

Straffeprosessloven § 4 og tvisteloven § 1-2.

Kan folkeretten supplere norsk prosessrett der det ikke foreligger motstrid?



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 607
Leveringsfrist: 25. april 2010

Til sammen 16632* ord

20.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling	1
1.2	Avgrensning av tema	2
1.3	Videre fremstilling	3
1.4	Redegjørelse for rettskildene	3
<u>2</u>	<u>HVA ER FOLKERETT?</u>	<u>5</u>
<u>3</u>	<u>HOVEDREGELEN OM NORSK RETTS FORRANG – DUALISME.</u>	<u>6</u>
<u>4</u>	<u>SEKTORMONISME</u>	<u>11</u>
<u>5</u>	<u>TOLKNINGSPRINSIPPER.</u>	<u>16</u>
5.1	Innledning.	16
5.2	Presumsjonsprinsippet.	16
5.3	Legalitetsprinsippet som rettskildeprinsipp for folkerettsanvendelsen.	18
5.4	Effektivitetsprinsippet ved tolkning av folkerettskilder.	20
5.5	Utvidende tolkning og analogisk tolkning.	23
5.6	Formålsrettet tolkning.	24
<u>6</u>	<u>LOVTEKSTENE OG FORARBEIDENE.</u>	<u>27</u>
6.1	Innledning.	27

6.2	Straffeloven	27
6.2.1	Straffeloven 1902 § 14	27
6.2.2	Straffeloven 1902 § 1 annet ledd	28
6.2.3	Straffeloven 2005 § 2.	30
6.3	Straffeprosessloven § 4	30
6.4	Tvisteloven § 1-2	32
6.5	Tvangsfullbyrdelsesloven § 1-4	34
6.6	Andre lovbestemmelser om sektormonisme.	35
<u>7</u>	<u>RETTSPRAKSIS</u>	<u>38</u>
7.1	Innledning	38
7.2	Viltloven	38
7.3	Rettslig prøving av tvangsinngrep	40
7.4	Rettergangsbøt	42
7.5	Varetektsfengsling.	44
7.6	Bevisopptak utenfor rettssak.	45
7.7	Statsimmunitet	47
7.8	Kvinnefengsel-saken.	48
7.9	Oppsummering.	50
<u>8</u>	<u>SAMMENFATNING.</u>	<u>51</u>
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>54</u>
	<u>FORARBEIDER</u>	<u>55</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Tema for denne oppgaven er straffeprosessloven § 4 og tvisteloven § 1-2.

Straffeprosessloven av 22. mai 1981 nr 25 (heretter strprl.) § 4 lyder: "Lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat."

Tvisteloven av 17. juni 2005 nr. 90, (heretter tvl.) § 1-2 lyder: "Loven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat."

Hva betyr disse bestemmelsene og finnes det eksempler på hvordan de har blitt anvendt i norsk rett? Det finnes en god del juridisk teori og rettspraksis om de tilfeller der folkeretten og norsk rett står i motstrid. Mitt mål med oppgaven er å undersøke om det finnes grunnlag for å si at folkerettslige bestemmelser kan supplere norsk rett, der det ikke foreligger motstrid.

Det finnes flere bestemmelser om sektormonisme i norsk rett, og de er i de fleste tilfeller negativt formulert. Lovene bruker uttrykket at folkeretten "begrenser" norsk rett. Paragrafene spesifiserer ikke hvilke konvensjoner som kommer til anvendelse, men inneholder en generell folkerettsreservasjon. Bestemmelser om sektormonisme vil ikke ha selvstendig betydning når det gjelder konvensjoner som er gjort til norsk rett, og der loven har en forrangsbestemmelse. Disse konvensjonene har jeg da også avgrenset mot i kapittel 1.2.

Etter ordlyden skal folkeretten begrense, ikke supplere norsk rett. Kan det allikevel være grunnlag for å si at norsk prosessrett kan suppleres av folkeretten, der folkeretten har bestemmelser som ikke står i strid med norsk rett? I hvilke tilfeller vil dette i så fall kunne være aktuelt?

På caplex.no defineres ”å supplere” slik: ”supplere (lat., dannet til plenus, full), fylle opp; gjøre fullstendig, utfylle; tilføye.” Det er samme forståelsen av ordet jeg legger til grunn i oppgaven, om folkeretten kan utfylle, tilføye eller gjøre fullstendig rettsregler i norsk rett.

Rt 1933 s 511 gjaldt spørsmål om eierrådighet over områder på Jan Mayen. Et betydelig areal på Jan Mayen ble i 1921 oppmerket med ”claimskilter” av en privatmann. Også hus som var ervervet eller oppført av ham ble merket med hans navn, og meddelelse ble gitt til det norske utenriksdepartement. Øya var ennå res nullius. Kort etter lot den norske stat på samme område oppføre en meteorologisk stasjon, og i den forbindelse okkupertes en vesentlig del av samme område i meteorologiske institutts navn. Mannen lot det gå en årrekke uten at han foretok seg noe videre for å utnytte arealet. Hans okkupasjon overfor staten ble opprettholdt av retten, idet det ble lagt avgjørende vekt på at han ved det nevnte forhold fra statens side faktisk var blitt hindret i at fullføre okkupasjonen. Hans rett ble ikke ansett som forspilt ved at han ventet i 7 år med saksanlegg. I denne saken ble folkeretten brukt for å fylle et tomrom i norsk rett. Ved slik bruk av folkeretten må det settes en grense i forhold til legalitetsprinsippet. Der hvor legalitetsprinsippet krever lovhjemmel, vil en folkerettslig regel alene ikke være tilstrekkelig. Dette kommer jeg nærmere tilbake til i kapittel 5.2.

Dette eksempelet viser at folkeretten kan supplere norsk rett i spørsmål der det finnes et tomrom.

Senere i oppgaven vil jeg gjennomgå flere tolkningsprinsipper som også benyttes ved bruk av folkerett i norsk rett. Jeg ønsker å undersøke om realiteten i de tolkningsprosesser domstolene foretar seg ved bruk av folkerett, er supplerende, selv om det kalles noe annet.

1.2 Avgrensning av tema

Opgaven avgrenses mot konvensjoner som er gjort til norsk lov, og der lovene har fått inn forrangsbestemmelser, som i menneskerettsloven og EØS-loven. Forarbeidene til disse lovene kan imidlertid ha betydning for oppgaven, og uttalelser herfra vil kunne belyse problemstillingene. Det vil kort bli redegjort for forrangsbestemmelsene i kapittel 3.

Opgaven avgrenses mot Luganokonvensjonen, da denne er gjort til norsk lov, og det er uomtvistet at konvensjonen har forrang i norsk rett. Jeg vil allikevel komme med

noen korte bemerkninger om Luganokonvensjonen, da konvensjonen har forrang i norsk rett, uten at konvensjonen har fått en lovbestemmelse om forrang. Luganokonvensjonen vil bli behandlet nærmere i kapittel 3.

Rettspraksis fra tiden før ulike konvensjoner ble gjort til norsk lov og ble gitt forrangsbestemmelser, kan derimot være av interesse og vil brukes som rettskildemateriale i oppgaven.

1.3 Videre fremstilling

Ved en gjennomgang av de ulike rettskildene tilknyttet lovbestemmelsene vil jeg forsøke å finne svar på problemstillingen. Jeg vil først si noe om utgangspunktet i norsk rett når det gjelder folkerett og om sektormonisme i norsk rett. Videre vil ulike tolkningsprinsipper som er av særlig interesse i forhold til problemstillingene bli behandlet. Deretter blir det naturlig å gå videre til lovtekstene og forarbeidene, og til slutt rettspraksis.

1.4 Redegjørelse for rettskildene

Sentrale rettskilder for oppgaven er lov, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori.

I mine rettskildesøk har jeg hovedsakelig brukt Lovdata og Idunn.

Jeg startet mine rettskildesøk på Lovdata ved å søke etter høyesterettspraksis med søkeordene ”strl § 14”, ”strprl § 4”, ”tvml § 36a” og ”tv § 1-2”. Den 11. januar 2010 fikk jeg følgende treff: strl § 4 ga 5 treff, strprl § 4 ga 40 treff, tvml § 36a ga 11 treff og tv § 1-2 ga 6 treff. Jeg har så gjennomgått rettspraksisen, for å se hva som kunne være relevant for oppgaven. Her fant jeg blant annet Rt 1991 s 777 om varetektsfengsling og Rt 1994 s 1244, den såkalte Kvinnefengselsaken.

Ved gjennomgang av rettspraksis som virket interessant, brukte jeg ”litteratur” knappen inne på lovdata. Den finnes inne på de enkelte avgjørelsene under feltet med sammendrag, saksgang, parter og forfatter. Dette gjorde jeg i Rt 1995 s 187 som kom opp ved søk på strprl § 4, og fant dermed artikkelen til Geir Ulfstein, om internasjonal miljørettsstilling i norsk rett fra Lov og Rett 1999 s 402. I artikkelen til Ulfstein fant jeg frem til Rt 1997 s 1341, Bern-konvensjonen II. Denne saken gjaldt viltloven som har en formålsbestemmelse med henvisning til internasjonale miljørettslige prinsipper. Denne avgjørelsen kom ikke opp ved de søkene på lovbestemmelser som jeg foretok, men ble

interessant i forhold til formålsrettet tolkning. Den hadde jeg kanskje ikke funnet dersom jeg ikke hadde funnet denne artikkelen.

I Lovdata har jeg også søkt i basen ”juridiske artikler”. Den 5. mars 2010 brukte jeg søkeord som: ”Monisme” – 27 treff, ”Sektormonisme” – 27 treff, ”Dualisme” – 35 treff, ”folkerett” – 253 treff, ”straffeprosessloven § 4” – 0 treff, ”tvistemålsloven § 36a” – 9 treff, ”tvisteloven § 1-2” – 2 treff, ”straffeloven § 14” – 2 treff.

I NOU 1993:18 om lovgiving om menneskerettigheter, finnes det på side 51-68 en redegjørelse for rettsavgjørelser hvor menneskerettighetene ble påberopt, i perioden 1960-1992. Her fant jeg Rt 1984 s 1175, som jeg behandler i kapittel 7 om rettspraksis. Jeg slo opp avgjørelsen på Lovdata, og her brukte jeg litteratur knappen for å se hva som fantes av litteratur knyttet til kjennelsen i Lovdata. Den 9. mars 2010 fantes det 34 dokumenter knyttet til kjennelsen. Her fant jeg Jørgen Aalls artikkel om menneskerettighetskonvensjonene som rettskildedefaktor i intern norsk rett, fra Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1989 s 613, som behandler denne kjennelsen.

For å finne rettspraksis der det var uttalelser om Luganokonvensjonens stilling i norsk rett brukte jeg Lovdata. Jeg søkte, 8. mars 2010, i alle høyesterettsdommer med søkeordene, ”luganlov” og ”forrang”, og fikk to treff.

På Idunn har jeg gått frem på samme måte med søkeord som: ”Monisme” – 42 treff, ”sektormonisme” – 20 treff, ”dualisme” – 198 treff, ”folkerett” – 266 treff, ”straffeprosessloven § 4” – 369 treff, ”tvistemålsloven § 36a” – 4 treff, ”tvisteloven § 1-2” – 25 treff, ”straffeloven § 14” – 482 treff.

2 Hva er folkerett?

Med utgangspunkt i juridisk teori vil jeg først si noe kort om hva folkerett er. Dette er ikke et enkelt spørsmål og det finnes heller ingen enkle svar.

Ulfstein og Ruud har i sin bok, *Innføring i folkerett*, samlet flere forsøk på å definere "folkerett" i starten av boken. De starter med den tradisjonelle definisjon fra Castebergs *Folkerett*: "Folkeretten er den del av retten som regulerer rettsforholdene mellom stater. I deres egenskap av sådanne."¹

Kritikken mot denne definisjonen er at den utelukker andre grupper som individer og internasjonale organisasjoner fra å være subjekter i folkeretten. Slik som folkeretten har utviklet seg, som for eksempel gjennom menneskerettighetene, er dette ikke riktig i dag.

Ruud og Ulfstein viser deretter til Torkel Opsahls definisjon om at: "Folkeretten er de rettsregler som er bindende for statene i deres innbyrdes forhold, og bindende for FN og andre internasjonale rettssubjekter."² Denne definisjonen sier noe om hvem folkeretten gjelder for, men ikke noe om hva folkeretten inneholder.

Folkeretten kan også beskrives som de rettsregler som regulerer samkvemmet på det mellomfolkelige plan, eller som den rett som er anvendelig i det internasjonale samfunn. Disse forsøkene på definisjoner har Ruud og Ulfstein hentet fra utenlandsk litteratur.³

Det som er av større interesse er spørsmålet om hva som er folkerettens bindende kraft. Hvorfor er Norge bundet av folkerettslige regler? Fleischer skriver i sin bok, *Folkerett*, at grunnlaget for folkerettens bindende kraft, er noe vi kan konstatere ut fra staters praksis. Folkeretten legges til grunn ved internasjonale domstoler og i staters interaksjon med hverandre.⁴

Ruud og Ulfstein legger også vekt på den praktiske bruk av folkeretten i internasjonal sammenheng. Rettssubjektene for folkeretten oppfatter reglene som forpliktende, de blir i stor grad etterlevd og håndhevet av stater og internasjonale organisasjoner. Ruud og

¹ Casteberg, *Folkerett*, 1948 s 1 jf Ulfstein og Ruud, *Innføring i folkerett*, 2006 s 18

² Torkel Opsahl, *Atomspørsmålet – folkerettens oppgave?* *Statsmakt og menneskerett* bind 2 s 385 jf Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 2006 s 18

³ Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkeretten*, 2006 s 19

⁴ Fleischer, *Folkerett*, 2005, s 23.

Ulfstein konkluderer med at dersom rettssubjektenes oppfatning av reglens bindende karakter er det avgjørende kriterium – og noe bedre kriterium finnes neppe – så kan det ikke herske tvil om at folkeretten er rett.⁵

Så selv om folkeretten i stor grad mangler et sentralt lovgivende organ, effektive håndhevelsesapparater og mangler etterlevelse på flere områder, er den i det internasjonale samfunn oppfattet som bindende. Norge er bundet av folkeretten gjennom inngåelse av traktater og gjennom folkerettslig sedvane. Selv om det i juridisk teori har vært stilt spørsmål om folkeretten i det hele tatt kan karakteriseres som rettsregler, viser den norske stats praksis at den anser seg selv som bundet av folkeretten, og handler deretter. Det kan dermed sies at Norge er bundet av folkeretten gjennom å tilslutte seg internasjonale avtaler, og gjennom i praksis å overholde sine forpliktelser internasjonalt.

3 Hovedregelen om norsk retts forrang – dualisme.

Grunnloven har ingen bestemmelse om folkerettens stilling i norsk rett. Det finnes heller ingen generell regel vedtatt i lovs form om dette.

Det er allment akseptert at Norge bygger på det dualistiske system. Jeg viser til NOU 1993:18 om lovgivning om menneskerettigheter, der transformasjonskomiteen la til grunn at Norge har et dualistisk system⁶

Dualisme betyr ”dobbelthet”, at det foreligger to fenomener som er uforenelige med hverandre. I NOU 1993:18 blir dualismen beskrevet som at norsk rett og folkeretten er separate, innbyrdes uavhengige rettssystemer. Folkeretten er derfor ikke en del av norsk rett, den skaper ikke rettigheter og plikter for norske borgere.⁷ En konsekvens av dette er at norske domstoler skal anvende norsk rett, og at folkeretten i tilfelle konflikt ikke kommer til anvendelse.

⁵ Ruud og Ulfstein, Innføring i folkeretten, 2006 s 20

⁶ NOU 1993:18 s 75

⁷ NOU 1993:18 s 70

Dette har blitt modifisert, i hovedsak på to måter: Folkeretten kan gjøres til norsk rett gjennom vedtak av kompetente norske organer, og ved å stille opp et prinsipp om at norsk rett presumeres å være i samsvar med folkeretten⁸. Presumsjonsprinsippet har blitt utviklet gjennom rettspraksis, som for eksempel i Finanger I saken, Rt 2000 s 1811. Dette vil jeg komme tilbake til senere i oppgaven.

Folkerettslig sedvanerett stiller ikke krav til hvordan en stats traktatforpliktelser skal gjennomføres i intern rett.⁹ Traktatene skal imidlertid oppfylles i god tro, jf Wien-konvensjonen om traktatretten art 26. Dersom en traktat selv setter krav til hvilken form for innarbeidelse som må foretas, må dette selvsagt oppfylles av statene som har tiltrådt traktaten.¹⁰

Norge er bundet av folkerettslig sedvanerett og konvensjoner Norge er tilsluttet. For at folkerettslig sedvane, eller en internasjonal avtale, skal anses som intern rett, må norske myndigheter vedta dette gjennom en særskilt gjennomføringsakt. I følge Eckhoffs Rettskildelære kan det gjøres ved ulike metoder, som betegnes som gjengivelsesmetoden og henvisningsmetoden.¹¹

Eckhoff redegjør for innholdet i begrepene på denne måten: Ved gjengivelsesmetoden vedtas en norsk lov av samme innhold som konvensjonsteksten. Flere bestemmelser i sjøfartsloven og luftfartsloven er eksempler på denne metoden. Ved å henviser til konvensjonen på en slik måte at selve konvensjonsteksten får gyldighet som norsk lov, kalles henvisningsmetoden. Man kan treffe særskilt bestemmelse om dette for den enkelte konvensjon, som f eks i sjøfartsloven § 209. Eller man kan inkorporere under ett de internasjonale avtaler av en bestemt art som Norge slutter seg til.¹²

⁸ Ruud og Ulfstein: Innføring i folkeretten 2006 s 54.

⁹ NOU 1993:18 s 36

¹⁰ NOU 1993:18 s 36

¹¹ Eckhoff, Rettskildelære, 2007, s 287

¹² Eckhoff, Rettskildelære, 2007, s 287-288

Spørsmål om konvensjoners innarbeidelse i norsk rett er drøftet i NOU 1972:16.¹³ Her brukes begrepet ”inkorporert” om konvensjoner som er gjort til norsk rett ved henvisning, og ”transformert” når gjengivelsesmetoden er brukt.

Ruud og Ulfstein bruker begge begrepene i sin bok, *Innføring i folkeretten*. De bruker henholdsvis ”transformasjon” med ”gjengivelsesmetoden” i parentes, og ”inkorporasjon” med ”henvisningsmetoden” i parentes.¹⁴

Eckhoff kritiserer disse begrepene, inkorporasjon og transformasjon, da han mener mange bruker disse uttrykkene som betegnelse på alle former for innlemmelse. Jeg vil allikevel benytte meg av uttrykkene transformasjon og inkorporasjon i oppgaven, da det er disse begrepene som er mest brukt både i forarbeider og juridisk teori.

Når stater med dualistiske systemer inkorporerer en traktat, kan det variere hvilken trinnhøyde den inkorporerte traktaten gis i intern rett. Dette gjelder også i norsk rett som eksemplene nedenfor viser.

I menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr 30, ble EMK¹⁵, ØSK¹⁶ og SP¹⁷ gitt status som norsk lov, i lovens § 2. I lovens § 3 er konvensjonenes gjennomslagskraft i norsk rett regulert gjennom en forrangsbestemmelse.

Når det gjelder forrangsbestemmelser er det to sentrale stikkord, ”motstrid” og ”gå foran.” Menneskerettighetsloven § 3 lyder: ”Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgiving.”

Begrepet ”gå foran” innebærer ifølge Eckhoff, at der hvor man finner ”motstridskriteriet” er oppfylt, må den regelen som følger av konvensjonen, legges til grunn for løsningen. Når det gjelder ”motstridsspørsmålet”, må rettsanvenderen foreta en fortolkning av konvensjonsbestemmelsen og den aktuelle lovbestemmelse.¹⁸ EØS-loven har en tilsvarende bestemmelse

¹³ NOU 1972:16 s 13-15

¹⁴ Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkeretten*, 2006 s 58

¹⁵ Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 1950

¹⁶ Den internasjonale konvensjon av 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

¹⁷ Den internasjonale konvensjon av 1966 om sivile og politiske rettigheter

¹⁸ Eckhoff, *Rettskildelære*, 2007 s 326

Jeg går ikke mer inn på forrangsbestemmelsene, da jeg har avgrenset mot folkeretten på dette området.

Når det gjelder Luganokonvensjonen, er den gjort til norsk lov gjennom tvisteloven § 4-8. Den lyder: ”Konvensjonen om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker med protokoller og vedlegg, vedtatt i Lugano 30. oktober 2007 (Luganokonvensjonen 2007), gjelder som lov.”

I følge proposisjonen om endringslov til tvisteloven, er dette en videreførelse av Luganoloven § 1 først ledd.¹⁹ Om Luganokonvensjonens forhold til norsk rett skriver Justisdepartementet i proposisjonen: ”Det er riktig at Luganokonvensjonen 2007 går foran norsk lov, men departementet velger likevel å beholde den innarbeidede ordlyden om at konvensjonen « gjelder som lov »”²⁰ I følge proposisjonen fra 2004-2005 om tvisteloven, er Luganoloven ansett for å ha forrang fremfor alminnelige prosessbestemmelser ut fra lex specialis-prinsippet.²¹

Videre står det i proposisjonen at: ”Konvensjonen representerer en folkerettslig forpliktelse og vil således innenfor sitt stedlige og saklige virkeområde gå foran særskilte vernetingsbestemmelser som inneholder et generelt forbehold for folkeretten som for eksempel utenriksstjenesteloven § 20 annet ledd...”²² Luganokonvensjonen skal etter dette gå foran andre norske bestemmelser om verneting. Dette uten at det er tatt inn en bestemmelse om forrang i lovens ordlyd.

Det kan synes som om internasjonale konvensjoner, som er gjennomført i norsk rett uten forrangsbestemmelse, allikevel kan gis forrang ved bruk av tolkningsprinsipper i norsk rett. Luganokonvensjonen har ingen lovbestemmelse som sier at den skal gis forrang foran intern norsk rett, allikevel er dette lagt til grunn både i forarbeidene til den nye bestemmelsen i tvisteloven og i rettspraksis.

¹⁹ Ot.prp.nr.89 (2008-2009) s 42

²⁰ Ot.prp.nr.89 (2008-2009) s 12

²¹ Ot.prp.nr.51(2004-2005) s 163 jf. Robberstad, Sivilprosess, 2009 s 48

²² Ot.prp.nr.89 (2008-2009) s 42

Konvensjoner blir til gjennom internasjonalt samarbeid, der det utarbeides avtaler om ensretting av lovgivning, som deltagerlandene og evt. andre inviteres til å ratifisere. De krav som stilles til lovgivningen i de enkelte land varierer.

Eckhoff skriver videre at den folkerettslige plikt man har påtatt seg til å ensrette lovgivningen, oppfylles mest fullkomment når selve konvensjonsteksten gjøres til norsk lov. Dersom man gjengir teksten i norsk lovspråk, risikerer man uoverensstemmelser mellom de to tekstene, men bestemmelsene blir mer forståelige for norske jurister. Metodene har følgelig svakheter og fortrinn.

Ved tolkningen av uniforme lover oppstår særlige spørsmål, som Eckhoff påpeker.²³ Spørsmålene dreier seg dels om at forarbeidene er av en annen art enn ellers, og dels om at uniforme lover har det spesielle formål å skape rettsenhet.

Når gjengivelsesmetoden blir brukt, blir konvensjonen et av lovens forarbeider som det er særskilt grunn til å legge vekt på. Dette fordi landene har påtatt seg en folkerettslig plikt til å følge konvensjonen, og fordi man gjennom dette best realiserer det formål å skape ensartede regler.

Formuleringen som er brukt i strprl § 4 og tvl § 1-2, om at loven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat, synes ikke å passe inn i noen av Eckhoffs metoder for gjennomføring av folkerett i norsk rett. Gjengivelsesmetoden er ikke brukt, ingen konvensjonstekst er gjengitt i straffeprosessloven eller tvisteloven. Det er heller ikke treffende å si at formuleringene i henholdsvis strprl § 4 og tvl. § 1-2, henviser til konvensjoner på en slik måte at selve konvensjonsteksten får gyldighet som norsk lov. Det kan i beste fall sies at etter bestemmelsenes ordlyd, er de deler av konvensjonen som begrenser den norske loven, gitt virkning i norsk rett.

Det kan dermed spørres om det er treffende å kalle slike bestemmelser for ”sektormonistiske.” Monisme vil innebære at folkeretten får direkte virkning i den interne rett, som jeg skal redegjøre for i neste kapittel.

²³ Eckhoff, Rettskildelære, 2007, s 289

4 Sektormonisme

Monisme er en betegnelse på hvilken virkning eller gjennomslag folkeretten har i en stats interne rett.²⁴ I monistiske systemer har folkeretten direkte virkning i intern rett. Et eksempel er USAs forfatning, der det er bestemt at traktater skal gjelde som "the supreme law of the land." Et annet eksempel er Frankrike, der alle internasjonale overenskomster som Frankrike ratifiserer eller tiltrer, automatisk blir del av fransk rett straks de er offentliggjort.

Sveits og Østerrike har også et monistisk system, som innebærer at folkeretten uten videre regnes som en del av nasjonal rett. Når en traktat er godkjent i samsvar med konstitusjonelle krav, blir den automatisk en del av den nasjonale rettsorden i disse landene når den trer i kraft.

I monistiske land er det dessuten gjerne slik at folkerettens regler blir ansett for å ha forrang fremfor nasjonale lover, men dette varierer fra land til land.²⁵

Innenfor et monistisk system kan det tenkes ulike prinsipper for hvilken trinnhøyde eller rang en folkerettsregel har, i forhold til regler som bygger på interne rettsaker. Spørsmålet oppstår når interne rettsaker står i motstrid til en folkerettsregel. Hvis det er slik at folkerettsregelen bare står på lik linje med nasjonale lover, eller kanskje til og med står tilbake for lover, vil ikke gjennomslagskraften til folkerettsregelen nødvendigvis være større enn i et dualistisk system der folkeretten anerkjennes som tolkningsfaktor. Ofte gir imidlertid stater med monistiske systemer folkeretten forrang foran nasjonal lovgivning.²⁶

På visse rettsområder får folkeretten virkning i norsk rett fordi bestemmelser i loven viser til folkeretten.²⁷ Både straffeloven, straffeprosessloven, tvisteloven, tvangfullbyrdelsesloven, utlendingsloven, kystvaktloven og flere andre lover, har bestemmelser som slår fast at norsk rett skal gjelde med de begrensninger som følger av

²⁴ Ot.prp.nr.33(2004-2005) s 53

²⁵ Ot.prp.nr.79(1991-1992) s 3

²⁶ Ot.prp.nr.79(1991-1992) s 3

²⁷ Fleischer, Folkerett, 2005 s 362

folkeretten.²⁸ Fleischer skriver i sin bok Folkerett, at alminnelige folkerettsregler og traktatregler som Norge er bundet av, vil etter dette uten videre få virkning i norsk rett. Noen særskilt transformasjon er ikke nødvendig.²⁹

Helgesen definerer sektormonisme (eller delmonisme) som: ”... tilfelle hvor man på et større, saklig begrenset område har en generell reservasjon overfor folkeretten.”³⁰ Ruud og Ulfstein henviser også til denne definisjonen i Innføring i folkerett.³¹

En bestemmelse om sektormonisme gjør at lovens øvrige regler ikke kan anvendes i strid med konvensjonen³². Den medfører ikke at konvensjonen utgjør en selvstendig hjemmel, der legalitetsprinsippet etter norsk rett gjør det påkrevd med lovhjemmel. Legalitetsprinsippet vil bli behandlet i kapittel 5.3.

Når det gjelder sektormonistiske bestemmelsers trinnhøyde, er det i norsk rett alminnelig antatt, at en inkorporeringsbestemmelse får tilsvarende rang som inkorporeringshjemmelen.³³ Det vil si at den internasjonale normen får samme vekt eller trinnhøyde som inkorporasjonshjemmelen.

I Bølgepappkjennelsen, Rt 1994 s 610, gjaldt saken Prisdirektoratets og Statens pristilsyns kontrollundersøkelse hos fire norske produsenter av bølgepapp, om ulovlig prissamarbeid. Det ble foretatt avhør av bl.a. bedriftenes administrerende direktører, og det ble utarbeidet sammendrag av disse forklaringene. Et spørsmål var om disse sammendragene kunne brukes som dokumentbevis i straffesaken, eller om dette ville stride

²⁸ Det finnes så vidt jeg vet ingen oversikt over alle lovene som innfører sektormonisme på ulike områder i norsk rett. Jeg har i kapittel 6.6 en liste over flere lover med bestemmelser om sektormonisme, uten at denne listen er uttømmende.

²⁹ Fleischer, Folkerett, 2005 s 362

³⁰ Helgesen, Teorier om ”Folkerettens stilling i norsk rett”, 1982 s 53

³¹ Ruud og Ulfstein, Innføring i folkerett, 2006 s 60

³² Betegnelsen sektormonisme vil etter ordlyden tilsi, at innenfor sektormonistiske områder vil det være slik at folkerett som er bindende for Norge får direkte virkning. Norske bestemmelser om sektormonisme innebærer at kun den delen av folkeretten som begrenser loven får virkning i norsk rett. Ut fra dette mener jeg begrepet sektormonisme er lite treffende, uten at det har noen betydning for øvrig.

³³ Eckhoff, Rettskildelære, 2007, s 310

mot EMK art 6 og/eller SP art 14. Dette var før menneskerettsloven ble vedtatt, og det var strprl. § 4 som regulerte forholdet til folkeretten.

Ved det prinsipielle spørsmål om hvilken bestemmelse som skulle legges til grunn, menneskerettsregelen om forbudet mot selvinkriminering, eller de norske regler om bevis, uttalte førstvoterende: ”Til dette bemerker jeg først at jeg er enig i at norske domstoler må anvende prosessreglene på strafferettens område slik at rettergangen blir forenlig med våre traktatforpliktelser, og at det kan bli tale om å sette de norske regler til side om det skulle foreligge motstrid, jf straffeprosessloven § 4.”³⁴

Etter dette tolkes inkorporeringshjemler, som bestemmer at norsk lov gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten, slik at norsk lov må vike for den folkerettslige regel.

Høyesterett innførte også en begrensning i Bølgepappkjennelsen, gjennom å innføre et klarhetskrav til folkerettslige regler, for at de skulle få gjennomslag i norsk rett. En regel måtte fremstå som ”klar og entydig.” Dette klarhetskravet ble avvirket i Bøhler-saken, Rt. 2000 s 996, og dette ble fulgt opp i Rt. 2002 s 557 og Rt. 2003 s 359. I disse sakene gjaldt det imidlertid konvensjoner som er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven, og der lovens § 3 har gitt konvensjonene forrang i norsk rett. Kan det sies at klarhetskravet også er borte for andre konvensjoner som er gjort til norsk rett, ved bestemmelser om sektormonisme? I forarbeidene til tvisteloven, i kapittelet om internasjonale føringer og påvirkning av tvisteloven, uttaler Tvistemålsutvalget at:

”Det sentrale er at bestemmelsen anvendes i tråd med sitt formål; å sikre at saksbehandlingen i sivile saker er i samsvar med anvendelige folkerettslige regler. For å oppnå dette vil domstolene måtte ta stilling til det nærmere innhold i den aktuelle folkerettslige regel – også hvor løsningen er usikker – basert på etablerte, folkerettslige tolkningsprinsipper. Det er ikke forenlig med folkerettsreservasjonens formål å sensurere den folkerettslige regelen gjennom å stille særegne krav til presisjon eller klarhet.”³⁵

³⁴ Rt 1994 s 610 s616

³⁵ NOU 2001:32A s 181

Denne uttalelsen taler mot at klarhetskravet kan opprettholdes for andre konvensjoner, som ikke har lovbestemmelser om forrang for norsk lov. Dette vil ikke være i samsvar med formålet til tvisteloven § 1-2, om å sikre at reglene i loven er i samsvar med folkerettslige regler. Folkerettslige regler er ofte vage i sin ordlyd, og lite presise i sitt innhold. Dersom klarhetskravet opprettholdes for disse konvensjonene, vil det i realiteten bety at mye av folkeretten blir uanvendelig i norsk rett. Dette samsvarer dårlig med Norges forpliktelse til å oppfylle folkerettslig bindende sedvane og traktater, og formålet med bestemmelser som inkorporerer folkeretten i deler av norsk rett. Det finnes allikevel ingen sikre holdepunkter for å si at klarhetskravet er borte, også for disse konvensjonenes del.

Det vil virke lite rimelig å opprettholde klarhetskravet på sektormonistiske områder, da sektormonismen er ment å gi folkeretten virkning i norsk rett, uten særskilt gjennomføringsakt. Dersom klarhetskravet opprettholdes på dette området, kan det tenkes mange tilfeller der det blir nødvendig med særskilt gjennomføringsakt, fordi folkeretten er for uklar i sitt innhold.

Domstolloven har ingen bestemmelse om sektormonisme. Da både tvisteloven og straffeprosessloven har bestemmelser som regulerer forholdet til folkeretten, hvorfor finnes det ingen slik bestemmelse i domstolloven?

Selv om spørsmålet kan synes å ligge noe utenfor oppgavens tema, finner jeg det hensiktsmessig å si noe kort om dette. Jeg mener det illustrerer et poeng om at bruken av sektormonistiske bestemmelser ikke er systematisk gjennomført i norsk rett, og at bruken kan synes noe tilfeldig. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 6.6. Grunnen til at jeg velger å behandle temaet i dette kapitlet, er fordi jeg mener spørsmålet har relevans i forhold til klarhetskravet fra Bølgepappkjennelsen.

Domstollovens regler er supplement til straffeprosessloven og tvisteloven, med regler om bl.a. rettens sammensetning, habilitet, rettens domsmyndighet. Straffeprosessloven av 1981 bygger i ganske stor utstrekning på loven av 1887.³⁶ Tvistemålsloven var fra 1915, før den nye tvisteloven kom i 2005. Domstolloven er fra 1915. Da disse lovene ble laget hadde ingen av dem bestemmelser om sektormonisme. De kom inn på senere tidspunkt i

³⁶ Hov, Rettergang I, 2007 s 47

straffeprosessloven og tvistemålsloven jf kapittel 6 om lovenes historie. Da domstolloven ikke har et selvstendig virkeområde uten straffeprosessloven og tvisteloven, hvorfor har da ikke domstolloven fått en bestemmelse om sektormonisme? Det finnes eksempler på at folkeretten vil ha betydning for reglene i domstolloven. Jeg vil gjennomgå noen her.

Før 1990 ble det ansett som sikker rett, at selv om en dommer hadde avsagt kjennelse om varetektsfengsling, var han ikke inhabil til å pådømme straffesaken. Det skjedde imidlertid en endring i løpet av 1990-årene.

Rt 1996 s 261 og Rt 1996 s 925 er eksempler på at praksis etter domstolloven § 108, om habilitet, ble lagt om etter utvikling av rettspraksis i EMD. I dom fra EMD av 24. mai 1989, i saken Hauschildt mot Danmark, ble en dommer som gjentatte ganger hadde avsagt kjennelse om varetektsfengsling på grunnlag av den bestemmelse i den danske retsplejelov, som tilsvarer strprl § 172, ansett inhabil til å pådømme hovedforhandlingen.

I Rt 1996 s 925 uttaler retten at: ” Høyesterett har i kjennelsen i Rt 1996 s 261 trukket opp generelle retningslinjer - som etter mitt syn er minst like strenge som det som kreves etter EMK - for praktiseringen av domstolloven § 108.”³⁷

Høyesterett har lagt om praksis slik at dersom det ikke foreligger tilståelse, anses en dommer som har avsagt kjennelse om varetektsfengsling på grunnlag av strprl § 172, inhabil til å delta ved behandlingen av straffesaken, selv om det bare foreligger en enkelt fengslingskjennelse jf Rt 1996 s 261.

I sikringssaker har Høyesterett lagt til grunn at om en dommer har avsagt kjennelse om varetektsfengsling pga fare for gjentagelse av straffbare handlinger etter strprl § 171 nr 3, er han inhabil til å pådømme en sak om sikring, fordi dommeren ved behandlingen av saken om varetektsfengsling har tatt stilling til et sentralt sikringsvilkår, som fare for gjentakelse av alvorlige straffbare handlinger jf Rt 1990 s 379.

Endringen i praksis har Høyesterett gjennomført på grunnlag av en tolkning av EMK art 6 nr 1, om rettferdig rettergang for en upartisk og uavhengig domstol. Høyesterett påpeker at prinsippene i Hauschildtdommen ikke er gjennomført med lovtiltak i Norge.³⁸

³⁷ Rt 1996 s 925 s 929

³⁸ Rt 1996 s 261 s 266

Allikevel endrer Høyesterett en praksis som ble ansett som sikker rett, med grunnlag i en forholdsvis vag, ikke-inkorporert folkerettsregel.

Det kan ikke være meningen å innskrenke folkerettens anvendelsesområde, ved å stille særskilte krav til klarhet på sektormonistiske områder, når klarhetskravet er avviklet på andre områder i norsk rett. Særlig når vage, ikke-inkorporerte folkerettslige regler danner grunnlaget for endring i praksis som regnes som sikker norsk rett, på et område uten sektormonisme.

Det kan stilles spørsmål ved om unnlatsen av å innføre sektormonisme på domstollovens område er et bevisst valg eller om det i det hele tatt har vært vurdert.

5 Tolkingsprinsipper.

5.1 Innledning.

Før jeg går videre for å si noe om de ulike rettskildene knyttet til strprl § 4 og tvl § 1-2, finner jeg det hensiktsmessig å behandle de tolkningsprinsipper som er av særlig interesse for problemstillingen, i et eget kapittel.

5.2 Presumsjonsprinsippet.

Presumsjonsprinsippet inneholder en forutsetning om at norsk rett er i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser.³⁹ Det er et tolkningsprinsipp, som går ut på at domstolene skal søke å tolke nasjonal rett slik at den er i samsvar med folkeretten. Dette har betydning i to nært beslektede situasjoner som proposisjonen til EØS-loven redegjør for:⁴⁰

For det første har prinsippet betydning når to internrettslige rettsregler regulerer samme forhold forskjellig. Dersom retten står i den situasjon at de må velge ett av de to

³⁹ Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 2006 s 64

⁴⁰ Ot.prp.nr.79(1991-1992) s 3.

alternativene, skal de altså gjennom bruk av presumsjonsprinsippet, velge den regelen som best samsvarer med folkeretten.

For det annet medfører prinsippet at norske domstoler etter omstendighetene vil kunne legge avgjørende vekt på folkerettslige regler i en konkret sak, selv om de ikke står overfor valget mellom flere internrettslige regler.

Dette betyr i praksis at retten kan bøte på det forhold, at en folkerettslig regel er uteglemt eller feil gjennomført i norsk rett, som Utenriksdepartementet også påpeker i proposisjonen til EØS-loven.⁴¹ Rettspraksis har vist at dette ikke alltid vil være tilfellet.

I Rt 2000 s 1811, Finganger I, ble det etter uttalelse fra EFTA-domstolen lagt til grunn at en ordning med erstatningsbortfall, lik den som var etablert i bilansvarsloven § 7, var uforenelig med EØS-retten. Høyesterett la likevel til grunn at bilansvarsloven § 7 måtte følges, da det var en lovgiversak å bringe loven i overensstemmelse med EØS-retten. Dommen ble avsagt i plenum med dissens 8-7.

Presumsjonsprinsippet ble ikke avgjørende i denne saken, pga sakens rettsområde. Høyesterett sier at: ”Det er i denne vurderingen også av vesentlig betydning at § 7 tredje ledd bokstav b regulerer rettsforholdet mellom private parter, hvor presumsjonsprinsippet som tidligere nevnt ikke har den samme gjennomslagskraft, som for eksempel i et tilfelle der folkerettslige forpliktelser gir den enkelte borger vern mot inngrep fra det offentlige.”⁴² Presumsjonsprinsippet ble i denne saken dermed modifisert, med hensyn til hvilket rettsområde det gjelder.

Presumsjonsprinsippet er et prinsipp om, at norske domstoler må forventes å utnytte alle de muligheter, som anerkjente prinsipper for tolking og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat.⁴³ Men gjennomslagskraften av dette prinsippet, vil være avhengig av karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser, og av hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til.⁴⁴

⁴¹ Ot.prp.nr.79(1991-1992) s 3

⁴² Rt 2000 1811 s 1832

⁴³ Ot.prp.nr.79(1991-1992) s 4

⁴⁴ Rt 2000 s 1811 s 1829

Hvordan kan presumsjonsprinsippet slå ut når det gjelder folkerettsregler, som kan supplere norsk prosessrettslige regler?

I de tilfellene oppgaven konsentrerer seg om, vil det ikke foreligge motstrid mellom norsk rett og folkeretten, men det vil være et område folkeretten har bestemmelser som norsk rett mangler, helt eller delvis.

Norske domstoler skal i følge presumsjonsprinsippet forutsette at norsk rett er i samsvar med folkeretten, og deretter unngå tolkningsresultater som fører til et folkerettsstridig resultat. Vil presumsjonsprinsippet kunne være et argument for at norske domstoler bør anvende folkerettsregler på områder der de supplerer norsk rett, slik at norsk rett i så stor grad som det er mulig samsvarer med folkeretten?

Presumsjonsprinsippet er som sagt i kapittel 3, en ulovfestet modifikasjon av hovedregelen om norsk retts forrang, for å sikre at Norge oppfyller sine folkerettslige forpliktelser så langt det er mulig. Formålet med sektormonisme er jo nettopp å sikre, at norsk rett på disse områdene er i samsvar med folkeretten. Her har lovgiver gitt et unntak fra hovedregelen om norsk retts forrang i lov.

Min tanke er at dersom domstolene gjennom bruk av presumsjonsprinsippet i større grad kan anvende folkeretten, enn på områder i norsk rett med sektormonisme, synes dette som en noe underlig ordning.

5.3 Legalitetsprinsippet som rettskildeprinsipp for folkerettsanvendelsen.

En bestemmelse om sektormonisme gjør, som tidligere nevnt, at lovens øvrige regler ikke kan anvendes i strid med konvensjonen, men medfører ikke at konvensjonen utgjør en selvstendig hjemmel, der legalitetsprinsippet etter norsk rett gjør det påkrevd med lovhjemmel.

Legalitetsprinsippet kan formuleres som et krav om at myndighetsutøvelse som representerer et inngrep i privates rettsstilling, krever hjemmel i lov. Dette prinsippet kan sies å ha blitt modifisert, da en slik myndighetsutøvelse kan utøves i medhold av andre rettsgrunnlag, som samtykke, avtalekompetanse, nødrett, eierrådighet, instruksjonsmyndighet og sedvane.⁴⁵ Legalitetsprinsippet kan dermed formuleres slik at

⁴⁵ Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett, 2006, s 327

ethvert inngrep i private rettssubjekters rettsstilling er betinget av at det foreligger en slik kompetanse. Prinsippet er i første rekke begrunnet i forutberegnelighet, da private ikke skal utsettes for inngrep fra staten som de ikke kan forutse. I noen tilfeller kan inngrepets art begrense de øvrige kompetansegrunnlagenes gyldighet, og det er dermed nødvendig med hjemmel i formell lov. Inngrepets art kan også tale imot en utvidende tolkning eller analogisk anvendelse av lov. Dette er særlig aktuelt på strafferettens område. Dette er i juridisk teori kalt det relative legalitetsprinsipp, blant annet av Graver i Alminnelig forvaltningsrett.⁴⁶

I Fjordlaksdommen, Rt 1995 s 530, gjaldt saken gyldigheten av et vedtak om avgift truffet av Fiskeoppdretternes Salgslag AS. Saken gjaldt spørsmålet om Fiskeoppdretternes Salgslag AS gyldig kunne treffe vedtak, om å trekke kr 5 pr kilo ved førstehåndsomsetningen av fersk laks, til finansiering av en fryseordning for laks for å opprettholde balansen mellom tilbud og etterspørsel i markedet. Førstvoterende uttalte at: ”Kravet til lovhjemmelen må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes.”⁴⁷

Man kan dermed si at alle myndighetshandlinger krever hjemmel, og at hjemmelens art avhenger av inngrepets karakter og styrke. Etter gjeldende rett er det ikke lenger bare en norm med formell lovs trinnhøyde, som er relevant argument ved inngrep overfor et individ. Dette kan i følge Eckhoff få konsekvenser også for folkerettens stilling, som intern rettskildedefaktor.⁴⁸ I noen tilfeller kan folkeretten være tilstrekkelig hjemmel for inngrep, og i legalitetsprinsippets ytterkant bør man stille mindre krav til hjemmelen. Er inngrepet mindre alvorlig kan man ikke utelukke at folkeretten kan anses som tilstrekkelig hjemmel.⁴⁹

I forhold til områder i norsk rett med bestemmelser om sektormonisme, kan dette bety at på områder som ikke ligger i kjernen av legalitetsprinsippet, kan folkerettslige

⁴⁶ Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 2007, s 77

⁴⁷ Rt 1995 s 530 s 537

⁴⁸ Eckhoff, Rettskildelære, 2007 s315

⁴⁹ Eckhoff, Rettskildelære, 2007 s315

bestemmelser gi hjemmel for inngrep overfor borgerne. Dette kan forstås dit hen at det relative legalitetsprinsipp ikke står i veien, for at folkerettslige bestemmelser kan supplere norsk rett på områder, der norsk rett ikke har bestemmelser som regulerer området.

Vurderingen av legalitetsprinsippets grenser vil bero på en sammensatt vurdering, som bygger på de vanlige tolkningsprinsippene, der reelle hensyn vil kunne veie tungt. Graden av inngrep overfor en borger, og hensyn som taler for at forvaltningen skal kunne gjennomføre sine oppgaver, er eksempler på reelle hensyn som kan veies opp mot hverandre.⁵⁰ Tolkningen må skje på bakgrunn av en samlet vurdering av de hensyn som gjør seg gjeldende. Som Graver sier, kan det være mer treffende å si at legalitetsprinsippet kommer inn som et moment ved tolkningen.⁵¹

Legalitetsprinsippet vil dermed ikke i alle tilfeller sette grenser for bruk av folkeretten som supplement til norske prosesslover. Dette vil også gjelde i tilfeller der folkerettslige bestemmelsene gir hjemmel for inngrep overfor individer, men det går en grense avhengig av hvor alvorlig og inngripende inngrepet er. Hvor denne grensen går, er det vanskelig å si noe om, og det ligger utenfor oppgavens tema. Poenget er at legalitetsprinsippet ikke setter en absolutt skranke, for bruk av supplerende folkerettslige bestemmelser på prosessrettens område, selv der folkeretten hjemler inngrep overfor borgerne.

5.4 Effektivitetsprinsippet ved tolkning av folkerettskilder.

Folkeretten kan også få betydning i norsk rett ved at en velger et tolkningsresultat som tar sikte på å effektivisere folkeretten. Dette innebærer at en tolker norsk rett ut fra behovet for å styrke folkeretten, selv om det ikke stilles noen folkerettslige krav til gjennomføringsmåte i norsk rett.⁵²

Effektivitetsprinsippet har blitt benyttet når en har tolket norske rettsregler og kommet til et resultat, som nærmest innebærer en tilsidesettelse av interne norske regler, eller et resultat som ikke var det mest nærliggende.⁵³ Folkeretten stiller f. eks vanligvis

⁵⁰ Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 2007, s 77

⁵¹ Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 2007, s 77

⁵² NOU 1993:18 s 36

⁵³ Ruud og Ulfstein, Innføring i folkerett, 2006 s 55

ikke noe krav til straffeutmålingen. Dersom straffen skjerpes under henvisning til at et forbud er vedtatt pga av en konvensjon, kunne dette bidra til en mer effektiv folkerett.

Klingesaken, Rt 1946 s 198, kan anføres som eksempel på effektivisering av folkeretten. Dette var en straffesak der spørsmålet var om en provisorisk anordning som ga hjemmel for dødsstraff stred mot forbudet i grunnloven § 97 om tilbakevirkende lover. Høyesterett kom til det resultat at det ikke var tale om grunnlovsstridig tilbakevirkning fordi handlingene som tiltalte hadde begått var forbudte etter folkeretten, og folkeretten var ikke til hinder for å ilegge dødsstraff i dette tilfellet.

Rt 1992 s 346, Bern-konvensjonen I, gjaldt to jerver som ulovlig var tatt med åtesaks i Lesjafjellet. Førstvoterende uttalte:

”Norge har ved Bern-konvensjonen av 1979 påtatt seg internasjonale forpliktelser med hensyn til å bevare artene i vår fauna, med særlig vekt på truende og sårbare arter, og treffe de nødvendige lovgivnings- og administrative tiltak med sikte på dette. Jeg er derfor uten videre enig med påtalemyndigheten i at det må reageres med bestemthet overfor forsettelig brudd på viltfredningsbestemmelsene, som denne sak gjelder.”⁵⁴

Resultatet i saken ble det som best fremmet innholdet i Bern-konvensjonen. Viltloven § 1, lov av 29. mai 1981 nr 38, er en formålsbestemmelse, som i stor grad må sies å bygge på prinsippet om bærekraftig utvikling.⁵⁵ Den lyder: ” Viltet og viltets leveområder skal forvaltes i samsvar med naturmangfoldloven og slik at naturens produktivitet og artsrikdom bevares. Innenfor denne ramme kan viltproduksjonen høstes til gode for landbruksnæring og friluftsliv.”

Denne bestemmelsen er generell i sin ordlyd, og gir liten veiledning i forhold til hvordan dette formålet best fremmes. Bern-konvensjonen er bindende for Norge, men innholdet i konvensjonen kan sies å være noe skjønnsmessig. En forpliktelse til ”å bevare artene i vår fauna” kan slå ut ulikt i ulike saker, og retten vil, som i alle andre saker, kunne vektlegge andre reelle hensyn tyngre. Høyesterett bruker i denne saken konvensjonen som et avgjørende argument for den løsning de kommer til.

⁵⁴ Rt 1992 s 346 s 347-348.

⁵⁵ Ot.prp.nr.9(1980-1981) s 45

Arisan-saken, Rt 1992 s 1578, kan også ses på som et eksempel på at effektivitetsprinsippet ble brukt ved tolkning av folkerettskilder. Her ble en konvensjon som ikke var trådt i kraft og ikke var ratifisert av Norge, tillagt vekt ved avgjørelsen av om ubetinget fengsel skulle anvendes. Saken gjaldt en 45-årig, utenlandsk skipsfører, som ble idømt ubetinget fengsel i 30 dager og en ubetinget bot på kr. 30.000,- for overtredelse av forurensningsloven av 13. mars 1981 nr. 6. Retten kom med uttalelser om FN's havrettskonvensjon av 10. desember 1982, artikkel 230, som da ennå ikke var ratifisert av Norge.

Havrettskonvensjonens forbud mot bruk av fengsel er fastsatt av hensyn til skipfartens frihet, og innebærer at miljøovertredelser ikke kan straffes med den strengeste straffeform.

Retten uttaler at:

”Konvensjonen er undertegnet, men ikke ratifisert av Norge. Norge er således ikke bundet av konvensjonen. Utenriksdepartementet har i uttalelse 24. januar 1992 gitt uttrykk for at det ikke synes å være grunnlag for å hevde at artikkel 230 må anses som uttrykk for gjeldende folkerett. Jeg er enig i det. All den stund mer enn femti stater har ratifisert konvensjonen, og det ikke er anført at den norske stat har innvendinger mot artikkel 230, antar jeg likevel at denne bestemmelsen bør anerkjennes som et vesentlig moment ved straffeutmålingen etter forurensningsloven § 78.”⁵⁶

Folkerett som ikke var bindende for Norge ble anerkjent som et ”vesentlig moment” ved straffeutmålingen. Dette kom Høyesterett til ut fra en fri vurdering.

Folkeretten innebærer vanligvis bare plikter for statene og ikke for private. Det kan imidlertid tenkes at folkeretten kan anvendes som tolkningsmoment ved privatrettslige konflikter, slik som anvendelse av føre-var prinsippet ved erstatning for miljøskade, eller henvisning til prinsippet om bærekraftig utvikling ved bedømmelse av grunneiers forvaltningsansvar. I den grad folkeretten tillegges vekt i slike tilfeller, kan også dette ses under synsvinkelen effektivisering av folkeretten.⁵⁷

⁵⁶ Rt 1992 s 1578 s 1581

⁵⁷ Ulfstein, 1999 s 414-415

I disse tilfellene var det ikke tale om motstrid mellom norsk rett og folkeretten, men en har valgt å tolke norske rettsregler på en måte som fremmer folkerettslige regler.

Mitt spørsmål blir om dette er noe annet enn å bruke folkeretten som supplement i norsk rett? Eller er det samme sak, med et annet navn?

Realiteten er at Høyesterett bruker folkeretten som et vesentlig moment i sine avgjørelser, uten at folkeretten er bindende for Norge. Tolkningsprinsipper som effektivitetsprinsippet gir domstolene forholdsvis stor handlefrihet, ved bruken av folkerett i sine avgjørelser, på en lang rekke områder i norsk rett. Slik jeg ser det, er dette å bruke folkerett som supplement i norsk rett, som en del av argumentasjonen for et resultat. Når dette kan gjøres i tilfeller der folkeretten ikke er bindende for Norge, mener jeg det er et argument for at det også må være mulig å bruke folkeretten, som supplement på områder i norsk rett, der folkeretten er gitt virkning i norsk rett gjennom bestemmelser om sektormonisme.

Dersom domstolene kan bruke ikke-bindende folkerett, i større grad enn bindende folkerett i sine avgjørelser, er det en lite rimelig løsning. Jeg vil anta at en slik løsning ikke har vært tilsiktet av lovgiver.

5.5 Utvidende tolkning og analogisk tolkning.

Et argument for å kunne anvende folkerettslige bestemmelser som supplement i norsk rett der det ikke strider mot norsk rett, kan være å anse disse bestemmelsene som utvidende tolkning av bestemmelser i norsk lov eller ved bruk av analogi. Om det er nødvendig ved siden av presumsjonsprinsippet, formålsrettet tolkning og effektivitetsprinsippet er et annet spørsmål. Jeg velger allikevel å ta med noe kort om utvidende og analogisk tolkning her.

Eckhoff skriver i sin bok om rettskildelære, at det å tolke en bestemmelse utvidende eller anvende den analogisk, betyr at en anvender en bestemmelse på forhold som den ikke dekkes av.⁵⁸

I følge Eckhoff må de begrunnelser som kan anføres for å tolke en bestemmelse utvidende eller analogisk, naturligvis ha en viss tilknytning til bestemmelsen – ellers vil man ikke si at det er den man tolker utvidende eller bruker analogisk. Men alle slags

⁵⁸ Eckhoff, Rettskildelære, 2007, s 124

tolkningsmomenter med tilknytning til bestemmelsen kan ha betydning. Det kan f. eks være sagt i forarbeidene at bestemmelsen bør kunne anvendes på andre forhold enn dem som dekkes av ordlyden. Eller det kan være at bestemmelsens formål tilsier en utvidet anvendelse.⁵⁹

Slutninger som har sitt grunnlag i at det er likhet mellom tilfellene, kalles ofte analogislutninger. De kan inngå som et ledd i begrunnelsen både når det resultat man kommer til karakteriseres som en utvidende tolkning, og når det kalles en analogisk anvendelse av bestemmelsen.⁶⁰

Dersom man på prosessrettens område har en folkerettslig bestemmelse, som omfatter tilfeller som norsk rett ikke har regulert, kan det da sies at det finnes holdepunkter for hvordan tilfellet skal løses? Formålet med bestemmelsene om sektormonisme tilsier nettopp at disse tilfellene bør løses etter folkerettens bestemmelse, slik at norsk rett i størst mulig grad er i samsvar med folkeretten.

Effektivitetsprinsippet ved tolkning av folkerettslige kilder kan også tilsi en slik løsning, og legalitetsprinsippet setter ikke et absolutt skranke for bruken av folkeretten, som supplement, som nevnt i kapittel 5.3.

5.6 Formålsrettet tolkning.

Eckhoff skriver at lovens, eller den enkelte bestemmelses formål, ofte tillegges betydning for tolkningen. Hva formålet er, fremgår ofte av lovteksten og/eller forarbeidene.⁶¹ Det opereres også med formål som ikke har spesiell tilknytning til bestemte lover. Dels kan det dreie seg om generelle rettsformål, og dels knyttes formålsbetraktninger til bestemte typer av rettslige virkemidler.

Som nevnt i kapittel 3, har uniforme lover det spesielle formål å skape rettsenhet, og å skape ensartede regler på vedkommende felt i de forskjellige land.⁶² Som Eckhoff påpeker er det å søke å realisere lovens formål her, som ellers, et viktig tolkningsmoment.

⁵⁹ Eckhoff, Rettskildelære, 2007, s 125

⁶⁰ Eckhoff, Rettskildelære, 2007, s 125

⁶¹ Eckhoff, Rettskildelære, 2007, s 101.

⁶² Eckhoff, Rettskildelære, 2007, s 290

Det er allikevel ikke et avgjørende argument, da det kan være mothensyn som taler mot denne løsningen.

I internasjonal miljørett finnes eksempler på folkerettslig bindende prinsipper, som det i norsk rett har blitt henvisning til i formålsbestemmelser. Prinsippet om bærekraftig utvikling og føre-var prinsippet, har gått fra å være politiske forpliktelser til å oppnå status som folkerettslig sedvanerett. Dette gjennom praksis fra Den internasjonale domstol i Haag i Atomvåpen-saken fra 1996, og Donau-saken fra 1997. Disse prinsippene vil dermed være relevante tolkningsmomenter på områder i norsk rett, også hvor det er innført sektormonisme.

Lover med formålsbestemmelser som refererer til internasjonale prinsipper er f.eks. forurensningsloven av 13. mars 1981 nr 6 § 1 annet ledd og viltloven av 29. mai 1981 nr 38 § 1. Disse bestemmelsene gir anvisning på folkerettslige prinsipper, som er relevante ved tolkningen av lovene.

Det er allikevel usikkert hvilket innhold disse miljøprinsippene har. Det har vært vanskelig å bestemme hvilke miljøprinsipper som har oppnådd status som folkerettslig sedvanerett, og de sedvanerettslige regler har vært preget av å være vage.

Folkeretten innebærer vanligvis plikter for statene og ikke for private. Det kan allikevel tenkes tilfeller der folkeretten kan anvendes som tolkningsmoment ved privatrettslige konflikter, slik som anvendelse av føre-var prinsippet ved erstatning for miljøskade, eller henvisning til prinsippet om bærekraftig utvikling ved bedømmelse av grunneiers forvaltningsansvar.⁶³

Det finnes flere lover med formålsbestemmelser som refererer til internasjonale prinsipper, som også har bestemmelse om sektormonisme. Lov om laksefisk og innlandsfisk av 15. mai 1992 nr 32 og forurensningsloven av 13. mars 1981 nr 6 er eksempler på det. Lov om laksefisk og innlandsfisk § 1 lyder:

”Lovens formål er å sikre at naturlige bestander av anadrome laksefisk, 1 innlandsfisk 2 og deres leveområder samt andre ferskvannsorganismer forvaltes i samsvar med naturmangfoldloven 3 og

⁶³ Ulfstein, 1999, s 415

slik at naturens mangfold og produktivitet bevares. Innenfor disse rammer skal loven gi grunnlag for utvikling av bestandene med sikte på økt avkastning, til beste for rettighetshavere og fritidsfiskere.”

Hva er forskjellen mellom lover med formålsbestemmelser som gir anvisning på folkerettslige prinsipper som er relevante ved tolkning av lovene, og bestemmelser om sektormonisme? Vil folkeretten ha større gjennomslag Der lover har både slike formålsbestemmelser og bestemmelse om sektormonisme? Det kan være resultatet dersom rettsområder med sektormonisme kun begrenses av folkeretten, og ikke suppleres.

Internasjonal miljørett er et forholdsvis nytt rettsfelt som er i stadig utvikling. Det kan antas at rettspraksis på området vil bli større, og at miljøprinsipper i større grad vil bli påberopt i norsk rett. Det vil trolig dukke opp problemstillinger der folkerettslige bestemmelser vil ha potensialet til å supplere norsk rett, da miljørettslige spørsmål er forholdsvis nye og utviklingen internasjonalt skjer raskt. Nasjonal gjennomføring på rettsområdet vil, som på menneskerettighetsområdet, være en forutsetning for at reglene skal oppfylle sitt formål.

Det at flere norske lover har formålsbestemmelser som viser til internasjonale miljørettslige prinsipper, sammen med bestemmelser om sektormonisme, vil tilsi at domstolene i stor grad har anledning til å bruke miljøretten som relevant rettskilde i norsk rett. Om dette gjøres ved å kalle momentet for reelle hensyn, gjennom effektivitetsprinsippet ved tolkning av folkerettskilder eller gjennom formålsrettet tolkning, vil gjenstå å se. Eventuelt om domstolene velger å bruke folkeretten som supplement til norsk lov, ved å si det direkte.

6 Lovtekstene og forarbeidene.

6.1 Innledning.

Det finnes flere bestemmelser om sektormonisme i norsk rett og mange av de har samme, eller tilnærmet samme ordlyd. Jeg ser det derfor som hensiktsmessig å si noe kort om det som er felles for disse bestemmelsene, før jeg går videre for å se på de enkelte paragrafene.

For å få best mulig flyt i oppgaven og for å unngå gjentakelser, velger jeg å behandle lovteksten og forarbeidene til den enkelte bestemmelse i samme underpunkt. Da lovteksten i de fleste tilfeller gir liten veiledning, gir dette oppsettet en bedre oversikt.

Straffeloven fra 1902 har den eldste bestemmelse om sektormonisme som jeg har funnet. Jeg velger derfor å starte med en gjennomgang av straffelovens bestemmelser om sektormonisme.

6.2 Straffeloven

6.2.1 Straffeloven 1902 § 14

Straffeloven 22. mai 1902 § 14 hadde denne ordlyd i 1902, før den ble endret ved lov av 19. juli 1996 nr. 57: ”Anvendelsen af ovenstaande regler begrænses ved de i folkeretten anerkjendte undtagelser.”

Den fastslo at bestemmelsene i kapitlet om norsk strafferetts virkekrets, begrenses ved anerkjente unntak i folkeretten.

I forbindelse med vedtagelsen av den nye straffelovens § 1 annet ledd i 1996, om straffelovens forhold til folkeretten, refereres det i proposisjonen til et høringsnotat ang strl. § 14 fra 1902:

”Generelle bestemmelser om forholdet mellom straffeloven og folkeretten finnes riktignok allerede også i straffeloven § 12 første ledd innledende passus (”For så vidt ikke annet er... vedtatt i overenskomst med fremmed stat...”) og § 14. Disse bestemmelsene tar etter vanlig oppfatning bare sikte på straffelovgivningens virkeområde. Det fremgår av motivene til § 14 at det i første rekke er

de forskjellige immunitetsreglene som danner bakgrunn for bestemmelsen, jf Udkast til Motiver til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge (avgitt 1896) s 20.”⁶⁴

I proposisjonen fra 1898, der de enkelte bestemmelser kommenteres, er den generelle utformingen av § 14, fra 1902, begrunnet med vanskelighetene med å oppregne alle relevante folkerettslige unntagelser i loven. Det vises også til at det aldri har vært forsøkt i noen annen lov å formenes, at det er tilstrekkelig å uttale regelen i sin alminnelighet, slik det er gjort i de fleste fremmede lover.⁶⁵ Det står ikke noe om hvilke fremmede lover det siktes til. Det står svært lite generelt om bestemmelsen, det er i stedet viet stor plass til temaet om utlevering av forbrytere.

6.2.2 Straffeloven 1902 § 1 annet ledd

Straffeloven, Lov av 22. mai 1902 nr 10, § 1 annet ledd lyder som følger:

”Straffelovgivningen gjelder med de begrensningene som følger av overenskomst med fremmed stat eller av folkeretten for øvrig.”

Bestemmelsen kom inn ved endringslov av 19 juli 1996 nr. 57, og trådte i kraft 24. juli 1996. Strl § 14 fra 1902 ble ikke videreført i strl § 1 annet ledd fra 1996.

I proposisjonen om lov om tillegg til rettergangslovgivningen når det gjelder folkerettslig immunitet, siteres følgende uttalelse fra høringsnotatet, der valget mellom ulike lovtekniske muligheter redegjøres for. Der står det om strl. § 14 og § 12 fra 1902 at: ”Fordi dagens bestemmelser nok må betraktes som forholdsvis uoversiktlige og kompliserte, vil en slik folkerettsreservasjon dessuten ha den fordel at den vil være enklere å forholde seg til for de som arbeider med strafferetten i praksis.”⁶⁶ Det vises her til en generell folkerettsreservasjon. Det ble lagt til grunn at en helt generell folkerettsreservasjon ville være den beste løsningen.

I forarbeidene står det videre om § 1 fra 1996:

⁶⁴ Ot.prp.nr.42(1995-1996) s 8

⁶⁵ Oth.prp.nr.24(1898-1899) s 20

⁶⁶ Ot.prp.nr.42(1995-1996) s 8

”Det er derfor grunn til å fremheve at meningen er at folkerettslige begrensninger i norsk straffekompetanse bare i unntakstilfeller bør gjennomføres ved en slik generell folkerettsreservasjon som foreslått i høringsnotatet. Det må i det enkelte tilfellet vurderes konkret om den folkerettslige forpliktelsen kan gjennomføres på en betryggende måte ved den generelle folkerettsreservasjonen, eller om en annen gjennomføringsmetode vil være å foretrekke.

Departementet mener at det er behov for en generell folkerettsreservasjon i straffelovgivningen. En slik bestemmelse vil få anvendelse først og fremst i tilfeller der den folkerettslige begrensningen må antas å ha liten betydning i praksis, noe som kan være tilfellet f. eks med kasuistiske bestemmelser i en konvensjon. En slik bestemmelse vil dessuten kunne fange opp tilfeller der en konvensjonsforpliktelse er blitt oversett i forbindelse med gjennomføringen i norsk rett.”⁶⁷

Det fremgår at den generelle folkerettsreservasjonen i straffeloven § 1, er ment å ha liten praktisk betydning. Den vil kunne fungere som en sikkerhetsventil ved forglemmelse ved gjennomføring av folkeretten i norsk strafferett.

Videre skriver departementet i proposisjonen: ” Bestemmelsen vil få betydning der det er motstrid mellom en folkerettslig regel og en bestemmelse i straffelovgivningen, og vil derfor få selvstendig betydning ved siden av det alminnelige presumsjonsprinsippet.”⁶⁸

Det er i motstridstilfellene bestemmelsen er ment å ha sin praktiske betydning. Det finnes så langt jeg kan se ingen uttalelser om de tilfeller der folkeretten kan tenkes å ha supplerende bestemmelser på strafferettens område.

Strafferetten er legalitetsprinsippets kjerneområde, og folkerettslige regler om straffebud og straffeutmåling, vil ikke kunne anvendes når det setter lovovertreder i en dårligere stilling enn det som følger av norsk rett. Ordlyden i strl. § 1 er som i de andre bestemmelsene at folkeretten begrenser norsk rett. Departementet skriver: ”Bestemmelsen fastsetter bare at straffelovgivningen skal gjelde med de begrensningene som følger av overenskomst med fremmed stat eller av folkeretten for øvrig. Den vil derfor ikke kunne anvendes i en lovovertrederes disfavør.”⁶⁹

⁶⁷ Ot.prp.nr.42(1995-1996) s 9

⁶⁸ Ot.prp.nr.42(1995-1996) s 12

⁶⁹ Ot.prp.nr.42(1995-1996) s 12

Det finnes ingen uttalelser i forarbeidene til straffelovens § 1 om folkeretten som supplement, som kan gi oss veiledning utover det som står i forarbeidene til strprl. § 4 og tvl. § 1-2.

6.2.3 Straffeloven 2005 § 2.

Straffeloven av 20. mai 2005 nr 28, har i § 2 en bestemmelse om forholdet til folkeretten. Den lyder som følger: ”Straffelovgivningen gjelder med de begrensninger som følger av overenskomster med fremmede stater eller av folkeretten for øvrig.” Loven har ennå ikke trådt i kraft. Bestemmelsen tilsvarer dagens strl § 1 annet ledd fra 1996.⁷⁰

I lovens proposisjon står det følgende om bestemmelsen:

”Bestemmelsen knesetter at straffelovgivningen gjelder med de begrensninger som følger av Norges folkerettslige forpliktelser, enten forpliktelsene er nedfelt i en konvensjon som Norge er bundet av eller følger av folkerettslig sedvane. Den er først og fremst en sikkerhetsventil. Det er departementets forutsetning at konvensjonsforpliktelser som innebærer praktiske begrensninger i anvendelser av norsk straffelovgivning, skal innarbeides i de aktuelle straffebestemmelser, jf punkt 13.3 foran.

§ 2 kan bare gjøre begrensninger i allerede gjeldende straffebestemmelser, dvs. innskrenkninger i lovbryterens favør, jf « med de begrensninger ». I den grad konvensjonsforpliktelser eller folkeretten for øvrig forplikter Norge til nykriminalisering eller oppkriminalisering, krever Grunnloven § 96 at dette gjennomføres ved endring av straffelovgivningen.”⁷¹

Det finnes ingen uttalelser om tilfeller der folkeretten vil supplere straffeloven, bare begrense.

6.3 Straffeprosessloven § 4

Straffeprosessloven av 22. mai 1981 nr 25 § 4 lyder: ”Lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat.” Bestemmelsen er enslydende den tidligere straffeprosessloven § 5 av 1887, som kom

⁷⁰ Ot.prp.nr.90(2003-2004) s 397

⁷¹ Ot.prp.nr.90(2003-2004) s 397-398

inn ved endringslov av 13. april 1962.⁷² Foranledningen var den gang norsk ratifikasjon av de fire Genève konvensjoner 29. april 1958, om immunitetsregler og havets folkerett.

I følge Andenæs, tar strprl § 4 for det første sikte på de regler som følger direkte av folkeretten, for eksempel om immunitet for fremmede lands statsoverhoder og diplomater. For det annet tar bestemmelsen sikte på traktater som Norge har inngått.⁷³ Ordlyden i bestemmelsen er helt generell. Ved vedtagelsen av strprl. §5 av 1887, ble det lagt vesentlig vekt på den fleksibilitet den generelle bestemmelsen ville gi. I forarbeidene skriver Justisdepartementet om de ulike lovtekniske mulighetene at:

”En annen mulig løsning er å skaffe heimel for den straffeprosessuelle immunitet ved tilføyning i straffeprosessloven og for den sivile immunitet ved tilføyning i tvangsfullbyrdingsloven. Dette alternativ måtte helst formes som et generelt forbehold, f eks i likhet med den alminnelige borgerlige straffelovs § 14, som begrenser anvendelsen av lovens bestemmelser i samsvar med folkerettens regler. Det ville ikke passe så godt å ta konvensjonens bestemmelser detaljert inn i en prosesslov. En måtte da i tilfelle ta med også andre immunitetsregler. En slik spesifisering ville imidlertid ikke uten videre oppfange mulige framtidige internasjonale konvensjoner på området. Justisdepartementet er blitt stående ved å foreslå generelle unntaksbestemmelser i straffeprosessloven og tvangsfullbyrdingsloven etter mønster av straffelovens § 14.”⁷⁴

Bestemmelsen ble en sammensetning av strl.§ 14 og strl.§ 12, da strprl.§ 4 gjelder både begrensninger etter folkeretten eller etter overenskomst med fremmed stat.

Når en oppsummerer ser en dermed at strprl.§ 4 ble utformet etter mønster av strl.§ 14 fra 1902. I proposisjonen til ny straffelov i 1996, ble strl. § 14 og § 12 kritisert for å være uoversiktlig og komplisert. Når den nye strl.§ 1 fra 1996 senere ble vedtatt, ble det vist til strprl.§ 4 og tvml § 36a, som eksempler på generelle bestemmelser om forholdet mellom norsk rett og folkeretten.⁷⁵ Det hele blir noe forvirrende, da lovgiver kritiserer bestemmelser (strl. § 14 av 1902), som de allerede har brukt som eksempler for ny

⁷² NUT 1969:3 s 145

⁷³ Andenæs, Norsk straffeprosess, Oslo 2009

⁷⁴ Ot.prp.nr.23(1961-1962) s.6

⁷⁵ Ot.prp.nr.42(1995-1996) s 8

lovgivning (strprl § 4). Deretter brukes strprl § 4 som modell for de sektormonismebestemmelser som senere vedtas.

Det kan synes som om formuleringen av sektormonismebestemmelsene ble til litt tilfeldig, da det så vidt jeg kan se ikke finnes uttalelser som nærmere forklarer ordlyden. Dette selv om ordlyden gir svært liten veiledning.

6.4 Tvisteloven § 1-2

Tvisteloven av 17. juni 2005 nr. 90, § 1-2 lyder: "Loven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat."

Tvistemålsloven av 13. august 1915 fikk ved lov 18. desember 1987 nr 97 tilføyd en ny § 36a, som fastslår at loven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten, eller som følger av overenskomst med fremmed stat. Den direkte foranledningen var at Norge hadde måttet ta et forbehold for å tiltre en konvensjon 26. september 1986 om bistand ved nukleære ulykker m.m., og det ble ansett hensiktsmessig med en helt generell folkerettsreservasjon i tvistemålsloven på samme måte som i straffeprosessloven.⁷⁶ Bestemmelsen er videreført i tvl. § 1-2.⁷⁷ Den har en mindre språklig endring.

Det ble antatt at det var et behov for en tilsvarende fleksibilitet i forhold til tvistemålsloven, og det ble innarbeidet en generell folkerettsreservasjon i tvistemålsloven § 36a, nå tvl § 1-2. I forarbeidene skriver Justisdepartementet at:

"Bestemmelser av det foreslåtte generelle innhold vil gi heimel også for andre innskrenkninger i strafferettspleien og den sivile tvangsfullbyrding, både for slike som allerede gjelder etter folkerettslig sedvane eller traktat, og for slike som eventuelt måtte bli fastsatt i framtidige konvensjoner. En vil da for så vidt ikke seinere trenge særlige gjennomføringslover av omsyn til Norges tilslutning til konvensjoner som begrenser rettshåndhevingen (rettspleien) på disse områder. Videre vil det ikke bli nødvendig særskilt av omsyn til lovheimelspørsmålet å innhente Stortingets samtykke for at Norge skal kunne slutte seg til slike konvensjoner, jfr. grunnlovens § 26 annet ledd.

⁷⁶ Ot.prp.nr49(1986-1987) s16-17.

⁷⁷ Ot.prp.nr.51(2004-2005) s 363

Men dersom det er tale om innskrenkninger i rettshåndhevingen av mer vesentlig betydning, må saka anses å være av en slik særlig viktighet at Stortingets samtykke av den grunn vil være påkrevd.”⁷⁸

Hensikten med bestemmelsen er at norsk rett skal sikres å være i samsvar med folkerettslige regler som Norge er bundet av.⁷⁹ Dersom det oppstår motstrid mellom folkerettslige regler og norsk rett, skal folkerettslige regler gå foran. Dette vil være særlig aktuelt dersom et motstridsspørsmål ikke kan løses med grunnlag i det ulovfestede presumsjonsprinsippet. Lovbestemmelsen gjør det også unødvendig å inkorporere nye konvensjoner/folkerettslig sedvane etter hvert som de oppstår, da den generelle formuleringen vil omfatte også disse. Dette gjør at bestemmelsene i praksis kan bli svært omfattende, da de også vil omfatte internasjonal domspraksis angående relevante konvensjoner.

Også her, som i straffelovgivningen, synes det som om det er i motstridstilfellene bestemmelsen er ment å ha sin praktiske betydning. Men utelukker det bruk av bestemmelsen i de tilfeller når det ikke er tale om motstrid?

Tvistemålsutvalget skriver følgende om tvl. § 1-2 og forholdet til folkeretten:

”Ordlyden i tvistemålsloven § 36 a er knapp, og løser ikke alle de spørsmål som oppstår i forbindelse med mulige konflikter med folkeretten. Tvistemålsutvalget anser det heller ikke som hensiktsmessig å forsøke å formulere nærmere retningslinjer i den nye lovteksten.”⁸⁰

Tvistemålsutvalget viser videre til proposisjonen fra 1986-1987, om endringer i rettergangslovgivningen som jeg har sitert fra tidligere i dette kapitlet.⁸¹

I kommentarer til tvl. § 1-2, uttales det i proposisjonen til tvisteloven:

⁷⁸ Ot.prp.nr49(1986-1987) s 17.

⁷⁹ NOU 2001:32A s 181

⁸⁰ NOU 2001:32A s 181

⁸¹ Ot.prp.nr.49(1986-1987) s 18

”Folkerettslige regler om spørsmål som ikke er regulert i lovforslaget i det hele tatt, må derimot gjennomføres i norsk rett på vanlig måte før de kan anvendes her. Det samme gjelder en folkerettsregel som pålegger privatpersoner en plikt som lovforslaget ellers ikke gir hjemmel for.”⁸²

Dermed finnes det en grense for hvordan folkeretten kan supplere reglene i tvisteloven. Spørsmål som ikke er regulert i loven i det hele tatt, kan ikke folkerettslige regler anvendes på. Dette betyr at dersom et spørsmål er regulert i tvisteloven, men ikke uttømmende, er det ikke utelukket at folkerettslige regler kan supplere tvisteloven på dette området der folkerettens regler går lenger enn norsk rett.

Det finnes uttalelser i forarbeidene til tvisteloven om grensene for bruken av folkerett som supplement til loven. Samtidig er stadig fokuset på tilfellene der folkeretten begrenser norsk rett. Tvistemålsutvalget er åpne om at det finnes spørsmål som loven ikke løser i forhold til tvml § 36a, og det er fremdeles tilfellet i forhold til tvl § 1-2. Det finnes i det hele tatt lite veiledning i forarbeidene når det gjelder denne problemstillingen når og hvis den blir aktuell.

6.5 Tvangsfullbyrdelsesloven § 1-4

Tvangsfullbyrdelsesloven av 26. juni 1992 nr 86, § 1-4, har samme ordlyd som straffeprosessloven § 4. I forarbeidene står det følgende om forholdet til folkeretten:

”§1-4 bestemmer at loven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten. En folkerettslig regel som utvider kompetansen for namsmyndighetene får med andre ord ikke direkte virkning i norsk rett som en følge av § 1-4. I følge legalitetsprinsippet må namsmyndighetene ha hjemmel i norsk lov for at den adgangen de har til å benytte tvangsmakt skal kunne utvides. Et praktisk eksempel på en folkerettslig bestemmelse som utvider adgangen til å fullbyrde krav, er at utenlandske dommer etter overenskomst med fremmed stat er bindende og kan fullbyrdes her i riket. I dette tilfellet er det en spesialbestemmelse som medfører at overenskomsten får direkte virkning i norsk rett, jf § 4-1 annet ledd bokstav f. En tilsvarende regel finnes i gjeldende lov, jf § 3 nr 10. Slike overenskomster om at utenlandske dommer er tvangsgrunnlag i Norge vil for øvrig være gjensidige,

⁸² Ot.prp.nr 51(2004-2005) s 363

slik at en norsk dom som slår fast at en person har et krav mot en annen, kan fullbyrdes i avtalelandet.”⁸³

Her påpekes det at ordlyden i bestemmelsen gjelder begrensninger som folkeretten oppstiller, ikke utvidelse av kompetansen. Dette begrunnes videre av legalitetsprinsippet som krever hjemmel i lov når det gjelder inngrep mot individer med tvang.

I forarbeidene til straffeloven og tvangsfullbyrdelsesloven finnes det ikke uttalelser om tilfeller der folkeretten kan supplere lovene i tilfeller der det ikke er motstrid. Det finnes heller ikke uttalelser som utelukker en slik bruk av folkeretten. Ordlyden i bestemmelsen tilsier allikevel at folkeretten er ment å begrense norsk rett. Det finnes dermed ikke grunnlag for å si at disse lovene med forarbeider kan støtte opp under en påstand, om at folkeretten kan brukes som supplement på områder med sektormonisme.

6.6 Andre lovbestemmelser om sektormonisme.

Bestemmelser om sektormonisme er brukt i stor utstrekning i flere norske lover. Etter et enkelt søk i Lovdata den 2. mars 2010, i basen NL, norske lover, med søkeordene ”folkerett” og ”begrensning*” fikk jeg 50 treff. Jeg har tatt med et tilfeldig utvalg av disse.

Som eksemplene nedenfor viser, finnes det mange bestemmelser om sektormonisme i norsk rett. Dette er ingen uttømmende liste. Dette finnes også flere varianter som har tilnærmet samme innhold. Det er ikke hensiktsmessig for meg å nevne alle bestemmelsene i denne oppgaven. Poenget er imidlertid å vise at bestemmelser om sektormonisme har stor utbredelse i norsk rett, og dersom folkeretten kan supplere norsk rett der det ikke er motstrid, vil dette ha betydning på en lang rekke rettsområder.

Eksemplene synes i all hovedsak å bygge på samme modell. Folkeretten gjelder med begrensning som følger av folkeretten, eller avtale med fremmed stat. Ordlyden varierer, men det synes for meg som om lovene er utformet etter samme mønster.

Som gjennomgangen av lovtekst og forarbeider i dette kapitlet viser, synes det ikke som om lovgiver har retningslinjer for hvordan disse bestemmelsene skal forstås. Er

⁸³ Ot.prp.nr.65(1990-1991) s 76

det da meningen at det skal fastlegges gjennom rettspraksis? Det finnes det heller ikke noen uttalelse om.

Det er noe underlig at sektormonistiske bestemmelser har fått så stor utbredelse i norsk rett, uten at innholdet i slike regler er nærmere fastsatt av lovgiver. Og kanskje særlig når det finnes så mange ulike varianter.

Her er noen eksempler på lover med sektormonistiske bestemmelser.

Forurensningsloven av 13. mars 1981 nr 6, § 3:

”Med de begrensninger som følger av folkeretten gjelder loven for forurensningskilder og avfall og kilder for avfall som befinner seg her i riket, for forurensninger som truer med å inntreffe her i riket, for forurensningskilder som befinner seg i eller forurensning som truer med å inntreffe i Norges økonomiske sone dersom forurensningskilden er norsk fartøy eller innretning, eller forøvrig i den utstrekning Kongen bestemmer. Lovens anvendelse for undersøkelse etter, utvinning og utnyttning av undersjøiske naturforekomster på den norske del av kontinentalsokkelen, 6 herunder avslutning av slik virksomhet, er regulert i § 4”.

Lov om militær disiplinærmyndighet av 20. mai 1988 nr 32

§ 37 annet ledd lyder:

”Utøvelse av disiplinærmyndighet etter første ledd skjer med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av avtale med fremmed stat eller med en internasjonal organisasjon.”

Lov om laksefisk og innlandsfisk m.v. av 15. mai 1992 nr 47, § 2 om lovens virkeområde.

Fjerde ledd lyder:

”Denne lov gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten eller overenskomst med fremmed stat. Når avtaler med fremmed stat eller internasjonale konvensjoner gjør det nødvendig, kan Kongen gi regler uten hinder av bestemmelser gitt i eller i medhold av denne lov.”

Lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven) av 4. juni 1993 nr 58,

§ 2 nr 3 tredje ledd:

”Loven kommer også til anvendelse på virksomhet og innretninger som nevnt i nr. 3 første ledd på område utenfor kontinentalsokkelen så langt dette følger av folkeretten eller særskilt avtale med fremmed stat.”

Lov om vern av smittsomme sykdommer av 5. august 1994 nr 55,
§ 1-2, Lovens virkeområde, fjerde ledd lyder:

”Lovens bestemmelser gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat.”

Politoloven av 4. august 1995 nr 53, § 3 om forholdet til folkeretten.

”Loven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmede stater. ”

Kystvaktloven av 13. juni 1997 nr 42, § 4. Folkerettslig begrensning:

”Loven gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten eller overenskomst med fremmed stat. ”

Vannressursloven av 24. november 2000 nr 82, § 4 annet ledd lyder:

”Loven gjelder for grensevassdrag med de begrensninger som følger av alminnelig folkerett eller konvensjoner som Kongen har inngått. Kongen kan gi forskrifter 4 til gjennomføring av folkerettslige regler.”

Statsborgerloven av 10. juni 2005 nr 51, § 3 om forholdet til folkeretten:

”Loven gjelder med de begrensninger som følger av overenskomster med andre stater og folkeretten for øvrig.”

Lov om havner og farvann av 17. april 2009 nr 19, § 3 om forholdet til folkeretten lyder:

”Loven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat.”

7 Rettspraksis

7.1 Innledning

Som jeg har vist i kapittel 1.4, finnes det en del rettspraksis om bestemmelser om sektormonisme når en søker på Lovdata. Særlig om strprl § 4.

Det har allikevel vært vanskelig å finne rettspraksis som er klare eksempler på folkerettslige bestemmelser som supplerer norsk prosessrett. Jeg har valgt ut noen avgjørelser som jeg mener kan belyse min problemstilling. Rettspraksisen gir ikke noe entydig bilde, og det finnes helt sikkert mange flere avgjørelser jeg kunne behandlet i oppgaven. Jeg finner det allikevel ikke hensiktsmessig å behandle en lang liste avgjørelser, da jeg ikke kan se det vil gi noe bedre svar på oppgavens problemstilling.

7.2 Viltloven

I Rt 1997 s 1341, Bern-konvensjonen II, var spørsmålet om høns var ”bufe” etter viltlovens § 11, noe som var avgjørende for om en hønsehauk lovlig kunne skytes ved angrep på høns.⁸⁴ Etter viltloven § 3 - fredningsprinsippet - var alt vilt fredet når ikke annet var bestemt ved lov eller i medhold av lov. Viltlovens § 11 første og annet ledd lød slik: ”Vilt kan felles uten hensyn til fredning når felling må anses påkrevet for å fjerne en aktuell og betydelig fare for skade på person. På samme måte kan eieren, eller noen som opptrer på eierens vegne, felle vilt under direkte angrep på bufe og tamrein.” Viltloven § 11 gjorde et unntak fra fredningsprinsippet i § 3. Begge bestemmelsene er nå opphevet.

Avgjørelsen er ikke et eksempel på at folkerettslige bestemmelser supplerer norsk rett i forhold til strprl § 4 eller tvl § 1-2. Den er et eksempel på en avgjørelse der en lov har en formålsbestemmelse som gir anvisning på folkerettslige prinsipper, som er relevant ved tolkning av loven. Viltloven av 29. mai 1981 nr 38 § 1, er en slik formålsparagraf som lød slik i 1997: ” Viltet og viltets leveområder skal forvaltes slik at naturens produktivitet og artsriktighet bevarer. Innenfor denne ramme kan viltproduksjonen høstes til gode for landbruksnæring og friluftsliv.”

⁸⁴Se Uflstein, 1999 s 411

I dag lyder bestemmelsen slik: ”Viltet og viltets leveområder skal forvaltes i samsvar med naturmangfoldloven og slik at naturens produktivitet og artsrikdom bevares.

Innenfor denne ramme kan viltproduksjonen høstes til gode for landbruksnæring og friluftsliv.”Bestemmelsen ble endret ved lov av 19. juni 2009 nr. 100.

Høyesterett viste bl.a. til Bern-konvensjonen om vern av flora og fauna, i begrunnelsen for en utvidende eller analogisk tolkning av bufe i § 11.

”Jeg finner det imidlertid her viktig å peke på at en lovtolkning som tillater felling av fredet vilt også ved angrep på andre husdyr enn bufe, må anses for å tilfredsstille den forpliktelse til å opprettholde levedyktige viltbestander som Norge har påtatt seg ved Bernkonvensjonen. Artikkel 9 tillater således at det gjøres unntak fra konvensjonens verneregler innenfor nærmere angitte grenser - for å avverge alvorlig skade på blant annet "husdyr" (i konvensjonens engelske tekst "livestock"). Som det fremgår av forarbeidene til lovendringen i 1993 var det nettopp hensynet til Bernkonvensjonen som var bakgrunnen for at fellingsadgangen etter § 11 annet ledd bare skulle gjelde "under direkte angrep", jf Ot.prp.nr.54 (1992-93) side 12.”⁸⁵

Retten fant det vanskelig å se at sterke reelle hensyn tilsa at fjærfe skulle unntas fra den nødvergerett som statueres i viltloven.⁸⁶

Uansett hvilken tolkning som ble valgt, vil det ikke oppstå motstrid til Bern-konvensjonen. Konvensjonen tillot også den tolkningen som Høyesterett valgte, og den var den mest nærliggende ut fra konvensjonen. En kan dermed ikke si at presumsjonsprinsippet ble anvendt. Presumsjonsprinsippet er som nevnt i kapittel 5.2, et prinsipp om at norske domstoler må forventes å utnytte alle muligheter i sin tolkning for å unngå et folkerettsstridig resultat. I denne avgjørelsen ville ingen av tolkningsresultatene være i strid med folkeretten. Selv om det ikke var tale om motstrid uttalte Høyesterett at det var viktig med en tolkning som ikke innebærer brudd på konvensjonsforpliktelser.

For meg synes det som om Høyesterett forankrer resultatet i en vurdering av reelle hensyn. Jeg ser det slik at folkeretten blir en del av ”reelle hensyn”, og får ikke vekt som

⁸⁵ Rt 1997 s1341 s 1345

⁸⁶ Rt 1997 s1341 s 1345

selvstendig rettskilde. Selv om domstolen i denne saken kunne forankret resultatet i den løsning Bern-konvensjonens tilsa.

Viltloven har ingen bestemmelse om sektormonisme, men Høyesterett legger utvilsomt stor vekt på Bern-konvensjonen som er folkerettslig bindende for Norge. En kan si at Høyesterett bruker effektivitetsprinsippet ved tolkningen, eller at formålsbetraktninger var sentrale jf viltloven § 1. Jeg mener at i denne sammenheng er det sentrale at Høyesterett bruker Bern-konvensjonen for å komme frem til det resultat som i størst mulig grad samsvarer med Norges konvensjonsforpliktelse. Dermed ser jeg det slik at folkerettslige bestemmelser her blir brukt til å supplere viltlovens bestemmelser, for å fastlegge innholdet i rettsregelen det var tvil om.

7.3 Rettslig prøving av tvangsinngrep

Kjennelsen i Rt 1984 s 1175, gjaldt et forhold innenfor den sektormonisme strprl. § 4 etablerer, jfr. strprl. av 1887 § 5, som da var gjeldende.⁸⁷ Spørsmålet var om en sikringsdømt innlagt i psykiatrisk sykehus i medhold av strl. § 39 nr. 1 e), var beskyttet av særlige rettssikkerhetsgarantier som ikke er hjemlet i sikringsreglene, særlig retten til jevnlig domstolskontroll med frihetsberøvelsens lovlighet, eller om disse rettigheter er forbeholdt de pasienter hvis innleggelse eller tilbakeholdelse utelukkende er basert på reglene i lov om psykisk helsevern, jfr. tvml. kap. 33.

Retten synes å ha lagt avgjørende vekt på at hensynet til overholdelse av våre forpliktelser etter EMK artikkel 5 nr 4, som tilsa at den sikringsdømte ble gitt slike rettigheter. I denne avgjørelsen var det tale om motstrid mellom EMK og strl. § 39 nr 1 e). Retten uttaler at:

”En innvending av større rekkevidde er at det kan være behov for rettslig prøving av de nevnte vilkår med rimelige mellomrom - « at reasonable intervals », som det heter i avgjørelser truffet i saker om anvendelsen av artikkel 5 nr. 4 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon. Den lengste tid som settes for anvendelse av sikring, gjelder som oftest tidsrom av ganske lang varighet - i vår sak 3 år, men særdeles ofte 5 år, undertiden 10 år. Ut fra rettssikkerhetshensyn kan det med styrke hevdes at det vil være betenkelig om man innenfor et så vidt langt tidsrom ikke skulle ha adgang til rettslig

⁸⁷ Aall, 1989 s 633

prøving av vedtak om tilbakeholdelse. En slik rettslig prøving må kunne begjæres etter reglene i kapittel 33 i tvistemålsloven - på linje med den som er foreskrevet for andre tvangsinnlagte.”⁸⁸

Retten mener rettssikkerhetsbetraktninger gir grunnlag for å flytte forholdet fra et regelsystem (strl. § 39) over i et annet regelsystem (tvml. kap 33). Det er tydelig at EMK brukes for å støtte opp under disse betraktningene. Det heter nemlig videre i kjennelsen at: ”Den løsning som jeg her har angitt, vil samsvare med de synspunkter som er lagt til grunn ved fortolkningen av Den europeiske konvensjon om menneskerettighetene.”⁸⁹

Retten går så over til en redegjørelse for EMD’s fortolkning av EMK artikkel 5 nr 4, i to dommer fra henholdsvis 1979 og 1981. I disse dommene fastslås prinsippet om rett til jevnlig domstolskontroll med lovligheten av en frihetsberøvelse, der grunnlaget er sinnssykdom. Begrunnelsen for nødvendigheten av jevnlig overprøving, er at sinnssykdom ikke alltid er noen statisk tilstand. Grunnlaget for frihetsberøvelsen vil ofte kunne endre seg. Retten uttaler at: ”Disse synspunkter reflekterer - slik jeg bedømmer forholdet - den løsning som må følge av vår lov om psykisk helsevern etter lovrevisjonen i 1969. Vektige rettssikkerhetshensyn tilsier at ordningen også kommer de tvangsinnlagte til gode som er blitt undergitt tvangsinnlegg på grunnlag av sikringsdom.”⁹⁰

Det synes som om EMK har vært et tungveieende argument for resultatet.

Høyesterett går inn på den aktuelle bestemmelsen, EMK artikkel 5 nr 4, med gjengivelse av de to dommer fra EMD, og avgjørelsen er avsagt i overensstemmelse med regelen i EMK artikkel 5 nr 4, og i strid med den regel som direkte regulerer forholdet, nemlig strl. § 39.

Avgjørelsen blir kritisert av Aall i en av hans artikler.⁹¹ Han mener at det er påfallende at retten i begrunnelsen for avgjørelsen, formelt velger å gå via reglene om administrativ frihetsberøvelse i tvml. kap. 33, jfr. lov om psykisk helsevern § 9a. Han hevder at den vesentligste av argumentasjonen er knyttet til EMK. Aall tror at retten føler det mindre

⁸⁸ Rt 1984 s 1174 s 1181

⁸⁹ Rt 1984 s 1175 s 1181

⁹⁰ Rt 1984 s 1175 s 1182

⁹¹ Se Aall, 1989 s 635

dristig å argumentere med en nasjonal lov som i utgangspunktet ikke regulerer forholdet, enn det er å argumentere med menneskerettighetskonvensjonen direkte.

Forholdet lå innenfor et rettsområde med sektormonisme, strprl. 1887 § 5, jfr. strl. § 39b nr. 1, som bestemte at sikring skulle behandles etter straffeprosesslovens regler, se de tilsvarende bestemmelser i strprl. § 4, jfr. § 2. Etter Aalls mening ville man fått de klareste linjene dersom realiteten i kjennelsen, nemlig at strl. § 39 ble tilsidesatt på grunn av EMK artikkel 5 nr 4, slik denne bestemmelsen er fortolket av EMD, var kommet klarere frem.

Jeg mener avgjørelsen illustrerer motviljen i norsk rett mot å gi konvensjoner gjennomslag i norsk rett, også på områder med sektormonisme. Høyesterett unngår her en mulig motstrid mellom strl. § 39 og EMK art 5 nr 4, ved å gå om reglene i tvml. Kapittel 33 og lov om psykisk helsevern § 9a. Retten begrunner avgjørelsen i reelle hensyn, at norsk lov så vidt mulig må forutsettes å være i samsvar med de traktater som Norge er bundet av.⁹²

Uansett om Høyesterett forankrer resultatet i reelle hensyn, er realiteten at EMK art 5 nr 4 var avgjørende for det tolkningsresultat retten kom frem til. Det er ikke treffende å si at konvensjonen her supplerer norsk rett, men at den er avgjørende for resultatet er lite tvilsomt.

For meg kan det se ut som om domstolene i noen tilfeller gjør alle mulige krumspring i sin tolkningsprosess, for å unngå å forankre resultatet direkte i folkeretten. Selv om det i noen tilfeller kan synes som det ville være den raskeste veien til samme resultat. Kan deler av begrunnelsen for dette være at innholdet i bestemmelser om sektormonisme ikke er klart nok?

7.4 Rettergangsbot

Rt 1997 s 1019, advokatkjennelsen, er en avgjørelse på et rettsområde uten sektormonisme. Denne avgjørelsen gjelder forholdet mellom EMK og norsk rett, før EMK ble gjort til norsk lov og gitt forrang. Avgjørelsen er ikke direkte relevant for problemstillingen, men jeg mener den illustrer et poeng angående bruken folkerett i norsk rett.

⁹² Rt 1984 s 1175 s 1180

Avgjørelsen gjaldt lovtolkning og saksbehandling ved idømmelse av rettergangsbot etter bestemmelsen i domstoloven § 202, jf § 215 første ledd, annet punktum.

Domstoloven § 202 første ledd lyder: ” En part som åpenbart uten grunn har anlagt søksmål eller latt det komme til søksmål eller erklært anke over dom eller begjært oppfriskning eller gjenåpning, skal pålegges å erstatte det offentlige helt eller delvis utgiftene ved saken; ved siden herav kan han straffes med bøter.”

Avgjørelsen ble opphevet da rettergangsbot ikke burde være ilagt uten at vedkommende var blitt varslet og gitt adgang til å uttale seg, jf domstoloven § 215. Domstoloven § 215 lyder: ” Før noen blir ilagt straf eller erstatning uten særskilt søksmaal eller tiltale, skal han saavidt mulig faa anledning til at uttale sig. Dette gjelder dog ikke straf efter § 202 første og andet led og § 203 og straf eller erstatning paa grund av uteblivelse.” Regelen om at rettergangsstraff kan ilegges uten at domfelte blir varslet og får anledning til å uttale seg, ble tilsidesatt med begrunnelse i at den bl.a. ikke oppfylte kravene i EMK art 6 nr 1 og nr 3, som gjelder retten til å bli kjent med anklagen mot en, og til å bli hørt før man ilegges straff.

Da domstoloven ikke har en bestemmelse om sektormonisme, blir denne avgjørelsen et eksempel på at Høyesterett har brukt en ikke-inkorporert folkerettsregel som del av begrunnelsen for å tilsidesette en klar og innarbeidet norsk rettsregel. Folkeretten gis forrang i denne avgjørelsen, selv om dette strider mot hovedregelen om norsk retts forrang. Med hvilken begrunnelse kommer Høyesterett til dette resultat?

Skoghøy skriver i en av sine artikler at Høyesterett i denne saken brukte en ”høyst uklar” folkerettslig regel som del av sin begrunnelse for å tilsidesette en tindrende klar og innarbeidet norsk rettsregel.⁹³ Han sikter til retten til rettferdig rettergang etter EMK art 6 nr 1. I saken *Botten vs. Norway* ble Norge i EMD dømt for brudd på EMK art 6 nr 1.⁹⁴ EMD slo her fast at retten til å være tilstede og å bli hørt er en del av kravet til rettferdig rettergang i EMK art 6 nr 1. Regelen kan dermed ikke sies å være ”høyst uklar.”

Det er tydelig at Høyesterett legger stor vekt på at regelen brøt med grunnleggende rettssikkerhetskrav, og henviser til EMK art 6 nr 1 og nr 3. I følge forarbeidene til

⁹³ Skoghøy, 2002, s 741

⁹⁴ *Botten v. Norway* 19. Februar 1996 Saksnr. 16206/90

diskrimineringsloven, er kjennelsen blitt anført som et mulig eksempel på at menneskerettighetene i motstridstilfellene blir lagt til grunn fremfor norsk lov. Det gjaldt her en klar motstrid, men motstriden var ikke bevisst fra lovgiverens side i følge forarbeidene til diskrimineringsloven.⁹⁵

I proposisjonen til menneskerettsloven har man en annen oppfatning av Høyesteretts bruk av EMK i denne avgjørelsen. Her uttales det: ”Kjennelsen gjaldt en gammel og lite brukt regel, og Høyesteretts begrunnelse kan tyde på at retten ville kommet til samme resultat også uten å henvise til den europeiske menneskerettskonvensjon.”⁹⁶

Kjennelsen har en uklar begrunnelse, men slik resultatet ble, kan det være lite tvilsomt at EMK art 6 hadde stor betydning for resultatet. Ved at den norske regelen ble tilsidesatt, og en regel lik folkerettsregelen ble resultatet, mener jeg at dette er et eksempel der en kan si at folkeretten har supplert norsk rett på et område uten sektormonisme. Med dette mener jeg at uten EMK art 6 nr 1 og nr 2, er det lite trolig at Høyesterett ville ha kommet frem til det samme resultat. En kan si at Høyesterett hentet løsningen sin fra folkeretten, uten at Høyesterett selv sier at det er det som blir gjort i kjennelsen.

Sett sammen med uttalelsene fra de ulike forarbeidene jeg har referert til, blir Høyesteretts tolkningsprosess noe forvirrende og uklar. Men uansett hvordan en snur og vender på det, er faktum at en regel lik den folkerettslige bestemmelsen fikk forrang foran den norske lovbestemmelsen. Så kan en jo bruke ulike navn på tolkningsprosessen.

7.5 Varetektsfengsling.

I Rt 1991 s 777, gjaldt saken varetektsfengsling. Fra pågripelse til fremstilling for forhørsretten var det pga sammenhengende helligdager gått fem dager. Forsvareren anførte at den sene fremstilling for forhørsretten var et brudd på straffeprosessloven § 183 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon EMK art 5(3) jf strprl § 4.

Forholdet var tatt opp både for forhørsrett og lagmannsrett, og utvalget la til grunn at de tidligere retter hadde vært oppmerksomme på dette spørsmålet, ved vurderingen av om fengslingen ville være et uforholdsmessig inngrep. Det var ingen saksbehandlingsfeil

⁹⁵ NOU 2002:12 s 121

⁹⁶ Ot.prp.nr.3(1998-1999) s 13

som hadde betydning for spørsmålet om varetektsfengsling at lagmannsretten ikke hadde gitt en nærmere vurdering av forholdet til konvensjonen i sine premisser.

Høyesteretts kjæremålsutvalg forkastet kjæremålet, men bemerket likevel at straffeprosessloven § 183 måtte tolkes slik at det ikke oppstod uoverensstemmelse med EMK art 5(3).

Med bakgrunn i denne kjennelsen sendte Justisdepartementet ut rundskriv, JDLOV-1991-2545, det ble fremhevet at det er viktig at fremstillinger for retten om begjæring av varetektsfengsling gis prioritet i perioder med flere sammenhengende fridager.⁹⁷

En norsk rettsregels innhold ble presisert med bakgrunn i en folkerettsregel som inneholdt andre krav til tidsbruk ved fremstilling av varetekt.

7.6 Bevisopptak utenfor rettssak.

I Rt 2000 s 1261, den såkalte Storbyguiden, gjaldt saken forståelsen av tvml § 270 annet ledd, som tillater bevisopptak utenfor rettssak uten at motparten blir hørt på forhånd, dersom det er fare ved opphold. Høyesterett mente at bestemmelsen i tvml § 270 annet ledd ikke åpnet for bevisopptak uten varsel fordi man frykter at den som sitter med beviset, kan komme til å ødelegge det hvis begjæringen gjøres kjent. Den såkalte TRIPS-avtalen – Trade-Related Aspects og Intellectual Property Rights – førte ikke til noe annet resultat.

Her lot Kjæremålsutvalget være å fortolke denne nokså medgjørlige bestemmelsen i samsvar med Norges forpliktelser etter TRIPS-avtalen artikkel 50 nr. 1 bokstav b. Ved ratifikasjonen hadde man nok basert seg på at norsk rett lot seg anvende uten lovendring til å oppfylle konvensjonsforpliktelsene, jf. St.prp.nr.65 (1993-1994).

I ettertid har det vist seg at dette resultatet ikke var i samsvar med TRIPS-avtalen som Norge er folkerettslig bundet av.⁹⁸ Dette førte til en lovendring for å oppfylle Norges forpliktelser etter TRIPS-avtalen. I dag finnes reglene om bevisopptak utenfor rettssak uten at motparten blir hørt på forhånd i tvl § 28-3 fjerde til sjetten ledd.⁹⁹

⁹⁷ NOU 1993:18 s 66

⁹⁸ Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) s 2

⁹⁹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s 471

I denne saken kunne Høyesterett brukt tvml § 36a for å bringe norsk rett i samsvar med TRIPS-avtalen. Dette er et eksempel på at Høyesterett ikke benyttet seg av muligheten til å tolke bestemmelsene i tvml slik at de samsvarer med folkerettslige forpliktelser. Her på et område med sektormonisme der folkeretten skal gå foran norsk rett. Høyesterett synes å legge størst vekt på hensynet til kontradiksjon i kjennelsen, og mente at heller ikke TRIPS-avtalen ga grunnlag for å tolke tvml § 270 annet ledd slik at den åpnet for bevisopptak uten varsel.

Jeg synes det er underlig at tvml § 36a overhode ikke er nevnt i kjennelsen. Her har man en internasjonal avtale Norge er folkerettslig bundet av, som oppstiller minimumskrav til nasjonal beskyttelse på de fleste områder innenfor immaterialretten. Gjennom tvml § 36a har konvensjonen fått virkning i norsk rett.¹⁰⁰ Kjæremålsutvalget tar utgangspunkt i stortingsproposisjonen der norske myndigheter redegjør for hvordan de har oppfattet TRIPS-avtalen og forholdet til tvistemålsloven kapittel 20.¹⁰¹ Proposisjonen har uttalelser om mulige endringer i norske rettsregler, men de endringene har ingenting med tvistemålslovens regler om varsel og forkynnelse å gjøre, uttaler kjæremålsutvalget.¹⁰²

Hensikten med bestemmelser om sektormonisme er at lovens regler ikke kan anvendes i strid med konvensjoner som Norge har inngått. I denne saken mener jeg at Høyesterett kunne ha foretatt en selvstendig vurdering av om: tvistemålslovens regler om bevisopptak utenfor rettssak oppfylte kravene i TRIPS-avtalen. Dermed kunne en unngått brudd på konvensjonen. I stedet ser det ut som om kjæremålsutvalget baserer seg på uttalelser fra stortingsproposisjonen om TRIPS-avtalens forhold til norske rettsregler. Lovgivers vilje er et viktig tolkningsmoment ved fastlegging av innholdet i en rettsregel, og særlig når dette står i lovens forarbeider. Men på områder med sektormonisme skal folkeretten gå foran norsk rett. Her måtte det isteden en lovendring til for å oppfylle kravene i konvensjonen.

¹⁰⁰ Se kapittel 4 og Fleischer, Folkerett, 2005 s 362

¹⁰¹ Rt 2000 s 1261 s 1264

¹⁰² Rt 2000 s 1261 s 1264

Hvorfor tvml § 36a ikke er nevnt i kjennelsen vet jeg ikke, men jeg synes det er underlig, fordi slik jeg ser det, er dette nettopp en sak der bestemmelsen kunne vært anvendt for å bringe norsk rett i samsvar med folkeretten.

Lovgiver har kommet med noen flere uttalelser om forholdet til folkeretten i forarbeidene til tvl § 1-2 etter denne avgjørelsen, som jeg har gjennomgått i kapittel 6.4. Uten at det avklarer betydningen av bestemmelsen i noen større grad.

7.7 Statsimmunitet

I Rt 2004 s 402, gjaldt saken spørsmål om en lokalt ansatt sjåfør ved en anonymisert ambassade i Oslo, kunne gå til sak mot anonymisert stat for norske domstoler, med krav om at avskjedigelsen fra stillingen ved ambassaden skulle kjennes ugyldig.

Kjæremålsutvalget viste til tvml § 36a, og kom til at ut fra alminnelige folkerettslige regler nøy ambassadestaten folkerettslig immunitet mot søksmål for norske domstoler i sak om arbeidsforhold mellom en ambassade og en privatperson.

Spørsmålet var ikke regulert i traktat mellom republikken og Norge. Det forelå heller ingen generell traktat om statlig immunitet på det tidspunkt. Alminnelige folkerettslige regler ble derfor avgjørende.

Denne avgjørelsen er et eksempel på hvordan sektormonistiske bestemmelser var tenkt å skulle brukes, når de aller første ble vedtatt. I forarbeidene til strprl § 4 er det som vist i kapittel 6, nettopp reglene om immunitet som var foranledningen for vedtakelsen av den gang strprl § 5. Her følger reglene direkte av folkeretten. Som kjent bygget tvml § 36 a på straffeprosesslovens bestemmelse om sektormonisme.¹⁰³

I dette tilfellet passer ordlyden i tvml § 36a på saken, da de folkerettslige reglene om immunitet begrenset de norske rettsreglene om søksmålskompetanse. Her bruker domstolene folkeretten til å fylle et tomrom i norsk rett. Folkeretten supplerer norsk rett på et område som typisk er folkerettslig regulert.

¹⁰³ Se kapittel 6.4 om tvl § 1-2 og Ot.prp.nr.49(1986-1987) s 16-17.

7.8 Kvinnefengsel-saken.

Rt 1994 s 1244, Kvinnefengselsaken, gjaldt en nederlandsk kvinne som ble varetektsfengslet. Senere ble hun dømt og innsatt til soning for narkotikaovertrødelse, og var gravid ved pågripelsen. Hun krevde fastsettelsesdom, jf tvml § 54, for at hun under fengselsoppholdet ble utsatt for behandling som var i strid med EMK art 3, jf art 13 og FN-resolusjonen om sivile og politiske rettigheter art 10 nr 1 og 10 nr 3. Spørsmålet om fastsettelsesdom var utskilt til særskilt prosessuell avgjørelse. Kjennelsen ble avsagt med dissens 3-2.

Flertallet ga uttrykk for at det i den foreliggende sak ikke var adgang til å kreve dom for at det forelå et menneskerettsbrudd bl.a. fordi det konvensjonsstridige forhold var opphørt. Mindretallet ville tillate fastsettelsessøksmål. Selv om det var spørsmål om dom for et fortidig rettsforhold, kunne spørsmålet om det forelå en menneskerettskrenkelse ha prinsipiell interesse.

Flertallet i Høyesterett uttalte om rekkevidden av tvml § 36a at:

”Selv om hensynet til harmonisering mellom tvistemålsloven og straffeprosessloven kan tale for at tvistemålsloven § 36a gis samme rekkevidde som straffeprosessloven § 4, kan man etter mitt syn ikke uten videre overføre tolkningen av straffeprosessloven § 4 til tvistemålsloven § 36a. Den nevnte tolkning av straffeprosessloven § 4 er resultat av en utvikling som har vist et behov for å supplere (min understrekning) straffeprosesslovens regler med bestemmelsene i EMK. Straffeprosessloven gjelder dessuten et område hvor hensynet til menneskerettighetene gjør seg særlig sterkt gjeldende.”¹⁰⁴

Mindretallet uttaler at:

”Tvistemålsloven § 36a er riktignok ikke helt klar i sin ordlyd, og dens forarbeider er knappe. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at bestemmelsen er ment som en generell bestemmelse om tvistemålsloven forhold til folkeretten, jf Ot.prp.nr.49(1986-87) side 16-17. Jeg antar at bestemmelsen har denne karakter for så vidt angår en eventuell direkte konflikt mellom tvistemålsloven og folkeretten. Og når tvistemålsloven § 36a slik innebærer at EMK kan begrense norske prosessregler, er det grunn til å la konvensjonen og den praksis som knytter seg til den, også

¹⁰⁴ Rt 1994 s 1244 s 1252

supplere de norske prosessregler (min understrekning), jf T. Opsahl i Lov og frihet, Festskrift til Johs. Andenæs (1982) side 489.”¹⁰⁵

Uenigheten dreier seg om hvor stort gjennomslag de påberopte menneskerettskonvensjonene skulle ha i norsk rett. Flertallet påpeker at når det gjelder strprl § 4 brukes EMK til å supplere straffeprosesslovens regler, men understreker at det gjøres pga hensynet til menneskerettighetene, er særlig sterkt på dette rettsområdet. EMK kan altså supplere norsk prosessrett, men i følge flertallet bare på straffeprosessens område.

Jeg tviler på at dette synspunktet kan opprettholdes i dag. Utviklingen på menneskerettighetenes område har vært stor, og det finnes ikke holdepunkter for å si at EMK ikke har samme gjennomslagskraft i sivile saker. I følge Robberstad må en kunne gå ut fra at EMK og SP har samme gjennomslag i sivile og straffesaker.¹⁰⁶

Mindretallet mente at EMK og den praksis som knytter seg til den bør supplere de norske prosessregler. Dette var før EMK ble gjort til norsk lov og ble gitt forrang gjennom forrangsbestemmelsen. Det var tvml § 36a som regulerte forholdet.

Mindretallet viser til en av Opsahls artikler om straffeprosessen fra 1982, som et argument for at EMK også kan supplere de norske prosessregler. Opsahl fremsetter en arbeidshypotese for norsk straffeprosess som går ut på at: ”Menneskerettigheter som følger av traktat, kan påberopes og anvendes direkte, og slår gjennom overfor både eldre og yngre lov. Der konvensjonene dekker samme emne som loven, vil de nå supplere, presisere og ved eventuell motstrid korrigere den.”¹⁰⁷

Dette samsvarer med uttalelsene fra proposisjonen til tvisteloven som tidligere gjengitt, om at folkerettslige regler som spørsmål som ikke er regulert i lovforslaget i det hele tatt, må gjennomføres i norsk rett på vanlig måte før de kan anvendes. Jeg viser til kapittel 6.4 om tvl § 1-2.

¹⁰⁵ Rt 1994 s 1244 s 1254

¹⁰⁶ Robberstad, Sivilprosess, 2009 s 48

¹⁰⁷ Opsahl, 1982 s 489.

Videre sier mindretallet at den nevnte forståelse av tvml § 36a underbygges av sterke reelle hensyn, at Norge ikke begår brudd på folkeretten og blir brakt inn for konvensjonsorganene.¹⁰⁸

Det vises også til den egenverdi EMK har, igjen ser en at konvensjoners gjennomslagskraft kan avhenge av hvilket rettsområde en er på, som det også ble påpekt i Rt 2000 s 1811, Finanger I.

Selv om uttalelsen kommer fra mindretallet i kjennelsen, er argumentasjonsverdien av utsagnet det viktigste. Opsahls arbeidshypotese gjelder EMK, men argumentene for at konvensjoner kan påberopes og anvendes direkte, vil ha overføringsverdi også til andre områder. At Norge så langt det er mulig, bør ordne sine egne klagesaker vedrørende brudd på folkeretten, samsvarer med tolkningsprinsippene om formålsrettet tolkning og presumsjonsprinsippet. Norge har som utgangspunkt et ønske om å oppfylle sine folkerettslige forpliktelser.

Opsahls arbeidshypotese om at konvensjoner som dekker samme emne som lover, vil supplere, presisere og ved eventuell motstrid korrigere norske lover, mener jeg er en god beskrivelse på det som i realiteten gjøres i norske domstoler. Domstolene bruker ulike navn på metodene de bruker i prosessen som reelle hensyn, formålsbetraktninger og ulike tolkningsprinsipper. Jeg tror det kunne være hensiktsmessig om det ble ryddet opp i bruken av folkeretten i norsk rett, og særlig på områder med sektormonisme, da folkeretten på disse områdene har fått virkning i norsk rett. Opsahls arbeidshypotese kunne kanskje danne et utgangspunkt?

I denne avgjørelsen finnes de klareste uttalelser om folkerettslige bestemmelser kan supplere norsk prosessrett. Flertallet sier klart at EMK supplerer straffeprosesslovens regler.

7.9 Oppsummering.

Gjennomgangen i dette kapitlet viser at folkeretten har stor betydning i norsk rett, og ikke bare i forhold til strprl § 4 og tvl § 1-2. Spørsmålet om folkerettslige bestemmelser kan supplere norsk rett er også interessant på mange flere rettsområder.

¹⁰⁸ Rt 1994 s 1244 s 1254

Jeg sitter igjen med et inntrykk av at bruken av folkeretten i norsk rett, er noe usystematisk og tilfeldig. I noen saker kan det synes som om domstolene ikke ønsker å klart uttale hvor stor vekt de legger på folkeretten, mens i andre tilfeller kommer det klart frem. Selv på områder som kalles sektormonistiske, kan det virke som om domstolene er forsiktige med å gi folkeretten for stort gjennomslag i norsk rett.

Gjennomgangen viser allikevel at folkerett har endret praksis av norsk rett på flere områder. Folkeretten har vært brukt som argument med stor vekt i flere spørsmål, og vært brukt som veiledning for å komme frem til tolkningsresultater som samsvarer med folkeretten.

8 Sammenfatning.

Etter alminnelig rettskildelære vil ordlyden være det naturlige utgangspunkt for å finne frem til innholdet i en rettsregel. Som jeg har vist i kapittel 6, er ordlyden i strprl § 4 og tvl § 1-2, til liten hjelp når det kommer til spørsmålet om folkerettslige bestemmelser kan supplere norsk prosessrett. Ordlyden taler strengt tatt imot supplering av folkeretten, da folkeretten og traktater, etter ordlyden er ment å begrense loven.

Forarbeidene gir heller ingen klare svar på spørsmålet. Det finnes ingen uttalelser som helt utelukker at folkeretten kan supplere norsk prosessrett, det kan synes som om spørsmålet ikke har vært vurdert. Dette kan ha sammenheng med at spørsmålet aldri, så vidt jeg kan se, har blitt satt på spissen i rettspraksis, fordi domstolene har flere andre verktøy til å løse spørsmål som oppstår mellom norsk rett og folkerett på ulike rettsområder. Tolkningsprinsippene som jeg har gjennomgått i kapittel 5, er gode eksempler på dette.

Uttalelser i proposisjonen til tvisteloven gir likevel en grense for hvordan folkeretten eventuelt kan supplere reglene i tvisteloven. Spørsmål som ikke er regulert i loven i det hele tatt, kan ikke folkerettslige regler anvendes på. Jeg viser til kapittel 6.4 der tvisteloven § 1-2 behandles.

Som jeg har vist i oppgaven finnes det en rekke områder i norsk rett som har bestemmelser om sektormonisme, uten at det er helt klart hva en slik bestemmelse betyr. Da forgjengeren til disse bestemmelsene ble til i straffeloven av 1902, var folkeretten ikke så omfattende som den har blitt i de senere år. Særlig menneskerettighetene og miljøretten er eksempler på områder som har blitt viktige i internasjonal sammenheng. Kan det tenkes at på den tiden var det tanken på motstridstilfellene som var det sentrale, særlig siden det i juridisk teori var størst fokus på at norsk rett var dualistisk, og at folkeretten ikke skulle gis direkte virkning i norsk rett? I tiden etter dette, har folkeretten fått større betydning for den interne rett, både gjennom sedvanerett og traktater som Norge tilslutter seg. Tvistemålsutvalget skriver også i sin NOU fra 2001, at ordlyden i bestemmelsen ikke løser alle de spørsmål som oppstår i forbindelse med mulige konflikter i folkeretten. De peker på at det sentrale er bestemmelsens formål, å sikre at tvistemålslovens regler er i samsvar med folkerettslige regler, som jeg har referert i kapittel 6.4¹⁰⁹

Fleischer skriver i sin bok, Hovedpunkter i folkeretten, at traktatregler må tilkjennes en viss selvstendig verdi som rettskilde for norske domstoler uavhengig av om de er inkorporert eller ei¹¹⁰. Domstolene er i stor utstrekning berettiget til å avgjøre rettsspørsmål etter en relativt fri vurdering av de ulike reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Blant formålsbetraktningene må domstolene etter omstendighetene også ta hensyn til hva folkeretten krever. Dette synspunkt kan gjøres gjeldende om traktaten er eldre eller yngre enn de lovbestemmelser som må være gitt på rettsområdet det er snakk om.

Domstolene har etter den tradisjonelle lære i norsk rett anledning til å vektlegge folkeretten også uten særskilt bestemmelse om inkorporasjon. Men folkerettsreglene har ikke samme sterke stilling som om det var direkte henvist til dem – og kan spesielt ikke gå foran en formell norsk lov. På den måten har folkeretten en annen karakter enn alminnelige interne rettskilder.¹¹¹

¹⁰⁹ NOU 2001:32A s 181

¹¹⁰ Fleischer, Hovedpunkter i folkeretten, 1976 s 243

¹¹¹ Fleischer, Hovedpunkter i folkeretten, 1976 s 249

Har det noe betydning hvordan en kommer frem til resultatet, bare avgjørelsen er materielt riktig? I praksis får folkeretten gjennomslag i norsk rett gjennom ulike tolkningsmetoder i domstolene. Et argument for at sektormonistiske bestemmelser burde tolkes slik at folkerettslige bestemmelser kan supplere norsk rett, er at domstolene dermed klart kan si at folkeretten legges til grunn for det resultat retten kommer frem til. Dette vil gi større forutberegnelighet dersom de folkerettslige bestemmelser er noenlunde klare.

Det faktum at folkeretten avhenger av lojal gjennomføring i nasjonal rett er også viktig.

Dersom jeg skal gjøre et forsøk på en konklusjon, vil jeg si at rettspraksis åpner for at folkeretten kan brukes som supplement til norsk prosessrett der det ikke foreligger motstrid. Samtidig er det ikke noe entydig signal om det. Domstolene bruker folkeretten for å finne svar på spørsmål som norsk rett ikke fullt ut regulerer. Lovgiver har et ønske om å oppfylle sine folkerettslige forpliktelser, og har derfor gitt sektormonistiske bestemmelser. Ordlyden i bestemmelser taler imot, samt noen uttalelser i forarbeidene til tvisteloven.

Dersom norsk rett skal vike for folkeretten ved motstrid på sektormonistiske områder, vil det ikke da være mest hensiktsmessig at folkeretten også supplerer norsk rett der det er mulig og det ikke er motstrid?

Litteraturliste

- Aall, Jørgen. Menneskerettighetskonvensjonene som rettskildefaktor i intern norsk rett, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1989 s 613-639.
- Alvik, Ivar. Statsimmunitet etter norsk rett og folkeretten, Festskrift til Carl August Fleischer, dog Fred er ej det Bedste, Oslo 2006 s, 13-38
- Andenæs, Johs. Norsk straffeprosess, 4 utgave, Oslo 2009
- Casteberg, Frede. Folkerett, 2.utgave, Oslo 1948.
- Eckhoff, Torstein. Rettskildelære, 5.utgave, Oslo 2007.
- Eckhoff , Torstein og Smith, Eivind, Forvaltningsrett, 8. utgave, Oslo 2006.
- Fleischer, Carl August, Hovedpunkter i folkeretten, 3 utgave, Oslo 1976.
- Fleischer, Carl August, Folkerett, 8. utgave, Oslo 2005.
- Graver, Hans Petter. Alminnelig forvaltningsrett, 3.utgave, Oslo 2007.
- Helgesen, Jan Erik. Teorier om ”Folkerettens stilling i norsk rett”, Oslo 1982.
- Hov, Jo. Rettergang I, Oslo 2007.
- Opsahl, Torkel, Menneskerettighetene i straffeprosessen, Festskrift til Johs. Andenæs, Lov og frihet, Oslo 1982, s 487-501.
- Opsahl, Torkel. Atomspørsmålet – folkerettens oppgave? Statsmakt og menneskerett, bind 2, Oslo 1995, s385-395.
- Robberstad, Anne. Sivilprosess, 1 utgave, Oslo 2009.
- Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, Innføring i folkerett. 3 utg. Oslo 2006.
- Skoghøy, Jens Edvin A. Høyesteretts bruk av menneskerettighetskonvensjonene som rettskilde før og etter menneskerettsloven, Festskrift til Carsten Smith, Rettsteori og rettsliv, Oslo 2002, s 733-761
- Tvisteloven, kommentarutgave av Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordèn, Christian Reusch og Toril M. Øie, Oslo 2010. Elektronisk utgave.
- Ulfstein, Geir. Internasjonal miljøretts stilling i norsk rett, Lov og Rett 1999 s 402-417.

Forarbeider

- Innst.S.nr.78(2005-2006) Innstilling fra utenrikskomiteen om samtykke til ratifikasjon av
FNs konvensjon av 2. desember 2004 om immunitet for stater og deres eiendom
overfor fremmede staters domsmyndighet.
- NUT 1969:3. Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen.
- NOU 1972: 16 Gjennomføring av lovkonvensjoner i norsk rett.
- NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter.
- NOU 2001:32A Rett på sak
- NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering.
- Oth.prp.nr.24(1898-1899) Ang. Udfærdigelse af en almindelig borgerlig Straffelov, en Lov
om den almindelige borgerlige Staffelovs Ikrafttræden samt en Lov, indeholdende '
Forandringer i Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager af 1ste Juli 1887.
- Ot.prp.nr.23(1961-1962) Om lov om tillegg til rettergangslovgivningen når det gjelder
folkerettslig immunitet.
- Ot.prp.nr.9 (1980-1981). Om lov om viltet
- Ot.prp.nr.49(1986-1987) Rettergangslovgivningen m.m.
- Ot.prp.nr.65(1990-1991) Tvangsfullbyrding og midlertidig sikring.
- Ot.prp.nr.79 (1991-1992). Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale
om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.
- Ot.prp.nr.42(1995-1996) Straffeloven.
- Ot.prp.nr.3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
(menneskerettsloven)
- Ot.prp.nr.45(2002-2003) Menneskerettsloven mv.
- Ot.prp.nr.33 (2003-2004) (endringslov) Tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak)
- Ot.prp.nr.90(2003-2004) Straff (Straffeloven)
- Ot.prp.nr.33(2004-2005) Forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.
(diskrimineringsloven)
- Ot.prp.nr.51(2004-2005) Mekling og rettergang i sivile tvister(tvisteloven)
- Ot.prp.nr.89 (2008-2009) (endringslov) Tvisteloven m.m. og om samtykke til ratifikasjon
av Luganokonvensjonen 2007 om domsmyndighet og om anerkjennelse og

fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker.
Ot.prp.nr.93(2008-2009) Menneskerettsloven mv. (inkorporering av
kvinnediskrimineringskonvensjonen).