

Norsk lovregulering av adgangen til å kreve erstatning for menneskerettighetskrenkelseser

Kjetil Mujezinović Larsen

Professor i rettsvitenskap (Ph.D.), Universitetet i Oslo, Institutt for offentlig rett

Utredning avgitt til Justis- og beredskapsdepartementet 1. august 2023

INNHOLDSFORTEGNELSE

1	Innledning.....	5
1.1	Mandatet.....	5
1.2	Avgrensninger.....	6
1.3	Arbeidet med utredningen.....	7
1.4	Pågående lovgivningsprosesser og rettstvister.....	8
1.5	Oversikt over utredningens innhold og utforming.....	10
2	Behovet for lovregulering: Hvilke krav følger av EMK og SP?.....	12
2.1	Oversikt over retten til et effektivt rettsmiddel.....	12
2.2	Når kreves det at erstatning inngår som en del av retten til et effektivt rettsmiddel?.....	14
2.2.1	EMK.....	14
2.2.2	SP.....	18
2.2.3	Kort om alminnelig folkerett.....	22
2.3	Særlig om skillet mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap.....	25
2.4	Andre regler om erstatning i EMK.....	26
2.4.1	Forholdet til artikkel 41.....	26
2.4.2	Artikkel 5 nr. 5.....	29
2.4.3	7. tilleggsprotokoll artikkel 3.....	30
2.5	Andre regler om erstatning i SP.....	31
2.5.1	Mangelen på en bestemmelse tilsvarende EMK artikkel 41.....	31
2.5.2	Artikkel 9 nr. 5.....	32
2.5.3	Artikkel 14 nr. 6.....	33
2.6	Erstatningens betydning for status som «victim» etter EMK artikkel 34.....	33
2.7	Foreløpig konklusjon: Erstatning skal inngå blant de nasjonale rettsmidlene.....	35
3	Nærmere om utvalgte enkeltrettigheter.....	36
3.1	EMK artikkel 2 og SP artikkel 6 (retten til liv).....	36
3.2	EMK artikkel 3 og SP artikkel 7 (forbudet mot tortur).....	38
3.3	EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 (retten til rettferdig rettergang).....	40
3.4	EMK artikkel 8 og SP artikkel 17 (retten til privat- og familieliv).....	43
3.5	Andre rettigheter.....	45
3.5.1	EMK.....	45
3.5.2	SP.....	47
4	Behovet for lovregulering: Norsk rett.....	51
4.1	Oppreisningserstatning krever hjemmel i lov.....	51

4.2	Erstatning for økonomisk tap	51
4.3	Hvor langt rekker eksisterende rettslige grunnlag?	52
4.3.1	Arbeidsgiveransvaret	52
4.3.2	Oppreisningsregelen i skl. § 3-5	54
4.3.3	Likestillings- og diskrimineringsloven § 38	55
4.3.4	Organansvaret	57
4.3.5	Ulovfestet objektivt ansvar for ulovlig myndighetsutøvelse	58
4.4	Utgjør EMK artikkel 13 og/eller SP artikkel 2 tilstrekkelig hjemmel i norsk rett?	60
4.4.1	EMK artikkel 13	60
4.4.2	SP artikkel 2.3	70
4.4.3	Er det tilstrekkelig å bygge alene på EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 for å oppfylle kravene i bestemmelsene?	71
4.4.4	Folkerettsforbeholdet i skl. § 5-5	73
4.5	Forholdet til andre erstatningsordninger	73
4.5.1	Konteksten	73
4.5.2	Voldserstatning	74
4.5.3	Pasientskadeerstatning	76
4.5.4	Erstatning etter straffeforfølgning	76
4.5.5	Rettfærdsvederlag	78
4.6	Sammenfatning	79
5	Reguleringen i andre land	80
5.1	Metode og utvalg av land	80
5.2	Sverige	81
5.3	Danmark	84
5.4	Finland	85
5.5	Island	87
5.6	Storbritannia	87
5.7	Tyskland	88
5.8	Nederland	90
5.9	Belgia	90
5.10	Frankrike	92
5.11	Sveits	93
5.12	Ungarn	93
5.13	Kort sammenfatning	95

6	Elementer i en lovregulering	96
6.1	Erstatning når det er nødvendig for å reparere krenkelsen.....	96
6.2	Ansvarsgrunnlag	96
6.2.1	Hvilke krav stiller EMK og SP til ansvarsgrunnlaget i nasjonal rett?.....	96
6.2.2	Skadelidtes valgfrihet	102
6.3	Ansvarssubjektet	103
6.4	Hvem kan kreve erstatning?.....	107
6.4.1	Hvem er skadelidt?	107
6.4.2	Kan juridiske personer kreve erstatning?.....	108
6.5	Erstatningsutmåling.....	111
6.5.1	Nivået på erstatninger etter EMK artikkel 13.....	111
6.5.2	EMDs praksis etter EMK artikkel 41 i saker mot Norge.....	114
6.6	Forholdet til den øvrige erstatningsretten	117
6.7	Bevisregler	120
6.8	Foreldelse	122
6.8.1	Oversikt over problemstillingen	122
6.8.2	Norsk rett: Aktualitet og foreldelse.....	122
6.8.3	Hvilke krav følger av EMK og SP?	129
6.8.4	Muligheter for norsk lovregulering	136
6.9	Omkostninger	137
6.9.1	Forbudet mot uforholdsmessige omkostninger.....	137
6.9.2	Rettsgebyr	138
6.9.3	Fri rettshjelp	139
6.9.4	Sakskostnader.....	139
6.10	Bør en erstatningshjemmel gis tilbakevirkende kraft?	142
6.11	Verneting	143
7	Alternative løsninger	145
8	Økonomiske og administrative konsekvenser.....	148
9	Lovforslag med kommentarer	150
9.1	Forslag til lovendring	150
9.2	Lovkommentar	150
	Kilderegister	156

1 INNLEDNING

1.1 Mandatet

Den 8. desember 2022 ga Justis- og beredskapsdepartementet meg i oppdrag å utrede eventuell lovregulering av erstatning for menneskerettighetskrenkelser. Oppdragets mandat er angitt slik:

Utredningen skal foreta en analyse av EMK artikkel 13 og praksis fra EMD, og på den bakgrunn identifisere i hvilke tilfeller EMK artikkel 13 krever at det foreligger en mulighet til å kreve erstatning ved krenkelser av EMK og hvilke krav EMK i slike tilfeller stiller til den nasjonale erstatningsordningen. Utredningen skal også se hen til om liknende krav kan følge av andre bestemmelser etter EMK. Det skal videre vurderes i hvilken grad et krav om at det foreligger en mulighet til å kreve erstatning for konvensjonskrenkelser, følger av SP. Med utgangspunkt i denne analysen skal utredningen vurdere om det er behov for å lovregulere adgangen til å kreve erstatning ved krenkelser av EMK og SP, og i så fall utarbeide forslag til lovendringer.

Utredningen skal ta høyde for at andre reparasjonsformer enn erstatning ifølge EMDs praksis ofte vil kunne ivareta kravene til effektivt rettsmiddel etter EMK art 13. Et eventuelt forslag til lovregulering skal ta utgangspunkt i at erstatning bare er aktuelt i tilfeller hvor retten til et effektivt rettsmiddel ikke kan oppfylles på annen måte. Det skal vurderes om lovforslaget skal omfatte alle tilfeller der det etter EMK eller SP kreves at det foreligger en mulighet til å kreve erstatning, eller om det bare skal omfatte tilfeller hvor det ikke er mulig å få erstatning etter gjeldende lovgivning. Utredningen skal vurdere hvordan adgangen til å kreve erstatning eventuelt bør reguleres i tilfeller hvor handlingen som medfører konvensjonskrenkelsen, kan henføres til en kommune eller til et offentlig eid selskap eller foretak. Lovforslaget skal ikke gi mer omfattende adgang til å kreve erstatning for menneskerettighetskrenkelser enn det som kan utledes av Norges konvensjonsforpliktelser, men forslaget bør utformes slik at det tar høyde for at EMDs praksis vil kunne utvikle seg over tid. Utredningen skal redegjøre for relevant regulering i andre land.

Departementet antar at behovet eventuelt er størst for å lovregulere adgangen til å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av de aktuelle konvensjonene, idet det ikke-økonomiske tapet gjerne vil være det mest fremtredende ved konvensjonskrenkelser og adgangen i norsk rett til å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap ved menneskerettighetskrenkelser synes å være mer begrenset enn adgangen til å kreve erstatning for økonomisk tap. Slik departementet oppfatter EMDs praksis, skiller imidlertid ikke EMD mellom vilkårene for å kreve erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap. Det bør derfor vurderes om en eventuell lovregulering også bør omfatte adgangen til å kreve erstatning for økonomisk tap.

Utredningen skal inneholde lovforslag med merknader i tråd med konklusjonene i vurderingen av behovet for lovendringer. Lovforslaget skal utformes slik at det i størst mulig grad gir en tydelig og forutsigbar ordning, som ivaretar hensynet til borgernes rettssikkerhet. Vilkårene for og omfanget av erstatningsansvaret bør i størst mulig grad fremgå av lovteksten. Utredningen bør vurdere hvilken betydning EMDs praksis for utmåling av erstatning etter EMK artikkel 41 bør ha for utmålingen av erstatning etter en eventuell nasjonal lovregulering. Det skal også vurderes hvordan reguleringen mest hensiktsmessig kan innpasses i lovgivningen for øvrig og om lovforslaget medfører behov for endring i andre lover, herunder om foreldelse etter foreldelsesloven § 9 av erstatningskrav i medhold av en eventuell ny regulering vil være forenlig med EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3.

Det fremgår videre av oppdragsbeskrivelsen av utredningen skal følge kravene i utredningsinstruksen, herunder at alternative løsninger og deres virkninger av økonomisk og administrativ art skal vurderes.

Ifølge oppdragsbeskrivelsen skal utredningen avgis innen 1. august 2023.

1.2 Avgrensninger

Mandatet er omfattende, og kan sammenfattes til å inkludere alle spørsmål som er nødvendige for å vurdere lovregulering i norsk rett av erstatningsansvar for økonomisk og ikke-økonomisk tap ved krenkelser av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter «EMK») og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (heretter «SP»). I punkt 1.5 nedenfor brytes dette ned i de enkeltspørsmålene som etter mitt skjønn omfattes. Det er imidlertid hensiktsmessig innledningsvis også å klargjøre hva mandatet *ikke* omfatter.

For det første omfatter mandatet ikke mulig erstatningsansvar for krenkelser av menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven, særlig rettighetene i kapittel E. Mange av spørsmålene som behandles i det følgende kan være relevante også for grunnlovsfestede rettigheter, men dette vil ikke diskuteres videre. Under forberedelsen av grunnlovsreformen i 2014 valgte for øvrig Menneskerettighetsutvalget uttrykkelig ikke å grunnlovsfeste en adgang til effektive rettsmidler:¹

Det er utvalgets oppfatning at utfordringene med å finne gode formuleringer som kan forhindre urealistiske forventninger og grunnløse søksmål, taler for at man på generelt grunnlag ikke forsøker å utdype hva som menes med «effective remedy» i Grunnloven. Det er også utvalgets mening at «effective remedy» vil være tilstrekkelig sikret gjennom domstolenes prøvingsrett, den alminnelige adgangen til å få sin sak prøvet for domstolene og konvensjonenes krav til «effective remedy».

Jeg har ingen mening om hvorvidt dette spørsmålet burde vurderes på nytt dersom det gis en lovregulering om erstatningsansvar ved krenkelser av konvensjonsfestede rettigheter. Det kan uansett nevnes at i Sverige medfører en lovendring i 2022 at erstatningshjemmelen nå er lik for krenkelser av EMK og av rettighetene i den svenske regeringsformen kapittel 2,² og i norsk juridisk litteratur er det tatt til orde for at en lovregulering bør omfatte Grunnloven i tillegg til EMK og SP.³ Med hensyn til det beslektede spørsmålet om adgangen til å få fastsettelsesdom er det ikke tvilsomt at det er adgang til dette for brudd på menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven,⁴ og her har Borgarting lagmannsrett pekt på at det «vil medføre et kunstig skille og dårlig harmoni mellom de forskjellige regelsettene dersom det i én og samme sak kan kreves

¹ Dok. 16 (2011-2012) punkt 14.6.5 på s. 86.

² Lag 2022:1368 om ändring i skadeståndslagen (1972:207), vedtatt 30. juni 2022, ikrafttredelse 1. august 2022, jf. Lagrådsremiss 24. mars 2022 jf. SOU 2020:44. Tilsvarende er foreslått i et nytt lovforslag i Finland, jf. Arbetsgruppbetänkande 2023:4 den 19. januar 2023.

³ Nordhus (2019) s. 57-58, Hagland (2019) s. 97-99. Med hensyn til grunnlovsstridige lovvedtak uttaler Kjelland (2019) s. 231 at spørsmålet «har en viss parallellitet med spørsmålet om statens erstatningsansvar ved brudd på internasjonale konvensjoner (som staten er bundet av) og at «hensynet til likebehandling og konsistens i regelverket [kan] tale for at statens ansvar for rettsstridige lovvedtak som hovedregel følger samme normer, enten rettsstridsgrunnlaget er Grunnloven eller konvensjoner som gir borgerne rettigheter overfor staten».

⁴ Reiertsen (2023) s. 258 med henvisninger til høyesterettspraksis.

dom for brudd på menneskerettighetsbestemmelsene i konvensjonene, men ikke for tilsvarende brudd på de beslektede menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven.»⁵ Samme betraktning kan sies å gjøre seg gjeldende for erstatningsansvaret. Siden Grunnloven ikke er omfattet av mitt mandat, går denne utredningen ikke nærmere inn på dette utover disse innledende bemerkningene.

For det annet omfatter mandatet bare EMK og SP, ikke andre internasjonale konvensjoner. Begrunnelsen for en slik avgrensning fremgår ikke uttrykkelig av mandatet, men må antas å være todelt. Blant de internasjonale menneskerettskonvensjonene er det bare EMK og SP om inneholder uttrykkelige krav til effektive nasjonale rettsmidler for å reparere krenkelser, og med henvisning til dette kravet er det lagt til grunn i norsk rett at det kan avsies fastsettelsesdom for krenkelser av EMK og SP, men ikke for krenkelse av andre menneskerettskonvensjoner.⁶ Det kan likevel spørres om dette er en hensiktsmessig avgrensning. Hvis det gis en lovregulering av adgangen til å kreve erstatning for krenkelser av EMK og SP, vil den internrettslige forskjellen mellom de fem konvensjonene som er inntatt i menneskerettsloven, forsterkes.⁷ En lovregulering vil også bidra til en indirekte forskjell mellom ulike rettigheter i Grunnloven kapittel E: ved krenkelse av grunnlovsrettigheter som har en parallell i rettigheter i EMK og/eller SP, kan det tilkjennes erstatning, men ikke ved krenkelse av grunnlovsrettigheter som har sin parallell i en annen internasjonal konvensjon eller mangler en internasjonal parallell. Denne internrettslige virkningen burde ideelt sett vurderes nærmere. For min del forholder jeg meg til mandatets avgrensning, og denne utredningen går derfor ikke inn på spørsmål knyttet til andre konvensjoner.

Med bakgrunn i disse to avgrensningene kan det likevel forventes at dersom det gis en lovregulering om erstatning for krenkelser av EMK og SP, kan det etter hvert også reises spørsmål om det også bør gis en lovregulering om erstatning for krenkelser av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser eller av andre konvensjoner som er omfattet av menneskerettsloven.

1.3 Arbeidet med utredningen

Utredningen er gjennomført som en enkeltpersonsutredning med oppstart 8. desember 2022 og ferdigstillelse 1. august 2023. Innenfor denne tidsrammen har Justis- og beredskapsdepartementet gitt vide rammebetingelser, men utredningen er uansett gjennomført på deltid ved siden av ordinære arbeidsoppgaver ved Universitetet i Oslo. Det har ikke vært benyttet et sekretariat eller liknende. Disse ytre rammene – én person på deltid i ca. åtte måneder – legger unektelig visse begrensninger på hvor utførlig hvert enkelt spørsmål i mandatet kan vurderes og hvilket presisjonsnivå som kan oppnås. Jeg har selvsagt tilstrebet å gi hvert spørsmål en

⁵ LB-2022-146292.

⁶ Se nærmere om dette i punkt 6.8.2 nedenfor.

⁷ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), som i tillegg til EMK og SP inkorporerer FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), FN-konvensjonen om barnets rettigheter (BK), og FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (KDK).

selvstendig og tilstrekkelig vurdering, men for enkelte spørsmål har det fremstått hensiktsmessig i stor grad å ta utgangspunkt i eksisterende fremstillinger av samme tema.

I departementets oppnevningbrev het det at jeg «står ... fritt til å drøfte spørsmålene i relevante fora og med aktuelle organisasjoner og organer underveis». I samsvar med dette har jeg hatt formelle og uformelle samtaler med en rekke aktører, uten at det fremstår som hensiktsmessig å gi en detaljert oversikt her. Jeg har også holdt åpne presentasjoner ved de juridiske fakultetene i Oslo og Bergen.

1.4 Pågående lovgivningsprosesser og rettstvister

Enhver utredning av denne art må ta hensyn til annen relevant samfunnsutvikling. For meg har det vært et grunnleggende premiss at denne utredningen ikke på noen som helst måte skal ta stilling til løsningen av pågående saker, men det verken kan eller bør unngås at jeg gjennom en vurdering av mandatets rettslige spørsmål også vil komme i berøring med slike saker. For denne utredningens formål er det særlig fire forhold som fremstår som relevante for de vurderingene som skal foretas.

For det første sendte Finansdepartementet 14. oktober 2022 på høring forslag om endringer i utmålingen av kompensasjon ved brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 når vedtak om tilleggsskatt og overtredelsesgebyr ikke er truffet innen rimelig tid.⁸ Høringsnotatet foreslår en lovendring for å endre dagens praksis for utmåling av kompensasjon for bedre å gjenspeile praksis fra EMD. Finansdepartementet gjennomgår her relevant rettspraksis om utmåling av kompensasjon ved brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 sett i lys av EMK artikkel 13, og det er unektelig en viss overlapping mellom høringsnotatets spørsmål og denne utredningens mandat. Høringsnotatet var på høring med frist 17. januar 2023, og saken er ikke ferdigbehandlet idet denne utredningen ferdigstilles.

For det annet pågår det flere relevante saker for norske domstoler. Nyttig å nevne som en innledende observasjon er at Oslo tingrett i løpet av et halvt år har avsagt to dommer med motsatt resultat. Mandatet for denne utredningen ble gitt kort tid etter at Oslo tingrett avsa en relevant dom i en sak om gjennomføring av kroppsvisitasjoner i Bergen fengsel. I denne dommen, som jeg kommer tilbake til en rekke steder i det følgende, konstaterte tingretten krenkelse av torturforbudet i EMK artikkel 3 og Grunnloven § 93. På spørsmålet om hvorvidt det kunne tilkjennes erstatning uttalte imidlertid tingretten blant annet:⁹

Etter rettens syn fremstår det å være behov for en oppreisningsbestemmelse i norsk rett for menneskerettsbrudd. Dette vil gi klargjøring av vilkår og omfang av erstatningsansvaret, fremfor at dette eventuelt må avgjøres etter uklare føringer i rettspraksis, både nasjonalt og internasjonalt.

Retten finner imidlertid at det i fravær av en lovhjemmel om oppreisningserstatning for krenkelse av EMK, der vilkårene i skadeserstatningsloven § 3-5 ikke er oppfylt, ikke kan tilkjennes erstatning direkte i medhold av EMK artikkel 13. Det vises til det klare lovskravet som i norsk rett kreves for

⁸ Finansdepartementets høringsnotat snr. 22/4690, tilgjengelig her:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-kompensasjon-ved-brudd-pa-emk-i-saker-om-tilleggsskatt/id2935240/>.

⁹ Oslo tingretts dom 3. november 2021 i sak TOSL-2021-107095, punkt 5.2.

oppreisning og at EMK art 13 heller ikke i seg selv oppstiller noe krav om rett til oppreisning, er angir nærmere vilkår for dette. Videre at det heller ikke foreligger noe rettspraksis fra Høyesterett som peker i den retning.

Borgarting behandlet anke i denne saken i juni 2023 uten at dom har falt idet denne utredningen ferdigstilles; dom forventes imidlertid med det aller første. Oslo tingrett avsa også en dom 23. mai 2023 med stikk motsatt resultat med hensyn til erstatning, ut fra at «artikkel 13, i lys av EMDs praksis, må forstås slik at den gir grunnlag for å idømme oppreisningserstatning».¹⁰ Jeg tar generelt ikke stilling til om disse eller andre dommers resultat er riktig eller galt, eller hvordan domstolene bør vurdere saker som er til behandling. Domsgrunnene er likevel relevante på flere steder i min videre vurdering og vil nødvendigvis trekkes inn, og det kan ikke unngås at jeg gjennom min redegjørelse indirekte vil tilkjenne et syn på den rettslige argumentasjonen i sakene. I tillegg til de nevnte sakene pågår det flere andre relevante tvister ved norske domstoler, som vil trekkes inn i den grad jeg er kjent med dem og de fremstår som relevante, men fortsatt på det premiss at jeg ikke mener å ta stilling til sakenes realitet. Særlig relevant, siden den er på lagmannsrettsnivå og (så vidt jeg forstår) er anket videre til Høyesterett, er Hålogaland lagmannsretts dom 25. mai 2023 hvor lagmannsretten fant at det kunne tilkjennes oppreisningserstatning fra en kommune for krenkelse av EMK artikkel 8.

For det tredje konkluderte FNs menneskerettskomité i 2022 med at Norge hadde krenket SP artikkel 24 i en sak om behandlingen av en barnefamilie på utlendingsinternatet på Trandum. I denne uttalelsen peker komiteen på at Norge har en forpliktelse til å betale erstatning til klageren.¹¹

Pursuant to article 2 (3) (a) of the Covenant, the State party is under an obligation to provide the author's son with an effective remedy. This requires it to make full reparation to individuals whose Covenant rights have been violated. Accordingly, the State party is obligated, inter alia, to provide the authors' son with adequate compensation for the violations of his rights. It should also prevent the recurrence of such violations in the future.

Dermed oppstår spørsmål blant annet om hjemmelsgrunnlaget i norsk rett for å utbetale slik erstatning, og om hva «adequate compensation» egentlig betyr. Så vidt jeg kjenner til, er saken foreløpig ikke avsluttet hos norske myndigheter. Også denne uttalelsen vil det bli vist til en rekke ganger i det følgende, men fortsatt slik at jeg ikke tar stilling til hvordan den konkrete saken bør følges opp.

Og for det fjerde konstaterte Høyesterett i HR-2021-1975-S at et konsesjonsvedtak for vindkraftutbygging på Fosen-halvøya «strider mot reieneiernes rettigheter» etter SP artikkel 27 og dermed var ugyldig.¹² Det pågår for tiden en større prosess om hvordan denne dommen skal følges opp, og i en slik prosess kan det oppstå spørsmål om hvorvidt berørte reieiere har krav på erstatning for skade som følge av konvensjonskrenkelsen. Også her må jeg understreke at ingenting jeg skriver er ment å påvirke denne prosessen konkret.

¹⁰ Oslo tingretts dom 23. mai 2023 i sak TOSL-2022-84812.

¹¹ Ali mot Norge (2022) avsnitt 12.

¹² HR-2021-1975-S, avsnitt 151.

1.5 Oversikt over utredningens innhold og utforming

Utredningen er inndelt i ni hovedkapitler, som til sammen besvarer alle spørsmålene i mandatet på en forhåpentligvis oversiktlig og leservennlig måte. På noen punkter bidrar utredningen med en mer generell fremstilling av rettsspørsmålene der dette fremstår hensiktsmessig for å sikre at min forståelse av den rettslige konteksten for utredningens spørsmål er kjent og etterprøvbar, men det tilstrebes å besvare mandatets konkrete spørsmål uten noen bredere teoretisk utlegning av rettstilstanden. Jeg har også forsøkt å gi en mest mulig praktisk anvendelig fremstilling.

I kapittel 2 og 3 nedenfor tar jeg utgangspunkt i de internasjonale konvensjonene som er omfattet av mandatet (altså EMK og SP). Kapittel 2 gir en generell fremstilling av hva retten til et effektivt rettsmiddel i de to konvensjonene krever med hensyn til adgang til erstatning ved krenkelser av konvensjonene, mens kapittel 3 går konkret inn på utvalgte enkeltrettigheter hvor spørsmålene i utredningen har vist seg å være særlig relevante. Det må innrømmes at denne strukturen vil gi en viss grad av gjentakelser, siden de konkrete rettighetene som behandles i kapittel 3 også har vært sentrale for utviklingen av de generelle prinsippene som behandles i kapittel 2. Begrunnelsen for likevel å gjøre det slik er at det dermed vil være enklere for lesere som er opptatt av konkrete rettigheter å se hvordan jeg forstår rettstilstanden knyttet til disse.

Kapittel 4 bygger på konklusjonene fra kapittel 2 og ser på hvilke utfordringer disse skaper i norsk rett. Dette kapitlet gir en oversikt over hjemmelsgrunnlaget i norsk rett for å tilkjenne erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap ved krenkelser av internasjonale menneskerettskonvensjoner. Jeg gjennomgår hvilke ansvarsgrunnlag som allerede finnes i norsk rett og hvilke muligheter og utfordringer disse gir med hensyn til å oppfylle konvensjonenes krav, og jeg gir en vurdering av om de internasjonale konvensjonsbestemmelsene i seg selv allerede må anses å innebære tilstrekkelig hjemmel for erstatning i norsk rett. Kapitlet gir også en fremstilling av andre eksisterende erstatningsordninger i norsk rett i lys av de spørsmålene mandatet reiser.

Kapittel 5 redegjør for reguleringen i andre land, basert på mottatte svar på spørsmål som er sendt til de aktuelle landenes myndigheter. En svakhet ved fremstillingen i dette kapitlet, som denne utredningens rammer ikke tillater meg å avhjelpe fullt ut, er at de ulike landene har betydelige forskjeller i sin alminnelige erstatningsrett. Jeg forstår det blant annet slik at Norge generelt har en strengere regulering av adgangen til å få erstatning for visse skadevoldende handlinger enn hva mange andre land har, noe som dels har sammenheng med at Norge har et velutviklet velferdssystem hvor offentlige ordninger i stor grad kompenserer for skade som mange andre land i stedet overlater til private erstatningsordninger. Denne utredningen tillater ikke en komparativ erstatningsrettslig fremstilling som fullt ut hensyntar slike forskjeller.

Kapittel 6 tar utgangspunkt i at en lovregulering er hensiktsmessig eller nødvendig, og diskuterer de enkelte elementene jeg mener er nødvendig for å gi en helhetlig lovregulering. I dette kapitlet vurderer jeg først spørsmålet om ansvarsgrunnlag (punkt 6.2), hvem som kan være erstatningsansvarlig (punkt 6.3) og hvem som kan være skadelidt (punkt 6.4), og hvordan erstatningsutmålingen skal vurderes (punkt 6.5). Punkt 6.6 gir deretter en vurdering av forholdet til den alminnelige erstatningsrettens øvrige regler, blant annet om skadelidtes medvirkning, lemping, osv., for å gi grunnlag for å vurdere hvordan en lovregulering av adgangen til å kreve

erstatning for menneskerettskrenkelser vil passe inn i gjeldende alminnelig erstatningsrett og hvilke tilpasninger som kan være nødvendig. Deretter behandles regler om beviskrav og bevisbyrde i punkt 6.7, før punkt 6.8 tar stilling til mandatets spørsmål om hvorvidt det er nødvendig med endringer i reglene om foreldelse av erstatningskrav. Som en inngang til foreldelsesspørsmålet berører jeg i dette punktet også forholdet mellom fastsettelsessøksmål og erstatningssøksmål. Dette er et mer generelt tema som nok ikke fortjener å gjemmes som et spørsmål knyttet til foreldelse, men spørsmålet fremstår som et passende innledende ledd i argumentasjonen der, og er behandlet på en måte som forhåpentligvis får frem også mer alminnelige forhold knyttet til fastsettelsessøksmål og erstatningssøksmål på en tilstrekkelig klar måte til tross for plasseringen. De avsluttende punktene spør om hvordan en lovregulering bør forholde seg til regler om saksomkostninger ved domstolsbehandling (punkt 6.9), om en lovregulering bør gis tilbakevirkende kraft for menneskerettskrenkelser som har funnet sted forut for en ny lovregulering (punkt 6.10), og hvordan lovreguleringen passer med gjeldende regler om verneting (punkt 6.11).

Mandatet krever at jeg skal redegjøre for alternative løsninger, noe som gjøres i kapittel 7. Deretter redegjør kapittel 8 for økonomiske og administrative konsekvenser, før det avsluttende kapittel 9 gir et konkret forslag til lovregulering samt en relativt kortfattet lovkommentar til den foreslåtte reguleringen. Helt til slutt har jeg inntatt et fullstendig kilderegister.

2 BEHOVET FOR LOVREGULERING: HVILKE KRAV FØLGER AV EMK OG SP?

2.1 Oversikt over retten til et effektivt rettsmiddel

EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 krever at det skal finnes effektive nasjonale kontrollmekanismer som kan ta stilling til om det foreligger en krenkelse av konvensjonene, og som kan rette opp slike krenkelser. Dette er kjernen i retten til et effektivt rettsmiddel (eller en effektiv prøvningsrett). I sin norske oversettelse lyder EMK artikkel 13 slik:¹³

Enhver hvis rettigheter og friheter fastlagt i denne konvensjon blir krenket, skal ha en effektiv prøvningsrett ved en nasjonal myndighet uansett om krenkelsen er begått av personer som handler i offisiell egenskap.

SP artikkel 2 nr. 3 lyder slik i norsk oversettelse:

Hver konvensjonspart forplikter seg til:

- a. Å sikre at enhver, hvis rettigheter og friheter etter denne konvensjon blir krenket, skal ha adgang til effektive rettsmidler, uansett om krenkelsen er foretatt av personer som har handlet i offentlig tjeneste,
- b. Å sikre at enhver som gjør krav på slike rettsmidler skal få sin rett til dette prøvet av kompetente judisielle, administrative eller lovgivende myndigheter, eller av en annen myndighet som er kompetent i henhold til statens rettsordning, samt å utvikle mulighetene for overprøving for domstolene,
- c. Å sikre at de kompetente myndigheter tar en klage til følge dersom den er funnet å være berettiget.

Retten til et effektivt rettsmiddel er et viktig element i subsidiaritetsprinsippet, som i sin kjerne handler om at det er staten selv som har det primære ansvaret for å sikre overholdelsen av sine menneskerettslige forpliktelser mens de internasjonale organenes overvåking har en subsidiær karakter. EMD trekker selv inn subsidiaritetsprinsippet i angivelsen av formålet med artikkel 13, som er å sikre at ofre for konvensjonskrenkelser kan få krenkelsen reparert på nasjonalt nivå uten å bringe inn internasjonale overvåkingsmekanismer:¹⁴

The object of Article 13, as emerges from the travaux préparatoires ..., is to provide a means whereby individuals can obtain relief at national level for violations of their Convention rights before having to set in motion the international machinery of complaint before the Court.

¹³ Gjennom inkorporering er konvensjonene gjort til norsk lov i sin autentiske språkdrakt (blant annet engelsk), jf. Ot.prp. nr. 3 (1998-99) punkt 6.1.1. For denne utredningens formål spiller det ingen rolle om man bruker den norske oversettelsen eller den engelske (eller franske) autentiske ordlyden. Både EMK og SP bruker uttrykket «effective remedy» på engelsk, mens EMK bruker «un recours effectif» og SP «un recours utile» på fransk. En diskusjon om hvorvidt det franske «recours» antyder en rent prosessuell rettighet mens det engelske «remedy» også antyder en materiell rettighet, kan jeg la ligge – det er for lengst avklart at retten til et effektivt rettsmiddel ikke bare innebærer tilgang til en kompetent myndighet, men også stiller krav til innholdet i reparasjonen.

¹⁴ Kudla mot Polen (2000) avsnitt 152.

Allerede i 1978 fastslo EMD at artikkel 13, til tross for ordlyden, ikke krever at en krenkelse av en konvensjonsrettighet allerede må være konstatert for at retten til et effektivt rettsmiddel skal komme til anvendelse.¹⁵ Senere praksis har klargjort at rettigheten kommer til anvendelse når noen har et «arguable claim» om konvensjonskrenkelse.¹⁶ På norsk kan dette oversettes med et «prosedabelt krav».¹⁷ Siden forutsetningen for denne utredningen vil være at det er tale om erstatning i tilfeller hvor en konvensjonskrenkelse er konstatert, går jeg ikke nærmere inn på innholdet i dette kravet til prosedabilitet.

Retten til et effektivt rettsmiddel gjelder prøving av en «nasjonal myndighet» (EMK) eller av «kompetente judicielle, administrative eller lovgivende myndigheter» (SP). Prøving av en domstol er ansett mest betryggende, men EMD har lagt til grunn at det ikke kreves at prøving skal skje ved en domstol, heller ikke at det er tale om en rettslig prøving. Staten har et visst rom for skjønn i utformingen av nasjonale rettsmidler.¹⁸ For denne utredningens formål behøver heller ikke dette kriteriet nærmere omtale utover å bemerke to forhold: For det første at en eventuell lovregulering må sikre at et erstatningskrav kan behandles av domstolene eller av en annen kompetent myndighet, altså at det ikke utformes som en ren billighetserstatning uten adgang til domstolsbehandling;¹⁹ og for det annet at det kreves at den kompetente myndigheten er tilstrekkelig uavhengig fra det organet som har foretatt den påståtte krenkelsen, det vil si at det ikke kan overlates til det myndighetsorganet som har foretatt en krenkelse å ta endelig stilling til om erstatning skal gis.

Det sentrale vilkåret for denne utredningens formål er at prøvingsretten skal være «effektiv». Både EMD og FNs menneskerettskomité har oppstilt noen generelle kriterier for denne vurderingen, selv om vurderingen alltid må foretas på grunnlag av de konkrete omstendighetene i hver enkelt sak.²⁰ Et nasjonalt rettsmiddel må være tilstrekkelig for å gi reparasjon for konvensjonskrenkelsen, og det vil bero på en konkret vurdering i den enkelte sak hva dette innebærer. Utgangspunktet er at den som har blitt utsatt for en konvensjonskrenkelse skal stilles som om krenkelsen ikke hadde funnet sted, men dette er ikke alltid mulig, og da oppstår spørsmålet om hvilke andre reparasjonsmidler som er nødvendig. I noen tilfeller er det tilstrekkelig at det konstateres av en domstol eller annen myndighet at en konvensjonskrenkelse har funnet sted, men i andre tilfeller kreves det andre tiltak, slik som erstatning, strafferabatt, løslatelse fra varetektsfengsling, eller liknende.

¹⁵ Klass med flere mot Tyskland (1978) avsnitt 64.

¹⁶ Silver med flere mot Storbritannia (1983) avsnitt 113, Boyle og Rice mot Storbritannia (1988) avsnitt 52, mer nylig gjentatt av EMDs storkammer i de Tommaso mot Italia (2017) avsnitt 182: «The Court reiterates that where there is an *arguable claim* that a measure taken by the authorities might infringe an applicant's freedom of movement, Article 13 of the Convention requires the national legal system to afford the individual concerned the opportunity to challenge the measure in adversarial proceedings before the courts» (min utheving).

¹⁷ HR-2022-401-A avsnitt 30.

¹⁸ Se f.eks. de Souza Ribeiro mot Frankrike (2012) avsnitt 78-79.

¹⁹ Se punkt 4.5.5 om rettferdsvederlag.

²⁰ For en gjennomgang av relevant rettspraksis rundt effektivitetskravet i EMK, se EMDs «Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights», i skrivende stund sist oppdatert 31. august 2022, tilgjengelig på https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_13_ENG.pdf, se særlig punkt I.A.3. For retningslinjer til det tilsvarende kravet i SP, se FNs menneskerettskomités «Guidelines on measures of reparation under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights», CCPR/C/158, 30. november 2016.

Et rettsmiddel er dessuten bare ansett som effektivt hvis det er tilgjengelig for klageren, både formelt og i praksis, og hvis det gir klageren en rimelig mulighet for å vinne frem:²¹

In the context of Article 13, the Court's role is to determine whether ... the proposed remedies constituted effective remedies which were available to the applicant in theory and in practice, that is to say, that they were accessible, capable of providing redress and offered reasonable prospects of success.

Iovchev mot Bulgaria (2006) gir et eksempel på hva kravet om at rettsmidlet skal være effektivt både rettslig sett og i praksis betyr med hensyn til erstatning.²² Saken gjaldt nasjonal lovgivning som ga ofre for krenkelser av EMK artikkel 3 rett til erstatning for ikke-økonomisk tap, men hvor kravene for å oppnå dette (særlig beviskravene) var så strenge at erstatning i praksis ikke var tilgjengelig, selv om det rent rettslig var et tilgjengelig rettsmiddel. EMD konkluderte med krenkelse av artikkel 13 selv om relevant lovgivning var på plass. Dette har sammenheng med det generelle effektivitetsprinsippet i EMK, det vil si prinsippet om at konvensjonen skal sikre rettigheter som er praktiske og effektive, ikke teoretiske eller illusoriske.

I noen typetilfeller kan det oppstilles andre generelle krav. Noen saker krever at det skjer en tilstrekkelig hurtig prøvning av den påståtte konvensjonskrenkelsen,²³ mens i saker hvor det foreligger et prosedabelt krav om krenkelse som vil medføre uopprettelig skade (typisk krenkelser av EMK artikkel 2 eller 3 ved utsendelse fra landet), kreves det at det finnes tilgjengelig et rettsmiddel med automatisk oppsettende virkning.²⁴

Det er i en slik vurdering av hvilke rettsmidler som er «effektive» for å reparere en menneskerettskrenkelse at denne utredningens mandat kommer inn: Når kreves det at erstatning inngår som et element i retten til et «effektivt» rettsmiddel, hvilke krav stilles til utformingen av en nasjonal lovgivning om slik erstatning, og når kan en konvensjonskrenkelse repareres tilstrekkelig effektivt uten erstatning ved bruk av andre virkemidler?

2.2 Når kreves det at erstatning inngår som en del av retten til et effektivt rettsmiddel?

2.2.1 EMK

Man kan ikke komme unna at kravet til et «effektivt» rettsmiddel beror på en helhetsvurdering. I denne helhetsvurderingen tar EMD, som allerede nevnt i forrige punkt, utgangspunkt i at statene har et visst rom for skjønn i utformingen av sine nasjonale rettsmidler. En tidlig formulering av dette er at statene «are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their Convention obligations under this provision»,²⁵ og senere er det presisert at artikkel 13 ikke krever en bestemt form for reparasjon; «the protection afforded by Article 13 does not go so far as to require any particular form of remedy, Contracting States being afforded

²¹ McFarlane mot Irland (2010) avsnitt 114.

²² Iovchev mot Bulgaria (2006) avsnitt 145-148.

²³ F.eks. Keenan mot Storbritannia (2001) avsnitt 126-127, de Souza Ribeiro mot Frankrike (2012) avsnitt 81.

²⁴ F.eks. de Souza Ribeiro mot Frankrike (2012) avsnitt 82.

²⁵ Kaya mot Tyrkia (1998) avsnitt 106, se også de Souza Ribeiro mot Frankrike (2012) avsnitt 78.

a margin of discretion in conforming to their obligations under this provision».²⁶ Dette er imidlertid bare et utgangspunkt, og EMD har i ulike saksforhold praksis stilt nærmere krav om bestemte former for reparasjon, herunder erstatning. Allerede i forlengelsen av forrige uttalelse pekte EMD på at «timely payment of a final award of compensation for anguish suffered must be considered an essential element of a remedy under Article 13 for a bereaved spouse and parent».²⁷

EMD peker jevnlig på at det nærmere innholdet i statens forpliktelser etter EMK artikkel 13 «varies depending on the nature of the applicant's complaint under the Convention»,²⁸ altså hva en påstått krenkelse består i og hvordan krenkelsen har påvirket klageren. EMDs guide til artikkel 13 peker også på at forpliktelsene «varies depending on the nature of the Convention right relied on», altså at innholdet i artikkel 13 kan variere mellom de ulike konvensjonsrettighetene.²⁹ Det må blant annet skilles mellom tilfeller hvor et rettsmiddel kan forebygge eller forhindre en krenkelse (eksempelvis hindre utvisning av noen til et land hvor vedkommende risikerer tortur, eller endre på pågående konvensjonsstridige soningsforhold) og tilfeller hvor det gjøres en eller annen reparasjon av en krenkelse som allerede har funnet sted. Det må også skilles mellom krenkelser av statenes negative forpliktelser (plikten til å respektere en rettighet, passivitetsplikten) og deres positive forpliktelser (plikten til å beskytte eller sikre en rettighet, aktivitetsplikten).

Alle disse variablene gjør at det er utfordrende å oppstille klare prinsipper for når en stat har en forpliktelse til å tilby erstatning for menneskerettskrenkelser. Noen slike prinsipper kan likevel oppstilles, men da hele tiden slik at den nevnte helhetsvurderingen ligger til grunn.³⁰

Et grunnleggende prinsipp er at erstatning skal være tilgjengelig som et virkemiddel i visse typer saker. En formulering av dette ble gitt av EMDs storkammer i saken *T.P. og K.M. mot Storbritannia* (2001), som gjaldt krenkelse av EMK artikkel 8 i en sak om omsorgsovertakelse:³¹

The Court considers that, where an arguable breach of one or more of the rights under the Convention is in issue, there should be available to the victim a mechanism for establishing any liability of State officials or bodies for that breach. Furthermore, in appropriate cases, compensation for the pecuniary and non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as part of the range of redress.

Hva som menes med «appropriate cases» og «in principle» er imidlertid ikke helt klart, og må vurderes konkret fra sak til sak. I den aktuelle saken ble det konstatert krenkelse av EMK artikkel 13 fordi det ikke var adgang til erstatning ved krenkelse av retten til familieliv etter artikkel 8. EMD nevner her erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap samtidig. I saken

²⁶ Öneriyıldız mot Tyrkia (2004) avsnitt 146.

²⁷ *Ibid.*, avsnitt 152.

²⁸ F.eks. *Z* med flere mot Storbritannia (2001) avsnitt 108.

²⁹ Guide on Article 13, ovenfor fotnote 20, avsnitt 56 med henvisning til Hasan og Chaush mot Bulgaria (2000) avsnitt 98. Den konkrete uttalelsen der gjenfinnes ikke i nyere EMD-praksis, men som jeg kommer tilbake til i kapittel 3 er det helt klart at praksis varierer mellom de ulike rettighetene.

³⁰ Her kan det gis en generell henvisning til Reiertsen (2022) kapittel 11 på s. 176-241, særlig avsnittene om erstatning på s. 197-210.

³¹ *T.P. og K.M. mot Storbritannia* (2001) avsnitt 107.

Z med flere mot Storbritannia (2001), som ble avsagt samme dag (og mot samme land) som dommen i *T.P. og K.M.*, uttalte EMD det samme om torturforbudet i artikkel 3. Denne saken gjaldt myndighetenes unnlattelse av å beskytte barn mot omsorgssvikt og mishandling fra deres foreldre, og EMD pekte på den grunnleggende betydningen av rettighetene i artikkel 2 og 3 selv om de brukte omtrent tilsvarende formulering som de brukte om artikkel 8 i den andre saken:³²

Where alleged failure by the authorities to protect persons from the acts of others is concerned, Article 13 may not always require that the authorities undertake the responsibility for investigating the allegations. There should, however, be available to the victim or the victim's family a mechanism for establishing any liability of State officials or bodies for acts or omissions involving the breach of their rights under the Convention. Furthermore, in the case of a breach of Articles 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be part of the range of available remedies.

I saker om frarøvelse av liv (EMK artikkel 2) og tortur (EMK artikkel 3) har EMD fastholdt helt generelt at erstatning skal være tilgjengelig i tillegg til andre former for reparasjon. En tidlig sak er *Kaya mot Tyrkia* (1998), som gjaldt oppfølging etter tyrkiske sikkerhetsstyrkers drap av en mann (artikkel 2):³³

In the view of the Court, the nature of the right which the authorities are alleged to have violated in the instant case, one of the most fundamental in the scheme of the Convention, must have implications for the nature of the remedies which must be guaranteed for the benefit of the relatives of the victim. In particular, where those relatives have an arguable claim that the victim has been unlawfully killed by agents of the State, the notion of an effective remedy for the purposes of Article 13 entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the relatives to the investigatory procedure ...

Saken *O'Keeffe mot Irland* (2014) gjaldt mangelfull beskyttelse av en ni år gammel jente mot gjentatte seksuelle overgrep fra en lærer (artikkel 3), og gir et eksempel på en presisering av at erstatning også for ikke-økonomisk tap skal inngå blant de tilgjengelige virkemidlene ved visse krenkelses:³⁴

... in a case such as the present, Article 13 requires a mechanism to be available for establishing any liability of State officials or bodies for acts or omissions in breach of the Convention and that compensation for the non-pecuniary damage flowing therefrom should also be part of the range of available remedies ...

I *Roth mot Tyskland* (2020) uttales det videre at ved krenkelses av artikkel 3 skal erstatning for ikke-økonomisk tap være hovedregelen:³⁵

³² *Z med flere mot Storbritannia* (2001) avsnitt 109. Se også *Keenan mot Storbritannia* (2001) avsnitt 130, eller *Paul og Audrey Edwards mot Storbritannia* (2002) avsnitt 97.

³³ *Kaya mot Tyrkia* (1998), avsnitt 107.

³⁴ *O'Keeffe mot Irland* (2014) avsnitt 177. Kanskje kunne man her ane en viss innskjerping av prinsippet ved at EMD har utelatt henvisningene til «appropriate cases» og «in principle», men dommen lest i sin helhet tilsier at det ikke er ment noen endring her, se særlig dommens avsnitt 115 som fortsatt bruker «in principle»-begrensningen.

³⁵ *Roth mot Tyskland* (2020) avsnitt 77.

Under the Court's case-law ... it is recognised that a breach of Article 3, a core right of the Convention, as a rule causes the person concerned non-pecuniary damage which is to be compensated for by a monetary award. The Court's awards in respect of non-pecuniary damage serve to give recognition to the fact that non-material damage occurred as a result of a breach of a fundamental human right and reflect in the broadest of terms the severity of the damage ...

Denne dommen oppstiller et vilkår om «exceptional circumstances» for at en krenkelse av artikkel 3 skal kunne anses tilstrekkelig reparert uten at det tilkjennes erstatning:³⁶

It is only in exceptional circumstances that the Court, having regard to what is just, fair and reasonable in all the circumstances of the case, considers that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction and that no monetary award is made. This concerns, in particular, cases in which the violation found is considered to be of a minor nature or as relating only to procedural deficiencies ...

EMDs guide til artikkel 13 sammenfatter praksis slik at EMD «adopts a stricter approach to the notion of 'effective remedy'» i saker om artikkel 2 og 3,³⁷ ved at det stilles klarere krav om erstatning ved krenkelse av disse rettighetene enn for andre rettigheter. Saken *T.P. og K.M.* viser imidlertid altså at liknende betraktninger kan gjelde også for andre rettigheter, i hvert fall for visse krenkelser av artikkel 8. I *Karácsony med flere mot Ungarn* (2014) brukte EMD i kammer samme formulering («that compensation for the non-pecuniary damage flowing therefrom should also be part of the range of available remedies») i en sak om ytringsfrihet etter EMK artikkel 10.³⁸ Denne dommen ble imidlertid senere bragt inn for storkammeret, som i sin dom (2016) ikke fant grunn til å behandle artikkel 13.³⁹ Kammeruttalelsen har dermed liten rettslig betydning, men den illustrerer at EMD ikke er fremmed for å anvende liknende prinsipper også utenfor artikkel 2, 3 og 8. EMD har også sagt det samme for vernet av eiendomsretten i første tilleggsprotokoll artikkel 1, eksempelvis i *Apap Bologna mot Malta* (2016) hvor EMD uttalte at «appropriate redress in Article 1 of Protocol No. 1 cases requires an award in respect of both pecuniary damage ... as well as non-pecuniary damage, which would generally be required when an individual was deprived of, or suffered an interference with, his or her possessions contrary to the Convention». ⁴⁰ Videre gjennomgang av enkeltrettigheter venter til kapittel 3 nedenfor.

EMD har også ved flere anledninger uttalt seg om hvilke typer skade som omfattes av et krav om erstatning for ikke-økonomisk tap, for eksempel i *Keenan* hvor EMD uttaler at den har anerkjent «pain, stress, anxiety and frustration as rendering appropriate compensation for non-pecuniary damage». ⁴¹ EMD krever av nasjonale rettsmidler at de skal anerkjenne de samme formene for skade som EMD selv gjør.

Særlige spørsmål oppstår for statens positive forpliktelser. Her beskriver Michael Reiertsen at det er større rom for å foreta avveininger mellom krenkelsens betydning for skadelidte og andre

³⁶ *Ibid.*, avsnitt 78.

³⁷ Guide on Article 13, ovenfor fotnote 20, avsnitt 58.

³⁸ *Karácsony med flere mot Ungarn* (kammer, 2014) avsnitt 96.

³⁹ *Karácsony med flere mot Ungarn* (storkammer, 2016) avsnitt 174.

⁴⁰ *Apap Bologna mot Malta* (2016) avsnitt 43.

⁴¹ *Keenan mot Storbritannia* (2001) avsnitt 130.

samfunnshensyn, men at det også for krenkelser av positive forpliktelser oppstår tilfeller hvor erstatning vil være nødvendig for å sikre effektiv reparasjon.⁴²

Sammenfatningsvis kan det fastslås at EMD har innfortolket i artikkel 13 at erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap som følge av menneskerettskrenkelser i prinsippet skal være tilgjengelig etter nasjonal rett i relevante saker, særlig ved krenkelser av artikkel 2, 3 og 8, men også generelt. Jeg finner det hensiktsmessig her å låne Michael Reiertsens sammenfatning:⁴³

Because the Court does not positively set out the circumstances in which compensation has to be provided, but mostly only considers whether the State has provided ‘sufficient reasons’ as to why compensation was not awarded, it is difficult to say to what extent compensation has to be provided, outside the scenarios explicitly dealt with by the Court. However, the trend, in a similar manner as under Article 41, goes in the direction of demanding, in more and more scenarios, that compensation for both pecuniary and nonpecuniary damages has to be provided, and the Court scrutinizes, in a stricter manner, whether States have provided ‘sufficient reasons’ for not providing compensation.

2.2.2 SP

Allerede i 1979 pekte FNs menneskerettskomité på at staten har en plikt til å «provide effective remedies to the victim, including compensation in accordance with article 9 (5) of the Covenant».⁴⁴ Siden denne uttalelsen uttrykkelig knyttes til den særskilte erstatningsregelen i SP artikkel 9 nr. 5 er det ikke helt klart hvilken relevans den har for artikkel 2 nr. 3.⁴⁵ Den trekkes imidlertid frem i litteraturen som et viktig skritt i komiteens utvikling av generelle prinsipper om erstatning,⁴⁶ og den ble raskt fulgt opp av en mer generell uttalelse i saken *Weinberger Weisz mot Uruguay* i 1980. Her konstaterte FNs menneskerettskomité krenkelse av en rekke rettigheter, blant annet artikkel 9, men også artikkel 7, 10, 14, 15, 19 og 25. På dette grunnlaget uttalte komiteen på generelt grunnlag (og uten henvisning til artikkel 9 nr. 5) at «the State party is under an obligation to provide the victim with effective remedies, including his immediate release and compensation for the violations which he has suffered».⁴⁷ Her ble det ikke vist uttrykkelig til artikkel 2 nr. 3 som grunnlag for erstatning, men dette ble gjort blant annet i *Saldias de Lopez mot Uruguay* i 1981.⁴⁸ Etter hvert ble dette presisert til å gjelde en rett til «adequate compensation», jf. blant annet *Vicenta Acosta mot Uruguay* (1988).⁴⁹ Det kan fastslås at i hvert fall siden 1980-tallet, om ikke enda tidligere, har FNs menneskerettskomité lagt til grunn at tilstrekkelig erstatning inngår som en del av retten til et effektivt rettsmiddel.

⁴² Reiertsen (2022) s. 200-201.

⁴³ *Ibid.*, s. 201.

⁴⁴ Santullo Valcada mot Uruguay (1979) punkt 13.

⁴⁵ Om artikkel 9 nr. 5, se punkt 2.5.2 nedenfor.

⁴⁶ Möller og de Zayas (2009) s. 457.

⁴⁷ *Weinberger Weisz mot Uruguay* (1980) punkt 17.

⁴⁸ *Saldias de Lopez mot Uruguay* (1981) punkt 14: «The Committee, accordingly, is of the view that the State party is under an obligation, pursuant to article 2 (3) of the Covenant, to provide effective remedies to Lopez Burgos, including immediate release, permission to leave Uruguay and compensation for the violations which he has suffered, and to take steps to ensure that similar violations do not occur in the future.» Komiteen var likevel ikke konsekvent i disse årene, jf. blant annet *Viana Acosta mot Uruguay* (1984) avsnitt 16, hvor komiteen oppstille erstatningsplikt for krenkelse av artiklene 7, 10 og 14 uten henvisning til artikkel 2 nr. 3.

⁴⁹ *Vicenta Acosta mot Uruguay* (1988) avsnitt 12 jf. avsnitt 10.5.

Komiteens praksis etter SP artikkel 2 nr. 3 frem til 2004 ble sammenfattet i Generell kommentar nr. 31:⁵⁰

Article 2, paragraph 3, requires that States Parties make reparation to individuals whose Covenant rights have been violated. Without reparation to individuals whose Covenant rights have been violated, the obligation to provide an effective remedy, which is central to the efficacy of article 2, paragraph 3, is not discharged. In addition to the explicit reparation required by articles 9, paragraph 5, and 14, paragraph 6, the Committee considers that the Covenant generally entails appropriate compensation. The Committee notes that, where appropriate, reparation can involve restitution, rehabilitation and measures of satisfaction, such as public apologies, public memorials, guarantees of non-repetition and changes in relevant laws and practices, as well as bringing to justice the perpetrators of human rights violations.

I 2016 ble dette fulgt opp med generelle retningslinjer om reparasjon, men disse er kortfattede og lite konkrete. Det uttales generelt at når komiteen «finds that an individual communication reveals violations of Covenant rights, it sets out measures designed to make full reparation to the victims (restitution, compensation, rehabilitation and measures of satisfaction), as well as measures aimed at preventing the reoccurrence of similar violations in the future (guarantees of non-repetition)».⁵¹ Deretter uttales det helt kort:⁵²

Compensation

9. As a general rule, the Committee does not specify sums of money.

10. When appropriate, the Committee should expressly state that compensation should cover both material and moral (or non-material) harm.

Retningslinjene viser at både økonomisk og ikke-økonomisk tap inngår i vurderingen av hva som skal erstattes, men at komiteen ikke utmåler beløp. Generelt gjelder at erstatning skal være en subsidiær form for reparasjon i tilfelle gjenoppretting av den opprinnelige tilstanden ikke er mulig – se for eksempel *Simunek med flere mot Tsjekkia* (1995) som gjaldt restitusjon av konfiskert, hvor komiteen uttalte at et effektivt rettsmiddel «may be compensation if the properties in question cannot be returned».⁵³ I noen uttalelser går komiteen unntaksvis nokså langt i å angi en konkret erstatningsutmåling, men dette synes bare å være tilfelle i visse saker hvor det er et rent økonomisk tap som skal erstattes.⁵⁴ I andre uttalelser angir komiteen noen nærmere momenter for vurderingen av hva som vil være tilstrekkelig erstatning. For eksempel

⁵⁰ General Comment no. 31 (2004) on The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26. mai 2004, avsnitt 16.

⁵¹ FN's menneskerettskomité, Guidelines on measures of reparation under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/158, 30. november 2016, avsnitt 2.

⁵² *Ibid.*, avsnitt 9-10.

⁵³ *Simunek med flere mot Tsjekkia* (1995) avsnitt 12.2.

⁵⁴ For eksempel *Aduayom med flere mot Togo* (1996) avsnitt 9 om tapt lønnsinntekt: «Pursuant to article 2, paragraph 3(a), of the Covenant, the authors are entitled to an appropriate remedy, which should include compensation determined on the basis of a sum equivalent to the salary which they would have received during the period of non-reinstatement...» Tilsvarende er gjort i *Gedumbe mot Den demokratiske republikken Kongo* (2002) avsnitt 6.2. Et annet tilfelle er *Velichkin mot Belarus* (2005) avsnitt 9 om erstatning etter å ha blitt idømt en bot i strid med yttringsfriheten i artikkel 19: «the State party is under an obligation to provide Mr. Velichkin with an effective remedy, including compensation amounting to a sum not less than the present value of the fine and any legal costs paid by the author.» Tilsvarende er gjort i *Svetik mot Belarus* (2004) avsnitt 9 og i flere andre saker mot Belarus.

uttalte komiteen i *Kang mot Sør-Korea* (2003) at krenkelsens alvorlighet spiller inn; staten hadde «an obligation to provide the author with compensation commensurate with the gravity of the breaches in question».⁵⁵

Med hensyn til ikke-økonomisk tap sier ikke komiteen så mye om hva som skal dekkes, men det er klart at dette inngår som en relevant tapspost. En nyere bekreftelse av dette finnes i *Vanchev mot Bulgaria* (2021), som gjaldt mishandling i strid med SP artikkel 7. Her krevde komiteen utbetaling av «adequate compensation ... as well as for non-pecuniary losses», uten å si noe særlig mer om hva dette innebærer.⁵⁶ Saken *Khalilova mot Tadsjikistan* (2005) er et eldre eksempel; saken gjaldt en mann som ble holdt fengslet i påvente av henrettelse uten at hans nærstående fikk vite hvor han befant seg, og hvor det etter henrettelsen ikke ble opplyst hvor han var gravlagt. Her krevde komiteen kortfattet at mannens mor skulle få «compensation for the anguish suffered».⁵⁷ Like vag er *Rezazade mot Kirgisistan* (2021), hvor en kvinne måtte få «adequate compensation for the suffering she endured» i forbindelse med at hennes bror døde i politiets varetekt.⁵⁸ Selv om komiteen ikke uttaler seg mer konkret, tror jeg det kan legges til grunn at henvisningene til «anguish», «suffering» o.l. innholdsmessig tilsvarer EMDs angivelse av hva om begrunner erstatning for ikke-økonomisk tap etter EMK artikkel 13.

Retningslinjene beskriver videre en rekke andre aktuelle kompenserende tiltak som nok antyder at komiteen har en bredere tilnærming til slike enn hva EMD kanskje har.⁵⁹ Samtidig er det utvilsomt at konstatering av krenkelse tidvis kan være tilstrekkelig som reparasjon alene, altså at komiteen «may indicate that the fact that its Views declare that a violation of the Covenant has occurred constitutes in and of itself a form of reparation».⁶⁰ Ett eksempel på dette gir *Foin mot Frankrike* (1999). Her ble det konstatert konvensjonsstridig diskriminering fordi vernepliktig militærtjeneste varte ett år mens den alternative siviltjenesten varte to år. Frankrike endret lovgivningen før saken kom opp, og dette medvirket til at komiteen kunne konkludere med at «the finding of a violation constitutes sufficient remedy for the author».⁶¹ Et helt nylig eksempel på det samme gir *A.B. og B.D. mot Polen* (2023), som gjaldt utsendelse av asylsøkere. Her konstaterte komiteen krenkelse av artikkel 7 (torturforbudet) og artikkel 13 (rettssikkerhetsgarantier ved utvisning), men fant at konstatering av krenkelsen var tilstrekkelig: «The Committee is of the view that in the present case its Views on the merits of the claims constitute sufficient remedy for the violations found.»⁶²

⁵⁵ *Kang mot Sør-Korea* (2003) avsnitt 9.

⁵⁶ *Vanchev mot Bulgaria* (2021) avsnitt 9.

⁵⁷ *Khalilova mot Tadsjikistan* (2005) avsnitt 9. For samme formulering i et liknende saksforhold, se *Schedko mot Belarus* (2003) avsnitt 12.

⁵⁸ *Rezazade mot Kirgisistan* (2021) avsnitt 9.

⁵⁹ En illustrerende nyere uttalelse er *Tharu og Tharuni mot Nepal* (2022) avsnitt 9, hvor komiteen krevde at staten skulle «provide adequate compensation and appropriate measures of satisfaction to the authors for the violations suffered, including an official apology and a memorial in their son's name to restore his and the family's name, dignity and reputation.»

⁶⁰ *Ibid.*, avsnitt 11(a).

⁶¹ *Foin mot Frankrike* (1999) avsnitt 12. Likelydende uttalelse i en tilnærmet identisk sak ble gitt i *Maille mot Frankrike* (2000) avsnitt 12.

⁶² *A.B. og B.D. mot Polen* (2023) avsnitt 11.

I en tidsskriftsartikkel som gjennomgår komiteens praksis på en måte som for meg fremstår som grundig og dekkende, peker Valeska David på at erstatning er en svært vanlig form for reparasjon i komiteens uttalelser:⁶³

The most common means of redress in the HRC's jurisprudence is, however, compensation. Without defining sums of money, the HRC has expressly requested reparation by way of material damages, including payment of the victims' fines and legal costs, their loss of earnings as well as moral damages.

Det er imidlertid utfordrende og tidkrevende å finne klare retningslinjer i komiteens praksis. Spørsmålet vurderes konkret, gjerne med en generelt utformet kommentar om at kravet til full reparasjon krever tilfredsstillende erstatning. Dette uttrykkes gjerne som et krav om «adequate compensation», alternativt «appropriate compensation» som nevnt i Generell kommentar nr. 31. I *Ali mot Norge* uttrykkes det slik:⁶⁴

Pursuant to article 2 (3) (a) of the Covenant, the State party is under an obligation to provide the author's son with an effective remedy. This requires it to make full reparation to individuals whose Covenant rights have been violated. Accordingly, the State party is obligated, inter alia, to provide the authors' son with adequate compensation for the violations of his rights. It should also prevent the recurrence of such violations in the future.

I kapittel 3 nedenfor gjennomgår jeg rettigheter hvor FNs menneskerettskomité har uttrykt et slikt krav om «adequate compensation», noe som ikke nødvendigvis er gjort for enhver rettighet. På et generelt plan er det vanskelig å gi en mer presis sammenfatning enn at det følger av komiteens praksis etter SP artikkel 2 nr. 3 at «adequate compensation» skal gis for både økonomisk og ikke-økonomisk tap der dette er nødvendig for å sikre full reparasjon av en krenkelse. Det er imidlertid hensiktsmessig å avslutte med å gjengi store deler av et særvotum av Gentian Zyberi (som er professor ved Universitetet i Oslo) i saken *J.S.K.N. mot Danmark* (2022), hvor han peker på noen utfordringer med komiteens praksis med hensyn til erstatning:⁶⁵

Adequate compensation is a broad term that the Committee uses quite regularly in its Views. Under the heading «Compensation» in the guidelines on measures of reparation, the Committee notes that, as a general rule, it does not specify sums of money. When appropriate, the Committee should expressly state that compensation should cover both material and moral (or non-material) harm. While providing some guidance for the Committee and the parties to the individual complaints procedure, the amount due as adequate compensation for various types of violations remains open. ...

When adequate compensation is indicated as a remedy by the Committee in its Views, it remains for the States parties and the authors to determine what would constitute adequate compensation in each concrete case, through negotiation, determination by a domestic court or another suitable manner. While this provides some flexibility, quite important given the various practices followed in the State parties to the Optional Protocol, it might be advisable for the Committee to request that the parties before it indicate in their submissions what would constitute adequate compensation, were it to find a violation. Even if ultimately the Committee were not to indicate a specific amount

⁶³ David (2014) s. 12.

⁶⁴ *Ali mot Norge* (2022) avsnitt 12. *Terrón mot Spania* (2004) avsnitt 9 gir et eksempel på at henvisningen til «adequate compensation» har vært brukt i lang tid.

⁶⁵ *J.S.K.N. mot Danmark* (2022), Annex I, avsnitt 4-7.

as adequate compensation in its Views, the parties before it would have a baseline from which to start to implement the Views.

The need for the Committee to adopt a more proactive approach is even more pronounced given that its Views are usually not directly applicable, do not necessarily lead to an automatic reopening of a case and are adopted many years after the violation. Given that the Committee follows up on the implementation of its Views, should States parties and the authors be unable to agree within a reasonable time on what constitutes adequate compensation, the Committee could decide to intervene and settle the matter.

Dette sammenfatter en del generelle utfordringer ved at en plikt til å betale erstatning utformes veldig generelt og uten klare retningslinjer for staten. Det har ikke vært mulig i arbeidet med denne utredningen å gjennomgå all praksis fra FNs menneskerettskomité, og utvalget av uttalelser både her og i kapittel 3 nedenfor kan være ufullstendig. Jeg mener likevel at de utvalgte sakene sett i lys av sammenfatninger som er gjort av andre, tillater at det trekkes en klar slutning om at SP artikkel 2 nr. 3, i likhet med EMK artikkel 13, krever at det skal tilkjennes tilfredsstillende erstatning hvis dette er nødvendig for å reparere en konvensjonskrenkelse.

2.2.3 Kort om alminnelig folkerett

Etter min oppfatning følger det såpass klart av de to konvensjonene (særlig av EMK, men også av SP) at erstatning skal inngå som en del av retten til effektive rettsmidler, at det for denne utredningens formål har begrenset verdi å begrunne det samme ut fra alminnelige folkerettslige regler. Det er likevel hensiktsmessig med noen kortfattede betraktninger. Dette skyldes blant annet at man tidvis møter et argument om at FNs menneskerettskomité ikke har kompetanse til å pålegge statene å betale erstatning, som er et argument som ikke kan forsvares i lys av alminnelig folkerett.⁶⁶ I tillegg kan disse reglene legge føringer for innholdet i et erstatningsansvar, særlig spørsmålet om ansvarsgrunnlag som jeg kommer tilbake til i punkt 6.2 nedenfor.

Systemet i alminnelig folkerett er at ethvert folkerettsbrudd fra en stat medfører internasjonalt ansvar for staten. I FNs folkerettskomisjons regler om statsansvar er dette formulert slik i artikkel 1:⁶⁷ «Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.» Folkerettsbrudd etter denne grunnleggende regelen kan konstateres uten noen vurdering av skyld. I sin lærebok i folkerett formulerer Morten Ruud og Geir Ulfstein dette slik:⁶⁸

I hvilken grad statene blir ansvarlige uavhengig av om de kan klandres for handlingen (objektivt ansvar), eller om det også kreves uaktsomhet (skyldansvar eller culpa), har vært omstridt i den folkerettslige litteraturen. I Folkerettskomisjonens utkast til ansvarsregler finner vi ikke noen bestemmelse om ansvarsgrunnlag. Det avgjørende for om en stat blir ansvarlig, er at det har skjedd en krenkelse av folkeretten («internationally wrongful act»), med mindre det foreligger spesielle grunner som hindrer rettsstridighet ... Dette innebærer altså at spørsmålet om ansvar må avgjøres

⁶⁶ For en gjennomgang (og avvisning) av dette argumentet, se f.eks. David (2014) s. 16-18.

⁶⁷ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, tilgjengelig med kommentarer i Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April - 1 June and 2 July - 10 August 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No.10, UN doc. A/56/10, s. 26-143.

⁶⁸ Ruud og Ulfstein (2018) s. 315.

på grunnlag av folkerettens primærregler, ikke ut fra de sekundære ansvarsreglene. Dersom en stat f.eks. vedtar en folkerettsstridig lov og anvender den til å krenke menneskerettighetene til individer, vil det ikke være aktuelt å spørre om staten kan klandres for dette. I slike tilfeller er det tilstrekkelig å konstatere det objektive folkerettsbruddet.

I Danmark har en ledende menneskerettsforsker, Jonas Christoffersen, lagt avgjørende vekt på nettopp dette i sin fremstilling av når erstatning kan kreves etter EMK:⁶⁹

Stater har etter almindelige folkeretlige prinsipper objektivt ansvar for folkeretsbrud, idet forpligtelsen til at reparere krænkelser er en integreret del af statsansvaret. Ansvarsgrundlaget er derfor afgjort med konstateringen af, at EMRK er krænket, idet hverken objektive eller subjektive ansvarsfrihetsgrunde spiller nogen rolle. En krænkelse af EMRK skal derfor i sig selv kunne være tilstrækkeligt til at danne grundlag for et krav om kompensation (erstatning og/eller godtgørelse).

I forlengelsen av dette objektive ansvaret gir statsansvarsreglene artikkel 28-39 regler om innholdet i ansvaret. Av særlig betydning for denne utredningens formål er artikkel 31 om «reparation»:

1. The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.
2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State.

Dette har betydning her i hvert fall av to grunner. For det første krever folkeretten at det gis «full reparation», og for det annet er det «any damage, whether material or moral» som skal repareres. Det er gitt nærmere regler i artikkel 34-39. Artikkel 34 fastslår at «full reparation» innebærer «restitution, compensation and satisfaction». Artikkel 35 fastslår deretter at utgangspunktet er naturalrestitusjon, konkret «to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed», før artikkel 36 gir en alminnelig regel om «compensation»:

1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution.
2. The compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established.

Erstatningsansvar på objektivt grunnlag er utvilsomt en del av den alminnelige folkerettens regler om statsansvar. Statsansvarsreglene gir imidlertid en regel om *lex specialis* i artikkel 55, som sier at de alminnelige reglene «do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law». Kommentarene til denne bestemmelsen bruker EMK artikkel 41 som eksempel.⁷⁰ Det er derfor ikke noe til hinder for at menneskerettskonvensjoner gir regler om erstatning som fraviker de alminnelige reglene, men det vil ha formodningen mot seg at dette er gjort til skadelidtes ugunst.⁷¹ Det er den som mener at SP (eller EMK) ikke inneholder et krav om erstatning som

⁶⁹ Christoffersen (2017) s. 162. Jeg kommer tilbake til dette i punkt 5.3 og punkt 6.2.

⁷⁰ Ovenfor fotnote 67, s. 140.

⁷¹ Her kan det tilføyes at dette er regler som gjelder uavhengig av om en menneskerettskonvensjon inneholder regler om effektive rettsmidler. Også for menneskerettighetskonvensjoner uten slike regler vil plikten til å reparere

må godtgjøre at konvensjonene gjør unntak fra de alminnelige reglene i denne retningen, og det er neppe mulig å forstå SP artikkel 2 nr. 3 slik.

Det følger av dette at plikten til å betale erstatning for et menneskerettsbrudd følger allerede av konvensjonene selv (primærreglene), ikke av kompetansen til et overvåkingsorgan (som del av sekundærreglene). Antoine Buyse har uttrykt det slik at folkeretten «offers the possibility for international courts to assume the power to afford remedies, even if the treaty under which they operate does not explicitly attribute them this power».⁷² En krenkelse av SP medfører en folkerettslig plikt til å reparere krenkelsen, herunder gjennom erstatning, uavhengig av hva man måtte mene om FNs menneskerettskomité's kompetanse til å pålegge statene en slik plikt.

Her kan det avslutningsvis nevnes at FNs generalforsamling i 2005 vedtok retningslinjer om reparasjon av alvorlige menneskerettskrenkelser, de såkalte «Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law».⁷³ Prinsippene uttrykker blant annet at ofre for alvorlige menneskerettskrenkelser har rett til «[a]dequate, effective and prompt reparation for harm suffered» (prinsipp 11(b)), noe som blant annet innebærer erstatning for skade som er voldt (prinsipp 18). Prinsipp 20 angir hva erstatning skal omfatte:

Compensation should be provided for any economically assessable damage, as appropriate and proportional to the gravity of the violation and the circumstances of each case, resulting from gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law, such as:

- (a) Physical or mental harm;
- (b) Lost opportunities, including employment, education and social benefits;
- (c) Material damages and loss of earnings, including loss of earning potential;
- (d) Moral damage;
- (e) Costs required for legal or expert assistance, medicine and medical services, and psychological and social services.

Etter mitt skjønn gir ikke disse prinsippene noe særlig av verdi for denne utredningens tema utover hva som allerede følger av EMK og SP, blant annet fordi de er avgrenset til å gjelde bare for ikke nærmere definerte alvorlige krenkelser. De gir imidlertid uttrykk for at det er anerkjent som et generelt prinsipp at erstatning skal inngå ved reparasjon av menneskerettskrenkelser, og det er verdt å være klar over at EMD i ulike sammenhenger har vist til prinsippene.⁷⁴

krenkelser, herunder med erstatning, følge direkte av alminnelige folkerettslige statsansvarsregler. Jeg viser imidlertid til det jeg har sagt i pkt 1.2 om denne utredningens avgrensning. For en grundig fremstilling av statsansvarsreglenes anvendelse på internasjonale menneskerettigheter kan det generelt vises til Shelton (2015).

⁷² Buyse (2008) s. 130.

⁷³ FNs generalforsamlings resolusjon 60/147, vedlegg, 15. desember 2005, tilgjengelig her: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>. For en analyse av prinsippene, se Zwanenburg (2006).

⁷⁴ For eksempel Bursać med flere mot Kroatia (2022) avsnitt 98, hvor prinsippene kalles et «key international instrument». Her ble prinsippene brukt til å begrunne at det ville være uforholdsmessig å kreve at et offer for en

2.3 Særlig om skillet mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap

I denne utredningens mandat heter det (som allerede gjengitt i punkt 1.1):

Departementet antar at behovet eventuelt er størst for å lovregulere adgangen til å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av de aktuelle konvensjonene, idet det ikke-økonomiske tapet gjerne vil være det mest fremtredende ved konvensjonskrenkelser og adgangen i norsk rett til å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap ved menneskerettighetskrenkelser synes å være mer begrenset enn adgangen til å kreve erstatning for økonomisk tap. Slik departementet oppfatter EMDs praksis, skiller imidlertid ikke EMD mellom vilkårene for å kreve erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap. Det bør derfor vurderes om en eventuell lovregulering også bør omfatte adgangen til å kreve erstatning for økonomisk tap.

I det følgende vil det diskuteres nokså kortfattet hvordan EMD og FNs menneskerettskomité generelt forholder seg til skillet mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap. Et overordnet spørsmål er om EMK artikkel 13 og/eller SP artikkel 2 nr. 3 krever at det skal være adgang til erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap. Dette er bekreftet allerede i punkt 2.2 ovenfor, men som det fremgår der er dette utgangspunktet betinget av kvalifiserende kriterier som «in principle» og «where appropriate». Selv om det prinsipielle utgangspunktet er likt for økonomisk og ikke-økonomisk tap, er det ikke gitt at rettsstillingen er lik. Den avgjørende vurderingen er uansett hva som kreves for at et rettsmiddel skal være «effektivt», og her kan det være forskjeller mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap. Slike forskjeller oppstår på i hvert fall to måter.

For det første er mitt inntrykk fra praksis at dokumentert økonomisk tap som følge av en menneskerettskrenkelse alltid skal erstattes, det vil si at staten ikke kan høres med at en konvensjonskrenkelse som har medført et økonomisk tap kan anses tilstrekkelig reparert på annen måte. For ikke-økonomisk tap kan dette være annerledes; her kan det være større adgang til å si at konvensjonskrenkelsen er reparert på annen måte, eksempelvis ved fastsettelsesdom om krenkelse.

Her er Høyesteretts kjennelse i Rt. 2004 s. 1868 «Dobbeltstraff II» av interesse for å belyse spørsmålsstillingen. Saken gjaldt krav om erstatning og oppreisning etter at straffeforfølgning mot to personer for overtredelser av ligningsloven ble avvist med grunnlag i forbudet mot dobbelforfølgning fordi de tiltalte tidligere var ilagt forhøyet tilleggs�katt. Her spør Høyesterett «om EMK krever at det alltid skal ytes erstatning dersom den krenkede har lidt et økonomisk tap»,⁷⁵ men konkluderer med at erstatning ikke var nødvendig i den aktuelle saken.⁷⁶ Uten å uttale meg om hvorvidt dette ga uttrykk for riktig rettsoppfatning da dommen kom, fremstår det for meg som at løsningen neppe kan opprettholdes i lys av etterfølgende EMD-praksis. Min forståelse av praksis er at dersom det konstateres en konvensjonskrenkelse og det dokumenteres et økonomisk tap med årsakssammenheng til krenkelsen, skal tapet erstattes.⁷⁷ I de dommene

menneskerettskrenkelse ble pålagt å betale myndighetenes sakskostnader i et sivil erstatningssøksmål som ikke fører frem. Jeg kommer tilbake til denne avgjørelsen i punkt 6.9.4 nedenfor.

⁷⁵ Rt. 2004 s. 1868 avsnitt 64.

⁷⁶ *Ibid.*, avsnitt 72.

⁷⁷ Jeg kommer også tilbake til dette i punkt 2.6 nedenfor.

jeg kjenner til hvor konvensjonskrenkelse har blitt ansett reparert gjennom konstatering av krenkelsen, er det så vidt jeg kan se bare ikke-økonomisk tap som er nevnt.

For det annet gjelder det for økonomisk tap et klart krav om at tapet skal tallfestes og dokumenteres, mens ikke-økonomisk tap i større grad kan utmåles etter skjønn. Dermed oppstår det i praksis også tilfeller hvor reparasjon av en konvensjonskrenkelse krever erstatning for ikke-økonomisk tap selv om det ikke skal gis erstatning for økonomisk tap. I *O’Keeffe mot Irland* (2014) har EMD pekt på en slik mulig forskjell (riktignok med tanke på EMK artikkel 41, men som jeg kommer tilbake til i punkt 2.4.1 vil dette også gi føringer for artikkel 13):⁷⁸

If the Court finds a violation of an important Convention right which has led to significant pain and suffering, it may award a sum in non-pecuniary damages ... As regards pecuniary loss, there must be a clear causal connection between the damage claimed and the violation of the Convention established. A precise calculation of the sums necessary to make complete reparation (*restitutio in integrum*) may be prevented by the inherently uncertain character of the damage flowing from the violation but an award can be made: the question is the level of just satisfaction, in respect of both past and future pecuniary losses, which it is necessary to award, the matter to be determined by the Court at its discretion, having regard to what is equitable ...

Dette viser også at prinsippene for erstatningsutmålingen vil være forskjellig. For økonomisk tap er kravet full reparasjon – såkalt «*restitutio in integrum*», gjenoppretting til opprinnelig tilstand – mens for ikke-økonomisk tap skjer utmålingen ut fra skjønn.

Til tross for slike forskjeller tilsier praksis utvetydig at erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap skal inngå som en del av virkemidlene nasjonal rett skal tilby for å reparere konvensjonskrenkelser. Etter mitt skjønn er det da nærliggende å slutte at en eventuell nasjonal lovregulering bør omfatte begge deler. At reguleringen av enkeltelementer kan være ulik, endrer ikke på dette.

2.4 Andre regler om erstatning i EMK

2.4.1 Forholdet til artikkel 41

EMK artikkel 41 gir hjemmel for EMD til å pålegge en stat å betale erstatning når det er konstatert en konvensjonskrenkelse. Bestemmelsen lyder (i norsk oversettelse):

Dersom Domstolen finner at brudd på konvensjonen eller dens protokoller har funnet sted, og dersom vedkommende høye Kontraherende Parts nasjonale lovverk bare tillater en delvis gjenoprettelse, skal Domstolen om nødvendig tilkjenne den krenkede part rimelig erstatning.

Dette er en kompetansenorm for EMD, og det er utvilsomt at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse i saker for nasjonale domstoler.⁷⁹ Dersom norske domstoler konstaterer krenkelse av EMK, kan den ikke tilkjenne erstatning til den skadelidte med hjemmel i artikkel 41, verken for økonomisk eller ikke-økonomisk tap. Dermed gir artikkel 41 ikke noe argument mot

⁷⁸ O’Keeffe mot Irland (2014) avsnitt 200-201.

⁷⁹ Se f.eks. HR-2022-401-A avsnitt 38. Se generelt Lorenzen med flere, Bind II (2011) s. 1152.

behovet for lovregulering av erstatningsadgangen i norsk rett. Artikkel 41 er imidlertid likevel viktig for denne utredningens formål på grunn av dens sammenheng med artikkel 13.

Jonas Christoffersen har argumentert for at artikkel 41 generelt må være førende for tolkningen også av artikkel 13:⁸⁰

Hvis EMRK's klagesystem skal henge sammen, må klageadgangen på nasjonalt plan (artikkel 13) innebære samme adgang til kompensasjon som klageadgangen på internasjonalt plan (artikkel 41).

EMD fastslog således i *Scordino v. Italy* (2003), at national ret så vidt muligt skal fortolkes i overensstemmelse med EMD's praksis efter artikkel 41. Sammenhængen i EMRK's klagesystem betyder, at retten til kompensasjon er et logisk element i retten til et effektivt retsmiddel på nasjonalt plan, fordi såvel artikkel 13 som artikkel 41 har til formål at redressere krænkelser af EMRK. Såfræmt krænkelserne ikke redresseres på nasjonalt plan, vil den krænkede person fortsatt være offer i konventionens forstand og berettiget til at klage til EMD bl.a. med henblik på at få tildelt kompensasjon i medfør af artikkel 41. Artikkel 41 normerer derved fortolkningen af artikkel 13.

Dette synes imidlertid å gå lenger i å sette likhetstegn mellom artikkel 13 og artikkel 41 enn hva praksis gir grunnlag for. I *Scordino*-saken, som Christoffersen viser til, uttalte EMD riktig nok at «it follows from the principle of subsidiarity ... that the national courts must, where possible, interpret and apply domestic law in accordance with the Convention» og at i en vurdering av om noen kan bringe en sak inn for EMD er «the question whether he or she has received reparation for damage caused – comparable to just satisfaction as provided for under Article 41 of the Convention – ... an important issue»,⁸¹ men dette er ikke det samme som at «national ret så vidt muligt skal fortolkes i overensstemmelse med EMD's praksis efter artikkel 41». Det er et alminnelig metodeprinsipp at nasjonal rett skal tolkes i samsvar med EMK, men i denne sammenhengen betyr dette bare at nasjonale aktører skal tolke EMK artikkel 13 (og nasjonal rett som gjennomfører artikkel 13) slik EMD tolker artikkel 13 – ikke at nasjonale aktører må tolke artikkel 13 slik at det samsvarer med EMDs tolkning av artikkel 41.

Også ellers har EMD uttalt seg i retning av at det er en nær sammenheng mellom bestemmelsene, men jeg finner ikke generelle uttalelser i EMDs praksis som støtter et slikt bredt samsvar mellom artikkel 13 og artikkel 41 som Christoffersen beskriver. Et eksempel finnes i *Keenan mot Storbritannia*, hvor EMDs tolkning av artikkel 41 ble overført til hvilke krav som må stilles til statene etter artikkel 13 med hensyn til ikke-økonomisk tap.⁸²

The question arises whether Article 13 in this context requires that compensation be made available. The Court itself will in appropriate cases award just satisfaction, recognising pain, stress, anxiety and frustration as rendering appropriate compensation for non-pecuniary damage. The Court considers that, in the case of a breach of Articles 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as part of the range of possible remedies.

Uttalelsen er imidlertid ikke helt klar, og den tilsier uansett ikke noe mer enn at EMDs praksis etter artikkel 41 med hensyn til hva som medregnes i et ikke-økonomisk tap også vil være

⁸⁰ Christoffersen (2005) s. 134, gjentatt i Christoffersen (2017) s. 164.

⁸¹ *Scordino mot Italia* (nr. 1) (2013). Det siste sitatet her angår spørsmålet om hvorvidt klageren fortsatt kunne anses som «victim» for en konvensjonskrenkelse. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 2.6.

⁸² *Keenan mot Storbritannia* (2001) avsnitt 130.

førende for nasjonale domstolars praksis etter artikkel 13 i et tilfelle hvor sistnevnte krever at det skal tilkjennes erstatning. Konsekvensen av fullt samsvar ville vært at siden EMD har benyttet artikkel 41 som hjemmel for å tilkjenne erstatning ved krenkelse av enhver rettighet i konvensjonen og i tilleggsprotokollene, ville artikkel 13 innebære en plikt til å tilby en «comparable» erstatning for krenkelse av enhver rettighet. Da er det grunn til å peke på at i sin praksis har ikke EMD brukt artikkel 13 til å oppstille en slik erstatningsplikt i relasjon til krenkelse av enhver rettighet.

Christoffersens argument bygger blant annet på subsidiaritetsprinsippet, det vil si at nasjonale myndigheter har det primære ansvaret for å sikre menneskerettighetene og å reparere krenkelser. Jeg kan imidlertid ikke se at dette prinsippet kan strekkes så langt som at erstatningsadgangen etter artikkel 13 må tilsvare artikkel 41. Her spiller det inn at nasjonale myndigheter har langt flere virkemidler tilgjengelig enn hva EMD har, og statenes skjønnsmargin tilsier at det er naturlig at statene har større frihet til å velge andre virkemidler enn erstatning ved reparasjon på nasjonalt plan enn hva EMD har mulighet til ved sin internasjonale prøving. I tillegg har EMD og nasjonale domstoler ulike funksjoner, blant annet ved at EMD ikke vurderer om nasjonale domstoler skulle gitt erstatning etter artikkel 13 i en konkret sak, men om nasjonal rett har gitt klageren en rimelig mulighet til å vinne frem og om nasjonale domstoler har gitt en god nok begrunnelse for sin avgjørelse. Henrik Vaaler argumenterer mer utførlig i samme retning, og konkluderer:⁸³

Synspunktet som løftes frem i nordisk teori og rettspraksis kan ikke legges til grunn. Ikke bare mangler det støtte i EMDs praksis, en tolkning av artikkel 13 med utgangspunkt i artikkel 41 overser også at det er forskjeller mellom artikkel 13 og artikkel 41 som tilsier at rekkevidden av erstatningsforpliktelsen i de to bestemmelsene har ulikt omfang.

Henvisningen i *Scordino* til en «comparable» erstatning innebærer i tillegg at den erstatningen nasjonale domstoler tilkjenner etter artikkel 13 ikke behøver sammenfalle fullt ut med den erstatningen EMD ville tilkjent etter artikkel 41. EMD uttalte her at dersom nasjonale domstoler tilkjenner erstatning etter nasjonal rett «in keeping with the spirit of the Convention», vil et rettsmiddel anses effektivt. Dette er i senere praksis formulert som et krav om at erstatningsnivået etter nasjonal rett skal være «adequate and sufficient having regard to just satisfaction as provided for under Article 41», og videre:⁸⁴

While there is no requirement under the existing case-law that the domestic authorities should award the same sum by way of compensation as the Court would be likely to award under Article 41 of the Convention, the level of just satisfaction granted at national level *must nevertheless not be manifestly inadequate* in the particular circumstances of the case ...

I vurderingen av hva som er «adequate and sufficient» har EMD selv fremhevet at det er forskjeller på nasjonale erstatningsordninger og EMK artikkel 41:⁸⁵

That being said, the Court considers that, at this stage, there is no reason to believe that the compensatory aspect of the remedy does not afford a claimant the opportunity to obtain adequate

⁸³ Vaaler (2016) s. 39.

⁸⁴ F.eks. Ommer mot Tyskland (nr. 1) (2008) avsnitt 69 (mine uthevninger).

⁸⁵ Bara og Kola mot Albania (2021) avsnitt 118.

and sufficient compensation for his or her grievances or that it would not offer reasonable prospects of success. The Court takes into account the fact that the compensatory aspect of the remedy is closer and more accessible than an application to the Court, is faster and is processed in the applicant's own language, thus offering advantages that need to be taken into consideration ...

For økonomisk tap uttrykker EMD at nasjonal rett skal oppfylle kravet om full reparasjon, og her er det full likhet mellom artikkel 41 og artikkel 13:⁸⁶

The Court reiterates that, just like an award for pecuniary damage under Article 41 of the Convention, an award for pecuniary damage made by a domestic court must be intended to put the applicant, as far as possible, in the position he would have enjoyed had the breach not occurred.

For ikke-økonomisk tap er utmålingen mer skjønnsmessig. EMDs praksis etter artikkel 41 er så omfattende og konkret at det ikke har vært mulig innenfor rammene av denne utredningen å gjøre en selvstendig gjennomgang. Tilbake i 2000 uttalte Arnfinn Bårdsen at «praksis på dette punktet preges gjennomgående av meget konkrete og kort begrunnede overveielser, hvilket også vanskeliggjør en teoretisk analyse»,⁸⁷ og den meget omfattende praksis som har kommet i de etterfølgende år bare forsterker disse utfordringene. Lorenzen m.fl. sammenfatter imidlertid praksis for ikke-økonomisk tap, og jeg kan vise til fremstillingen der.⁸⁸ Her pekes det blant annet på at beregningen kan påvirkes av individuelle forhold, hvor grov en krenkelse er, hvilke andre reparerende tiltak som er brukt, samt levekostnader og prisnivå i den innklagede staten. Forfatterne har sammenfattet rettstilstanden slik at «EMD har i praksis acceptert godtgørelsesnivåer svarende til ca. halvdelen af EMD's praksis efter art 41».⁸⁹

Til konklusjon mener jeg EMDs praksis ikke støtter en bred slutning om at nasjonale domstoler skal tilkjenne erstatning etter artikkel 13 i ethvert tilfelle hvor EMD ville tilkjent erstatning etter artikkel 41. Hvis man skal kartlegge for hvilke enkeltrettigheter EMK artikkel 13 krever at nasjonal rett skal tilby erstatning som reparasjon av en krenkelse, må man se hen til EMDs praksis etter artikkel 13, ikke dens praksis etter artikkel 41. På den annen side gir EMDs praksis ikke grunnlag for å si at det finnes noen rettigheter hvor det ikke kan tenkes å være nødvendig å tilby erstatning som et element i en effektiv reparasjon. Fremstillingen i kapittel 3 nedenfor vil vise at det er mange rettigheter hvor EMD foreløpig ikke har uttalt seg om erstatning etter artikkel 13, men dette betyr ikke at EMD ikke vil utvikle praksis videre til også å inkludere erstatning som et nødvendig virkemiddel ved krenkelse også av flere rettigheter.

2.4.2 Artikkel 5 nr. 5

EMK artikkel 5 gjelder retten til personlig frihet og sikkerhet, altså vernet mot vilkårlig frihetsberøvelse. Artikkel 5 nr. 1 oppstiller vilkår for når frihetsberøvelse kan finne sted, mens

⁸⁶ Marshall med flere mot Malta (2020) avsnitt 78. Dette er en blant en rekke dommer mot Malta om manglende rettsmidler ved krenkelse av eiendomsretten etter første tilleggsprotokoll artikkel 1.

⁸⁷ Bårdsen (2000) punkt 4.1.

⁸⁸ Lorenzen med flere, Bind II (2011) s. 1167-1170. En grundig fremstilling av praksis etter artikkel 41 gis også i Ichim (2015), hvor han på s. 278-350 gir en oversikt over utmålingspraksis for ikke-økonomisk tap inndelt etter enkeltrettigheter i en omfattende mengde dommer frem til 2013.

⁸⁹ Lorenzen med flere, Bind II (2011) s. 959. I kapittel 3 nedenfor forsøker jeg å kontrollere Lorenzens sammenfatning opp mot nyere rettspraksis, og i punkt 6.5 nedenfor forsøker jeg ut fra dette å sammenfatte praksis i saker mot Norge siden dette vil være retningsgivende for hvilke plikter som påhviler Norge konkret.

artikkel 5 nr. 2-4 oppstiller forskjellige rettssikkerhetsgarantier ved frihetsberøvelse, herunder retten til å bli underrettet om grunnen til frihetsberøvelsen samt retten til å få frihetsberøvelsen prøvet for en domstol. Artikkel 5 nr. 5 oppstiller en særskilt regel om erstatning dersom de øvrige rettighetene i bestemmelsen er krenket: «Enhver som har vært offer for pågrepelse eller frihetsberøvelse i strid med bestemmelsene i denne artikkel, skal ha rett til erstatning som kan inndrives.» Innenfor virkeområdet til artikkel 5 er dette en særregel som er *lex specialis* til hva artikkel 13 krever med hensyn til erstatning. I motsetning til artikkel 13 overlater ikke artikkel 5 nr. 5 til statene å velge virkemidler for å reparere en konvensjonskrenkelse, bestemmelsen gir en ubetinget rett til erstatning. Det er helt på det rene at bestemmelsen gir rett til erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap, jf. for eksempel uttalelsen i *Teymurazyan mot Armenia* (2018):⁹⁰

Article 5 § 5 should not be construed as affording a right to compensation of purely pecuniary nature, but should also afford such right for any distress, anxiety and frustration that a person may suffer as a result of a violation of other provisions of Article 5 ...

Det er også klart fra EMDs praksis at erstatning etter artikkel 5 nr. 5 kan kreves alene på grunnlag av konvensjonskrenkelsen, uten at det behøver påvises skyld fra myndighetenes side.⁹¹

I norsk rett er artikkel 5 nr. 5 gjennomført gjennom reglene i straffeprosessloven kapittel 31, se nærmere i punkt 4.5.4 nedenfor.

2.4.3 7. tilleggsprotokoll artikkel 3

I 7. tilleggsprotokoll artikkel 3 finner man en særregel om erstatning for uriktig domfellelse. Bestemmelsen gjelder når noen ved endelig dom har blitt domfelt for en straffbar handling og denne domfellelsen senere blir omgjort «på grunn av at en ny eller nyoppdaget omstendighet på avgjørende måte har vist at det har forekommet en rettsfornektelse». Rettigheten gjelder bare når noen er domfelt ved endelig dom, altså gjelder den ikke når en ankeinstans har domfelt.

Også her har EMD fastslått at det kan kreves erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap:⁹²

Furthermore, the Court considers that the purpose of Article 3 of Protocol No. 7 is not merely to recover any pecuniary loss caused by a wrongful conviction but also to provide a person convicted as a result of a miscarriage of justice with compensation for any non-pecuniary damage such as distress, anxiety, inconvenience and loss of enjoyment of life.

Heller ikke her kreves det noen konstatering av skyld eller bebreidelse utover selve konstateringen av at noen har blitt feilaktig dømt. Bestemmelsen skiller seg likevel fra artikkel 5 nr. 5 ved at retten til erstatning kan falle bort hvis det «blir bevist at det helt eller delvis må bli tilregnet ham selv at den ukjente omstendighet ikke kom for dagen i rett tid», altså en regel

⁹⁰ Teymurazyan mot Armenia (2018) avsnitt 76.

⁹¹ Dette har vært gjeldende rett lenge, se f.eks. Bårdsen (2002) s. 58.

⁹² Poghosyan og Baghdasaryan mot Armenia (2012) avsnitt 51.

om skadelidtes medvirkning. Jeg kjenner ikke EMD-praksis som kunne vise nærmere hvordan dette skal forstås.

I norsk rett er også denne bestemmelsen (i likhet med artikkel 5 nr. 5) gjennomført gjennom reglene i straffeprosessloven kapittel 31, jf. punkt 4.5.4 nedenfor.

2.5 Andre regler om erstatning i SP

2.5.1 Mangelen på en bestemmelse tilsvarende EMK artikkel 41

Det er en kjensgjerning at uttalelsene fra FNs menneskerettskomité ikke er folkerettslig bindende på samme måte som dommene fra EMD. EMK artikkel 46 nr. 1 oppstiller en forpliktelse for statene «til å rette seg etter Domstolens endelige dom i enhver sak de er part i», og noen slik bestemmelse finnes ikke i SP. Dette betyr imidlertid ikke at uttalelsene er uten rettsvirkninger. Følgende uttalelse fra Veneziakommisjonen sammenfatter rettstilstanden fint:⁹³

Because the views are not legally binding judgments, the HRC does not possess an explicit competence to ensure their enforcement. However, the authority to monitor the effect of its views is an implied power of the HRC. «The legal norms on which the treaty bodies pronounce themselves are binding obligations of the States parties, and therefore the pronouncements of the treaty bodies are more than mere recommendations that can be readily disregarded because a State Party disagrees with the interpretation adopted by the HRC or with its application to the facts.» Moreover, States Parties cannot simply ignore them, but have to consider them in good faith (bona fide). On the other hand, «they are not debarred from dismissing them, after careful consideration, as not reflecting the true legal position with regard to the case concerned. Not to react at all to a finding by the HRC, however, would appear to amount to a violation of the obligations under the ICCPR.» The legal consequence is that member states are under the obligation to take the HRC's final views into consideration in good faith.

I forlengelsen av dette er det også en kjensgjerning at SP mangler en bestemmelse som tilsvarer EMK artikkel 41 om kompetanse til å pålegge en stat å betale erstatning til et offer for en menneskerettskrenkelse. Det nærmeste man kommer, er SPs valgfrie tilleggsprotokoll om individklageordningen, hvor artikkel 5 nr. 4 sier at komiteen «underretter den berørte konvensjonspart og klageren om sine synspunkter». Det er likevel i samspillet mellom denne bestemmelsen og SP artikkel 2 nr. 3 at komiteen utleder sin kompetanse til å pålegge statene å betale erstatning slik punkt 2.2.2 beskriver. I sin anerkjente kommentarutgave til SP, som imidlertid begynner å bli nokså gammel, uttrykker Manfred Nowak dette slik:⁹⁴

In addition, and this is a special feature of the Committee's case law, Art. 2(3) also serves as a substitute for the Committee's inability to order the State party concerned to remedy the violation found by a specific form of reparation, including monetary compensation to the victim. In recent years, the Committee has even started to quantify the pecuniary amount of compensation it deems appropriate. Although the decisions of the Committee and its holdings on appropriate remedies are

⁹³ Den europeiske kommisjonen for demokrati gjennom lovgivning (Veneziakommisjonen), Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts, CDL-AD(2014)036, 8. desember 2014, avsnitt 78 (fotnoter tatt bort).

⁹⁴ Nowak (2005) s. 893. Se også David (2014) s. 14.

not legally binding, the reference to Art. 2(3) of the Covenant makes it clear that these are not mere recommendations but that States parties to the Covenant have a legal obligation to provide every victim of a violation of the Covenant with an effective remedy and reparation.

Uavhengig av hvordan man formulerer rettsvirkningen av komiteens uttalelser, har fraværet av en bestemmelse i SP tilsvarende EMK artikkel 41 noen konsekvenser. Det innebærer at FNs menneskerettskomité er henvist til å anvende artikkel 2 nr. 3 når den påpeker et erstatningsansvar, uavhengig av om dette er et erstatningsansvar som gjelder som en forpliktelse på nasjonalt plan i henhold til retten til et effektivt rettsmiddel (sml. EMK artikkel 13) eller om det er en beføyelse som kreves for å reparere en menneskerettskrenkelse når dette er konstatert på internasjonalt plan (sml. EMK artikkel 41). En virkning av dette er at FNs menneskerettskomité har pålagt statene et erstatningsansvar etter SP artikkel 2 nr. 3 for en rekke rettigheter hvor EMD ikke har gjort det samme etter EMK artikkel 13, bare etter EMK artikkel 41. I SP er man henvist til utelukkende å se på hvordan komiteen har anvendt SP artikkel 2 nr. 3, og ved en analyse av komiteens praksis må man ha for øye at bestemmelsen benyttes for å oppnå både det som i EMK oppnås gjennom artikkel 41 og det som oppnås gjennom artikkel 13. Dette gjør det mer krevende å utlede klare retningslinjer fra komiteens praksis. Det er også en kjensgjerning – uten at dette nødvendigvis skyldes fraværet av en bestemmelse som EMK artikkel 41 – at FNs menneskerettskomité aldri utmåler konkrete erstatningsbeløp, den sier bare at det skal tilkjennes erstatning. EMDs praksis er at statene skal gi en «comparable» erstatning etter artikkel 13 som EMD selv gjør etter artikkel 41, og siden EMD utmåler konkrete (og i stor grad standardiserte) beløp etter artikkel 41, gir dette god veiledning til statene også etter artikkel 13. Liknende veiledning gir ikke SP artikkel 2 nr. 3.

2.5.2 Artikkel 9 nr. 5

SP artikkel 9 nr. 5 sier at den «som har vært utsatt for ulovlig arrest eller annen frihetsberøvelse, skal ha rett til erstatning», og bestemmelsen motsvarer EMK artikkel 5 nr. 5. Det er imidlertid en forskjell i ordlyden i de to bestemmelsene. Mens EMK artikkel 5 nr. 5 gir rett til erstatning til den som har vært frihetsberøvet «i strid med bestemmelsene i denne artikkel», gir SP artikkel 9 nr. 5 rett til erstatning til enhver som har vært utsatt for «ulovlig» frihetsberøvelse», uavhengig av om dette har medført en krenkelse av en av de øvrige rettighetene i artikkel 9. Manfred Nowak peker på dette som en vesentlig forskjell mellom de to bestemmelsene, men understreker samtidig at lovskravet i artikkel 9 nr. 1 (om at «[i]ngen må berøves friheten uten av slike grunner og i overensstemmelse med slik fremgangsmåte som er fastsatt i lov») innebærer at ulovlig frihetsberøvelse vanligvis også innebærer en krenkelse av denne rettigheten.⁹⁵ Jeg ser ikke helt at forskjellen har noen praktisk betydning for norsk rett, og den fremstår uansett ikke som relevant for denne utredningens formål. For mitt formål fremstår det forsvarlig å legge til grunn at de to bestemmelsene er tilsvarende for alle relevante forhold, herunder at det ikke oppstilles noe skyldkrav utover konstatering av konvensjonskrenkelse/ulovlighet,⁹⁶ og at det kan tilkjennes erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap.

⁹⁵ Nowak (2005) s. 238. Se også Klein (1999) s. 35, som bygger på den generelle lojalitetsplikten i folkeretten.

⁹⁶ Se her Nowak (2005) s. 239: «It further follows from the word «unlawful» that *culpable conduct is not a prerequisite for the compensation claim.*» (Uthevet i originalen.)

2.5.3 Artikkel 14 nr. 6

SP artikkel 14 nr. 6 tilsvarer fullt ut EMK 7. tilleggsprotokoll artikkel 3, jf. punkt 2.4.3, og jeg er ikke kjent med noen rettslig relevante forskjeller mellom bestemmelsene.⁹⁷ Det kan likevel nevnes at FNs menneskerettskomité har vist til at artikkel 2 nr. 3 vil være krenket i tilfeller hvor domstolenes behandling av et krav om å rette opp en uriktig domfellelse etter artikkel 14 nr. 6 i seg selv krenker retten til rettferdig rettergang.⁹⁸

Consequently, owing to this gap, and to delays in the civil proceedings, which have been pending for nine years, the author has been deprived of an effective remedy to enable him to establish his innocence, as required by the State party in order to obtain the compensation provided for in article 14, paragraph 6. The Committee therefore notes a violation of article 2, paragraph 3, read in conjunction with article 14, paragraph 6, of the Covenant.

2.6 Erstatningens betydning for status som «victim» etter EMK artikkel 34

I punktene 2.1 og 2.2 ovenfor er det allerede belyst at erstatning i visse tilfeller anses nødvendig for å reparere en konvensjonskrenkelse når ren gjenoppretting ikke er mulig eller tilstrekkelig, og i punkt 2.4.1 er det nevnt at dersom en konvensjonskrenkelse repareres tilfredsstillende nasjonalt, vil den som er utsatt for krenkelsen ikke lenger ha adgang til å bringe saken inn for EMD. Dette siste forholdet fortjener en utdyping.

EMK oppstiller en rekke avvisningsgrunner, det vil si betingelser som må være oppfylt for at EMD skal kunne ta en sak til behandling. Én slik avvisningsgrunn fremgår av EMK artikkel 34, som sier at EMD kan motta klager fra enhver «som hevder å ha vært utsatt for en overtredelse» av en rettighet i konvensjonen eller tilleggsprotokollene. Den engelske originalordlyden viser til at EMD kan motta klager fra enhver «claiming to be the victim of a violation», og begrepet «victim» brukes i det følgende.

EMD har en meget omfattende praksis om forståelsen av begrepet «victim», som neppe behøver gjennomgå i full bredde her. Kjernen er at en person «must be able to show that he or she was 'directly affected' by the measure complained of»,⁹⁹ likevel slik at artikkel 34 «concerns not just the direct victim or victims of the alleged violation, but also any indirect victims to whom the violation would cause harm or who would have a valid and personal interest in seeing it brought to an end». ¹⁰⁰ Ett element i kravet, som henger tett sammen med subsidiaritetsprinsippet, er at man ikke lenger kan «claim to be a victim» overfor EMD dersom en konvensjonskrenkelse er rettet opp på nasjonalt nivå. Det er ikke avgjørende om den nasjonale reparasjonen skjer med direkte henvisning til EMK artikkel 13, det avgjørende er at nasjonal reparasjon faktisk har funnet sted. Her har EMD utviklet retningslinjer som tilsier at

⁹⁷ Det kan også nevnes at EMKs 7. tilleggsprotokoll, som ble vedtatt i 1984, ble utformet blant annet nettopp for å svare på «the differences between the rights guaranteed by the European Convention and those covered by the International Covenant on Civil and Political Rights», se Europarådets Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 22. november 1984, avsnitt 1. EMKs bestemmelse ble utformet med sikte på å samsvare med SPs bestemmelse.

⁹⁸ Dumont mot Canada (2010) punkt 23.6.

⁹⁹ For eksempel Lambert med flere mot Frankrike (2015) avsnitt 89.

¹⁰⁰ Vallianatos med flere mot Hellas (2013) avsnitt 47.

utbetaling av erstatning er et viktig element, jf. uttalelsen fra *Scordino* som også er nevnt i punkt 2.4.1 ovenfor.¹⁰¹

The issue of whether a person may still claim to be the victim of an alleged violation of the Convention essentially entails on the part of the Court an ex post facto examination of his or her situation. In this connection, the question whether he or she has received reparation for damage caused – comparable to just satisfaction as provided for under Article 41 of the Convention – is an important issue.

Selv om utbetaling av erstatning i visse situasjoner kan være nødvendig for å sikre reparasjon, er det ikke alltid tilstrekkelig; det kan i tillegg kreves at erstatningsutbetalingen på en eller annen måte ledsages av en tilfredsstillende konstatering av at en konvensjonskrenkelse faktisk har funnet sted. Eksempelvis i *Cataldo* uttrykker EMD dette slik:¹⁰²

It is the Court's settled case-law that where the national authorities have found a violation and their decision constitutes appropriate and sufficient redress, the party concerned can no longer claim to be a victim within the meaning of Article 34 of the Convention. The Court accordingly considers that an applicant's status as a victim may depend on compensation being awarded at domestic level on the basis of the facts about which he or she complains before the Court ... and on whether the domestic authorities have acknowledged, either expressly or in substance, the breach of the Convention. Only when those two conditions are satisfied does the subsidiary nature of the protective mechanism of the Convention preclude examination of an application by the Court ...

Dette er relevant både etter gjeldende norsk rett og for utformingen og praktiseringen av en eventuell lovregulering. Utbetaling av erstatning avskjærer ikke nødvendigvis den skadelidtes mulighet til å bringe saken inn for EMD med mindre erstatningsutbetalingen ledsages av en eller annen form for erkjennelse av at et konvensjonsbrudd har funnet sted.

Saken *Ali mot Norge* for FNs menneskerettskomité kan ses fra et slikt perspektiv, som en illustrasjon på at tilsvarende prinsipper gjelder i SP som i EMK. SP inneholder en tilsvarende avvisningsgrunn i den valgfrie tilleggsprotokollen artikkel 1 som EMK har i artikkel 34: Alle «who claim to be victims» kan klage en sak inn for FNs menneskerettskomité. Ali-saken gjaldt internering av en barnefamilie i 76 dager på Politiets utlendingsinternat på Tranudm, og FNs menneskerettskomité konstaterte konvensjonskrenkelse. Det fremgår imidlertid av uttalelsen at norske myndigheter hadde besluttet å utbetale en erstatning på kr 70 000 til det berørte barnet, men uten at dette skulle forstås som noen konstatering av konvensjonskrenkelse: «Notwithstanding its views, the State party has decided to award a compensation of NOK 70,000 to the son given the unique features of his stay at the Trandum centre.»¹⁰³ FNs menneskerettskomité fant at saken kunne behandles, så den må underforstått ha lagt til grunn at denne erstatningsutbetalingen ikke var til hinder for at klagerne kunne anses som «victims», men dette drøftes ikke uttrykkelig i uttalelsen. Ut fra betraktningene nevnt ovenfor kan man likevel se for seg at nettopp understrekingen av at erstatningsutbetalingen ikke innebar noen erkjennelse av en konvensjonskrenkelse, innebar at klagerne fortsatt hadde sin status som

¹⁰¹ Scordino, ovenfor fotnote 81.

¹⁰² *Cataldo mot Italia* (2004), unnummerert avsnitt. Tilsvarende formulering er gjentatt senere, blant annet så sent som i *Mayboroda mot Ukraina* (2023) avsnitt 71.

¹⁰³ *Ali mot Norge* (2022) avsnitt 6.13.

«victims» i behold. I tidligere uttalelser har for øvrig FNs menneskerettskomité avklart sin tilnærming i liknende saker, blant annet i *Wilson mot Filippinene* (2003):¹⁰⁴

The State party suggests that the Supreme Court's decision and subsequent compensation raise issues of admissibility concerning some or all of the author's claims. The Committee observes that the communication was initially submitted well prior to the Supreme Court's decision in his case. In cases where a violation of the Covenant is remedied at the domestic plane prior to submission of the communication, the Committee may consider a communication inadmissible on grounds of, for example, lack of 'victim' status or want of a 'claim'. Where the alleged remedy occurs subsequent to submission of a communication, however, the Committee may nevertheless address the issue whether there was a violation of the Covenant and then go to the sufficiency of the afforded remedy. ... It follows that the Committee regards the events referred to the State party by way of remedy, as relevant to the issues of determination of the merits of a communication and an adequacy of the remedy to be granted to the author for any violations of his Covenant rights, rather than amounting to an obstacle to the admissibility of claims already submitted.

Det kan legges til grunn at rettstilstanden her er lik for EMK og SP. Utbetaling av erstatning på det nasjonale plan kan innebære tilstrekkelig reparasjon av en konvensjonskrenkelse og dermed frata den skadelidte sin status som «victim» etter konvensjonene, men bare hvis erstatningsutbetalingen samtidig innebærer tilstrekkelig anerkjennelse av at en konvensjonskrenkelse har funnet sted.

2.7 Foreløpig konklusjon: Erstatning skal inngå blant de nasjonale rettsmidlene

Det fremgår helt klart fra praksis både fra EMD og fra FNs menneskerettskomité at statene har en plikt etter EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 til å tilby erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap som ett blant flere virkemidler for å reparere konvensjonskrenkelser. Statene har stor frihet til selv å velge hvilke virkemidler som skal benyttes for å reparere konkrete krenkelser, men denne friheten kan ikke forstås til å omfatte spørsmålet om hvorvidt erstatning overhodet skal være tilgjengelig, den omfatter bare spørsmålet om hvorvidt erstatning skal tilbys i en konkret sak eller om andre virkemidler er tilstrekkelige og/eller nødvendige i tillegg til eller i stedet for erstatning. Heller ikke denne friheten er absolutt, siden det i enkelte tilfeller gjelder en plikt til å utbetale erstatning i konkrete saker, særlig ved krenkelser av retten til liv og forbudet mot tortur, men også ellers hvor det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig reparasjon. Argumenter om at EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 ikke innebærer en plikt for Norge til å ha en erstatningsordning for menneskerettskrenkelser kan ikke forsvares.

Denne utredningen fortsetter derfor ut fra det premisset har Norge har en klar folkerettslig forpliktelse til å sikre en tilstrekkelig adgang etter nasjonal rett for å oppnå erstatning for krenkelser av EMK og SP. De nærmere elementene i en slik forpliktelse vil gjennomgås i det følgende.

¹⁰⁴ *Wilson mot Filippinene* (2003) avsnitt 6.3.

3 NÆRMERE OM UTVALGTE ENKELTRETTEGHETER

3.1 EMK artikkel 2 og SP artikkel 6 (retten til liv)

EMK artikkel 2 er en av bestemmelsene i EMK som har gitt opphav til mest rettspraksis om rekkevidden av retten til et effektivt rettsmiddel. Også i praksis fra FNs menneskerettskomité har retten til liv i SP artikkel 6 vært sentral. Når EMD har fastholdt at staten skal tilby «payment of compensation where appropriate» og at «compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be part of the range of available remedies», jf. punkt 2.2.1 ovenfor og dommene nevnt der, er retten til liv blant de rettighetene som har vært styrende for utviklingen. Retten til et effektivt rettsmiddel ved krenkelser av retten til liv krever at nasjonal rett gir adgang til erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap. Dette er ikke tvilsomt. Her nevnes noen avgjørelser som illustrerer ulike sider ved dette.

Paul og Audrey Edwards mot Storbritannia (2002) gjaldt en mann som ble drept av en psykisk syk medfange under soning i fengsel, og det ble konstatert krenkelse både av statens positive forpliktelse til å beskytte mannen og av plikten til effektiv etterforskning i etterkant. Dette er en av de tidligere dommene hvor EMD fastslo at «compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should, in principle, be available as part of the range of redress» ved krenkelse av artikkel 2,¹⁰⁵ og det ble konstatert krenkelse av artikkel 13 fordi det ikke fantes noen prosedyre den avdødes pårørende kunne benytte for å oppnå erstatning.¹⁰⁶ *Kontrová mot Slovakia* (2007) bygger på tilsvarende prinsipp. En far drepte sine barn, EMD konstaterte krenkelse av artikkel 2 fordi slovakiske myndigheter hadde brutt sin positive plikt til å beskytte, og fraværet av en prosedyre i slovakisk rett for barnas mor for å søke erstatning utgjorde en krenkelse også av artikkel 13.¹⁰⁷

I hvert fall ikke senere enn 1996 fastslo også FNs menneskerettskomité at staten kan være erstatningsansvarlig overfor de etterlatte etter noen som mister livet i det offentlige varetekt. *Burrell mot Jamaica* (1996) gjaldt en mann som mistet livet under uroligheter i et fengsel, og komiteen uttalte at «payment of compensation to the family» var en nødvendig del av forpliktelsen til å reparere krenkelsen.¹⁰⁸ Dette er ikke begrenset til tilfeller hvor avdøde hadde et forsørgeransvar eller liknende – nylig er for eksempel søsken tilkjent erstatning etter sin brors død.¹⁰⁹

EMDs dom i *Öneryıldız mot Tyrkia* (2004) gjaldt en metaneksplosjon på en privat søppelfylling som forårsaket et jordskred som drepte 39 mennesker. Det ble konstatert krenkelse av artikkel 2 både fordi myndighetshandlinger hadde bidratt til eksplosjonen og på grunn av manglende oppfølging etter ulykken. Selv om klageren ble tilkjent en erstatning for ikke-økonomisk tap som følge av at slektninger mistet livet, ble erstatningen aldri utbetalt. Her klargjorde EMD at

¹⁰⁵ Paul og Audrey Edwards mot Storbritannia (2002) avsnitt 97.

¹⁰⁶ *Ibid.*, avsnitt 101.

¹⁰⁷ *Kontrová mot Slovakia* (2007) avsnitt 65.

¹⁰⁸ *Burrell mot Jamaica* (1996) avsnitt 11. Rent anekdotisk er det litt spesielt at mannen var idømt dødsstraff, og dødsfallet skjedde mens han ventet på henrettelse.

¹⁰⁹ *Rezazada mot Kirgisistan* (2021), *Murne mot Sverige* (2023).

retten til effektive rettsmidler også krever utbetaling av erstatning til riktig tid, «timely payment of a final award of compensation for anguish suffered must be considered an essential element of a remedy under Article 13 for a bereaved spouse and parent».¹¹⁰

Bubbins mot Storbritannia (2005) gjaldt en mann som ble skutt og drept av politiet i sin egen leilighet. EMD konkluderte med at artikkel 2 ikke var krenket, verken på grunn av operasjonen som ledet til dødsfallet eller på grunn av etterforskningen etterpå. EMD fant imidlertid at klagerens påstand om krenkelse av artikkel 2 likevel hadde vært prosedabel, slik at artikkel 13 kom til anvendelse. I denne saken ble klagen fremmet av avdødes søster, som ikke ble omfattet av britiske regler om erstatning til personer som ble forsørget av avdøde, og fraværet av en tilgjengelig prosedyre for å søke erstatning utgjorde krenkelse av artikkel 13.¹¹¹

Gongadze mot Ukraina (2005) gjaldt en mann som ble kidnappet og senere drept av polititjenestemenn, og det ble konstatert krenkelse av artikkel 2. Etter nasjonal lovgivning kunne enken søke erstatning fra gjerningspersonene etter straffeprosesslovgivningen, men dette var avhengig av at straffesaken ble avsluttet. I denne saken tok det uforholdsmessig lang tid uten straffeforfølgning, og dermed hadde enken ingen effektiv tilgang til erstatning. Dermed ble det konstatert krenkelse av artikkel 13.¹¹²

Reynolds mot Storbritannia (2012) gjaldt en mann som tok selvmord i en psykiatrisk institusjon. Her fant EMD at det ikke var nødvendig å ta stilling til krenkelse av artikkel 2, siden det uansett forelå en krenkelse av artikkel 13. Klageren var mannens mor, som falt utenfor nasjonale erstatningsordninger. Her ble det også pekt på at fraværet av nasjonale erstatningsordninger for ikke-økonomisk tap ville ha en negativ virkning på klagerens muligheter til å anvende andre rettsmidler, siden det ikke var bestridt i saken at hun ikke hadde økonomiske muligheter til å få juridisk bistand.¹¹³

Selve om disse sakene bare er eksempler fra en omfattende praksis, er de tilstrekkelige for å vise at hvis noen mister livet under omstendigheter som kan føres tilbake til staten på en slik måte at det konstateres krenkelse av retten til liv, uansett om det gjelder statens negative eller positive forpliktelser, så har staten en vidtgående forpliktelse etter EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 til å tilkjenne avdødes nærstående erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap. Selv om retten til liv ikke er krenket, vil man ha krav på tilgang til en prosedyre for å søke erstatning dersom påstanden om rettighetskrenkelse er prosedabel.

Med hensyn til nivået på EMDs utmåling av erstatning for ikke-økonomisk tap etter artikkel 41, har Lorenzen sammenfattet det slik at krenkelse av artikkel 2 normalt godtgjøres med minimum 60 000 euro og maksimum 200 000 euro, at prosessuelle krenkelser godtgjøres innenfor rammene av minimum 30 000 euro og maksimum 100 000 euro, og at krenkelse av positive

¹¹⁰ Öneriyıldız mot Tyrkia (2004) avsnitt 152. I en liknende sak, Budayeva med flere mot Russland (2008), som gjaldt myndighetens oppfølging av dødsfall som følge av flom og leireskred etter at en demning brast, ble det ikke konstatert krenkelse av artikkel 13 blant annet under henvisning til at ny bolig og pengestøtte allerede var tildelt klagerne (se avsnitt 197).

¹¹¹ Bubbins mot Storbritannia (2005) avsnitt 172.

¹¹² Gongadze mot Ukraina (2005) avsnitt 193.

¹¹³ Reynolds mot Storbritannia (2012) avsnitt 65-67.

plikter godtgjøres med minimum 30 000 euro og maksimum 100 000 euro.¹¹⁴ En overfladisk gjennomgang av dommer fra de siste fem år antyder at beløpene i hvert fall ikke har gått opp, kanskje heller ned – det finnes flere dommer fra de senere år hvor det er tilkjent erstatningsbeløp som er lavere enn minimumssummene som er antydnet her.

3.2 EMK artikkel 3 og SP artikkel 7 (forbudet mot tortur)

Mens det er nokså få begrenset spennvidde i praksis om erstatning som del av et effektivt rettsmiddel ved krenkelser av retten til liv, er det omfattende praksis knyttet til torturforbudet. I dette punktet finner jeg det tilstrekkelig å fremheve saker fra EMD, da jeg ikke ser at praksis fra FNs menneskerettskomité gir noe utover dette.¹¹⁵ Utgangspunktet er det samme som for retten til liv, at «where a right with as fundamental an importance as the right to life or the prohibition against torture, inhuman and degrading treatment is at stake, Article 13 requires, in addition to the payment of compensation where appropriate», og at «in the case of a breach of Articles 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be part of the range of available remedies».¹¹⁶ For en konkretisering av dette må man skille mellom ulike situasjoner hvor torturforbudet påstås å være krenket, og et overordnet skille kan trekkes mellom konvensjonsstridige soningsforhold og andre former for mishandling.

Hvis noen utsettes for mishandling av offentlige tjenestemenn i strid med artikkel 3, for eksempel i avhør eller i varetekt, har EMD utviklet en fast praksis om at retten til effektive rettsmidler krever at nasjonal rett gir reell mulighet til å få erstatning.¹¹⁷ Det samme gjelder hvis noen utsettes for mishandling av andre personer hvis offentlige myndigheter har brutt sine positive forpliktelser etter artikkel 3 til å beskytte vedkommende mot mishandlingen eller å etterforske og straffeforfølge mishandlingen etterpå. Dette er gjort blant annet hvis barn mishandles eller utsettes for overgrep av sine foreldre¹¹⁸ eller andre nærstående,¹¹⁹ eller av lærere.¹²⁰ Det er også gjort for andre former for umenneskelig behandling, slik som unnlattelse

¹¹⁴ Lorenzen med flere, Bind II (2011) s. 1167.

¹¹⁵ FNs menneskerettskomité ser ut til rutinemessig å pålegge erstatning ved krenkelser av torturforbudet, men dette gjøres gjerne i nokså generelle vendinger. For eksempel kan nevnes Achabal Puertas mot Spania (2013) punkt 10, hvor komiteen krever «full reparation, including appropriate compensation».

¹¹⁶ Som eksempler på tidlige artikkel 3-saker hvor dette fremgår, se blant annet Z med flere mot Storbritannia (2001) avsnitt 109 eller Keenan mot Storbritannia (2001) avsnitt 130.

¹¹⁷ Dette er sikker rett i hvert fall fra Aksoy mot Tyrkia (1996) avsnitt 98. Spørsmålet ser kanskje ikke ut til å ha kommet ofte på spissen det siste tiåret, men et nyere eksempel er Poghosyan og Baghdasaryan mot Armenia (2012) avsnitt 47. I Cobzaru mot Romania (2007) avsnitt 83 ble det konstatert krenkelse av artikkel 13 fordi muligheten til å få erstatning i praksis var avhengig av at polititjenestemenn ble straffeforfulgt.

¹¹⁸ Z med flere mot Storbritannia (2001), krenkelse av artikkel 13 fordi «the applicants did not have available to them an appropriate means of obtaining a determination of their allegations that the local authority failed to protect them from inhuman and degrading treatment and the possibility of obtaining an enforceable award of compensation for the damage suffered thereby», avsnitt 111.

¹¹⁹ D.P. og J.C. mot Storbritannia (2002) avsnitt 138 (stefar), krenkelse av artikkel 13 med samme ordlyd som *ibid.*, selv om det ikke ble konstatert krenkelse av artikkel 3; E. med flere mot Storbritannia (2002) avsnitt 116 (mors samboer).

¹²⁰ O’Keeffe mot Irland (2014) avsnitt 187, krenkelse av artikkel 13 fordi ingen tilgjengelige erstatningsordninger var tilstrekkelig effektive.

av å gripe inn mot alvorlige abstinenssymptomer hos en rusmisbruker,¹²¹ eller ved å tillate uverdige boforhold i offentlig institusjon.¹²²

I saker om konvensjonsstridige soningsforhold gjøres et grunnleggende skille etter artikkel 13 mellom preventive og kompenserende tiltak. Preventive tiltak er gjerne det primære, mens erstatning kommer inn som ett av flere mulige kompenserende tiltak.¹²³

With respect to Article 3 complaints concerning conditions of detention, two types of relief are possible: improvement in such conditions, and compensation for damage sustained as a result of them. For a person held in such conditions, a remedy capable of rapidly bringing the ongoing violation to an end is of the greatest value. However, once such a person has been released or placed in conditions meeting the requirements of Article 3, he or she should have an enforceable right to compensation for any breach that has already occurred.

Her er det enkelte sammenhenger som neppe behøver utdypes her, slik som at staten ikke kan unnlate bruk av preventive virkemidler med henvisning til at det kan søkes om erstatning senere.¹²⁴ Med hensyn til kompenserende tiltak er det videre slik at behovet for erstatning må ses i lys av andre virkemidler, eksempelvis at en straffereduksjon i visse tilfeller kan utgjøre tilstrekkelig reparasjon uten at det samtidig tilkjennes erstatning.¹²⁵ EMD har likevel fastholdt at «[i]n all cases where a violation of Article 3 has already occurred, ... the State must be prepared to acknowledge the violation and make readily available some form of compensation to the aggrieved individual»,¹²⁶ og at «[m]onetary compensation should be accessible to anyone who has been subjected to inhuman or degrading treatment in breach of Article 3 of the Convention».¹²⁷ Når soningsforhold er i strid med EMK artikkel 3 er det videre «a strong legal presumption that such conditions have occasioned non-pecuniary damage».¹²⁸ EMD krever videre at nasjonal rett ikke oppstiller for strenge beviskrav for å sannsynliggjøre at mishandling har skjedd eller at dette har ført til et tap,¹²⁹ samt at skadelidte må ha mulighet til å fremme erstatningskrav uten å risikere sanksjoner.¹³⁰ Tilsvarende prinsipper gjelder også når krenkelsen av artikkel 3 ikke skyldes soningsforholdene som sådan, men heller enkeltelementer under soningen, slik som utstrakt bruk av kroppsvisitasjon. I *Roth mot Tyskland* (2020) fant EMD at kroppsvisitasjon i fengsel i strid med artikkel 3 ikke ble tilstrekkelig kompensert av andre virkemidler, at det ikke var i samsvar med artikkel 13 at erstatning var betinget av at klageren

¹²¹ McGlinchey mot Storbritannia (2003) avsnitt 65-67, krenkelse av artikkel 13 fordi det ikke fantes treffende erstatningsordninger.

¹²² Stanev mot Bulgaria (2012) avsnitt 219-220. Her spilte det inn at mannen var fratatt sin rettslige handleevne og ikke kunne søke erstatning uten vergens samtykke. I en toårsperiode var han uten verge, og når ny verge ble oppnevnt, var dette direktøren ved institusjonen hvor han oppholdt seg.

¹²³ Sukachov mot Ukraina (2020) avsnitt 113.

¹²⁴ Se Ulemek mot Kroatia (2019) avsnitt 72-74.

¹²⁵ *Ibid.*, avsnitt 74 med videre henvisninger.

¹²⁶ Ananyev med flere mot Russland (2012) avsnitt 221.

¹²⁷ *Ibid.*, avsnitt 228.

¹²⁸ *Ibid.*, avsnitt 229.

¹²⁹ F.eks. Sukachov mot Ukraina (2020) avsnitt 115: «As regards compensatory remedies, the burden of proof imposed on a detainee should not be excessive. While he or she may be required to make a prima facie case and produce such evidence as is readily accessible, such as a detailed description of the impugned conditions, witness statements, or complaints to and replies from the prison authorities or supervisory bodies, it then falls to the authorities to refute the allegations.»

¹³⁰ Neshkov med flere mot Bulgaria (2015) avsnitt 191.

kunne sannsynliggjøre skyld hos offentlige myndigheter, og at det ikke kunne være avgjørende av nasjonale myndigheter ikke hadde vært klar over at praksis var i strid med EMK. Manglende tilgang til en effektiv erstatningsmulighet utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 13.¹³¹ Her ble det også uttalt at det bare er i «exceptional circumstances» at en krenkelse av artikkel 3 kan anses reparert alene gjennom konstatering av krenkelse.¹³²

Med hensyn til nivået på EMDs utmåling av erstatning for ikke-økonomisk tap etter artikkel 41, har Lorenzen sammenfattet det slik at krenkelse av torturforbudet normalt erstattes med beløp mellom 40 000 og 150 000 euro, men mellom 50 000 og 250 000 euro hvis mishandlingen har ført til varig skade. Prosessuelle krenkelser godtgjøres med minimum 25 000 og maksimum 75 000 euro. Krenkelser av forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff godtgjøres mellom 20 000 og 60 000 euro, mens prosessuelle krenkelser her godtgjøres mellom 15 000 og 50 000 euro.¹³³ Også her ser imidlertid nyere praksis ut til å tilsi at det ut fra omstendighetene også kan utmåles lavere erstatning enn dette, men den store variasjonen i sakstypene har gjort det vanskelig å foreta en grundig gjennomgang av nyere praksis.

3.3 EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 (retten til rettferdig rettergang)

I EMDs praksis er det fastslått at EMK artikkel 6 nr. 1 om rettferdig rettergang i utgangspunktet er *lex specialis* til EMK artikkel 13, men i *Kudla mot Polen* (2000) ble det klargjort at det er «no overlap and hence no absorption» når en klage handler om lang saksbehandlingstid for nasjonale domstoler.¹³⁴ Her har retten til et effektivt rettsmiddel i artikkel 13 selvstendig betydning, herunder adgang til erstatning for en konvensjonskrenkelse. EMD har også fastholdt at EMK artikkel 13 har selvstendig betydning for uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2.

Det er mange saker om erstatning ved lang saksbehandlingstid. På liknende måte som for reparasjon av konvensjonsstridige soningsforhold etter artikkel 3 har EMD utviklet retningslinjer for et samspill mellom preventive og reparerende virkemidler. Begge former for virkemidler kan anses effektive i relasjon til artikkel 13:¹³⁵

Remedies available to a litigant at domestic level for raising a complaint about the length of proceedings are ‘effective’ within the meaning of Article 13 of the Convention if they prevent the alleged violation or its continuation, or provide adequate redress for any violation that has already occurred. A remedy is therefore effective if it can be used either to expedite a decision by the courts dealing with the case, or to provide the litigant with adequate redress for delays that have already occurred ...

EMD har fastholdt at «[t]he best solution in absolute terms is indisputably ... prevention»,¹³⁶ likevel slik at «States can also choose to introduce only a compensatory remedy ... without that remedy being regarded as ineffective».¹³⁷ Sammenhengen mellom de to formene har motivert

¹³¹ Roth mot Tyskland (2020) avsnitt 95-98.

¹³² *Ibid.*, avsnitt 78.

¹³³ Lorenzen med flere, Bind II (2011) s. 1167-1168.

¹³⁴ Kudla mot Polen (2000) avsnitt 147.

¹³⁵ Sürmeli mot Tyskland (2006) avsnitt 99.

¹³⁶ Scordino mot Italia (nr. 1) (2006) avsnitt 183.

¹³⁷ *Ibid.*, avsnitt 187.

EMD til å fremheve at enkelte stater «have understood the situation perfectly by choosing to combine two types of remedy, one designed to expedite the proceedings and the other to afford compensation».¹³⁸

Effektiv reparasjon kan i visse tilfeller oppnås uten erstatning, for eksempel hvis det i straffesaker idømmes lavere straff enn hva som ellers ville blitt gjort.¹³⁹ Hvis erstatning benyttes ved siden av andre virkemidler (enten preventive virkemidler eller andre reparerende virkemidler), kan det godtas lavere erstatning enn hvis erstatning benyttes alene.¹⁴⁰ Det kreves likevel at en erstatningsutmåling skjer i samsvar med prinsippene oppstilt i EMDs praksis, herunder at utbetaling må skje uten opphold og normalt innenfor seks måneder,¹⁴¹ at nasjonale prosedyrer for erstatningskrav oppfyller kravene i EMK artikkel 6,¹⁴² og at erstatningsutmålingen ikke er urimelig sammenliknet med EMDs praksis etter artikkel 41.¹⁴³ EMD har videre fastslått at i saker om lang saksbehandlingstid gjelder «a strong but rebuttable presumption that excessively long proceedings will occasion non-pecuniary damage»,¹⁴⁴ og at det er vanskelig å forene med denne presumsjonen hvis erstatning gjøres avhengig av at det påvises skyld på myndighetenes side.¹⁴⁵

Nylig har EMD uttalt seg i retning av at krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1 med hensyn til lang saksbehandlingstid innebærer en *rett* til erstatning, slik som i *Bieliński mot Polen* (2022) hvor EMD konstaterte krenkelse og fortsatt med å si at det «is therefore no doubt that his complaint is ‘arguable’ for the purposes of Article 13 and that he was entitled to a remedy whereby he could obtain appropriate relief for the Convention breach before the domestic authorities, including compensation for non-pecuniary damage suffered on account of delays that had occurred in his case».¹⁴⁶ Jeg tror ikke dette medfører noen endring i prinsippene om at andre virkemidler etter omstendighetene kan være tilstrekkelig, det fremstår som en kortform som ikke sier annet enn at erstatning skal være tilgjengelig som et virkemiddel når det er nødvendig for å reparere krenkelsen.

Jeg forstår praksis fra FNs menneskerettskomité slik at rettstilstanden etter SP for alle praktiske formål tilsvarer EMK. For eksempel i *Foumbi mot Kamerun* (2022) har komiteen uttalt at krenkelse av retten til å få sin sak pådømt uten unødig opphold krever at staten skal «compensate the author appropriately».¹⁴⁷

Med hensyn til uskyldspresumsjonen er mitt inntrykk fra EMDs praksis at konstatering av konvensjonskrenkelse ofte vil være tilstrekkelig for å oppfylle kravene i EMK artikkel 13. EMD

¹³⁸ *Ibid.*, avsnitt 186.

¹³⁹ Beck mot Norge (2001) avsnitt 28.

¹⁴⁰ F.eks. Bara og Kola mot Albania (2021) avsnitt 116.

¹⁴¹ Scordino mot Italia (nr. 1) (2006) avsnitt 198.

¹⁴² *Ibid.*, avsnitt 200.

¹⁴³ *Ibid.*, avsnitt 206, se nærmere i punkt 2.4.1 ovenfor. Se også Delle Cave og Corrado mot Italia (2007) avsnitt 45: «the mere fact that the compensation awarded was low does not in itself call into question the effectiveness».

¹⁴⁴ F.eks. Wasserman mot Russland (nr. 2) (2008) avsnitt 50.

¹⁴⁵ Burdov mot Russland (nr. 2) (2009) avsnitt 111.

¹⁴⁶ Bieliński mot Polen (2022) avsnitt 58, Rutkowski med flere mot Polen (2015) avsnitt 176.

¹⁴⁷ Foumbi mot Kamerun (2022) avsnitt 9.

har ved noen anledninger konstatert krenkelse av artikkel 13 ved overtredelser av uskyldspresumsjonen, men jeg kan ikke se at det da har blitt vist til at erstatning er nødvendig for å reparere krenkelsen.¹⁴⁸ Praksis synes heller å tilsi at en erstatningsordning ikke er tilstrekkelig i seg selv, men at den må ledsages av en tilstrekkelig klar konstatering av at uskyldspresumsjonen var krenket. Eksempelvis uttales det i *Januškevičienė mot Litauen* (2019):¹⁴⁹

The Court has previously accepted that a remedy under civil law can, in principle, be considered effective against alleged violations of the presumption of innocence ... In several cases it found remedies under civil law, offering the possibility of obtaining monetary compensation together with various other procedures for acknowledgment of or putting an end to the infringement of the presumption of innocence, to be effective within the meaning of the Convention ...

I denne dommen ble det imidlertid uttrykkelig vektlagt at klageren hadde hatt mulighet til å fremme et erstatningskrav, som begrunnelse for at artikkel 13 ikke var krenket.¹⁵⁰ Samme realitet er uttrykt på en litt annen måte i *Ringwald mot Kroatia* (2019), hvor det sies tydeligere at erstatning ikke er tilstrekkelig i seg selv:¹⁵¹

In view of the above, the Court finds that the national authorities expressly acknowledged a violation of the first applicant's right to be presumed innocent. This finding gave him a reasonable possibility of obtaining redress. However, he has not sought compensation in a civil action against the State. While the institution of civil proceedings for damages in itself cannot fully remedy an infringement of the right to the presumption of innocence ... such proceedings in combination with the Supreme Court's acknowledgment of a violation of his right to be presumed innocent do satisfy the requirements of effectiveness.

I HR-2018-1909-A viser Høyesterett til EMDs avgjørelse i *A mot Norge* (2018) som begrunnelse for at konstatering av konvensjonskrenkelsen utgjorde tilstrekkelig reparasjon.¹⁵² Jeg ser ingen grunn til å kritisere denne rettsoppfatningen, men det er brukt en begrunnelse med et nokså avgrenset virkeområde, nemlig der hvor en underinstans' krenkelse av uskyldspresumsjonen repareres med dom i ankeinstansen. Hvis uskyldspresumsjonen krenkes i en rettskraftig dom, kreves det tilgang til en ny prosedyre for å konstatere krenkelse, men det er vanskelig å utlede sikkert fra EMDs praksis om – og i så fall når – en slik ny prosedyre må innebære tilgang til erstatning i tillegg til tilstrekkelig konstatering av krenkelsen.

Med hensyn til nivået på EMDs utmåling av erstatning for ikke-økonomisk tap etter artikkel 41 har Lorenzen sammenfattet det slik at krenkelse av artikkel 6 nr. 1 med hensyn til lang saksbehandlingstid erstattes etter en vurdering av hvor mange instanser saken har vært behandlet i, og sakens samlede varighet. Utgangspunktet ser ut til å være mellom 1 000 og 2 000 euro pr. år de første årene, deretter et gradvis stigende beløp. Det gjøres også tilpasninger oppover eller nedover ut fra sakens særlige omstendigheter.¹⁵³

¹⁴⁸ F.eks. *Konstas mot Hellas* (2011), hvor det var fraværet av en ordning for reparasjon som begrunnet krenkelse, ikke spesifikt fraværet av en erstatningsordning.

¹⁴⁹ *Januškevičienė mot Litauen* (2019) avsnitt 59.

¹⁵⁰ *Ibid.*, avsnitt 69.

¹⁵¹ *Ringwald mot Kroatia* (2019) avsnitt 56.

¹⁵² HR-2018-1909-A avsnitt 66, jf. *A. mot Norge* (2018) avsnitt 40-41.

¹⁵³ Jeg viser her til Lorenzen med flere, *Bind II* (2011) s. 1168-1169 for nærmere detaljer.

3.4 EMK artikkel 8 og SP artikkel 17 (retten til privat- og familieliv)

En utfordring med EMK artikkel 8 og SP artikkel 17 er at de omfatter så mange forskjellige situasjoner at det er vanskelig å utlede allmenngyldige retningslinjer om erstatning for krenkelser av bestemmelsene som sådan. I større grad enn hva som gjelder for rettighetene som er behandlet i de foregående punktene, er det her tale om en mer variert vurdering av hva krenkelsen består i og hva tilfredsstillende reparasjon vil innebære. Det er imidlertid helt klart at enkelte krenkelser av EMK artikkel 8 kan medføre en rett til erstatning etter artikkel 13, særlig krenkelser som består i alvorlige inngrep i privatlivet eller familielivet. Michael Reiertsen sier generelt at «with regard to arguable violations of Article 8, the Court has explicitly stated that there must be a possibility of obtaining compensation for any damage suffered, including any nonpecuniary damages»,¹⁵⁴ men kanskje gjelder ikke dette helt generelt – i én dom har EMD uttalt at det ikke noe prinsipielt utgangspunkt om at krenkelser skal gi rett til erstatning.¹⁵⁵ Det finnes videre, så vidt jeg forstår, heller ingen presumsjon om at krenkelser medfører ikke-økonomisk tap, slik som tilfellet er ved krenkelser av artikkel 3 og 6. I realiteten må man skille mellom ulike typer krenkelser av artikkel 8.

Her er *T.P. og K.M. mot Storbritannia* (2001) en tidlig autoritet. Saken gjaldt en fire år gammel jente hvor det var mistanke om seksuelt misbruk fra morens kjæreste, og hvor de mistenkte handlingenes alvorlighetsgrad kombinert med sannsynligheten for at mor ikke var i stand til å beskytte jenta gjorde at barnevernsmyndighetene overtok omsorgen for jenta i ett år. Selve omsorgsovertakelsen ble ikke funnet å være i strid med artikkel 8, men EMD fant at myndighetens prosedyrer ikke hadde vært tilstrekkelig for å tillate moren effektiv deltakelse i prosessen. Det ble konstatert krenkelse av artikkel 8 på det grunnlaget.¹⁵⁶ I vurderingen av artikkel 13 gjentok EMD prinsippet om at «in appropriate cases, compensation for the pecuniary and non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as part of the range of redress»,¹⁵⁷ altså med virkning for artikkel 8. EMD fastslo også at i en slik sak kunne man ikke si at økonomisk kompensasjon ikke ville være en egnet reparasjon, men tvert imot at både «medical costs as well as significant pain and suffering» måtte erstattes.¹⁵⁸ Siden klagerne ikke hadde tilgang til en prosedyre som kunne sikre slik erstatning, ble det konstatert krenkelse av artikkel 13.¹⁵⁹ Denne dommen er sentral i en argumentasjon om at det for enkelte krenkelser av artikkel 8 må sies å gjelde en hovedregel om at artikkel 13 krever at det skal kunne tilkjennes erstatning for tap som følge av krenkelsen.

I saker om lang saksbehandlingstid i familiesaker «in which the length of the proceedings has a clear impact on the applicant's family life», for eksempel saker om fastsettelse av farskap, har EMD oppstilt liknende prinsipper som ved lang saksbehandlingstid i relasjon til artikkel 6:¹⁶⁰

¹⁵⁴ Reiertsen (2022) s. 199.

¹⁵⁵ Se *Klaedes mot Kypros* (2015) avsnitt 34, «Article 8 does not necessarily entail a right to monetary compensation» – tilsvarende formulering finnes imidlertid ikke i noen annen avgjørelse i EMDs database HUDOC.

¹⁵⁶ *T.P. og K.M. mot Storbritannia* (2001) avsnitt 83.

¹⁵⁷ *Ibid.*, avsnitt 107.

¹⁵⁸ *Ibid.*, avsnitt 109.

¹⁵⁹ *Ibid.*, avsnitt 110.

¹⁶⁰ *Kuppinger mot Tyskland* (2015) avsnitt 137.

However, in proceedings in which the length of the proceedings has a clear impact on the applicant's family life (and which thus fall to be examined under Article 8 of the Convention) the Court has considered that a more rigid approach is called for, which obliges the States to put into place a remedy which is at the same time preventive and compensatory ...

Også for enkelte andre krenkelser kan erstatning være nødvendig. Saken *X med flere mot Russland* (2020) gjaldt publisering på internett av en rettsavgjørelse som avslørte at klagernes barn var adoptert. Her ble det konstatert krenkelse av artikkel 13 fordi ikke fantes nasjonale prosedyrer som tillot klagerne å søke erstatning for ikke-økonomisk tap. Det ble også uttalt at statens ansvar for systemfeil i rettsvesenet ikke kunne gjøres avhengig av at en dommer ble holdt strafferettslig ansvarlig, fordi dette ville gjøre det sivilrettslige erstatningsansvaret avhengig av elementer som lå utenfor skadelidtes kontroll.¹⁶¹

Samtidig er det en rekke saker hvor EMD har vurdert effektiviteten av nasjonale rettsmidler uten å antyde at disse forutsetter en adgang til erstatning.¹⁶² I HR-2022-2421-A fant Høyesterett at ulovlig ransaking i strid med EMK artikkel 8 ble tilstrekkelig reparert ved konstatering av krenkelsen uten at det var nødvendig med reduksjon av straff i den påfølgende straffesaken eller erstatning, og her viste Høyesterett til dommer hvor EMD ikke fant det nødvendig å tilkjenne erstatning etter EMK artikkel 41.¹⁶³ Så vidt jeg kan bedømme, gir denne dommen uttrykk for en fullt forsvarlig forståelse av EMDs praksis med relevans også for artikkel 13.

Også etter SP er det en tendens til at så lenge det ikke kan påvises noe økonomisk tap, så krever ikke FNs menneskerettskomité nødvendigvis erstatning ved krenkelser av retten til privat- og familieliv, jf. SP artikkel 17. Det skal noe mer til enn at bestemmelsen er krenket for at komiteen skal be om at det utbetales erstatning for ikke-økonomisk tap. Saken *Raihman mot Latvia* (2010) er et eksempel. Saken handlet om at latviske myndigheter i 1998 hadde endret skrivemåten av klagerens navn for å tilpasse det til latviske forhold, uten klagerens samtykke. Det ble konstatert krenkelse av SP artikkel 17, men noen erstatning ble ikke nevnt av komiteen, som bare krevde at myndighetene måtte tilby «an appropriate remedy».¹⁶⁴ I en eldre sak, *Toonen mot Australia* (1994), som konstaterte krenkelse av artikkel 17 på grunn av australsk kriminalisering av homoseksuell aktivitet, nøyde komiteen seg med å kreve en lovendring – «an effective remedy would be the repeal of Sections 122(a), (c) and 123 of the Tasmanian Criminal Code».¹⁶⁵

Jeg tror det er vanskelig å gi noen klarere konklusjon enn at det beror på de nærmere omstendighetene om en krenkelse av artikkel 8 krever tilgang til erstatning i nasjonal rett, men at det for visse typer krenkelser må kunne kreves erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap.

¹⁶¹ *X med flere mot Russland* (2020) avsnitt 75, bare tilgjengelig på fransk: «En outre, faire dépendre la mise en jeu de la responsabilité de l'État pour un dysfonctionnement de la justice, portant atteinte aux droits fondamentaux, d'une faute du juge condamné au pénal revient à faire dépendre ce droit d'un élément qui échappe au pouvoir de la victime d'un tel dysfonctionnement.»

¹⁶² Her nøyer jeg meg med å vise til EMDs guide til artikkel 13, s. 48 flg.

¹⁶³ HR-2022-2421-A avsnitt 26-31.

¹⁶⁴ *Raihman mot Latvia* (2010) avsnitt 10.

¹⁶⁵ *Toonen mot Australia* (1994) avsnitt 10.

3.5 Andre rettigheter

3.5.1 EMK

Jeg mener det er trygt å fastslå ut fra EMDs praksis (og fra FNs menneskerettskomité's praksis, med større forbehold) at rettighetene nevnt i de foregående punktene er de mest sentrale for denne utredningens formål. I det følgende gis en mer kortfattet oversikt over andre rettigheter. Først vil oppmerksomheten ligge på EMK, før SP behandles i neste punkt.

I det følgende nevnes ikke alle rettigheter i EMK, bare rettigheter hvor EMDs praksis gir grunnlag for å si at erstatning bør inngå som et virkemiddel etter artikkel 13 eller hvor det av andre grunner fremstår som hensiktsmessig å gjengi min forståelse av praksis. Jeg tar alle forbehold knyttet til utelatelser her idet jeg ikke kan utelukke at det er praksis jeg har oversett innenfor denne utredningens rammer. Samtidig må det generelt understrekes at det ikke kan sluttes at erstatning ikke kan være et nødvendig virkemiddel etter artikkel 13 bare fordi det ikke foreligger praksis om dette ennå, siden det kan hende at spørsmålet ikke har kommet på spissen eller at EMDs praksis fortsatt vil utvikle seg fremover.

EMK artikkel 4 om forbudet mot slaveri og tvangsarbeid: Her finner jeg ingen dommer som oppstiller noe krav om erstatning etter EMK artikkel 13. Dette er en bestemmelse hvor EMD har en nokså begrenset praksis, og det har sjelden kommet opp spørsmål om hvilke krav artikkel 13 stiller til nasjonale rettsmidler i saker hvor artikkel 4 påstås brutt. I én sak la EMD til grunn at den positive forpliktelsen etter artikkel 4 til å gjennomføre en effektiv etterforskning er *lex specialis* til artikkel 13,¹⁶⁶ og artikkel 13 ser i det hele tatt ut til å spille en begrenset rolle her.

EMK artikkel 5 om frihetsberøvelse: Her er artikkel 5 nr. 5 *lex specialis* og dekker opp det meste av behovet for erstatningsordninger ved ulovlig frihetsberøvelse. EMK artikkel 13 har likevel en selvstendig betydning for enkelte former for frihetsberøvelse, men dette gjelder først og fremst saker om tvungne forsvinninger hvor den forsvunnes nærstående kan ha rett til erstatning.¹⁶⁷ I en norsk kontekst ser jeg ingen vesentlig rolle for artikkel 13 ved siden av artikkel 5 nr. 5.

EMK artikkel 7 om tilbakevirkningsforbudet: Her ser det ikke ut til å finnes praksis fra EMD som oppstiller et krav om erstatning som en del av retten til effektive rettsmidler.

EMK artikkel 9 om religionsfrihet: Her ser det ikke ut til å finnes praksis fra EMD som oppstiller et krav om erstatning som en del av retten til effektive rettsmidler.

EMK artikkel 10 om ytringsfrihet: I *Karácsony mot Ungarn* (2014) gjentok EMD i kammer rettssetningen som ellers brukes primært innenfor artikkel 2 og 3, om at «compensation for the non-pecuniary damage ... should also be part of the range available remedies»,¹⁶⁸ men det kan ikke legges særlig vekt på dette: Uttalelsen kom med henvisning til en dom som gjaldt artikkel 3 uten noen egen begrunnelse for overføringsverdien til artikkel 10, og saken ble senere bragt

¹⁶⁶ C.N. og V. mot Frankrike (2012) avsnitt 113.

¹⁶⁷ For eksempel Kurt mot Tyrkia (1998) avsnitt 140.

¹⁶⁸ Karácsony mot Ungarn (kammer, 2014) avsnitt 96.

inn for storkammer hvor det ikke ble gjort noen egen vurdering av artikkel 13.¹⁶⁹ Dommen antyder likevel at det ikke er utelukket at EMD i senere saker kan oppstille slike prinsipper også for artikkel 10. Saken *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs og Gubi mot Østerrike* (1994) gir et eksempel på at EMD aksepterer at krenkelse av artikkel 10 kan medføre ikke-økonomisk tap, men dette ble uttalt i relasjon til daværende artikkel 50 (nå artikkel 41), og det ble samtidig konkludert med at konstatering av krenkelsen innebar tilstrekkelig kompensasjon.¹⁷⁰ Det er i det hele tatt vanskelig å finne klare eksempler på at erstatning skal inngå som en del av effektive nasjonale rettsmidler ved krenkelser av artikkel 10, men utelukket kan dette ikke sies å være.

EMK artikkel 11 om forsamlings- og foreningsfrihet: Også her har EMD anerkjent ikke-økonomisk tap ved utmåling av erstatning etter artikkel 41, men jeg kjenner ikke saker hvor dette har vært oppstilt som et krav etter EMK artikkel 13. Saken *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) mot Tyrkia* (1999) er uansett verdt å nevne fordi EMD her tilkjente erstatning for ikke-økonomisk tap etter konvensjonsstridig oppløsning av et politisk party, fordi oppløsningen måtte ha vært «highly frustrating for its founders and members».¹⁷¹ Saken er dermed et eksempel på at juridiske personer – her et politisk parti – kan ha rett til erstatning for ikke-økonomisk tap.¹⁷²

EMK artikkel 14 om diskrimineringsforbudet: Her finnes det flere eksempler på at EMD utmåler erstatning for ikke-økonomisk tap etter artikkel 41, og også noen eksempler på at dette fremheves som et virkemiddel som ledd i effektive rettsmidler etter artikkel 13. I *Toplak og Mrak mot Slovenia* (2021), som gjaldt diskriminering av mennesker med nedsatt funksjonsevne ved utøvelse av stemmerett, fant EMD at «an action of which the sole purpose was to obtain a finding of a violation without the possibility to seek redress would constitute an inadequate remedy»,¹⁷³ og dette antyder at nasjonale erstatningsordninger kan være nødvendig for å oppfylle kravet til effektive rettsmidler i tilfeller av konvensjonsstridig diskriminering. Det er også helt klart at diskriminering kan føre til belastninger som begrunner erstatning for ikke-økonomisk tap. I *Beizaras og Levickas mot Litauen* (2020) fant EMD ved utmåling av erstatning etter artikkel 41 at «the applicants suffered distress and frustration on account of the violations of their rights under Articles 8, 13 and 14 of the Convention» og at «non-pecuniary damage would not be adequately compensated for by the mere finding of those breaches».¹⁷⁴

Første tilleggsprotokoll artikkel 1 om vern av eiendomsretten: Ved krenkelser av eiendomsretten vil ofte erstatning for ikke-økonomisk tap være det sentrale, men det fremgår klart av EMDs praksis at slike krenkelser etter omstendighetene også kan medføre behov for erstatning for ikke-økonomisk tap. Her er det tilstrekkelig for mitt formål å vise til *Marshall med flere mot Malta* (2020):¹⁷⁵

¹⁶⁹ Karácsony mot Ungarn (storkammer, 2016) avsnitt 174.

¹⁷⁰ Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs og Gubi mot Østerrike (1994) avsnitt 62.

¹⁷¹ Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) mot Tyrkia (1999) avsnitt 57.

¹⁷² Jf. punkt 6.4.2 nedenfor.

¹⁷³ Toplak og Mrak mot Slovenia (2021) avsnitt 90.

¹⁷⁴ Beizaras og Levickas mot Litauen (2020) avsnitt 160.

¹⁷⁵ Marshall med flere mot Malta (2020) avsnitt 78.

The Court reiterates that, just like an award for pecuniary damage under Article 41 of the Convention, an award for pecuniary damage made by a domestic court must be intended to put the applicant, as far as possible, in the position he would have enjoyed had the breach not occurred. It transpires from the information and cases brought before the Court that this is often not the case. Such pecuniary awards are also often not accompanied by an adequate award of non-pecuniary damage and/or an order for the payment of the relevant costs ...

I samme retning trekker *Apap Bologna mot Malta* (2016), hvor ett element som ledet frem mot en konklusjon om krenkelse av artikkel 13 var at klageren «would still have had no possibility of obtaining an award for non-pecuniary damage».¹⁷⁶

Første tilleggsprotokoll artikkel 3 om rett til frie valg: Her antyder *Toplak og Mrak mot Slovenia* (nevnt ovenfor) at det kan oppstå spørsmål om erstatning i saker om utøvelse av stemmerett, men ellers virker dette å være en rettighet hvor EMD med henvisning til statenes skjønnsmargin og subsidiaritetsprinsippet viker tilbake fra å kreve særskilte virkemidler, særlig med hensyn til retten til å stille til valg. Her er *Mugemangango mot Belgia* (2020) sentral:¹⁷⁷

Having regard to the subsidiarity principle and the diversity of the electoral systems existing in Europe ... it is not for the Court to indicate what type of remedy should be provided in order to satisfy the requirements of the Convention ... This question, closely linked to the principle of the separation of powers, falls within the wide margin of appreciation afforded to Contracting States in organising their electoral system ...

Det kan også vises til *Paunović og Milivojević mot Serbia* (2016), som også gjaldt retten til å stille til valg. Her konstaterte EMD krenkelse av artikkel 13 på grunn av fraværet av en effektiv ordning for å overprøve en myndighetsbeslutning som hindret klagerne i å stille, men det ble ikke pekt på noe krav om erstatning etter nasjonal rett, og EMD fant selv at konstatering av krenkelsen utgjorde tilstrekkelig reparasjon etter artikkel 41.¹⁷⁸

3.5.2 SP

Som allerede nevnt i punkt 2.5.1 ovenfor innebærer fraværet i SP av en bestemmelse tilsvarende EMK artikkel 41 at FNs menneskerettskomité må vise til artikkel 2 nr. 3 som rettslig grunnlag for erstatningsansvar i alle tilfeller hvor dette er aktuelt. Dette betyr at artikkel 2 nr. 3 kan være benyttet for å konstatere erstatningsansvar ved krenkelse av rettigheter i SP uten at tilsvarende er gjort for rettigheter i EMK med henvisning til EMK artikkel 13. Dette betyr ikke nødvendigvis at det uten videre kan slutes at nasjonale domstoler eller andre myndigheter i samme omfang plikter til å tilby erstatning som et rettsmiddel ved nasjonal reparasjon av krenkelser, siden noen slike uttalelser bruker SP artikkel 2 nr. 3 i «EMK artikkel 41-betydningen». I noen saker peker imidlertid komiteen uttrykkelig på at en sak kan behandles internasjonalt fordi staten ikke har tilbudt et effektivt rettsmiddel i form av erstatning, som betyr at artikkel 2 nr. 3 uttrykkelig benyttes i «EMK artikkel 13-betydningen». Et eksempel gir *Kang*

¹⁷⁶ *Apap Bologna mot Malta* (2016) avsnitt 92.

¹⁷⁷ *Mugemangango mot Belgia* (2020) avsnitt 138.

¹⁷⁸ *Paunović og Milivojević mot Serbia* (2016) avsnitt 73 og 84.

mot Sør-Korea (2003), som gjaldt ulovlig frihetsberøvelse. Her ble klageren løslatt før saken kom opp, men komiteen pekte på at løslatelse ikke var nok:¹⁷⁹

The Committee observes that a communication could only be considered to be deprived of object and inadmissible if the State party had provided a full and effective remedy for the allegations brought before the Committee. In the present case, there is no indication that appropriate compensation for the alleged violations of the Covenant has been granted to the author. Accordingly, the Committee considers that the question whether an effective remedy has been provided can only be determined by addressing the merits of the case.

Nevnes kan også *L.N.P. mot Argentina* (2011), selv om erstatningsspørsmålet i denne saken ble løst med forlik før komiteen kom med sin uttalelse. Saken gjaldt statens manglende oppfølging etter gruppevoldtekt av en ung jente tilhørende en urbefolkningsgruppe, blant annet ved at overgriperne ble frifunnet i en rettsak jenta og hennes nærstående ikke fikk vite om. Her ble det påpekt at det ikke fantes nasjonale rettsmidler som kunne gi offeret reparasjon på det nasjonale planet, men erstatning ble ikke nevnt særskilt.¹⁸⁰ Saken gir også et eksempel på at FNs menneskerettskomité også krever effektive rettsmidler når det er tale om overtredelser av statens positive forpliktelser for å sikre en rettighet.

Et kjennetegn ved komiteens praksis er også at det gjerne konstateres krenkelse av flere ulike rettigheter før det påpekes en generell forpliktelse til å betale erstatning uten at dette knyttes til noen enkelt av de krenkede rettighetene.¹⁸¹ Dette gjør det krevende å bryte uttalelser om erstatning ned til enkeltrettigheter. I det følgende fremhever jeg bare uttalelser som angår én enkelt rettighet, men det må da understrekes at komiteen har uttalt seg om erstatning i relasjon til en rekke rettigheter som ikke er nevnt her. Slike uttalelser vil imidlertid normalt ikke være mer konkrete enn av det kreves «adequate compensation» for konvensjonskrenkelsene sett samlet. Det synes egentlig bare å være et begrenset antall rettigheter hvor komiteen har oppstilt et erstatningsansvar ut fra artikkel 2 nr. 3 i saker knyttet til én rettighet alene. Likevel er det en tydelig tendens i praksis fra de senere årene at komiteen nå nærmest rutinemessig krever reparasjon i form av «adequate compensation» når det konstateres en krenkelse, uavhengig av hvilke(n) rettighet(er) som er krenket.

For *artikkel 18 om tanke- samvittighets- og religionsfrihet* er det vist til et erstatningsansvar blant annet i *Atasoy og Sarkut mot Tyrkia* (2012) om personer som ble straffedømt etter å ha motsatt seg militærtjeneste av religiøse grunner – her ba komiteen om «an effective remedy, including expunging their criminal records and providing them with adequate compensation».¹⁸²

For *artikkel 19 om ytringsfrihet* har komiteen i flere saker krevd at når klageren har blitt ilagt bot i strid med ytringsfrihet, skal boten betales tilbake.¹⁸³ I noen tilfeller har imidlertid komiteen

¹⁷⁹ *Kang mot Sør-Korea* (2003) avsnitt 6.4.

¹⁸⁰ *L.N.P. mot Argentina* (2011) avsnitt 13.8. I avsnitt 14 merker komiteen seg «the compensatory measures agreed upon between the author and the State party through the amicable settlement procedure».

¹⁸¹ Blant mange eksempler, se *Bwalya mot Zambia* (1993) avsnitt 7 og 8, hvor det ble konstatert krenkelse av artikkel 9 nr. 1 og nr. 3, artikkel 12, artikkel 19, artikkel 25 bokstav a, og artikkel 26, mens staten generelt ble bedt om å betale «appropriate compensation».

¹⁸² *Atasoy og Sarkut mot Tyrkia* (2012) avsnitt 12.

¹⁸³ Se saker mot Belarus nevnt i fotnote 54 ovenfor.

krevd at det skal betales en erstatning i tillegg til dette, for eksempel i *Tulzhenkova mot Belarus* (2012) hvor komiteen uttalte at et effektivt rettsmiddel ville inkludere «reimbursement of the value of the fine ... and any legal costs incurred by the author, as well as compensation».¹⁸⁴

Artikkel 24 om barns rettigheter var den krenkede rettigheten i *Ali mot Norge* (2022), hvor Norge ble bedt om å betale «adequate compensation» som følge av interneringen av en barnefamilie. Et annet forhold etter samme rettighet ble vurdert i *D.Z. mot Nederland* (2021), som gjaldt et barns rett til et statsborgerskap. Også her ble det konstatert krenkelse av artikkel 24, og også her krevde komiteen «adequate compensation».¹⁸⁵ Felles for begge disse sakene er at det er ikke-økonomisk tap som er relevant.

For *politiske rettigheter i artikkel 25* krevde komiteen i 2001 ikke erstatning i en sak om retten til å stille til valg,¹⁸⁶ mens i en nyere sak om samme rettighet i 2010 ble erstatning krevd.¹⁸⁷

For *diskrimineringsforbudet i artikkel 26* er praksis sprikende. I en eldre sak som har vært sentral i komiteens praksis, *Broeks mot Nederland* (1990), fant komiteen at nederlandsk lovgivning om sosiale ytelser (arbeidsledighetsstøtte) var kjønnsdiskriminerende. Selv om det ble konstatert konvensjonskrenkelse, pekte komiteen ikke uttrykkelig på noen plikt til å betale erstatning.¹⁸⁸

Although the State party has thus taken the necessary measures to put an end to the kind of discrimination suffered by Mrs. Broeks at the time complained of, the Committee is of the view that the State party should offer Mrs. Broeks an appropriate remedy.

Dette var etter at komiteen hadde etablert en klar praksis om erstatning som en del av rettsmidlene etter artikkel 2 nr. 3. Det er likevel uklart om det hadde noen praktisk betydning at erstatning ikke ble nevnt her. Skaden som var lidet var dominerende økonomisk (unnlatt utbetaling av trygdestønad), og det fantes neppe noen annen «appropriate remedy» enn erstatning for det økonomiske tapet.

I en sak mot Tsjekkia fra 2001 ble det konstatert krenkelse av artikkel 26 i en sak om restitusjon av eiendom, etter at en lov fra 1992 som skulle sikre restitusjon av eiendom som ble konfiskert etter andre verdenskrig ble funnet å være diskriminerende. Her krevde komiteen erstatning.¹⁸⁹

... an effective remedy, entailing in this case prompt restitution of the property in question or compensation therefore, and, in addition, appropriate compensation in respect of the fact that the author and his surviving spouse have been deprived of the enjoyment of their property ...

¹⁸⁴ *Tulzhenkova mot Belarus* (2012) avsnitt 11. Det fremgår ikke av uttalelsen hva en erstatning utover boten skulle dekke.

¹⁸⁵ *D.Z. mot Nederland* (2021) avsnitt 10.

¹⁸⁶ *Ignatane mot Latvia* (2001) avsnitt 8 krever bare «effective remedy».

¹⁸⁷ *Sudalenko mot Belarus* (2010) avsnitt 8, «the State party is under an obligation to provide the author with an effective remedy, including compensation, as well as to consider any future application for nomination of the author as a candidate for the elections in full compliance with the Covenant».

¹⁸⁸ *Broeks mot Nederland* (1990) avsnitt 16.

¹⁸⁹ *Des Fours Walderode og Kammerlander mot Tsjekkia* (2001) avsnitt 9.2. Ved å si «restitution ... or compensation» er vel uttalelsen på linje med *Simunek med flere mot Tsjekkia* (1995), ovenfor fotnote 53, men tilføyselsen om mulig erstatning for ikke-økonomisk tap var ny.

Denne uttalelsen retter seg dels mot det økonomiske tapet som følger av tap av eiendom, men ser også ut til å rette seg mot et ikke-økonomisk tap knyttet til at man ikke har kunnet benytte eiendommen. I en omtrent samtidig sak om diskriminering mellom EØS-borgere og andre borgere (om å være valgbar til et tillitsverv i arbeidslivet) nøyde komiteen seg med å kreve en lovendring:¹⁹⁰

In accordance with article 2, paragraph 3 (a), of the Covenant, the State party is under an obligation to provide the author with an effective remedy, consisting of modifying the applicable law so that no improper differentiation is made between persons in the author's situation and EEA nationals.

Her er det imidlertid ikke helt klart hvilket tap som eventuelt kunne tenkes lidt, verken økonomisk eller ikke-økonomisk. Det samme gjelder *Müller og Engelhard mot Namibia* (2002), hvor det konvensjonsstridige diskrimineringen bestod i at mens en kvinne uten videre kunne ta mannens etternavn ved ekteskap, måtte mannen søke for å kunne ta kvinnens etternavn. Erstatning ble ikke nevnt.¹⁹¹ Mange andre saker kunne vært nevnt, men dette er tilstrekkelig for å antyde at i tilfeller av konvensjonsstridig diskriminering vil det bero på sakens nærmere omstendigheter om det er nødvendig med erstatning eller ikke.

For *artikkel 27 om minoriteters rettigheter* kan nevnes *Pereira og Benega mot Paraguay* (2022), selv om det her ble konstatert krenkelse av både artikkel 17 og 27. Saken gjaldt statens unnløstelse av å sikre en urbefolknings områder mot alvorlig og langvarig forurensning fra nærliggende landbruk. Her fremhevet komiteen behovet for «appropriate compensation», men den uttalte også at statens tidsbruk utgjorde en selvstendig krenkelse av artikkel 2 nr. 3 siden forurensningen (konvensjonskrenkelsen) vedvarte mens staten vurderte oppfølging:¹⁹²

Therefore, the Committee is of the view that, more than 12 years after the authors filed their criminal complaint regarding the fumigation with toxic agrochemicals, to which they have continued to be exposed throughout this period, the investigations have not progressed in any meaningful way and the State party has not justified the delay or enabled the making of reparations, in violation of article 2 (3) of the Covenant, read in conjunction with articles 17 and 27.

¹⁹⁰ Karakurt mot Østerrike (2002) avsnitt 10.

¹⁹¹ Müller og Engelhard mot Namibia (2002) avsnitt 8.

¹⁹² Pereira og Benega mot Paraguay (2022) avsnitt 8.

4 BEHOVET FOR LOVREGULERING: NORSK RETT

4.1 Oppreisningserstatning krever hjemmel i lov

I norsk rett er det enighet om at oppreisning krever særskilt grunnlag i lov. I Rt. 2013 s. 805 er dette uttrykt slik:¹⁹³

Reglene om oppreisning er – i motsetning til mye av den øvrige erstatningsretten – først og fremst et resultat av lovgivning, og Høyesterett har i flere avgjørelser bygget på at et krav om oppreisning må være forankret i lov, jf. Rt-1986-1326 og HR-2012-695-U. At nyere rettspraksis i større grad enn før fremhever oppreisningens betydning som kompensasjon for fornærmede, endrer ikke dette utgangspunktet.

Enda klarere og enda enklere ble det formulert i Rt. 2015 s. 1324: «For å idømme oppreisningserstatning kreves det hjemmel i lov ...». Jeg kjenner ikke til at dette har blitt betvilt i nyere praksis.

Jeg må nok innrømme at jeg ikke helt ser begrunnelsen for et så ubetinget lovskrav i tilfeller hvor det er offentlige myndigheter som er skadevolder. Her er jeg helt enig med Hålogaland lagmannsretts uttalelse i dom 25. mai 2023:¹⁹⁴ «I dette tilfellet er det aktuelle å idømme en kommune slikt erstatningsansvar, hvilket er mindre problematisk sett i lys av legalitetsprinsippet enn i tilfeller hvor det er spørsmål å om å idømme en privat part slikt ansvar.» For denne utredningens formål kan det også nevnes at Høyesterett har benyttet andre virkemidler for å reparere menneskerettskrenkelser uten at disse har hatt hjemmel i lov, se særlig HR-2020-2136-A avsnitt 113-114 om fradrag i straff som kompensasjon for kroppsvisitasjoner i strid med EMK artikkel 13.¹⁹⁵

Det faller imidlertid utenfor mitt mandat og min faglige kompetanse å betvile eksisterende praksis på dette området, selv om jeg forstår at hjemmelskravet for oppreisning har blitt diskutert i juridisk teori.¹⁹⁶ Jeg legger derfor uten videre til grunn som gjeldende rett at oppreisningserstatning krever hjemmel i lov.

4.2 Erstatning for økonomisk tap

For økonomisk tap gjelder ikke samme krav om lovhjemmel. Her er utgangspunktet heller at økonomisk tap skal erstattes hvis de alminnelige erstatningsvilkårene er oppfylt: Ansvarsgrunnlag, en skade/tap, og adekvat årsakssammenheng mellom den skadevoldende handlingen og det økonomiske tapet. Alle disse reiser for så vidt relevante spørsmål når det er tale om erstatning for menneskerettskrenkelser, men det er ikke nødvendigvis spørsmål som står i et annet lys for slike krenkelser enn for andre skadevoldende handlinger. Det er ikke

¹⁹³ Rt. 2013 s. 805 avsnitt 24.

¹⁹⁴ LH-2022-170416, unummerert avsnitt.

¹⁹⁵ Oslo tingrett fremhevet dette momentet i TOSL-2022-84812, se nærmere i punkt 4.4.1 nedenfor.

¹⁹⁶ Se f.eks. Bergsjø (2020) s. 537-616, særlig s. 600 flg.

hensiktsmessig her å redegjøre i særlig grad for erstatningsrettslige utgangspunkter, men to helt grunnleggende elementer kan nevnes:

For det første bygger norsk erstatningsrett på to hovedhensyn, nemlig gjenopprettelseshensynet og prevensjonshensynet.¹⁹⁷ Gjenopprettelseshensynet innebærer at skadelidte skal settes i samme økonomiske stilling som før skaden skjedde, og dette er et naturlig utgangspunkt også når det er tale om erstatning for menneskerettskrenkelser. Dersom det foreligger et ansvarsgrunnlag, vil utgangspunktet være full erstatning for det økonomiske tapet. Prevensjonshensynet innebærer at et erstatningsansvar skal motivere mulige skadevoldere til å unngå å volde skade. Det kan diskuteres hvor viktig dette hensynet er når det er tale om skadevoldelse av offentlige myndigheter, men ved vurderingen av behovet for lovregulering kan det tas i betraktning om et erstatningsansvar ved menneskerettskrenkelser bidrar til å motivere offentlige myndigheter til å respektere menneskerettighetene.

For det annet finnes det en rekke ansvarsgrunnlag i norsk erstatningsrett, og et sentralt spørsmål når det er tale om erstatning for menneskerettskrenkelser er hvilket ansvarsgrunnlag som gjelder. Dette behandles særskilt i punkt 6.2 nedenfor. Her nevnes helt kort at det alminnelige ansvarsgrunnlaget i norsk rett er skyldansvaret (culpaansvaret), som innebærer at det kreves en eller annen form for bebreidelse hos skadevolder for at erstatningsansvar skal inntre. I tilfeller hvor en menneskerettskrenkelse kan føres tilbake til utvist skyld hos skadevolderen, vil det alminnelige culpaansvaret kunne være tilstrekkelig for å konstatere erstatningsansvar. En utfordring, som vil bli belyst ulike steder i det følgende, er imidlertid at dette sjelden er en tilfredsstillende løsning ved menneskerettskrenkelser. Dels vil det ofte være vanskelig å konstatere skyld hos en bestemt myndighetsutøver, dels vil menneskerettsbruddet ofte bestå i en systemsvikt snarere enn en enkelt handling, og dels vil det ofte være urimelig (både for skadelidte og for den umiddelbare skadevolder) om en enkelt person skal holdes økonomisk ansvarlig for en menneskerettskrenkende handling som begås som ledd i utøvelsen av offentlig myndighet. Det kreves imidlertid et eget rettslig grunnlag for at et annet ansvarsgrunnlag enn alminnelig culpa skal gjelde, og neste punkt vil introdusere de mest relevante ansvarsgrunnlagene som finnes i norsk rett med sikte på erstatning for menneskerettskrenkelser.

4.3 Hvor langt rekker eksisterende rettslige grunnlag?

4.3.1 Arbeidsgiveransvaret

Arbeidsgiveransvaret er lovfestet i skadeserstatningsloven § 2-1, som gjelder for både offentlige og andre arbeidsgivere. Bestemmelsens hovedregel er at arbeidsgiver «svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt». Arbeidsgiveransvaret er et avledet ansvar, hvor en arbeidsgiver blir objektivt ansvarlig for en arbeidstakers uaktsomme eller forsettlige skadevoldelse. Arbeidsgiveransvaret omfatter også offentlige arbeidsgivere, jf. § 2-1 annet ledd,

¹⁹⁷ Se f.eks. Kjelland (2019) s. 3.

og dette ansvaret «omfatter også ansvar for myndighetshandlinger».¹⁹⁸ Et viktig trekk ved arbeidsgiveransvaret er at det også omfatter anonyme og kumulative feil. Anonyme feil foreligger når «det er på det rene at det er begått en ansvarsbetingende feil fra noen av arbeidsgiverens folk ... selv om det ikke kan påvises hvem det er som har begått feilen», mens kumulative feil foreligger når «det er begått flere feil eller forsømmelser som ikke hver for seg er tilstrekkelig til å betinge ansvar, men hvor hele forholdet sett i sammenheng må anses erstatningsbetingende».¹⁹⁹ Gjennom å omfatte anonyme og kumulative feil, samt ved at det er det offentlige organet som arbeidsgiver som blir ansvarlig, vil arbeidsgiveransvaret svare på en del av utfordringene knyttet til anvendelse av et alminnelig culpaansvar for erstatningsansvar ved menneskerettskrenkelser. Andre utfordringer besvares derimot ikke. For det første omfatter arbeidsgiveransvaret bare økonomisk tap, ikke oppreisning (ikke-økonomisk tap), siden oppreisningsansvar er et personlig ansvar hos skadevolder. For det annet har arbeidsgiveransvaret uklare grenser, dels gjennom forbeholdet i § 2-1 første ledd første punktum om at hensyn må tas til de krav skadelidte med rimelighet kan stille, men også gjennom den uttrykkelige avgrensningen i § 2-1 første ledd annet punktum: «Ansvaret omfatter ikke skade som skyldes at arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet.» Selv om det her kanskje kan identifiseres «en rettsutvikling i skadelidtes favør»,²⁰⁰ medfører de uklare grensene for arbeidsgiveransvaret at dette ansvaret skaper utfordringer med hensyn til effektiv reparasjon av menneskerettskrenkelser, også for økonomisk tap.

I norsk rettspraksis har arbeidsgiveransvaret tidvis vært brukt for å vurdere erstatning for økonomisk tap som følge av menneskerettskrenkelser. Her er Rt. 2010 s. 291 «Vangen eiendom» et kjent eksempel. Dommen har blitt kritisert, og vil bli kritisert også i det følgende her. Høyesteretts uttalelse om at arbeidsgiveransvaret også *kan* omfatte menneskerettskrenkelser er imidlertid isolert sett klart korrekt: saken handlet om et inngrep i eiendomsretten, jf. EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1, og Høyesterett uttalte at «[p]å de vilkår som fremgår av skadeserstatningsloven § 2-1, kan Vangen Eiendom AS også kreve erstatning».²⁰¹ Det Høyesterett sier i forlengelsen av dette, er imidlertid nyttig både for å vise ansvarsgrunnlagets begrensninger, og for å introdusere noe av kritikken mot dommen. Høyesterett sier at dette arbeidsgiveransvaret «er åpenbart tilstrekkelig for å tilfredsstillе artikkel 13» og at statene «er ikke forpliktet til å etablere ordninger med objektivt erstatningsansvar for krenkelse av konvensjonsrettigheter».²⁰² Som jeg vil komme tilbake til i punkt 6.2, mener jeg dette ikke er holdbart. Videre kom Høyesterett i den konkrete saken til at vilkårene for arbeidsgiveransvaret ikke var oppfylt: «Avgjørende for om kommunen hefter på grunnlag av arbeidsgiveransvaret, er om kommunens lovforståelse var forsvarlig, og det mener jeg at den var.»²⁰³ Dette viser at arbeidsgiveransvaret ikke (alltid) strekker til ved menneskerettskrenkelser – hvis det forholdet som fører til en menneskerettskrenkelse består i mangelfull lovgivning, vil det ikke være

¹⁹⁸ Se for eksempel Rt. 2010 s. 291 avsnitt 29.

¹⁹⁹ Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) kapittel XI på s. 78-79. Arbeidsgiveransvaret er beskrevet blant annet i Kjelland (2019) s. 207-224.

²⁰⁰ Kjelland (2019) s. 216.

²⁰¹ Rt. 2010 s. 91 avsnitt 39.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*, avsnitt 49.

ansvarsbetingende etter arbeidsgiveransvaret hvis et offentlig organ har handlet innenfor rammene av denne lovgivningen.

Jeg mener det er helt klart at selv om arbeidsgiveransvaret etter omstendighetene kan utgjøre grunnlag for å tilkjenne erstatning for økonomisk tap ved visse menneskerettskrenkelser, er dette ansvarsgrunnlaget ikke i seg selv nok til å tilfredsstillende EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3. Det omfatter ikke ikke-økonomisk tap, og det strekker ikke til når menneskerettskrenkelsen består i en systemsvikt som ligger utenfor det direkte skadevoldende organet selv.

4.3.2 Oppreisningsregelen i skl. § 3-5

Skadeserstatningsloven § 3-5 er den alminnelige regelen om oppreisningsansvar i norsk rett.²⁰⁴ Bestemmelsens første ledd lyder:

Den som forsettlig eller grovt aktløst har

- a. voldt skade på person eller
- b. tilføyd krenking eller utvist mislig atferd som nevnt i § 3-3,

kan – uansett om det ytes menerstatning etter § 3-2 eller standardisert erstatning etter § 3-2a – pålegges å betale den fornærmede en slik engangssum som retten finner rimelig til erstatning (oppreisning) for den voldte tort og smerte og for annen krenking eller skade av ikke-økonomisk art. Ved krenking eller mislig atferd som nevnt i straffeloven §§ 299 eller 302, skal det ved utmålingen av oppreisning særlig legges vekt på handlingens art, hvor lang tid forholdet har pågått, om handlingen er et misbruk av slektskapsforhold, omsorgsforhold, avhengighetsforhold eller tillitsforhold, og om handlingen er begått på en særlig smertefull eller krenkende måte.

Etter § 3-5 tredje ledd kan oppreisning også gis til avdødes ektefelle, samboer, barn eller foreldre hvis noen forsettlig eller grovt uaktsomt har voldt en annens død.

Oppreisningsansvar sies å bygge på fire legislative hensyn: Pønale hensyn (oppreisningen skal virke som en straff), prevensjonshensyn (oppreisning skal virke forebyggende ved at man avskrekkes fra å volde skade), kompensasjonshensyn (skadelidte skal gis kompensasjon for skaden), og et misbilligelseshensyn (oppreisning skal gi uttrykk for samfunnets misnøye med den skadevoldende hendelsen).²⁰⁵ I Rt. 2013 s. 805 har Høyesterett pekt på at kompensasjonshensynet er fremhevet sterkere i nyere rettspraksis. Med unntak for nettopp kompensasjonshensynet har nok disse hensynene bare begrenset betydning ved offentlige myndigheters skadeforvoldelse.

Lovteknisk er bestemmelsen nokså vanskelig tilgjengelig. Et grunnleggende vilkår er at den bare omfatter forsettlig eller grovt uaktsom skadeforvoldelse, og videre omfatter den bare bestemte former for skade. Bokstav a gjelder personskade, mens bokstav b gjennom

²⁰⁴ I § 3-6 er det gitt en egen bestemmelse om oppreisning ved krenkelser av privatlivets fred, hvor ansvarsgrunnlaget er simpel uaktsomhet. Etter sin ordlyd kunne denne (med litt kreativitet) tolkes til å omfatte visse krenkelser av retten til privatliv (EMK artikkel 8, SP artikkel 17), men det fremgår uttrykkelig av forarbeidene at den bare er ment å omfatte overtredelser av straffeloven § 267, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) kapittel 16 på s. 488. Jeg legger til grunn at bestemmelsen ikke har noen praktisk betydning ved menneskerettskrenkelser. I tillegg gir § 3-6 a hjemmel for oppreisningserstatning ved ærekrenkelser, men heller ikke denne vil ha særlig praktisk betydning for menneskerettskrenkelsene.

²⁰⁵ Hentet fra Kjelland (2016) s. 705.

henvisningen til § 3-3 viser til en rekke bestemmelser i straffeloven med hensyn til personlige krenkelser: § 222 om uriktig anklage, § 251 om tvang, § 253 om tvangsekteskap, § 254 om frihetsberøvelse, § 257 om menneskehandel, § 259 om slaveri, § 262 om visse brudd på ekteskapsloven, § 263 om trusler, § 266 om hensynsløs atferd, § 267 a om deling av krenkende bilder, § 268 første ledd om uberettiget adgang, § 271 om kroppskrenkelse, § 282 om mishandling i nære relasjoner, §§ 291 og 294 om voldtekt og om grovt uaktsom voldtekt, § 295 om misbruk av overmaktsforhold, § 296 om seksuell omgang med innsatte i institusjon, § 299 om voldtekt av barn under 14 år, § 302 om seksuell omgang med barn mellom 14 og 16 år, § 304 om seksuell handling med barn under 16 år, § 312 om incest, § 313 om søskenincest, § 314 om seksuell omgang mellom andre nærstående, § 327 om ran, og § 330 om utpressing. Selv om det ikke kan utelukkes at overtredelse av noen av disse straffebudene etter omstendighetene kan utgjøre en menneskerettskrenkelse, er dette lite praktisk. Med tanke på menneskerettskrenkelser er det første ledd bokstav a om personskade og tredje ledd om dødsfall som er det praktiske, noe som tilsier at § 3-5 i praksis ikke er anvendelig på menneskerettskrenkelser som ikke har bestått i personskade eller dødsfall. Også ved slike skader har imidlertid bestemmelsen begrenset betydning ved menneskerettskrenkelser, dels fordi det i praksis vil være vanskelig å konstatere forsett eller grov uaktsomhet hos skadevolderen, og dels fordi ansvaret etter § 3-5 er personlig og ikke kan brukes til å holde et offentlig organ ansvarlig. I TOSL-2021-107095 uttales det:

I det foreliggende tilfelle er det enighet mellom partene om at skadeserstatningsloven § 3-5 om oppreisningsansvar ikke kommer til anvendelse, blant annet idet bestemmelsen setter for høye krav til ansvarsnorm, vilkåret om «skade» ikke vil være oppfylt i tilfeller der det er tale om menneskerettighetskrenkelser, samt subjektiv skyld hos den eller de som har gjennomført den erstatningsbetingende handling. Skadeserstatningsloven § 3-5 oppfylder på dette grunnlag ikke kravene til effektivt rettsmiddel etter EMK art 13, idet vilkårene bestemmelsen oppfylder for å tilkjenne oppreisningserstatning er for strenge vurdert opp mot kravene i EMK art 13.

Jeg er helt enig i denne beskrivelsen, og mener det uten videre kan fastslås at § 3-5 ikke er tilstrekkelig for å tilfredsstillende kravene i EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3.

4.3.3 Likestillings- og diskrimineringsloven § 38

I tillegg til skl. § 3-5 finnes det noen særskilte hjemler for oppreisningserstatning i norsk rett, men ikke veldig mange. Den eneste jeg finner grunn til å nevne nå, dels på grunn av den nære saklige tilknytningen til menneskerettighetene og dels fordi vilkårene avviker fra skl. § 3-5, er likestillings- og diskrimineringsloven § 38. Her bestemmer første ledd at den som er behandlet i strid med nærmere angitte bestemmelser i loven «kan kreve oppreisning og erstatning». Det fremgår videre av annet ledd første punktum at i arbeidsforhold gjelder arbeidsgivers ansvar uavhengig av skyld, før annet ledd annet punktum bestemmer at i saker «på andre samfunnsområder enn nevnt i første punktum, gjelder ansvaret dersom den ansvarlige kan bebreides». Dette kravet om «kan bebreides» skiller seg klart fra kravet om grov uaktsomhet i skl. § 3-5.

Jeg har ikke sett det nødvendig å gå inn i den fulle lovhistorikken til denne bestemmelsen, men jeg forstår det slik at et oppreisningsansvar første gang ble lovfestet innenfor diskrimineringsretten i 2005. I likestillingsloven av 1978 ble § 17 endret ved lov 10. juni 2005

nr. 38 slik at «[a]rbeidssøker eller arbeidstaker som er blitt behandlet i strid med bestemmelser i denne loven av arbeidsgiveren eller noen som handler på vegne av denne, kan kreve erstatning og oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld». Denne loven gjaldt bare likestilling mellom kjønnene (altså ikke andre diskrimineringsgrunnlag), og bestemmelsen gjaldt bare i arbeidslivet. I lovforarbeidene pekes det på at departementet «er klar over at man ved å innføre objektivt erstatningsansvar bryter med hovedregelen i erstatningsretten», men grunnene for et slikt ansvarsgrunnlag ble funnet tilstrekkelig tungtveiende.²⁰⁶ Omtrent samtidig ble lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) vedtatt. Her ga § 14 annet ledd en noenlunde likelydende bestemmelse om oppreisningsansvar uten hensyn til arbeidsgivers skyld, men samtidig innførte første ledd en hjemmel for oppreisningserstatning på andre samfunnsområder: «Den som forsettlig eller uaktsomt opptrer i strid med §§ 4, 5 første og annet ledd, 6, 7 eller 9 kan pålegges å betale oppreisning til fornærmede. Oppreisningen fastsettes til det beløp som finnes rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig.» Her var ansvarsgrunnlaget «uaktsomt» i motsetning til skl. § 3-5 sitt krav om grov uaktsomhet. I lovforarbeidene er dette forklart slik.²⁰⁷

Departementet er imidlertid enig med høringsinstansene i at det i en del tilfeller vil kunne være urimelig om den diskriminerende part pålegges å betale oppreisning når han eller hun ikke har utvist skyld. Dette gjelder særlig når loven skal ha et såpass vidt virkeområde som det foreslås her. Etter departementets mening vil imidlertid de alminnelige erstatningsreglene ikke gi anvisning på tilstrekkelig effektive reaksjoner for brudd på loven. Som nevnt ovenfor, vil det ofte være problematisk for skadelidte å påvise et økonomisk tap, og erstatning for ikke-økonomisk tap for personskade kan bare tilkjennes dersom skadevolder har utvist kvalifisert skyld (forsett eller grov uaktsomhet). Kravet om kvalifisert skyld medfører at oppreisning bare pålegges rent unntaksvis. På denne bakgrunn foreslår departementet at det innføres en bestemmelse om oppreisning i diskrimineringsloven, som krever vanlig erstatningsbetingende uaktsomhet, det vil si simpel uaktsomhet. Den diskriminerende part må således være noe å bebreide; vedkommende burde ha forstått at handlingen/unnlatelsen medfører at personer blir behandlet dårligere på grunn av etnisitet, religion mv.

I NOU 2009: 14 er dette fulgt opp med følgende fremstilling, som her tas inn i sin helhet:²⁰⁸

Det følger av gjeldende diskrimineringslovgivning at det utenfor arbeidslivet kan kreves oppreisning for diskriminering på grunn av etnisitet, religion og nedsatt funksjonsevne når det foreligger vanlig uaktsomhet. Ved kjønnsdiskriminering på andre områder enn arbeidslivet kreves det grov uaktsomhet for å få tilkjent oppreisning.

Utvalget mener at hensynene til effektiv gjennomføring og avveiningen mot rettsikkerhetshensyn, er annerledes utenfor arbeidslivet. Hensynet til rettssikkerhet tilsier at det utvises varsomhet med å senke skyldkravet i forhold til den alminnelige erstatningsregelen når det gjelder oppreisning, av hensyn til den som har brutt diskrimineringsforbudet. Oppreisning har et element av straff i seg, og vil virke stigmatiserende for den som blir pålagt å betale oppreisningen.

Utvalget ser behovet for effektive reaksjoner ved brudd på loven også på andre samfunnsområder enn arbeidslivet. I en rekke diskriminerings situasjoner foreligger det ikke noe økonomisk tap. Etter

²⁰⁶ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) punkt 8.7.1.1 på s. 50.

²⁰⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 12.3.7.3 på s. 143-144.

²⁰⁸ NOU 2009: 14 punkt 21.3.1 på s. 281.

vanlige erstatningsregler kan det bare gis oppreisning der det foreligger grov uaktsomhet. Utvalget mener at dette vil gi den som blir diskriminert et for dårlig vern. Dersom det kreves grov uaktsomhet, vil det være vanskelig å nå frem med et oppreisningskrav utenfor arbeidslivet. Å lovfeste et krav om grov uaktsomhet for å få oppreisning når det diskrimineres på grunn av etnisitet, religion og funksjonsnedsettelse, vil innebære en svekkelse av vernet i forhold til gjeldende regler.

Utvalget mener derfor at vanlig uaktsomhet bør være tilstrekkelig for oppreisningsansvaret utenfor arbeidslivet.

Jeg forstår det slik at disse betraktningene fortsatt utgjør hovedbegrunnelsen for gjeldende lovregulering, siden senere lovforarbeider i stor grad nøyer seg med å vise til disse.²⁰⁹ I de tilfellene hvor en menneskerettskrenkelse helt eller delvis består i diskriminering, må man forholde seg til at det på dette området gjelder et annet ansvarsgrunnlag for oppreisningserstatning (simpel uaktsomhet) enn etter den alminnelige regelen i skl. § 3-5 (grov uaktsomhet).

4.3.4 Organansvaret

Organansvaret er et ulovfestet identifikasjonsansvar, hvor en juridisk person holdes direkte ansvarlig for skadevoldende handlinger som begås av den juridiske personens organer. Organansvaret er grundig omtalt i lovforarbeidene til skadeserstatningsloven, hvor det blant annet heter:²¹⁰

Det er heller ikke tvilsomt at en juridisk person i alminnelighet må hefte for sine organers skadegjørende handlinger. Det kan imidlertid være tvilsomt om dette ansvaret kan bygges på lovgivningen om arbeidsgiveres erstatningsansvar, idet det kan reises spørsmål om f.eks. styrets medlemmer i denne funksjon kan anses som arbeidstakere. En kan imidlertid trolig se det slik at for sine organers skadegjørende handlinger hefter den juridiske person direkte som skadevolder. Grunnlaget for ansvaret er i tilfelle ikke lovgivningen om arbeidsgiveres erstatningsansvar, men at den juridiske person selv gjennom sine organer har voldt skaden.

Som Ragnar Eldøy skrev i 1997 er det «ikke uproblematisk å forsøke å gi en samlet framstilling av organansvaret for kommunene»,²¹¹ eller for den saks skyld av organansvaret for offentlige myndigheter mer generelt, og det er ikke hensiktsmessig i denne utredningen å forsøke. Det er imidlertid klart at organansvaret har begrenset rekkevidde for offentlige myndigheter med hensyn til hvilke organer som omfattes. For statlige myndigheter synes det å være enighet om at det bare er Stortinget og Regjeringen som klart anses som statens «organer» i relasjon til organansvaret, eventuelt også Høyesterett og Riksretten. Andre statlige organer faller utenfor. For kommuner vil organansvaret omfatte handlinger fra de råd og styrer som omfatter øverste myndighet innenfor kommunen. Her omfattes kommunestyre og formannskap, men også andre instanser kan omfattes hvis det ikke finnes noen instruksjonsrett overfor dem eller noen klagerett til andre instanser.²¹² Morten Kjelland peker på at det «kan spørres hvilken betydning

²⁰⁹ Se Prop. 88 L (2012-2013) punkt 14.1.4 på s. 97 og Prop. 81 L (2016-2017) punkt 28.5.8 på s. 298.

²¹⁰ Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) punkt IX.1 på s. 63. Organansvaret er beskrevet blant annet av Kjelland (2019) s. 225 flg., eller av Svendsen (2019).

²¹¹ Eldøy (1997) s. 377-384

²¹² Svendsen (2019), s. 109.

organansvaret har ved siden av arbeidsgiveransvaret»,²¹³ men det ser ut til å være enighet om at den mest praktiske forskjellen ligger i at organansvaret også omfatter et oppreisningsansvar etter skl. § 3-5. Dette ble fastslått av Høyesterett i Rt. 1995 s. 209, og har så vidt jeg vet ikke blitt bestridt siden. Gjennom denne utvidelsen besvarer organansvaret noen av svakhetene ved arbeidsgiveransvaret, og samtidig besvares noen av svakhetene ved skl. § 3-5 som ellers bare er et rent personlig ansvar. Samtidig unngår man ikke de øvrige svakhetene ved skl. § 3-5 som er nevnt ovenfor, herunder at skyldkravet gjør bestemmelsen utilstrekkelig som svar på kravene som stilles etter EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3. Ansvarets begrensede personlige virkeområde forsterker inntrykket av at organansvaret i de aller fleste tilfeller ikke er noe egnet virkemiddel for å sikre konvensjonsmessig reparasjon av konvensjonskrenkelser.

4.3.5 Ulovfestet objektivt ansvar for ulovlig myndighetsutøvelse

Til slutt nevnes at det på visse områder gjelder et ulovfestet objektivt ansvar for ulovlig offentlig myndighetsutøvelse, men det er ikke klart hvor langt dette rekker, verken generelt eller for menneskerettskrenkelser konkret. I en analyse av Rt. 2010 s. 291 «Vangen eiendom» konkluderer Markus Hoel Lie slik:²¹⁴

Når staten utøver uhjemlet offentlig myndighetsutøvelse, og når det foretas svært inngripende vedtak, så gjelder det i praksis et tilnærmet objektivt ansvar. Det er også enkelte holdepunkter for at det ved ulovhjemlet offentlig myndighetsutøvelse som krenker EMK, foreligger et objektivt ansvar, selv om det motsatte legges til grunn i Vangen-dommen.

Dette er imidlertid en nokså forbeholden konklusjon som jeg ikke uten videre kan legge til grunn som gjeldende norsk rett for denne utredningens formål. For det første sier Hoel Lie selv at det sies noe annet i Rt. 2010 s. 291, hvor Høyesterett legger til grunn at arbeidsgiveransvaret er tilstrekkelig for å oppfylle EMK artikkel 13. Selv om dommen er kritisert, er det vanskelig å se helt bort fra den i en fremstilling av gjeldende norsk rett. For det annet vil et eventuelt objektivt ansvar bare omfatte økonomisk tap, ikke oppreisning. For det tredje legger Hoel Lie til grunn at ansvaret er strengere for staten enn for kommunene, hvor det ikke gjelder et objektivt ansvar.²¹⁵ Dermed vil dette ansvarsgrunnlaget være upraktisk for mange potensielle menneskerettskrenkelser. Og for det fjerde er ikke konklusjonen klar – for eksempel mener Morten Kjelland at «rettsspørsmålet kan ikke anses fullstendig avklart per i dag».²¹⁶ Kjelland trekker for øvrig et nyttig skille mellom grunnlovsstridige lovvedtak og ugyldige forvaltningsvedtak. For grunnlovsstridige lovvedtak spør han «om grunnlovsstrid er et *tilstrekkelig* vilkår for å pålegge erstatningsansvar», før han peker på at det nok må skilles mellom ulike typer grunnlovsbrudd:²¹⁷

Ved brudd på andre grunnlovsbestemmelser [enn § 105] er rettstilstanden mer uklar, og krever en tolkning av den enkelte bestemmelsen. Benedikte Moltumyr Høgberg fremholder at det ikke er rettskildegrunnlag for å pålegge staten et objektivt ansvar også ved brudd på andre

²¹³ Kjelland (2019) s. 226.

²¹⁴ Lie (2012) s. 423.

²¹⁵ *Ibid.*, s. 420-421.

²¹⁶ Kjelland (2019) s. 231.

²¹⁷ *Ibid.*

grunnlovsbestemmelser ... Den tradisjonelle oppfatningen har vært at ansvar for grunnlovsstridige stortingsvedtak krever skyld ... og rettsspørsmålet kan ikke anses fullstendig avklart per i dag.

Dette blir relevant for denne utredningen fordi Kjelland trekker en parallell herfra til spørsmålet om ansvar for krenkelser av menneskerettskonvensjonene:²¹⁸

Problemstillingen som er belyst her, har en viss parallellitet med spørsmålet om statens erstatningsansvar ved brudd på internasjonale konvensjoner (som staten er bundet av). Her kan hensynet til likebehandling og konsistens i regelverket tale for at statens ansvar for rettsstridige lovvedtak som hovedregel følger samme normer, enten rettsstridsgrunnlaget er Grunnloven eller konvensjoner som gir borgerne rettigheter overfor staten.

Med hensyn til ugyldige forvaltningsvedtak skiller han mellom ugyldighet som følge av manglende hjemmelsgrunnlag, ugyldighet som følge av myndighetsmisbruk, og ugyldighet som følge av saksbehandlingsfeil. Også her gir Rt. 2010 s. 291 et utgangspunkt.²¹⁹

Ut fra den rettspraksis som foreligger, må det legges til grunn at det ikke gjelder noen generell regel om objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse. Ulovhjemlet myndighetsutøvelse som består i at forvaltningen har feiltolket en hjemmelslov, står imidlertid i en særstilling, og det kan reises spørsmål om det offentlige bør hefte på objektivt grunnlag for feil av denne karakter.

Kjelland tolker dommen slik at den ikke tar endelig stilling til hva som gjelder når den ulovhjemlede myndighetsutøvelsen består i at forvaltningen har feiltolket en hjemmelslov, før han viser til at Høyesterett la til grunn «som den best balanserte løsning å la det offentlige ansvar for feiltolkning av hjemmelslov som hovedregel bli regulert av det alminnelige arbeidsgiveransvar».²²⁰ Han tolker videre dommen slik at Høyesterett opprettholder et objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse når det gjelder vedtak som er sterkt inngripende for dem som det retter seg mot.²²¹

For myndighetsmisbruk uttaler Kjelland at det nokså generelt gjelder et objektivt ansvar:²²²

Når ugyldighetsgrunnen er myndighetsmisbruk, og vedtaket har forårsaket tap, er utgangspunktet at det tilkjennes erstatning. I slike tilfeller etterspørres det normalt ikke om den som traff vedtaket har utvist subjektiv skyld. En slik objektivisert ansvarsform har trolig sammenheng med type-situasjonens egenart, som ved myndighetsmisbruk nettopp karakteriseres ved at man befinner seg på et culpafelt.

For saksbehandlingsfeil bygger et erstatningsansvar derimot hovedsakelig på arbeidsgiveransvaret etter skl. § 2-1.

Ut fra dette virker det nærliggende å legge til grunn at det *kan* gjelde et objektivt ansvar for visse menneskerettskrenkende myndighetshandlinger, men det er ikke nødvendigvis klart hvilke handlinger dette gjelder. Dernest gjelder også her at et eventuelt objektivt ansvar for menneskerettskrenkelser uansett bare vil omfatte økonomisk tap, ikke oppreisning.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ Rt. 2010 s. 291 avsnitt 33.

²²⁰ Rt. 2010 s. 291 avsnitt 34, Kjelland (2019) s. 232.

²²¹ Kjelland (2019) s. 233.

²²² *Ibid.*

4.4 Utgjør EMK artikkel 13 og/eller SP artikkel 2 tilstrekkelig hjemmel i norsk rett?

4.4.1 EMK artikkel 13

Slutningen fra de foregående punktene er at selv om det finnes ulike hjemmelsgrunnlag i eksisterende norsk rett som vil strekke til for å tilkjenne erstatning for visse former for skade som følge av visse menneskerettskrenkelser, er disse grunnlagene verken hver for seg eller samlet tilstrekkelig til å oppfylle de kravene som følger av EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3. Særlig for ikke-økonomisk tap innebærer hjemmelskravet beskrevet i punkt 4.1, kombinert med de strenge vilkårene for oppreisning i skl. § 3-5 som beskrevet i punkt 4.3.2, at det i realiteten ikke finnes noen effektiv mulighet for erstatning. Også for økonomisk tap har imidlertid de eksisterende grunnlagene betydelige begrensninger.

Dermed oppstår spørsmålet om hvorvidt tilstrekkelig hjemmel for å tilkjenne erstatning kan utledes direkte av EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3, både for økonomisk og ikke-økonomisk tap, slik at egen lovregulering ikke vil være nødvendig. Dette spørsmålet har to elementer: For det første om disse bestemmelsene utgjør tilstrekkelig hjemmel etter gjeldende norsk rett, og for det annet om anvendelse av disse bestemmelsene som selvstendig hjemmelsgrunnlag er tilstrekkelig for å oppfylle kravene konvensjonene oppstiller.

Her i punkt 4.4.1 vil oppmerksomheten ligge på EMK artikkel 13 som hjemmel i norsk rett, men min forståelse av rettsstilstanden (både etter norsk rett og etter konvensjonene) er at det ikke er noen forskjeller av betydning her mellom EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3. Sistnevnte skilles likevel ut for noen selvstendige betraktninger i punkt 4.4.2 nedenfor, men for alle praktiske formål vil fremstillingen om EMK i herværende punkt gjelde tilsvarende for SP. Avslutningsvis i punkt 4.4.3 behandles det andre spørsmålet nevnt ovenfor, nemlig om EMK artikkel 13 eller SP artikkel 2 nr. 3 krever en hjemmel i nasjonal rett utover bestemmelsen selv.

Dette er spørsmål som etter hvert har voldt en del usikkerhet i norsk rett, men det er ikke nødvendigvis helt klart hvordan eller hvorfor usikkerheten utviklet seg. At det *er* en usikkerhet, kommer uansett klart til uttrykk i HR-2022-401-A, hvor Høyesterett uttrykkelig ikke tar stilling: «Spørsmålet om EMK artikkel 13 gir hjemmel for å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap etter norsk rett, avgjøres dermed ikke som ledd i denne saken.»²²³ Siden dette er den nyeste høyesterettsavgjørelsen om spørsmålet, må jeg for denne utredningens formål legge til grunn at spørsmålet er uavklart i norsk rett.

Min forståelse er at usikkerheten vokste frem av flere samvirkende årsaker: Dels på grunn av at forholdet mellom EMK artikkel 13 og artikkel 41 skapte internrettslig uklarhet i årene etter at EMK ble inkorporert i norsk rett, dels på grunn av uklare domspremisser i saker som ble løst på bakgrunn av andre ansvarsgrunnlag, dels på grunn av uklare vurderinger av sammenhengen mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap, dels på grunn av internrettslig uklarhet om hvem som er rett saksøkt for et erstatningskrav for norske domstoler sammenholdt med et erstatningskrav for EMD, og dels på grunn av usikkerhet om hvordan konvensjonsbestemmelsene

²²³ HR-2022-401-A avsnitt 29.

eventuelt kan operasjonaliseres som grunnlag for erstatning i norsk rett. Det kan nok ikke underslås at Rt. 2010 s. 291 «Vangen eiendom» har vært sentral i utviklingen av en rettslig usikkerhet, men andre dommer har også bidratt. Nedenfor gjennomgår jeg de dommene som er mest sentrale i den norske rettsutviklingen, men utelukker ikke at det finnes andre.

Utgangspunktet er uansett at EMK artikkel 13 gjelder som norsk lov med forrang fremfor bestemmelser i annen lovgivning i tilfelle motstrid, jf. menneskerettsloven § 3 jf. § 2 nr. 1. Akkurat dette utgangspunktet har neppe voldt særlig tvil. Tvil har heller oppstått som følge av en antatt uklarhet om hva det nærmere *betyr* at EMK artikkel 13 gjelder som norsk lov. I den anledning kan det først fastslås at det neppe kan tenkes realistiske innvendinger i retning av at EMK artikkel 13 ikke er selvkraftig. Jeg kjenner ikke til at dette har vært gjort, og det er en tenkt innvending som uansett ikke vil være holdbar. I Rt. 2001 s. 1006 «KRL» er prinsippet om selvkraft formulert slik:²²⁴

Ved den internrettslige anvendelse av konvensjoner som er inkorporert uten å være transformert til nasjonal lovtekst, må det tas stilling til om den aktuelle bestemmelse tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, eller om den uttrykker et formål eller pålegger medlemsstatene å nå et bestemt mål eller en minimumsstandard. Direkte anvendelse forutsetter at bestemmelsen er utformet slik at den er egnet til å bli umiddelbart anvendt av de nasjonale myndigheter. Konvensjonens bestemmelser må kunne konkretiseres til rettigheter og plikter.

Det kan neppe være tvilsomt at EMK artikkel 13 på denne måten «tar sikte på å gi den enkelte rettigheter» og at den «er utformet slik at den er egnet til å bli umiddelbart anvendt», og jeg kjenner som sagt ikke til at noe annet har vært anført. Det som derimot *har* vært anført, og som er en mer reell innvending, er at det kan være uklart hvordan EMK artikkel 13 skal anvendes i det enkelte tilfelle, altså hvordan bestemmelsen skal operasjonaliseres i norsk rett. Dette var hovedinnvendingen i TOSL-2021-107095. Her vil det være nyttig med en skrittvis gjennomgang av norsk rettspraksis, og i det følgende nevnes relevante dommer kronologisk uavhengig av instans.

Rt. 2001 s. 428 gjaldt krav om oppreisning fordi Justisdepartementet i forbindelse med ansettelse av en avdelingsleder ved en domstol etter forespørsel fra embetslederen innhentet og formidlet til ham opplysninger fra strafferegisteret om en av søkerne. Her fant Høyesterett at det ikke forelå erstatningsansvar etter skl. § 3-6 fordi det ikke forelå noen rettsstridig ærekrenkelse, og dernest at det heller ikke var grunnlag for ansvar etter skl. § 3-5 fordi det ikke var sannsynliggjort noen årsakssammenheng. Høyesterett måtte derfor vurdere om det forelå grunnlag for oppreisning etter EMK artikkel 13 jf. artikkel 8. Høyesterett fant at departementets handling utgjorde et inngrep i retten til privatliv etter artikkel 8 og at dette inngrepet manglet lovhjemmel, slik at det forelå en krenkelse av EMK artikkel 8. Høyesterett fant imidlertid at denne krenkelsen var reparert på annen måte.²²⁵

I tilfeller hvor et individ på et prosedabelt grunnlag kan hevde at det foreligger brudd på EMK, har vedkommende krav på å få spørsmålet effektivt prøvd for nasjonal myndighet, og dersom det finnes nødvendig for at prøvingen skal anses effektiv, krav på erstatning eller oppreisning. ...

²²⁴ Rt. 2001 s. 1006 på s. 1015 med henvisning til lovforarbeidene til menneskerettsloven.

²²⁵ Rt. 2001 s. 428 på s. 445.

I det foreliggende tilfellet har A fått prøvd for Høyesterett hvorvidt EMK artikkel 8 er krenket, og etter det jeg har kommet til, foreligger det krenkelse. Som jeg tidligere har fremholdt, har imidlertid departementet ved formidlingen av opplysningene gått frem på en så varsom og skånsom måte som mulig, og når opplysningene er blitt kjent for andre enn E og tilsetningsrådet, skyldes det de skritt A selv har tatt. På denne bakgrunn finner jeg at A har fått spørsmålet om det foreligger krenkelse av EMK artikkel 8, tilstrekkelig effektivt prøvd ved at Høyesterett konstaterer at det foreligger brudd på EMK. Etter min mening er det derfor ikke grunnlag for å tilkjenne A oppreisning etter EMK artikkel 13.

Etter min oppfatning fastslo Høyesterett strengt tatt allerede her at det i prinsippet kan tilkjennes oppreisningserstatning etter EMK artikkel 13 – det var bare ikke nødvendig å tilkjenne slik erstatning i den konkrete saken fordi krenkelsen var reparert på annen måte. Det kan godt hende at tiden har løpt litt fra dommen med hensyn til om konstatering av krenkelse var tilstrekkelig, men jeg synes den mest nærliggende forståelsen av dommen på er at Høyesterett allerede her åpnet for å tilkjenne erstatning med grunnlag i EMK artikkel 13 når en rettighet i EMK er krenket. Helt klar er likevel dommen ikke, og i lys av etterfølgende rettspraksis er det klart at den ikke løser spørsmålet. Jeg understreker også at denne dommen gjaldt ikke-økonomisk tap i et tilfelle hvor andre ansvarsgrunnlag i norsk rett ble funnet ikke å være anvendelig.

Rt. 2004 s. 1868 gjaldt krav om erstatning og oppreisning etter at strafforfølgning mot to personer for overtredelser av ligningsloven ble avvist med grunnlag i forbudet mot dobbeltforfølgning i EMK syvende tilleggsprotokoll artikkel 4, fordi de tiltalte tidligere var ilagt forhøyet tilleggsatt for samme forhold. Det ble også fremmet krav om erstatning for brudd på EMK artikkel 6. Høyesterett delte seg i flere fraksjoner, men flertallet fant at det ikke var grunnlag for å tilkjenne erstatning for verken økonomisk eller ikke-økonomisk tap. I vurderingen av hjemmelsgrunnlaget for erstatning pekte førstvoterende på at straffeprosesslovens regler om erstatning ga «tilstrekkelig rom for å tilkjenne den erstatning som A og B måtte ha krav på etter EMK artikkel 13, jf. artikkel 41» og derfor fant førstvoterende «ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om menneskerettsloven § 2, jf. EMK artikkel 13, jf. artikkel 41 gir et selvstendig erstatningsgrunnlag».²²⁶ Om forholdet mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap uttalte førstvoterende: «Oppreisning tilkjennes altså bare når vilkårene for å tilkjenne erstatning er oppfylt. Siden jeg mener at erstatning ikke skal tilkjennes i vår sak, kan heller ikke oppreisning tilkjennes. Etter mitt syn støter ikke en slik løsning an mot EMK artikkel 13, jf. artikkel 41.»²²⁷ Henrik Vaaler tolker dommen slik at den «gir ... indikasjoner på at førstvoterende mente at artikkel 13 ikke gir en selvstendig hjemmel for krav om erstatning».²²⁸

Rt. 2010 s. 291 er allerede nevnt flere steder. Spørsmålet var om en kommune var erstatningsansvarlig for et ugyldig vedtak om å nekte bruksendring etter plan- og bygningsloven. Kommunens vedtak var ved rettskraftig dom allerede kjent ugyldig på grunn av manglende lovhjemmel, og problemstillingen for Høyesterett var hvor strengt ansvar kommunen har for ulovhjemlet myndighetsutøvelse innenfor plan- og bygningsretten. Parten påberopte seg her

²²⁶ Rt. 2004 s. 1868 avsnitt 38, se også avsnitt 74.

²²⁷ Rt. 2004 s. 1868 avsnitt 74.

²²⁸ Vaaler (2016) s. 89.

objektivt ansvar og arbeidsgiveransvar, men i tillegg at det følger «av EMK protokoll 1 artikkel 1, jf. EMK artikkel 41 at det offentlige har et objektivt ansvar for ulovhjemlet inngrep i privat eiendomsrett». To innledende bemerkninger her er for det første at denne saken, i motsetning til Rt. 2001 s. 428, bare gjaldt økonomisk tap, og for det annet at denne dommen er et eksempel på at forholdet mellom EMK artikkel 13 og EMK artikkel 41 har skapt noe forvirring. Forholdet til EMK artikkel 41 gjorde Høyesterett et forsøk på å rydde opp i:²²⁹

Jeg finner det klart at kommunen ikke kan pålegges ansvar etter EMK artikkel 41. Riktignok har konvensjonsstatene en positiv forpliktelse til å gi borgerne en effektiv beskyttelse av de rettigheter konvensjonen gir, og siden EMK gjelder som norsk lov, kan borgerne også påberope EMK i saker mot andre borgere eller kommuner. Da det er statene som er pliktsubjekter etter EMK, er det imidlertid bare statene som kan begå konvensjonsbrudd, og erstatningsansvar for konvensjonsbrudd kan derfor bare pålegges statene. Det er derfor ikke nødvendig å gå nærmere inn på artikkel 41.

Her kunne Høyesterett med fordel fått klarere frem at artikkel 41 bare gjelder saker for EMD, ikke for nasjonale domstoler, men på den annen side vrir Høyesterett diskusjonen over til artikkel 13, som er mer treffende. I den sammenhengen falt uttalelsen som jeg allerede i punkt 4.3.1 har nevnt at neppe kan være holdbar:

Det følger av EMK protokoll 1 artikkel 1 at inngrep i eiendomsrett krever hjemmel i lov, og etter artikkel 13 er statene forpliktet til å etablere tilfredsstillende ordninger i nasjonal rett for å få prøvd de rettigheter konvensjonen gir, og for å få reparert krenkelser av slike rettigheter. I dette tilfellet har Vangen Eiendom AS fått dom for at Trondheim kommunes vedtak om å nekte bruksendring er ugyldig. På de vilkår som fremgår av skadeserstatningsloven § 2-1, kan Vangen Eiendom AS også kreve erstatning. Dette er åpenbart tilstrekkelig for å tilfredsstille artikkel 13. Statene er ikke forpliktet til å etablere ordninger med objektivt erstatningsansvar for krenkelse av konvensjonsrettigheter.

Som allerede nevnt, gikk Høyesterett deretter over til å vurdere at vilkårene for arbeidsgiveransvaret ikke var oppfylt fordi kommunens lovtolkning var forsvarlig.

Rt. 2013 s. 588 behandler ikke EMK artikkel 13, men dommen gir likevel nyttig veiledning for denne utredningens sentrale spørsmål. Spørsmålet i saken var om staten hadde ansvar for mangelfull beskyttelse av en kvinne i strid med EMK, på grunn av langvarig truende og plagsom adferd fra en mann hun hadde hatt et kort forhold til. Dommen gir viktige retningslinjer for statens ansvar for manglende beskyttelse av individer mot forfølgelse, og Høyesteretts konklusjon var at staten hadde krenket sikrepikten etter EMK (mens det ble latt stående åpent om dette gjaldt EMK artikkel 3 eller artikkel 8). Det ble ikke tilkjent erstatning, men dette må etter mitt syn sees i lys av hva saken for Høyesterett gjaldt:²³⁰

NN tok 23. april 2010 ut stevning ved Oslo tingrett mot staten v/Justis- og politidepartementet, med krav om erstatning for økonomisk tap og ikke-økonomisk skade som følge av at staten ikke har gitt henne tilstrekkelig beskyttelse mot As krenkelser av hennes rettigheter etter EMK artikkel 2, 3, 5 og 8, samt krav om oppreisningserstatning for sine fire barn, jf. også barnekonvensjonen artikkel 3. Staten påstod seg frifunnet. Det ble besluttet å dele behandlingen, slik at spørsmålet om ansvarsgrunnlag skulle avgjøres først, jf. tvisteloven § 16-1 andre ledd. Temaet for denne første

²²⁹ Rt. 2010 s. 291 avsnitt 38.

²³⁰ Rt. 2013 s. 588 avsnitt 4.

delen av saken er således bare om staten har oppfylt sin plikt etter EMK til å beskytte NN mot forfølgelsen fra A.

Saken gjaldt altså bare spørsmålet om hvorvidt det forelå en konvensjonskrenkelse, underforstått at dette utgjør et ansvarsgrunnlag ved vurderingen av erstatningsansvar. Dette er også førstvoterendes inngang til redegjørelsen for sitt syn, ved at han «er kommet til at det foreligger ansvarsgrunnlag»,²³¹ og for konklusjonen.²³²

Jeg er enig med staten i at det har interesse at NN er tilkjent voldsoffererstatning. Denne erstatningen kan imidlertid ikke i NNs tilfelle lede til frifinnelse for så vidt gjelder spørsmålet om ansvarsgrunnlag. Jeg går ikke inn på erstatningsutmålingen i saken her.

EMK artikkel 13 drøftes ikke, men samtidig drøftes det heller ikke om et annet ansvarsgrunnlag spiller inn. Jeg synes det er vanskelig å lese dommen på noen annen måte enn at Høyesterett la til grunn at konvensjonskrenkelsen er tilstrekkelig ansvarsgrunnlag (jf. også punkt 6.2 nedenfor) for utbetaling av erstatning etter norsk rett – og i så fall er det vel EMK artikkel 13 som er det aktuelle hjemmelsgrunnlaget for å si at en konvensjonskrenkelse skal medføre et erstatningsansvar. I likhet med Rt. 2001 s. 428 gjaldt denne saken ikke-økonomisk tap, og jeg synes de to sakene samlet sett gir et godt grunnlag for å hevde at Høyesterett kan sies å ha lagt til grunn at det er hjemmel i norsk rett (primært gjennom EMK artikkel 13) for å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk tap som følge av en menneskerettskrenkelse.

Oslo tingretts dom **TOSLO-2013-103468** underbygger også et slikt standpunkt.²³³ Saken gjaldt krav om fastsettelsesdom og erstatning (herunder oppreisning) for brudd på EMK artikkel 8 og artikkel 14 på grunn av et langvarig opphold i isolasjon i politiarrest. Tingretten konkluderte på flere forskjellige grunnlag med at det forelå krenkelser av begge bestemmelser, og måtte derfor ta stilling til spørsmålet om erstatning. Her konstaterer tingretten helt korrekt at «erstatning ikke kan tilkjennes direkte etter EMK artikkel 41», selv om det kanskje går lenger enn hva EMDs praksis gir grunnlag for når det også sies at «samtidig må det være slik at retten til erstatning for konvensjonskrenkelse etter nasjonal rett må tilsvare den erstatning EMD ville gitt». Deretter fant tingretten at økonomisk tap kunne erstattes etter organansvaret, og at EMK artikkel 13 derfor ikke var anvendelig:

Slik retten tolker rettspraksis, kan erstatning for *lidt tap* ikke tilkjennes direkte etter EMK artikkel 13, jfr. artikkel 8, fordi erstatning kan tilkjennes etter nasjonale regler. Når det gjelder erstatningskrav mot Staten for lidt tap, er det det såkalte «organansvaret» som må være det aktuelle grunnlaget i denne saken.

Om det er riktig å si at EMK artikkel 13 ikke «kan» brukes hvis et nasjonalt erstatningsgrunnlag foreligger, kan diskuteres – det er kanskje riktigere å si at i et slikt tilfelle behøves ikke artikkel 13. Det kan nok også diskuteres om organansvaret anvendes korrekt i dommen. Viktigere nå er det likevel at tingretten deretter kom til at erstatning for ikke-økonomisk tap kan tilkjennes direkte etter artikkel 13 fordi andre erstatningsgrunnlag ikke finnes:

²³¹ Rt. 2013 s. 588 avsnitt 22.

²³² Rt. 2013 s. 588 avsnitt 64.

²³³ Dommen har unummererte avsnitt, så i det følgende gjengis sitater uten mer presis henvisning.

Retten finner etter dette at oppreisningserstatning kan tilkjennes av nasjonale domstoler direkte etter artikkel 13 dersom det ikke er andre måter å få vurdert oppreisningskravet på.

På grunn av det strenge skyldkravet i skadeserstatningsloven § 3-5, er det ikke andre effektive måter å ivareta A oppreisningskrav på, enn å vurdere kravet i henhold til EMK artikkel 13. Det er på det rene at EMD ved alvorlige krenkelser av EMK har tilkjent oppreisning. Retten har ovenfor konstatert konvensjonsbrudd. A tilkjennes erstatning for lidet tap i medhold av organansvaret. Retten kan ikke se at konvensjonsbruddet med dette er tilfredsstillende reparert. Retten mener at konvensjonsbruddet er av så alvorlig karakter at A bør tilkjennes oppreisningserstatning. Oppreisningen skal kompensere for den lidelse og frustrasjon A ble påført som følge av at hans menneskerettigheter ikke er blitt respektert.

Direkte anke til Høyesterett ble nektet fremmet ved HR-2014-1968-U, og anke til lagmannsrett ble ikke gjort.

Oslo tingrett fastholdt samme rettsoppfatning i **TOSLO-2014-125062**, som gjaldt krav på erstatning og oppreisning for brudd på EMK artikkel 6 nr. 1:²³⁴

Retten finner etter dette at oppreisning under visse omstendigheter kan tilkjennes av norsk domstol direkte etter artikkel 13 når det ikke er andre måter å få vurdert oppreisningskravet på. Dersom kravene i skadeserstatningsloven § 3-5 må sies å stenge for reell ivaretagelse av den typen oppreisningskrav som er fremmet i nærværende sak, kan vilkåret for oppreisning etter artikkel 13 være oppfylt. Det er på det rene at EMD ved alvorlige krenkelser av EMK har tilkjent oppreisning. Spørsmålet i nærværende sak blir derfor om krenkelsen av EMK artikkel 6 nr. 1 ... ut fra en samlet skjønnsmessig vurdering, kan begrunne tilkjennelse av oppreisning.

I denne konkrete saken fant imidlertid tingretten at vilkårene for å tilkjenne oppreisning ikke var oppfylt fordi konvensjonskrenkelsen etter en helhetsvurdering måtte anses tilstrekkelig reparert på annen måte.

Borgarting lagmannsrett tok i **LB-2019-27055** stilling til om en utlending hadde krav på oppreisning for brudd på EMK artikkel 3 etter å ha blitt mishandlet etter å ha blitt sendt ut av landet. Lagmannsretten fant at artikkel 3 var krenket fordi staten ikke hadde foretatt tilstrekkelige undersøkelser i forkant av utsendelsen, og dermed oppstod spørsmålet om oppreisning. Her gjør lagmannsretten en slutning som neppe er holdbar, om at vilkårene etter EMK artikkel 13 er de samme som etter skl. § 3-5:²³⁵

EMK artikkel 13 krever at det nasjonale botemidlet skal være effektivt. Ut fra dette kan det oppstå spørsmål om strenge krav til skyld i den nasjonale erstatningsordningen kan komme i konflikt med konvensjonsbestemmelsen. Det er ikke påberopt rettskilder for lagmannsretten som tilsier at skyldkravet for oppreisning i skadeserstatningsloven § 3-5 er i konflikt med EMK artikkel 13. Lagmannsretten legger til grunn at krav om «grov uaktsomhet» er i samsvar med EMK. I tilknytning til dette tilføyes at simpel uaktsomhet vil være tilstrekkelig etter norsk rett for å tilkjenne erstatning for økonomisk tap som følge av krenkelsen.

Siden lagmannsretten fant at utlendingsmyndighetene ikke hadde opptrådt grovt uaktsomt, ble oppreisning ikke tilkjent.

²³⁴ TOSLO-2014-125062, unummerert avsnitt.

²³⁵ LB-2019-27055 punkt 6.

Deretter kom **HR-2022-401-A** i februar 2022. Saken gjaldt «spørsmålet om en kommune kan saksøkes for et krav om erstatning for ikke-økonomisk tap, når kravet er begrunnet i at kommunen skal ha handlet i strid med saksøkernes rettigheter etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen»,²³⁶ men Høyesteretts behandling ble begrenset til å gjelde rettslig interesse etter tvisteloven § 1-3 gjennom spørsmålet om hvorvidt et erstatningssøksmål måtte reises mot staten eller om det kunne reises mot kommunen.²³⁷ Høyesterett avgrensner derfor mot spørsmålet om hvorvidt EMK artikkel 13 gir hjemmel for å kreve erstatning, utover å avklare at Høyesterett oppfatter spørsmålet som uavklart.²³⁸

[A og B]-brødrenes syn er at de har krav på erstatning fra [sted] kommune for ikke-økonomisk tap med hjemmel i bestemmelsen. Høyesterett skal imidlertid ikke ta stilling til dette nå. Det følger av at domstolene må legge til grunn saksøkernes anførsler – pretensjoner – om det materielle kravet ved avgjørelsen av det prosessuelle spørsmålet om søksmålet skal fremmes til behandling. Dette gjelder både det rettslige og det faktiske grunnlaget for søksmålet, jf. HR-2021-417-P avsnitt 176.

Spørsmålet om EMK artikkel 13 gir hjemmel for å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap etter norsk rett, avgjøres dermed ikke som ledd i denne saken.

Etter at denne dommen ble avsagt, har det kommet i hvert fall fire relevante avgjørelser fra underrettsinstansene. Først blant disse var Midtre Hålogaland tingretts dom fra i august 2022 i sak **TMHA-2020-181243**, som gjaldt (blant annet) krav om erstatning og oppreisning som følge av uforsvarlig skoletilbud og akutt plassering etter barnevernloven. Tingretten konkluderte med krenkelse av EMK artikkel 8, og uttalte følgende om erstatningsspørsmålet:²³⁹

Etter EMK art. 13 må erstatning tilkjennes om ikke konvensjonsbruddet kan kompenseres på annen måte.

Konvensjonsbruddet er for alvorlig til at det kan anses kompensert ved konstateringen av konvensjonsbruddet alene. Saksøkerne er ikke tilkjent erstatning for økonomisk tap da det ikke er grunnlag for det. Eventuell kompensasjon må i så fall gjøres i form av oppreisning.

Retten finner ikke grunnlag for at noen i barneverntjenesten har opptrådt uaktsomt. Således kan retten ikke se at det er grunnlag for å idømme oppreisning etter skadeserstatningsloven § 3-5 eller § 3-6. Retten kan heller ikke se at det er grunnlag for å idømme oppreisningsansvar overfor saksøkte etter noen av de andre grunnlagene som er påberopt av saksøkerne, det vil si skadeserstatningsloven § 2-1, organansvar, ulovfestet objektivt ansvar, ansvar for farlig bedrift eller selvstendig oppdragstaker.

Idømmelse av oppreisning krever hjemmel i lov, jf. for eksempel Rt. 2013, side 805. Retten mener EMK art. 13 gir hjemmel i lov for å tilkjenne oppreisningserstatning til saksøkerne idet EMK art. 13 er en del av en norsk folkerettsforpliktelse som er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2 og § 3. Det er ikke et krav etter EMK art. 13 at krenkelsen er skjedd ved uaktsomhet.

Rettens konklusjon er at saksøkerne har krav på oppreisning etter EMK art. 13 for konvensjonsbruddet.

²³⁶ HR-2022-401-A avsnitt 2.

²³⁷ *Ibid.*, avsnitt 24.

²³⁸ *Ibid.*, avsnitt 28-29.

²³⁹ TMHA-2020-181243 punkt 6.10.

Tingretten gir ikke uttrykk for noen tvil om denne rettsoppfatningen, heller ikke i lys av HR-2022-401-A.

Neste dom var Oslo tingretts dom i **TOSL-2021-107095** den 3. november 2022.²⁴⁰ Saken gjaldt krav om fastsettelsesdom og erstatning for påstått krenkende kroppsvisitasjoner i Bergen fengsel, utført i strid med EMK artikkel 3 og 8. Tingretten konkluderte med krenkelse av artikkel 3, og fant det ikke nødvendig å ta stilling til artikkel 8. Tingretten konkluderte imidlertid med at det ikke var hjemmel for å tilkjenne oppreisning:

Som nevnt er ikke skadeserstatningsloven § 3-5 påberopt, og vilkårene for oppreisning etter bestemmelsen er heller ikke oppfylt. Norsk rett har ingen annen lovhjemmel for oppreisning ...

EMK er inkorporert i norsk rett etter menneskerettsloven § 2, og således kan det reises spørsmål om EMK artikkel 13 direkte kan anvendes som hjemmel for oppreisning. EMK artikkel 13 er imidlertid ikke utformet med sikte på å være en nasjonal erstatningshjemmel, og inneholder ingen vilkår for oppreisningserstatning. Retten finner videre at praksisen om bruken av EMK artikkel 13 som direkte oppreisningshjemmel er svært uklar, både fra EMD og europeisk rettspraksis. ...

Etter rettens syn fremstår det å være behov for en oppreisningsbestemmelse i norsk rett for menneskerettsbrudd. Dette vil gi klargjøring av vilkår og omfang av erstatningsansvaret, fremfor at dette eventuelt må avgjøres etter uklare føringer i rettspraksis, både nasjonalt og internasjonalt.

Retten finner imidlertid at det i fravær av en lovhjemmel om oppreisningserstatning for krenkelse av EMK, der vilkårene i skadeserstatningsloven § 3-5 ikke er oppfylt, ikke kan tilkjennes erstatning direkte i medhold av EMK artikkel 13. Det vises til det klare lovskravet som i norsk rett kreves for oppreisning og at EMK art 13 heller ikke i seg selv oppstiller noe krav om rett til oppreisning, er angir nærmere vilkår for dette. Videre at det heller ikke foreligger noe rettspraksis fra Høyesterett som peker i den retning.

Deretter kom to dommer omtrent samtidig i slutten av mai 2023. Først ut var Oslo tingrett i dom 23. mai 2023 i sak **TOSL-2022-84812**. Også denne saken gjaldt krav på erstatning for ikke-økonomisk tap som følge av at kroppsvisitasjoner i fengsel er gjennomført i strid med EMK artikkel 3 og 8, og saken har betydelige likhetstrekk med samme tingretts dom et halvt år tidligere i TOSL-2021-107095. Også i denne saken ble det konstatert krenkelse av EMK artikkel 3, men her kom tingretten til motsatt resultat i spørsmålet om erstatning. Her formulerte tingretten det avgjørende spørsmålet som «om A skal tilkjennes oppreisningserstatning i denne saken direkte i medhold av EMK artikkel 13», før tingretten uttalte:

EMK artikkel 13 stiller først og fremst krav om at nasjonalstatene tilbyr regler om effektive rettsmidler for å reparere krenkelse. Det er i første omgang lovgiver som har denne oppgaven i Norge. Domstolen er imidlertid også pliktsubjekt etter EMK, og dersom lovgiver har sviktet i [å] oppfylle plikten etter artikkel 13, ser retten det slik at domstolen må oppfylle de krav som stilles etter EMK artikkel 13, tolket i tråd med EMDs praksis om hvilke reparasjonsmidler statene plikter tilby for den aktuelle krenkelsen. Det er i den sammenheng verdt å merke seg at Høyesterett i HR-2020-2136-A og HR-2020-2137-A reparerte krenkelsene ved å øke varetektsfradraget i straffutmålingen, uten at dette hadde lovhjemmel, se særlig HR-2020-2136-A avsnitt 113-115.

²⁴⁰ Denne saken ble ankebehandlet av Borgarting lagmannsrett i juni 2023, og dom er ventet med det aller første. Dom forelå imidlertid ikke ved denne utredningens frist for ferdigstillelse 1. august 2023.

I denne saken bygget tingretten i stor grad på EMDs avgjørelse i Roth mot Tyskland (2020), og fant at krenkelsen av artikkel 3 «ikke kan repareres ved en ren konstatering av krenkelsen». Videre uttalte tingretten:

Retten finner samtidig at oppreisningserstatning ikke nødvendigvis må tilbys som reparasjon i en situasjon der andre reparasjonsmidler er tilgjengelig, som for eksempel varetektsfradrag, slik Høyesterett har løst det i de nevnte straffesakene. Dette alternativet er ikke umiddelbart tilgjengelig for A, som i tilfelle må begjære saken sin gjenåpnet med et usikkert utfall fra Gjenopptakelseskommissjonen: Narkotikadommen er ferdig sonet, og antall kroppsvisitasjoner i forbindelse med soningen av drapsdommen er ikke nødvendigvis høyt nok for gjenopptakelse etter straffeprosessloven § 391 nr. 3. Under disse omstendighetene mener retten at artikkel 13, i lys av EMDs praksis, må forstås slik at den gir grunnlag for å idømme oppreisningserstatning til A for den krenkelsen av artikkel 3 han er utsatt for.

Den andre dommen som kom omtrent samtidig, og som er den siste dommen som skal nevnes her, er Hålogaland lagmannsretts dom 25. mai 2023 i sak **LH-2022-170416**. Saken gjaldt krav om oppreisningserstatning for brudd på EMK artikkel 8 som følge av barnevernets omsorgsovertakelse av et barn rett etter fødsel. Lagmannsretten fant at EMK artikkel 8 var krenket, og måtte derfor ta stilling til om kommunen kunne pålegges å betale erstatning. Lagmannsretten uttaler først at den tolker HR-2022-401-A «dithen at en kommune kan dømmes til å betale oppreisning for menneskerettighetskrenkelser etter EMK, dersom de materielle vilkår for øvrig er til stede»,²⁴¹ før den tar uttrykkelig stilling til om et erstatningskrav kan bygge på EMK artikkel 13. Etter å ha konstatert at kommunens opptreden ikke kunne anses som grov uaktsomhet, slik at vilkårene for oppreisning etter skl. § 3-5 ikke er oppfylt, uttaler lagmannsretten:

Fravær av lovgivning som regulerer bruk av erstatning som reparasjon for konvensjonsbrudd er imidlertid ikke avgjørende for om A kan kreve erstatning i dette tilfellet. EMK artikkel 13 retter seg mot staten Norge, herunder domstolene som behandler en sak om krav om erstatning basert på krenkelser av EMK. Lagmannsretten er av den oppfatning at fravær av nasjonale lovbestemmelser som regulerer problemstillingen gjør at domstolene må idømme erstatning på ulovfestet grunnlag, dersom dette er nødvendig for å oppfylle prøvingsretten etter EMK artikkel 13.

En innvending til dette er at idømmelse av oppreisningserstatning tradisjonelt har forutsatt hjemmel i lov, jf. bl.a. Rt-2015-1324 avsnitt 14 med videre henvisning til Rt-2013-805 avsnitt 24. Dette tradisjonelle synet må imidlertid vurderes i lys av at oppreisningserstatning på ulovfestet grunnlag kun er aktuelt å idømme når andre reparasjonsmuligheter ikke foreligger. Det må også vurderes i lys av at idømmelse av erstatning skjer med grunnlag i Norges forpliktelser etter EMK, som er inkorporert i norsk rett. Selv om lovgivende myndighet ikke har utformet en konkret regulering vil idømmelse av oppreisningserstatning ikke være uten forankring hos lovgivende myndighet. I dette tilfellet er det aktuelle å idømme en kommune slikt erstatningsansvar, hvilket er mindre problematisk sett i lys av legalitetsprinsippet enn i tilfeller hvor det er spørsmål å om å idømme en privat part slikt ansvar.

Lagmannsretten viser for øvrig også til herværende utredning og behovet for at lovgiver tar stilling til spørsmålet. For øvrig er det verdt å bemerke at lagmannsretten ikke tar skrittet fullt

²⁴¹ LH-2022-170416, unummerert avsnitt.

ut og sier at EMK artikkel 13 utgjør tilstrekkelig lovhjemmel, den sier heller at EMK artikkel 13 krever at oppreisning må tilkjennes på ulovfestet grunnlag.²⁴²

I forlengelsen av disse dommene er det nødvendig å gå over til hvordan spørsmålet om erstatning for menneskerettskrenkelser er vurdert i andre kilder, hvor det først og fremst er juridisk litteratur som er relevant. I norsk juridisk litteratur har det vært viet mest oppmerksomhet til spørsmålet om erstatning for ikke-økonomisk tap. En dominerende oppfatning synes å være at EMK artikkel 13 er tilstrekkelig hjemmel for å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk tap som følge av krenkelser av EMK, men det finnes ulike varianter.

Are Stenvik ga allerede i 2005 klart uttrykk for at «erstatningsplikt [kan] bli pålagt av nasjonale domstoler etter EMK art. 13».²⁴³ Omtrent samtidig uttalte Karl Harald Søvig at dersom «en deler min oppfatning om at artikkel 13 fordrer tilgang til oppreisningserstatning ved krenkelser av artikkel 3, må derfor § 3–5 tolkes ... i tråd med kollisjonsregelen i menneskerettsloven § 3, slik at ‘grov uaktsomhet’ må leses som simpel uaktsomhet».²⁴⁴ Senere har Henrik Vaaler gitt uttrykk for at siden EMK artikkel 13 er inkorporert gjennom menneskerettsloven, må hjemmelskravet for erstatning for ikke-økonomisk tap antas å være oppfylt. Han mener videre «at artikkel 13 kan anvendes direkte som hjemmel for erstatning for ikke-økonomisk tap i tilfeller hvor erstatningskravet ikke kan prøves tilstrekkelig etter andre nasjonale regler».²⁴⁵ Ole Gunnar Nordhus konkluderer med at «man i norsk rett [må] kunne kreve erstatning for ikke-økonomisk skade med henvisning til EMK artikkel 13».²⁴⁶ Jørgen Aall og Bjarte Askeland mener det «antakelig» vil «være prosedabelt å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap av det offentlige dersom en skadelidt er utsatt for et rettsbrudd som samtidig er et brudd på statens plikt til å sikre menneskerettighetene», men deres hovedsynspunkt er at lovgiver bør avklare rettstilstanden.²⁴⁷ Erling Hjelmeng uttaler at «en umiddelbar forankring i folkerettslige ansvarsregler representerer den enkleste og ryddigste løsningen»,²⁴⁸ og Birgitte Hagland har sluttet seg til dette.²⁴⁹ Bjarte Thorson har uttalt at «the most plausible interpretation is that the ordinary liability rules should first be applied on the facts. If the result of this application does not fulfil the requirements stemming from ECHR Article 13, a claim may be based directly on this provision, which is directly applicable Norwegian law.»²⁵⁰ En motstemme er Jens Edvin A. Skoghøy, som har uttalt: «Et spørsmål for seg er hvorvidt staten hefter på objektivt grunnlag for grunnlovsbrudd og brudd på EMK. Dersom det ikke finnes særlig hjemmel for annet, må erstatningskrav mot det offentlige for ugyldig forvaltningsvedtak bygge på det alminnelige arbeidsgiveransvar (eventuelt organansvar). I Rt. 2010 s. 291 (Vangen-saken) er det lagt til grunn at dette også gjelder ved brudd på EMK.»²⁵¹ Jeg er enig med Henrik Vaaler i at det ikke

²⁴² Se i den anledning Nordhus (2019) s. 49, som mener det ikke er treffende å karakterisere et oppreisningsansvar forankret i EMK artikkel 13 som er ulovfestet ansvar.

²⁴³ Stenvik (2005).

²⁴⁴ Søvig (2005).

²⁴⁵ Vaaler (2016) s. 86-87 og s. 108.

²⁴⁶ Nordhus (2019) s. 60.

²⁴⁷ Aall og Askeland (2017) s. 3-6.

²⁴⁸ Hjelmeng (2016) s. 211.

²⁴⁹ Hagland (2019). Haglands hovedanliggende er imidlertid å belyse hvordan et erstatningsansvar med hjemmel direkte i EMK artikkel 13 kan operasjonaliseres i norsk rett, som jeg kommer tilbake til i kapittel 6 nedenfor.

²⁵⁰ Thorson (2016) s. 273.

²⁵¹ Skoghøy (2011) s. 282. Skoghøy var forresten førstvoterende både i Rt. 2001 s. 428 og i Rt. 2010 s. 291.

er helt klart om Skoghøy med dette mente å uttale seg bare om økonomisk tap eller også om ikke-økonomisk tap,²⁵² men uttalelsens kontekst gjør det mest nærliggende å forstå det slik at han mente å omfatte begge deler.

Det synes å være mindre oppmerksomhet i norsk rettsvitenskapelig litteratur med hensyn til erstatning for økonomisk tap, utover at noe av litteraturen nevnt ovenfor (blant annet Stenvik og Skoghøy) omhandler økonomisk tap i tillegg til ikke-økonomisk tap, samt at alminnelig erstatningsrettslig litteratur gjerne sier noe om menneskerettskrenkelser som skadevoldende handling. Jeg er imidlertid kjent med to nyere masteroppgaver ved Det juridiske fakultet i Oslo som særskilt behandler elementer ved temaet. Haavard Aaste Strand analyserer statens erstatningsansvar ved ulovhjemlet myndighetsutøvelse, og argumenterer (blant annet gjennom en kritikk av Rt. 2010 s. 291 «Vangen eiendom») etter mitt syn overbevisende for at arbeidsgiveransvaret ikke strekker til for å tilfredsstille kravene etter EMK artikkel 13 med hensyn til erstatning for økonomisk tap.²⁵³ Michelle Roberts kritiserer blant annet en formulering i Justisdepartementets oppnevningbrev for herværende utredning, hvor det heter at «[s]tatene har ikke noen generell forpliktelse til å tilby erstatning ved krenkelser av EMK» – hun gir uttrykk for at dette utsagnet «passer i forhold til oppreisningserstatning, men er ikke forenlig med kravene som følger av artikkel 13 ift. økonomisk tap, ettersom dette ikke kan repareres uten at det utbetales erstatning».²⁵⁴ Disse masteroppgavene behandler imidlertid (så vidt jeg kan se) ikke spørsmålet om hvorvidt EMK artikkel 13 utgjør en selvstendig og tilstrekkelig hjemmel i norsk rett for å utmåle erstatning for økonomisk tap utover hva som følger av andre ansvarsgrunnlag.

Sammenfatningsvis kan det ikke underslås at det eksisterer rettslig usikkerhet i norsk rett om hvorvidt EMK artikkel 13 utgjør en tilstrekkelig hjemmel til å tilkjenne erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap som følge av en menneskerettskrenkelse. Rettspraksis er sprikende, og Høyesterett har ikke gitt noe entydig avklaring. I underrettspraksis er det pekt på behovet for en rettsavklaring fra lovgivers side. Mitt eget syn er at EMK artikkel 13 innebærer tilstrekkelig hjemmel til tross for utfordringene som oppstår når dette skal operasjonaliseres i norsk rett, men den rettslige usikkerheten som foreligger tilsier nokså åpenbart at det er behov for lovgivers avklaring av spørsmålet. Dette kan mest praktisk skje gjennom egen lovregulering.

4.4.2 SP artikkel 2.3

Både i rettspraksis og juridisk litteratur har EMK vært dominerende i norsk rett i spørsmål om hvorvidt det kan tilkjennes erstatning for menneskerettskrenkelser. Når SP har vært påberopt for domstolene, har det gjerne vært sammen med tilsvarende rettigheter i EMK. Jeg kjenner ikke til kilder som tilsier noe annet enn at det som er sagt om EMK i foregående punkt vil gjelde tilsvarende for SP med hensyn til status i norsk rett. SP er, i likhet med EMK, inkorporert i menneskerettsloven med forrang fremfor annen lovgivning i tilfelle motstrid.

²⁵² Vaaler (2016) s. 93.

²⁵³ Strand (2021).

²⁵⁴ Roberts (2023) s. 47.

Ett forhold tilsier imidlertid at behovet for en lovhjemmel for erstatning for brudd på SP er enda mer påtrengende enn tilsvarende behov for EMK. Dette handler ikke alene om forskjeller på EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3, men om hvilke rettsvirkninger uttalelser fra de internasjonale overvåkingsorganene har i norsk rett.

Etter EMK artikkel 46 blir EMDs dommer bindende for Norge. Hvis EMD pålegger Norge å betale erstatning for en menneskerettskrenkelse med hjemmel i artikkel 41, vil Norge ha en folkerettslig plikt til å betale den aktuelle erstatningen. Så vidt jeg vet, vil slik erstatningsutbetaling skje uten særlig dramatisk, og jeg kjenner ikke til noen diskusjon om at Norge ikke har internrettslig hjemmel for å utbetale erstatning. For SP kan dette stille seg annerledes. Uttalelser fra FNs menneskerettskomité er ikke folkerettslig bindende. Som nevnt i punktene 2.2.2 og 2.2.3 ovenfor vil en folkerettslig plikt til å reparere en krenkelse av SP følge direkte av konvensjonen ut fra alminnelige folkerettslige regler, men komiteens uttalelser er i seg selv ikke rettslig bindende. Hvis man mener at SP artikkel 2 nr. 3 ikke utgjør en selvstendig hjemmel for å tilkjenne erstatning, kan man potensielt støte på en innvending om at Norge ikke har internrettslig hjemmel for å utbetale den erstatningen FNs menneskerettskomité ber om at blir utbetalt, med mindre den konstaterte krenkelsen oppfyller vilkårene etter andre erstatningsgrunnlag i norsk rett. Dette spørsmålet kan potensielt oppstå for ikke-økonomisk tap på grunn av hjemmelskravet som gjelder i norsk rett for å tilkjenne slik erstatning (jf. punkt 4.1). Motsatt kan det hevdes at dersom myndighetene utbetaler en erstatning for ikke-økonomisk tap uten å ha hjemmel for dette, kan dette i verste fall bli kjent ugyldig som en ulovhjemlet myndighetsutøvelse. Det er mulig (og verdt å håpe) at dette er oppkonstruerte problemstillinger, men jeg kan ikke se annet enn at det strengt tatt rent logisk er ytterste konsekvens av det norske hjemmelskravet. For å unngå at spørsmålet noen gang oppstår, vil en avklaring av hjemmelsgrunnlaget for å tilkjenne erstatning for krenkelser av SP være hensiktsmessig.

4.4.3 Er det tilstrekkelig å bygge alene på EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 for å oppfylle kravene i bestemmelsene?

Det må understrekes at uansett om det skulle gis en lovregulering av erstatning for menneskerettskrenkelser eller ikke, vil det fortsatt være konvensjonenes krav om «effektiv» reparasjon som gir det grunnleggende utgangspunktet. Det er ikke tilstrekkelig med en lovhjemmel hvis denne i praksis ikke er effektiv. En lovregulering som inneholder uforholdsmessig begrensende vilkår, som innebærer uforholdsmessig lang tidsbruk, eller som i praksis ikke medfører tilstrekkelig mulighet for å vinne frem, vil ikke oppfylle konvensjonenes krav. Dette ligger til grunn for diskusjonen i kapittel 6 nedenfor om elementer i en lovregulering. Men tilsvarende er det slik at selv om man skulle komme til at EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 i seg selv gir tilstrekkelig hjemmel slik at egen lovregulering ikke er nødvendig, vil det kreves at denne forståelsen av hjemmelsgrunnlaget gir seg utslag i en tilstrekkelig effektiv adgang til å kunne oppnå erstatning i praksis.

En kjent dom her som illustrerer poenget er *McFarlane mot Irland* (2010), hvor staten anførte at en regel i den irske konstitusjonen ga grunnlag for å kreve erstatning for krenkelser av retten til rettergang innen rimelig tid i EMK artikkel 6 nr. 1. EMD fant at denne regelen ikke

tilfredsstilte kravene etter EMK artikkel 13, blant annet fordi den i praksis aldri hadde blitt brukt til å tilkjenne erstatning i slike tilfeller.²⁵⁵ EMD uttalte generelt at «it remains the case that the development and availability of a remedy said to exist, including its scope and application, must be clearly set out and confirmed or complemented by practice or case law».²⁵⁶

Mens McFarlane gjaldt effektiviteten til en bestemmelse i nasjonal konstitusjon, er samme prinsipp anvendt i *Vlad med flere mot Romania* (2013) med hensyn til en stats direkte anvendelse av EMK artikkel 13 som erstatningsgrunnlag. Også denne saken gjaldt lang saksbehandlingstid i nasjonale domstoler, og staten anførte blant annet at nasjonal rett inneholdt effektive rettsmidler ved at EMK var direkte anvendelig i nasjonal rett og kunne påberopes for domstolene. EMD påpekte at dette i seg selv ikke var tilstrekkelig, siden praksis viste at private parter tilnærmet aldri fikk tilkjent erstatning på dette grunnlaget av nasjonale domstoler.²⁵⁷

First of all, the Court notes that although the remedy has been available for almost twenty years, that is, since the ratification of the Convention by Romania in June 1994, none of the decisions submitted by the respondent Government showed that a litigant had successfully relied on the relevant provisions of the Convention in order to obtain the acceleration of his or her court action.

Secondly, in most cases submitted by the Government, the decisive factor on which the domestic courts relied in order to award compensation was the finding either of a judicial error committed by State authorities or of a wrongful act or omission for which the State was found to be liable within the meaning of former Articles 998 and 999 of the Civil Code.

Furthermore, it appears that the proposed remedy follows the ordinary civil procedure for claiming damages, which could thus last several years through three jurisdictions ... Such a lapse of time would not be reconcilable with the requirement that the remedy for delay be sufficiently swift ...

The Court observes that the remedial action indicated by the Government would be also subject to the normal rules of litigation concerning legal representation, court fees and legal costs. This means that it imposes on the litigants a burden in terms of expenses, court fees such as stamp duty, which is, in such cases, proportionate to the value of the financial claim, and legal costs. Moreover, a claimant be unsuccessful, a costs order would ordinarily be made against him.

Having regard to the above, the Court considers that it cannot be established from the examples submitted by the Government that a claim based on the direct applicability of the Convention, taken alone or combined with a liability for tort claim brought pursuant to the relevant Articles of the Civil Code, represents an effective remedy for the excessive length of proceedings.

Dette gir etter mitt syn et støtteargument i retning av at lovregulering er nødvendig i Norge. Den rettslige usikkerheten som finnes, blant annet i form av sprikende rettspraksis og manglende avklaring fra Høyesterett, tilsier at norsk rett i dag ikke tilfredsstiller kravene etter EMK artikkel 13. Selv om man skulle mene (som jeg) at EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 strengt tatt gir hjemmel for å tilkjenne erstatning, tilsier nasjonale domstolers praksis at dette ikke utgjør et effektivt rettsmiddel.

²⁵⁵ McFarlane mot Irland (2010) avsnitt 117. Dommen er omtalt blant annet av Nordhus (2019) s. 39, som sammenfatter at ved «vurderingen av om en nasjonal erstatningshjemmel gir tilstrekkelig adgang til å kreve erstatning, må man også ta hensyn til i hvilken grad hjemmelen har blitt anvendt som erstatningsgrunnlag i rettspraksis».

²⁵⁶ McFarlane mot Irland (2010) avsnitt 120.

²⁵⁷ *Vlad med flere mot Romania* (2013) avsnitt 116-119,

4.4.4 Folkerettsforbeholdet i skl. § 5-5

Skl. § 5-5 sier at reglene i loven «gjelder ikke i den utstrekning annet følger av ... internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av». Dette er tilsynelatende et generelt folkerettsforbehold for erstatningsrettens område, men det er ikke helt klart hvilke rettsvirkninger bestemmelsen har. Den ble tatt inn i loven nærmest for sikkerhets skyld. Den ble foreslått i NOU 1977: 33 uten noen begrunnelse,²⁵⁸ og det virker som om departementet var litt usikker på betydningen da forslaget ble fulgt opp i Ot.prp. nr. 75 (1983-1984):²⁵⁹

I samsvar med utvalgets forslag er det foreslått en uttrykkelig tilføyelse om at reglene i loven her ikke gjelder i den utstrekning annet følger av internasjonale konvensjoner Norge er bundet av. Det kan muligens hevdes at tilføyelsen er overflødig. Normalt vil konvensjonene ved særskilte lovbestemmelser være inkorporert i norsk rett, og de regler som måtte avvike fra loven her, vil da uttrykkelig være innarbeidd i lovgivningen. Selv om de avvikende reglene ikke er tatt inn i vedkommende lov, vil det som oftest følge av en tolking av loven at reglene i skadeerstatningsloven ikke får anvendelse. Den enkelte lov må nemlig tolkes på bakgrunn av den konvensjonen den tar sikte på å inkorporere i norsk rett. Departementet er likevel kommet til at den foreslåtte bestemmelsen bør tas inn i skadeerstatningsloven. Bestemmelsen vil avskjære tolkingstvil.

Bestemmelsen har hatt neglisjerbar betydning i praksis, som dermed ikke har bidratt med avklaring av hva bestemmelsen betyr. Vil § 5-5 for eksempel bety at dersom en konvensjon krever at det skal kunne tilkjennes erstatning for ikke-økonomisk tap ved simpel uaktsomhet, eller også ved ren tingskade, så må skl. § 3-5 tolkes i samsvar med dette? For EMK og SP vil den uansett ha liten eller ingen betydning i tillegg til forrangsvirkningen som allerede fremgår av at konvensjonene er inkorporert i menneskerettsloven. Grunnen til at jeg overhodet nevner den her, er å antyde at det ikke bør være noe uventet eller ukjent ved at norsk erstatningsrett skal tolkes i samsvar med menneskerettighetene. Skl. § 5-5 gir kanskje et tilleggsargument for at enten må EMK artikkel 13 og SP artikkel 3 nr. 2 anses som tilstrekkelig hjemmel for erstatningsansvar i seg selv, eller så må eksisterende ansvarsgrunnlag tolkes slik at de internasjonale forpliktelsene oppfylles selv om dette måtte innebære en fravikelse/utvidelse/innskrenkning av lovens alminnelige regler.

4.5 Forholdet til andre erstatningsordninger

4.5.1 Konteksten

Denne utredningens mandat peker på at norsk rett allerede inneholder «enkelte særlige erstatningsordninger som kan være relevante ved menneskerettighetskrenkelser, slik som voldsoffererstatning og erstatning etter straffeprosessloven kapittel 31». Slike erstatningsordninger inngår i vurderingsgrunnlaget for mandatets spørsmål om hvorvidt «lovforslaget skal omfatte alle tilfeller der det etter EMK eller SP kreves at det foreligger en mulighet til å kreve erstatning, eller om det bare skal omfatte tilfeller hvor det ikke er mulig å få erstatning etter gjeldende lovgivning». Her i punkt 4.5 vurderes de eksisterende

²⁵⁸ NOU 1977: 33 kapittel 7 på s. 51.

²⁵⁹ Ot.prp. nr. 75 (1983-1984) kapittel III på s. 67-68.

erstatningsordningene jeg antar det er størst grunn til å vurdere i lys av dette punktet i mandatet. En overordnet betraktning er at ingen av disse erstatningsordningene er tilstrekkelig, verken hver for seg eller samlet, for å oppfylle kravet til effektive rettsmidler i EMK artikkel 13 og/eller SP artikkel 2 nr. 3.

4.5.2 Voldserstatning

Det som tidligere het voldsoffererstatning heter nå bare voldserstatning, og er regulert i lov 17. juni 2022 nr. 57 om erstatning fra staten til voldsutsatte (voldserstatningsloven). Loven trådte i kraft 1. januar 2023. Lovens hovedregel er at den som har blitt utsatt for nærmere angitte forsettlige eller grovt uaktsomme voldshandlinger, har rett til erstatning fra staten, jf. § 1. Det som kan kreves erstattet, er «skade på person, menerstatning, erstatning for en persons død og oppreisning etter skadeserstatningsloven §§ 3-1, 3-2, 3-4 og 3-5», jf. § 4, og erstatning er begrenset oppad til 60 ganger grunnbeløpet i folketrygden, jf. § 5.²⁶⁰ Det fremgår videre at erstatning som er betalt av skadevolderen kommer til fradrag, jf. § 4 tredje ledd. Lovens § 6 gir regler om utbetaling av erstatning som er tilkjent ved rettskraftig dom, mens § 7 gir regler om utbetaling av erstatning som ikke er tilkjent ved dom. Begge bestemmelser krever at forholdet er anmeldt, og § 7 gir egne regler om foreldelse samt en henvisning til at rett til erstatning inntrer når skadevolderen er ansvarlig etter alminnelige erstatningsregler.

Under lovforberedelsen etterlyste Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter en vurdering av om lovforslaget var i samsvar med EMK artikkel 13.²⁶¹ Departementet besvarte denne oppfordringen slik:²⁶²

Norges institusjon for menneskerettigheter har bedt departementet vurdere forslaget opp mot EMK artikkel 13 om retten til et effektivt rettsmiddel. Som for Istanbul-konvensjonen artikkel 30 nr. 3, kan departementet vanskelig se at å kreve at domstolene skal behandle et erstatningskrav, der den voldsutsatte får dekket utgiftene til retts hjelp av staten, kan være i strid med EMK artikkel 13. Til illustrasjon nevnes EMDs dom i saken A. og E. Riis mot Norge, 17. januar 2008 (sak 16468/05) der Norge ble saksøkt for brudd på EMK artikkel 13 og EMK artikkel 6 nr. 1. EMD mente det mest naturlige var å vurdere spørsmålet opp mot EMK artikkel 6 nr. 1, og kom til at Norge hadde brutt bestemmelsen fordi den totale behandlingstiden på 16 år og tre måneder var spesielt lang, og det var flere perioder med inaktivitet fra de nasjonale domstolenes side.

Det er kanskje ikke helt treffende å bruke en dom hvor Norge er dømt for krenkelse av artikkel 6 som begrunnelse for at et lovforslag er i samsvar med artikkel 13, men det gir mening når man ser hen til at artikkel 6 er ansett som *lex specialis* til artikkel 13. Jeg er nok også enig med departementet i at det er vanskelig å se at lovreguleringen i seg selv er problematisk etter artikkel 13. Lovteksten gir adgang til erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap på

²⁶⁰ Fra 1. mai 2023 er grunnbeløpet 118 620 kr, det vil si at 60 ganger grunnbeløpet akkurat nå utgjør 7 117 200 kr.

²⁶¹ Prop. 238 L (2020-2021) punkt 15.1.3 på s. 97. NIMs høringsuttalelse 4. desember 2020 er tilgjengelig på <https://www.nhri.no/wp-content/uploads/2020/12/Hoyringsfra%CC%8Asegn-NIM-Forslag-om-ny-lov-om-skadebot-fra%CC%8A-staten-til-valdsutsette.pdf>.

²⁶² Prop. 238 L (2020-2021) punkt 15.1.4.2 på s. 108.

vilkår som etter mitt skjønn nokså klart oppfyller kravene i artikkel 13.²⁶³ Samtidig tror jeg spørsmålet er mer sammensatt enn hva departementet utkwitterer.

For det første vil forholdet til EMK artikkel 13 bli klart først når det blir kjent hvordan voldserstatningslovens regler anvendes i praksis. Hvis reglene fører til at voldserstatning nektes voldsutsatte som har krav på dette etter EMK, hvis erstatningsutbetalingen blir lavere enn hva EMK krever, eller hvis reglene fører til at saksbehandlingstiden blir for lang, kan det fortsatt oppstå krenkelser av EMK (men kanskje primært av artikkel 6, i så fall).

For det annet synes departementets uttalelse (og for så vidt også NIMs høringsinnspill) primært å rette seg mot selve saksbehandlingstiden. Sammenhengen her er, kort sammenfattet, at et krav om voldserstatning vil være omfattet av «borgerlige rettigheter» i EMK artikkel 6, slik at denne bestemmelsens krav om avgjørelse «innen rimelig tid» kommer til anvendelse. Som allerede nevnt i punkt 3.3 ovenfor vil artikkel 6 være *lex specialis* til artikkel 13 i spørsmål om saksbehandlingstiden ved avgjørelse av borgerlige rettigheter, likevel slik at artikkel 13 utfyller artikkel 6 med hensyn til erstatningsadgangen ved rettighetskrenkelse. Men artikkel 13 kommer også inn på en annen måte. I enkelte tilfeller kan en privatpersons voldshandlinger mot en annen privatperson utgjøre en selvstendig menneskerettskrenkelse overfor den voldsutsatte, i de tilfeller hvor offentlige myndigheter har misligholdt sine positive forpliktelser til å beskytte den voldsutsatte mot voldshandlingen eller å sanksjonere handlingen etterpå. Mangelfull etterforskning eller straffeforfølgning, unnlattelse av faktisk å tilkjenne voldserstatning, for strenge beviskrav, unnlattelse av å gripe inn mot en voldshandling som kunne ha vært avverget, utilstrekkelig lovregulering til vern mot bestemte voldshandlinger, o.l., er forskjellige forhold som kan medføre at en privat voldshandling samtidig innebærer en menneskerettskrenkelse fra myndighetenes side. Noe som ikke synes vurdert i lovforarbeidene, er hvordan volds-erstatningen passer inn i et større bilde av myndighetenes erstatningsansvar etter artikkel 13 overfor den voldsutsatte som følge av myndighetenes egne handlinger eller unnlattelser. Det enkle svaret på eventuelle utfordringer her må være at tilkjenning av voldserstatning ikke på noen måte begrenser den voldsutsattes adgang til å kreve erstatning av myndighetene på annet grunnlag, selv om det nok i praksis vil være slik at tilkjenning av voldserstatning avslutter saken. Jeg minner imidlertid for ordens skyld om fremstillingen i punkt 2.6 ovenfor, om at utbetaling av erstatning ikke i seg selv fratrar noen deres status som «victim» etter EMK; det kreves i tillegg at utbetalingen av erstatning på en eller annen måte ledsages av en tilstrekkelig konstatering av en menneskerettskrenkelse. Dersom det er tilkjent en voldserstatning som beløpsmessig sikrer skadelidte full erstatning, kan imidlertid et erstatningskrav med grunnlag i EMK artikkel 13 godt falle bort, slik at det som gjenstår for å sikre reparasjon for menneskerettskrenkelsen vil være en ren konstatering av krenkelsen (eventuelt annen ikke-økonomisk reparasjon). EMK artikkel 13 vil ikke begrunne dobbel erstatning. Sammenhengene her utgjør uansett ikke en svakhet ved voldserstatningsloven i seg selv, men det vil være opp til domstolene å sikre at et

²⁶³ Det kan nevnes at Lovdatas baser ikke ser ut til å inneholde noen rettsavgjørelser om eventuell betydning av EMK artikkel 13 i relasjon til den tidligere voldsoffererstatningsloven av 2001. For denne utredningens formål er det ikke nødvendig å gå inn i spørsmålet om forholdet mellom utbetaling av voldserstatning og uskyldspresumsjonen, utover å minne om at dersom utbetaling av voldserstatning uten dom begrunnes på en måte som konstaterer skyld i strid med uskyldspresumsjonen, vil dette være en menneskerettskrenkelse overfor den påståtte skadevolder som igjen vil utløse et krav om tilgang et effektivt rettsmiddel.

krav om voldserstatning vurderes uavhengig av et erstatningskrav mot offentlige myndigheter på grunnlag av en menneskerettskrenkelse.

4.5.3 *Pasientskadeerstatning*

Lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven) gir adgang til erstatning for skader som er voldt i helsevesenet. For menneskerettskrenkelseserstatning vil en nærliggende erstatningsordning. Det fremgår av lovens § 2 første ledd bokstav a at man «har krav på» erstatning for pasientskade som skyldes blant annet «svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes», altså et ansvar uten skyld. Forarbeidene sier også uttrykkelig at bruken av ordet «svikt» innebærer «at det ikke er nødvendig å utpeke en bestemt skadevolder på en institusjon som et sykehus innebærer at det ikke er nødvendig å utpeke en bestemt skadevolder på en institusjon som et sykehus», jf. Ot.prp. nr. 31 (1998-99) kapittel 18 på s. 90. Dermed er det tale om inngangsvilkår som er gunstige for pasienten, selv om § 2 annet ledd deretter sier at det «skal tas hensyn til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten på skadetidspunktet, er tilsidesatt», som er tilsvarende formulering som i skadeserstatningsloven § 2-1 om arbeidsgiveransvaret.

For økonomisk tap forstår jeg det slik at erstatningsutmåling etter pasientskadeloven tar utgangspunkt i at skadelidte skal ha full erstatning, jf. § 4. Utfordringer med å fastslå hva som er full erstatning for fremtidige tap er mindre relevant i herværende sammenheng – dette er utfordringer man også vil få ved anvendelse av andre erstatningsregler. At henvisningen i § 4 til skadeserstatningsloven også innebærer en henvisning til skadeserstatningsloven § 3-1 tredje ledd om at blant annet trygdeytelser kommer til fradrag til erstatningsutbetaling, er i seg selv heller ikke problematisk etter EMK artikkel 13. Retten til et effektivt rettsmiddel inneholder ikke noe krav på mer enn full erstatning.

Etter § 4 første ledd annet punktum dekkes imidlertid ikke ikke-økonomisk tap av pasientskadeerstatningen: «Erstatning (oppreisning) for skade av ikke-økonomisk art etter skadeserstatningsloven § 3-5 ... kroner erstattes likevel ikke etter loven her.»²⁶⁴ Dermed er det tydelig at i den grad retten til et effektivt rettsmiddel krever tilgang til erstatning for ikke-økonomisk tap, er pasientskadeloven utilstrekkelig. I tillegg vil ikke pasientskadeerstatning nødvendigvis innebære noen konstatering av menneskerettskrenkelse, slik at ytterligere reparasjon kan være nødvendig også for økonomisk tap.

4.5.4 *Erstatning etter straffeforfølgning*

Straffeprosessloven kapittel 31 gir regler om erstatning i anledning av forfølgning. Etter § 444 har noen som har vært siktet «rett til» erstatning for økonomisk tap hvis han blir frifunnet (første ledd bokstav a), hvis straffeforfølgningen blir innstilt (første ledd bokstav b), eller hvis «han har vært pågrepet eller fengslet i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 5 eller FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 9» (første ledd bokstav c).

²⁶⁴ Selv om det er mindre relevant for menneskerettslige spørsmål, kan det nevnes at lov 16. juni 1989 nr. 65 om yrkesskadeforsikring (yrkesskadeforsikringsloven) har samme begrensning i § 12.

Mens bokstav c er en direkte gjennomføring av den forpliktelsen Norge har etter EMK artikkel 5 nr. 5 og SP artikkel 9 nr. 5 (jf. punktene 2.4.2 og 2.5.2 ovenfor), fremgår det av forarbeidene at bokstav a anses for å gjennomføre forpliktelsen etter EMK syvende tilleggsprotokoll artikkel 3 og SP artikkel 14 nr. 6:²⁶⁵

Når det gjelder siktede som frifinnes etter gjenopptakelse, har staten på nærmere vilkår plikt etter EMK protokoll 7 artikkel 3 og SP artikkel 14 nr. 6 til å yte disse erstatning, jf punkt 5.5 ovenfor om disse bestemmelsene. Ved at § 444 gir siktede som frifinnes rett til erstatning også for tap som skyldes annen straff enn frihetsberøvelse, sikrer departementets forslag siktedes rett til erstatning i samsvar med de nevnte konvensjonsbestemmelsene.

I § 446 er det gitt regler om når en erstatning etter § 444 kan settes ned eller falle bort. Her innebærer annet ledd en henvisning til uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 og SP artikkel 14 nr. 2, ved at en erstatning «kan ikke settes ned eller falle bort med den begrunnelse at det er mistanke om at siktede har utvist straffeskyld». I forarbeidene heter det:²⁶⁶

Annet ledd presiserer uskyldspresumsjonen i tilknytning til nedsettingsreglene, jf EMK artikkel 6 nr. 2 og SP artikkel 14 nr. 2. Erstatning kan ikke settes ned eller falle bort med den begrunnelse at det fortsatt hefter mistanke om at den siktede har utvist straffeskyld. Bestemmelsen er derimot ikke til hinder for at man legger vekt på de faktiske forholdene som foranlediget etterforskningskritt mot siktede eller domfellelse. Det er først når man ut fra disse faktiske forholdene oppstiller en mistanke om skyld, at uskyldspresumsjonen, og forbudet i utkastet § 446 annet ledd, krenkes.

Det følger videre av § 447 første ledd at en siktet også «har rett til oppreisning etter satsen fastsatt av Kongen for krenkelse eller annen skade av ikke-økonomisk art som følge av pågripelse eller varetektsfengsling, dersom han blir frifunnet eller forfølgningen mot ham blir innstilt». Denne bestemmelsen ble innført ved lovendring 10. januar 2003 nr. 3 (i kraft 1. januar 2004), og erstattet da en tidligere bestemmelse om at når vilkårene for erstatning var oppfylt, kunne «retten når særlige grunner taler for det, tilkjenne siktede et passende beløp som oppreisning for den krenkelse eller annen skade av ikke-økonomisk art som han har fått ved forfølgningen». Endringen ble særlig begrunnet med at «en strafforfølgning stort sett alltid vil oppleves som en påkjenning for siktede, og at det synes rimelig at samfunnet i noe større grad enn i dag yter en viss kompensasjon for den belastning som uberettiget er påført siktede pga. fellesskapets interesse i å straffe skyldige»,²⁶⁷ men jeg kan ikke se at forarbeidene begrunner endringen med noen henvisning til at et rettskrav på erstatning også for ikke-økonomisk tap skulle følge også av EMK eller SP. Siden bestemmelsen uansett gir et rettskrav på slik erstatning, på vilkår som fremstår å samsvare med kravene etter de internasjonale konvensjonene, har ikke fraværet av en slik begrunnelse særlig rettslig betydning.

²⁶⁵ Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) punkt 21.1 på s. 79 (jf. punktene 2.4.3 og 2.5.3 ovenfor).

²⁶⁶ *Ibid.*, s. 115. Se også HR-2021-1871-A avsnitt 55, hvor Høyesterett uttaler at uskyldspresumsjonen innebærer at heller ikke § 446 første ledd bokstav b, som åpner for nedsettelse av erstatningen hvis siktede uten rimelig grunn «har gitt foranledning til etterforskingstiltak eller den fellende dommen», kan brukes til å sette ned erstatningen med den begrunnelsen at siktede faktisk har begått handlingen.

²⁶⁷ Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) punkt 12.4 på s. 73.

Erstatning etter § 447 utmåles etter standardiserte satser som fremgår av forskrift 12. desember 2003 nr. 1472 om standardsatser for oppreisning etter uberettiget strafforfølgning. Utgangspunktet for beregningen fremgår av forskriften § 2:

En siktet som har vært pågrepet eller varetektsfengslet har rett til oppreisning etter følgende satser, dersom han blir frifunnet eller forfølgningen mot ham blir innstilt: kr 1500 for første påbegynte døgn hvis frihetsberøvelsen varer i mer enn 4 timer, og kr 1500 for annet påbegynte døgn regnet fra tidspunktet for pågripelsen.

Deretter tilkjennes kr 400 i oppreisning for hvert påbegynte døgn med frihetsberøvelse. Holdes den siktede i politiarrest, er satsen likevel kr 1500 for hvert påbegynte døgn i politiarresten også der oppholdet overstiger to døgn.

Deretter bestemmer § 3 at det skal gis et tillegg på 25 % for perioder hvor en person har vært underlagt fullstendig isolasjon, mens § 4 åpner for skjønnsmessige tillegg i ekstraordinære tilfeller.

Jeg kjenner ikke til at det har vært reist tvil om hvorvidt disse bestemmelsene oppfyller våre forpliktelser etter EMK og SP på det området de gjelder.

4.5.5 Rettferdsvederlag

Avslutningsvis nevnes at det finnes en ulovfestet adgang til å få en rimelighetserstatning fra offentlige myndigheter, såkalt rettferdsvederlag. Slik erstatning tildeles av Stortingets utvalg for rettsferdsvederlag, som kan tilkjenne erstatning opp til 300 000 kr. For høyere beløp er det Stortinget selv som har beslutningsmyndighet. Statens sivilrettsforvaltning er sekretariat for ordningen.

Ordningens historikk, organisering, prinsipper for tildeling, mv., er beskrevet i St.prp. nr. 65 (2006-2007) og sammenfattet på sivilrettsforvaltningens nettsider.²⁶⁸ Hos sistnevnte er ordningen beskrevet som «en mulighet til erstatning fra staten, i tilfeller hvor voldserstatning og andre erstatningsordninger ikke er dekkende», og videre:

Rettferdsvederlag er ment som et «plaster på såret» og en erkjennelse av at du har blitt utsatt for en urett. Rettferdsvederlag er likevel ikke noe man har krav på, og tar ikke sikte på å dekke det fulle økonomiske tapet du har hatt. Beløpene er derfor som regel lavere enn ved vanlige erstatningssaker.

Det beskrives at rettferdsvederlag bare kan tilkjennes hvis forholdet er foreldet, slik at andre erstatningskrav ikke kan fremmes. Det beskrives videre at rettferdsvederlag ikke kan tilkjennes for forhold som har vært behandlet av domstolene.

Det er helt på det rene at rettferdsvederlag ikke i seg selv oppfyller kravene til et effektivt rettsmiddel, og dette tror jeg heller aldri har vært hevdet. I den sammenheng har det særlig betydning at det er en rent skjønnsmessig ordning hvor ingen har noe krav på erstatning, og at det ikke vil være tale om full erstatning. Ordningen omfatter likevel forhold som ofte kan sies å utgjøre en menneskerettskrenkelse, selv om vilkårene for ordningen tilsier at en krenkelse ikke vil være konstatert. Ordningen omfatter blant annet svikt i barnevernet, mangelfull skolegang, mobbing, seksuelle overgrep e.l. som ikke er forhindrede av det offentlige, og

²⁶⁸ <https://www.sivilrett.no/rettferd>

liknende. I de tilfellene hvor erstatning tilkjennes, kan det etter omstendighetene sies å innebære en reparasjon av en begått menneskerettskrenkelse. Kanskje kan man dermed konstruere eksempler hvor tilkjenning av rettsferdsvederlag vil innebære at mottakeren ikke lenger vil anses som offer for en menneskerettskrenkelse, jf. diskusjonen om dette i punkt 2.6 ovenfor, og dermed at en mottaker av rettsferdsvederlag hypotetisk sett kan være avskåret fra å kreve erstatning for menneskerettskrenkelsen ut fra retten til effektivt rettsmiddel. Inngangsvilkårene for rettsferdsvederlag, herunder at det må være tale om forhold som er foreldet, tilsier imidlertid at dette vanskelig vil komme på spissen. Og selv om det skulle komme på spissen i en sak (eksempelvis fordi rettsferdsvederlag tilkjennes fordi rettsferdsvederlagsutvalget mener forholdet er foreldet mens en domstol senere mener at forholdet ikke er foreldet), er det mest sannsynlig at det lave erstatningsbeløpet ved rettsferdsvederlag vil tilsi at man ikke er avskåret fra likevel å søke erstatning for menneskerettskrenkelsen. Jeg tror dette er sammenhenger som har svært liten praktisk betydning.

4.6 Sammenfatning

Etter mitt skjønn tilsier rettskildegrunnlaget entydig at det er behov i norsk rett for en lovregulering av adgangen til å få erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap ved krenkelser av EMK og SP. Eksisterende erstatningsgrunnlag strekker ikke til, verken hver for seg eller samlet, for å tilfredsstille kravene til effektive rettsmidler i EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3. Det er usikkert etter gjeldende norsk rett om disse bestemmelsene utgjør selvstendige rettsgrunnlag for å tilkjenne erstatning, og hvordan de i så fall skal anvendes ved siden av (eller i stedet for) andre erstatningsgrunnlag. Selv om man måtte mene at bestemmelsene utgjør tilstrekkelig hjemmel, tilsier den rettslige usikkerheten om dette samt den sprikende anvendelsen av dem ved norske domstoler at det ikke er tilstrekkelig effektivt bare å basere seg på disse.

Denne utredningen fortsetter derfor på det premisset at en lovregulering er nødvendig, og i kapittel 6 nedenfor diskuteres hvordan en slik lovregulering skal utformes. I kapittel 7 angir jeg likevel alternativer for det tilfelle at lovgiver til tross for denne utredningens anbefaling skulle konkludere med at det ikke er hensiktsmessig med lovregulering. En ren fortsettelse av dagens rettstilstand vil uansett ikke være tilstrekkelig, og hvis det ikke lovreguleres, må nødvendig rettsavklaring skje på annen måte.

5 REGULERINGEN I ANDRE LAND

5.1 Metode og utvalg av land

Ifølge mandatet skal jeg «redegjøre for relevant regulering i andre land». Mandatet peker på at relevant lovregulering finnes i Sverige og Storbritannia, men utover dette har departementet ikke lagt føringer på hvilke land som skal omfattes. I tillegg til de to nevnte er det naturlig å se hen til de øvrige nordiske land (Danmark, Finland, Island), men utover dette er det opp til skjønn hvilke land som er hensiktsmessig å inkludere. Den tilsvarende svenske utredningen i 2010 inkluderte i tillegg Tyskland, Nederland, Belgia, Frankrike, Sveits, Østerrike, Spania og Slovakia (men ikke Island). Jeg har i stor grad lagt samme utvalg til grunn, blant annet fordi det er land med liknende rettstradisjoner som vår egen samtidig som de har relevante variasjoner. I tillegg fant jeg imidlertid grunn til å inkludere Ungarn og Italia, siden praksis fra EMD tilsier at disse landene har relevant lovgivning som kan supplere beslutningsgrunnlaget. Innhenting av opplysninger om de ulike landenes rett har foregått ved at Justisdepartementet på mine vegne har bedt ambassadene i de enkelte land om å innhente opplysninger fra relevante myndigheter. Jeg sendte likelydende spørsmål til de fleste landene, men for noen land var det naturlig å stille separate spørsmål i stedet for de generelle spørsmålene.

Sverige mottok følgende spørsmål:

1. Har skadeståndslagen 3 kap. 4 § blitt anvendt av Högsta Domstolen etter ikrafttredelsen av lovendringen i 2018? Finnes det publiserte avgjørelser fra lavere rettsinstanser?
2. Finnes det eksempler på at svenske myndigheter har utbetalt erstatning for brudd på Den europeiske menneskerettskonvensjonen etter ikrafttredelsen av lovendringen i 2018 uten at sakene har kommet inn for domstolene?
3. Finnes det noen offentlig evaluering av virkningene av lovendringen?
4. Er det gjort noen vurdering i Sverige av om erstatning kan tilkjennes etter svensk rett ved brudd på FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter?

Danmark mottok følgende spørsmål:

1. Har erstatning for brudd på Den europeiske menneskerettskonvensjonen blitt vurdert av Danmarks Højesteret i løpet av de seneste fem år?
2. Vi forstår at det har blitt diskutert i dansk rettsvitenskapelig litteratur om det bør gis en lovregulering av spørsmålet i Danmark. Foreligger det noen forslag eller andre indikasjoner på at slik lovregulering kan bli aktuelt? Kan det pekes på særlige rettslige utfordringer eller uavklarte rettsspørsmål som følge av den domstolsskapte rettstilstanden?
3. Har spørsmål om erstatning for brudd på FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter vært oppe for danske domstoler eller vært vurdert av dansk lovgiver?

Alle øvrige land mottok følgende spørsmål:

1. How is the European Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights implemented in your state? How is the right to an effective remedy in Article 13 ECHR and Article 2.3 ICCPR protected in your national legal system?

2. Are there examples where the highest court of your country has awarded monetary compensation to individuals for violations of the ECHR and/or the ICCPR? If so, has this been done only for pecuniary damage or also for non-pecuniary damage? Has compensation been awarded with explicit reference to the right to an effective remedy in the conventions or by an interpretation of domestic law in light of the conventions? Could you describe (or provide an English translation of) the relevant legislation? Does your legislation (or case law) make a distinction between different rights protected by the conventions?
3. If the matter is regulated in national legislation, or if compensation has been awarded by courts with explicit reference to the conventions, we would like to know if monetary compensation for human rights violations is based on strict liability or whether it requires negligence. We would also like to know if there exists a specified period of limitation for making claims for compensation, and also how the monetary amount is calculated when compensation is awarded.

Jeg mottok svar fra Sverige, Island, Nederland, Belgia, Frankrike, Sveits og Ungarn. For Danmark, Finland, Storbritannia, og Tyskland har det vært hensiktsmessig å finne ut av gjeldende rettsstilstand på annen måte. For Østerrike, Spania, Slovakia og Italia har jeg vurdert det slik at tilleggsverdien av å inkludere også disse landene i denne fremstillingen ikke forsvarer tidsbruken ved å forsøke å klarlegge rettsstilstanden på annen måte, og disse landene behandles derfor ikke videre.

Der det har vært mulig, har jeg også brukt andre kilder for å supplere informasjonen som har kommet inn. Det finnes også en nyttig bok som sammenfatter rettsstilstanden for erstatning for menneskerettskrenkelser i en rekke land: Ewa Bagińska (red.), *Damages for Violations of Human Rights – A Comparative Study of Domestic Legal Systems* (2016). Av de landene jeg inkluderer her, gir boken en fremstilling av rettsstilstanden i Frankrike, Tyskland, Nederland og Storbritannia (i tillegg til Norge).

5.2 Sverige

I Sverige er erstatning for krenkelser av EMK regulert i skadeståndslagen (lag 1972:207) etter en lovendring som trådte i kraft 1. april 2018. Den sentrale bestemmelsen er 3 kap. 4 §, som i dag lyder:

4 § Staten eller en kommun ska ersätta

1. personskada, sakskada, ren förmögenhetsskada, skada på grund av att någon kränks på sätt som anges i 2 kap. 3 § och skada som ersätts enligt 2 kap. 3 a §, om skadan uppkommit till följd av att den skadelidandes grundläggande fri- och rättigheter enligt 2 kap. regeringsformen eller enligt den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna har överträtts från statens eller kommunens sida, och

2. annan ideell skada som uppkommit till följd av en sådan överträdelse.

Skadestånd enligt första stycket ska betalas endast i den utsträckning det är nödvändigt för att gottgöra överträdelsen.

Bestemmelsen ble endret med virkning fra 1. august 2022 med hensyn til at også krenkelser av rettigheter i kapittel 2 i den svenske regeringsformen (en av Sveriges grunnlover) nå er omfattet.

I Sverige ble EMK inkorporert ved lov 1994:1219 med virkning fra 1. januar 1995. SP er ikke inkorporert i svensk lov, og dette er begrunnelsen for at erstatningsbestemmelsen ikke omfatter denne konvensjonen. Bestemmelsen suppleres av 5 kap. 8 §, som sier at «[s]kadestånd for annen ideell skada enligt 3 kap. 4 § första stycket 2 ska bestämmas efter vad som är skäligt med hänsyn till överträdelsens art och omständigheterna i övrigt».

Bestemmelsens viktigste forarbeider er SOU 2010:87 og Regeringens proposition 2017/18:7. En viktig grunn til at lovarbeidet ble igangsatt var at «[i] flere avgöranden har Högsta domstolen konstaterat att reglerna om statens ansvar i skadeståndslagen (SkL) innebär att Sverige inte fullt ut uppfyller sina åtaganden enligt Europakonventionen»,²⁶⁹ og det var særlig muligheten til å oppnå erstatning for ikke-økonomisk tap som har skapt utfordringer.²⁷⁰ Jeg forstår det slik at første avgjørelse var NJA 2005 s. 462 fra 9. juni 2005, som gjaldt lang saksbehandlingstid i en straffesak. Begrunnelsen har klar overføringsverdi til norske forhold og inntas derfor her i sin helhet, blant annet fordi Högsta domstolen her fastslo at det svenske lovskravet for å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk tap (som tilsvare det norske lovskravet, jf. punkt 4.1 ovenfor) ikke var til hinder for å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk tap som følge av krenkelser av EMK.²⁷¹

Som tidligere berørt har Sverige enligt artikel 13 i Europakonventionen en forpliktelse att tillhandahålla ett effektivt nationellt rättsmedel för att förebygga eller kompensera kränkningar av rätten till rättegång inom skälig tid. Det kan visserligen hävdas att den förpliktelsen i ett fall som det förevarande tillgodoses genom möjligheten att erhålla ersättning för inkomstförlust till följd av kränkningen. Det måste emellertid beaktas att det kan uppkomma fall där det inte finns grund för att tillerkänna den skadelidande sådan ersättning och det inte heller enligt svensk rätt finns något annat rättsmedel. Om den skadelidande i ett fall av det slaget ställs utan rättsmedel kan detta innebära ett konventionsbrott.

Traditionellt har svensk rätt intagit en restriktiv attityd till möjligheten att utdöma ett rent ideellt skadestånd på grund av gärningar som innefattat en kränkning av någon annans rättigheter eller intressen. Det har brukat anses att detta fordrar särskilt lagstöd. Denna princip återgår dock inte i sig på någon uttrycklig lagregel ...

När det gäller kränkningar av rätten enligt artikel 6.1 till prövning inom skälig tid får, mot bakgrund av den praxis som Europadomstolen etablerat genom domen i målet Kudla mot Polen och den skyldighet att vid påföljdsbestämningen beakta denna typ av kränkningar som kommit till uttryck i NJA 2003 s. 414,²⁷² övervägande skäl anses tala för att ideellt skadestånd skall kunna dömas ut även av svensk domstol. Det måste betraktas som en naturlig utgångspunkt att vid prövningen av anspråk på sådant skadestånd ta hänsyn till Europadomstolens praxis, låt vara att det inte finns någon på konventionen grundad skyldighet att exakt följa denna. Med denna utgångspunkt bör ersättning för ideell skada tillerkännas P.L., trots att han även erhåller ersättning för inkomstförlust.

²⁶⁹ SOU 2010:87 s. 15

²⁷⁰ Utviklingen av svensk rettspraksis er gjennomgått av Nordhus (2019) s. 40-47, og mer utførlig av Stenlund (2021) s. 162-174.

²⁷¹ NJA 2005 s. 462 på s. 498.

²⁷² Tilføyd fotnote: NJA 2013 s. 414 gjaldt også lang saksbehandlingstid i en straffesak, men her ble krenkelse av EMK reparert gjennom reduksjon i straffen.

Senere ble samme prinsipp også lagt til grunn for krenkelser av artikkel 5,²⁷³ og av artikkel 8,²⁷⁴ det ble avklart at både stat og kommune var omfattet av ansvaret,²⁷⁵ og det kom nyere avgjørelser som klargjorde den nærmere praktiseringen av ansvaret.²⁷⁶ Til forskjell fra i Norge forelå det altså klar høyesterettspraksis om erstatningsansvar for ikke-økonomisk tap som følge av krenkelser av EMK, forut for lovregulering av spørsmålet.

Grunntrekkene i lovbestemmelsen er at erstatning for krenkelser av EMK skal tilkjennes hvis dette er nødvendig for å reparere krenkelsen. Erstatning skal omfatte både økonomisk og ikke-økonomisk tap. Konvensjonskrenkelsen anses som tilstrekkelig ansvarsgrunnlag, det vil si at det ikke er nødvendig å konstatere skyld hos offentlige myndigheter. Dette betyr likevel ikke at man uten videre har en rett til erstatning ved menneskerettskrenkelser, siden henvisningen til «nødvendig» tilsier at andre virkemidler kan benyttes.²⁷⁷

Både fysiske og juridiske personer har rett til erstatning når vilkårene er oppfylt.

På forespørsel har svenske myndigheter opplyst at 3 kap. 4 § ikke har vært anvendt av Högsta domstolen etter at den trådte i kraft. Jeg fikk også opplyst at det ikke foreligger publisert rettspraksis fra underinstansene hvor bestemmelsen er anvendt.

Etter svensk rett har Justitiekanslern og Kammarkollegiet kompetanse til å tilkjenne erstatning på vegne av statlige myndigheter, jf. förordningen [1995:1301] om handläggning av skadeståndsanspråk mot staten. Dette er en regulering som gjelder generelt for alle typer erstatningskrav, også krav etter skadeståndslagen 3 kap. 4 §. For krenkelser av EMK er kompetansen til å utbetale erstatning lagt til Justitiekanslern. I sitt svarbrev beskrev svenske myndigheter at saker bare kommer opp for domstolene hvis partene er misfornøyde med Justitiekanslerns beslutning, noe som formodentlig forklarer hvorfor det foreløpig ikke finnes rettspraksis. Det finnes imidlertid avgjørelser fra Justitiekanslern hvor det er utmålt erstatning etter bestemmelsen, blant annet i snr. 2020/7814 den 9. mars 2023. Her konstaterte Justitiekanslern krenkelse av EMK artikkel 8 på grunn av ulovlig ransaking, og ga samtidig en nyttig sammenfatning av praksis:²⁷⁸

Slutligen ska det prövas om artikel 13 Europakonventionen innebär att sökanden ska erhålla skadestånd för den ideella skada han lidit till följd av de konventionsöverträdelser som kroppsbesiktningen, husrannsakan i bilverkstaden och omhändertagandet av väskorna utgjort. Vid prövningen ska en helhetsbedömning av överträdelsens art och omständigheterna i övrigt göras (5 kap. 8 § skadeståndslagen). I praxis har det ansetts att en rätt till ersättning för konventionsöverträdelse förutsätter att skadan är av viss storleksordning (se NJA 2012 s. 211 I, NJA 2013 s. 842 och prop. 2017/18:7 s. 66). Vid mindre allvarliga ideella skador kan det vara en tillräcklig gottgörelse att överträdelsen erkänns.

²⁷³ NJA 2007 s. 295, se Nordhus (2019) s. 42.

²⁷⁴ NJA 2007 s. 584, se Nordhus, *ibid.*

²⁷⁵ NJA 2009 s. 463, se Nordhus, *ibid.*, s. 43.

²⁷⁶ Blant annet NJA 2010 s. 363, NJA 2012 s. 1038 I, NJA 2013 s. 842. For en nærmere gjennomgang av bakgrunnen samt en grundig kommentar til bestemmelsen, se Bengtsson (2018) s. 93-126.

²⁷⁷ Se nærmere Stenlund (2021) s. 210 flg.

²⁷⁸ Tilgjengelig her: <https://www.jk.se/beslut-och-yttranden/2023/03/20207814/>

Svenske myndigheter har opplyst at det ikke er gjort noen offentlig evaluering av lovbestemmelsen etter at den trådte i kraft. Jeg har videre fått opplyst at det ikke foreligger noen planer om å gi tilsvarende rett til erstatning ved krenkelser av SP.

5.3 Danmark

Jeg mottok ikke svar fra danske myndigheter, så her er fremstillingen basert på andre kilder. Rettstilstanden er imidlertid klar: Det finnes ingen lovregulering av retten til erstatning for tap som følge av menneskerettskrenkelser, og jeg kjenner heller ikke til at det foreligger noen planer om slik lovregulering. I dansk juridisk litteratur er det pekt på at lovregulering er unødvendig, og at det er mer nærliggende å la praksis utvikle dansk retts alminnelige erstatningsregler i lys av landets internasjonale forpliktelser, herunder EMK.²⁷⁹ Bakgrunnen for dette er at dansk Højesteret har utviklet en rettspraksis som antas å oppfylle kravene etter EMK artikkel 13. Jonas Christoffersen sammenfatter rettstilstanden slik:²⁸⁰

Højesteret anerkendte ... i U 2011.2695 H ... at offentlige myndigheder kan ifalde erstatningsansvar for overtrædelser af EMRK. Domstolene har siden – så vidt ses undtagelsesfrit – imødekommet påstande om betaling af godtgørelse, såfremt der har været konstateret krænkelse af EMRK, og såfremt kravet om godtgørelse har været velbegrunnet i den konkrete sags omstændigheder. Det er således i dag fastslået, at (princippet i) erstatningsansvarslovens § 26 om tortgodtgørelse kan anvendes – direkte eller indirekte – som grundlag for udmåling af godtgørelser i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelser.

Erstatningsansvarsloven § 26 lyder:

Godtgørelse for tort

§ 26. Den, der er ansvarlig for en retsstridig krænkelse af en andens frihed, fred, ære eller person, skal betale den forurettede godtgørelse for tort.

Stk. 2. Ved fastsættelsen af godtgørelsen kan det tillægges vægt, at krænkelsen er begået ved en forbrydelse, der har indebåret en overtrædelse af bestemmelser i straffelovens kapitel 23 eller 24.

Stk. 3. Selv om der ikke er lidt tort, skal den, der er ansvarlig for en retsstridig krænkelse af en anden, dog betale den forurettede en godtgørelse, såfremt krænkelsen er begået ved en forbrydelse, der har indebåret et særlig groft angreb mod en andens person eller frihed.

Stk. 4. § 18, stk. 1 og 2, finder tilsvarende anvendelse på godtgørelse efter stk. 1-3 og på godtgørelse efter § 26 a.

I dommen i U 2011.2695 H, som gjaldt utvisning av en utlending som utgjorde en fare for rikets sikkerhet, ble det konstert krenkelse av EMK artikkel 8, og det er her Højesteret uttalte at parten «har krav på godtgørelse etter princippet i erstatningsansvarsloven § 26». Det ble fastslått at konvensjonskrenkelsen innebar tilstrekkelig ansvarsgrunnlag, og det ble tilkjent erstatning både for økonomisk og ikke-økonomisk tap.²⁸¹

²⁷⁹ Madsen (2011) s. 263-268, Christoffersen (2017) s. 165.

²⁸⁰ Christoffersen (2017) s. 158.

²⁸¹ Christoffersen (2017) s. 167-173 gjennomgår etterfølgende rettspraksis fra både Højesteret og underinstansene.

I dansk rett trekkes det imidlertid koblinger mellom EMK artikkel 13 og artikkel 41 som går lenger enn hva jeg mener er nødvendig ut fra EMDs praksis (jf. punkt 2.4.1 ovenfor). I U 2017.2929 H uttalte Høyesteret:

Høyesteret tiltræder derfor, at det følger af artikel 13 sammenholdt med princippet i erstatningsansvarslovens § 26, at A skal tilkændes en godtgørelse, hvis han i henhold til Menneskerettighedsdomstolens praksis efter konventionens artikel 41 ville have ret til godtgørelse.

Uttalelsens kontekst kan imidlertid også forstås slik at den bare omhandler ansvarsgrunnlaget, siden uttalelsen kom etter at Høyesteret med henvisning til *Kangasluoma mot Finland* (2004) fastslo at ifølge «Menneskerettighedsdomstolens praksis udgør en ret til erstatning eller godtgørelse, der er betinget af, at en offentlig myndighed har begået fejl eller forsømmelser, imidlertid ikke et tilstrækkeligt effektivt rettsmiddel efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 13». Det kan diskuteres om dette er en litt for absolutt forståelse av EMDs dom (se nærmere i punkt 6.2.1 nedenfor), men Høyesterets dom forstås i hvert fall dithen at «Høyesteret fastslår et objektivt ansvar for menneskerettighedskrænkelser».²⁸²

Det virker også avklart i dansk rett at erstatningsansvar for menneskerettskrenkelser kan pålegges både stat og kommune, og at krav må rettes mot den myndigheten som påstås å ha krenket en rettighet i EMK.²⁸³

EMK ble inkorporert i dansk rett i 1992, men andre konvensjoner (herunder SP) er foreløpig ikke inkorporert. Jeg kjenner ikke til dansk rettspraksis eller andre kilder knyttet til mulig erstatningsansvar for krenkelser av SP.

5.4 Finland

Finske myndigheter besvarte heller ikke forespørselen. Her har jeg hatt personlig kontakt med saksbehandleren som forbereder en ny finsk skadeserstatningslov, og informasjon fra ham er supplert med andre kilder. Et viktig utgangspunkt her er at Finland har en annen tilnærming til internasjonale menneskerettskonvensjoner enn de øvrige nordiske land. I utgangspunktet er Finland dualistisk, jf. Grunnloven §§ 94 og 95, men internasjonale menneskerettigheter er inkorporert gjennom generelle hjemler. I litteraturen er det uttalt at «as the predominant method of implementing international treaties in Finland is incorporation either through an Act of Parliament in blanco or through a similar government decree, the Finnish constitutional position towards international treaties represents dualism formally, but monism in practice».²⁸⁴ I likhet med i Norge, men til forskjell fra Sverige og Danmark, er dermed også SP inkorporert med lovs rang.

Mens finsk rett foreløpig mangler lovregulering av erstatningskrav for menneskerettskrenkelser, forklarer denne forskjellen med hensyn til konvensjonenes status i nasjonal rett hvorfor et nytt lovforslag tilsynelatende går mye lenger enn hva som gjelder i Sverige. I

²⁸² Nielsen og Ehlers (2018) s. 112.

²⁸³ *Ibid.*, s. 115.

²⁸⁴ Ojanen og Salminen (2019) s. 400.

Arbetsgruppbetänkande 2023:4 om offentlige samfunds skadestandsansvar (19. januar 2023) ble det foreslått en ny 3 kap. 7 § i den finske skadestandslagen, med følgende ordlyd på svensk:

Om en grundläggande fri- eller rättighet som tryggas i grundlagen (731/1999) eller en mänsklig rättighet som tryggas i en internationell konvention om mänskliga rättigheter som är bindande för Finland har kränkts, ska staten eller ett annat offentligt samfund som är ansvarigt för kränkningen eller ett annat samfund som sköter offentliga förvaltningsuppgifter ersätta den skada som kränkningen orsakat i den mån som gottgörelse av kränkningen förutsätter det, trots vad som föreskrivs om förutsättningar för ersättning i 5 kap. 1 och 6 §. Vid fastställande av ersättning tillämpas inte 6 § i detta kapitel. Det som i 2 § föreskrivs om offentliga samfunds skadestandsansvar och om överföring av rätten att kräva ersättning gäller också ersättningsskyldighet i enlighet med denna paragraf.

Her knyttes erstatningsadgangen til alle menneskerettskonvensjoner som er bindende for Finland. Det er imidlertid ikke helt klart hvor langt dette vil rekke, siden begrensningen om «i den mån som gottgörelse av kränkningen förutsätter det» i praksis kan forstås som en henvisning til konvensjoner som oppstiller en rett til effektive rettsmidler (det vil si EMK og SP). I betenkningens svenske sammendrag er lovforslaget gitt en kortfattet begrunnelse med henvisning til EMK artikkel 13 (men ikke til andre konvensjoner):²⁸⁵

Till 3 kap. i skadestandslagen föreslås det att det fogas bestämmelser om offentliga samfunds skadestandsansvar för gottgörelse vid kränkning av de grundläggande fri- och rättigheterna och de mänskliga rättigheterna. Skadestånd är ett av statens effektiva interna rättsmedel genom vilket en kränkning av de mänskliga rättigheterna i efterhand kan gottgöras i enlighet med artikel 13 i Europakonventionen och på vilket ersättningskyldighet också har kunnat basera sig i nationell rättspraxis. Med stöd av den föreslagna bestämmelsen i skadestandslagen ska en skada orsakad genom kränkning ersättas i den mån som gottgörelse av kränkningen förutsätter det. Detta innebär att gottgörelse som fastställs på grundval av skadestandslagen är sekundär i förhållande till andra tillgängliga rättsmedel, såsom gottgörelse som betalas med stöd av lagen om gottgörelse för dröjsmål vid rättegång (362/2009). En kränkning kan i vissa fall också gottgöras genom konstaterande av kränkningen.

Lovforslaget er foreløpig ikke fulgt opp, så det må uansett betraktes som et forslag. Jeg forstår det slik at noe av utfordringen ved oppfølging av forslaget har vært usikkerhet om hvorvidt en slik regulering egner seg innenfor rammene av den eksisterende skadestandslagen eller om det behøves en egen særlov. Dette ville blant annet omfatte at «skada» ville bety noe annet enn i loven for øvrig.

I Finland finnes det noe rettspraxis om spørsmålet, men dommer fra Högsta domstolen finnes i fulltekst bare på finsk. I de svenske sammendragene fremgår det likevel at i sak S2011/437 den 26. juni 2013 ble det tilkjent erstatning for ulovlig frihetsberøvelse i strid med EMK artikkel 5, og at i sak S2012/404 den 21. mars 2016 ble det tilkjent erstatning for krenkelser av en utlendings ikke nærmere angitte menneskerettigheter i forbindelse med utvisning.

²⁸⁵ Arbetsgruppbetänkande 2023:4 s. 25.

5.5 Island

Islandske myndigheter opplyser at EMK ble inkorporert i nasjonal lovgivning ved lov 62/1994, mens SP ikke er inkorporert. Det opplyses at Island tradisjonelt ikke har inkorporert internasjonale konvensjoner inn i lovgivningen, men heller gjort nødvendige lovendringer for å bringe nasjonal rett i samsvar med konvensjonene. Det gjelder også et generelt presumsjonsprinsipp om at nasjonal rett skal tolkes i samsvar med folkerettslige forpliktelser. På spørsmål om nasjonale rettsmidler ved krenkelse av menneskerettighetene viser myndighetene til den alminnelige adgangen man har til å bringe en sak inn for domstolene eller å klage en forvaltningsavgjørelse inn for et overordnet forvaltningsorgan. Myndighetene viser til at den islandske grunnloven gir domstolene en prøvingsrett overfor forvaltningsbeslutninger, herunder gjennom å prøve om disse er i samsvar med internasjonale menneskerettigheter.

I sitt svar viser islandske myndigheter til opplysninger fra Islands regjeringsadvokat om at det ikke finnes eksempler på at Høyesterett eller anke-domstolen har tilkjent erstatning på grunn av krenkelse av EMK eller SP. Når enkeltpersoner har fått erstatning for krenkelser av EMK, har det skjedd på grunnlag av et forlik eller på grunnlag av en dom fra EMD.

5.6 Storbritannia

Britiske myndigheter har ikke besvart forespørselen. Her er imidlertid spørsmålet lovregulert gjennom Section 8 i landets Human Rights Act fra 1998. Relevante deler av bestemmelsen lyder:

(1) In relation to any act (or proposed act) of a public authority which the court finds is (or would be) unlawful, it may grant such relief or remedy, or make such order, within its powers as it considers just and appropriate.

(2) But damages may be awarded only by a court which has power to award damages, or to order the payment of compensation, in civil proceedings.

(3) No award of damages is to be made unless, taking account of all the circumstances of the case, including—

(a) any other relief or remedy granted, or order made, in relation to the act in question (by that or any other court), and

(b) the consequences of any decision (of that or any other court) in respect of that act,

the court is satisfied that the award is necessary to afford just satisfaction to the person in whose favour it is made.

(4) In determining—

(a) whether to award damages, or

(b) the amount of an award,

the court must take into account the principles applied by the European Court of Human Rights in relation to the award of compensation under Article 41 of the Convention.

(5) ...

(6) In this section—

‘court’ includes a tribunal;

‘damages’ means damages for an unlawful act of a public authority; and

‘unlawful’ means unlawful under section 6(1).

Section 6(1), som det vises til i definisjonen av hva en «unlawful» myndighetshandling består i, sier at «[i]t is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right». Her finnes imidlertid en begrensning i annet ledd, om at første ledd ikke gjelder for myndighetshandlinger hvis «as the result of one or more provisions of primary legislation, the authority could not have acted differently».

Bestemmelsene sier altså, litt forenklet, at myndighetshandlinger som strider mot EMK kan medføre erstatningsansvar såfremt dette er nødvendig for å reparere krenkelsen. Bare domstolene kan tilkjenne erstatning på dette grunnlaget, og erstatning skal utmåles i lys av EMDs erstatningspraksis etter EMK artikkel 41. Loven ble utformet etter et «speilbildeprinsipp», den «was designed to essentially ‘mirror’ the treatment a claimant would receive before the European Court of Human Rights».²⁸⁶ Gjennom å legge nasjonal lovgivning så tett opp til artikkel 41, går nok britisk lovgivning lenger enn hva EMK artikkel 13 krever.

Det foreligger imidlertid ingen *rett* til erstatning, domstolene «may» utmåle erstatning. I denne vurderingen skal det tas hensyn blant annet til hvilke andre virkemidler som benyttes for å reparere krenkelsen, og til hvilke virkninger tildeling av erstatning vil ha – herunder hvilken presedens dette vil skape for andre saker. Bestemmelsen åpner imidlertid generelt for å ta hensyn til «all the circumstances of the case», og dette er benyttet for å skille mellom myndighetshandlinger som påfører krenkelser forsettlig, uaktsomt eller unnskyldelig.²⁸⁷ Jeg forstår det slik at det ikke kan innfortolkes noe prinsipp om objektivt ansvar i bestemmelsen. Samtidig er henvisningen til andre omstendigheter, sammen med lovens krav om «just and appropriate» reparasjon, brukt til å innfortolke effektivitetskravet fra EMK artikkel 13. Bestemmelsen inneholder ikke selv noe krav om effektiv reparasjon, og EMK artikkel 13 er uttrykkelig utelatt fra opplistingen i Human Rights Act av hvilke rettigheter som beskyttes av loven.²⁸⁸ Ut fra lovens formål om å overlate til nasjonale domstoler snarere enn EMD å reparere krenkelser, er det likevel lagt til grunn at «it can readily be inferred that a remedy will be just and appropriate if it constitutes the kind of effective remedy required by art 13 of the Convention».²⁸⁹

5.7 Tyskland

Tyske myndigheter har ikke besvart forespørselen. Her har jeg i stedet benyttet litteratur,²⁹⁰ som er kontrollert opp mot kilder på internett. Tyskland er dualistisk, men relevante

²⁸⁶ Amos (2016) s. 371.

²⁸⁷ Amos (2016) s. 376 med henvisninger til praksis.

²⁸⁸ Human Rights Act 1998 Section 1(1): «In this Act ‘the Convention rights’ means the rights and fundamental freedoms set out in— (a) Articles 2 to 12 and 14 of the Convention ...».

²⁸⁹ Amos (2016) s. 377 med videre henvisninger. Forfatteren gjennomgår også britisk rettspraksis, men jeg finner ikke grunn til å gjennomgå denne her.

²⁹⁰ Særlig von Arnould (2016) s. 100-135.

menneskerettskonvensjoner er inkorporert i tysk lov. Den tyske forfatningsdomstolen har også oppstilt et generelt prinsipp (med visse begrensninger) om at nasjonal rett skal tolkes i samsvar med internasjonale forpliktelser, herunder menneskerettsforpliktelser. Dette innebærer også at nasjonale domstoler skal tolke nasjonale regler som gjennomfører forpliktelser etter EMK i samsvar med praksis fra EMD. Imidlertid er det slik at EMK (og andre menneskerettskonvensjoner) har spilt liten rolle i praksis i nasjonale domstoler, særlig fordi den tyske grunnloven inneholder en egen rettighetskatalog (artikkel 1-19) som er mer effektiv å påberope seg hvis man mener seg utsatt for menneskerettskrenkelser. Dette gjør også at spørsmålet om erstatning for menneskerettskrenkelser i praksis er et spørsmål om erstatning for krenkelser av konstitusjonelle rettigheter; «the question of damages for the infringement of human rights must be re-defined as including damages for the infringement of Constitutional rights» for å ha praktisk interesse.²⁹¹ Her synes artikkel 839 i den tyske sivilrettsboken å være det sentrale, med følgende ordlyd i engelsk oversettelse:²⁹²

Liability in case of breach of official duty

(1) If an official intentionally or negligently breaches the official duty incumbent upon them in relation to a third party, then they are to provide compensation to the third party for the damage arising therefrom. If the official is at fault only for negligence, then they may be held liable only if the injured person is not able to obtain compensation in another way.

(2) If an official breaches their official duties in a judgment in a legal matter, then they are responsible only for any damage arising therefrom if the breach of duty consists of a criminal offence. This provision does not apply to a refusal, in breach of duty, to perform official tasks or to a delay, in breach of duty, in doing so.

(3) Liability in damages does not apply if the injured person intentionally or negligently has failed to avert the damage by taking recourse to legal remedies.

Erstatningsansvar er her gjort avhengig av skyld (forsett eller uaktsomhet), og ved uaktsomhet er det et vilkår for erstatning at skaden ikke kan repareres på annen måte.

EMK synes å hatt direkte påvirkning på tysk erstatningsrett særlig på to områder: Erstatning for ulovlig frihetsberøvelse i strid med EMK artikkel 5, og erstatning for lang saksbehandlingstid i domstolene. Tyskland har fått en lang rekke dommer mot seg for krenkelse av artikkel 6 på grunn av lang saksbehandlingstid, blant annet i *Sürmeli* (2006) som nevnt ovenfor i punkt 3.3. Manglende effektiv oppfølging av slike dommer gjorde at EMD iverksatte en pilotdomprosedyre i saken *Rumpf* (2010), hvor de krevde at Tyskland²⁹³

must introduce without delay, and at the latest within one year from the date on which this judgment becomes final, a remedy or a combination of remedies in the national legal system in order to bring it into line with the Court's conclusions in the present judgment and to comply with the requirements of Article 46 of the Convention. It must further ensure that the remedy or remedies comply, both in theory and in practice, with the key criteria set by the Court (see *Sürmeli* ...).

²⁹¹ von Arnould (2016) s. 106.

²⁹² Oversettelse funnet her: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p4249

²⁹³ Rumpf mot Tyskland (2010) avsnitt 73.

Dette ble fulgt opp med en egen lov fra 2011 om rettsmidler ved overdreven saksbehandlingstid i domstolene eller ved straffeprosessuelle etterforskningsskritt («Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren»). I lys av denne lovgivningen gis det rett til rimelig erstatning for økonomisk tap ved lang saksbehandlingstid, og en normert erstatning for ikke-økonomisk tap.

5.8 Nederland

Nederlandske myndigheter har gitt et relativt kortfattet, men svært informativt, svar om at EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 spiller en beskjeden rolle i nasjonal rett. Nederland er monistisk, og selvkraftige bestemmelser i internasjonale konvensjoner (herunder EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3) har forrang fremfor annen nasjonal rett. Konvensjonene er ikke gjennomført i nederlandsk rett på annen måte enn gjennom denne virkningen. Det finnes ikke annen nasjonal lovgivning som uttrykkelig bygger på (eller gjennomfører) de to konvensjonsbestemmelsene, men retten til effektive rettsmidler er likevel sikret gjennom andre nasjonale bestemmelser innenfor sivilretten, strafferetten og forvaltningsretten. Det finnes eksempler i nasjonal rettspraksis på at det er konstatert krenkelse av EMK og at det som følge av dette er tilkjent erstatning, men i svaret fra nederlandske myndigheter uttales det at EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 «hardly play any role in such decisions». Jeg forstår dette slik at erstatningskrav heller løses etter annen nederlandsk rett.²⁹⁴

5.9 Belgia

Belgiske myndigheter har gitt meget utførlige svar på forespørselen. Et sentralt utgangspunkt er at Belgia har vært ansett som monistisk helt siden en avgjørelse fra landets kassasjonsdomstol i 1971, og både EMK og SP er direkte anvendelig for nasjonale domstoler uten behov for annen gjennomføring ved lov. Det blir opplyst at det er diskusjon blant belgiske domstoler om hvilken status folkeretten har i nasjonal rett, ved at kassasjonsdomstolen vil gi internasjonale forpliktelser full forrang fremfor motstridende nasjonale normer mens forfatningsdomstolen er mer restriktiv med tanke på konstitusjonelle normer, men også forfatningsdomstolen gir internasjonale forpliktelser forrang. Det blir opplyst at EMKs bestemmelser (og EMDs tolkning av disse) brukes jevnlig i forfatningsdomstolen, og at disse utgjør en «udelelig hele» sammen med konstitusjonens egne regler om grunnleggende friheter. Også SP anvendes, men i mye mindre grad.

På spørsmålet om effektive rettsmidler har myndighetene gitt en utførlig fremstilling av nasjonale systemer for klagebehandling i forvaltningen og adgangen til domstol, herunder om nasjonale regler for økonomisk støtte til rettshjelp. Det nevnes ikke noen uttrykkelig henvisning til EMK artikkel 13 og/eller SP artikkel 2 nr. 3. Det gis imidlertid også en utførlig fremstilling av nasjonale domstolars adgang til å tilkjenne erstatning ved krenkelser av EMK, og jeg anser

²⁹⁴ Emaus (2016) redegjør nærmere for nederlandsk rett på området, uten at jeg kan se at fremstillingen gir noe særlig utover det som er nevnt her.

det mest hensiktsmessig å gjengi svaret i sin helhet siden det belgiske domstolssystemet skiller seg nokså markant fra det norske.²⁹⁵

Two of the Belgian highest courts, the Constitutional court and The court of Cassation, do not award compensation to individuals as it is not their role. These courts do not examine the merits of the case before them, only the respect of the legality.

However, these highest courts may annul a judgement when it considers that the legislation isn't adequately taken into consideration. For example, on the Cassation judgement of 11/01/2023, the Court found that the plea of violation of article 3 ECHR was well founded. The result of this judgement is that the case will be brought before the Court of Appeal for a second examination of the merits.

When a situation is considered not legal, it is sent before the lower jurisdictions to reevaluate the merits of the case. Alternatively, national jurisdictions can award monetary compensation including for violations of the ECHR and/or ICCPR. It is currently settled case law for judicial courts to apply the general regime of civil responsibility when such a violation is found, such as concerning the exceeding of the reasonable delay in both civil and criminal matters. In these regards, monetary compensation is possible. Additionally, in criminal cases, if the judge considers that the length of the procedure was excessive, he may adapt the sentence as a form of compensation or pronounce a simple statement of responsibility.

For example, the Court of first instance can award monetary compensation to an individual because of excessive length of judicial proceedings. One example, among others, is case 21/4768/A. The decision implements the mechanism of in concreto examination to establish whether there is fault on the part of the Belgian State, and the extent of the fault if there is one (by an examination period by period of what caused the delay). It also examines what damage is causally linked to that fault in order to determine to what extent the Belgian State should be ordered to compensate. After it has ruled that the Belgian State was at fault for a period of 15 months, the Court granted 2000 € as a compensation for non-pecuniary (moral) damage.

Additionally, when the European Court of Human Rights finds a violation of the right to a fair trial (article 6) on a penal case, the article 442 bis of the Code of Criminal Procedure gives the possibility to reopen the case about the public action for the procedure that has led to the procedure which led to the conviction of the applicant in the case before the ECHR or to the conviction of another person for the same act and on the basis of the same evidence.

The Council of State, third highest court, may award compensation in order to repair the damage suffered by reason of the illegality. The compensation has to be requested in the annulment request, during the procedure, or at most within 60 days following the notification of the judgment in which the illegality is declared. The request needs to contain a statement establishing the damage for which compensation is sought.

The Council of State may rule on the compensation in the judgment declaring the illegality. If this is not possible, it shall give its decision within twelve months of notification of the judgment. After submitting a claim for compensation, the plaintiff can no longer bring an action for civil liability before the ordinary court for the same harm nor can anyone who has already brought such an action before the judicial judge claim compensation from the Council of State.

²⁹⁵ Brev fra Belgias føderale justisdepartement 2. juni 2023.

I forlengelsen av dette peker myndighetene på at særlig EMK artikkel 6 nevnes direkte i rettspraksis, men at nasjonale domstoler ofte viser til EMK i sin begrunnelse for om erstatning skal tilkjennes. Belgisk rett har også en egen prosess som tillater krav som direkte begrunnes med en krenkelse av retten til effektive rettsmidler:²⁹⁶

As said above, the articles of the conventions are not transcribed in the national system but are directly applicable before national jurisdictions as such. Usually, when individuals complain about not having their right of an effective remedy not respected, they request a compensation based on the extracontractual responsibility of the State (former article 1382 of the civil code), which allows them to go before the Court to complain about any alleged violation of the right to an effective remedy.

Jeg forstår det slik at erstatning forutsetter en form for bebreidelse, «fault», på myndighetenes side. Erstatningsutmåling tar utgangspunkt i full erstatning, likevel slik at erstatning for ikke-økonomisk tap utmåles etter rimelighetsvurderinger. I noen tilfeller, typisk for lang saksbehandlingstid i nasjonale domstoler, er det gitt normerte erstatningsbeløp. Erstatningskrav foreldes etter de vanlige reglene om foreldelse av erstatningskrav, som tilsier foreldelse fem år etter at skadelidte hadde tilstrekkelig kunnskap om skaden og om skadevolderen.

5.10 Frankrike

Franske myndigheter har gitt meget utførlige svar på forespørselen.²⁹⁷ Frankrike er monistisk, slik at både EMK og SP gjelder direkte uten videre gjennomføring. Det fremgår også av den franske grunnloven artikkel 55 at internasjonale forpliktelser har forrang fremfor nasjonal rett i tilfelle motstrid, likevel med et unntak for regler i grunnloven selv.

Etter fransk rett vil det ikke være opp til de øverste domstolene (kassasjonsdomstolen eller forfatningsdomstolen) å utmåle erstatning, så saker om erstatning for menneskerettskrenkelser vil avgjøres konkret av lavere instanser basert på de øverste domstolenes anvisninger om lovtolkning og rettsanvendelse. Det synes likevel å ha utviklet seg klare prinsipper i fransk rettspraksis om erstatning for menneskerettskrenkelser.

Svaret fra franske myndigheter tilsier at en konvensjonskrenkelse anses som tilstrekkelig ansvarsgrunnlag uten at det behøver konstateres skyld hos offentlige myndigheter. Hva dette innebærer i praksis, vil likevel bero på de nærmere omstendighetene. Det må skilles mellom krenkelser som skyldes konvensjonsstridig lovgivning, og krenkelser som skyldes konvensjonsstridig praksis innenfor en ellers tilfredsstillende lovgivning. Det finnes en egen prosess for etablering av ansvar når krenkelsen består i konvensjonsstridig lovgivning, og denne har blant annet vært brukt for å tilkjenne erstatning for økonomisk tap for lovgivning som har krenket EMK artikkel 6. Ved andre krenkelser kan det kreves erstatning direkte på grunnlag av den skadevoldende handlingen, såfremt det påvises årsakssammenheng. Her kan erstatning tilkjennes for både økonomisk og ikke-økonomisk tap, og nasjonale domstoler har tilkjent erstatning for ikke-økonomisk tap blant annet ved krenkelser av EMK artikkel 3 knyttet til soningsforhold. Det finnes imidlertid også eksempler på at nasjonal lovgivning oppstiller

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ For videre litteratur, se likevel Philippe (2016).

særlige vilkår for erstatning, særlig et skyldkrav. Dette gjelder blant annet for krav som baseres på feil og forsømmelser i rettsvesenet, hvor det oppstilles krav om grov uaktsomhet eller rettsfornektelse for at erstatning skal kunne tilkjennes.

Vanlige foreldelsesregler ser ut til å gjelde, som etter fransk rett tilsier foreldelse etter fire eller fem år avhengig av hvilke regler som kommer til anvendelse på det konkrete forholdet.

5.11 Sveits

Sveits er monistisk, slik at både EMK og SP er en del av nasjonal sveitsisk rett uten videre transformasjon eller inkorporasjon. I sveitsisk praksis har særlig EMK fått en viktig rolle i domstolene, og det er lagt til grunn i sveitsisk rett at rettighetene og frihetene i EMK etter sin natur har et forfatningsrettslig innhold. I sitt svar fremhever sveitsiske myndigheter at dette betyr at EMK i prosessuell henseende står på samme nivå som konstitusjonelle rettigheter. Jeg forstår det slik at hovedbetydningen av dette er at sveitsiske delstatsmyndigheter (kantonen) er bundet av EMK på samme måte som de er bundet av sveitsisk (føderal) konstitusjonell rett. Sveitsiske myndigheter fremhever også at sveitsiske domstoler (og andre myndigheter) er bundet av folkeretten og av føderale lover, og at domstolene har plikt til å tolke nasjonal lovgivning i samsvar med internasjonale forpliktelser.

Med hensyn til effektive rettsmidler viser myndighetene til den adgangen man har til å reise sak for domstolene, uten at erstatning eller menneskerettigheter nevnes særskilt. På spørsmål om hvorvidt nasjonale domstoler har tilkjent erstatning for krenkelser av EMK eller SP, viser sveitsiske myndigheter først til nasjonale regler om lang saksbehandlingstid i straffesaker, jf. EMK artikkel 6 nr. 1, hvor nasjonale domstoler kan anvende ulike tiltak som reparasjon. Myndighetene viser også til retten til erstatning for ulovlig frihetsberøvelse. Utover dette virker det fra myndighetenes svar som at erstatning tilkjennes med grunnlag i nasjonale regler, ikke med grunnlag direkte i EMK eller med henvisning til EMK artikkel 13. I de nevnte tilfellene tilkjennes imidlertid erstatning på objektivt grunnlag, og det er verdt å merke seg at sveitsiske myndigheter knytter dette direkte til alminnelige folkerettslige statsansvarsregler om objektivt ansvar for folkerettsbrudd.

5.12 Ungarn

Begrunnelsen for å inkludere Ungarn i undersøkelsen var at EMD i 2015 pekte på svakheter ved ungarsk lovgivning med hensyn til erstatning for menneskerettskrenkelser, og satte klare frister for forbedring av lovgivningen. Ved å spørre ungarske myndigheter om den nåværende rettstilstanden var hensikten å se hvordan et konkret land nylig har revidert sin lovgivning for å sikre oppfyllelse av kravene til effektive rettsmidler.

De to dommene som særlig lå til grunn for vurderingen, var *Varga med flere* og *Gazsó*. *Varga med flere* mot Ungarn (2015) gjaldt soningsforholdene i fengsel (EMK artikkel 3). Her pekte EMD på at en eldre lov i prinsippet kunne åpne for erstatning for menneskerettsstridige

soningsforhold, men at denne i praksis ikke ble anvendt slik av ungarske domstoler.²⁹⁸ EMD konkluderte:²⁹⁹

In the light of the above considerations, the Court is not persuaded that the Hungarian law, as interpreted and applied by the domestic courts, allowed tort claimants to recover damages on proof of their allegations of inhuman or degrading conditions of detention. Thus, it concludes that a civil claim for damages for violation of personality rights incurred in connection with inhuman or degrading conditions of detention does not satisfy the criteria of an effective remedy that offers both a reasonable prospect of success and adequate redress.

Gazsó mot Ungarn (2015) gjaldt lang saksbehandlingstid i sivile saker. Dette var en blant en rekke liknende saker mot Ungarn, og ble løst etter EMDs pilotdomprosedyre fordi den viste et generelt systemproblem.³⁰⁰ Av den grunn benyttet EMD denne dommen til å gi en generell anbefaling om forbedringer i ungarsk rett:³⁰¹

The Court considers that the respondent State must introduce without delay, and at the latest within one year from the date on which this judgment becomes final, a remedy or a combination of remedies in the national legal system in order to bring it into line with the Court's conclusions in the present judgment and to comply with the requirements of Article 46 of the Convention. It must further ensure that the remedy or remedies comply, both in theory and in practice, with the key criteria set by the Court ...

Jeg sendte ungarske myndigheter de alminnelige spørsmålene som fremgår av vedlegg 2 nedenfor, men jeg erkjenner at disse burde vært mer spisset for å få frem hvordan ungarske myndigheter har revidert lovgivningen som oppfølging av Gazsó. Fra ungarske myndigheter mottok jeg et kortfattet og nokså generisk svar:

As for question 1, effective legal remedies are provided by Article XXVIII of the Fundamental Law and by sectoral laws, as determined in the 81st chapter, 85th chapter and 19th part of the Code of Criminal Procedure, the 6th part of the Code of Civil Litigation, and the 9th chapter of the Code of General Administrative Procedure. As for question 2 and 3, there exists no national database that would contain such details about the judgments.

Ungarn har gode nettsider hvor mye lovgivning er oversatt til engelsk,³⁰² blant annet lovene det vises til.³⁰³ Sammen med andre kilder på nett gjør disse at det er mulig å gi en forsvarlig fremstilling av gjeldende ungarsk rett, men jeg må ta forbehold om hvorvidt alle kildene er oppdatert.

Grunnlovens artikkel Q avsnitt 3 lyder i engelsk oversettelse: «Hungary shall accept the generally recognised rules of international law. Other sources of international law shall become part of the Hungarian legal system by promulgation in laws.» Overfladiske litteratursøk antyder

²⁹⁸ Varga med flere mot Ungarn (2015 avsnitt 52 flg.

²⁹⁹ *Ibid.*, avsnitt 59,

³⁰⁰ Gazsó mot Ungarn (2015) avsnitt 31.

³⁰¹ *Ibid.*, avsnitt 39. I forlengelsen av sitatet viste EMD til prinsippene fra *Sürmeli*-saken, nevnt i punkt 3.3 ovenfor.

³⁰² <https://njt.hu/translations>

³⁰³ The Fundamental Law of Hungary som gjeldende fra 1. januar 2023: <https://njt.hu/jogszabaly/en/2011-4301-02-00> (videre i dette punktet kalt «Grunnloven»); Code of Criminal Procedure som gjeldende fra 1. mars 2022: <https://njt.hu/jogszabaly/en/2017-90-00-00>; Code of Civil Procedure som gjeldende fra 1. april 2020: <https://njt.hu/jogszabaly/en/2016-130-00-00>; Code of General Administrative Procedure som gjeldende fra 1. november 2022: <https://njt.hu/jogszabaly/en/2016-150-00-00>.

at det er et diskusjonstema i ungarsk rett hva dette egentlig innebærer og om Ungarn ut fra dette kan karakteriseres som monistisk eller dualistisk (eller noe midt imellom). Dette har imidlertid beskjeden interesse nå, siden EMK er inkorporert i ungarsk lovgivning gjennom lov XXXI fra 1993.³⁰⁴ Andre kilder tilsier at dette betyr det samme som vi i norsk rett forstår som inkorporering, det vil si at EMK gjelder som ungarsk lov. Jeg har ikke funnet ut om det samme gjelder for SP.

I Grunnlovens artikkel XXVIII, som ungarske myndigheter viste til, lyder avsnitt 7: «Everyone shall have the right to seek legal remedy against any court, authority or other administrative decision which violates his or her rights or legitimate interests.» Dette innebærer en grunnlovsfestet rett til tilgang til nasjonale rettsmidler, men bestemmelsen sier ikke mer om hva dette innebærer. De angitte kapitlene i de formelle lovene ungarske myndigheter viser til, angår så vidt jeg kan se bare ankebehandling i henholdsvis straffesaker og sivile saker samt klagebehandling i forvaltningsaker. Jeg ser ikke at disse lovene sier noe særskilt om nasjonal behandling av saker om påståtte menneskerettskrenkelser.

Jeg kjenner ikke til om Varga-dommen har ført til nasjonale lovendringer. Gzásó-dommen ser imidlertid ut til å ha vært den direkte foranledningen til at Ungarn innførte lov nr. 94/2021 om kompensasjon for uforholdsmessig lang saksbehandlingstid i sivile saker.³⁰⁵ Jeg forstår det slik at denne loven gir regler om økonomisk kompensasjon basert på objektive kriterier om en saks varighet, ved at en rett til kompensasjon inntreer hvis en nærmere angitt varighet overskrides for ulike sakstyper. Her kreves det ikke konstatering av skyld hos offentlige myndigheter for å ha krav på erstatning. I tillegg kan rett til kompensasjon inntre før disse forhåndsangitte grensene hvis saksbehandlingstiden går utover hva som kan anses som rimelig, og her er det da rom for en subjektiv vurdering hvor graden av bebreidelse hos domstolen kan spille inn. Loven oppstiller en administrativ prosedyre for å oppnå erstatning som ikke forutsetter søksmål. Loven har imidlertid altså et begrenset saklig virkeområde (lang saksbehandlingstid i sivile saker), og jeg kjenner ikke til noen mer alminnelig hjemmel i ungarsk rett for økonomisk kompensasjon ved andre menneskerettskrenkelser.

5.13 Kort sammenfatning

En observasjon fra gjennomgangen av andre lands rett er at det er svært få land som har en regulering som den som vurderes her. Det er bare Sverige og Storbritannia som har liknende lovregulering, mens en tilsvarende regulering er foreslått i Finland. Andre land har lovregulering på nærmere angitte områder, særlig knyttet til lang saksbehandlingstid i nasjonale domstoler, uten å ha sett det nødvendig med en generell lovregulering. Det fremgår likevel at de spørsmålene som har oppstått i Norge i liten grad har voldt vansker i andre land, hvor det generelt ser ut til å være tilstrekkelig grunnlag i annen nasjonal rett (herunder nasjonale konstitusjoner) for å tilkjenne erstatning når dette er nødvendig for å reparere krenkelser.

³⁰⁴ Finnes på ungarsk her: <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=99300031.tv>.

³⁰⁵ Finnes på ungarsk her: <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a2100094.tv>.

6 ELEMENTER I EN LOVREGULERING

6.1 Erstatning når det er nødvendig for å reparere krenkelsen

I punkt 4.6 har jeg angitt at premisset for den følgende fremstillingen er at det etter min oppfatning er nødvendig med en lovregulering, og her i kapittel 6 gjennomgår jeg de enkelte elementene som bør vurderes ved utformingen av en slik lovregulering. Jeg minner om at dersom lovgiver finner at det ikke er hensiktsmessig med lovregulering av spørsmålet, må uansett de samme elementene avklares i norsk rett slik at kravene til effektive rettsmidler tilfredsstilles.

I det følgende forholder jeg meg mest mulig lojalt til mandatets krav om at et lovforslag «skal ikke gi mer omfattende adgang til å kreve erstatning for menneskerettighetskrenkelser enn det som kan utledes av Norges konvensjonsforpliktelser». Jeg forstår dette slik at jeg ikke skal foreslå den lovreguleringen som fremstår som mest hensiktsmessig, men snarere en lovgivning som går akkurat så langt som nødvendig for å oppfylle kravene EMK og SP oppstiller. På ett område har jeg imidlertid sett meg nødt til å gjøre et unntak fra dette, for så vidt gjelder foreldelse av et erstatningskrav, jf. punkt 6.8. Av grunner som jeg vil komme tilbake til der, mener jeg en minimumsløsning på dette området vil gi en regel som er lite hensiktsmessig og som skaper unødvendig risiko for fremtidige konvensjonskrenkelser, og jeg foreslår derfor en regel som går noe lenger enn hva som kan utledes direkte av våre menneskerettslige forpliktelser.

Et grunnleggende utgangspunkt ut fra EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 sett i lys av mandatets forutsetning, er at det bør gis en lovregulering som sikrer at det kan tilkjennes erstatning for skade som følge av menneskerettskrenkelser når dette er nødvendig for å sikre effektiv reparasjon av krenkelsen. I dette ligger at ikke enhver krenkelse vil gi rett til erstatning, men at dette må vurderes konkret for hver enkelt krenkelse. Andre virkemidler kan etter omstendighetene gi effektiv reparasjon. Hvis erstatning er nødvendig, vil imidlertid erstatning kunne omfatte både økonomisk og ikke-økonomisk tap. En slik regel om erstatning hvis det er nødvendig vil løse hjemmelsspørsmålet i norsk rett. Den foreslåtte regelen vil være i samsvar med den svenske reguleringen, og det vil sikre norske domstoler tilstrekkelig fleksibilitet til å ivareta våre forpliktelser etter konvensjonene uten å gi en rett til erstatning som går lenger enn hva konvensjonene krever. Jeg foreslår at en slik regel gis som ny § 4A-1 i skadeserstatningsloven, og begrunner denne plasseringen i punkt 9.2 nedenfor.

6.2 Ansvarsgrunnlag

6.2.1 Hvilke krav stiller EMK og SP til ansvarsgrunnlaget i nasjonal rett?

I norsk rettspraksis og juridisk litteratur har mye av diskusjonen handlet om hvilket *ansvarsgrunnlag* som gjelder ved tilkjenning av erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap som følge av menneskerettskrenkelser, uansett om et erstatningskrav begrunnes med henvisning til EMK artikkel 13 eller ikke. Som vist i kapittel 4 er det i rettspraksis blant annet

vist til at arbeidsgiveransvaret «er åpenbart tilstrekkelig» og at staten «er ikke forpliktet til å etablere ordninger med objektivt erstatningsansvar for krenkelse av konvensjonsrettigheter» (Rt. 2010 s. 291), at organansvaret kan begrunne erstatning for økonomisk tap (TOSLO-2013-103468), at et krav om grov uaktsomhet er i samsvar med EMK artikkel 13 (LB-2019-27055) eller at vilkårene i skl. § 3-5 må være oppfylt (TOSL-2021-107095), men også at det «er ikke et krav etter EMK art. 13 at krenkelsen er skjedd ved uaktsomhet» (TMHA-2020-181243). Rettspraksis spriker. Det er imidlertid også praksis som tilsier at norske domstoler ved flere anledninger har sett det slik at konvensjonskrenkelsen utgjør et ansvarsgrunnlag i seg selv. Det er slik jeg forstår Rt. 2013 s. 588, og det synes å være lagt til grunn i LH-2022-170416, TOSLO-2013-103468, TMHA-2020-181243 og TOSL-2022-84812.

Det relevante i det følgende er imidlertid ikke hvordan norske domstoler har forstått artikkel 13, men hvilke krav EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 stiller til ansvarsgrunnlaget for å tilkjenne erstatning. Min egen vurdering av EMDs praksis tilsier at jeg fullt ut kan slutte meg Henrik Vaalers fremstilling av dette fra 2017,³⁰⁶ og jeg bygger i det følgende i stor grad på hans fremstilling. Fremstillingen hans omhandler imidlertid bare ikke-økonomisk tap, så den må suppleres med kilder knyttet til økonomisk tap.

Vaaler tar utgangspunkt i dommene *Burdov mot Russland (nr. 2)* (2009) og *Ananyev med flere mot Russland* (2012). Hans sammenfatning er slik:³⁰⁷

I begge sakene hadde skadelidte hatt mulighet til å fremme erstatningskrav etter nasjonal rett, men ansvaret var betinget av culpa. EMD fant av den grunn at ansvaret ikke var effektivt, og det forelå en krenkelse av artikkel 13. Domspremissene går langt i å si at culpaansvar ikke kan være effektivt. Dommene kan likevel neppe tolkes slik. EMD viste til at skadelidte svært sjelden nådde frem med krav om erstatning i russisk rett fordi domstolene ofte fant at det offentlige ikke hadde utvist skyld, selv i saker hvor konvensjonen var krenket. Hadde det foreligget rettspraksis som underbygget at erstatningsansvaret ga skadelidte rimelige utsikter til å vinne frem på tross av skyldvilkåret, kunne resultatet under artikkel 13 blitt et annet.

Hvis jeg skal være uenig i noe her, vil det være at EMD etter mitt skjønn går lenger enn hva Vaaler legger til grunn med hensyn til at et skyldansvar ikke vil være effektivt. I *Burdov* uttales det med hensyn til EMK artikkel 6:³⁰⁸

The Court refers in this respect to a very strong, albeit rebuttable, presumption that an excessive delay in execution of a binding and enforceable judgment will occasion non-pecuniary damage ... That compensation of non-pecuniary damage in non-enforcement cases is conditional on the respondent authority's fault is difficult to reconcile with this presumption. Indeed, enforcement delays found by the Court are not necessarily due to failings of the respondent authority in a given case but may be attributable to deficient mechanisms at the federal and/or local level, not least to excessive complexities and formalism of the budgetary and financial procedures which considerably delay transfers of funds between responsible authorities and their subsequent payment to final beneficiaries.

³⁰⁶ Vaaler (2017) s. 309-311.

³⁰⁷ *Ibid.* s. 310.

³⁰⁸ *Burdov mot Russland (nr. 2)* (2009) avsnitt 111.

I *Ananyev* uttales det samme på en litt annen måte med hensyn til EMK artikkel 3.³⁰⁹

The finding of an incompatibility of the conditions of detention with the requirements of Article 3 ... is of a factual nature and creates a strong legal presumption that such conditions have occasioned non-pecuniary damage to the aggrieved individual. The domestic law on compensation must reflect the existence of this presumption rather than, as it does now, make the award of compensation conditional on the claimant's ability to prove the fault of specific officials or bodies and the unlawfulness of their actions. As the Court has previously found, substandard material conditions are not necessarily due to failings of prison governors or other officials but may be the product of structural malfunctioning of the domestic framework of detention on remand, whereas overcrowding may result from deficiencies originating outside the penitentiary system, for instance in courts or prosecutorial offices. It is also recalled in this connection that, even in a situation where every aspect of the conditions of detention complies with the domestic regulations, their cumulative effect may be such as to constitute inhuman treatment ... It must therefore be made clear that neither a high crime rate, nor a lack of resources, nor other structural problems may be regarded as circumstances excluding or attenuating the domestic authorities' liability for non-pecuniary damage incurred through inhuman or degrading conditions of detention.

Nasjonal lovgivning må ifølge dette bygge på en presumsjon om at ikke-økonomisk skade har oppstått i de nevnte situasjonene, «rather than ... make the award of compensation conditional on the claimant's ability to prove the fault of specific officials or bodies and the unlawfulness of their actions».

I *Ananyev* er det ikke en særskilt diskusjon av økonomisk tap, men dette gjøres i *Burdov*:³¹⁰

In this connection, the Court refers to its finding that a remedy the use of which is conditional on the debtor's fault is impracticable in cases of non-enforcement of judgments by the State.

Heller ikke for økonomisk tap synes derfor et culpaansvar å være tilstrekkelig for den sakstypen dommen omhandler.

Vaaler går videre til *Kangasluoma mot Finland* (2004), som også Birgitte Hagland fremhever som «[s]entral i argumentasjonen».³¹¹ Denne saken gjaldt også retten til rettergang innen rimelig tid, og Finland viste til en nasjonal regel tilsvarende det norske arbeidsgiveransvaret, hvor erstatningsansvar var avhengig av konstatering av skyld:³¹²

As to the applicant's entitlement to compensation on the alleged ground that his case was not heard within a reasonable time, the Government observed that, in the event that the delay in court proceedings had been caused by an erroneous or negligent act of a public official, and that the act had resulted in damage that was capable of being compensated under the Tort Liability Act, the injured party was entitled to compensation. However, a mere delay was not as such a ground for compensation (that is, where no erroneous or negligent act had been committed and where the delay had not resulted in any damage).

³⁰⁹ *Ananyev med flere mot Russland* (2012) avsnitt 229. Tilsvarende formuleringer er senere brukt i *Neshkov med flere mot Bulgaria* (2015) avsnitt 190.

³¹⁰ *Burdov mot Russland* (nr. 2) (2009) avsnitt 106.

³¹¹ Hagland (2019) s. 89.

³¹² *Kangasluoma mot Finland* (2004) avsnitt 43.

Siden myndighetene med dette anerkjente at lang saksbehandlingstid i domstolene ikke i seg selv ga grunnlag for erstatning, og myndighetene heller ikke kunne vise eksempler fra praksis på at erstatning var tilkjent, fant EMD at EMK artikkel 13 var krenket:³¹³

The Court notes that the Government have failed to show how the applicant could obtain relief – either preventive or compensatory – by having recourse to the above-mentioned remedies ... On the contrary the Government admitted that a mere delay was not as such a ground for compensation under Finnish law ... Nor did the Government supply any example from domestic practice showing that, by using the means in question, it was possible for the applicant to obtain such relief.

This is in itself sufficient to demonstrate that the remedies referred to do not meet the standard of «effectiveness» for the purposes of Article 13 because, as the Court has already said ... the required remedy must be effective both in law and in practice.

For egen del synes jeg disse dommene sier mye av det samme, men Vaaler fremhever at Kangasluoma skiller seg fra de to dommene mot Russland «ved at EMD, i stedet for bare å vise til eksistensen av et skyldvilkår, begrunnet krenkelsen med at forsinkelser i saksbehandlingen generelt ikke ble ansett som culpøst i finsk rett».³¹⁴ For øvrig angår Kangasluoma bare ikke-økonomisk tap. Uansett sammenfatter Vaaler dommene slik:³¹⁵

Kangasluoma viser at culpaansvar kan være effektivt etter artikkel 13 så fremt skyldvilkåret praktiseres slik at skadelidte har rimelig mulighet til å få medhold. Eksistensen av rettspraksis på nasjonalt nivå som går i skadelidtes favør, er her et sentralt moment. Spørsmålet blir da hvor stor sannsynligheten for medhold må være. Dersom alle konvensjonskrenkelsesanses som culpøse etter den nasjonale culpanormen, vil ansvaret klart være effektivt. Men må nasjonal rett gå så langt?

Her går Vaaler over til *Kochetkov mot Estland* (2009), som gjaldt umenneskelig behandling under soning i fengsel (EMK artikkel 3). Her hadde nasjonale domstoler avslått et krav om erstatning fordi det ikke kunne konstateres skyld:³¹⁶

The domestic courts established that the conditions at the arrest house had not been in compliance with the requirements under the applicable legislation. However, they found that the State Liability Act allowed monetary compensation for non-pecuniary damage only if it was established that certain officials had been at fault for consciously placing a person in degrading conditions or for taking actions aimed at torturing or degrading him.

EMD konstaterte her krenkelse av EMK artikkel 13 fordi domstolene gjennom sin tilnærming i saken hadde utelukket seg selv fra å tilby klageren et effektivt rettsmiddel:³¹⁷

[T]he Court considers that the domestic courts, interpreting and applying the law as they did in the present case, put themselves in a position where they were not capable of providing an effective remedy for the applicant. In substance, they found that no redress could be afforded to the applicant in the absence of any fault or intention to degrade him on the part of specific officials. The Court considers such an approach too restrictive. ... The Court takes note of the domestic cases referred to by the Government, in which the administrative courts awarded detainees monetary compensation

³¹³ *Ibid.*, avsnitt 48.

³¹⁴ Vaaler (2017) s. 310.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ *Kochetkov mot Estland* (2009) avsnitt 57.

³¹⁷ *Ibid.*, avsnitt 58-59.

for non-pecuniary damage in situations similar to the present one. However, the existence of such case-law does not change the fact that in the present case the domestic courts applied a requirement that compensation was only available where someone was found to have been at fault for degrading the person concerned.

Dommen tilsier at når det først var konstatert en krenkelse av EMK artikkel 3, kunne ikke nasjonale domstoler avvise erstatning med henvisning til at myndighetene ikke hadde utvist skyld. Også denne dommen gjaldt bare ikke-økonomisk tap. Vaaler sammenfatter:³¹⁸

Fra dommen kan en kanskje slutte at culpaansvar kun gir et effektivt botemiddel der konvensjonskrenkelsen også anses som culpøs etter den nasjonale culpanormen. *Kochetkov* gjaldt imidlertid en krenkelse av artikkel 3 – en rettighet hvor det ved konstatering av krenkelse følger et sterkt islett av bebreidelse. Det er ikke sikkert at det kan stilles like smale rammer for culpaansvaret ved krenkelser av de øvrige konvensjonsrettighetene ...

Noen betraktninger kan knyttes til dette.

For det første tilsier dommene *Burdov* og *Kangasluoma* etter mitt skjønn at det heller ikke for artikkel 6 er tilstrekkelig å la et erstatningsansvar bero på konstatering av skyld, selv om disse dommene kanskje ser ut til å åpne noe mer for å tillate et nasjonalt culpaansvar hvis det er tilstrekkelig sannsynlighet for å vinne frem.

For det annet er det nokså klart at EMD vil vurdere krenkelser av artikkel 2 på samme måte som artikkel 3, ut fra den generelle likestillingen EMD gjør mellom disse to som «the most fundamental provisions of the Convention» (jf. punkt 2.2.1 ovenfor), selv om det kanskje ikke finnes like klare uttalelser fra EMD med hensyn til ansvarsgrunnlaget her.³¹⁹ Her må det imidlertid erkjennes at jeg er usikker på om dommen *Association Innocence en Danger mot Frankrike* (2020) kan tilsi noe annet. Saken gjaldt franske myndigheters unnlattelse av å beskytte en jente mot grov mishandling fra sine foreldre, som til slutt førte til jentas død. To organisasjoner fremmet sak mot myndighetene for å fastslå ansvaret for jentas død, og under artikkel 13 gjaldt klagen «the need to establish the existence of gross negligence in order to engage the State's liability for the malfunctioning of the justice system».³²⁰ EMD konkluderte med krenkelse av EMK artikkel 3, men ikke krenkelse av EMK artikkel 13. EMD pekte på at det ikke var urimelig («il n'apparaît pas déraisonnable») i denne konkrete sammenhengen at

³¹⁸ Vaaler (2017) s. 311.

³¹⁹ Nordhus (2019) s. 39 viser til uttalelser i *Reynolds mot Storbritannia* (2012) avsnitt 62-69 om at ansvar betinget av grov uaktsomhet ikke var tilstrekkelig for å tilfredsstille EMK artikkel 13 i en sak om krenkelse av artikkel 2 etter et dødsfall i en psykiatrisk institusjon. Jeg leser imidlertid den dommen slik at det var en mer samlet vurdering som lå til grunn for konklusjonen, herunder hvilken adgang nærstående av avdøde hadde for å reise saken. Jeg tror det er vanskelig å trekke noe klart ut av dommen for herværende formål.

³²⁰ *Association Innocence en Danger mot Frankrike* (2020). Dommen er publisert bare på fransk, så jeg har tatt sitater på engelsk fra EMDs pressemelding 4. juni 2020. Avsnitt 177 på fransk: «L'association Innocence en Danger dénonce la nécessité de caractériser une faute lourde au sens de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire (COJ), afin de pouvoir engager la responsabilité civile de l'État du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice. Elle estime que cette exigence, disproportionnée au regard de l'impératif absolu de protection des mineurs, est contraire au droit à un recours effectif.»

staten oppstilte et krav om grov uaktsomhet for å etablere ansvar for myndighetene.³²¹ Pressemeldingens sammendrag:

The Court did not find it unreasonable for the French legislature to have laid down rules for engaging the State's civil liability in this particular context by requiring the establishment of serious negligence, which could be constituted by an aggregate series of negligent acts resulting in the malfunctioning of the justice system. It also acknowledged that the implementation of these rules in a limited context corresponded to a legislative choice, which took account of the complexity of the justice system and sought to guarantee the orderly exercise of investigative and adjudicatory powers.

Til dette kan bemerkes at denne saken, til forskjell fra sakene nevnt ovenfor, gjaldt statens manglende oppfyllelse av sine positive forpliktelser (sikreplikten). Dommen kan forstås slik at et skyldkrav (til og med et krav om grov uaktsomhet) kan tilfredsstillende kravet til effektive rettsmidler når skaden skyldes krenkelse av statens positive forpliktelser, men jeg forstår ikke dommen slik at den påvirker prinsippene nevnt ovenfor om at et skyldkrav vanskelig vil være tilstrekkelig effektivt. En grunn til at jeg er usikker på hvor langt dommen kan trekkes, er at klagerne i denne saken var to organisasjoner uten annen tilknytning til offeret enn at de arbeidet for beskyttelse av barn.³²² Hvis tilsvarende sak hadde blitt reist av en nærstående, har jeg vondt for å se at EMD likevel ville akseptert et krav om grov uaktsomhet. En annen grunn er at dommen viser at praksis over tid hadde medført en utvidelse av ansvaret til også å omfatte systemsvikt, så det er litt uklart hvor «grov» uaktsomhet som egentlig krevdes.

For det tredje kan det minnes om at Vaalers fremstilling uttrykkelig bare retter seg mot ikke-økonomisk tap, men det er klart fra EMDs praksis at det i hvert fall ikke kan stilles strengere krav til ansvarsgrunnlaget ved økonomisk tap enn hva som gjelder for ikke-økonomisk tap. For økonomisk tap er det i praksis heller et spørsmål om årsakssammenheng og om å dokumentere et tap – hvis det godtgjøres at et økonomisk tap er en følge av en konvensjonskrenkelse, må det klare utgangspunktet være at tapet skal erstattes uten at det er nødvendig med noen ytterligere konstatering av skyld, jf. uttalelsen fra Burdov ovenfor.

Det finnes for øvrig en rekke dommer hvor det er selve fraværet av en nasjonal erstatningsordning som begrunner krenkelse av EMK artikkel 13.³²³ Disse dommene sier i seg selv ikke noe om hvilket ansvarsgrunnlag som kreves.

³²¹ Association Innocence en Danger mot Frankrike (2020) avsnitt 193: «En l'espèce, il n'apparaît pas déraisonnable que le législateur français ait encadré la possibilité d'engager la responsabilité civile de l'État dans ce contexte particulier en exigeant une faute lourde, pouvant être constituée par une addition de fautes simples ayant entraîné un dysfonctionnement du service de la justice, dans un but de protection de l'indépendance de la justice. La Cour peut cautionner l'argument du Gouvernement selon lequel cette délimitation vise la protection de la liberté d'esprit du magistrat et la garantie d'une certaine sérénité dans l'exercice de la fonction d'enquêter et de juger, sans crainte quant à la vindicte des justiciables mécontents d'une décision. La Cour peut ainsi admettre que la mise en œuvre du régime de responsabilité civile de l'État dans un cadre limité correspond à un choix opéré par le législateur qui répond à la prise en considération de la complexité du fonctionnement de la justice et de la spécificité de la fonction juridictionnelle, y compris les activités d'enquête et de police. Elle réitère, toutefois, que conformément aux exigences de l'article 13, le choix opéré doit en tout état de cause assurer un recours effectif en pratique comme en droit.»

³²² Se punkt 6.4.1 nedenfor.

³²³ Blant mange eksempler kan nevnes *Kontrová mot Slovakia* (2007) avsnitt 65.

Fra punkt 2.4.2 ovenfor kan det også minnes om at retten til erstatning for ulovlig frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 nr. 5 og SP artikkel 9 nr. 5 gjelder uavhengig av om det kan påvises skyld fra myndighetenes side. Selv om det er klare forskjeller på disse bestemmelsene og på retten til effektivt rettsmiddel i EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3, kan det ha gode grunner for seg at ansvarsgrunnlaget for erstatning ved menneskerettskrenkelser er mest mulig likt uavhengig av hvilken rettighet som er krenket.

Birgitte Hagland konkluderer med at det er «vanskelig å finne grunnlag i EMDs praksis for at det skal gjelde et subjektivt oppreisningsansvar». ³²⁴ Jonas Christoffersen har, som nevnt i punkt 2.2.3, lagt til grunn at «[a]nsvarsgrunnlaget er ... afgjort med konstateringen af, at EMRK er krænket, idet hverken objektive eller subjektive ansvarsfrihetsgrunde spiller nogen rolle. En krænkelse af EMRK skal derfor i sig selv kunne være tilstrækkeligt til at danne grundlag for et krav om kompensasjon (erstatning og/eller godtgørelse).» ³²⁵ I Sverige er det lagt til grunn at «ansvarsgrunden för den nu föreslagna skadeståndsbestämmelsen utgörs av överträdelser av Europakonventionens rättigheter», ³²⁶ uten behov for videre konstatering av skyld.

Det kan ikke utelukkes at det for enkelte menneskerettskrenkelser er rom for å kreve en eller annen form for skyld for å konstatere erstatningsansvar, men dette vil uansett ikke være en generell regel. Det er riktigere å si at en vurdering av skyld i de fleste tilfeller er en øvelse som gjøres unna i forbindelse med konstatering av menneskerettskrenkelsen, og at hvis det først er konstatert krenkelse, vil det deretter ikke være relevant å spørre om ansvaret for denne krenkelsen er objektivt eller subjektivt. Som en klar hovedregel vil krenkelsen i seg selv være ansvarsgrunnlaget, selv om det unntaksvis kan være rom for å vurdere om krenkelsen var uaktsom også i forbindelse med vurderingen av om erstatning skal tilkjennes.

Jeg foreslår derfor at konstatering av konvensjonskrenkelse skal utgjøre tilstrekkelig ansvarsgrunnlag, uten at det er nødvendig å konstatere skyld hos offentlige myndigheter.

6.2.2 Skadelidtes valgfrihet

I henhold til mandatet skal jeg vurdere «om lovforslaget skal omfatte alle tilfeller der det etter EMK eller SP kreves at det foreligger en mulighet til å kreve erstatning, eller om det bare skal omfatte tilfeller hvor det ikke er mulig å få erstatning etter gjeldende lovgivning». Jeg forstår dette som et spørsmål om hvorvidt en erstatningsadgang for krenkelser av EMK og SP bare skal kunne påberopes hvis andre ansvarsgrunnlag ikke strekker til, altså at det blir en slags sekundært ansvarsgrunnlag eller et «restansvar» – at bare dersom arbeidsgiveransvaret, organansvaret, skl. § 3-5 osv. verken hver for seg eller samlet gir rett til erstatning for en menneskerettskrenkelse, skal ansvaret etter en ny lovregulering gjelde.

Jeg er usikker på om EMDs praksis gir særlig veiledning her. Det avgjørende for EMD er om nasjonal rett gir tilstrekkelig effektiv reparasjon, herunder en tilfredsstillende mulighet til å oppnå erstatning for tap som følge av menneskerettskrenkelser, ikke hvilket nasjonalt rettsgrunnlag nasjonalt myndigheter benytter for å oppnå dette. Jeg tror ikke EMK artikkel 13

³²⁴ Hagland (2019) s. 89.

³²⁵ Christoffersen (2017) s. 162.

³²⁶ Regeringens proposition 2017/18:7 s. 21.

eller SP artikkel 2 nr. 1 er til hinder for å gi nasjonale regler som sier at andre ansvarsgrunnlag skal anvendes først. Her kan imidlertid mandatets formulering «ikke er mulig» forstås på litt ulike måter. Illustrasjon kan hentes i Rt. 2010 s. 291 «Vangen eiendom». Her anvendte Høyesterett arbeidsgiveransvaret, men fant at vilkårene for arbeidsgiveransvar ikke var oppfylt fordi kommunens lovforståelse hadde vært forsvarlig, det forelå ikke uaktsomhet. Var det her «ikke mulig» å få erstatning etter arbeidsgiveransvaret slik at en ny lovregulering kunne tre inn? Eller ville man tenkt at det i den saken var «mulig» å få erstatning slik at en ny lovregulering ikke kunne benyttes, det var bare slik at vilkårene ikke var oppfylt? Jeg er usikker på den praktiske forskjellen. En praktisk forskjell kan kanskje ligge i foreldelsesreglene, hvis det gis en lovregulering som innebærer at et krav basert på en menneskerettskrenkelse foreldes til et annet tidspunkt enn dersom kravet baseres på et annet grunnlag. Jeg tror uansett det er nokså klart at EMD vil slå ned på en nasjonal regulering hvor et ansvarsgrunnlag (ansvar for menneskerettskrenkelser) ikke kommer til anvendelse fordi et annet ansvarsgrunnlag kan påberopes, dersom denne reguleringen medfører at en skadelidt ikke oppnår erstatning. Hvis et annet erstatningsgrunnlag har strengere vilkår enn hva som kreves av EMK artikkel 13, vil kravene etter EMK artikkel 13 fortsatt måtte oppfylles.

For min del er jeg imidlertid også usikker på om det er hensiktsmessig å lete etter nyanser og holdepunkter i EMDs praksis her, siden jeg mener det eneste hensiktsmessige er at en ny lovregulering vil omfattes av den valgfriheten en skadelidt har etter norsk rett. Høyesterett har formulert denne valgfriheten slik:³²⁷

Derimot vil jeg fremholde, som et mer gjennomgående prinsipp, at den som har flere grunnlag for et krav kan velge hvilket av disse han vil gjøre gjeldende, jf. for eksempel Rt-1976-1117, Rt-1991-1335, Rt-1993-1201, Rt-1998-579, Rt-2002-1331 og Rt-2012-1444. En begrensning av denne valgfriheten må, slik jeg oppfatter hovedlinjen i Høyesteretts praksis, bygge på noenlunde klare holdepunkter i det samlede rettskildematerialet.

EMDs praksis gir klart nok ikke «noenlunde klare holdepunkter» for at en slik valgfrihet verken kan eller bør begrenses, og jeg mener det er nokså klart at skadelidtes valgfrihet må gjelde også for en ny lovregulering.

Jeg må også legge til at jeg ikke ser at dette vil ha noen negative konsekvenser. Skadelidte vil uansett ikke ha krav på mer enn full erstatning, og det er vanskelig å se gode grunner for at en skadelidt i et konkret tilfelle skal måtte nøye seg med lavere erstatning (eller ikke få erstatning) fordi et krav må vurderes etter et annet erstatningsgrunnlag, enn vedkommende ville fått hvis kravet ble vurdert etter en lovregulering om erstatning for en menneskerettskrenkelse.

6.3 Ansvarssubjektet

Ifølge mandatet skal det vurderes «hvordan adgangen til å kreve erstatning eventuelt bør reguleres i tilfeller hvor handlingen som medfører konvensjonskrenkelsen, kan henføres til en kommune eller til et offentlig eid selskap eller foretak». Jeg antar at spørsmålet har sin bakgrunn i det skillet som har oppstått i norsk rett (særlig gjennom HR-2022-401-A) med hensyn til hvem

³²⁷ Rt. 2015 s. 276 «Bori» avsnitt 36.

som er rett saksøkt for henholdsvis erstatningssøksmål og fastsettelsessøksmål med hensyn til konvensjonskrenkelser.

I 2015 ga Michael Reiertsen en grundig og god analyse av kommunenes plikter etter EMK, og hvordan disse forholder seg til statens plikter.³²⁸ Jeg har ingen innvendinger til hans fremstilling, som er dekkende for rettsstilstanden før HR-2022-401-A. Et grunnleggende skille for en vurdering av spørsmålet går mellom forpliktelser på det folkerettslige og det internrettslige nivået, som Reiertsen beskriver slik:³²⁹

Etter EMK er staten folkerettslig pliktsubjekt. EMK skiller ikke mellom ulike statlige organer, slik som departementer, domstoler, direktorater, politi- og påtalemyndighet, kommuner og mer eller mindre selvstendige statlige eller kommunale selskaper. Så lenge en handling eller unnlattelse kan tilbakeføres til staten som folkerettssubjekt, kan privates rettigheter etter EMK være krenket. Når kommunene etter EMDs praksis betraktes som en del av staten, kan derfor en kommunes handlinger og unnlattelser krenke borgernes rettigheter etter EMK. Hvilke kommunale handlinger eller unnlattelser som kan føre til krenkelser, må vurderes under hver enkelt bestemmelse i EMK. Det er da naturlig å slutte direkte fra EMK at også kommunene har plikter. En annen sak er at det bare er statene som sådanne som kan stilles til ansvar for menneskerettsbruddet ved klager til EMD. Internt kan derimot kommunene tenkes holdt ansvarlig for krenkelsen av EMK på ulikt vis.

Reiertsen drøfter videre hvilke negative og positive forpliktelser kommunene kan ha etter EMK, blant annet sett i lys av Grunnloven § 92, før han fastslår at «[s]elv om en kommune etter intern rett er forpliktet, betyr ikke det at den krenkede kan holde kommunen ansvarlig for bruddet på EMK». Dette leder til spørsmålet som er tema nå, nemlig «om det er staten eller kommunene som skal saksøkes når EMK er krenket».³³⁰ Her bygger han på skillet mellom erstatningssøksmål og fastsettelsessøksmål, og uttaler følgende om fastsettelsessøksmål:³³¹

Den uklarhet som eventuelt har eksistert om dette spørsmålet, er imidlertid avklart ved Rt. 2011 s. 1666 (Vestre Viken), som må anses som et prejudikat for at staten ved det ansvarlige departementet må stå som saksøkt i alle saker hvor det nedlegges påstand om fastsettelsesdom for brudd på EMK. Saken gjaldt ikke spørsmålet om en kommune kan stå som saksøkt, men helseforetaket Vestre Viken. Høyesterett viste til at helseforetaket utøver offentlig myndighet og er en integrert del av den statlige helseforvaltningen, at det det kan skape uklarhet og være upraktisk å måtte saksøke også staten ved det ansvarlige departementet når saksøkeren har andre krav som må rettes mot helseforetaket (for eksempel ugyldighet og erstatning), og at det bør kunne være opp til saksøker å avgjøre om han vil reise et slikt søksmål med de begrensede rettsvirkninger avgjørelsen da vil få. Høyesterett fant imidlertid ikke disse argumentene avgjørende og viste til at det bare er statene som er pliktsubjekter etter EMK, at det ut fra hensynet bak denne regelen ikke er grunn til å gjøre unntak for helseforetakene, at retts tekniske hensyn kan tale for at helseforetakene ikke stilles i noen særstilling sammenlignet med andre saksøkte ved denne typen søksmål, at en dom for konvensjonsstrid i sak mot helseforetaket ikke vil være rettskraftig overfor staten som sådan, og at en dom for konvensjonsstrid kan føre til at det må vurderes om det er nødvendig å gjøre endringer i lover,

³²⁸ Reiertsen (2015).

³²⁹ *Ibid.*, s. 418.

³³⁰ *Ibid.*, s. 421-422.

³³¹ *Ibid.* s. 424-425. For Rt. 2011 s. 1666 kan det særlig vises til avsnitt 39: «Min konklusjon er etter dette at staten v/Helse- og omsorgsdepartementet må saksøkes dersom saksøker skal ha rettslig interesse i å få dom for at et helseforetak har brutt en inkorporert menneskerettskonvensjon.»

forskrifter eller sentrale rundskriv. Disse argumentene gjelder tilsvarende i forholdet mellom stat og kommune, med den konsekvens at heller ikke en kommune kan stå som saksøkt med krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK.

Som jeg kommer tilbake til straks nedenfor, gir dette fortsatt et dekkende uttrykk for gjeldende rett. Deretter går Reiertsen over til spørsmålet om erstatningssøksmål. Her er rettstilstanden nå videreutviklet gjennom HR-2022-401-A, men momentene han nevner er fortsatt relevante:³³²

[Det er hovedsakelig] et spørsmål for nasjonal rett å avgjøre hvordan ansvaret for brudd på EMK, herunder ileggelse av erstatning, skal fordeles mellom staten og andre offentlige myndigheter. EMK selv er ikke til hinder for at forpliktelsen til å yte erstatning etter EMK artikkel 13, eventuelt andre bestemmelser i EMK, legges til kommunene, når kommunene har forårsaket krenkelsen. Det kan tvert i mot hevdes å ha større preventiv effekt å la kommunene stå ansvarlige for erstatningen, og at hensynet til subsidiaritet og effektiv beskyttelse av menneskerettigheter taler for at ansvaret legges dit hvor det hører hjemme på nasjonalt plan. Å la kommunen stå ansvarlig kan videre hevdes å harmonere best med hensynet til lokaldemokratiet og hensynet til klarhet og prosessøkonomi ettersom saksøkeren ikke må saksøke både stat og kommune for å få full erstatning. Det er også verdt å merke seg at Högsta domstolen i Sverige har lagt til grunn at man i svensk rett kan kreve erstatning av en kommune direkte basert på reparasjonsforpliktelsen i EMK. Men i forlengelsen av at det ikke er adgang til å gi fastsettelsesdom for brudd på EMK med en kommune som saksøkt, er det kanskje ikke overraskende at det kan synes som om det ikke kan kreves erstatning av en kommune basert på EMKs reparasjonsregler. Heller ikke her har Høyesterett lagt avgjørende vekt på for eksempel hensynet til klarhet og prosessøkonomi. På den annen side er konsekvensene av erstatningsansvar mer begrensede enn konsekvensene av en dom for konvensjonsstrid.

Det er her HR-2022-401-A kommer inn med nyttig avklaring. Hovedspørsmålet her var om kommunen kunne saksøkes for et krav om ikke-økonomisk tap som følge av en krenkelse av EMK. Her gir Høyesterett en oppsummering av forholdet mellom det folkerettslige og internrettslige nivået som er presist formulert:³³³

Av dette følger at EMK artikkel 13 krever at det i statene finnes et nasjonalt rettsmiddel som kan bøte på menneskerettsbrudd. Det kravet vil være oppfylt dersom brødrene [A og B] får behandlet sitt krav om reparasjonserstatning enten i et søksmål mot staten eller i et søksmål mot kommunen. Artikkel 13 krever med andre ord ikke at søksmålet mot kommunen må fremmes til behandling hvis kravet kan avgjøres i et tilsvarende søksmål mot staten. Det som betyr noe under EMK, er at den som mener seg utsatt for et menneskerettsbrudd har tilgang på reparasjon ved «a national authority». Det er dermed opp til nasjonale myndigheter å lage egnede ordninger for å bøte på EMK-brudd.

Hvem som er rett saksøkt for et krav om erstatning for ikke-økonomisk tap ved påståtte brudd på konvensjonen må dermed *avgjøres etter nasjonal rett*.

Jeg er helt enig i det som sies her. Ut fra denne utredningens mandat om å foreslå en lovregulering som oppfyller kravene etter EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 er dette strengt tatt den sentrale konklusjonen – det er opp til nasjonal rett å avklare hvem som er rett saksøkt for krav som begrunnes i menneskerettskrenkelser; EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 sier ikke mer enn at den nasjonale ordningen må være tilstrekkelig effektiv. Høyesterett gir likevel

³³² *Ibid.*, s. 427-428.

³³³ HR-2022-401-A avsnitt 31-32 (uthevet i originalen).

en avklaring av forholdet mellom fastsettelsessøksmål og erstatningssøksmål som fortjener å inntas her i sin helhet.³³⁴

(43) Jeg er enig i at det er likhetstrekk mellom et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK og et krav om reparasjonserstatning for brudd på EMK. Etter min mening er dette likevel ikke avgjørende for hvem som kan saksøkes for krav om ikke-økonomisk erstatning.

(44) Vestre Viken-saken gjaldt et fastsettelsessøksmål, med andre ord et krav om å få slått fast i domsslutningen at det hadde skjedd en menneskerettskrenkelse. Det er en forskjell mellom dette og et krav om erstatning. I erstatningssakene behandles spørsmålet om menneskerettsbrudd prejudisielt, som del av begrunnelsen. Selv om vilkårene for å vinne fram et stykke på vei er de samme, er de rettslige konsekvensene forskjellige. Og selv om det er likheter mellom disse to typene søksmål, kan det samme også sies om søksmål om erstatning for henholdsvis økonomisk og ikke-økonomisk tap for samme krenkelse. Søksmål om erstatning for økonomisk tap kan som nevnt fremmes mot kommunen som skadevolder, jf. for eksempel skadeserstatningsloven § 2-1.

(45) Både i denne avgjørelsen avsnitt 36 og i Vangen Eiendom-dommen avsnitt 38 viser Høyesterett til at det er staten som er pliktsubjekt etter EMK. Kommunen anfører at dette har betydning også i vår sak.

(46) Uttalelsene i disse dommene gjelder imidlertid statens folkerettslige ansvar. Etter intern norsk rett er Den europeiske menneskerettskonvensjonen like bindende for kommuner som for staten, jf. menneskerettsloven § 2 og HR-2018-2388-A avsnitt 70. Dette følger også av Grunnloven § 92, som sier at «Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Grunnlovsbestemmelsen retter seg mot statens myndigheter i videste forstand. Både Stortinget, regjeringen, kommunale og fylkeskommunale myndigheter, andre forvaltningsorganer og domstolene omfattes, jf. NOU 1993: 18 punkt 11.3.3.1 på side 159 og Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) punkt 3.2.2.

(47) Ved avgjørelsen av spørsmålet om hvem som kan saksøkes for et krav om erstatning etter nasjonal rett, må det viktigste etter mitt syn være hvem som påstås å være ansvarlig internrettslig. Hvem som er folkerettslig ansvarlig for det eventuelle EMK-bruddet har mindre betydning. Norsk erstatningsrett bygger på at det rettssubjektet som har begått et rettsbrudd, også vil være erstatningsansvarlig for følgene av rettsbruddet så langt vilkårene for ansvar er oppfylt. Det taler for at søksmålet ikke anses som et krav som etter sin art bare kan reises mot staten.

(48) I Vestre Viken-saken viser Høyesterett til at en fastsettelsesdom mot et helseforetak for konvensjonsstrid ikke vil være rettskraftig avgjort i forhold til staten. Dette er etter [sted] kommunes syn også relevant i saken her.

(49) Jeg er enig i at dersom både kommunen og staten kan saksøkes som følge av samme EMK-brudd, vil man kunne få to avgjørelser med ulikt resultat. Det er en konsekvens av tvisteloven § 19-15, som sier at en dom normalt bare er bindende mellom partene. Men dette er etter mitt syn ikke noe avgjørende argument. Det er ikke unikt at samme spørsmål kan komme opp i saker mellom ulike parter og lede til ulikt resultat. Domsslutningen er uansett begrenset til å konstatere om saksøkte plikter å betale erstatning eller ikke, noe som skiller disse sakene fra fastsettelsessøksmålene.

³³⁴ *Ibid.*, avsnitt 43-49.

Høyesterett mener deretter at både reelle hensyn og løsningen i Sverige og Danmark trekker i samme retning. Jeg tar uttalelsen inn i sin helhet fordi den etter mitt syn gir uttrykk for gjeldende rett om internrettslige prosessuelle spørsmål som det faller utenfor denne utredningens praktiske muligheter å vurdere i full bredde. For denne utredningens formål er det tilstrekkelig å fastslå at etter norsk rett kan erstatningssøksmål basert på menneskerettskrenkelser fremmes mot kommunen selv om fastsettelsessøksmål basert på menneskerettskrenkelser bare kan fremmes mot staten, og at dette er en internrettslig ordning som EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 ikke legger føringer for utover at det må være tilstrekkelig effektivt.

Denne siste konklusjonen kommer imidlertid med et forbehold: Hvis den internrettslige løsningen innebærer at den som er utsatt for menneskerettskrenkelse ikke har et tilstrekkelig effektivt rettsmiddel, må situasjonen i den enkelte sak tilpasses dette. Man kan tenke seg (med inspirasjon fra Rt. 2010 s. 291 «Vangen eiendom») at et erstatningskrav fremmes mot kommunen for en menneskerettskrenkelse, men at kommunen frifinnes fordi den har forholdt seg til statlige myndigheters (typisk lovgivers) føringer og at et eventuelt menneskerettsbrudd må henføres til staten, slik at det er staten som vil være rett saksøkt i et erstatningssøksmål. Da vil skadelidte, så vidt jeg forstår, være henvist etter norsk rett til å fremme et nytt søksmål mot staten, og da kan man fort få en situasjon hvor kravet til effektivitet er i faresonen. Her vil imidlertid et ansvar hvile på parten selv for å fremme søksmålet mot rett instans. Jeg forstår dessuten både premissene og konklusjonen i HR-2022-401-A slik at et erstatningssøksmål «kan» rettes mot kommunen, underforstått at søksmålet ikke «må» rettes mot kommunen, jf. særlig avsnitt 47 i kjennelsen (gjengitt ovenfor) om at «det viktigste [er] hvem som påstås å være ansvarlig internrettslig» og at «søksmålet ikke anses som et krav som etter sin art bare kan reises mot staten». Staten kan fortsatt saksøkes.

Noe som kanskje ikke er like avklart etter Rt. 2011 s. 1666 og HR-2022-401-A er hvem som er rett saksøkt etter norsk rett ved et erstatningssøksmål som begrunnes med at et offentlig eid foretak eller selskap har begått en menneskerettskrenkelse. For fastsettelsessøksmål må det være avklart at staten er rett saksøkt,³³⁵ og for erstatningssøksmål vil prinsippene nevnt ovenfor fortsatt gjelde – det er det organet som påstås å være ansvarlig som kan saksøkes. Det vil bero på internrettslige regler hvem som kan saksøkes, men EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 vil fortsatt kreve at adgangen til erstatning er effektiv. Jeg kjenner ikke til at spørsmålet har kommet på spissen, men et naturlig utgangspunkt er at ethvert organ som er kompetent til å krenke menneskerettighetene også er kompetent til å bli holdt erstatningsrettslig ansvarlig.

6.4 Hvem kan kreve erstatning?

6.4.1 Hvem er skadelidt?

Man kan kanskje spørre om det nødvendigvis er slik at avgrensningen av hvem som regnes som skadelidt er lik i norsk erstatningsrett og i konvensjonene. Jeg tror imidlertid ikke at spørsmålet

³³⁵ Merk likevel at Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter mener «dette må leses med den reservasjon at spørsmålet om hvem et fastsettelsessøksmål kan rettes mot må ta utgangspunkt i hva påstanden gjelder, og hvilke plikter som hevdes å være overtrådt og av hvem», se rapporten «Kommuner og menneskerettigheter» (2021) punkt 3.4.3.

har praktisk betydning, og behandler det derfor helt kort. Utgangspunktet etter EMK og SP er, som berørt i punkt 2.6, at den som mener seg utsatt for en menneskerettskrenkelse kan klage til konvensjonsorganene, og kjernen her er at en person «must be able to show that he or she was ‘directly affected’ by the measure complained of» eller være «indirect victims to whom the violation would cause harm or who would have a valid and personal interest in seeing it brought to an end». Selv om det sikkert kan tenkes nyanseforskjeller, fremstår dette som en beskrivelse som også passer som angivelse av hvem som kan anses som skadelidt ved erstatningskrav i norsk rett.

Det finnes imidlertid en åpning etter EMK for også å fremme klager hvis man bare er et *potensielt* offer, det vil si personer som ikke ennå har blitt direkte og personlig berørt av en myndighetshandling.³³⁶ Dette gjelder blant annet når en klage gjelder selve lovgivningen i en stat, hvis en person tilhører en gruppe som med stor sannsynlighet risikerer å bli direkte berørt av rettstilstanden senere. Det er en nokså begrenset adgang til dette, men det kan for eksempel skje hvis noen risikerer straffeforfølgning hvis de ikke endrer adferd på et felt som omfattes av konvensjonens friheter og rettigheter (forbud mot homofili, restriksjoner rundt religiøs praksis, e.l.). EMD har også åpnet for klager fra visse interesseorganisasjoner som ikke selv er direkte berørt, men som har en slik tilknytning til et saksområde at det er hensiktsmessig å innrømme dem offerstatus for å beskytte visse allmenne interesser eller interessene til noen som selv ikke kan fremme sine rettigheter. Dette vil etter omstendighetene være personer eller grupper som ikke vil anses som skadelidte etter norsk rett. Når jeg likevel mener at en forskjell her ikke vil ha noen praktisk betydning, er det fordi den interessen disse vil ha i å få konstatert en menneskerettskrenkelse ikke vil være erstatningsrettslig relevant. Selv om det skulle konstateres en krenkelse, vil ikke disse ha opplevd noe tap som kan kreves erstattet, og de vil av den grunn falle utenfor en ny lovregulering. Den praktiske betydningen vil begrense seg til å handle om at noen personer eller grupper kan ha rettslig interesse i et fastsettelsessøksmål om en menneskerettskrenkelse uten dermed å få krav på erstatning for slike krenkelser. Forskjellen handler om lidt skade, ikke om menneskerettslig status.

Av denne grunn mener jeg det er unødvendig å gi en egen regulering av hvem som kan anses som skadelidt. Enhver som er utsatt for en menneskerettskrenkelse vil omfattes av en ny regulering, men et krav på erstatning oppstår bare hvis krenkelsen har ført til et økonomisk eller ikke-økonomisk tap.

6.4.2 *Kan juridiske personer kreve erstatning?*

Et spørsmål med noen mer utfordrende elementer er om juridiske personer (selskaper, organisasjoner, foreninger osv.) kan kreve erstatning ved krenkelser av EMK og/eller SP, og om dette i så fall vil innebære en endring sammenliknet med gjeldende norsk rett.

Etter norsk rett er det utvilsomt at juridiske personer kan kreve erstatning for økonomisk tap på lik linje med individer. Dette grunnleggende utgangspunktet påvirkes ikke av at enkelte

³³⁶ Her viser jeg generelt til Lorenzen med flere, Bind II (2011) s. 1078-1080.

erstatningsrettslige regler etter sin art klart er begrenset til å gjelde tilfeller hvor individer er skadelidt (typisk reglene om personskade).

Spørsmålet er noe mindre klart for ikke-økonomisk tap (oppreisning). Skadeserstatningsloven § 3-5 står i lovens kapittel om personskade, og § 3-5 første ledd bokstav a viser uttrykkelig til oppreisning ved personskade. I § 3-5 første ledd bokstav b vises det imidlertid deretter til at oppreisning kan gis når noen forsettlig eller grovt uaktsomt har tilføyd krenking eller utvist mislig atferd som nevnt i § 3-3, som i sin tur henviser til overtredelse av en rekke bestemmelser i straffeloven. De fleste av disse omhandler uttrykkelig bare straffbare handlinger mot en person (vern av den personlige frihet, voldslovbrudd eller seksuallovbrudd), men noen av dem omfatter i prinsippet også straffbare handlinger mot juridiske personer. Dette gjelder straffeloven § 222 om uriktig anklage, § 327 om ran, og § 330 om underslag. Jeg kjenner imidlertid ikke til praksis hvor juridiske personer har fått (eller har krevd) oppreisning på dette grunnlag.

Etter de internasjonale menneskerettskonvensjonene er det utvilsomt gjeldende rett at juridiske personer omfattes av rettighetsvernet etter EMK, men ikke etter andre konvensjoner, herunder SP. Denne forskjellen kan føres tilbake til konvensjonenes ordlyd, ved at rettighetene i EMK skal sikres for «everyone», jf. EMK artikkel 1, mens rettighetene i SP skal sikres for «all individuals», jf. SP artikkel 2. Her er den norske oversettelsen av EMK artikkel 1 dekkende ved at det brukes «enhver», men den norske oversettelsen av SP er upresis (eller gal) ved at det brukes «alle».

For SPs vedkommende er den norske oversettelsen av den valgfrie tilleggsprotokollen om individklagerett mer presis. Tilleggsprotokollen, som gir FNs menneskerettskomité kompetanse til å behandle individklager, sier i artikkel 1 at klageretten tilkommer «individuals», som på norsk er oversatt med «enkeltpersoner». At klageretten ikke gjelder for juridiske personer er også fulgt opp av FNs menneskerettskomité selv, for eksempel i en sak mot Trinidad og Tobago i 1989: «Under article 1 of the Optional Protocol, only individuals may submit a communication to the Human Rights Committee. A company incorporated under the laws of a State party to the Optional Protocol, as such, has no standing under article 1, regardless of whether its allegations appear to raise issues under the Covenant.»³³⁷ Her åpner komiteen tilsynelatende for at selskaper kan ha rettigheter etter hovedkonvensjonen, men i sin Generelle kommentar nr. 31 (2004) har komiteen klargjort at juridiske personer bare har rettigheter gjennom de individene som utgjør en del av den juridiske personen.³³⁸

The beneficiaries of the rights recognized by the Covenant are individuals. Although, with the exception of article 1, the Covenant does not mention the rights of legal persons or similar entities or collectivities, many of the rights recognized by the Covenant, such as the freedom to manifest one's religion or belief (article 18), the freedom of association (article 22) or the rights of members of minorities (article 27), may be enjoyed in community with others. The fact that the competence of the Committee to receive and consider communications is restricted to those submitted by or on behalf of individuals (article 1 of the Optional Protocol) does not prevent such individuals from

³³⁷ A newspaper publishing company mot Trinidad and Tobago (1989) punkt 3.2.

³³⁸ General Comment no. 31 (2004) on The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26. mai 2004, punkt 9.

claiming that actions or omissions that concern legal persons and similar entities amount to a violation of their own rights.

Jeg legger derfor i det følgende til grunn at juridiske personer ikke har rettigheter etter SP, og dermed at det ikke oppstår noe spørsmål om erstatningsansvar verken for økonomisk eller ikke-økonomisk tap. Den følgende fremstillingen er derfor bare relevant for EMK.

I 2000 uttalte Arnfinn Bårdsen at juridiske personer neppe kunne få oppreisningserstatning etter EMK artikkel 41 ved krenkelser av EMK:³³⁹

Er klageren en juridisk person, har jeg vanskelig for å se at det kan være rom for oppreisningserstatning. En slik innretning kan ikke føle noen smerte, uro eller angst. Kommisjonen har rett nok i enkelte tilfeller prosedert på at det skal tilkjennes oppreisningserstatning ... Domstolen har imidlertid ikke tatt uttrykkelig stilling til dette spørsmålet; den har i stedet unnlatt å tilkjenne oppreisningserstatning til juridiske personer, under henvisning til at en fellende dom må anses som tilstrekkelig reparasjon ...

Rettsutviklingen har imidlertid løpt fra denne uttalelsen, som neppe kan opprettholdes. Her er det *Comingersoll* som er autoriteten, hvor EMD åpnet for at erstatning for ikke-økonomisk tap i prinsippet kunne tenkes:³⁴⁰

In the light of its own case-law and that practice, the Court cannot therefore exclude the possibility that a commercial company may be awarded pecuniary compensation for non-pecuniary damage.

The Court reiterates that the Convention must be interpreted and applied in such a way as to guarantee rights that are practical and effective. Accordingly, since the principal form of redress which the Court may order is pecuniary compensation, it must necessarily be empowered, if the right guaranteed by Article 6 of the Convention is to be effective, to award pecuniary compensation for non-pecuniary damage to commercial companies, too. Non-pecuniary damage suffered by such companies may include heads of claim that are to a greater or lesser extent “objective” or “subjective”. Among these, account should be taken of the company's reputation, uncertainty in decision-planning, disruption in the management of the company (for which there is no precise method of calculating the consequences) and lastly, albeit to a lesser degree, the anxiety and inconvenience caused to the members of the management team.

Det er imidlertid omdiskutert hvor langt dette rekker. Kjølbros har, med henvisning til saken *Scharsach*, uttalt at «[u]dgangspunktet er dog formentlig, at en juridisk person ikke vil få tilkendt erstatning for ikke-økonomisk skade». ³⁴¹ *Comingersoll* og etterfølgende praksis handler i stor grad om EMK artikkel 41, og det er ikke gitt at samme prinsipper gjelder fullt ut

³³⁹ Bårdsen (2000) punkt 2.4.

³⁴⁰ *Comingersoll S.A. mot Portugal* (2000) avsnitt 35. Senere er det lagt til grunn en rekke ganger at selskaper kan tilkjennes oppreisning, sist i *Pannon Plakát Kft med flere mot Ungarn* (2022). Erstatning til selskaper kan for øvrig komme opp i nokså store beløp, se *Centro Europa 7 S.R.L. og Di Stefano mot Italia* (2012) avsnitt 221-222 hvor et selskap ble tilkjent 10 000 000 euro i erstatning etter artikkel 41 for økonomisk og ikke-økonomisk tap samlet, uten å ha tallfestet hva det økonomiske tapet bestod i. Summen er identisk med hva klagerne hadde krevd i erstatning for ikke-økonomisk tap (men samtidig hadde klagerne krevd i overkant av 2 milliarder euro i erstatning for økonomisk tap).

³⁴¹ *Kjølbros* (2017) s. 187. I *Scharsach og News Verlagsgesellschaft mbH mot Østerrike* (2003) avsnitt 51 ble den private klageren tilkjent oppreisningserstatning mens det overfor det klagende selskapet ble konkludert med at konstatering av krenkelsen var tilstrekkelig reparasjon av eventuell ikke-økonomisk skade. *Emberland* (2006) analyserer praksis utførlig i kapittel 4.

for nasjonale myndigheters forpliktelse etter EMK artikkel 13 (jf. punkt 2.4.1 ovenfor). Det er imidlertid mest nærliggende å legge dette til grunn, i hvert fall for det prinsipielle spørsmålet om hvorvidt juridiske personer overhodet kan tilkjennes oppreisningserstatning. Jeg kjenner imidlertid ikke praksis hvor EMD har konstatert krenkelse av EMK artikkel 13 med den begrunnelse av staten ikke har tilkjent juridiske personer oppreisningserstatning. Det finnes saker hvor EMD har konstatert krenkelse av EMK artikkel 13 på annet grunnlag og deretter gått over til å tilkjenne selskaper eller andre juridiske personer oppreisningserstatning etter artikkel 41, men i de sakene jeg kjenner har det vært konstatert krenkelse av andre rettigheter ved siden av artikkel 13.³⁴²

I Sverige har Högsta Domstolen uttalt:³⁴³

När en rättighetskränkning innebär en begränsning i en bedriven näringsverksamhet, så bör utgångspunkten vara att för just det momentet av kränkningen utgår gottgörelse i form av skadestånd för endast den ekonomiska skadan. För att en rättighetskränkings näringsbegränsande verkningar ska ge rätt till kompensation i form av ersättning för ideell skada bör det i allmänhet krävas *särskilda omständigheter*, såsom att det handlar om konstnärlig verksamhet eller att en med företaget nära förbunden enskild person i något hänseende drabbas socialt, försörjningsmässigt eller på något annat mer personligt sätt av kränkningens näringsbegränsande verkningar.

Med bakgrunn blant annet i denne avgjørelsen ble det i forarbeidene til den svenske lovreguleringen lagt til grunn at «rätten til skadestånd bör omfatta även juridiska personer, om det er nödvändigt för att gottgöra överträdelsen».³⁴⁴

Det fremstår alt i alt som usikkert om EMK artikkel 13 krever at juridiske personer skal kunne tilkjennes erstatning for ikke-økonomisk tap som følge av menneskerettskrenkelser, men det er helt klart at EMD åpner for slik erstatning etter artikkel 41. I likhet med hva som er gjort i Sverige, mener jeg det ikke er grunn til å avskjære juridiske personer fra å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap etter en ny lovbestemmelse dersom slik erstatning er nødvendig for å reparere krenkelsen. Utgangspunktet må likevel være at juridiske personer ikke vil ha rett på slik erstatning, og jeg antar at Högsta Domstolens kriterium om «särskilda omständigheter» kan være en egnet terskel også etter norsk rett.

6.5 Erstatningsutmåling

6.5.1 Nivået på erstatninger etter EMK artikkel 13

Som beskrevet i punkt 2.4.1 har EMD pekt på at det nasjonale nivået for erstatning etter EMK artikkel 13 for menneskerettskrenkelser skal være «comparable», alternativt «adequate and

³⁴² Se «Iza» Ltd og Makrakhidze mot Georgia (2005), Glas Nadezhda EOOD og Elenkov mot Bulgaria (2007), ZIT Company mot Serbia (2007). Disse sakene er nevnt av Wilcox (2016) kapittel 4.IV, som – så vidt jeg kan se – ikke trekker frem noen saker hvor EMD har krevd at statene skal tilkjenne erstatning etter artikkel 13. Se også Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) mot Tyrkia (1999), hvor et politisk parti ble tilkjent oppreisningserstatning.

³⁴³ NJA 2013 s. 842 avsnitt 66 (uthevet her). Nordhus (2019) s. 46 mener at «[t]erskelen HD oppstilte i NJA 2013 s. 842, trenger ... ikke å være i strid med forpliktelsene etter EMK artikkel 13».

³⁴⁴ Regeringens proposition 2017/18:7 s. 35.

sufficient», alternativt «not unreasonable»,³⁴⁵ alternativt «not manifestly inadequate»,³⁴⁶ sammenliknet med EMDs egen utmåling av erstatning etter artikkel 41. I enkelte saker har EMD dessuten sagt at «the mere fact that the compensation awarded was low does not in itself call into question the effectiveness» av det nasjonale rettsmidlet,³⁴⁷ men i andre saker har EMD konstatert krenkelse fordi beløpet som ble tilkjent av nasjonale domstoler var urimelig lavt.³⁴⁸ Lorenzen har sammenfattet det slik at «EMD har i praksis acceptert godtgørelsesnivåer svarende til ca. halvdelen af EMD's praksis efter art 41».³⁴⁹

FNs menneskerettskomité har ikke uttalt seg mer presist enn at erstatningen skal være «adequate» eller «appropriate».

Utover dette har statene stor frihet til å fastsette både nivået og beregningsmåten for erstatning for tap som følge av menneskerettskrenkelser. Her synes jeg de svenske lovforarbeidene gir gode utgangspunkter for en vurdering av spørsmålet, men noen prinsippspørsmål kan fremheves for særskilt vurdering.

I Sverige var det grunnleggende utgangspunktet at «[s]kadestands nivåerna ska överensstämja med svensk rätt och vara förenliga med Europakonventionen».³⁵⁰ Justitiedepartementets vurdering var at det var «viktig att reglerna om skadestånd vid överträdelser av Europakonventionen inordnas i det svenska skadeståndsrättsliga systemet» fordi dette «främjar förutsebarhet och gör bestämmelserna mer lättillgängliga för medborgare och myndigheter», og at disse «överväganden gäller även i fråga om beräkningen av en skadas storlek».³⁵¹ Jeg er enig i disse overordnede betraktningene, og mener tilsvarende at erstatningsnivået etter en ny norsk lovregulering bør tilpasses erstatningsnivået som ellers gjelder i norsk rett. Erstatningsnivået etter en ny bestemmelse bør ligge verken høyere eller lavere enn hva som gjelder etter norsk erstatningsrett for øvrig, likevel slik at nivået ikke skal være urimelig lavt sammenliknet med nivået EMD har lagt seg på etter artikkel 41.

For økonomisk tap ved personskade, tingskade og ren formuesskade vil utgangspunktet her være full erstatning, *restitutio in integrum*, det vil si at skadelidte skal settes i samme stilling som om skaden ikke hadde skjedd. I svensk rett er det uttrykkelig lagt til grunn at alminnelige regler om dette i nasjonal lovgivning skal gjelde, med en begrunnelse som også er treffende for norske forhold.³⁵²

De sedvanliga bestämmelserna och principerna om hur skadestånd för personskada, sakskada och ren förmögenhetsskada beräknas bör därför gälla även vid överträdelser av konventionen. Dessa regler är väl etablerade och ger rättstillämparen god möjlighet att noggrant beräkna en skadas storlek.

³⁴⁵ F.eks. Sukachov mot Ukraina (2020) avsnitt 159.

³⁴⁶ Uttrykket brukes sjelden, men se Slováč mot Slovakia (2011): «The just satisfaction granted by the Constitutional Court is not manifestly inadequate and the Court can accept ... that it provided appropriate redress to the applicant in the circumstances.»

³⁴⁷ Delle Cave og Corrado mot Italia (2007) avsnitt 45.

³⁴⁸ F.eks. Shilbergs mot Russland (2009) avsnitt 79: «the Court considers that the redress was insufficient and manifestly unreasonable». Se nærmere i Reiertsen, ovenfor fotnote 30, s. 204.

³⁴⁹ Lorenzen med flere, Bind II (2011) s. 959.

³⁵⁰ Proposition 2017/18:7 punkt 6.4 på s. 36 flg.

³⁵¹ *Ibid.*, s. 36.

³⁵² *Ibid.*, s. 37.

For ikke-økonomisk tap ble det under lovforberedelsen i Sverige diskutert om nivået på erstatningen skulle legges på nivået for annen oppreisningserstatning eller om nivået skulle ligge høyere. Høringsinstanser hadde pekt på at nivået burde legges høyere for å ha en forebyggende virkning, blant annet fordi oppreisning ellers ofte vil tilkjennes samtidig som gjerningspersonen idømmes en straff, mens en slik tilknytning til en annen sanksjon med forebyggende virkning ikke finnes for menneskerettskrenkelser. Også her pekes det imidlertid på hensyn som fremstår som passende også for norsk rett.³⁵³

I svensk rätt är huvudregeln att skadestånd är kompensatoriskt och det finns inte anledning att anse att nationella skadestånd vid konventionsöverträdelser ska ha en särskild preventiv funktion. Att det kan bli aktuellt att utdöma ett straff när kränkingsersättning vid brott kommer i fråga och att så inte behöver vara fallet vid konventionsöverträdelser, behöver inte heller medföra att ersättning i det sistnämnda fallet måste dömas ut med ett högre belopp. Det straff som döms ut vid en överträdelse av ett straffbud syftar inte till att ge den skadelidande upprättelse eller kompensation. Straffet ska ge uttryck för att samhället inte accepterar den brottsliga gärningen. Kompensationen till den skadelidande utges i form av en monetär ersättning, såväl vid konventionsöverträdelser som vid kränkningar på grund av brott. Det är inte heller så att kränkingsersättningens storlek påverkas av om någon kan fällas till ansvar för en gärning eller ens om en gärningsman kan identifieras. Kan inte någon fällas till ansvar, kan den skadelidande i stället få brottsskadeersättning, vilken till storleken bestäms på samma sätt som kränkingsersättningen. Med andra ord korrelerar varken kränkingsersättningen eller den nu aktuella ersättningen till om någon får bära ett straffrättsligt ansvar för en viss gärning.

Enligt regeringens bedömning framstår det alltså som rimligt att ersättning för kränkning och annan ideell skada, som båda avser att ersätta ideell skada, som utgångspunkt ska bedömas på ett likartat sätt. ... I praktiken går det i och för sig inte att exakt jämföra olika typer av konventionsöverträdelser med olika typer av brott. Samtidigt ger de belopp som döms ut i kränkingsersättning en fingervisning om hur ideell skada kan ersättas vid olika typer av gärningar. Det bör som huvudregel inte komma i fråga att ersättning för annan ideell skada vid konventionsöverträdelser fastställs på ett sätt som avsevärt avviker från vad som döms ut som kränkingsersättning i jämförliga fall. För att ersättningen för en annan ideell skada ska bestämmas till så höga belopp som döms ut vid exempelvis våldtäkt och mordförsök bör det krävas att en rättighetsöverträdelse har varit särskilt ingripande, långvarig eller allvarlig. Om t.ex. ideella skador vid konventionsöverträdelser som består i formella eller hanteringsmässiga brister i myndigheternas handläggning ersätts med högre belopp än vad som kommer i fråga vid flera av de allvarliga integritetskränkningar som kränkingsersättningen syftar till att kompensera, kan ordningen uppfattas som svårförståelig och ologisk. Det kan i sin tur medföra en minskad acceptans för systemet som helhet. Det skulle t.ex. kunna uppfattas som stötande, om ideell ersättning för en överträdelse av rätten till rättegång inom skälig tid regelmässigt bestäms till högre belopp än vad som utges vid allvarliga brottsliga kränkningar av den personliga integriteten. Sammanfattningsvis bör ersättningen för annan ideell skada harmoniera med kränkingsersättningen.

Jeg kan slutte meg til dette, og mener dette kan overføres til norsk rett. Nivået på erstatning for ikke-økonomisk tap som følge av en menneskerettskrenkelse bør etter mitt syn tilpasses nivået for annen oppreisningserstatning i norsk rett. Dette innebærer selvsagt at domstolene kan se hen

³⁵³ *Ibid.*, s. 38-39.

til krenkelsens art, alvorlighetsgrad og omstendighetene for øvrig,³⁵⁴ herunder hvilke andre virkemidler myndighetene benytter samtidig for å reparere en krenkelse. Et nylig eksempel på dette siste finnes i *Bara og Kola mot Albania* (2021), hvor EMD uttrykkelig fremhever at bruken av andre virkemidler tilsier at man kan godta lavere erstatningsutmåling.³⁵⁵

Fourthly, the Court considers that the amounts awarded in compensation to date are not such as to enable the Court to determine that they are unreasonable. It has previously accepted that a State which has introduced a number of remedies, one of which is designed to expedite proceedings and one to afford compensation, may award amounts which, although lower than those awarded by the Court, are not unreasonable, on condition that the relevant decisions, which must be consonant with the legal tradition and the standard of living in the country concerned, are speedy, reasoned and executed very quickly ...

For norsk rett betyr dette at det i praksis vil vokse frem en standardisert erstatningsutmåling for ulike kategorier av menneskerettskrenkelser. Det er slik norsk rett har tilnærmet seg andre former for oppreisning, og det er ikke noe i EMDs praksis som tilsier at dette ikke er forsvarlig i lys av EMK artikkel 13 – tvert imot er det slik at EMD selv har utviklet en standardisering av erstatningsutmålingen. I likhet med hva som ellers gjelder i norsk rett må det også være slik at «de normerte beløpene ikke er bindende, men kan justeres opp eller ned ved særlige forhold».³⁵⁶

Innenfor rammene av mitt arbeid har det ikke vært mulig å antyde slike standarder for alle menneskerettskrenkelser. For norsk retts vedkommende nøyer jeg meg med å nevne at Høyesterett har utviklet normerte oppreisningsbeløp for ulike forhold gjennom praksis, og at forskrift 12. desember 2003 nr. 1472 gir standardsatser for oppreisning etter uberettiget strafforfølgning. Det er naturlig at nivået for oppreisning ved menneskerettskrenkelser tar utgangspunkt i slike eksisterende standarder.

I Sverige er utmålingen av erstatning for ikke-økonomisk tap regulert i en egen bestemmelse i skadeståndslagen 5 kap. 8 §, som sier at erstatningen «ska bestämmas efter vad som är skäligt med hänsyn till överträdelsens art och omständigheterna i övrigt». For norsk retts vedkommende er jeg usikker på den selvstendige verdien av en slik regel ved siden av den generelle begrensningen som ligger i at erstatning bare skal utmåles så langt det er nødvendig, men det gir en veiledning til domstolene og andre aktører om at slik erstatning beror på en helhetsvurdering og det skaper en naturlig forbindelse til den alminnelige oppreisningsregelen i skadeserstatningsloven § 3-5. Jeg foreslår derfor en bestemmelse etter mønster av den svenske reguleringen.

6.5.2 EMDs praksis etter EMK artikkel 41 i saker mot Norge

Sammenhengen med EMDs egne erstatningsnivåer etter artikkel 41 tilsier at det er hensiktsmessig å sammenfatte saker hvor Norge har blitt pålagt å betale erstatning for ikke-

³⁵⁴ I punkt 6.6 nedenfor vurderer jeg for øvrig hvilken betydning skadelidtes medvirkning skal ha for erstatningsutmålingen.

³⁵⁵ *Bara og Kola mot Albania* (2021) avsnitt 116.

³⁵⁶ HR-2023-1035-A avsnitt 39.

økonomisk tap etter artikkel 41 (her i omvendt kronologisk rekkefølge, nyeste avgjørelser først; dommer hvor parten ikke har krevd erstatning for ikke-økonomisk tap nevnes ikke):

- A.L. mot Norge (2022): Krenkelse av artikkel 8 i sak om omsorgsovertakelse, foreldrene tilkjent 25 000 euro for «distress», for barnet ble det konkludert med at konstatering av krenkelsen utgjorde tilstrekkelig reparasjon.³⁵⁷
- M.L. mot Norge (2020): Krenkelse av artikkel 8 i sak om tvangsadopsjon, mor tilkjent 25 000 euro for «distress».³⁵⁸
- Saber mot Norge (2020): Krenkelse av artikkel 8 i sak om beskyttelse av korrespondanse med advokat, erstatning ikke tilkjent for ikke-økonomisk tap: «The Court, in view of the relatively technical nature of the violation found and the circumstances of the case, considers that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage which the applicant may have suffered.»³⁵⁹
- Pedersen med flere mot Norge (2020): Krenkelse av artikkel 8 i sak om tvangsadopsjon, foreldrene tilkjent 35 000 euro for «distress», for barnet ble det konkludert med at konstatering av krenkelsen utgjorde tilstrekkelig reparasjon.³⁶⁰
- Hernehult mot Norge (2020): Krenkelse av artikkel 8 i sak om omsorgsovertakelse, far tilkjent 25 000 euro for «distress».³⁶¹
- A.S. mot Norge (2019): Krenkelse av artikkel 8 i sak om omsorgsovertakelse, mor tilkjent 25 000 euro for «distress».³⁶²
- K.O. og V.M. mot Norge (2019): Krenkelse av artikkel 8 i sak om omsorgsovertakelse, hver av foreldrene tilkjent 10 000 euro for «distress». Innvending fra staten om at «since an award of non-pecuniary damage was intended to compensate for the actual harmful consequences of a violation, such as distress and frustration, the applicants should be requested to specify the form of non-pecuniary harm at issue» ble ikke tatt til følge av EMD.³⁶³
- Strand Lobben med flere mot Norge (2019): Krenkelse av artikkel 8 i sak om omsorgsovertakelse og tvangsadopsjon, mor tilkjent 25 000 euro for «anguish and distress», for barnet ble det konkludert med at konstatering av krenkelsen utgjorde tilstrekkelig reparasjon.³⁶⁴
- Jansen mot Norge (2018): Krenkelse av artikkel 8 i sak om omsorgsovertakelse, mor tilkjent 25 000 euro for «distress».³⁶⁵

³⁵⁷ A.L. mot Norge (2022) avsnitt 62 og konklusjonen.

³⁵⁸ M.L. mot Norge (2020) avsnitt 104 og konklusjonen.

³⁵⁹ Saber mot Norge (2020) avsnitt 63.

³⁶⁰ Pedersen med flere mot Norge (2020) avsnitt 76 og konklusjonen.

³⁶¹ Hernehult mot Norge (2020) avsnitt 82 og konklusjonen.

³⁶² A.S. mot Norge (2019) avsnitt 74 og konklusjonen.

³⁶³ K.O. og V.M. mot Norge (2019) avsnitt 74-75 og konklusjonen.

³⁶⁴ Strand Lobben med flere mot Norge (2019) avsnitt 230 og konklusjonen.

³⁶⁵ Jansen mot Norge (2018) avsnitt 109 og konklusjonen.

- Kristiansen mot Norge (2015): Krenkelse av artikkel 6 i sak om rettførdig rettergang i straffesak, klageren tilkjent 4 000 euro for «distress», påpekt i forbindelse med erstatningsutmålingen at EMD ikke spekulerer i om utfallet av straffesaken ville blitt et annet uten feilen.³⁶⁶
- Hansen mot Norge (2014): Krenkelse av artikkel 6 i sak om ankenektelse i sivil sak, EMD fant (til tross for «anguish and distress») at «the present finding of a violation constitutes adequate just satisfaction».³⁶⁷
- Kaplan med flere mot Norge (2014): Krenkelse av artikkel 8 i sak om utvisning med innreiseforbud, klageren tilkjent 12 000 euro uten angivelse av den ikke-økonomiske skadens art.³⁶⁸
- Vilnes med flere mot Norge (2013): Nordsjødykkersaken, krenkelse av artikkel 8 på grunn av manglende informasjon om risiko, hver av klagerne tilkjent 8 000 euro for «psychological problems on account of anguish and distress», påpekt at hver av klagerne allerede hadde fått utbetalt 200 000 kr i erstatning fra staten.³⁶⁹
- Kristiansen og Tyvik AS mot Norge (2013): Krenkelse av artikkel 6 i sak om lang saksbehandlingstid i sivil sak, den personlige klageren tilkjent 15 000 euro for «anguish and distress», det klagende selskapet ikke tilkjent oppreisning; klagerne hadde krevd «punitive damages» mens EMDs svar var at «an award of just satisfaction can only be based on the fact that the applicants did not have the benefit of all the guarantees of Article 6 § 1» mens EMD «cannot speculate as to the outcome of any judicial review proceedings that they could have pursued had the position been otherwise».³⁷⁰
- Butt mot Norge (2012): Krenkelse av artikkel 8 i sak om utvisning av utlending, hver av klagerne tilkjent 3 000 euro for «anguish and distress».³⁷¹
- A. mot Norge (2009): Krenkelse av artikkel 8 i sak om unnlatt reaksjon mot en avis etter negativ omtale av klageren, klageren tilkjent 19 000 euro med henvisning til Høyesteretts mindretall i den nasjonale rettsavgjørelsen.³⁷²
- Orr mot Norge (2008): Krenkelse av artikkel 6 nr. 2 om uskyldspresumsjonen etter at klageren ble dømt til å betale erstatning i samme dom hvor han ble frifunnet fra straff, klageren tilkjent 10 000 euro uten angivelse av den ikke-økonomiske skadens art.³⁷³
- A. og E. Riis mot Norge (nr. 2) (2008): Krenkelse av artikkel 6 nr. 1 i sak om lang saksbehandlingstid i sivil sak, den gjenlevende klageren tilkjent 20 000 euro mens EMD pekte på «the first applicant's own contribution to the protraction of the proceedings».³⁷⁴

³⁶⁶ Kristiansen mot Norge (2015) avsnitt 65 og konklusjonen.

³⁶⁷ Hansen mot Norge (2014) avsnitt 89 og konklusjonen.

³⁶⁸ Kaplan med flere mot Norge (2014) avsnitt 104 og konklusjonen.

³⁶⁹ Vilnes med flere mot Norge (2013) avsnitt 273 og konklusjonen.

³⁷⁰ Kristiansen og Tyvik AS mot Norge (2013) avsnitt 62 og konklusjonen.

³⁷¹ Butt mot Norge (2012) avsnitt 95 og konklusjonen.

³⁷² A. mot Norge (2009) avsnitt 79 og konklusjonen.

³⁷³ Orr mot Norge (2008) avsnitt 60 og konklusjonen.

³⁷⁴ A. og E. Riis mot Norge (nr. 2) (2008) avsnitt 38 og konklusjonen.

- Sanchez Cardenas mot Norge (2007): Krenkelse av artikkel 8 etter at nasjonale domstoler i en samværssak hadde beskrevet en mistanke om seksuelle overgrep uten at det var nødvendig for saken, klageren tilkjent 7 000 euro uten angivelse av den ikke-økonomiske skadens art.³⁷⁵
- Folgerø med flere mot Norge (2007): Krenkelse av første tilleggsprotokoll artikkel 2 i sak om religionsnøytral undervisning (KRL-saken). Konstatering av krenkelsen utgjorde tilstrekkelig reparasjon selv om klagerne hadde krevd erstatning for ikke-økonomisk tap.³⁷⁶
- A. og E. Riis mot Norge (2007): Krenkelse av artikkel 6 på grunn av lang saksbehandlingstid i sivil sak, gjenlevende klager tilkjent 15 000 euro mens EMD pekte på «the first applicant's own contribution to the protraction of the proceedings».³⁷⁷
- Kaste og Mathisen mot Norge (2006): Krenkelse av artikkel 6 i sak om rettferdig rettergang i straffesak, den ene klageren krevde oppreisning, men EMD fant at konstatering av krenkelsen utgjorde tilstrekkelig reparasjon sett i lys av at nasjonal rett ville tillate gjenåpning av straffesaken.³⁷⁸
- Walston mot Norge (nr. 1) (2003): Krenkelse av artikkel 6 i sak om rettferdig rettergang i sivil sak, klagerne i fellesskap tilkjent 8 000 euro for «some frustration and distress».³⁷⁹
- O. mot Norge (2003): Krenkelse av artikkel 6 nr. 2 om uskyldspresumsjonen etter å ha blitt nektet erstatning for uberettiget straffeforfølgning, tilkjent 5 000 euro uten nærmere angivelse av grunnlaget.³⁸⁰
- Y. mot Norge (2003): Krenkelse av artikkel 6 nr. 2 om uskyldspresumsjonen etter å ha blitt dømt til å betale erstatning i samme dom hvor han ble frifunnet fra straff, tilkjent 20 000 euro uten nærmere angivelse av grunnlaget.³⁸¹
- Nilsen og Johnsen mot Norge (1999): Krenkelse av artikkel 10 i en sak om injurier, konkludert med at konstatering av krenkelsen utgjorde tilstrekkelig reparasjon.³⁸²
- E. mot Norge (1990): Krenkelse av artikkel 5 i sak om lang saksbehandling ved domstolsprøving av frihetsberøvelse i psykiatrisk institusjon, konkludert med at konstatering av krenkelsen utgjorde tilstrekkelig reparasjon.³⁸³

6.6 Forholdet til den øvrige erstatningsretten

Det fremstår som hensiktsmessig at en lovregulering om erstatning for menneskerettskrenkelser i størst mulig grad innarbeides som en del av den øvrige erstatningsretten uten større

³⁷⁵ Sanchez Cardenas mot Norge (2007) avsnitt 55 og konklusjonen.

³⁷⁶ Folgerø med flere mot Norge (2007) avsnitt 109 og konklusjonen.

³⁷⁷ A. og E. Riis mot Norge (2007) avsnitt 59 og konklusjonen.

³⁷⁸ Kaste og Mathisen mot Norge (2006) avsnitt 61 og konklusjonen.

³⁷⁹ Walston mot Norge (nr. 1) (2003) avsnitt 73 og konklusjonen.

³⁸⁰ O. mot Norge (2003) avsnitt 48 og konklusjonen.

³⁸¹ Y. mot Norge (2003) avsnitt 51 og konklusjonen.

³⁸² Nilsen og Johnsen mot Norge (1999) avsnitt 56 og konklusjonen.

³⁸³ E. mot Norge (1990) avsnitt 70 og konklusjonen.

tilpasninger enn hva som er nødvendig. I den forbindelse er det naturlig å se på hvordan enkelte elementer fra den alminnelige erstatningsretten vil berøres.

For det første antar jeg at lemping etter skadeserstatningsloven § 5-2 neppe vil være aktuelt. Etter første punktum kan et erstatningsbeløp settes ned «når retten under hensyn til skadens størrelse, den ansvarliges økonomiske bæreevne, foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter, skyldforhold og forholdene ellers finner at ansvaret virker urimelig tyngende for den ansvarlige», og det kan vanskelig tenkes situasjon hvor et økonomisk ansvar for en menneskerettskrenkelse vil være «urimelig tyngende» for offentlige myndigheter. Bestemmelsens annet punktum åpner for lemping også «når det i særlige tilfelle er rimelig at den skadelidte helt eller delvis bærer skaden». Heller ikke dette fremstår som særlig praktisk, men det er ikke utelukket. I lovforarbeidene uttales:³⁸⁴

Etter dette alternativet kan i prinsippet også statens ansvar lempes. Likeledes ansvar som er dekket ved ansvarsforsikring. Bestemmelsen er imidlertid en klar unntaksregel, og det er strenge krav som må være oppfylte før regelen vil få anvendelse. Regelen vil særlig være aktuell i tilfelle hvor det er rimelig at skaden dekkes av forsikring på skadelidtes hånd. Dette kan særlig være aktuelt dersom skaden har rammet store verdier som generelt er sterkt utsatt for skade.

Det fremstår ikke som hensiktsmessig å foreslå noen tilpasninger i dette.

En annen sak er at erstatningens størrelse kan påvirkes av hvilke andre reparerende virkemidler staten benytter i tillegg til erstatning. Det er ikke naturlig å kalle dette lemping, det er heller et spørsmål om beregningen av skaden.

For det annet kan det spørres om hvordan forhold på skadelidtes side skal vektlegges. Skadeserstatningsloven § 5-1 gir en alminnelig regel om skadelidtes medvirkning som i prinsippet vil komme til anvendelse også ved menneskerettskrenkelser. Første ledd sier at når skadelidte «har medvirket til skaden ved egen skyld, kan erstatningen settes ned eller falle bort for så vidt det er rimelig når en tar hensyn til atferden, og dens betydning for at skaden skjedde, omfanget av skaden og forholdene ellers», og etter annet ledd gjelder det samme når skadelidte «har latt være i rimelig utstrekning å fjerne eller minske risikoen for skade eller etter evne å begrense skaden». Hvis noen gjennom egen opptreden bidrar til en skadevoldende myndighetshandling, er det ikke urimelig at erstatningen påvirkes i henhold til den alminnelige medvirkningsregelen. For menneskerettskrenkelser er det imidlertid slik at skadelidtes forhold også spiller inn i vurderingen av om en krenkelse overhodet har funnet sted. Dette kan typisk være at en part i en rettssak har bidratt til at sakens behandling trekker ut i tid, noe som påvirker vurderingen av «rimelig tid» i EMK artikkel 6. Hvis det likevel konstateres en krenkelse, kunne det innvendes at skadelidtes forhold ikke i tillegg burde spille inn i vurderingen av erstatningens størrelse. Det er imidlertid helt klart fra EMDs praksis at skadelidtes forhold fortsatt kan spille inn, dels ved å påvirke hvor alvorlig en krenkelse kan anses for å være, og dels ved å spille inn i vurderingen av om krenkelsen har ført til ikke-økonomiske tap som bør erstattes. Et eksempel på dette finnes i *A. og E. Riis mot Norge (nr. 2)* (2008). Her pekte EMD på at klagerens forhold

³⁸⁴ Ot.prp. nr. 75 (1983-1984) kapittel III på s. 66.

hadde medvirket til sakens lengde, men at dette ikke var til hinder for å konstatere krenkelse av artikkel 6.³⁸⁵

While the Court accepts that the first applicant has contributed to the length of the proceedings ... this could not absolve the authorities of the respondent State from their obligation under Article 6 § 1 to ensure that the proceedings be concluded within a reasonable time ...

Likevel ble det uttrykkelig pekt på skadelidtes forhold idet erstatning for ikke-økonomisk tap skulle utmåles:³⁸⁶

... the Court considers that the first applicant must have sustained non-pecuniary damage due to the excessive length of the proceedings. Ruling on an equitable basis, and bearing in mind the first applicant's own contribution to the protraction of the proceedings, it awards her EUR 20,000 under that head.

Det må anses for å være helt på det rene at skadelidtes medvirkning kan påvirke erstatningsutmålingen, og i norsk rett gir skadeserstatningsloven § 5-1 hjemmel for dette uten at en ny lovregulering behøver å gi særregler.

For det tredje kan det oppstå særlige spørsmål om forholdet til privates eget erstatningsansvar. Dette er mest praktisk i tilfeller hvor den menneskerettskrenkende myndighetshandlingen består i et brudd på den positive sikreplik, altså myndighetenes unnlattelse av å forhindre at noen rettigheter eller friheter innskrenkes av andre private aktørers handlinger.³⁸⁷ I et tilfelle hvor en privatperson begår en skadevoldende handling mot en annen privatperson, vil skadevolderen være erstatningsansvarlig etter alminnelige erstatningsrettslige regler, men hvis det samtidig godtgjøres at dette var en handling offentlige myndigheter burde ha grepet inn mot slik at det også er tale om en menneskerettskrenkelse, kan myndighetene påføres et selvstendig erstatningsansvar. Her oppstår det spørsmål om anvendelsen av skadeserstatningsloven § 5-3 om skade voldt av flere. Det kan innvendes at det ikke er naturlig å la offentlige myndigheter bli solidarisk ansvarlige for skadevolderens personlige ansvar, og at det motsatt heller ikke er naturlig at skadevolderen skal bli solidarisk ansvarlig for den erstatningen som føres tilbake til menneskerettskrenkelsen. Spørsmålet er til en viss grad berørt i forarbeidene til menneskerettsbestemmelsene i Grunnloven kapittel E, fra det perspektiv at krenkelse av en menneskerettighet ikke vil være til hinder for at private påføres et personlig erstatningsansvar.³⁸⁸ Jeg tror imidlertid man her må skille mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap. For økonomisk tap gjelder en klar regel om at skadelidte ikke skal ha mer enn full erstatning, og det fremstår ikke som urimelig om en privat skadevolder og offentlige myndigheter skal være solidarisk ansvarlig for dette tapet. Dette er i samsvar med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper blant annet om at skadevoldere kan bli solidaransvarlige selv om erstatningsansvaret bygger på ulike ansvarsgrunnlag.³⁸⁹ For ikke-økonomisk tap er det imidlertid mindre naturlig å anvende § 5-3, selv om § 5-3 nr. 1 første punktum sier at prinsippet

³⁸⁵ A. og E. Riis mot Norge (nr. 2) (2008) avsnitt 34.

³⁸⁶ *Ibid.*, avsnitt 38. Det samme ble gjort i den første A. og E. Riis mot Norge (2007), se punkt 6.5 ovenfor.

³⁸⁷ Et annet spørsmål er hvilke rammer EMK artikkel 13 og 41 oppstiller med sikte på privates eget erstatningsansvar, noe jeg ikke går nærmere inn på. Dette er tema i Somers (2018).

³⁸⁸ Dok. 16 (2011-2012) punkt 9.3.6 på s. 46.

³⁸⁹ Kjelland (2019) s. 422.

om solidaransvar også gjelder oppreisning «dersom ikke retten bestemmer annet». Det bør ikke være slik at offentlige myndigheter blir solidarisk ansvarlig for en skadevolders personlige oppreisningsansvar. Her er det mer naturlig å anvende prinsippet i § 3-5 annet ledd, om at når flere i fellesskap har voldt skade, kan det fastsettes separate krav om oppreisning for den enkelte ansvarlige. I en slik vurdering vil det også kunne tas hensyn til om den private skadevolderens oppreisningsansvar er tilstrekkelig for å konstatere effektiv reparasjon av menneskerettskrenkelsen.

For det fjerde oppstår det potensielt et spørsmål om hvem som kan innrømme erstatningsansvar for offentlige myndigheter gjennom konstatering av en menneskerettskrenkelse. Det er et alminnelig erstatningsrettslig prinsipp at en skadevolder kan erkjenne erstatningsansvar og utbetale erstatning for skaden, uten at dette behøver fastslås av en domstol. I prinsippet bør vel dette også gjelde for en ny lovregulering om menneskerettskrenkelser, altså at en offentlig myndighet kan erkjenne at det har skjedd en menneskerettskrenkelse og utbetale en erstatning til reparasjon for krenkelsen. Det kan imidlertid argumenteres for at offentlige myndigheter bør være varsomme med dette, blant annet fordi konstatering av en menneskerettskrenkelse kan sies å ha en slik allmenn betydning (blant annet gjennom en presedensvirkning) at ikke et hvilket som helst offentlig organ bør gjøre det på egne vegne. Kanskje er ikke dette et særlig praktisk spørsmål, all den tid offentlige organer formodentlig vil vike tilbake fra å erkjenne at de har krenket internasjonale menneskerettighetsforpliktelser. Jeg antar at det vanligvis vil være mest praktisk, og også mest hensiktsmessig, om det er domstolene som konstaterer menneskerettskrenkelser og pålegger erstatningsansvar på dette grunnlag, og i mitt lovforslag er dette forutsatt som hovedregelen. Det bør likevel neppe prinsipielt avskjæres at offentlige myndigheter kan erkjenne dette selv. I så fall vil det formodentlig være tale om et enkeltvedtak som må følge forvaltningslovens saksbehandlingsregler. I Sverige er kompetansen til å innrømme erstatningsansvar på det offentliges vegne lagt til Justitiekanslern og Kammarkollegiet, men dette gjelder erstatningsansvar generelt, ikke bare ansvar for menneskerettskrenkelser. I Norge kunne man tenke seg slik kompetanse lagt for eksempel til Statens sivilrettsforvaltning, men jeg har ikke foreslått særregler her. Kravene til uavhengighet i EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 innebærer at det må være adgang til å bringe erstatningsspørsmålet inn for en domstol (eller en annen tilstrekkelig uavhengig myndighet), men dette er ikke til hinder for at det skadevoldende organet selv kan innrømme erstatningsansvar.

6.7 Bevisregler

Et viktig element i kravet om et «effektivt» rettsmiddel er at det ikke skal oppstilles vilkår som gjør det uforholdsmessig vanskelig å vinne frem med et krav. Her spiller bevisregler en viktig rolle, på flere måter. For det første kan det ikke stilles for strenge krav til sannsynligheten for at en menneskerettskrenkelse har funnet sted eller for at denne har ført til en skade. Ofte vil det være krevende for ofre for menneskerettskrenkelser å sannsynliggjøre bestemte hendelser eller andre fakta på offentlige myndigheters side, som kommer i tillegg til alminnelige erstatningsrettslige utfordringer knyttet til å føre bevis for ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng eller skade. For det annet tilsier disse utfordringene at bevisbyrden så langt som mulig bør

legges på offentlige myndigheter, det vil si at hvis noen godtgjør at de har et prosedabelt krav om en menneskerettskrenkelse og at denne har medført et tap, blir det opp til myndighetene å motbevise dette. For det tredje kan det ikke stilles for strenge krav til dokumentasjon for størrelsen av et tap, særlig med hensyn til ikke-økonomisk skade. De sentrale beviskravene i EMDs praksis sammenfattes gjerne slik.³⁹⁰

As regards compensatory remedies, the burden of proof imposed on a detainee should not be excessive. While he or she may be required to make a prima facie case and produce such evidence as is readily accessible, such as a detailed description of the impugned conditions, witness statements, or complaints to and replies from the prison authorities or supervisory bodies, it then falls to the authorities to refute the allegations. In addition, the procedural rules governing the examination of claims for compensation must conform to the principle of fairness enshrined in Article 6 § 1 of the Convention, including the reasonable-time requirement, and the rules governing costs must not place an excessive burden on the detainee where his or her claim is justified. Lastly, a detainee should not be required to establish that specific officials have engaged in unlawful conduct, since poor conditions of detention are not necessarily due to failings of individual officials, but are often the product of more wide-ranging factors ...

I enkelte sakstyper har EMD gått så langt som å oppstille en presumsjon om ikke-økonomisk tap. I saker om lang saksbehandlingstid gjelder «a strong but rebuttable presumption that excessively long proceedings will occasion non-pecuniary damage»,³⁹¹ og i saker om soningsforhold i strid med artikkel 3 gjelder det tilsvarende.³⁹²

A finding that the conditions fell short of the requirements of Article 3 gives rise to a strong presumption that they have caused non-pecuniary damage to the detainee. The domestic rules and practice governing the operation of the remedy must reflect that presumption, rather than make the award of compensation dependent on the detainee's ability to prove the existence of non-pecuniary damage in the form of emotional distress.

I juridisk litteratur er det hevdet at «[t]he rebuttable presumption on non-pecuniary damage apparently applies no matter which Convention right has been violated»,³⁹³ men dette ble uttalt som ledd i en analyse av EMDs praksis etter artikkel 41. Uansett om samme prinsipp kan sies å gjelde generelt for nasjonale domstolars vurderinger etter EMK artikkel 13 eller ikke, er det helt klart at det ikke kan oppstilles «excessive» beviskrav. Hensynet til et «effektivt» rettsmiddel er alltid det sentrale. En presumsjon tar best hensyn til at det i mange tilfeller vil være vanskelig å føre bevis for ikke-økonomiske tap.

Birgitte Hagland trekker også den slutningen at presumsjonen tilsier at erstatning for menneskerettskrenkelser bør baseres på et objektivt ansvar,³⁹⁴ og jeg er enig i dette. For mennesker som er utsatt for menneskerettskrenkelser vil det ofte være vanskelig å bevise noen form for skyld hos enkeltpersoner eller enkeltorganer i det offentlige, særlig hvis krenkelsen beror på en systemsvikt. Jeg kan ikke unnlate å nevne at dette argumentet styrkes vesentlig av tvisteloven ny § 22-6 a. Denne bestemmelsen, som ble tilføyd ved lovendring 11. mai 2023 nr.

³⁹⁰ F.eks. Neshkov med flere mot Bulgaria (2015) avsnitt 184, Sukachov mot Ukraina (2020) avsnitt 115.

³⁹¹ F.eks. Wasserman mot Russland (nr. 2) (2008) avsnitt 50.

³⁹² Sukachov mot Ukraina (2020) avsnitt 117.

³⁹³ Altwicker-Hámori, Altwicker og Peters (2016) s. 12.

³⁹⁴ Hagland (2019) s. 90.

13 og som trer i kraft 1. januar 2024, oppstiller et bevisforbud i sivile saker om interne straffesaksopplysninger. Første ledd lyder: «Det kan ikke føres bevis om politiets og påtalemyndighetens interne saksforberedelse i straffesaker.» Annet ledd åpner for at Riksadvokaten kan samtykke i at beviset føres, men dette endrer ikke på det faktum at bevisforbud skal være hovedregelen.³⁹⁵ Dette vil innebære at i en sivil sak om fastsettelsessøksmål eller erstatningssøksmål basert på en menneskerettskrenkelse, vil saksøkeren være avskåret fra å føre bevis om politiets og påtalemyndighetens interne saksforberedelse. Med mindre Riksadvokaten utvikler en praksis hvor det rutinemessig gjøres unntak i slike saker, vil det fort oppstå utfordringer knyttet til retten til effektive rettsmidler. Et slikt internrettslig bevisforbud taler med styrke for at det ikke skal måtte være nødvendig for den private parten å føre bevis for skyld hos politi eller påtalemyndighet.

6.8 Foreldelse

6.8.1 Oversikt over problemstillingen

Spørsmålet i dette avsnittet er når (og på hvilke vilkår) et erstatningskrav for økonomisk og ikke-økonomisk tap som følge av krenkelser av EMK og/eller SP skal foreldes. Dette er nok det enkeltspørsmålet i denne utredningen hvor jeg mener det er størst usikkerhet om hva konvensjonene faktisk krever. Samtidig er det grunn til å spørre om hvorvidt mandatets forutsetning, om at et lovforslag «skal ikke gi mer omfattende adgang til å kreve erstatning for menneskerettighetskrenkelser enn det som kan utledes av Norges konvensjonsforpliktelser», bidrar til den beste lovreguleringen i norsk rett. I det følgende vil jeg begynne med en fremstilling av norsk rett (punkt 6.8.2), hvor reglene om foreldelse i foreldelsesloven vil holdes opp mot tvistelovens regler om aktualitet med hensyn til menneskerettskrenkelser og erstatning. Det vil fremgå at norske domstoler foreløpig ikke har funnet frem til en enhetlig tilnærming til foreldelsesspørsmålet. I det etterfølgende punktet (punkt 6.8.3) går jeg over til å se på hvilke forpliktelser som følger av EMK og SP (men det kan allerede nå nevnes at jeg synes praksis etter SP gir få holdepunkter for løsning av spørsmålet). Avslutningsvis (i punkt 6.8.4) vurderer jeg hvordan spørsmålet bør reguleres i norsk rett.

6.8.2 Norsk rett: Aktualitet og foreldelse

Etter norsk rett er det to sett med regler som spiller inn ved vurderingen av om en påstand om menneskerettskrenkelser kan fremmes for domstolene: Foreldelsesloven for så vidt gjelder et økonomisk krav (erstatningskrav), og tvisteloven for så vidt gjelder konstatering av selve krenkelsen (fastsettelsessøksmål).

For økonomiske krav gir foreldelsesloven §§ 2 og 3 hovedregelen: Den alminnelige foreldelsesfristen er 3 år, jf. § 2, og fristens utgangspunkt er «den dag da fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse», jf. § 3 første ledd. For krav på skadeserstatning er

³⁹⁵ Det faller utenfor mitt mandat å mene noe om menneskerettslige utfordringer ved denne bestemmelsen, men jeg påpeker at proposisjonen (Prop. 34 L (2022-2023), se særlig punkt 9.2 på s. 76-79) bare drøfter forslaget opp mot EMK artikkel 6 og 10, ikke artikkel 13.

dette konkretisert i § 9 nr. 1: «Krav på skadeserstatning eller oppreisning foreldes 3 år etter den dag da skadelidte fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige.» For erstatningskrav som følge av menneskerettskrenkelser vil foreldelseslovens utgangspunkt være at «nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige» oppstår i og med den menneskerettskrenkende handlingen eller unnlåtelsen, slik at foreldelse inntreffer 3 år etter dette.

Kunnskapskravet i § 9 nr. 1 er klargjort i en rekke rettsavgjørelser. I HR-2023-877-A sammenfattes dette slik med henvisning til annen rettspraksis:³⁹⁶

I HR-2021-530-A avsnitt 28 og 29 oppsummerer Høyesterett kunnskapskravet i § 9 nr. 1 slik:

‘Kunnskapskravet er omtalt på noe forskjellig måte i ulike sammenhenger. I Rt-2011-1029, som jeg straks kommer tilbake til, heter det i avsnitt 36 at «skadelidte må ha fått slik kjennskap til de økonomiske skadevirkninger han er påført eller antas å bli påført, at han objektivt sett har grunnlag for og en oppfordring til å gå til søksmål» mot den ansvarlige. Denne formuleringen er langt på vei fulgt opp i Rt-2012-543 avsnitt 57, der det med henvisning til Rt-2001-1702 også presiseres at «det faktiske resultatet av den skadevoldende handling» må ha inntrådt før foreldelsesfristen begynner å løpe. I HR-2019-2034-A avsnitt 53 er dette formulert slik at «virkningen» av det ansvarsbetingende forholdet først foreligger når «det objektivt sett har oppstått et tap eller er på det rene at tap vil oppstå».

Jeg kan ikke se at disse nyansesforskjellene har betydning for foreldelsesfristens utgangspunkt i vår sak. Fellesnevneren er at foreldelsesfristen løper fra det tidspunkt skadelidte fikk eller burde skaffet seg kunnskap om de konkrete økonomiske skadevirkningene han er – eller vil bli – påført som følge av den ansvarsbetingende handlingen. Skadelidtes kunnskap må for øvrig omfatte alle vilkårene for erstatningsansvar, men skadens omfang behøver ikke være klarlagt i detalj, se Hagstrøm og Stenvik, Erstatningsrett, 2. utgave, 2019 side 603-604.’

I Rt-2007-1665 avsnitt 54 er det videre forutsatt at de opplysningene som fordringshaver kjente eller burde ha kjent, må være så vidt sikre at de gir grunn til å reise erstatningssøksmål med utsikt til positivt resultat. I dette ligger at skadelidte – tross uvitenhet om utfallet – må ha rimelig grunn til å få ansvarsspørsmålet prøvet for domstolene, jf. Rt-2001-1702 på side 1712.

Kunnskapskravet gjelder som hovedregel de faktiske forhold. Såkalt rettsuvitenhet eller rettsvillfarelse – at skadelidte har vært ukjent med de relevante rettsreglene – har altså i utgangspunktet ikke betydning for når foreldelsesfristen begynner å løpe, jf. Rt-1979-492 Varfjell på side 497-498 og Rt-2008-1665 Periscopus avsnitt 31.

I denne dommen ble kunnskapskravet videre tolket slik at «det ikke gjelder noen generell regel om at foreldelsesfristen etter § 9 ikke kan begynne å løpe før det forvaltningsvedtaket som er grunnlaget for kravet, er ferdig klagebehandlet, eventuelt før vedtak i klagesaken omgjøres».³⁹⁷

Jeg legger dette til grunn som gjeldende rett. Ingen av dommene det er vist til i sitatet angår imidlertid erstatningskrav som følge av menneskerettskrenkelser, og nedenfor kommer jeg tilbake til underrettenes anvendelse av kunnskapskravet i denne konkrete konteksten.

³⁹⁶ HR-2023-877-A avsnitt 37, med henvisning til HR-2023-585-A avsnitt 34-36.

³⁹⁷ *Ibid.*, avsnitt 58.

I § 9 nr. 2 er det gitt en absolutt foreldelsesfrist som jeg ikke har sett har kommet på spissen i praksis når det er tale om menneskerettskrenkelser, nemlig at et krav foreldes «seinest 20 år etter at den skadegjørende handling eller annet ansvar grunnlag opphørte». Kunnskapskravet i § 9 nr. 1 innebærer videre at den alminnelige tilleggsfristen i § 10 (at et krav ikke foreldes før tidligst 1 år etter at fordringshaveren fikk nødvendig kunnskap om fordringen eller skyldneren) ikke har noen praktisk betydning for erstatningskrav generelt, og heller ikke for erstatningskrav som springer ut av en menneskerettskrenkelse. Det fremgår også uttrykkelig av § 10 nr. 4 at 20-årsfristen i § 9 nr. 2 ikke kan forlenges etter reglene i § 10.

Foreldelsesfristen avbrytes etter § 14 hvis skadevolderen «uttrykkelig eller ved sin handlemåte erkjenner forpliktelsen» overfor skadelidte, eller etter § 15 ved at skadelidte «tar rettslig skritt» mot skadevolderen for å få dom. Det fremgår uttrykkelig av forarbeidene at dette omfatter både fullbyrdsdom og fastsettelsesdom,³⁹⁸ og jeg forstår det slik at det er uomtvistet at et søksmål med krav om fastsettelsesdom for en menneskerettskrenkelse også vil avbryte foreldelsesfristen for et erstatningskrav som springer ut av denne krenkelsen.

En utfordring ved menneskerettskrenkelser er at det ofte er tale om løpende forhold, typisk forholdene under fengselsopphold eller annen frihetsberøvelse. Det kan være tale om fortløpende forhold (for eksempel langvarig isolasjon) eller enkeltstående, gjentatte forhold (for eksempel kroppsvisitasjoner). I slike tilfeller oppstår spørsmål om hvorvidt forholdet/forholdene foreldes suksessivt eller samlet.

Høyesterett har foreløpig ikke hatt foranledning til å uttale seg om når et erstatningskrav som følge av en menneskerettskrenkelse foreldes. Før jeg behandler underrettspraksis om spørsmålet, er det imidlertid hensiktsmessig først å redegjøre for det andre grunnleggende rettslige utgangspunktet nevnt innledningsvis, at et krav bare kan fremmes for domstolene hvis det oppfyller tvistelovens krav om rettslig interesse. Her har Høyesterett gitt viktige bidrag til forståelsen av søksmålsadgangen når det er tale om *fastsettelsessøksmål* for menneskerettskrenkelser.³⁹⁹

Tvisteloven § 1-3 første ledd bestemmer at det kan «reises sak for domstolene om rettskrav». For påstander om krenkelse av EMK og SP er det på det rene at dette kravet er oppfylt, jf. uttalelsen i HR-2016-2178-U avsnitt 13 om at det «er sikker rett at påstand om at det er begått brudd på EMK, er et rettskrav som det etter tvisteloven § 1-3 første ledd kan avsies dom for», eller Rt. 2009 s. 477 avsnitt 21 som nevner både EMK og SP. Dette har vært gjeldende rett i hvert fall siden Rt. 2003 s. 301.⁴⁰⁰

Etter artikkel 13 må spørsmålet om artikkel 8 er krenket, kunne betraktes som et rettsforhold og gjøres til gjenstand for et fastsettelsessøksmål, og dette selv om krenkelsen er opphørt. Den tvil om adgangen til å kreve dom for konvensjonsstrid som forelå i Rt-1994-1244, kvinnefengselsaken, må ansees avklart i og med vedtagelsen av menneskerettsloven og dens forrangsbestemmelse i § 3.

³⁹⁸ Ot.prp. nr. 38 (1977-78) kapittel IX på s. 68.

³⁹⁹ For en utførlig analyse av adgangen til å få fastsettelsesdom for brudd på EMK, se Reiertsen (2023).

⁴⁰⁰ Rt. 2003 s. 301 avsnitt 39, stadfestet blant annet i Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 66 og 94 samt i tvistelovens forarbeider, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) kapittel 29 på s. 364: «Et krav om særskilt dom for at et forhold er rettsstridig fordi en bestemmelse i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) er overtrådt, utgjør et rettskrav etter første ledd når konvensjonsmessigheten ikke kan bli prøvd på annen måte.»

Selv om dette er avklart som gjeldende rett, bør det for helhetens skyld nevnes at dette er knyttet direkte til disse to konvensjonenes krav om tilgang til effektive rettsmidler. Dette betyr blant annet at påstander om krenkelser av andre konvensjoner, slik som FNs barnekonvensjon, har blitt vurdert til ikke å omfattes av «rettskrav» i tvisteloven § 1-3 første ledd.⁴⁰¹ Det er redegjort nokså utførlig for dette i tvistelovens forarbeider, som blant annet sier at det «klart at det må være adgang til å få fremmet et slikt søksmål når den aktuelle menneskerettskonvensjon stiller krav om et effektivt rettsmiddel, slik EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 gjør». ⁴⁰²

Videre oppstiller tvisteloven § 1-3 annet ledd et krav om aktualitet og tilknytning: «Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.»⁴⁰³ Innholdet i aktualitetskravet er klargjort gjennom omfattende rettspraksis, som neppe behøver gjennomgås i detalj her. Hovedinnholdet er at det må foreligge et reelt behov for rettslig avklaring, men det beror på de enkelte sakstyper hva som ligger i dette. For påstander om menneskerettskrenkelser har Høyesterett selv karakterisert sin egen praksis som sprikende, likevel slik at det er «uansett eit grunnkrav at det er påvist eit reelt behov for å få kravet avgjort overfor motparten». ⁴⁰⁴

Når kravet retter seg mot en fortidig handling, slik som et menneskerettsbrudd, har Høyesterett lagt til grunn at aktualitetskravet blant annet forutsetter at sak anlegges innen rimelig tid, noe som bringer oss til hovedspørsmålet i herværende punkt. Her er det hensiktsmessig å innta nokså omfattende deler av Høyesteretts kjennelse i HR-2016-2178-U. Saken gjaldt «hvorvidt det kan kreves fastsettelsesdom for brudd på Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) i tilfeller hvor det i samme sak blir krevd erstatning og oppreisning for de påståtte krenkelsene»,⁴⁰⁵ og saken gjaldt konkret påstand om krenkelse av forbudet mot vilkårlig frihetsberøvelse i EMK artikkel 5 nr. 1 i et tilfeller av tvungen legeundersøkelse og tvungen observasjon. Her uttaler Høyesterett.⁴⁰⁶

(13) Det er sikker rett at påstand om at det er begått brudd på EMK, er et rettskrav som det etter tvisteloven § 1-3 første ledd kan avsies dom for, se Rt-2011-1666 avsnitt 32, Rt-2012-2039 avsnitt 94-95, Rt-2015-93 avsnitt 42 og Rt-2015-921 avsnitt 82. Avgjørende for om sak med slik påstand skal fremmes, er om saksøker har et reelt behov for å få dette avgjort i forhold til saksøkte, se tvisteloven § 1-3 andre ledd.

(14) For at søksmål om lovligheten av en fortidig handling skal kunne fremmes, må saken anlegges innen rimelig tid etter at handlingen ble foretatt, og saksøkeren må kunne påvise at det – til tross for at handlingen er opphørt – har konkret betydning for ham å få dom i samsvar med sin påstand ... For offentligrettslige inngrep i den personlige integritet stilles det imidlertid ikke like strenge aktualitetskrav som for søksmål om formuesrettigheter ... Også for slike søksmål er det imidlertid

⁴⁰¹ Rt. 2012 s. 2039 avnitt 102. For samme standpunkt med hensyn til ØSK, se LG-2020-171699; for FNs torturkonvensjon, se Rt. 2008 s. 513.

⁴⁰² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) punkt 11.8.4 på s. 154.

⁴⁰³ Ved lovendring 11. mai 2023 nr. 13, ikrafttredelse 1. januar 2024, endres «i forhold til» i første punktum til «overfor». Dette har ingen realitetsbetydning.

⁴⁰⁴ HR-2021-1345-A avsnitt 85. I den saken ble et vedtak fra Utlendingsnemnda kjent ugyldig, og Høyesterett fant da at det ikke var påvist noe konkret behov for fastsettelsesdom for konvensjonskrenkelse. Det kan også nevnes at det norske kravet om rettslig interesse ble godkjent av EMD i K.T. mot Norge (2008) avsnitt 95-103.

⁴⁰⁵ HR-2016-2178-A avsnitt 1.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, avsnitt 13-20.

en forutsetning for at saken skal fremmes, at det blir anlagt innen rimelig tid etter at forholdet opphørte.

(15) De handlinger denne saken gjelder, ble begått i mai 2010. Søksmålsvarsel etter tvisteloven § 5-2 ble sendt 5. mai 2014, og stevning ble uttatt 22. mai 2015. Før søksmål ble varslet, var imidlertid saken undergitt behandling hos helsemyndighetene, Kontrollkommisjonen ved sykehuset og Sivilombudsmannen. På denne bakgrunn finner ankeutvalget at søksmålet er reist i tide.

(16) A har på grunnlag av det påståtte menneskerettsbruddet krevd erstatning av staten. Spørsmålet om A ble utsatt for en menneskerettskrenkelse i mai 2010, har således aktuell rettslig betydning for ham. Ved avgjørelsen av om han har behov for å få dom overfor staten for EMK-brudd, må det også legges vekt på den betydning det har for ham å få dette fastslått i doms form. Dette bidrar til å reparere menneskerettskrenkelsen, jf. EMK artikkel 13 og Grunnloven § 92.

(17) Når tingretten og lagmannsretten har avvist påstanden om menneskerettskrenkelse, er det fordi det etter deres oppfatning er tilstrekkelig å få menneskerettskrenkelsen konstatert i domspremissene for erstatningskravet. Etter ankeutvalgets oppfatning beror dette på en uriktig forståelse av tvisteloven § 1-3 andre ledd. Den omstendighet at et menneskerettsbrudd utgjør et prejudisielt rettsforhold for et erstatningskrav, kan klart ikke medføre at den rettslige interessen i å få fastsettelsesdom for menneskerettsbruddet faller bort eller blir redusert dersom det også blir krevd erstatning, jf. Rt-2015-93 avsnitt 42 om tilfeller hvor EMK-brudd utgjør et prejudisielt spørsmål i en sak om gyldigheten av et forvaltningsvedtak.

(18) Utvalget viser i denne forbindelse for det første til at det standpunkt retten inntar til prejudisielle rettsspørsmål, ikke kan påankes særskilt. Hvis tingretten hadde kommet til at det var begått et EMK-brudd, men at andre vilkår for erstatning manglet, ville staten således ikke hatt mulighet til å anke over konstateringen av konvensjonskrenkelsen. Omvendt kan det tenkes at et fremsatt krav om erstatning kunne ha ført frem på annet grunnlag enn krenkelse av EMK. Om retten da var kommet til at EMK ikke var krenket, ville den som mente å ha vært utsatt for en slik krenkelse, ikke hatt mulighet til å få dette overprøvd. Spørsmålet om det foreligger konvensjonskrenkelse, kan bare bli effektivt prøvd gjennom flere instanser dersom det blir gjort til selvstendig søksmålgjenstand.

(19) For det andre har avgjørelse av prejudisielle rettsspørsmål ikke materiell rettskraft. Hvis retten bare har tatt stilling til dette i premissene, vil det standpunkt retten har tatt til dette, ikke være bindende i en senere sak hvor spørsmålet måtte ha betydning. Hensynet til effektiv rettsavklaring tilsier derfor at det må tillates særskilt fastsettelsesdom for rettskrav som utgjør prejudisielle rettsforhold for andre krav som er fremsatt i saken, jf. HR-2016-1650-U avsnitt 18.

(20) Lagmannsretten har til støtte for sitt resultat blant annet vist til Rt-2015-921. Her ble et krav om særskilt fastsettelsesdom for EMK-brudd i sak om gyldigheten av et vedtak om overføring av en innsatt fra et åpent til et lukket fengsel avvist med den begrunnelse at saksøkeren ikke hadde påvist noe reelt behov for fastsettelsesdom for EMK-bruddet (avsnitt 82). Begrunnelsen er kortfattet, men utvalget forstår det slik at Høyesterett der vurderte hvorvidt det var behov for særskilt fastsettelsesdom og kom til at slikt behov ikke var påvist. Denne tilnærmingen er etter ankeutvalgets oppfatning prinsipielt riktig. Den omstendighet at et rettskrav utgjør et prejudisielt forhold for et annet krav i saken, er ikke tilstrekkelig for å tillate fastsettelsessøksmål om det prejudisielle forholdet ... Hvorvidt kravene til søksmålssituasjonen er oppfylt for det prejudisielle rettsspørsmålet, må avgjøres selvstendig ut fra de alminnelige vilkårene i tvisteloven § 1-3 andre ledd. Når et krav danner rettsgrunnlag for et annet krav, vil imidlertid kravet til rettslig interesse normalt være oppfylt.

Uttalelsen avklarer forholdet mellom en påstand om en menneskerettskrenkelse og et krav om erstatning, og den gir et eksempel på hvor lang tid som kan sies å ligge innenfor kravet om

«innen rimelig tid». Her tok det fire år fra handlingene til søksmålsvarsel, fem år fra handlingene til stevning, noe som ble ansett tidsnok. Et eksempel på at det hadde gått for lang tid finner man i Rt. 2009 s. 477, som også gir prinsipielle avklaringer av relevans her:⁴⁰⁷

(20) Etter tvistemålsloven § 54 er det et vilkår for å anlegge fastsettelsessøksmål at saksøkeren har rettslig interesse i en avgjørelse av det påstanden går ut på. Som fremhevet blant annet i Rt-2005-1104 avsnitt 23, kreves det etter tradisjonell oppfatning at saksøkeren som den altoverveiende hovedregel må sannsynliggjøre at en dom i hans favør vil ha betydning for hans aktuelle rettsstilling, og at saken gjelder et rettsforhold.

(21) Utvalget legger til grunn at et krav om dom for at bestemte handlinger er i strid med angitte bestemmelser i EMK eller SP kan være et rettsforhold etter tvistemålsloven § 54. Spørsmålet i den foreliggende sak er imidlertid om det har betydning for partenes rettsstilling å få en uttrykkelig dom for spørsmålet om konvensjonsstrid.

(22) I sak om den rettslige vurdering av et inngrep i den personlige integritet, kan det være grunn til ikke å stille for strenge krav for å få fremmet et fastsettelsessøksmål, jf. Rt-1978-1571 og Rt-1994-1244 på side 1252. Likevel er det slått fast at den oppreisning av moralsk karakter som en dom i saksøkerens favør vil innebære, ikke alene gir en rettslig interesse av den art som gir søksmålsadgang, jf. også Rt-2001-1123. Spørsmålet blir etter dette om de ankende parter har sannsynliggjort at en dom i deres favør også vil få andre virkninger for dem av betydning for vurderingen etter § 54.

(23) Det er tale om påståtte forsømmelser fra statens side som til dels ligger langt tilbake i tid. I anken til Høyesterett er det ikke anført at det vil ha noen praktisk eller rettslig betydning for saksøkerne i dag å få dom for at det foreligger krenkelse av EMK og SP. Tidsmomentet taler etter dette imot at det er behov for fastsettelsesdom, jf. Rt-2005-1104.

(24) Tingretten avgjorde spørsmålet om rettslig interesse etter at den hadde tatt stilling til spørsmålet om erstatningsansvar på grunnlag av menneskerettsbrudd, og hadde kommet til at det ikke var begått slike brudd. Når spørsmålet om menneskerettsbrudd på denne måten er behandlet i tingrettens dom, kan utvalget, slik saken ligger an, ikke se at det er av reell og aktuell betydning for de ankende parter at de samtidig får fastsettelsesdom for at det ikke⁴⁰⁸ har skjedd menneskerettsbrudd.

(25) Utvalget finner etter dette at de ankende parter ikke hadde rettslig interesse i å kreve fastsettelsesdom for de aktuelle menneskerettsbrudd, og anken blir å forkaste.

Saken i Rt. 2005 s. 1104, som det vises til, gjaldt for øvrig en stevning i 2004 for handlinger som ble begått i 1993. Det er ikke nødvendig nå å gå nærmere inn på en mer presis avgrensning av innholdet i aktualitetskravet, siden fremstillingen ovenfor er tilstrekkelig for å vise at tvisteloven § 1-3 åpenbart tillater søksmål med grunnlag i handlinger som ligger lenger tilbake i tid enn hva fristene etter foreldelsesloven tillater. Sagt med rene ord kan et fastsettelsessøksmål med påstand om menneskerettskrenkelse tillates fremmet etter tvisteloven § 1-3 selv om et eventuelt erstatningskrav basert på menneskerettskrenkelsen er foreldet etter foreldelsesloven § 9. Dette er ikke tvilsomt etter gjeldende rett. Tilsvarende er det ikke tvilsomt

⁴⁰⁷ Rt. 2009 s. 477 avsnitt 20-25.

⁴⁰⁸ Dommen sier «ikke», men jeg antar at dette er en inkurie og at det skulle stått «at de samtidig får fastsettelsesdom for at det har skjedd menneskerettsbrudd».

at et erstatningskrav basert på en menneskerettskrenkelse kan foreldes før menneskerettskrenkelsen er fastslått, såfremt skadelidte hadde tilstrekkelig kunnskap basert på den myndighetshandlingen som innebar en krenkelse (jf. for så vidt også prinsippet fra HR-2023-877-A om at et erstatningskrav basert på et forvaltningsvedtak kan foreldes før vedtaket er ferdig klagebehandlet).

I den forbindelse kan det også vises til at en sak i utgangspunktet ikke kan avvises etter tvisteloven § 1-3 med den begrunnelse at et krav er foreldet, jf. eksempelvis HR-2023-127-U avsnitt 19: «Det er sikker rett at forelding er ein materiell frifinningsgrunn i norsk rett – og ikkje ein prosessføretnad. Det er såleis i utgangspunktet ikkje grunnlag for å avvise eit søksmål med den grunngevinga at kravet er forelda.»

Med dette som premisser går jeg over til nyere underrettspraksis om foreldelse av menneskerettslige erstatningskrav.

I dom 16. mai 2023 fant Borgarting lagmannsrett at et krav om erstatning for brudd på EMK og SP var foreldet, og at et krav om fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd ikke var fremsatt innen rimelig tid.⁴⁰⁹ Saken gjaldt bruk av tvang i psykisk helsevern. Fristavbrytende stevning ble her inngitt i september 2021, og lagmannsretten fant at partene hadde all nødvendig faktisk og rettslig kunnskap i god tid før skjæringspunktet i 2018 slik at foreldelseslovens treårsfrist var utløpt. Lagmannsretten tar uttrykkelig stilling til forholdet til EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3:

Etter lagmannsrettens syn er ikke EMK eller SP til hinder for at kravene anses som foreldet. Verken EMK artikkel 6 eller 13 har blitt ansett å være til hinder for nasjonale regler om foreldelse, med mindre foreldelsesreglene er så urimelig korte at det fratår saksøker den reelle muligheten til å få prøvet spørsmålet om konvensjonsbrudd. Det vises til Røed, Foreldelse av fordringer, 4. utgave, side 425 flg.⁴¹⁰ med videre henvisninger til rettspraksis. At kravene anses foreldet fordi det gikk over fem år fra kravene kunne ha vært fremmet til de ble fremmet, kan ikke sees å være i strid med EMK eller SP. Dette er tilfellet selv om de særegne forholdene som førte til tidsbruken tas i betraktning.

Saken ble ansett fremmet for sent også i relasjon til aktualitetskravet i tvisteloven § 1-3, etter en konkret helhetsvurdering. For den ene parten var det tale om en periode på 6 år og 9 måneder mellom siste utskrivelse fra tvungent psykisk helsevern til saksanlegg, og for den andre parten var det tale om 5 år og 2 måneder. Her viser lagmannsretten til et vesentlig poeng for å skille saken fra den tidligere nevnte høyesterettskjennelsen i HR-2016-2178-U:

Spørsmålet er om søksmålene likevel kan anses tatt ut innen «rimelig tid». Et sentralt moment i vurderingen, må etter lagmannsrettens syn være årsaken til den utviste passiviteten og tidsbruken. Som nevnt ovenfor, ble tidsbruken i HR-2016-2178-U ansett som rimelig, ettersom den skyldtes forsøk på å håndtere saken på andre måter. Noen slik alternativ oppfølging av kravene fant ikke sted i dette tilfellet.

⁴⁰⁹ LB-2022-146292. Dommen har unummererte avsnitt, så det gis i det følgende ikke nærmere angivelser for sitatene.

⁴¹⁰ Her skulle det formodentlig stått s. 452 flg.

Sakene viser at aktualitetskravet ikke bare vurderes ut fra tidsforløpet, men også ut fra hvilken aktivitet som har funnet sted i tiden frem mot saksanlegg.

Oslo tingretts dom 23. mai 2023 gjaldt krav på erstatning for ikke-økonomisk tap som følge av at kroppsvisitasjoner i fengsel ble gjennomført i strid med EMK artikkel 3. Tingretten fant at artikkel 3 var krenket, men det var tale om forhold som hadde funnet sted mer enn tre år før fristavbrytelsestidspunktet i 2022. Derfor måtte tingretten ta stilling til om kravet var foreldet. Tingretten tok utgangspunkt i kunnskapskravet i foreldelsesloven § 9 slik dette var fremstilt i HR-2023-877-A. Tingretten fant at selv om skadelidte hadde kunnskaper om de faktiske forholdene i sin egen sak, var han ikke nødvendigvis kjent med «den rutinemessige, langvarige, omfattende og konsekvente praksisen» som var medvirkende til at det ble konstatert krenkelse. Avgjørende for tingretten var imidlertid manglende kunnskap om rettsreglene, herunder at «tematikken rundt menneskerettighetsaspektet ved kroppsvisitasjoner i norske fengsler først ble allment kjent i de juridiske miljøer i juli 2020 da Gulating lagmannsrett avsa dom i LG-2019-161767». På det grunnlaget fant tingretten følgende:

Retten har vært i tvil, men kommet til at rettsuvitetheten til NN i denne saken har betydning for når foreldelsesfristen begynne å løpe. Retten mener videre at NN tidligst i juli 2020 burde visst om den rettslige muligheten for å få fradrag i straffen som følge av rutinemessige kroppsvisitasjoner. Friststart etter foreldelsesloven § 9 nr. 1 er da tidligst juli 2020. Fristen ble dermed avbrutt innen fristen på tre år.

Konklusjonen blir derfor at ingen deler av oppreisningskravet er foreldet.

I LH-2022-170416 ble foreldelse ikke drøftet, og saksforholdet tilsier at det uansett ikke var relevant.

Sammenfatningsvis er det trygt å legge til grunn som gjeldende norsk rett at erstatningskrav som følge av menneskerettskrenkelser foreldes etter reglene i foreldelsesloven § 9, at det vil bero på en konkret vurdering når kunnskapskravet i § 9 er oppfylt slik at foreldelsesfristen begynner å løpe, og at det ikke er noe til hinder for at et erstatningskrav kan foreldes selv om tvistelovens aktualitetskrav fortsatt er oppfylt for den underliggende menneskerettskrenkelsen. Med dette går jeg over til å se nærmere på hvilke krav som følger av EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3.

6.8.3 Hvilke krav følger av EMK og SP?

Det er ikke helt enkelt å finne klare retningslinjer i EMDs praksis. Noe av utfordringen ligger i at spørsmål om foreldelse kommer opp for EMD på flere ulike måter, i tillegg til at europeiske land har ulike reguleringsmåter som gjør at det kan være krevende å overføre vurderinger av andre lands lovgivning over til norske forhold. I Danmark har spørsmålet om den danske foreldelseslovens forhold til EMK nylig vært gjenstand for en doktorgradsavhandling,⁴¹¹ noe som i seg selv antyder at dette ikke er helt enkle spørsmål.

⁴¹¹ Mikkelsen (2022). I det følgende bygger jeg i stor grad på denne boken, men det må understrekes at innenfor rammene av denne utredningen er det ikke mulig å gjennomgå alle relevante spørsmål i full bredde. En generell henvisning til boken gjøres derfor her for videre utdyping.

Et spørsmål som er godt avklart – i hvert fall i prinsippet, om ikke i alle enkeltheter – er at staten har anledning til å oppstille foreldelsesfrister for ulike krav. Så lenge disse fristene ikke er urimelig korte og ikke anvendes på en vilkårlig måte, godtas de i alminnelighet av EMD. Dette ble fastslått i hvert fall så tidlig som 1996.⁴¹² Dette er gjentatt en rekke ganger frem til helt nylig, for eksempel i *Sanofi Pasteur mot Frankrike* (2020), hvor følgende begrunnelse gis:⁴¹³

The Court reiterates that the legal time-limits for statutory limitation, (prescription), which constitutes one of the legitimate restrictions on the right to a tribunal, serves several important purposes, namely to ensure legal certainty and finality, protect potential defendants from stale claims which might be difficult to counter and prevent any injustice which might arise if courts were required to decide upon events which took place in the distant past on the basis of evidence which might have become unreliable and incomplete because of the passage of time ...

Dette er uvilksomt gjeldende rett, og som et klart utgangspunkt er norske foreldelsesregler i samsvar med EMK. Det er imidlertid i hvert fall to utfordringer med dette som behøver å belyses, for å godtgjøre at det er for enkelt å sette strek her.

Den første utfordringen er at EMD krever at nasjonale foreldelsesfrister anvendes på en måte som tar tilstrekkelig hensyn til en saks særlige omstendigheter.⁴¹⁴ To saker illustrerer forholdet. Mikkelsen fremhever saken *Stagno mot Belgia* (2009). Her hadde fem barn mellom 3 og 11 år fått utbetalt livsforsikring etter sin avdøde far. Barnas mor var deres verge, og i løpet av ett år hadde hun tømt hvert barns sparekonto. To av barna, som hadde vært 7 og 9 år da faren døde, fremmet erstatningssøksmål mot moren og mot livsforsikringsselskapet da de ble myndige. Dette søksmålet ble avvist av nasjonale domstoler under henvisning til at foreldelsesfristen på tre år hadde utløpt. EMD fant at dette var i strid med EMK artikkel 6 fordi det hadde vært praktisk umulig for klagerne å fremme sak innen utløpet av fristen, nasjonale domstoler hadde lagt til grunn en rigid anvendelse av nasjonale foreldelsesregler som ikke tok hensyn til sakens særlige omstendigheter.⁴¹⁵ Et annet eksempel er *Eşim mot Tyrkia* (2013). Som vernepliktig soldat hadde klageren blitt såret i en skuddveksling i 1990. Han ble operert på statlige militærssykehus, ble delvis arbeidsufør og fikk varige helseproblemer. I 2007 oppdaget legene at han fortsatt hadde en kule i hodet. Han fremmet erstatningssøksmål mot Forsvarsdepartementet, men fikk saken avvist fordi den nasjonale foreldelsesfristen på fem år hadde utløpt. Også dette ble ansett å være i strid med EMK artikkel 6. EMDs hovedinnvending her var imidlertid at foreldelsesfristens utgangspunkt hadde blitt regnet fra tidspunktet for skaden, og ikke fra tidspunktet for når klageren ble kjent med den gjenværende kulen, og at det var urimelig å forvente at han skulle fremmet et søksmål når han ikke hadde kunnskap om denne.⁴¹⁶

⁴¹² *Stubbings mot Storbritannia* (1996) avsnitt 50 flg.

⁴¹³ F.eks. *Sanofi Pasteur mot Frankrike* (2020) avsnitt 49.

⁴¹⁴ Se generelt Mikkelsen (2022) s. 83-85.

⁴¹⁵ *Stagno mot Belgia* (2009), særlig avsnitt 33. Dommen er bare tilgjengelig på fransk.

⁴¹⁶ *Eşim mot Tyrkia* (2013), særlig avsnitt 23 og 25. Overført til norske forhold ville denne saken formodentlig blitt løst ut fra kunnskapskravet i foreldelsesloven § 9 – først idet legene fant kulen, hadde klageren nødvendig kunnskap. Men i denne saken gikk det 17 år før legene fant kulen, og dette illustrerer at det kan oppstå utfordringer med den absolutte 20-årsfristen i foreldelsesloven § 9 nr. 2.

Den andre utfordringen, som allerede er antydnet gjennom de nevnte sakene, er at EMDs praksis rundt nasjonale foreldelsesregler i hovedsak er knyttet til EMK artikkel 6, nærmere bestemt om foreldelsesreglene innebærer en krenkelse av retten til å få sin sak behandlet av en domstol. Det er denne praksisen Borgarting lagmannsrett henviser til i LB-2022-146292. Det er ikke gitt at spørsmålet må vurderes på samme måte når det er tale om foreldelse av et erstatningskrav som er basert på en menneskerettskrenkelse. Det kan spørres om ikke Borgarting lagmannsrett litt for enkelt satte likhetstegn mellom artikkel 6 og artikkel 13, og jeg ser heller ikke at kommentarutgaven det er vist til sier så mye om dette.⁴¹⁷ Begrunnelsen for at reglene ikke nødvendigvis er like, kan finnes i at hensynene er til dels forskjellige. Anne Cathrine Røed sammenfatter det slik at foreldelsesinstituttet bygger på avviklingshensyn, oppfordringshensyn, bevishensyn, innrettelseshensyn, trygghetshensyn, rettstekniske og prosessøkonomiske hensyn, og praktiske hensyn, mens de hensyn som taler *mot* foreldelse er «hensynet til at fordringshaveren bevarer sin rett, og hensynet til at forpliktelser skal gjøres opp i samsvar med sitt innhold».⁴¹⁸ Av hensynene som taler for foreldelse, vil enkelte av hensynene som beskytter skyldnerens interesser kunne vurderes ulikt ved spørsmål om foreldelse av et erstatningskrav basert på en menneskerettskrenkelse sammenliknet med foreldelse av andre krav. Kan man, for eksempel, si at innrettelseshensynet er relevant for offentlige myndigheter som finnes å ha krenket internasjonale menneskerettigheter? Behøver offentlige myndigheter samme vern i slike situasjoner som private skyldnere har for andre typer forpliktelser? På den annen side kan det være noen tilleggshensyn som taler mot foreldelse, blant annet at hensynet til effektiv reparasjon av menneskerettskrenkelser tilsier at staten ikke skal kunne unnslippe ansvar bare fordi det går lang tid. I tillegg kommer at det sentrale elementet i en menneskerettskrenkelse gjerne kan være en systemsvikt hvor det kan slå galt ut hvis foreldelse beregnes ut fra en enkeltstående myndighetshandling. Det er derfor grunn til å vurdere om EMK artikkel 13 stiller andre krav for foreldelse av erstatningskrav som følge av menneskerettskrenkelser enn hva EMK artikkel 6 gjør for foreldelse av andre typer krav. Dette er ett av vurderingstemaene i Mathias Mikkelsens bok.

Som Mikkelsen peker på, er det imidlertid lite praksis fra EMD som belyser spørsmålet. Han nevner at det finnes «i hvert fald ét eksempel på, at EMRK art. 13 har haft selvstendig betydning for, om anvendelsen af en forældelsesregel var i overensstemmelse med EMRK».⁴¹⁹ Den saken han da viser til er *Nikitin med flere mot Estland* (2019), som også ble anført av staten i nakenvitasjonssaken i TOSLO-2021-107095. Dommen er litt utfordrende å anvende fordi den angår syv ulike klagere med ulike fakta, og hvor både domspremisser og konklusjoner varierer. Det alle de syv klagerne hadde til felles, var at de gjaldt soningsforholdene i Tallinn fengsel i en periode rundt 2010, og at det for alle klagerne ble konstatert krenkelse av EMK artikkel 3 for i hvert fall deler av soningen. Fem av klagerne klaget i tillegg over krenkelser av EMK artikkel 13, på litt ulike grunnlag – og tre av disse klagerne (Nikitin, Kaziks og Tarasovski) gjaldt nasjonale domstolers anvendelse av nasjonale foreldelsesregler. For to av disse (Kaziks og Tarasovski) ble det konstatert krenkelse av artikkel 13, mens for den siste (Nikitin) ble det

⁴¹⁷ Røed (2019) behandler EMK artikkel 6 på s. 452 flg., som jeg tror er det lagmannsretten mente å vise til, men her behandles ikke artikkel 13.

⁴¹⁸ *Ibid.* s. 52-55.

⁴¹⁹ Mikkelsen (2022) s. 143.

ikke konstatert krenkelse.⁴²⁰ Alle de tre klagenes på dette punktet handlet imidlertid om en nasjonal foreldelsesregel som kan minne om den norske treårsregelen, bortsett fra at den finnes i en egen lov om offentlige myndigheters ansvar.⁴²¹

An application or action shall be lodged within three years of the date on which the injured party became aware or should have become aware of the damage and of the physical or legal person who caused it, but no later than ten years after the causing of damage or the event which caused the damage, regardless of whether the injured party became aware of the damage and of the person who caused it.

EMD sammenfattet nasjonal praksis i Estland slik at foreldelsesfristens utgangspunkt normalt ble ansett å være opphøret av en vedvarende situasjon (altså for eksempel når bestemte soningsforhold opphørte), med mindre det forelå særskilte omstendigheter som tilsa at noen på et tidligere tidspunkt hadde tilstrekkelig kunnskap om skaden.⁴²² EMD uttrykte at dette var i samsvar med EMDs egen praksis om fristens utgangspunkt. Forskjellen på de tre sakene, som begrunnet forskjellige konklusjoner, var hvordan nasjonale domstoler hadde beregnet fristen i den konkrete saken. I saken Nikitin ble klageren flyttet mellom celler 14 ganger på seks år, og nasjonale domstoler hadde lagt til grunn at selvstendige frister løp for oppholdet på hver celle. EMD kritiserte dette («the approach taken by the Court of Appeal when calculating the running of the time-limit does not appear to be consistent with the clearly established practice of the Supreme Court of Estonia or the practice of this Court, as it does not take into account the actual circumstances of the applicant's detention»), men fant uten noen klar begrunnelse at nasjonale domstolers konklusjon «was nevertheless not arbitrary in terms of the applicant's rights under the Convention».⁴²³ I sakene Kaziks og Tarasovski hadde nasjonale domstoler beregnet treårsfristen fra begynnelsen av soningen som sådan, og dette fant EMD at var i strid med nasjonal praksis og dermed vilkårlig.⁴²⁴

The Court is of the view that in the instant cases, the domestic courts' restrictive approach to the calculation of domestic time-limits were inconsistent with the clearly established practice of the Supreme Court of Estonia according to which the time-limit usually starts running after the end of the continuous situation, save in exceptional circumstances ... The Court observes that in the instant cases the domestic courts did not assess the actual nature or circumstances of the applicants' detention, including the regime they had been subjected to and the conditions in which they had been placed, but relied merely on a specific event, such as their placement in the relevant prison and concluded that the time-limit started running from the beginning of their detention. The Court reiterates that it does not question the interpretation of domestic law by the national courts, save in the event it is arbitrary or manifestly unreasonable ... The Court finds that requiring applicants to bring their claim for compensation against the State before the end of the three-year period provided for in Section 17 (3) of the State Liability Act in a situation of continuous nature imposes an unreasonable procedural burden on detainees. Such a requirement does not take into account the

⁴²⁰ Nikitin med flere mot Estland (2019) avsnitt 208-211.

⁴²¹ *Ibid.*, avsnitt 89 – engelsk oversettelse benyttet i dommen, av artikkel 17(3) i den estiske loven om offentlige myndigheters ansvar (Riigivastutuse seadus).

⁴²² *Ibid.*, avsnitt 136.

⁴²³ *Ibid.*, avsnitt 138 jf. avsnitt 211. Jeg synes det er litt vanskelig å følge EMD fra premisser til konklusjon her, men siden dette ikke betyr noe for denne utredningens formål, går jeg ikke nærmere inn på det.

⁴²⁴ *Ibid.*, avsnitt 141.

vulnerability of prisoners who are kept in inadequate conditions and whose main concern is to try to meet basic needs, maintain their health, safety and dignity on a daily basis.

Med henvisning til dette fant EMD at retten til et effektivt rettsmiddel var krenket fordi «the effectiveness of the remedy was undermined by the domestic courts' restrictive approach to its scope ... which resulted in failure to examine a significant period of the applicants' complaints with regard to their placement in inadequate conditions».⁴²⁵

Selv om denne saken viser at EMK artikkel 13 «vil kunne få særskilt betydning for vurderingen af, om en foreldelsesregel er i overensstemmelse med EMRK»,⁴²⁶ er det ingenting i dommen som antyder at den treårige foreldelsesfristen som sådan ble ansett problematisk – det var nasjonale domstolers vilkårlige praktisering av fristen som ble kritisert.⁴²⁷

En annen sak kan nevnes, selv om også denne er litt krevende samtidig som dens faktum er lite overførbart til norske forhold. Saken *Kurić med flere mot Slovenia* (2012) gjaldt slovensk lovgivning om statsborgerskap og oppholdstillatelser i etterkant av Slovenias uavhengighet i 1991. En lov fra 1992 innebar at 18 305 personer som hadde vært borgere av andre stater i det tidligere Jugoslavia mistet sin permanente oppholdstillatelse i Slovenia, mens 2 400 av disse ble nektet statsborgerskap, på den bakgrunn at de ikke hadde søkt om statsborgerskap eller fortsatt oppholdstillatelse i Slovenia innen en kort frist. Noe av bakgrunnen for en klage til EMD var at klagerne mente de ikke hadde fått informasjon om konsekvensene av ikke å søke om statsborgerskap, og heller ikke informasjon om at deres status i Slovenia hadde blitt endret. Gjennom senere rettsutvikling ble det i 1999 avklart at lovgivningen ikke hadde vært i samsvar med Slovenias konstitusjon, og en ny lov ble gitt i 2010. Denne inneholdt ingen regler om erstatning for dem som urettmessig hadde fått sin status endret, og da ble det reist spørsmål om erstatning kunne søkes med hjemmel direkte i en bestemmelse i konstitusjonen som ga rett til erstatning for ulovlige myndighetshandlinger. Erstatningssøksmål på dette grunnlag ble imidlertid avvist av nasjonale domstoler, blant annet under henvisning til at nasjonale foreldelsesfrister hadde utløpt fordi fristen måtte regnes fra 1999 da forfatningsdomstolen hadde konstatert motstrid med konstitusjonen. EMD fant at dette ikke tilfredstilte kravene etter EMK artikkel 13 (men det var flere elementer ved den nasjonale oppfølgingen som virket sammen i retning av denne konklusjonen). Endringen av klagerens status utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 8, og Slovenia hadde ikke tilbudt noe effektivt rettsmiddel.⁴²⁸ I dommen ble Slovenia bedt om å opprette en *ad hoc* erstatningsordning.⁴²⁹

Også i saken *Loste mot Frankrike* (2022), som gjaldt myndighetenes manglende beskyttelse av en mindreårig jente som ble utsatt for seksuelle overgrep i en fosterfamilie, fant EMD krenkelse av artikkel 13 fordi nasjonale myndigheter hadde anvendt nasjonale foreldelsesregler med overdreven formalisme i strid med kravene til et effektivt rettsmiddel.⁴³⁰

⁴²⁵ *Ibid.*, avsnitt 209.

⁴²⁶ Mikkelsen (2022) s. 144.

⁴²⁷ *Ulemek mot Kroatia* (2019) antyder også at en nasjonal tidsfrist så kort som seks måneder regnet fra opphøret av konvensjonsstridige soningsforhold, kan tilfredsstille artikkel 13.

⁴²⁸ *Kurić med flere mot Slovenia* (2012) avsnitt 295-313 jf. avsnitt 371.

⁴²⁹ *Ibid.*, avsnitt 415.

⁴³⁰ *Loste mot Frankrike* (2022) avsnitt 77.

Disse dommene gir i seg selv ikke grunnlag for sikre slutninger. De viser likevel at nasjonale foreldelsesregler for erstatningskrav som følge av menneskerettskrenkelser kan komme i strid med EMK artikkel 13. Når dette holdes opp mot den alminnelige urimelighetsbegrensningen EMD har oppstilt ved vurderingen av om nasjonale foreldelsesregler oppfyller kravene etter EMK artikkel 6, mener jeg det er grunnlag for berettiget tvil om hvorvidt det uten videre kan legges til grunn at den norske foreldelsesloven tilfredsstillende kravene i artikkel 13.

En dom fra Högsta Domstolen i Sverige kan også illustrere problematikken.⁴³¹ En mann ble født i 1981 og ble registrert som svensk statsborger i samsvar med statsborgerskapet til mannen som da ble ansett som hans far. Ved dom i 1989 ble dette farskapet opphevet ved dom, og mannens statsborgerskap ble endret til polsk med tilbakevirkende kraft fra og med fødselsdato. Denne endringen ble først gjort kjent for ham og hans familie i forbindelse med en passøknad to år senere. I 2004 og 2008 søkte han om å bli svensk statsborger, men disse søknadene ble avslått. I 2012 søkte han på nytt, nå med henvisning til at en avgjørelse fra Högsta förvaltningsdomstolen i 2006 kunne tilsi at endringen av statsborgerskap i 1989 hadde vært ugyldig. I 2013 ble han dermed registrert som svensk statsborger. I 2014 avgjorde Högsta Domstolen i en annen sak, «Medborgarskap I»,⁴³² at urettmessig fratakelse av statsborgerskap kan gi rett til erstatning, og den 19. august 2014 krevde mannen derfor erstatning. Mens førsteinstansdomstolen fant at ingen del av kravet var foreldet, fant ankeinstansen (Hovrätten) at den delen av kravet som i tid lå forut for 19. august 2004 var foreldet (ut fra den svenske tiårsfristen for foreldelse). Det var dette foreldesspørsmålet som ble behandlet av Högsta Domstolen. I saken var det uomtvistet at kravet ikke i sin helhet kunne anses oppstått i 1989, slik at dette ville være utgangspunktet for foreldelsesfristen, men staten anførte at kravet måtte foreldes suksessivt slik at den delen av kravet som lå forut for 19. august 2004 var foreldet. Högsta Domstolen var ikke enig i dette, med en begrunnelse som viser at hensynene bak foreldelsesinstituttet står i et annet lys når det er tale om menneskerettskrenkelser fra staten. Det er hensiktsmessig å ta inn et lengre utdrag:⁴³³

14. Ifall preskription inträder successivt i en situation där staten, genom utövning av myndighet, upprätthåller ett visst synsätt under en längre tid kan emellertid rätten till ersättning bli illusorisk. En sådan tillämpning kan bl.a. innebära att den enskilde, för att undvika att preskription inträder, måste vidta åtgärder som i ljuset av rådande praxis och myndigheternas agerande med fog kan bedömas vara utsiktslösa. Jämför t.ex. det förhållandet att AE år 2004 – dvs. samma år som han hade behövt göra gällande sin fordran för att undvika preskription från och med år 1994 – fick avslag på en ansökan om att återfå sitt medborgarskap. Problemen med att preskription inträder successivt förstärks av att det var först genom «Medborgarskapet I» som det klargjordes att det över huvud taget finns en möjlighet att få skadestånd för en överträdelse av 2 kap. 7 § andra stycket regeringsformen.

15. I de allra flesta situationer måste det godtas att preskriptionsinstitutet leder till denna typ av konsekvenser. Det beror ytterst på att borgenären, gäldenären och det allmänna har olika intressen som gör sig gällande samtidigt och talar i olika riktningar ...

⁴³¹ NJA 2018 s. 103 «Medborgarskap II».

⁴³² NJA 2014 s. 323.

⁴³³ NJA 2018 s. 103 avsnitt 14-21.

16. När det gäller en fordran som riktar sig mot staten och som grundar sig på en överträdelse av en för den enskilde så central och grundläggande rättighet som medborgarskapet utgör ... gör sig emellertid de skäl som ligger bakom preskriptionsinstitutet inte gällande med någon egentlig styrka. Vid sådana skadeståndsfordringar måste gäldenärsintressena ses som underordnade den enskildes intresse av att ha en reell möjlighet att göra fordran gällande innan den går förlorad. Inte heller kan de allmänna intressena bakom preskriptionsinstitutet (t.ex. intresset av bevisbegränsning och avveckling av skuldförhållanden) anses tala för preskription med någon särskild styrka.

17. Mot denna bakgrund bör preskriptionsfristen i den i målet aktuella situationen inte för någon del av anspråket börja löpa förrän det funnits en reell möjlighet för den enskilde att göra sin fordran gällande.

18. Det finns inget givet svar på frågan om när det kan anses ha funnits en reell möjlighet att göra en fordran av denna typ gällande. Därmed finns heller inget givet svar på frågan om när preskriptionsfristen bör börja löpa.

19. En möjlighet är att beräkna preskriptionstiden utifrån den tidpunkt då den enskilde haft rimligt goda skäl att utgå ifrån att skadan är ersättningsgill. Med denna utgångspunkt skulle det kunna anses vara näraliggande att knyta preskriptionstidens start till dagen för Högsta domstolens avgörande i «Medborgarskapet I». Det måste emellertid anses principiellt olämpligt att på detta sätt knyta preskriptionstidens början till utvecklingen av rätten i domstolspraxis.

20. En annan möjlighet är att utgå från den tidpunkt vid vilken den felaktiga uppgiften korrigerades. Vid denna tidpunkt kommer den enskilde inte längre att behöva begära, eller föra talan om, ersättning i strid med ett beslut som inom ramen för rättsordningen upprätthålls av myndigheterna (jfr p. 14). Den enskilde måste då – oaktat att det kan vara mer eller mindre osäkert om vederbörande har rätt till skadestånd – anses ha en reell möjlighet att göra sin fordran gällande (jfr p. 17). Mot denna bakgrund finns skäl att låta preskriptionstiden, när det gäller fordringar av det slag det nu är fråga om, börja löpa vid den tidpunkt då den felaktiga uppgiften korrigeras. Detta är i sak detsamma som att preskriptionstiden suspenderas under den tid överträdelsen pågår.

21. AE registrerades åter som svensk medborgare den 30 januari 2013. Han framställde sitt krav på ersättning i augusti 2014. Hans fordran är alltså inte till någon del preskriberad.

Det er verdt å merke seg her at i tillegg til å peke på at hensynene bak foreldelsesinstitutet ikke slår til på samme måte som ellers, lar Högsta Domstolen fristens utgangspunkt være «den tidpunkt vid vilken den felaktiga uppgiften korrigerades», altså det tidspunktet da feilen ble rettet opp.

Mathias Mikkelsens hovedkonklusjon for den danske foreldelsesloven («FOL») er i samsvar med en slik terskel om «reell möjlighet». Han mener loven «er som udgangspunkt i overensstemmelse med konventionen», men:⁴³⁴

En anvendelse av FOL vil dog på baggrund af en konkret proportionalitetsvurdering kunne udgøre en krænkelse af EMRK, f.eks. hvis fordringshaveren ikke har haft en realistisk mulighed for at gøre sin fordring gældende forud for forældelsesfristens udløb.

Jeg tror en slik terskel – «realistisk mulighed» – er godt dekkende for EMDs praksis, og det er på dette grunnlaget jeg går over til å vurdere om det bør foreslås endringer i foreldelseslovens

⁴³⁴ Mikkelsen (2022) s. 223.

alminnelige regler med tanke på foreldelse av erstatningskrav som bygger på offentlige myndigheters krenkelse av EMK eller SP.

6.8.4 Muligheter for norsk lovregulering

Jeg mener det er i hvert fall to mulige tilnærminger til foreldelsesspørsmålet: Å beholde dagens lovgivning uendret, og å foreslå en lovregulering som i større grad sikrer at erstatningskrav som følge av menneskerettskrenkelser kan fremmes så langt dette er nødvendig for å sikre effektiv reparasjon av krenkelsen.

Et argument for å beholde dagens lovgivning uendret er at EMDs praksis ikke gir klare holdepunkter for at gjeldende rett ikke oppfyller kravene etter EMK artikkel 13. EMD tillater nasjonale foreldelsesfrister så lenge disse ikke er urimelig korte, ikke anvendes vilkårlig eller unødvendig formalistisk, og ikke er til hinder for tilstrekkelig effektiv reparasjon av menneskerettskrenkelser, og det kan ikke entydig sies at norske regler er problematiske etter disse kriteriene. Når det er tale om hendelser som ligger noe tilbake i tid, kan norske regler tolkes på en slik måte at kravene tillates fremmet hvis det er nødvendig for å reparere en krenkelse, typisk gjennom en tolkning av kunnskapskravet i foreldelsesloven § 9. Norsk praksis sies å innebære at «Høyesterett har strukket seg svært langt og vært lite tilbøyelig til å anse personskadekrav som foreldet»,⁴³⁵ og det kan antas at domstolene vil strekke seg langt for å unngå å konstatere foreldelse av erstatningskrav som bygger på menneskerettskrenkelser. Mitt mandat er å foreslå en lovregulering som ikke går lenger enn hva som følger av våre internasjonale forpliktelser, og jeg kan ikke slutte fra EMDs praksis at gjeldende norsk rett ikke tilfredsstillende disse kravene.

Når jeg likevel finner grunn til å foreslå en lovendring, er det ut fra en berettiget tvil om hvorvidt gjeldende rett vil bli funnet å være utilfredsstillende hvis spørsmålet kommer på spissen. Det er nokså lett å konstruere eksempler hvor menneskerettskrenkelser ligger flere år tilbake i tid uten at det er realistisk mulighet for å gjøre krav gjeldende tidligere, og uten at det er enkelt å tolke kunnskapskravet eller andre regler slik at kravet kan fremmes. Men på det premiss at det konstateres krenkelser av EMK, hva er da egentlig begrunnelsen for at kravet skal være foreldet? Hensynet til skadelidte i å få reparasjon veier etter mitt syn betydelig tyngre enn hensynet til det offentlige innrettelse.

For dansk retts vedkommende foreslår Mathias Mikkelsen tre mulige regelendringer: En generell unntakshjemmel i tilfeller hvor anvendelse av foreldelsesloven vil antas å stride mot EMK, en regel om at foreldelsesfristen først begynner å løpe fra skadelidtes myndighetsalder, eller en generell forlengelse av lovens absolutte frister.⁴³⁶ Det siste forslaget avviser han selv fordi dette ikke er tilstrekkelig for å forhindre potensielle krenkelser av EMK. Forslaget om at foreldelsesfristen først løper fra myndighetsalder vil løse en del av utfordringene knyttet til krenkelser av barns rettigheter, men det løser ikke andre spørsmål.⁴³⁷ Jeg synes imidlertid gode

⁴³⁵ Røed (2019) s. 440 med videre henvisninger.

⁴³⁶ Mikkelsen (2022) s. 224-226.

⁴³⁷ Foreldelsesloven § 9 nr. 2 bokstav a sier for øvrig allerede at den absolutte fristen på 20 år ikke gjelder ved personskade når skaden blir voldt mens skadelidte er under 18 år.

grunner taler for å følge opp hans første forslag, om en generell unntakshjemmel, og dette er gjort i punkt 9.1 nedenfor. Jeg foreslår en unntakshjemmel som åpner for å tilkjenne erstatning hvis dette er nødvendige for å reparere en menneskerettskrenkelse, selv om kravet ville vært foreldet etter de alminnelige regler. Meningen er at dette vil være en unntakshjemmel med et nokså begrenset virkeområde, som vil være tilstrekkelig for å sikre oppfyllelse av våre forpliktelser etter EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 uavhengig av sakens nærmere omstendigheter, uten å forrykke de generelle prinsippene eller avveiningene mellom ulike interesser som foreldelsesloven bygger på. I mitt forslag er en slik bestemmelse tatt inn i den foreslåtte nye § 4A-1 i skadeserstatningsloven. Et alternativ kunne vært å ta bestemmelsen inn i foreldelsesloven, men dette fremstår som lovteknisk mer tungvint.

Som et støtteargument kan det nevnes at norsk lovgivning ikke er ukjent med særskilte foreldelsesregler for visse typer erstatningskrav. Etter foreldelsesloven § 11 kan et erstatningskrav som springer ut av en straffbar handling fremmes i straffesaken eller ved særskilt søksmål innen ett år deretter, selv om foreldelsestiden ellers er ute.⁴³⁸ I lovforarbeidene heter det blant annet at «[d]en hovedsakelige begrunnelse for regelen er at man vil unngå det støtende i at en person som dømmes til straff, skal kunne unndra seg erstatningsansvar ved å pårope foreldelse»,⁴³⁹ og på tilsvarende måte kan det sies å være noe støtende i at det offentlige unndrar seg erstatningsansvar for menneskerettskrenkelser ved å påberope seg foreldelse. Jeg mener likevel at en regel etter mønster av § 11 nok vil føre lenger enn nødvendig i tilfeller av menneskerettskrenkelser.

6.9 Omkostninger

6.9.1 Forbudet mot uforholdsmessige omkostninger

Under arbeidet med denne utredningen har jeg fått innspill om at prosedable krav⁴⁴⁰ om menneskerettighetsbrudd i for stor grad aldri blir fremmet for domstolene på grunn av kostnadene forbundet med søksmål. Jeg forstår det slik at denne bekymringen retter seg dels mot inngangsgebyret i rettsgebyrloven § 8, dels mot reglene om sakskostnader i tvisteloven kapittel 20, og dels mot reglene om fri saksførsel i rettshjelploven kapittel III og IV. Dette er imidlertid forhold som ikke bare angår spørsmålet om erstatning for menneskerettskrenkelser, men mer generelt om norsk rett oppfyller kravene om «effektive» rettsmidler i EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3, samt retten til rettferdig rettergang (herunder tilgang til domstolene) i EMK artikkel 6 og SP artikkel 14. Det er ikke mulig innenfor rammene av denne enkeltpersonsutredningen å vurdere disse spørsmålene i sin alminnelighet, og det kan med en viss styrke anføres at det også ligger på siden av mitt mandat. Spørsmålet for meg vil være mer begrenset, nemlig hvilke krav EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 stiller med hensyn til sakskostnader hvis det blir konstatert en menneskerettskrenkelse. På dette mer avgrensede

⁴³⁸ En liknende ettårsregel finnes nå i voldserstatningsloven § 7 annet ledd.

⁴³⁹ Ot.prp. nr. 38 (1977-1978) kapittel IX på s. 64.

⁴⁴⁰ At noen har et «prosedabelt krav» er et inngangsvilkår for EMK artikkel 13, se fotnote 17 ovenfor med tilhørende tekst.

spørsmålet mener jeg det ikke er grunn til å foreslå lovendringer i norsk rett nå, men jeg mener praksis fra EMD tilsier at det må stilles klare krav til tolkningen av gjeldende norsk lovgivning.

EMDs krav til nasjonale erstatningsordninger er at omkostningene for den klagende parten ikke skal innebære «an excessive burden», altså en uforholdsmessig byrde. Dette kriteriet ble først oppstilt i fire likeartede storkammerdommer mot Italia på samme dato i 2006, hvor det gjerne er *Scordino* som trekkes frem i senere rettspraksis. Her uttalte EMD:⁴⁴¹

Lastly, the Court finds it reasonable that in this type of proceedings where the State, on account of the poor organisation of its judicial system, forces litigants – to some extent – to have recourse to a compensatory remedy, the rules regarding legal costs may be different and thus avoid placing an excessive burden on litigants where their action is justified.

Disse fire sakene gjaldt lang saksbehandlingstid i nasjonale domstoler i strid med EMK artikkel 6. I saken *Finger*, som for så vidt også gjaldt artikkel 6, ga imidlertid EMD samme prinsipp mer generell anvendelse. Her formulerte EMD noen «key features of an effective compensatory remedy», herunder at «the rules governing costs must not place an excessive burden on litigants where their claim is justified».⁴⁴² I *Ananyev* ble likelydende prinsipp anvendt for erstatning ved krenkelse av EMK artikkel 3.⁴⁴³ Jeg finner ikke andre dommer fra EMD hvor likelydende prinsipp er anvendt utenfor artikkel 6, men for dette spørsmålet er det uansett en så direkte sammenheng mellom kravet til et effektivt rettsmiddel i artikkel 13 og kravene til rettferdig rettergang i artikkel 6 at det etter mitt skjønn kan oppstilles som et generelt prinsipp. Ved utformingen av nasjonale regler om erstatning for menneskerettskrenkelser må det sikres at reglene om sakskostnader ikke påfører klageren en uforholdsmessig byrde. I dette ligger både at inngangsvilkårene for å reise en sak med påstand om menneskerettskrenkelser ikke må være uforholdsmessig byrdefulle, og at det må være adgang til å få erstattet sine sakskostnader hvis saken ender med at det konstateres menneskerettskrenkelse.

I det følgende behandler jeg først kortfattet gjeldende norsk rett om rettsgebyr og fri rettshjelp, før tvistelovens regler om sakskostnader drøftes noe mer utførlig

6.9.2 Rettsgebyr

Rettsgebyrloven § 8 oppstiller et inngangsgbyr for søksmål på fem ganger rettsgebyret (fra 1. januar 2023 er rettsgebyret 1 243 kroner), og deretter videre gebyrer ut fra sakens varighet, om saken ankes videre, osv. Etter § 10 gis det gebyrfritak i nærmere angitte saker av personlig eller velferdsmessig art, men saker om menneskerettskrenkelser er ikke nevnt. Noen av de opplistede sakstypene vil imidlertid omfatte visse menneskerettskrenkelser, slik som § 10 første ledd nr. 7 om fratakelse av rettslig handleevne eller nr. 12 om administrative tvangstiltak i helse- og sosialsektoren. Man kunne tenke seg en tilføyelse i denne paragrafen om at visse saker om menneskerettskrenkelser skulle fritas for rettsgebyr, men dette må i så fall vurderes ved en annen anledning enn i denne utredningen. En bestemmelse som gir fritak bare for saker om erstatning for menneskerettskrenkelser, er sannsynligvis lite hensiktsmessig. Helt upraktisk er

⁴⁴¹ *Scordino mot Italia* nr. 1 (dom, 2006) avsnitt 201.

⁴⁴² *Finger mot Bulgaria* (2011) avsnitt 130.

⁴⁴³ *Ananyev med flere mot Russland* (2012) avsnitt 228.

det likevel ikke. Hvis en menneskerettskrenkelse er fastslått ved dom i en sivil sak eller straffesak, og det senere reises eget søksmål om erstatning for denne krenkelsen, kunne det vært naturlig å gi fritak for rettsgebyr. Jeg kan imidlertid ikke se at EMDs praksis oppstiller noe krav om dette utover «excessive burden»-kriteriet, og foreslår ingen lovendring.

6.9.3 *Fri rettshjelp*

Om fri rettshjelp nøyer jeg meg med å nevne at Rettshjelputvalget vurderte forholdet mellom norske rettshjelpsregler og internasjonale menneskerettigheter i NOU 2020: 5, og Regjeringen har 9. juni 2023 fulgt opp utvalgets forslag gjennom Prop. 124 L (2022-2023). Regjeringen forutsetter at de foreslåtte endringene innebærer en utvidet adgang til fri rettshjelp sammenliknet med gjeldende rett, og jeg har ikke hatt grunnlag for å gjøre en selvstendig vurdering av om de foreslåtte reglene kan ha problematiske elementer i relasjon til EMK artikkel 13 og/eller SP artikkel 2 nr. 3. Det kunne diskuteres om det ville vært hensiktsmessig med regler om fri rettshjelp i visse tilfeller innenfor denne utredningens tema, for eksempel hvis det fremmes et eget erstatningssøksmål etter at domstolene allerede har konstatert en menneskerettskrenkelse i en annen sak (tilsvarende hva som er nevnt i foregående punkt). Jeg ser likevel ikke at praksis etter EMK artikkel 13 og/eller SP artikkel 2 nr. 3 oppstiller noen krav her utover det generelle forbudet mot uforholdsmessige omkostninger, og jeg har ikke funnet grunnlag for å foreslå lovendringer på dette punktet.

6.9.4 *Sakskostnader*

Tvistelovens regler om sakskostnader fremstår som fleksible og tilstrekkelige til å ivareta kravene for effektive rettsmidler, men etter mitt skjønn stiller særlig EMDs praksis krav til hvordan reglene skal anvendes.

Hovedregelen etter tvisteloven § 20-2 første ledd er at en part «som har vunnet saken, har krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten», og dette innebærer at den som vinner frem med en påstand om erstatning for menneskerettskrenkelser vil få erstattet sine sakskostnader. I et slikt tilfelle vil det være lite aktuelt å bruke unntaksreglene i § 20-2 tredje ledd for å fritta motparten (som her vil være stat, kommune eller noen andre som utøver offentlig myndighet) for sakskostnadsansvaret. Hvis en privat part *ikke* vinner frem med et erstatningskrav, er disse unntaksreglene mer aktuelle, og her oppstår det aktuelle utfordringer.

Hvis det fremmes krav om erstatning for menneskerettskrenkelser, og domstolene konkluderer med at det har skjedd en krenkelse, men at denne er reparert på annen måte, vil parten i utgangspunktet ha tapt saken i relasjon til § 20-2. Hovedregelen i første ledd tilsier at det offentlige i et slikt tilfelle i utgangspunktet har krav på erstatning for sakskostnader fra den private parten, men unntaksreglene i tredje ledd innebærer at den private parten kan fritas for dette ansvaret «helt eller delvis» hvis «tungtveiende grunner» gjør det rimelig. Dette kan gjøres hvis det enten «var god grunn til å få saken prøvd» (jf. bokstav a) eller «saken er av velferdsmessig betydning og styrkeforholdet partene imellom tilsier slikt fritak» (jf. bokstav c). I en sak om menneskerettskrenkelser vil gjerne minst ett av disse vilkårene være oppfylt. Min forståelse av norsk rettspraksis er også at den private parten ofte kan fritas for sakskostnadene ut fra denne bestemmelsen hvis det er tale om saker om menneskerettskrenkelser det har vært

grunn til å få prøvd for domstolene, men inngangsvilkåret om «tungtveiende grunner» gjør at dette neppe kan sies å være noen fast praksis.⁴⁴⁴

Her kan det minnes om at inngangsvilkåret for EMK artikkel 13 er at det må være tale om et «prosedabelt krav», og det vil være naturlig å forstå vilkårene i tvisteloven § 20-2 tredje ledd i samsvar med dette – det vil si at hvis noen har hatt et prosedabelt krav i henhold til EMK artikkel 13, bør parten fritas for sakskostnader etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Det er imidlertid grunn til å skille mellom ulike situasjoner, særlig mellom saker hvor det konstateres en menneskerettskrenkelse uten at det tilkjennes erstatning, og saker hvor det ikke konstateres en menneskerettskrenkelse.

Hvis en privat part har et prosedabelt krav om en menneskerettskrenkelse, men domstolene likevel finner at det ikke forelå en krenkelse, vil det være rom for en helhetsvurdering om sakskostnader skal tilkjennes eller ikke. Det vil absolutt være best i samsvar med kravet til effektive rettsmidler om den private parten ikke pålegges å dekke sakskostnadene til det offentlige i slike saker, og etter mitt syn bør dette innfortolkes som en hovedregel ved anvendelse av tvisteloven § 20-2. Dette kan likevel neppe oppstilles som en ubetinget regel.⁴⁴⁵

Hvis en privat part fremmer et erstatningssøksmål, og domstolene finnes at det har skjedd en menneskerettskrenkelse, men at denne er reparert på annen måte, vil dette være annerledes. Her må det etter mitt syn innfortolkes som en tilnærmet ubetinget regel at den private parten ikke skal pålegges å dekke det offentlige sakskostnader. Dette kan for så vidt sies å sikre best samsvar i regelverket hvis en slik regel innfortolkes, siden den private parten i en slik sak ville ha vunnet saken i relasjon til tvisteloven § 20-2 dersom det hadde blitt fremmet et fastsettelsessøksmål uten et erstatningskrav. Viktigere nå er likevel at det samsvarer dårlig med prinsippene i retten til et effektivt rettsmiddel om et offer for en menneskerettskrenkelse skal pålegges å dekke kostnadene til det offentlige, og det er holdepunkter i EMDs praksis for at dette kan komme i strid med EMK artikkel 13. Her gir Bursać med flere mot Kroatia (2022) et eksempel. Klagernes far hadde blitt drept av kroatisk soldater under krigshandlinger i 1995, og de hadde fremmet et erstatningssøksmål som ikke hadde vunnet frem. Klagerne ble derfor pålagt å dekke det offentlige sakskostnader, og for EMD ble dette diskutert som et spørsmål om hvorvidt et slikt omkostningskrav var i strid med eiendomsretten i første tilleggsprotokoll

⁴⁴⁴ Som et helt nytt eksempel kan nevnes Oslo tingretts dom 24. mai 2023 i sak 22-153845TVI-TOSL/07. Her ble staten frifunnet for et krav om fastsettelsesdom for krenkelse av EMK artikkel 2 i en sak som etter rettens syn ikke bød på tvil, men retten fant likevel at tvisteloven § 20-2 tredje ledd begrunnet unntak fra sakskostnadsansvaret. På den annen side ble den private parten i sak 22-011228TVI-TOSL/04 (dom 7. desember 2022) pålagt å dekke statens omkostninger med 208 000 kr etter at det ikke ble funnet konvensjonskrenkelse.

⁴⁴⁵ For et helt nytt eksempel, se LB-2023-26736, hvor Borgarting lagmannsrett konkluderte med at det ikke forelå krenkelse av EMK i en sak hvor det ble krevet erstatning, og påla den private parten å dekke statens sakskostnader: «Vurderingstemaet etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd er om tungtveiende grunner gjør det rimelig å fritta den tapende part for kostnadsansvaret. Etter lagmannsrettens syn er det ikke tilfellet her. Tungtveiende hensyn markerer en ikke ubetydelig terskel. Den konkrete velferdsmessige betydningen av saken er begrenset selv om det underliggende tema er soning av frihetsstraff, som etter sin art er inngripende. Dette og styrkeforholdet mellom partene veies opp av at saken, slik lagmannsretten ser det, ikke har vært tvilsom. Samlet sett er det ikke rimelig å fritta ankende part for omkostningsansvaret.»

artikkel 1 (retten til å få nyte sin eiendom i fred). EMD konkluderte med konvensjonskrenkelse fordi kravet utgjorde en «disproportionate burden».⁴⁴⁶ EMD uttalte blant annet:⁴⁴⁷

The Court observes that no international instrument explicitly prohibits ordering victims of grave breaches of fundamental human rights to bear the costs of related civil proceedings for damages in which they have been unsuccessful. However, such decisions appear to be at odds with the obligation of States to minimise the risk of re-traumatising victims of grave breaches of fundamental human rights, as set forth in key international instruments, including the United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and General Comment No. 3 on Article 14 of the Convention against Torture ...

Selv om EMD her viser til *alvorlige* krenkelser, slik at dommen kan sies å ha begrenset overføringsverdi til andre saker, vises det også til momenter av mer generell verdi. Uttalelsen viser til at ofre for menneskerettskrenkelser ikke skal retraumatiseres, som er et alminnelig hensny. Senere i dommen påpekes det blant annet at det offentliges sakskostnader står i et annet lys enn privates kostnader siden de dekkes over statsbudsjettet,⁴⁴⁸ og at nasjonale regler åpnet for unntak selv om nasjonale domstoler i den konkrete saken «failed to consider whether in the particular circumstances applying the ‘loser pays’ rule without any flexibility placed an excessive individual burden on the applicants».⁴⁴⁹ Det kan absolutt diskuteres hvor langt dommen rekker, og den er ikke i seg selv noe avgjørende argument i retning av at den private parten aldri kan pålegges å dekke det offentliges sakskostnader. Den viser likevel at dette etter omstendighetene kan anses som en uforholdsmessig byrde, og etter mitt syn bør domstolene være meget tilbakeholdne med å pålegge den private parten et slikt ansvar i tilfeller hvor det konstateres en krenkelse, selv om parten ikke vinner frem med et erstatningskrav.

I Sverige er det gitt en egen bestemmelse om sakskostnader i skadeståndslagen 6 kap. 7 §, om at i en sak om erstatning for menneskerettskrenkelser «får rätten besluta att vardera parten ska bära sin rättegångskostnad, om en enskild som har förlorat målet hade skälig anledning att få saken prövad». Jeg oppfatter tvistelovens regler slik at denne muligheten allerede er godt nok ivaretatt gjennom tvistelovens regler såfremt disse tolkes i lys av EMK artikkel 13, og jeg finner derfor under tvil ikke grunn til å foreslå en tilsvarende bestemmelse i norsk rett. Den svenske bestemmelsen oppstiller imidlertid helt klart en lavere terskel enn hva tvisteloven gjør – «skälig anledning» sammenliknet med «tungtveiende grunner». Forutsetningen min er altså at norske domstoler vil tolke tvistelovens regler slik at det i alminnelighet gjøres unntak fra sakskostnadsansvaret i saker hvor det konstateres en krenkelse.

Tvisteloven § 20-3 går lenger; mens tvisteloven § 20-2 tredje ledd gir regler om fritak for ansvaret for motpartens sakskostnader, åpner § 20-3 for at en part kan få erstattet sine sakskostnader av motparten selv om en sak ikke er vunnet. Vilkårene her er at man «har fått medhold av betydning uten å vinne saken», og at «tungtveiende grunner» tilsier at man bør få

⁴⁴⁶ Bursać med flere mot Kroatia (2022) avsnitt 104. At spørsmålet ble diskutert etter første tilleggsprotokoll artikkel 1 og ikke etter artikkel 13, handler formodentlig om at det var dette som ble påberopt av klageren. Jeg tror EMD ville ha sagt mye av det samme hvis klageren hadde påberopt seg artikkel 13 i stedet.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, avsnitt 98.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, avsnitt 101.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, avsnitt 106.

dekket sine sakskostnader. Det heter videre at i tillegg til momentene i § 20-2 tredje ledd «skal det legges særlig vekt på hvor mye parten har fått medhold, og andelen av sakskostnadene som knytter seg til den delen av saken». Bestemmelsen har vært brukt i praksis blant annet for å tilkjenne sakskostnader hvis parten har fått tilkjent vesentlig lavere erstatning enn hva som ble krevd,⁴⁵⁰ men også hvis parten har fått medhold i et fastsettelsessøksmål om konvensjonskrenkelse uten å bli tilkjent oppreisning.⁴⁵¹ Aktiv bruk av denne hjemmelen i saker om menneskerettskrenkelser vil også bidra til effektiv gjennomføring av retten til effektive rettsmidler.

6.10 Bør en erstatningshjemmel gis tilbakevirkende kraft?

Spørsmålet her er om en lovregulering bør gis virkning også for menneskerettskrenkelser som har funnet sted før lovreguleringen vedtas eller trer i kraft. Det er utvilsomt gjeldende norsk rett at Grunnloven § 97, som sier at ingen lov må gis tilbakevirkende kraft, ikke er til hinder for at ny lovgivning likevel gis tilbakevirkende kraft hvis dette er til borgernes fordel, noe som vil være tilfelle for en erstatningshjemmel.⁴⁵² Spørsmålet her er imidlertid, i tråd med denne utredningens mandat, om EMK artikkel 13 og/eller SP artikkel 2 nr. 3 krever at en erstatningshjemmel gis tilbakevirkende kraft.

EMD har ved enkelte anledninger uttalt seg i denne retning. I hvert fall siden *Finger mot Bulgaria* i 2011 har EMD ment at nasjonal lovregulering om kompensasjon for krenkelser «needs to operate retrospectively and provide redress in respect of delays which predate its introduction». Denne saken gjaldt sen domstolsbehandling i sivile saker (altså EMK artikkel 6), og EMD uttalte at dette kravet om tilbakevirkende kraft gjaldt både for saker som allerede var under behandling ved domstolene og for saker som var avsluttet i nasjonale domstoler, men som var klaget inn eller kunne klages inn til EMD.⁴⁵³ I *Ananyev med flere mot Russland* i 2012 ble samme prinsipp anvendt for torturforbudet i artikkel 3, og her uttaler EMD seg mer generelt for allerede avsluttede forhold:⁴⁵⁴

The Court would finally emphasise that, to be truly effective and compliant with the principle of subsidiarity, a compensatory remedy needs to operate retrospectively and provide redress in respect of the violations of Article 3 which predated its introduction, both in situations where the detention has already ended with the detainee's release or transfer to a different detention regime and in situations where the detainee is still held in the conditions that fall short of the requirements of Article 3 ...

Uttalelsen gjaldt reparerende tiltak generelt, men kom i direkte tilknytning til spørsmålet om erstatning. Tilsvarende uttalelse ble gjentatt i *Sukachov mot Ukraina* i 2020,⁴⁵⁵ og må anses som gjeldende rett. Jeg har imidlertid ikke funnet EMD-praksis som oppstiller samme prinsipp

⁴⁵⁰ LH-2022-170416.

⁴⁵¹ TOSL-2021-107095.

⁴⁵² Se f.eks. Smith (2021) s. 370.

⁴⁵³ *Finger mot Bulgaria* (2011) avsnitt 131. I *Dimitrov og Hamanov mot Bulgaria* (2012) avsnitt 126 ble uttalelsen gjentatt for sen domstolsbehandling i straffesaker.

⁴⁵⁴ *Ananyev med flere mot Russland* (2012) avsnitt 231.

⁴⁵⁵ *Sukachov mot Ukraina* (2020) avsnitt 159, se også *Neshkov mot Bulgaria* (2015) avsnitt 289.

med generell virkning eller for andre rettigheter enn artikkel 3 og 6. Dermed kan det selvsagt i teorien diskuteres om EMD vil vurdere andre rettigheter annerledes hvis spørsmålet kommer opp, men dette anser jeg som helt urealistisk. Det bør uten videre kunne legges til grunn at dersom det gis en nasjonal lovregulering om erstatning for menneskerettskrenkelser, vil EMD forvente at denne også gis virkning på krenkelser som fant sted før lovreguleringen ble vedtatt. Den eneste begrensningen vil dermed fremgå av foreldelsesreglene, jf. pkt. 6.8 ovenfor. Så lenge et erstatningskrav ikke er foreldet, må en ny lovregulering anvendes også på allerede inntrufne forhold.

Etter mitt skjønn er det verken nødvendig eller hensiktsmessig at en slik regel om tilbakevirkende kraft kommer til uttrykk i selve lovteksten, men det bør fremgå tilstrekkelig klart av lovforarbeidene.

6.11 Verneting

I kravet om et effektivt rettsmiddel inngår et krav om at den som har en prosedabel påstand om en menneskerettskrenkelse skal ha effektiv tilgang til en domstol eller annen myndighet som kan ta stilling til påstanden og reparere en krenkelse. Etter omstendighetene kan dette innebære at nasjonale regler om stedlig domsmyndighet (verneting) kan være i strid med EMK artikkel 13 eller SP artikkel 2 nr. 3 hvis de gjør det uforholdsmessig vanskelig for klageren å fremme en sak. Dette er imidlertid ikke en særlig praktisk problemstilling i norsk rett, hvor verken gjeldende regler om verneting eller realistiske alternative reguleringer vil være problematiske i relasjon til retten til effektive rettsmidler. Så vidt jeg kan bedømme, vil det ikke være nødvendig å vurdere endringer i tvistelovens regler om verneting. Det fremstår likevel som hensiktsmessig å redegjøre for hva som vil være stedlig domsmyndighet hvis det gis en lovregulering av adgangen til å kreve erstatning for menneskerettighetskrenkelser.

Etter tvisteloven § 4-4(4) har staten alminnelig verneting i Oslo, mens fylkeskommuner og kommuner har alminnelig verneting der hovedadministrasjonen ligger. Etter denne bestemmelsen er dermed utgangspunktet at søksmål om menneskerettighetskrenkelser skal reises i Oslo hvis staten er innklaget, eller i den aktuelle fylkeskommune eller kommune hvis disse er innklaget. Dette vil også gjelde for erstatningssøksmål, enten disse reises som separate søksmål eller som en del av et bredere søksmål.

Tvisteloven av 2005 innførte imidlertid også en utvidet adgang til å reise søksmål mot staten eller en fylkeskommune (men ikke mot en kommune), jf. § 4-5(8). Etter denne bestemmelsen kan saksøkeren velge å reise søksmål mot staten ved sitt eget alminnelige verneting, mens et søksmål mot en fylkeskommune kan reises ved saksøkerens alminnelige verneting hvis dette ligger i samme fylke. Reglene er begrunnet i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) pkt. 12.3.4. Søksmål om menneskerettskrenkelser kan dermed reises enten ved den saksøkte myndighetens alminnelige verneting, jf. § 4-4(4), eller (litt upresist sammenfattet) ved saksøkerens eget alminnelige verneting hvis det er staten som er saksøkt, jf. § 4-5(8). Dette vil bero på saksøkerens valg. Denne valgmuligheten vil også gjelde for erstatningssøksmål.

Det gjelder også et eget valgfritt verneting for erstatning utenfor kontrakt, jf. tvisteloven § 4-5(3), som lyder: «Søksmål om erstatning og oppreisning utenfor kontraktsforhold, og

søksmål mot forsikringsgiver om dekning for slik skade, kan anlegges på det sted skaden oppstod, eller der virkningen inntraff eller vil kunne inntre. Har virkningen inntruffet på flere steder, kan søksmålet anlegges der hovedtyngden av virkningen har inntruffet.» Dette er et valgfritt verneting som ikke gjelder for menneskerettskrenkelser i sin alminnelighet, bare for erstatningssøksmål. Erstatningssøksmål mot offentlig myndighet kan reises enten ved den saksøkte myndighetens alminnelige verneting, ved saksøkerens eget alminnelige verneting (fortsatt upresist sammenfattet), eller på det sted skaden oppstod. Dermed oppstår et spørsmål om en lovregulering av adgangen til å kreve erstatning for menneskerettskrenkelser vil medføre en utvidelse av den stedlige domsmyndigheten: Et fastsettelsessøksmål med påstand om krenkelse av en menneskerettskonvensjon må reises ved saksøktes eller saksøkers alminnelige verneting, men hvis søksmålet handler om erstatning, kan det også reises på det sted skaden oppstod. Kan det tenkes at dette vil motivere noen saksøkere til å fokusere på erstatning i tilfeller hvor de ellers ikke ville gjort dette, fordi det gir mer fleksible vernetingsregler? Det er vanskelig å tenke på veldig gode eksempler. For eksempel vil innsatte i fengsler ha verneting på det sted hvor fengselet ligger, så for påståtte menneskerettskrenkelser i fengsel vil saksøkers verneting være sammenfallende med det sted skaden oppstod. For påståtte menneskerettskrenkelser som begås utenfor saksøkers eget verneting er det vanskelig å se gode grunner til at saksøker vil ønske å benytte skadestedets verneting – eksempelvis vil en person som pågripes under et besøk utenfor eget hjemsted og som mener at dette var i strid med sine menneskerettigheter, neppe ha noen grunn til å velge skadestedets verneting i stedet for sitt hjemting.

Rettslig usikkerhet synes heller ikke å oppstå ved særskilte tvungne verneting i andre lover, hvor det særlig er utlendingsloven som er sentral. Etter utlendingsloven § 79 tredje ledd skal søksmål mot staten om gyldigheten av vedtak etter loven, eller om erstatning som følge av slike vedtak, anlegges ved Oslo tingrett. Det fremgår av lovforarbeidene at dette også gjelder søksmål om menneskerettskrenkelser: «Det må innfortolkes at søksmål med krav om fastsettelsesdom for krenkelse av menneskerettighetene, skal omfattes av bestemmelsen. Det vises til at et søksmål med påstand om at et vedtak etter utlendingsloven er i strid med menneskerettighetene, nettopp gjelder gyldigheten av vedtaket.»⁴⁵⁶

Alt i alt legger jeg til grunn at en lovregulering av erstatningsadgangen ikke medfører behov for endringer i reglene om verneting, som fremstår som klare og som synes å være trygt i samsvar med kravene som følger av EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3.

⁴⁵⁶ Ot.prp. nr. 29 (2007-2008) kapittel 8 på s. 10.

7 ALTERNATIVE LØSNINGER

Det fremgår av mandatet at alternative løsninger skal vurderes. Etter min oppfatning kan kravene i EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 oppfylles på ulike måter, men det er fordeler og ulemper med hver variant. Her nevner jeg fire varianter som er mer eller mindre realistiske.

Variant 1: Ingen lovregulering

For det første kan det tenkes en slags null-variant, hvor det ikke foreslås lovendringer. Premisset for en slik variant vil være at eksisterende bestemmelser i norsk rett allerede gir hjemmel for å erstatte visse former for skade ved visse menneskerettskrenkelser, men det må i tillegg forutsettes at EMK artikkel 13 og SP artikkel 3 nr. 2 gir et selvstendig grunnlag for å tilkjenne erstatning for menneskerettskrenkelser i tillegg til eller i stedet for andre grunnlag i tilfeller hvor andre erstatningsregler i norsk rett ikke strekker til. Dette har i stor grad fungert i Danmark, hvor lovregulering har vært ansett som unødvendig og hvor domstolene likevel kommer til egnede løsninger. Det ville også være i samsvar med forestillingen om at «domstolene er mest egnet til å styre rettsutviklingen» på erstatningsrettens område.⁴⁵⁷ En fordel med en slik variant er at man kan forholde seg til eksisterende regler uten å innføre en «fremmed fugl» i norsk erstatningsrett. Det blir klarere at man primært skal anvende alminnelige erstatningsrettslige regler, og at disse bare skal suppleres hvis man i konkrete saker opplever at de ikke strekker til. En slik variant er godt i samsvar med min holdning at EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 allerede gir tilstrekkelig hjemmel.

Jeg tror likevel at en slik variant ikke er realistisk eller hensiktsmessig slik norsk rett har utviklet seg gjennom sprikende rettspraksis de siste 20 årene. Det eksisterer i dag en rettslig uklarhet om hvorvidt EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 gir hjemmel for å tilkjenne erstatning, og denne uklarheten må ryddes av veien. Dette kan gjøres av Høyesterett, men det vil i så fall skje med bakgrunn i konkrete saker uten at løsningene nødvendigvis baseres på prinsipielle vurderinger, og det vil i så fall skje utenfor lovgivers kontroll. Det er krevende for lovgiver å endre en rettstilstand uten gjennom lovendringer.

En reell ulempe er videre at det kan være uklart hvordan EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 skal operasjonaliseres i norsk rett. Det er imidlertid ikke ukjent at norske erstatningsrettslige regler avklares gradvis gjennom rettspraksis til tross for mulig rettslig usikkerhet, og jeg har full tiltro til at domstolene ville klart å finne frem til gode løsninger hvis man først er enige om at bestemmelsene utgjør tilstrekkelig rettslig grunnlag. Dette ville uansett ført til langvarig fortsatt rettsusikkerhet som etter mitt syn klart bør unngås. Gjeldende norsk rett pr. i dag oppfyller ikke kravene som følger av EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3, og dette tilsier i seg selv at en null-variant bør unngås.

Variant 2: Generell hjemmel etter mønster fra Sverige

Den svenske lovbestemmelsen gir hjemmel for å tilkjenne erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap som følge av en krenkelse av EMK så langt dette er nødvendig for å reparere

⁴⁵⁷ Hagland (2021) s. 335 med henvisning til Ot.prp. nr. 59 (1988-1989).

krenkelsen. Bestemmelsen har funnet sin plass i den svenske skadeståndslagen uten vesentlige vansker, og den er fleksibel nok til å sikre at domstolene har verktøyene de trenger for å tilkjenne erstatning når det er nødvendig, uavhengig av om andre erstatningsgrunnlag strekker til. En slik variant innebærer en lojal etterlevelse av forpliktelsene etter EMK artikkel 13 og – for Norges vedkommende – etter SP artikkel 2 nr. 3, såfremt en bestemmelse følges opp av domstolene med en tolkning i samsvar med de internasjonale konvensjonene.

Ulempen med en slik variant er at den strengt tatt ikke løser mer enn hjemmelsspørsmålet, mens den nærmere operasjonaliseringen fortsatt vil være opp til domstolene – det er domstolene som må finne ut når erstatning er «nødvendig» for å reparere en krenkelse. Dette legger fortsatt et stort ansvar på partene og på domstolene, og det kan innvendes at ikke så mye vil være vunnet med hensyn til å sikre forutberegnelighet for partene. Til forskjell fra variant 1 ovenfor vil imidlertid denne varianten innebære at det vil finnes en lovbestemmelse med tilhørende lovforarbeider som vil gi domstolene veiledning. Det vil også være godt i samsvar med norsk lovgivningstradisjon å lovregulere uklare erstatningsrettslige spørsmål mens nærmere avklaring likevel overlates til domstolene.

Variant 3: Regulering med klare, lovfestede vilkår

For å sikre større forutberegnelighet og gi domstolene klarere føringer, kunne man tenke seg at en lovregulering angir nærmere vilkår for erstatningsansvar. I mandatet for denne utredningen heter det at «[v]ilkårene for og omfanget av erstatningsansvaret bør i størst mulig grad fremgå av lovteksten», men spørsmålet er i hvilken utstrekning dette er hensiktsmessig.

Det kunne eksempelvis reguleres at erstatning bare kan tilkjennes for krenkelse av nærmere angitte rettigheter, for eksempel EMK artikkel 2, 3, 6 og 8 samt første tilleggsprotokoll artikkel 1 (og eventuelt tilsvarende rettigheter i SP). Fordelen kunne være at man dekker opp de rettighetene som er viktigst i praksis uten å skape usikkerhet om hvor langt erstatningsansvaret rekker. Tendenser til en slik løsning finner man i land som har gitt særregulering om erstatning ved krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1 i tilfeller av lang saksbehandlingstid i domstolene. Ulempene er at det skaper et uhensiktsmessig skille mellom de ulike rettighetene i norsk rett, og at det gjennom en antitetisk tolkning vil bli klart at det ikke vil være hjemmel for erstatning ved krenkelse av andre rettigheter, noe som i seg selv kan medføre senere krenkelser av EMK artikkel 13. Det virker lite hensiktsmessig å gjøre en slik avgrensning av virkeområdet til en ny lovregulering, da det heller kan fremgå av lovforarbeidene hvilke rettigheter som ligger i kjernen av bestemmelsens virkeområde uten dermed å avskjære andre.

Det kunne også gis en regulering av de nærmere vilkårene, for eksempel om et skyldkrav. Hvis et skyldkrav oppstilles generelt, mener jeg det ikke vil være i samsvar med kravene som følger av EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3. Hvis det oppstilles et skyldkrav for enkelte typer av krenkelser, vil man fort få en kasuistisk og uoversiktlig regulering samtidig som det oppstår risiko for manglende samsvar med videre praktisering av rettigheten internasjonalt. Jeg tror et eventuelt skyldkrav for enkelte typer krenkelser fanges godt nok opp av en regulering etter mønster av den svenske reguleringen.

Til tross for mandatets formulering mener jeg man bør være varsom med å gi mange konkrete vilkår i selve lovteksten.

Variant 4: Lovregulering bare for ikke-økonomisk tap

Man kunne tenke seg at det gis lovregulering bare for ikke-økonomisk tap, siden det er her rettsusikkerheten har vært størst på grunn av kravet om hjemmel i lov. Erstatning for økonomisk tap kunne man i så fall heller sikre på ulovfestet grunnlag dersom eksisterende ansvarsgrunnlag skulle vise seg å være utilstrekkelig. Her oppstår imidlertid samme innvending som for variant 1 ovenfor, nemlig at den uklarheten som har oppstått i rettspraksis (for økonomisk tap særlig gjennom Rt. 2010 s. 291 «Vangen eiendom») kan være krevende å avklare for domstolene uten en lovendring. Hvis det først gis en lovregulering om erstatning, er det uansett vanskelig å se gode grunner til at denne ikke kan oppfatte økonomisk tap i tillegg til ikke-økonomisk tap. Dels har både EMD og FNs menneskerettskomité en tendens til å behandle disse sammen, og dels vil tapspostene ofte ha slik nærhet til hverandre at de bør omfattes av samme regulering.

Etter min oppfatning er det klart mest hensiktsmessig å innføre en norsk lovregulering etter mønster av den svenske reguleringen, altså variant 2 ovenfor. Dette er gjort i kapittel 9 nedenfor. Med en slik regulering vil hjemmelsspørsmålet være løst, lovgiver vil bidra med avklaring av den rettsusikkerheten som har oppstått i praksis, og gjennom prinsipielle føringer i lovteksten og nærmere retningslinjer i forarbeidene kan det sikres god nok forutberegnelighet for domstolene og for andre aktører.

8 ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER

Det er utfordrende å antyde klare økonomiske og administrative konsekvenser, da man i stor grad vil være henvist til spekulasjoner om hvordan lovforslaget vil påvirke fremtidige søksmål og domstolenes behandling av disse. Etter min oppfatning er det imidlertid sannsynlig at forslaget vil vise seg å ha nokså beskjedne konsekvenser for det offentlige, og hovedbegrunnelsen for dette er tredelt.

For det første er det et lite antall saker for norske domstoler hvor det konstateres krenkelser av EMK og SP, så det er nokså få saker hvor spørsmålet om erstatning overhodet vil komme opp. Det kan antas at dette antallet vil øke noe hvis det etablerer seg en mer utbredt rettsoppfatning om at menneskerettskrenkelser kan føre til økonomisk kompensasjon, men det vil fortsatt være et lite antall saker. Det vil heller ikke være slik at det vil begås flere menneskerettskrenkelser av offentlige myndigheter, men eventuelt bare at det vil fremmes søksmål om dette i flere saker. I tilfeller hvor domstolene konstaterer krenkelse, vil økonomiske konsekvenser av dette være noe man bare må akseptere – det vil være et irrelevant argument å mene at menneskerettskrenkelser burde få gå upåtaalt fordi det er kostbart for det offentlige å måtte betale erstatning. Det fremstår heller ikke som en praktisk relevant utfordring at muligheten for erstatning ville føre til flere ugrunnede søksmål, noe som i så fall ville påført domstolene kostnader. Både tvistelovens regler om rettslig interesse og konvensjonenes vilkår om prosedable krav vil tillate domstolene å avvise ugrunnede krav. Hvis det skulle bli fremmet flere saker med prosedable krav om menneskerettighetskrenkelser, er det uansett ikke enkelt å se dette som noe negativt, siden det vil føre til en avklaring og økt bevissthet om, og på sikt kanskje forbedret gjennomføring av, våre internasjonale menneskerettsforpliktelser.

For det annet vil det ikke være slik at alle menneskerettskrenkelser vil gi rett til erstatning, bare krenkelser som ikke kan repareres på annen måte. Blant sakene hvor det konstateres menneskerettskrenkelser, vil det derfor bare være en andel av disse som gir grunnlag for erstatning. Det kan tenkes at erstatning vil benyttes noe oftere enn tidligere som reparasjonsmiddel når domstolene får et klart rettslig grunnlag for en vurdering av slike krav, men her må det være opp til domstolene å utvikle en praksis i samsvar med våre internasjonale forpliktelser.

For det tredje viser EMDs praksis at selv når erstatning er nødvendig for å reparere en menneskerettskrenkelse, vil erstatningsbeløpene ofte være nokså beskjedne. Det vil uansett være tale om begrensede offentlige kostnader, som til gjengjeld vil ha svært stor betydning for dem som blir tildelt erstatning.

Det må likevel erkjennes at forslaget kan føre til en viss økning i antallet søksmål med krav om erstatning for menneskerettskrenkelser, at det kan bli tilkjent erstatning i en større andel slike saker enn i dag, og at erstatningsutmålingen kan tenkes å øke. Størst konsekvenser i så måte kan oppstå på grunn av forslaget om endringer i reglene om foreldelse. Dette forslaget kan føre til at enkelte krav som ville blitt ansett som foreldet etter gjeldende rett, likevel kan fremmes. Dette vil i så fall være en reell endring.

Uansett vil eventuelle slike virkninger innebære at det oppstår økte offentlige kostnader, men det faller utenfor min kompetanse å tallfeste disse. Jeg vil også peke på at hver krone i økte offentlige kostnader vil tilfalle personer som har blitt utsatt for krenkelser av sine menneskerettigheter fra offentlige myndigheter, og at det er tale om erstatning som domstolene anses som nødvendige for å rette opp krenkelsen. Selve dette prinsippet, som uomtvistelig ligger til grunn for hele forslaget, tilsier etter min oppfatning at eventuelle økonomiske konsekvenser av forslaget er noe som bare må aksepteres. Som en velutviklet rettsstat kan ikke Norge godta at menneskerettskrenkelser ikke repareres fordi det er kostbart å reparere dem.

9 LOVFORSLAG MED KOMMENTARER

9.1 Forslag til lovendring

I lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) foreslår jeg at et nytt kapittel 4A med ny § 4A-1 skal lyde:

Kapittel 4A. Erstatning for menneskerettskrenkelser.

§ 4A-1. (*erstatning for menneskerettskrenkelser*)

1. Stat eller kommune skal yte erstatning for skade som noen har lidt som følge av krenkelse av
 - a. Den europeiske menneskerettskonvensjonen med tilleggsprotokoller, eller
 - b. FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter.
2. Erstatning etter første ledd kan omfatte skade på person, erstatning for krenking eller mislig atferd som nevnt i § 3-3, erstatning for en persons død som nevnt i § 3-4, tingskade og annen formuesskade. Det kan også tilkjennes erstatning (oppreisning) for skade av ikke-økonomisk art. Erstatning etter annet punktum fastsettes slik retten finner rimelig ut fra krenkelsens art og forholdene ellers.
3. Erstatning etter denne paragraf tilkjennes bare i den utstrekning det er nødvendig for å reparere krenkelsen. På samme vilkår kan erstatning tilkjennes selv om kravet ellers ville vært foreldet.

9.2 Lovkommentar

I det følgende gis en relativt kortfattet lovkommentar for de enkelte elementene i den foreslåtte bestemmelsen, men det vises generelt til kapittel 6 ovenfor for mer alminnelige merknader.

Generelt om bestemmelsen

Bestemmelsens formål er å gi hjemmel for å tilkjenne erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap som følge av krenkelser av EMK og SP. Erstatning kan tilkjennes for alle former for skade, både skade på person, tingskade og annen formuesskade, og skade av ikke-økonomisk art. Erstatning skal bare tilkjennes i den utstrekning det er nødvendig for å reparere en konvensjonskrenkelse. Bestemmelsen er utformet med inspirasjon fra den svenske skadeståndslagen 3. kap. 4 §, men er tilpasset norske forhold og forsøkt gitt en språklig utforming som oppfyller norske krav til klart og brukervennlig lovspråk.

Om bestemmelsens plassering og utforming

Jeg foreslår at det innføres et nytt kapittel 4A i skadeserstatningsloven, om erstatning for menneskerettskrenkelser, med den foreslåtte bestemmelsen som ny § 4A-1. Det er ikke nødvendigvis helt elegant å innføre et nytt kapittel for å innta én bestemmelse, men andre alternativer fremstår ikke som bedre. Siden bestemmelsen foreslås å omfatte både personskade (som reguleres av kapittel 3) og tingskade og annen formuesskade (som reguleres av kapittel

4), fremstår ikke noen av disse kapitlene som bedre egnet. Samtidig foreslås bestemmelsen å omfatte både økonomisk og ikke-økonomisk tap, men dette er noe den har felles med §§ 3-6 og 3-6 a slik at dette i seg selv ikke ville vært til hinder for å gi bestemmelsen som ny § 3-5 a eller ny § 3-6 b. Kapittel 2 kunne vært en mulig plassering siden dette kapitlet i henhold til overskriften omfatter «det offentliges ... ansvar», men kapitlet omfatter bare det offentliges (og andres) arbeidsgiveransvar. I lys av den rettslige usikkerheten som er skapt i norsk rett om arbeidsgiveransvarets rekkevidde som erstatningsgrunnlag ved menneskerettskrenkelser, blant annet ved Rt. 2010 s. 291, vil det være uheldig å gi en ny bestemmelse en lovteknisk plassering som skaper inntrykk av at den bare er en variant av arbeidsgiveransvaret. Atter et alternativ kunne være å gi bestemmelsen som en ny § 5-6, men siden lovens kapittel 5 gir «alminnelige bestemmelser» uten å gi noen egne erstatningsgrunnlag, er det ikke gitt at dette rent lovteknisk er en egnet plassering. Ved å gi et nytt kapittel, vil også bestemmelsen bli mer synlig sammenliknet med å gi den avslutningsvis i et kapittel om alminnelige regler.

En fordel ved å gi bestemmelsen som ny § 5-6 kunne være at den ville fått lovteknisk forbindelse til folkerettsforbeholdet i § 5-5, som sier at reglene i loven «gjelder ikke i den utstrekning annet følger av ... internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av». Denne bestemmelsen har neppe noen særlig rettslig betydning ved siden av den foreslåtte nye bestemmelsen, men dette kunne gi rettsanvenderen en påminnelse om at den nye bestemmelsen gis for å oppfylle internasjonale forpliktelser.

Jeg foreslår en bestemmelse i tre ledd, og har gitt hvert ledd et nummer. Skadeserstatningsloven er lovteknisk inkonsekvent her ved at noen paragrafer har nummererte ledd mens andre ikke har det. Utenfor kapittel 3 har imidlertid alle paragrafer nummererte ledd hvis det er mer enn ett ledd.

Til første ledd

Bestemmelsen klargjør at hvis noen lider skade som følge av en krenkelse av EMK eller SP, kan stat eller kommune pålegges å erstatte denne skaden. I prinsippet omfattes alle rettigheter i EMK og SP, inkludert alle rettigheter i EMKs tilleggsprotokoller i den utstrekning disse er bindende for Norge. Forbeholdet om «i den utstrekning de er bindende» er unødvendig å ta inn i bestemmelsen, siden det ikke kan konstateres noen krenkelse av konvensjonsrettigheter som ikke er bindende for Norge. Allerede av den grunn vil bestemmelsen ha en slik avgrensning.

Ansvarssubjektet er angitt som «stat eller kommune». Dette er ment å omfatte også andre offentlige instanser, slik som fylkeskommuner eller interkommunale samarbeidsorganer, men det er neppe grunn til å si dette uttrykkelig i lovteksten. Bestemmelsen er også ment å omfatte andre som utøver offentlig myndighet på vegne av stat eller kommune, men heller ikke dette fremstår som nødvendig å si uttrykkelig. I den foreslåtte finske lovbestemmelsene er det vist til «ett annat samfund som sköter offentliga förvaltningsuppgifter», og en mulig formulering i norsk rett kunne vært «stat eller kommune, eller noen som utøver offentlig myndighet på vegne av disse». Dette skaper imidlertid en tyngre lovtekst uten at det etter mitt skjønn har noen særlig tilleggsverdi.

Formuleringen «stat eller kommune» er ikke ment å gi en valgfrihet til skadelidte utover hva som følger av gjeldende norsk rett. Det vil fremgå av øvrige regler i norsk rett, særlig tvisteloven

§ 1-3 som forstått i HR-2022-401-A, hvem som er rett saksøkt i den enkelte sak. Det klare utgangspunktet vil her være at det er det offentlige organet som har begått den menneskerettskrenkende handlingen eller unnlåtelsen som er erstatningsansvarlig. Jeg tror imidlertid ikke det kan utelukkes at det etter omstendighetene bør åpnes for at et annet organ enn det som har utført den umiddelbart ansvarsbetingende handlingen, kan holdes erstatningsansvarlig. Eksempelvis kan det tenkes at hvis en kommune gjennom forsvarlig gjennomføring av en menneskerettsstridig lovgivning forårsaker skade (jf. argumentasjonen i Rt. 2010 s. 291), kan det etter omstendighetene være urimelig at det er kommunen som skal bære det økonomiske ansvaret, slik at krav heller kan (bør) rettes mot statlige myndigheter som lovgiver. Dette vil imidlertid bare være helt unntaksvis. Det er utvetydig fastslått i norsk rett at kommunen har en selvstendig forpliktelse for oppfyllelse av EMK og SP, og en del av denne forpliktelsen er en plikt til å erstatte skade som følger av menneskerettsstridig opptreden.

Innenfor stat eller kommune vil alle instanser omfattes. Alle myndighetsorganer som er kompetent til å krenke menneskerettighetene, kan påføres et erstatningsansvar. Både lovgivende, utøvende og dømmende myndighet omfattes.

Ved å angi at erstatning skal ytes for skade som er lidt som følge av en krenkelse, vil det følge at det ikke kreves noe ansvarsgrunnlag utover konvensjonskrenkelsen. Konvensjonskrenkelsen er nødvendig og tilstrekkelig ansvarsgrunnlag. Det stilles ikke krav om at noen kan bebreides krenkelsen. Det kreves strengt tatt heller ikke at krenkelsen kan tilskrives et bestemt organ, så lenge på det ett eller annet nivå av offentlig myndighet har funnet sted hendelser (handlinger eller unnlatelser) som hver for seg eller samlet utgjør en menneskerettskrenkelse. Rene systemfeil vil også omfattes.

Formuleringen «som følge av» er ment å vise til alminnelige regler og prinsipper om adekvat årsakssammenheng. Hvilke økonomiske og ikke-økonomiske tap som følger av en menneskerettskrenkelse i den enkelte sak vil nødvendigvis bero på en konkret vurdering som det ikke er hensiktsmessig å lovregulere nærmere.

Erstatningsansvaret er formulert som en «skal»-regel. Utgangspunktet vil helt klart være at det skal gis erstatning når vilkårene er oppfylt, men ett av disse vilkårene (i tredje ledd) er at erstatning skal være nødvendig for å reparere krenkelsen, noe som i realiteten fører til en skjønnsmessig vurdering. Formuleringen «skal yte» er lånt fra skl. §§ 3-6 og 3-6 a, hvor det imidlertid samtidig sies at erstatningsansvar «kan pålegges» med hensyn til ikke-økonomisk tap. En alternativ formulering også i § 4A-1 kunne være at stat og kommune «kan pålegges å betale erstatning». En slik formulering vil imidlertid skjule at dette er en erstatning skadelidte har krav på hvis det er nødvendig for å reparere krenkelsen, og den ville antyde at domstolene kan utvise skjønn selv om vilkårene er oppfylt, altså selv om det er nødvendig for å reparere krenkelsen, så «kan» erstatning tilkjennes. Dette vil ikke være en hensiktsmessig regulering. Hvis det er nødvendig for å reparere krenkelsen, så skal det tilkjennes erstatning både for økonomisk og ikke-økonomisk tap. Også den svenske lovreguleringen sier at staten eller kommunen «skal ersätta» skade.

Bestemmelsen sier at stat eller kommune skal erstatte den skaden som «noen» har lidt. Dette er en formulering som ellers ikke brukes i skadeserstatningsloven (bortsett fra i § 1-5 første ledd, hvor det brukes på en litt annen måte). I loven for øvrig er den erstatningsberettigede angitt som

«skadelidte», «fornærmede» eller «krenkede». Av disse er kanskje «krenkede» det beste siden vi ellers taler om «menneskerettskrenkelser», men dette er allerede fanget opp av «som følge av krenkelse». I skadeserstatningsloven for øvrig er det bare § 3-6 a som snakker om «krenkede», og der er skaden knyttet til ærekrenkelser. Noen som utsettes for et menneskerettsbrudd er ikke nødvendigvis «krenket», og ordet fremstår ikke som hensiktsmessig. I den svenske loven er «noen» benyttet, «skada på grund av att någon kränks».

Begrepet «noen» er for øvrig ment å omfatte både personlige og ikke-personlige rettssubjekter. Utover dette er det ikke ment å innebære noen egen avgrensning. Alle fysiske og juridiske personer som er i stand til å bli funnet å ha vært utsatt for en menneskerettskrenkelse, kan kreve erstatning etter denne bestemmelsen.

Også formuleringen «som følge av krenkelse» kan diskuteres, men mitt inntrykk er at dette er et begrep som brukes i praksis og som både profesjonelle og mer lege rettsanvendere uten videre vil forstå at knytter seg til et menneskerettsbrudd. Et alternativ kunne vært å knytte seg opp til ordlyden i EMK artikkel 34, om at det er den som hevder å ha vært utsatt for en «overtredelse» av EMK som kan klage til EMD. Dette begrepet er brukt i den svenske lovreguleringen, som sier at erstatningsansvaret inntreer når en rettighet i EMK «har överträtts», men der brukes altså «på grund av att någon kränks» i tillegg. Jeg mener alt i alt at skade som «noen» har lidt som følge av «krenkelse» er både presist og forståelig.

Til annet ledd

Annet ledd er ment å omfatte alle skadeformer som faller innenfor rammene av erstatningsbetingende skade i norsk erstatningsrett. Med «skade på person» er det ment en henvisning til skade som omfattes av §§ 3-1, 3-2, 3-2 a, og 3-4. I § 3-1 første ledd fremgår det at «[e]rstatning for skade på person skal dekke lidt skade, tap i framtidig erverv og utgifter som personskaden antas å påføre skadelidte i framtiden», og det er naturlig at dette vil gjelde tilsvarende for personskade som har oppstått som følge av en menneskerettskrenkelse. Det samme gjelder de nærmere beregningsreglene i § 3-1 annet til fjerde ledd. Det samme gjelder også § 3-2 om menerstatning. Hvis en menneskerettskrenkelse fører til «varig og betydelig skade av medisinsk art», som denne bestemmelsen krever, er det ingen grunn til å avskjære denne posten. Jeg antar at det samme også må gjelde for standardisert inntektstaperstatning til barn etter § 3-2 a. Det er mulig at disse tre paragrafene burde nevnes uttrykkelig, slik som i skl. § 3-3 hvor det heter at disse tre paragrafene «gjelder tilsvarende» for visse former krenkelser eller mislig adferd, men jeg ser ikke at dette er nødvendig. Derimot bør § 3-3 selv nevnes uttrykkelig, siden handlingene som nevnes her ikke nødvendigvis utgjør skade på person. Denne bestemmelsen er formodentlig ikke særlig praktisk ved menneskerettskrenkelser, men det fremstår likevel ikke som hensiktsmessig å utelate den fra oppstillingen. Videre er hensikten også å omfatte erstatning for en persons død etter § 3-4. Siden heller ikke dette uten videre omfattes av «skade på person» bør også dette nevnes særskilt. Dette er samme lovgivningsteknikk som er benyttet i Sverige

Henvisningen til «tingskade og annen formuesskade» er ment å innebære en henvisning til skl. kapittel 4. Her gis det regler om at erstatning for slik skade «skal dekke den skadelidtes økonomiske tap» (jf. § 4-1), mens videre paragrafer gir regler om forholdet til forsikringer samt

regress. Også dette er regler som synes egnet for anvendelse også når ansvarsgrunnlaget består i en menneskerettskrenkelse.

Bestemmelsen omfatter videre ikke-økonomisk tap, jf. annet punktum, og dermed løses hjemmelsspørsmålet i norsk rett. Skadeserstatningslovens øvrige regler om oppreisning er formulert slik at erstatning for ikke-økonomisk tap kan tilkjennes så langt retten finner det rimelig, og en bestemmelse med slikt innhold inntas i tredje punktum. Det kunne innvendes at en slik begrensning er unødvendig ved siden av en regel om at erstatning skal tilkjennes så langt det er nødvendig for å reparere en menneskerettskrenkelse, som tilsier at oppreisning skal tilkjennes så langt det er nødvendig, ikke så langt retten finner det rimelig. En slik bestemmelse gir likevel best samsvar med lovens øvrige bestemmelser om ikke-økonomisk tap, og den klargjør at utmåling av slik erstatning vil måtte være skjønnsmessig. Det angis i tredje punktum at det skal tas hensyn til krenkelsens art og forholdene ellers, noe som gir anvisning på en bred helhetsvurdering. I praksis vil det utvikle seg en standardisert erstatningsutmåling, og bestemmelsen er ikke ment å være til hinder for dette.

Et særlig spørsmål oppstår med hensyn til oppreisning ved ren tingskade eller annen formuesskade. I dag anerkjenner ikke norsk rett et krav på oppreisning ved slik skade, og annet ledd er ikke ment å endre på dette. Utformingen av annet ledd åpner imidlertid for at erstatning for ikke-økonomisk tap kan være aktuelt også ved slik skade. Igjen ligger begrunnelsen i at erstatning skal gis så langt det er nødvendig for å reparere krenkelsen. Hvis EMDs praksis utvikler seg slik at det etter hvert kreves oppreisning også for enkelte krenkelser som bare består i tingskade eller annen formuesskade, må norsk rett ha en hjemmel som tillater dette. Motsatt er det slik at så lenge dette ikke kan utledes som et krav av EMK artikkel 13 eller SP artikkel 2 nr. 3 i lys av praksis, er det heller ingenting i den foreslåtte bestemmelsen som tilsier at slik erstatning likevel kan kreves.

Også her er lovreguleringen lik som i Sverige. Etter den svenske skadeståndslagen kan det kreves erstatning for «personskada, sakskada, ren förmögenhetsskada, skada på grund av att någon kränks på sätt som anges i 2 kap. 3 § och skada som ersätts enligt 2 kap. 3 a §»,⁴⁵⁸ i tillegg til «annan ideell skada» uten at dette avgrenses mot tingskade og formuesskade.

Til tredje ledd

Tredje ledd første punktum er sentralt ved at det fastlås at erstatning bare skal tilkjennes så langt det er nødvendig for å reparere krenkelser. Noen virkninger av dette er allerede berørt ovenfor. Hensikten er å sikre full reparasjon av menneskerettskrenkelser, men ikke å gå lenger enn dette. Bestemmelsen skal uansett ikke gi rett til mer enn full erstatning. Den betyr også at hvis en menneskerettskrenkelse kan anses tilstrekkelig reparert uten erstatning (eller med begrenset erstatning), kan ikke en videre rett til erstatning utledes fra bestemmelsen. I så måte kan andre ansvarsgrunnlag tenkes å gi en mer omfattende rett til erstatning. Videre betyr bestemmelsen at hvis bruk av andre ansvarsgrunnlag gir tilstrekkelig erstatning, kan heller ikke bestemmelsen

⁴⁵⁸ Skadeståndslagen 2. kap 3 § rammer den «som allvarligt kränker någon annan genom brott som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära», som minner om vår skl. § 3-3, dog uten å være helt tilsvarende. Lovens 2. kap 3 a § rammer den «som uppsåtligen eller av grov oaktsamhet genom brott orsakar någon annans död», som i stor grad tilsvarer vår skl. § 3-4.

brukes til å gi større erstatning. Det kan her minnes om at utbetaling av erstatning ikke alltid er nok for å reparere en krenkelse, men andre virkemidler kan ikke forankres i denne bestemmelsen.

Ordlyden kan forstås slik at bestemmelsen bare er anvendelig hvis andre ansvarsgrunnlag ikke strekker til, altså at den nye bestemmelsen er sekundær til andre regler. Fra min side er imidlertid ikke dette hensikten. Skadelidtes valgfrihet bør gjelde, og rent prosessøkonomisk kan det være hensiktsmessig å gå rett på et menneskerettslig ansvarsgrunnlag hvis det er menneskerettskrenkelsen som er den erstatningsbetingende hendelsen, i stedet for å gå en omvei om andre ansvarsgrunnlag. Med tanke på å reparere en menneskerettskrenkelse vil det også være en fordel å bruke den foreslåtte bestemmelsen, fordi en erstatning etter denne bestemmelsen nødvendigvis også vil innebære en konstatering av en menneskerettskrenkelse. Dermed unngår man den muligheten som gjelder for andre ansvarsgrunnlag, at utbetaling av erstatning ikke nødvendigvis er tilstrekkelig for å reparere en krenkelse hvis den ikke samtidig innebære en eller annen form for anerkjennelse av krenkelsen. Siden forutsetningen uansett er at man ikke skal ha krav på større erstatning enn hva som er nødvendig for å reparere krenkelsen, synes det heller ikke å være særlige mothensyn mot å tillate skadelidte å gå rett på denne bestemmelsen. Det vil heller være slik at andre ansvarsgrunnlag kan tenkes å gi rett på mer omfattende erstatning, slik at det kan være i skadelidtes interesse å velge andre grunnlag.

Bestemmelsen innebærer videre en hensiktsmessig avveining av motstridende hensyn. Den utvider ikke erstatningsansvaret for det offentlige utover hva som allerede følger av våre internasjonale forpliktelser (selv om den kan innebære en slik utvidelse sammenliknet med hvordan disse internasjonale forpliktelsene hittil har vært forstått av norske domstoler), og den sikrer fleksibilitet med sikte på fremtidig rettsutvikling i de internasjonale organene.

Bestemmelsen er helt i samsvar med annet ledd i den svenske bestemmelsen: «Skadestånd enligt första stycket ska betalas endast i den utsträckning det är nödvändigt för att gottgöra överträdelsen.»

Tredje ledd annet punktum gjør unntak fra foreldelseslovens alminnelige regler, og det kan generelt vises til punkt 6.8 ovenfor. Selv om et erstatningskrav ville vært foreldet etter foreldelseslovens regler, kan det tilkjennes erstatning hvis det er nødvendig for å reparere krenkelsen. Bestemmelsen er formulert som en «kan»-regel, det vil si at domstolene bør ha et visst rom for skjønn i vurderingen av om et ellers foreldet krav likevel skal kunne fremmes. En slik vurdering vil likevel i stor grad flyte over i vurderingen av om det er nødvendig å tilkjenne erstatning for å reparere krenkelsen. Hensikten er å gi en tilstrekkelig fleksibel mulighet for å gjøre unntak fra alminnelige foreldelsesregler når dette er nødvendig for å reparere en krenkelse eller hvis det er svært urimelig for skadelidte å anse kravet for foreldet, uten å gå så langt at det forrykker den generelle interesseavveiningen som er gjort i foreldelsesloven.

KILDEREGISTER

1. Norsk rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1995 s. 209, dom 6. februar 1995
Rt. 2001 s. 428, dom 23. mars 2001
Rt. 2001 s. 1006, dom 22. august 2001
Rt. 2003 s. 301, kjennelse 4. mars 2003
Rt. 2004 s. 1868, kjennelse 7. desember 2004
Rt. 2005 s. 1104, kjennelse 14. september 2005
Rt. 2008 s. 513, kjennelse 16. april 2008
Rt. 2009 s. 477, kjennelse 14. april 2009
Rt. 2010 s. 291, dom 5. mars 2010
Rt. 2011 s. 1666, dom 13. desember 2011
Rt. 2012 s. 2039, dom 21. desember 2012
Rt. 2013 s. 588, dom 25. april 2013
Rt. 2013 s. 805, dom 31. mai 2013
Rt. 2015 s. 276, dom 5. mars 2015
Rt. 2015 s. 1324, dom 2. desember 2015
HR-2016-2178-U, kjennelse 19. oktober 2016
HR-2018-1909-A, dom 8. oktober 2018
HR-2018-2388-A, dom 14. desember 2018
HR-2020-2136-A, dom 5. november 2020
HR-2021-530-A, dom 9. mars 2021
HR-2021-1155-A, dom 28. mai 2021
HR-2021-1345-A, dom og kjennelse 23. juni 2021
HR-2021-1871-A, dom 23. september 2021
HR-2021-1975-S, dom 11. oktober 2021
HR-2022-401-A, kjennelse 17. februar 2022
HR-2022-2421-A, dom 20. desember 2022
HR-2023-127-U, kjennelse 19. januar 2023
HR-2023-585-A, dom 30. mars 2023
HR-2023-877-A, dom 10. mai 2023
HR-2023-1035-A, dom 5. juni 2023

Lagmannsretter og tingrett

LB-2019-27055, Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 23. mars 2020
LG-2019-161767, Gulating lagmannsretts dom 10. juli 2020
LG-2020-171699, Gulating lagmannsretts beslutning og kjennelse 16. mars 2021
LH-2022-170416, Hålogaland lagmannsretts dom 25. mai 2023
LB-2022-146292, Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 16. mai 2023
LB-2023-26736, Borgarting lagmannsretts dom 4. juli 2023

TOSLO-2013-103468, Oslo tingretts dom 2. juni 2014
TOSLO-2014-125062, Oslo tingretts dom 26. juni 2015
TMHA-2020-181243, Midtre Hålogaland tingretts dom 15. august 2022
TOSL-2021-107095, Oslo tingretts dom 3. november 2022
22-011228TVI-TOSL/04, Oslo tingretts dom 7. desember 2022 (ikke tilgjengelig i Lovdata)
TOSL-2022-84812, Oslo tingretts dom 23. mai 2023
22-153845TVI-TOSL/07, Oslo tingretts dom 24. mai 2023 (ikke tilgjengelig i Lovdata)

2. Dommer fra EMD

A. mot Norge, snr. 28070/06, dom 9. april 2009
A. mot Norge, snr. 65170/14, avvisningsavgjørelse 29. mai 2018
A. og E. Riis mot Norge, snr. 9042/04, dom 31. mai 2007
A. og E. Riis mot Norge (nr. 2), snr. 16468/05, dom 17. januar 2008
Aksoy mot Tyrkia, snr. 21987/93, dom 18. desember 1996
A.L. mot Norge, snr. 45889/18, dom 20. januar 2022
Ananyev med flere mot Russland, snr. 42525/07 og 60800/08, dom 10. januar 2012
Apap Bologna mot Malta, snr. 46931/12, dom 30. august 2016
A.S. mot Norge, snr. 60371/15, dom 17. desember 2019
Association Innocence en Danger og Association Enfance et Partage mot Frankrike, snr. 15343/15 og 16806/15, dom 4. juni 2020
Bara og Kola mot Albania, snr. 43391/18 og 17766/19, dom 12. oktober 2021
Beck mot Norge, snr. 26390/95, dom 26. juni 2001
Beizaras og Levickas mot Litauen, snr. 41288/15, dom 14. januar 2020
Bieliński mot Polen, snr. 48762/19, dom 21. juli 2022
Boyle og Rice mot Storbritannia, snr. 9659/82 og 9658/82, plenumsdom 27. april 1988
Bubbins mot Storbritannia, snr. 50196/99, dom 17. mars 2005
Budayeva med flere mot Russland, snr. 15339/02 med flere, dom 20. mars 2008
Burdov mot Russland (nr. 2), snr. 33509/04, dom 15. januar 2009
Bursać med flere mot Kroatia, snr. 78836/16, dom 28. april 2022
Butt mot Norge, snr. 47017/09, dom 4. desember 2012
Cataldo mot Italia, snr. 45656/99, avvisningsavgjørelse 3. juni 2004
Centro Europa 7 S.R.L. og Di Stefano mot Italia, snr. 38433/09, storkammerdom 7. juni 2012
C.N. og V. mot Frankrike, snr. 67724/09, dom 11. oktober 2012
Cobzaru mot Romania, snr. 48254/99, dom 26. juli 2007
Comingersoll S.A. mot Portugal, snr. 35382/97, storkammerdom 6. april 2000
Delle Cave og Corrado mot Italia, snr. 14626/03, dom 5. juni 2007
de Souza Ribeiro mot Frankrike, snr. 22689/07, storkammerdom 13. desember 2012
de Tommaso mot Italia, snr. 43395/09, storkammerdom 23. februar 2017
Dimitrov og Hamanov mot Bulgaria, snr. 48059/06 og 2708/09, dom 10. mai 2011
D.P. og J.C. mot Storbritannia, snr. 38719/97, dom 10. oktober 2002
Paul and Audrey Edwards mot Storbritannia, snr. 46477/99, dom 14. mars 2022
E. mot Norge, snr. 11701/85, dom 29. august 1990
E. med flere mot Storbritannia, snr. 33218/96, dom 26. november 2002
Eşim mot Tyrkia, snr. 59601/09, dom 17. september 2013

Finger mot Bulgaria, snr. 37346/05, dom 10. mai 2011
Folgerø med flere mot Norge, snr. 15472/02, storkammerdom 29. juni 2007
Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) mot Tyrkia, snr. 23885/94, dom 8. desember 1999
Gazsó mot Ungarn, snr. 48322/12, dom 16. juli 2015
Glas Nadezdha EOOD og Elenkov mot Bulgaria, snr. 14134/02, dom 11. oktober 2007
Gongadze mot Ukraina, snr. 34056/02, dom 8. november 2005
Hansen mot Norge, snr. 15319/09, dom 2. oktober 2014
Hasan og Chaush mot Bulgaria, snr. 30985/96, storkammerdom 26. oktober 2000
Hernehult mot Norge, snr. 14652/16, dom 10. mars 2020
Iovchev mot Bulgaria, snr. 41211/98, dom 2. februar 2006
«Iza» Ltd og Makrakhidze mot Georgia, snr. 28537/02, dom 27. september 2005
Jansen mot Norge, snr. 2822/16, dom 6. september 2018
Januškevičienė mot Litauen, snr. 69717/14, dom 3. september 2019
Kangasluoma mot Finland, snr. 48339/99, dom 20. januar 2004
Kaplan med flere mot Norge, snr. 32504/11, dom 24. juli 2014
Karácsony med flere mot Ungarn, snr. 42461/13 og 44357/13, dom 16. september 2014, storkammerdom 17. mai 2016
Kaste og Mathisen mot Norge, snr. 18885/04 og 21166/04, dom 9. november 2006
Kaya mot Tyrkia, snr. 22729/93, dom 19. februar 1998
Keenan mot Storbritannia, snr. 27229/95, dom 3. april 2001
Klaedes mot Kypros, snr. 72491/12, avvisningsavgjørelse 22. september 2015
Klass med flere mot Tyskland, snr. 5029/71, plenumsdom 6. september 1978
K.O. og V.M. mot Norge, snr. 64808/16, dom 19. november 2019
Kochetkov mot Estland, snr. 41653/05, dom 2. juli 2009
Konstas mot Hellas, snr. 53466/07, dom 24. mai 2011
Kontrová mot Slovakia, snr. 7510/04, dom 31. mai 2007
Kristiansen mot Norge, snr. 1176/10, dom 17. desember 2015
Kristiansen og Tyvik AS mot Norge, snr. 25497/08, dom 2. mai 2013
K.T. mot Norge, snr. 26664/03, dom 25. september 2008
Kudla mot Polen, snr. 30210/96, storkammerdom 26. oktober 2000
Kuppinger mot Tyskland, snr. 62198/11, dom 15. januar 2015
Kurić med flere mot Slovenia, snr. 26828/06, storkammerdom 26. juni 2012
Kurt mot Tyrkia, snr. 24276/94, dom 25. mai 1998
Lambert med flere mot Frankrike, snr. 46043/14, storkammerdom 5. juni 2015
Loste mot Frankrike, snr. 59227/12, dom 3. november 2022
Marshall med flere mot Malta, snr. 79177/16, dom 11. februar 2020
Mayboroda mot Ukraina, snr. 14709/07, dom 13. april 2023
McFarlane mot Irland, snr. 31333/06, storkammerdom 10. september 2010
McGlinchey med flere mot Storbritannia, snr. 50390/99, dom 29. april 2003
M.L. mot Norge, snr. 64639/16, dom 22. desember 2020
Mugemangango mot Belgia, snr. 310/15, storkammerdom 10. juli 2020
Neshkov med flere mot Bulgaria, snr. 36925/10 med flere, dom 27. januar 2015
Nikitin med flere mot Estland, snr. 23226/16 med flere, som 29. januar 2019
Nilsen og Johnsen mot Norge, snr. 23118/93, storkammerdom 25. november 1999

O. mot Norge, snr. 29327/95, dom 11. februar 2003
O'Keeffe mot Irland, snr. 35810/09, storkammerdom 28. januar 2014
Ommer mot Tyskland (no. 1), snr. 10597/03, dom 13. november 2008
Orr mot Norge, snr. 31283/04, dom 15. mai 2008
Pannon Plakát Kft med flere mot Ungarn, snr. 39858/14, dom 6. desember 2022
Paunović og Milivojević mot Serbia, snr. 41683/06, dom 24. mai 2016.
Pedersen med flere mot Norge, snr. 39710/15, dom 10. mars 2020
Poghosyan og Baghdasaryan mot Armenia, snr. 22999/06, dom 12. juni 2012
Reynolds mot Storbritannia, snr. 2694/08, dom 13. mars 2012
Ringwald mot Kroatia, snr. 14590/15 og 25405/15, dom 22. januar 2019
Roth mot Tyskland, snr. 6780/18 og 30776/18, dom 22. oktober 2020
Rumpf mot Tyskland, snr. 46344/06, dom 2. september 2010
Rutkowski med flere mot Polen, snr. 72287/10 med flere, dom 7. juli 2015
Saber mot Norge, snr. 459/18, dom 17. desember 2020
Sanchez Cardenas mot Norge, snr. 12148/03, dom 4. oktober 2007
Sanofi Pasteur mot Frankrike, snr. 25137/16, dom 13. februar 2020
Scharsach og News Verlagsgesellschaft mbH mot Østerrike, snr. 39394/98, dom 13. november 2003
Scordino mot Italia (nr. 1), snr. 36813/97, avvisningsavgjørelse (dec.) 27. mars 2003; dom, storkammer, 29. mars 2006
Shilbergs mot Russland, snr. 20075/03, dom 17. desember 2009
Silver med flere mot Storbritannia, snr. 5947/72 med flere, dom 25. mars 1983
Slovák mot Slovakia, snr. 34193/07, avvisningsavgjørelse 11. oktober 2011
Stagno mot Belgia, snr. 1062/07, dom 7. juli 2009
Stanev mot Bulgaria, snr. 36760/06, storkammerdom 17. januar 2012
Strand Lobben med flere mot Norge, snr. 37283/13, storkammerdom 10. september 2019
Stubbings mot Storbritannia, snr. 22083/95 og 22095/93, dom 22. oktober 1996
Sukachov mot Ukraina, snr. 14057/17, dom 30. januar 2020
Sürmeli mot Tyskland, snr. 75529/01, storkammerdom 8. juni 2006
Teymurazyan mot Armenia, snr. 1752/09, dom 15. mars 2018
Toplak og Mrak mot Slovenia, snr. 34591/19 og 42545/19, dom 26. oktober 2021
T.P. og K.M. mot Storbritannia, snr. 28945/95, storkammerdom 10. mai 2001
Ulemek mot Kroatia, snr. 21613/16, dom 31. oktober 2019
Vallianatos med flere mot Hellas, snr. 29381/09 og 32684/09, storkammerdom 7. november 2013
Varga med flere mot Ungarn, snr. 14097/12 med flere, dom 10. mars 2015
Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs og Gubi mot Østerrike, snr. 15153/89, dom 19. desember 1994
Vilnes med flere mot Norge, snr. 52806/09 og 22703/10, dom 5. desember 2013
Vlad med flere mot Romania, snr. 40756/06 m.fl., dom, kammer, 26. november 2013
Walston mot Norge (nr. 1), snr. 37372/97, dom 3. juni 2003
Wasserman mot Russland (nr. 2), snr. 21071/05, dom 10. april 2008
X. med flere mot Russland, snr. 78042/16 og 66158/14, dom 14. januar 2020
Y. mot Norge, snr. 56568/00, dom 11. februar 2003

Z. med flere mot Storbritannia, snr. 29392/95, dom, storkammer, 10. mai 2001
ZIT Company mot Serbia, snr. 37343/05, dom 27. november 2007
Öneryıldız mot Tyrkia, snr. 48939/99, storkammerdom 30. november 2004

3. Uttalelser fra FNs menneskerettskomité

A newspaper publishing company mot Trinidad and Tobago, CCPR/C/36/D/360/1989 (1989)
A.B. og B.D. mot Polen, CCPR/C/135/D/3017/2017 (2023)
Achabal Puertas mot Spania, CCPR/C/107/D/1945/2010 (2013)
Aduayom med flere mot Togo, CCPR/C/51/D/422/1990 (1996)
Ali mot Norge, CCPR/C/135/D/2926/2017 (2022)
Atasoy og Sarkut mot Tyrkia, CCPR/C/104/D/1853-1854/2008 (2012)
Broeks mot Nederland, CCPR/C/29/D/172/1984 (1990)
Burrell mot Jamaica, CCPR/C/53/D/546/1993 (1996)
Bwalya mot Zambia, CCPR/C/48/D/314/1988 (1993)
Des Fours Walderode og Kammerlander mot Tsjekkia, CCPR/C/73/D/747/1997 (2001)
Dumont mot Canada, CCPR/C/98/D/1467/2006 (2010)
D.Z. mot Nederland, CCPR/C/130/D/2918/2016 (2021)
Foin mot Frankrike, CCPR/C/67/D/666/1995 (1999)
Foumbi mot Kamerun, CCPR/C/135/D/2825/2016 (2022)
Gedumbe mot Den demokratiske republikken Kongo, CCPR/C/75/D/641/1995 (2002)
Ignatane mot Latvia, CCPR/C/72/D/884/1999 (2001)
J.S.K.N. mot Danmark, CCPR/C/136/D/2754/2016 (2022)
Kang mot Sør-Korea, CCPR/C/78/D/878/1999 (2003)
Karakurt mot Østerrike, CCPR/C/74/D/965/2000 (2002)
Khalilova mot Tadsjikistan, CCPR/C/83/D/973/2001 (2005)
L.N.P. mot Argentina, CCPR/C/102/D/1610/2007 (2011)
Maille mot Frankrike, CCPR/C/69/D/689/1996 (2000)
Müller og Engelhard mot Namibia, CCPR/C/74/D/919/2000 (2002)
Murne mot Sverige, CCPR/C/137/D/2813/2016 (2023)
Pereira og Benega mot Paraguay, CCPR/C/132/D/2552/2015 (2022)
Raihman mot Latvia, CCPR /C/100/D/1621/2007 (2010)
Rezazade mot Kirgisistan, CCPR/C/130/D/2866/2016 (2021)
Saldias de Lopez v. Uruguay, CCPR/C/13/D/52/1979 (1981)
Schedko mot Belarus, CCPR/C/77/D/886/1999 (2003)
Simunek med flere mot Tsjekkia, CCPR/C/54/D/516/1992 (1995)
Sudalenko mot Belarus, CCPR /C/100/D/1354/2005 (2010)
Svetik mot Belarus, CCPR/C/81/D/927/2000 (2004)
Terrón mot Spania, CCPR/C/82/D/1073/2002 (2004)
Tharu og Tharuni mot Nepal, CCPR/C/134/D/3199/2018 (2022)
Toonen mot Australia, CCPR/C/50/D/488/1992 (1994)
Tulzhenkova mot Belarus, CCPR/C/103/D/1838/2008 (2012)
Valcada mot Uruguay, CCPR/C/8/D/9/1977 (1980)
Vanchev mot Bulgaria, CCPR/C/130/D/2820/2016 (2021)
Velichkin mot Belarus, CCPR/C/85/D/1022/2001 (2005)

Viana Acosta mot Uruguay, CCPR/C/21/D/110/1981 (1984)
Vicenta Acosta mot Uruguay, CCPR/C/34/D/162/1983 (1988)
Weinberger Weisz mot Uruguay, CCPR/C/11/D/28/1978 (1980)
Wilson mot Filippinene, CCPR/C/79/D/868/1999 (2003)

4. Litteratur

Aall, Jørgen og Bjarte Askeland (2017). «Statens oppreisningsansvar ved menneskerettighetsbrudd», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2017, s. 3-6

Altwicker-Hámori, Szilvia, Tilmann Altwicker og Anne Peters (2016). «Measuring Violations of Human Rights: An Empirical Analysis of Awards in Respect of Non-Pecuniary Damage under the European Convention on Human Rights», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2016, s. 1-51

Amos, Merris (2016). «Damages for Violations of Human Rights Law in the United Kingdom», i Ewa Bagińska (red.), *Damages for Violations of Human Rights – A Comparative Study of Domestic Legal Systems* (Cham: Springer, 2016) s. 371-394

Bagińska, Ewa (red.) (2016). *Damages for Violations of Human Rights – A Comparative Study of Domestic Legal Systems* (Cham: Springer, 2016)

Bengtsson, Bertil (2018). «Skadestånd vid överträdelse av Europakonventionen – den nya lagstiftningen», *Svensk juristtidning*, 2018, s. 93-126

Bergsjø, Håkon (2020). «Ideell og økonomisk skade i erstatningsretten – særlig om krenkelse av ideelle interesser ved tingskade», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2020, s. 537-616

Buyse, Antoine (2008). «Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2008, s. 129-153

Bårdsen, Arnfinn (2000). «Oppreisningserstatning ved den europeiske menneskerettighetsdomstolen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2000, s. 211-260

Bårdsen, Arnfinn (2002). «Retten til erstatning for ulovlig frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 (5) og SP artikkel 9 (5)», i Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt (red.), *Nybrott og odling – Festschrift til Nils Nygaard* (Bergen: Fagbokforlaget, 2002) s. 51-60

Christoffersen, Jonas (2005). «Det offentlige kompensationsansvar for krænkelser af internationale menneskerettigheder», *Ugeskrift for Retsvæsen*, U.2005B.133 (2005) s. 133-139.

Christoffersen, Jonas (2017). «Erstatningsansvar for overträdelse af menneskeretten», i Peter Pagh, Søren Højgaard Mørup og Niels Fenger (red.), *Offentlige myndigheders erstatningsansvar* (København: Jurist- og økonomforbundets forlag, 2017) s. 157-177

David, Valeska (2014). «Reparations at the Human Rights Committee: Legal Basis, Practice and Challenges», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2014, s. 8-43

Eldøy, Ragnar (1997). «Oppreisningskrav mot det offentlige – organansvaret i lys av Rt. 1995 s. 209», *Lov og Rett*, 1997, s. 377-384

Emaus, Jessy M. (2016). «Damages for Fundamental Rights Violations, Dutch Perspectives», i Ewa Bagińska (red.), *Damages for Violations of Human Rights – A Comparative Study of Domestic Legal Systems* (Cham: Springer, 2016) s. 241-258

Emberland, Marius (2006). *The Human Rights of Companies* (Oxford: Oxford University Press, 2006)

- Hagland, Birgitte (2019). «Statens oppreisningsansvar ved menneskerettsbrudd», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2019, s. 67-99
- Hagland, Birgitte (2021). «Regeldanning i erstatningsretten – om hvilke regeldanningsspørsmål som er mindre egnet for domstolene» i Stefan Lindskog med flere (red.), *Festskrift til Jan Kleineman* (Stockholm: Jure Forlag, 2021) s. 335-354
- Hjelmeng, Erling (2016). «Folkerettslig påvirkning av norsk erstatningsrett – to høyesterettsdommer», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2016, s. 211-229
- Ichim, Octavian (2015). *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015)
- Kjelland, Morten (2016). «Oppreisningserstatning ved fysiske og psykiske krenkelser: En analyse av høyesterettspraksis og sentrale utviklingslinjer», i Jens Edvin A. Skoghøy, Toril Marie Øie og Magnus Matningsdal (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling – Festskrift til Tore Schei* (Oslo: Universitetsforlaget, 2016) s. 703-758
- Kjelland, Morten (2019). *Erstatningsrett – en lærebok* (Oslo: Universitetsforlaget, 2. utg., 2019)
- Kjølbrot, Jon Fridrik (2017). *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere* (København: Jurist- og Økonomforbundets forlag, 4.utg., 2017)
- Klein, Eckart (1999). «Individual Reparation Claims under the International Covenant on Civil and Political Rights: The Practice of the Human Rights Committee», i Albrecht Randelzhofer og Christian Tomuschat (red.), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights* (Haag: Martinus Nijhoff, 1999) s. 27-41
- Lie, Markus Hoel (2012). «Objektivt erstatningsansvar for uriktig offentlig myndighetsutøving?», *Lov og Rett*, 2012, s. 407-423
- Lorenzen, Peer med flere (2011). *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, Bind I: Art. 1 – 9, Bind II: Art. 10 – 59 samt Tillægsprotokollene* (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. utg., 2011)
- Madsen, Palle Bo (2011). «Når erstatning er en menneskeret – menneskerettighedskonventionen og national erstatningsrett», *Juristen*, 2011, s. 263-268
- Mikkelsen, Mathias (2022). *Forældelsesloven i lyset af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* (København: Djøf Forlag, 2022)
- Möller, Jakob Th. og Alfred de Zayas (2009). *United Nations Human Rights Committee Case Law 1977-2009: A Handbook* (Kehl: Engel, 2009)
- Nielsen, Rasmus Grønved og Andreas Bloch Ehlers (2018). «Mere om ansvar for menneskerettighedsbrud», *Juristen*, 2018, s. 111-115
- Nordhus, Ole G. (2019). «Oppreisningskrav etter EMK artikkel 13 – en sammenligning av norsk og svensk rett», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2019, s. 33-60
- Ojanen, Tuomas og Janne Salminen, «Finland: European Integration and International Human Rights Treaties as Sources of Domestic Constitutional Change and Dynamism» i Anneli Albi og Samo Bardutzky (red.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law* (Haag: T.M.C. Asser, 2019) s. 359-404
- Philippe, Xavier (2016). «Les dommages-intérêts pour violation des droits de l'homme en France», i Ewa Bagińska (red.), *Damages for Violations of Human Rights – A Comparative Study of Domestic Legal Systems* (Cham: Springer, 2016) s. 69-100

- Reiersten, Michael (2015). «EMK og kommunene», *Lov og Rett*, 2015, s. 414-431
- Reiersten, Michael (2022). *Effective Domestic Remedies and the European Court of Human Rights: Applications of the European Convention on Human Rights Article 13* (Cambridge: Cambridge University Press, 2022)
- Reiersten, Michael (2023). «Fastsettelsesdom for brudd på EMK», *Lov og Rett*, 2023, s. 239-260
- Roberts, Michelle (2023). *Myndighetenes erstatningsansvar ved menneskerettighetsbrudd: Hva er omfanget av statens erstatningsplikt for økonomisk tap ved brudd på Den europeiske menneskerettskonvensjon og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter?*, masteroppgave ved Universitetet i Oslo, 2023, tilgjengelig i UiOs åpne vitenarkiv DUO: <http://hdl.handle.net/10852/102768>
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein (2108). *Innføring i folkerett* (Oslo: Universitetsforlaget, 5. utg., 2018)
- Røed, Anne Cathrine (2019). *Foreldelse av fordringer – bind I* (Oslo: Cappelen Damm, 4. utg., 2019)
- Shelton, Dinah (2015). *Remedies in international human rights law* (Oxford: Oxford University Press, 3. utg., 2015)
- Skoghøy, Jens Edvin A. (2011). «Forbud mot tilbakevirkende lovgivning», *Lov og Rett*, 2011, s. 255-282
- Smith, Eivind (2021). *Konstitusjonelt demokrati* (Bergen: Fagbokforlaget, 5. utg., 2021)
- Somers, Stefan (2018). *The European Convention on Human Rights as an Instrument of Tort Law* (Cambridge: Intersentia, 2018)
- Stenlund, Karolina (2021). *Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten* (Uppsala: iUstus, 2021)
- Stenvik, Are (2005). «Erstatningsrettens internasjonalisering», *Tidsskrift for erstatningsrett*, 2005, s. 33-61
- Strand, Haavard Aaste (2021). *Statens erstatningsansvar for ulovhjemlede forvaltningsvedtak etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon – Der hjemmelsloven har bydd på forstandig tvil*, masteroppgave ved Universitetet i Oslo, 2021, tilgjengelig i UiOs åpne vitenarkiv DUO: <http://hdl.handle.net/10852/92564>
- Svendsen, Sindre Abusland (2019). «Om organansvar – når den juridiske personen blir personlig ansvarlig for organets skadevoldende handling», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2019, s. 100-124
- Søvig, Karl Harald (2015). «Statens ansvar for unnlatte barnevernstiltak», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2005, s. 58-70
- Thorson, Bjarte (2016). «Damages for the Infringements of Human Rights Under Norwegian Law» i Ewa Bagińska (red.), *Damages for Violations of Human Rights – A Comparative Study of Domestic Legal Systems* (Cham: Springer, 2016) s. 259-287
- Vaaler, Henrik (2016). «Kroner for krenkelser: EMK artikkel 13 som hjemmel for krav om erstatning for ikke-økonomisk tap», *Institutt for offentlig retts skriftserie*, nr. 1/2016
- Vaaler, Henrik (2017). «Erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av EMK», *Lov og Rett*, 2017, s. 299-317
- von Arnould, Andreas (2016). «Damages for the Infringement of Human Rights in Germany», i Ewa Bagińska (red.), *Damages for Violations of Human Rights – A Comparative Study of Domestic Legal Systems* (Cham: Springer, 2016) s. 100-135

Wilcox, Vanessa (2016). *A Company's Right to Damages for Non-Pecuniary Loss* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016)

Zwanenburg, Marten (2006). «The Van Boven/Bassiouni Principles: An Appraisal», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2006, s. 641-668.