

Justis- og beredskapsdepartementet

Sendt per e-post til postmottak@jd.dep.no

DERES REF.: 24/3533

VÅR REF.: 336845

DATO: 17. september 2024

Høring av enpersonsutredning om norsk lovregulering av adgangen til å kreve erstatning for menneskerettighetskrenkelser

1 Innledning

Advokatforeningens tillitsvalgte advokater utfører et omfattende frivillig og ulønnet arbeid for å ivareta rettsstaten, rettssikkerheten og menneskerettighetene. En del av dette arbeidet består i å utarbeide høringsuttalelser.

Advokatforeningens høringsarbeid er organisert i 27 lovutvalg og 13 faste utvalg, oppdelt etter særskilte rettsområder og rettslige interesseområder. Om lag hundre høringsuttalelser utarbeides av Advokatforeningens tillitsvalgte advokater hvert år.

Alle våre høringsuttalelser er forfattet av advokater med ekspertise innenfor det rettsområdet som lovforslaget gjelder. En ekspertise som ikke er hentet kun fra juridisk teori, men fra advokatenes praktiske erfaring med å bistå sine klienter – i den norske rettsstatens hverdag. Denne høringsuttalelsen er skrevet ut fra Advokatforeningens ønske om å bidra til gode lovgivningsprosesser, og gode lover.

2 Sakens bakgrunn

Det vises til Justis- og beredskapsdepartementets høring av enpersonsutredning om norsk lovregulering av adgangen til å kreve erstatning for menneskerettighetskrenkelser. Advokatforeningen takker for utsatt frist, og vil med dette inngi vår høringsuttalelse.

Denne høringsuttalelsen er i hovedsak utarbeidet av Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg med innspill fra lovutvalget for asyl- og utlendingsrett. Menneskerettighetsutvalget består av Maria Hessen Jacobsen (leder), Karsten Alexander Anfinen, Morten Engesbak, Ellen-Karine Hektoen, Constance Jessen Holm, Erlend Andreas Methi, Elisabeth Roscher og Karl Nicolai Vogt Skjerdal. Lovutvalget for asyl- og utlendingsrett består av Olga Halvorsen (leder), Per-Erik Gåskjenn, Félix Oliver Helle, Maral Houshmand, Daniel Riibe-Stokland, Kjetil Sørensen og Ida Kumrije Rusiti. Samtlige har lang erfaring og god kompetanse innenfor de aktuelle rettsområdene.

3 Innledende bemerkninger

Det har vært Advokatforeningens uttalte ønske gjennom flere år at det etableres en adgang til reparasjon av ikke-økonomisk skade etter krenkelser av menneskerettighetene.

Advokatforeningen har derfor både inngitt skriftlig innlegg i domstolsprøving av spørsmålet i sak 21-107095TVI-TOSL/07, og gikk inn som partshjelper i sak HR-2024-1169-A, der dom ble avsagt 26. juni 2024.

4 Overordnet syn

Advokatforeningen er positiv til departementets initiativ til utredning og lovfesting av adgangen til å kreve erstatning for menneskerettighetskrenkelser. Professor Larsens utredning er grundig, og Advokatforeningen vil i all hovedsak tiltre forslagene som fremmes. Enkelte tema utdypes i det følgende, med våre merknader.

Høyesterett har i HR-2024-1169-A og HR-2024-1172-A nylig stadfestet at statens plikt til å tilstå slik oppreisning som reparasjon, er en del av forpliktelsene som følger av EMK art. 13. Hvor langt plikten rekker – og for hvilke menneskerettenskrenkelser – er foreløpig ikke avklart i norsk domstolspraksis. En lovregulering av en generell plikt der oppreisning er nødvendig for å reparere krenkelsen, er derfor klokt.

5 Advokatforeningens merknader

a) Utvidelse til Grunnloven og øvrige konvensjoner i menneskerettsloven

I lovforslaget begrenses rekkevidden av erstatning til de konvensjoner som har en konkret reparasjonsplikt oppstilt, EMK og SP. Grunnlovens menneskerettskapittel er utenfor forslaget, og det samme gjelder øvrige konvensjoner omfattet av menneskerettsloven.

Advokatforeningen viser til utredningen punkt 1.2 og mener at en lovbestemmelse bør omfatte reparasjon etter krenkelse av Grunnlovens menneskerettsbestemmelser så vel som de øvrige konvensjonene menneskerettsloven gir trinnhøyde. En reparasjonsadgang synes forutsatt i Menneskerettighetsutvalgets rapport. Det vises også til at det i svensk rett nå er lovregulert slik adgang for brudd på *regeringsformen* på lik linje med for EMK.

Både FNs kvinnediskrimineringskonvensjon, barnekonvensjonen og rasediskrimineringskonvensjonen inneholder en forpliktelse til å sikre effektiv realisering av rettighetene. Krenkelser av disse bør også kunne følges opp med plikt til erstatning der dette er nødvendig for å reparere krenkelsen. Det er heller ikke utenkelig at domstolene vil utlede slik reparasjonsplikt og idømme erstatning, når det en gang er etablert slik rett gjennom både Høyesterett og lovgiver for EMK-krenkelser. Uten at det har avgjørende vekt, nevner Advokatforeningen også at den praktiske betydningen av å utvide virkeområdet til også å omfatte nevnte menneskerettighetsbestemmelser/-konvensjoner neppe er stor. Det er trolig EMK/SP som vil konsumere disse sakene, og det er erfaringsmessig få krenkelser som angår andre menneskerettighetsbestemmelser og konvensjoner. Samtidig vil det være prinsipielt viktig å åpne for erstatning i slike saker. Dette vil også ha stor betydning for de få individene dette vil angå.

b) Ansvarsgrunnlag og skyldkrav

Advokatforeningen tiltre konklusjonene og grunnlaget for ansvarsgrunnlag og skyldkrav i utredningens punkt 6.2 om ansvarsgrunnlag. Det er krenkelsen som i seg selv utgjør ansvarsgrunnlaget, og det skal ikke kunne kreves at noen kan bebreides, eller noen form for personell tilknytning for ansvar.

c) Oppreisningens omfang

Forslaget innebærer at den nærmere beregningen av erstatningsbeløp overlates til domstolene, i tråd med norsk tradisjon. Advokatforeningen er enig i dette, og mener foreslått ordlyd om «krenkelsens art og forholdene ellers» gir tilstrekkelig veiledning.

d) Foreldelse

Larsen har foreslått en endring av dagens regler, som går forbi mandatet om en regulering som ikke går lenger enn forpliktelsene rekker. Dette er begrunnet (s. 96) i at en minimumsløsning er lite hensiktsmessig og skaper en unødig risiko for fremtidige konvensjonskrenkelser. I tillegg vises det til gjennomgangen av EMD praksis under punkt 6.8, og Larsens konklusjon om at det er berettiget tvil om hvorvidt det uten videre kan legges til grunn at den norske foreldelsesloven tilfredsstiller kravene i EMK art. 13. Advokatforeningen tiltrer forslaget og dets begrunnelse, og mener staten ikke bør operere i et risikoområde for krenkelse vedrørende foreldelse. Betydningen av hensynene bak foreldelsesinstituttet i saker hvor staten er skadevolder i menneskerettsbrudd kan tale for det samme. Etter Advokatforeningens syn er det vanskelig å se at hensynene bak (alminnelig) foreldelse gjør seg gjeldende med en slik tyngde i slike saker at de veier tyngre enn hensynene til individet i motsatt vektskål. Disse sakene skiller seg klart fra typiske saker om foreldelse av erstatningskrav mellom private parter, der det er helt andre hensyn i vektskålen i favør av foreldelse.

Sakene om nakenvisitasjon i norske fengsler illustrerer at større systematiske menneskerettskrenkelser som rammer mange kan foregå i en årrekke ovenfor sårbare grupper – der disse på samme måte som frihetsberøvede vil ha begrensede muligheter til å se og løfte krenkelsen til rettslig prøving.

Krenkelse av EMK artikkel 3 ved rutinemessig nakenvisitasjon ble konstatert første gang i juli 2020 av Gulating lagmannsrett, og praksisen ble avskaffet ved midlertidige regler før Høyesterett konstaterte krenkelse i HR-2020-2136-A og HR-2020-2137-A. Søksmål om rett til reparasjon startet i 2021, og innen spørsmålet om reparasjon var endelig avgjort av Høyesterett, var kravene for de fleste utsatt fordi den tidligere praksisen var foreldet etter gjeldende regelverk. Innenfor gruppen som ble utsatt for krenkelse vil det være en betydelig andel som ikke er i stand til å ivareta foreldelsesutsettelse, enten fordi de som frihetsberøvede vil kvi seg for å gå mot kriminalomsorgen, er digitalt og informasjonsmessig hindret, har svært begrensede økonomiske muligheter, eller fordi de er sårbare på helsemessig vis.

Sakene der Norge er dømt i EMD for krenkelser overfor foreldre og barn i barnevernssaker, illustrerer dels samme utfordring. Når ett foreldrepar vinner frem i Strasbourg med sitt krav og tilkjennes reparasjon, har det allerede gått så lang tid for andre i tilsvarende situasjon at foreldelsesregler vil avskjære krav. Andre eksempler på saker der foreldelse kan slå uforholdsmessig og urimelig ut er saker som knytter seg til (historiske) menneskerettighetskrenkelser overfor barn/ungdommer i offentlige institusjoner som barnevern eller skole.

e) Lovteknisk

Lovforslaget vil likne den svenske rettslige reguleringen, som fremstår fornuftig på bakgrunn av den ellers nokså like rettstradisjonen. Advokatforeningen tiltrer ellers også foreslått plassering i skadeserstatningsloven, som fremstår godt begrunnet i punkt 9.2. Av de tre foreslåtte modellene, fremstår nr. 2 som best egnet – og i samsvar også med både norsk og svensk tradisjon.

6 Tilleggserstatning ved fortsatt krenkelse

Advokatforeningen mener at det i saker om tvangsadopsjon bør gis adgang til tilleggserstatning der gjenoppretting ikke er mulig etter konstatert krenkelse i EMD.

Når EMD har konkludert med konvensjonsbrudd, blir det opp til norske domstoler å avgjøre på hvilken måte konvensjonsbruddet skal repareres. Innenfor rammen av EMK art. 46 kan statene velge på hvilken måte krenkelses skal repareres. I så måte foreligger det flere alternativer, jf. Rt-2010-396 avsnitt 26 og HR-2020-1201-A avsnitt 29, 30 og 31.

I HR-2024-1196-A avsnitt 86 kommer det frem at formålet med EMK art. 13 er å sørge for effektiv gjennomføring av konvensjonsrettighetene på nasjonalt nivå, og at krenkelses repareres på en hensiktsmessig måte. Det kommer videre frem av HR-2022-401-A avsnitt 31 at det vil være «opp til nasjonale myndigheter å lage egnede ordninger for å bøte på EMK-brudd».

EMD-fastsatte erstatninger i tvangsadopsjonssaker er ment å være oppreisningserstatning for selve krenkelsen, herunder tvangsadopsjonsvedtaket, og stress og ubehageligheter i denne forbindelse.

Det kan utledes av F.Z. v Norway avsnitt 63 hvor det fremgår at:

63. The Court considers that the applicant must have sustained non-pecuniary damage through distress, in view of the violation found above, and awards him EUR 25,000 in respect of non-pecuniary damage.

Det vises videre til dom K.F. AND OTHERS v. NORWAY JUDGMENT, avsnitt 18 og 19:

18. It observes that the applicants in the remaining applications have all submitted claims in respect of non-pecuniary damage. The Court considers that the applicant parents must have experienced anguish and distress on account of the violation found. The Court accordingly awards them 25,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable. Where both parents have applied to the Court (applications nos. 39769/17, 9167/18 and 48372/18), the award of that sum is made jointly (see the appended table).

19. In respect of the applicant child in application no. 9167/18, the Court considers that, in view of his age at the time and the fact that he did not experience the procedures in question in the same way as his parents, the finding of a violation can be regarded as sufficient just satisfaction (see, for a similar approach, Strand Lobben and Others, cited above, § 230, and A.L. and Others v. Norway, cited above, § 62).

Det vises også til avsnitt 230 i Strand Lobben-dommen:

230. The Court considers that awarding damages to the first applicant is appropriate in this case, having regard to the anguish and distress that she must have experienced as a result of the procedures relating to her claim to have X returned and the child welfare services' application to have her parental responsibilities for X withdrawn and his adoption authorised. It awards the first applicant EUR 25,000 under this head. In respect of X, having regard to his age at the relevant time and to the fact that he did not experience the procedures in question in the same way as the first applicant, the Court finds that a finding of violation can be regarded as sufficient just satisfaction.

De gjengitte uttalelser fra EMD tilsier, slik Advokatforeningen ser det, at erstatningene er utmålt på grunnlag av selve krenkelsen og prosessen forut for denne.

EMK art. 41 gir EMD hjemmel til å pålegge stater å betale erstatning i de tilfeller hvor statenes nasjonale lovverk bare tillater delvis gjenoppsettelse. Advokatforeningen forstår rettstilstanden slik at EMDs utmålte

erstatninger bare er en delvis erstatning når det forutsettes at staten i tillegg til å betale denne, også reparerer krenkelsen gjennom eksempelvis å oppheve tvangsadopsjonsvedtakene.

Artikkel 46 innebærer at medlemsstaten, etter at krenkelse er konstatert, ikke bare plikter å avslutte en vedvarende krenkelse, men også å reparere følgene av krenkelsen så langt som mulig slik at den krenkede part så vidt mulig stilles i samme posisjon som vedkommende ville vært dersom krenkelsen ikke hadde skjedd, jf. HR-2020-1201-A avsnitt 28.

Advokatforeningen mener at den krenkede ikke er stilt i samme posisjon som om krenkelsen ikke hadde skjedd i de tilfellene hvor tvangsvedtakene består. Advokatforeningen mener derfor at tvangsadopsjonssakene vil være egnet for en særskilt nasjonal ordning.

Tvisteloven § 31-3 første ledd bokstav d gir grunnlag for å kreve gjenåpning av saker hvor EMD har konstatert krenkelse. Så vidt Advokatforeningen er kjent med er foreløpig ingen av tvangsadopsjonssakene blitt gjenåpnet.

7 Utfordringer med adgang til effektiv prøving og reparasjon

7.1 Rettshjelp og forslag om tilleggsbestemmelse i rettshjelpsloven § 16

Advokatforeningen viser til utredningen punkt 6.9 om omkostninger. Advokatforeningen vil i tillegg peke på noen utfordringer i eksisterende lovgivning om rettshjelp, som utgjør et reelt hinder for adgangen til prøving og reparasjon av menneskerettskrenkelser.

Eksisterende regler for fri sakførsel vil, med dagens praktisering, være i risiko for ikke å favne prinsipielle menneskerettsøksmål som burde vært prøvet rettslig dersom det ikke gjøres ytterligere endringer i innteksreglene og regler for unntak.

EMK art. 13 gir enhver som har en «arguable claim», krav på et effektivt nasjonalt rettsmiddel, jf. bl.a. Silver mfl. v Storbritannia avsnitt 113. EMK og SP stiller ikke eksplisitt krav til rettshjelpsdekning, men EMD og FNs menneskerettskomité har tolket konvensjonene slik at man i noen tilfeller har rett til rettslig bistand også i sivile saker. I disse tilfellene vil man ha rett til støtte til rettshjelp dersom man ikke har midler til å betale for rettslig bistand selv.

EMD og FNs menneskerettskomité har videre klargjort at konvensjonsbestemmelsene om effektiv prøving gir rett til en effektiv adgang til domstolene («access to court»). Kravet om effektiv adgang til domstolene innebærer en rett til rettslig bistand i to tilfeller, nemlig der slik bistand er obligatorisk for sakstypen, eller dersom man ikke vil kunne representere seg selv på en effektiv måte.

Høyesteretts redegjørelse i de to dommene avsagt 26. juni 2024 om reparasjon etter krenkelser av EMK og Grunnlovens menneskerettskapittel, underbygger at hovedformålet med EMK art. 13 er å sikre enhver effektiv gjennomføring av konvensjonsrettighetene, en effektiv prøving av om rettighetene etter konvensjonen er krenket, samt å gi hensiktsmessig reparasjon, jf. HR-2024-1169-A avsnitt 86.

Domstolene gir prøvingsmulighet for enhver borger som mener seg utsatt for menneskerettskrenkelse. Det er imidlertid en kjensgjerning at slik prøving vil foregå i sivilprosessuell form, og være kostbar. Selv med aktiv prosesstyring og tilskjæringer av sak, vil det for de fleste borgere utgjøre en ikke ubetydelig økonomisk belastning å gå til slikt søksmål. For mange vil det være uoverkommelig. Selv om tvistelovens regler om sakskostnader ofte vil fritta borgere med et prosedabelt krav fra saksomkostninger, vil risiko for motpartens omkostninger være del av prosessrisikovurderingen. Oppreisningsbeløp holder et svært nøkternt nivå, og vil

presumtvt alltid ligge under omkostningsnivået. Samtidig vil motparten, staten, alltid være ressurssterk og styrkeforholdet skjevt.

Mangler ved tilgang til prøving kan slik utgjøre et hinder for prøving av viktige menneskerettslige skranker i norsk rett og maktutøvelse. Dette er problematisk for oppfyllelsen av EMK art. 13. De borgerne som vil gå videre med søksmål etter prosessrisikovurdering, vil presumtvt for en stor del være bygget på ideelt engasjement.

Utenfor de tilfeller som er nevnt i rettshjelpsloven § 16 første ledd, må søkere oppfylle økonomiske vilkår for bistand, jf. rettshjelpsloven § 16 annet og fjerde ledd, jf. rettshjelpsforskriften § 1-2. Prøving av menneskerettskrenkelses saker er i utgangspunktet i sin helhet en uprioritert sakstype, med mindre spørsmålet kan knyttes til saker som er prioritert innenfor andre saksområder. Sakene om nakenvisitasjoner i Bergen fengsel og på Trandum, har vist at uprioriterte sakstyper kan reise viktige og prinsipielle spørsmål om menneskerettskrenkelses saker. I tillegg kan man for eksempel se for seg krenkelses saker av privatliv i barnevernsinstitusjoner, på sykehjem osv. Etter Advokatforeningens syn er det behov for at saker om menneskerettskrenkelses saker kan prøves uavhengig av systemet med prioriterte og uprioriterte saker.

Advokatforeningen vil derfor foreslå at reglene om fri sakførsel suppleres i § 16 fjerde ledd med en bestemmelse om dekning i saker med prinsipielle søksmål om menneskerettskrenkelses saker eller saker av stor personlig betydning for søkeren. Alternativt at bestemmelsen i § 16 gis et nytt ledd. Det vises til Rettshjelpsutvalgets forslag til ny skjønnsbestemmelse, som tar sikte på at det bør innvilges støtte både der saken har stor personlig betydning og der saken er av prinsipiell interesse. Det fremgår i NOU 2020:5 side 169 at

«Det bør innvilges støtte i alle saker av særlig stor betydning hvor søkeren ikke vil ha mulighet til å ivareta sine rettslige interesser uten rettslig bistand. Dette er også de sentrale kriteriene etter EMDs praksis, se kapittel 6. Den nye bestemmelsen bør likevel tolkes slik at det innvilges rettshjelp i flere tilfeller enn der menneskerettighetene krever det.»

Dersom det ikke innføres en særskilt hjemmel for fri sakførsel for prøving og reparasjon av menneskerettskrenkelses saker, bør det fremgå av forarbeidene til den nye skjønnsbestemmelsen at disse sakene typisk vil være aktuelle for innvilgelse etter skjønnsbestemmelsen.

Også inntektsgrensene for fri sakførsel kan utgjøre et hinder for reell adgang til prøving og reparasjon av krenkelsen. Inntektsgrensen er i dag på kr. 340 000 for enslige og kr. 540 000 for par. Praktiseringen av adgangen til å dispensere fra de økonomiske vilkårene under rettshjelpsloven § 16 fjerde ledd er meget streng. Selv mindre overskridelser anses i dag vesentlige og til hinder for innvilgelse.

I FN's menneskerettighetskomité's merknader til Norges sjettede periodiske rapport fikk Norge kritikk for systemet for behovsprøving.

Forslaget bør derfor enten fungere uavhengig av de økonomiske vilkårene, eller legge seg betydelig over den økonomiske grensen staten opererer med for unntak i dag, eller legge opp til en vurdering der sakens personlige og prinsipielle betydning er avgjørende – og økonomi sekundært. Inngangsvilkåret bør være som for retten til effektiv prøving i EMK art. 13, at søker har et prosedabelt krav («arguable claim»), sammen med at spørsmålet reiser problemstillinger av prinsipiell art, eller av stor personlig betydning for søkeren.

Dersom det etableres en søknadsordning for saker hvor det er klart at det foreligger en menneskerettskrenkelse, som foreslått i punkt 7.2, vil det i stor grad være de prinsipielle sakene som prøves for domstolene og som aktualiserer fri sakførsel.

Advokatforeningen anmoder departementet om å vurdere forslaget om en utvidelse av rettshjelpsloven § 16, for å sikre at viktige avklaringer ikke går tapt, og at risiko for krenkelser av EMK avhjelpes.

7.2 Statens ansvar for reparasjonsordninger der større menneskerettskrenkelser oppdages

Advokatforeningen vil oppfordre staten til å etablere ordninger for søknad om erstatning der det oppdages at større grupper borgere har vært utsatt for mer alvorlige menneskerettskrenkelser. Det vises i denne sammenheng til ordningen staten opprettet etter den såkalte «NAV-skandalen». Som i saken om rutinemessig nakenvisitasjon i kriminalomsorgen, kan det tenkes at liknende systematisk praksis overfor større grupper, opprulles overfor andre svake grupper, for eksempel eldre på sykehjem, beboere på institusjoner eller liknende. I den grad det er klart at det er tale om menneskerettskrenkelse, vil Advokatforeningen oppfordre staten til å etablere enkle ordninger for søknad som et alternativ til at private må fremme krav selv. På den måten vil de klare sakene kunne løses utenomrettslig, med de ressursbesparelsene det innebærer både for domstolene og for ordningen med fri sakførsel.

Vennlig hilsen



Siri Teigum
leder



Merete Smith
generalsekretær