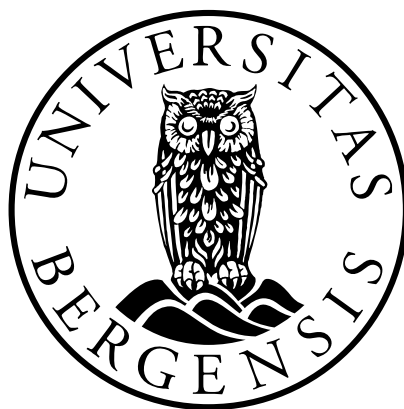


EMK artikkel 13 og retten til en ”effective remedy”

*Når krever EMK artikkel 13 adgang til
erstatning for ikke-økonomisk skade i nasjonal
rett.*

Kandidatnummer: 173

Antall ord:14150



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[08.06.20 = innleveringsfrist]

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	2
1.1 Tema og problemstilling	2
1.2 Rettskilder og metode.....	4
1.3 Særlig om EMKs stilling i norsk rett	7
2 Det generelle innholdet i EMK artikkel 13	11
2.1 Innledning.....	11
2.2 Arguability-testen.....	12
2.3 National authority.....	14
2.4 Effective remedy	15
2.5 Forholdet til artikkel 41	19
3 Kravet i artikkel 13 om erstatning i ”appropriate cases”	21
3.1 Innledning.....	21
3.2 Retten til liv og forbudet mot tortur	22
3.3 Forbudet mot ulovlig frihetsberøvelse og retten til rettferdig rettergang.....	24
3.4 Retten til respekt for privat- og familieliv.....	27
3.5 Øvrige konvensjonsrettigheter	28
4 Skl. § 2-1 som ansvar grunnlag i norsk rett, tolket i lys av artikkel 13	29
4.1 Innledning.....	29
4.2 Skadevilkåret.....	30
4.3 Det norske hjemmelskravet for erstatning for ikke-økonomisk tap.....	32
4.4 Ansvarsterskelen	34
4.5 Hvilke krav kan skadelidte med rimelighet stille til statens virksomhet.....	37
4.6 Hvem kan det fremsettes erstatningskrav mot etter skl. § 2-1	39
4.7 Behovet for et ansvar grunnlag direkte forankret i EMK artikkel 13.....	40
5 Avsluttende betraktninger	43
Litteraturliste	44

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Norge har vært bundet av den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) ¹ siden den ble inkorporert ved menneskerettsloven § 2.² Statens forpliktelse til å sikre og gjennomføre menneskerettighetene er også kommet til uttrykk i Grunnloven³ §§ 89 og 92, og har dermed en tydelig prioritering i norsk rett. Konvensjonens artikkel 13 krever at det foreligger rettsmidler i nasjonal rett som sikrer retten til *”an effective remedy before a national authority”*.

I norsk rett er bestemmelsen forstått som en rett til effektiv domstolsprøving, og er innfortolket domstolenes alminnelige prøvingsrett i Grl. § 89.⁴ Kjernen i rettigheten er at den som påstår seg krenket skal gis adgang til en effektiv overprøving ved nasjonale myndigheter. Formålet er å sikre at den enkelte borger gis en effektiv og reell mulighet til å håndheve sine menneskerettigheter overfor staten. Dette skal skje før saken må tas inn for menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg. ⁵ Staten må derfor påse at det eksisterer rettsmidler i nasjonal rett som er egnet til å vurdere hvorvidt krenkelse har funnet sted og som kan gi reparasjon for dette.

Et spørsmål som oppstår, og som er oppgavens problemstilling, er imidlertid hvilke konkrete rettsmidler artikkel 13 krever av nasjonal rett. Oppgaven vil forsøke å gi en avklaring på hvorvidt en adgang til å kreve oppreisning for statens brudd på menneskerettighetene er nødvendig for å tilfredsstille EMK artikkel 13.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har besvart at det i stor grad er opp til medlemsstatene å avgjøre hvilke rettsmidler som er best egnet til å sikre en effektiv prøvingsrett på nasjonalt nivå.⁶ Et utgangspunkt etter artikkel 13 er likevel at det aktuelle rettsmidlet er egnet til å gi en form for reparasjon for konvensjonskrenkelsen. Herunder er det

¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen).

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

³ Kongeriket Norges Grunnlov (GrL) 17.mai 1814.

⁴ Se Dok. Nr. 16 (2011-2012), s. 86.

⁵ *Kudla mot Polen* [J] 2000, nr. 30210/96, avsnitt 152.

⁶ Først presisert i *Kudla mot Polen*, se fn. 5. Videreført i bl.a. *Bastys mot Litauen* [J] 2020, nr. 80749/17, avsnitt 65.

klart at ulike former for reparasjon kan være aktuelt.⁷ Etter EMDs praksis vil en konstatering av at krenkelse har skjedd, ofte være tilstrekkelig kompensasjon for skadelidte.⁸

Ren konstatering av konvensjonskrenkelse vil imidlertid ikke gi tilstrekkelig reparasjon i ethvert tilfelle. De fleste menneskerettighetene verner om den enkeltes personlige integritet, hvor krenkelser kan medføre skader som angst, frustrasjon, stress og en følelse av håpløshet. Ved brudd på EMK er det derfor skader av ikke-økonomisk art som dominerer.⁹ Dette gjelder særlig der krenkelsen er langvarig.

Slike skader vil ikke nødvendigvis kunne repareres ved konstatering av krenkelse eller erstatning for økonomisk tap. Den krenkede kan derfor ha et behov for å kreve erstatning for den ikke-økonomiske skaden som konvensjonskrenkelsen har påført han. Det er derfor nødvendig å finne ut om artikkel 13 krever at skadelidte gis adgang til å kreve oppreisning for konvensjonskrenkelser.

EMD har gitt uttrykk for at det etter omstendighetene kan oppstilles et slikt krav etter artikkel 13 ved statens brudd på menneskerettighetene. Domstolen har lagt til grunn at staten må betale oppreisning etter artikkel 13 i ”*appropriate cases*”.¹⁰ Formuleringen gir ikke umiddelbart svar på når en oppreisningsadgang er nødvendig i nasjonal rett. Det må derfor gjøres en nærmere vurdering av hvilke saker som er ”*appropriate*”, og som dermed nødvendiggjør en adgang til å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap.

I norsk rett har man ingen alminnelig hjemmel for å kreve erstatning for ikke-økonomisk skade ved brudd på EMK. Høyesterett har i flere saker om statens ansvar etter EMK kommet til at konstatering av krenkelse er tilstrekkelig reparasjon, uten å gå nærmere inn på erstatningsspørsmålet.¹¹ Det er videre blitt forutsatt at konvensjonskrenkelse i seg selv kan gi grunnlag for å pålegge staten oppreisningsansvar.¹² I ett tilfelle har Høyesterett også gitt

⁷ Se Henrik Vaaler, ”*Erstatning for krenkelser av EMK*” Lov og Rett, (2017) s. 299.

⁸ *Varnava mot Tyrkia* [GC], nr. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 og 16073/90, avsnitt 224.

⁹ Se ovenfor, fn. 7.

¹⁰ *T.P. og K.M. mot Storbritannia* [GC] 2001, nr. 28945/95, avsnitt 107. Se også Morten, Kjelland, *Erstatningsrett – en lærebok*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2016, s. 47.

¹¹ Se HR-2004-2002-A, avsnitt 68.

¹² Se HR-2013-881-A samt Erling Hjelmeng, ”*Folkerettslig påvirkning av norsk erstatningsrett – to høyesterettsdommer*”, Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett, (2016) s. 211-229, på s. 215.

uttrykk for at skadeserstatningsloven¹³ § 2-1 om statens arbeidsgiveransvar åpenbart tilfredsstillere kravene i artikkel 13.¹⁴

Det kan derfor stilles spørsmål om norsk rett oppfyller kravet til å sikre den enkelte en effektiv prøvingsrett nasjonalt. Oppgaven vil derfor også vurdere hvorvidt skl. § 2-1 som ansvarsgrunnlag for erstatning for ikke-økonomisk tap ved statens brudd på EMK, eller om et ansvar direkte forankret i artikkel 13 har bedre grunner for seg.

I norsk rett er det viktig med en avklaring av rettstilstanden på dette området. Norge er forpliktet til å påse at norske rettsregler så langt som mulig praktiseres i samsvar med EMK. Dersom norske rettsregler ikke gir adgang til å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap, der EMK krever det, vil dette i seg selv kunne utgjøre en krenkelse av artikkel 13. Dette er klart ikke en ønskelig løsning, hverken for staten, den enkelte borger eller etter konvensjonssystemet. Ettersom antallet saker hvor EMK artikkel 13 påberopes for nasjonale myndigheter, øker også behovet for en avklaring.

Temaets aktualitet kan vises ved utviklingen som har skjedd i Sverige.¹⁵ Der tilkjente Högsta Domstolen oppreisning for statens brudd på EMK i flere saker, på ulovfestet grunnlag. På bakgrunn av et ønske om å avklare rettstilstanden og at svensk rett praktiseres i samsvar med forpliktelsene i EMK, ble erstatningsadgangen lovfestet i den svenske Skadeståndslag i 2018.¹⁶

1.2 Rettskilder og metode

I denne oppgaven vil det foretas en rettsdogmatisk analyse basert på norsk juridisk metode, ettersom det er den norske ansvarshjemmelen i skl. § 2-1 som vurderes opp mot kravene i EMK.

¹³ Lov 13.juni 1969 nr. 26. om skadeserstatning (skl).

¹⁴ Rt. 2010 s. 291.

¹⁵ Se Ole G. Nordhus, *”Oppreisningskrav etter EMK artikkel 13 – en sammenligning av norsk og svensk rett”*, Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett, nr. 1 (2019), s. 33-66 og Bertil Bengtsson, *«Skadestånd vid överträdelse av Europakonventionen – den nya lagstiftningen»*, Svensk Juristtidning 2018, s. 93–127, på s. 96–100.

¹⁶ Skadeståndslag (1972:207).

Rettslig utgangspunkt for oppgaven vil være skadeserstatningsloven § 2-1, tolket i lys av EMK artikkel 13 om retten til en effektiv prøvingsrett. Det vil gjøres en vurdering av om skl. § 2-1 kan anvendes som ansvarshjemmel i norsk rett for å kreve oppreisningserstatning for statens brudd på menneskerettighetene. Det avgrenses følgelig mot prinsipper for utmåling av erstatning og vurdering av øvrige erstatningsvilkår.

I kapittel 2 vil det redegjøres for det generelle innholdet i retten til en effektiv overprøving i EMK artikkel 13. Dette vil være sentralt for å kunne oppstille rammene for tolkningen av skl. § 2-1 i lys av artikkel 13. Det generelle innholdet i artikkel 13 må fastlegges etter de prinsipper for tolkning og anvendelse som følger av konvensjonen og oppstilles av EMD.¹⁷

Ordlyden i artikkel 13 vid og favner bredt. Den gir ikke alene svar på rettighetens totale omfang og rekkevidde. Praksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstolen vil derfor være en sentral rettskilde for å finne frem til dette.

EMK artikkel 13 er i utgangspunktet en aksessorisk bestemmelse, og kan derfor ikke påberopes på selvstendig grunnlag.¹⁸ Bestemmelsen har derfor et bredt generelt innhold, hvor ikke alt vil være av direkte betydning for oppgavens problemstilling.

Dette har gjort analysen av artikkel 13 utfordrende, fordi en raskt beveger seg inn en mer generell vurdering og bort fra erstatningsspørsmålet. Oppgaven vil derfor primært fokuseres rundt de rettskilder som knytter seg til erstatning for ikke-økonomisk tap. Noen steder vil det imidlertid trekkes inn helt generelle momenter, i den grad det er nødvendig for å gi et helhetlig bilde av bestemmelsen.

Det vil også gjøres en kort vurdering av forholdet mellom artikkel 13 og artikkel 41. Dette er ikke sentralt for å løse oppgavens problemstilling, men nødvendig for å sette artikkel 13 og erstatning for ikke-økonomisk tap inn i en større sammenheng.

I kapittel 3, vil avhandlingen gå nærmere inn på kravet om erstatning i ”*appropriate cases*”.¹⁹ Redegjørelsen er primært basert på en analyse av konvensjonsteksten, utenlandsk litteratur samt rettspraksis fra menneskerettighetsdomstolen. Det er for ordens skyld gjort en inndeling

¹⁷ Jf. EMK artikkel 32 nr. 1.

¹⁸ Se *Zavoloka mot Latvia* [J] 2009, nr. 58447/00, avsnitt 35 a.

¹⁹ Se ovenfor, *T.P. og K.M. mot Storbritannia*, fn. 10.

etter ulike rettigheter i konvensjonen. Dette danner utgangspunktet for vurderingen av når artikkel 13 krever en oppreisningsadgang i nasjonal rett.

Ved tolkning av konvensjonen er det tatt utgangspunkt i den autentiske engelske versjonen av EMK. Under arbeidet med EMK og praksis fra EMD har jeg møtt på noen metodiske utfordringer. For det første er dommer fra EMD langt i fra klare og presise. Domstolen behandler bare saker den får forelagt seg, og saken avgjøres etter de konkrete omstendighetene som foreligger. Dette gjør det vanskelig å generalisere rettspraksis, ettersom én enkelt dom ikke kan tas til inntekt for å være en generell norm.

For det andre er det visse særtrekk ved EMDs metode, som skiller seg fra tradisjonell norsk juridisk metode. Generelle prinsipper utvikles ved at de uttrykkes i én dom, og stadfestes senere i nyere dommer. Dette fører til at både eldre og nyere rettspraksis er relevant. I vurderingen av kravene artikkel 13 stiller til nasjonal rett, vil det derfor vises til et bredt spekter av dommer.

I oppgavens kapittel 4, går jeg nærmere inn på tolkningen av skl. § 2-1 i lys av de rammene som oppstilles etter EMK artikkel 13. Ved tolkningen av skl. § 2-1 har jeg foretatt en inndeling etter hovedvilkårene i bestemmelsen. Dette er gjort for å lettere kunne vurdere disse opp mot kravene etter EMK på en oversiktlig måte.

Rettspraksis fra EMD og norsk høyesterett, er sentrale rettskilder her. Disse vil belyse forholdet mellom norske erstatningshjempler og EMK, og hvordan domstolene selv har behandlet temaet i norsk rett. Det har også skjedd en utvikling i erstatningsretten når det gjelder brudd på EMK og hvorvidt staten kan gjøres ansvarlig. I underretten er det ved nyere dommer forsøkt å gi en sammenfatning på dette punktet, og disse vil trekkes frem for å belyse dette.

I tillegg er lovforarbeidene til skadeserstatningsloven viktige rettskilder, særlig Ot.prp. nr. 48 og NUT 1964:3 Innstilling II.²⁰ Disse er sentrale for å forstå bakgrunnen for det norske arbeidsgiveransvaret samt for å fastlegge bestemmelsens innhold slik det er forstått i norsk rett. Forarbeidene er imidlertid gamle og dette vil ha betydning for hvor langt bestemmelsen kan tolkes i tråd med EMK artikkel 13.

²⁰ Se Ot. prp. nr. 48 (1965-66) *Om lov om skadeserstatning i visse forhold* og NUT 1964:3 *Innstilling om lov om Det offentliges og andre arbeidsgiveres erstatningsansvar m.m.* Innstilling II.

En utfordring ved tolkningen av skl. § 2-1 i lys av artikkel 13 om kravet til en effektiv prøvingsrett, er at bestemmelsen ikke umiddelbart hjemler oppreisning. Et spørsmål er om det tradisjonelt oppstilte hjemmelskravet står til hinder for en tolkning av skl. § 2-1 i samsvar med artikkel 13. Det vil derfor gjøres en gjennomgang av norsk rettspraksis, for å vise hvordan hjemmelskravets rettskildemessige bakgrunn og historie påvirker tolkningen.

Det vil også vises til norsk juridisk teori, hvor problemstillingen er mye drøftet. En utfordring jeg har møtt på her er imidlertid at teorien i stor grad knytter seg til skl. § 3-5 tolket i lys av artikkel 13.²¹ Den vil likevel være av betydning for oppgaven, ettersom den er egnet til å få frem dominerende synspunkter og eventuelle meningsforskjeller som foreligger rundt problemstillingen.

Jeg vil også trekke noen linjer til svensk rett. Her vil den svenske Skadestandslag kap. 3 4§, forarbeidene SOU 2010:87, og svensk rettspraksis være de sentrale rettskildene. Dette er gjort for å finne frem til bakgrunnen for utviklingen og lovfesting av et oppreisningsansvar for statens brudd på menneskerettighetene. Ettersom norsk og svensk rett har store likhetstrekk i sin juridiske tradisjon, er det av interesse hvorvidt Sveriges løsning kan vektlegges som argument for en tilsvarende løsning i norsk rett.

1.3 Særlig om EMKs stilling i norsk rett

Norge har som nevnt innledningsvis, forpliktet seg til å sikre og gjennomføre menneskerettighetene i norsk rett. Utgangspunktet for sikring og gjennomføring er at dette først og fremst skal skje gjennom nasjonal rett. Det følger av EMK artikkel 1 at:

“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention”.

Etter denne er det medlemsstatene som har det primære ansvaret for å implementere og håndheve menneskerettighetene i nasjonal rett. Dette har sin begrunnelse i det såkalte

²¹ Se bl.a. Jørgen Aall og Bjarte Askeland, ”Statens oppreisningsansvar ved menneskerettighetsbrudd” Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett, nr. 3 (2017) s. 3-6 og Birgitte Hagland, ”Statens oppreisningsansvar ved menneskerettsbrudd”, Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett nr. 2, (2019), s. 67-99.

subsidiaritetsprinsippet som EMK bygger på.²² Prinsippet er også kommet til uttrykk i EMK artikkel 35 nr.1, jf. artikkel 13. Kravet om uttømming av nasjonale rettsmidler i EMK artikkel 35 nr.1 bygger på en forutsetning om at det allerede eksisterer effektive rettsmidler nasjonalt som gir den enkelte en mulighet til å håndheve sine rettigheter overfor staten. Dersom ikke en effektiv prøvingsrett sikres nasjonalt, vil dette hindre EMKs subsidiære karakter og medføre en lite effektiv sikring både nasjonalt og internasjonalt.²³ Konsekvensen av dette er at et krav om oppreisning for statens brudd på EMK, først må søkes dekket ved nasjonale myndigheter.²⁴

På bakgrunn av dette kan man si at EMK artikkel 13 er av en særegen karakter, ettersom den er så nært tilknyttet subsidiaritetsprinsippet. Bestemmelsen gir en tilleggsgaranti, ved at den skal sikre at den enkelte kan oppnå reparasjon for krenkelsen på nasjonalt nivå, før man må ta i bruk individklageadgangen til EMD. ²⁵

Det er imidlertid EMD som har ansvaret for tolkning og utvikling av konvensjonen, jf. EMK artikkel 32 nr.1. For å sikre at retten til en effektiv prøvingsrett oppnår reelt og effektivt vern, må også nasjonale rettsreglers innhold derfor være i samsvar med innholdet i rettigheten etter artikkel 13.²⁶

I norsk rett er EMK inkorporert gjennom formell lov, ved menneskerettsloven § 2 og gjelder som norsk lov, jf. mrl. § 3. Konvensjonen stiller ikke krav til én bestemt gjennomføringsmåte av rettighetene i nasjonal rett, og er derfor ikke pålagt å inkorporere den, jf. statens skjønnsmargin.²⁷ Denne metoden ble likevel valgt for å sikre at menneskerettighetene fullt ut ville bli lagt til grunn ved norske domstoler.²⁸

Dette siktemålet ble understreket ved Grunnlovsreformen i 2014, hvor et utvalg av menneskerettighetene ble grunnlovsfestet. Ved dette fremhevet man menneskerettighetenes sentrale stilling i norsk rett, og fikk en tydelig markering av Norges forpliktelser overfor den enkelte borger. Det ble også vurdert om retten til effektiv overprøving i EMK artikkel 13

²² Se ovenfor, *Kudla mot Polen*, fn. 5, avsnitt 152-155.

²³ Ibid.

²⁴ Se Are Stenvik, ”Erstatningsrettens internasjonalisering”, Tidsskrift for erstatningsrett nr. 1, (2005), s. 33.

²⁵ Peter Van Dijk mfl., ”*Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*”, 5.utgave, Intersentia 2018, s. 1037.

²⁶ Jon Petter Rui, ”EMK retten frem mot 2020” Tidsskrift for strafferett, nr. 4 (2010), s. 365-383, på s. 375.

²⁷ *Budayeva mfl. mot Russland* [J] 2002, nr.15339/02, avsnitt 190.

²⁸ NOU 1993:18 *Lovgivning om menneskerettigheter*, s. 98.

burde grunnlovsfestes. Menneskerettighetsutvalget valgte imidlertid å ikke gjøre dette, fordi de mente at den var tilstrekkelig sikret gjennom domstolenes alminnelige prøvingsrett i Grl. § 89.²⁹

Tilstrekkelig sikring av retten til en effektiv prøvingsrett, forutsetter imidlertid at norsk rett gir skadelidte adgang til å oppnå tilstrekkelig reparasjon for konvensjonskrenkelsen. Som nevnt innledningsvis har man ingen alminnelig erstatningshjemmel i norsk rett som gir adgang til å kreve erstatning for statens brudd på EMK. I spesiallovgivningen kan man finne enkelte hjemler for å fremsette krav om erstatning, men disse gjelder bare i bestemte tilfeller.

I straffeprosessloven³⁰ § 447 er siktede gitt adgang til å kreve oppreisning for ikke-økonomisk skade som følge av varetektsfengsling eller pågripelse. Dette vil kunne gi tilstrekkelig reparasjon for krenkelser av artikkel 5 og 6.³¹

Videre er ofre for straffbare handlinger også gitt en adgang til å kreve oppreisning fra staten etter voldsoffererstatningsloven³² § 6. Denne forutsetter imidlertid at det foreligger personskade og straffbar handling, og vil derfor ikke gi generelt gi oppreisningsadgang for krenkelser av EMK.

For enkelte krenkelser av retten til liv etter artikkel 2³³ og retten til respekt for privatlivet etter artikkel 8³⁴ er det gitt en viss adgang til å kreve oppreisning etter skadeserstatningsloven. Disse gjelder imidlertid bare nærmere bestemte situasjoner og vil ikke omfatte et flertall av konvensjonskrenkelser.

Den manglende grunnlovsfestingen av retten til et effektivt rettsmiddel etter artikkel 13, kan på den måten sies å ha hatt uheldige konsekvenser. Det er i dag uklart hvorvidt det kan kreves oppreisning for krenkelser av EMK i nasjonal rett, i faller utenfor tilfellene i regulert i spesiallovgivningen.

²⁹ Dette ble uttrykt i menneskerettighetsutvalgets rapport under grunnlovsreformen. Se ovenfor, fn. 4, kap. 14.6.1.

³⁰ Lov 22.05.1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (strpl).

³¹ Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) *Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (erstatning etter strafforfølgning)*, s. 50.

³² Lov 20.04.2001 nr. 13 om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling m.m. (voldsoffererstatningsloven).

³³ Se skl. §§ 3-3 og 3-4.

³⁴ Se skl. § 3-6.

Formålet med å tilkjenne oppreisningserstatning etter EMK er å gjenopprette den individuelle rettferdigheten.³⁵ Hensynet til gjenopprettelse av skadelidtes situasjon står dermed helt sentralt. Dersom nasjonale myndigheter ikke anerkjenner den lidelsen en konvensjonskrenkelse påfører skadelidte, vil det derfor være moralsk støtende.³⁶

I norsk rett har imidlertid oppreisning primært vært begrunnet i prevensjonshensynet, og har derfor ikke tatt sikte på tilsvarende formål som etter EMK.³⁷ Dette vil det gjøres nærmere rede for i kapittel 4.2, og vil være av betydning for hvorvidt norske rettsregler kan sies å være praktisert på en måte som ivaretar hensynene bak oppreisning etter EMK.

³⁵ Michael Reiertsen, *The European Convention on Human Rights Article 13 – Past, Present and Future*, Juridisk fakultet, PhD-avhandling Universitetet i Oslo, 2017, s. 372.

³⁶ Se ovenfor, *Varnava mot Tyrkia*, fn. 8.

³⁷ Lødrup, Petter og Kjelland, Morten, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave, Gyldendal Akademisk 2012, s. 522-523.

2 Det generelle innholdet i EMK artikkel 13

2.1 Innledning

Det følger av EMK artikkel 13 at:

”Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity”.

EMK artikkel 13 gir rett til et effektivt rettsmiddel til enhver som anfører sine rettigheter krenket av nasjonale myndigheter. Retten etter artikkel 13 gjelder bare der den anførte krenkelsen knytter seg til rettighetene som følger av EMK. Dette kan leses ut av ordlyden *“as set forth in this Convention”*. Den som ønsker å gjøre sin rett etter artikkel 13 gjeldende, må derfor kunne vise til en av de andre rettighetsbestemmelsene i §§ 2-12, 14 eller tilleggsprotokollene.³⁸

I ett tilfelle kan imidlertid artikkel 13 være av selvstendig betydning. Til eksempel kan klager ha anført krenkelse av én rettighetsbestemmelse sammen med artikkel 13. Selv om EMD ikke finner krenkelse av denne rettigheten, kan artikkel 13 likevel være krenket. Dette fordi kjernen i EMK artikkel 13 er å gi en effektiv overprøving av realiteten av påstanden om krenkelse.³⁹ Det behøver altså ikke rent faktisk å foreligge en krenkelse for å kunne underkjenne overprøvingen foretatt nasjonalt.

Når det gjelder spørsmålet om bestemmelsen også krever at nasjonal rett gir adgang til å fremme krav om erstatning, kan ikke dette besvares generelt. I noen rettighetsbestemmelser følger det direkte av ordlyden den gir rett til erstatning nasjonalt. Dette gjelder for EMK artikkel 5 nr. 5, hvor det skjer pågripelse eller frihetsberøvelse i strid med bestemmelsen. En tilsvarende rett finner vi i Protokoll 7 artikkel 3 ved uriktig domfellelse.⁴⁰ Utover dette gir ikke EMK noen uttrykkelige erstatningshemler. Om også artikkel 13 gir rett til å kreve erstatning vil det gjøres nærmere rede for i det følgende.

³⁸ Se ovenfor, *Zavoloka mot Latvia*, fn. 18.

³⁹ *De Tommaso mot Italia* [GC] 2017, no. 43395/09, avsnitt 183.

⁴⁰ Protocol no. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

2.2 Arguability-testen

Det følger av EMK artikkel 13 at *"everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy (...)"*. Inngangsvilkåret for påstand om krenkelse er dermed at en må kunne vise til at man har en *"arguable complaint"* for at menneskerettighetene er krenket.⁴¹ Det må med andre ord gjøres en arguability-test av påstanden.⁴²

Ordlyden *"are violated"* tilsier at det må påvises eller konstateres krenkelse av en konvensjonsrettighet for å kunne gjøre gjeldende rettigheten etter artikkel 13. I praksis har EMDs tilnærming vært at den generelt ikke har villet gi en abstrakt definisjon av hva som ligger i kravet om *"arguability"*. Den har i stedet fremhevet at dette må vurderes konkret i hver sak, basert på de spesielle omstendighetene som foreligger og arten av de rettslige spørsmål saken reiser.⁴³ Etter en nærmere gjennomgang av EMDs praksis, kan det likevel finnes noen helt generelle retningslinjer som må anses å gjelde for denne vurderingen.

Som et utgangspunkt vil en påstand være prosedabel etter artikkel 13, dersom det allerede er konstatert krenkelse av en annen rettighet i EMK.⁴⁴ Påstanden vil da ofte legges til grunn som *"arguable"*, uten nærmere vurdering. EMD har imidlertid gitt uttrykk for at det ikke er en nødvendig forutsetning at det rent faktisk foreligger konvensjonskrenkelse for å anse en påstand som prosedabel.⁴⁵ Dette fordi den krenkede vanskelig kan få konstatert krenkelse av sine rettigheter dersom han ikke først er gitt adgang til å få vurdert påstanden av myndighetene.

Domstolen har ikke gitt uttrykk for en klar målestokk på hvor mye som kreves for å anse en påstand som prosedabel.⁴⁶ Et utgangspunkt synes likevel å være at det foreligger rimelig grunn til å vurdere om det har skjedd brudd på menneskerettighetene. Det må altså være visse holdepunkter som tilsier at krenkelse foreligger.

⁴¹ Se ovenfor, *Kudla mot Polen*, fn.5, avsnitt 157.

⁴² Dette ble først lagt til grunn i *Silver mfl. mot Storbritannia* [J] 1983, no. 5947/72, avsnitt 113 og er videreført i nyere praksis se f.eks *Khlaifia mfl. mot Italia* [GC] 2016, no. 16483/12, avsnitt 268.

⁴³ *Boyle og Rice mot Storbritannia* [P] 1988, no. 9659/82 og 9658/82, avsnitt 55.

⁴⁴ Se f.eks. *Ihlan mot Tyrkia* [GC] 2000, no. 22277/93, avsnitt 98.

⁴⁵ *Klass mfl. Mot Tyskland* 1978, Series A no. 28, p. 29, avsnitt 64.

⁴⁶ Se ovenfor, *Varnava mot Tyrkia*, fn. 8.

I *Boyle og Rice mot Storbritannia* viste EMD til at hvorvidt et krav er prosedabelt må bero på de konkrete omstendighetene i saken, og arten av hver enkelt påstand om krenkelse som ligger til grunn for kravet etter artikkel 13. Det ble videre lagt til grunn at dersom en påstand om krenkelse mangler prosedabilitet, betyr ikke dette nødvendigvis at påstanden må regnes som "*manifestly ill-founded*" - åpenbart ubegrunnet.

I *Airey mot Irland*, tok EMD imidlertid det standpunkt at et krav som er "*manifestly ill-founded*" vanskelig kan sees for å samtidig være prosedabelt.⁴⁷ Den nedre grensen for dette vilkåret må derfor trekkes hvor klagen er "*manifestly ill-founded*", da det vanskelig kan anses for å være prosedabelt der det ikke en gang kan påvises noe konkret grunnlag for saken.⁴⁸

Tilsvarende må gjelde der påstanden ikke oppfyller vilkårene for individklage til EMD, som fremgår av EMK artikkel 35 nr. 2 og 3.⁴⁹ Det er klart at dette også må gjelde dersom ingen av de anførte konvensjonsbestemmelsene som ligger til grunn for klagen, kommer til anvendelse på det aktuelle tilfellet.⁵⁰ Påstanden må med andre ord være prosedabel i tilknytning til rettighetene i EMK for å omfattes av retten til et effektivt rettsmiddel i artikkel 13. Testen innebærer dermed en skranke for bestemmelsens anvendelsesområde.⁵¹

Ved enkelte rettighetsbestemmelser, innebærer kravet om "*arguability*" at det må trekkes en grense mot EMK artikkel 13. Det kreves ikke at det foreligger en "*effective remedy*" for enhver klage etter konvensjonen.⁵² Med dette menes at ikke alle påstander om krenkelse vil være prosedable under artikkel 13. Dette er fordi enkelte bestemmelser stiller mer skjerpede krav til medlemsstatenes sikring og dermed konsumerer den mer generelle artikkel 13 etter *lex specialis*.

Dette gjelder særlig EMK artikkel 5 nr.4 om krenkelse av retten til domstolsprøving av lovligheten av en frihetsberøvelse, og krenkelse av protokoll 4 artikkel 4.⁵³ Krenkelse av disse bestemmelsene vil i seg selv innebære at det ikke foreligger en effektiv overprøving, og nærmere vurdering under artikkel 13 er ikke nødvendig. Tilsvarende gjelder også for EMK

⁴⁷ *Airey mot Irland* [J] 1979, no.6289/73, avsnitt 18.

⁴⁸ Se ovenfor, *Boyle og Rice mot Storbritannia*, fn. 43, avsnitt 54-55.

⁴⁹ Dette er senere blitt fulgt opp i bl.a. *Murdalovy mot Russland* [J] 2020, no. 51933/08 avsnitt 98.

⁵⁰ *Petropavlovskis mot Latvia* [J] 2015, no. 44230/06, avsnitt 92.

⁵¹ Se bl.a. *Nada mot Sveits* [GC] 2012, no. 10593/08, avsnitt 208.

⁵² Se ovenfor, *Boyle og Rice mot Storbritannia*, fn. 43, avsnitt 52.

⁵³ *Murray mot Storbritannia* [GC] 1994, nr. 14310/88, avsnitt 98, jf. Protocol no. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Securing Certain Rights and Freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol Thereto.

artikkel 6 om retten til rettfærdig rettergang, med unntak av tilfellene der påstått krenkelse gjelder rimelig tid-kravet.⁵⁴

2.3 National authority

Den som kan vise til at påstanden om krenkelse er prosedabel etter EMK artikkel 13 skal gis en ”*effective remedy before a national authority*”. Den effektive overprøvingen skal altså skje ved nasjonale myndigheter.

Ordlyden ”*national authority*” tilsier at prøvingen må skje ved en nasjonale myndighet, men at det ikke nødvendigvis behøver å være en domstol eller et rettslig organ. Det er på det rene at en domstolsprøving av påstanden om krenkelse vil være det mest effektive, men det er ikke et generelt vilkår. Også andre myndigheter kan etter omstendighetene være i stand til å gi en effektiv prøvingsrett i tråd med artikkel 13.

EMD har fremhevet at det sentrale er om det foreligger et rettsmiddel i nasjonal rett som gir den enkelte en adgang til effektiv håndheving av rettighetene i konvensjonen.⁵⁵ Dette har en side til subsidiaritetsprinsippet, og skal sikre at den krenkede gis adgang til reparasjon først i nasjonal rett. I denne forbindelse har EMD understreket at dersom den aktuelle nasjonale myndigheten ikke er en domstol eller et rettslig organ, er det avgjørende hvorvidt myndigheten har kompetanse til å oppnå en effektiv håndhevelse.⁵⁶

I vurderingen av om organet gir en effektiv prøvingsrett, vil derfor dets uavhengighet, kompetanse og hvilke rettssikkerhetsgarantier det gir, være viktige momenter.⁵⁷ EMD har ofte lagt avgjørende vekt på om det aktuelle organet har kompetanse til å gi rettslig bindende avgjørelser. Dersom det ikke har slik kompetanse, vil organet vanskelig kunne sies å være egnet til å gi en effektiv håndheving rettighetene etter konvensjonen. Et rent rådgivende organ vil derfor ikke oppfylle artikkel 13.

⁵⁴ Se ovenfor, *Kudla mot Polen*, fn. 5, avsnitt 156.

⁵⁵ Se bl.a. *Sukachov mot Ukraina* [J] 2020, nr. 14057/17, avsnitt 112; og *Bastys mot Litauen* [J] 2020, nr. 80749/17, avsnitt 65.

⁵⁶ Se ovenfor, *Silver mot Storbritannia*, fn. 42, avsnitt 115. Hverken besøksnemnda eller den parlamentariske kommisjonæren ga en effektiv overprøving ettersom de ikke kunne håndheve egne avgjørelser.

⁵⁷ Se *Leander mot Sverige* [P] 1987, nr. 9248/81, avsnitt 77 og *De Souza Ribeiro mot Frankrike* [GC] 2012, nr. 22689/07, avsnitt 79.

I f eks *Leander mot Sverige* var Ombudsmannsordningen i utgangspunktet egnet til å gi en effektiv overprøving. Det var imidlertid ikke effektivt i seg selv, ettersom Ombudsmannens uttalelser ikke var rettslig bindende.⁵⁸ Det er imidlertid lagt til grunn at selv om ikke ett enkelt organ ikke oppfyller kravet til en effektivt prøvingsrett, kan likevel de prøvingsmulighetene som foreligger samlet sett være tilstrekkelige.⁵⁹

Når det gjelder graden av uavhengighet som kreves av den aktuelle myndigheten, har EMD lagt til grunn av det stilles krav til en viss selvstendighet for å være effektiv. Til eksempel ble adgangen til å klage til innenriksdepartementet i *Silver mot Storbritannia*, ikke ansett som tilstrekkelig effektivt etter artikkel 13. Innenriksdepartementet utformet her direktivene avgjørelsene var basert på, og ville ved en eventuell klagesak være dommer i egen sak.⁶⁰ Overprøvingen ved departementet var derfor ikke tilstrekkelig uavhengig til at dette ga en effektiv håndheving slik artikkel 13 krever.

2.4 Effective remedy

Når det kan vises til at man har en prosedabel påstand, er neste steg å vurdere hvorvidt det foreligger et effektivt rettsmiddel. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at det faktisk foreligger et rettsmiddel som gir prøvingsrett på nasjonalt nivå. Avgjørende etter EMK artikkel 13 er hvorvidt rettsmiddelet gir en prøvingsrett som er "effective". Spørsmålet blir derfor hva som nærmere ligger i dette effektivitetskravet.

EMD har generelt gitt uttrykk for at kravene i artikkel 13 om rettsmidlers effektivitet, vil måtte variere med klagens art og rettigheten som den påståtte krenkelsen knytter seg til.⁶¹ Medlemsstatene er her gitt en viss skjønnsmargin når det gjelder valg av nasjonale overprøvingsmuligheter og fremgangsmåte for å gjennomføre artikkel 13.

⁵⁸ Ibid., avsnitt 82. Tilsvarende ble lagt til grunn i *Segerstedt-Wiberg mfl. mot Sverige* [J] 2006, nr. 62332/00, avsnitt 118.

⁵⁹ Se ovenfor, *De Souza Ribeiro mot Frankrike*, se fn. 57, avsnitt 79.

⁶⁰ Se ovenfor, *Khlaifia mfl. mot Italia*, fn. 42, avsnitt 116.

⁶¹ Se ovenfor, *Budayeva mfl. mot Russland*, avsnitt 191. Videreført i bla. *Sukachov mot Ukraina*, se fn. 55, avsnitt 113.

Se til eksempel N.D. og N.T. mot Spania:

”Article 13 of the Convention guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured.” ⁶²

Det kan likevel finnes noen generelle prinsipper i EMDs praksis som gjelder i vurderingen av om effektivitetskravet er oppfylt. Det nasjonale rettsmidlet må først og fremst være tilgjengelig og tilstrekkelig til å gi reparasjon for krenkelsen. Det vil klart være lite betryggende dersom det foreligger et rettsmiddel i nasjonal rett, men som rent faktisk er utilgjengelig for den enkelte borger.

EMD har uttalt at *”The existence of the remedies in question must be sufficiently certain not only in theory but in practice, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness”* ⁶³. For å anses effektive under artikkel 13 må de aktuelle rettsmidler dermed være tilgjengelig og tilstrekkelig sikker, både i teori og i praksis. ⁶⁴

Til eksempel var det i *McFarlane mot Irland* påstått krenkelse av retten til rettfærdig rettergang innen rimelig tid etter EMK artikkel 6, jf. artikkel 13. EMD la til grunn at en rimelig utsettelse av saken i teorien ville kunne gi en effektiv overprøving av påstanden om konvensjonskrenkelse. Det viste seg imidlertid at bestemmelsen som ga adgang til dette hadde vært tilgjengelig i praksis i 25 år, men aldri blitt påberopt. Tilgjengeligheten av rettsmiddelet var derfor svært tvilsom i praksis, og oppfylte dermed ikke effektivitetskravet. ⁶⁵

Det forutgående har også en side til EMK artikkel 35 om uttømming av nasjonale rettsmidler. Dersom det foreligger rettsmidler som gir adgang til en effektiv overprøving, vil det normalt kreves at den som påstår krenkelse utnytter disse. Dette gjelder imidlertid bare så langt de aktuelle rettsmidlene er tilgjengelige, og tilstrekkelige til å reparere krenkelsen.

EMD har videre lagt til grunn at *”The effect of that provision is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an “arguable complaint” under the Convention and to grant appropriate relief.”* ⁶⁶

⁶² *N.D. og N.T. mot Spania* [GC] 2020, no. 8675/15 og 8697/17, avsnitt 240.

⁶³ *Mozer mot Moldova og Russland* [GC] 2016, no. 11138/10, avsnitt 116.

⁶⁴ Se ovenfor, *Kudla mot Polen*, fn. 5. Videreført i *Bastys mot Litauen*, se fn. 52, avsnitt 72.

⁶⁵ *McFarlane mot Irland* [GC] 2010, no. 31333/06, avsnitt 117.

⁶⁶ Se ovenfor, *N.D. og N.T. mot Spania*, fn. 62, avsnitt 240.

En effektiv overprøving krever dermed at det nasjonale rettsmiddelet er egnet til å vurdere realiteten i påstanden om konvensjonskrenkelse, og kan gi passende kompensasjon.

Formuleringen ”*relief*” er vid og vil kunne omfatte ulike former kompensasjon. Hvorvidt rettsmiddelet gir tilstrekkelig reparasjon for krenkelsen, vil derfor måtte bero på de konkrete omstendighetene som foreligger i den enkelte sak.

I mange tilfeller vil en konstatering av at krenkelse har funnet sted ved en nasjonal myndighet være tilstrekkelig effektivt. I andre tilfeller kan det være nødvendig med kompensasjon i andre former, for eksempel reduksjon i straff, erstatning o.l. Det avgjørende er om kompensasjonen er egnet til å stille skadelidte som om krenkelsen ikke har funnet sted, jf. prinsippet om *restitutio in integrum*.

Et sentralt moment i vurderingen av effektiviteten for EMD har vært hvorvidt det nasjonale rettsmidlet gir rimelig mulighet til å vinne frem med kravet.⁶⁷ Dette innebærer på den ene siden at nasjonale myndigheter ikke må stå til hinder for den enkeltes mulighet til å effektive håndheve sine rettigheter.

I f eks *Beizaras og Levickas mot Litauen*, hadde myndighetene urettmessig hindret utøvelsen av klagers rettigheter etter EMK artikkel 14 ved diskriminerende behandling under etterforskningen, på bakgrunn av hans seksuelle legning.⁶⁸ Nasjonal rettspraksis viste også en tendens til svært mild behandling av straffbare handlinger mot homofile. Den krenkede var derfor ikke gitt adgang til en effektiv overprøving av den diskriminerende behandlingen etter artikkel 13.

På den andre siden, vil ikke en avvisning av en påstand om konvensjonskrenkelse i seg selv medføre at det aktuelle rettsmiddel ikke er effektivt.⁶⁹ Artikkel 13 går ikke så langt at det kreves at man med sikkerhet vil vinne frem med en påstand om konvensjonskrenkelse i nasjonal rett. Det må likevel foreligge holdepunkter i nasjonal praksis for at det rent fysisk er mulig å vinne frem med en slik påstand.

EMD har tillagt det vesentlig vekt mot effektivitet, dersom det ikke finnes noe praksis i nasjonal rett hvor overprøvingen av krenkelsen avgjøres i skadelidtes favør. I et slikt tilfelle vil kravet til en effektiv prøvingsrett ikke være oppfylt, selv om det formelt sett foreligger

⁶⁷ *Sejdovic mot Italia* [GC] 2006, no. 56581/00, avsnitt 46.

⁶⁸ Se ovenfor, *Kudla mot Polen*, fn. 5, avsnitt 65. Videreført i *Beizaras og Levickas mot Litauen*, [J] 2020, no. 41288/15, avsnitt 151.

⁶⁹ *Amann mot Sveits* [GC] 2000, no. 27798/95, avsnitt 89-90.

hjemmel for dette. Dersom en medlemsstat heller ikke kan vise til et konkret rettsmiddel, eller flere bestemte rettsmidler samlet, som gi en effektiv prøvingsrett, så vil dette i seg selv ofte tale for at effektivitetskravet ikke er oppfylt.⁷⁰

For enkelte rettighetsbestemmelser har EMD oppstilt noen tilleggskrav for at et rettsmiddel skal regnes som effektivt etter artikkel 13. Dette gjelder f.eks. ved krenkelser av artikkel 5 nr.1 om forbud mot ulovlig frihetsberøvelse. Domstolen har lagt til grunn at i slike tilfeller kreves det i tillegg at det foretas en effektiv etterforskning som er egnet til å lede til identifisering og straff for den ansvarlige.⁷¹

Det kan også oppstilles et krav om etterlevelse av rettskraftige dommer i artikkel 13. Se til eksempel *Wasserman mot Russland*, hvor manglende etterlevelse av en rettskraftig dom for krenkelse av artikkel 6 nr.1, medførte for stor usikkerhet om effektiviteten etter artikkel 13.⁷² Overprøvingen ble derfor ikke ansett som effektiv i praksis.

Videre er det oppstilt et tidsmessig krav i noen tilfeller. Dette gjelder blant annet hvor det foreligger risiko for behandling i strid med artikkel 2 eller 3 i mottakerlandet.

I *De Souza Ribeiro mot Frankrike* var klager blitt plassert i arresten og det ble fattet utvisningsvedtak. Senere samme dag ble klageren sendt ut av landet. EMD viste til at den raske behandlingen av vedtaket i teorien kunne være effektivt, da det var egnet til å vurdere klagerens innvendinger og om nødvendig utsette gjennomføringen av en eventuell utvisning. I denne saken hadde imidlertid utvisning skjedd i så kort tid etter vedtak ble fattet, at det ikke var grunnlag for å si at det var skjedd en effektiv overprøving etter artikkel 13.⁷³ I slike tilfeller har EMD generelt lagt til grunn at det derfor må foreligge rettsmidler med automatisk oppsettende virkning for at effektivitetskravet skal være oppfylt.⁷⁴

Også i *Keenan mot Storbritannia* ble det oppstilt tilsvarende krav. Saken omhandlet forhold i strid med artikkel 3 og forbudet mot tortur under et fengselsopphold. Mark Keenan led av paranoid schizofreni og sonet en 4 måneders dom for vold mot kjæresten, da han tok sitt eget liv i fengselet. Rett før dødsfallet hadde han blitt holdt i isolasjon, fordi han ble ansett for å utgjøre en fare for de ansatte. Som følge av isolasjonen hadde hans mentale tilstand forverret

⁷⁰ Se ovenfor, *Kulda mot Polen*, fn. 5, avsnitt 159.

⁷¹ *El-Masri mot Jugoslavia* [GC] 2012, no. 39630/09, avsnitt 255-261.

⁷² *Wassermann mot Russland* (no.2) [J] 2008, nr. 21071/05, avsnitt 54-58.

⁷³ Se ovenfor, *De Souza Ribeiro mot Frankrike*, fn. 57, avsnitt 82.

⁷⁴ Se blant andre *D. mfl. mot Romania* [J] 2020, nr. 75953/16, avsnitt 128; *Hirsi Jamaa mfl. mot Italia* [GC] 2012, nr. 27765/09, avsnitt 200.

seg og blitt svært ustabil. Keenan hadde forsøkt å varsle de ansatte om behov for hjelp, men til ingen nytte. Det forelå rettsmidler som kunne overprøve avgjørelsene som ble gjort overfor Keenan, men myndighetene mente at han på bakgrunn av sin mentale tilstand uansett ikke ville være i stand til å utnytte disse.

EMD uttalte imidlertid at:

*”Even assuming judicial review would have provided a means of challenging the governor’s adjudication, it would not have been possible for Mark Keenan to obtain legal aid, legal representation and lodge an application within such a short time.”*⁷⁵

Dette måtte tilsi at det forelå et klart behov for et rettsmiddel som ga automatisk gjennomgang av avgjørelser som den foreliggende. EMD kom derfor til at Keenan ikke var gitt en effektiv prøvingsrett, da et slikt rettsmiddel ikke var tilgjengelig.⁷⁶

Et spørsmål som oppstår er likevel hva som kreves dersom nasjonale rettsmidler ikke oppfyller effektivitetskravet i det konkrete tilfellet. Vil det da være nødvendig etter artikkel 13 med en adgang til å kreve oppreisning for konvensjonskrenkelsen?

Før oppgaven går nærmere inn på dette spørsmålet, vil det kort gjøres rede for artikkel 13 og forholdet til artikkel 41.

2.5 Forholdet til artikkel 41

EMK gir som nevnt en rett til effektiv overprøving i nasjonal rett. Der nasjonal rett ikke gir tilstrekkelig reparasjon for konvensjonskrenkelser, har imidlertid EMD en adgang til å tilkjenne *”just satisfaction”* – rimelig erstatning etter EMK artikkel 41.

Domstolens kompetanse etter artikkel 41 er begrunnet i prinsippet om *restitutio in integrum* - skadelidte skal stilles som om krenkelsen ikke hadde skjedd.⁷⁷ Dersom nasjonal rett ikke kan

⁷⁵ *Keenan mot Storbritannia* [J] 2011, nr. 27229/95, avsnitt 127.

⁷⁶ *Ibid.*, avsnitt 123-127.

⁷⁷ *Andrejeva mot Latvia* [GC] 2009, no. 55707/00, avsnitt 111.

reparere skadelidtes situasjon, har derfor EMD en mulighet til å rette opp dette.⁷⁸ Etter ordlyden omfatter bestemmelsen erstatning både for økonomisk og ikke-økonomisk skade.

EMK artikkel 41 omhandler imidlertid bare EMDs kompetanse.⁷⁹ Det er bare der det er konstatert at nasjonal rett ikke har oppfylt retten til en effektiv overprøving etter artikkel 13, at artikkel 41 aktualiseres. Dette kan begrunnes i presumsjonen etter artikkel 13 for at det allerede eksisterer effektive rettsmidler i nasjonal rett samt det tidligere nevnte subsidiaritetsprinsippet. EMK artikkel 41 kan derfor ikke påberopes som selvstendig erstatningsgrunnlag i nasjonal rett, ved påstand om konvensjonskrenkelse.⁸⁰

⁷⁸ Reiertsen (2017), s. 278.

⁷⁹ Se ovenfor, *Varnava mfl. mot Tyrkia*, se ovenfor fn. 8. *Nagmetov mot Russland* [GC] 2017, no. 35589/08, premiss 81.

⁸⁰ Se Kjelland (2016) s. 50 samt Arnfinn Bårdsen, "Oppreisningserstatning ved den europeiske menneskerettighetsdomstolen" *Tidsskrift for rettsvitenskap*, (2000), s.211, på s. 33.

3 Kravet i artikkel 13 om erstatning i ”*appropriate cases*”

3.1 Innledning

Det klare utgangspunktet er at EMK artikkel 13 ikke gir skadelidte noe uttrykkelig krav på oppreisning for enhver konvensjonskrenkelse. Som vist ovenfor vil kravet til en effektiv overprøving kunne oppfylles med andre rettsmidler enn erstatning. Ofte vil det være tilstrekkelig kompensasjon at det konstateres at krenkelse har funnet sted.⁸¹ En konvensjonskrenkelse medfører altså ikke uten videre en rett til erstatning.

Det er der andre rettsmidler ikke gir tilstrekkelig kompensasjon for konvensjonskrenkelsen, at det oppstår spørsmål om en adgang til å kreve erstatning er nødvendig for å oppfylle artikkel 13.

EMD har i praksis avstått fra å gi en uttrykkelig regel om erstatning for ikke-økonomisk tap. I *Varnava mot Tyrkia* viste EMD til at en konstatering av at en lov, fremgangsmåte eller praksis ikke er i tråd med konvensjonen, ofte vil være tilstrekkelig til å gjenopprette skadelidtes situasjon. I noen tilfeller er imidlertid krenkelsen av en slik art og grad at dens innvirkning på den enkelte krever noe mer.⁸²

EMD uttalte i *Silver mot Storbritannia* at den krenkede etter EMK artikkel 13 hadde rett til en effektiv overprøving av krenkelsen og ”*if appropriate, to obtain redress*”.⁸³ Formuleringen ”*appropriate*” tilsier at det ikke stilles særlig strenge krav til når en rett til oppreisning gjør seg gjeldende.

Domstolen uttalte videre at:

”It follows from the last-mentioned principle that the application of Article 13 (art. 13) in a given case will depend upon the manner in which the Contracting State concerned has chosen

⁸¹ Se ovenfor, *Varnava mot Tyrkia*, fn. 8.

⁸² Ibid.

⁸³ Se ovenfor, *Silver mot Storbritannia* fn. 42, avsnitt 113.

to discharge its obligation under Article 1 (art. 1) directly to secure to anyone within its jurisdiction the rights and freedoms set out in section I".⁸⁴

Det tas dermed sikte på en helhetsvurdering av om det, etter sakens omstendigheter og myndighetenes valg av rettsmidler, er rimelig i det aktuelle tilfellet. Dersom man undersøker vilkårene domstolen selv anvender for å tilkjenne rimelig erstatning til skadelidte etter artikkel 41, må vurderingen i så tilfelle bli svært skjønnsmessig.

I *T.P. og K.M mot Storbritannia* fant EMD krenkelse av artikkel 13 fordi mor og hennes barn ikke hadde hatt adgang til å søke oppreisning for en omsorgsovertakelse som var skjedd i strid med artikkel 8. Også her viste domstolen at artikkel 13 krever at det gis erstatning for ikke-økonomisk tap i nasjonal rett i "*appropriate cases*".⁸⁵

Hva som mer konkret ligger i formuleringen "*appropriate*", og hvorvidt det skulle innebære en plikt for nasjonale myndigheter å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk tap i visse tilfeller, er derimot vanskelig å lese ut av EMDs praksis. For å komme nærmere et svar på hva som ligger i "*appropriate cases*" kreves det en gjennomgang av konkrete typetilfeller, hvor EMD selv har funnet det nødvendig at nasjonal rett oppstiller en adgang til å kreve oppreisning.

3.2 Retten til liv og forbudet mot tortur

Det er på det rene at retten til liv i artikkel 2 og forbudet mot tortur i EMK artikkel 3 er helt essensielle og fundamentale rettigheter. Krenkelser av disse vil ofte gjøre store inngrep i den enkeltes personlige integritet og medføre potensielt irreversible skader. Ifølge EMD må dette ha implikasjoner for hvilke typer kompensasjon som må være tilgjengelig i nasjonal rett etter artikkel 13.⁸⁶

Ved påstand om krenkelse av artikkel 2 og 3 har domstolen generelt lagt til grunn at erstatning i utgangspunktet er "*appropriate*" og at oppreisning derfor må "*in principle be*

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Se ovenfor, *T.P. og K.M. mot Storbritannia*, fn. 10, avsnitt 108-110.

⁸⁶ *Maksimov mot Russland* [J] 2010, nr. 43233/02, avsnitt 60.

part of the range of available remedies".⁸⁷ For å gi en effektiv overprøving ved påstand om krenkelse av artikkel 2 og 3 må det dermed foreligge en adgang til å kreve oppreisning, i tillegg til andre rettsmidler.⁸⁸

Det er imidlertid ikke gitt at det alltid vil være nødvendig å tilkjenne oppreisning for å gi en effektiv prøvingsrett etter artikkel 13. I *Keenan mot Storbritannia* viste EMD til at

"The Court itself will in appropriate cases award just satisfaction, recognising pain, stress, anxiety and frustration as rendering appropriate compensation for non-pecuniary damage".⁸⁹

Det synes dermed å være ved slike skader at det må vurderes om oppreisning er nødvendig, i tillegg til andre rettsmidler. EMD har blant annet funnet det nødvendig å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk skade der staten ikke har overholdt sin positive plikt til å beskytte den enkelte mot krenkelser av artikkel 3.

Se til eksempel *Z mfl. mot Storbritannia* hvor det nasjonale systemet ikke ga tilstrekkelig beskyttelse av barn mot mishandling av sine foreldre fordi det ikke forelå effektive muligheter til å søke oppreisning. Dette medførte at artikkel 13 var krenket.⁹⁰

Også i *McGlinchey mfl. mot Storbritannia* ble det tilkjent oppreisning for manglende adgang til å søke erstatning for ikke-økonomisk skade.⁹¹ Den krenkede var heroinmisbruker og led av abstinenser under et fengselsopphold. EMD fant at det rent faktisk forelå interne ordninger for å klage over behandlingen i fengselet. Disse ga imidlertid ikke adgang til å fremme krav om erstatning for behandling i strid med artikkel 3. Det forelå dermed ikke effektive rettsmidler tilgjengelig, og det ble tilkjent oppreisning for krenkelse av artikkel 13.

Etter dette synes det sentrale å være at foreligger tilgjengelig en adgang til både preventive og kompensierende rettsmidler, samtidig. Det er likevel viktig å merke seg at dersom andre rettsmidler kan gi tilstrekkelig kompensasjon for krenkelsen, er det ikke nødvendig med erstatning for ikke-økonomisk tap i tillegg. Uttalelsen om at erstatning for ikke-økonomisk

⁸⁷ *McGlinchey mot Storbritannia* [J] 2003, nr. 50390/99, avsnitt 63, jf. også *Z mfl. mot Storbritannia* [GC] 2001, nr. 29392/95, avsnitt 109; *Bubbins v. UK* [third section] 2005, nr. 50196/99, avsnitt 171. Videreført i *Maksimov mot Russland*, se fn. 87, avsnitt 62.

⁸⁸ *Varga m.fl. mot Ungarn* [J] 2015, nr. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, og 64586/13, avsnitt 49.

⁸⁹ Se ovenfor, *Keenan mot Storbritannia*, fn. 75, avsnitt 130.

⁹⁰ Se ovenfor *Z. Mfl. mot Storbritannia*, fn. 88, avsnitt 110-111, jf. 74-75; Tilsvarende i *E mfl. mot Storbritannia* [J] 2002, 33218/96, avsnitt 111-116.

⁹¹ Se ovenfor *McGlinchey mfl. mot Storbritannia* fn. 88, avsnitt 64-65.

tap i prinsippet må være tilgjengelig som del av de eksisterende nasjonale rettsmidler, gjelder altså ikke helt uten unntak.

I utvisningssaker, hvor skadelidte risikerer behandling i strid med artikkel 2 eller 3 i mottakerlandet, krever artikkel 13 ikke generelt at det foreligger oppreisningsadgang. EMD har presisert at en effektiv overprøving i slike tilfeller krever at det foreligger rettsmidler med automatisk oppsettende virkning. Dette bygger trolig på at det vil være vanskelig å tilkjenne erstatning for en potensiell og hypotetisk skade som følge av en utvisning. Resultatet vil derimot kunne bli annerledes der utvisningen allerede er fullbyrdet, og det foreligger krenkelse av artikkel 2 eller 3.⁹²

Et annet unntak er der det er funnet krenkelse på grunn av fengslingsforhold i strid med artikkel 3. Her er det heller ikke oppstilt noe generelt krav om at det må foreligge adgang til å kreve oppreisning. EMD har akseptert at også andre rettsmidler kan være effektive for å reparere krenkelsen.

Se til eksempel *Ananyev mfl. Mot Russland*. Saken gjaldt krenkelse av artikkel 3 som følge av nedverdiggende behandling under fengselsopphold. EMD ga uttrykk for at det etter artikkel 13 er to mulige former for reparasjon i slike tilfeller; forhindring eller forbedring av de materielle forholdene, eller tilkjenne kompensasjon for skaden. Skadelidte i saken hadde adgang til å anke til nasjonale domstoler, og dette var i teorien egnet til å gi tilstrekkelig reparasjon.⁹³ Rettsmidlet var imidlertid ikke tilgjengelig i praksis og derfor ikke effektivt etter artikkel 13. Er andre rettsmidler derimot tilgjengelige og effektive som kompensasjon, vil oppreisning ikke være nødvendig.

3.3 Forbudet mot ulovlig frihetsberøvelse og retten til rettfærdig rettergang

I straffesaker kan retten til effektiv overprøving som nevnt sikres bl.a. gjennom rettsmidler som kan gi reduksjon i straffen, eller erstatning der rimelig tid-kravet er overtrådt.⁹⁴ EMD har

⁹² Se ovenfor, fn. 74, *D. mfl. mot Romania*, avsnitt 128; og *Hirsi Jamaa mfl. mot Italia*, avsnitt 200.

⁹³ *Ananyev mot Russland* [J] 2012, no. 42525/07, avsnitt 110-112.

⁹⁴ Se bl.a. ovenfor, *McFarlane mot Irland*, fn. 65, avsnitt 108; og *Vlad mfl. mot Romania* [J] 2013, no. 40756/06, avsnitt 112.

også godtatt at en medlemsstat setter inn rene kompenserende midler, uten at det anses å være ineffektivt.⁹⁵ Det er likevel de preventive rettsmidlene er likevel de mest ønskelige her. Det er hvor disse ikke er tilstrekkelig effektive at spørsmål om ytterligere kompensasjon i form av erstatning blir aktuelt.

Ved påstand om krenkelse av forbudet mot ulovlig frihetsberøvelse i artikkel 5 nr.1, har EMD lagt til grunn at artikkel 13 primært krever en effektiv etterforskning egnet til å føre til identifisering og straff for den ansvarlige. Dersom etterforskningen er effektiv vil oppreisning ikke være nødvendig.

Adgangen til å kreve erstatning for konvensjonskrenkelsen kommer dermed som et tilleggskrav her. EMD har imidlertid gitt uttrykk for at dersom etterforskningen ikke har vært effektiv, vil dette også undergrave effektiviteten av andre kompenserende rettsmidler; herunder en eventuell erstatningsadgang.⁹⁶ En oppreisningsadgang vil derfor ikke kunne kompensere for en ineffektiv etterforskning. Dette ble lagt til grunn i *Ihlan mot Tyrkia*. Ettersom etterforskningen ikke hadde vært effektiv måtte klager anses for å ha blitt nektet adgang til effektive rettsmidler etter artikkel 13, herunder oppreisning.⁹⁷

Når det gjelder retten til en rettfærdig rettergang i artikkel 6, er denne tradisjonelt regnet som *lex specialis* i forhold til artikkel 13. Som et utgangspunkt vil det derfor ikke være adgang til å kreve effektive rettsmidler etter artikkel 13.

Det gjelder imidlertid to unntak fra dette. Det første unntaket ble lagt til grunn i *Kudla mot Polen*.⁹⁸ Det var reist spørsmål om forholdet mellom artikkel 6 og artikkel 13 i henhold til rimelig tid-kravet i artikkel 6 nr.1. EMD uttalte at mindre enn full anvendelse av artikkel 13 her ville stride mot subsidiaritetsprinsippet og gjøre individets rettigheter nærmest illusoriske.⁹⁹ EMD la derfor til grunn at artikkel 13 i slike tilfeller må tolkes som en tilleggsgaranti ved siden av artikkel 6 nr. 1, som sikrer individers mulighet til effektiv håndheving av konvensjonsrettighetene.¹⁰⁰

⁹⁵ *Scordino mot Italia* (no.1) [GC] 2006, no. 36813/97, avsnitt 187.

⁹⁶ Se ovenfor, *El-Masri mot Jugoslavia*, fn 71, avsnitt 255-261.

⁹⁷ Se ovenfor, *Ihlan mot Tyrkia*, fn. 25, avsnitt 103.

⁹⁸ Se ovenfor, *Kudla mot Polen*, fn. 5, avsnitt 152-155.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid.

I slike tilfeller har EMD uttalt at det vil være en sterk presumsjon for at konvensjonskrenkelsen også har resultert i ikke-økonomisk skade.¹⁰¹ Dette medfører imidlertid ikke at oppreisning må være tilgjengelig i ethvert tilfelle. Hvorvidt artikkel 13 krever at det foreligger en adgang til erstatning for ikke-økonomisk tap, beror på flere momenter. Blant annet om andre rettsmidler i nasjonal rett kan ivareta kravet til rimelig tid og rettferdighet i artikkel 6, og om disse er tilstrekkelig adekvate og tilgjengelige.

En reduksjon i straffen kan være tilstrekkelig kompensasjon, slik at oppreisning er ikke nødvendig. I slike tilfeller stilles det imidlertid et krav om tilstrekkelig begrunnelse fra myndighetene der oppreisning ikke gis.¹⁰²

I f eks *Beck mot Norge*, godtok EMD en reduksjon i straffen som reparasjon for krenkelsen av kravet til rimelig tid i artikkel 6 nr. 1. EMK artikkel 13 ble ikke vurdert direkte men for at straffereduksjonen skulle utgjøre tilstrekkelig reparasjon etter artikkel 13 måtte nasjonal rett ha: *"acknowledged in a sufficiently clear way the failure to observe the reasonable time requirement and have afforded redress by reducing the sentence in an express and measurable manner"*.¹⁰³ Reduksjonen i straffen utgjorde her tilstrekkelig kompensasjon, og klageren ikke lenger kunne anses som et offer etter EMK artikkel 13.

Slik Nordhus trekker frem, tilsier dette at der andre rettsmidler viser at nasjonale myndigheter ikke i tilstrekkelig grad anerkjenner bruddet og i hvilken grad det har påvirket utmålingen, vil erstatning trolig være eneste alternativ til reparasjon.¹⁰⁴

Det andre unntaket hvor det kan kreves effektive rettsmidler etter artikkel 6 nr.1, er ved etterlevelse av rettskraftige dommer. I *Wassermann mot Russland*,¹⁰⁵ la EMD til grunn at en adgang til å kreve oppreisning var nødvendig, da det ikke forelå rettsmidler i nasjonal rett som ga adgang til å klage over for lang saksbehandlingstid. Dette utgjorde en krenkelse av retten til effektiv overprøving, og klager ble tilkjent oppreisning.

Dette tilsier at dersom det ikke foreligger nasjonale rettsmidler som gir den krenkede adgang til å effektivt håndheve sine rettigheter etter konvensjonen, vil erstatning være nødvendig. For

¹⁰¹ Ibid. avsnitt 117.

¹⁰² Reiertsen (2017) s.364.

¹⁰³ *Beck mot Norge* [J] 2001, no. 26390/95, avsnitt 27-29.

¹⁰⁴ Nordhus (2019) pkt. 2.2.

¹⁰⁵ Se ovenfor, *Wassermann mot Russland* (no.2), fn. 72.

at erstatningsadgang skal være effektiv, har EMD imidlertid stilt krav til at den må betales uten unødig tidsbruk, og ikke senere enn seks måneder etter avgjørelsen ble rettskraftig.¹⁰⁶

3.4 Retten til respekt for privat- og familieliv

Når det gjelder påstand om krenkelse av rettighetene i artikkel 8, har domstolen i noen tilfeller gitt uttrykk for at det må foreligge en adgang til å kreve kompensasjon, herunder oppreisning.¹⁰⁷ Dette gjelder spesielt hvor myndighetene har en positiv plikt til å beskytte den enkelte mot krenkelser.

I f.eks. *Dordevik mot Kroatia* fant EMD at myndighetene ikke hadde gjort nok for å beskytte klagers sønn mot risiko for voldshandlinger i strid med EMK artikkel 3. Myndighetene hadde dermed ikke overholdt sin positive forpliktelse til å beskytte klagers rett til familieliv etter artikkel 8. EMD fant også krenkelse av artikkel 13, ettersom det ikke forelå adgang for moren til å kreve oppreisning for krenkelsen.

I *T.P. og K.M. mot Storbritannia* omhandlet saken påstand om urettmessig omsorgsovertakelse. Staten hevdet at adgangen til å få fastslått tilbakeføring av barnet til moren ved dom, oppfylte artikkel 13. Etter EMDs syn var dette imidlertid ikke effektivt, fordi det først ville skje ett år senere. Det var heller ikke egnet til å gi kompensasjon for de psykiske skadene omsorgsovertakelsen medførte.¹⁰⁸ Her synes altså skadens art å ha vært sentral for vurderingen av hvilke rettsmidler som måtte være tilgjengelig etter artikkel 13.

Tilsvarende kan sees også i *Mozer mot Moldova og Russland*. Saken gjaldt forhold under frihetsberøvelse, som hindret klageren å utøve sin rett til privat- og familieliv. Myndighetene hadde under fengselsoppholdet nektet klager besøk fra familien samt møter med prest. Når dette først ble tillatt skjedde det under streng overvåkning, noe som medførte krenkelse av artikkel 8 og 9.¹⁰⁹ Klageren ble derfor tilkjent oppreisning etter artikkel 13.¹¹⁰

Utenfor disse tilfellene fremstår det som at EMD foretar en skjønnsmessig vurdering av hvorvidt myndighetene i den konkrete saken har foretatt en balansert vurdering av om

¹⁰⁶ Se ovenfor, *Scordino mot Italia*, fn. 96, avsnitt 198.

¹⁰⁷ Michael Reiertsen (2017), s. 364.

¹⁰⁸ Se ovenfor, *T.P. og K.M. mot Storbritannia*, fn.10, avsnitt 108.

¹⁰⁹ Se ovenfor, *Mozer mot Moldova og Russland*, fn. 63. avsnitt 190-199.

¹¹⁰ Ibid, avsnitt 209.

inngrepet i den enkeltes rettigheter besvarte et pressende sosialt behov og var proporsjonelt.

¹¹¹ Dersom dette besvares bekreftende, vil erstatning for ikke-økonomisk tap ikke være nødvendig.

3.5 Øvrige konvensjonsrettigheter

Ved krenkelser av øvrige rettighetsbestemmelser er det mer utfordrende å finne klare retningslinjer for når artikkel 13 krever oppreisningsadgang. I f eks *Petkov mfl. Mot Bulgaria* hadde klagerne blitt fjernet fra valglisten, og dermed blitt fratatt sin mulighet til å stille til valg i Parlamentet. Det ble anført krenkelse av tilleggsprotokoll 1 artikkel 3 om retten til frie valg, jf. artikkel 13. Det forelå her nasjonale rettsmidler som ga adgang til å kreve oppreisning. På bakgrunn av omstendighetene i saken, mente EMD imidlertid at dette ikke oppfylte artikkel 13. Tilstrekkelig reparasjon kunne bare oppnås gjennom en ordning hvor klagerne kunne søke om vindikasjon av retten til å stille for Parlamentet. Det forelå dermed krenkelse av artikkel 13, til tross for at det var adgang til å kreve oppreisning i nasjonal rett.

¹¹²

Etter dette er det vanskelig å utlede generelle normer for når artikkel 13 krever oppreisningsadgang ved krenkelser, utenfor tilfellene opplistet ovenfor. Det er nærliggende at man i slike tilfeller må falle tilbake på utgangspunktet etter artikkel 13.¹¹³ Vurderingen av om retten til et effektivt rettsmiddel er oppfylt i nasjonalt rett må da bero på om det er egnet til å gi skadelidte tilstrekkelig reparasjon for konvensjonskrenkelsen.

¹¹¹ Se bla. *Smith og Grady mot Storbritannia*, no. 33985/96 and 33986/96, avsnitt 136 -38; *Voynov mot Russland* avsnitt 42-44; og *G.C. mfl. mot Bulgaria* [J] 2008, no. 1365/07, avsnitt 60.

¹¹² *Petkov mfl. Mot Bulgaria* [J] 2009, no. 77568/01, 178/02 og 505/02, avsnitt 79-80.

¹¹³ Se Vaaler (2017), punkt 4.2.2.

4 Skl. § 2-1 som ansvarsgrunnlag i norsk rett, tolket i lys av artikkel 13

4.1 Innledning

Rt. 2010 s. 291 *Vangen Eiendom As* gjaldt vedtak fra kommunen om nekting av bruksendring som ble kjent ugyldig på grunn av manglende lovhjemmel. Spørsmålet for Høyesterett var hvor strengt kommunens erstatningsansvar for ulovlig myndighetsutøvelse var etter plan- og bygningsloven. Førstvoterende uttalte at EMK artikkel 13 ikke stiller krav til at nasjonal rett etablerer ordninger hvor staten ilegges objektivt ansvar for brudd på menneskerettighetene. Krav om erstatning på objektivt grunnlag ble derfor ikke tatt til følge. Høyesterett konkluderte med at adgangen til å kreve erstatning etter skl. § 2-1 åpenbart måtte tilfredsstillere kravet til statens forpliktelser etter EMK artikkel 13, jf. avsnitt 39.

I svensk rett utviklet domstolene et oppreisningsansvar basert på prinsipper med direkte forankring i EMK artikkel 13. Ansvar ble begrunnet i Sveriges forpliktelse til å sikre rettighetene i EMK. Denne tilsa at oppreisning måtte tilkjennes uten særskilt hjemmel der svenske rettsmidler ikke ga adgang til dette.¹¹⁴

Prinsippet ble først lagt til grunn i NJA 2005 s. 462. Högsta Domstolen la til grunn at reduksjon i straffen ikke var effektivt, ettersom krenkelsen var avsluttet. Det forelå heller ingen andre effektive rettsmidler som kunne gi en effektiv overprøving. Dette medførte at adgangen til å kreve erstatning ved fellende dom, var større enn der dommen endte i frifinnelse. Dette mente domstolen var en urimelig løsning etter EMK artikkel 13 og tilkjente oppreisning for å unngå at Sverige gjorde seg skyldig i brudd på EMK.

Prinsippet ble videreført og lagt til grunn i NJA 2010 s. 363 hvor domstolen uttalte ”*Enligt rättsfallen NJA 2005 s.462, 2007 s.295 och 2007 s.584 kan ersättning för ideell skada dömas utan särskilt lagstöd när det krävs för at Sverige skal kunna uppfylla sina förpliktelser enligt Europakonventionen*”, jf. avsnitt 10. Der nasjonale rettsmidler ikke ga tilstrekkelig effektiv

¹¹⁴ Bengtsson (2018), s. 93.

overprøving, var synspunktet dermed at ansvaret måtte begrunnes direkte i forpliktelsen som følger av EMK artikkel 13. Prinsippet ble lovfestet i den svenske Skadestandslag i 2018.¹¹⁵

For å besvare spørsmålet om det er behov for en tilsvarende løsning i norsk rett, må det først gjøres en vurdering av hvorvidt skl. § 2-1, tolket i lys av artikkel 13, oppfyller kravet til en effektiv prøvingsrett og dermed kan fungere som oppreisningshjemmel for konvensjonskrenkelser i norsk rett.

4.2 Skadevilkåret

Inngangsvilkåret for påberopelse av artikkel 13 er at man har et prosedabelt krav for at det foreligger krenkelse av konvensjonen. Etter skl. § 2-1 nr. 1 er hovedvilkåret derimot at det foreligger en erstatningsrettslig skade. En ren ordlydstolkning av skade kunne tilsi at vilkåret også kan omfatte skader som følger av krenkelser av EMK, herunder både økonomisk eller ikke-økonomisk skade. Dette støttes av at bestemmelsen ikke gir eksplisitt uttrykk for hvilken type skade ansvaret gjelder.

Ser man til EMK artikkel 13 igjen, krever ikke den at det rent faktisk har skjedd en krenkelse, men det må foreligge rimelig grunn som tilsier det. Det er vanskelig å tolke skadevilkåret i skl. § 2-1 nr. 1 tilsvarende, ettersom skade etter en normal språklig forståelse tilsier et målbart økonomisk tap. Terskelen for skade etter skl. § 2-1 må dermed anses for å være strengere enn hva som kreves for å ha et prosedabelt krav etter artikkel 13. Forarbeidene viser også til at dette ansvaret ikke var ment å omfatte erstatning for ikke-økonomisk skade, men begrenser seg til erstatning for økonomisk tap.¹¹⁶

I *Keenan mot Storbritannia*, vurderte EMD den nasjonale ansvarshjemmelen for ikke-økonomisk erstatning og rekkevidden av skadevilkåret. Saken gjaldt adgangen til å saksøke myndighetene for uaktsom dødsulykke eller uaktsom myndighetsutøvelse før personens død. Den aktuelle hjemmelen kunne i teorien gi en adgang til å kreve erstatning, men den anerkjente ikke psykisk skade som angst, stress, frykt og håpløshet. Dersom klageren gikk til domstolene, ville hun derfor ikke vinne frem med kravet.¹¹⁷

¹¹⁵ Se Nordhus (2019) s. 33-66, for en mer utførlig gjennomgang av utviklingen i svensk rett.

¹¹⁶ Ot. prp. nr. 48 (1965-66) kap. 2 del II, bokstav a.

¹¹⁷ Se ovenfor, *Keenan mot Storbritannia*, fn. 75.

Allerede ved skadevilkåret møter vi altså på et problem når det gjelder skl. § 2-1 som ansvarsgrunnlag for krenkelser av EMK. De fleste krenkelser av menneskerettighetene vil medføre skader på den personlige integritet. Slike skader kan klart nok ikke alltid måles i penger, da de er følbare skader av mer ideell karakter. Når skl. § 2-1 i slike tilfeller ikke åpner for å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap, vil skadelidte heller ikke ha noen mulighet til å vinne frem med kravet. Dette vil igjen medføre at den krenkedes rett til en effektiv overprøving som EMK artikkel 13 krever, ikke blir ivaretatt av nasjonal rett. Et spørsmål som oppstår er imidlertid om det er adgang til å foreta en utvidende tolkning av skadevilkåret i skl. § 2-1, for å løse dette.

I juridisk teori er det tatt til orde for at skl. § 2-1 ikke gir adgang til å innfortolke en rett til erstatning for ikke-økonomisk tap. Aall og Askeland åpner for at det formelt sett kan innfortolkes et ansvar for brudd på menneskerettighetene i skl. § 2-1, som en del av *”de krav skadelidte med rimelighet kan stille”*.¹¹⁸ Dette er lett å være enig i, ettersom det er kravene skadelidte kan stille til myndighetene som skades ved krenkelser av EMK. Likevel, mener de bestemmelsen ikke hjemler erstatning for ikke-økonomisk tap, og at en slik tolkning vil være *”svært dynamisk”*. De mener utvalget i forarbeidene til grunnlovsreformen i 2014, synes å ha oversett dette.¹¹⁹

I forarbeidene til den nye Grunnloven, gis det uttrykk for at oppreisningserstatning for forsettlig eller uaktsomme myndighetshandlinger kan dekkes etter skl. § 2-1.¹²⁰ Slik Aall og Askeland fremhever, nevnes ikke forarbeidene til skl. § 2-1 som sier at arbeidsgiveransvaret ikke omfatter ikke-økonomisk tap. Hvorvidt utvalget var bevisst på dette under arbeidet med lovforslaget er uklart. Det at dette ikke ble problematisert, kan tilsi at en utvidelse av ansvaret etter skl. § 2-1 ved tolkning, ikke er så langt unna som teorien skal ha det til.

Birgitte Hageland synes å være av samme oppfatning som Aall og Askeland, og viser til HR-2017-2292-A til støtte for at skl. § 2-1 ikke kan tolkes utvidende. I dommen tok Høyesterett stilling til om arbeidsgiveransvaret måtte utvides til å omfatte handlinger utført etter at et arbeidsforhold var opphørt, på bakgrunn av opplysninger som arbeidstaker hadde fått under arbeidsforholdet. Med andre ord, om dette kunne anses som skade voldt *”i tjenesten”* etter skl. § 2-1.

¹¹⁸ Jørgen Aall og Bjarne Askeland, *”Statens oppreisningsansvar ved menneskerettighetsbrudd”*, Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett, 3 (2017), s. 4.

¹¹⁹ Se også Hjelmeng (2016), s. 221-229.

¹²⁰ Se Dok.nr.16 (2011-2012), s. 85.

Flertallet kom til at underslagene hadde skjedd en stund etter at arbeidsforholdet var opphørt, og derfor klart ikke falt innenfor ordlyden. Sett i lys av forarbeidene kunne ikke loven anses å åpne for en utvidende tolkning her, jf. avsnitt 29. Dommen viste også til HR-2015-981-A, hvor en partner i advokatfirma ble regnet som ”arbeidstaker” etter skl. § 2-1.¹²¹ Høyesterett mente imidlertid at dette ikke var en utvidende tolkning i strid med ordlyden, ettersom partneren måtte omfattes av ansvaret ut fra en realbetraktning.¹²² Retten konkluderte derfor med at de skadevoldende handlinger her lå utenfor arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1.

Man kan til en viss grad støtte seg til argumentasjonen for at skl. § 2-1 ikke kan tolkes utvidende på dette punktet, ettersom den gjelder bestemmelsens tidsmessige avgrensning. Det er imidlertid viktig å understreke at uttalelsene i dommen ikke direkte knyttet seg til spørsmålet om en utvidende tolkning av skadevilkårets rekkevidde, i retning erstatning for ikke-økonomisk tap.

Også mindretallets vurdering av spørsmålet er av interesse her, ettersom det var 3-2 dissens i dommen. Mindretallet mente at det ikke kunne være avgjørende at ordlyden ikke direkte omfattet den skadevoldende handlingen. Dette ble begrunnet at bestemmelsen er gammel og må sees lys av at det har skjedd en utvikling i rettspraksis.¹²³ Dette tilsier at utviklingen er moden for en utvidelse av ansvaret etter skl. § 2-1, og taler for at bestemmelsen kan anvendes som ansvarsgrunnlag for krenkelser av EMK.

4.3 Det norske hjemmelskravet for erstatning for ikke-økonomisk tap

For krav om oppreisning er det tradisjonelt stilt et strengt hjemmelskrav i norsk rett. Hovedregelen er at det er det økonomiske tapet som skal erstattes.¹²⁴ Vi møter dermed på et nytt problem i forbindelse med anvendelse av skl. § 2-1, som grunnlag for erstatning for ikke-økonomisk tap ved konvensjonskrenkelser.

¹²¹ HR-2017-2292-A, avsnitt 31.

¹²² HR-2015-981-A, avsnitt 74.

¹²³ Se ovenfor, fn. 123, avsnitt 41 – 44.

¹²⁴ NUT 1964:3, Kap III. 2. d.

Hjemmelskravet har sin opprinnelse i at oppreisningserstatning tidligere var inntatt i straffeloven og derfor var av pønalt karakter.¹²⁵ Oppreisningsansvar var betinget av en straffbar handling og hadde et preventivt formål ved å fungere som en ekstra straff for skadevolder. Oppreisning utgjorde da et inngrep overfor skadevolder, noe som klart krever hjemmel i lov. Dersom oppreisning begrunnes i et slikt synspunkt, er det vanskelig å innfortolke et slikt ansvar i skl. § 2-1 ved statens brudd på menneskerettighetene.

Dette er også lagt til grunn i norsk rettspraksis. I f.eks. HR-2012-695-U hadde bror til fornærmede krevet oppreisning etter skl. § 3-5, i anke over dom på kidnapping og overlagt drap. Høyesteretts ankeutvalg kom til at kravet ikke kunne føre frem overfor gjerningsmannen, ettersom broren var utenfor den personkretsen som kunne tilkjennes oppreisning etter skl. § 3-5.

I HR-2013-1144-A var spørsmålet om et stebarn falt innenfor ordlyden ”barn” i skl. § 3-5 annet ledd, og dermed kunne kreve oppreisning fra skadevolder. Retten viste til Rt-2005-289, avsnitt 42, som fremhevet oppreisningens tradisjonelle pønale karakter, men at det nå er kompensasjonsbehovet som det er mest fremtredende. Det konkluderes likevel med at reglene om oppreisning er ”(...) 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”.¹²⁶

Umiddelbart skulle dommene tilsi at hjemmelskravet må opprettholdes ettersom det er lagt til grunn konsekvent i rettspraksis. Et viktig poeng er imidlertid at dommene omhandlet krenkelser foretatt av private parter, ikke hvorvidt det forelå ansvar for staten.¹²⁷

Undersøker man hjemmelskravet grundigere, kommer det til syne at den tradisjonelle begrunnelsen for oppreisning ikke lenger kan stå like sterkt. Reglene for oppreisning ble flyttet ved lov 25.mai 1973 nr. 26 til skadeserstatningsloven. Det er ikke lenger et vilkår for oppreisning at det foreligger en straffbar handling. Videre, har utviklingen etter dette gått mer i retning av å gi oppreisning som kompensasjon, hvor skadens innvirkning på skadelidtes

¹²⁵ HR-2011-1048-A, avsnitt 21.

¹²⁶ HR-2013-1144-A, avsnitt 24.

¹²⁷ Slik som fremhevet av Nordhus (2019) punkt 4.1, må dette svekke dommenes vekt som argument for en opprettholdelse av hjemmelskravet.

situasjon står sentralt.¹²⁸ Dette samsvarer mer med den begrunnelsen som EMD i selv bygger på, når den tilkjenner erstatning for ikke-økonomisk tap ved konvensjonskrenkelser.

I *Reitegjerdet* var det spørsmål om staten var erstatningsansvarlig for urettmessig tilbakehold av en psykisk syk person i sykehus, over en årrekke. Høyesterett fant her at staten måtte være ansvarlig som arbeidsgiver, ettersom tilbakeholdelsen skyldtes subjektive feil hos legene. Det var også fremsatt krav om erstatning for ikke-økonomisk med grunnlag i skl. § 3-5, men staten ble ikke ilagt ansvar, ettersom det ikke forelå grov uaktsomhet hos legene.¹²⁹

Det forelå i saken sterke rimelighetsgrunner som tilsa at skadelidte måtte tilkjennes erstatning for sitt ikke-økonomiske tap, men loven ga etter Høyesteretts syn ikke hjemmel for dette. Det er ganske tydelig at vurdert i lys av EMK artikkel 13, ble skadelidte her ikke gitt en effektiv overprøving. Skyldkravet som ble stilt for oppreisning må anses for strengt etter EMDs praksis. Hadde saken kommet opp for domstolene i dag er det dermed ikke gitt at resultatet ville blitt det samme.

Videre kan det trekkes frem at også i svensk rett, foreligger det et hjemmelskrav for oppreisning for ideell skade med tilsvarende begrunnelse. I NJA 2005 s.462, s. 498 fant imidlertid HD at kravet ikke hadde forankring i noen lovregel. Overført til norsk rett, er jeg enig med Nordhus i at dette tilsier at heller ikke det norske hjemmelskravet kan stå til hinder for et oppreisningsansvar for statens brudd på menneskerettigheter.¹³⁰

Det er etter dette vanskelig å finne gode grunner for hvorfor man skulle opprettholde det strenge hjemmelskravet for oppreisning, særlig ved ansvar for brudd på menneskerettighetene. Dette tilsier at hjemmelskravet i seg selv er et hinder for å anvende skl. § 2-1 som hjemmel for oppreisningserstatning ved konvensjonskrenkelser.

4.4 Ansvarsterskelen

Etter skl. § 2-1 nr. 1 første punktum kreves det at den skaden som har skjedd, må være voldt ”forsettlig eller uaktsomt” under arbeidstakers utføring av arbeid. Bestemmelsen oppstiller etter ordlyden et vilkår om skyld fra myndighetenes side for at erstatningsansvar skal inntre.

¹²⁸ Se HR-2014-790-A, avsnitt 26.

¹²⁹ Rt. 1986 s.1326, s. 1344.

¹³⁰ Se ovenfor, Nordhus (2019), fn. 111.

Formuleringen ”forsettlig eller uaktsom” er en henvisning til den alminnelige culpanormen i norsk erstatningsrett. Ordlyden tilsier at myndighetene kan gjøres ansvarlig for skade som skjer der de kunne og burde handlet annerledes. Lest i sammenheng med bestemmelsen for øvrig, må skyldvurderingen baseres på de krav skadelidte med rimelighet kan stille til tjenesten.

Ordlyden i EMK artikkel 13 gir ikke direkte svar på om bestemmelsen stiller krav til ansvarsterskelen i den nasjonale hjemmelen. Det sentrale er at ansvarsgrunlaget gir skadelidte rimelig mulighet til å vinne frem med erstatningskravet. EMD virker imidlertid å akseptere et oppreisningsansvar som betinges av skyld, for å pålegge myndighetene et erstatningsansvar.

I f eks *Ananyev mfl. mot Russland*, var det krevet erstatning for fengslingsforhold i strid med EMK artikkel 3. De eksisterende erstatningshjemlene stilte vilkår om skyld hos myndighetene for å krav om erstatning. EMD mente dette var for strengt etter artikkel 13.¹³¹ EMDs vurdering av ansvarsterskelen her, tilsier at det ikke kan stilles vilkår om skyld fra myndighetenes side i det hele tatt i den nasjonale hjemmelen. Dette kan tale for at det bare er ved objektivt ansvar at skadelidte anses for å ha rimelig mulighet til å vinne frem med kravet etter EMK artikkel 13.

I norsk juridisk teori tar Hagland til orde for at et objektivt ansvar harmonerer best med EMDs praksis.¹³² Dette til tross for at norsk Høyesterett har presisert at det ikke kan anses å gjelde et objektivt ansvar for statens brudd på folkerettsforpliktelser.¹³³ En slik løsning vil vanskelig være forenlig med skl. § 2-1 ettersom bestemmelsen klart ikke hjemler objektivt ansvar.¹³⁴

Et slikt synspunkt ble også lagt til grunn i Rt. 2010 s. 291: ”*Statene ikke er forpliktet til å etablere ordninger med objektivt erstatningsansvar for krenkelse av konvensjonsrettighetene*”, jf. avsnitt 39.

¹³¹ Se ovenfor, *Ananyev mfl. mot Russland* fn. 94, avsnitt 113. Først lagt til grunn i *Osman mot Storbritannia* [GC] 1994, no. 23452.

¹³² Se Hagland (2019), punkt 5.3.3.

¹³³ Se HR-2016-296-A, avsnitt 43-50.

¹³⁴ Se Ot. prp. nr. 48 (1965-66) s. 80, hvor komiteen uttrykker at man ikke mente å innføre ansvar på objektivt grunnlag.

Det er imidlertid klart at det ikke er et spørsmål om grov uaktsomhet kan stilles som vilkår for oppreisningsansvar ved statens brudd på menneskerettighetene.¹³⁵ Dette ble lagt til grunn i blant annet *Reynolds mot Storbritannia*.¹³⁶ Klagers psykotiske sønn hadde tatt sitt eget liv og moren krevet erstatning fra myndighetene for å ikke hadde gjort nok for å beskytte sønnen fra seg selv. Den nasjonale erstatningshjemmelen var imidlertid betinget av grov uaktsomhet fra myndighetenes side. EMD kom til at dette for strengt, og det medførte at klageren i praksis var avskåret fra en effektiv overprøving etter artikkel 13.¹³⁷

Det er likevel viktig å merke seg her at dommen omhandlet krenkelser av EMK artikkel 3. I disse tilfellene skal det foreligge en adgang til å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap, dersom preventive rettsmidler ikke gir tilstrekkelig kompensasjon. Det er ikke dermed gitt at vurderingen av ansvarsterskelen blir den samme ved krenkelser av øvrige rettighetsbestemmelser.

Et poeng er også at i *Reynolds mot Storbritannia* var krenkelsen avsluttet – og EMD synes derfor å stille lavere krav til skyld for å pålegge myndighetene ansvar. Motsatt var det i f eks *Dordevic mot Kroatia*,¹³⁸ hvor det dreide seg om en pågående risiko for krenkelse. Der var det ikke rimelig å oppstille et strengere skyldkrav for myndighetene.

Dette vil likevel ikke støte an mot en løsning etter skl. § 2-1, som i utgangspunktet bare krever forsett eller alminnelig uaktsomhet. Etter mitt syn fremstår det som at Høyesterett selv legger til grunn at EMK artikkel 13 krever en subjektiv skyldvurdering. Dette kan sees i f eks HR-2013-881-A hvor staten ble holdt ansvarlig for manglende beskyttelse av en kvinnes rett til privatliv etter EMK artikkel 8 til tross for kjennskap til forholdene, jf. s. 221.

Det er etter dette vanskelig å finne praksis hvor EMD gir klart uttrykk for at artikkel 13 krever et bestemt skyldkrav i den nasjonale ansvarshjemmelen. Det man uansett kan slutte fra EMDs praksis imidlertid at ansvarsterskelen nødvendigvis må variere med arten og graden av den aktuelle krenkelsen.

¹³⁵ Som formulert av Vaaler (2017), punkt 4.3.3.

¹³⁶*Reynolds mot Storbritannia* [J] 2012, no. 2694/08, avsnitt 65-66.

¹³⁷ Først lagt til grunn i *Osman mot Storbritannia*, se fn. 131, avsnitt 164; Videreført i *Dordevic mot Kroatia* [J] 2012, no. 41525, avsnitt 145-149.

¹³⁸ Ibid.

4.5 Hvilke krav kan skadelidte med rimelighet stille til statens virksomhet

Et spørsmål som oppstår i forbindelse EMK artikkel 13 og skyldkravet i den nasjonale ansvarshjemmelen, er hvordan dette stiller seg i forhold til ansvarsterskelen i norsk rett. Det må i utgangspunktet kunne kreves at staten ikke utsetter den enkelte for konvensjonskrenkelser.

Det er imidlertid blitt påstått at det i visse tilfeller må anvendes en mildere culpanorm ved krav om erstatning for myndighetshandlinger etter skl. § 2-1. Hvorvidt den såkalte ”*milde culpanormen*” eksisterer i norsk rett, er imidlertid omdiskutert i norsk juridisk teori.¹³⁹ Oppgaven vil ikke gi svar på den faktiske eksistensen av en slik norm, men det er viktig å understreke at dersom den må legges til grunn vil den kunne ha betydning for hvorvidt skl. § 2-1 kan tolkes i samsvar EMK artikkel 13.

Antydninger til en slik norm kan finnes i forarbeidene til skadeserstatningsloven.

Departementet uttaler blant annet at det ikke vil være rimelig at staten pålegges ansvar i ethvert tilfelle. Særlig der det er tale om servicevirksomhet, rednings- og bistandsytelser, og rådgivningsvirksomhet vil det kunne være mindre rimelig med et like strengt ansvar. Dette var ment å fanges opp av formuleringen om ”*de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt*”.¹⁴⁰ Hvilke krav skadelidte kan stille til myndighetene vil derfor måtte variere med statens virksomhet, og vil ha betydning for erstatningskravet.

Støtte for at en slik norm eksisterer og kan ha betydning også for myndighetenes krenkelser av EMK, kan også finnes i f eks HR-2013-881-A *Besøksforbud*. Høyesterett uttalte at EMK ikke kan forstås slik at den krever det umulige. Staten må imidlertid reagere på ”*reell og umiddelbar risiko som myndighetene er kjent med, eller burde være kjent med, med de tiltak som det ut fra situasjonen er rimelig å forvente*”, jf. avsnitt 46. Det ble videre lagt til grunn at kravene til aktivitet fra myndighetene må bero på det aktuelle saksområdet. Etter rettens oppfatning var vold mot kvinner et område hvor staten hadde en særlig oppfordring til

¹³⁹ Se Hjelmeng (2016), s. 217-218, Aall og Askeland (2017) s. 4, og Hagland (2019) punkt 2.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 48 (1965-66), s. 79.

aktivitet. Resultatet ble derfor at myndighetene ikke kunne anses for å ha gjort nok for overholde plikten til å sikre kvinnens rettigheter etter EMK, jf. avsnitt 64.

En slik vurdering av myndighetenes handlinger vil i stor grad samsvare med kravet EMK stiller til ansvarsterskelen, som vist ovenfor. Umiddelbart kan dermed ikke eksistensen og anvendelsen av en slik mildere culpanorm sies å støte an mot vurderingen som kreves for å pålegge ansvar etter EMK artikkel 13. Avgjørende for om erstatningsansvar inntreffer for myndighetene, vil uansett måtte baseres på en vurdering av om de kravene skadelidte kan stille til myndighetene hva gjelder beskyttelse av rettighetene i EMK, er tilsidesatt.¹⁴¹

Etter gjennomgang av EMDs praksis, fremstår det som at en slik mildere culpanorm rent faktisk anvendes også ved spørsmål om statlig oppreisningsansvar etter EMK, men indirekte – knyttet til statens skjønnsmargin. Også her er det avgjørende hvilke krav den enkelte kan stille til at myndighetene sikrer rettighetene etter konvensjonen. I forlengelsen av dette er det sentralt hvorvidt myndighetene har reagert tilstrekkelig på en reell og nærliggende risiko, eller gjort nok for å beskytte mot krenkelse.¹⁴²

I *Hiller mot Østerrike*¹⁴³ hadde klagers sønn tatt sitt eget liv under behandling på sykehus. EMD mente dette ikke kunne ha vært påregnelig for myndighetene, til tross for at avdøde hadde gitt uttrykk for suicidale tanker tidligere. De ble derfor ikke holdt ansvarlig, da de hadde gjort det som med rimelighet kunne forventes etter omstendighetene. Hvilke krav som kan stilles til myndighetenes vil altså måtte variere med rettigheten og det aktuelle saksområdet.

I *Vilnes mfl. mot Norge*, ble staten funnet erstatningsansvarlig overfor dykkere som ikke hadde fått tilstrekkelig informasjon om risikoen ved bruk av raske dekompresjonstabeller. Det verserte usikkerhet om tabellene og faren for etterfølgende skader ved dykkeoperasjonene, noe myndighetene hadde kjennskap til. EMD kom til at det var rimelig å forvente at myndighetene ville informert dykkerne om dette. Det var informasjon som var helt avgjørende for dykkerne for at de skulle kunne vurdere og eventuelt gi samtykke til risikoen. Ved å ikke gjøre det, hadde ikke myndighetene oppfylt forpliktelsen til å sikre dykkernes rett etter EMK artikkel 8.¹⁴⁴

¹⁴¹ Her støtter jeg meg til Hjelmeng (2016), men med litt annen innfallsvinkel, se s. 217-219.

¹⁴² Se *Pendov mot Bulgaria* [J] 2020, no. 44229/11.

¹⁴³ *Hiller mot Østerrike* [J] 2016, nr. 1967/14, avsnitt 53.

¹⁴⁴ *Vilnes mfl. mot Norge* [J] 2013, no. 52806/09.

Etter dette må et statlig oppreisningsansvar for brudd på EMK bero på om staten har reagert tilstrekkelig på en reell og nærliggende risiko, eller gjort nok for å beskytte, på bakgrunn av kunnskap den har eller burde hatt.

Det som i norsk rett kalles den milde culpanormen synes dermed å ligge innbakt som et moment i ansvarsvurderingen under EMK artikkel 13. Det er derfor vanskelig å se hvorfor denne skulle være et hinder ved tolkning av skl. § 2-1 som ansvarsgrunnlag for oppreisning. Det er mer nærliggende å si at den harmonerer med artikkel 13.

4.6 Hvem kan det fremsettes erstatningskrav mot etter skl. § 2-1

En forutsetning for å pålegge staten arbeidsgiveransvar etter skl. § 2-1 nr. 1 er at en av dets tjenestepersonell har handlet med forsett eller uaktsomhet. Dersom dette er oppfylt, blir staten objektivt ansvarlig for tjenestepersonens skadevoldende handling. Det er på det rene at arbeidsgiveransvaret skl. § 2-1 nr.1 omfatter det offentlige som arbeidsgiver, herunder stat og kommune, jf. nr.2.¹⁴⁵

Et spørsmål er imidlertid hvor langt ansvaret for statens tjenestepersonells rekker. Ifølge forarbeidene omfatter ansvaret både anonyme og kumulative feil. Dette innebærer at selv om ingen bestemt arbeidsgiver kan holdes ansvarlig, kan forholdene samlet sett tilsi at ansvar må inntre. Dette ble i forarbeidene begrunnet med at det vil virke urimelig overfor skadelidte dersom han ikke kunne holde arbeidsgiver ansvarlig, fordi ingen bestemt arbeidstaker kan utpekes.¹⁴⁶

Etter EMK er det imidlertid staten som er rettssubjektet for krenkelser av menneskerettighetene. Etter EMDs praksis er det imidlertid ikke stilt noe krav til at erstatningskravet rettes mot bestemte myndigheter.¹⁴⁷

I *Vangen Eiendom AS* uttalte Høyesterett at kommunen ikke kunne pålegges erstatningsansvar, ettersom det bare er statene som kan gjøres til rettssubjekter etter konvensjonen.¹⁴⁸ Uttalelsene knyttet seg riktignok til artikkel 41, men Høyesterett synes å forutsette at det må trekkes et skille mellom stat og kommune i forbindelse ved krenkelser av

¹⁴⁵ Se også Ot.prp. nr.48 (1965-66) s.79.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Reiertsen (2017) s. 381.

¹⁴⁸ Se Rt. 2010 s. 291 A, avsnitt 38.

EMK. En slik forståelse ville medføre at skl. § 2-1 som ansvarsgrunnlag, ville utelukke erstatningsansvar for konvensjonskrenkelser begått av tjenestepersonell som hører under kommunen.

Et moment til støtte for at det må gjøres et slikt skille mellom stat og kommune ved krenkelser av EMK, er at dersom sistnevnte omfattes av ansvar vil dette kunne medføre økt statlig kontroll overfor kommunene.¹⁴⁹

Dersom det kan vises til årsakssammenheng mellom tjenestepersonens handling og krenkelsen av EMK, fremstår det derimot som lite rimelig at det stenges for oppreisningsansvar basert på et skille mellom stat og kommune. Kommuner er riktig nok uavhengige staten, men i EMK-sammenheng er det lite naturlig å ikke se disse under ett. Særlig med tanke på at det er staten som er forpliktet til å beskytte den enkeltes menneskerettigheter og dermed er nærmest til å bære risikoen for krenkelser. Sett i lys av prevensjonshensynet vil det kunne være en fordel at også kommunen omfattes. Dette kan tjene til å skjerpe både stat og kommunes aktsomhet og redusere risikoen for krenkelser - og eventuelt oppreisningsansvar.

Ser man til bestemmelsen som ble inntatt i den svenske skadeserstatningsloven, har man ikke foretatt et skille mellom stat eller kommune. Her følger det av ordlyden at både stat og kommune omfattes av oppreisningsansvaret i kap. 3 4 §.150 Ettersom bestemmelsen bygger på statens forpliktelser etter EMK artikkel 13, taler dette også for at det ikke er noe grunnlag for å gjøre et skille mellom stat og kommune, ved spørsmål om ansvar for brudd på menneskerettighetene.

4.7 Behovet for et ansvarsgrunnlag direkte forankret i EMK artikkel 13

I norsk rettspraksis har det skjedd en utvikling hvor det åpnes for at et oppreisningsansvar for statens brudd på menneskerettighetene kan forankres direkte i EMK artikkel 13.

Dette ble først lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2001 s. 428:

¹⁴⁹ Nordhus (2019) pkt. 3.3.

¹⁵⁰ Dette ble også lagt til grunn i rettspraksis før lovfesting, se NJA 2009 s.463 s. 474.

*”På denne bakgrunn finner jeg at A har fått spørsmålet om det foreligger krenkelse av 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”, s. 446.*¹⁵¹

Isolert kan uttalelsen tilsi at høyesterett forutsatte at konstatering av krenkelse generelt er tilstrekkelig reparasjon etter artikkel 13. Slik at det ikke blir spørsmål om et eventuelt oppreisningsansvar for staten etter artikkel 13. Mer nærliggende er det imidlertid å forstå dommen slik at det ikke ble tatt standpunkt til, hverken for eller mot, et oppreisningsansvar forankret direkte i EMK.

I HR-2013-881-A *Besøksforbud* bygget gikk Høyesterett lenger, og bygget erstatningsansvaret direkte på staten sikringsplikt i EMK artikkel 1, jf. artikkel 41. ¹⁵² Det kan dermed fremstå slik at utviklingen i norsk rett er på vei i samme retning som Sverige.

I to nyere underrettsdommer vurderes spørsmålet om artikkel 13 kan anvendes direkte som ansvarshjemmel for oppreisning. Disse følger også linjene til utviklingen i Sverige, bygget på prinsipper om et ansvar forankret direkte forpliktelsen som følger av artikkel 13.

I TOSLO-2013-103468 *Glattcelle* viste tingretten til at *”Etter EMDs praksis er det klart at retten til effektiv prøving også kan omfatte en rett til erstatning ”if appropriate (...)”.*¹⁵³ Dette måtte etter tingrettens syn skje der det ikke forelå andre muligheter til å få vurdert oppreisningskravet på. I dette tilfellet fant ikke tingretten grunnlag for andre måter å ivareta As krav på, og tilkjente derfor oppreisning ved direkte henvisning til artikkel 13.

I TOSLO-2014-125062 *Dommerfullmektig* ble det lagt til grunn at *”(...) 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”.* Dette måtte gjelde der *”(...) kravene i skadeerstatningsloven § 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”.*¹⁵⁴

¹⁵¹ Tilsvarende ble lagt til grunn i HR-2004-2002-A, avsnitt 74.

¹⁵² HR-2013-881-A.

¹⁵³ TOSLO-2013-103468, punkt. 9.

¹⁵⁴ TOSLO-2014-125062, s.15-16.

Spørsmålet om et oppreisningsansvar for statens brudd på EMK i norsk, er dermed ikke endelig avgjort av Høyesterett.

Mye taler for at man kan anvende EMK artikkel 13 direkte som grunnlag for et slikt ansvar. For det første vil man sikre at norske rettsregler praktiseres i samsvar med forpliktelsene etter EMK artikkel 13. Videre, vil vurderingen av om staten og nasjonale rettsmidler oppfyller retten til en effektiv prøvingsrett måtte undergå en mer konkret og selvstendig vurdering i enkelttilfellet.

Artikkel 13 gir imidlertid ikke en fullstendig erstatningslære og er derfor vanskelig å anvende direkte i nasjonal erstatningsrett.¹⁵⁵ Et ansvar direkte forankret i artikkel 13 vil være vanskelig å fastlegge, både i innhold og rekkevidde. Disse vanskelighetene er allerede kommet til syne i norsk rett, og gjennom redegjørelsen i oppgaven.

Etter mitt syn vil derfor skl. § 2-1 som ansvarsgrunnlag ha bedre grunner for seg. Som oppgaven viser, kan eventuelle konflikter løses ved tolkningen av skl. § 2-1 i lys av artikkel 13, uten at dette er i strid med norske erstatningsrettslige tradisjoner. Jeg støtter meg derfor til menneskerettighetsutvalgets forutsetning under grunnlovsreformen, nemlig at det bare er de tilfeller som faller utenfor skl. § 2-1 som nødvendiggjør et ansvar direkte forankret i artikkel 13.

Etter min mening burde imidlertid gjennomføringen av et slikt ansvar skje ved formell lovgivning, slik man fant nødvendig i Sverige. På denne måten vil man sikre at det gis klare rammer for ansvarets innhold og rekkevidde, og erstatningshjemmelen blir mer tilgjengelig for både rettsanvenderen og den enkelte borger. Dette vil også ha en klarere rettskildemessig forankring i norsk rett.

¹⁵⁵ Vaaler (2017).

5 Avsluttende betraktninger

Etter å ha undersøkt rettstilstanden i Norge samt kravene etter EMK artikkel for når det kreves en oppreisningsadgang i nasjonal rett, er det klart et behov for en avklaring. Mye taler for at et oppreisningsansvar for statens brudd på menneskerettighetene kan direkte i EMK artikkel 13.

Etter min mening bør et slikt ansvar inntas i norsk rett gjennom formell lovgivning, slik man til slutt valgte å gjøre i Sverige. Man vil da få et klart standpunkt fra lovgiver, og domstolene samt den enkelte borger har en tilgjengelig og sikker hjemmel til å fremsette krav mot myndighetene for brudd på EMK. På denne måten vil man også få klarlagt rammene for det statlige oppreisningsansvaret, i lys av EMK artikkel 13.

Litteraturliste

Lover og forskrifter

Kongeriket Norges Grunnlov 17.mai 1814 (Grl).

Lov 13.juni 1969 nr. 26. om skadeserstatning (skl).

Lov 22.05.1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (strpl).

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

Lov 20. April 2001 nr. 13 om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling m.m. (voldsoffererstatningsloven).

Skadeståndslag (1972:207).

Lovforarbeider:

Ot. prp. nr. 48 (1965-66) Om lov om skadeserstatning i visse forhold

NUT 1964:3 Innstilling om lov om Det offentliges og andre arbeidsgiveres erstatningsansvar m.m. Innstilling II.

NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter.

Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (erstatning etter strafforfølgning).

Dok. Nr. 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

SOU 2010:87

Prop. 2017/18:7 Skadestånd och Europakonventionen

Norsk rettspraksis:

TOSLO-2013-103468

TOSLO-2014-125062

Rt. 1986 s.1326

Rt. 2001 s. 428

HR-2004-2002-A

Rt. 2010 s. 291 A.

HR-2011-1048-A

HR-2012-695-U

HR-2013-881-A

HR-2013-1144-A

HR-2014-790-A

HR-2015-981-A

HR. 2016-296-A

HR-2017-2292-A

Svensk rettspraksis:

NJA 2009 s.463

NJA 2010 s. 363

Internasjonale Traktater:

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

Protocol no. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Securing Certain Rights and Freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol Thereto

Protocol no. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1. November 1988.

Avgjørelser fra EMD (Den europeiske menneskerettighetsdomstolen):

Klass mfl. mot Tyskland [P] Series A no. 28, ECHR:1978:0906JUD000502971

Airey mot Irland [J], ECHR:1979:1009JUD000628973

Silver mot Storbritannia. [J], ECHR:1983:0325JUD000594772

Leander mot Sverige [J], ECHR:1987:0326JUD000924881

Boyle og Rice mot Storbritannia [P], ECHR:1988:0427JUD000965982

Murray mot Storbritannia [GC], ECHR:1994:1028JUD001431088

Osman mot Storbritannia [GC] 1998, ECHR:1998:1028JUD002345294

Smith og Grady mot Storbritannia [J] 1999, ECHR:1999:0927JUD003398596

Kudla mot Polen [GC], ECHR:2000:1026JUD003021096

Amann mot Sveits [GC], ECHR:2000:0216JUD002779895

Ilhan mot Tyrkia [GC], ECHR:2000:0627JUD002227793

Paul og Audrey Edwards mot Storbritannia [J], ECHR:2002:0314JUD004647799

Z. mfl. mot Storbritannia [GC], ECHR:2001:0510JUD002939295

T.P. og K.M. mot Storbritannia [GC], ECHR:2001:0510JUD002894595

Beck mot Norge [J], ECHR:2001:0626JUD002639095

Keenan mot Storbritannia [J], ECHR:2001:0403JUD002722995

E. mfl. mot Storbritannia [J], ECHR:2002:1126JUD003321896

McGlinchey mot Storbritannia [J] 2003, ECHR:2003:0429JUD005039099

Bubbins mot Storbritannia [J], ECHR:2005:0317JUD005019699

Scordino mot Italia [GC], ECHR:2006:0329JUD003681397

Sejdovic mot Italia [GC], ECHR:2006:0301JUD005658100

Segerstedt-Wiberg mfl. mot Sverige [J], ECHR:2006:0606JUD006233200

Budayeva mfl. mot Russland [J], ECHR:2008:0320JUD001533902

G.C. mfl. mot Bulgaria [J], ECHR:2008:0424JUD000136507

Kochekov mot Estland [J], ECHR:2009:0702JUD004165305

Andrejeva mot Latvia [GC], ECHR:2009:0218JUD005570700

Petkov mfl. Mot Bulgaria [J], ECHR:2009:0611JUD007756801

Zavoloka mot Latvia [J], ECHR:2009:0707JUD005844700

Varnava mot Tyrkia [GC], ECHR:2009:0918JUD001606490

McFarlane mot Irland [GC], ECHR:2010:0910JUD003133306

Maksimov mot Russland [J] , ECHR:2010:0318JUD004323302

M.S.S. mot Belgia [GC], ECHR:2011:0121JUD003069609

Ananyev mfl. mot Russland [J], ECHR:2012:0110JUD004252507

Nada mot Sveits [GC], ECHR:2012:0912JUD001059308

Dordevic mot Kroatia [J], ECHR:2012:0724JUD004152610

Reynolds mot Storbritannia [J], ECHR:2012:0313JUD000269408

El-Masri mot Jugoslavia [GC], ECHR:2012:1213JUD003963009

Hirsi Jamaa mfl. mot Italia [GC], ECHR:2012:0223JUD002776509

De Souza Ribeiro mot Frankrike [GC], ECHR:2012:1213JUD002268907

Vlad mfl. mot Romania [J], ECHR:2013:1126JUD004075606

Vilnes mfl. mot Norge [J], ECHR:2013:1205JUD005280609

Nemtsov mot Russland [J], ECHR:2014:0731JUD000177411

Varga m.fl. mot Ungarn [J], ECHR:2015:0310JUD001409712

Petropavlovskis mot Latvia [J], ECHR:2015:0113JUD004423006

Khlaifia mfl. Mot Italia [GC], ECHR:2016:1215JUD001648312

Hiller mot Østerrike [J], ECHR:2016:1122JUD000196714

Mozer mot Moldova og Russland [GC], ECHR:2016:0223JUD001113810

Shestopalov mot Russland, [J] ECHR:2017:0328JUD004624807

D.M. mot Hellas [J], ECHR:2017:0216JUD004455915

Nagmetov mot Russland [GC], ECHR:2017:0330JUD003558908

De Tommaso mot Italia [GC], ECHR:2017:0223JUD004339509

Voynov mot Russland [J], ECHR:2018:0703JUD003974710

Beizaras og Levickas mot Litauen [J], ECHR:2020:0114JUD004128815

Pendov mot Bulgaria [J], ECHR:2020:0326JUD004422911

Kungurov mot Russland [J], ECHR:2020:0218JUD007046817

Marshall mfl. mot Malta [J], ECHR:2020:0211JUD007917716

Sukachov mot Ukraina [J], ECHR:2020:0130JUD001405717

Wassermann mot Russland (No. 2) [J], ECHR:2008:0410JUD002107105

D. mfl. mot Romania [J], ECHR:2020:0114JUD007595316

Murdalovy mot Russland [J], ECHR:2020:0331JUD005193308

Bastys mot Litauen [J] ECHR:2020:0204JUD008074917

N.D. og N.T. mot Spania [GC] ECHR:2020:0213JUD000867515

Bøker:

Dijk, Peter Van, mfl., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5. utgave, Intersentia 2018.

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

Kjelland, Morten, *Erstatningsrett – en lærebok*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2016.

Lødrup, Petter og Kjelland, Morten, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave, Gyldendal Akademisk 2012.

Reiertsen, Michael, *The European Convention on Human Rights Article 13 – Past, Present and Future*, Juridisk fakultet, PhD-avhandling ved Universitetet i Oslo, 2017.

Artikkel i tidsskrift og artikkelsamlinger:

Aall, Jørgen og Askeland, Bjarte, ”*Statens oppreisningsansvar ved menneskerettighetsbrudd*” Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett, 3 (2017) s. 3-6. Lest 28. Februar 2020.

Arnfinn Bårdsen, ”*Oppreisningserstatning ved den europeiske menneskerettighetsdomstolen*” Tidsskrift for rettsvitenskap, (2000), s. 211. Lest 28. Februar 2020.

Bengtsson, Bertil, ”*Skadestånd vid överträdelse av Europakonventionen – den nya lagstiftningen*”, Svensk Juristtidning 2018, s. 93–127 (s. 96–100). Lest 27. Mai 2020.

Hagland, Birgitte, ”*Statens oppreisningsansvar ved menneskerettsbrudd*”, Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett nr. 2, (2019), s. 67-99. Lest 19. Februar 2020.

Hjelmeng, Erling, ”*Folkerettslig påvirkning av norsk erstatningsrett – to høyesterettsdommer*”, Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett, (2016) s. 211-229. Lest 22. Februar 2020.

Kuijer, Martin, ”*Effective remedies as a fundamental right*”, Seminar on human rights and access to justice in the EU, 28-29 April 2014, Barcelona. Escuela Judicial Española & European Judicial Training Network. Lest 26. Mars 2020.

Larsen, Kjetil Mujezinovic, ”*EMK artikkel 13: En studentrettet oversikt*”, Jussens venner, nr. 6 (2019), s. 388-402. Lest 7. Mai 2020.

Lødrup, Peder, ”*Oppreisning – et praktisk institutt*”, Tidsskrift for erstatningsrett (2006), s. 211-237. Lest 14. April 2020.

Nordhus, Ole G. ,”*Oppreisningskrav etter EMK artikkel 13 – en sammenligning av norsk og svensk rett*”, Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett, nr. 1 (2019), s. 33-66. Lest 18. Februar 2020.

Rui, Jon Petter, ”*EMK retten frem mot 2020*”, Tidsskrift for strafferett, nr. 4 (2010), s. 365-383. Lest 26. Februar 2020.

Stenvik, Are, ”*Erstatningsrettens Internasjonalisering*” Tidsskrift for erstatningsrett, 1 (2005), s. 33-61. Lest 24. Februar 2020.

Thorson, Bjarte, ”*Nordsjødykkernes erstatningskrav og krenkelse av EMK artikkel 8*” Cappelen Akademisk Forlag, Nytt i privatretten nr. 1 2014 s. 9-11 (NIP-2014-1-9). Lest 7. April 2020.

Vaaler, Henrik, ”*Erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av EMK*” Lov og Rett, nr. 5 (2017) s. 229-377. Lest 18. Februar 2020.

Utenlandsk litteratur

Directorate General, "*Guide to good practice in respect of domestic remedies*, Council of Europe, Human Rights and Rule of Law, 2013. Lest 24. April 2020.

The Venice Commission, "*On the effectiveness of national remedies in respect of excessive length of proceedings*", Council of Europe, Draft study, no. 316/2004. Lest 24. April 2020.