

# Skillet mellom norsk rett og folkerett i norsk rettspraksis

## **Sammendrag:**

Denne artikkelen trekker opp skillet mellom norsk rett og folkerett i norsk rettspraksis. Skillet har avgjørende betydning for rettskildevekten til norske rettsavgjørelser. Norske rettsavgjørelser har svært liten vekt i folkeretten. Dette står i kontrast til Høyesteretts uttalelser om spørsmål i norsk rett, som har svært stor vekt. Artikkelen analyserer eksempler fra rettspraksis der skillet mellom norsk rett og folkerett har blitt aktualisert. Eksemplene er delt inn i to grupper: Tilfeller der folkeretten kommer «direkte» inn i norsk rett, gjennom regler som inkorporerer folkerett og regler om sektormonisme, og tilfeller der folkeretten kommer inn i norsk rett på en mer «indirekte» måte, gjennom regler som transformerer folkerett og presumsjonsprinsippet.

## **Nøkkelord:**

Folkerett, juridisk metode, presumsjonsprinsippet, rettspraksis

## **Innhold:**

<b>1. Innledning .....</b>	<b>3</b>
<b>2. Rettsavgjørelsers rettskildevekt i norsk rett og i folkeretten.....</b>	<b>6</b>
<b>3. Direkte gjennomføring av folkerett: inkorporasjon og sektormonisme .....</b>	<b>9</b>
3.1 Innledning.....	9
3.2 Traktattolkning .....	9
3.3 Tolkning av sektormonismebestemmelser og av relevant folkerett.....	10
3.4 Tolkning av inkorporasjonsbestemmelser og av inkorporert folkerett.....	13
3.5 Erstatning for brudd på EØS-retten og EØS-loven.....	15
3.6 Erstatning for brudd på EMK og menneskerettsloven.....	16
<b>4. Indirekte gjennomføring av folkerett: presumsjonsprinsippet og transformasjon .....</b>	<b>18</b>
4.1 Innledning.....	18
4.2 Grunnloven § 108 og SP artikkel 27 .....	19
4.3 Sanksjonsloven og EU-sanksjoner .....	20
4.4 Grunnloven § 97 og krigsforbrytelser .....	21
4.5 Presumsjonsprinsippet og direktivkonform tolkning .....	22
<b>5. Konklusjon.....</b>	<b>24</b>

## 1. Innledning

Denne artikkelen handler om skillet mellom norsk rett og folkerett i norsk rettspraksis. Artikkelen trekker dette skillet gjennom analyse av konkrete saker. Disse analysene viser hvor grensen går mellom rettens uttalelser om norsk rett og uttalelser om folkeretten i saker der begge typer regler må fastlegges.

Dette skillet har betydning for vekten av høyesterettspraksis som rettskilde. Når Høyesterett tar stilling til spørsmål om norsk rett, har avgjørelsen stor vekt, i tråd med prejudikatlæren, som omtales nærmere i kapittel 2. Når Høyesterett tar stilling til folkerettslige spørsmål, har dette derimot svært liten vekt for fastleggelsen av gjeldende folkerett basert på folkerettslig metode, som også omtales nærmere i kapittel 2. Skillet mellom norsk rett og folkerett har derfor avgjørende betydning for hvilken vekt man kan legge på Høyesteretts uttalelser.

Høyesterett har avgjort en rekke viktige saker om folkerett de siste årene, blant annet HR-2020-1340-A *Fremmedkriger*, HR-2021-1975-S *Fosen* og HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*. Hvis rettsspørsmålene som var oppe i disse sakene kommer opp på nytt, er det viktig å kunne identifisere hva som var folkerett og hva som var norsk rett i de foregående sakene. Dette skillet avgjør hvilken vekt man kan legge på de ulike delene av avgjørelsene. Hvis et av de folkerettslige spørsmålene kommer opp på nytt for en norsk domstol, må retten identifisere gjeldende folkerett på selvstendig grunnlag. Retten behøver ikke å følge Høyesteretts avgjørelse for disse spørsmålene.<sup>1</sup> Det gjelder både for tingretter, lagmannsretter og for Høyesterett selv. En dommer har en selvstendig plikt til å anvende rettsreglene korrekt. I sivile saker følger dette av tvisteloven § 11-3,<sup>2</sup> som pålegger retten å «av eget tiltak anvende gjeldende rettsregler», som omfatter relevante folkerettslige regler.<sup>3</sup> For å identifisere gjeldende folkerett, er det ikke nok å vise til en tidligere avgjørelse fra Høyesterett.

Utgangspunktet for folkerettens stilling i norsk rett er det dualistiske prinsipp.<sup>4</sup> Det dualistiske prinsipp har som konsekvens at folkerettslige regler må gjennomføres internt før de blir del av norsk rett. En annen måte å formulere dette, er at norsk rett som utgangspunkt går foran folkeretten i det norske rettssystemet, og at det er norske rettsregler som avgjør hvilken betydning folkeretten har i saker for norske domstoler.

Folkerettens stilling i norsk rett er dermed et spørsmål som reguleres av *norsk* rett, ikke av folkeretten. Når Høyesterett avgjør spørsmål om folkerettens stilling i norsk rett, vil rettens konklusjoner ha stor vekt, på samme måte som når den vurderer andre spørsmål om norsk rett.

---

<sup>1</sup> Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utg., Universitetsforlaget 2015, s. 112–114; Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, 2. utg., Universitetsforlaget 2023, s. 179.

<sup>2</sup> Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

<sup>3</sup> Halvard Haukeland Fredriksen, «Tvisteloven og EØS-avtalen», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 3/2008, s. 289–358 (<https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3096-2008-03-02>), på s. 321 for EØS-retten. I HR-2022-2283-F anså Høyesterett Svalbardtraktaten omfattet av § 11-3, jf. kjennelsens avsn. 8.

<sup>4</sup> F.eks. Geir Ulfstein og Morten Ruud, *Innføring i folkerett*, 6. utg., Universitetsforlaget 2023, s. 58.

Det dualistiske prinsipp følger ikke av noen skreven rettskilde.<sup>5</sup> Det har i stedet blitt utviklet gjennom rettspraksis.<sup>6</sup> Avgjørelsene i Rt. 1997 s. 580 *OFS* og Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* har vært sentrale.<sup>7</sup> I Rt. 1997 s. 580 *OFS* skrev førstvoterende, i et *obiter*, at ved «en klar motstrid mellom folkerettslige bestemmelser og norsk rett, vil imidlertid utgangspunktet måtte være at den interne rett går foran».<sup>8</sup> I Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* brukte rettens flertall dette prinsippet i praksis, og anvendte bilansvarsloven etter sitt innhold,<sup>9</sup> til tross for at den var i strid med Norges folkerettslige EØS-forpliktelser.<sup>10</sup> Disse i disse sakene kunne Høyesterett gi avklarende uttalelser om folkerettens stilling i norsk rett. Uttalelsene er i ettertid tillagt stor vekt, fordi Høyesteretts avgjørelser har stor vekt i spørsmål om norsk rett.

Folkeretten kommer inn i norsk rett på ulike måter: gjennom inkorporasjon, transformasjon, sektormonisme og presumsjonsprinsippet.<sup>11</sup> Når en folkerettslig regel er inkorporert i norsk rett, gjelder den som norsk lov.<sup>12</sup> For eksempel inkorporerer menneskerettsloven fem menneskerettstraktater i norsk rett.<sup>13</sup> En rekke norske lover inneholder bestemmelser om sektormonisme. Dette er bestemmelser som innebærer at lovens øvrige bestemmelser må anvendes med de begrensninger som følger av folkeretten. Slike bestemmelser er blant annet vanlige i prosesslovgivningen, og finnes for eksempel i straffeprosessloven § 4 første ledd,<sup>14</sup> tvisteloven § 1-2 og tvangsfullbyrdelsesloven § 1-4,<sup>15</sup> og i straffeloven § 2.<sup>16</sup>

Folkerettslige forpliktelser kan dessuten bli del av norsk rett ved (aktiv) transformasjon. Dette innebærer at man vedtar en nasjonal regel med samme innhold som folkeretten.<sup>17</sup> En variant av dette er passiv transformasjon, eller konstatering av rettsharmoni, der lovgiver konstaterer at norsk rett allerede er i samsvar med en ny folkerettslig forpliktelse.<sup>18</sup> Når man tolker en norsk regel som transformerer en folkerettslig regel, er det ikke lenger snakk om å fastlegge folkerettslige regler som sådan; det er en norsk regel som tolkes. Det kan imidlertid være nødvendig å fastlegge den folkerettslige regelen som et ledd i tolkningen av den norske regelen. Presumsjonsprinsippet innebærer på sin side at «norsk lov så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser».<sup>19</sup> Dette gjelder imidlertid bare innenfor «det som med rimelighet kan anses som tolkning av bestemmelsen».<sup>20</sup> Når presumsjonsprinsippet anvendes, blir folkeretten et tolkningsmoment for den norske regelen.

---

<sup>5</sup> Det dualistiske prinsipp forutsettes i noen grad av Grunnloven § 26, jf. Sondre Torp Helmersen, «Utviklingen av det dualistiske prinsipp i norsk rett», *Jussens Venner*, 2/2023, s. 97–120 (<https://doi.org/10.18261/jv.58.2.1>), på s. 100-101.

<sup>6</sup> Helmersen, *Jussens Venner* 2023, s. 120.

<sup>7</sup> Helmersen, *Jussens Venner* 2023, s. 120 fremhever Rt. 1997 s. 580 *OFS*, mens Ulfstein/Ruud, 2023, s. 60–61 og Skoghøy, 2023, s. 106 fremhever Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I*.

<sup>8</sup> Rt. 1997 s. 580 *OFS* på s. 593.

<sup>9</sup> Lov av 3. februar 1961 om ansvar for skade som motorvognør gjer.

<sup>10</sup> Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* på s. 1833.

<sup>11</sup> Andreas Motzfeldt Kravik, Stian Øby Johansen og Audun Lunnan Hjort, *Folkerettslig metode*, Universitetsforlaget 2023, s. 22–24.

<sup>12</sup> Ulfstein/Ruud, 2023, s. 62–64.

<sup>13</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

<sup>14</sup> Lov 22. juni 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.

<sup>15</sup> Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse.

<sup>16</sup> Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

<sup>17</sup> Ulfstein/Ruud, 2023, s. 62. Jan E. Helgelsen og Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utg., Universitetsforlaget 2001, s. 310–311 bruker tilsynelatende begrepet «transformert» også om det som her kalles sektormonisme. Denne artikkelen følger Ruud og Ulfsteins terminologi.

<sup>18</sup> Ulfstein/Ruud, 2023, s. 64–65.

<sup>19</sup> Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* på s. 1826.

<sup>20</sup> Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* på s. 1831.

Inkorporasjon og sektormonisme innebærer at folkeretten kommer «direkte» inn i norsk rett, som om folkeretten som sådan var en alminnelig norsk regel.<sup>21</sup> Transformasjon og presumsjonsprinsippet bringer folkerett inn i norsk rett på en mer «indirekte» måte, ved at de ikke blir mer enn tolkningsmomenter for en norsk regel.<sup>22</sup>

De ulike reglene som gjennomfører folkeretten i norsk rett kan legge føringer på hvilken metode som skal brukes ved tolkningen av de gjennomførte folkerettsreglene, gjennom lovtekst og uttalelser i forarbeider. Det er norsk rett som avgjør hvilken metode norske domstoler skal bruke, og det gjelder også når norske domstoler anvender folkerettslige regler som er gjennomført i norsk rett. Slike regler kan fastlegges ved hjelp av folkerettslig metode eller en særskilt norsk metode. Hvilket av disse alternativene som er riktig, kan sies å styres av egne normer om valg av juridisk metode.

Resten av denne artikkelen viser at Høyesterett konsekvent har valgt å bruke folkerettslig metode ved tolkningen av folkerettslige regler som er gjennomført i norsk rett, uavhengig av om det er snakk om inkorporasjon, sektormonisme, transformasjon eller presumsjonsprinsippet. I noen tilfeller har dette hatt støtte i og ordlyden og forarbeidene til bestemmelsene som gjennomfører folkeretten i norsk rett.

Den nærmeste man kommer en begrensning i Høyesteretts konsekvente linje, er et «klarhetskrav» som har blitt innført, forlatt og deretter delvis gjeninnført for bestemmelser om sektormonisme og inkorporasjon, og som omtales i punkt 3.3 og 3.4. Klarhetskravet handler imidlertid ikke om valg av metode, men hva som skal til for at folkeretten skal gå foran norsk rett, som er et annet spørsmål. Folkerettens innhold fastlegges fortsatt ved hjelp av folkerettslig metode.

Den folkerettslige metoden som brukes for å fastlegge folkerettslige regler som er gjennomført i norsk rett, må baseres på folkerettslige rettskilder, der norsk høyesterettspraksis ikke veier tungt. Høyesterett har altså lagt seg på en linje der Høyesteretts egen praksis ikke veier tungt for forståelsen av folkerettslige regler slik disse er gjennomført i norsk rett.

Kapittel 2 utdyper rettsavgjørelsers vekt i norsk rett og i folkeretten, som er et sentralt premiss for argumentasjonen i denne artikkelen. Kapittel 3 og 4 handler om henholdsvis «direkte» og «indirekte» gjennomføring av folkeretten, og viser hvordan skillet mellom norsk rett og folkerett trekkes på ulike områder, basert på eksempler på fra rettspraksis. Kapittel 5 er en konklusjon.

---

<sup>21</sup> Narvestad, 2023, s. 157–158 peker også på likheter mellom inkorporasjon og sektormonisme.

<sup>22</sup> Narvestad, 2023, s. 144 kaller transformasjon og presumsjonsprinsippet «beslektede størrelser».

## 2. Rettsavgjørelses rettskildevekt i norsk rett og i folkeretten

Rettsavgjørelser har rettskildevekt. Dette kalles også prejudikatsvirkning. I norsk rett gjelder dette først og fremst Høyesteretts avgjørelser,<sup>23</sup> mens avgjørelser fra lagmannsrettene og tingrettene har betydelig mindre vekt.<sup>24</sup> Høyesteretts avgjørelser er ikke bindende for andre enn partene i saken, men når Høyesterett har tatt stilling til et spørsmål i norsk rett, vil rettens løsning ofte som utgangspunkt kunne legges til grunn som gjeldende rett.<sup>25</sup>

Dette stiller seg annerledes når Høyesterett har tatt stilling til folkerettslige spørsmål. Da har ikke Høyesteretts avgjørelser tilsvarende rettskildemessige vekt for løsningen av det samme folkerettslige spørsmålet i senere saker, fordi Høyesterett ikke er en prejudikatsdomstol i folkeretten.

Folkerettslige spørsmål må løses på grunnlag av folkerettslig metode og med folkerettslige rettskilder. De fleste sentrale rettskildene i folkeretten antas å være angitt i ICJ-vedtektene artikkel 38 (1).<sup>26</sup> Denne bestemmelsen er formelt sett kun bindende for Den internasjonale domstolen (ICJ), som er den mest autoritative internasjonale domstolen,<sup>27</sup> men som likevel bare er én av mange internasjonale domstoler. Artikkel 38 (1) antas likevel å reflektere folkerettslig sedvanerett, og dermed gi uttrykk for folkerettens rettskilder mer allment.<sup>28</sup> ICJ-vedtektene artikkel 38 (1) (d) nevner «judicial decisions» som et «subsidiary means for the determination of rules of law». Dette tolkes vanligvis slik at det inkluderer nasjonale rettsavgjørelser,<sup>29</sup> og dermed også avgjørelser fra Norges Høyesterett. Dermed er nasjonale rettsavgjørelser relevante rettskilder i folkeretten.

Nasjonale rettsavgjørelser fra én stat har imidlertid liten vekt i folkeretten. Folkeretten er et rettssystem for alle verdens nær 200 stater. En enkelt stats domstoler har ingen myndighet til å fastlegge rettstilstanden for alle de andre statene. Nasjonal rettspraksis har en viss vekt først dersom domstoler i ulike stater, gjerne fra ulike regioner og rettskulturer, har kommet til samme løsning.<sup>30</sup>

I folkeretten regnes nasjonale rettsavgjørelser også som statspraksis, som sammen med rettsoppfatning (*opinio juris*) danner sedvanerett. Domstoler er myndighetsorganer og kan derfor generere statspraksis, noe de gjør når de avsier rettsavgjørelser. En nasjonal rettsavgjørelse vil imidlertid bare være ett tilfelle av rettspraksis fra én stat. Dette er ikke nok til å danne eller endre en sedvanerettsregel. FNs folkerettskommisjon fremholder i «Draft conclusions on identification of customary international law» av 2018 at statspraksis må være «sufficiently widespread and representative, as well as consistent» for å kunne danne

---

<sup>23</sup> F.eks. Alf Petter Høgberg, «Domstolspraksis som rettskildefaktor», i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019 s. 259–292, på s. 259; Eckhoff/Helgesen, 2001, s. 159.

<sup>24</sup> F.eks. Eckhoff/Helgesen, 2001, s. 162.

<sup>25</sup> F.eks. Høgberg, 2019, s. 282.

<sup>26</sup> Statute of the International Court of Justice, 18. april 1946, 33 UNTS 993, San Francisco.

<sup>27</sup> F.eks. James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9. utg., Oxford University Press 2019, s. 38.

<sup>28</sup> F.eks. Crawford, 2019, s. 20.

<sup>29</sup> F.eks. Crawford, 2019, s. 38.

<sup>30</sup> F.eks. International Law Commission, *Report on the work of the sixty-eighth session*, United Nations 2016, s. 78.

sedvanerett.<sup>31</sup> Det kreves betydelig mer enn én rettsavgjørelse fra én nasjonal domstol. ICJ la blant annet vekt på nasjonal rettspraksis i sin dom i saken *Jurisdictional Immunities* fra 2012. Der viste domstolen til praksis fra totalt 13 stater.<sup>32</sup>

Det samme gjelder når statspraksis brukes for å tolke traktater, i tråd med VCLT artikkel 31(3) (b).<sup>33</sup> For at tolkningen av en traktat skal påvirkes av statspraksis, må det, ifølge konvensjonen, være snakk om en praksis som «establishes the agreement of the parties» for tolkningen av den aktuelle traktaten. Praksis fra én parts domstoler er ikke nok.

Avgjørelser fra Norges Høyesterett har altså betydelig vekt som rettskilde i norsk rett, noe som aktualiseres når retten tar stilling til spørsmål om norsk rett. Avgjørelser som gjelder folkerettslige regler, har svært liten rettskildevekt i folkeretten som sådan. Dette er en viktig grunn til at det har betydning å trekke det skille som trekkes i denne artikkelen, mellom tilfeller der domstolene uttaler seg om henholdsvis norsk rett og folkerett.

At norsk rettspraksis har liten vekt i folkerettslige spørsmål, kan illustreres gjennom to avgjørelser fra Høyesteretts kjæremålsutvalg og ankeutvalg: Rt. 2004 s. 402 *Ambassadesjåfør* og HR-2022-1041-U *Ambassadeanalytiker*. Begge sakene gjaldt lokalt ansatte ved utenlandske ambassader i Norge som hadde blitt sagt opp og deretter gått til sak mot sin tidligere arbeidsgiver, representert ved den aktuelle staten. Utfallet av begge sakene kom an på om den saksøkte staten var beskyttet av folkerettens regler om statsimmunitet, som kom inn i norsk rett gjennom sektormonismebestemmelser i tvistemålsloven § 36 a,<sup>34</sup> og senere tvisteloven § 1-2.

Spørsmålet om en stat har immunitet ved søksmål om arbeidsavtaler er behandlet i UNSCI artikkel 11,<sup>35</sup> der artikkel 11(2)(a) sier at det er avgjørende om arbeidstakeren har utøvd «governmental authority». UNSCI er en traktat som ble vedtatt i 2004 men som har ikke trådt i kraft. Den antas likevel gjerne å reflektere folkerettslig sedvanerett.<sup>36</sup> For eksempel har EMD lagt til grunn at artikkel 11 reflekterer sedvanerett i en rekke saker.<sup>37</sup>

I Rt. 2004 s. 402 *Ambassadesjåfør* vurderte kjæremålsutvalget om saken gjaldt «myndighetsutøvelse i egenskap av stat», der staten ville ha immunitet, i motsetning til «handlinger av privatrettslig karakter», der staten ikke ville ha immunitet, men uten å vise til UNSCI.<sup>38</sup> Utvalget la til grunn at «virksomheten ved et lands utenriksstasjoner ligger i

---

<sup>31</sup> International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission 2018, Vol. 2, Part 2*, United Nations 2018, s. 69.

<sup>32</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, s. 99, avsn. 68 og avsn. 72–76.

<sup>33</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969, 1155 UNTS 331, Wien. Norge er ikke part i denne konvensjonen, men den aktuelle bestemmelsen antas å reflektere folkerettslig sedvanerett og dermed være relevant uansett, jf. f.eks. ICJ, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, *I.C.J. Reports 1996*, s. 803 avsn. 23.

<sup>34</sup> Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål.

<sup>35</sup> United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2. desember 2004, New York.

<sup>36</sup> F.eks. Michael Wood, «Immunity from Jurisdiction and Immunity from Measures of Constraint», i Roger O'Keefe og Christian J. Tams (red.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. A Commentary*, Oxford University press 2013, s. 13–18, på s. 17.

<sup>37</sup> F.eks. EMDs dom 29. juni 2011 *Sabeh El Leil v. France* (sak nr. 34869/05) avsn. 54.

<sup>38</sup> Rt. 2004 s. 402 *Ambassadesjåfør* avsn. 19.

kjerneområdet for myndighetsutøvelse», og at «[h]vilken stilling vedkommende har ved ambassaden kan ikke være avgjørende».<sup>39</sup>

EMD har senere fremholdt at man ikke kan legge til grunn at alle ansatte ved en ambassade utøver offentlig myndighet.<sup>40</sup> Det var nettopp dette Høyesteretts kjæremålsutvalg gjorde i sin avgjørelse.

I lys av dette forlot Høyesteretts ankeutvalg standpunktet fra Rt. 2004 s. 402 *Ambassadesjåfør* i HR-2022-1041-U *Ambassadeanalytiker*. Ankeutvalget viste til den tidligere avgjørelsens konklusjon om at alle ansatte ved en ambassade nødvendigvis utøver offentlig myndighet, og konkluderte med at dette «i lys av FN-konvensjonen artikkel 11 og EMDs senere praksis ikke [kunne] opprettholdes».<sup>41</sup> Siden Rt. 2004 s. 402 *Ambassadesjåfør* var en norsk rettsavgjørelse om et folkerettslig spørsmål, hadde den svært liten rettskildevekt i folkeretten, og den ytte ingen motstand mot ankeutvalgets syn ved anvendelsen av den samme folkeretten. I tråd med prejudikatlæren kan Høyesterett, og kjæremåls- og ankeutvalget, fravike sine tidligere avgjørelser om norsk rett.<sup>42</sup> Spørsmålet om fravikelse av prejudikater ble imidlertid ikke aktualisert, fordi den aktuelle uttalelsen i Rt. 2004 s. 402 *Ambassadesjåfør* ikke var et prejudikat, ettersom den ikke gjaldt norsk rett.

I disse sakene anvendte Høyesterett folkerettslige regler som er gjennomført i norsk rett, og fastla folkerettens innhold ved hjelp av folkerettslig metode. Som nevnt i kapittel 1, er det i prinsippet mulig å ha en norm i norsk rett som sier at gjennomført folkerett skal fastlegges på en annen måte, men i disse sakene tok retten det for gitt at det ikke finnes noen slik norm, iallfall ikke for sektormonismebestemmelsene i tvistemålsloven og tvisteloven.

Både Rt. 2004 s. 402 *Ambassadesjåfør* og HR-2022-1041-U *Ambassadeanalytiker* gjaldt folkerett, og de er derfor noe annet enn tilfeller der Høyesterett fraviker et prejudikat som gjelder norsk rett på grunn av en internasjonal rettsutvikling. Et eksempel på det siste finnes i Rt. 2015 s. 421 *Grimstvedt*. Høyesterett hadde tolket en regel i tomtefesteloven § 15 i en tidligere sak,<sup>43</sup> Rt. 2007 s. 1706 *Bøvre*, og fulgt denne tolkningen i senere saker.<sup>44</sup> Retten fremholdt at det skulle «mye til for å fravike» dette, men anerkjente at «ny praksis fra konvensjonsorganer som klarlegger eller endrer forståelsen av eksisterende forpliktelser [...] kan gi grunnlag for prejudikatsfravikelse».<sup>45</sup> På grunn av EMDs senere tolkning av eiendomsvernet i EMK P1-1,<sup>46</sup> anså Høyesterett det nødvendig å fravike prejudikatet og legge til grunn en annen tolkning av tomtefesteloven § 15, som altså var en norsk regel.<sup>47</sup>

---

<sup>39</sup> Rt. 2004 s. 402 *Ambassadesjåfør* avsn. 25.

<sup>40</sup> F.eks. EMDs dom 25. oktober 2016 *Radunović and Others v. Montenegro* (sak nr. 45197/13, 53000/13 og 73404/13) avsn. 64.

<sup>41</sup> HR-2022-1041-U *Ambassadeanalytiker* avsn. 20.

<sup>42</sup> F.eks. Skoghøy, 2023, s. 167–179.

<sup>43</sup> Lov av 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste.

<sup>44</sup> Rt. 2015 s. 421 *Grimstvedt* avsn. 44–49.

<sup>45</sup> Rt. 2015 s. 421 *Grimstvedt* avsn. 51.

<sup>46</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. november 1950, 213 UNTS 221, Roma.

<sup>47</sup> Rt. 2015 s. 421 *Grimstvedt* avsn. 82–83.



### 3. Direkte gjennomføring av folkerett: inkorporasjon og sektormonisme

#### 3.1 Innledning

Dette kapitlet gjelder det som i kapittel 1 ble kalt «direkte» gjennomføring av folkerett i norsk rett, altså inkorporasjon og sektormonisme. Når folkerettslige regler er inkorporert i norsk rett, vil Høyesteretts tolkning av den norske regelen som *inkorporerer* folkeretten, ha stor vekt. Tolkningen av den folkerettslige regelen som *blir inkorporert*, vil ha liten vekt. Bestemmelser om sektormonisme medfører at norske rettsanvendere må fastlegge folkerettslige regler, jf. kapittel 1. Da har norske rettsavgjørelser liten vekt. Samtidig kan det oppstå behov for å tolke selve bestemmelsen om sektormonisme. Dette er norsk rett, og Høyesteretts tolkninger vil ha stor vekt. Inkorporasjon og sektormonisme har altså det til felles at blir behov for å tolke og fastlegge både den folkerettslige regelen som *er gjennomført* i norsk rett og den norske regelen som *gjennomfører* folkeretten.

Dette kapitlet viser hvordan skillet mellom norsk rett og folkerett trekkes i praksis ved inkorporasjon eller sektormonisme gjennom eksempler som handler om bruk av traktattolkning og språkversjoner av traktater, sektormonismebestemmelsen i straffeloven, inkorporasjonsbestemmelsen i menneskerettsloven og erstatning for brudd på henholdsvis EØS-retten og EMK.

#### 3.2 Traktattolkning

Høyesterett har ofte vært nødt til å tolke traktater som har vært gjennomført i norsk rett. Retten har i slike saker lagt til grunn at traktater skal tolkes i lys av reglene om traktattolkning i VCLT. Hvordan traktater tolkes er et spørsmål som reguleres av folkeretten selv. Høyesterett har for det meste bare vist til sin egen praksis som grunnlag for at traktater tolkes ved hjelp av VCLT.<sup>48</sup> Det er snakk om en kjede av avgjørelser, der nyere avgjørelser viser til tidligere. Den første avgjørelsen er fra 1994, og i denne bruker retten VCLT til å tolke traktater uten noen nærmere begrunnelse eller henvisning til kilder.<sup>49</sup> De senere avgjørelsene viser til denne eller til andre avgjørelser som igjen viser til denne.

En henvisning til Høyesteretts praksis er ikke tilstrekkelig som grunnlag for å begrunne hvordan traktater tolkes. Høyesteretts praksis kan si om det finnes egne norske regler for tolkningen av traktater som er gjennomført i norsk rett. Slike regler vil i så fall erstatte de generelle folkerettslige reglene om traktattolkning. Det at man finner de generelle folkerettslige reglene om traktattolkning i VCLT, er derimot en folkerettslig konklusjon som må baseres på folkerettslige kilder.

Den mest egnede folkerettslig kilden for dette formålet vil være praksis fra en internasjonal domstol, som ICJ. I HR2023-491-P *Snøkrabbe II* viste Høyesterett til nettopp ICJs praksis, i stedet for sin egen praksis, som grunnlag for å tolke Svalbardtraktaten ved hjelp av reglene i

---

<sup>48</sup> For eksempel HR-2021-1243-A *Poseidon* avsn. 36; HR-2021-662-A *Ulvefelling* avsn. 57; HR-2019-282-S *Snøkrabbe I* avsn. 48; HR-2017-569-A *sur place* avsn. 44; Rt. 2011 s. 1581 *Dell* avsn. 41; Rt. 2008 s. 577 *Sølvik* avsn. 46; Rt. 2004 s. 957 *PGS* avsn. 40.

<sup>49</sup> Rt. 1994 s. 752 *Alphawell* på s. 762.

VCLT.<sup>50</sup> Denne kursjusteringen ga Høyesteretts traktatolkning en bedre folkerettslig forankring sammenlignet med foregående avgjørelser som kun viste til rettens egen praksis.

### 3.3 Tolkning av sektormonismebestemmelser og av relevant folkerett

Straffeloven § 2 er en bestemmelse om sektormonisme, som Høyesterett blant annet anvendte i HR-2020-1340-A *Fremmedkriger*. Denne saken er egnet til å illustrere skillet mellom folkerett og norsk rett ved anvendelsen av en sektormonismebestemmelse.

Saken gjaldt en statsløs person som var tiltalt for å ha deltatt i en terrororganisasjon i Syria. Dette aktualiserte folkerettens regler om staters jurisdiksjon.<sup>51</sup> De vanligste jurisdiksjonsgrunnlagene i folkeretten er territorialjurisdiksjon og personaljurisdiksjon, som gir stater adgang til å straffeforfølge henholdsvis handlinger som begås på deres territorium og av deres statsborgere i utlandet. Den aktuelle forbrytelsen var imidlertid ikke begått i Norge eller av en norsk statsborger. Høyesterett vurderte i stedet om Norge kunne straffe tiltalte på grunnlag av universaljurisdiksjon. Dette er en jurisdiksjonsform som lar alle stater straffeforfølge visse typer lovbrudd. Lovbrudd som kan være underlagt universaljurisdiksjon inkluderer folkemord, krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten.<sup>52</sup>

For Høyesterett ble det et spørsmål om «terrorlovbrudd» var underlagt universaljurisdiksjon. Da så retten seg nødt til å først ta stilling til om «det må påvises en særskilt folkerettslig hjemmel for likevel å kunne utøve slik jurisdiksjon», eller om «folkeretten i utgangspunktet ikke er til hinder for utøvelse av universaljurisdiksjon, og at spørsmålet i stedet er om det kan påvises folkerettslige grenser for utøvelsen».<sup>53</sup> Høyesterett la det siste alternativet til grunn.<sup>54</sup> Det lyktes ikke å påvise noe forbud mot utøvelse av universaljurisdiksjon over terrorvirksomhet, og tiltalte kunne dømmes for dette.<sup>55</sup>

Høyesteretts antagelse om at «folkeretten i utgangspunktet ikke er til hinder for utøvelse av universaljurisdiksjon»,<sup>56</sup> er ikke i tråd med gjeldende rett. Gjeldende folkerett er derimot at stater må ha hjemmel i et jurisdiksjonsgrunnlag, som universaljurisdiksjon, for å kunne utøve jurisdiksjon.<sup>57</sup> Høyesteretts løsning forutsetter at en rettsanvender må lete etter forbud mot utøvelse av universaljurisdiksjon for ulike handlinger. Det er vanskelig å se hvordan man skal kunne påvise et slikt forbud. Et slikt forbud må være folkerettslig sedvanerett, og folkerettslig sedvanerett dannes gjennom statspraksis sammen med rettsoppfatninger (*opinio juris*). Det vil i praksis være umulig å finne noen slik statspraksis. Man kan ta simpelt tyveri som eksempel. Det er lite sannsynlig at det i det hele tatt finnes noe eksempel der en stats domstoler har forsøkt å straffeforfølge simpelt tyveri begått av en utlending i utlandet. Hvis man bygger på Høyesteretts fremgangsmåte i HR-2020-1340-A *Fremmedkriger*, vil et slikt fravær av praksis bety at det ikke er mulig å påvise et forbud mot universaljurisdiksjon over

<sup>50</sup> HR-2023-491-P *Snøkrabbe II* avsn. 100.

<sup>51</sup> Begrepet «jurisdiksjon» brukes i folkeretten både for om staters adgang til å utøve myndighet og domstolers adgang til å behandle saker. Her er det den førstnevnte betydningen som anvendes.

<sup>52</sup> Crawford, 2019, s. 452.

<sup>53</sup> HR-2020-1340-A *Fremmedkriger* avsn. 28.

<sup>54</sup> HR-2020-1340-A *Fremmedkriger* avsn. 46.

<sup>55</sup> HR-2020-1340-A *Fremmedkriger* avsn. 54.

<sup>56</sup> HR-2020-1340-A *Fremmedkriger* avsn. 28 jf. avsn. 46.

<sup>57</sup> F.eks. Crawford, 2019, s. 442; Alex Mills, «Rethinking Jurisdiction in International Law», *British Yearbook of International Law*, 1/2014, s. 187 (<https://doi.org/10.1093/bybil/bru003>), på s. 199; Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press 2008, s. 26.

simpelt tyveri, og man må falle tilbake til utgangspunktet om at universaljurisdiksjon er tillatt. I praksis vil denne fremgangsmåten føre til at staten vil ha universaljurisdiksjon over praktisk talt alle forbrytelser, siden det aldri vil være mulig å påvise noe forbud mot jurisdiksjonsutøvelse. Da er det ikke lenger noe poeng i å ha regler om jurisdiksjon.

Høyesterett viser i avgjørelsen til «Cassese, *International Criminal Law*», som, ifølge førstvoterende, «aksepterer [...] at det er grensene for universaljurisdiksjon som må påvises i bindende folkerett».<sup>58</sup> Dette er ikke en korrekt lesning av Cassese. Han presenterer de to alternative synene som Høyesterett drøfter, men uten å ta uttrykkelig stilling til hvilket som er riktig. Cassese sier dessuten at det syn Høyesterett legger til grunn «seems to have been abandoned in contemporary legal thinking», og legger til at det motsatte syn, altså å anse jurisdiksjon tillatt kun når man har et jurisdiksjonsgrunnlag, er en «more modern approach».<sup>59</sup> Casseses generelle fremstilling av jurisdiksjonsreglene bygger på at jurisdiksjon i utgangspunktet er forbudt, siden han drøfter ulike *grunnlag* for jurisdiksjon.<sup>60</sup> Hvis han hadde gått ut fra at jurisdiksjon var tillatt med mindre det var forbudt, slik Høyesterett leser ham, burde han i stedet drøftet mulige *forbud* mot jurisdiksjon. Det finnes ikke spor av dette i boken.

Hvis man derimot legger til grunn at folkeretten kun tillater utøvelse av universaljurisdiksjon når det finnes hjemmel for dette, kan man lete etter tilfeller der andre stater har utøvd universaljurisdiksjon over en forbrytelseskategori, og bruke disse eksemplene som grunnlag for å fastslå at det finnes en sedvanerettsregel som sier at universaljurisdiksjon kan utøves over den aktuelle forbrytelseskategorien. Da støter man på et annet problem, nemlig at én stat må være den første som utøver universaljurisdiksjon uten grunnlag i noen tidligere statspraksis. Dette problemet møter man imidlertid i all sedvanerettsdannelse i folkeretten.<sup>61</sup>

Høyesteretts syn på de folkerettslige jurisdiksjonsreglene i HR-2020-1340-A *Fremmedkriger* har svært liten rettskildevekt. Det påvirker i praksis ikke rettstilstanden, jf. kapittel 2. Hvis tilsvarende spørsmål kommer opp på ny for en norsk domstol, kan og bør den se bort fra Høyesteretts dom. I fremtidige saker bør norske domstoler i stedet legge til grunn et utgangspunkt om at folkeretten tillater utøvelse av jurisdiksjon kun når det finnes en hjemmel for dette.

Høyesterett bygget sin avgjørelse i HR-2020-1340-A *Fremmedkriger* på straffeloven § 5 tredje ledd, som sier at en rekke nærmere angitte kategorier av handlinger foretatt av personer som «oppholder seg i Norge» og «har en lengstestraff på fengsel i mer enn 1 år» kan straffes av norske domstoler selv om de verken er begått i Norge eller av en norsk borger. Én av disse kategoriene er terrorhandlinger, jf. § 5 første ledd nr. 10. Straffeloven § 2 er en sektormonismebestemmelse, som innebærer at loven for øvrig «gjelder med de begrensninger som følger av» folkeretten. I avgjørelsen drøftet Høyesterett forholdet mellom § 5 og § 2, konkluderte med at § 5 «hviler [...] på en forutsetning fra lovgivers side om at [den] i alle fall i det store og hele kan anvendes uten å komme i strid med folkeretten».<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> HR-2020-1340-A *Fremmedkriger* avsn. 44. Retten viser for øvrig til feil sidetall. Den viser til s. 294–295 i 2013-utgaven, men der omtales det aktuelle spørsmålet på s. 272–273. Det er mulig at Høyesterett mente å vise til den første utgaven av boken (2013-utgaven er den tredje), jf. Kravik/Johansen/Hjort, 2023, s. 68.

<sup>59</sup> Antonio Cassese og Paola Gaeta, *Cassese's International Criminal Law*, 3. utgave, Oxford University Press 2013, s. 272–273.

<sup>60</sup> Cassese/Gaeta, 2013, s. 274–281.

<sup>61</sup> James Crawford og Thomas Viles, «International Law on a Given Day» i James Crawford (red.), *International Law as an Open System: Selected Essays*, Cameron May, 2002, s. 69–94.

<sup>62</sup> HR-2020-1340-A *Fremmedkriger* avsn. 33.

Retten kom til at § 5 bygget på en forutsetning om at folkeretten bare forbyr spesifikke former for jurisdiksjonsutøvelse, og krevde «klare holdepunkter for at» denne forutsetningen «ikke er riktig» for å fravike den på grunnlag av § 2.<sup>63</sup> Høyesterett fant ingen slike «klare holdepunkter» etter å ha undersøkt folkerettslige kilder, og falt derfor tilbake på at § 5 måtte anvendes etter sitt innhold.<sup>64</sup>

Høyesteretts syn er altså at § 2 kun går foran § 5 hvis det er «klare holdepunkter» for at § 5 er i strid med folkeretten. Dette er et syn som kan kritiseres.<sup>65</sup> Straffeloven § 2 er en generell begrensning som gjelder alle deler av straffeloven, også § 5. Bestemmelsens ordlyd inneholder ikke noe krav om «klare holdepunkter». Ordlyden sier ganske enkelt at hvis en folkerettslig regel som Norge er bundet av, er i strid med straffeloven, skal ikke den aktuelle regelen anvendes. Høyesteretts tolkning er dermed i strid med lovens ordlyd.

I Rt. 1994 s. 610 *Bølgepapp* oppstilte førstvoterende et krav om at en folkerettslig regel må «fremtre som tilstrekkelig klar og entydig» før at det skal være aktuelt «å fravike det som følger av nasjonale prosessregler».<sup>66</sup> Høyesterett forlot dette kravet i Rt. 2000 s. 996 *Böhler*.<sup>67</sup> Rt. 1994 s. 610 *Bølgepapp* gjaldt en sektormonismebestemmelse, mens Rt. 2000 s. 996 *Böhler* gjaldt en inkorporert traktat. Høyesterett kommenterte ikke skillet mellom inkorporasjon og sektormonisme i noen av sakene. Førstvoterende fremholdt i Rt. 2000 s. 996 *Böhler* at klarhetskravet i Rt. 1994 s. 610 *Bølgepapp* gjaldt «en inkorporert folkerettslig regel».<sup>68</sup> Dessuten kommenterte førstvoterende Rt. 1999 s. 961 *Rest-Jugoslavia*, som også bygget på en sektormonismebestemmelse, og omtalte også dette som en sak om «en inkorporert folkerettslig regel». Høyesterett har altså ikke trukket noe skille mellom inkorporasjon og sektormonisme når det gjelder innføringen og fravikelsen av klarhetskravet fra Rt. 1994 s. 610 *Bølgepapp*. Rt. 2000 s. 996 *Böhler* bør derfor anses som et prejudikat *både* for tolkningen sektormonismebestemmelser og inkorporasjonsbestemmelser.

HR-2020-1340-A *Fremmedkriger* gjeninnfører altså et tilsvarende klarhetskrav for folkerettslig jurisdiksjon i straffeloven. Dette er i realiteten en fravikelse av Rt. 2000 s. 996 *Böhler*. Høyesterett kan fravike egne prejudikater, men dette bør i så fall gjøres uttrykkelig, og kommenteres i den aktuelle avgjørelsen.<sup>69</sup> Det gjøres ikke i HR-2020-1340-A *Fremmedkriger*. Dette er ytterligere en svakhet ved avgjørelsen.

Høyesteretts tolkning av straffeloven § 2 legger dessuten opp til brudd på folkeretten. Det generelle klarhetskravet fra Rt. 1994 s. 610 *Bølgepapp* kunne ikke opprettholdes fordi forpliktelsene som er inkorporert i menneskerettsloven overvåkes av EMD og FNs

---

<sup>63</sup> HR-2020-1340-A *Fremmedkriger* avsn. 41.

<sup>64</sup> HR-2020-1340-A *Fremmedkriger* avsn. 46.

<sup>65</sup> Marie Vangen, «Kommentar til dom HR-2020-1340-A 'Fremmedkrigersaken'», *Juridika*, 2021; Erling Johannes Husabø, Karnov Lovkommentar. Straffeloven, Lovdata.no, § 5 note 20 (sist revidert 12. september 2023).

<sup>66</sup> Rt. 1994 s. 610 *Bølgepapp* s. 616.

<sup>67</sup> Rt. 2000 s. 996 *Böhler* på s. 1007–1008.

<sup>68</sup> Rt. 2000 s. 996 *Böhler* på s. 1006.

<sup>69</sup> Dette er imidlertid ikke et formelt krav for prejudikatfravikelse, jf. Marius Stub og Runar Torgersen, «Om den såkalte vinregelen i prejudikatslæren», *Lov og Rett*, 8/2007, s. 490–500 (<https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-2007-08-04>), på s. 497. Det finnes tidligere eksempler på at Høyesterett har fraveket prejudikater uten å tilkjenne dette, jf. Helgelsen/Eckhoff, 2001, s. 177. Ifølge Lov av 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven) § 5 tredje ledd er hvorvidt «det oppstår spørsmål om å sette til side en rettsoppfatning Høyesterett har lagt til grunn i en annen sak» et moment i vurderingen av om en sak skal avgjøres i storkammer (eller plenum), men dette er heller ikke et formelt vilkår for prejudikatfravikelse.

traktatororganer, som ikke operer med noe klarhetskrav. Det finnes ingen internasjonal domstol som avgjør saker om staters jurisdiksjon i det omfang EMD og traktatororganene avgjør saker om menneskerettigheter. Saker om staters jurisdiksjon kan avgjøres av ICJ eller ved voldgift, men dette skjer svært sjelden i praksis. Jurisdiksjonsreglene er imidlertid akkurat like bindende som Norges øvrige folkerettslige forpliktelser. Norske myndigheter, inkludert Høyesterett, har et selvstendig ansvar for å bidra til at disse forpliktelsene overholdes. Høyesteretts tolkning av straffeloven § 2 bidrar til å undergrave dette ansvaret. Tolkningen er derfor vanskelig å forene med det sentrale formålet med bestemmelsen, som er å sikre at straffeloven anvendes i tråd med folkeretten. Dette påpeker også Tvistemålsutvalget i forarbeidene til den tilsvarende sektormonismebestemmelsen i tvisteloven § 1-2, der det nettopp sies at det «ikke [er] forenlig med folkerettsreservasjonens formål å sensurere den folkerettslige regelen gjennom å stille særegne krav til presisjon eller klarhet».<sup>70</sup>

Høyesteretts tolkning av straffeloven § 2 og § 5 er tolkninger av norske lovbestemmelser om forholdet mellom norsk rett og folkeretten. Høyesteretts tolkning av disse har i utgangspunktet stor vekt, i motsetning til Høyesteretts vurdering av folkerettens regler om jurisdiksjon. Norske rettsanvendere kan i fremtidige saker uten videre se bort fra Høyesteretts vurdering av folkeretten. De kan derimot ikke uten videre se bort fra Høyesteretts tolkning av straffeloven § 2 og § 5. Også denne tolkningen bør imidlertid forlates fordi den er i strid med lovens ordlyd, foregående rettspraksis og tungtveiende reelle hensyn.

### 3.4 Tolkning av inkorporasjonsbestemmelser og av inkorporert folkerett

Menneskerettsloven § 2 inkorporerer som nevnt i kapittel 1 fem menneskerettstraktater i norsk rett. En analyse av disse rettskildene kan belyse skillet mellom norsk rett og folkerett ved anvendelsen av inkorporerte folkerettsregler.

En av traktatene som inkorporeres i menneskerettsloven er EMK. Høyesterett har uttalt seg om hvordan norske domstoler skal tolke denne. I Rt. 2000 s. 996 *Böhler* fremholdt førstvoterende at «norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD».<sup>71</sup> Dette har blitt fulgt opp i en rekke senere avgjørelser, der Høyesterett blant annet har uttalt at: «Norske domstoler må [...] forholde seg til [...] EMDs avgjørelser».<sup>72</sup> Høyesterett bruker altså en folkerettslig metode til å tolke EMK slik denne er gjennomført i menneskerettsloven. I folkeretten har EMDs praksis stor vekt og Høyesteretts egen praksis begrenset vekt. Dette følger av folkeretten selv, og ikke av norsk rett.

For å avgjøre at det var nettopp denne metoden som skulle brukes ved tolkningen av EMK, tok Høyesterett i Rt. 2000 s. 996 «utgangspunkt i forarbeidene til menneskerettsloven».<sup>73</sup> Hvorvidt norske domstoler skal anvende samme metode som EMD, altså en folkerettslig metode, ved tolkningen av EMK som norsk lov, er et spørsmål som kan reguleres i norsk rett. Man kunne tenke seg en inkorporasjon av folkerettsregler som la opp til at den inkorporerte folkeretten skulle fastlegges ved hjelp av en særskilt «norsk» metode som avviker fra en ren

<sup>70</sup> NOU 2001: 32 Rett på sak Bind A s. 181.

<sup>71</sup> Rt. 2000 s. 996 *Böhler* på s. 1007.

<sup>72</sup> Rt. 2005 s. 833 *Uskyldspresumsjon* avsn. 45.

<sup>73</sup> Rt. 2000 s. 996 *Böhler* på s. 1007–1008.

folkerettslig metode.<sup>74</sup> At menneskerettsloven § 2 ikke skal forstås slik, er et spørsmål om tolkning av norsk rett. Da har Høyesteretts praksis stor vekt, i samspill med andre norske rettskilder som lovtekst og forarbeider. Ordlyden i menneskerettsloven tilsier i seg selv at de inkorporerte konvensjonene skal tolkes i tråd med folkerettslig metode,<sup>75</sup> og det gjør også lovens forarbeider.<sup>76</sup> Når loven tolkes slik at den inkorporerte folkeretten skal fastlegges ved hjelp av folkerettslig metode, er det imidlertid folkeretten som regulerer hvilken vekt EMDs praksis har ved tolkningen av EMK.

I Rt. 2000 s. 996 *Böhler* uttalte førstvoterende også at det er «EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen», og at «norske domstoler – innenfor den metode som anvendes av EMD – også kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer».<sup>77</sup> I Rt. 2005 s. 833 *Uskyldspresumsjon* åpnet retten på samme måte for å «kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning».<sup>78</sup> Høyesteretts anvendelse av dette forbeholdet ligger i praksis innenfor det som er en forsvarlig folkerettslig tolkning av EMK.<sup>79</sup> Det utgjør dermed ikke noen begrensning i utgangspunktet om at norske domstoler skal bruke en folkerettslig metode ved tolkningen av EMK.

Lignende utgangspunkter gjelder for bruken av praksis fra FNs traktatororganer ved tolkningen av andre inkorporerte menneskerettstraktater. ICJ har uttalt at FNs menneskerettskomité's uttalelser har «great weight» i tolkningen av SP.<sup>80</sup> Dette kan legges til grunn som gjeldende folkerettslig metode. Hvorvidt det er denne folkerettslige metoden norske domstoler skal anvende ved tolkningen av konvensjonene som er inkorporert i menneskerettsloven § 2, beror på en tolkning av denne lovbestemmelsen, og dette er et spørsmål om norsk rett.

I Rt. 2008 s. 1764 *Ankenektelse* konkluderte førstoverende med at «en konvensjonstolking foretatt av FNs menneskerettskomité må ha betydelig vekt som rettskilde» ved tolkningen av SP.<sup>81</sup> Dette var basert på «forarbeidene til menneskerettsloven».<sup>82</sup> Dette ble gjentatt i Rt. 2015 s. 1142 og i HR-2021-1975-S *Fosen*.<sup>83</sup> I disse sakene viste Høyesterett kun til sin egen avgjørelse fra 2008 som grunnlag for denne konklusjonen. Høyesterett har fulgt samme fremgangsmåte i saker der praksis fra FNs barnekomité har vært relevant for tolkningen av FNs barnekonvensjon.<sup>84</sup> I Rt. 2009 s. 1261 *Ashok* anga Høyesterett momenter som påvirker

---

<sup>74</sup> Tor Inge Harbo, «Kan norske domstoler bruke 'samme metode' som Den europeiske menneskerettighetsdomstolen?», *Jussens Venner*, 3/2023, s. 208–235 (<https://doi.org/10.18261/jv.58.3.2>), på s. 224 argumenterer for at norske domstoler bør tolke EMK ved hjelp av det han kaller «vanlig juridisk metode», altså «juridisk metode slik denne fremkommer typisk i Torstein Eckhoffs *Rettskildelære*», i stedet for folkerettslig metode.

<sup>75</sup> Bergo, 2022 s. 176; Skoghøy, 2023, s. 140; Arnfinn Bårdsen, «Betydningen i norsk rett av FN-komiteenes uttalelser i individuelle klagesaker», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2-3/2017, s. 160–187 (<https://doi.org/10.18261/issn.1504-3096-2017-02-03-02>), på s. 170–171.

<sup>76</sup> Knut Bergo, *Rett praksis. Lærebok i juridisk metode*, Fagbokforlaget 2022 s. 179 mener derfor at «HR, i lys av bl.a. forutsetningene i forarbeidene til menneskerettsloven og HRs senere praksis, ikke [kan] gå tilbake til en mer 'norsk tolkningsmetode' for EMK uten at Stortinget først bestemmer dette ved lov».

<sup>77</sup> Rt. 2000 s. 996 *Böhler* på s. 1007.

<sup>78</sup> Rt. 2005 s. 833 *Uskyldspresumsjon* avsn. 45.

<sup>79</sup> Kravik/Johansen/Hjort, 2023, s. 188–189.

<sup>80</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010*, s. 639 avsn. 66; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2021*, s. 71 avsn. 101.

<sup>81</sup> Rt. 2008 s. 1764 *Ankenektelse* avsn. 81.

<sup>82</sup> Rt. 2008 s. 1764 *Ankenektelse* avsn. 81.

<sup>83</sup> Rt. 2015 s. 1142 avsn. 31; HR-2021-1975-S *Fosen* avsn. 102.

<sup>84</sup> United Nations Convention on the Rights of the Child, 20. november 1989, 1577 UNTS 3, Genève.

hvilken vekt praksis fra FNs barnekomité skal tillegges. Det har betydning «om uttalelsen må ses som en tolkingsuttalelse, eller mer som en tilråding om optimal praksis» og «om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde».<sup>85</sup> Som grunnlag for dette viste retten til Rt. 2008 s. 1764 *Ankenektelse*, som altså gjaldt FNs menneskerettskomité og ikke barnekomitéen, og lovforarbeider.<sup>86</sup> Uttalelsene i Rt. 2009 s. 1261 *Ashok* har blitt sitert i senere saker, og da kun med henvisning til denne dommen og eventuelt annen rettspraksis som siterer den.<sup>87</sup>

I disse sakene kan man si at Høyesterett hopper over et steg i resonnementene: Retten viser til norske rettskilder, som er avgjørende for hvordan menneskerettsloven skal tolkes, herunder at de inkorporerte konvensjonene skal tolkes med en folkerettslig metode uten modifikasjoner eller forbehold. Det som derimot mangler, er en begrunnelse for hvilken vekt praksis fra FNs menneskerettskomité eller barnekomité har ved tolkningen av SP eller barnekonvensjonen i folkeretten. På dette folkerettslige nivået er det ikke nok å vise til forarbeider til norske lover eller norsk rettspraksis. Konklusjonen må baseres på folkerettslige kilder.

### 3.5 Erstatning for brudd på EØS-retten og EØS-loven

Skillet mellom norsk rett og folkerett kan også illustreres gjennom Rt. 2005 s. 1365 *Finanger II*, som gjaldt erstatning for brudd på EØS-retten. I EØS-retten finnes det en rett til erstatning for privatpersoner fra stater som bryter en EØS-regel. Dette slo EFTA-domstolen fast i E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir*.<sup>88</sup> EØS-retten bygger på EØS-avtalen,<sup>89</sup> som er en traktat. At EØS-retten gir en rett til erstatning er derfor et folkerettslig spørsmål, hvor Høyesteretts avgjørelser har liten vekt. Det er i stedet EFTA-domstolen og EU-domstolens avgjørelser som gir autoritative tolkninger av innholdet i de folkerettslige EØS-forpliktelsene. EFTA-domstolen dømmer og gir rådgivende uttalelser i sak om EØS-rett,<sup>90</sup> men EØS-rettslige spørsmål kan også komme opp for EU-domstolen, i tillegg til nasjonale domstoler.<sup>91</sup>

Erstatning for brudd på EØS-avtalen kom opp for Høyesterett i Rt. 2005 s. 1365 *Finanger II*. Høyesteretts sluttet seg til EFTA-domstolens konklusjon i *Sveinbjörnsdóttir*, og konkluderte med at det fantes en rett til erstatning i EØS-retten.<sup>92</sup> Et annet spørsmål var imidlertid om denne retten var del av norsk rett. EØS-loven<sup>93</sup> § 1 inkorporerer EØS-avtalens hoveddel i norsk rett. Retten til erstatning følger imidlertid ikke av noen av bestemmelsene i avtalens hoveddel, eller av noen annen skreven kilde i EØS-retten. Erstatningsretten er en uskreven EØS-regel. Høyesterett tolket likevel EØS-loven § 1 slik at den omfattet denne uskrevne retten, selv om dette altså ikke følger av bestemmelsens ordlyd. Dette gjorde retten svært kort, ved å slå fast «det må legges til grunn at EØS-loven § 1, som gjorde hoveddelen i EØS-

<sup>85</sup> Rt. 2009 s. 1261 *Ashok* avsn. 44.

<sup>86</sup> Rt. 2009 s. 1261 *Ashok* avsn. 41–43.

<sup>87</sup> For eksempel HR-2018-2096 avsn. 14; Rt. 2015 s. 1388 *Internflukt* avsn. 151; Rt. 2012 s. 1985 *Lengeværende barn I* avsn. 136.

<sup>88</sup> E-9/97, *Erla María Sveinbjörnsdóttir v Iceland*, Advisory Opinion, 18. desember 1998 avsn. 62.

<sup>89</sup> Agreement on the European Economic Area, 2. mai 1992, OJ L 1, 3.1.1994, s. 3–522, Porto.

<sup>90</sup> Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice, 2. mai 1992, OJ L 344, 31.1.1994, s. 3, art 31, 32, 34, 36, 37 og 39, Porto.

<sup>91</sup> Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 4. utg., Fagbokforlaget 2022, s. 285–287.

<sup>92</sup> Rt. 2005 s. 1365 *Finanger II* avsn. 52.

<sup>93</sup> Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.



avtalen til norsk lov, må forstås slik at den også omfatter dette ansvaret». <sup>94</sup> Førstvoterende tilføyde at «staten har gitt uttrykk for samme oppfatning, og at Islands høyesterett kom til samme resultat i Sveinbjörnsdóttirsaken». <sup>95</sup> EØS-erstatningsansvaret var altså inkorporert i norsk rett, selv om dette ikke følger direkte av ordlyden i EØS-loven.

Tolkningen av EØS-loven er et spørsmål om norsk rett. I senere saker der det blir spørsmål om EØS-loven inkorporer det ulovfestede EØS-rettslig ansvaret for brudd på EØS-avtalen, eller eventuelt andre ulovfestede EØS-regler, kan man vise til Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2005 s. 1365 *Finanger II* som en avgjørende rettskilde. For spørsmål om eksistensen og omfanget av selve erstatningsansvaret, må man i stedet gå til EFTA-domstolens og EU-domstolens praksis.

### 3.6 Erstatning for brudd på EMK og menneskerettsloven

Et lignende skille kan finnes i spørsmålet om personer som utsettes for brudd på EMK har rett til erstatning. EMK er inkorporert i norsk rett, jf. menneskerettsloven § 2. EMK artikkel 13 gir en rett til «an effective remedy before a national authority» for personer som har blitt utsatt for brudd på konvensjonen. En eventuell rett til erstatning for brudd på EMK kan hjemles enten i norsk rett eller direkte i EMK, men det var uklart om noen av disse grunnlagene faktisk ga en rett til erstatning. <sup>96</sup> En utredning av Kjetil Mujezinović Larsen fra 2023 konkluderte med at «statene har en plikt [...] til å tilby erstatning» men at det er usikkert om det i norsk rett finnes «selvstendige rettsgrunnlag for å tilkjenne erstatning». <sup>97</sup>

I LB-2023-4761 kom Borgarting lagmannsrett til «at de private parters krav på effektiv prøving av dette spørsmålet gir en direkte hjemmel etter EMK artikkel 13 til å tilkjenne oppreisning». <sup>98</sup> Retten konkluderte med at det fantes en rett til erstatning, og at denne fulgte av artikkel 13. Hvorvidt den gjør det, beror på en tolkning av EMK, altså et folkerettslig spørsmål.

I LH-2022-170416 tok Hålogaland lagmannsrett stilling til samme spørsmål. Retten mente at EMK artikkel 13 påla Norge en plikt til å tilkjenne erstatning for brudd på konvensjonen. Derfor, i «fravær av nasjonale lovbestemmelser som regulerer problemstillingen», måtte «domstolene [...] idømme erstatning på ulovfestede grunnlag, dersom dette er nødvendig for å oppfylle prøvingsretten etter EMK artikkel 13». <sup>99</sup> EMK artikkel 13 påla altså nasjonalstaten en plikt til å sørge for at det finnes en mulighet til å få erstatning, men tilsynelatende uten å selv tjene som hjemmel for slik erstatning. Dette er en mulig tolkning av EMK artikkel 13. Hvorvidt denne tolkningen er riktig, er et folkerettslig spørsmål. Hvis den er riktig, er det

<sup>94</sup> Rt. 2005 s. 1365 *Finanger II* avsn. 52.

<sup>95</sup> Rt. 2005 s. 1365 *Finanger II* avsn. 52.

<sup>96</sup> Birgitte Hagland, «Statens oppreisningsansvar ved menneskerettsbrudd», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2/2019, s. 67–99 (<https://doi.org/10.18261/issn.2464-3378-2019-02-02>), på s. 79–92; Erling Hjelmeng, «Folkerettslig påvirkning av norsk erstatningsrett – to høyesterettsdommer», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 3/2016, s. 211–229 (<https://doi.org/10.18261/issn.2464-3378-2016-03-03>), på s. 214–216.

<sup>97</sup> Kjetil Mujezinović Larsen, *Norsk lovregulering av adgangen til å kreve erstatning for menneskerettighetskrenkelses*, 2023, [regjeringen.no/contentassets/650082f945bf4f82a23e3f503cd072bb/utredning-norsk-lovregulering-av-adgangen-til-a-kreve-erstatning-for-menneskerettighetskrenkelses.pdf](https://regjeringen.no/contentassets/650082f945bf4f82a23e3f503cd072bb/utredning-norsk-lovregulering-av-adgangen-til-a-kreve-erstatning-for-menneskerettighetskrenkelses.pdf), s. 35 og 79.

<sup>98</sup> LB-2023-4761 punkt 3.6.7.

<sup>99</sup> LH-2022-170416 punkt «EMK artikkel 13».



norsk rett som regulerer om det finnes en ulovfestet eller lovfestet rett til slik erstatning i norsk rett.

Begge sakene ble anket og sluppet inn for Høyesterett. Høyesterett fant i den første avgjørelsen at «[d]et kan være noe av en smakssak om ansvarsgrunnlaget forankres i EMK artikkel 13 [...] eller etableres på ulovfestet grunnlag».<sup>100</sup> Retten bygget på dette i sin avgjørelse i den andre saken, som ble avsagt samme dag.<sup>101</sup> I den første avgjørelsen uttalte førstvoterende videre at det som kan utledes av artikkel 13 er at «oppreisning må tilkjennes i den utstrekning det er nødvendig for å reparere krenkelsen», og at bestemmelsen derfor i «i stor grad [må] utfylles av nasjonale domstoler, eventuelt gjennom lovgivning».<sup>102</sup>

Høyesterett uttalte seg dermed både om EMK og nasjonal rett. Høyesterett tolket EMK artikkel 13 slik at denne krever at staten tilkjenner erstatning i visse tilfeller. Disse uttalelsene gjaldt tolkningen av en traktat, altså et folkerettslig spørsmål, og har liten rettskildevekt. Når Høyesterett slo fast at det er adgang til å få erstatning i norsk rett, og fastla de nærmere vilkårene for dette innenfor EMKs rammer, uttalte retten seg om norsk rett. Disse uttalelsene har stor rettskildevekt.

Adgangen til og vilkårene for å få tilkjent erstatning for brudd på EMK vil antagelig bli nedfelt i lov.<sup>103</sup> Da vil Høyesteretts fremtidige tolkning av en slik lovbestemmelse gjelde norsk rett og ha stor rettskildevekt. EMKs rammer for når staten er forpliktet til å yte erstatning fortsatt vil fortsatt være et folkerettslig spørsmål der Høyesteretts praksis har liten rettskildevekt.

---

<sup>100</sup> HR-2024-1169-A avsn. 85.

<sup>101</sup> HR-2024-1170-A avsn. 37.

<sup>102</sup> HR-2024-1169-A avsn. 93–94.

<sup>103</sup> Ole-Gunnar Nordhus, «Veien videre etter Høyesteretts dommer om EMK-oppreisning», *Rettt24.no*, 5. juli 2024, [rett24.no/articles/veien-videre-etter-hoyesteretts-dommer-om-emk-oppreisning](https://rett24.no/articles/veien-videre-etter-hoyesteretts-dommer-om-emk-oppreisning).

## 4. Indirekte gjennomføring av folkerett: presumsjonsprinsippet og transformasjon

### 4.1 Innledning

Når presumsjonsprinsippet anvendes, er det i prinsippet tre ulike normer som anvendes: En norsk regel, én folkerettsregel og selve presumsjonsprinsippet. En norsk domstols tolkning av den norske regelen vil ha samme vekt som tolkningen av andre norske regler. Tolkningen av presumsjonsprinsippet som sådan vil også ha stor vekt, siden dette prinsippet er del av norsk rett. Tolkningen av den folkerettslige regelen vil derimot ha liten vekt.

Når en folkerettslig regel er transformert i norsk rett, er det først og fremst den norske regelen som norske rettsanvendere må tolke. En slik norsk regel må tolkes i lys av norske rettskilder, som forarbeider, rettspraksis og så videre. At regelen transformerer folkerettslige regler, vil ofte fremgå av lovens forarbeider. I så fall vil forarbeidene tilsi at regelen skal tolkes i lys av sitt folkerettslige forbilde.<sup>104</sup> For eksempel bygger mange av menneskerettsbestemmelsene i Grunnloven på traktatfestede regler.<sup>105</sup> Høyesterett antok i Rt. 2015 s. 93 *Maria* at Grunnloven § 102 «skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene». Samtidig skulle ikke «praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene» ha «samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen». Dette er nettopp fordi grunnlovsbestemmelsene er *norsk* rett, og de folkerettslige reglene kun blir et tolkningsmoment, i motsetning til hva som er tilfelle ved inkorporasjon og sektormonisme. At en bestemmelse som transformerer en folkerettslig regel skal tolkes i lys av den folkerettslige regelen, vil for så vidt også følge av presumsjonsprinsippet.<sup>106</sup> Når en folkerettslig regel på denne måten trekkes inn i tolkningen av en norsk regel, vil Høyesteretts tolkning av den norske regelen ha stor vekt, mens tolkningen av den folkerettslige regelen vil ha liten vekt. Spørsmålet om *hvorvidt* en gitt norsk regel skal tolkes i lys av en gitt folkerettslig regel, er et eget spørsmål. Dette er del av norsk rett, og Høyesteretts syn på dette vil derfor ha stor vekt.

Ved anvendelsen av presumsjonsprinsippet og tolkningen av regler som transformerer folkerett blir det behov for å tolke og fastlegge både en folkerettslig regel og norsk regel. I tillegg må man ta stilling til et ytterligere rettslig spørsmål: Om rekkevidden av presumsjonsprinsippet, eller i hvilken grad regelen som transformerer folkerett skal tolkes i lys av sitt folkerettslige forbilde. Punkt 3.1 poengterte at rettsanvenderen ved «direkte» gjennomføring av folkerett må forholde seg til to ulike sett med regler. Ved «indirekte» gjennomføring kommer det inn et tredje nivå.

Dette kapitlet viser hvordan man trekker skillet mellom disse nivåene gjennom konkrete eksempler fra norsk rettspraksis. Eksempelene handler om Grunnloven § 108 og SP artikkel 27, sanksjonsloven og EU-sanksjoner,<sup>107</sup> Grunnloven § 97 og krigsforbrytelser og presumsjonsprinsippet og direktivkonform tolkning.

---

<sup>104</sup> Narvestad, 2023, s. 128. Skoghøy, 2023, s. 102–103 karakteriserer i slike tilfeller folkeretten selv som et forarbeid til loven. Ved passiv transformasjon, vil det være snakk om etterarbeider i stedet for forarbeider, jf. Narvestad, 2023, s. 129–130.

<sup>105</sup> Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

<sup>106</sup> Narvestad, 2023, s. 126.

<sup>107</sup> Lov 16. april 2021 nr. 18 om gjennomføring av internasjonale sanksjoner.

I saker der domstolene har anvedt folkeretten gjennom regler som transformerer folkeretten eller presumsjonsprinsippet, har de tatt de for gitt at den relevante folkeretten fastlegges ved hjelp av folkerettslig metode. Noe annet ville undergrave formålet med å transformere folkerettsregler og med presumsjonsprinsippet. Formålet deres er å bidra til at norsk rett er i tråd med gjeldende folkerett. Gjeldende folkerett kan ikke fastlegges på noen annen måte enn med folkerettslig metode.

#### 4.2 Grunnloven § 108 og SP artikkel 27

I HR-2021-1975-S *Fosen* tok Høyesterett stilling til tolkningen av SP artikkel 27(1) i forbindelse med en vurdering av gyldigheten av konsesjoner for vindkraftanlegg. SP artikkel 27(1) gir «ethnic, religious or linguistic minorities» blant annet rett til å «in community with the other members of their group, to enjoy their own culture», og SP er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2. To samiske sifter anførte blant annet at konsesjonsvedtakene var i strid med SP artikkel 27(1) og dermed ugyldige.

Førstvoterende konkluderte med at «det vil foreligge en krenkelse av rettighetene etter SP artikkel 27 dersom inngrepet fører til vesentlige negative konsekvenser for muligheten til kulturutøvelse». <sup>108</sup> Her formulerte altså førstvoterende en terskel, der bestemmelsen vil være brutt hvis terskelen er overskredet. Førstvoterende antok videre at «[d]et klare utgangspunktet må etter dette være at statene ikke innvilges noen skjønnsmargin etter SP artikkel 27, og at bestemmelsen ikke åpner for en forholdsmissighetsvurdering hvor andre samfunnsinteresser veies mot minoritetens interesser». <sup>109</sup>

Førstvoterendes tolkning av bestemmelsen var basert på en bred gjennomgang av praksis fra FNs menneskerettskomité. Høyesteretts tolkning av SP artikkel 27(1) fremstår som en forsvarlig syntese av den internasjonale praksisen, men det er ikke *gitt* at tolkingen av SP artikkel 27(1) er riktig. Dette er fordi Høyesteretts dom ikke i seg selv har noen rettsavklarende funksjon, slik den ville hatt hvis Høyesterett tolket norsk rett.

De ulike delene av Høyesteretts tolkning av SP artikkel 27 har i ulik grad støtte i praksis fra FNs menneskerettskomité (HRC). For eksempel mener førstvoterende at «avveininger kan måtte foretas hvis rettighetene etter artikkel 27 står mot andre grunnleggende rettigheter», som retten til miljø. Dette er noe førstvoterende selv formulerer, uten å kunne henvise direkte til uttalelser fra HRC. <sup>110</sup>

Norske domstoler kan ikke løse fremtidige saker om SP artikkel 27(1) med henvisning til HR-2021-1975-S *Fosen*. I stedet for å bygge direkte på HR-2021-1975-S *Fosen*, bør norske domstoler i fremtiden gå til den internasjonale praksisen Høyesterett viser til. Denne praksisen kan ha utviklet seg i mellomtiden. Høyesterett tolker menneskerettsloven § 2 slik at det er de aktuelle folkerettslige traktatene som sådan, tolket ved hjelp av folkerettslig metode, som gjelder som norsk lov. Derfor bør den internasjonale rettstilstanden legges til grunn uavhengig om den gir et sterkere eller svakere vern enn hva Høyesterett la til grunn i HR-2021-1975-S *Fosen*. Det er i prinsippet også mulig at en norsk domstol kan tolke praksisen

---

<sup>108</sup> HR-2021-1975-S *Fosen* avsn. 119.

<sup>109</sup> HR-2021-1975-S *Fosen* avsn. 129.

<sup>110</sup> HR-2021-1975-S *Fosen* avsn. 131.

noe annerledes i en fremtidig sak. I et slikt tilfelle behøver ikke domstolen å følge Høyesteretts tolkning i HR-2021-1975-S *Fosen*.

Førstvoterende nevnte også at Grunnloven § 108 «kan være et selvstendig rettsgrunnlag» ved siden SP artikkel 27(1).<sup>111</sup> Grunnloven § 108 pålegger «statens myndigheter å legge forholdene til rette for at det samiske folk, som urfolk, kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv». Førstvoterende påpekte at Grunnloven § 108 «bygger på artikkel 27». <sup>112</sup> Den samme forståelsen finner støtte i grunnlovsbestemmelsens forarbeider, som sier det var «naturlig å gi grunnloven på dette punkt en forståelse som er i samsvar med folkerettens krav». <sup>113</sup> Det er altså mulig å anse Grunnloven § 108 som en bestemmelse som transformerer SP artikkel 27(1).

Siden førstvoterende kom til at de omtvistede konvensjonene var i strid med SP artikkel 27(1), ble det ikke nødvendig å ta stilling til om de var i strid med Grunnloven § 108. Hvis retten også hadde tolket denne bestemmelsen, som er norsk rett, ville denne delen av dommen hatt stor rettskildevækt.

Forarbeidene til Grunnloven § 108 tar høyde for at «oppfatningen» om «folkerettens krav» vil «kunne endre seg over tid». <sup>114</sup> Hvis den rådende internasjonale tolkningen av SP artikkel 27(1) hadde endret seg i etterkant av at Høyesterett hadde tolket Grunnloven § 108, ville man hatt to muligheter: Man kan holde fast på Høyesteretts tolkning av den norske regelen, og se bort fra den internasjonale rettsutviklingen. Alternativt kan man tolke regelen i lys av den internasjonale rettsutviklingen, selv om dette innebærer å fravike Høyesteretts tolkning av regelen. Det er ikke gitt hvilken av disse alternativene som vil være riktig. I de fleste tilfeller vil nok den beste løsningen være å tolke regelen i lys av den internasjonale rettsutviklingen. Hvis Høyesteretts opprinnelige tolkning tok utgangspunkt i at regelen skulle tolkes i lys av sitt internasjonale forbilde, vil en tolkning i lys av en ny internasjonal rettsstilstand fortsatt være lojalt mot essensen i Høyesteretts opprinnelige tolkning. Dette forutsetter at den nye tolkningen ligger innenfor den norske regelens ordlyd.

#### 4.3 Sanksjonsloven og EU-sanksjoner

HR-2023-1246-A *Droneflyging* er et illustrerende eksempel på en sak om norsk rett som transformerer folkerett. Saken gjaldt en russisk statsborger som var tiltalt for å ha overtrådt sanksjoner vedtatt med hjemmel i sanksjonsloven § 2, jf. straffetrusselen i § 4. De aktuelle sanksjonene var vedtatt som en forskrift. <sup>115</sup> Denne forskriften transformerte tilsvarende sanksjoner fra EU, vedtatt i rådsforordning (EU) 833/2014. <sup>116</sup> Et sentralt spørsmål for Høyesterett var om droner måtte anses som «aircraft» etter EU-forordningen. <sup>117</sup> Et annet

---

<sup>111</sup> HR-2021-1975-S *Fosen* avsn. 99.

<sup>112</sup> HR-2021-1975-S *Fosen* avsn. 99.

<sup>113</sup> NOU 1984:18 Om samenes rettsstilling s. 437–438.

<sup>114</sup> NOU 1984:18 Om samenes rettsstilling s. 438.

<sup>115</sup> Forskrift 15. august 2014 nr. 1076 om restriktive tiltak vedrørende handlinger som undergraver eller truer Ukrainas territorielle integritet, suverenitet, uavhengighet og stabilitet § 19.

<sup>116</sup> HR-2023-1246-A *Droneflyging* avsn. 35.

<sup>117</sup> HR-2023-1246-A *Droneflyging* avsn. 44–65.

spørsmål var om de aktuelle dronene var «non-Russian-registered aircraft». <sup>118</sup> Flertallet besvarte begge spørsmålene bekreftende. Tiltalte kunne dermed straffes. <sup>119</sup>

Ved tolkningen av EU-forordningen tok Høyesterett utgangspunkt i EU-domstolens tolkningsmetode. <sup>120</sup> Dette var rett fremgangsmåte. Høyesteretts tolkning av forordningen vil ha liten vekt. Høyesteretts tolkning av den norske loven og forskriften vil derimot ha stor vekt. I den aktuelle saken konkluderte førstvoterende med at forskriftsbestemmelsen var «forutsatt å ha det samme materielle innholdet som rådsforordningen». <sup>121</sup> Sanksjonsloven § 2 gir bare hjemmel til å vedta sanksjoner «vedtatt i mellomstatlige organisasjoner, eller som ellers har bred internasjonal oppslutning». Hvis den norske regelen hadde hatt et videre anvendelsesområde enn EU-forordningen, ville den manglet hjemmel og dermed vært ugyldig. Det var derfor ikke rom for noen selvstendig tolkning av den norske forskriften. Høyesterett har dermed tolket både forskriften og EU-forordningen i én og samme tolkningsoperasjon, men rettskildevekten til disse to parallelle tolkningene er svært ulik.

Rettsens tolkning av EU-forordningen har blitt kritisert for å være utvidende. <sup>122</sup> I en eventuell ny sak om den samme forordningen, vil ikke en norsk domstol behøve å følge Høyesteretts tolkning av forordningen. Hvis forordningen tolkes snevrere, betyr det nødvendigvis at den norske forskriften må tolkes tilsvarende snevert, ellers blir den uansett ugyldig grunnet manglende hjemmel.

Uansett hva man mener om Høyesteretts avgjørelse, kan den folkerettslige rettstilstanden endre seg i etterkant. <sup>123</sup> Da står man i prinsippet overfor det samme valget som er beskrevet i punkt 4.2, mellom å holde fast på Høyesteretts tolkning eller tilpasse seg den folkerettslige rettsutviklingen. En viktig forskjell er imidlertid at den aktuelle forskriften må samsvare med folkeretten for å ha hjemmel i loven. Derfor er det eneste reelle alternativet i dette tilfellet å tolke forskriften i tråd med den folkerettslige rettsutviklingen.

#### 4.4 Grunnloven § 97 og krigsforbrytelser

Skillet mellom hva som er folkerett og hva som er norsk rett ved tolkningen av regler som transformerer folkerett, kan også illustreres gjennom to avgjørelser der det har vært spørsmål om folkerettslige regler kan være grunnlag for straff i norsk rett.

I Rt. 1945 s. 198 *Klinge* vurderte retten om tiltalte kunne straffes for å ha begått tortur under den tyske okkupasjonen av Norge. Dette var gjort straffbart gjennom en provisorisk anordning vedtatt 4. mai 1945, hvilket var etter at tiltalte hadde utført de påtalte handlingene. Retten mente at den provisoriske anordningen måtte regnes som «lov» i Grunnloven § 96, og

---

<sup>118</sup> HR-2023-1246-A *Droneflyging* avsn. 66–96.

<sup>119</sup> HR-2023-1246-A *Droneflyging* avsn. 129.

<sup>120</sup> HR-2023-1246-A *Droneflyging* avsn. 41.

<sup>121</sup> HR-2023-1246-A *Droneflyging* avsn. 37.

<sup>122</sup> Knut Bergo, «Dronesaken. Metodekravene som ble borte i luften», *Lov og Rett*, 2/2024, s. 83–107 (<https://doi.org/10.18261/lor.63.2.3>), på s. 98–99. Torkell Sætervadet m.fl., «Sanksjoner, flyforbud og droner», *Lov og Rett*, 1/2023, s. 7–36 (<https://doi.org/10.18261/lor.62.1.3>), på s. 25 kritiserer HR-2022-2089-U, der et tilsvarende spørsmål var oppe, på samme grunnlag.

<sup>123</sup> Torkell Sætervadet, «Ny EU-dom avdekker svikt i Høyesteretts resonnement i dronesaken», *Rett24.no*, 22. desember 2023, [rett24.no/articles/ny-eu-dom-avdekker-svikt-i-hoyesteretts-resonnement-i-dronesaken](https://rett24.no/articles/ny-eu-dom-avdekker-svikt-i-hoyesteretts-resonnement-i-dronesaken) argumenterer for at underrettens senere avgjørelse i T-128/22 *Islentyeva mot Rådet* (20. desember 2023) allerede viser at Høyesterett tolkning var feil.

at tiltalte derfor ikke ble dømt «uten etter lov».<sup>124</sup> Da ble det et spørsmål om en domfellelse ville være i strid med forbudet i Grunnloven § 97 mot å gi lover tilbakevirkende kraft. Under dette spørsmålet la førstvoterende «avgjørende vekt på at det karakteristiske ved de handlinger det her dreier seg om ikke er det at de er forbrytelser etter norsk lov, men det at de er krigsforbrytelser».<sup>125</sup> Fordi de påtalte handlingene allerede var straffbare etter folkeretten da de ble begått, var det altså ikke snakk om noen ulovlig tilbakevirkning ifølge Høyesterett. Den provisoriske anordningen kan altså sies å ha transformert det som var en folkerettslig regel.

Den provisoriske anordningen var norsk rett, og Høyesteretts tolkning av denne hadde stor vekt. Det samme gjelder konklusjonen om at handlinger som er forbudt etter folkeretten går klar av tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97, siden dette er en tolkning av den norske Grunnloven. Det at provisoriske anordninger må regnes som «lov» etter Grunnloven § 96, står i samme stilling. Det at tortur er en krigsforbrytelse, er derimot et folkerettslig spørsmål. Der hadde Høyesteretts syn liten vekt.

Samme type spørsmål kom opp i Rt. 2010 s. 1445 *Krigsforbryter*. Tiltalte hadde begått handlinger i Bosnia i 1992 som kunne karakteriseres som krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten. Den norske straffelovens forbud mot dette, som transformerte de tilsvarende folkerettslige reglene, trådte i kraft først i 2008. Tiltalen bygget på en bestemmelse i straffeloven som gikk ut på at de aktuelle forbudene kunne anvendes på handlinger begått før deres ikrafttredelse, med henvisning til at de aktuelle handlingene også var forbudt etter folkeretten. Retten tok avstand fra dommen i Rt. 1945 s. 198 *Klinge*, og slo fast at «[h]jemmel i utenlandsk lov eller i folkeretten er i denne henseende ikke tilstrekkelig» for å gå klar av tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97.<sup>126</sup> Høyesteretts tolkning av Grunnloven § 97 hadde igjen stor vekt, og kan fortsatt legges til grunn som uttrykk for gjeldende rett. Høyesteretts vurdering av innholdet i forbudene mot krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten, vil ha stor vekt hva gjelder de bestemmelsene i den norske straffeloven, men liten vekt for innholdet i de tilsvarende folkerettslige reglene. Dette gjelder selv om de norske lovbestemmelsene er ment å ha samme innhold som de folkerettslige reglene.

#### 4.5 Presumsjonsprinsippet og direktivkonform tolkning

Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* illustrerer skillet mellom norsk rett og folkerett ved anvendelsen av presumsjonsprinsippet. Et sentralt spørsmål i saken var om presumsjonsprinsippet kunne bidra til at en regel i bilansvarsloven § 7 ble tolket slik at den var i samsvar med tre EØS-direktiver. Retten måtte dermed tolke regelen i bilansvarsloven og de tre EØS-direktiver om motorvognforsikring i tillegg til å fastlegge rekkevidden av selve presumsjonsprinsippet. Høyesteretts tolkning av bilansvarsloven hadde stor vekt, siden dette er en norsk lov. Rettens tolkning av EØS-direktivene hadde derimot liten vekt. Disse vil i praksis tolkes autoritativt av EFTA-domstolen og EU-domstolen, ikke av Høyesterett. At Høyesterett i dommen tilla EFTA-domstolens tolkninger av direktivene «vesentlig vekt», er i tråd med dette.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> Rt. 1945 s. 198 *Klinge* s. 200.

<sup>125</sup> Rt. 1945 s. 198 *Klinge* s. 200.

<sup>126</sup> Rt. 2010 s. 1445 *Krigsforbryter* avsn. 116.

<sup>127</sup> Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* s. 1820.

Høyesteretts uttalelser om presumsjonsprinsippets rekkevidde, gjorde dommen til et viktig prejudikat om dette. Retten påpekte at prinsippet «er utviklet i rettspraksis». <sup>128</sup> Dette var mulig nettopp fordi Høyesterett uttalelser om prinsippet rekkevidde har stor vekt. Retten fremholdt at presumsjonsprinsippet går ut på at «norsk lov så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser», men bare innenfor «det som med rimelighet kan anses som tolkning av bestemmelsen». <sup>129</sup>

Førstvoterende nevnte også et prinsipp om direktivkonform fortolkning, som var «utviklet gjennom flere avgjørelser av EF-domstolen». <sup>130</sup> Etter en analyse av flere slike avgjørelser, konkluderte førstvoterende med at prinsippet «ikke kan strekkes så langt at klar motstrid mellom nasjonal rett og EØS-rett kan tolkes bort». <sup>131</sup> Fordi dette er et folkerettslig prinsipp, har denne konklusjon liten rettskildevekt. Den fungerer ikke som prejudikat, i motsetning til uttalelsene i samme dom om presumsjonsprinsippets rekkevidde. Førstvoterende fant for øvrig «ikke grunn til å gå inn på spørsmålet om prinsippet om direktivkonform fortolkning i EØS-retten går like langt som i EU-retten». <sup>132</sup> Hvis han hadde gjort det, ville ikke konklusjonen hatt prejudikatverdi.

Den folkerettslige rettstilstanden kan endre seg i tiden etter en norsk høyesterettsavgjørelse som har benyttet presumsjonsprinsippet. Høyesteretts tolkning av den norske regelen vil altså ha stor vekt. Hvis tolkningen bygger på presumsjonsprinsippet, kan den imidlertid ikke uten videre legges til grunn i senere saker. Hvis folkeretten har endret seg på en slik måte at den norske regelen ikke lenger samsvarer med folkeretten, må man først spørre om det fortsatt er mulig å tolke den norske regelen i tråd med folkeretten samtidig som man holder seg innenfor bestemmelsens ordlyd.

Bestemmelsens ordlyd er, som nevnt, yttergrensen for anvendelsen av presumsjonsprinsippet. Om mulig, må bestemmelsen tolkes i tråd med folkeretten. Hvis den nye folkerettstilstanden derimot krever en tolkning av den norske regelen som er i strid med regelens ordlyd, blir saken vanskeligere. Da bør man heller falle tilbake på Høyesteretts opprinnelige tolkning av bestemmelsen, og akseptere at folkeretten brytes, slik Høyesterett for eksempel gjorde i Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I*. Uansett må en senere rettsanvender *selv* ta stilling til hva folkeretten nå sier og hvilken betydning dette har for tolkningen av den norske regelen, selv om både den norske og den folkerettslige regelen har blitt tolket i en tidligere høyesterettsavgjørelse. Den senere rettsanvenderen behøver derimot ikke å gjøre samme selvstendige vurdering av presumsjonsprinsippets rekkevidde. Høyesteretts uttalelser om dette ligger fast. På dette punktet er det klare likheter mellom anvendelsen av presumsjonsprinsippet og tolkningen av norske regler som transformerer folkerettsregler.

---

<sup>128</sup> Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* s. 1829.

<sup>129</sup> Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* s. 1826 og s. 1831.

<sup>130</sup> Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* s. 1828.

<sup>131</sup> Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* s. 1829.

<sup>132</sup> Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* s. 1829.



## 5. Konklusjon

Denne artikkelen har trukket opp skillet mellom norsk rett og folkerett i norsk rettspraksis. Den har vist hvilke rettsspørsmål Høyesteretts avgjørelser *kan* avklare og hvilke spørsmål de *ikke* kan avklare. Når Høyesterett uttaler seg om folkerettslige spørsmål, blir ikke den folkerettslige rettstilstanden påvirket. Verken norske eller andre rettsanvendere kan derfor bygge på Høyesteretts avgjørelser som tungtveiende rettskilder i senere saker om samme folkerettslige spørsmål. Norske rettsanvendere er vant til å ofte legge avgjørende vekt på Høyesteretts uttalelser. Det er viktig å huske at dette ikke gjelder når man behandler folkerettslige regler.

Artikkelen har bygget på et skille mellom sektormonisme og inkorporasjon på den ene siden, og transformasjon og presumsjonsprinsippet på den andre, som har blitt kalt henholdsvis «direkte» og «indirekte» gjennomføring av folkerett i norsk rett.

Bestemmelser som gjennomfører folkerett direkte i norsk rett, er inkorporasjonsbestemmelser og sektormonismebestemmelser. Disse bestemmelsene er i seg selv del av norsk rett. Bestemmelsene kan måtte tolkes, og denne tolkningen er i prinsippet uavhengig av tolkningen av de folkerettslige reglene som inkorporeres eller kommer inn i norsk rett.

Indirekte gjennomføring av folkerett i norsk rett gjøres gjennom bestemmelser som transformerer folkerettslige regler og gjennom bruk av presumsjonsprinsippet. En norsk regel som transformerer folkerett, må tolkes og eventuelt utvikles i lys av den transformerte regelen. Når presumsjonsprinsippet aktualiseres, må en norsk regel på samme måte tolkes i lys av en folkerettslig regel. Ved slik indirekte gjennomføring av folkeretten, kan en norsk regel endre innhold etter hvert som den folkerettslige rettstilstanden endres. Dette gjelder selv om det er Høyesterett som har tolket den norske regelen. Her er det altså en langt tettere sammenheng mellom innholdet i norsk rett og innholdet i folkeretten enn for bestemmelser som gjennomfører folkerett direkte i norsk rett.

I alle sakene som er undersøkt i denne artikkelen, har norske domstoler lagt til grunn at folkerettslige regler som er gjennomført i norsk rett fastlegges ved hjelp av folkerettslig metode. I noen saker har retten bygget dette på lovforarbeider, men i andre saker tas det for gitt, uten noen nærmere diskusjon. At folkerettslige regler som er gjennomført i norsk rett fastlegges ved hjelp av folkerettslig metode, kan anses som et generelt prinsipp i norsk rett.