonalitet.....	16
3.3.2	Ikke uforenlig med andre folkerettslige forpliktelser.....	16
3.3.3	Diskrimineringsforbud.....	16
3.3.4	Ikke-derogable rettigheter.....	17
3.3.5	Krav til notifikasjon og proklamering	17
3.4	Forholdet til statenes skjønnsmargin i saker etter EMK art. 15.....	18
3.4.1	Skjønnsmarginens betydning i EMD-praksis	18
3.4.2	Norske domstolers anvendelse av skjønnsmarginen	19
4	KONSTITUSJONELL NØDRETT	20
4.1	Innledning	20
4.2	Den ulovfestede lærens fremvekst	20
4.3	Innslagspunktet for konstitusjonell nødrett.....	22
4.3.1	Ekstraordinære situasjoner	22
4.3.2	Interessekravet	22

4.3.3	Lovgivers holdning.....	23
4.3.4	Øvrige krav til nødtilstanden.....	28
4.3.5	Oppsummerende om innslagspunktet.....	30
4.4	Kort om kravene til nødvendighet og proporsjonalitet	31
5	EN SAMMENLIGNING AV INNSLAGSPUNKTENE – I LYS AV KORONAPANDEMIEN	32
5.1	En sammenligning av innslagspunktene	32
5.2	Black lives matter som utgangspunkt for nødrettseksempel.....	33
5.2.1	Demonstrasjonen 5. juni 2020	33
5.2.2	Forbudet mot forhåndssensur	33
5.2.3	Fravikelse av forbudet mot forhåndssensur.....	35
5.3	Rettslige konsekvenser av ulike terskler	36
6	ADGANGEN TIL Å INNFORTOLKE EN DEROGASJONSADGANG I GRUNNLOVEN.....	36
6.1	Innledning	36
6.2	Mangelen på en grunnlovfestet derogasjonshjemmel.....	37
6.3	Lovgivers holdning til derogasjon	38
6.4	Likhetsbetraktninger med begrensingsadgangen.....	39
6.5	Tolkning i lys av internasjonale forpliktelser	40
6.6	Konklusjon.....	41
	DEL 2: RETTSPOLITISK DEL.....	42
7	DEROGASJON SOM MIDDEL MOT MENNESKERETTSBRUDD.....	42
7.1	Innledning	42
7.2	Derogasjonsinstituttets selvstendige verdi	42
7.3	Derogasjon som skalkeskjul for menneskerettsbrudd.....	43
7.4	Faren ved «de facto» derogasjon	44
7.5	Sikkerhetsmekanismer	45
7.6	Forbedringspotensial.....	46
8	GRUNNLOVFESTING AV EN DEROGASJONSHJEMMEL.....	47
8.1	Innledning	47
8.2	Den foreslåtte derogasjonshjemmelen fra 2014.....	47
8.3	Det nåværende forslaget til grunnlovfestet derogasjonshjemmel	49
8.4	Forutberegnelighet og tilgjengelighet	49
8.5	Faren for normalisering.....	50

8.6	Domstolsprøving ved fravikelse av menneskerettigheter	51
8.7	Andre nordiske land	52
8.8	Nødvendige sikkerhetsmekanismer	53
9	AVSLUTNING	54
10	LITTERATURLISTE	55

1 Innledning

1.1 Tema og bakgrunn

«I ethvert samfunn er det alltid spørsmål om *når* krisen inntreffer, ikke *om* den inntreffer. Dette gjør at forebygging og forberedelse til krisehåndtering er helt avgjørende for å kunne håndtere krisene på best mulig måte og med minst mulig skadeomfang når de kommer.»

Sitatet er hentet fra beredskapshjemmelutvalgets utredning 14. juni 2019.¹ Bare ni måneder senere erklærte Verdens helseorganisasjon (WHO) covid-19 for å være en pandemi. 12. mars 2020 varslet statsminister Erna Solberg at regjeringen ville iverksette de sterkeste og mest inngripende tiltakene vi har hatt i Norge i fredstid.²

Koronapandemien har aktualisert en tematikk som tidligere har vært ansett lite praktisk i Norge, nemlig fravikelse av menneskerettigheter i krisesituasjoner. Avhandlingens rettsdogmatiske problemstilling er hvilken adgang myndighetene har til å fravike de grunnlovfestede menneskerettighetene i krisesituasjoner.

Grunnloven inneholder ingen uttrykkelig hjemmel for fravikelse av menneskerettigheter, til tross for at dette ble foreslått ved grunnlovreformen i 2014.³ Fravikelse av grunnlovsrettigheter må dermed skje på grunnlag av den ulovfestede læren om *konstitusjonell nødrett*. Med dette menes en tilstand eller omstendighet som berettiger handlinger som under normale forhold ville utgjort forfatningsbrudd.⁴ Hensynet bak nødrettsgrunnlaget er å verne om statens suverenitet og sikkerhet i krisesituasjoner. Tanken er at staten ikke burde være bundet av formregler og begrensninger den selv har fastlagt, dersom disse i en krisesituasjon vil kunne utgjøre en «selvmordspakt».⁵ For å være i stand til å vurdere adgangen til å fravike grunnlovfestede rettigheter, er det nødvendig å analysere rekkevidden av den konstitusjonelle nødretten.

¹ NOU 2019:13 s. 18.

² Pressemelding Statsministerens kontor (2020).

³ Dokument 16 (2011-2012) s. 94.

⁴ NOU 1995:31 s. 31.

⁵ Graver (2020) s. 144.

Det folkerettslige grunnlaget for å fravike konvensjonsfestede menneskerettigheter i krisesituasjoner er omtalt som *derogasjon*.⁶ Derogasjonsadgangen reguleres av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 15 og FNs konvensjon for sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 4. I avhandlingen vil også disse bestemmelsene bli analysert, da dette vil muliggjøre en sammenligning av den konstitusjonelle og folkerettslige adgangen til å fravike menneskerettigheter.

Menneskerettskonvensjonene ble fremforhandlet i etterdønningene av 2. verdenskrig, og forfatterne var derfor bevisste på faren for myndighetsmisbruk og overgrep mot sivilbefolkningen i krisetider. Historien hadde illustrert at krisesituasjoner kan gi myndigheter en anledning til å tilegne seg mer makt, undergrave demokratiske institusjoner og undertrykke politiske opposenter.⁷ Samtidig ble det erkjent at noen krisesituasjoner kan medføre en så stor risiko for statens sikkerhet at midlertidige fravikelser av enkelte menneskerettigheter må anses legitime.⁸

Derogasjon fra menneskerettigheter er i seg selv ingen ønskelig situasjon. Formålet med EMK art. 15 og SP art. 4 er imidlertid å verne om menneskerettighetene i krisesituasjoner, og sikre at derogasjon begrenses til et absolutt minimum. Bestemmelsene oppstiller klare materielle og prosessuelle krav for fravikelse, og forbyr derogasjon fra enkelte rettigheter.

På denne bakgrunn har oppgaven også en rettspolitisk del. Jeg vil vurdere om Norge burde grunnlovfeste en derogasjonshjemmel, i tråd med grunnlovsforslaget som på nåværende tidspunkt ligger til behandling.⁹ Diskusjonen vil baseres på en gjennomgang av internasjonal og historisk derogasjonspraksis, før dette drøftes i en norsk kontekst. Vil en grunnlovfestet derogasjonshjemmel styrke individrettighetene i en fremtidig krisesituasjon, eller vil denne tvert imot kunne medføre en undergraving av menneskerettighetenes stilling i norsk rett?

⁶ «Derogasjon» stammer fra det latinske ordet «derogare», som betyr å «frata» eller «innskrenke (en lov)».

⁷ Helfer (2020) s. 3.

⁸ Ibid s. 4.

⁹ Grunnlovsforslag 34 (2019-2020).

1.2 Presisering og avgrensning av temaet

Fravikelse av menneskerettighetene må ikke forveksles med ordinære inngrep/begrensninger, som for mange menneskerettigheter er tillatt dersom inngrepet har hjemmel i lov, er egnet til å ivareta et opplistet legitimt formål og er forholdsmessig sett hen til formålet. Der inngrepsadgangen først og fremst tar sikte på «normalsituasjoner», er derogasjon og konstitusjonell nødrett ment å utgjøre sikkerhetsventiler ved krisesituasjoner.¹⁰

Både menneskerettslig derogasjon og konstitusjonell nødrett oppstiller flere vilkår for lovlig fravikelse. Til felles har de at det må foreligge en kvalifisert nødtilstand, og at fravikelsen må oppfylle visse krav til nødvendighet og proporsjonalitet. Mens derogasjon etter menneskerettskonvensjonene forutsetter en uttrykkelig erklæring, oppstår konstitusjonell nødrett *ipso jure*, altså i det øyeblikket situasjonen inntreffer, og uten forutgående vedtak.¹¹

Avhandlingens fokus vil være rettsgrunnlagenes vilkår om kvalifisert nødtilstand, det jeg i det følgende vil omtale som deres innslagspunkt. Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) er tilbakeholden i overprøvingen av kravet til nødtilstand i EMK art. 15, og har aldri kommet til en annen konklusjon enn nasjonale myndigheter i vurderingen av spørsmålet. Dette fordi vurderingen i stor grad er underlagt statenes skjønnsmargin, hvilket innebærer at disse et gitt et spillerom til å vektlegge nasjonale forhold ved anvendelsen av bestemmelsen.¹² At man på overnasjonalt nivå har en skjønnsmargin, hindrer imidlertid ikke *nasjonale* domstoler i å overprøve vilkåret.¹³ Av denne grunn, og fordi et sentralt spørsmål i avhandlingen er om Norge bør grunnlovsfeste en derogasjonsadgang, er det kravet til nødtilstand jeg analyserer.

Den rettsdogmatiske delen starter med en analyse av EMK art. 15 og SP art. 4 i kapittel 3, før den konstitusjonelle nødretten analyseres i kapittel 4. Jeg behandler derogasjonshjemlene først, da det foreligger et større omfang autoritative rettskilder knyttet til tolkningen av disse bestemmelsene enn for konstitusjonell nødrett. Rekkefølgen er dessuten hensiktsmessig, da analysen av den ulovfestede læren vil knyttes opp mot de allerede gjennomgåtte kravene for derogasjon i kapittel 4.3.4.

¹⁰ Hafner-Burton m.fl. (2011) s. 84.

¹¹ Michalsen (2013) s. 37.

¹² Strand og Larsen (2015) s. 83.

¹³ Se kapittel 3.4 for en gjennomgang av skjønnsmarginens betydning i saker etter EMK art. 15 og dens forhold til norsk domstolskontroll.

Basert på den rettslige analysen vil jeg vurdere om innslagspunktene for konstitusjonell nødrett og derogasjon er sammenfallende i kapittel 5, og eventuelle konsekvenser av at dette er eller ikke er tilfellet. Dersom innslagspunktene er sammenfallende vil man ved en kvalifisert nødstilstand ha adgang til å fravike grunnlovsrettighetene på samme tidspunkt som de parallelle konvensjonsrettighetene. Det oppstår da ikke noe spenningsforhold mellom muligheten for å fravike henholdsvis våre nasjonale og internasjonale menneskerettsforpliktelser. Er terskelen høyere for derogasjon enn konstitusjonell nødrett, vil Norge kunne stå i fare for å bryte sine menneskerettslige forpliktelser ved en eventuell nødstilstand. Om terskelen for derogasjon derimot er lavere, vil det kunne oppstå en situasjon hvor man ikke har adgang til å fravike en grunnlovsrettighet, til tross for at vilkårene for derogasjon er oppfylte.

For at disse spørsmålene ikke skal bli for abstrakte, vil jeg forsøke å illustrere terskelenes innbyrdes forhold ved bruk av et potensielt krisescenario som tar utgangspunkt i en faktisk hendelse fra koronapandemien i Norge.

En sentral problemstilling i oppgaven er dessuten om det kan innfortolkes en derogasjonsadgang i Grunnlovens menneskerettskapittel. Dette er tema for kapittel 6. Jeg vurderer dette særskilt, fordi praksis fra Høyesterett har vist at en *begrensningsadgang* må innfortolkes i flere av grunnlovsrettighetene.¹⁴ I likhet med derogasjonsadgangen var også begrensningsadgangen noe Menneskerettighetsutvalget foreslo som en del av menneskerettsreformen i 2014, men som Stortinget ikke vedtok. Konklusjonen på denne problemstillingen har betydning for spørsmålet om en derogasjonshjemmel bør grunnlovsfestes, hvilket altså er tema for oppgavens rettspolitiske del.

Det vil avgrenses mot en analyse av begrepet «unntakstilstand», som er et omdiskutert tema i den internasjonale juridiske teori. Flere rettstradisjoner opererer med «unntakstilstand» som rettslig begrep, men i norsk rett finnes det ingen norm som omhandler begrepet, eller tillegger fenomenet rettsvirkninger.¹⁵ Selv om det er fremhevet at norsk konstitusjonell nødrett og unntakstilstand i stor grad er sammenfallende,¹⁶ vil det være for omfattende å behandle dette temaet.

¹⁴ Se Rt 2014 s.1105, Rt 2015 s.93 og Rt 2015 s.155.

¹⁵ Stubberud (2013) s. 82.

¹⁶ Ibid s. 85.

1.3 Aktualitet

Koronapandemien har gjenopplivet debatten om grunnlovfesting av en derogasjonshjemmel. Grunnlovens menneskerettskapittel ble inntatt i 2014, og hadde som formål å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter grunnlovs rang.¹⁷ Grunnlovsrevisjonen baserte seg på Dokument 16 (2011-2012), en rapport fra Menneskerettighetsutvalget om grunnlovfesting av menneskerettigheter. I denne ble det anbefalt å grunnlovfeste en egen derogasjonshjemmel, noe stortingsflertallet senere stemte imot.¹⁸

Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) er blant de som har tatt til orde for en grunnlovfestet derogasjonshjemmel, og institusjonen sendte i mai 2020 et brev til Justiskomiteén hvor de argumenterte for fordelene ved dette.¹⁹ 30. september 2020 fremmet Venstres stortingsgruppe et grunnlovsforslag om å vedta en derogasjonshjemmel, som nå ligger til behandling i justiskomiteén.²⁰

Selv om hverken derogasjon eller konstitusjonell nødrett har kommet på spissen i Norge i løpet av koronapandemien, har i underkant av 30 land på internasjonal basis uttrykkelig derogert overfor FN, Europarådet eller Organisasjonen for amerikanske stater.²¹ I Europa har 10 øst-europeiske stater derogert, i all hovedsak fra retten til privatliv (EMK art. 8), forsamlingsfriheten (EMK art. 11), retten til utdanning (EMKs tilleggsprotokoll art. 2) og bevegelsesfriheten (EMKs tilleggsprotokoll nr. 4 art. 2).²² Enkelte stater har i tillegg derogert fra retten til frihet og sikkerhet (art. 5) og retten til rettferdig rettergang (art. 6). Det må imidlertid påpekes at de fleste statene på nåværende tidspunkt har trukket tilbake sine derogasjonserklæringer.

I en midlertidig rapport fra Europarådet, er det påpekt at en rekke europeiske stater ser ut til å mangle rettslig grunnlag for sine krisetiltak under pandemien.²³ EMD har enda ikke tatt stilling til eventuelle klagesøksmål tilknyttet derogasjon under virusutbruddet, selv om det kan tenkes at dette på sikt vil generere slike klagesaker.

¹⁷ Innst. 187 S (2013-2014) s. 1.

¹⁸ Ibid s. 26.

¹⁹ NIM (2020).

²⁰ Grunnlovsforslag 34 (2019-2020).

²¹ Helfer (2020) s. 1.

²² CoE Portal (2020).

²³ CoE Report (2020) s. 10.

I Norges arbeid med å forebygge koronasmitten har en rekke menneskerettigheter blitt satt på prøve. For eksempel har retten til privatliv og familieliv blitt utfordret av besøksforbudet på institusjoner, som i fengsler og på sykehjem. Digitale løsninger i domstolen har utfordret viktige straffeprosessuelle garantier,²⁴ og det såkalte «hytteforbudet» ble dessuten ansett problematisk for bevegelsesfriheten. Det kan tenkes at smittesituasjonen kunne blitt så alvorlig i Norge at myndighetene ville ansett det nødvendig ikke bare å begrense, men også å fravike enkelte av disse rettighetene.

Muligheten for fremtidige naturkatastrofer, terrorhandlinger, pandemier og andre krisesituasjoner nødvendiggjør en grundig vurdering av hvordan Norge i slike situasjoner er og burde være rustet til å ivareta de grunnlovfestede menneskerettighetene. Denne avhandlingen forsøker å bidra til en slik diskusjon om kriselovgivning.

Den foreslåtte krisefullmaktsloven,²⁵ som for tiden er til behandling i Justisdepartementet, underbygger viktigheten av avhandlingens tematikk. Ved lovfesting av en eventuell krisefullmaktslov vil det være behov for å vurdere lovens forhold til de grunnlovfestede menneskerettighetene, og adgangen til å fravike disse.

2 Metodiske betraktninger

2.1 Rettskildebildet

I analysen av derogasjon etter menneskerettskonvensjonene vil jeg ta utgangspunkt i ordlyden til EMK art. 15. Dette fordi SP art. 4 i stor grad sammenfaller med denne bestemmelsen, og ikke tilfører så mange rettskilder av relevans. Jeg vil imidlertid trekke inn SP art. 4 og rettskilder tilknyttet denne, i den grad disse er egnet til å klargjøre rettstilstanden og i de tilfeller SP oppstiller strengere krav enn EMK.

Derogasjon fra menneskerettighetene har aldri kommet på spissen i Norge, og det finnes derfor ingen nasjonal rettspraksis om hjemmelsgrunlaget. EMD har imidlertid vurdert spørsmålet flere ganger, og kommet med tolkningsuttalelser vedrørende kravet til nødtilstand. Uttalelser fra FNs menneskerettighetskomité i General Comment No. 29 om SP art. 4 vil dessuten være relevante i analysen. Selv om komitéuttalelser generelt ikke er folkerettslig bindende,

²⁴ Se HR-2020-972-U.

²⁵ NOU 2019:13.

fremgår det av Høyesteretts praksis at konvensjonstolkninger foretatt av FNs menneskerettskomité må ha betydelig vekt som rettskilde.²⁶

Konstitusjonell nødrett har bare vært påberopt noen få ganger i Norge. Den relevante rettspraksisen knytter seg hovedsakelig til tiden før 2.verdenskrig, og til etterkrigsoppgjøret. På grunn av få autoritative rettskilder vil beredskapsloven²⁷ derfor være relevant i analysen, da loven utleder deler av sin rettslige forankring fra den konstitusjonelle nødretten.²⁸ I tillegg vil enkelte forarbeidsuttalelser gjennomgås, som i relasjon til den ulovfestede læren vil utgjøre etterarbeider. Selv om etterarbeider generelt sett har begrenset rettskildemessig vekt, er det grunn til å legge større vekt på de forarbeidsuttalelsene fra etterkrigstiden som har vært sentrale for lærens opprinnelse. Frede Castbergs og Johs. Andenæs' grundige teoretiske fremstillinger om teamet har videre hatt sentral betydning for utviklingen av læren. Selv om også juridisk litteratur normalt har liten rettskildemessig vekt, tilsier dette at disse tolkningsbidragene må tillegges betydelig vekt.

Det må dessuten påpekes at det ikke finnes autoritative rettskilder som behandler forholdet mellom den konstitusjonelle nødretten og den konvensjonsfestede derogasjonsadgangen. Det finnes imidlertid noen få teoretiske sammenstillinger av hjemmelsgrunnlagene.²⁹

2.2 Tolkning av menneskerettigheter

Utgangspunktet ved folkerettslig tolkning er at konvensjonsteksten må tolkes etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden, i god tro, og i lys av konvensjonens kontekst og formål.³⁰ Det er imidlertid enkelte tolkningsprinsipper som særlig gjør seg gjeldende for tolkning av menneskerettigheter.³¹ *Effektivitetsprinsippet* innebærer at rettighetene skal tolkes slik at de blir «praktiske og effektive», ikke «teoretiske og illusoriske».³² Videre anlegger EMD en *dynamisk tolkning*, og fremhever at EMK er ment å være et «levende instrument».³³ Det må dess-

²⁶ Rt 2009 s.1261 avsn. 41.

²⁷ Lov om særlige rådgjerd under krig, krigsfare og liknende forhold.

²⁸ Se Innst.O.XV (1950) s. 2.

²⁹ Se særlig Heide (1998).

³⁰ Wien-konvensjonen art. 31 nr. 1. Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men gir uttrykk for internasjonal sedvanerett.

³¹ Strand og Larsen (2017) s. 65

³² Airey mot Irland avsn. 24.

³³ Tyrer mot Storbritannia avsn. 31.

uten foretas en *formålsrettet tolkning*, som innebærer at man skal velge det tolkningsresultatet som best bidrar til å oppfylle konvensjonens formål.³⁴

EMK og SP er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven (mrl.) § 2 nr. 1 og 3, og skal ved motstrid gå foran annen lovgivning, jf. § 3. Norske domstoler skal ved anvendelse av EMK «benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD», jf. Rt 2000 s.996 (Bøhler).³⁵ Det er imidlertid EMD som i «første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen», og «[n]orske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser».³⁶ At norske domstoler skal benytte samme tolkningsprinsipper som EMD har sammenheng med *subsidiaritetsprinsippet*; Det er nasjonale myndigheter som har hovedansvaret for beskyttelsen av menneskerettighetene, og det internasjonale tilsynet er subsidiært. Prinsippet er tett relatert til den omtalte *skjønnsmarginen*.

2.3 Tolkning av grunnlovsrettigheter

Grunnloven skal i utgangspunktet tolkes etter de samme prinsippene som gjelder for normal lovtolkning, men konstitusjonens alder og sparsommelige mengde med forarbeider har tradisjonelt påvirket tolkningsprosessen. Disse forhold gjør seg likevel ikke gjeldende på samme måte for Grunnlovens menneskerettskapittel, som ble inntatt så sent som i 2014. Ordlyden i det nye menneskerettskapitlet vil dermed i stor grad gjenspeile dagens rettsstilstand gjennom bestemmelsenes moderne språkdrakt. Nyere rettspraksis viser dessuten at Høyesterett benytter seg av grunnlovsforarbeider i stor grad, og forarbeidene til Grunnlovens menneskerettskapittel vil dermed gi viktige tolkningsbidrag.³⁷

Høyesterett har lagt til grunn at grunnlovsrettighetene skal tolkes i lys av sine folkerettslige forbilder, jf. blant annet Rt 2015 s.93 (Maria).³⁸ Det er imidlertid Høyesterett, og ikke de internasjonale håndhevsorganene, som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.

³⁴ Wien-konvensjonen art. 31 nr.1.

³⁵ Rt 2000 s.996 på side 1007.

³⁶ Ibid.

³⁷ Se for eksempel Rt 2007 s.404, Rt 2010 s.535 og Rt 2014 s.1292.

³⁸ Rt 2015 s.93 avsn. 57.

Del 1: Rettsdogmatisk del

3 Derogasjon etter EMK art. 15 og SP art. 4

3.1 Innledning

EMK art. 15 nr. 1 stadfester at en stat kan derogere fra sine konvensjonsfestede menneskerettigheter i tilfelle «krig» eller «annen offentlig nødstilstand som truer nasjonens liv», i den utstrekning «situasjonens krav gjør det strengt nødvendig, forutsatt at slike tiltak ikke er uforenlige med dens andre plikter etter internasjonal rett.»³⁹

SP art. 4 nr. 1 oppstiller dessuten et diskrimineringsforbud, da det kreves at derogasjonstiltaket «ikke innebærer forskjellsbehandling bare på grunn av rase hudfarge, kjønn, språk, religion eller sosial opprinnelse».

Hovedfokus i delen om derogasjon er kravet til nødstilstand, hvilket vil bli behandlet i kapittel 3.2. For sammenhengens skyld, vil jeg imidlertid kort omtale de øvrige vilkårene for derogasjon i kapittel 3.3. EMK art. 15 nr. 2 lister videre opp enkelte rettigheter det ikke er adgang til å fravike, og art. 15 nr. 3 pålegger statene prosessuelle plikter ved derogasjon. Også disse reglene vil kort omtales i kapittel 3.3. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 3.4 redegjøre for skjønnsmarginens betydning i EMDs praksis om derogasjon, samt nasjonale domstolers anvendelse av skjønnsmarginen.

3.2 Offentlig nødstilstand som truer nasjonens liv

For at et derogasjonstiltak skal være lovlig må det ifølge EMK art. 15 nr. 1 foreligge en «krig» eller «annen offentlig nødstilstand som truer nasjonens liv». En krigstilstand vil etter ordlyden klart være tilstrekkelig. Hvorvidt trusler om krig og borgerkriger omfattes av vilkåret er mer uklart, men grensedragningen er av begrenset betydning da slike situasjoner uansett fanges opp av kravet til «offentlig nødstilstand».

SP art. 4 nr. 1 krever en «offentlig kunngjort nødstilstand som truer nasjonens liv». Ordlyden omtaler altså ikke «krig», i motsetning til EMK art. 15 nr. 1. Bakgrunnen for dette er at FN, som fredsbevarende organisasjon, ikke ønsket å nevne «krig» uttrykkelig, og fordi krigsbe-

³⁹ Se engelsk tekst for autoritativ ordlyd. Den norske oversettelsen vil benyttes for sammenhengens skyld.

grepet uansett fanges opp av bestemmelsens krav til nødstilstand.⁴⁰ Ifølge SP art. 4 må dessuten nødstilstanden kunngjøres offentlig.

Vurderingstemaet for den følgende analysen er når det foreligger en «offentlig nødstilstand som truer nasjonens liv». Ordlyden oppstiller et strengt krav til den foreliggende nødssituasjonen, noe som støttes av vilkårets plassering ved siden av «krig». I begrepet «nødstilstand» ligger det videre implisitt at derogasjonstiltaket må opphøre i det nødstilstanden ikke lenger eksisterer, hvilket er selve kjernen i nødretten. Selv om en nødstilstand kan vedvare over lengre tid, vil altså derogasjonstiltaket være uløselig knyttet til den foreliggende nødssituasjonen.

Hellassaken utgjør det eneste eksempelet på at et internasjonalt organ har overprøvd nasjonale myndigheters vurdering av nødstilstanden, og konkludert med at vilkåret ikke er oppfylt. Saken omhandlet derogasjon under det revolusjonære kuppet av det greske regimet i 1967. Hvorvidt det forelå en lovlig derogasjon ble vurdert av Europakommisjonen for menneskerettigheter,⁴¹ etter å ha mottatt en felles statsklage fra de skandinaviske landene og Nederland. Kommisjonens tolkning av kravet til nødstilstand er sitert en rekke ganger i senere EMD-praksis, blant annet i den enstemmige storkammerdommen *A.m.fl mot Storbritannia*, og har dermed betydelig rettskildemessig vekt. Kravene til nødstilstand som ble oppstilt i *Hellassaken* har imidlertid blitt modifisert av EMD i senere rettspraksis. Jeg vil i det følgende benytte *Hellassaken* og EMD-praksis som en pedagogisk ramme for å fastslå derogasjonshjemlenes innslagspunkt.

3.2.1 Farens nærhet i tid

At det må foreligge en offentlig «nødstilstand» som «truer» nasjonens liv, stiller for det første krav til farens nærhet i tid. I *Hellassaken* uttalte Menneskerettskommisjonen at nødstilstanden enten må være aktuell eller overhengende.⁴² Dersom trusselen allerede har manifestert seg vil denne være «aktuell», og kravet vil naturligvis være oppfylt. At trusselen er «overhengende» tilsier at skadevirkningene ikke må ha manifestert seg på derogasjonstidspunktet, men at faren er nært forestående og vil kunne inntreffe i løpet av kort tid.

⁴⁰ Fitzpatrick (1994) s. 56.

⁴¹ Europakommisjonen opphørte i 1999 da EMD ble permanent 1. november 1998.

⁴² *Hellassaken* avsn. 153.

I storkammersaken *A.m.fl. mot Storbritannia* la EMD til grunn at begrepet «overhengende» ikke kan tas helt på ordet, og anla en pragmatisk tolkning av tidskravet. Spørsmålet i saken var om klagerne hadde blitt utsatt for brudd på EMK art. 5 nr. 1, og eventuelt om bruddene var legitime som følge av en lovlig derogasjon. Saken gjaldt Storbritannias internering av en gruppe utenlandske statsborgere, grunnet mistanke om at disse sympatiserte med al-Qaeda og dermed utgjorde en trussel mot staten. Interneringen ble foretatt i kjølvannet av terrorangrepet mot USA 11. september 2001, da britiske myndigheter fryktet et tilsvarende angrep mot Storbritannia. Den øverste britiske domstolen hadde i 2004 funnet at det forelå brudd på EMK art. 5 nr.1. Ved vurderingen av om det var tale om et lovlig derogasjonstiltak konkluderte den nasjonale domstolen med at det forelå en offentlig nødtilstand, men at menneskerettsbruddet ikke var strengt nødvendig, og dermed ikke lovlig.⁴³

EMD fant ikke grunn til å overprøve den nasjonale domstolens vurdering i noen av disse spørsmålene. Domstolen uttalte at kravet om at trusselen måtte være «overhengende» ikke kunne tolkes så restriktivt «as to require a State to wait for a disaster to strike before taking measures to deal with it».⁴⁴ Myndighetene kunne ifølge domstolen ikke kritiseres for å ha fryktet at faren var overhengende, basert på den kunnskapen de hadde på tidspunktet for derogasjonen.

3.2.2 Farens utbredelse

At nødtilstanden ifølge EMK art. 15 nr. 1 må true «nasjonens liv» synes å stille krav til farens utbredelse. Ordlyden kan forstås å referere både til det geografiske området som omfattes av nasjonen, og befolkningen som utgjør nasjonen.

EMD har i flere saker konkludert med at det foreligger en kvalifisert nødtilstand, selv om bare en spesifikk region av staten har vært ansett truet. I *Irland mot Storbritannia* hadde terrorisme fra IRA-soldater i Nord-Irland i flere år representert «a particularly far-reaching and acute danger for the territorial integrity of the United Kingdom, the institutions of the six counties and the lives of the province's inhabitants». IRA ønsket Nord-Irlands politiske løsrivelse fra Storbritannia, og gjenforening med Republikken Irland.⁴⁵ I *Aksoy mot Tyrkia*

⁴³ Se Aall (2018) s.527-528 for en gjennomgang av derogasjonstiltakets nødvendighet.

⁴⁴ *A.m.fl. mot Storbritannia* avsn. 177.

⁴⁵ Mustad (2020).

fant EMD at det forelå en nødtilstand som følge av voldelige sammenstøt mellom tyrkiske sikkerhetsstyrker og kurdiske separatister (PKK) i den sørøstlige delen av Tyrkia.

Ordlyden i SP art. 4 synes tilsvarende å stille krav til nødtilstandens utbredelse, da også denne krever en trussel mot «nasjonens liv». Tolkningssuttalelser fra FNs General Comment No. 29 indikerer at heller ikke denne ordlyden kan tas på ordet. Som eksempler på nødtilstander som vil kunne omfattes nevnes naturkatastrofer, massedemonstrasjoner med innslag av voldelighet og store industriulykker.⁴⁶ Slike situasjoner vil typisk bare rette seg mot en del av befolkningen og deler av det geografiske området i en stat.

At det ikke kan stilles særlig strenge krav til nødtilstandens utbredelse støttes av tolkningsuttalelser i de såkalte Siracusaprinsippene, som ble utarbeidet i 1985 av en rekke folkerettseksperter. I EMD-praksis er det vist til prinsippene ved tolkningen av SP art. 4,⁴⁷ og disse gir dessuten uttrykk for bred internasjonal konsensus.⁴⁸ En trussel mot nasjonens liv uttales å være en som påvirker «the whole of the population and either the whole or part of the territory of the State», jf. punkt 39 a. Tolkningssuttalelsene synes å akseptere at bare deler av en stat er truet, men krever til gjengjeld at trusselen må rette seg mot hele befolkningen. Forståelsen må imidlertid vike for FNs General Comment No. 29, som både er av nyere dato og har en sterkere demokratisk legitimitet enn Siracusaprinsippene. Det kan dermed ikke kreves at hele befolkningen er truet.

3.2.3 Nasjonen og organiseringen av samfunnet må være truet

Farens utbredelse må ses i sammenheng med kravet til hvilke egenskaper eller forhold ved nasjonen som må være truet. Ordlyden «nasjonens liv» jf. EMK art. 15 nr. 1, indikerer at trusler mot nasjonens suverenitet vil være i kjerneområdet av bestemmelsen, samt trusler mot statsmaktene, da disse er nødvendige for å ivareta statens grunnleggende funksjoner.

I *Lawless mot Irland* uttalte EMD at det må foreligge en trussel mot «the organised life of the community of which the State is composed.»⁴⁹ Menneskerettighetskommissjonen fulgte opp

⁴⁶ UN General Comment No. 29 punkt 5.

⁴⁷ Se A m.fl. mot Storbritannia avsn. 109.

⁴⁸ Michaelsen (2012) s. 295.

⁴⁹ *Lawless mot Irland* avsn. 28.

dette i *Hellassaken* da den fastholdt at «[t]he continuance of the organised life of the community must be threatened.»⁵⁰ At trusler mot organiseringen av staten vil kunne kvalifisere, tilsier at trusler mot demokratisk valgte myndigheter og domstoler vil kunne omfattes, samt andre offentlige institusjoner som er essensielle for statens funksjon. Det er imidlertid verdt å merke seg at EMD i *Lawless mot Storbritannia* mente det forelå en kvalifisert trussel mot Storbritannia til tross for at offentlige institusjoner fungerte mer eller mindre normalt.⁵¹ Det synes dermed ikke å være en forutsetning at offentlige institusjoner er hindret i å utføre sine oppgaver på grunn av nødssituasjonen, selv om dette kan utgjøre et viktig moment i vurderingen.

EMDs pragmatiske tolkning av vilkåret kommer til uttrykk i *A.m.fl mot Storbritannia*. I storkammerdommen uttalte domstolen at det ikke kan kreves en trussel mot «our institutions of government or our existence as a civil community».⁵² Det var tilstrekkelig at det forelå «a threat of serious physical damage and loss of life» for at bestemmelsen skulle komme til anvendelse.⁵³ Selv om terrortrusselen mot England ble ansett tilstrekkelig, konkretiserte ikke domstolen hvor alvorlige fysiske skader som kreves eller hvor store dødstall det må være tale om. Sett i sammenheng med vilkåret til farens utbredelse kan det imidlertid ikke kreves at hele befolkningen er truet. Det er antagelig tilstrekkelig at staten ikke lenger kan garantere for befolkningens sikkerhet i det geografiske området av staten som trusselen retter seg mot.⁵⁴

SP art. 4 stiller tilsvarende krav til at nasjonens «liv» må være truet. Som påpekt nevnes naturkatastrofer, voldelige massedemonstrasjoner og store industrielle ulykker som eksempler på tilfeller som vil kunne kvalifisere som offentlig nødtilstand, jf. FNs General Comment No. 29 punkt 5. Menneskerettighetskomitéen synes med dette å åpne for at trusler mot befolkningen kan utgjøre en nødtilstand etter art. 4. Dette støttes av tolkningsuttalelser fra Siracusaprinsippene, hvor det fremgår at en trussel mot «the physical integrity of the population» kan kvalifisere.⁵⁵

⁵⁰ *Hellassaken* avsn. 153.

⁵¹ *Lawless mot Storbritannia* avsn. 29.

⁵² *A.m.fl. mot Storbritannia* avsn. 179.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Heide (1998) s. 100.

⁵⁵ The Siracusa principles punkt 39 b.

3.2.4 Krisen må være eksepsjonell

I *Lawless mot Irland* ble det dessuten lagt til grunn at krisen må være «exceptional», hvilket er stadfestet i senere praksis fra EMD.⁵⁶ Dette tilsier at krisesituasjonen må skille seg markant fra «normaltilstanden» i en stat, og underbygger at derogasjon ikke skal være en kurant beslutning.

Ifølge EMD ligger det i kravet at normale tiltak eller restriksjoner som er tillatt etter konvensjonen er klart utilstrekkelige.⁵⁷ Dersom en stat ikke kan avverge skaden med ordinære begrensninger etter EMK, kan dette tilsi at faren er eksepsjonell. I vurderingen av om krisen er eksepsjonell er det sentrale spørsmålet hvilke konvensjonskonforme tiltak som objektivt sett er mulige. Dersom tiltakene ikke er tilstrekkelige eller adekvate vil faren kunne anses eksepsjonell.

3.2.5 Oppsummerende om innslagspunktet

Etter sin ordlyd krever EMK art. 15 at det foreligger en «krig eller annen offentlig nødtilstand som truer nasjonens liv». Dersom det ikke foreligger en krigstilstand vil også andre offentlige nødtilstander kunne kvalifisere. Terskelen er imidlertid høy, og gjennomgangen har vist at flere vilkår må være oppfylte for at denne skal være overtrådt.

For det første må faren ha en tidsmessig nærhet. Hvis ikke nødtilstanden allerede har inntruffet, må det foreligge en overhengende fare for dette, et krav som må tolkes pragmatisk. Videre kan det ikke stilles strenge krav til farens utbredelse, da trusler mot deler av en stat vil kunne kvalifisere. Trusselen må imidlertid utgjøre en fare for nasjonen og organiseringen av samfunnet. I kjerneområdet av dette vil være trusler mot statens suverenitet og myndigheter, men trusler mot andre essensielle offentlige institusjoner vil trolig også kunne omfattes. Fare for alvorlig fysisk skade og tap av liv i deler av befolkningen vil videre kunne oppfylle kravet. Endelig må krisen være eksepsjonell, hvilket innebærer at normale tiltak etter konvensjonen er klart utilstrekkelige.

⁵⁶ *Lawless mot Irland* avsn. 28 og *A m.fl. mot Storbritannia* avsn. 176.

⁵⁷ Se for eksempel *A.m.fl mot Storbritannia* avsn. 176.

3.3 Kort om øvrige vilkår for derogasjon

3.3.1 Krav til nødvendighet og proporsjonalitet

For at det skal foreligge en lovlig derogasjon må «situasjonens krav» gjøre fravikelsen «strengt nødvendig», jf. EMK art. 15 nr. 1. Formuleringen gir anvisning på en skjerpet nødvendighetsvurdering, og understreker at derogasjonsadgangen utgjør en snever unntaksregel. Ordlyden «nødvendig» tilsier at det vil være av betydning om faren kan avverges på en mindre inngripende måte. Det må foretas en proporsjonalitetsvurdering av derogasjonstiltaket sett opp mot faresituasjonen som motiverer derogasjonen.

EMD har i flere tilfeller vurdert hvorvidt et derogasjonstiltak er strengt nødvendig. Praksis viser at forholdsmessighetskravet i stor grad tilsvarende den alminnelige inngrepsvurderingen,⁵⁸ men at tiltaket må være «strengt» nødvendig tilsier at det må stilles høyere krav til nødvendigheten av en derogasjon. I vurderingen vektlegges det blant annet hvilken rettighet det er tale om å fravike, hvilke forhold som ledet til derogasjonen og krisetilstandens varighet.⁵⁹ EMD-praksis viser at andre relevante momenter er størrelsen på konvensjonsbruddet, tilstedeværelsen av prosessuelle rettssikkerhetsgarantier, alvorligheten av nødssituasjonen, begrunnelsen for derogasjonstiltaket, samt dets virkninger.⁶⁰

3.3.2 Ikke uforenlig med andre folkerettslige forpliktelser

Videre stilles det krav til at statens derogasjonstiltak «ikke er uforenlige med dens andre plikter etter internasjonal rett», jf. EMK art. 15 nr. 1. Formålet bak vilkåret er naturligvis å hindre stater fra å bruke derogasjonsadgangen som en unnskyldning for å bryte øvrige internasjonale forpliktelser, og særlig andre menneskerettskonvensjoner.⁶¹ Kravet har blitt vurdert enkelte ganger av EMD, men domstolen har aldri konkludert med at det foreligger brudd.⁶²

3.3.3 Diskrimineringsforbud

SP art. 4 nr. 1 forbyr derogasjonstiltak som innebærer forskjellsbehandling «bare på grunn av rase hudfarge, kjønn, språk, religion eller sosial opprinnelse». Ordlyden «bare» tilsier at forbudet retter seg mot vilkårlig diskriminering, og at saklig forskjellsbehandling dermed ikke

⁵⁸ Se Aall (2018) s. 526-527 for en redegjørelse for likhetene.

⁵⁹ Branningan og McBride mot Storbritannia avsn. 43 og A m.fl. mot Storbritannia avsn. 173.

⁶⁰ Smith-Meyer (2017) s. 12.

⁶¹ Schreuer (1982) s. 129.

⁶² Se for eksempel Branningan mot McBride avsn. 67-73.

omfattes.⁶³ Bestemmelsen må ses opp mot det generelle diskrimineringsforbudet i SP art. 26, som lister opp flere diskrimineringsgrunnlag enn SP art. 4 nr. 1. Ifølge FNs General Comment nr. 29 er det enkelte elementer i det generelle diskrimineringsforbudet som ikke kan være gjenstand for derogasjon, selv om dette ikke fremgår av SP art. 4 nr. 1.⁶⁴

EMK art. 15 forbyr ikke diskriminering uttrykkelig. Vilkårlig forskjellsbehandling av enkelte grupper vil imidlertid vanskelig kunne regnes som «strengt nødvendig» etter bestemmelsen. Av denne grunn er det trolig ingen materiell forskjell på de to bestemmelsen i relasjon til dette forbudet.⁶⁵

3.3.4 Ikke-derogable rettigheter

EMK art. 15 nr. 2 lister opp enkelte ikke-derogable rettigheter. Derogasjon fra disse rettighetene vil nemlig utgjøre så fundamentale angrep på menneskeverdet og rettsstaten at ingen situasjon kan berettigede unntak. Dette gjelder retten til liv (art. 2), unntatt med hensyn til død som følger av lovlige krigshandlinger, forbudet mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff (art. 3), forbudet mot slaveri og trelldom (art. 4, nr. 1) og forbudet mot straff uten hjemmel i lov (art. 7).

SP art. 4 nr. 2 går lenger i opplistingen, og Norge vil dermed være bundet også av disse derogasjonsforbudene. Ifølge SP art. 4 nr. 2 kan det utover de rettighetene som nevnes i EMK art. 15 nr. 2, heller ikke derogeres fra forbudet mot fengselsstraff på grunn av manglende evne til å oppfylle en kontraktsmessig forpliktelse (art. 11), retten til å bli anerkjent som en person i rettslig henseende (art. 16) eller retten til tankefrihet, samvittighetsfrihet og religionsfrihet (art. 18). Av FNs General Comment No. 29 fremkommer det dessuten at listen ikke er uttømmende.⁶⁶

3.3.5 Krav til notifikasjon og proklamering

EMK art. 15 nr. 3 oppstiller videre krav til notifikasjon. Ifølge EMK art. 15 nr. 3 skal konvensjonspartene til EMK holde Europarådets generalsekretær «fullt underrettet om de tiltak som

⁶³ Fitzpatrick (1994) s. 63.

⁶⁴ UN General Comment No. 29 punkt 8.

⁶⁵ Fitzpatrick (1994) s. 62.

⁶⁶ Se UN General Comment No. 29 punkt 11.

den har truffet og om grunnene til dette», og dessuten når slike tiltak er «brakt til opphør og konvensjonenes bestemmelser igjen blir fullt ut oppfylt». Gjennom notifikasjon gjøres derogasjonstiltaket offentlig, både for de internasjonale organene, medlemsstatene og den nasjonale befolkningen som rammes av derogasjonen.

SP går også her lenger enn EMK. Det kreves at konvensjonspartene «gjennom De forente nasjoners generalsekretær underretter de andre konvensjonsparter om hvilke bestemmelser som det avvikes fra og om grunnene for avvikelsene», og at dette skjer «omgående» jf. SP art. 4 nr. 3. Nødtilstanden må i tillegg være «offentlig kunngjort», jf. art. 4 nr. 1. FNs høykommissær for menneskerettigheter har fremhevet offentlighet som en sentral rettssikkerhetsgaranti, og understreket viktigheten av at den nasjonale befolkningen er tilstrekkelig informert om derogasjonstiltaket.⁶⁷

3.4 Forholdet til statenes skjønnsmargin i saker etter EMK art. 15

3.4.1 Skjønnsmarginens betydning i EMD-praksis

Praksis fra EMD viser at domstolen gir medlemsstatene en bred skjønnsmargin i vurderingen av lovligheten av et derogasjonstiltak. I *Irland mot Storbritannia* uttalte EMD at det først og fremst er opp til medlemsstatene «to determine whether that life is threatened by a “public emergency” and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency».⁶⁸ I begrunnelsen for skjønnsmarginen ble det vektlagt at nasjonale myndigheter er bedre rustet til å vurdere både tilstedeværelsen av en nødtilstand og hvilke tiltak som er nødvendige for å bøte på denne.

Som nevnt er det ingen eksempler på at EMD har overprøvd nasjonale myndigheters vurdering av nødtilstanden, og konkludert med at vilkåret ikke er oppfylt. Selv om EMD i enkelte dommer har kommet med tolkningsuttalelser vedrørende kravet til nødtilstand, er domstolen tilbakeholden ved subsumsjonen. *Lawless mot Storbritannia* utgjør et sjeldent unntak,⁶⁹ men denne ble avsagt i 1961, og er derfor fra tiden før skjønnsmarginen for alvor ble etablert i

⁶⁷ OHCHR (2020) s. 3.

⁶⁸ *Irland mot Storbritannia* avsn. 207.

⁶⁹ *Lawless mot Storbritannia* avsn. 28-30.

EMDs praksis.⁷⁰ I flere etterfølgende saker nøyer domstolen seg med å fastslå at det utvilsomt foreligger en nødstilstand.⁷¹

Prøvingsintensiteten synes å være noe større for nødvendighetsvurderingen. EMD har uttalt at «the domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision», og det er følgelig opp til domstolen å avgjøre hvorvidt staten har gått utover det som er strengt nødvendig i krisesituasjonen.⁷² Domstolen har i flere saker overprøvd nasjonale myndigheters vurdering av vilkåret, og funnet at tiltaket ikke var strengt nødvendig.⁷³

Dersom den øverste nasjonale domstolen har vurdert lovligheten av derogasjonstiltaket, vil EMD være mer tilbakeholden ved sin overprøving. I slike tilfeller vil EMD bare overprøve vurderingen dersom den nasjonale domstolen har «misinterpreted or misapplied Article 15 or the Court's jurisprudence under that Article» eller kommet til en konklusjon som var «manifestly unreasonable», jf. *A.m.fl mot Storbritannia*.⁷⁴ EMD fant i saken at dette ikke var tilfellet, hverken for kravet til nødstilstand eller for nødvendighetsvurderingen.

3.4.2 Norske domstolers anvendelse av skjønnsmarginen

Før en sak kan klages inn for EMD må alle nasjonale rettsmidler være uttømte jf. EMK art. 35 (1). Dette innebærer at norske domstoler må vurdere om kravene etter EMK art. 15 er oppfylte før saken eventuelt kan tas til behandling av EMD. Spørsmålet som da melder seg, er om de nasjonale domstolene skal innrømme de folkevalgte myndighetene samme skjønnsmargin i en sak om derogasjon, som EMD innrømmer statene.

EMD uttalte i *A.m.fl mot Storbritannia* at skjønnsmarginen ikke kan ha den samme anvendelsen på nasjonalt plan som på internasjonalt.⁷⁵ Dette fordi hensynet bak skjønnsmarginen ikke gjør seg gjeldende på samme måte på nasjonalt nivå. Ifølge domstolen har nasjonale myndig-

⁷⁰ Se *Handyside mot Storbritannia* avsn. 47. Dommen anses som det grunnleggende prejudikatet for skjønnsmarginen.

⁷¹ Se for eksempel *Irland mot Storbritannia* avsn. 205 og *Askoy mot Tyrkia* avsn. 70.

⁷² *A.m.fl. mot Storbritannia* avsn. 173.

⁷³ Se for eksempel *Aksoy mot Tyrkia*, *A m.fl. mot Storbritannia* og *Sahin Alpay mot Tyrkia*.

⁷⁴ *A.m.fl. mot Storbritannia* avsn. 174.

⁷⁵ *Ibid* avsn. 184. Hvorvidt uttalelsen gjelder generelt eller bare i relasjon til EMK art. 15 er omtvistet. Se diskusjon mellom Borvik (2011) og Skoghøy (2012). Nyhus (2016) gir for øvrig en grundig gjennomgang av forholdet mellom EMDs og nasjonale domstolers anvendelse av skjønnsmarginen.

heter, herunder domstolene, bedre forutsetninger for å vurdere derogasjonstiltaket enn EMD, på grunn av sin innsikt i lokale forhold.⁷⁶

Norske domstoler er dermed ikke pålagt å anvende den samme skjønnsmarginen som EMD i tolkningen av EMK art. 15. Selv om politiske og faglige vurderinger vil spille en sentral rolle i krisesituasjoner, kan ikke de folkevalgte myndighetene gis et fritt spillerom i sin vurdering av derogasjonstiltakets lovlighet. De nasjonale domstolene vil dermed ha kompetanse til å overprøve den rettslige tolkningen og subsumsjonen av EMK art. 15.

4 Konstitusjonell nødrett

4.1 Innledning

Den konstitusjonelle nødretten gir statsmaktene myndighet til å treffe tiltak i ekstraordinære og farlige situasjoner som ellers ikke ville vært ansett forfatningsmessige.⁷⁷ I det kommende kapitlet vil jeg redegjøre for rettsgrunnlagets fremvekst, da en slik gjennomgang vil være nyttig for den påfølgende analysen. Deretter vil jeg analysere den ulovfestede lærens innslagspunkt i kapittel 4.3, ved hjelp av autoritative rettskilder, samt lovgivning og forarbeidsuttalelser som er egnet til å belyse rettstilstanden. Avslutningsvis vil jeg kort behandle den konstitusjonelle nødrettens krav til nødvendighet og proporsjonalitet i kapittel 4.4.

4.2 Den ulovfestede lærens fremvekst

I utredningen Dokument nr. 2 fra 1953, ga Castberg en grundig redegjørelse for det han mente var den rettslige forankringen til den konstitusjonelle nødretten. I utredningen hevdet han at statspraksis fra unionsdannelsen med Sverige høsten 1814 og unionsoppløsningen i 1905, utgjorde de tidligste eksemplene på konstitusjonell nødrett.⁷⁸ Som fremhevet av enkelte kan det synes noe betenkelig å hjemle disse handlingene i den ulovfestede læren, da de konstitusjonelle endringene som ble foretatt tok sikte på å være varige.⁷⁹ Jeg vil ikke gå nærmere inn på denne diskusjonen, men nøye meg med å påpeke at det likevel er flere etterfølgende eksempler på at nødrettsgrunnlaget har kommet til anvendelse.

⁷⁶ A.m.fl. mot Storbritannia avsn. 173 og 174.

⁷⁷ Innst.O.XV (1950) s. 15.

⁷⁸ Dokument nr. 2 (1953) s. 4.

⁷⁹ Smith (2015) s. 332-333.

Den konstitusjonelle nødretten ble satt på spissen i riksrettssaken mot Berge-ministeriet i 1926-1927.⁸⁰ Regjeringen hadde som følge av den pågående bankkrisen på 1920-tallet gitt store økonomiske bevilgninger til en bank, i strid med de konstitusjonelle prosedyrene for dette. De tiltalte forsvarer, Per Rygh, bygget i stor utstrekning på den konstitusjonelle nødretten som grunnlag for frifinnelse. Selv om riksrettssaken ikke ble avgjort på dette grunnlaget, ble prinsippets eksistens anerkjent av flertallet av riksrettsmedlemmene.⁸¹

De klareste eksemplene på konstitusjonell nødrett har vi fra 2. verdenskrig og etterkrigsoppgjøret. I den såkalte Elverumsfullmakten overførte Stortinget myndighet til regjeringen i en utstrekning som under normale forhold ville vært forfatningsstridig.⁸² Fullmakten ga regjeringen adgang til å treffe de avgjørelser og beføyelser som måtte anses «påkrevd av hensyn til landets sikkerhet og framtid».⁸³ Med hjemmel i Elverumsfullmakten ble det utferdighet flere provisoriske anordninger under krigen og ved planleggingen av etterkrigsoppgjøret, som lå utenfor grensene for Grl. § 17.⁸⁴ Heller ikke Høyesteretts opprettelse av Administrasjonsrådet 15. april 1940 hadde konstitusjonell hjemmel. Høyesterett viste til at okkupasjonen hadde gjort det «faktisk umulig» for regjeringen å opprette en administrativ ledelse, noe som medførte at det var «tvingende nødvendig» at domstolen gjorde dette.⁸⁵

Høyesterett har videre anerkjent lærens eksistens i et par saker fra etterkrigsoppgjøret. I Rt 1945 s.13 (Haaland) ble det lagt til grunn at regjeringen hadde hatt adgang til å gå utenfor rammen av Grl. § 17, da okkupasjonen innebar en «helt ekstraordinær og av grunnlovgiverne uforutsett situasjon».⁸⁶ Regjeringen måtte under den tyske okkupasjonen ha adgang til å treffe nødvendige tiltak «for å verge landets frihet og selvstendighet og for øvrig på enhver måte å verne eller vareta norske interesser».⁸⁷ I Rt 1946 s.198 (Klinge) ble det anerkjent at «ekstraordinære forhold» vil kunne legitimere tilsidesettelse av en grunnlovsbestemmelse, uten at dette ble ansett avgjørende for sakens resultat.⁸⁸ Etter dette tidspunkt har den konstitusjonelle nød-

⁸⁰ Dokument nr. 2 s. 4-5.

⁸¹ Michalsen (2013) s. 31.

⁸² Dokument nr. 2 (1953) s. 7.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid s. 10.

⁸⁵ Ibid s. 7.

⁸⁶ Rt 1945 s.13 på side 14.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Rt 1946 s.198 på side 206.

retten ikke blitt satt på spissen i Norge. Lovgiver har imidlertid anerkjent lærens eksistens i flere forarbeidsuttalelser,⁸⁹ og rettsgrunnlaget har vært behandlet i teoretiske fremstillinger av statsretten.

4.3 Innslagspunktet for konstitusjonell nødrett

4.3.1 Ekstraordinære situasjoner

Ifølge rettspraksis og teori synes terskelen å være at det må foreligge en «ekstraordinær situasjon» for at det kan bli tale om å anvende konstitusjonell nødrett.⁹⁰ Dette tilsier at situasjonen må representere et klart avvik fra normalsituasjonen, og at det er tale om en svært høy terskel. De klareste eksemplene på konstitusjonelle avvik med forankring i læren, er handlingene under 2. verdenskrig. I denne perioden utgjorde den tyske okkupasjonen en slik ekstraordinær situasjon.

4.3.2 Interessekravet

I riksrettssaken mot Berge-ministeriet uttalte forsvarer Rygh at det må foreligge en fare for «virkelig betydningsfulle samfunnsinteresser» for at den konstitusjonelle nødrett skal komme til anvendelse.⁹¹ Castberg benyttet begrepet «vitale statsinteresser»,⁹² hvilket tilsvarende ble anvendt i Menneskerettighetsutvalgets utredning.⁹³ Andenæs har lagt til grunn at det må foreligge en «virkelig nødssituasjon» og at «vesentlige interesser» vil bli skadelidende dersom de ordinære reglene blir fulgt.⁹⁴

Den ekstraordinære situasjonen må altså utgjøre en fare for interesser som anses beskyttelsesverdige av staten og samfunnet. Terskelen synes å være svært høy, men formuleringenes vaghet gir få svar på hvilke konkrete interesser som må være truet. Interessekravet er dessuten politisk ladet, da det kan være en nokså subjektiv vurdering hva som utgjør en beskyttelsesverdig interesse i et samfunn. Det vil dermed være hensiktsmessig å se hen til lovgivers syn på hvilke statlige interesser som er særlig beskyttelsesverdige.

⁸⁹ Se f.eks. Innst. O.XV. (1950) s. 2 og Innst.187 S (2013-2014) s. 6.

⁹⁰ Se Rt 1945 s.13 på side 14, Rt 1946 s.198 på side 206 og Dokument nr. 2 (1953) s. 2.

⁹¹ Rygh (1927) i Dokument nr. 2 (1953) s. 5.

⁹² Dokument nr. 11 (1950) s. 6.

⁹³ Dokument 16 (2011-2012) s. 91.

⁹⁴ Andenæs (1998) s. 458.

4.3.3 Lovgivers holdning

I det følgende vil jeg redegjøre for enkelte deler av lovgivningen som er vedtatt med sikte på krisesituasjoner, samt forslag til slik lovgivning med tilhørende forarbeider. Rettskildene er egnet til å belyse hvilke nødssituasjoner den konstitusjonelle nødrett tar sikte på, men som jeg påpeker underveis vil deres vekt variere.

4.3.3.1 Beredskapsloven med tilhørende forarbeider

Beredskapsloven ble etter mye diskusjon vedtatt i 1950, og gir blant annet regjeringen en vid fullmaktsadgang i visse nødssituasjoner. Deler av loven går som nevnt utenfor Grunnlovens grenser, og utleder sin rettslige forankring av den konstitusjonelle nødretten. Det må imidlertid påpekes at beredskapsloven ikke i seg selv gir hjemmel for konstitusjonell nødrett, da dens ordlyd er begrenset til *lovens* anvendelsesområde.⁹⁵ Beredskapsloven med tilhørende forarbeider er likevel egnet til å si noe om hvilke nødssituasjoner lovgiver har ansett særlig beskyttelsesverdige.

Regjeringen kan ved nærmere angitte tilfeller gi bestemmelser av lovgivningsmessig innhold dersom riket er i «krig», «krig truer» eller «rikets selvstendighet eller sikkerhet er i fare», jf. beredskapsloven § 3 (1). Det interessante for denne avhandlingen knytter seg til yttergrensen av lovens anvendelsesområde, altså på hvilket tidspunkt «rikets selvstendighet» eller «sikkerhet» kan anses å være i fare. Ordlyden tilsier at det må foreligge en trussel mot vitale forhold ved statens suverenitet og sikkerhet. Ifølge forarbeidene til beredskapsloven må bestemmelsen forstås slik at det bare er forhold som kan true Norges eksistens som selvstendig stat som kommer i betraktning.⁹⁶ Det avgrenses mot uroligheter og alvorlige vanskeligheter av ren indre art.

Beredskapsutvalget, som ble oppnevnt i 1995 for å vurdere behovet for oppdatering av beredskapslovgivningen, la tilsvarende til grunn at loven ikke kan anvendes i kriser av utelukkende nasjonal karakter.⁹⁷ Utvalget mente imidlertid at en nasjonal krise vil kunne rammes, forutsatt at denne får så alvorlige konsekvenser for landets infrastruktur, forsvarsberedskap eller lig-

⁹⁵ Heide (1998) s. 110.

⁹⁶ Innst.O.XV (1950) s. 21.

⁹⁷ NOU 1995:31 s. 53.

nende at statens sikkerhet står i fare. Dette på grunn av de internasjonale sikkerhetspolitiske konsekvensene situasjonen vil kunne få.

Ifølge forarbeidene til beredskapsloven er den konstitusjonelle nødretten likevel ikke begrenset til de nødssituasjoner loven tar sikte på å regulere.⁹⁸ I forarbeidenes generelle redegjørelse for den konstitusjonelle nødrett fremkommer følgende:

«De fremtidige situasjoner som kan tenkes å utløse konstitusjonell nødrett, kan være ytterst varierende, og de tiltak en given situasjon må møtes med, kan være enda mer mangeartet. Det er neppe mulig på forhånd å gi noen fullt ut tilfredsstillende beskrivelse av de vesentlige trekk en nødrettssituasjon må omfatte, eller regne opp de ekstraordinære beføyelser den kan møtes med. Flertallet i justisnemnda vil nøye seg med å uttale som sin mening at konstitusjonell nødrett vil kunne danne hjemmel for tiltak av den art som er nevnt i proposisjonens kapitler IV, V og VI, og det ikke bare i krigstid, men også etter omstendighetene under andre åpenbart alvorlige krisesituasjoner som kan danne en trusel mot rikets frihet og sikkerhet.»⁹⁹

Selv om forarbeidene utgjør en type etterarbeider i relasjon til den konstitusjonelle nødretten, er det likevel grunn til å tillegge den siterte uttalelsen betydelig rettskildemessig vekt. Forarbeidene er skrevet i november 1950, altså få år etter den konstitusjonelle nødretten for alvor ble tatt i bruk. Dessuten er uttalelsene trolig basert på Castbergs og Andenæs' grundige utredninger om beredskapsloven fra oktober 1950, som begge omtalte lovens forhold til den ulovfestede læren.¹⁰⁰

At den konstitusjonelle nødrett ikke er begrenset til de tilfeller som omfattes av beredskapsloven støttes av uttalelser i Castbergs utredning. Ifølge ham kan det rent unntaksvis tenkes tilfeller hvor en særlig kritisk nødssituasjon vil gjøre en handling nødvendig og berettiget også utenfor grensene til beredskapsloven.¹⁰¹ Dette fordi det kan oppstå situasjoner som lovgiver ikke har forutsett og hvor vitale statsinteresser krever øyeblikkelig handling.

⁹⁸ Innst O.XV (1950) s. 15.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Dokument nr. 11 (1950) s. 4 og 11.

¹⁰¹ Ibid s. 6.

Sett i sammenheng, åpner forarbeidene for at konstitusjonell nødrett rent unntaksvis kan komme til anvendelse også i andre åpenbart alvorlige krisesituasjoner enn de som omfattes av beredskapsloven. Dette kan gjelde situasjoner som oppstår i fredstid, herunder interne uroligheter. Forarbeidene konkretiserer imidlertid ikke hvilke andre faresituasjoner dette vil gjelde. At det må foreligge en trussel mot statens «frihet og sikkerhet» og «vitale statsinteresser», gir likevel visse indikasjoner.

På hvilket tidspunkt det foreligger en trussel mot statens «frihet og sikkerhet», som ikke omfattes av beredskapsloven § 3, fremstår nokså uklart. Mens forarbeidene bruker ordet «frihet», benyttes «selvstendighet» i beredskapsloven § 3. Hvorvidt lovgiver bevisst har valgt en annen ordlyd for konstitusjonell nødrett i forarbeidene enn den som fremgår av lovens § 3, er usikkert. Begge begrepene knytter seg til landets suverenitet, men «frihet» synes likevel å være et mer flertydig og politisk ladet begrep enn «selvstendighet». Viktige frihetsidealer i Norge er for eksempel flertallsdemokratiet bygget på allmenn stemmerett og domstolenes uavhengighet. Trusler mot slike grunnleggende frihetsidealer kan dermed hevdes å kvalifisere til konstitusjonell nødrett. Dette støttes av at demokratiske valg og uavhengige domstoler må anses som vitale statsinteresser.

Både beredskapsloven § 3 og forarbeidene nevner videre trusler mot statens «sikkerhet» som tilfeller som vil kunne omfattes. Som nevnt, mente beredskapslovutvalget at trusler mot landets infrastruktur, forsvarsberedskap eller lignende vil kunne omfattes av beredskapsloven. Slike grunnleggende sikkerhetstrusler, også de av ren indre art, vil trolig kunne aktualisere den konstitusjonelle nødrett, forutsatt at disse gjør staten ute av stand til å ivareta borgernes sikkerhet.

4.3.3.2 Menneskerettighetsutvalget

Menneskerettighetsutvalget kom i sin utredning med nokså konkrete tolkningsuttalelser om den konstitusjonelle nødretten, til tross for en anerkjennelse av lærens upresise innhold.¹⁰² Uttalelsene er relevante ved fastleggingen av hjemmelsgrunnlaget, selv om disse har begrenset rettskildemessig vekt.

¹⁰² Dokument 16 (2011-2012) s. 91.

Foruten krig og trussel om krig, fremgår det av utredningen at også andre nøds- eller krisesituasjoner kan gi grunnlag for konstitusjonell nødrett, blant annet «større naturkatastrofer som rammer folketette områder eller vitale styringsorganer».¹⁰³ Det rettslige grunnlaget for tolkningen nevnes ikke, men støttes av uttalelser i Castbergs utredning.¹⁰⁴ Som et eksempel på en krisetilstand som vil kunne kvalifisere, nevner han en naturkatastrofe som volder stor nød i store deler av befolkningen på et tidspunkt Stortinget ikke er samlet. Castberg mener dette kan gi regjeringen en rett og plikt til å avhjelpe situasjonen, og dermed sette seg utover Grunnlovens kompetansefordelingsregler.

Ifølge Menneskerettighetsutvalget er det et krav at krisen «for alvor truer større deler av befolkningen, samfunnets grunnleggende strukturer eller rikets eksistens».¹⁰⁵ Utvalget påpeker at trusselen må være av kvalifisert alvorlig og akutt karakter, og at hendelser som flom, ulykker eller terroranslag normalt ikke vil legitimere unntak fra konstitusjonen.

Fra hvilke rettskilder det kan utledes at trusler mot «større deler av befolkningen» vil kunne rammes, fremkommer ikke. Tolkningen synes å være inspirert av EMK art. 15 og SP art. 4, som åpner for derogasjon ved trusler om alvorlig fysisk skade eller tap av liv i befolkningen. Ingen av rettskildene jeg har gjennomgått kan imidlertid tas til inntekt for en slik tolkning. På bakgrunn av tolkningsuttalelsenes uklare rettslige forankring og manglende utfyllende begrunnelse, kan disse neppe tillegges særlig vekt.

Det kan imidlertid tenkes at det foreligger så alvorlige trusler mot befolkningen at det skapes en fare for statens frihet og sikkerhet. På samme måte vil trusler mot Norges suverenitet gjerne medføre at befolkningens liv og helse settes i fare, hvilket kan være tilfellet ved en internasjonal sikkerhetstrussel.

4.3.3.3 Forslag til ny krisefullmaktslov

14. juni 2019 ble det levert et forslag til en lov om særlige fullmakter ved ekstraordinære kriser (krisefullmaktsloven). Formålet med utredningen, som dannet grunnlaget for lovforslaget, var å vurdere om man for ekstraordinære krisesituasjoner, utenfor krig og krigslignende situa-

¹⁰³ Ibid s. 91-92.

¹⁰⁴ Dokument nr. 2 (1953) s. 18-19.

¹⁰⁵ Dokument 16 (2011-2012) s. 92.

sjoner, har behov for en sektorovergripende fullmaktshjemmel og en suspensjonshjemmel for rettigheter.¹⁰⁶ Utvalget vurderte og tok stilling til hvilke rettslige virkemidler som bør være på plass som ledd i en fremtidig håndtering av ekstraordinære krisesituasjoner.

Det må utvises varsomhet med å tillegge utredningen rettskildemessig vekt. Ikke bare er det tale om et etterarbeid i relasjon til den konstitusjonelle nødrett, men lovforslaget er dessuten ikke vedtatt, da det for tiden ligger til behandling i Justis- og beredskapsdepartementet.

I utredningen grovsorterer utvalget ekstraordinære kriser i tre typetilfeller, avhengig av hvor alvorlige de er.¹⁰⁷ Utvalgets mandat knytter seg til det tredje typetilfellet, men de to første tas med for å belyse skillelinjene. Det fremkommer uttrykkelig at terskelen for forskriftsfullmakten i lovforslaget (typetilfelle 3) skal være lavere enn terskelen for konstitusjonell nødrett (typetilfelle 1).¹⁰⁸ Av denne grunn vil det være hensiktsmessig å se nærmere på hvilke krisesituasjoner lovforslaget tar sikte på, da disse ifølge utredningen kan antas å ligge under terskelen for konstitusjonell nødrett.

Typetilfelle 1 er «krig, krigslignende tilstand eller annen situasjon der rikets sikkerhet eller statsstyret er truet».¹⁰⁹ Dette er det mest alvorlige typetilfellet, og ifølge utvalget reguleres slike situasjoner av beredskapsloven, konstitusjonell nødrett og forsvarslovgivningen.

Typetilfelle 2 omtales som «[e]kstraordinære hendelser som håndteres gjennom alminnelig beredskap».¹¹⁰ Dette er situasjoner som har et «større omfang og er mer alvorlig enn det vi vanligvis er vitne til», men som håndteres gjennom alminnelig beredskap. Som eksempel på slike situasjoner nevnes naturhendelser, større ulykker med bygninger, skip, jernbane eller oljeplattformer, spredning av sykdommer, eller geografisk avgrensede terroraksjoner. Disse tilfellene antas et stykke på vei å være regulert i egen sektorlovgivning eller i sivilbeskyttelsesloven.

¹⁰⁶ NOU 2019: 13 s. 18.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid s. 10.

¹⁰⁹ Ibid s. 18.

¹¹⁰ Ibid.

Typetilfelle 3, og de krisesituasjoner lovforslaget tar sikte på å regulere, er «[e]kstraordinære hendelser av høyere alvorlighetsgrad».¹¹¹ Dette er ifølge utvalget kriser som befinner seg et sted mellom alvorlige ulykker og krigslignende tilstander. I lovforslagets § 3 defineres ekstraordinære kriser som «situasjoner hvor kritiske samfunnsfunksjoner eller andre tungtveiende samfunnsinteresser er truet som følge av at en eller flere alvorlige hendelser har inntruffet, så som omfattende naturkatastrofer, terrorhandlinger, pandemier eller hybride hendelser».¹¹²

Ordlyden «kritiske samfunnsfunksjoner» skal forstås å omfatte virksomheter, oppgaver eller andre funksjoner i samfunnet som er avgjørende for at samfunnet skal fungere.¹¹³ Med «tungtveiende samfunnsinteresser» siktes det til de verdier som er viktige for samfunnet å ta vare på, og som de kritiske samfunnsfunksjonene dypest sett er ment å ivareta. Som eksempel på viktige samfunnsinteresser nevnes samfunnsstabilitet, liv og helse, demokratiske verdier, økonomi, naturverdier, kulturverdier, rettssikkerhet og trygghet for befolkningen.

Tolkningsuttalelsene til typetilfelle 3 vil dermed, ifølge utredningen, trolig utgjøre minimumskrav for innslagspunktet til den konstitusjonelle nødretten. I sin omtale av den ulovfestede læren, skriver utvalget at det må foreligge en «virkelig nødssituasjon og at vesentlige interesser vil bli skadelidende hvis vanlige regler følges».¹¹⁴ Utvalget påpeker at det ikke lar seg avgjøre generelt hvor alvorlig nødssituasjonen må være, og at det vil bero på en «konkret, skjønsmessig vurdering hvorvidt en handling som under normale forhold ville være et forfatningsbrudd, likevel anses berettiget som følge av nødssituasjonen».¹¹⁵ Hva som skiller en slik situasjon fra de situasjoner den foreslåtte loven tar sikte på å regulere, fremstår nokså uklart.

4.3.4 Øvrige krav til nødstilstanden

For å kunne foreta en mest mulig treffende sammenligning av menneskerettslig derogasjon og konstitusjonell nødrett, vil jeg i det følgende vurdere hvordan sistnevnte forholder seg til derogasjonshjemlenes krav til nødstilstand, slik disse er omtalt i kapittel 3.2.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid s. 126.

¹¹³ Ibid s.120.

¹¹⁴ Ibid s. 79.

¹¹⁵ Ibid.

Analysen av den konstitusjonelle nødretten har til nå hovedsakelig knyttet seg til spørsmålet om hvilke nasjonale funksjoner som må være truet for at kravet til nødstilstand skal være oppfylt. Dette har sin parallell i kravet etter EMK art. 15 og SP art. 4 om at nasjonen og organiseringen av samfunnet må være truet. Tilsvarende har jeg vurdert den konstitusjonelle nødrettens ekstraordinære og ukurante karakter, hvilket kan sammenstilles med derogasjonshjemlenes betingelse om at faren må være eksepsjonell. I det følgende vil jeg derfor vurdere hvilke krav som kan stilles til farens tidsmessige nærhet og nasjonale utbredelse.

4.3.4.1 *Tidsmessig nærhet*

Konstitusjonell nødrett har utelukkende vært benyttet i situasjoner hvor trusselen allerede har inntruffet, og dermed har vært aktuell. Spørsmålet er om den ulovfestede læren også vil kunne anvendes ved en mer fjerntliggende trussel. Beredskapsloven med tilhørende forarbeider er egnet til å belyse problemstillingen. Ifølge lovens § 3 (1) kan regjeringen gi bestemmelser av lovgivningsmessig innhold når riket «er i krig», krig «truer» eller rikets selvstendighet eller sikkerhet «er i fare».

Dersom krigen har aktualisert seg eller det foreligger en krigserklæring til eller fra Norge vil altså beredskapsloven klart kunne komme til anvendelse, dersom de øvrige lovbestemte vilkårene er oppfylte. På hvilket tidspunkt rikets selvstendighet eller sikkerhet «er i fare» fremstår imidlertid mer usikkert. Ifølge regjeringens proposisjon til loven vil det kunne foreligge en trussel mot rikets selvstendighet eller sikkerhet «selv om riket ikke er i krig og selv om det ikke lar seg påvise noen aktuell krigstrusel mot Norge».¹¹⁶ Det fremgår av innstillingen til beredskapsloven at det må kreves en «nærhet og styrke» i krigstrusselen, og at det må foreligge en «atskillig mer akutt krigstrussel» enn den som forelå i 1950.¹¹⁷ Hva som er tilstrekkelig nært og akutt er uklart, men uttalelsene synes å stille nokså strenge krav til den nærhet i tid som må foreligge. Castberg skriver i sin utredning om beredskapsloven at det bør foreligge en «overhengende fare» for selvstendigheten og sikkerheten til staten.¹¹⁸

Som påpekt, må det utvises varsomhet med å tillegge beredskapsloven og dens forarbeider for mye vekt i relasjon til den ulovfestede læren. Hensynet til borgernes rettssikkerhet vil imidler-

¹¹⁶ Ot.prp.nr.78 (1950) s. 5.

¹¹⁷ Innst.O.XV (1950) s. 21.

¹¹⁸ Dokument nr. 11 (1950) s. 10.

tid være best ivaretatt dersom det stilles like strenge krav til den tidsmessige nærhet ved anvendelse av konstitusjonell nødrett, som ved anvendelse av beredskapsloven. I motsatt fall vil det kunne være fare for uthuling av de konstitusjonelle reglene. Prognoser over trusselsituasjonen vil dessuten kunne slå feil ut og i verste fall bli misbrukt av myndighetene. På bakgrunn av dette må det antagelig stilles like strenge krav til den tidsmessig nærhet for anvendelse av konstitusjonell nødrett som etter beredskapsloven.

4.3.4.2 *Trusselens utbredelse*

Rettskildene som omtaler konstitusjonell nødrett synes å forutsette at hele territoriet og den totale befolkningen må være rammet av nødtilstanden. Dette ved bruk av begreper som «landets frihet og selvstendighet»,¹¹⁹ «samfunnsinteresser»¹²⁰ og «rikets frihet og sikkerhet».¹²¹

Castberg forutsetter imidlertid at også en naturkatastrofe som har «voldt nød i store kretser av folket» vil kunne omfattes, noe som tilsvarende legges til grunn av Menneskerettighetsutvalget.¹²² Dette indikerer at det er tilstrekkelig at deler av staten er rammet. Forarbeidene til beredskapsloven synes å støtte en slik forståelse. Ifølge disse var det, som nevnt, ikke mulig å gi en fullt ut tilfredsstillende beskrivelse av den nødssituasjon som vil kunne utløse konstitusjonell nødrett.¹²³ Dette tilsier at nødrettsgrunnlaget kan aktualiseres selv om krisesituasjonen arter seg på en annen måte enn det man har sett tidligere, herunder bare i et begrenset geografisk område av en stat og mot deler av befolkningen. Forutsetningen må imidlertid være at den regionale faren får konsekvenser for hele nasjonens frihet og sikkerhet.

4.3.5 Oppsummerende om innslagspunktet

Den konstitusjonelle nødretten krever at det foreligger en ekstraordinær situasjon som skaper en trussel mot tungtveiende interesser som anses beskyttelsesverdige av den norske stat og samfunn. Gjennomgangen har vist at det er vanskelig å fastlegge lærens innslagspunkt, men det har likevel vært mulig å belyse noen hovedlinjer.

¹¹⁹ Rt 1945 s.13 på side 14.

¹²⁰ Rygh (1927) i Dokument nr. 2 (1953) s. 5.

¹²¹ Innst.O.XV (1950) s. 15.

¹²² Dokument nr. 2 (1953) s. 18-19 og Dokument 16 (2011-2012) s. 92.

¹²³ Innst O.XV (1950) s. 15.

I kjerneområdet vil være utenrikspolitiske konflikter som truer Norges uavhengighet og sikkerhet. Trusler i fredstid og interne uroligheter vil trolig også kunne kvalifisere, forutsatt at disse skaper en fare for rikets frihet og sikkerhet. Dette vil antagelig være tilfellet ved trusler mot grunnleggende og vitale statlige mekanismer, og ved trusler mot grunnleggende frihetsidealer og fundamentale sikkerhetspolitiske funksjoner. Hvorvidt trusler mot større deler av befolkningen vil kunne omfattes synes mer uklart. Videre må faren trolig være tilstrekkelig nær og akutt. Hvis ikke denne allerede har manifestert seg, må trusselen være overhengende. Hvilke krav som kan stilles til farens utbredelse er nokså uklart, men en trusler mot deler av en stat vil trolig kunne omfattes, forutsatt at det skapes en fare for rikets frihet og sikkerhet.

4.4 Kort om kravene til nødvendighet og proporsjonalitet

Både i rettspraksis og litteratur er det oppstilt krav om at tiltaket må være nødvendig og proporsjonalt. I riksrettssaken mot Berge-ministeriet fremholdt forsvarer Rygh at det må foreligge en «nødvendighet for å avvike fra de normale regler», og dessuten at tiltaket måtte være «tjenlig for øiemedet og forholdsmessig i forhold til den fare som skal avverges».¹²⁴ Ifølge Castberg må en tilsidesettelse av grunnlovsbestemmelsen være «tvingende nødvendig».¹²⁵ I dette legger han at den irregulære fremgangsmåten må være nødvendig som et «adekvat middel til å realisere et nødvendig formål».¹²⁶

Andenæs har påpekt at det ikke lar seg avgjøre generelt hvor alvorlig nødssituasjonen må være for at den skal kunne regnes som ekstraordinær.¹²⁷ Vurderingen må ifølge ham bero på en avveining mellom betenkelighetene ved å sette seg utover forfatningens normalordning og de interesser som står i fare dersom man ikke fraviker den konstitusjonelle regelen. Andenæs hevder det skal mer til å tilsidesette grunnleggende individrettigheter enn formelle kompetanseregler. Det konkrete resultatet vil imidlertid avhenge av hvilken rettighet det er tale om å fravike, og hvor stor fravikelsen eventuelt vil være.

¹²⁴ Rygh (1927) i Dokument nr. 2 (1953) s. 5.

¹²⁵ Dokument nr. 2 (1953) s. 2.

¹²⁶ Ibid s. 19.

¹²⁷ Andenæs (1998) s. 458.

5 En sammenligning av innslagspunktene – i lys av koronapandemien

5.1 En sammenligning av innslagspunktene

Jeg har til nå forsøkt å redegjøre for innslagspunktene til henholdsvis derogasjon etter menneskerettskonvensjonene og konstitusjonell nødrett, altså hvilke krav rettsgrunnlagene stiller til nødssituasjonen som må foreligge.

Gjennomgangen har vist at nødrettsgrunnlagenes krav til nødstilstand har flere fellestrekk. Både derogasjon og konstitusjonell nødrett forutsetter at det foreligger en ekstraordinær nødsituasjon, og en trussel mot beskyttelsesverdige interesser. Begge synes dessuten å stille krav til farens nærhet i tid, selv om praksis fra EMD viser at tidskravet ikke kan tolkes særlig strengt. I tillegg er hjemmelsgrunnlagenes krav til utbredelse antagelig nokså sammenfallende. En regional nødstilstand kan kvalifisere for derogasjon, og det samme må trolig gjelde for den konstitusjonelle nødretten, forutsatt at trusselen likevel skaper en fare for rikets frihet og sikkerhet.

Analysen viser imidlertid at innslagspunktet for konstitusjonell nødrett er høyere enn for derogasjon etter EMK art. 15 og SP art. 4. Den ulovfestede læren stiller nemlig strengere krav til farens innhold, altså hvilke egenskaper eller forhold ved staten faren må rette seg mot.

Etter derogasjonshjemlene vil kravet til nødstilstand kunne være oppfylt ved trusler om alvorlig fysisk skade og tap av liv. Utover det forhold at skadepotensialet må være alvorlig, stilles det ikke krav til størrelsen av den eventuelle skaden, så lenge staten settes ut av stand til å ivareta borgernes sikkerhet. Det er ingen eksempler på at denne type trusler har utløst konstitusjonell nødrett i Norge. Rettsgrunnlaget har utelukkende kommet til anvendelse i tilfeller hvor statens suverenitet har stått i fare. Likevel kan det tenkes at kravet vil være oppfylt i fredstid, herunder ved interne trusler, under forutsetning av at situasjonen utgjør en fare for rikets frihet og sikkerhet. Trusler mot vitale statlige mekanismer, som myndighetene, grunnleggende frihetsidealer og fundamentale sikkerhetspolitiske funksjoner, vil antagelig kunne omfattes av dette. Hvorvidt trusler mot større deler av befolkningen isolert sett vil kunne kvalifisere er mer usikkert.

Kravet til nødstilstand er altså strengere for konstitusjonell nødrett enn for derogasjon. Av denne grunn kan det tenkes at enkelte nødssituasjoner vil kunne nå opp til terskelen for derogasjon, men ikke terskelen for konstitusjonell nødrett. Jeg skal i det følgende illustrere dette gjennom et hypotetisk nødrettseksempel som tar utgangspunkt i en faktisk hendelse fra koronapandemien i Norge. Jeg understreker at hverken konstitusjonell nødrett eller derogasjon faktisk har blitt diskutert i løpet av pandemien, og at eksempelet bare henter inspirasjon fra en hendelse som faktisk inntraff. Det vil ikke foretas en grundig tolkning av den aktuelle grunnlovsrettigheten eller en inngående vurdering av om fravikelse ville vært lovlig. Formålet er utelukkende å illustrere en situasjon som kan oppstå i en fremtidig krise.

5.2 Black lives matter som utgangspunkt for nødrettseksempel

5.2.1 Demonstrasjonen 5. juni 2020

5. juni 2020 ble det arrangert en stor demonstrasjon i Oslo, hvor rundt 15 000 mennesker var til stede for å markere sin støtte til den antirasistiske bevegelsen «Black lives matter» (BLM).¹²⁸ Dette skjedde under koronapandemien, og samlingen av mennesker innebar derfor en betydelig fare for smittespredning. Det var ikke nedlagt noe forbud mot demonstrasjonen, til tross for at enkelte politikere frarådet store menneskesamlinger.

For eksempelets skyld legger jeg til grunn at smittetallet i forkant av demonstrasjonen var betydelig høyere enn det som faktisk var tilfellet, og at sykehusene opplevde omfattende problemer med håndteringen av viruset. Videre forutsetter jeg at myndighetene hadde fått informasjon om at det ville delta minst 30 000 mennesker, og at arrangørene ikke hadde tatt noen forholdsregler for å forebygge smitte. Smitterisikoen og konsekvensene av demonstrasjonen kunne da blitt svært store, og i verste fall medført sprengt kapasitet på sykehusene, som kunne resultert i mange dødsfall. Myndighetene ville da kunne finne det nødvendig å forby eller stanse demonstrasjonen, hvilket i så fall måtte gjennomgått en rettslig vurdering.

5.2.2 Forbudet mot forhåndssensur

Demonstrasjonsfriheten fremgår av Grl. § 101 (2), og har sin parallell i EMK art. 11 og SP art. 21. Rettigheten har en tett innbyrdes sammenheng med ytringsfriheten, som er vernet av Grl. § 100, EMK art. 10 og SP art. 19.

¹²⁸ Fjeld m.fl. (2020).

Et forbud eller en stansing av demonstrasjonen ville utgjort en form for forhåndssensur av ytringen, uavhengig av demonstrasjonens budskap. Dette fordi overvåkning av selve formidlingsprosessen er en type forhåndskontroll, og dermed er beskyttet av grunnlovsbestemmelsen.¹²⁹ Ytringsfriheten verner nemlig ikke bare ytringers innhold, men også deres form.

Ifølge Grl. § 100 (4) kan forhåndssensur ikke benyttes med mindre det er «nødvendig for å beskytte barn og unge mot skadelig påvirkning fra levende bilder», og brevsensur «kan ikke settes i verk utenfor anstalter». Ingen av disse unntakene er aktuelle i det foreliggende scenarioet. Bestemmelsen forbyr da, etter sin ordlyd, enhver annen form for forhåndssensur.

Forholdet til politiloven § 11 (3) jf. (1) må imidlertid nevnes, da ordlyden synes å åpne for forhåndssensur utover de tilfeller som rammes av Grl. § 100 (4). Ifølge bestemmelsen kan en demonstrasjon blant annet forbys dersom det er «grunn til frykt» for at «det formål som tilsiktes fremmet eller måten dette skjer på, strider mot lov». Ordlyden kan tas til inntekt for at mistanke om ulovlige ytringer under en demonstrasjon vil kunne gi adgang til å nedlegge forbud. Ifølge forarbeidene til Grl. § 100 kan demonstrasjoner imidlertid bare forbys på dette grunnlaget dersom det legges opp til «ulovlige *handlinger* under demonstrasjonen».¹³⁰ Sensur av ulovlige *ytringer* er altså ikke tillatt, og må eventuelt straffefølges i etterkant. Politiloven § 11 (3) åpner dermed ikke for forhåndssensur som strider mot Grl. § 100 (4).

For at politiet skulle hatt adgang til å forby BLM-demonstrasjonen måtte det dermed vært grunn til frykt for at det ville blitt lagt opp til ulovlige handlinger. 5. juni 2020 forelå det et forbud mot arrangementer på offentlig sted med «mer enn 50 personer», jf. den daværende covid-19-forskriften § 13 (1).¹³¹ Hva som skulle regnes som et «arrangement» var vidt definert i femte ledd, og demonstrasjonen kunne etter en alminnelig ordlydsfortolkning vært omfattet av alternativet «andre arrangementer» i § 13 (5) bokstav c. Forskriften må imidlertid tolkes i lys av Grl. §§ 100 og 101, og siden demonstrasjoner er en vernet ytringsform, ville gjennomføring av denne ikke utgjort en ulovlig handling. Politiet kunne da ikke stanset eller nedlagt forbud mot BLM-demonstrasjonen og det ville ikke vært adgang til å gjøre unntak fra forbudet mot forhåndssensur jf. Grl. § 100 (4).

¹²⁹ NOU 1999:27 s.166.

¹³⁰ St.meld.nr. 26 (2003-2004) pkt. 5.8.4.

¹³¹ Forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet. Endret ved forskrift 7. mai 2020 nr. 956.

Neste steg ville da vært å spørre seg om det var adgang til å *fravike* forbudet mot forhåndssensur i Grl § 100 (4), enten på grunnlag av EMK art. 15 og SP art. 4, eller på grunnlag av konstitusjonell nødrett. Jeg vil i det følgende kort vurdere om det hypotetiske scenarioet kunne overtrådt terskelen for nødstilstand etter henholdsvis derogasjon og konstitusjonell nødrett. De øvrige vilkårene vil ikke gjennomgås.

5.2.3 Fravikelse av forbudet mot forhåndssensur

5.2.3.1 *Rettslig grunnlag: Derogasjon etter EMK art. 15 og SP art. 4*

Det synes nokså klart at det hypotetiske krisescenarioet ville utgjort en «offentlig nødstilstand» etter EMK art. 15 og SP art. 4. Om trusselen ikke allerede var «aktuell» på tidspunktet, må den klart anses «overhengende» i forkant av den planlagte demonstrasjonen. Som lagt til grunn i praksis fra EMD, kan det ikke forventes at en stat avventer med å foreta seg preventive tiltak inntil krisen inntreffer. Heller ikke kravet om trusselens utbredelse synes å være problematisk, da det ligger implisitt i «pandemi»-begrepet at viruset vil kunne ramme store deler av befolkningen. Videre må det antas å foreligge «en trussel mot nasjonens liv», da gjennomføring av demonstrasjonen ville utgjort en trussel mot en stor del av befolkningens helse og liv, gitt den ukontrollerte og omfattende smittesituasjonen. Dette kunne gjort myndighetene ute av stand til å garantere for borgernes sikkerhet. Da det ikke var mulig å forby demonstrasjonen på grunnlag av ordinære rettslige virkemidler, ville trusselen dessuten vært «eksepsjonell».

5.2.3.2 *Rettslig grunnlag: Konstitusjonell nødrett*

Krisescenarioet ville utgjort en intern trussel i fredstid, og i utgangspunktet kan slike trusler omfattes av den konstitusjonelle nødretten, men bare helt unntaksvis. Tap av menneskeliv og stort press på helsevesenet kunne skapt en ekstraordinær situasjon, da befolkningens helse ville vært truet som følge av stor smittespredning og kollaps i helsevesenet.

Dette ville nok likevel ikke vært tilstrekkelig for å utløse konstitusjonell nødrett. Selv om mange menneskeliv kunne gått tapt, ville situasjonen trolig ikke utgjort en fare for Norges suverenitet eller demokratiske styresett. Statlige og demokratiske organer kunne sannsynligvis fortsatt sin ordinære drift, og grunnleggende frihetsidealer ville vært i behold. Selv om sikkerhetssituasjonen hadde blitt satt under stort press, ville nok heller ikke denne vært tilstrekkelig alvorlig til å nå opp til terskelen. Det må likevel understrekes at disse antagelsene ikke kan slås fast med sikkerhet, da det er usikkert hvor store konsekvenser virusutbruddet kunne fått.

5.3 Rettslige konsekvenser av ulike terskler

Jeg har nå forsøkt å illustrere at en nødtilstand vil kunne legitimere fravikelse av menneskerettigheter på grunnlag av EMK art. 15 og SP art. 4, men ikke på grunnlag av konstitusjonell nødrett. Dette medfører at man i enkelte situasjoner vil kunne fravike en konvensjonsrettighet, men ikke den parallelle grunnlovsrettigheten. I et slikt tilfelle vil myndighetene ha flere alternativer.

De kan avstå fra å fravike den aktuelle grunnlovsrettigheten, og heller forsøke å begrense skadeomfanget innenfor den ordinære inngrepsadgangen som enkelte rettigheter oppstiller. Dette kan imidlertid medføre en uthuling av proporsjonalitetsvurderingen, og dermed også menneskerettighetene. Alternativt kan myndighetene derogere på lovlig vis overfor Europarådet og FN, men ignorere rammene for den konstitusjonelle nødretten. Dette vil utgjøre en konstitusjonelt ulovlig handling som vil kunne bringes inn for domstolene. I verste fall kan det resultere i en dom for Riksretten mot et folkevalgt medlem, for brudd på sine konstitusjonelle plikter jf. GrL. § 86. Domstolene kan også gi myndighetene en betydelig politisk skjønnsmargin og stå tilbake fra en overprøving av nødtilstanden som angivelig forelå.

Myndighetene vil alternativt kunne få medhold i saken, fordi domstolen mener en derogasjonsadgang tilsvarende EMK art. 15 og SP art. 4 må kunne innfortolkes i Grunnlovens menneskerettskapittel. Hvorvidt det er adgang til å innfortolke en slik derogasjonsadgang vil være tema for det kommende kapitlet.

6 Adgangen til å innfortolke en derogasjonsadgang i Grunnloven

6.1 Innledning

Grunnlovens menneskerettskapittel oppstiller som nevnt ingen derogasjonshjemmel. I dette kapitlet vil jeg dermed vurdere om det kan innfortolkes en derogasjonsadgang tilsvarende EMK art. 15 og SP art. 4. Dette på bakgrunn av at Høyesterett har innfortolket en adgang til å gjøre *begrensninger* i enkelte av grunnlovsrettighetene, til tross for at det heller ikke finnes en uttrykkelig og generell begrensningsadgang.¹³²

¹³² Se Rt 2014 s.1105, Rt 2015 s.93 og Rt 2015 s.155.

Innledningsvis vil jeg redegjøre for fraværet av en derogasjonsbestemmelse, og de skranker maktfordelingsprinsippet setter for muligheten til å innfortolke en derogasjonsadgang. Deretter vil jeg analysere lovgivers holdning til en derogasjonshjemmel, og vurdere komitéflertallets beslutning om å ikke vedta en slik, i lys av formålet bak grunnlovsrevisjonen av 2014. Jeg vil ta stilling til hvorvidt likhetsbetraktninger mellom derogasjonsadgangen og begrensingsadgangen kan tilsi at det må innfortolkes en derogasjonshjemmel, og avslutningsvis hvilken betydning det har for derogasjonsadgangen at Norge er forpliktet av EMK og SP.

6.2 Mangelen på en grunnlovfestet derogasjonshjemmel

Da en derogasjonshjemmel ikke er grunnlovfestet er det klare utgangspunktet at det heller ikke kan innfortolkes en slik derogasjonsadgang. Lovgiver har en demokratisk legitimitet som domstolene ikke har, og Grl. § 121 åpner for at Stortinget kan endre Grunnloven med to tredjedels flertall. Fra et rettssikkerhetsperspektiv er det dessuten ønskelig med klare og forutsigbare rammer for statens inngrep i enkeltindividers liv. Det skal dermed svært mye til for å innfortolke en derogasjonsadgang.

Menneskerettskapittelet ble inntatt i 2014, og på grunn av dets unge alder må en anta at reglene er ment å gjenspeile dagens samfunn og rettstilstand på en treffende måte. En uttalt målsetning med grunnlovsreformen var at menneskerettighetene skulle ha en «klargjørende og en pedagogisk funksjon», som igjen ville bidra til «økt folkelig forståelse av og interesse for Grunnloven».¹³³ Da lovgivers ønske var å klargjøre rettstilstanden, og lot være å innta en derogasjonshjemmel, vil det stride med formålet om klargjøring å innfortolke en derogasjonsadgang.

Stortingets skepsis til å vedta en derogasjonshjemmel må imidlertid anses noe overraskende. Dette på bakgrunn av at Menneskerettsutvalget foreslo en slik hjemmel, og knyttet sitt forslag tett opp til EMK art. 15 og SP art. 4, som Norge allerede var bundet av. I det følgende vil jeg derfor analysere lovgivers holdning til grunnlovfesting av en derogasjonshjemmel.

¹³³ Dokument 16 (2011-2012) s. 14.

6.3 Lovgivers holdning til derogasjon

Derogasjonsbestemmelsen som ble foreslått i 2014 var basert på et forslag fra Menneskerettighetsutvalget, og lød som følger:

«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.»

Hvorvidt denne hjemmelen skulle grunnlovfestes ble vurdert av kontroll- og konstitusjonskomitéen i Innst. 187 S (2013-2014), og flertallet (alle partier med unntak av Ap og MDG) besluttet å ikke vedta derogasjonsbestemmelsen. Flertallet mente de foreslåtte kriteriene «bekjentgjort krigs- eller krisetilstand» var «for vage og uklare til å regulere overgangen til ulike nødrettssituasjoner».¹³⁴ Videre uttalte de at «[d]et melder seg spørsmål om hvem som har definisjonsmakten over disse begreper, hvem som skal ha bekjentgjort hva for hvem og at «kri- se» ikke er et juridisk avklart begrep».

Etter komitéflertallets oppfatning var det altså for stor uklarhet knyttet til den foreslåtte ordlyden, da den ikke oppstilte klare nok rettslige rammer for derogasjonsadgangen. På bakgrunn av dette besluttet flertallet at det «ikke [vil] anbefale forslaget til § 116 vedtatt i denne utforming, og Stortinget anbefales å ikke bifalle forslaget».¹³⁵

I begrunnelsen synes det hovedsakelig å være den foreslåtte ordlyden som anses problematisk, og ikke derogasjonsinstituttet i seg selv. Flertallet har nemlig «ikke innvendinger mot derogasjon som sådan, men instituttet må brukes særdeles varsomt og gjennomtenkt, da det innebærer å sette Grunnloven ut av kraft i visse typetilfelle».¹³⁶ Dette kan tyde på at flertallet ikke utelukker muligheten for en fremtidig derogasjonshjemmel. De anerkjenner tvert imot at «noen situasjoner er så ekstraordinære at det vil være uforholdsmessig byrdefullt å opprettholde alle rettigheter fullt ut for den enkelte, eller alle plikter som påhviler staten, ubeskåret.» Vide-

¹³⁴ Innst. 187 S (2013-2014) s. 26.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid.

re skriver flertallet at «[i] en nødrettssituasjon vil man også alvorlig konkret måtte avveie hvilke alvorlige konsekvenser det har å sette en grunnlovsbestemmelse ut av kraft». Gjennom disse uttalelsene synes flertallet å mene at derogasjon kan være uunngåelig i enkelte tilfeller.

Selv om flertallet ikke vedtok den foreslåtte ordlyden, tok de altså ikke avstand fra derogasjon som sådan. De virker tvert imot å ha vært åpne for at en derogasjonsadgang kan være hensiktsmessig innenfor tilstrekkelig klare rettslige rammer. Dette kan tas til inntekt for at det ikke vil være så illojalt å innfortolke en derogasjonsadgang som først antatt, forutsatt at dette skjer innenfor klart avgrensede kriterier.

Lovgivers mål med grunnlovsreformen av 2014 var ikke å endre innholdet i datidens rettstilstand, hvilket fremkommer uttrykkelig av menneskerettskapittelets forarbeider.¹³⁷ Selv om intensjonen med reformen var å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett, var endringene altså ikke ment å gi enkeltindivider et bedre eller dårligere vern enn det som allerede fulgte av våre internasjonale forpliktelser. Dersom man ikke kan innfortolke en derogasjonsadgang, vil dette medføre en endret rettstilstand i forhold til den som allerede fulgte av EMK art. 15 og SP art. 4 før grunnlovsrevisjonen. Å innfortolke en derogasjonsadgang kan dermed anses forsvarlig ut ifra en formålsbasert tolkning, da formålet bak grunnlovsendringene ikke var å endre rettstilstanden.

6.4 Likhetsbetraktninger med begrensingsadgangen

Grunnlovens menneskerettskapittel inneholder heller ingen uttrykkelig og generell adgang til å *begrense* grunnlovsrettigheter. Dette til tross for at de fleste konvensjonsfestede menneskerettigheter uttrykkelig tillater begrensninger, forutsatt at disse har tilstrekkelig hjemmel, følger legitime formål og er forholdsmessige. Høyesterett har imidlertid innfortolket en begrensingsadgang i enkelte av grunnlovsrettighetene.¹³⁸ Vurderingstema i det følgende er om likhetstrekk mellom begrensingsinstituttet og derogasjonsinstituttet tilsier at man tilsvarende må kunne innfortolke en derogasjonsadgang.

Både begrensingsadgangen og derogasjonsadgangen utgjør innhugg i rettigheter til enkeltindivider og legger opp til en avveining av beskyttelsesverdige interesser. Derogasjon innebærer

¹³⁷ Ibid s.13.

¹³⁸ Se Rt 2014 s.1105, Rt 2015 s.93 og Rt 2015 s.155.

imidlertid et rettighetsinngrep av et annet omfang enn begrensningsadgangen, da det er tale om en total fravikelse av den aktuelle rettigheten. Begrensningsadgangen legger på sin side opp til en avveining mellom rettigheter som ikke er absolutte. Begrensninger i menneskerettigheter foretas dessuten daglig og er helt nødvendige for menneskerettighetenes levedyktighet. Som et eksempel kan nevnes avveininger som foretas jevnlig i barnevernet mellom retten til privatliv og familieliv i Grl. § 102 og barnets beste i Grl. § 104. Derogasjon tilhører på sin side de sjeldne unntakene, da en lovlig derogasjon blant annet forutsetter at det foreligger en offentlig nødtilstand.

Selv om det hverken ble vedtatt en begrensningshjemmel eller en derogasjonshjemmel under grunnlovsreformen, synes lovgiver i tillegg å ha en ulik holdning til begrensningsadgangen og derogasjonsadgangen. Vedtagelsen av en begrensningshjemmel ble ved grunnlovsrevisjonen i 2014 bare utsatt, mens derogasjonshjemmelen ble uttrykkelig nedstemt.¹³⁹

Til tross for en del likheter mellom begrensninger og derogasjon er det likevel vesentlige ulikheter som tilsier at det ikke er grunnlag for å innfortolke en derogasjonsadgang med hjemmel i likhetsbetraktninger.

6.5 Tolkning i lys av internasjonale forpliktelser

Høyesterett har lagt til grunn at grunnlovsrettighetene må tolkes i lys av sine menneskerettslige forbilder, jf. blant annet Rt 2015 s.93 (Maria). I denne saken var det tale om å tolke Grl. § 102 om rett til privatliv og familieliv i lys av EMK art. 8.

I det foreliggende tilfellet er det ikke snakk om å tolke en grunnlovsrettighet i lys av en konvensjonsbestemmelse, da det ikke eksisterer en derogasjonshjemmel i Grunnloven. Uttalelsene kan likevel tas til inntekt for at Grunnlovens menneskerettskapittel på en mer generell basis må tolkes i lys av menneskerettskonvensjonene. Hensynet til harmoni og sammenheng i regelverket tilsier at Grunnloven burde oppstille de samme muligheter for derogasjon som sine menneskerettslige forbilder.

¹³⁹ Innst.187 S (2013-2014) s. 26.

Ifølge EMK art. 53 skal imidlertid konvensjonen ikke bli tolket slik at den begrenser eller fraviker menneskerettigheter som er en del av medlemsstatens lovgivning. Det er dermed utelukkende konvensjonsinspirerte tolkninger av Grunnloven til gunst for rettighetshaveren som er tillatte. Hvorvidt det vil være til gunst for rettighetshaver å innfortolke en derogasjonsadgang synes noe usikkert. En uttrykkelig derogasjonshjemmel vil være å foretrekke fremfor en ulovfestet derogasjonsadgang. Dersom alternativet er å anvende konstitusjonell nødrett, som har et nokså uklart innslagspunkt, vil nok en ulovfestet derogasjonsadgang være å foretrekke. Det er dermed vanskelig å trekke noen slutninger på grunnlag av disse rettskildene.

6.6 Konklusjon

Da Grunnlovens ordlyd ikke åpner for derogasjon skal det svært mye til for å innfortolke en slik adgang. At Høyesterett har innfortolket en begrensingsadgang begrunner ikke i seg selv at man tilsvarende kan innfortolke en derogasjonsadgang.

Menneskerettighetsutvalget foreslo imidlertid en derogasjonsbestemmelse i sin utredning, og lovgiver synes ikke å være imot derogasjonsinstituttet som sådan. Videre var lovgivers formål med grunnlovsreformen ikke å endre rettstilstanden, noe som tilsier at man også etter reformen skulle ha mulighet til å derogere fra menneskerettighetene, herunder de som fikk konstitusjonell rang. Dette støttes av harmoni- og systemhensyn mellom norsk intern rett og våre folkerettslige forpliktelser.

Lovgiver besluttet likevel å ikke vedta en derogasjonshjemmel, til tross for at dette var foreslått. Hensynet til maktfordelingsprinsippet og Stortingets demokratiske legitimitet, tilsier dermed med tyngde en tilbakeholdenhet med å innfortolke regler i Grunnloven. Fra et rettsikkerhetsperspektiv er det dessuten ønskelig med klare og forutsigbare rammer for statens inngrep i enkeltindividens liv. En ulovfestet derogasjonsadgang vil slik sett være betenkelig. I lys av dette mener jeg det ikke foreligger gode nok grunner for å innfortolke en derogasjonsadgang i Grunnloven. Dersom lovgiver ønsker å tillate derogasjon, må dette eventuelt skje ved grunnlovsfesting av en derogasjonshjemmel.

Del 2: Rettspolitisk del

7 Derogasjon som middel mot menneskerettsbrudd

7.1 Innledning

I det følgende vil jeg redegjøre for internasjonal og historisk derogasjonspraksis, og diskutere noen av hovedinnvendingene mot derogasjonsinstituttet. Dette for å bedre kunne vurdere om Norge burde grunnlovfeste en derogasjonsbestemmelse. Av plasshensyn vil jeg begrense meg til å påpeke noen hovedlinjer.

Det tas forbehold om at litteraturen om derogasjon fra koronapandemien kan inneholde svakheter. Da det er under et år siden pandemien inntraff, og denne fortsatt pågår, er det enda ikke mulig å se langtidseffektene av staters derogasjonspraksis. En del litteratur synes å være basert på antagelser, og det er per dags dato få omfattende fremstillinger om derogasjonstiltak under pandemien. Dessuten har hverken Europarådet eller FN tatt uttrykkelig stilling til lovligheten av konkrete derogasjonserklæringer så langt.

7.2 Derogasjonsinstituttets selvstendige verdi

Enkelte jurister har tatt til orde for at den reelle nytteverdien av derogasjonsinstituttet under koronapandemien har vært begrenset.¹⁴⁰ Dette fordi de fleste tiltak allerede er dekket av myndighetenes adgang til å gjøre begrensninger i flere av konvensjonsrettighetene.¹⁴¹ Et strengt forbud mot å forlate huset sitt ved påvist koronasmitte, vil for eksempel kunne utgjøre en frihetsberøvelse etter EMK art. 5 nr. 1, men likevel være tillatt dersom det er tale om en «lovlig frihetsberøvelse av personer for å hindre spredning av smittsomme sykdommer» jf. bokstav e. Videre vil rettighetsinngrep i de fleste tilfeller være lovlige, beskytte legitime formål (helse og sikkerhet) og være forholdsmessige.

Selv om behovet for derogasjon tilhører sjeldenhetene, vil noen tiltak likevel falle utenfor det rettighetene selv åpner for.¹⁴² Det kan blant annet tenkes statlige «lockdown»-situasjoner som ikke vil være forenlige med EMK art. 5 nr. 1. Inngrep i enkelte rettigheter, som ytrings- og forsamlingsfriheten, kan dessuten være uforholdsmessig inngripende. Videre illustrerer prak-

¹⁴⁰ Se for eksempel Dzehtsiarou (2020).

¹⁴¹ CoE Report (2020) s. 12.

¹⁴² Greene (2020).

sis fra EMD at derogasjonsinstituttet generelt sett ikke er upraktisk, da domstolen ved flere anledninger har ansett menneskerettsbrudd legitimerede gjennom rettmessig derogasjon.

7.3 Derogasjon som skalkeskjul for menneskerettsbrudd

Historien har vist at krisefullmakter kan bli misbrukt av myndigheter for å tilegne seg makt, angripe sentrale demokratiske garantier, undertrykke opposisjonen og undergrave grunnleggende individrettigheter.¹⁴³ Europarådet har påpekt faren for normalisering av menneskerettsbrudd som følge av langvarige derogasjoner, og har uttrykt bekymring for det usedvanlig store omfanget av derogasjonserklæringer i løpet av koronapandemien.¹⁴⁴

Ungarn har det siste året trolig utgjort det klareste europeiske eksempelet på at krisesituasjoner kan bli misbrukt for å svekke menneskerettigheter. Da staten erklærte unntakstilstand 11. mars 2020 ble den nasjonalkonservative statsministeren Viktor Orbán gitt en tidsbegrenset fullmakt til å utvide unntakstilstanden.¹⁴⁵ Fullmakten har blant annet medført store inngrep i pressefriheten i landet, med høye strafferammer for spredning av «falske nyheter» om viruset og kritikk av regjeringens tiltak. Ungarn er imidlertid en av statene som har unnlatt å derogere, og eksempelet kan dermed ikke tas til inntekt for at derogasjonsadgangen åpner for misbruk.

Samtlige av de europeiske statene som uttrykkelig har derogert under koronapandemien er tidligere østblokkland. Flere av disse har fremdeles skjøre rettssystemer, og har blitt funnet skyldige i en betydelig mengde menneskerettsbrudd av EMD.¹⁴⁶ Hvilke motiver statene har hatt for å derogere og hvorvidt statene har derogert lovlig, gjenstår å se. Det kan tenkes at derogasjonserklæringene har blitt brukt som «skjold» mot eventuelle klagesaker for EMD, eller at statene har derogert i god tro og som transparente føre-var-reaksjoner.¹⁴⁷ Det er uansett påfallende at andre hardt rammede nasjoner ikke har ansett det nødvendig å derogere, til tross for at disse har innført vell så strenge tiltak som de derogerende statene.

¹⁴³ Venice Commission (2020) s. 4.

¹⁴⁴ CoE Resolution 2338 (2020) punkt 6 og 12.4.

¹⁴⁵ Carr Ekroll (2020).

¹⁴⁶ Zghibarta (2020).

¹⁴⁷ Ibid.

En retts sosiologisk analyse fra 2011 antyder at risikoen for myndighetsmisbruk ved derogasjon har vært overvurdert.¹⁴⁸ Analysen er basert på en gjennomgang av et omfattende empirisk datamateriale om derogasjon mellom 1976-2007, og forskningen forsøker å klarlegge hvilke stater som derogerer og årsakene til dette. Artikkelen konkluderer med at derogasjon er en rasjonell respons på intern politisk usikkerhet. Ifølge forfatterne gjør derogasjon det mulig for myndigheter i en krisetilstand å kjøpe seg tid og rettslig spillerom for å bekjempe krisen. Samtidig signaliserer myndighetene til sivilbefolkningen og domstolene at fravikelse av rettighetene er midlertidige og lovlige.

Forskernes funn indikerer at det er størst sannsynlighet for derogasjon i stater med stabile demokratier og velfungerende rettssystemer.¹⁴⁹ Funnene synes derimot ikke å gjelde for stater med svake rettssystemer og udemokratiske regimer. Disse derogerer ifølge forfatterne generelt sett uten å fremsette tilstrekkelig informasjon om derogasjonstiltakene, og derogerer gjerne hyppig og i flere år på rad.¹⁵⁰ Hvorvidt disse funnene er representative for derogasjonspraksisen under koronapandemien gjenstår å se.

7.4 Faren ved «de facto» derogasjon

I krisesituasjoner burde statlige myndigheter tilstrebe en krisehåndtering innenfor ordinære menneskerettslige rammer. Dette ble fremhevet i en erklæring fra FNs menneskerettskomité under koronapandemien.¹⁵¹ Som nevnt vil stater likevel kunne havne i en situasjon hvor fravikelse av menneskerettigheter er uunngåelig, og i slike tilfeller vil det være hensiktsmessig å fremsette en derogasjonserklæring.

Selv om en stat ikke derogerer uttrykkelig, vil det nemlig kunne foreligge en «de facto» derogasjon, altså en fravikelse av menneskerettighetene i realiteten.¹⁵² Dette adresseres indirekte i erklæringen fra FNs menneskerettskomité.¹⁵³ Ifølge komitéen er det flere stater som har derogert fra konvensjonsrettighetene i løpet av pandemien, uten å overholde plikten til notifikasjon.

¹⁴⁸ Hafner-Burton m.fl. (2011) s.117.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Hafner-Burton m.fl. (2011) s.86.

¹⁵¹ UN HRC Statement (2020) punkt 2 c.

¹⁵² Se for eksempel Fitzpatrick (1994) s. 9.

¹⁵³ UN HRC Statement (2020) punkt 1.

Selv om både en formell derogasjon og en «de facto» derogasjon medfører fravikelse av menneskerettighetene, er det bare den uttrykkelige derogasjonen som etablerer sikkerhetsmekanismer med formål å hindre misbruk. Det synes derfor å være en betydelig større risiko knyttet til «de facto» derogasjon enn til en formell derogasjon.

7.5 Sikkerhetsmekanismer

Derogasjonshjemlene er utformet med sikte på å unngå myndighetsmisbruk og å bidra til at fravikelse av menneskerettighetene utelukkende skjer innenfor strenge rettslige rammer. Intensjonen er å motvirke «juridiske tomrom», som vil kunne utnyttes og åpne for myndighetsmisbruk.¹⁵⁴

Kravet om at derogasjon må erklæres, vil kunne tvinge medlemsstatene til å artikulere sine nødrettstiltak. Statene må foreta en reell vurdering av lovligheten til en eventuell derogasjon, og må være i stand til å dokumentere dette. Slik kan derogasjonsvilkårene ha en pedagogisk og preventiv funksjon.

Ved å fremsette en derogasjonserklæring erkjenner dessuten staten uttrykkelig at dette er midlertidige og uønskede tiltak. I stedet for å strekke proporsjonalitetsvurderingen ved den ordinære inngrepsadgangen for langt, slik at denne uthules, vil en stat ved et derogasjonstiltak tydeliggjøre at dette ikke ville vært tillatt i en normalsituasjon. Det er nærliggende at man i krisesituasjoner er mer tilbøyelig til å anse noe proporsjonalt enn i normale tider, noe som på sikt vil kunne medføre en økt risiko for at tiltak innført i krisesituasjoner normaliseres.

En uttrykkelig og informativ derogasjonserklæring er videre ment å sikre transparens, og dermed bidra til nasjonalt og internasjonalt tilsyn.¹⁵⁵ Nasjonalt vil en derogasjon kunne generere debatt om behovet for og rekkevidden av tiltaket. En fare ved krisesituasjoner er at viktige politiske beslutninger tas bak lukkede dører, noe som kan hindre en opplyst og kunnskapsbasert prosess hvor sivilbefolkningen, fagpersoner og interessegrupper kommer til orde. Internasjonalt vil lovligheten av derogasjonstiltaket kunne kontrolleres, både av andre medlemsstater og av internasjonale organer. EMD representerer en særlig viktig mekanisme for inter-

¹⁵⁴ Greene (2020).

¹⁵⁵ Ponta (2020).

nasjonal kontroll, da enkeltindivider har adgang til å klage stater inn for menneskerettsbrudd. Domstolen kan dermed korrigere ulovlig praksis og fungere som et ris bak speilet.

7.6 Forbedringspotensial

Flere jurister mener pandemien har illustrert derogasjonsinstituttets utilstrekkelighet, og påpekt et forbedringspotensial.¹⁵⁶ Den sprikende derogasjonspraksisen blant statene vitner om uenigheter knyttet til regelverkets innhold og hvordan derogasjonsadgangen burde praktiseres. En rekke stater synes å ha derogert for å sikre seg mot menneskerettsbrudd, uten å faktisk påvise hvorfor derogasjon er nødvendig.¹⁵⁷ Dette er problematisk, da det indikerer at statene ikke har foretatt en konkret vurdering av derogasjonstiltakenes nødvendighet, slik de er pålagt. Fraværet av en skriftlig nødvendighetsvurdering og annen sentral informasjon om kritesituasjonen, hindrer dessuten nasjonale og internasjonale organer i å foreta et reelt tilsyn av tiltakene.¹⁵⁸

Bortimot ingen stater pålegger sine myndigheter å fremsette derogasjonserklæringer overfor de internasjonale organene etter sin interne rett.¹⁵⁹ Det er tatt til orde for at derogasjonsreglene burde implementeres mer effektivt i medlemsstatenes interne rettssystemer, og helst ha en konstitusjonell forankring.¹⁶⁰ Dette fordi koronapandemien har vist at statenes konstitusjonelle rammer i stor grad har vært styrende for hvilke krisetiltak som er iverksatt.

Den internasjonale kontrollen av derogasjonstiltakene synes dessuten å være nokså begrenset, og flere har påpekt at denne må styrkes.¹⁶¹ Erfaringene fra virusutbruddet har illustrert behovet for veiledning fra internasjonale organer i forbindelse med et derogasjonstiltak. De internasjonale organene burde dessuten, ifølge enkelte teoretikere, foreta en mer robust analyse av krisebegrepet, og vise større vilje til å overprøve vurderingen av om en stat oppfyller derogasjonshjemlenes krav til nødtilstand.¹⁶² Dette vil imidlertid stride med skjønnsmarginen EMD gir statene i spørsmål av denne art.

¹⁵⁶ Se for eksempel Helfer (2020) s. 15.

¹⁵⁷ Coghlan (2020).

¹⁵⁸ Helfer (2020) s. 18.

¹⁵⁹ Ibid s. 7.

¹⁶⁰ CoE Report (2020) s. 9.

¹⁶¹ Se for eksempel Mariniello (2019) s. 48 og Coghlan (2020).

¹⁶² Gross og Ni Aolain (2006) s. 325.

FN og Europarådet har videre tatt til orde for at derogasjonserklæringer på et nasjonalt plan burde gjennomgå en umiddelbar parlamentarisk kontroll, samt periodisk og uavhengig juridisk granskning på et nasjonalt nivå.¹⁶³ Derogasjonstiltakets demokratiske legitimitet vil på denne måten kunne styrkes, og man vil kunne motvirke menneskerettsbrudd. Kontrollen burde foretas i alle ledd av prosessen, både ved derogasjonserklæringen, i forbindelse med en eventuell forlengelse, og ved den konkrete anvendelsen av derogasjonstiltaket.

8 Grunnlovfesting av en derogasjonshjemmel

8.1 Innledning

I forlengelse av den foregående diskusjonen, vil jeg nå vurdere hvorvidt det burde inntas en grunnlovfestet derogasjonsadgang i Grunnlovens menneskerettskapittel. Jeg vil ta utgangspunkt i den foreslåtte derogasjonshjemmelen fra grunnlovsreformen i 2014 og kritikken mot denne. Deretter vil jeg kort beskrive det nåværende grunnlovsforslaget til derogasjonshjemmel og etter dette vurdere innvendinger mot og fordeler ved en grunnlovfesting. Forholdet til domstolskontrollen vil kort omtales, samt andre nordiske staters reguleringer på dette området. Avslutningsvis vil jeg påpeke enkelte sikkerhetsmekanismer som burde være på plass ved en eventuell grunnlovfestet derogasjonshjemmel.¹⁶⁴

8.2 Den foreslåtte derogasjonshjemmelen fra 2014

En innvending mot å grunnlovfeste den foreslåtte derogasjonshjemmelen i 2014 var at ordlyden «bekjentgjort krigs- eller krisetilstand» var for vag og uklar.¹⁶⁵ Ordlydens usikre rekkevidde ble tilsvarende påpekt som problematisk av Eivind Smith.¹⁶⁶ Ifølge ham var det blant annet uklart hvilke prosessuelle krav som måtte oppstilles, hvor lenge derogasjonstiltaket kunne vedvare og hvordan kontrollen med tiltaket skulle foregå.

Selv om ordlyden «bekjentgjort krigs- eller krisetilstand» umiddelbart kan synes noe uklar, inneholder Menneskerettighetsutvalgets utredning enkelte uttalelser om hvordan denne skal forstås. Dessuten er det vanskelig å forutse hvilke fremtidige krisesituasjoner som vil kunne

¹⁶³ OHCHR (2020) s. 3 og CoE Report (2020) s. 9.

¹⁶⁴ Se Venice Commission (2020) for en nyttig oppsummering av nødvendige sikkerhetsmekanismer. Denne er ment å være et hjelpemiddel ved utarbeidelse av regler om derogasjon, herunder for nasjonale konstitusjoner.

¹⁶⁵ Innst. 187 S (2013-2014) s. 26. Se for øvrig kapittel 6.3 for fullstendig ordlyd.

¹⁶⁶ Smith (2012) s. 335.

inntreffe, hvilket skaper et behov for en noe fleksibel ordlyd. I forarbeidene fremkommer blant annet at faren må være «overhengende» og «midlertidig», samt at trusler mot «organiseringen av samfunnet» vil kunne omfattes.¹⁶⁷ Videre understrekes det at terskelen for derogasjon skal være «meget høy» og «tragiske hendelser og stressituasjoner skal aldri være tilstrekkelig».¹⁶⁸

Forarbeidene kunne med fordel hatt en enda tydeligere presisering av ordlyden, gitt derogasjonshjemmelens inngripende karakter. Bestemmelsen skulle imidlertid tolkes i lys av EMK art. 15 og SP art. 4, da forslaget var utformet med utgangspunkt i disse. Analysen i kapittel 3.2 har vist at det foreligger en rekke rettskilder knyttet til derogasjonshjemlenes krav til nødtilstand, og det var dermed gode holdepunkter for hvordan den foreslåtte grunnlovsbestemmelsen skulle tolkes.

Både ordlyden og utredningen er mer sparsommelig i sin omtale av prosessuelle krav. Det påpekes i forarbeidene at derogasjonen «må besluttes», at det er «de tre statsmaktene» som må fatte beslutningen og at derogasjonen må «bekjentgjøres for allmennheten».¹⁶⁹ Utover dette er det få holdepunkter for hvilke prosessuelle vilkår som må oppstilles, men også her ville menneskerettskonvensjonene gitt gode tolkningsbidrag.

Samlet kan det hevdes at Menneskerettighetsutvalgets utredning burde vært klarere i sin presisering av derogasjonshjemmelen. Likevel ville EMK art. 15 og SP art. 4 vært sentrale i tolkingen, og disse oppstiller som påpekt nokså klare rettslige rammer for fravikelsesadgangen. Dette i motsetning til den ulovfestede læren om konstitusjonell nødrett, som har et mer ubestemt rettslig innhold. Den foreslåtte derogasjonsbestemmelsen ville derfor gitt et bedre vern mot undergraving av menneskerettighetene enn læren om konstitusjonell nødrett.

Avslutningsvis må det nevnes at enkelte partier uttalte at det ikke var behov for en derogasjonshjemmel, da de mente fravikelsesadgangen allerede er dekket av den konstitusjonelle nødretten.¹⁷⁰ Avhandlingens rettslige analyse viser at dette er en upresis påstand. Selv om

¹⁶⁷ Dokument 16 (2011-2012) s. 95-96.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Innst. 187 S (2013-2014) s. 27.

konstitusjonell nødrett og derogasjon har en rekke likhetstrekk, har sistnevnte et lavere innslagspunkt, er betydelig mer konkret i sitt rettslige innhold, og oppstiller presist definerte sikkerhetsmekanismer.

8.3 Det nåværende forslaget til grunnlovfestet derogasjonshjemmel

Grunnlovsforslaget som nå ligger til behandling i Justiskomiteén inneholder to alternative forslag til derogasjonshjemmel.¹⁷¹ Alternativ 1 er sammenfallende med ordlyden som ble foreslått i 2014. Den eneste forskjellen er at Grl. § 99 første punktum, som ikke-derogabel rettighet, er byttet ut med Grl. § 16 første punktum, for å komme i samsvar med dagens Grunnlov. Dette er imidlertid bare en teknisk justering, og innebærer ingen realitetsendring.

Alternativ 2 er basert på et forslag fra NIM. Av dette fremgår det at «[v]ed nødtilstand 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...»¹⁷² Opplistingen av ikke-derogable rettigheter sammenfaller med alternativ 1. Ordlyden er bygget på derogasjonsbestemmelsene i EMK og SP, hvilket fremkommer av NIMs begrunnelse for forslaget.¹⁷³ Intensjonen med ordlyden er å fremheve at derogasjonsbestemmelsen er ment å styrke, og ikke svekke, menneskerettighetene.

8.4 Forutberegnelighet og tilgjengelighet

En derogasjonsbestemmelse vil gjøre det enklere for borgerne å forutberegne sin rettsstilling, da det vil fremgå uttrykkelig når grunnlovsrettigheter kan fravikes. Intensjonen med grunnlovsreformen i 2014 var som nevnt å tydeliggjøre Norges folkerettslige forpliktelser, og at konstitusjonen skulle gjenspeile rettstilstanden på menneskerettsfeltet. En del av dette innebar å gjøre menneskerettighetene mer tilgjengelige, da dette ville ha en pedagogisk og klargjørende virkning.

Mangelen på en derogasjonshjemmel gir borgerne et feilaktig inntrykk av at samtlige grunnlovsrettigheter er ufravikelige, hvilket ikke er tilfellet da grunnlovsrettighetene kan fravikes

¹⁷¹ Grunnlovsforslag 34 (2019-2020) s. 2.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ NIM (2020) s. 9.

på grunnlag av konstitusjonell nødrett. Ordningen slik den er i dag sikrer dermed hverken forutberegnelighet eller tilgjengelighet, og er heller ikke pedagogisk.

8.5 Faren for normalisering

Et argument mot en derogasjonshjemmel er at dette vil kunne normalisere fravikelser fra grunnlovsrettighetene, og dermed senke den «mentale terskelen» for derogasjon. En uttrykkelig derogasjonshjemmel vil kunne gi et feilaktig inntrykk av at nødrettsadgangen kan benyttes oftere enn intendert.¹⁷⁴

Det er ikke utenkelig at en derogasjonshjemmel vil kunne senke terskelen for derogasjon fra enkelte grunnlovsrettigheter. Dette kan nok likevel hindres gjennom valg av ordlyd. Menneskerettighetsutvalget foreslo en derogasjonsbestemmelse med en negativ formulering, nettopp for å tydeliggjøre at fravikelse i utgangspunktet ikke skal finne sted.¹⁷⁵

Et underliggende premiss for frykten for normalisering er at derogasjon i alle tilfeller er et onde. Som påpekt vil en uttrykkelig derogasjonserklæring tvert imot kunne være hensiktsmessig i enkelte krisesituasjoner. I motsatt fall kan man risikere at menneskerettigheter blir tilsidesatt i praksis, for eksempel gjennom tolkninger eller faktiske handlinger. Selv om en normalisering av nødrettsadgangen ikke er ønskelig, er altså en derogasjonserklæring ikke alltid et onde. Dersom fravikelse skulle bli nødvendig vil en transparent derogasjonserklæring være å foretrekke, fremfor en «de facto» derogasjon. Dette vil kunne sikre transparens, hvilket vil gjøre den norske sivilbefolkningen og domstolene i stand til å utøve tilsyn og kontroll.

Som redegjort for, synes dessuten derogasjon å være mest utbredt i stater med stabile rettsystemer og demokratiske institusjoner, hvor derogasjonsadgangen blir benyttet av legitime årsaker. Da Norge på internasjonal basis er et velfungerende demokrati med gode rettsstatlige mekanismer, er frykten for normalisering og myndighetsmisbruk trolig overvurdert.

¹⁷⁴ Dokument 16 (2011-2012) s. 94.

¹⁷⁵ Ibid s. 96.

8.6 Domstolsprøving ved fravikelse av menneskerettigheter

I løpet av en krisesituasjon vil domstolenes prøvingsrett utgjøre en særlig viktig rettssikkerhetsgaranti. Prøvingsretten er utviklet av domstolene selv, og er i dag kodifisert i Grl. § 89. Denne innebærer at domstolene i konkrete saker har rett og plikt til å prøve lovers og forvaltningsvedtaks grunnlovsmessighet. Ved fravikelse av grunnlovsrettigheter i en krisesituasjon, vil domstolene dermed ha adgang til å prøve lovligheten av tiltaket.

Domstolens prøvingsintensitet vil imidlertid avhenge av hvilken grunnlovsbestemmelse saken gjelder, jf. Rt 1976 s.1 (Køfta). I dommen introduserte Høyesterett den såkalte tredelingslæren. Dersom det er tale om å gjøre inngrep i rettigheter om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, vil domstolene foreta en grundig overprøving.¹⁷⁶ Prøvingsintensiteten vil være svakere ved regler om kompetansefordeling mellom statsmaktene, og bestemmelser til vern om økonomiske rettigheter står i en mellomstilling.

Ifølge forarbeidene til Grl. § 89 må prøvingsintensiteten bero på den enkelte rettighets karakter og utforming.¹⁷⁷ Dette indikerer at Kløfta-dommens tredelingslære må modifiseres, hvilket støttes av uttalelser i den juridiske teori. Av høyesterettsdommer Hilde Indreberg er det fremhevet at det konkret må vurderes hvor inngripende det aktuelle tiltaket er, sett opp mot begrunnelsen som er gitt og saksbehandlingen som er foretatt.¹⁷⁸ Noen vurderinger vil dessuten være av utpreget politisk karakter, og disse må domstolene være tilbakeholdne med å overprøve.¹⁷⁹ Dette vil typisk være tilfellet i en krisesituasjon, som koronakrisen, hvor det vil kunne foreligge stor grad av usikkerhet, samt faglig og politisk uenighet.¹⁸⁰ Samtidig bør domstolene foreta en mer intensiv domstolsprøving i saker om tiltak som i stor grad griper inn i grunnleggende rettigheter.

Et moment i vurderingen av prøvingsintensiteten er i hvilken grad det foreligger «rimelig tvil» om grunnlovsstrid, og hvorvidt lovgiver selv har vurdert grunnlovsspørsmålet.¹⁸¹ I slike tilfeller vil domstolene normalt vike tilbake for å overprøve lovgivers vurderinger. På grunn av det

¹⁷⁶ Rt 1976 s.1 på side 5-6.

¹⁷⁷ Innst. 263 S (2014-2015) s. 6.

¹⁷⁸ Indreberg (2015) s. 406

¹⁷⁹ Skoghøy (2011) s. 190.

¹⁸⁰ Graver (2020) s. 166.

¹⁸¹ Innst. 263 S (2014-2015) s. 5.

usikre innholdet i den konstitusjonelle nødretten, vil en fravikelse på dette grunnlaget kunne innby til en stor grad av tvil. En grunnlovfestet derogasjonshjemmel vil på sin side skape større klarhet og redusere tvil knyttet til fravikelsens grunnlovmessighet. Grunnlovfesting av en derogasjonshjemmel vil slik sett kunne medføre at domstolene foretar en mer intensiv prøving av fravikelsens lovlighet.

8.7 Andre nordiske land

Hverken Island eller Danmark har uttrykkelige konstitusjonelle bestemmelser om nødrett, krig eller derogasjon.¹⁸² På Island er en ulovfestet konstitusjonell nødrett anerkjent, og denne ble satt på spissen da landets banksystem kollapset i 2008.¹⁸³ For å avverge krisesituasjonen ble det vedtatt en nødlov, som den lovgivende forsamling mente forholdt seg innenfor konstitusjonens rammer. I etterkant viste dette seg å være tvilsomt, og i den offentlige debatten ble det hevdet at loven i realiteten hadde vært basert på konstitusjonell nødrett. Diskusjonen illustrerte faren ved å anerkjenne en ulovfestet nødrettshjemmel uten å ha fastlagt dens rekkevidde.¹⁸⁴

I den finske konstitusjonen er det en egen bestemmelse som åpner for midlertidige fravikelser fra menneskerettighetene.¹⁸⁵ Forutsetningen er at dette vedtas ved lov, at unntakene er forenlige med landets folkerettslige forpliktelser, og dessuten nødvendige på grunn av et væpnet angrep eller en annen alvorlig trussel som kan sidestilles med et væpnet angrep. Den svenske konstitusjonen inneholder tilsvarende en bestemmelse som kan anvendes i tilfelle av krig eller umiddelbar krigsfare.¹⁸⁶ Bestemmelsen inneholder prosessuelle regler for endring av grunnleggende frihetsrettigheter. Så vidt jeg vet har hverken Finlands eller Sveriges konstitusjonelle unntaksregler medført en normalisering av derogasjonstiltak.

¹⁸² Dokument 16 (2011-2012) s. 94.

¹⁸³ Helgadottir (2013) s. 383.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Dokument 16 (2011-2012) s. 93.

¹⁸⁶ Ibid s. 94.

8.8 Nødvendige sikkerhetsmekanismer

Venziakommisjonen,¹⁸⁷ en rådgivende ekspertgruppe til Europarådet, har anbefalt stater å innta en menneskerettslig derogasjonsadgang i sine nasjonale konstitusjoner.¹⁸⁸ Ifølge kommisjonen må formålet med en konstitusjonell derogasjonshjemmel være å styrke garantiene mot mulig misbruk, og det er da sentralt at hjemmelen oppstiller formelle, materielle og tidsmessige begrensninger for derogasjonsadgangen.

Da Grunnlovens menneskerettskapittel er utformet etter inspirasjon fra menneskerettskonvensjonene, vil det være naturlig å ta utgangspunkt i EMK art. 15 og SP art. 4 ved valg av ordlyd til en derogasjonshjemmel. For å redusere ordlydens vaghet kan det være hensiktsmessig å knytte denne tettere opp til den folkerettslige tolkningen av bestemmelsen.¹⁸⁹ Det er imidlertid vanskelig å forutse fremtidige krisetilstander, slik at en grad av vaghet og fleksibilitet vil være uunngåelig.

En eventuell hjemmel burde utformes på en måte som sikrer forutberegnelighet og tilgjengelighet. Opplisting av ikke-derogable grunnlovsrettigheter vil da være nødvendig. Videre må det tas sikte på en utforming som hindrer normalisering av derogasjon og som sikrer at fravikelse av menneskerettigheter holdes til et absolutt minimum. Krav om nasjonal kunngjøring vil bidra til transparens, og sikre at sivilsamfunnet og rettslige organer kan utøve en rådgivende og kontrollerende rolle. Samtykke fra Stortinget og periodisk evaluering vil gi beslutningen en demokratisk legitimitet, selv om krisesituasjonen vil kunne kreve at dette skjer i etterkant.¹⁹⁰ Domstolskontroll vil dessuten utgjøre en viktig kontrollmekanisme.

Det vil i tillegg være hensiktsmessig å innta en plikt for norske myndigheter til å notifisere Europarådet og FN ved beslutning om derogasjon. Selv om Norge allerede er forpliktet til å varsle de internasjonale organene etter konvensjonsbestemmelsene, vil en grunnlovfestet notifikasjonsplikt kunne tjene som en påminner. I en tenkt politisk situasjon, hvor norske borgere ikke har like stor tillit til nasjonale myndigheter som i dag, vil internasjonalt tilsyn kunne være av stor verdi.

¹⁸⁷ European Commission for Democracy Through Law.

¹⁸⁸ Venice Commission (2020) s.13.

¹⁸⁹ Se forslag som er knyttet tett opp mot menneskerettskonvensjonene i Holmøyvik og Aall (2010) s. 366.

¹⁹⁰ Aall (2018) s. 530.

9 Avslutning

Gjennomgangen har vist at fravikelse av grunnlovfestede menneskerettigheter i krisesituasjoner må skje på grunnlag av konstitusjonell nødrett, i mangel på en grunnlovfestet derogasjonsbestemmelse. Innslagspunktet er høyere for den konstitusjonelle nødretten enn for derogasjon etter EMK art. 15 og SP art. 4. Det vil derfor kunne oppstå situasjoner hvor myndighetene i utgangspunktet har adgang til å fravike enkelte konvensjonsfestede menneskerettigheter, men ikke de parallelle grunnlovsrettighetene. Da jeg har konkludert med at det ikke er grunnlag for å innfortolke en derogasjonsadgang i Grunnlovens menneskerettskapittel, vil man i slike situasjoner være avskåret fra å fravike grunnlovsrettighetene.

Selv om norske myndigheter da formelt vil være forhindret i å derogere, vil det likevel kunne oppstå situasjoner hvor staten i realiteten fraviker grunnlovsrettigheter. Faren ved et slikt scenario er fraværet av sikkerhetsmekanismene som derogasjonshjemlene i EMK art. 15 og SP art. 4 oppstiller.

Avhandlingen har dessuten vist at rekkevidden av den konstitusjonelle nødretten er nokså uklar. Grunnlovfesting av en derogasjonshjemmel vil kunne styrke individrettighetene i en fremtidig krisesituasjon, ved å ramme inn og begrense myndighetenes handlingsrom i krisesituasjoner, i tillegg til at borgernes rettsstilling klargjøres. Muligheten for nasjonalt og internasjonalt tilsyn og kontroll vil kunne forsterkes og dessuten ha en preventiv effekt. Forutsatt at en derogasjonshjemmel inneholder nødvendig sikkerhetsgarantier vil denne kunne sikre at fravikelse av grunnlovsrettigheter begrenses til et absolutt minimum.

Koronapandemien har vist oss at menneskerettighetene og grunnleggende rettsprinsipper ikke kan tas for gitt, heller ikke i Norge. Vi har erfart at uforutsette krisesituasjoner kan inntreffe uten forvarsel, og at det da er av stor betydning at man på forhånd har vurdert hvilke rettslige rammer myndighetene må forholde seg til. En grundig diskusjon omkring behovet for en derogasjonshjemmel i Grunnloven er dermed nødvendig.

10 Litteraturliste

Litteratur

- Aall (2018) Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 5. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Andenæs (1998) Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. 8.utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2003.
- Borvik (2011) Borvik, Bjørnar. «Nasjonal skjønsmargin etter EMK - replikk til Jens Edvin A. Skoghøy.» *Lov og Rett*. 50 nr. 10 (2011): 575-595.
- Carr Ekroll (2020) Carr Ekroll, Henning. «Ungarn har vedtatt unntakstilstand uten tidsbegrensning», *Aftenposten*, 30.03.20, <https://www.aftenposten.no/verden/i/70O0wv/ungarn-har-vedtatt-unntakstilstand-uten-tidsbegrensning> Hentet 20.08.20.
- Coghlan (2020) Coghlan, Niall. «Dissecting Covid-19 Derogations.» I *Verfassungsblog (Blogg)* 05.05.20. <https://verfassungsblog.de/dissecting-covid-19-derogations/> Hentet 16.11.20.
- Dzehtsiarou (2020) Dzehtsiarou, Kanstantsin. «COVID-19 and the European Convention on Human Rights.» I *Strasbourg Observers (Blogg)*, 27.03.20. <https://strasbourgobservers.com/2020/03/27/covid-19-and-the-european-convention-on-human-rights/> Hentet 15.08.20.
- Fitzpatrick (1994) Fitzpatrick, Joan. «Human rights in crisis». Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994.

- Fjeld m.fl. (2020) Fjeld, Johannes, Mina Ridder-Nielsen Janssen, Øystein Sæthre, Bjørn Langsem, Brage Lie Jor, Øistein Norum Monsen, Joistein Sletten, Øysteing Andersen og Mats Rønning. «Tusenvis demonstrerer i Oslo», *Dagbladet*, 05.05.20.
<https://www.dagbladet.no/nyheter/tusenvis-demonstrerer-i-oslo/72537492> Hentet 22.11.20.
- Graver (2020) Graver, Hans Petter. *Pandemi og unntakstilstand. Hva covid-19 sier om den norske rettsstaten*. Oslo: Dreyers forlag, 2020.
- Greene (2020) Greene, Alan. «States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic.» I *Strasbourg Observers (Blogg)*, 01.04.20.
<https://strasbourgobservers.com/2020/04/01/states-should-declare-a-state-of-emergency-using-article-15-echr-to-confront-the-coronavirus-pandemic/> Hentet 01.04.20.
- Gross og Ni Aolain (2006) Gross, Oren og Ni Aolain, Fionnuala. *Law in Times of Crisis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Hafner-Burton m.fl. (2011) Hafner-Burton, Emilie M., Laurence R. Helfer og Christopher J. Fariss. «Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties.» *Human rights in emergencies*. Redigert av Evan J. Criddle, s. 83-123, New York: Cambridge University Press, 2016.
- Heide (1998) Heide, Ola Rambjør. *Konstitusjonell nødrett – sett i lys av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 15*, Oslo: Tano Aschehoug, 1998.
- Helfer (2020) Helfer, Laurence R. «Rethinking Derogations from Human Rights Treaties.» *American Journal of International Law*, 155 nr. 1 (2020): 1-23.
- Helgadóttir (2013) Helgadóttir, Ragnhildur. «Nødret i Island og betydningen af Den europæiske menneskerettighedskonventions artikkel 15.» I *Unntakstilstand og forfatning*. Redigert av Dag Michalsen, s.382-401. Oslo: Pax Forlag, 2013.

- Holmøyvik og Aall (2010) Holmøyvik, Eirik og Jørgen Aall. «Grunnlovsfesting av menneskerettane» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 123 nr. 2 (2010): 328-353.
- Indreberg (2015) Indreberg, Hilde. «Utfordringer for Høyesterett ved grunnlovsfesting av flere menneskerettigheter.» I *Lov Sannhet Rett*. Redigert av Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy, Toril M. Øie. Oslo: Universitetsforlaget, 2015, s. 393-420.
- Jovičić (2020) Jovičić, Sanja. «COVID-19 restrictions on human rights in the light of the case-law of the European Court of Human Rights», *ERA Forum*. 06.10.20.
<https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-020-00630-w#citeas>
- Mariniello (2019) Mariniello, Triestino. «Prolonged emergency and derogation of human rights: Why the European Court should raise its immunity system», *German Law Journal* 20 nr. 1 (2019): 46-71.
- Michaelsen (2012) Michaelsen, Christopher. «Permanent Legal Emergencies and the Derogation Clause in International Human Rights Treaties: A contradiction?» I *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency*. Redigert av Aniceto Masferrer, s.287-314. Dordrecht: Springer Netherlands, 2012.
- Michalsen (2013) Michalsen, Dag. «Unntakstilstand og forfatning: En introduksjon.» I *Unntakstilstand og forfatning*. Redigert av Dag Michalsen, s.11-42. Oslo: Pax Forlag, 2013.
- Mustad (2020) Mustad, Erik. «Irish Republican Army», *Store norske leksikon*. Hentet november 2020 fra https://snl.no/Irish_Republican_Army
- NIM (2020) Norges institusjon for menneskerettigheter (2020), «Grunnlovsfesting av derogasjons- og begrensningshjemmel i Grunnlovens menneskerettighetskapittel», [Brev til Justiskomiteén 29.05.20]. <https://www.nhri.no/wp-content/uploads/2020/09/Brev-til-justiskomiteen-om-derogasjon.pdf>
- Nyhus (2016) Nyhus, Håkon Christian. «Høyesterett og EMD - sammen skjønnsmargin?». *Lov og Rett* 55 nr. 6 (2016): 364-390.

- Ponta (2020) Ponta, Adina. «Human Rights Law in the Time of the Coronavirus» *American Society of International Law* 24: 5 (2020).
- Schreuer (1982) Schreuer, Christoph. «Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency: The Experience of the European Convention on Human Rights» *Yale Journal of International Law* 9 nr. 1 (1982): 113-132.
- Skoghøy (2011) Skoghøy, Jens Edvin A. «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK» *Lov og rett* 50 nr. 4 (2011): 189-190.
- Skoghøy (2012) Skoghøy, Jens Edvin A. «Nasjonal EMK-prøving - svar til Bjørnar Borvik» *Lov og rett* 50 nr. 3: 170-178.
- Smith (2015) Smith, Eivind. *Konstitusjonelt demokrati*. 3.utg. Oslo: Fagbokforlaget, 2015.
- Smith-Meyer (2017) Smith-Meyer, Mathias. «Derogasjon fra EMK art. 5 og Grl. § 94 grunnet terrortrussel». Mastergradsavhandling, Universitetet i Oslo, 2017.
- Statsministerens kontor (2020) Statsministerens kontor. «Omfattende tiltak for å bekjempe koronaviruset» Pressemelding 12.03.20. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/nye-tiltak/id2693327/>
- Stubberud (2013) Stubberud, Jørgen A. «Hva er unntakstilstand?» I *Unntakstilstand og forfatning*. Redigert av Dag Michalsen, s.45-118. Oslo: Pax Forlag, 2013.
- Strand og Larsen (2017) Strand, Vibeke Blaker og Kjetil Mujezinovic Larsen, *Menneskerettigheter i et nøtteskall*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2017.
- Zghibarta (2020) Zghibarta, Patricia. «The Whos, the Whats, and the Whys of the Derogations from the ECHR amid COVID-19», *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law (Blogg)*, 11.04.20. <https://www.ejiltalk.org/the-whos-the-whats-and-the-whys-of-the-derogations-from-the-echr-amid-covid-19/> Hentet 12.10.20.

Traktater, lover og forskrifter

Grunnloven (Grl.)	Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) 17. mai 1814.
Beredskapsloven (beredskl.)	Lov om særlige rådgjerd under krig, krigsfare og liknende forhold (beredskapsloven) 15. desember 1950.
Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK)	The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950.
De forente nasjoners internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)	International Covenant on Civil and Political rights, New York, 16. desember 1966.
Wien-konvensjonen	The Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien, 23. mai 1969.
Lov om politiet (politiloven)	Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet.
Menneskerettighetsloven (mrl.)	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven) 21. mai 1999.
Covid-19-forskriften	Forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet, FOR-2020-03-27-470.

Grunnlovsforarbeider, lovforarbeider, utredninger og stortingsdokumenter

Ot.prp.nr.78 (1950)	1) Lov og særlige rådgjerd under krig, krigsfare og lignende forhold. 2) Lov om endring av lov om kontroll med post- og telegrafforsendelser av 24.juni 1915.
Dokument nr. 11 (1950)	Om Ot.prp.nr.78 for 1950 angående lov om særlige rådgjerd under krig krigsfare og lignende forhold.
Innst.O.XV (1950)	Innstilling fra justisnemnda til midlertidig lov om særlige rådgjerd under krig, krigsfare og lignende forhold.

Dokument nr. 2 (1953)	Konstitusjonell nødrett. Utredning, avgitt etter oppdrag av Stortingets presidentskap.
NOU 1995:31	Beredskapslovgivningen i lys av endrede forsvars- og sikkerhetspolitiske rammebetingelser.
NOU 1999:27	«Yringsfrihet bør finde Sted» - Forslag til ny Grunnlov § 100.
St.meld.nr. 26 (2003-2004)	Om endring av Grunnloven § 100.
Dokument 16 (2011-2012)	Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.
Innst. 187 S (2013-2014)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomitéen om grunnlovfesting av økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter, med unntak av romertall IX.
Innst. 263 S (2014-2015)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomitéen om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, romertall X (forbud mot dobbeltstraff) og romertall XXIV (domstolenes prøvingsrett).
Grunnlovsforslag 34 (2019-2020)	Dokument 12:34, Grunnlovsforslag fra Solveig Schytz, Carl-Erik Grimstad og Trine Skei Grande om ny § 113 b (derogasjon fra menneskerettighetene).

Rettspraksis

Nasjonal rettspraksis

Rt 1945 s.13	(Haaland)
Rt 1946 s.198	(Klinge)
Rt 1976 s.1	(Kløfta)
Rt 2000 s.996	
Rt 2007 s.404	
Rt 2009 s.1261	

Rt 2010 s.535

Rt 2014 s.1105 (Acta)

Rt 2014 s.1292

Rt 2015 s.93 (Maria)

Rt 2015 s.155 (Rwanda)

HR-2020-972-U

Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol

Lawless mot Irland	Application no. 332/57, 1. juli 1961.
Handyside mot Storbritannia	Application no. 5493/71, 7. desember 1976.
Irland mot Storbritannia	Application no. 5310/71, 18. januar 1978.
Tyrer mot Storbritannia	Application no. 5856/72, 25. april 1978.
Airey mot Irland	Application no. 6289/72, 9. oktober 1979.
Branningan og McBride mot Storbritannia	Applications no. 14553/89, 25. mai 1993.
Aksoy mot Tyrkia	Application no. 21987/93, 18. desember 1996.
A.m.fl mot Storbritannia	Application no. 3455/05, 19. februar 2009.
Sahin Alpay mot Tyrkia	Application no. 16538/17, 20. mars 2018.

Praksis fra Den europeiske menneskerettskommisjon

Hellassaken	Applications no. 3321-3323/67, 3344/67, 5. november 1969, (Danmark, Norge, Sverige og Nederland mot Hellas).
-------------	--

Andre internasjonale kilder

UN Commission on Human Rights (UNCHR), *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 28.09.84. <https://www.refworld.org/docid/4672bc122.html>

UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency*, 31.08.01. <https://www.refworld.org/docid/453883fd1f.html>

UN Human Rights Committee (HRC), *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic*. 30.04.20. <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/COVIDstatementEN.pdf>

UN Human Rights Office of the High Commissioner (OHCHR), *Emergency measures and covid-19: Guidance*, 27.04.20. https://www.ohchr.org/Documents/Events/EmergencyMeasures_COVID19.pdf

International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, november 2001. <https://www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html>

Council of Europe, Parliamentary Assembly. *The impact of the Covid-19 pandemic on human rights and the rule of law - Report. (Provisional version)*. 2020. <http://www.assembly.coe.int/LifeRay/JUR/Pdf/TextesProvisoires/2020/20200702-CovidImpact-EN.pdf>

Council of Europe (CoE), European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Compilation of Venice Commission Opinions and Reports on State of Emergency*, 16.04.20. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)003-e)

Council of Europe (CoE), Parliamentary Assembly, *Resolution 2338 (2020). State of emergency: proportionality issues concerning derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights (Provisional version)*. <https://pace.coe.int/pdf/7c08ba9dcfd71ad3a488d74fc624c453618777853326667a8259ffe25682ae848428feba12/resolution%202338.pdf>

Council of Europe Portal. *Reservations and Declarations for Treaty No.005 - Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Declarations in force as of today. Status as of 23.11.20*. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/declarations> Hentet 23.11.20.