
Denne fil er hentet fra Handelshøyskolen BIs åpne institusjonelle arkiv BI Brage
<http://brage.bibsys.no/bi>

***Menneskerettigheter og grunnloven: om
Menneskerettighetsutvalgets forslag om inkorporering av internasjonale
menneskerettigheter i Grunnloven***

**Morten Kinander
Handelshøyskolen BI**

Dette er siste forfatterversjon etter fagfelleevaluering, publisert i

Jussens Venner, 48(2013)1-2: 116-139

Tidsskriftets forlag, Universitetsforlaget, tillater at siste forfatterversjon legges i åpent publiseringsarkiv ved den institusjon forfatteren tilhører. Denne fil er lagt ut 10/2013

Menneskerettigheter og Grunnloven – Om Menneskerettighetsutvalgets forslag om inkorporering av internasjonale menneskerettigheter i Grunnloven.

Av Morten Kinander, førsteamanuensis, dr.juris, Handelshøyskolen BI.

I forbindelse med – og som en forberedelse til – grunnlovsjubileet i 2014 har Menneskerettighetsutvalget foreslått den mest omfattende enkeltstående revideringen av Grunnloven noensinne. Forslaget går ut på å inkorporere ”de internasjonale menneskerettighetene” i Grunnloven, men det skilles for dårlig mellom forskjellige typer av ”menneskerettigheter”. Artikkelen inneholder en gjennomgang av hva som ligger i begrepet ”internasjonale menneskerettigheter”, med særlig vekt på forskjellen mellom sivile og politiske og sosio-økonomiske rettigheter. Den konkluderer med at bare de sivile og politiske rettighetene bør inntas i Grunnloven, mens de sosio-økonomiske rettigheter – også kalt velferdsrettigheter – er og bør fortsette å være politikkenes domene.

1. Innledning

Den 19. desember 2011 leverte Menneskerettighetsutvalget¹ en rapport om hvilke menneskerettigheter som bør inkorporeres i Grunnloven, såkalt ”grunnlovsfesting”. Dette er et forslag til den største revideringen av Grunnloven siden 1814, og i høst skal Stortinget stemme over forslaget. Det har ikke vært fremmet andre forslag, og det har vært forholdsvis lite debatt, sett i lys av hvor omfattende endringsforslag det er snakk om. Det følgende er en drøftelse av rapportens forslag til revisjon av Grunnloven, med særlig vekt på forslaget om å inkorporere sosioøkonomiske rettigheter.

Det er nødvendig å revidere Grunnloven, og det finnes mange gode forslag i rapporten. Det er også nødvendig å styrke Grunnlovens menneskerettighetsvern, blant for at vi i mindre grad skal underlegges Strasbourg-domstolens løsninger. Forslagets store styrke er nettopp at en ved en styrking av

¹ Utvalget ble nedsatt etter forslag fra daværende stortingspresident Torbjørn Jagland. Foruten leder Inge Lønning, har utvalget har bestått av Carl I. Hagen, Grete Faremo, Jan Erik Helgesen, Hilde Indreberg, Pål W. Lorentzen og Janne Haaland Matlary. Grete Faremo trådte ut av utvalget da hun ble justisminister, og ble erstattet av Kari Nordheim-Larsen. Utvalgets sekretær har vært Benedicte Moltumyr Høgberg.

menneskerettigheter på grunnlovsnivå vil minske den voldsomme eksponeringen som Norge i dag har mot Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). EMD legger til grunn et subsidiaritetsprinsipp, der menneskerettighetsspørsmål i størst mulig grad skal søkes løst i tråd med nasjonal konstitusjonell rett. Har man i liten grad utviklet en slik rett på menneskerettighetenes område, vil man i tilsvarende større grad måtte basere seg på EMDs linje. Det er derfor positivt at det gjøres forsøk på å styrke den *nasjonale* menneskerettighetsjussen i Norge, og det utgjør en forskjell hvorvidt denne jussen fremkommer gjennom ordinær lov eller i Grunnloven.

Denne artikkelen inneholder en gjennomgang og presentasjon av hva ”internasjonale menneskerettigheter” er, før det ser på hva forslaget fra Menneskerettighetsutvalget går ut på. Artikkelen konkluderer med at forslaget ikke bør tas til følge i sin helhet, først og fremst grunnet innholdet, men også på grunn av manglende debatt og tidspress. Grunnloven er altfor viktig til at en omfattende endring av den bør brukes som en reklamebrosjyre for et jubileum. Og særlig bør man være varsom med å fylle Grunnloven med fanebestemmelser som enten øker statens makt og sine innbyggere eller som ikke lar seg anvende, og som kun er egnet til å gi innbyggerne i Norge falske forventninger.²

1. ”Internasjonale menneskerettigheter”: Hva er det?

Den foreslåtte endringen av Grunnloven er omfattende. Dette har sin bakgrunn i at mandatet tilsier at de ”internasjonale menneskerettighetene” skal inkorporeres i Grunnloven, og disse er mange. Men under denne merkelappen skjuler det seg forskjellige størrelser. Det som i juridisk tradisjon rubriseres som ”de internasjonale menneskerettighetene”, har utviklet seg til å bli en omfattende juridisk doktrine, basert på et utall til dels motstridende internasjonale konvensjoner, som Norge i stor grad har ratifisert.

Begrepet ”menneskerettigheter” bærer i seg noe høyverdig og er ment å utgjøre en retorisk kraft som adskiller det fra vanlige rettslige og politiske argumenter. Hensikten er også nettopp det; å ta et emne ut av den politiske arenaen og den løpende avveiningen mot andre, konkurrerende hensyn. Som Odyssevs bandt seg selv til masten, skal staten binde seg selv ved å garantere for at menneskerettighetene ikke brytes, selv om det i de enkelte tilfellene, og i enkelte perioder, kan virke både fristende og opportunt fra et politisk ståsted. Det var fristende å beskatte rederne, men det viste seg altså at nettopp dette politiske handlingsrommet var lukket ved hjelp av en grunnlovsbestemmelse som ingen politiker med respekt

² Innstillingen fra utvalget er en flertallsinnstilling, og det er viktig å understreke at det er et mindretall, bestående av Carl I. Hagen, som begrunnet sin dissens med argumenter som delvis kommer til uttrykk i denne artikkelen.

for seg selv og sitt rykte tør foreslå opphevet, jf Rt. 2010, s. 143. Den grunnleggende tanken har vært at individet eller mindretallet skal sikres mot overgrep fra flertallet, fellesskapet, nasjonen eller gruppen. Kjernen i menneskerettighetslogikken er altså en *begrensning av statens makt*. Dette betyr at den grunnleggende tanken *ikke* har vært å pålegge staten rettslige budsjettpolitiske og uoppsigelige forpliktelser til å fordele borgernes eiendom på visse måter. Det er politikens domene, og det bør det fortsette å være.

Den som har denne idealoppfatningen om menneskerettigheter som begrensning av statens makt, blir lett skuffet i møte med den faktisk fungerende menneskerettighetsdoktrinen i Norge og internasjonalt. I Norge og i norsk juss er ikke menneskerettigheter noe mer enn en helt ordinær juridisk kategori av internasjonal opprinnelse, som består av traktater med nasjonale virkninger. Slik sett er menneskerettigheter en såkalt positivistisk kategori, langt fjernet fra sin naturrettslige arv. Med dette menes at ifølge den rådende oppfatningen i Norge er ”menneskerettigheter” et rent formelt begrep, som viser til innholdet i de til enhver tid bindende konvensjonene som Norge har sluttet seg til. Det er ikke noe mer høyverdig over dette enn som så. Som Marius Emberland skriver, er ”[d]e internasjonale menneskerettighetene ... rettslige normer som kommer til uttrykk i avtaler inngått mellom stater som en del av deres medlemskap i enkelte internasjonale organisasjoner”.³ De konvensjonene som generelt anses som de viktigste, er de som følger av våre medlemskap i henholdsvis FN og Europarådet. Dette har resultert i at det er særlig Verdenserklæringen om menneskerettigheter fra 1948, FN-konvensjonene om sivile og politiske rettigheter (SP) og om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) fra 1966, Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) fra 1950, FN-konvensjonen om barns rettigheter (Barnekonvensjonen) fra 1989 og FNs kvinnekongresskonvensjon (Kvinnekonvensjonen) fra 1979, som anses å utgjøre kjernen i ”de internasjonale menneskerettighetene” i en praktisk-rettslig kontekst. Alle disse – med unntak Verdenserklæringen – er også inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven av 21. mai 1999.⁴ I en særstilling står EMK, men også FN-konvensjonene brukes i økende grad i juridisk argumentasjon i norske domstoler. Det er innholdet i disse og slik disse til enhver tid fortolkes, som er ”internasjonale menneskerettigheter”. Slik sett har ikke begrepet *nødvendigvis* noe med rettferdighet eller menneskelig integritet å gjøre. Det kommer rett og slett an på hva som står i de traktatene som Norge har ratifisert og hvilke man har gjort til norsk lov. Og det kan være så mangt.

³ Marius Emberland, *Retorikk og realiteter. Norsk menneskerettighetsdebatt på et sidespor?* Oslo, 2006:18.

⁴ Det er imidlertid viktig å understreke at ”de internasjonale menneskerettighetene” ikke uttømmes av de konvensjonene som menneskerettsloven gjør til norsk rett.

Norge har imidlertid inngått mange flere konvensjoner enn disse, og hva som skal anses å være ”kjernekonvensjonene” varierer til en viss grad, avhengig av hvem man spør og hvilke interesser de representerer. Her, som ellers, gjelder det at hva som skal anses for å være viktig, ikke utelukkende er et spørsmål om hva som er *objektivt* riktig, eller nødvendig ut fra en betraktning om statens makt overfor enkeltindividet. Det er vel så mye et spørsmål om hvilke og hvem sine interesser som er og blir avgjørende. Som et eksempel kan nevnes at i kritikken av den såkalte Boot Boys-frifinnelsen, Rt. 2000. s. 1618, – dommen som frikjente Terje Sjølie og hans Boot Boys for rasediskriminering (straffeloven § 135a) – ble det henvist til at FN-komiteén for rasediskriminering hadde gitt Norge kritikk for å ha frikjent Boot Boys. Dette ble fremstilt som et selvstendig, tungtveiende argument for at Norge måtte gjøre noe med sin ytringsfrihetsrett.⁵ Denne komiteén har imidlertid ingen formell rettslig status, og den og dens medlemmer har blant annet også kritisert Frankrike for å støtte opp under rasehat ved å tillate utgivelsen av Salman Rushdies *Sataniske Vers* og Danmark for å ikke straffe Jyllandsposten for Muhammedkarikaturtegnene.

Dette viser to ting; at FN-komiteen er en sterkt politisert komité, som neppe er ytringsfrihetens sterkeste beskytter, og at man skal velge sine moralske ankerfester med omhu. Dette er ingen nøytral komité som mener det samme om menneskerettigheter som det mange nordmenn mener, og før man lar seg overbevise av at Norge ”har fått kritikk fra FN-argumentet”, er det formålstjenlig å se på hvilke interesser denne komiteen står for og tjener.

Poenget i denne sammenhengen er at man bør møte merkelappen ”internasjonale menneskerettigheter” med den samme innstillingen som man møter ”internasjonal panterett” eller lignende kategorier med, med andre ord en relativt nøktern en. Som med alle internasjonale systemer er det politikk og interessekamp det først og fremst handler om, og ”de internasjonale menneskerettighetene” er i denne sammenhengen intet unntak.

Menneskerettighetsdoktrinen drives av aktører med kryssende interesser og hensyn, hvor ikke alle nødvendigvis kan utledes av den opprinnelige tanken om at dette skulle være sisteskanseforsvar for individet i møte med en sterk statsmakt eller et fellesskap som ikke hadde den nødvendige respekten for

⁵ Særlig illustrativ for denne innfallsvinkelen, er Frode Elgesems kronikk i Dagbladet i etterkant av FN-uttalelsen. Se, <http://www.dagbladet.no/kultur/2005/09/16/443522.html>

individet.⁶ I en slik forstand utgjør nemlig menneskerettighetene en binding av staten ved å trekke en sfære rundt individet, som ikke kan krenkes eller invaderes.

Denne forståelsen harmonerer imidlertid dårlig med hvordan begrepet benyttes i internasjonal politisk sammenheng, og det er åpenbare grunner til det. En forståelse av begrepets kjerne som å utgjøre individets beskyttelse mot flertallet, er en klar normativ forståelse, og den har ingen klar forankring i juridisk doktrine. Slik sett er det bare en *mening* eller en *oppfatning*, men det er en oppfatning med lange historiske røtter i politisk filosofi og tradisjon. Det vil føre for langt i denne sammenheng å gi en detaljert beskrivelse av denne tradisjonen, men omdreiningspunktet – om vi nå skal velge oss ett – kan sies å ligge hos opplysningstidsfilosofene, og i særklasse hos John Locke og hans poengtering av de naturlige rettighetene til *life, liberty and estate*.⁷ De rettighetene som springer ut av denne tradisjonen, er såkalte *negative rettigheter*: De angir hva staten, som pliktpåførende instans, *ikke* kan gjøre og derfor finner de sin kjernefunksjon i å være en begrensning av statsmakten. I henhold til denne tradisjonen er ikke bekymringen at staten ikke gjør nok; det er at den gjør for mye.⁸

Mer konkret bunner skepsisen i to forhold; i det håndhevbare og i det konkrete. For at noe skal være en *rettighet*, må for det første *noen* ha denne rettigheten – det må finnes rettssubjekter. For det andre må disse noen kunne gå til en instans for å kreve den oppfylt – det må finnes pliktsubjekter. Det er altså flere dimensjoner i en rettighet; en kravdimensjon og en pliktdimensjon. For de sivile og politiske rettighetenes del krever det av staten at den skal *la være* å utføre handlinger som den ellers ville ha gjort. For eksempel kan det nevnes at alle de straffeprosessuelle garantiene vi har fått, ikke har kommet dalende ned fra himmelen. De er et resultat av (følte) utfordringer i statens behandling av mistenkte i straffesaker, for eksempel når det gjelder avhørsteknikker eller soning i varetekt og glattcelle. Staten har

⁶ Et kort blikk på alle de internasjonale organisasjonene, som alle prøver å appellere til menneskerettighetene for beskyttelse av sine interesser, er nok til å skape en viss skepsis til troen på at disse rettighetene er objektive, internasjonale juridiske begreper. Det er for eksempel en lang vei fra The Islamic Human Rights Commission til den norske Human Right Service. Og dette er bare noen av de mange forekomstene i den store floraen av NGO'er og mellomstatlige institusjonene som har blomstret i løpet av de siste 40-50 årene. Særlig illustrerende er Kairo-erklæringen om menneskerettigheter i Islam, som normalt ses på som en respons til Verdenserklæringens "vestlige" slagside, og som har et mildt sagt noe annet syn på de grunnleggende sivile og politiske rettighetene. Kairo-erklæringen ble vedtatt i 1990 av The Organisation of the Islamic Conference, som består av 56 medlemsland. For en analyse av Islam og menneskerettigheter, se Ann Elizabeth Mayer, *Islam and Human Rights. Tradition and Politics*, 4th ed., Boulder, 2007.

⁷ Se John Locke, *Second Treatise of Government*, § 6. For en omfattende oversikt over utviklingen av menneskerettighetene, se Micheline R. Ishay, *The History of Human Rights From Ancient Times to the Globalization Era*, 2nd ed., Berkeley, 2008.

⁸ Se David P. Currie, "Positive and Negative Constitutional Rights", i *The University of Chicago Law Review*, vol 53, 1983:864—890, og omtalen av den amerikanske dommen *Jackson v City of Joliet*, hvor en politimann ikke hadde hjulpet mennesker som brant i hjel i en bil etter en ulykke, men isteden dirigert trafikken. Som den kjente dommer Richard Posner skriver: "The men who wrote the Bill of Rights were not concerned that government might do too little for the people but that it might do too much to them. The Fourteenth Amendment, adopted in 1868 at the height of laissez-faire thinking, sought to protect Americans from oppression by state government, not to secure them basic governmental services. Of course, even in the laissez-faire era only anarchists thought the state should not provide the type of protective services at issue in this case. But no one thought federal constitutional guarantees or federal tort remedies necessary to prod the states to provide the services that everyone wanted provided. The concern was that some states might provide those services to all but blacks, and the equal protection clause prevents that kind of discrimination." 715 F. 2d 1200 1203 (7th. Cir.) 465 U.S. 1049 (1983).

med andre ord gått for langt, og må begrenses, negeres. Derfor er også de sivile og politiske rettighetene kalt negative rettigheter. Noen må med andre ord ha plikt til å respektere rettigheten. Men hvem har plikt til å oppfylle en rettighet om ”kunst og kulturliv”, jf Barnekonvensjonen art. 31 og om å ”ta del i vitenskapens framgang”, jf Verdenserklæringen art 27? Kan jeg kreve å delta på fakultetsstyremøter på juridisk fakultet for å ”ta del i vitenskapens fremme”? Eller har jeg bare rett til å nyte dens frukter ved at bibliotekene er åpne for meg? Noen må i hvert fall legge forholdene til rette for meg. Spørsmålet blir hvem som skal gjøre det – og hvordan.

Motsatsen til de negative rettighetene er de positive. De positive rettighetene kjennetegnes ved at de gir individet krav på at staten skal gjøre noe aktivt, som å tilby et gode. Dette godet er tradisjonelt sett et krav om levestandard, velferd, medisin, arbeid, utdanning og helse. De negative rettighetene gir individet et trumfkort i møte med staten eller flertallet. De positive rettighetene, derimot, også kalt velferdsrettigheter, påfører staten forpliktelser til aktivt å gjøre noe; å stille midler til rådighet. Det står selvfølgelig ikke i disse traktene at staten har konkrete, ufravikelige forpliktelser til å gjøre noe; det er individet som har kravene. Men om noen i en rettslig forstand kan sies å ha et krav, har noen andre en forpliktelse, og en rettighetsfesting av positive velferdskrav påfører nettopp staten en forpliktelse til å ta fra noen og gi til andre. De positive rettighetene følger altså en annen logikk enn de negative; mens de negative begrenser statens makt, utvider de positive statens innflytelse og råderett. For ved å oppfylle utstrakte positive rettigheter, må staten bruke av sine midler. Disse midlene er av sin natur en begrenset ressurs og vil kreve en mer aktiv intervensjonerende stat, dersom staten skal oppfylle rettighetene og overvåke utøvelsen av fordelingen av midler.⁹ De positive rettighetenes fravikende logikk viser seg altså ved at de i prinsippet griper inn i budsjettpolitiske avgjørelser ved å omfordele sosiale og private goder.

Skillet mellom negative og positive rettigheter er selvfølgelig ikke absolutt, og det finnes grensetilfeller. Det er for eksempel en utgift for staten å holde seg med et rettssystem for å oppfylle domskravet – at ingen skal fengsles uten dom – etter menneskerettighetene. Men argumentasjonen begynner i hver sin ende; enten som begrensnings av makt eller som plikt til å stille ressurser til rådighet.¹⁰ I internasjonal

⁸ Som dommer Posner også argumenterte for i samme dom som omhandlet ovenfor: ”The modern expansion of government has led to proposals for reinterpreting the Fourteenth Amendment to guarantee the provision of basic services such as education, poor relief, and, presumably, police protection, even if they are not being withheld discriminatorily... To adopt these proposals, however, would be more than an extension of traditional conceptions of the due process clause. It would turn the clause on its head. It would change it from a protection against coercion by state government to a command that the state use its taxing power to coerce some of its citizens to provide services to others”. Med andre ord, de positive rettighetene legger seg opp i budsjettpolitiske spørsmål.

¹⁰ For en kritikk av en skarp inndeling av positive og negative rettigheter, se Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, 2nd ed., New Jersey, 1996. For en kritikk av kritikken, se Michael Payne, ”Henry Shue on Basic Rights”, i *Essays on Philosophy*: vol 9, nr 2, 2008.

teori anses også de sivile og politiske rettighetene som *rettigheter*, mens de sosio-økonomiske anses som *aspirasjoner*.¹¹

De sosio-økonomiske rettighetene er altså vage og skjønsmessige i en mye større grad enn de sivile og politiske. Dette antydes også i selve konvensjonene. SP-konvensjonen pålegger, illustrerende nok, medlemsstatene en forpliktelse til å gi innbyggerne en "effective remedy", dvs muligheten for å håndheve krenkelser av de rettighetene som konvensjonen inneholder, jf konvensjonens art 2 (3). ØSK-konvensjonen, derimot, inneholder talende nok ingen tilsvarende forpliktelse for statene til å gi innbyggerne anledning til å påtale brudd og overtredelser av sosio-økonomiske rettigheter. Der forplikter statene seg bare til å ta steg for over tid å realisere de rettighetene som finnes i konvensjonen innenfor de ressurser man har til rådighet, jf ØSK-konvensjonen art 2 (1). Den som baserer seg på ØSK-konvensjonen og forventer oppfyllelse fra staten, bør altså være nøye med å lese hele konvensjonen, hvis man skal unngå å bli altfor skuffet.

2. Verdenserklæringen av 1948

Av mange regnes Verdenserklæringen om menneskerettigheter som det grunnleggende dokumentet om menneskerettigheter, selv om denne ikke har noen direkte rettslig betydning i norsk rett i dag. Den fungerer mer som en premissgiver for debatten om hva menneskerettigheter er, enn som en rettskilde i direkte, formell forstand. Men Verdenserklæringen inneholder mye av det som også senere er blitt utvidet og presisert gjennom forskjellige konvensjoner, og da særlig de to FN-konvensjonene fra 1966 (SP) og (ØSK), samt Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen. Vi skal derfor nå se på Verdenserklæringen.

Størstedelen av de 30 artiklene i erklæringen består av sivile og politiske rettigheter. Alle de første 21 artiklene er sivile og politiske rettigheter, dvs negative rettigheter, som gir individet et vern fra staten og en rett til politisk medbestemmelse. De neste, derimot, er av en annen karakter. Vi skal se litt nærmere på noen utvalgte bestemmelser i Verdenserklæringen.

Artikkel 5 slår fast at "[I]ngen må utsettes for tortur eller grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff", mens artikkel 6 tilskriver alle mennesker statusen som rettssubjekter, og derigjennom en beskyttelse mot statlig, vilkårlig og ulovlig inngripen. Artikkel 7 knesetter likhet-for-

¹¹ Se Maurice Cranston, "Human Rights: Real and Supposed" i *Political Theory and the Rights of Man*, D. D. Raphael, ed., Bloomington, 1967:43—51.

loven-prinsippet og et tilhørende vern mot diskriminering. Deretter følger artikler som i tur og orden verner enkeltmennesket mot statlige krenkelser (art. 8), mot vilkårlig arrest og landsforvisning (art. 9), og mot partiske domstoler (art 10). I art 11 finner vi prinsippet om at alle skal anses som uskyldige inntil det motsatte er bevist, og i art 12 vernes privatlivet. Fram til og med artikkel 21 fortsetter erklæringen med det samme; å verne enkeltmennesker mot krenkelser og anerkjenne dem som fritt bevegelige rettssubjekter med statsborgerskap, ytringsfrihet, eiendomsrett og rett til å delta i politiske valg og styre. Dette er alle rettigheter som går ut på politisk deltagelse og privat vern mot statlig myndighetsmisbruk, og de er uforståelige uten et historisk bakteppe med statlig maktmisbruk som grunnleggende mønster. Dette er viktige og uunnværlige rettigheter, og forutsetninger for demokratiet. Men hva skal vi da mene om artikkel 22, med denne ordlyden: ”Enhver har som medlem av samfunnet rett til sosial trygghet og har krav på at de økonomiske, sosiale og kulturelle goder som er uunnværlige for hans verdighet og den frie utvikling av hans personlighet, blir skaffet til veie gjennom nasjonale tiltak og internasjonalt samarbeid i samsvar med hver enkelt stats organisasjon og ressurser”? Her fremkommer det et helt annet syn på statens oppgave og rolle. Staten skal foreta seg ting, den skal sikre sosial trygghet, og den skal legge til rette for at individet kan utfolde seg i kulturelle aktiviteter. Hvilket involverer pengebruk av en helt annen art. I art 25 heter det også på samme måte at ”enhver har rett til en levestandard som er tilfredsstillende for hans og hans families helse og velvære, og som omfatter mat, klær, bolig og helseomsorg og nødvendige sosiale ytelser, og rett til trygghet i tilfelle av arbeidsløshet, sykdom, arbeidsuførhet, enkestand, alderdom eller annen mangel på eksistensmuligheter som skyldes forhold han ikke er herre over”. Statens plikter og borgernes velferdskrav utvides altså i disse delene av erklæringen, og i art 26 knesettes retten til undervisning (riktignok med et bestemt kvalitativt innhold – dvs en undervisning som fremmer respekt for demokrati, menneskerettigheter og FN).¹² Artikkel 27 gir til alt overmål en rett til fritt å nyte kunst og få ta del i den vitenskapelige fremgang og dens goder, og avslutningsvis får til og med individet plikter overfor samfunnet: ”Enhver har plikter overfor samfunnet som alene gjør den frie og fulle utvikling av hans personlighet mulig” (art 29). Det er grunnleggende uklart hva det nærmere innholdet i disse bestemmelsene er, eller om de noensinne har hatt noen konsekvenser for et eneste menneske.

Staten må altså stille ressurser til rådighet for å dekke de behovene som kalles menneskerettigheter. Dette gir samtidig staten utstrakte fullmakter til å styre befolkningen, siden de pliktene som staten må oppfylle for ikke å bryte ”menneskerettighetene”, krever en aktiv innsats i form av skatteinnkreving og

¹² Mer konkret: Art 26.2: ”Undervisningen skal ta sikte på å utvikle den menneskelige personlighet og styrke respekten for menneskerettighetene og de grunnleggende friheter. Den skal fremme forståelse, toleranse og vennskap mellom alle nasjoner og rasegrupper eller religiøse grupper og skal støtte De Forente Nasjoners arbeid for å opprettholde fred”.

andre tiltak som griper inn i folks hverdag. I hvert fall på papiret. Det sier seg selv at jo mer en befolkning har utstrakte krav på å få dekket sosiale goder av staten, jo mer må denne staten involvere seg i styringen av denne befolkningen for at utgiftene skal kunne dekkes og for at de ikke skal overstige statens bæreevne. En stat uten slike forpliktelser har mindre behov for og mandat til å gripe inn i folks liv. Slik sett kan man altså tenke seg at ikke bare følger de forskjellige rettighetskategoriene to forskjellige logikker; de kan også være innbyrdes motstridende.

3. Menneskerettigheter som tautrekking mellom to forskjellige samfunnssyn?

Det er ikke meningen her å argumentere mot velferdsstaten eller de verdiene som ligger til grunn for ØSK-konvensjonen, og argumentet i det følgende forutsetter på ingen måte en kritikk av verken velferdsstaten eller vanlig sosiallovgivning. Poenget er å vise at det som vi kaller ”internasjonale menneskerettigheter” stort sett består av to forskjellige typer av rettigheter, nemlig sivile og politiske på den ene siden, og sosiale, økonomiske og kulturelle på den andre. Det er problematisk i seg selv, når man ikke samtidig har en oppfatning av hvilke rettigheter som er viktigere enn andre. I tillegg, og kanskje mer alvorlig, er det et problem når formålet ikke bare er å poengtere at de sosiale godene som listes opp som ”internasjonale” er viktige som sådan, men at de skal unndras den politiske debatten ved å grunnlovsfeste dem.

Det har blitt hevdet at tilblivelseshistorien til Verdenserklæringen viser at den er et resultat av en politisk-ideologisk tautrekking, der vestmaktens opplysningstidsideal sto mot østmaktens dialektiske materialisme. Konsekvensen ble altså en strid mellom de politiske og sivile rettighetene på den ene siden og de sosiale og økonomiske på den andre siden. Det ble slik, hevdes det, fordi begge blokkene lettere oppfylte de respektive delene av menneskerettighetene: Vestmaktene kunne lettere hevde at de respekterte de grunnleggende menneskerettighetene så lenge man med dette mente sivile og politiske rettigheter som ytringsfrihet og rettsikkerhet, mens østmaktene på sin side kunne hevde at de også respekterte menneskerettighetene – gjennom å sikre arbeid, helse og utdanning for alle. Så kunne begge parter anklage motparten for ikke å oppfylle menneskerettighetene. Og det politiske spillet var altså i gang.¹³

¹³ For en tilhenger av et slikt syn, se Johan Norberg, *Fullständiga rättigheter. Ett försvar för de 21 första artiklarna i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna*, Stockholm, 1999.

Dette fremgår til en viss grad av diskusjonene allerede rett etter krigen. En tidlig UNESCO-rapport forklarer den grunnleggende forskjellen i tilnærming til menneskerettigheter, i en passasje som er verdt å sitere i sin helhet:

”Thus from one angle the present of the subject [of human rights] may be regarded as a confrontation of two different working conceptions of human rights, which have arisen from different historical formulations and have developed in relation to different sets of social circumstances. The one started from the premise of individual rights, and with it a bias against a strong central authority and against government interference, while the other was based upon Marxist principles and the premise of a power central government, and early wedded to total planning (which automatically magnifies the central power) and to one-party government (which inevitably restricts certain political freedoms). Each has become modified in the course of its history, and in both cases many modifications have been in the direction of the other system” (1948:4).¹⁴

Denne forskjellen skal imidlertid ikke overdrives. Det første utkastet som lå til avstemning, inkluderte også sosiale og økonomiske rettigheter, og det også uten at erklæringen ble istemt av østblokklandene. Hvis formålet hadde vært å inkludere Sovjet-statene, var formålet i så fall mislykket. Og man kunne ha vedtatt et annet når disse uansett ikke skulle stemme for. I tillegg hadde også Franklin Delano Roosevelt i sin State of the Union-tale fra 1941 understreket ”freedom from want—which, translated into world terms, means economic understandings which will secure to every nation a healthy peacetime life for its inhabitants—everywhere in the world” som den tredje av de fire viktige frihetene som menneskeheten måtte jobbe for.¹⁵ Det var altså en klar oppfatning i visse innflytelsesrike kretser, selv før det ble aktuelt å lage en slik verdenserklæring, at sosiale og økonomiske rettigheter var en del av menneskerettighetene. Det er ikke unaturlig at denne oppfatningen også ble delt av Eleanor Roosevelt, som var arkitekten bak utkastet til Verdenserklæringen. I tillegg var det også en strategisk motivasjon; å utelate de sosiale og økonomiske rettighetene ville føre til at man stilte seg åpen for en kritikk fra de sosialistiske landene om at dette var traktatfesting av den vestlige levemåten.¹⁶

Selv om sosiale og økonomiske rettigheter har vært en del av den moderne, vestlige forståelsen av internasjonale menneskerettigheter, har det også hele tiden vært anerkjent at det er en iboende spenning

¹⁴ Tilgjengelig her: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001240/124068Eb.pdf>

¹⁵ Se Charles R. Beitz, *The Idea of Human Rights*, Oxford, 2009:22—23 og Lynn Hunt, *Inventing Human Rights. A History*, London, 2007.

¹⁶ Jf Stephen P. Marks, ”The Past and Future of the Separation of Human Rights into Categories”, i *Maryland Journal of International Law*, Vol 24, 2009:209—243, på s 213, med videre referanser.

i denne kategorien.¹⁷ Dette er også bakgrunnen for at Verdenserklæringens to hovedgrupper av rettigheter ble skilt ut i hver sin konvensjon i 1966, nemlig Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter og Konvensjonen om sosiale, økonomiske og kulturelle rettigheter. Grunnlaget for utskillelsen var i henhold til Eleanor Roosevelt og andre at de økonomiske og sosiale rettighetene var "unjusticiable" i motsetning til de sivile og politiske, noe som også er, som vi så, reflektert i folks mulighet til å påberope seg disse konvensjonene. I tillegg var det blant sentrale aktører – som for eksempel forfatteren av det første utkastet til Verdenserklæringen, John P. Humphrey – en oppfatning at en atskillelse av de to gruppene av rettigheter måtte finne sted "largely on ideological grounds", i den forstand at de refererte til og hadde sitt opphav i to forskjellige samfunnssyn.¹⁸ Dette er et stykke på vei riktig, og illustrerende nok har ikke USA undertegnet ØSK-konvensjonen. Sosio-økonomiske rettigheter har heller ingen konstitusjonell beskyttelse i USA, og en ratifisering av konvensjonen ville nok hatt uante konsekvenser for vedvarende konstitusjonell praksis i USA.¹⁹

Dette har imidlertid ingen nødvendige føringer på hvordan man kan forholde seg til menneskerettighetene når man skal inkorporere "menneskerettigheter" i Grunnloven. Man kan stå helt fritt til selv å tenke ut hva slags grunnleggende kjøreregler som skal gjelde i vårt samfunn, uavhengig av hva de internasjonale konvensjonene eller lands praksis tilsier. Menneskerettighetene har også en lengre og annen historie enn Verdenserklæringen av 1948, med dens økonomiske og sosiale rettigheter.

4. Menneskerettighetenes tiltenkte funksjon

Det er i dag ukontroversielt å hevde at det har gått inflasjon i begrepet "menneskerettigheter". Mange vil oppnå den beskyttelse en slik rettighet skal gi og, ikke minst, benytte seg av den retoriske kraften i forestillingen om det universelt rette. Beskyttet av menneskerettigheter unndras ens egne interesser fra ressursfordelingskampen. For det er nettopp forsvaret mot nyttekalkylen anvendt på menneskers integritet som er hele menneskerettstankens raison d'être: visse fenomener fjernes fra den politiske hverdagen og de kryssende hensynene, og man gir individet et trumfkort i møtet med statens makt. Formålet er rett og slett at spørsmålene som rettighetene representerer, ikke skal være underkastet den politiske interessekampen. Som det heter i den tyske grunnloven av 1949, art 1: Den menneskelige

¹⁷ Begrepsparet sosialisme vs liberalisme skal heller ikke overdrives som forklaringsmodeller for motstand og bifall for hhv SP og ØSK-type rettigheter. Storbritannia og Sovjetunionen hadde for eksempel forholdsvis likelydende kritikk av menneskerettighetene, og stemte stort sett overens. De var begge redde for hva dette kunne gjøre med deres respektive innflytelse rundt omkring i verden.

¹⁸ John P. Humphrey, *Human Rights and the United Nations: A Great Adventure*, New York, 1984:40.

¹⁹ For en gjennomgang av årsakene til dette, se Cass R. Sunstein, "Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees?", Public Law and Legal Theory Working Paper no. 6, The Law School, University of Chicago Law School, 2006. Finnes tilgjengelig her: http://www.law.uchicago.edu/files/files/36.crs_.constitution.pdf

verdighet er uantastbar. Begrunnelsen for menneskerettigheter er altså at man ikke skal foreta hensiktsmessighetsvurderinger når statens trusler om krenkelse melder seg. Ingen skal foreta vurderingen av hvem som har krav på slik beskyttelse i det enkelte tilfellet; da hadde man i så fall neppe trengt denne formen for rettigheter i utgangspunktet. Det er nettopp menneskerettighetenes universalitet som er deres legitimitet: de skal ikke kunne begrenses av politisk interesse- og realpolitikk, og de skal gjelde betingelsesløst. Men dette forutsetter nettopp at de er av en annen karakter, og at de står over eller utenfor den vanlige politiske debatten og lovgivningen. Hvis ikke, mister menneskerettighetene sin legitimitet. For hvorfor skal vi høre på menneskerettighetsargumentasjon hvis det kun er ordinær interessekamp oppkledd i et retorisk høyflyvende språkdrakt?

Menneskerettighetene synes å ha blitt en så altoverskyggende del av både privat og offentlig sfære, at de kan synes å utgjøre en trussel mot sin opprinnelige funksjon: sisteskansforsvar mot angrep på den menneskelige verdighet begått fra statens side. Det er på den ene siden helt selvfølgelig. Felles for de forskjellige menneskerettighetene er imidlertid at de representerer en rettssikkerhetsmentalitet som ikke nødvendigvis bare skal gjelde politisk verdifulle dissidenter og utsatte minoriteter, slik man på forhånd har definert disse. Skal menneskerettighetene ha noen funksjon, må de være del av en mentalitet som utvikler seg i tråd med samfunnet. På den annen side; når man utvider begrepet så kraftig som man gjør med de sosiale og økonomiske rettighetene, vil man med nødvendighet oppleve spenninger mellom de ulike områdene, *hvis man ikke vil rangere dem*. Så hvorfor kan man ikke bare si, som tanken var i 1948, at det er de sivile og politiske som er de primære, mens de sosio-økonomiske er mer å forstå som politiske arbeidsprogrammer uten rettslig innhold?

De senere årene har vi sett en utvikling bort fra denne tenkningen og mot et menneskerettighetsbegrep som består av mange, innbyrdes uforenlige interesser langt utover en forståelse av menneskerettighetene som et minoritetsvern og en beskyttelse mot staten. Denne utviklingen har vært en internasjonal utvikling og kanskje nettopp derfor har det blitt som det har blitt; det er vanskelig å “skjære gjennom” og rangere og prioritere når det også er diplomatiske interesser involvert.

Mot denne internasjonale bakgrunnen er det betimelig å spørre om vi også i norsk rett har utviklet et begrep om menneskerettigheter som langt på vei strider mot det mange vanligvis forestiller seg når de tenker på dette begrepet. Svaret på det er etter min mening bekræftende, og mye av problemet henger sammen med to forhold, nemlig erklæringen fra konferansen i Wien i 1993 om at menneskerettighetene er ”udelelige” og utgjør et ”hele”, slik at sosiale, økonomiske og kulturelle rettigheter – også kalt grupperettigheter – anses som like viktige som sivile og politiske rettigheter som

ligger nærmere det man kan kalle den opprinnelige forståelsen av menneskerettigheter.²⁰ Dette viser med all tydelighet hva som har ligget under menneskerettighetsdiskursen i lang tid, uansett hvor mange forsøk som er gjort på å ”juridifisere” den i rettslige fasttømrete kategorier; den er grunnleggende politisk.²¹

Men spørsmålet må stilles, uansett om man liker det underliggende premisset eller ikke: Er det rimelig å hevde at rettigheter som er avhengige av tilgjengelige midler for å være realiserbare, og som normalt anses for å være politikkenes domene, nemlig de sosiale og økonomiske rettighetene, er like viktige som de grunnleggende rettighetene til ikke å bli vilkårlig fengselet, torturert og ekskludert fra det sivile samfunnet? Det er stor tilsynelatende kraft i argumentet om at ytringsfriheten ikke er noe verdt dersom man er døden nær av sult. Men hva slags juridisk mentalitet er dette egentlig et uttrykk for? Eller for å stille spørsmålet retorisk: Er ikke dette i bunn og grunn en oppskrift på å bryte nettopp den grunnleggende ideen bak menneskerettighetene, at staten ikke skal blande seg for mye inn i hvordan borgerne lever livene sine med utilbørlige tvangsmidler og –måter? For man skulle tro at en stat og en regjering som ikke makter å gi sine borgere et fornuftig helse-, sosial- og utdanningstilbud sliter med andre legitimitetsutfordringer enn konvensjonsbaserte menneskerettigheter. Og det er der eventuelt kampen skal stå – på den politiske arenaen.

5. Å definere menneskerettigheter

I Norge har man vært lite villig til å ta en uavhengig innfallsvinkel til rettslige begreper, i den forstand at man søker deskriptivt å definere begrepene ut fra hvordan de anvendes i praksis. Er det vanskelig å beskrive den relevante praksisen på en konsistent måte, gir man omtrent opp forsøket på å definere den og henfaller til formuleringen om at det ”ikke er vannrette skott”. Dette henger etter min mening sammen med en generell motvilje i norsk rettsvitenskap mot å definere noe *normativt*, dvs hvordan man mener det hele *burde* gripes an. For eksempel skriver Njål Høstmælingen i sin lærebok at ”en anvendelig definisjon av menneskerettighetene vil aldri kunne bli fullt ut dekkende. Definisjonen vil bare kunne tjene som et innspill, et startpunkt, en idé om virkeligheten” (2003:27).²² Dette gir utelukkende mening hvis man med ”definisjon” forstår en objektiv rapportering av hvordan begrepet

²⁰ World Conference on Human Rights, June 14–25, 1993, *Vienna Declaration and Programme of Action*, 5. U.N. Doc. A/CONF. 157/23 (July 12, 1993).

²¹ I nyere tid har vi fått en ny dimensjon til dette, i debattene rundt retten til fri religionsutøvelse på den ene siden og ytringsfrihet på den andre siden, gjennom de muslimske statenes nedgradering av ytringsfriheten til fordel for retten til ikke å bli krenket av blasfemiske utsagn.

²² Njål Høstmælingen, *Internasjonale menneskerettigheter*, Oslo, 2003.

brukes i det daglige.²³ Og er denne bruken inkonsistent og varierende – slik det med nødvendighet vil være i en internasjonal kontekst med mange aktører som vil søke å definere de grunnleggende begrepene i tråd med egne interesser – vil dette føre til tilsvarende uklarhet i den rettsvitenskapelige framstillingen. Dette er et argument for at man burde søke å tilnærme seg rettslige begreper på en annen måte enn som en forsøksvis ”ren” eller nøytral beskrivelse av det som i realiteten er en mangefasettert interessekamp.

Den internasjonale diplomatiske interessekampen har ført til en relativisering av hva man mener med ”menneskerettighetene”, og vi bør være forsiktige med å videreføre dette når vi nå skal inkorporere menneskerettigheter i Grunnloven vår. Vi skal nå se litt nærmere på selve forslaget.

6. Menneskerettighetsutvalgets forslag

6.1. Bakgrunnen: mandatet

Mandatet til Menneskerettighetsutvalget ble gitt av Stortingets presidentskap, som i 2009 nedsatte et utvalg med oppdrag å ”utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven med det mål å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang”.²⁴

Med dette var på mange måter mye gitt; det er snakk om et bundet mandat – ikke hvorvidt, men hvor mye – og utredningen måtte leveres så raskt at det er realistisk å få gjennomført forslagene i forbindelse med jubileet. Det ligger rett og slett i selve mandatet at utredningen er ”et ledd i Stortingets forberedelser av grunnlovsjubileet i 2014”. Dette legger naturligvis også føringer på avstemnings- og behandlingsprosessen videre i Stortinget. Det signaliseres at utvalget ikke hadde blitt nedsatt, dersom det ikke var et jubileum, og at det er dette og ikke saken selv – nemlig Grunnloven – som først og fremst nødvendiggjør en revisjon. Budskapet virker som å være ”nå eller aldri”, eller i beste fall at vi ikke har tid til å utsette dette utover de minimum av to Storting som må stemme med 2/3 flertall. Slike forutsetninger kan man legge mer eller mindre vekt på, men realiteten er at slike forutsetninger ofte har

²³ Tilsvarende vil heller ikke Andenæs og Bjørge gi noen definisjon av hva de mener med ”menneskerettigheter”, men nøyer seg med å karakterisere hva de mener kjernen av menneskerettigheter består av. Dette er ikke overraskende slik begrepet anvendes i praksis, og som dermed består av en blanding av SP og ØSK-rettigheiter, uten at det rettes noen særlig oppmerksomhet mot de forskjellige funksjonene som de to kategoriene av rettighetene spiller. De tenkes alle innordnet i det samme systemet og ut fra den samme ideen, nemlig individets beskyttelse i en moderne samfunnsform. Se Mads Andenæs og Eirik Bjørge, *Menneskerettene og oss*, Oslo, 2011:18–55.

²⁴ Dokument 16 (2011–2012), Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, s. 11 (”Rapporten”).

betydning for behandlingen. Og Stortinget har hoppet over det første hinderet, slik at det kun er ett stortingsvedtak til før forslaget blir en del av Grunnloven.

Det er beklagelig at tiden skal være bestemmende for prosessen når det gjelder reform av Grunnloven, og det utgjør et ironisk paradoks: Man nedsetter et utvalg som skal utføre et arbeid av høyeste politiske og rettslige viktighet; en grunnleggende revisjon av vår konstitusjon, med det formål å sikre norske innbyggere de mest grunnleggende rettighetene som tenkes kan. Likevel er ikke dette viktigere enn at det neppe er særlig interessant, dersom det ikke kan benyttes som en symbolmarkering i forbindelse med et jubileum. Man har allerede laget logoen. Det vitner om at man ikke tar Grunnloven på alvor, noe som muligens illustreres av den manglende oppmerksomheten rapporten har blitt møtt med blant politikere. Det har vært noe debatt, men sett hen til forslaget betydning kan man neppe si at denne har vært tilfredsstillende. Den grunnlovsendringen det er snakk om å gjennomføre, vil være av en slik omfattende karakter at dens legitimitet er avhengig av en bred folkelig og opplyst, forutgående debatt.²⁵

Kanskje kan dette forklares med den manglende oppmerksomheten som Grunnloven i nyere tid har blitt til del i norsk politikk og offentlig styring generelt. Leder av Maktutredningen av 1980, Gudmund Hernes, oppsummerte i alle fall statsviternes syn på Grunnloven med ordene: ”Vil en vite hvordan det politisk-administrative system i vårt land fungerer, er grunnloven det siste dokument en bør lese” (1980:90—91).²⁶ Og favorittdebatten blant grunnlovskjennere synes stort sett å ha gått ut på en uenighet mellom konservative tilhengere av Grunnlovens symbolfunksjon og mer reformvillige synspunkter som vektlegger Grunnlovens lesbarhet.²⁷ I 2007 vedtok et nesten samlet Storting den største endringen av Grunnloven siden 1814, med opphevelsen av delingen mellom Lagting og Odelsting, styrking av riksretten og ikke minst innskriving av parlamentarismen i Grunnloven som viktigste endringer. Samfunnsmessig debatt om dette var ikke å spore.²⁸

²⁵ Til sammenligning kan man peke på at en av de store innvendingene mot den nye konstitusjonen i Ungarn var at den var vedtatt i all hast av et parti som kontrollerte det nødvendige flertallet i parlamentet, slik at de ikke hadde behov for noen generell debatt om konstitusjonen.

²⁶ Gudmund Hernes, ”Hva styrer styrene?”, i *Samtiden*, 1980:89—97. Denne ofte siterte uttalelsen må imidlertid – som alle uttalelser – ses i kontekst, hvilket er en maktanalyse av de endringsprosessene som det norske samfunnet hadde vært gjennom de siste 150 årene, og særlig i lys av det tidlige idealet om den borgerlige offentligheten som meningsdannende institusjon, med forbud mot partipolitisk organisering og lignende anomalier sett med et blikk fra en norsk statsviter på 1970-80-tallet. En annen ting er selvfølgelig at uttalelsens *virkningshistorie* synes å ha utviklet seg mer eller mindre uavhengig av denne konteksten, noe som kan sies å være et uttrykk for den manglende interesse blant statsvitere for konstitusjonelle spørsmål. Uansett gir uttalelsen uttrykk for at man må fokusere på det reelle istedenfor det formelle, og en Grunnlov vil med nødvendighet være en del av – eller i hvert fall premisset for – det formelle.

²⁷ Denne debatten har også nedfelt seg i Graver-utvalgets innstilling om Grunnlovens språkdrakt, levert 17. september 2012. Se Rapport fra Grunnlovsspråkutvalget om utarbeidelse av språklig oppdaterte tekstversjoner av Grunnloven på bokmål og nynorsk. Dokument 19 (2011–2012).

²⁸ Se, Dokument nr. 12:14 (2003-2004), Innst. S. nr. 100 (2006-2007).

Problemet er imidlertid at Grunnloven, som skal sette premissene for den politiske styringsformen, er avhengig av en bred politisk forankring. Konstitusjonell legitimitet er delvis avhengig av en oppslutning blant de som skal bli styrt av konstitusjonen. Et raskt blikk på den prosessen som de tidligere østblokklandene var gjennom etter overgangen fra kommunismen, er illustrerende; alle var opptatt å få på plass en oppdatert konstitusjon.²⁹

Dette er et dilemma som nok alltid vil være et reelt dilemma i et demokrati. Men betingelsene for en bred debatt blir neppe bedret ved at arbeidet med – og gjennomføringen av – grunnlovsendingene må skje så raskt og at de skal skje som ett av flere momenter – ”ett ledd i forberedelsene”, som det heter – i et jubileum.

Før vi nå skal se på hva forslaget inneholder, er det verdt å merke seg at Menneskerettighetsutvalget legger seg på samme linje som FN-systemet, ved at den ikke er villig til å etablere noe prinsipielt skille mellom sivilpolitiske rettigheter og velferdsrettigheter eller forsøke å utlede noen forskjeller mellom ulike typer rettigheter. Alle er viktige, og alle er like viktige. Når Menneskerettighetsutvalget gjennomgår de forskjellige forståelsene av menneskerettigheter, legger de til grunn den forståelsen som stammer fra Wien-konferansen i 1994, nemlig at ”[d]e ulike menneskerettighetene er innbyrdes likeverdige og utgjør et udelelig hele” (Rapporten, s 44). Dette er en forståelse som også ligger til grunn for menneskerettsloven av 1999, og ”utvalget vil ta utgangspunkt i den forståelsen”, som det heter. Denne forståelsen går ut på at menneskerettigheter, i tillegg til å sikre frihet fra maktmisbruk, inkluderer ”statenes plikt til å sikre blant annet individenes behov for sosial og økonomisk trygghet” (Rapporten, s 44).³⁰

Selv om utvalget helt eksplisitt mener at man bør ”grunnlovsfeste de *sentrale* menneskerettighetene” og derigjennom ”etablere et oversiktlig system i tråd med den norske rettstradisjonen, samtidig som det vil være i overensstemmelse med den tenkningen som ligger til grunn for andre lands konstitusjoner” (Rapporten s 58), er det en motvilje mot å velge mellom ulike typer av rettigheter. Utvalget tar som ”utgangspunkt for vurderingen av hvilke rettigheter som er sentrale eller allmenngyldige ... de

²⁹ Som Andrew Arato viser i *Civil Society, Constitution, and Legitimacy* Lanham, 2000, var legitimitet fra og konsolidering i sivilsamfunnet helt nødvendig for konstitusjons- og endringsprosessene.

³⁰ Utvalget tilslutter seg på samme sted også den noe kryptiske formuleringen om at ”staten er til for individene, ikke omvendt. Staten er til for alle, ikke bare noen få”. Uttalelsen, som etter utvalgets oppfatning ligger til grunn for menneskerettighetsloven av 1999, fremkommer imidlertid av en utlegning Utlendingsnemnda har av menneskerettigheter fra 2010. Se <http://www.une.no/menneskerettigheter/menneskerettighetene-setter-standard/>. Det er vanskelig å se hvordan en uttalelse fra 2010 på Unes hjemmesider kan sies å ligge til grunn for menneskerettighetsloven av 1999. Det er i det hele tatt lite i Rapporten som viser hvilken oppfatning som faktisk ligger til grunn for 1999-loven, siden det kun vises til noen sitater av Høstmølingen og Møse, i tillegg til to referanser fra noen offentlige hjemmesider.

rettighetene som fremkommer av Verdenserklæringen om menneskerettigheter av 1948” (Rapporten s 58—59).

Når det gjelder den konkrete diskusjonen om økonomiske rettigheter, siterer utvalget en uttalelse fra Menneskerettighetslovutvalget fra 1993, som lå til grunn for menneskerettighetsloven, og som går til kjernen av problemet: ”Det er blant annet en økende erkjennelse av at mange sider av reglene i ØSK kan gjennomføres uten å kreve ekstra ressurser. Det vil ofte mer være et spørsmål om å sikre den enkelte handlemuligheter ved å sette grenser for andre, slik at det blir like muligheter for å sikre minimumsbehov” (Rapporten s. 60). Som det også fremgår av den videre fremstillingen i rapporten, forutsetter utvalget at norske domstoler ikke vil legge disse bestemmelsene ”på strekk”, men vise en tilbakeholdenhet når det gjelder kravet om at man må tildele de ressursene man kan tenke seg følger av de økonomiske og sosiale rettighetene. Dette gir etter min mening gale signaler; vi får grunnlovsbestemmelser som er egnet til å skuffe dem som har forhåpninger om å få ekstra ressurser, og det nedgraderer rettighetene til symbolsaker ved å hevde at de neppe kan være gjenstand for anvendelse fullt ut. Og begrunnelsen for dette er nettopp at det vil involvere budsjettpolitiske spørsmål som myndighetene er nærmest til å ta stilling til. Rettighetene skal altså ikke tas på alvor i samme grad som de sivile og politiske, får man inntrykk av. Som det heter: ”[D]omstolene vil tilstå lovgiver en vid skjønnsmargin for spørsmål om hvilke ordninger som må etableres for å oppfylle rettighetene, slik tilfellet er i dag for anvendelsen av for eksempel Grunnloven § 110 (rett til utkomme av arbeid) og § 110a (samisk språk og kultur)” (Rapporten, s 60). Og på s 61 heter det, om hva statens grunnlovsoppgaver i realiteten er: ”Grunnloven kan eventuelt søke å reflektere at den plikten som påhviler statens myndigheter, har en hard kjerne, bestående av visse minstekrav, blant annet til helse, vann, mat, varme og husvære... Utover å søke tilfredsstillelse av disse basale minstekravene, er det først og fremst statens myndigheter som tar stilling til hvordan rettighetene bør oppfylles”.

Man kan dermed stille to spørsmål. For det første spørsmålet om hvorfor man skal grunnlovsfeste disse basale rettighetene i den forholdsvis utstrakte graden som foreslås, når det kun er denne i realiteten beskjedne kjernen som det er snakk om, hvor staten uansett skal ha en stor makt til å definere disse som den vil. For det andre kan man stille spørsmål ved hvor reell denne avgrensningen blir i vår etter hvert domstolsorienterte virkelighet, hvor stadig flere er villige til å ta sine tvister til domstoler. Det er en utvikling som Maktutredningen av 2003 la til grunn, og som det kan sies mye om,³¹ men som kanskje

³¹ Se NOU 2003:19 Makt- og Demokratiutredningen. For en kritisk undersøkelse, se Morten Kinander, *Makt og rett. Om Makt- og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring*, Oslo, 2005.

kan gi en indikasjon på at det langt fra er sikkert at budsjettpolitiske spørsmål ikke vil bli gjenstand for rettslig prøving og avgjørelse av Høyesterett. Og da kan komiteens forhåpninger om at sosio-økonomiske grunnlovsbestemmelser skal anvendes med varsomhet, vise seg å være lite verdt. I en rettskildemessig sammenheng er forarbeidsbruk ved grunnlovstolkning av særdeles lav status.

6.2. Forslagets innhold

Av de internasjonale menneskerettighetene er det de følgende som utvalget mener bør grunnlovsfestes, og som det fremkommer, er et ingen liten liste det er snakk om. De sosiale og økonomiske rettighetene er uthevet i fet skrift.

- Rett til liv og forbud mot dødsstraff
- Frihet fra tortur og andre inngripende integritetskrenkelser
- Forbud mot slaveri og tvangsarbeid
- Forbud mot vilkårlig frihetsberøvelse og rettigheter for frihetsberøvede
- Retten til rettferdig rettergang
- Vern på strafferettens område, herunder lovskrav, uskyldspresumsjon og forbud mot dobbeltstraff
- Forbud mot tilbakevirkende lover
- Likhetsprinsipp og ikke-diskrimineringsprinsipp
- Tanke-, samvittighets- og religionsfrihet
- Ytringsfrihet og offentlighet
- Forenings- og forsamlingsfrihet
- Personvern og personopplysningsvern
- Rett til å inngå ekteskap og vern om familien
- Barns rettigheter
- Eiendomsvern og ekspropriasjonerstatningsvern
- Bevegelsesfrihet
- **Rett til kulturell identitet, deltakelse i kulturlivet og kunstens og forskningens frihet**
- **Vern om samisk språk, kultur og samfunnsliv**
- **Rett til utdanning**
- **Rett til utkomme fra arbeid eller næring**
- **Rett til helse, tilfredsstillende levestandard og sosial trygghet**
- **Rett til et sunt miljø**
- Legalitetsprinsippet
- Deltakelse i demokratiske beslutningsprosesser, herunder stemmerett, rett til å danne politiske partier og rett til å ta del i hemmelige og frie valg.

Det er mye positivt å si om mange av disse rettighetene. Særlig er det viktig at legalitetsprinsippet foreslås grunnlovsfestet, og at mange rettigheter som hittil har hatt en uklar form i Grunnloven, søkes presisert. Men det er for eksempel vanskelig å se for seg hvordan en rett til deltakelse i kulturlivet skal håndheves. Det er uklart hva slags deltakelse det er snakk om, og det er grunn til å stille seg tvilende til om det er universitetenes uavhengighet for all fremtid som søkes etablert her ved understrekningen av forskningens frihet. Samtidig er retten til arbeid noe som neppe arbeidsløse uten tilbud vil kunne ta til domstolen og kreve at staten tilrettelegger for dem.

Det samme gjelder retten til utdanning. Illustrerende i denne sammenhengen er utvalgets betoning av hvor viktig utdanning er for individets autonomi. Det er åpenbart at man ikke fungerer særlig godt uten utdanning i det moderne samfunnet. Men det er uklart at det motsatte er tilfellet, nemlig at man vil fungere bedre, jo mer utdanning man har. Selv om utgangspunktet er retten til grunnleggende utdanning, synes utvalget å tilskrive denne grunnleggende utdanningen konsekvenser utover det sannsynlige:

”Samtidig er utdanning en viktig forutsetning for individets deltakelse i samfunnet. Uten grunnleggende opplæring vil individet ha problemer med å finne sin plass i samfunnet. Det er gjennom kunnskap og evnen til kritisk refleksjon at den enkelte kan få full glede av bl.a. ytringsfrihet, stemmerett eller annen politisk deltakelse. Gjennom kunnskap og kritisk evne til refleksjon vil individene ha et bedre grunnlag for selvutvikling og selvutfoldelse, og de vil få et bedre grunnlag for å treffe beslutninger som omhandler eget liv, herunder valg av yrke, ektefelle, familie, seksualliv, bosted, politisk engasjement, kunstnerisk utfoldelse, kosthold m.m.” (Rapporten s 222).

Er det rimelig å anta at retten til grunnleggende utdanning har store konsekvenser for ”familie, seksualliv, bosted, politisk engasjement, kunstnerisk utfoldelse m.m.”? Det synes også å være en underliggende antagelse om at jo mer utdanning man får, jo bedre liv får man, hvis man ser på de godene som utvalget mener at utdanning rent generelt fører med seg. Uten utdanning lever man ikke et fullverdig liv, skulle man tro, og jo mer man får av det, jo bedre blir ens eget liv. Men at seksuell utfoldelse skal samvariere med grad av utdanning, er en påstand uten mening. Og hva som mer konkret ligger i utdanning, må etter utvalgets oppfatning være opp til og bestemmes av ”det man til enhver tid anser som grunnskoleutdanning i henhold til ordinær lovgivning” (Rapporten, s 223). Dette er et sirkelargument. Det gir ikke mening å si i Grunnloven at hva ”utdanning” er, skal bestemmes av myndighetene, når bestemmelsen i utgangspunktet er tenkt å regulere myndighetenes forståelse av ”utdanning”. Da er man er like langt, og det er uklart hvorfor bestemmelsen skal inn i Grunnloven. Formålet synes da å være at man vil symbolisere at visse verdier er viktige, uten at det skal ha noen slags politiske konsekvenser eller være noe som innbyggere kan appellere til hvis de mener de ikke har fått det de har krav på. Grunnloven har altså ingen selvstendig rettslig funksjon når det gjelder rettigheter, dersom de formuleres på denne måten. En grunnlov bør være et dokument med en selvstendig rettslig betydning.

Utover slike uttalelser er det verdt å understreke at rettighetene som foreslås innført, ikke på noen måte er noe som utvalget selv finner opp eller argumenterer for uten solid støtte i internasjonale konvensjoner og litteratur på området. Slik sett er den kritikken som lanseres her, ikke først og fremst en kritikk av *dette utvalgets* innfallsvinkel, men må forstås som en generell innvending mot den innfallsvinkelen som ligger til grunn for tankegangen: at alle rettigheter er like viktige, og at alt som er viktig, er en menneskerettighet. Formuleringene om utdanningens nødvendighet i et moderne samfunn, er også formuleringer som finnes i overflod i internasjonale dokumenter.

Heller ikke er dette en kritikk av at sosiale ytelser rettighetsfestes, eller at landets innbyggere får rettigheter som de kan gå til domstolene med for å kreve ressurser. Det er altså ikke noe argument mot at budsjettpolitiske hensyn underlegges en domstolskontroll. Men det er en kritikk av at disse hensynene skal tas ut av den løpende politiske debatten og den ordinære lovgivningen, og *grunnlovsfestes*. I tiden framover er det et stort behov for å tenke gjennom finansieringen av velferdsstaten på nytt, og det spørres om Høyesterett er det beste forumet for å foreta slike avveininger.

På den annen side kan man hevde at forslagene er så forsiktig utformet at alle de sosiale og økonomiske rettighetene vil gi rom for nettopp de politiske overveielser, slik at man vil unngå at slike spørsmål blir behandlet i retten. Dette reiser et mer grunnleggende spørsmål om hvilke prinsipper som skal ligge til grunn for Grunnloven og reformarbeidet. Etter min oppfatning bør Grunnloven bestå av bestemmelser og rettigheter som kan håndheves, og som man kan lese for å forutberegne sin rettsstilling. Den bør i minst mulig grad bestå av generelle fanebestemmelser som ikke betyr noe når det kommer til stykket, slik som for eksempel retten til arbeid. Om et politisk regime nekter folk tilfredsstillende av de grunnleggende behovene som søkes grunnlovsfestes *til tross* for at det skulle være midler til rådighet, er det de politiske prosessene og den offentlige debatten som bør sørge for at dette regimet mister sin legitimitet, ikke en rettslig beslutning. Men med den store overføringen av makt til statlige myndigheter til å bestemme disse rettighetenes innhold som utvalget legger opp til, er det vanskelig å se hvordan utvalget tenker seg at disse rettighetene kan få betydning.

Det er viktig å huske på en avgjørende forskjell mellom grunnlovsarbeid og internasjonalt traktatsarbeid. Internasjonalt traktatsarbeid – særlig den formen som omhandler menneskerettigheter – søker å etablere normer som skal gjelde for alle verdenshjørner, og som kan deles av og håndheves overfor *alle stater* uansett historie, tradisjon og dominerende livssyn. I dette perspektivet kan det være på sin plass med sosio-økonomiske forpliktelser overfor stater som har en lang tradisjon for å stikke store beløp i lommene på statslederne på bekostning av sivilbefolkningen. I en slik forstand gir det god

mening å hevde at for eksempel Zimbabwe, i tillegg til å bryte med de sivile og politiske rettighetene, også bryter mange legitime sosio-økonomiske rettigheter. Og det kan være en god appell å henvise nettopp til det. Men dette utgangspunktet har ikke den norske Grunnloven, og det er ingen grunn til at denne skal være en grunnlov for de land i verden som har lange og inngrodde tradisjoner for korrupsjon og utsulting av egen befolkning mens lederne opparbeider milliardformuer. Den norske grunnloven skal bestå av bestemmelser som passer det norske samfunnet, noe som også betyr at det ikke skal være en reklamebrosjyre over alt vi har, og som vi helst ikke vil miste. Hvis barn i Norge en dag i fremtiden skulle bli nektet grunnskoleutdanning, er det neppe eventuelt manglende grunnlovsbestemmelser som er problemet, men grunnleggende politiske legitimitetsproblemer. På den annen side bør heller ikke en grunnlov stå i veien for fornuftige finansielle endrings- og omstillingsprosesser i møte med en ny økonomisk virkelighet. Vi bør unngå en situasjon der vi – for eksempel på grunn av en mer dramatisk og for Norge mer rammende finanskrise enn den vi nylig har sett – ikke kan omstille oss i tråd med en endret verden på grunn av Grunnloven. Og dette gjelder kun for sosiale og økonomiske rettigheter; ettersom det er vanskelig å tenke seg at det skulle bli tvingende “nødvendig” å innføre tortur i avhør, hvilket også viser forskjellen på de to typene av rettigheter. Den begrunnelsen står seg – og er ment å stå seg – nettopp i særlig utfordrende situasjoner. Poenget med å ha rettigheter i en grunnlov er som sagt å ta visse beslutninger ut av politikernes hender. Man skal rett og slett ikke kunne stemme over bruk av tortur i avhør som en hvilken som helst annen politisk sak. Men vi må kunne stemme for å omstille oss i møte med en ny økonomisk hverdag – hvis den skulle komme.

7. Avslutning: rett og politikk

Inkorporering av menneskerettigheter i Grunnloven bør begrenses til de rettighetene som kan bety noe for norske innbyggere i deres møte med staten, og som utgjør mer enn selvfølgeligheter og symbolbestemmelser, nemlig de sivile og politiske rettighetene. Dette betyr ikke at de interessene som de sosiale og økonomiske rettighetene søker å beskytte, er illegitime interesser. De bør bare, som all alminnelig politikk, holdes utenfor Grunnloven.

Det er mange problemstillinger som er involvert i spørsmålet om hva en grunnlov skal være, og hvordan den skal utformes. Grunnlovsfesting av rettigheter berører de helt sentrale maktfordelingsspørsmålene i skjæringspunktet mellom rett og politikk. En forståelse av Grunnloven involverer en forståelse både av hva retten skal være og hva politikken skal være. Overfor ble det presisert at en Grunnlov bør være et dokument med selvstendig rettslig betydning. I dette ligger det at den bør gi grunnlag for å utlede klare rettigheter som er prosedable, og som står seg i møte med andre

rettigheter. Og i det ligger også at de skal binde politisk beslutningsmyndighet. Derfor bør de også begrenses til å gjelde de helt sentrale rettighetene, og de som nettopp er egnet til å binde slik politisk makt. Det er ikke alle som er enige i dette. Noen mener at Grunnloven skal være uttrykk for norske verdier, og å gi vekt og retning til anvendelsen av andre rettigheter uten at den nødvendigvis kommer i konflikt med disse. Derfor synes det også viktig å grunnlovfeste velferdsrettigheter. Som det heter i rapporten, har “utvalget lagt betydelig vekt på norsk tradisjon og norske verdier, både med tanke på å synliggjøre de verdiene det norske samfunn er tuftet på og med tanke på at Grunnloven skal være bedre egnet i møte med Norges fremtidige utfordringer” (Rapporten s. 14). Det er ikke retten og domstolene som først og fremst skal ”synliggjøre de verdiene det norske samfunn er tuftet på” og som skal avgjøre hvordan ”Norges fremtidige utfordringer” skal møtes og løses. Det er sivilsamfunnet og politikkenes rolle, om noe.