



UNIVERSITETET I BERGEN

KANDIDAT

361

PRØVE

JUS221 0 Rettsstaten: statsrett, europarett og folkerett

Emnekode	JUS221
Vurderingsform	Skriftlig eksamen
Starttid	03.12.2024 08:00
Sluttid	03.12.2024 14:00
Sensurfrist	--
PDF opprettet	22.04.2026 07:13

Seksjon 1

Oppgave	Tittel	Oppgavetype
i	Forside og oppgavetekst	Informasjon eller ressurser
1	Innlevering	Langsvar

1 Innlevering

Skriv svaret ditt her

Eksamen JUS221 H24

ORD:3997

Del I

Spørsmål 1:

Oppgaven reiser ikke en direkte sak for domstolen, men vil i det videre fremlegges som et praktikum for å belyse et mulig utfall i en rettsinstans.

Sakens parter er Pierre Colline (heretter Colline) og Universitetet i Bergen, på vegne av staten (heretter Universitetet).

Det overordnede spørsmålet er om Colline sine rettigheter som borger i en EØS-stat er krenket som en følge av de språkkravene Universitetet har.

Colline anfører at språkkravet A2 i seg selv svekker hans muligheter til å ta arbeid i Norge. I tillegg anfører Colline at forfordelingen av danske og svenske språkbrukere er diskriminerende. De to anførslene vil behandles for seg selv, anførselen om språkkravet vurderes først.

Spørsmålet er om kravet til norskkunnskaper tilsvarende A2 krenker Colline sin rett til å ta arbeid i Norge, jf. EØS-avtalen art. 28.

EØS-loven art. 1 (1) viser at "formålet" med "assosieringsavtalen" er å sikre samarbeid "mellom avtalepartene". Universitet er underlagt staten Norge, og Colline er fransk statsborger. Både Norge som EFTA-stat og Frankrike som EU-land er en del av EØS-avtalen og EØS-loven kommer til anvendelse.

Colline anfører videre at språkkravet krenker "fri bevegelse av arbeidstakere" etter EØS-avtalen art. 28. Colline er forsker og søker stilling hos Universitetet i Bergen, EØS-avtalen 28 kommer dermed til anvendelse. EØS-avtalen art. 28 (2) oppsetter videre at "all forskjellsbehandling av arbeidstakere" som en følge av "statsborgerskap skal avskaffes".

Bestemmelsen presiseres også ved forordningen som er tatt inn i EØS-arbeidstakarlova art. 3 (1) bokstav b, som oppsetter at ingen "lovar", i Norge som "EØS-stat", skal brukes når de "hovudsakleg har [...] virkning å utelukke statsborgere" fra å ta "ledige stillinger". Det er fortsatt norske myndigheter som er ansvarlig for inkorporeeringen av EØS-retten i Norge, dermed også for innholdet av den norske oversettelsen av forordningen. Utgangspunktet er dermed at det ikke skal legges restriksjoner på retten til fri bevegelse etter art. 28 (1), jf. EØS-arbeidstakarlova art. 3 (1) bokstav b. Bestemmelsene må også gå foran øvrig norsk rett dersom det er motstrid, jf. EØS-loven § 2.

For at det skal foreligge et brudd på den frie bevegelse må det ilegges en restriksjon som ikke kan legitimeres til fordel for et legitimt formål. Restriksjonen må også være egnet, nødvendig og forholdsmessig i snever forstand for å oppnå det legitime formål, jf. HR-2021-1453-S Nav-saken.

Det første underliggende spørsmål er om det foreligger en restriksjon i Colline sin rett til fri bevegelighet, jf. EØS-avtalen art. 28.

EØS-avtalen art. 28 skal sikre "fri beveglighet for arbeidstakere" med det formål å sikre "en vedvarende og balansert styrking av [...] økonomiske forbindelser". Kjernen må ligge til at det skal være tilnærmet likt å utøve sine rettigheter i hjemlandet, som i en annen EØS-stat.

For at det skal foreligge en restriksjon må den foreliggende handlingen ha et grenseoverskridende element, og gjøre det mindre attraktivt å bruke sine rettigheter i ett av EØS-landene, jf. *C-648/18 ANRE*. Uttalelsen fra *ANRE* springer ut fra EU-domstolen, men kan i lys av ekvivalens- og homogenitetsprinsippet nyttes i EFTA- og Norge.

Colline kommer til Norge og universitetet for å ta en stilling ved Geofysisk institutt. Det foreligger klart et grenseoverskridende element da han reiser fra Frankrike til Norge. Spørsmålet er om språkkravet gjør det mindre attraktivt å ta arbeid ved Universitetet, jf. *ANRE*.

For at en handling skal være mindre attraktiv, må handlingen gjøre at EØS-borgeren får en større byrde ved bruk av EØS-rettighetene. Kjernen må ligge til der en borger pålegges plikter eller andre vanskeliggjørende tiltak.

Colline pålegges etter forskrift til Universitets- og høyskoleloven, å ha nivå A2, eller gjennomføre et 15-poengsfag i norsk språk. Kravene om A2, eller et språkfag gjør det klart vanskeligere for Colline å kunne ta arbeid i Norge, som fransk språkbruker. Særlig vil dette kunne virke inngripende i forskningssektoren som ofte nødvendiggjør nærhet til forskningsobjektet, i denne saken Nord-områdene. Det følger av *ANRE* at "even of minor significance, of one of the fundamental freedoms" skal være "prohibited by that treaty". Igjen kan uttalelsen nyttes i lys av homogenitetsprinsippet. Språkkravet som Colline pålegges må dermed overstige terskelen for hva som regnes som en restriksjon etter EØS-avtalen art. 28. Det foreligger en restriksjon i Colline sin rett til "fri beveglighet av arbeidstakere", jf. art. 28 (1), jf. (2).

Høyesterett har i *Nav-saken* lagt til grunn at det likevel kan gis restriksjoner der det foreligger et legitimt formål, og restriksjonen er egnet, nødvendig og forholdsmessig i snever forstand for å oppfylle formålet.

Det andre underliggende spørsmål er om restriksjonen i Colline sine rettigheter etter art. 28 (1) kan legitimeres.

Det må først vurderes om det foreligger et legitimt formål.

For at det skal foreligge et legitimt formål må staten godtgjøre at formålet er særlig viktig for eget selvstyre. Norge er utenfor EU, men en del av EØS-avtalen, kravet til formålmessighet må dermed fortsatt ligge til grunn. Universitetet anfører at kravet til Norsk-kunnskaper bygget på et ønske om å styrke det nasjonale språk. Nasjonale kulturer er normalt et formål som kan begrunne restriksjoner. Særlig må dette gjeldende er det er en fare for at viktige kulturtradisjoner går tapt. Selv om språktradisjoner ikke nyter det sterkeste vern etter EØS-retten er det klart at det å beskytte de nasjonale språktradisjonene kan være et legitimt hensyn som staten kan anføre, særlig der det er tale om et språk som en minoritet i Europa bruker. Kravet til norsk språk i Norske undervisningsinstitusjoner er dermed et legitimt formål.

Det neste spørsmålet er om restriksjonen er nødvendig, jf. Nav-saken.

For at en restriksjon skal være nødvendig må den være egnet, nødvendig og forholdsmessig. Det vurderes først om tiltaket er egnet.

For at en restriksjon skal være egnet, må den kunne oppnå det formål som staten ønsker å fylle. EFTA-domstolen oppstiller videre et krav om at tiltaket må være konsekvent nyttet for å oppnå formålet, jf. *E-3/06 Ladbrokes Ltd*. Universitetet ønsker i medhold av forskriften å styrke det norske språk i norsk akademia. Norske universiteter og høyskoler er ansvarlig for høyere utdanning i Norge, og et ønske om å bevare norsk språk, kan særlig være nyttig på området. Akademia er også en sentral stemme i den offentlige debatten, og nyttes ofte til å uttale seg om sentrale temaer. Gjennom at det også er gitt forskrift i medhold av universitet- og høyskoleloven må det ligge til grunn at Universitetet, så vel som andre universiteter og høyskoler, følger en konsekvent praksis fra staten. Restriksjonen er dermed egnet.

Det vurderes så om restriksjonen er nødvendig, jf. *Nav-saken*.

For at et tiltak skal være nødvendig må det ikke foreligge mindre inngripende, men like effektive tiltak i lys av EØS-retten. Universitetet pålegger alle søkere til stillingene å ha norsk kunnskap tilsvarende nivå A2, eller ta et norsk kurs på 15 studiepoeng. Nivå A2 er i seg selv ikke særlig vanskelig, og flere søkere kan nytte kurset til å oppnå det gitte språkkravet. Andre handlingsalternativet må være at staten kun ansetter norskspråklige forskere, eller setter strengere krav til kurs. Et så lavt krav som A2 eller et kurs på 15 studiepoeng fordelt på et helt studieår, anses dermed som nødvendig.

Det må til slutt vurderes om restriksjonen er forholdsmessig i snever forstand, jf. *Nav-saken*.

For at en restriksjon skal være forholdsmessig i snever forstand må ikke inngrepsstyrken være mer inngripende i EØS-avtalen enn det som er proporsjonalt. EØS-arbeidstakerlova art. 3 nr. 1 (1) sammenholdt med bokstav b viser at ingen "lovar" i "ein EØS-stat" skal brukes når de "hovedsaklig har som formål eller verknad å uteluke statsborgarar i andre EØS-statar frå ledige stillingar". Bestemmelsens andre ledd åpner derimot for dette der det er "naudsynt på grunn av arten" på arbeidet.

Universitetet mener at det er "naudsynt" ettersom staten ønsker å fremme bruken av det norske språk. Det fremgår derimot at prosjektet som Colline skulle arbeide på, nyttet engelsk som arbeidsspråk både til daglig og i sine utgivelser til den offentlige. Forskningsprosjektet har videre et fåtall av samtaler med kollegaer utenfor den engelskspråklige-prosjektet, og deltar ikke i den aktive samfunnsdebatten i Norge. Colline er kun ved Universitetet for å forske, og det fremgår ingen planer om videre ønske om å ta noe større del av "universitetssamfunnet". Dette taler for at det ikke er proporsjonalt å kreve norskferdigheter tilsvarende A2 eller et norsk kurs på 15 studiepoeng. Colline har heller ingen klare forhåpninger om å bli videre ansatt ved Universitetet, og det er dermed ingen fremtidsplaner om at han skal undervise i fremtiden.

Universitet har videre valgt å bruke unntaket i forskriften, og fastsatte et krav til A2. Språkferdigheter tilsvarende A2 tilsvarer etter rammeverket for språk, utgitt av EU-rådet at språkbrukeren kan "forstå klart, enkelt språk" og selv "uttrykke seg enkelt om kjente emner". Colline skal være en del av et tyngre forskningsprosjekt på ph-d nivå som gir uttrykk for et høyt nivå av faglig presisjon i språk og formulering. Et krav til A2, med de beskrivelser dette svarer til fremstår dermed som overflødig og uten forankring i det arbeidet som skal gjennomføres av Colline. Et språkkurs på 15 studiepoeng over ett studieår fremstår også svært lite sett i lys av den normale studieprogresjon på 60 per år. Språkkurset vil tvert i mot kunne fremstå som en unødvendig forpliktelse som hindrer Colline sin forskningsprogresjon, og låser ham til Bergen.

Særlig sistnevnte vil kunne fremstå uforholdsmessig da han skal forske på klima-endringene i nord-områdene. Det er dermed begrenset hva Colline vil kunne få ut av et slikt språkkurs. Den manglende forankringen i Colline sin arbeidshverdag, og den svært begrensede nytten av språkkravet, må tale for at restriksjonen ikke er forholdsmessig.

Samlet sett må en komme til at restriksjonen ikke fremstår forholdsmessig for å oppnå formålet om å styrke det norske språket. Restriksjonen i Colline sine rettigheter etter art. 28 (1) kan ikke legitimeres.

Kravet til norskkunnskaper tilsvarende A2 krenker Colline sin rett til å ta arbeid i Norge, jf. EØS-avtalen art. 28.

Colline anfører videre at godkjenning av språkkravet, ved språkerferdigheter i "svensk eller dansk" fremstår diskriminerende.

Det andre underliggende spørsmålet er om godkjenning av "svensk eller dansk" utgjør en diskriminering ovenfor Colline.

EØS-avtalen art. 4 viser at "[e]nhver forskjellsbehandling" som følge av "nasjonalitet" er "forbudt". Det må først vurderes om det foreligger en "forskjellsbehandling".

"[F]orskjellsbehandling" forstås som en forfordeling av en tjenesteyter, vare eller borger uten at dette begrunnes i særlige almenne hensyn. Kjernen må ligge til forfordeling av egne nasjonale varer, tjenester og borgere, fremfor utenlandske. EFTA-domstolen har derimot lagt til grunn at diskriminering etter EØS-avtalen art. 16 likevel er lovlig der det nyter et legitimt formål, jf. *E-9/00 Rusbrus*.

EFTA domstolen drøftet i *Rusbrus* om den norske forskjellsbehandling mellom salg av rusbrus og øl utgjorde en diskriminering etter EØS-avtalen. Domstolen kom til at det ikke forelå en diskriminering, da Norsk alkoholpolitikk som bakenforliggende hensyn, la til grunn at rusbrus appellerte mer til yngre. EFTA-domstolen kom til at dette var et legitimt formål som kunne begrunne forskjellsbehandling. Selv om dommen omhandlet forskjellsbehandling etter EØS-avtalen art. 16, kan den gi utgangspunkter for om det foreligger lovlig forskjellsbehandling etter art. 4.

For at det skal foreligge en forskjellsbehandling må det foreligge en likhet mellom de to sakene, som ikke kan forklares i bakenforliggende hensyn. Det vurderes først om saken er lik.

Colline er fransk og nytter fransk som sitt førstespråk. Dansk og svensk er derimot sterkt avgrenset til Sverige og Danmark, med forgreninger til Finland, Island og andre mikrostater i Østersjøen. Språket må dermed være så knyttet til landet at det er tale om tilknytning til "nasjonalitet". De to språkene er derimot langt tettere til norsk språk, ved historie og språkklassifisering. På den andre siden er alle tre språk som anerkjennes for bruk i EØS, og EØS-prosessene. En forfordeling av "svensk eller dansk" i forskrift er dermed i utgangspunktet en forskjellsbehandling, jf. EØS-avtalen art. 4.

Spørsmålet er om forskjellsbehandlingen nyter et legitimt formål.

For at et formål skal kunne oppnå et legitimt formål må det kunne begrunnes i overordnede nasjonale målsetninger. Kjernen må ligge til ivaretagelse av nasjonale interesser.

De skandinaviske språkene norsk, svensk og dansk har som nevnt en felles språklig- og kulturell bakgrunn. De tre landene er sammen med EU-landet Finland, og EFTA-landet Island også en del av Norden, med tilhørende Nordisk råd og andre særlige tilknytninger mellom landene. Det foreligger dermed et langt tettere samarbeid mellom disse tre statene, enn det gjør ovenfor andre stater. På den andre siden vil en forfordeling av dansk og svensk ikke kunne legitimeres på lik linje med eksempelvis et krav til engelsk som er et verdensspråk. Det foreligger ingen klare holdepunkter utover kultur og tilknytning som naboland, som begrunnet at dansk og svensk skal opprettholde et overordnet formål i norsk academia. En forfordeling av språkene dansk og svensk, vil på tross av den nære tilknytningen ikke oppfylle et legitimit formål.

Forfordelingen av "svensk eller dansk" i forskriften er diskriminerende ved å gjennomføre en "forskjellsbehandling" som en følge av "nasjonalitet", jf. EØS-avtalen art. 4.

Godkjennelse av "svensk eller dansk" utgjør en diskriminering ovenfor Colline, jf. EØS-avtalen art. 4.

Den overordnede konklusjonen er at Colline sine EØS-rettigheter er krenket som en følge av de språkkravene Universitetet har.

Spørsmål 2.

Colline kan hovedsaklig gå til rettergang for en domstol dersom Universitetet ikke gir etter på kravene. Etersom det er den norske stat som saksøkes, vil normalt saken gå for de norske domstoler. Colline kan dermed føre saken for Tingretten med påstand om brudd på EØS-avtalen art. 28. Tingretten som førsteinstans kan i utarbeidelse av saken etterspørre en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, jf. ODA-art. 34. Den rådgivende uttalen er derimot kun rådgivende, og det er opp til staten selv å vurdere uttalelsen.

Dersom Colline ikke får medhold i norsk rett, kan han ta saken inn for EFTA sitt overvåkningsorgan, ESA, som kan ta ut søksmål mot Norge for EFTA-domstolen, jf. ODA art. 36, jf. art. 35. Normalt vil dette derimot ikke skje, da korrekt bruk av homogenitet-, ekvivalens- og lojalitetshensyn i EØS-retten vil gi riktig dom i nasjonale domstoler.

Får Colline medhold vil han kunne ta ut erstatningssøksmål for manglende gjennomføring av forordningen. En forordning skal normalt gjennomføres i nasjonal rett, og en feil gjennomføring kan være grunnlag for erstatning. Erstatningsadgangen i EU og EFTA ble først introdusert ved henholdsvis *C-6/90 Frankovic* og *E-1/02 Sveinbjornsdottir*. De tre vilkårene for å få erstatningssøksmål er for direktiver oppsumert i *Rt.2005 s.1365 Finanger II*. De samme vilkår må gjelde for forordninger. Erstatning kan tilkjennes der forordningen har som formål å gi individuelle rettigheter, forsømmelsen fra staten må være "tilstrekkelig kvalifisert" og det må foreligge en årsakssammenheng mellom den manglende gjennomføring og skaden Colline ble påført ved å ikke få arbeidet.

DEL II

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) ble ratifisert i 1950, og har senere blitt en sentral del av rettskulturen i Europa. Konvensjonen dømmes i siste instans i den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD), mens konvensjonsstatene selv står for gjennomføringen og den primære etterlevelsen gjennom konvensjonens subsidiaritetsprinsipp, ved bruk av statens skjønnsmargin. I norsk rett er det staten, forstått som den lovgivende-Stortinget, dømmende- Høyesterett og utøvende makt- Regjeringen som skal sikre etterlevelsen av EMK.

Gjennom grunnlovsrevisjonen ved grunnloven 200 års feiring i 2014, ble også menneskerettighetene en del av Grunnloven (grl.) ved kapittel E. Der EMD er den rettsutviklende instansen ovenfor EMK, er det symbiosen mellom de tre statsmaktene som utvikler grunnlovens kap. E. I lys av maktfordelingsprinsippet kan derimot ikke den ene makten rekke lengre enn den andre, og dermed gå utover sin myndighet. Dette utgangspunkt må også EMD benytte ved sin dynamiske tolkning av EMK, slik den dynamiske tolkningen ble befestet i *Tyrer v. the UK*.

I denne oppgaven skal det gjennomføres en overfladisk og sammenlignende fremstilling av Høyesterett og EMD sin prøving. Fokuset vil ligge på Høyesteretts prøving av Grunnlovsmessighet, og EMD sin prøving i lys av subsidiaritetsprinsippet, herunder statens skjønnsmargin. Sammenligningen vil gjøres løpende, da dette belyser forskjeller og likheter best.

Utgangspunkter

Høyesterett sin rett til overprøving av grunnlovsmessigheten av lover følger av grl. § 89. Etter bestemmelsen har domstolen både "rett og plikt" til å "prøve om det strider mot Grunnloven" å anvende den gitte lov. Høyesterett oppsatte allerede i *Rt. 1976 s.1 Kløfta* en tredeling av prøvingen av grunnlovsmessighet. Dommen omhandlet prøvingen av ekspropriasjonsvernet i grunnloven, til fordel for ny motorvei som var stortingets ønske. Denne tredelingslæren ble videre stadfestet i *Rt. 1996 s. 1415 Borthen*, som omhandlet endringer av pensjonsrettigheter.

Høyesterett oppsatte i dommene en gradering av prøvingsintensiteten der den mest inngripende prøvingen skjer ved de fysiske menneskerettighetene til vern for frihet og trygghet. I dag er disse forankret blant annet i Grl. §§ 93 om retten til liv, 94 om retten til frihet og 102 om retten til respekt for privat- og familieliv.

Den neste kategori er de økonomiske rettighetene ligger i en mellomstilling, der prøvingen er noe mindre inngripende. I dag kan dette forankres særlig i Grl. § 97 om tilbakevirkende lover og grl. § 105 om retten til eiendom. Grl. § 97 vil derimot igjen være delt avhengig av om en er på strafferettens eller forvaltningsrettens område. En kan her se *Rt. 2010 s.1445 Krigsforbryter mot HR-2016.389-A Stortingspensjon*. Førstnevnte vil heller ligge til den første kategori, da den går inn i kjernen av menneskerettighetene.

Den siste kategori er prøving grunnlovsbestemmelser angående statsmaktens egen arbeidsmåte. Kjernen ligger til overprøving av Stortinget og Regjeringen interne arbeid. Høyesterett kan ikke gå så langt at den selv tar over, eller erstatter særlig stortingets egen drøftelse. Dette ville stride med folkesuverenitetsprinsippet slik det er forankret i Grl. § 49 og maktfordelingen slik den fremgår ved kapitteleppdelingen i grunnloven.

På den andre siden har derimot også EMD en restriktiv prøving på visse spørsmål. Domstolens prøvingsintensitet må som nevnt ses i lys av subsidiaritetsprinsippet, og statenes egen skjønnsmargin. Det er konvensjonsstatene, ikke EMD som har hovedansvaret for å implementere EMK i nasjonal rett. Domstolen må derimot ha et vist rom, også til å utvikle konvensjonen, da den er a living instrument, slik det fremgår i *Tyrer*. I dette ligger det at det er EMD som skal drive konvensjonen fremover, basert på at EMK skal møte det Europa som den operer i, jf. *Christine Goodwin v. The UK*. Utgangspunktet for EMD sin prøving er dermed avveielser mellom den rettsutviklende tolkning av EMK og den rettsavklarende tolkning der statenes skjønnsmargin er sentral.

De ulike faktorer

I den videre fremstillingen vil det redegjøres for noen overordnede faktorer som har betydning for prøvingen i de systemene.

Konkrete vurderinger

Høyesterett har som nevnt tatt utgangspunkt i en tilbakeholden prøving ved grunnlovsmessigheten på et område der stortinget har avveid sine egne drøftelser. Høyesterett viser eksempelvis i *Rt. 2007 S.1281 Øvre Ullern* at der Stortinget selv hadde drøftet grunnlovsmessigheten, må dette tale for en mindre inngripende prøving.

På lik linje oppsetter EMD en tilbakeholden prøving der staten selv har avveid situasjonen, og begrunnet et eventuelt inngrep godt. En kan her se hen til *Lautsi v. Italy* der EMD la til grunn at en veloverveid forankring i den kristene kulturarv måtte forankre at italienske klasserom opprettholdt bruk av krusefikser.

Rettighetsområdet

Høyesterett har i lys av tredelingen i *Borthen* oppsatt at den høyeste prøving skal skje ved inngrep i de sentrale fysiske rettigheter og tryggheter, dette betyr at Høyesterett oftere tar inn saker der borgerens fysiske integritet har blitt utsatt for et inngrep. En kan her se hen til *HR-2020-661-S Strand Lobben* en sak der det ble konstantert brudd på retten til familieliv etter EMK art. 8 og Grl. 102 ved for tidlig opphør av forsøk på tilbakeføring. På den andre siden er det som nevnt klart at de økonomiske rettighetene har en mindre inngripende prøving. En kan her se hen til *HR-2016-389-A Stortingspensjon* som kom i grenselandet mellom EMK protokoll 1 art. 1 om eiendomsrett, og tilbakevirkning etter grl. § 97. I dommen kom høyesterett til at det ikke forelå en krenkelse av Carl I. Hagens økonomiske rettigheter ved at Stortingets pensjonsordning ble endret.

En lignende prøving ligger også til grunn for EMD. EMD sine hovedrettigheter fremgår av EMK og dens tilleggsprotokoller. Det fremgår derimot en deling mellom rettighetene etter eksempelvis EMK art. 5 om "right to liberty", og rettighetene som fremgår i EMK art. 8-11. "[R]ight to liberty" ligger i kjernen av EMK er gjenstand for en langt grundigere prøving, der statens skjønnsmargin er snever. Se for eksempel *Vasileva v. Denmark* en dom der EMD kom til at en frihetsberøvelse på 13 timer for nektelse av å opplyse om personalia var uforholdsmessig. På den andre siden vil svakere rettigheter som etter EMK protokoll 1 art. 1 om eiendomsrett gi økt skjønnsrom for statene, og en mer tilbakeholden prøving fra EMD.

Avveining av rettigheter.

Høyesterett viser i *Rt. 2013 s.588* at det også har noe å si på prøvingen om det er flere rettigheter satt opp mot hverandre. Saken omhandlet en kvinnes rett til fravær av krenkelse av privatlivet og nedverdiggende behandling, utført av hennes tidligere kjæreste. Avveining av rettigheter ble også vist til i *Rt. 2008 s. 1089 Lillo-Stenberg*. Dommen omhandlet artisten Lillo-Stenberg som hadde giftet seg på en offentlig øy. På øyen ble han og bruden tatt bilde av. Han saksøkte så avisene for krenkelse av privatlivet. Høyesterett kom til at det ikke forelå en krenkelse.

Den sistnevnte dommen er også et særlig klart eksempel på symbiosen mellom statens egne vurderinger, og vurderingen av interesser opp mot hverandre i EMD. i *Lillo-Stenberg v. Norway* la EMD til grunn at Norge hadde avveid retten til privatliv etter art. 8 og ytringsfriheten etter Art. 10 på en tilfredsstillende måte og hadde en tilbakeholden prøving basert på skjønnsmarginen utøvd av Norge.

Europeisk konsensus

Et særlig tilfelle der EMD er alene om en tolkningsfaktor er den europeiske konsensus. EMD har i flere dommer oppsatt at der det foreligger en europeisk konsensus vil dette ha betydning

for domstolens prøvingsintensitet.

Dette kan en særlig se hen til i *A, B and C v. Ireland* der EMD la til grunn at en rett til abort var veletablert i de aller fleste av konvensjonsstatene, med unntak av Polen, og Finland. Sistnevnte hadde derimot en de facto mulighet til abort. Domstolen kom derimot ikke til at det forelå krenkelse, basert på at klagerne hadde en mulighet til å ta abort i nabolandet, noe Irland ikke hadde lagt forbud på.

Et annet eksempel er igjen *Lautsi*. I lys av mangel på europeisk konsensus ga EMD Italia en økt skjønnsmargin til å avveie bruken av krusifiksene. Det er derimot ikke sikkert om denne retten hadde blitt stående i dag, da europa stadig blir mer sekualisert. Dette kan derimot også by på utfordringer der nye rettigheter skal innlemmes i EMK i lys av den europeiske utviklingen, men uten at det finnes europeisk enighet om hvilke og hvordan.

Grenser

Det er derimot klart at EMD og Høyesterett sin prøving ikke kan gå for langt. Ved en for inngripende eller for selvstendig prøving vil det kunne medføre at domstolene går utenfor sitt mandat. I EMD ble det dermed satt en grense i *Austin and others v. The UK* mot at domstolen, uavhengig av å være "a living instrument", ikke kunne innfortolke nye rettigheter.

På lik linje må også Høyesteretts tredeling gi uttrykk for en grensesetting av egen myndighetsutøvelse. Høyesterett har som myndighet å dømme i siste instans, jf. grl. § 88. Dersom Høyesterett foretar for brede og selvstendige vurderinger, selv etter grundig grunngivning fra lovgiver, utviskes skillet mellom statsmaktene og Høyesterett kan sette lovgiverviljen til side.

Fremtiden

Høyesterett har i *Rt. 2015 s. 93 Maria* lagt til grunn at grunnlovens bestemmelser skal tolkes i lys av sine folkerettslige forbilder. Dette må igjen ses i lys av subsidiaritetsprinsippet. Det er derimot Høyesterett som har myndigheten til å tolke og utvikle grunnlovens bestemmelser i lys av de folkerettslige forpliktelsene, jf. *Ibid*.

En kan i den anledning se hen til de avgjørelser som Norge særlig har fått kritikk for, *Abdi - , Strand lobben-, og johansen v. Norway* som alle gjaldt brudd på retten til familieliv etter EMK art. 8, med ekvivalenten i Grl. § 102. Det ble i flere av dommene gjort klart at det ikke er lovverket, men skjønnsmarginen i forvaltningen som utgjør krenkelsene. Den øverste domstolen i Norge kan dermed ha en særlig utfordring med å sikre at tolkningen av Grunnloven, i lys av statens skjønnsmargin ovenfor EMK, opprettholdes også i fremtiden.

Ord: 3997