



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

**Statens skjønnsmargin etter Den europeiske
menneskerettskonvensjonen og norske domstolars prøvingsintensitet
av EMK**

Nora Traa Celius

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, våren 2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Bakgrunn og problemstilling.....	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Begrepsavklaring og avgrensning	3
1.4	Den metodiske tilnærmingen	5
1.5	Fremstillingen videre.....	6
2	Gjelder det en statlig skjønnsmargin i folkeretten?.....	6
3	Den statlige skjønnsmarginen hos EMD	10
3.1	Hva er EMD sin statlige skjønnsmargin?.....	10
3.2	Hvordan praktiseres EMD sin statlige skjønnsmargin?	13
3.3	Hvorfor er det et behov for å ha en statlig skjønnsmargin?	17
4	Gjelder EMDs statlige skjønnsmargin for forholdet mellom nasjonale domstoler og statlige myndigheter?	19
5	Gjelder det en nasjonal skjønnsmargin i norsk rett?	21
5.1	Pålegger lovgiver en skjønnsmargin i norsk rett?	21
5.2	Utviklingen i høyesterettspraksis om skjønnsmargin.....	25
5.2.1	Rettspraksis før Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote).....	25
5.2.2	Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote).....	28
5.2.3	Rettspraksis etter Strukturkvote-saken fram til HR-2022-718-A (Hyttekarantene).....	29
5.2.4	Oppsummering av rettspraksis før HR-2022-718-A (Hyttekarantene).....	33
5.3	HR-2022-718-A (Hyttekarantene) – har Høyesterett etablert en egen nasjonal skjønnsmargin?.....	34
5.4	Hvorfor er det et behov for en egen nasjonal skjønnsmargin?.....	41
5.5	Hva er innholdet i den nasjonale skjønnsmarginen?	44
5.5.1	Forvaltningsskjønn	45
5.5.2	Rt. 1976 s. 1 (Kløfta-dommen)	49

6	Veien videre for den nasjonale skjønnsmarginen	53
	Referanseliste	56
6.1	Lover	56
6.2	Forarbeid	56
6.3	Nasjonal rettspraksis	56
6.4	Internasjonale avtaler	58
6.5	Avgjørelser fra Den internasjonale domstolen.....	58
6.6	Avgjørelser fra FNs menneskerettighetskomité.....	59
6.7	Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen.....	59
6.8	Fremmed rettspraksis	60
6.9	Juridisk litteratur	60

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og problemstilling

I norsk rett har private mulighet til å få rettslig overprøvd vedtak fra offentlige myndigheter.¹ Det samme gjelder ved visse internasjonale domstoler som Norge har sluttet seg til.² For både internasjonale og nasjonale domstoler er det nødvendig med rammer for domstolskontrollen. Rammene kan etableres ved utforming av retningslinjer som bidrar til å avgjøre hvor intensiv domstolens prøving skal være. Å etablere klare rammer for domstolskontrollen kan bidra til å sikre en effektiv håndhevelse av rettsreglene. Men dersom en domstol gjør en for inngående overprøving av andre myndigheters vurderinger, kan det som konsekvens svekke domstolens tillit og rokke med maktfordelingen.

Et virkemiddel som flere domstoler bruker for å unngå *for* inngående overprøving, er å operere med en skjønnsmargin for myndighetenes vurderinger. Ved å bevilge en skjønnsmargin til myndighetene gir domstolen, basert på en glideskala, et visst fritt handlingsrom til vurderinger som retten ikke vil blande seg inn i. Selv om flere domstoler har utformet en form for skjønnsmargin, er det imidlertid ikke gitt at den praktiseres likt hos de ulike domstolene.³

Ved overprøving hos Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) er det utviklet en statlig skjønnsmargin, den såkalte «margin of appreciation».⁴ Den statlige skjønnsmarginen

¹ Et overordnet eksempel på privates rett til domstolskontroll følger av Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) § 89. Videre stilles det visse krav til saksgangen, vedtaket, partene, osv. før saken slippes inn for rettslig prøving hos domstolene. Disse kravene vil ikke drøftes nærmere. Se nærmere om kravene i Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget 2018.

² Et tydelig eksempel på privates rett til domstolskontroll hos en internasjonal domstol følger av individers klagerett til Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) etter Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 (heretter Den europeiske menneskerettskonvensjonen eller EMK) artikkel 34. Klageretten gjelder kun for saker som omhandler EMK, for nærmere redegjørelse se oppgavens pkt. 3.

³ Det er for eksempel ikke en selvfølge at skjønnsmarginen hos norske domstoler er tilsvarende skjønnsmarginen hos Storbritannias domstoler, se oppgavens pkt. 6.

⁴ *Handyside mot Storbritannia* [J], no. 5493/72 (1976), avsnitt 48.

brukes når EMD skal ta stilling til og vurdere statens inngrep i en konvensjonsrettighet. Det er særlig i forholdsmessighetsvurderingen av et rettighetsinngrep at den statlige skjønnsmarginen kommer til syne.⁵

I norsk rett har Høyesterett forsøkt å operere med en skjønnsmargin for sin prøvingsintensitet av EMK. Høyesterett sin tilnærming til skjønnsmarginen har vært i utvikling og endring, noe som medfører at det ikke er like enkelt å forstå hvordan skjønnsmarginen er ment å gjelde i norsk rett.⁶

I denne oppgaven skal jeg gi en analyse og vurdering av skjønnsmarginens plass i folkeretten generelt, hos EMD, og hos norske domstoler. Jeg vil legge hovedfokuset på statens skjønnsmargin etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen og norske domstolers prøvingsintensitet av EMK. Sentrale spørsmål i oppgaven er: Gjelder det en skjønnsmargin i folkeretten? Hvordan praktiseres den statlige skjønnsmarginen hos EMD? Gjelder EMD sin skjønnsmargin også ved prøving av EMK hos nasjonale domstoler? Hvordan har Høyesterett forholdt seg til EMD sin statlige skjønnsmargin? Gjelder det en nasjonal skjønnsmargin ved norske domstoler når de prøver om vedtak er i tråd med EMK?

1.2 Aktualitet

Temaet er dagsaktuelt. Statens skjønnsmargin hos EMD nevnes i flere av domstolens nylige avgjørelser, som viser at temaet fremdeles er relevant og synlig i EMDs rettspraksis.⁷ I tillegg trådte EMK sin 15. protokoll i kraft i 2021.⁸ Gjennom protokollens artikkel 1 ble den statlige skjønnsmarginen, og erkjennelsen av EMD sin subsidiære rolle, tatt inn i fortalen til EMK. Følgelig har doktrinen om den statlige skjønnsmarginen nylig fått en tydeligere forankring i EMD sine rettskilder.

⁵ For nærmere redegjørelse av hvordan den statlige skjønnsmarginen praktiseres hos EMD se pkt. 3.2.

⁶ For nærmere redegjørelse av Høyesteretts praktisering av en skjønnsmargin se pkt. 5.2 flg.

⁷ For eksempel *Vavříčka mfl. mot Tsjekkia* [J], no. 47621/13 (2021) og *Yakut Republican Trade-Union Federation mot Russland* [J], no. 29582/09 (2022). I EMD sin årlige rapport fra 2022 er «margin of appreciation» nevnt 12 ganger, se European Court of Human Rights, «Annual Report 2022» (2023).

⁸ Protocol no. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 2013 (entered into force 2021).

I norsk rett har det vært skrevet mye om temaet skjønnsmargin og domstolenes prøvingsintensitet av EMK. Særlig fra omkring 2000-tallet og fram til i dag har temaet jevnlig vært drøftet i høyesterettspraksis, samt vært diskutert i juridisk litteratur.⁹ Likevel er temaet høyst dagsaktuelt i norsk rett, ettersom Høyesterett nylig gjorde en kursendring fra domstolens tidligere oppfatning om temaet.¹⁰

1.3 Begrepsavklaring og avgrensning

Begrepet skjønnsmargin forstås ulikt avhengig av hvilken domstol det er tale om. For eksempel har den statlige skjønnsmarginen hos EMD et annet formål og meningsinnhold enn den nasjonale skjønnsmarginen i Storbritannia.¹¹ Følgelig er det vanskelig å gi en felles definisjon av begrepet skjønnsmargin. Likevel kan det juridiske konseptet, skjønnsmargin, helt generelt defineres som at noen vurderinger underlegges begrenset rettslig kontroll i større eller mindre grad. Innholdet i begrepet skjønnsmargin vil forklares nærmere fortløpende i oppgaven.

I tillegg kan begrepet skjønnsmargin presenteres på ulike måter. Skjønnsmarginen har vært formulert som en lære, en doktrine eller et prinsipp. I rettspraksis og juridisk litteratur brukes formuleringene om hverandre og det samme vil dem gjøres i denne oppgaven.¹² Meningsinnholdet vil uansett være den samme.

Det er en rekke avgjørelser fra EMD og Høyesterett som omhandler læren om skjønnsmarginen. Av hensyn til oppgavens omfang vil det ikke være rom for å redegjøre av hver enkelt dom om temaet. Formålet med oppgavens redegjørelse av rettspraksis er å gi et

⁹ De mest sentrale dommene fra Høyesterettspraksis og litteraturens drøftelse av disse, vil bli redegjort for i pkt. 5.

¹⁰ HR-2022-718-A (Hyttakarantene). Dommen er kjent som «Hytteskøsmålet», men i denne oppgaven vil jeg holde meg til Lovdata sin korttittel som er «Hyttakarantene».

¹¹ Se pkt. 3 for EMD sin statlige skjønnsmargin og pkt. 6 for en kort fremstilling av Storbritannias nasjonale skjønnsmargin.

¹² For eksempel har EMD omtalt sin statlige skjønnsmargin som en doktrine i *A mfl. mot Storbritannia* [GC], no. 3455/05 (2009), avsnitt 184, mens i juridisk litteratur har Christian B. Sørensen omtalt den samme skjønnsmargin som «skjønnsmarginlæren», Christian Børge Sørensen, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* Vol. 117, utg. 1-2 (2004) s. 134–196, på s. 134.

helhetlig og oversiktlig bilde av hvordan EMD og Høyesterett forholder seg til en skjønnsmargin i sine saker. Oppgaven har derfor et utvalg av dommer som jeg mener er sentrale, og som bidrar til å gi en helhetlig fremstilling av temaet.

Jeg avgrenser oppgaven mot en redegjørelse av eventuell skjønnsmargin i andre land, og vil kun ta med andre lands praksis i den grad det er hensiktsmessig for å besvare spørsmålene som stilles i oppgaven.¹³

Statens skjønnsmargin er et av flere rettskildeprinsipper hos EMD. Med rettskildeprinsipper menes retningslinjer som anvendes for å finne fram til løsningen av rettsspørsmål.¹⁴ Andre rettskildeprinsipper er subsidiaritetsprinsippet og fjerdeinstansdoktrinen. Med subsidiaritetsprinsippet menes tanken om at det primært er medlemsstatene av EMK som har ansvaret for å sikre EMK-rettighetene i sin stat.¹⁵ Følgelig har EMD kun et subsidiært ansvar for å sikre konvensjonsrettighetene. Med fjerdeinstansdoktrinen menes betraktningen om at EMD ikke skal være en alminnelig ankedomstol etter nasjonale domstoler, EMD er ikke ment å fungere som en fjerde instans.¹⁶

Statens skjønnsmargin, subsidiaritetsprinsippet og fjerdeinstansdoktrinen er nært beslektet, og som jeg vil komme tilbake til, kan de ses i sammenheng med hverandre.¹⁷ Likevel faller det utenfor oppgaven å gjøre en nærmere redegjørelse av subsidiaritetsprinsippet og fjerdeinstansdoktrinen, og følgelig vil de kun trekkes inn der de er relevante for temaet skjønnsmargin.

Videre vil jeg avgrense oppgaven mot internasjonale konvensjoner som Norge ikke er bundet av, ettersom det naturlig faller utenfor oppgavens tema. Konvensjoner som Norge ikke har signert og inkorporert, vil derfor kun tas med dersom de gir uttrykk for folkerettslig

¹³ Se pkt. 6.

¹⁴ Thor Falkanger, Jon Gisle og Erik Magnus Boe, «Rettskilder» i Store norske leksikon, 30. desember 2021, <https://snl.no/rettskilder>, (lest 26. april 2023).

¹⁵ Stig Harald Solheim, «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område» i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019. s. 360–384, på s. s. 380.

¹⁶ Ibid. på s. s. 380.

¹⁷ Se pkt. 3.3.

sedvanerett. Det faller utenfor oppgavens tema å redegjøre nærmere om folkerettslig sedvanerett.

1.4 Den metodiske tilnærmingen

Oppgaven bygger på rettsdogmatisk metode. Med rettsdogmatisk metode menes en fremgangsmåte med mål om å systematisere og komme med løsningsforslag til aktuelle og potensielle rettslige problemer.¹⁸ Løsningsforslagene i oppgaven vil drøftes med utgangspunkt i en begrunnet antagelse om hvordan en domstol vil avgjøre saken, basert på hvordan domstoler tidligere har behandlet lignende saker. Oppgavens formål er å systematisere EMDs bruk av sin skjønnsmarginlære og praktiseringen av en skjønnsmargin i norsk rett. I denne sammenheng vil jeg påpeke at EMK tolkes med den metoden som EMD selv benytter og øvrige norske rettskilder tolkes i lys av alminnelige norske rettskildeprinsipper. I tillegg vil jeg nevne at EMK gjelder som norsk lov etter menneskerettsloven § 2.¹⁹

For tolkningen av internasjonale konvensjoner gjelder Wien-konvensjonen.²⁰ Selv om Norge ikke har signert Wien-konvensjonen, har EMD og Høyesterett lagt til grunn at konvensjonens artikler 31–33 gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett.²¹ Dermed vil Wien-konvensjonen om traktatolking gjelde ved tolkningen av EMK.

Den europeiske menneskerettskonvensjonen er et «living instrument which (...) must be interpreted in the light of present-day conditions».²² Følgelig skal konvensjonen tolkes dynamisk, noe som kan medføre at konvensjonens innhold endrer seg over tid. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen er ikke bundet av sine tidligere avgjørelser, derfor kan domstolen endre sin praksis hvis det er ønskelig og hensiktsmessig i lys av utviklingen i samfunnet ellers. En slik dynamisk tilnærming til EMK og EMD-praksis gir også grunn til å tro at det samme gjelder for den statlige skjønnsmarginen hos EMD. Dersom EMD finner det

¹⁸ Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» *Jussens Venner* Vol. 39, utg. 5-6 (2005) s. 329–342, på s. 329.

¹⁹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2.

²⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969. (Wien-konvensjonen).

²¹ For eksempel i Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 89 og *Golder mot Storbritannia* [P], no. 4451/70 (1975), avsnitt 29.

²² *Tyrer mot Storbritannia* [J], no. 5856/72 /18 (1978), avsnitt 31.

nødvendig å endre sin praktisering av statens skjønnsmargin er verken tidligere praksis eller EMK til hinder for dette, så langt EMD holder seg innenfor EMK sine grenser.²³

Til slutt poengteres det at det ikke er tvilsomt at avgjørelser fra EMD har en sentral plass når Høyesterett tolker EMK.²⁴

1.5 Fremstillingen videre

I oppgavens punkt 2 skal jeg redegjøre for om det gjelder en statlig skjønnsmargin i folkeretten. I punkt 3 skal jeg redegjøre for den statlige skjønnsmarginen hos Den europeiske menneskerettsdomstolen. Videre i punkt 4 skal jeg redegjøre for om EMDs statlige skjønnsmargin gjelder for forholdet mellom nasjonale domstoler og andre statlige myndigheter. I oppgavens punkt 5 vil jeg drøfte hvorvidt det gjelder en nasjonal skjønnsmargin i norske domstoler. I punkt 5.3 behandles HR-2022-718-A (Hyttekarantene). I punkt 5.5 vil jeg drøfte to mulige forslag til hvordan det nærmere innholdet i skjønnsmarginen kan utformes i norsk rett. Til sist vil jeg i punkt 6 drøfte veien videre for skjønnsmarginen i norsk rett.

2 Gjelder det en statlig skjønnsmargin i folkeretten?

Folkeretten bygger på suverenitetsprinsippet om at enhver stat er suveren og likeverdig.²⁵ Suverenitetsprinsippet medfører at ingen stat er forpliktet av konvensjoner som den ikke har inngått, med mindre konvensjonens innhold gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett.²⁶ Selv om en konvensjon gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett er staten fremdeles ikke bundet av avtalen, men snarere av de sedvanerettslige reglene som er gjengitt i den. En sentral følge av

²³ I for eksempel *Yakut republican trade-union federation mot Russland* [J], no. 29582/09 (2022), konkluderte retten med at Russlands myndigheter ikke hadde gått utenfor sin skjønnsmargin, men samtidig utelukket ikke retten for at utviklingen på dette feltet kunne medføre en endring ved en senere anledning, se særlig dommens avsnitt 42–47.

²⁴ Rt. 2000 s. 996 (Bøhler) (s. 1007–1008).

²⁵ Frida Skatvik, «Ikke-innblandingsprinsippet» i Store norske leksikon, 10. februar 2021, <https://snl.no/ikke-innblandingsprinsippet>, (lest 26. april 2023).

²⁶ En stat kan forbli ubundet av ny sedvanerett dersom den er «persistent objector», se Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 81.

statenes suverenitet er at det er statene selv som har ansvaret for å gjennomføre sine internasjonale forpliktelser i sitt land.

Ved håndhevingen av internasjonale konvensjoner kan det problematiseres om internasjonale domstoler, i sin overprøving, kan tildele statene en skjønnsmargin, basert på en glideskala, til å håndheve konvensjonen på valgfri måte i sitt land. Skjønnsmarginen medfører at den internasjonale domstolen ikke overprøver de materielle vurderingene som staten har gjort i sin nasjonale sikring av konvensjonsforpliktelsene i saken. I litteraturen vises det til at internasjonale domstoler henviser til en statlig skjønnsmargin som et juridisk konsept, når de viser en viss respekt for handlinger utført av nasjonale myndigheter.²⁷

For den generelle folkeretten kan det vanskelig slutes at det gjelder en doktrine om statlig skjønnsmargin.²⁸ I juridisk litteratur uttales det at «the clear weight of contemporary international authority not only does not support, but instead affirmatively rejects, the margin of appreciation as a general rule of international law».²⁹ En eventuell statlig skjønnsmargin hos en internasjonal domstol kan følgelig ikke hjemles i en generell folkerettslig regel om statlig skjønnsmargin. Internasjonale domstoler må heller søke i den *konkrete* konvensjonens formål og bestemmelser for å kunne fastslå om retten har adgang til å operere med en statlig skjønnsmargin.³⁰ I enkelte tilfeller har det vært gitt en viss skjønnsmargin innenfor rettsområdet internasjonal investeringsrett,³¹ men disse tilfellene medfører ikke at det kan fastslås en allmenn regel om statlig skjønnsmargin i folkeretten. Spørsmålet er videre om dette stiller seg annerledes for konvensjoner om grunnleggende menneskerettigheter.

²⁷ Gary Born, Danielle Morris og Stephanie Forrest, «'A Margin of Appreciation': Appreciating Its Irrelevance in International Law» *The Harvard International Law Journal* vol. 61 (2020) s. 65–134, på s. 65.

²⁸ For eksempel blir USA sin anførsel om at staten må tildeles et viss rom for skjønn tydelig avvist av den internasjonale domstolen (ICJ) i *Case concerning oil platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, no. 876, 2003, avsnitt 73.

²⁹ Gary Born, Danielle Morris og Stephanie Forrest, «'A Margin of Appreciation': Appreciating Its Irrelevance in International Law» *The Harvard International Law Journal* vol. 61 (2020) s. 65–134, på s. 77.

³⁰ *Ibid.* på s. 65.

³¹ *Ibid.* på s. 65.

Ved inngåelse av folkerettslige avtaler, særlig konvensjoner om menneskerettigheter, etableres det ofte et kontrollorgan som skal bidra til å sikre og ivareta avtalens innhold.³² For eksempel er FNs barnekomité kontrollorganet til barnekonvensjonen, og FNs menneskerettighetskomité er kontrollorganet til SP.³³ Det varierer hvilken myndighet de forskjellige kontrollorganene har, men generelt sett fungerer de som et organ som produserer uttalelser om konvensjonenes innhold og utvikling. I tillegg har flere av de internasjonale kontrollorganene myndighet til å behandle individuelle klager fra typisk medlemsstatenes innbyggere.³⁴

For kontrollorganer som er gitt myndighet til å behandle individuelle klager er det spesielt viktig at forholdet mellom organet og konvensjonsstatene fastlegges. Individuelle klager innebærer som regel at individer klager hjemstaten sin til kontrollorganet med påstand om konvensjonsbrudd. Kontrollorganer er ikke domstoler og har ikke adgang til å avsi rettslig bindende avgjørelser.³⁵ Som følge av kontrollorganenes manglende domstolsmyndighet risikerer ikke konvensjonsstatene en domfellelse mot seg dersom de handler i strid med sine konvensjonsforpliktelser. Likevel er et «fellende» utfall stigmatiserende for staten det gjelder. Når kontrollorganene behandler individuelle klager, vil ofte statens egen vurdering og kontroll av konvensjonsforpliktelsen være sentral. I forbindelse med behandling av klager hos et kontrollorgan kan det problematiseres *om organet kan overprøve medlemslandets materielle vurderinger av konvensjonen*, eller om kontrollorganet må avstå en slik

³² På grunn av disse organene, og naturlignok de underliggende avtalene, har det i liten grad vært noe fokus på den sedvanerettslige statusen til menneskerettigheter. Det er vel grunn til å anta at i alle fall kjernen av de sentrale rettighetene kan ha etablert seg også som sedvanerettslige plikter, jf. Norges institusjon for menneskerettigheter, «Kommuner og menneskerettigheter. 2. Generelt om menneskerettigheter», rapport, <https://www.nhri.no/rapport/kommuner/2-generelt-om-menneskerettigheter/> (2021) (lest 24. april 2023).

³³ Convention on the Rights of the Child (heretter barnekonvensjonen) artikkel 43 og International Covenant on Civil and Political Rights (heretter SP) artikkel 28.

³⁴ For eksempel for barnekonvensjonen med hjemmel i Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure (denne tilleggsprotokollen har Norge ikke sluttet seg til) og for SP med hjemmel i Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (tilsluttet av Norge, jf. mrl. § 2 nr. 3 bokstav a).

³⁵ Geir Ulfstein, «Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer» *Lov og rett* vol. 51, utg. 9 (2012) s. 552–570, på s. 553 og 556.

overprøving. Spørsmålet blir om kontrollorganet må gi staten en skjønnsmargin i sin håndheving av konvensjonen i landet.

I praksis fra FNs menneskerettighetskomité finnes det få eksempler på at det gjelder en regel om skjønnsmargin i deres saksbehandling.³⁶ Tvert imot finnes det snarere eksempler på at komiteen har lagt til grunn at det ikke gjelder en statlig skjønnsmargin.³⁷ I tråd med praksis fra menneskerettighetskomiteen, konstaterer Norges Høyesterett at det ikke gjelder en statlig skjønnsmargin for SP artikkel 27.³⁸ Følgelig kan man ikke begrunne kontrollorganers sin grad av overprøving i en individuell klage ut fra en generell folkerettslig regel om skjønnsmargin. Dermed gjelder det samme utgangspunktet for konvensjoner om menneskerettigheter som ellers i folkeretten; kontrollorganet må søke til den konkrete konvensjonens formål og bestemmelser for å kunne fastslå om organet har adgang til å innvilge en skjønnsmargin for staten i saken.³⁹

I det globale rettssamfunnet er det et faktisk og rettslig mangfold. I juridisk litteratur har det vært argumentert for at verdenssamfunnets mangfold er en begrunnelse for at kontrollorganene hos FN ikke har utviklet en lignende doktrine om statlig skjønnsmargin som EMD har for EMK.⁴⁰ For Europarådets medlemmer er det lettere å finne fram til en felles europeisk forståelse av menneskerettighetene i EMK enn det er for FN-statene å finne en felles forståelse av de globale menneskerettskonvensjonene i FN. Medlemstatene av EMK har en felles arv av verdier, idealer, friheter og rettigheter som gjør det lettere å tildele statene mer skjønn, ettersom EMK-statene sine materielle vurderinger oftest vil være i tråd med den felles

³⁶ FNs menneskerettighetskomité, i forbindelse med håndhevelse av SP, har kun tildelt skjønnsmargin i én sak; *Hertzberg mfl. mot Finland*, Comm. no. 61/1979, avsnitt 10.3, jf. Christian Børge Sørensen, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* Vol. 117, utg. 1-2 (2004) s. 134–196, på s. 149.

³⁷ For eksempel uttaler menneskerettskomiteen at det ikke gjelder en statlig skjønnsmargin for SP artikkel 27 i *Länsman et al. mot Finland*, Comm. No. 511/1992, avsnitt 9.4.

³⁸ HR-2021-1975-S (Fosen) avsnitt 123 flg.

³⁹ Gary Born, Danielle Morris og Stephanie Forrest, «'A Margin of Appreciation': Appreciating Its Irrelevance in International Law» *The Harvard International Law Journal* vol. 61 (2020) s. 65–134, på s. 65.

⁴⁰ Christian Børge Sørensen, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* Vol. 117, utg. 1-2 (2004) s. 134–196, på s. 148–149.

europiske rettsenhet.⁴¹ Verdenssamfunnets mangfoldighet kan følgelig forklare årsaken til at det ikke har utviklet seg en skjønnsmargin i den globale folkeretten.⁴² Dessuten kan en generell folkerettslig regel om skjønnsmargin undergrave de rettslige forpliktelsene av avtalene.

Selv om det ikke kan fastslås at det eksisterer en skjønnsmargin generelt i folkeretten, sedvanerettslig og i de fleste avtaleregimer, er det klart at det gjelder en statlig skjønnsmargin hos Den europeiske menneskerettighetsdomstolen.⁴³

3 Den statlige skjønnsmarginen hos EMD

3.1 Hva er EMD sin statlige skjønnsmargin?

Medlemsstatene av EMK har gitt deler av sin suverenitet til EMD, som har myndighet til å avsi bindende dommer mot seg.⁴⁴ Det er kun for de forhold som faller innenfor EMDs myndighetsområde at medlemsstatene har avsagt suverenitet.⁴⁵ Likevel kan EMDs myndighet reverseres dersom statene forlater avtalen.⁴⁶ Følgelig eksisterer domstolen i Strasbourg på medlemsstatenes nåde og det er høyst nødvendig for domstolen at statene respekterer og anerkjenner domstolens arbeid.⁴⁷ For å unngå at EMD blir for inngripende i nasjonale forhold hos den enkelte stat, har EMD blant annet utviklet en statlig skjønnsmargin.

Den statlige skjønnsmarginen regulerer forholdet mellom EMD og medlemsstatene. Skjønnsmarginen innebærer at statene tillegges en viss grad av skjønn hos EMD for sine

⁴¹ Se Statue of the Council of Europe, London, 5 May 1949, hvor «rule of law» fremheves i fortalen og bestemmelsene.

⁴² Christian Børge Sørensen, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* Vol. 117, utg. 1-2 (2004) s. 134–196, på s. 148–149.

⁴³ *Handyside mot Storbritannia* [J], no. 5493/72 (1976), avsnitt 48–49.

⁴⁴ EMK artikkel 46 nr. 1.

⁴⁵ EMK artikkel 35.

⁴⁶ EMK artikkel 58.

⁴⁷ D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates, og C. M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. Utg., Oxford University Press 2018, s. 17.

lovgivende, administrative og juridiske handlinger eller unnlaterelser tilknyttet en konvensjonsrettighet.⁴⁸

Etableringen og utviklingen av den statlige skjønnsmarginen skjedde i rettspraksis. Dommen *Handyside mot Storbritannia* anses som gjennombruddet og prejudikatet for den statlige skjønnsmarginen hos EMD.⁴⁹ I *Handyside mot Storbritannia* er spørsmålet om britiske myndigheters beslag og inndragning av en skolebok med noe provoserende innhold er i strid med retten til ytringsfrihet etter EMK artikkel 10 nr. 1. Menneskerettighetsdomstolen tar stilling til om kravene for unntak i artikkel 10 nr. 2 var oppfylt, basert på argumentasjonen om at inndragningen var nødvendig for å beskytte moralen i Storbritannia. Retten fastslår at myndighetene kan innskrenke ytringsfriheten på visse vilkår, og at EMDs kontroll med disse vilkårene ikke er like intens på alle områder. Domstolen uttaler at:

«The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them. (...) Consequently, Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation».⁵⁰

Menneskerettighetsdomstolen tilkjenner Storbritannia en skjønnsmargin fordi retten anser medlemsstaten som bedre egnet til å foreta de konkrete vurderingene. Likevel holder retten fast at statens skjønnsmargin ikke er ubegrenset, ettersom EMD har ansvar for at EMK ikke krenkes av medlemsstatene. Følgelig uttaler retten at den statlige skjønnsmarginen og EMDs overvåking av EMK «goes hand in hand» med hverandre.⁵¹

⁴⁸ D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates, og C. M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. Utg., Oxford University Press 2018, s. 15.

⁴⁹ *Handyside mot Storbritannia* [J], no. 5493/72 (1976).

⁵⁰ *Ibid.* avsnitt 48.

⁵¹ *Ibid.* avsnitt 49.

Retten kommer fram til at inndragningen av boka ikke var i strid med EMK artikkel 10 nr. 1 om ytringsfrihet. Dommen er avsagt i plenum med dissens. Mindretallet synes likevel ikke å være uttrykkelig uenig i flertallets anerkjennelse av en statlig skjønnsmargin. Dissensene angår ikke flertallets argumentasjon om en statlig skjønnsmargin.⁵²

Gjennom EMK sin tilleggsprotokoll nr. 15 artikkel 1 ble den statlige skjønnsmarginen sammen med subsidiaritetsprinsippet, en del av fortalen til EMK.⁵³ Skjønnsmarginen er dermed forankret i EMK sitt hoveddokument.⁵⁴ Den statlige skjønnsmarginen har nå en solid rettslig forankring og nyter en sentral plass i EMD sin virksomhet.

Menneskerettighetsdomstolen uttaler at praktiseringen av den statlige skjønnsmarginen vil forandre seg i takt med utviklingen av samfunnet begrunnet i EMK som et «living document».⁵⁵ En slik praktisering medfører at EMD kan snevre inn eller utvide skjønnsmarginen i en sak, selv om skjønnsmarginen i tidligere saker om lignende tilfeller ble utøvet annerledes. En dynamisk tilnærming av skjønnsmarginen gir dessuten EMD muligheten til å tilpasse skjønnsmarginen til den enkelte stat, som uttrykkes godt i en avgjørelse fra det britiske parlamentet:

«This doctrine is an integral part of the supervisory jurisdiction which is exercised over state conduct by an international court. By conceding a margin of appreciation to each national system, the court has recognised that the Convention, as a living system, does not need to be applied uniformly to all states but may vary in application according to local needs and conditions».⁵⁶

⁵² Det ene mindretallet, bestående av dommer Mosler, anvender også statens skjønnsmargin i sine premisser, se mindretallets avsnitt 3.

⁵³ Protocol no. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 2013 (entered into force 2021) artikkel 1.

⁵⁴ I tråd med Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 2 bokstav a, vil EMK sin fortale inngå som en del av konvensjonen når EMK skal tolkes.

⁵⁵ *Yakut Republican Trade-Union Federation mot Russland* [J], no. 29582/09 (2022) avsnitt 45 og European Court of Human Rights, «Annual Report 2021» (2022) s. 126.

⁵⁶ *Regina v. Director of Public Prosecutions Ex Parte Kebeline and Others*, 28 October 1999, session 1998-1999, uttalelsen er gitt av House of Lords (Lord Hope).

Som følge er den statlige skjønnsmarginen en dynamisk doktrine som holdes aktuell gjennom endringer og tilpasninger i tråd med samfunnsutviklingen og den enkelte stats behov.

At skjønnsmarginen kan endre seg over tid er saken *Christine Goodwin mot Storbritannia* et eksempel på.⁵⁷ Saken gjelder en transseksuelles rett til full juridisk anerkjennelse av nytt kjønn. Klageren i saken hadde gjennomført kjønnskifteoperasjon og levde som kvinne, men i rettslig sammenheng i Storbritannia var hun fremdeles en mann. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen kommer frem til at ordningen som nektet transseksuelle å få utstedt en ny fødselsattest etter kjønnskifteoperasjon krenker EMK artikkel 8 om retten til privatliv. Retten begrunner krenkelsen med at en slik ordning mot ny fødselsattest for transseksuelle ikke er innenfor statens skjønnsmargin.⁵⁸ Ordningen som Storbritannia praktiserte ble i en tidligere sak, *Rees mot Storbritannia*, akseptert av EMD med den begrunnelse at praktiseringen lå innenfor Storbritannias skjønnsmargin.⁵⁹ Følgelig blir skjønnsmarginen i Goodwin-saken snevret inn, som konsekvens av samfunnets endrede syn på transseksualitet.⁶⁰ De to sakene mot Storbritannia viser at EMD endrer seg i takt med samfunnsutviklingen, noe som styrker EMK og EMD i å holde seg oppdaterte og praktiske i nåtidens Europa.

3.2 Hvordan praktiseres EMD sin statlige skjønnsmargin?

Før spørsmålet om statens skjønnsmargin gjør seg gjeldende er det en forutsetning at EMD har materiell kompetanse i saken. Med materiell kompetanse siktes det til hvilke saker og forhold EMD har kompetanse til å overprøve.⁶¹ Hvis EMD har materiell kompetanse til å behandle saken kan retten ta stilling til om det foreligger konvensjonsbrudd, herunder om staten skal tildeles en skjønnsmargin.

⁵⁷ *Christine Goodwin mot Storbritannia* [GC], no. 28957/95 (2002).

⁵⁸ *Ibid.* avsnitt 103.

⁵⁹ *Rees mot Storbritannia* [P], no. 9532/81 (1986) avsnitt 37.

⁶⁰ Norges institusjon for menneskerettigheter, «Den europeiske menneskerettsdomstolen», <https://www.nhri.no/emd/> (2022) (lest 26. april 2023) og Arnfinn Bårdsen, «Høyesterett og dynamisk tolking av EMK», 2017, s. 2.

⁶¹ Synne Solgaard Evensen, «Fjerdeinstansdoktrinen», 2018, s. 2 [masteroppgave], <https://munin.uit.no/bitstream/handle/10037/15402/Thesis.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.

Statene har dessuten mulighet til å begrense sine forpliktelser etter EMK. Dette fremgår dels ved at enkelte situasjoner faller utenfor bestemmelsenes rettigheter.⁶² Videre fremgår det også dels ved muligheten for derogasjon etter EMK artikkel 15. I tillegg gir også EMK artikkel 16, 27 og 18 muligheter for staten til å begrense sine forpliktelser etter EMK.

Skjønnsmarginen inntreffer i vurderingen av om staten kan gjøre inngrep i en konkret EMK-rettighet. Statens skjønn er kun relevant for konvensjonen sine relative rettigheter, som er rettigheter som statene unntaksvis kan gjøre inngrep i. For de absolutte rettighetene statene ikke gjøre inngrep i. For eksempel er det ikke adgang til å gjøre inngrep i det absolutte forbudet mot tortur i EMK artikkel 3.⁶³ På den andre siden er det en rekke rettigheter som statene har en viss adgang til å gjøre lovlige inngrep i. For eksempel er det adgang til å gjøre inngrep i retten til respekt for privatliv og familieliv etter artikkel 8 nr. 2, og tanke-, samvittighets- og religionsfrihet etter artikkel 9 nr. 2.⁶⁴ Det er ordlyden i konvensjonsbestemmelsen som er utgangspunktet for om EMD gir statene en skjønnsmargin.⁶⁵

Rettighetsinngrep kan kun gjøres dersom visse vilkår er oppfylt. Det må for det første foreligge en lovhjemmel, for det andre må inngrepet følge et legitimt formål og til sist må inngrepet være nødvendig i et demokratisk samfunn.⁶⁶ At inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn innebærer at det må «correspond to a 'pressing social need' and be 'proportionate to the legitimate aim pursued'». ⁶⁷ I tillegg fastslår EMD at vilkåret om at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn skal tolkes snevert.⁶⁸ Uttalelsene fra EMD medfører at medlemsstatene har en begrenset adgang til å gjøre legitime inngrep i konvensjonsrettighetene. Det siste vilkåret, om at inngrepet må være nødvendig i et

⁶² For eksempel fremgår det unntak fra retten til liv i EMK artikkel 2 nr. 2.

⁶³ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter 2*, Fagbokforlaget 2021, s. 106.

⁶⁴ I tillegg gjelder det også en adgang til inngrep etter EMK artikkel 10 nr. 2 og 11 nr. 2.

⁶⁵ Christian Børge Sørensen, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen». *Tidsskrift for Rettsvitenskap* Vol. 117, utg. 1-2 (2004) s. 134–196, på s. 149.

⁶⁶ Vilklårene kommer delvis til uttrykk i EMK artikkel 8 nr. 2 og er også uttrykt av EMD i for eksempel *Erdem mot Tyskland* [J], no. 38321/97 (1999), avsnitt 55.

⁶⁷ *Silver mfl. mot Storbritannia* [J], no. 5947/72 mfl. (1983), avsnitt 97.

⁶⁸ *Ibid.* avsnitt 97.

demokratisk samfunn, legger opp til blant annet en forholdsmessighetsvurdering, og det er i denne vurderingen at den statlige skjønnsmarginen aktualiserer seg.⁶⁹

Omfanget av statens skjønnsmargin varierer, både mellom artikler, mellom de forskjellige unntaksmulighetene internt i artikkelen, over tid, osv. Det er derfor ikke opplagt hvor vid statens skjønnsmargin vil være i en gitt situasjon.⁷⁰ I *M.K mot Frankrike* forsøker EMD imidlertid å oppstille ulike forhold som kan påvirke hvilken grad av skjønnsmargin som gis:

«A margin of appreciation, the extent of which varies depending on a number of factors, including the nature of the activities restricted and the aims pursued by the restrictions (...) must therefore, in principle, be left to the States in this context (...). The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights (...). Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted (...). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, the margin will be wider».⁷¹

Forholdene som EMD angir vil variere fra sak til sak og viser at statens skjønnsmargin skal tilpasses den konkrete saken. En slik tilpassing av skjønnsmarginen for hver sak gir utfordringer i forbindelse med hensynet til forutberegnelighet, både for individet og for staten. På den andre siden skal statens skjønnsmargin blant annet imøtekomme et påtrengende sosialt behov som vil være ulik i hver sak.⁷² Skjønnsmarginen tillater dermed ulik prøvingsintensitet i ulike saker og for ulike stater.

For de tilfeller hvor EMD gir staten en vid skjønnsmargin vil EMD være tilbakeholdne med å overprøve de materielle avveiningene som staten har tatt i sin vurdering av inngrepet. Et

⁶⁹ For eksempel se *NIT S.R.L mot Republikken Moldova* [GC], no. 28470/12 (2022), avsnitt 177 og 192–193.

⁷⁰ Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks og Clare Ovey. *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2014, s. 325.

⁷¹ *M.K. mot Frankrike* [J], no. 19522/09 (2013).

⁷² Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks og Clare Ovey. *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2014, s. 333.

eksempel på et tilfelle hvor EMD ofte gir statene en vid skjønnsmargin er saker om tiltak for å ivareta befolkningens helse.⁷³ Dette har vært eksemplifisert under koronapandemien, hvor en del saker har blitt avvist av EMD, men hvor også en del har sluppet igjennom og i noen av disse er staten dømt.⁷⁴ Dette viser at skjønnenet ikke er ubegrenset selv i saker med en vid skjønnsmargin, ettersom statene må gjøre sine vurderinger innenfor EMK sine grenser.⁷⁵

For andre tilfeller hvor staten har mindre rom for skjønnsmessige vurderinger vil EMD ha en grundigere kontroll av om inngrepet er legitimt. For eksempel har domstolen uttalt i forbindelse med inngrep i retten til liv ved bruk av makt etter artikkel 2 nr. 2 at det ikke vil være rom for å tillegge statene en skjønnsmargin i vurderingen av om maktbruken ikke går lenger enn absolutt nødvendig.⁷⁶

I juridisk litteratur har det vært argumentert for at EMD dobbeltkommuniserer i det de uttrykker at staten gis en vid skjønnsmargin, men i realiteten praktiserer en intensiv prøving.⁷⁷ Ut ifra argumentasjonen kan det virke som at den statlige skjønnsmarginen fremdeles står støtt, men at EMD har økt sitt fokus på overprøving av realitetene i saken. En slik praktisering kan forsvares dersom det bidrar til å gjøre statene mer oppmerksomme på viktigheten av å balansere realitetene ved rettighetsinngrep. At EMD utvikler den statlige skjønnsmarginen er dessuten i tråd med den dynamiske tilnærmingen som domstolen har til doktrinen.⁷⁸

⁷³ *Vavříčka mfl. mot Tsjekkia* [J], no. 47621/13 (2021) avsnitt 280.

⁷⁴ For eksempel på avvisningssaker se *Fenech mot Malta* [J], no. 19090/20 (2022) hvor saken ble delvis avvist og *Bjarte Helgesen mfl. mot Norge*, [A], no. 38015/22 (2023). For eksempel på en sak hvor staten ble dømt se *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) mot Sveits* [J], no. 21881/20 (2022).

⁷⁵ *Ribcheva mfl. mot Bulgaria* [J], no.37801/16, 39549/16 og 40658/16 (2021) og European Court of Human Rights, «Annual Report 2022» (2023) s. 43.

⁷⁶ *Ribcheva mfl. mot Bulgaria* [J], no.37801/16, 39549/16 og 40658/16 (2021) avsnitt 162.

⁷⁷ Bjørnar Borvik, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK – replikk til Jens Edvin A. Skoghøy». *Lov og Rett* Vol. 50, utg. 10 (2011) s. 575–595, på s. 586–589 med videre henvisning til EMD-praksis.

⁷⁸ Se pkt. 3.1.

3.3 Hvorfor er det et behov for å ha en statlig skjønnsmargin?

Den statlige skjønnsmarginen hos EMD har tett forbindelse med subsidiaritetsprinsippet.⁷⁹ Menneskerettighetsdomstolen sin subsidiære rolle er en del av begrunnelsen for skjønnsmarginen, ettersom det er statene som har det primære ansvaret for å sikre konvensjonsrettighetene. Så lenge statene handler innenfor EMK sine skranker, vil EMD være tilbakeholdne med å overprøve statenes materielle vurderinger og prioriteringer.⁸⁰ Subsidiaritetsprinsippet bygger på betraktningen at det er statene selv som har best grunnlag til å vite hvordan menneskerettighetene burde sikres i sine land, på bakgrunn av kultur, tradisjoner, politiske prioriteringer, osv.⁸¹ Inge Lorange Backer beskriver betraktningen godt ved at «[e]n samfunnsmessig bakgrunn som er velkjent i Norge, kan være lite kjent i Strasbourg».⁸²

Videre kan bakgrunnen for innføringen av EMK sin protokoll nr. 15 begrunne skjønnsmarginen. Protokollen ble nemlig opprettet som ett av flere virkemidler for å effektivisere EMD.⁸³ Det er fortsatt en overveldende saksmengde hos EMD,⁸⁴ og skjønnsmarginen er et tiltak som kan intensivere saksbehandlingen hos EMD og redusere den lange saksbehandlingstiden. Hensynet til effektivisering skal likevel ikke trekkes for langt, ettersom det ikke må gå på bekostning av EMD sin viktige rolle som kontrollorgan for EMK.

⁷⁹ D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates, og C. M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. Utg., Oxford University Press 2018, s. 17.

⁸⁰ Uttrykkes i Rt. 2004 s. 1737 avsnitt 75 og Stig Harald Solheim, «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område» i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019. s. 360–384, på s. s. 382.

⁸¹ Rt. 2013 s. 1345 avsnitt 257.

⁸² Backer, Inge Lorange, «Juridisk metode og dialog med Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)» i Andreas Føllesdal, Morten Ruud og Geir Ulfstein (red.), *Menneskerettighetene og Norge: rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Universitetsforlaget 2017. s. 228–237, på s. 236.

⁸³ Marius Emberland, «Effektivisering av subsidiaritet i EMK». *Lov og Rett* Vol 52, utg. 8 (2013) s. 513–514. Kommer også tydelig fram som en begrunnelse for EMK tilleggsprotokoll nr. 15 artikkel 1 i Council of Europe, «Explanatory Report to Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms». Council of Europe Treaty Series No. 213 (2013), avsnitt 7–9. Rapporten inngår som en del av konteksten til tilleggsprotokoll nr. 15, jf. Wienkonvensjonen artikkel 31 (2).

⁸⁴ European Court of Human Rights, «Annual Report 2022» (2023) s. 139.

I tillegg kan skjønnsmarginen begrunnes i hensynet til statenes suverenitet.

Suverenitetsprinsippet forsvaret argumentet om at statene ikke skal måtte avsi mer suverenitet enn nødvendig til EMD for å sikre rettighetene i EMK. Ansvarsdelingen er at statene er ansvarlig for å gjennomføre konvensjonsrettighetene, mens EMD har et kontrollansvar.⁸⁵

Enkelte stater har tatt til orde for at EMD går for langt i å overprøve statenes skjønnspregede vurderinger om lokale forhold.⁸⁶ Spesielt gjelder dette for saker hvor det finnes flere legitime løsninger for statene å velge mellom.⁸⁷

Det kan argumenteres for at EMD i saker med flere legitime løsninger burde overlate skjønsvurderingene til staten, i kraft av statens bedre innsikt i nasjonale forhold og suverenitet. Hvis EMD strekker sin myndighet i å overprøve nasjonale vurderinger for langt, kan det tenkes at EMDs tillit hos statene svekkes, og i ytterste konsekvens at hele systemet kollapser. En svekkelse av tilliten kan utspille seg ved at statene ignorerer avgjørelser som går mot dem, at ministerrådet ikke følger opp slike saker, at mer statsvennlige dommere oppnevnes, osv. En slik mistillit vil EMD unngå og den statlige skjønnsmarginen er et virkemiddel for det. Statenes suverenitet som argument for skjønnsmarginen må likevel ikke trekkes for langt, ettersom EMD har et selvstendig ansvar for å dømme statene når de krenker EMK-rettigheter i den enkelte sak.⁸⁸

På den andre siden kan hensynet til effektiv menneskerettighetsbeskyttelse tale mot en statlig skjønnsmargin.⁸⁹ I *Airey mot Irland* uttaler retten at rettighetene i EMK ikke skal være teoretiske eller illusoriske, men heller praktiske og effektive.⁹⁰ En effektiv menneskerettighetsbeskyttelse taler for at EMD gjør en inngående prøving, noe som gir

⁸⁵ Lars Oftedal Broch, «Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol». *Lov og rett* Vol. 44, utg. 5-6 (2005) s. 259–282, på s. 260.

⁸⁶ Norges institusjon for menneskerettigheter, «Den europeiske menneskerettsdomstolen», <https://www.nhri.no/emd/> (2022) (lest 26. april 2023).

⁸⁷ Stig Harald Solheim, «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område» i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019. s. 360–384, på s. s. 381.

⁸⁸ *Handyside mot Storbritannia* [J], no. 5493/72 (1976), avsnitt 49 og *M.K. mot Frankrike* [J], no. 19522/09 (2013) avsnitt 34.

⁸⁹ Retten til effektiv rettslig prøving av EMK er traktatfestet i EMK artikkel 13.

⁹⁰ *Airey mot Irland* [J], no. 6289/73 (1979), avsnitt 24.

mindre rom for en statlig skjønnsmargin.⁹¹ Likevel kan hensynet til effektiv menneskerettighetsbeskyttelse ivaretas selv om statene gis en skjønnsmargin. Så framtidig statene finner legitime løsninger for konvensjonsrettighetene og nasjonale domstoler fører materiell kontroll over disse beslutningene, vil hensynet til effektiv menneskerettighetsbeskyttelse ikke tale betydelig mot en skjønnsmargin for EMD. Dessuten kan ikke hensynet til et effektivt vern være gjennomgripende til enhver tid. For eksempel kan det være nødvendig at staten tildeles et større skjønn, dersom saken gjelder et sentralt politisk tema med flere legitime løsninger.⁹² I slike saker kan det være nødvendig å tone ned hensynet til effektiv menneskerettighetsbeskyttelse til fordel for andre hensyn, som for eksempel demokratihensyn.⁹³

4 Gjelder EMDs statlige skjønnsmargin for forholdet mellom nasjonale domstoler og statlige myndigheter?

Den statlige skjønnsmarginen hos EMD etablerer forholdet mellom medlemsstatene og domstolen i Strasbourg. Rettspraksis viser at det er reist spørsmål for EMD om skjønnsmarginen er ment å gis videre til statlige organer i saker hos nasjonale domstoler.⁹⁴

I *A med flere mot Storbritannia* i 2009 er spørsmålet besvart av EMD for første gang.⁹⁵ Spørsmålet kom opp som følge av at britiske myndigheter mente at EMDs statlige skjønnsmargin også måtte gjelde for britiske domstoler. Overhuset i Det britiske parlamentet, House of Lords, mente derimot at den statlige skjønnsmarginen ikke gjaldt for de nasjonale

⁹¹ Christian Børge Sørensen, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen». *Tidsskrift for Rettsvitenskap* Vol. 117, utg. 1-2 (2004) s. 134–196, på s. 146.

⁹² Se pkt. 5.2.6 om HR-2022-731-A for eksempel på en sak fra norsk rett, hvor retten la avgjørende vekt på stortingsflertallets syn om temaet.

⁹³ En slik balansering av hensynene bak doktrinen kan dessuten dempe kritikken som enkelte stater har kommet med om at EMD går for langt i sin overprøving av statens materielle vurderinger, se to avsnitt ovenfor.

⁹⁴ *A mfl. mot Storbritannia* [GC], no. 3455/05 (2009), avsnitt 182–186.

⁹⁵ *A mfl. mot Storbritannia* [GC], no. 3455/05 (2009).

domstolene.⁹⁶ I storkammeravgjørelsen fastslår EMD at skjønnsmarginen ikke skal overføres til forholdet mellom nasjonale domstoler og statlige myndigheter. Domstolen uttaler at:

«The doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of State at the domestic level».⁹⁷

Med dette utsagnet slutter retten seg til House of Lords sin forståelse av skjønnsmarginen, og gjør det klart at skjønnsmarginen kun regulerer forholdet mellom medlemsstatene og EMD. Det standpunktet retten tar i den refererte uttalelsen kan forklares ut fra skjønnsmarginens begrunnelse. Skjønnsmarginen er, som redegjort for i pkt. 3.3, begrunnet i blant annet en erkjennelse av at medlemsstatenes myndigheter har bedre innsikt i lokale forhold enn EMD. Statlige myndigheter vil følgelig ha bedre forutsetninger for å fatte de beste beslutningene basert på sin innsikt i lokale forhold med landets kultur, tradisjoner og mer. Denne begrunnelsen for EMDs skjønnsmargin kan ikke overføres til en nasjonal domstol, ettersom en nasjonal domstol må forventes å ha innsikt i lokale forhold i sitt land.⁹⁸

Videre er suverenitetsprinsippet en del av bakgrunnen for EMDs skjønnsmargin, og dette gjør seg ikke gjeldende for forholdet mellom nasjonale myndigheter i samme stat.⁹⁹ For forholdet mellom nasjonale myndigheter i samme stat, vil statens suverenitet ikke røkkes ved. Begrunnelsen for den statlige skjønnsmarginen hos EMD støtter dermed EMD sin konklusjon om at skjønnsmarginen ikke kan overføres til forholdet mellom nasjonale domstoler og statlige myndigheter.

Menneskerettighetsdomstolen utelukker likevel ikke at statene kan anvende den samme prøvingsintensitet som EMD gjør, men for slike tilfeller kan ikke nasjonale domstoler kun vise til EMDs statlige skjønnsmargin for å begrunne forholdet mellom nasjonale organer. Nasjonale domstoler sin prøvingsintensitet kan følgelig ikke hjemles utelukkende i EMDs

⁹⁶ Ibid. avsnitt 183–184.

⁹⁷ Ibid. avsnitt 184.

⁹⁸ Stig Harald Solheim, «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område» i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019. s. 360–384, på s. s. 382.

⁹⁹ Se pkt. 3.3 for nærmere redegjørelse av suverenitetsprinsippet som begrunnelse for EMDs statlige skjønnsmargin.

skjønnsmargin.¹⁰⁰ Dette er en naturlig følge av den tydelige oppfatningen hos EMD om at den statlige skjønnsmarginen kun er ment å regulere forholdet mellom menneskerettighetsdomstolen og statene,¹⁰¹ og at maktfordelingen i medlemsstatene er en nasjonal sak.

Selv om EMD har fastslått at den statlige skjønnsmarginen ikke skal anvendes på samme måte for forholdet mellom nasjonale organer, har EMD ikke sperret for muligheten til at nasjonale domstoler kan operere med en skjønnsmargin. Domstolen mener at medlemsstatene bestemmer hvordan kompetanse skal fordeles i sitt land og hvilket organ som skal ha siste ord i saken. Dermed kan medlemsstatene utforme en egen nasjonal skjønnsmargin i sitt land, basert på nasjonale regler.¹⁰² Følgelig er verken EMK eller rettspraksis fra EMD til hinder for å etablere en nasjonal skjønnsmargin i norsk rett.

Gjennom årene har det vært ulike signaler fra Høyesterett om hvordan man skal forholde seg til EMDs statlige skjønnsmargin i norsk rett. I det følgende skal det først vurderes om lovgiver har gitt føringer for at Stortinget skal innrømmes den samme skjønnsmarginen hos norske domstoler som statene gjør hos EMD. Deretter vil hovedfokuset være Høyesterett sin forståelse av EMDs statlige skjønnsmargin og utviklingen av en nasjonal skjønnsmargin i norsk rett.

5 Gjelder det en nasjonal skjønnsmargin i norsk rett?

5.1 Pålegger lovgiver en skjønnsmargin i norsk rett?

Det følger av mrl. § 2 nr. 1 at EMK skal gjelde som norsk lov i den utstrekning den er «bindende for Norge». I sammenheng med domstolenes prøvingsintensitet av EMK kan ordlyden forstås på ulike måter. Ordlyden kan forstås som at den gir rom for å innfortolke et krav om å bruke EMDs statlige skjønnsmargin hos norske domstoler eller at den ikke stiller et slikt krav.

¹⁰⁰ *Nicklinson og Lamb mot Storbritannia*, [J], no. 2478/15 og 1787/15 (2015), avsnitt 84.

¹⁰¹ *A mfl. mot Storbritannia* [GC], no. 3455/05 (2009), avsnitt 184.

¹⁰² Så fremt medlemsstaten holder seg innenfor «their margin of appreciation», jf. *Nicklinson og Lamb mot Storbritannia*, [J], no. 2478/15 og 1787/15 (2015), avsnitt 84. Se punkt 6.

I lovens forarbeid uttales det om EMDs statlige skjønnsmargin i forbindelse med hvordan EMK skal tolkes i norsk rett. Departementet uttaler følgende:

«På de områder hvor statene har en skjønnsmargin, kan lovgiverne velge løsning innenfor denne skjønnsmarginen, og dette må selvsagt respekteres av rettsanvenderne. Fordi konvensjonsstatenes praksis vil være et moment når konvensjonsorganene skal bestemme skjønnsmarginens utstrekning, vil eksistensen av norsk lovgivning ha betydning her».¹⁰³

Uttalelsen fastslår at lovgiver skal innrømmes den samme skjønnsmarginen hos norske domstoler som staten gjør hos EMD.¹⁰⁴ Hvis man sammenholder mrl. § 2. nr.1 med forarbeidsuttalelsen, kan bestemmelsen forstås som at EMDs statlige skjønnsmargin gjelder ved norske domstolars prøving av EMK. Spørsmålet er om lovbestemmelsen, sammenholdt med forarbeidsuttalelsen, *pålegger* domstolen å innrømme lovgiver den samme skjønnsmarginen som EMD innrømmer staten.

I juridisk litteratur har det vært drøftet hvordan mrl. § 2 nr. 1 og forarbeidsuttalelsen skal forstås.¹⁰⁵ Lars Oftedal Broch argumenterer for at EMDs statlige skjønnsmargin inngår i hva som er «bindende for Norge» etter mrl. § 2 nr. 1.¹⁰⁶ Med henvisning til rettspraksis fastslår han at norske domstoler skal benytte de samme tolkningsprinsippene som EMD ved anvendelsen av EMK.¹⁰⁷ I den forlengelse hevder Broch at det vanskelig kan reises tvil om norske domstoler må benytte den samme skjønnsmarginen som EMD, ettersom den statlige skjønnsmarginen klart er et rettskildeprikk hos EMD. Departementets klare uttalelse i det

¹⁰³ Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) s. 71.

¹⁰⁴ Skjønnsmarginen er ikke ytterligere omtalt i de andre forarbeidene til menneskerettsloven, se NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter og Innst. O. nr. 51 (1998–1999) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

¹⁰⁵ For eksempel drøftes uttalelsen i Christian Børge Sørensen, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* Vol. 117, utg. 1-2 (2004) s. 134–196, på s. 163 flg. og Håkon Christian Nyhus, «Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?». *Lov og rett* Vol. 55, utg. 6 (2016) s. 364–390, på s. 371–372.

¹⁰⁶ Lars Oftedal Broch, «Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol». *Lov og rett* Vol. 44, utg. 5-6 (2005) s. 259–282, på s. 278.

¹⁰⁷ Ibid. på s. 278 med videre henvisning til Rt. 2000 s. 996 (Bøhler) s. 1007.

siterte forarbeidet trekker i samme retning for at lovgiver må innrømmes den samme skjønnsmarginen som EMD gir staten.

Selv om departementet er tydelig i sin uttalelse om anvendelsen av EMDs statlige skjønnsmargin ved norske domstoler i Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) s. 71, er det flere argumenter som taler mot å følge departementets syn om Norges folkerettslige forpliktelser om temaet.

For det første vil departementets syn utelukke en mer intensiv nasjonal prøving av menneskerettighetene enn hos EMD, ettersom forarbeidsuttalelsen gir lovgiver samme skjønnsmargin som staten ville fått hos EMD. En slik utelukkelse kan medføre at norske domstoler får en mer passiv rolle i sin overprøving av lovgivers vurderinger, noe som vil gi en mindre effektiv menneskerettighetsbeskyttelse på nasjonalt nivå. Departementet synes ikke å ha avveid en slik konsekvens i sin kortfattede forarbeidsuttalelse.

For det andre drøfter ikke departementet skjønnsmarginen nærmere, men legger kun til grunn at EMDs statlige skjønnsmargin «selvsagt» må gjelde for lovgiver også.¹⁰⁸ Manglende utdypning om temaet i forarbeidet kan tyde på at departementets uttalelse ikke var veloverveid.

Det er også et argument at uttalelsen ble gitt før EMD i *A med flere mot Storbritannia* uttaler at den statlige skjønnsmarginen ikke skal overføres til forholdet mellom nasjonale organer.¹⁰⁹ I *A med flere mot Storbritannia* begrunner EMD sin uttalelse, om at skjønnsmarginen ikke skal overføres til forholdet mellom nasjonale organer, med at spørsmålet om forholdsmessighet ved rettighetsinngrep er en rettslig avgjørelse som medlemsstatens borgere alltid vil ha rett til å få overprøvd i domstolene.¹¹⁰ Følgelig kan ikke nasjonale domstoler begrunne en tilbakeholden prøving av lovgivers vurderinger med at EMDs statlige skjønnsmargin setter grenser for nasjonale domstolars prøvingsintensitet. Dette taler klart mot

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) s. 71.

¹⁰⁹ *A mfl. mot Storbritannia* [GC], no. 3455/05 (2009) avsnitt 184 og Håkon Christian Nyhus, «Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?». *Lov og rett* Vol. 55, utg. 6 (2016) s. 364–390, på s. 384.

¹¹⁰ *A mfl. mot Storbritannia* [GC], no. 3455/05 (2009) avsnitt 184.

å forstå mrl. § 2 nr. 1, sammenholdt med forarbeidsuttalelsen, slik at den pålegger norske domstoler å gi lovgiver den samme skjønnsmarginen som staten gis hos EMD.

Videre er tolkning av rettsregler i kjernen av domstolens virksomhet. I juridisk litteratur har det vært argumentert for at departementets syn på EMDs statlige skjønnsmargin i norsk rett, kan rokke med maktfordelingsprinsippet.¹¹¹ En slik flytting av makt kan ikke ha vært departementets intensjon med sin uttalelse.

Dessuten kan det vanskelig tenkes at ordlyden i mrl. § 2 nr. 1 sammenholdt med forarbeidsuttalelsen, er ment å rekke lenger enn hva EMD selv legger til grunn. Domstolen i Strasbourg har vært tydelig i at EMDs statlige skjønnsmargin ikke gjelder for forholdet mellom nasjonale domstoler og andre statsorganer.¹¹² Hvis mrl. § 2 nr. 1 og forarbeidsuttalelsen er ment å legge til grunn det motsatte av EMDs forståelse, vil norsk rett typisk tillate større begrensninger i menneskerettighetene enn hva som er folkerettslig bindende for Norge. Dette ved at Stortinget gis en større frihet enn det ellers ville ha fått, noe som medfører at lovgiver ville fått en slags dobbel skjønnsmargin, dersom EMD opprettholdt skjønnsmarginen staten ellers får. Ettersom reguleringen siktet til å være i overensstemmelse med våre menneskerettslige forpliktelser er det lite trolig at lovgiver mente å etablere en adgang til noe internrettslig som var ment å skulle gjelde uavhengig av våre folkerettslige forpliktelser.

I tillegg er det relevant å påpeke at Høyesterett ikke har brukt mrl. § 2 nr. 1 og forarbeidsuttalelsen som argument for å anvende EMDs statlige skjønnsmargin ved norske domstoler. Høyesterett viser heller til tidligere rettspraksis for å argumentere for sitt syn. Dette taler for at domstolen ved sin prøving ikke anser seg bundet til å gi lovgiver en skjønnsmargin basert på menneskerettslovens ordlyd og forarbeid.¹¹³

¹¹¹ Håkon Christian Nyhus, «Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?». *Lov og rett* Vol. 55, utg. 6 (2016) s. 364–390, på s. 384.

¹¹² Se pkt. 4.

¹¹³ Håkon Christian Nyhus, «Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?». *Lov og rett* Vol. 55, utg. 6 (2016) s. 364–390, på s. 371. I for eksempel Rt. 1999 s. 961 refereres det til tidligere rettspraksis for å begrunne bruken av EMDs skjønnsmargin i norske domstoler. Menneskerettsloven § 2 nr. 1 og dens forarbeid blir ikke anvendt i den sammenheng. Det samme gjelder for nyere rettspraksis, se for eksempel HR-2022-718-A (Hyttakarantene).

Samlet sett er det gode grunner mot å forstå mrl. § 2 nr. 1 og forarbeidsuttalelsen slik at de krever at EMDs statlige skjønnsmargin skal gjelde ved norske domstoler. Følgelig blir konklusjonen at lovgiver ikke pålegger en skjønnsmargin ved norske domstoler.

5.2 Utviklingen i høyesterettspraksis om skjønnsmargin

5.2.1 Rettspraksis før Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote)

I Rt. 1996 s. 551 (Utvisningsdom I) uttaler Høyesterett seg for første gang om EMDs statlige skjønnsmargin. Saken gjelder gyldigheten av et utvisningsvedtak, hvor Høyesterett tar stilling til om vedtaket er i strid med EMK artikkel 8. I forbindelse med vurderingen av om vedtaket hadde lovlig formål, uttaler førstvoterende at:

«Det er en særskilt skjønnsmargin for lovgiveren og en for de rettsanvendende myndigheter. Den skjønnsmargin som konvensjonsorganene kan antas å ville praktisere, må etter min mening også norske domstoler legge til grunn når de anvender EMK art 8 (2). Dette må gjelde til tross for at de hensyn rettssetningen bygger på, i og for seg ikke gjør seg gjeldende på samme måten for norske domstoler».¹¹⁴

I sitatet fastslår retten at EMDs statlige skjønnsmargin skal gjelde tilsvarende for norske domstoler når de overprøver vedtak fra lovgiver mot EMK. Høyesterett overfører dermed EMDs skjønnsmargin til forholdet mellom norske domstoler og andre statsorganer. Med en slik tilnærming legger Høyesterett opp til at norske domstoler skal ha en mer passiv rolle i sin overprøving av vurderinger fra andre statsmyndigheter, noe som gir en mindre effektiv menneskerettighetsbeskyttelse i norsk rett.¹¹⁵ I etterkant er Høyesterett sin forståelse av EMDs skjønnsmargin i Utvisningsdom I videreført i flere avgjørelser.¹¹⁶

Ikrafttreddelsen av menneskerettsloven medførte ikke endringer i Høyesterett sin forståelse av EMDs statlige skjønnsmargin. I Rt. 1999 s. 961 (Rest-Jugoslavia-kjennelsen) viderefører retten oppfatningen om at statens skjønnsmargin hos EMD gjelder tilsvarende for norske domstoler. Spørsmålet i Rest-Jugoslavia-kjennelsen er om staten kunne forlange at en jugoslavisk statsborger, som hadde reist sak i Norge, stiller sikkerhet for saksomkostninger

¹¹⁴ Rt. 1996 s. 551, s. 558.

¹¹⁵ Se pkt. 3.3.

¹¹⁶ For eksempel Rt. 1996 s. 1510 og Rt. 1998 s. 1190.

som han kunne bli idømt ved behandlingen av ankesaken for lagmannsretten.¹¹⁷ Med henvisning til tidligere rettspraksis slutter førstvoterende at ved tolkningen av menneskerettskonvensjonen må «den skjønnsmargin som praktiseres av de internasjonale håndhevingsorganene, også legges til grunn av norske domstoler».¹¹⁸ Tilsvarende forståelse av statens skjønnsmargin er lagt til grunn i avgjørelser etter Rest-Jugoslavia-kjennelsen.¹¹⁹

Avgjørelsen i Rt. 2004 s. 1737 («TV Vest-saken») er interessant, ettersom det er siste tilfelle hvor Høyesterett gir staten medhold med støtte i EMDs statlige skjønnsmargin. Saken gjelder gyldigheten av et vedtak fra staten om å ilegge TV Vest AS et gebyr for å ha brutt forbudet mot politisk TV-reklame. Spørsmålet i saken er om lovhjemmelen for forbudet er i strid med Grl. § 100 eller EMK artikkel 10, jf. mrl. § 3. Det er klart at tiltakene var et rettighetsinngrep i ytringsfriheten etter EMK artikkel 10. Retten deler seg i et flertall og et mindretall. Verken flertallet eller mindretallet mener at tiltakene mot politisk reklame er i strid med Grl. § 100. Flertallet mener at tiltakene heller ikke krenket EMK artikkel 10, mens mindretallet konkluderer med at det forelå konvensjonsbrudd.

Som følge av at EMD har uttrykt forskjellige grader av skjønnsmargin i lignende saker, er det ikke klart for rettens flertall hvor dette tilfellet skal plasseres.¹²⁰ Høyesteretts flertall anvender derfor den samme skjønnsmarginen for forholdet mellom nasjonale domstoler og lovgiver som de antar at EMD ville benyttet for forholdet mellom EMD og staten.¹²¹ Rettens flertall gir Stortinget en vid skjønnsmargin og konkluderer med at forbudet mot politisk TV-reklame var et legitimt inngrep i EMK artikkel 10.

Rettens *mindretall*, dommer Skoghøy, drøfter om EMDs statlige skjønnsmargin bør brukes for forholdet mellom nasjonale domstoler og lovgiver. Skoghøy fremhever at begrunnelsen for EMDs skjønnsmargin i stor grad også gjør seg gjeldende for forholdet mellom nasjonale domstoler og lovgiver, noe som taler for å innrømme lovgiver en tilsvarende skjønnsmargin.¹²² Han uttaler likevel at det å gi lovgiver en skjønnsmargin som er lik den som

¹¹⁷ Rt. 1999 s. 961 (s. 961).

¹¹⁸ Ibid. (s. 971).

¹¹⁹ For eksempel Rt. 2002 s. 1271 (s. 1279) og Rt. 2003 s. 593 (Valebrokk-kjennelsen) avsnitt 50.

¹²⁰ Rt. 2004 s. 1737 avsnitt 61.

¹²¹ Ibid. avsnitt 65.

¹²² Ibid. avsnitt 75.

anvendes av EMD ikke er «nødvendig av hensyn til EMK, men EMK er heller ikke til hinder for dette».¹²³ Følgelig er verken EMK eller skjønnsmarginens begrunnelse til hinder for at Høyesterett etablerer en nasjonal skjønnsmargin som *sammenfaller* med den statlige skjønnsmarginen hos EMD. Selve utformingen og avgrensningen av skjønnsmarginen mellom norske domstoler og lovgiver holder Skoghøy åpen:

«Siden skjønnsmarginen for politiske ytringer under enhver omstendighet er liten, har jeg ikke foranledning til å gå nærmere inn på om den skjønnsmargin som norske domstoler bør tilstå norsk lovgivningsmyndighet, bør utformes og avgrenses på samme måte som den skjønnsmargin som EMD tilstår nasjonale myndigheter. Da begrunnelsene for disse skjønnsmarginene ikke er fullt ut sammenfallende, vil dette spørsmålet etter mitt syn stille seg noe forskjellig i forhold til ulike former for konvensjonsbrudd».¹²⁴

I sitatet synes dommer Skoghøy å nyansere tilnærmingen til EMDs statlige skjønnsmargin sammenlignet med tidligere rettspraksis. I tillegg stiller Skoghøy seg mottagelig til å tilpasse skjønnsmarginen til forholdet mellom nasjonale domstoler og lovgiver ved en senere anledning.¹²⁵

Mindretallets konklusjon for at tiltakene var i strid med EMK artikkel 10 fikk tilslutning hos EMD.¹²⁶ Det kan tenkes at Høyesterett tilpasset seg etter EMDs dom mot Norge, ettersom «TV Vest-saken» er siste gang staten har fått medhold på bakgrunn av den statlige skjønnsmarginen.¹²⁷ Likevel viser flertallets votum at de mener å innrømme lovgiver samme

¹²³ Ibid. avsnitt 75.

¹²⁴ Ibid. avsnitt 75.

¹²⁵ I for eksempel Rt. 1996 s. 551 (Utvisningsdom I) og Rt. 1999 s. 961 (Rest-Jugoslavia-kjennelsen) hadde retten en mer bestemt tilnærming om EMDs skjønnsmargin hos norske domstoler.

¹²⁶ *TV Vest AS og Rogaland Pensjonistparti mot Norge* [J], no. 21132/05 (2009).

¹²⁷ Mads Andenæs og Eirik Bjørge, «Norske domstoler og utviklingen av menneskerettene». *Jussens venner* Vol. 46, utg. 5 (2011) s. 251–286, på s. 269.

skjønnsmargin som EMDs statlige skjønnsmargin,¹²⁸ og at denne praktiseringen er videreført i etterfølgende rettspraksis.¹²⁹

5.2.2 Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote)

I Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote) legger et mindretall til grunn samme oppfatning om EMDs statlige skjønnsmargin som EMD hadde i *A med flere mot Storbritannia*.¹³⁰ Spørsmålet i Strukturkvote-saken er om det var i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97 eller vernet om eiendom i Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950 artikkel 1 (heretter EMK P1-1) å gi en tidsbegrensning på 25 år for fartøyer som allerede var tildelt strukturkvoter. De tidligere tildelte strukturkvotene var opprinnelig gitt uten tidsbegrensning. Saken er behandlet i plenum, hvor Høyesterett deler seg i et flertall på ni dommere og et mindretall på åtte dommere. Mindretallet er delt i sin begrunnelse, men stemmer for å forkaste anken. Flertallet tar statens anke til følge, og resultatet er at tidsbegrensningen ikke var i strid med verken Grl. § 97 eller EMK P1-1. Staten blir dermed frifunnet.

I mindretallet mener fem dommere at tidsbegrensningen er i strid med Grl. § 97, og tar som følge ikke stilling til om EMK P1-1 er brutt. Den andre delen av mindretallet på tre dommere, mener at tidsbegrensningen er i strid med Grl. § 97 og at EMK P1-1 er krenket.

Tredjevoterende, dommer Skoghøy, uttaler seg om hvilken skjønnsmargin domstolene skal gi statlige myndigheter i forbindelse med forholdsmessighetsvurderingen etter EMK P1-1. Med henvisning til EMD-praksis fastslår Skoghøy at det eksisterer en skjønnsmargin hos EMD, og at denne ikke gjelder tilsvarende for forholdet mellom nasjonale domstoler og lovgiver.¹³¹

Skoghøy argumenterer for at domstolene likevel bør ha anledning til å være tilbakeholdne med å overprøve Stortingets og regjeringens politiske prioriteringer i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK P1-1. Han fremhever at gode grunner taler for at Stortinget og regjeringen bør gis et viss rom for skjønn i sine politiske prioriteringer.

¹²⁸ Rt. 2004 s. 1737 avsnitt 32 flg. og Håkon Christian Nyhus, «Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?». *Lov og rett* Vol. 55, utg. 6 (2016) s. 364–390, på s. 374.

¹²⁹ For eksempel se Rt. 2005 s. 607 avsnitt 61 og Rt. 2006 s. 262 avsnitt 115.

¹³⁰ *A mfl. mot Storbritannia* [GC], no. 3455/05 (2009) er nærmere omtalt i pkt. 4.

¹³¹ Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote) avsnitt 257, med videre henvisning til *A mfl. mot Storbritannia* [GC], no. 3455/05 (2009).

Skoghøys drøftelse virker å bygge videre på hans resonnement i «TV Vest-saken», hvor han åpnet for å etablere en egen nasjonal skjønnsmargin uavhengig av EMDs statlige skjønnsmargin.¹³² I Strukturvote-saken støtter han seg derimot utelukkende til *nasjonale regler* for å begrunne skjønnsmarginen.¹³³ I Strukturvote-saken går Skoghøy således lengre enn hva han gir uttrykk for i «TV Vest-saken».

Skoghøy konkluderer likevel med at for spørsmålet i den foranliggende saken er det «liten grunn til å innrømme politiske myndigheter noe særlig spillerom for skjønn».¹³⁴ Han gir dermed politiske myndigheter et mindre rom for skjønn sammenlignet med det skjønnnet EMD gir norske myndigheter som sådan i saker som kommer på EMDs bord.¹³⁵ Dette anser jeg som forsvarlig som følge av at han anvender en skjønnsmargin basert på nasjonale regler, og ikke etter vurderingsmomenter oppstilt av EMD. At skjønnsmarginen fastsettes basert på nasjonale regler er dessuten i tråd med EMD-praksis, som bekrefter at kompetansefordelingen, og en eventuell skjønnsmargin, mellom nasjonale myndigheter skal baseres på landets rett.¹³⁶

Selv om dommer Skoghøys argumenter fremstår som velbegrunnede, mangler han likevel flertallets tilslutning. Verken flertallet eller den andre delen av mindretallet uttaler seg om Skoghøys forståelse av skjønnsmarginen. Tredjevoterendes premisser kan dermed ikke gis prejudikatsvirkning. Skoghøys uttalelser, som en del av mindretallet, har heller ikke betydning for resultatet i saken. Til tross for at Skoghøys uttalelser var en velbegrunnet intendert kursendring, ble dem ikke gjeldende rett.¹³⁷

5.2.3 Rettspraksis etter Strukturvote-saken fram til HR-2022-718-A (Hyttekarantene)

Etter Strukturvote-saken har Høyesterett avsagt flere avgjørelser om temaet skjønnsmargin. I det følgende vil enkelte avgjørelser trekkes fram for å belyse sentrale trekk i utviklingen.

¹³² Rt. 2004 s. 1737 avsnitt 75.

¹³³ Rt. 2013 s. 1345 avsnitt 258.

¹³⁴ Ibid. avsnitt 259.

¹³⁵ Ibid. avsnitt 257.

¹³⁶ *Nicklinson og Lamb mot Storbritannia*, [J], no. 2478/15 og 1787/15 (2015), avsnitt 84.

¹³⁷ Håkon Christian Nyhus, «Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?». *Lov og rett* Vol. 55, utg. 6 (2016) s. 364–390, på s. 377.

I Rt. 2013 s. 1689 tar retten stilling til om nektelse av å foreta fostervannsprøve var i strid med EMK artikkel 3 eller artikkel 8. Saken gjelder krav om erstatning for psykisk skade fra en mor som hadde født et barn med Downs syndrom uten å få tilbud om fostervannsdagnostikk. I rettens prøving av om EMK var krenket benyttet førstvoterende EMDs statlige skjønnsmargin som et av argumentene for at det ikke forelå krenkelse av EMK.¹³⁸ Retten gir følgelig lovgiver den samme skjønnsmargin i Høyesterett som EMD ville innrømmet staten.¹³⁹ Saken om fostervannsdagnostikk kom i kjølvannet av Strukturkvote-saken og tydeliggjør at det ikke var konsensus i Høyesterett for å slutte seg til Skoghøys syn om skjønnsmarginen i Strukturkvote-saken.

Storkammerdommen HR-2016-304-S (Guldborg) gjelder forholdet mellom reglene om innløsningsvederlag etter tomtefesteloven § 37 og bortfesterens eiendomsrett etter EMK P1-1.¹⁴⁰ Retten uttaler seg om domstolens prøvingsintensitet og fastslår at det ikke vil være aktuelt for verken EMD eller norske domstoler å overprøve lovgivers skjønn med mindre tiltaket er formålsløst, vilkårlig eller bryter med andre konvensjonsrettigheter.¹⁴¹ Dommens premisser gir inntrykk av at Høyesterett er blitt mer bevisst om forholdet mellom prøvingsintensiteten i Høyesterett og i EMD.¹⁴²

HR-2016-389-A gjelder gyldigheten av en trygderettskjennelse om pensjon for en tidligere stortingsrepresentant. Spørsmålet er om innføringen av en ny bestemmelse om regulering av stortingspensjon er i strid med Grl. § 97 eller EMK P1-1. Den ankende part anfører at EMDs skjønnsmargin ikke kan anvendes på samme måte hos nasjonale domstoler overfor lovgiver som hos EMD overfor staten.¹⁴³ Anførselen blir ikke drøftet, med den begrunnelse at det ikke er relevant for rettens vurdering.¹⁴⁴ At førstvoterende velger å forholde seg taus om

¹³⁸ Rt. 2013 s. 1689 avsnitt 44.

¹³⁹ Håkon Christian Nyhus, «Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?». *Lov og rett* Vol. 55, utg. 6 (2016) s. 364–390, på s. 377-378.

¹⁴⁰ Forholdet mellom tomtefesteloven og EMK P1-1 ble også vurdert i Rt. 2015 s. 421 (Grimstvedt) hvor retten synes å anvende skjønnsmargin med samme prøvingsintensitet som EMD.

¹⁴¹ HR-2016-304-S avsnitt 56.

¹⁴² Håkon Christian Nyhus, «Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?». *Lov og rett* Vol. 55, utg. 6 (2016) s. 364–390, på s. 378–379.

¹⁴³ HR-2016-389-A avsnitt 21.

¹⁴⁴ *Ibid.* avsnitt 125.

problemstillingen skaper tvil om Høyesterett fremdeles står ved sitt tidligere standpunkt om at EMDs statlige skjønnsmargin gjelder tilsvarende for norske domstoler.¹⁴⁵ Likevel er rettens taushet ikke et klart signal fra Høyesterett om endring i domstolens synspunkt om EMDs statlige skjønnsmargin i norsk rett.

Høyesterett omtaler også skjønnsmarginen i HR-2017-467-A. Saken gjaldt ligningsmyndighetenes adgang til å foreta gjennomsyn av en del av skatteyterens elektroniske arkiv, som den skattepliktige hevdet inneholdt advokatkorrespondanse. Omtalen av skjønnsmarginen kommer inn under vurderingen av om ligningsmyndighetens kontroll er et legitimt inngrep i retten til respekt for sin korrespondanse etter EMK artikkel 8, jf. GrL. § 102. Under henvisning til EMDs praksis fastslår førstvoterende at statlige organer må innrømmes en viss skjønnsmargin ved etableringen av retningslinjer for hvordan arkivgjennomsyn skal gjennomføres.¹⁴⁶

Videre i avgjørelsens premisser gjør førstvoterende en nokså grundig overprøving av ligningsmyndighetenes retningslinjer. I sin overprøving viser retten for det meste til tidligere høyesterettspraksis og prinsipper.¹⁴⁷ Selv om førstvoterende hjemler skjønnsmarginen i EMDs rettspraksis, foretar han en selvstendig vurdering av inngrepet etter EMK artikkel 8 med grunnlag i nasjonale rettskilder. Høyesterett synes følgelig å ha et mer bevisst forhold til sin overprøving og EMDs prøvingsintensitet. Med en slik bevisstgjøring fritas retten fra å måtte benytte samme prøvingsintensitet som EMDs statlige skjønnsmargin tilsier. Retten konkluderer med at EMK artikkel 8 ikke var krenket.

I HR-2017-2428-A (Reintallsreduksjon I) synes Høyesterett å utøve den samme grad av skjønn overfor lovgiver som EMD ville gjort overfor staten. Saken gjelder gyldigheten av et vedtak som påla en siidaandel å redusere reintallet. Ett av spørsmålene for retten er om bestemmelsen om forholdsmessig reduksjon av reintallet i lovverket er i strid med EMK P1-1. Retten uttaler seg kort om hvilken skjønnsmargin domstolene skal gi lovgiver i dens regulering av reintall, og legger seg på samme linje som de «antar» at EMD ville gitt

¹⁴⁵ Håkon Christian Nyhus, «Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?». *Lov og rett* Vol. 55, utg. 6 (2016) s. 364–390, på s. 365.

¹⁴⁶ HR-2017-467-A avsnitt 47.

¹⁴⁷ Se for eksempel HR-2017-467-A avsnitt 48 og 56.

statene.¹⁴⁸ Det sentrale i Høyesterett sin forholdsmessighetsvurdering er likevel ikke å finne fram til EMDs antatte skjønnsmargin, men heller å anvende EMDs skjønnsmargin som støtte til hvorfor lovgiver tillegges en betydelig grad av skjønn. Høyesterett synes dermed å være selvstendig i sin vurdering om rekkevidden av lovgivers skjønn.

HR-2018-1958-A gjelder oppsigelse av en fastlegeavtale fordi legen av samvittighetsgrunner ikke ønsket å sette inn spiral som prevensjonsmiddel. Spørsmålet i saken er om oppsigelsen var gyldig. Selv om det ikke er nødvendig for resultatet, uttaler førstvoterende seg om det er grunnlag for å gjøre inngrep i EMK artikkel 9. I forbindelse med vilkåret om at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn, uttaler retten seg om statens skjønnsmargin. Førstvoterende fastslår at det er «klart» at domstolene må være tilbakeholdne med å overprøve avveininger av lovlige hensyn foretatt av politiske myndigheter på dette feltet.¹⁴⁹ Med henvisning til EMDs praksis legger retten seg på samme linje som EMD ville ha gjort i lignende tilfeller.¹⁵⁰

Selv om retten viser til EMDs praksis for å begrunne det vide skjønnet de tillegger politiske myndigheter, argumenterer førstvoterende nokså inngående for hvorfor departementets vurderinger er legitime. Førstvoterendes drøftelse viser at retten ikke overfører EMDs skjønnsmargin direkte til sin sak, men heller at statens skjønnsmargin hos EMD benyttes som et sentralt argument i vurderingen av om departementets avveininger er legitime.

I tillegg fastslår retten at den konkrete avveining av de motstående interesser i eventuelle fremtidige saker «vil være domstolenes oppgave».¹⁵¹ At retten tydelig signaliserer at den konkrete avveiningen skal være domstolenes oppgave er et ytterligere argument for at retten ikke ønsker å overføre EMDs skjønnsmargin direkte til norske domstoler. De akter heller å foreta en bred og selvstendig vurdering av politiske myndigheters avveininger basert på en rekke rettskilder. Selv om det ikke var nødvendig for resultatet å vurdere om inngrepet var legitimt etter EMK artikkel 9, gir avgjørelsens premisser signaler til rettsanvenderen om

¹⁴⁸ HR-2017-2428-A avsnitt 102.

¹⁴⁹ HR-2018-1958-A avsnitt 86.

¹⁵⁰ Ibid. avsnitt 86.

¹⁵¹ Ibid. avsnitt 92.

hvordan lovgivers skjønnsmargin skal etableres i eventuelle fremtidige saker. Resultatet i saken blir at oppsigelsen er ugyldig og kommunen holdes erstatningsrettslig ansvarlig.

5.2.4 Oppsummering av rettspraksis før HR-2022-718-A (Hyttekarantene)

Gjennomgangen ovenfor av høyesterettspraksis viser at Høyesterett har overført EMDs statlige skjønnsmargin til forholdet mellom norske domstoler og andre statsorganer. For eksempel i Rt. 1996 s. 551 (Utvisningsdom I) uttaler retten at EMDs anvendelse av skjønnsmarginen skal praktiseres tilsvarende hos norske domstoler når de skal anvende EMK.¹⁵² I tillegg viser eldre saker at for de tilfellene hvor det ikke finnes lignende saker fra EMDs praksis, forsøker Høyesterett å finne fram til hvilken skjønnsmargin EMD trolig ville gitt staten. Da Høyesterett har funnet fram til statens trolige skjønnsmargin hos EMD, overfører de denne direkte til forholdet mellom norske domstoler og politiske myndigheter.¹⁵³ Med andre ord, Høyesterett bruker store deler av sin forholdsmessighetsvurdering på å argumentere for hvilken skjønnsmargin EMD ville ha tilstått.¹⁵⁴ Følgelig gjør Høyesterett ikke en selvstendig vurdering om hvilken skjønnsmargin myndighetene bør gis, men etterstreber heller å legge seg på samme linje som EMD.

I de senere årene tyder Høyesteretts argumentasjon på at EMDs statlige skjønnsmargin har mistet sin sentrale plass i forholdsmessighetsvurderingen. De gjennomgatte avgjørelsene siden 2013 viser at Høyesterett gjør en noe mer selvstendig vurdering av hvilket skjønn de skal gi den lovgivende myndighet.¹⁵⁵ Høyesteretts selvstendige tilnærming til en skjønnsmargin ved rettslig overprøving av andre statsorganers vurderinger, kan tolkes som at domstolen har endret sin tidligere oppfatning om at norske domstoler skal innrømme lovgiver samme skjønnsmargin som EMD ville tilstått staten.

¹⁵² Rt. 1996 s. 551 (Utvisningsdom I) s. 558.

¹⁵³ For eksempel Rt. 2006 s. 1737 («TV Vest-saken»).

¹⁵⁴ Håkon Christian Nyhus, «Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?». *Lov og rett* Vol. 55, utg. 6 (2016) s. 364–390, på s. 380.

¹⁵⁵ For eksempel HR-2017-467-A og HR-2018-1958-A.

Likevel har Nyhus argumentert for at rettspraksis fram til 2016 ikke kan forsvare en klar konklusjon om at det er en ensartet oppfatning blant høyesterettsdommerne om praktiseringen av en nasjonal skjønnsmargin.¹⁵⁶

Jeg er enig i at man skal være forsiktig med å trekke for bastante konklusjoner om en endret oppfatning hos Høyesterett på bakgrunn av avgjørelser fram til 2016. I 2016 hadde ikke Høyesteretts flertall uttalt at EMDs statlige skjønnsmargin ikke skal gjelde for norske domstoler. Imidlertid åpner retten i HR-2016-389-A for at Høyesterett ved en senere anledning kan ta stilling til spørsmålet om EMDs skjønnsmargin skal gjelde tilsvarende for forholdet mellom norske domstoler og lovgiver. Høyesteretts åpning av spørsmålet i HR-2016-389-A signaliserer at retten i alle fall holder seg mottagelig for å endre sin tidligere oppfatning. Spørsmålet om EMDs statlige skjønnsmargin fremdeles gjelder tilsvarende hos norske domstoler ble omsider besvart i HR-2022-718-A (Hyttekarantene).

5.3 HR-2022-718-A (Hyttekarantene) – har Høyesterett etablert en egen nasjonal skjønnsmargin?

HR-2022-718-A (Hyttekarantene) gjelder lovligheten av et krav om karantene ved innreise til Norge for personer bosatt i Norge, men med fritidseiendommer i Sverige. Karanteneplikten var et påbud for å forhindre «importsmitte» av koronaviruset. I en periode under pandemien gjaldt karanteneplikten også for overnatting på fritidseiendommen, selv om reisen var nødvendig for å utføre nødvendig vedlikehold og tilsyn. Den ankende part, hytteeierne, mener at statens krav om innreisekarantene ikke er begrunnet godt nok og at det foreligger en krenkelse av retten til respekt for den enkeltes hjem. Staten hevder på sin side at kravet om innreisekarantene er tilstrekkelig begrunnet og at inngrepet ikke krenker menneskerettighetene. Spørsmålet i saken er blant annet om forskriftsbestemmelsen om innreisekarantene er et legitimt inngrep i retten til respekt for sitt hjem etter Grl. § 102 og EMK artikkel 8.

Førstvoterende, dommer Bergh, fastslår at domstolen har full kompetanse til å overprøve forvaltningsvedtak.¹⁵⁷ For vurderinger av hva som er mest hensiktsmessig etter

¹⁵⁶ Håkon Christian Nyhus, «Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?». *Lov og rett* Vol. 55, utg. 6 (2016) s. 364–390, på s. 379–380.

¹⁵⁷ HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 77.

smittevernloven, som ofte beror på sammensatte samfunnsmessige prioriteringer av politisk karakter, presiserer dommer Bergh at domstolene bør være tilbakeholdne i sin overprøving.¹⁵⁸ Forholdsmessighetsvurderingen etter smittevernloven § 1-5 gjelder på samme måte som ved forholdsmessighetsvurderingen etter EMK og Grunnloven.¹⁵⁹ Følgelig vil forvaltningsvedtak etter smittevernloven følge den samme prøvingsintensiteten som Høyesterett oppstiller for EMK og Grunnloven.

Videre redegjør dommer Bergh for kravet om ivaretagelse av menneskerettighetene. I premissene om forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 8 nr. 2 bekrefter retten at det gjelder en statlig skjønnsmargin hos EMD, som vil være vid når det gjelder tiltak for å ivareta befolkningens helse.¹⁶⁰ Med henvisning til *A med flere mot Storbritannia* slutter førstvoterende seg til EMD i at EMDs skjønnsmargin ikke vil være overførbar til nasjonale domstolers prøving av iverksatte tiltak.¹⁶¹ Med denne slutningen tydeliggjør dommer Bergh at prøvingsintensiteten hos norske domstoler *ikke* skal etableres etter vurderingsmomenter oppstilt hos EMD. Deretter uttaler Bergh at:

«Høyesterett vil likevel, på grunnlag av norsk rett, ved sin prøving av inngrep være varsom med å overprøve vurderinger som i stor grad er faglige eller beror på sammensatte samfunnsmessige avveininger».¹⁶²

Basert på norsk rett fastslår førstvoterende at domstolene likevel vil være tilbakeholdne med å overprøve Stortingets og regjeringens politiske prioriteringer i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 8 nr. 2. Hyttekarantene-dommen er første gang Høyesterett er bekreftende i spørsmålet om det gjelder en egen skjønnsmargin i norsk rett. Det er nå klart at ved norske domstolers prøving av EMK vil prøvingsintensiteten være mindre i vurderinger som i stor grad er faglige eller beror på sammensatte samfunnsmessige avveininger.

¹⁵⁸ Ibid. avsnitt 78 med henvisning til lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven) § 1-5.

¹⁵⁹ HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 77.

¹⁶⁰ Ibid. avsnitt 88 med videre henvisning til *Vavříčka mfl. mot Tsjekkia* [GC], no. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15, 43883/15 (2021).

¹⁶¹ HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 89 med videre henvisning til *A mfl. mot Storbritannia* [GC], no. 3455/05 (2009).

¹⁶² HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 89.

Førstvoterende etablerer her prøvingsintensiteten «på grunnlag av norsk rett».¹⁶³ Det er ikke tydelig hvilke konkrete rettskilder førstvoterende bygger sin uttalelse på, ettersom «norsk rett» er nokså generelt angitt. Det kan tenkes at dommer Bergh henter sin argumentasjon fra Skoghøys premisser i Strukturvote-saken.¹⁶⁴ Videre er det mulig at hans argumentasjon er inspirert av juridisk litteratur om temaet.¹⁶⁵ Selv om førstvoterende ikke presiserer hvilke konkrete rettskilder han benytter, er det ikke problematisk, ettersom Høyesterett i HR-2016-389-A selv åpnet døren for å ta stilling til læren om skjønnsmarginen hos norske domstoler ved en senere anledning.¹⁶⁶ Da Høyesterett valgte å holde spørsmålet åpent, er det ikke overaskende at retten i Hyttekarantene-saken velger en av de alternative løsningene.

I tillegg konstaterer retten at selv om det i forbindelse med vedtakelsen av reglene om innreisekarantene ikke ble foretatt en uttrykkelig vurdering av om EMK eller Grunnloven kunne bli krenket, var ikke det i seg selv «avgjørende for gyldigheten av vedtakene».¹⁶⁷ Dommer Bergh uttaler at nasjonale domstoler i denne sammenheng inngår som en del av myndighetene og at det ved en eventuell overprøving hos EMD vil være tilstrekkelig at Høyesterett har vurdert forholdet til EMK på riktig måte. Følgelig er det tydelig at nasjonale domstoler er en viktig instans for å sikre at nasjonale myndigheter oppfyller kravene etter EMK. Med en slik praktisering av domstolens prøvingsintensitet av vedtak mot EMK vil man kunne korrigere mangelfulle vurderinger og dermed avverge konvensjonsbrudd og sjansene for at Norge domfelles i EMD.

Selv om domstolen klarer å fange opp mangelfulle vurderinger, vil det ikke nødvendigvis medføre at staten helt har avverget sjansen for å bli domfelt av EMD. I Hyttekarantene-saken påpeker førstvoterende at ved tvilstilfeller vil EMD legge vekt på den begrunnelsen som er

¹⁶³ Ibid. avsnitt 89.

¹⁶⁴ Se pkt. 5.2.2.

¹⁶⁵ For eksempel Stig H. Solheim er tydelig på at norske domstolers prøvingsintensitet over lovgivers vurderinger bør begrunnes i noe annet enn EMDs skjønnsmargin, jf. Stig Harald Solheim, «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område» i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019. s. 360–384, på s. s. 385.

¹⁶⁶ HR-2016-389-A avsnitt 125.

¹⁶⁷ HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 90.

gitt før iverksettelsen av tiltakene.¹⁶⁸ Følgelig vil en tilfredsstillende domstolskontroll i nasjonal rett ikke være tilstrekkelig dersom EMD er i tvil om sakens utfall. Førstvoterende påpeker at en slik prøving av EMK er nær det som er Høyesteretts utgangspunkt ved grunnlovsprøving.¹⁶⁹

Dommer Bergh gir ingen tydelig konklusjon på hva som blir rettens prøvingsintensitet. Dog viser dommens premisser at siden helsemyndighetene ikke vurderte de menneskerettslige kravene ved innføringen av reglene om innreisekarantene, må vurderingen gjøres i den etterfølgende domstolsprøvingen.¹⁷⁰ Dermed gir førstvoterendes argumentasjon inntrykk av at han vil gjøre en intensiv overprøving. Likevel gjør ikke førstvoterende en egen avveining av relevante hensyn. Dommer Bergh argumenterer heller ut ifra uttalelser fra helsemyndighetene som gir uttrykk for at myndighetene hadde vurdert forholdsmessigheten av tiltakene.¹⁷¹ Følgelig tar retten ingen selvstendig og grundig vurdering av de sammensatte samfunnsmessige avveiningene. I stedet tar førstvoterende utgangspunkt i myndighetenes saksbehandling og konkluderer med at denne viser at myndighetene var bevisste på kravet om forholdsmessighet.¹⁷² Dommens premisser tyder på at retten vurderer sakens realiteter i større grad versus en selvstendig avveining av formålet bak tiltaket.

Selv om retten hadde en høy prøvingsintensitet som følge av at helsemyndighetene ikke hadde gjort en konkret vurdering av EMK, viser rettens premisser at domstolen ikke overprøver myndighetenes prioriteringer og avveininger mer enn nødvendig.¹⁷³ Rettens vurderinger tyder på at Høyesterett ikke ønsker at overprøvingen skal være strengere enn saken tilsier. Ettersom retten finner at rettighetsinngrepet ikke krenker EMK, stanser domstolens overprøving av saken.

¹⁶⁸ Ibid. avsnitt 91 med videre henvisning til *Animal Defenders International mot Storbritannia* [GC], no. 48876/08 (2013) avsnitt 114–116.

¹⁶⁹ HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 91 med videre henvisning til Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt) avsnitt 172.

¹⁷⁰ HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 122 og 140.

¹⁷¹ Ibid. avsnitt 141.

¹⁷² Ibid. avsnitt 139 flg.

¹⁷³ Se særlig ibid. avsnitt 141, hvor retten raskt konkluderer med at må være «klart» at helsemyndighetene var kjent med kravet om forholdsmessighet.

Dommens premisser viser at den statlige skjønnsmarginen hos EMD er nedtonet. For det første viser førstvoterendes premisser at Høyesterett foretar en mer inngående prøving av om tiltakene er i tråd med EMD sammenlignet med hva EMD trolig ville ha gjort.¹⁷⁴ For det andre anvender Høyesterett heller ikke EMDs statlige skjønnsmargin som et argument for hvor stort skjønsmessig spillerom helsemyndighetene skal gis i saken. Følgelig er Hyttekarantene-dommen en endring i Høyesteretts utforming av domstolens prøvingsintensitet, spesielt sammenlignet med tidligere saker hvor EMDs skjønnsmargin er gitt en mer sentral rolle.¹⁷⁵

Dommer Berghs fremgangsmåte er i tråd med EMD-praksis om at prøvingsintensiteten hos nasjonale domstoler fastsettes basert på nasjonale regler, ettersom EMD legger til grunn at regulering av forholdet mellom nasjonale domstoler og politiske myndigheter er et nasjonalt anliggende.¹⁷⁶

Hyttekarantene-saken viser at dersom myndighetenes vedtak griper inn i EMK-rettighetene, er det viktig at myndighetene gjør de nødvendige vurderingene EMK krever. Hvis helsemyndighetene hadde gjort en tydelig vurdering av om tiltakene var i tråd med EMK, er det nærliggende å anta at prøvingsintensiteten hos Høyesterett ville vært mindre. Hyttekarantene-dommen viser dessuten at myndighetene ikke behøver å vise konkret til EMK, så lenge myndighetene gjør den nærmere avveiningen av relevante samfunnshensyn.¹⁷⁷ Det er således sakens realiteter som er det sentrale ved domstolsprøvingen.¹⁷⁸

Selv om Høyesterett i Hyttekarantene-saken er tydelig i sin uttalelse om at EMDs skjønnsmargin ikke skal overføres til norske domstoler, utelukker ikke dette at norske domstoler i visse saker kan legge til grunn den samme prøvingsintensiteten som EMDs skjønnsmargin tilsier. Dersom domstolen mener at begrunnelsen for vedtaket fra politiske myndigheter er god, er det ikke noe i veien for at domstolen fastslår dette og avstår fra en inngående overprøving. For slike tilfeller vil det ikke være noe i veien for at domstolene tildeler myndighetene en større skjønnsmargin og dermed en mindre intensiv

¹⁷⁴ HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 88 sammenlignet med avsnitt 130 flg.

¹⁷⁵ For tidligere saker se for eksempel Rt. 2004 s. 1737 avsnitt 65 og Rt. 2013 s. 1689 avsnitt 44.

¹⁷⁶ *Nicklinson og Lamb mot Storbritannia*, [J], no. 2478/15 og 1787/15 (2015), avsnitt 84.

¹⁷⁷ HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 140–141.

¹⁷⁸ *Ibid.* avsnitt 141.

domstolsprøving. Et viktig poeng er at dersom en norsk domstol velger å benytte samme prøvingsintensitet som EMD, må den norske domstolen begrunne sin prøving med *hjemmel i norsk rett* og ikke med hjemmel i EMDs statlige skjønnsmargin.

For de tilfellene hvor politiske myndigheter ikke har gjort en tilstrekkelig vurdering av om vedtaket følger de menneskerettslige kravene, vil domstolene, som en del av nasjonale myndigheter, måtte foreta en mer intensiv overprøving av vedtaket.¹⁷⁹ En slik høy prøvingsintensitet hos norske domstoler er ikke problematisk. Tvert imot vil en inngående overprøving gi en effektiv håndheving av EMK. Norske domstolers prøvingsintensitet beror på hvor grundige politiske myndigheter har vært, og Hyttekarantene-dommen viser at dersom myndighetene ikke har vært grundige nok, må domstolene være det.

Retten konkluderer enstemmig med at Grl. § 102 og EMK artikkel 8 ikke er krenket. Vedtaket om innreisekarantene er heller ikke strid med de øvrige påberopte hjemlene. Følgelig frifinnes staten. I etterkant av høyesterettsavgjørelsen ble saken klaget videre til EMD, som valgte å avvise den.¹⁸⁰

Hyttekarantene-saken sine uttalelser om norske domstolers prøvingsintensitet kan og bør benyttes som retningslinjer ved senere saker om prøving av beslutninger fra politiske myndigheter. I etterkant av saken har Anne Kjersti Befring uttalt at dommen «bør benyttes i opplæringssammenhenger som et eksempel på domstolskontroll under kriser».¹⁸¹ Både rettens uttalelser om EMDs skjønnsmargin og etableringen av en egen nasjonal skjønnsmargin for domstolenes prøvingsintensitet, var en nyvinning i Hyttekarantene-saken. Dommen fremstår følgelig som viktig for den videre praktiseringen av domstolenes prøvingsintensitet av EMK.

Rettspraksis etter Hyttekarantene-saken viser at Høyesterett benytter Hyttekarantene-dommen som veiledning for å fastsette domstolens prøvingsintensitet etter den nasjonale skjønnsmarginen, uten å bruke EMDs skjønnsmargin som mal. For eksempel i HR-2022-2171-A benytter retten Hyttekarantene-saken for å redegjøre for forholdsmessighetskravene

¹⁷⁹ HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 140.

¹⁸⁰ *Bjarte Helgesen mfl. mot Norge*, [A], no. 38015/22 (2023).

¹⁸¹ Anne Kjersti Befring, «Kommentar til Høyesteretts dom i hyttesøksmålet HR-2022-718-A», <https://juridika.no/innsikt/lommentar-til-hoyesteretts-dom-i-hyttesoksmålet-hr-2022-718-a> (2022) (lest 26. april 2023).

som stilles ved inngrep i EMK-rettigheter.¹⁸² Hyttekarantene-saken benyttes også som hjemmel for domstolens prøvingsintensitet ved overprøving av vedtak om smitteverntiltak.¹⁸³ I samme sak brukes Hyttekarantene-saken som retningslinje i den konkrete forholdsmessighetsvurderingen.¹⁸⁴ Hyttekarantene-dommen er også benyttet i saker som ikke omhandler smitteverntiltak. HR-2022-2329-A er et eksempel på at Hyttekarantene-dommen er brukt innenfor trygderetten, og HR-2022-2433-A er et lignende eksempel innenfor utlendingsretten.¹⁸⁵ I tillegg har underrettspraksis benyttet Hyttekarantene-dommen som hjemmel for sin prøvingsintensitet.¹⁸⁶

Det kan problematiseres hvorvidt skjønnsmarginen fra Høyesterett er ment å være en bindende rettsregel, eller i stedet om doktrinen må forstås som noe Høyesterett *velger* å benytte seg av. At førstvoterende i Hyttekarantene-dommen velger formuleringen, at Høyesterett «vil» være varsom med å overprøve vurderinger som i stor grad er faglige eller beror på sammensatte samfunnsmessige avveininger, kan tale for at skjønnsmarginen ikke er ment å gjelde som en bindende rettsregel.¹⁸⁷ I stedet tyder formuleringen om at retten «vil» være varsom i sin overprøving på at skjønnsmarginen er en regel som Høyesterett *velger* å benytte seg av.

Uansett om Høyesterett velger å benytte seg av skjønnsmarginen som en bindende rettsregel eller som en regel de kan velge å benytte seg av, viser etterfølgende rettspraksis at det har vært en konsistent praksis i tråd med Hyttekarantene-dommens uttalelser om skjønnsmarginen. Hyttekarantene-dommen og etterfølgende rettspraksis kan tale for at domstolene er bevisste på behovet for å skape en klar regel, noe som kan tilsi at marginen vil utvikle seg til en mer bindende rettsregel i tiden fremover. Med en konsis praksis kan det bli vanskeligere å argumentere seg bort fra å anvende skjønnsmarginen i lignende saker, noe som bidrar til å skape forutberegnelighet omkring regelen.

¹⁸² Se også HR-2022-2172-A hvor retten henviser til både Hyttekarantene-saken og HR-2022-2171-A i sin redegjørelse av domstolens prøvingsintensitet for vedtak om smitteverntiltak.

¹⁸³ HR-2022-2171-A avsnitt 53 og 73 flg.

¹⁸⁴ Ibid. avsnitt 81 flg.

¹⁸⁵ HR-2022-2329-A avsnitt 73 og HR-2022-2433-A avsnitt 100.

¹⁸⁶ LH-2022-126731.

¹⁸⁷ HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 89.

Likevel vil jeg være varsom med å konkludere for at den nasjonale skjønnsmarginen er ment å være en bindende rettsregel, ettersom det foreløpig ikke foreligger rettspraksis som tilsier at Høyesterett føler seg strengt bundet av marginen. Til tross for en åpen konklusjon synes Hyttekarantene-dommen å stå seg som en viktig dom for både oppfatningen av EMDs statlige skjønnsmargin i norsk rett og for etableringen av en nasjonal skjønnsmargin på grunnlag av norsk rett. Følgelig virker Hyttekarantene-dommen fra Høyesterett å være et prejudikat med en rettsoppfatning som legges til grunn i senere saker.¹⁸⁸

For å forstå hvorfor Høyesterett velger å utarbeide en selvstendig skjønnsmargin i Hyttekarantene-saken, er det hensiktsmessig å se hen til hensynene bak regelen.

5.4 Hvorfor er det et behov for en egen nasjonal skjønnsmargin?

De hensyn som begrunner en egen nasjonal skjønnsmargin etter norsk rett sammenfaller ikke med begrunnelsen for EMDs statlige skjønnsmargin, ettersom subsidiaritetsprinsippet er sentralt i begrunnelsen for EMDs doktrine. Tanken om at EMD har en subsidiær rolle og at staten har det primære ansvaret for å sikre konvensjonsrettighetene i egen stat, kan ikke overføres til begrunnelsen for at det gjelder en nasjonal skjønnsmargin hos norske domstoler. Følgelig må behovet for en nasjonal skjønnsmargin i norsk rett begrunnes i andre hensyn enn de EMD benytter i sin begrunnelse for den statlige skjønnsmarginen.

Et argument for en nasjonal skjønnsmargin hos norske domstoler er at marginen kan bidra til å styrke lovgiverviljen i tiltak fra Stortinget. Norske dommere er ikke folkevalgte, og i motsetning til Stortinget, har ikke norske domstoler tilsvarende demokratisk legitimitet. Når domstolen gir lovgiver en skjønnsmargin for vurderinger som er *faglige eller beror på sammensatte samfunnsmessige avveininger*, vil lovgiverviljen gis en større plass i sakens utfall. At domstolene er varsomme med å overprøve lovgivers vurderinger medfører følgelig at sakens demokratiske legitimitet opprettholdes i domstolskontrollen. At den nasjonale skjønnsmarginen bidrar til å styrke lovgiverviljen er derfor et argument for å praktisere den.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Dette viser etterfølgende rettspraksis som jeg har redegjort for i avsnittene over.

¹⁸⁹ Christian Børge Sørensen, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* Vol. 117, utg. 1-2 (2004) s. 134–196, på s. 171.

Et eksempel fra rettspraksis som viser at domstolen ønsker å opprettholde lovgiverviljen ved sine overprøvinger finnes i HR-2022-731-A. Saken gjelder utmåling av straff for et rusavhengigs menneske oppbevaring av heroin til eget bruk. I dommen argumenterer retten ut ifra hva stortingsflertallet hadde uttrykt i enkelte deler av et stortingsvedtak samt i debatten på Stortinget, i stedet for å benytte Stortingets flertallsvedtak som avgjørende for konklusjonen.¹⁹⁰ Høyesterett legger seg på samme nivå som det de mener det er bred enighet i Stortinget for, til tross for at de ikke kan vise til en klar konklusjon eller uttalelse fra Stortinget. Høyesterettsdommen er et eksempel på at Høyesterett ønsker å styrke lovgivers syn i saken ved at retten går langt i å finne hva som er stortingsflertallets syn på det aktuelle politiske spørsmålet om straff for oppbevaring av rusmidler til eget bruk. Den nasjonale skjønnsmarginen kan brukes som et rettskildeprinsipp for å styrke lovgiverviljen, ettersom domstolene gir myndighetene et handlingsrom for politiske tiltak med begrenset domstolskontroll. Skjønnsmarginen blir da et praktisk virkemiddel for å unngå at domstolene kommer fram til en løsning som ikke er i tråd med lovgivers signaler.

At en vid skjønnsmargin bidrar til å styrke lovgiverviljen gjelder kun for vedtak fra Stortinget, dersom domstolen overprøver et vedtak fra forvaltningen vil argumentet ikke være like relevant. Snarere tvert imot, ettersom hensynet til lovgiverviljen kan tale for at domstolen utøver en strengere prøvingsintensitet av forvaltningsvedtak for å sikre at forvaltningen ikke har gått utenfor sin lovbestemte kompetanse gitt av Stortinget.

Videre bør domstolene være varsomme med å intensivt overprøve vurderinger og vedtak fra myndighetene som bærer preg av å være politiske avveininger. Dersom domstolene gjør en inngående vurdering av politiske spørsmål, vil domstolene blande seg inn i politiske myndigheters oppgaver. En slik innblanding fra domstolene kan i ytterste konsekvens forskyve maktfordelingen mellom Stortinget, regjeringen og domstolene. Ved å tilkjenne politiske myndigheter en skjønnsmargin, tydeliggjøres skille mellom domstolens rettslige overprøving og sakens politiske side. Likevel må ikke argumentet trekkes for langt, ettersom domstolene har forutsetninger for å overprøve verdivurderinger med et rettslig eller moralsk

¹⁹⁰ HR-2022-731-A avsnitt 42 flg.

preg.¹⁹¹ Dog er det et poeng at norske domstoler i alle fall ikke skal opptre partipolitisk i sine avgjørelser, noe skjønnsmarginen kan bidra til å sikre.

Selv om avsnittene over viser at det har gode grunner for seg at domstolens prøvingsintensitet av EMK er mindre i saker med vurderinger som i stor grad er faglige eller basert på sammensatte samfunnsmessige avveininger, må skjønnsmarginen ikke praktiseres for vidt. Norske domstoler må nemlig ikke utøve en for passiv rolle i sin overprøving. Høyesterett må ikke gå i retning av å kun praktisere en prosessuell kontroll over politiske myndigheters vedtak. En slik prosessuell overprøving har utviklet seg hos EMD, og dersom Høyesterett legger seg på samme prøvingsintensitet kan man miste en viktig instans for den materielle prøvingen av EMK.¹⁹²

At det gjøres en mer prosessuell kontroll hos EMD kan forsvares ut ifra argumentet om at den effektive håndhevingen av EMK primært skal skje på nasjonalt nivå. Hvis Høyesterett går i retning mot en prosessuell kontroll vil man svekke den effektive håndhevingen av EMK-rettighetene i Norge.¹⁹³ Nasjonale domstoler er nemlig en viktig forutsetning for EMDs virksomhet og for at EMK fungerer som et internasjonalt rettssystem.¹⁹⁴ Den nasjonale skjønnsmarginen som etableres i Hyttekarantene-saken må følgelig ikke være så vid at den bidrar til å svekke den effektive håndhevingen av EMK ved norske domstoler. I ytterste konsekvens vil det medføre at retten til et effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13 krenkes. Hensynet til en effektiv håndheving av menneskerettighetene kan altså tale mot en vid nasjonal skjønnsmargin hos norske domstoler.

Likevel synes retten i Hyttekarantene-dommen å motvirke faren for at norske domstoler kun skal foreta en prosessuell kontroll idet de fastslår at nasjonale domstoler også er en del av

¹⁹¹ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 386 og Jens Edvin A. Skoghøy, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK». *Lov og rett* Vol. 50, utg. 4 (2011) s. 189–190, på s. 190.

¹⁹² Stig Harald Solheim, «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område» i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019. s. 360–384, på s. s. 381.

¹⁹³ Christian Børge Sørensen, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* Vol. 117, utg. 1-2 (2004) s. 134–196, på s. 172.

¹⁹⁴ *Ibid.* på s. 186.

nasjonale myndigheter.¹⁹⁵ Retten begrenser dermed faren for at det kun gjennomføres en prosessuell kontroll, ettersom førstvoterende er tydelig på at dersom politiske myndigheter ikke har vurdert kravene etter EMK på en tilfredsstillende måte, er det domstolenes oppgave å gjøre det.

Hyttekarantene-saken har nå bekreftet spørsmålet om det gjelder en nasjonal skjønnsmargin i norsk rett ved domstolenes prøving av EMK. Avsnittene over viser dessuten at den nasjonale skjønnsmarginen har gode grunner for seg. Videre skal innholdet i den nasjonale skjønnsmarginen drøftes.

5.5 Hva er innholdet i den nasjonale skjønnsmarginen?

Gjennom Hyttekarantene-saken har Høyesterett slått fast at det er en skjønnsmargin for politiske myndigheter ved vurderinger som i stor grad er faglige eller beror på sammensatte samfunnsmessige avveininger. I Hyttekarantene-saken er dommer Bergh likevel taus om hvordan skjønnsmarginen kan praktiseres ved senere saker. Bergh forholder seg mer konkret til hvordan prøvingsintensiteten hos domstolen er for tiltak etter smittevernloven mot EMK, og dermed er det ikke mye å hente fra dommen om det generelle innholdet i den nasjonale skjønnsmarginen. Det kan tenkes at det ikke ble gitt noen generelle retningslinjer på grunn av at skjønnsmarginen vil variere fra sak til sak, avhengig av hvilket rettsområde saken gjelder, øvrige kilder, osv.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har i sin praksis utarbeidet vurderingsmomenter som er med på å avgjøre hvor vid skjønnsmargin de gir i sine saker.¹⁹⁶ Blant annet har EMD påpekt at skjønnsmarginen vil variere, både mellom artikler, mellom de forskjellige unntaksmulighetene internt i artikkelen, over tid, osv. Forholdene som EMD har oppstilt vil variere fra sak til sak og viser at statens skjønnsmargin skal tilpasses den konkrete saken.

Generelle retningslinjer for skjønnsmarginen gir rom for å imøtekomme de spesielle tilpasningene som ulike saker krever. Retningslinjer vil ikke binde domstolene til en løsning, men heller sette rammer for prøvingsintensiteten. Det er dermed ikke problematisk å oppstille vurderingsmomenter for den nasjonale skjønnsmarginen, snarere tvert imot ettersom det vil gi

¹⁹⁵ HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 90.

¹⁹⁶ Se pkt. 3.2 for nærmere redegjørelse av EMDs vurderingsmomenter.

forutsigbare normer for hvordan skjønnsmarginen skal tilpasses i den enkelte sak. Likevel er det viktig å huske at EMDs vurderingsmomenter for sin skjønnsmargin ikke kan overføres direkte til norske domstoler, og følgelig må man finne andre rammer for å fastlegge domstolenes prøvingsintensitet.¹⁹⁷ Imidlertid kan EMDs valg om å utforme vurderingsmomenter for statens skjønnsmargin være til inspirasjon for at det bør utarbeides egne momenter for den nasjonale skjønnsmarginen etter Hyttekarantene-dommen.

Det kan være nyttig at Høyesterett oppstiller doktrinen med vurderingsmomenter, ettersom det vil gi mer forutberegnelighet til individet og til myndighetene.¹⁹⁸ Dessuten vil en tydelig doktrine med vurderingsmomenter bidra til å gjøre den nasjonale skjønnsmarginen mer praktisk.

I det følgende vil jeg peke på to ulike forslag til hvordan det nærmere innholdet i skjønnsmarginen kan utformes. Etter norsk rett kan nemlig andre skjønnregler og tidligere rettspraksis gi veiledning for hvordan den nasjonale skjønnsmarginen muligens kan praktiseres i norsk rett.

5.5.1 Forvaltningsskjønn

En mulig inspirasjonskilde for den nye doktrinen om skjønnsmargin i norsk rett er reglene om forvaltningsskjønn. Forvaltningsskjønn er en betegnelse for når forvaltningens avgjørelse ikke fullt ut er styrt av rettsregler, men delvis er overlatt til forvaltningens skjønn.¹⁹⁹

Forvaltningsskjønnet kan deles inn i to deler; forvaltningens frie skjønn og forvaltningens rettsanvendelsesskjønn.²⁰⁰ Forvaltningens frie skjønn er tilfeller hvor forvaltningen er gitt frihet til å bestemme om en avgjørelse skal treffes og hva den eventuelt skal gå ut på. For slike avgjørelser er avgjørelsens innhold ikke kun styrt av de aktuelle rettsreglene, men til en

¹⁹⁷ Dette er klart slått fast av Høyesterett i HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 89.

¹⁹⁸ Christian Børge Sørensen, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* Vol. 117, utg. 1-2 (2004) s. 134–196, på s. 186–187.

¹⁹⁹ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 363.

²⁰⁰ Det er en viss uenighet i litteraturen om terminologien. Av hensyn til oppgavens omfang vil jeg kun legge til grunn den uttrykte todelingen, jeg vil likevel påpeke at det ikke er et skarpt skille mellom de to delene. For en nærmere drøftelse av forvaltningsskjønnet og dens inndeling se Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 363 flg.

viss grad overlatt til forvaltningens skjønn.²⁰¹ Dersom lovgiver har valgt å gi forvaltningen et fritt skjønn, er forvaltningen fri i sin avgjørelse. En side av forvaltningens frie skjønn er at den er unntatt fra domstolskontroll. Følgelig vil domstolen ikke blande seg inn i forvaltningens frie skjønn.²⁰²

For den andre delen av forvaltningsskjønnet, forvaltningens rettsanvendelsesskjønn, er utgangspunktet at domstolen kan overprøve alle lovbundne sider av en forvaltningsavgjørelse.²⁰³ For slike avgjørelser har domstolen full prøvelsesrett for alle sider av saken, inkludert skjønnsmessige vurderinger. Begrunnelsen for full prøvingsrett er hensynet til likebehandling og rettsikkerhet, ettersom full domstolsprøving vil hindre at forvaltningen utvikler ulike standarder.²⁰⁴ Likevel vil domstolene vise tilbakeholdenhet med å fravike det skjønnresultatet som forvaltningen har kommet til dersom det skjønnnet som forvaltningen har utøvd, er godt overveid og begrunnet.²⁰⁵ Så dersom rettsanvendelsen til forvaltningen er god, vil domstolen ikke overprøve skjønnnet. Begrunnelser for hvorfor domstolene velger å være tilbakeholdne kan være at de ønsker å gi forvaltningen et politisk handlingsrom og effektivitetshensyn.²⁰⁶ I tillegg ønsker ikke domstolene å overprøve faglige vurderinger som fagpersoner i forvaltningen har bedre forutsetninger for å utføre.²⁰⁷

For å beslutte om domstolene skal tildele forvaltningen et rettsanvendelsesskjønn, ved å vise tilbakeholdenhet i saken, er det enkelte momenter som går igjen.²⁰⁸ Vurderingstemaets art er relevant. Hvis lovteksten er mer eller mindre vag og flere ulike hensyn kan komme i

²⁰¹ Uttrykkes i litteraturen ofte som forvaltningens diskresjonære kompetanse. Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 363–365.

²⁰² Så fram forvaltningen holder seg innenfor sine skranker som saksbehandlingsregler, ubegrunnet forskjellsbehandling, utenforliggende hensyn, myndighetsmisbruk, kravet om korrekt fakta, osv. Se Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 363 flg.

²⁰³ HR-2017-1258-A avsnitt 46.

²⁰⁴ Ibid. avsnitt 54.

²⁰⁵ Ibid. avsnitt 47 og 55. Denne saken gjelder overprøving av skjønnnet i et ligningsvedtak, men det samme er lagt til grunn innenfor andre rettsområder, for eksempel se Rt. 1995 s. 1427 på s. 1433 og Rt. 2004 s. 1092 avsnitt 70.

²⁰⁶ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 527.

²⁰⁷ Ibid. s. 382 og 528.

²⁰⁸ For fullstendig redegjørelse av typiske momenter se Ibid. s. 385–388.

betraktning, vil det tale for at vurderingen er overlatt til forvaltningens skjønn.²⁰⁹ Videre vil vurderinger med juridisk eller moralsk preg være egnet for domstolsprøving, noe som indikerer at domstolene her bør være mindre tilbakeholdne. I motsatt retning trekker vurderinger av teknisk, økonomisk eller politisk art. Dessuten kan hvilket forvaltningsorgan som har truffet vedtaket være relevant i fastsettelsen av domstolens prøvingsintensitet, ettersom domstolene vil være forsiktige med å overprøve vurderinger fra organer som anses som særlige kyndige på området.²¹⁰

Momentene for grensedragningen av forvaltningens rettsanvendelsesskjønn gjelder altså kun for domstolskontroll av en del forvaltningsvedtak. Det finnes likevel visse indikasjoner på at en lignende praktisering kan overføres til domstolenes prøvingsintensitet i vurderingen av om tiltak oppfyller EMK sine krav.

I HR-2022-718-A (Hyttekarantene) gir førstvoterende et rettsanvendelsesskjønn til forvaltningen i forholdsmessighetsvurderingen etter reglene i smittevernloven.²¹¹ Videre uttaler førstvoterende at det er mange likheter mellom forholdsmessighetsvurderingen etter smittevernloven og forholdsmessighetsvurderingen etter EMK.²¹² Ettersom reglenes forholdsmessighetsvurderinger er like, kan det tale for at de bør ha samme prøvingsintensitet ved domstolskontroll. Siden domstolenes prøvingsintensitet etter smittevernloven rammes av forvaltningens rettsanvendelsesskjønn, kan det tilsi at en lik praktisering kan overføres til saker om overprøving av tiltak opp mot EMK.

Videre finner Torstein Eckhoff og Eivind Smith at Høyesterett sin praktisering av et rettsanvendelsesskjønn for forvaltningen «kan minne om den 'margin of appreciation' som EMD i noen saker har gitt statene til selv å avgjøre hvilke tiltak som lar seg forene med skjønnsmessige elementer i EMK».²¹³ Parallellen som Eckhoff og Smith trekker, kan gi en viss indikasjon om likheter mellom domstolenes prøving av forvaltningens rettsanvendelsesskjønn og den rettslige prøvingen av EMK. Sammenligningen kan tale for å

²⁰⁹ Ibid. s. 385–386.

²¹⁰ For eksempel Trygderetten. Ibid. s. 387.

²¹¹ HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 74–75.

²¹² Ibid. avsnitt 73 og 77.

²¹³ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 528.

praktisere den nasjonale skjønnsmarginen, ved overprøvingen av vedtak opp mot EMK sine krav, på samme måte som reglene om forvaltningens rettsanvendelsesskjønn.

På den andre siden argumenterer Eckhoff og Smith for at det skaper større usikkerhet om hva man kan oppnå med domstolenes hjelp når domstolene som utgangspunkt kan foreta full overprøving, men samtidig er tilbakeholdne ved prøving av politisk eller faglig betont skjønn.²¹⁴ Dersom man legger til grunn at domstolenes sin praktisering av reglene om forvaltningens rettsanvendelsesskjønn skaper større usikkerhet for borgerne, bør man nok være forsiktig med å overføre praksisen til utformingen av den nasjonale skjønnsmarginen.

I tillegg argumenterer Jens Edvin A. Skoghøy for at det ikke er noen grunn til å overføre reglene om domstolenes tilbakeholdenhet med å overprøve politisk eller faglig betont forvaltningsskjønn til å gjelde den konkrete forholdsmessighetsvurderingen ved rettighetsinngrep etter EMK.²¹⁵ Som argument for sitt syn fastslår Skoghøy at domstolene er «godt skikket» til å foreta de konkrete forholdsmessighetsvurderingene som EMK legger opp til, og følgelig vil det ikke være noen grunn for at domstolene viser den samme tilbakeholdenheten som ved prøving av politisk eller faglig betont skjønn.²¹⁶ Skoghøys oppfatning er at EMK sin forholdsmessighetsvurdering er egnet til en mer intensiv overprøving enn det reglene om domstolskontroll av forvaltningens rettsanvendelsesskjønn legger opp til. Resonnementet fremstår som fornuftig siden domstolene ikke bare skal overprøve lovgivningen opp mot EMK, men også det konkrete inngrepet. Skoghøy sitt syn taler mot at den nasjonale skjønnsmarginen bør praktiseres tilsvarende som reglene om forvaltningens rettsanvendelsesskjønn. Hensynet til borgernes rettssikkerhet trekker i samme retning, ettersom man burde ha mulighet til å få rettslig overprøvd enhver vurdering som domstolene er skikket til å foreta.

Avsnittene over viser at det er argumenter både for og mot å overføre reglene om forvaltningsskjønn til en nærmere utforming av den nasjonale skjønnsmarginen i norsk rett. Jeg synes Skoghøy sin argumentasjon mot å anvende reglene om forvaltningsskjønn ved overprøvingen av EMK fremstår som fornuftig. Uansett velger jeg å holde konklusjonen åpen.

²¹⁴ Ibid. på s. 528.

²¹⁵ Jens Edvin A. Skoghøy, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK». *Lov og rett* Vol. 50, utg. 4 (2011) s. 189–190, på s. 190.

²¹⁶ Ibid. på s. 190.

I det følgende vil jeg drøfte et annet forslag til hvordan den nasjonale skjønnsmarginen muligens kan praktiseres i norsk rett.

5.5.2 Rt. 1976 s. 1 (Kløfta-dommen)

Den nasjonale skjønnsmarginen kan utformes etter inspirasjon fra Rt. 1976 s. 1 (Kløfta-dommen). Kløfta-dommen gjelder et overskjønn om fastsettelse av erstatning ved ekspropriasjon til motorvei ved Kløfta utenfor Oslo. Resultatet i saken er at Høyesterett delvis setter til side den konkrete loven som saken gjelder, fordi den ikke er i tråd med Grl. § 105 sine krav for ekspropriasjon. Dommen er avsagt med dissens (10–7), men Høyesterett er enstemmig enige om de punktene som trekkes fram i det følgende.

I Kløfta-dommen beskriver førstvoterende tre forhold som det særlig må legges vekt på når man skal fastsette den konkrete prøvingsintensiteten for Grunnlovens grenser. Bakgrunnen for at førstvoterende etablerer rammer for prøvingen er at dersom en lov fører til resultater som er i strid med Grunnloven, vil domstolene måtte bygge sin avgjørelse på den regel som følger av Grunnloven, ikke på lovbestemmelsen.²¹⁷ Med andre ord, Grunnloven skal ved slike tilfeller gis forrang, *lex superior*. Ved konflikter mellom Grunnloven og en annen alminnelig lov har domstolene en plikt til å avgjøre om Grunnloven er gått for nær.²¹⁸

Førstvoterende, dommer Blom, påpeker at det er forskjellige oppfatninger om hvor mye som skal til for at domstolene må sette en lov til side som grunnlovsstridig. For å finne fram til hvor intensivt domstolene skal prøve grunnlovsbestemmelsene benytter dommer Blom for det første en tredeling, hvor han fastslår at prøvingsintensiteten avhenger av hvilken grunnlovsbestemmelse saken gjelder. Dersom saken gjelder bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, vil overprøvingen hos domstolene være mest intensivt. Hvis saken gjelder grunnlovsbestemmelser som regulerer statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, vil prøvingsintensiteten hos domstolene være minst. I en mellomstilling mellom de to ytterpunktene, er grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter. For det andre er det også relevant for prøvingsintensiteten, hvorvidt det foreligger rimelig tvil om grunnlovsmessigheten ved den konkrete loven. Til sist er det av betydning hvor grundig Stortinget har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med

²¹⁷ Rt. 1976 s. 1 (Kløfta-dommen) s. 5.

²¹⁸ Ibid. s. 5.

Grunnloven. Domstolene skal kun vurdere om loven må settes til side som grunnlovsstridig, følgelig skal domstolene ikke overprøve hvorvidt loven er hensiktsmessig, ettersom lovens hensikt er innenfor lovgivers frie skjønn.²¹⁹

De tre momentene i avsnittet over er ikke en uttømmende liste av forhold som kan være relevante for prøvingsintensiteten av lover opp mot grunnlovsbestemmelser.²²⁰ Likevel bidrar dommen til å klargjøre prøvingsintensiteten i saker om grunnlovens betydning for den konkrete lovanvendelsen. Generelt må domstolene «vise varsomhet med å sette sin vurdering over lovgivers», men dersom det er tvil om hvordan en lovbestemmelse skal forstås, fastslår førstvoterende at domstolene har en rett og plikt til å anvende loven på den måte som best harmonerer med Grunnloven.²²¹

Kløfta-dommen gjelder domstolenes prøvingsintensitet i saker om en lov skal settes til side som grunnlovsstridig. I HR-2021-417-P (Acer) er Kløfta-dommens vurderingsmomenter opprettholdt.²²² I tillegg er kontrollen utvidet fra å kun gjelde saker om prøving av innholdet i en lov mot en bestemmelse i Grunnloven til også å gjelde domstolenes grunnlovskontroll av alle stortingsvedtak.²²³ Følgelig gjelder Kløfta-dommens vurderingsmomenter for grunnlovskontroll av både lover og vedtak fra Stortinget. Likevel taler gode grunner for at en lignende praktisering kan overføres til domstolenes prøvingsintensitet i saker om tiltak oppfyller kravene etter EMK.

For det første er det et poeng at EMK er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven, noe som taler for at prøvingen av EMK-konformitet bør skje på samme måte som annen alminnelig lov fra Stortinget. Videre er et argument for å overføre Kløfta-dommens momenter til norske domstolers prøvingsintensitet for EMK-rettigheter at sentrale grunnlovsrettigheter er inspirert av EMK.²²⁴ At grunnlovsbestemmelser er utformet nokså likt EMK-rettigheter kan tilsi at innholdet i rettighetene bør harmoniseres med en lignende prøvingsintensitet. En lik

²¹⁹ Ibid. s. 6.

²²⁰ Ibid. s. 6.

²²¹ Ibid. s. 6.

²²² HR-2021-417-P (Acer) avsnitt 74.

²²³ Ibid. avsnitt 72, 77 og 81.

²²⁴ For eksempel Grl. § 102 om retten til respekt for sitt familieliv og EMK artikkel 8, se Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

prøvingsintensitet for EMK-rettigheter og menneskerettighetene i Grunnloven vil dessuten gjøre reglene enklere og mer praktiske å anvende sammen.

Videre kan dommer Berghs uttalelser i Hyttekarantene-dommen tilsi at det er nærliggende å anvende Kløfta-dommens momenter i saker om EMK-rettigheter. Bergh påpeker nemlig at EMDs praktisering av statens skjønnsmargin til en viss grad er lik «det som er Høyesteretts utgangspunkt ved grunnlovsprøving».²²⁵ Uttalelsen kan tyde på at Høyesterett ser likheter mellom vurderingsmomenter for norske domstolars prøvingsintensitet av EMK-rettigheter og domstolars prøvingsintensitet av om en lov er grunnlovsstridig. Bergh viser her til Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt) for å begrunne sin uttalelse. Retten i rederiskattesaken tar utgangspunkt i Kløfta-dommen i sin prøving, som taler ytterligere for at Kløfta-dommens momenter fremdeles er relevante.²²⁶

På den andre siden er en rekke juridiske forfattere kritiske til tilnærmingen i Kløfta-dommen.²²⁷ En del av kritikken dreier seg om at Kløfta-dommen sin tredeling er for unyansert, ettersom blant annet tredelingen ikke kan anvendes direkte overfor de praktisk viktige rettighetene om respekt for sitt privat- og familieliv og diskriminering.²²⁸ Disse rettighetene er sentrale i EMK, og dersom tredelingen ikke kan anvendes for dem taler det for at Kløfta-dommens momenter ikke er en hensiktsmessig tilnærming til utformingen av den nasjonale skjønnsmarginen etter Hyttekarantene-dommen.

I juridisk litteratur konkluderer Eivind Smith, ut ifra utviklingen i rettspraksis, med at «[d]et er mye som taler for at det *ikke* er noen nær eller nødvendig sammenheng mellom «Kløfta-læren» og utfallet av den enkelte sak».²²⁹ Sitatet fra Smith indikerer at Kløfta-dommens tilnærming benyttes som *obiter dictum* ved den rettslige overprøvingen av stortingsvedtak. I

²²⁵ HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 91.

²²⁶ Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt) avsnitt 138 i flertallets votum og avsnitt 185 i mindretallets votum. Riktignok med en nokså nyansert tilnærming, se videre drøftelse.

²²⁷ For eksempel se Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 5. utg., Fagbokforlaget 2021, s. 323–325 og Olav Haugen Moen, *Forvaltningsskjønn og domstolskontroll*, Gyldendal 2019, s. 449–451. Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 363.

²²⁸ Olav Haugen Moen, *Forvaltningsskjønn og domstolskontroll*, Gyldendal 2019, s. 450.

²²⁹ Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 5. utg., Fagbokforlaget 2021, s. 324. Smith viser for eksempel til Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern) og Rt. 2004 s. 1737 («TV Vest-saken»), hvor det vises til Kløfta-læren uten at den får noe videre betydning for utfallet.

tråd med Smith sitt syn kan det virke som at Kløfta-tilnærmingen ikke lenger har solid praktisk betydning.

Det kan tenkes at det er mer hensiktsmessig å ha en mer relativisert tilnærming til den nasjonale skjønnsmarginen enn Kløfta-dommens momenter gir grunnlag for.²³⁰ Likevel vil jeg påpeke at Høyesterett ikke har tatt uttrykkelig avstand fra Kløfta-dommens momenter, men snarere synes å ha opprettholdt dem.²³¹ I tillegg har Høyesterett nyansert utgangspunktet etter Kløfta-dommen i senere saker, noe som tyder på at Kløfta-tilnærmingen gjelder i sin oppdaterte form.²³²

I litteraturen fremmer høyesterettsdommer Jens Edvin A. Skoghøy at domstolenes prøvingsintensitet ved vurderingen av nødvendigheten for lovinngrepet etter EMK må fastsettes «på grunnlag av den samfunnsmessige rolle domstolene etter vår statsskikk har».²³³ I tillegg mener Skoghøy at prøvingsintensiteten hos domstolene må variere med hvilken konvensjonsrettighet det er tale om. Skoghøys argumentasjon får tilslutning av Håkon Christian Nyhus.²³⁴ Nyhus tilføyer dessuten at et vurderingsmoment for fastsettelsen av prøvingsintensiteten bør være om lovgivningsprosessen har høy kvalitet. Skoghøys argumentasjon og det tilføyde momentet fra Nyhus kan tilsvare en modifisert utgave av Kløfta-tilnærmingen. Likevel vil jeg presisere at verken Skoghøy eller Nyhus viser til Kløfta-dommen i sine drøftelser.

Alt tatt i betraktning kan kanskje Kløfta-dommens momenter likevel være til inspirasjon for utformingen av den nasjonale skjønnsmarginen. Dog er det nødvendig å modifisere

²³⁰ En slik tilnærming er lik den Menneskerettighetsutvalget tok til orde for i spørsmålet om domstolenes prøvingsintensitet av grunnlovsrettighetene, se Dok. nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven s. 81.

²³¹ For eksempel ble Kløfta-dommens vurderingsmomenter opprettholdt i HR-2021-417-P (Acer).

²³² For eksempel på en mer nyansert tilnærming til Kløfta-dommen se Rt. 2007 s. 1308 (Sørheim) avsnitt 42 og Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt) avsnitt 172. I rederiskattesaken (dissens 6-5) var dessuten dommerne uenige om kategoriseringen av inngrepet, som viser behovet for en nyansert forståelse av Kløfta-tilnærmingen.

²³³ Jens Edvin A. Skoghøy, «Nasjonal EMK-prøving – svar til Bjørnar Borvik». *Lov og rett* Vol. 51, utg. 3 (2012) s. 170–178, på s. 174.

²³⁴ Håkon Christian Nyhus, «Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?». *Lov og rett* Vol. 55, utg. 6 (2016) s. 364–390, på s. 388.

tilnærmingen, slik at den passer for overprøvingen av EMK. En modifikasjon som i alle fall bør gjøres er å justere tredelingen slik at den kan anvendes direkte overfor de sentrale rettighetene om respekt for sitt privat- og familieliv og diskriminering.²³⁵ Det er altså både argumenter for og mot å anvende Kløfta-læren og til syvende og sist vil det være opptil Høyesterett å bestemme hvorvidt denne tilnærmingen bør brukes.

6 Veien videre for den nasjonale skjønnsmarginen

Den nasjonale skjønnsmarginen er en ny doktrine for domstolskontrollen av EMK i norsk rett, og det nærmere innholdet i regelen er foreløpig ikke utformet av Høyesterett. I alle fall bør skjønnsmarginen ikke praktiseres så strengt at den avskjærer domstolene i å overprøve samtlige verdivurderinger fra politiske myndigheter, ettersom dette ofte er vurderinger som domstolene må antas å ha forutsetninger for å gjøre.²³⁶ Hertil må det ikke være så mild overprøving at retten til effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13 krenkes. I det minste bør prøvingsintensiteten være like vid som hos EMD, og helst bør norske domstoler ha en mer inngående overprøving enn EMD for å ivareta en effektiv menneskerettighetsbeskyttelse på nasjonalt nivå.²³⁷ At subsidiaritetsprinsippet er styrket i EMD sin virksomhet, trekker i samme retning for at norske domstoler bør ha en mer inngående overprøving enn EMD, ettersom prinsippet innebærer at EMK primært skal sikres på nasjonalt plan.²³⁸

Videre har EMD uttalt at så lenge staten holder seg innenfor «their margin of appreciation», kan staten bestemme selv hvordan kompetansen skal fordeles mellom myndighetene i

²³⁵ En modifikasjon vil være nødvendig for å løse det nevnte problemet som skisseres av Moen i Olav Haugen Moen, *Forvaltningskjønn og domstolskontroll*, Gyldendal 2019, s. 450.

²³⁶ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 386.

²³⁷ Se pkt. 5.3.

²³⁸ Gjennom EMK sin tilleggsprotokoll nr. 15 artikkel 1 ble subsidiaritetsprinsippet en del av fortalen til EMK, og er dermed forankret i EMK sitt hoveddokument. Prinsippet har dessuten en sentral plass i EMD sin virksomhet, ettersom prøvingen hos EMD har utviklet seg til en mer prosessuell kontroll, jf. Stig Harald Solheim, «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område» i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019, s. 360–384, på s. s. 381–382.

landet.²³⁹ Følgelig vil den nasjonale skjønnsmarginen etter Hyttekarantene-dommen være unntatt overprøving hos EMD, så fremt den utformes innenfor EMDs statlige skjønnsmargin.

I den forlengelse bør den nasjonale skjønnsmarginen i alle fall utformes slik at den tillater domstolsprøving av vurderinger som faller innenfor EMDs statlige skjønnsmargin. Hvis den nasjonale skjønnsmarginen er videre enn statens skjønnsmargin hos EMD, kan det medføre at EMK ikke håndheves effektivt på nasjonalt nivå. Dette kan resultere i at dersom saken overprøves av EMD, så vil EMD gjøre en mer intensiv kontroll. En mer intensiv overprøving hos EMD kan forsvares ut ifra begrunnelsen til EMDs statlige skjønnsmargin, ettersom EMDs subsidiære rolle og tilbakeholdenhet ved sin overprøving, faller noe bort når nasjonale domstoler ikke har gjort en tilfredsstillende prøving.²⁴⁰ Den statlige skjønnsmarginen hos EMD blir dermed et slags minstekrav for hva nasjonale domstoler bør overprøve for å sikre EMK på nasjonalt nivå.

Det kan dessuten tenkes at Høyesterett velger å praktisere skjønnsmarginen lik EMDs prøvingsintensitet, men samtidig gjør en nærmere balansering av sakens realiteter.²⁴¹ Med en slik praktisering er det kanskje ikke nødvendig å utforme skjønnsmarginen nærmere, ettersom sakens realiteter vil variere fra sak til sak. En slik praktisering kan imidlertid gjøre skjønnsmarginen mindre forutberegnelig, samtidig som at det kan medføre at rettsikkerheten styrkes.

Med den iboende forutsetningen at myndighetene gjør det de er ment å gjøre, kan maktfordelingen til en viss grad tale for en mildere overprøving av vedtak fra forvaltningen og Stortinget. Hvis myndighetene svikter, tilsier det derimot en strengere overprøving hos domstolene. Dette kan komme på spissen hvis samfunnsklimaet endrer seg i en radikal retning med et større behov for at domstolene verner om de grunnleggende menneskerettighetene. Like fullt trenger ikke endringene å være ekstreme for at samfunnsforholdene tilsier en strengere domstolskontroll av vedtak fra forvaltningen og Stortinget. Dels vil minoritetsvern fra flertallsbeslutninger kunne tilsi mindre skjønnsmargin, og dels vil økonomiske

²³⁹ *Nicklinson og Lamb mot Storbritannia*, [J], no. 2478/15 og 1787/15 (2015), avsnitt 84. Se pkt. 4.

²⁴⁰ Se pkt. 3.3 for nærmere redegjørelse av begrunnelsen bak den statlige skjønnsmarginen hos EMD.

²⁴¹ Se pkt. 3.2 og 5.3.

nedgangstider på mer generelt grunnlag *kunne* påvirke både evnen og viljen til vernet av menneskerettigheter.

En mulig utforming av doktrinen kan være å følge et av de alternativene som jeg har drøftet, ettersom det finnes grunner både for å benytte reglene om forvaltningens rettsanvendelsesskjønn og en modifisert versjon av Kløfta-tilnærmingen som inspirasjon for utformingen av skjønnsmarginen. Løsningen er likevel ikke gitt, og det kan tenkes at Høyesterett har en annen tilnærming til spørsmålet. Det er for eksempel mulig å utforme et lignede prinsipp som britiske domstoler har valgt:

«The extent to which a UK court should be prepared to entertain holding that such legislation is incompatible must depend on all the circumstances, including the nature of the subject-matter, and the extent to which the legislature or judiciary could claim particular expertise or competence».²⁴²

Uansett hvilken utforming domstolene velger, må det nå være klart at den nasjonale skjønnsmarginen gjelder som et rettskildeprinsipp for norske domstolars prøvingsintensitet av EMK.

²⁴² *R (Nicklinson) v. Ministry of Justice*, 25 June 2014, UKSC 38, avsnitt 75.

Referanseliste

6.1 Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

Lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

6.2 Forarbeid

NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter.

Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Innst. O. nr. 51 (1998–1999) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

6.3 Nasjonal rettspraksis

Rt. 1976 s. 1 (Kløfta-dommen)

Rt. 1995 s. 1427

Rt. 1996 s. 551 (Utvisningsdom I)

Rt. 1996 s. 1510

Rt. 1998 s. 1190

Rt. 1999 s. 961 (Rest-Jugoslavia-kjennelsen)

Rt. 2000 s. 996 (Böhler)

Rt. 2002 s. 1271

Rt. 2003 s. 593 (Valebrokk-kjennelsen)

Rt. 2004 s. 1092

Rt. 2004 s. 1737 («TV Vest-saken»)

Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern)

Rt. 2007 s. 1308 (Sørheim)

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt)

Rt. 2013 s. 1345 (Strukturvote)

Rt. 2013 s. 1689

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 421 (Grimstvedt)

HR-2016-304-S (Guldberg)

HR-2016-389-A

HR-2017-467-A

HR-2017-1258-A

HR-2017-2428-A (Reintallsreduksjon I)

HR-2018-1958-A

HR-2021-417-P (Acer)

HR-2021-1975-S (Fosen)

HR-2022-718-A (Hyttekarantene)

HR-2022-731-A

HR-2022-2171-A

HR-2022-2172-A

HR-2022-2329-A

HR-2022-2433-A

LH-2022-126731

6.4 Internasjonale avtaler

Statue of the Council of Europe, London, 5 May 1949.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 (EMK).

Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950 (EMK P1-1).

International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966 (entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (SP).

Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 26 December 1966.

Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969 (entered into force 27 January 1980).

Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989 (entered into force 2 September 1990).

Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, 19 December 2011.

Protocol no. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 24 June 2013 (entered into force 1 August 2021).

6.5 Avgjørelser fra Den internasjonale domstolen

Case concerning oil platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, no. 876, I.C.J. 161, 6 november 2003.

6.6 Avgjørelser fra FNs menneskerettighetskomité

Hertzberg mfl. mot Finland, Comm. no. 61/1979, CCPR/C/12/D/40/1978.

Länsman et al. mot Finland, Comm. no. 511/1992, CCPR/C/52/D/511/1992.

6.7 Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

Handyside mot Storbritannia [J], no. 5493/72, ECHR:1976:1207JUD000549372.

Tyrer mot Storbritannia [J], no. 5856/72, ECHR:1978:0425JUD000585672.

Silver mfl. mot Storbritannia [J], no. 5947/72, ECHR:1983:0325JUD000594772.

Airey mot Irland [J], no. 6289/73, ECHR:1979:1009JUD000628973.

Golder mot Storbritannia [P], no. 4451/70 /18, ECHR:1975:0221JUD000445170.

Rees mot Storbritannia [P], no. 9532/81, ECHR:1986:1017JUD000953281.

Christine Goodwin mot Storbritannia [GC], no. 28957/95, ECHR:2002:0711JUD002895795.

Erdem mot Tyskland [J], no. 38321/97, ECHR:2001:0705JUD003832197.

Evans mot Storbritannia [GC], no. 6339/05, ECHR:2007:0410JUD000633905.

TV Vest AS og Rogaland Pensjonistparti mot Norge [J], no. 21132/05,
ECHR:2008:1211JUD002113205.

A mfl. mot Storbritannia [GC], no. 3455/05, ECHR:2009:0219JUD000345505.

Animal Defenders International mot Storbritannia [GC], no. 48876/08,
ECHR:2013:0422JUD004887608.

M.K. mot Frankrike [J], no. 19522/09, ECHR:2013:0418JUD001952209.

Nicklinson og Lamb mot Storbritannia [J], no. 2478/15 og 1787/15,
ECHR:2015:0623DEC000247815.

Ribcheva mfl. mot Bulgaria [J], no.37801/16, 39549/16 og 40658/16,
ECHR:2021:0330JUD003780116.

Vavrička mfl. mot Tsjekia [GC], no. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15,
43883/15, ECHR:2021:0408JUD004762113.

Yakut Republican Trade-Union Federation mot Russland [J], no. 29582/09,
ECHR:2021:1207JUD002958209.

Fenech mot Malta [J], no. 19090/20, ECHR:2022:0301JUD001909020.

Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) mot Sveits [J], no. 21881/20,
ECHR:2022:0315JUD002188120.

NIT S.R.L mot Republikken Moldova [GC], no. 28470/12, ECHR:2022:0405JUD002847012.

Bjarte Helgesen mfl. mot Norge, [A], no. 38015/22, ECHR:2023:0124DEC003801522.

6.8 Fremmed rettspraksis

Regina v. Director of Public Prosecutions Ex Parte Kebeline and Others, 28 October 1999,
session 1998–1999.

R (Nicklinson) v. Ministry of Justice, 25 June 2014, UKSC 38.

6.9 Juridisk litteratur

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter 2*, Fagbokforlaget 2021.

Andenæs, Mads og Eirik Bjørge, «Norske domstoler og utviklingen av menneskerettene».
Jussens venner Vol. 46, utg. 5, 2011, s. 251–286.

Backer, Inge Lorange, «Juridisk metode og dialog med Den europeiske
menneskerettsdomstolen (EMD)» i Andreas Føllesdal, Morten Ruud og Geir Ulfstein (red.),
Menneskerettighetene og Norge: rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati,
Universitetsforlaget 2017. s. 228–237.

Befring, Anne Kjersti, «Kommentar til Høyesteretts dom i hyttesøksmålet HR-2022-718-A», <https://juridika.no/innsikt/lommentar-til-hoyesteretts-dom-i-hyttesoksmålet-hr-2022-718-a>, 2022 (lest 26.april 2023).

Born, Gary, Danielle Morris og Stephanie Forrest, «'A Margin of Appreciation': Appreciating Its Irrelevance in International Law» *The Harvard International Law Journal* vol. 61, 2020, s. 65–134.

Borvik, Bjørnar, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK – replikk til Jens Edvin A. Skoghøy». *Lov og Rett* Vol. 50, utg. 10, 2011, s. 575–595.

Broch, Lars Oftedal, «Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol». *Lov og rett* Vol. 44, utg. 5-6, 2005, s. 259–282.

Bårdsen, Arnfinn, «Høyesterett og dynamisk tolking av EMK», Ryssdal-seminaret, 30. oktober 2017, Oslo.

Council of Europe, «Explanatory Report to Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms». *Council of Europe Treaty Series* No. 213, 2013.

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget 2018.

Emberland, Marius, «Effektivisering av subsidiaritet i EMK». *Lov og Rett* Vol 52, utg. 8, 2013, s. 513–514.

Evensen, Synne Solgaard, «Fjerdeinstansdoktrinen», 2018 [masteroppgave], <https://munin.uit.no/bitstream/handle/10037/15402/Thesis.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.

European Court of Human Rights, «Annual Report 2021», 2022.

European Court of Human Rights, «Annual Report 2022», 2023.

Falkanger, Thor, Jon Gisle og Erik Magnus Boe, «Rettskilder» Store norske leksikon, 30. desember 2021, <https://snl.no/rettskilder>, (lest 26. april 2023).

Harris, David, Michael O'Boyle og Carla Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utg., Oxford University Press 2018.

Menneskerettighetsutvalget, Dok. nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, 2011.

Moen, Olav Haugen, *Forvaltningsskjønn og domstolskontroll*, Gyldendal 2019.

Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?». *Jussens Venner* Vol. 39, utg. 5-6, 2005, s. 329–342.

Norges institusjon for menneskerettigheter, «Den europeiske menneskerettsdomstolen», <https://www.nhri.no/emd/>, 2022 (lest 26. april 2023).

Norges institusjon for menneskerettigheter, «Kommuner og menneskerettigheter. 2. Generelt om menneskerettigheter», rapport, <https://www.nhri.no/rapport/kommuner/2-generelt-om-menneskerettigheter/>, 2021 (lest 24. april 2023).

Nyhus, Håkon Christian, «Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?». *Lov og rett* Vol. 55, utg. 6, 2016, s. 364–390.

Rainey, Bernadette, Elizabeth Wicks og Clare Ovey. *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2014.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utg., Universitetsforlaget 2018.

Solheim, Stig Harald, «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område» i Alf Petter i Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019. s. 360–384.

Skatvik, Frida, «Ikke-innblandingsprinsippet» Store norske leksikon, 10. februar 2021, <https://snl.no/ikke-innblandingsprinsippet>, (lest 26. april 2023).

Skoghøy, Jens Edvin A., «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK». *Lov og rett* Vol. 50, utg. 4, 2011 s. 189–190.

Skoghøy, Jens Edvin A., «Nasjonal EMK-prøving – svar til Bjørnar Borvik». *Lov og rett* Vol. 51, utg. 3, 2012, s. 170–178.

Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati*, 5. utg., Fagbokforlaget 2021.

Sørensen, Christian Børge, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* Vol. 117, utg. 1-2, 2004, s. 134–196.

Ulfstein, Geir, «Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer», *Lov og Rett* Vol. 51, utg. 9, 2012, s. 552–570.

