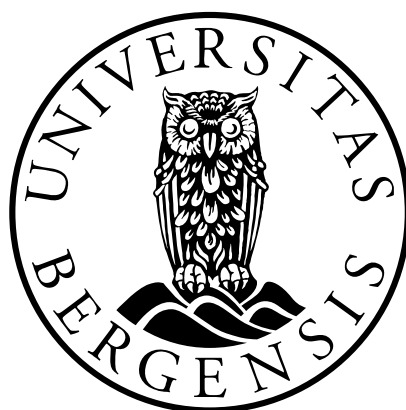


Retten til erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av EMK artikkel 8

Hvilket ansvarsgrunnlag kan gjøres gjeldende for et krav om oppreisningserstatning ved krenkelser av EMK artikkel 8?

Kandidatnummer: 122

Antall ord: 14970



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2018

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	OPPGAVENS PROBLEMSTILLING OG AKTUALITET	1
1.2	RETTSKILDEBILDET OG METODE	4
1.3	AVGRENSNING	5
1.4	IKKE-ØKONOMISKE VERDIER	6
2	EMK ARTIKKEL 13	10
2.1	UTGANGSPUNKTER	10
2.2	RETTE TIL ET EFFEKTIVT RETTSMIDDEL	10
2.3	PRØVINGSRETTE TIL KRENKELSER AV ARTIKKEL 8	13
2.4	OPPGAVENS VIDERE BEHANDLING	14
3	DE LEGE LATA: ANSVARSGRUNNLAG FOR OPPREISNINGSERSTATNING VED KRENKELSER AV ARTIKKEL 8	15
3.1	OPPREISNINGSBESTEMMELSER I ERSTATNINGSLOVGIVNINGEN	15
3.1.1	§ 3-5 oppreisning for skade av ikke-økonomisk art	15
3.1.2	§ § 3-6 og 3-6a erstatning for krenkelse av privatlivets fred	18
3.2	FORARBEIDER	19
3.3	RETTSPRAKSIS	19
3.3.1	Rt. 2001 s. 428 (Strafferegisterdommen)	19
3.3.2	Rt. 2013 s. 588 (Besøksforbuddommen)	23
3.4	ANDRE RETTSKILDER	27
3.4.1	Grunnlovens forarbeider	27
3.4.2	Reelle hensyn	29
3.5	OPPSUMMERING AV GJELDENE RETT	31
4	DE LEGE FERENDA: SKL. § 2-1 SOM ANSVARSGRUNNLAG FOR OPPREISNINGSKRAV VED KRENKELSE AV ARTIKKEL 8	32
4.1	SKL. § 2-1	32
4.1.1	Tolkningen av skadevilkåret	33
4.1.2	"De krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten"	36
4.2	UNDERRETTSPRAKSIS SOM ILLUSTRASJON: TOSLO-2013-103468 (GLATTCELLEDOMMEN)	37
5	KONKLUSJON	42
5.1	VALGET MELLOM EMK ARTIKKEL 13 OG SKL. § 2-1	42
5.2	VEIEN VIDERE	44
6	LITTERATURLISTE	45

1 Innledning

1.1 Oppgavens problemstilling og aktualitet

Det overordnede temaet for denne oppgaven er erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Fokuset vil primært være på krenkelser av artikkel 8 som gjelder retten til respekt for privatlivet. Oppgavens hovedproblemstilling er hvilket ansvarsgrunnlag som kan gjøres gjeldende for et krav om erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av EMK artikkel 8. Spørsmålet er ikke entydig regulert i lovgivningen, og det har heller ikke kommet noen endelig avklarende avgjørelser fra Høyesterett.

De ledende hensyn bak den norske erstatningsretten har tradisjonelt vært hensynet til reparasjon, prevensjon og hvem som er nærmest til å bære risikoen for skade.¹ Særlig har det vært et fokus på reparasjonshensynet, og idéen om at erstatning skal ha en gjenopprettende funksjon – og ikke være berikende for skadelidte.² Disse hensyn har også lagt utgangspunktet for utformingen av erstatningslovgivningen, der lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) er den mest sentrale. Dette har ført til at det i norsk rett tradisjonelt har vært en relativt snever adgang til erstatning for ikke-økonomisk tap. Dette tradisjonelle utgangspunktet har imidlertid blitt utfordret de senere år, blant annet gjennom vedtakelsen av lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) hvor EMK ble inkorporert som norsk lov.³ Gjennom denne inkorporeringen har Norge forpliktet seg til å respektere og overholde de rettigheter som følger av konvensjonen.⁴ En slik sikringsplikt har også blitt grunnlovsfestet gjennom vedtakelsen av § 92 som pålegger myndighetene å sikre og respektere de traktater om menneskerettigheter som

¹ Sammenfatning av omfattende teori. Se Nils Nygaard, *Skade og Ansvar*, Bergen 2007. Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, Oslo 2009. Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Oslo 2015. Morten Kjelland, *Erstatningsrett - en lærebok*, Oslo 2016.

² Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 487-489

³ Jf. menneskerettsloven § 2

⁴ Jf. sikringsplikten i EMK artikkel 1

Norge er bundet av. Dette får betydning for problemstillingen da Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) i en rekke saker har lagt til grunn at EMK artikkel 13 kan gi en rett til å reise erstatningssøksmål for krenkelser av konvensjonen – i saker både med og uten økonomisk tap.⁵ EMD likestiller vilkårene for begge former for erstatning, ved at det ved oppreisningserstatning ikke kreves mer enn alminnelig uaktsomhet fra statens side. Dette har imidlertid skapt en viss spenning mot den norske erstatningsretten, der det tradisjonelt har vært et krav om hjemmel i lov og i tilfellene der slik hjemmel eksisterer følger det som hovedregel et vilkår om grov skyld fra skadevolder for at oppreisning skal kunne tilkjennes.⁶ Det kan derfor tilsynelatende virke som den interne norske erstatningsretten ikke er på linje med den normen som EMD har lagt til grunn, slik at Norge ikke oppfyller sine folkerettslige forpliktelser fullt ut. Her er det behov for opprydning og avklaring.

I det følgende vil det som nevnt være et fokus på krenkelser av artikkel 8. Begrunnelsen for dette er først og fremst at artikkel 8 ofte vil være et eksempel på forhold som faller utenfor de lovregulerte tilfellene av oppreisningserstatning, samt at det også er noe uavklart hvor langt EMD mener retten til erstatning gjelder i disse tilfellene. Videre mener jeg også at artikkel 8 er godt egnet til å illustrere en utvikling på området for ikke-økonomiske interesser. Dette er fordi retten til privatliv ofte vil kunne krenkes uten at dette nødvendigvis fører til et økonomisk tap for den det gjelder. Derimot vil slike krenkelser kunne føre med seg en form for frustrasjon og angst som forsterker konsekvensene av selve krenkelsen, en slags følgeskade som ikke kan måles i penger.⁷

Ansvarsspørsmålet har de siste årene blitt drøftet i den juridiske litteraturen, med noe ulike innfallsvinkler. Her har det særlig blitt presentert to tilnæringsmetoder og oppfatninger av

⁵ Artikkel 13 hjemler en "effektiv prøvingsrett", men er av sin ordlyd ingen erstatningshjemmel. Artikkelen behandles mer inngående under punkt 2.1

⁶ Se bla. Rt. 2013 s. 805 samt skl. § 3-5 til illustrasjon. Se også Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 495

⁷ Et eksempel på dette saksforholdet i Glattcellesaken. Her ble en mann ved to anledninger holdt på en glattcelle utover 48-timerskravet. Det ble ikke påvist at dette utløste varige helseproblemer hos vedkommende, men erstatning ble likevel tilkjent som kompensasjon for "den lidelse og frustrasjon A ble påført som følge av at hans menneskerettigheter ikke er blitt respektert." Dette var et forhold som falt utenfor de tradisjonelle hjemlene for oppreisningserstatning, men tingretten tilkjente her oppreisning med henvisning til EMK artikkel 13.

hvordan Norge best kan ivareta sine folkerettslige forpliktelser. Både Henrik Vaaler og Erling Hjelmeng har tatt til orde for en løsning der ansvarsgrunnlaget hjemles direkte i EMK artikkel 13 som hjemler retten til en effektiv prøvingsrett ved konvensjonskrenkelser.⁸ Denne løsningen innebærer at konvensjonsteksten vil fungere som et særskilt hjemmelsgrunnlag for oppreisningserstatning, og det blir følgelig tale om en direkte folkerettslig gjennomføring av Norges forpliktelser etter EMK.

Jørgen Aall og Bjarte Askeland har imidlertid skissert en løsning der ansvaret hjemles i skadeserstatningsloven (skl.) § 2-1 om arbeidsgiveransvar.⁹ De hevder blant annet at "vedtakelsen av menneskerettsloven i 1999 og grunnlovfestingene av menneskerettigheter i 2014, herunder sikringsplikten i § 92, kan tale for at en hjemmel for erstatning for ikke-økonomisk tap innfortolkes i skl. § 2-1."¹⁰ Denne løsningen er ikke behandlet like utførlig i juridisk teori og ble blant annet avfeid av Vaaler nærmest i en bisetning der han kort konstaterer at § 2-1 bare gjelder i tilfeller for økonomisk tap.¹¹ Hjelmeng trekker for øvrig også frem § 2-1 som et aktuelt ansvarsgrunnlag ved økonomisk tap, men også han avgrensner uten noen større drøftelse mot tilfeller av ikke-økonomisk tap.¹² Selv om Aall og Askeland trekker frem muligheten for å anvende § 2-1, tar de ikke et endelig standpunkt til anvendelsen – og i likhet med Vaaler oppfordrer de lovgiver til å komme med en endring.¹³

Jeg mener imidlertid det er et behov for å undersøke disse løsningsforslagene nærmere. Den første delen av oppgaven vil vurdere hvilke krenkelser av artikkel 8 som gir en rett til å reise erstatningssøksmål, herunder oppreisningssøksmål. Deretter vil jeg gjøre en vurdering av

⁸ Henrik Vaaler, "Erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av EMK" *Lov og rett*, 2017 s. 299-317 (s. 314). Vaaler modererer seg imidlertid noe i artikkelens avslutning og oppfordrer til en oppklaring gjennom lovendring. Erling Hjelmeng, "Folkerettslig påvirkning av norsk erstatningsrett – to høyesterettsdommer", *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2016 s. 211-229

⁹ Jørgen Aall og Bjarte Askeland, "Statens oppreisningsansvar ved menneskerettighetsbrudd", *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2017 s. 3-6

¹⁰ Ibid s. 4

¹¹ Vaaler (2017) s. 314

¹² Hjelmeng (2016) s. 215

¹³ Vaaler (2017) s. 317 og Aall og Askeland (2017) s. 6

hvilket ansvarsgrunnlag som kan gjøres gjeldende for et slikt oppreisningskrav. Dette vil gjøres gjennom en gjennomgang av lovtekst, uttalelser i forarbeider og rettspraksis på området. Avslutningsvis vil jeg gjennom en presentasjon av reelle hensyn og illustrerende underrettspraksis gjøre en de lege ferenda-vurdering av hvilket av de to løsningsforslagene som har de beste grunner for seg.

1.2 Rettskildebildet og metode

På bakgrunn av det ovennevnte er det klart nok EMK og skadeserstatningsloven som er de viktigste og mest sentrale rettskildene for denne oppgaven. Det gis ingen veiledning for problemstillingen i skadeserstatningsloven, men forarbeidene i forbindelse med Grunnlovsrevisjonen i 2014 har noen uttalelser av interesse. Videre vil praksis fra både Høyesterett og EMD være av stor betydning. Det vil også bli trukket inn noe underrettspraksis, både fra lagmanns- og tingretten. Dette har riktig nok ingen prejudikatsvirkning og er ikke egnet til å si noe definitivt om gjeldende rett, men kan være godt egnet til å illustrere typetilfeller og ulike tilnærminger til problemstillingen. Det kan også ha en viss verdi i de tilfeller der Høyesterett har avvist ankebehandlingen av saken, ettersom dette tyder på at saken ikke reiser spørsmål av prinsipiell art som krever en rettslig avklaring.¹⁴ Reelle hensyn er også av stor betydning for oppgaven, da en vurdering av hva som burde være gjeldende rett har en sentral plass i fremstillingen.

Juridisk litteratur vil også være en viktig kilde for oppgaven. Som nevnt er det skrevet noe litteratur som omhandler temaet direkte.¹⁵ Disse artiklene bidrar til å belyse problemstillingen og løsningsforslag fra ulike perspektiver. Også annen litteratur vil løpende bli anvendt gjennom oppgaven. En gjennomgang av de aktuelle rettskildene, sett i sammenheng med en helhetlig vurdering av den juridiske teori som foreligger gir et godt grunnlag for å vurdere hva som er gjeldende rett og eventuelt hva som burde være det.

¹⁴ Jf. tvisteloven kapittel 30

¹⁵ Særlig Aall og Askeland (2017), Vaaler (2017), Hjemleng (2016). Bjarte Thorson kommer også med uttalelser av interesse i hans artikkel utgitt i *Damages for Violations of Human Rights: A comparative study of domestic legal systems* (2016), Kapittel 12: "Damages for the Infringements of Human Rights Under Norwegian Law" s. 259-287

1.3 Avgrensning

Oppgavens tema er stort, og det finnes derfor et behov for en avgrensning. Denne oppgaven vil ikke ta for seg spørsmål i tilknytning til årsakssammenheng eller problemstillinger knyttet til utmåling av erstatningen. Dette er områder med interessante spørsmål og utfordringer, men det er ikke direkte relevant med tanke på oppgavens problemstilling. Dette vil derfor ikke bli behandlet nærmere.

Som nevnt vil oppgavens fokus være på krenkelser av artikkel 8. Det avgrenses derfor mot en behandling av hva som eventuelt kan gi en rett til å reise oppreisningssøksmål ved krenkelser av de øvrige artiklene i EMK. Vurderingene knyttet til hvilke ansvarsgrunnlag som kan oppfylle hjemmelskravet for oppreisningserstatning vil imidlertid kunne være gyldige også for krenkelser av andre artikler i konvensjonen.

For den videre behandling vil jeg også påpeke at EMK artikkel 41 hjemler retten til "just satisfaction" eller "rimelig erstatning" for konvensjonsbrudd. Jeg vil her kort gjøre rede for hvorfor denne bestemmelsen likevel ikke er aktuell som ansvarsgrunnlag i de tilfeller problemstillingen aktualiserer.

Artikkel 41

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

Det første som er verdt å merke seg er at denne bestemmelsen er at den er plassert i konvensjonens del II om "The Court". Det følger av artikkel 19 at "there shall be set up a European Court of Human Rights, hereinafter referred to as «the Court»". Det er etter dette klart at Del II utelukkende gjelder EMDs funksjonelle og prosessuelle som rettslig instans. De

normer og regler som fremgår av kapitlet kan dermed ikke overføres til å gjelde nasjonale domstoler. Høyesterett kan derfor ikke tilkjenne erstatning med direkte hjemmel i artikkel 41.¹⁶

1.4 Ikke-økonomiske verdier

Noe av det mest sentrale i erstatningsretten er skadebegrepet og hva som regnes som en "skade" i erstatningsrettslig forstand. Tradisjonelt har skadebegrepet i norsk rett vært knyttet til, og begrenset av, at skaden må ha ført til et økonomisk tap.¹⁷ Adgangen til erstatning for ikke-økonomisk tap har det derfor vært svært begrenset i norsk rett, da hovedregelen ikke omfatter disse tilfellene. Interesser som tradisjonelt ikke har vært omfattet av erstatningsvernet blir gjerne omtalt som ikke-økonomiske verdier eller ideelle interesser.¹⁸ Kjelland beskriver dette som "(...) interesser med en fremtredende side ut over det rent økonomiske."¹⁹ Det er klart nok ikke hensiktsmessig å positivt definere alle interesser som ikke har en økonomisk side, dette ville vært en nærmest umulig oppgave da dette må sies å omfatte et svært bredt spekter av følelser, opplevelser og handlinger. Det er derfor mer praktisk å negativt definere det, slik Kjelland gjør. Det er likevel naturlig å operere med noen hovedkategorier av ideelle interesser som vil være sentrale i erstatningsrettslig sammenheng. De typiske eksemplene vil være ergrelser, sorg og redusert livsutfoldelse.²⁰

Selv om erstatning for ikke-økonomisk tap ikke har hatt en så stor plass i den norske erstatningsretten, er ideen om erstatning for ideelle interesser på ingen måte noen rettslig nyvinning i norsk sammenheng. Allerede i 1925 ble det strenge kravet til økonomisk tap utfordret, da det ble notert av åndsverklovkomiteen at antallet unntak fra prinsippet om økonomisk tap var økende. Det ble videre uttalt at "Men **ennu** [min utheving] er utviklingen ikke kommet lenger, enn at det forlanges positiv lovhjemmel, hvis den skadelidende skal kunne få erstattet den skade av ikke-økonomisk art som han har lidt".²¹ I dag, 93 år senere, er det ingen

¹⁶ Se også Vaaler (2017) s. 302 med videre henvisninger

¹⁷ Se bla. Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 47. Følger også implisitt av skl. §§ 3-1 og 4-1.

¹⁸ Kjelland (2016) s. 44. Se også Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 65

¹⁹ Kjelland (2016) s. 44

²⁰ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 494

²¹ Ibid s. 495

tvil om at rettsutviklingen har beveget seg videre mot å anerkjenne den lidelse som ikke nødvendigvis har medført et økonomisk tap. En liknende trend har man sett helt frem til i dag, og særlig siden 1980-tallet har man sett en betydelig økning i oppreisningssaker.²² Denne økningen kan forklares med at retten til oppreisning også har fått en merkbart større rolle i lovgivningen de senere år, noe som vitner om at ideelle interesser har en større erstatningsrettslig betydning i dag enn tidligere.²³

I skadeserstatningsloven finnes det som nevnt særskilte lovhjemler kan gi en rett til erstatning i tilfeller der det ikke er lidt et økonomisk tap, men disse er få og har gjennomgående strenge krav til skyld fra skadevolder.²⁴ På denne måten blir terskelen for å tilkjenne oppreisning ytterligere skjerpet. Dette kan det være gode grunner til. Først og fremst bygger dette på idéen om at erstatning bare skal ha en gjenoppbyggende funksjon – og derfor ikke berike den skadelidte.²⁵ Om den skadelidte ikke har blitt påført et økonomisk tap, vil det ofte fremstå som urettferdig eller urimelig om skadevolder skal tvinges til å kompensere økonomisk for noe som utelukkende har hatt emosjonelle konsekvenser. Dette kan videre begrunnes med at man i norsk erstatningsrett ikke har et mål om å straffe skadevolder, erstatningsretten har i utgangspunktet ikke en pønalt karakter.²⁶ Videre er det også et poeng at samfunnsaktører, både private, profesjonelle og offentlige, må ha en mulighet til å vurdere risikoen for de handlinger de gjør. Dersom man hadde åpnet for en rett til erstatning for ikke-økonomisk tap på helt like vilkår som for økonomisk tap, ville det blitt svært vanskelig å foreta denne risikovurderingen. Knytter man derimot risikoen til det økonomiske tapet, vil det være lettere for skadevolder å forutse og beregne skadepotensialet av en handling, da skadepotensialet (i prinsippet) vil være målbart.

²² Morten Kjelland, *Oppreisningserstatning ved fysiske og psykiske krenkelser* I: Rettsavklaring og rettsutvikling: festskrift til Tore Schei (Universitetsforlaget 2016) s. 744

²³ Utover reglene i skadeserstatningsloven finnes det også oppreisningshjemler i spesiallovgivningen, jf. voldsofferstatningsloven § 6, bilansvarsloven § 4 andre punktum, personopplysningsloven § 49, arbeidsmiljøloven § 13-9, likestillings- og diskrimineringsloven § 38, åndsverksloven § 55, skipsarbeidsloven § 10-9, helseregisterloven § 31, helseforskningsloven § 50, behandlingsbiobankloven § 19, pasientjournalloven § 31.

²⁴ Se skl. §§ 3-2, 3-5, 3-6, 3-6a

²⁵ Hagstrøm og Stenvik (2016) s. 487

²⁶ Ibid s. 488

Når det i noen tilfeller likevel vikes fra hovedregelen, er det derfor naturlig at det kreves noe mer enn alminnelig uaktsomhet fra skadevolder. Oppreisningserstatning kan sies å ha en form for pønalt funksjon, i motsetning til erstatningsretten for øvrig.²⁷ En erstatning for ikke-økonomisk tap kan også være en måte å anerkjenne og rehabilitere en urett som er begått. På denne måten kan en oppreisningserstatning være egnet til å tilfredsstille skadelidtes behov for at samfunnet erkjenner at vedkommende har blitt utsatt for en krenkelse.²⁸ Dette kan oppsummeres gjennom en uttalelse fra Rt. 2010 s. 1203;

"Oppreisningen etter § 3-5 har en sammensatt funksjon: Den skal virke som en «straff» og samtidig gi skadelidte en oppreisning for den krenkelse vedkommende har vært utsatt for. Oppreisningen har også en ideell funksjon ved at den uttrykker samfunnets misbilligelse av handlingen."

Ser man disse uttalelsene i sammenheng med muligheten til å søke oppreisningserstatning for krenkelser av EMK, bør det sees hen til menneskerettighetenes sentrale rolle i norsk rett. I menneskerettslovens § 1 fremgår at formålet med loven er å "styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett". Det utdypes videre i forarbeidene at hensikten har vært å redusere usikkerhet og signalisere menneskerettighetenes viktige stilling i norsk rett- og samfunnsliv.²⁹ Videre ble betydningen av disse rettighetene ytterligere fremhevet gjennom den store Grunnlovsrevisjonen i 2014 der menneskerettighetene ble viet et helt eget kapittel.³⁰ Gjennom dette store fokuset på betydningen av menneskerettigheter generelt, og i denne forbindelse EMK spesielt, kan en rett til å søke oppreisningserstatning nettopp være et middel for å sikre at dette følges opp ved at staten kan bli holdt økonomisk ansvarlig for krenkelsene, samtidig som den skadelidte får en anerkjennelse av at en krenkelse har skjedd.

²⁷ Kjelland (2016) s. 369

²⁸ Hagstrøm og Stenvik s. 489

²⁹ Ot. Prp. Nr. 3 (1998-1999) s. 61

³⁰ Stortinget vedtok i mai 2014 å innlemme Kapittel E: "Menneskerettigheter" i Grunnloven

I forlengelsen av dette er det også viktig å her se hen til størrelsesforholdet mellom partene. Her kan man legge vekt på pulveriseringshensynet der det sentrale er at skaden "omgjøres fra en stor byrde for den enkelte, til en liten byrde for mange."³¹ Dette vil også være situasjonen i de tilfeller som omfattes av problemstillingen. I en "alminnelig" erstatningstvist mellom noenlunde likeverdige parter bør det mer til før man fraviker det klare utgangspunktet om økonomisk tap. Når saken derimot står mellom statsapparatet og en enkeltborger gjør pulveriseringshensynet at dette argumentet får mindre betydning.

Igjen er det imidlertid grunn til å minne om et av de grunnleggende prinsippene bak erstatningsretten, nemlig at risikoen for skade bæres av skadelidte så fremt det ikke finnes grunnlag for å overføre risikoen på noen andre.³² Som en forlengelse av dette kan en se det slik at hensikten bak gjenoppbyggingshensynet nettopp er at man står ansvarlig for å reparere den skaden som har skjedd, verken mer eller mindre.³³ Det er dette som er bakgrunnen for kravet om særskilt hjemmelsgrunnlag for å kunne kreve erstatning for ikke-økonomisk tap. Høyesterett har heller ikke fraveket dette standpunktet, og et krav om særskilt rettsgrunnlag for ikke-økonomisk tap må fremdeles være å anse som gjeldende rett – også der offentlige myndigheter er den påståtte skadevolder.³⁴

³¹ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 21

³² Ibid s. 17

³³ Søren Koch, "Erstatning for bortkastede utgifter", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2012 s. 581–636 (s. 592)

³⁴ Se bla. Rt. 2013 s. 805 (Stebarndommen) avsnitt 24 "(...) et krav om oppreisning må være forankret i lov ... At nyere rettspraksis i større grad enn før fremhever oppreisningens betydning som kompensasjon for fornærmede, endrer ikke dette utgangspunktet."

2 EMK artikkel 13

2.1 Utgangspunkter

Som det fremgår av innledningen er EMK artikkel 13 av stor betydning for problemstillingen i denne avhandlingen. Begrunnelsen for dette er todelt. For det første er artikkelen en viktig bestemmelse i EMK på et overordnet og generelt plan, ved at den knesetter borgernes rett til å få saker prøvd og behandlet. For oppgavens vedkommende er artikkelen også helt sentral, da en stor del av formålet med avhandlingen er å vurdere om artikkel 13 kan – og er egnet til – å anvende som et selvstendig ansvarsgrunnlag for krenkelser av EMK.

I det følgende vil jeg først gi en redegjørelse for artikkelens innhold og rekkevidde, og i den anledning gjøre en gjennomgang av de krav som stilles av artikkel 13 i de tilfeller der det foreligger en krenkelse av artikkel 8.

2.2 Retten til et effektivt rettsmiddel

Artikkel 13 presenteres i EMK Del I om borgernes rettigheter og friheter. Artikkelens overskrift er i den offisielle engelske versjonen "Right to an effective remedy". Dette blir i den norske oversettelsen omtalt som "Retten til et effektivt rettsmiddel". Videre følger det av artikkelen at;

Artikkel 13

"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."

Det sentrale vilkåret er her "effective remedy", og det gis i konvensjonsteksten ingen klar definisjon av meningsinnholdet. Ser man hen til den norske oversettelsen så tales det om en "effektiv prøvingsrett", begrepet "remedy" er altså oversatt på to ulike måter – men meningsinnholdet av "remedy" er i alle tilfelle forstått som et uttrykk for alle de rettslige

mulighetene en part har til å gjøre sine menneskerettigheter gjeldende. Det første som er verdt å nevne er at det aldri eksplisitt er tale om noen rett til økonomisk kompensasjon i artikkelens ordlyd. Artikkel 13 er altså av sin ordlyd ingen erstatningshjemmel. I motsetning til artikkel 41 som taler om "compensation" er artikkel 13 taus med hensyn til hvilke rettsmidler som er aktuelle. Med andre ord legger artikkel 13 ingen føringer for *hvordan* prøvingsretten skal kunne gjøres gjeldende. Statene tilkjennes dermed en relativt vid skjønnsmargin for hvilken prøvingsrett som kan være tilgjengelig for borgerne – det sentrale er at prøvingsretten er "effective". Det må da sees hen til rettspraksis for å vurdere hva som er effektivt i det aktuelle tilfellet.

EMD har lagt til grunn at det ofte vil det være tilstrekkelig at parten har en mulighet til å fremme sin sak for en kompetent myndighet, og en konstatering av at det er skjedd en krenkelse vil i så tilfelle være tilstrekkelig. Det er ikke nødvendig at prøvingsinstansen er en domstol, men den må være uavhengig og kunne treffe bindende avgjørelser. Det er også slik at flere ordninger som hver for seg ikke er tilstrekkelige, likevel til sammen kan oppfylle kravet i EMK artikkel 13.³⁵ Hvilken form for prøving som kreves i den konkrete sak vil bero på sakens art.³⁶ Sakens art kan også medføre en rett til å reise erstatningssøksmål, både i saker med og uten økonomisk tap. Dette fremgår uttrykkelig av praksis fra EMD.³⁷

Kravet til effektivitet har av EMD blitt tolket dithen at den private part må ha en reell mulighet til å få reparert den krenkelse de har blitt utsatt for. I og med at det er staten som er pliktsubjekt tilsier det at man skal kunne henvende seg til myndighetene og faktisk få sin sak prøvd. Prøvingsretten må være reell – det må altså være både en juridisk mulighet for å få prøvd saken, samt at denne muligheten må være faktisk mulig å få gjennomslag for.³⁸ Det er med andre ord ikke godt nok at staten har normer på plass som pretenderer å tilby prøvingsalternativer, det

³⁵ Se bla. *Silver og andre mot Storbritannia* (1983) avsnitt 113

³⁶ Se bla. *Klass og andre mot Tyskland* (1978) og presiseringen i *Chahal mot Storbritannia* (1996) avsnitt 150-151

³⁷ Se *T.P. og K.M mot Storbritannia* (2001) avsnitt 107

³⁸ Se bla. *Husayn mot Polen* (2014) avsnitt 540 der det uttales at «in particular in the sense that its exercise must not be unjustifiably hindered by the acts or omissions of the authorities of the respondent State»

sentrale er om den private rent faktisk har en mulighet til å få sin sak reist og behandlet – med en mulighet for å vinne frem med sitt krav. Hvilken prøvingsrett som er aktuell i det konkrete tilfellet bygger på en helhetsvurdering knyttet til om parten har fått reparert krenkelsen i tilstrekkelig grad – på et eller annet vis. Det sentrale er at dersom det har skjedd en krenkelse, skal borgeren ha en faktisk og reell mulighet til å få reparert denne krenkelsen.³⁹

Videre er det også viktig å påpeke at artikkel 13 ikke gir en rett til medhold. Dette er en naturlig følge av at prøvingsretten kan gjøres gjeldende før krenkelsen er konstatert.⁴⁰ Dette fremgår også eksplisitt av *Kulda mot Polen* (1996), avsnitt 157. Her uttales det at "The "effectiveness" of a "remedy" within the meaning of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant." Ser man dette i sammenheng med erstatningsspørsmålet gir derfor ikke artikkelen noen generell rett til å vinne frem med et erstatningskrav, verken gjennom sin ordlyd eller slik EMD har tolket den. Artikkel 13 kan altså hjemle en rett til å reise oppreisningssøksmål, men ikke garantere utfallet av selve søksmålet.

En naturlig forlengelse av at det ikke er tale om en medholdsrett, tilsier at det heller ikke gjelder et krav om erstatning på objektivt grunnlag for konvensjonskrenkelser. En slik tolkning har også blitt lagt til grunn i Høyesterett, der det i Rt. 2010 s. 291 (Vangendommen) uttales at "Ut fra den rettspraksis som foreligger, må det legges til grunn at det ikke gjelder noen generell regel om objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse."⁴¹ Senere i dommen legges det til grunn at en slik regel "[er] åpenbart tilstrekkelig for å tilfredsstille artikkel 13. Statene er ikke forpliktet til å etablere ordninger med objektivt erstatningsansvar for krenkelse av konvensjonsrettigheter."⁴² På denne måten etablerer Høyesterett et klart utgangspunkt om at det også for konvensjonskrenkelser skal gjøres en culpavurdering av saksforholdet.

³⁹ Se bla. *Aydin mot Tyrkia* (1997) avsnitt 103

⁴⁰ Prøvingsretten er intakt så lenge saksøker har en "arguable claim" om at det har skjedd en krenkelse, jf. *Silver mot Storbritannia* (1983)

⁴¹ Rt. 2010 s. 291 avsnitt 33

⁴² *Ibid* avsnitt 39

2.3 Prøvingsretten ved krenkelser av artikkel 8

Artikkel 8

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence."

I den norske oversettelsen tales det om en "rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse." Ordlyden av dette er svært vid, men det omfatter først og fremst en rett til vern mot uhjemlede inngrep fra myndighetene.⁴³ Det følger også klart nok et krav til myndighetene om å sikre at privatlivet til borgerne ikke utsettes for krenkelser fra andre privatpersoner, i tråd med beskyttelsesplikten.⁴⁴ Ettersom artikkel 8 er en primærnorm, gir den ingen veiledning med hensyn til rettsfølgene av et brudd. Rettsfølgene reguleres enten andre steder i konvensjonen eller i intern lovgivning. Det er derfor nødvendig å se hen til praksis fra EMD og hvordan de har tolket prøvingsretten etter artikkel 13 i saker ved krenkelser av artikkel 8.

Avhengig av sakens art kan det ved krenkelser av artikkel 8 som nevnt gjelde en rett til å reise oppreisningssøksmål i henhold til prøvingsretten i artikkel 13. I T.P. og K.M mot Storbritannia (2001) avsnitt 107 uttales det;

"[...] Furthermore, in **appropriate cases** [min utheving], compensation for the pecuniary and non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as part of the range of redress."

Når erstatning så er "appropriate" er det imidlertid vanskelig å lese ut av denne uttalelsen. Ettersom det derfor ikke kan legges ukritisk til grunn at brudd på artikkel 8 som hovedregel gir

⁴³ Inngrep i de rettigheter som slås fast i artikkelens første ledd vil ofte forekomme. Det fremgår imidlertid av artikkelens annet ledd at det avgjørende for hvorvidt det skal konstateres en krenkelse er om inngrepet skjer uten at dette er i samsvar med lov, ivaretar legitime formål og er nødvendig i et demokratisk samfunn.

⁴⁴ Jf. sikringsplikten i artikkel 1, samt omfattende praksis fra EMD.

rett til å reise erstatningssøksmål, er det naturlig å se hvilke typetilfeller som har blitt trukket frem i praksis – og så om disse typetilfellene kan kategoriseres og generaliseres.

De sakstyper som har vist seg å ha et sterkt erstatningsrettslig vern er de krenkelser som grenser mot og til dels overlapper rettigheter i andre artikler. Dette vil jeg videre omtale som *høyintensive krenkelser*.⁴⁵ Særlig vil integritetskrenkelser som nærmer seg krenkelser av artikkel 2 eller 3 typisk medføre en rett til å fremme krav om erstatning.⁴⁶ Det samme gjelder tilfeller der en krenkelse av artikkel 8 også grenser mot krenkelse av eiendomsretten, jf. EMK P-1-1.⁴⁷ Ser man dette samlet tyder det på at der saksforholdet utelukkende faller innunder artikkel 8 sitt virkeområde, vil krenkelsen normalt være tilstrekkelig reparert gjennom andre midler.⁴⁸

2.4 Oppgavens videre behandling

Den foregående behandling viser at høyintensive krenkelser av artikkel 8 som hovedregel gir en rett til å reise oppreisningssøksmål. En rettsanvender vil derfor måtte oppstille følgende spørsmål; 1) Har det skjedd en krenkelse av artikkel 8? 2) Er denne krenkelsen av en slik høyintensiv karakter at EMD krever at oppreisningserstatning skal være et tilgjengelig rettsmiddel, jf. artikkel 13? og 3) Hvis ja; hvilket ansvarsgrunnlag kan så gjøres gjeldende? 4) En konkret vurdering av oppreisningskravet om hvorvidt borgeren skal få medhold eller ei.

For oppgavens videre vedkommende legges det nå til grunn at det har skjedd en slik høyintensiv krenkelse av artikkel 8 som gir rett til å reise søksmål om oppreisning fra staten.

⁴⁵ Jeg bruker denne betegnelsen som en samlebetegnelse for de alvorlige krenkelser av artikkel 8 som må antas å gi en rett til å reise oppreisningssøksmål. Betegnelsen "høyintense inngrep" anvendes av Marius Hoel Lie i "Objektivt erstatningsansvar for uriktig offentlig myndighetsutøving?" Lov og rett, 2012 s. 407-423, hvor det tales om "[dype og alvorlige inngrep] i menneskers liv".

⁴⁶ I Paul og Audrey Edwards mot Storbritannia (2002) avsnitt 97 legges det til grunn at det som hovedregel gjelder en rett til å reise erstatningssøksmål ved krenkelser av artikkel 2 og 3.

⁴⁷ Se bla. EMDs storkammerdom Menteş og andre mot Tyrkia (1997) avsnitt 89

⁴⁸ Saksforholdet i Rt. 2001 s. 428 er illustrerende, se nærmere behandling av dommen under punkt 3.3.1. Se også Vaaler (2017) s. 307.

3 De lege lata: Ansvarsgrunnlag for oppreisningserstatning ved krenkelser av artikkel 8

3.1 Oppreisningsbestemmelser i erstatningslovgivningen

Som nevnt innledningsvis har man i norsk rett operert med et krav om særskilt lovhjemmel for å kunne tilkjennes erstatning for ikke-økonomisk tap. Dette har kommet som en følge av at det i utgangspunktet bare er skader som har ført til et økonomisk tap som har erstatningsrettslig vern.⁴⁹

Hovedreglene om oppreisningserstatning finner man i dag i skadeerstatningslovens kapittel 3 i henholdsvis §§ 3-5, 3-6 og 3-6a.⁵⁰ I det følgende vil det gjøres en gjennomgang av innholdet i disse bestemmelsene, og i hvilken grad de egner seg til å oppfylle kravet til en effektiv prøvingsrett i henhold til artikkel 13.

3.1.1 § 3-5 oppreisning for skade av ikke-økonomisk art

Det mest generelle hjemmelsgrunnlaget for oppreisningserstatning finnes i § 3-5. Det fremgår av bestemmelsen at "den som forsettlig eller grovt aktløst har voldt skade på person [...]" kan pålegges å betale den skadelidte en oppreisning for den "voldte tort og smerte og for annen krenking eller skade av ikke-økonomisk art", jf. § 3-5(1) bokstav a.

Innledningsvis må det gjøres en vurdering av hvem bestemmelsen kan gjøres gjeldende overfor. Ordlyden av "den som" tyder på at det dreier seg om et personlig ansvar for den konkrete skadevoldende person. Dette personlige ansvaret avskjærer dermed mot et ansvar der noen eller noe identifiseres med skadevolder. Det er med andre ord etter lovens ordlyd ikke åpnet for at

⁴⁹ Se punkt 1.4

⁵⁰ Også § 3-2 kan hjemle en rett til erstatning for ikke-økonomisk tap ved skade av medisinsk art (menerstatning), men den er ikke relevant for problemstillingen

for eksempel en arbeidsgiver skal identifiseres med og stilles til ansvar som følge av feil hos en arbeidstaker etter denne bestemmelsen.⁵¹

Det har imidlertid blitt lagt til grunn i rettspraksis at oppreisningsbestemmelsene også kan omfatte juridiske personer gjennom et ulovfestet organansvar.⁵² I så tilfelle konstrueres ansvaret som om det var det statlige organet som selv var ansvarlig for krenkelsen. På denne måten vil også anonyme feil kunne bli omfattet av bestemmelsen. Denne læren kommer mest eksplisitt til uttrykk gjennom Rt. 1995 s. 209 (Omsorgsovertakelse).⁵³ Saken dreide seg om en kommune som fattet hastevedtak som følge av mistanke om incest, en mistanke som senere viste seg å være grunnløs. Faren krevde i etterkant av dette oppreisningserstatning etter § 3-6 første ledd.⁵⁴ Høyesterett la i saken til grunn at kommunens organansvar også omfattet oppreisningsansvar. I dommen uttales det at "(...) Det gjenstår da å ta standpunkt til hvilke organer kommunen kan bli ansvarlig for på dette grunnlag. I de sammenhenger hvor spørsmålet drøftes legges det til grunn at kommunen må identifiseres med kommunestyre, formannskap og ordfører. Hvorvidt man kan gå videre er uklart."⁵⁵ Det er med andre ord ikke tvilsomt at også myndighetene kan bli ansvarlige etter § 3-5, det sentrale er imidlertid hvor langt den personelle grensen for ansvaret kan trekkes. Kjelland har formulert vurderingstemaet "Utøver den man vurderer å identifisere med organet, den øverste myndigheten på sitt område?"⁵⁶

⁵¹ I motsetning til arbeidsgiveransvaret, jf. § 2-1.

⁵² Rt. 1995 s. 209 og Rt. 1997 s. 58

⁵³ Førstvoterende definerer organansvaret på følgende måte på s. 215 i dommen "[juridiske personer] identifiseres med den eller dem som handler på deres vegne, slik at eventuelle skadegjørende handlinger anses som den juridiske persons egne handlinger. Det sistnevnte tilfellet betegnes som organansvar eller ansvar på grunnlag av aktiv identifikasjon."

⁵⁴ Oppreisning for krenkelse av privatlivets fred, jf. § 3-6. Ordlyden av "den som" er imidlertid identisk, og Høyesteretts uttalelser må også kunne overføres til vurderinger av § 3-5.

⁵⁵ Spørsmålet drøftes i forbindelse med lemping av arbeidsgiveransvaret i Ot.prp.nr.48 for 1965-66 side 64: "Hvorvidt det samme skal gjelde vedtak truffet av andre kommunale styrever og råd, bygningsråd, helsever, skolestyre m.m., framstiller seg som tvilsomt. Det kan være grunn til å legge vekt på om vedkommende råd utøver den øverste myndighet innen kommunen på sitt felt, eller om det er underordnet kommunestyret/formannskapet."

⁵⁶ Kjelland (2016) s. 240. Vurderingstemaet er formulert etter en uttalelse fra flertallet i Rt. 1995 s. 209 på dommens side 221 "(...) og der hovedvekten synes å være lagt på om vedkommende

Det blir etter dette tydelig at det uansett bare er en begrenset gruppe statlig ansatte som kan tenkes å identifiseres som statens organer. I teorien vil det derfor kunne gjøres gjeldende organansvar i et fåtall saker, men normalt vil det ikke være grunnlag for personell identifikasjon.

Videre skaper også skyldkravet i bestemmelsen store begrensninger i dens virkeområde, også for de saker som kan tenkes å omfattes av organansvaret. Det fremgår av bestemmelsen at kravet til skyld er at handlingen er begått "forsettlig eller grovt aktløst", jf. § 3-5. Dette tilsier at det er tale om en vesentlig høyere terskel enn hovedregelen om uaktsomhet som gjelder i erstatningsretten for øvrig. At det opereres med et høyere skyldkrav er i utgangspunktet ikke i strid med artikkel 13, og i teorien vil dette også kunne omfatte konvensjonskrenkelser. Krenkelsestilfellene knytter seg imidlertid typisk til ressurs- bruk og fordeling eller former for rettsvillfarelse.⁵⁷ I slike tilfeller er det grunnlag for å hevde at det bare svært unntaksvis skjer feil som kan kategoriseres som grove og dermed når opp til skyldterskelen.⁵⁸ Dersom det bare kan søkes oppreisningserstatning i saksforhold med grov skyld fra staten, vil dette fort stride med effektivitetskravet etter artikkel 13.⁵⁹

Dette gjør også at selv i tilfeller der det kan tenkes at organansvaret kan gjøres gjeldende, vil likevel skyldkravet kunne være i strid med effektivitetskravet i artikkel 13. Det har etter dette ingen hensikt å konkludere med at § 3-5 *aldri* kan gjøres gjeldende som et ansvarsgrunnlag for krenkelser av artikkel 8. Det sentrale er likevel at denne teoretiske muligheten klart nok ikke

kommunale råd eller liknende utøver den øverste myndighet innen kommunen på sitt felt. Jeg synes meget taler for at dette kriterium bør være avgjørende."

⁵⁷ Se for eksempel Rt. 2010 s. 291 som dreide seg om rettsvillfarelse og Rt. 2013 s. 588 dreide seg om politiets ressursbruk.

⁵⁸ TOSLO-2013-103468 er illustrerende. Her la tingretten kort til grunn at å bli holdt på glattcelle utover 48-timerskravet ikke var grovt uaktsomt. Dette på tross av at 48-timers kravet er en klar og kjent regel og norske myndigheter i mange år måttet tåle kritikk for deres håndhevelse av denne retten.

⁵⁹ Det skal være en faktisk og juridisk mulighet til å få medhold. Dersom det bare kan tilkjennes oppreisningserstatning ved grov skyld, vil det i realiteten ikke være en reell mulighet å vinne frem med et krav i det store flertall av krenkelsestilfeller.

vil være nok til å oppfylle retten til en effektiv prøvingsrett i tråd med kravet etter artikkel 13 i det store flertall av saker. Praksis fra Høyesterett taler også klart for at § 3-5 ikke tilbyr en effektiv prøvingsrett. I gjennomgangen av foreliggende domsmateriale har jeg ikke funnet et eneste eksempel på at saksøker har fått medhold i oppreisning for krenkelser med grunnlag i § 3-5, noe som underbygger påstanden om at bestemmelsen ikke tilbyr en reell mulighet for saksøker å vinne frem med sitt krav. Det er etter dette klart at § 3-5 ikke tilfredsstiller de krav til effektiv prøvingsrett etter artikkel 13, og det er derfor et behov for å søke et annet hjemmelsgrunnlag for oppreisningssøksmål ved krenkelser av artikkel 8.

3.1.2 §§ 3-6 og 3-6a erstatning for krenkelse av privatlivets fred

Videre kan det også kort påpekes at §§ 3-6 og 3-6a tilbyr et særskilt oppreisningsgrunnlag for tilfeller av straffbar krenkelse av privatlivets fred. Det følger av § 3-6 at "Den som har krenket privatlivets fred, skal, såfremt han har utvist uaktsomhet eller vilkårene for straff er oppfylt, (...) kan også pålegges å betale slik erstatning (oppreisning) for skade av ikke-økonomisk art som retten finner rimelig." ⁶⁰ Bestemmelsen henviser til straffeloven og gjelder den som gjennom "offentlig meddelelse" krenker privatlivets fred, jf. strl. § 267. Det må i følge forarbeidene til straffeloven dreie seg om en rettsstridig meddelelse. ⁶¹ Bestemmelsen fordrer med andre ord at uttalelsen/formidlingen kan straffesanksjoneres etter straffeloven. Det må altså dreie seg om en rettsstridig krenkelse, der et statlig organ offentlig formidler informasjon om en borgers private forhold som er i strid med straffeloven. I § 3-6a gis en presiserende veiledning for vurderingen av de tilfeller som angår ærekrenkelser. ⁶²

Det fremstår som klart nok at et krav om rettsstridig handling, i sammenheng med den begrensningen organansvaret setter for virkeområdet, ikke er nok til å tilfredsstille kravene etter artikkel 13. ⁶³ Men bestemmelsene er likevel av en viss interesse for denne oppgaven, da

⁶⁰ Her gjør de samme betraktninger vedrørende organansvaret som under punkt 3.1.1 seg gjeldende.

⁶¹ Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 425

⁶² Ibid s. 488

⁶³ Igjen er det ikke hensiktsmessig å konkludere med at de *aldri* kan komme til anvendelse. I Rt. 2001 s. 428 blir det gjort en grundig vurdering av hvorvidt § 3-6 var en aktuell hjemmel. Denne dommen behandles nærmere under punkt 3.3.1.

lovgiver her erkjenner at privatlivets fred har en selvstendig verdi som i noen tilfeller bør kunne medføre kompensasjon dersom denne retten utsettes for krenkelser fra en utenforstående. At det likevel kreves at krenkelsen har vært av en viss kvalifisert styrke stemmer imidlertid godt overens med synet som også kommer til uttrykk i EMD, nemlig at det er bare er høyintensive krenkelser av artikkel 8 som gir en rett til å reise erstatningssøksmål.

3.2 Forarbeider

Det ovennevnte illustrerer klart at oppreisningsbestemmelsene i lovgivningen ikke tilbyr en tilstrekkelig effektiv prøvingsrett i henhold til artikkel 13. I forarbeidene til skadeserstatningsloven gis det heller ingen veiledning angående forholdet mellom artikkel 13 og retten til oppreisningserstatning. Men som nevnt i innledningen har Høyesterett hatt denne problemstillingen oppe til behandling,⁶⁴ og jeg vil derfor se på to av de mest sentrale dommene om spørsmålet for å vurdere hva disse dommene sier om gjeldende rett vedrørende ansvarsgrunnlag for oppreisningsansvar ved krenkelse av artikkel 8.

3.3 Rettspraksis

3.3.1 Rt. 2001 s. 428 (Strafferegisterdommen)

Dommen tar for seg flere spørsmål, men det sentrale for denne oppgaven er knyttet til hvorvidt et brudd på artikkel 8 gir en rett til å reise krav om oppreisningserstatning, og i så fall på hvilket grunnlag. Dommen har både i underrettspraksis og i juridisk teori blitt tatt til inntekt for å være et uttrykk for at artikkel 13 etter gjeldende rett kan anvendes som et selvstendig ansvarsgrunnlag. Her vil jeg først se på om denne tolkningen av dommen har rettskildemessig grunnlag for seg, for så vurdere hvor stor overføringsverdi avgjørelsen får utover det konkrete saksforhold.

⁶⁴ Rt. 2001 s. 428, Rt. 2013 s. 588. Spørsmålet ble også aktualisert i Rt. 2004 s. 1868. Saken gjaldt et krav om erstatning og oppreisning for konvensjonsstridig dobbeltforfølgelse. Flertallet fant imidlertid prøvingsretten tilstrekkelig ivaretatt gjennom andre midler, og uttalte i avsnitt 74 at "På denne bakgrunnen finner jeg det heller ikke i denne sammenhengen nødvendig å gå nærmere inn på spørsmålet om menneskerettsloven § 2, jf. EMK artikkel 13, jf. artikkel 41 kan danne et selvstendig grunnlag for å tilkjenne oppreisning."

Saken gjaldt krav om oppreisning fra staten fordi Justisdepartementet i forbindelse med ansettelse av en avdelingsleder ved en domstol innhentet og formidlet opplysninger fra strafferegisteret om en av søkerne uten lovhjemmel for opplysningsinnhenting. I saken la saksøker ned påstand om krenkelse av artikkel 8 og krevde oppreisning som følge av at det rettsstridig ble uthentet og formidlet informasjon om ham. Som grunnlag for denne påstanden ble både daværende skl. §§ 3-6⁶⁵ og 3-5 påberopt, samt EMK artikkel 13, jf. artikkel 8.

Førstvoterende går først inn i en lengre vurdering av muligheten for oppreisning etter daværende § 3-6 om oppreisning for ærekrenkelse. Slik det fremgår av dommen var det en forutsetning at ærekrenkelsen var rettsstridig i henhold til daværende straffelov, jf. § 249 nr.1. Førstvoterende gjør en grundig gjennomgang av spørsmålet, og kommer til at på tross av at handlingen var gjort uten hjemmel – var det gjort på en slik måte at det ikke kunne anses som "utilbørlig" etter § 249. Det konkluderes med at;

"På grunnlag av en samlet vurdering har jeg kommet til formidlingen av opplysningene fra strafferegisteret ikke kan anses utilbørlig i forhold til straffeloven § 249 nr. 2, og at det derfor ikke foreligger en rettsstridig ærekrenkelse."⁶⁶

På bakgrunn av den grundige gjennomgangen av § 3-6 kan det antas at dette kunne vært et potensielt ansvarsgrunnlag i denne saken. Særlig når man tar i betraktning at det kort konstateres at § 3-5 ikke kommer til anvendelse.⁶⁷ Hadde staten båret frem på en mindre skånsom måte og med et mindre aktverdige formål ville det dreid seg om en rettsstridig handling. Dette kan isolert sett tyde på at det i denne saken fantes et dekkende ansvarsgrunnlag, ettersom det ved en mer alvorlig krenkelse ville åpnet for oppreisningserstatning etter § 3-6.

Videre går førstvoterende inn i en vurdering av om det rent faktisk foreligger en krenkelse av artikkel 8. I vurderingen fremholdes det at et inngrep i privatlivet kan være berettiget, men bare

⁶⁵ Tilsvarende dagens § 3-6a

⁶⁶ Rt. 2001 s. 428 (s. 443)

⁶⁷ Ibid s. 444

dersom det ivaretar et legitimt formål, er i samsvar med lov og anses som nødvendig i et demokratisk samfunn.⁶⁸ Det konkluderes med at inngrepet hadde et legitimt formål, men at det ikke var i samsvar med lov. Det legges derfor relativt kort til grunn at det foreligger en objektiv krenkelse av artikkel 8.

"I det foreliggende tilfellet har A fått prøvd for Høyesterett hvorvidt EMK artikkel 8 er krenket, og etter det jeg har kommet til, foreligger det krenkelse. Som jeg tidligere har fremholdt, har imidlertid departementet ved formidlingen av opplysningene gått frem på en så varsom og skånsom måte som mulig, og når opplysningene er blitt kjent for andre enn B og tilsettingsrådet, skyldes det de skritt A selv har tatt. På denne bakgrunn finner jeg at A har fått spørsmålet om det foreligger krenkelse av EMK artikkel 8, tilstrekkelig effektivt prøvd ved at Høyesterett konstaterer at det foreligger brudd på EMK. Etter min mening er det derfor ikke grunnlag for å tilkjenne A oppreisning etter EMK artikkel 13."⁶⁹

Dette kan så forstås på to måter. Den ene er at det foreligger et potensielt ansvarsgrunnlag som dekker forholdet, men terskelen for å kunne kreve erstatning ikke er nådd i dette konkrete tilfellet – noe som i utgangspunktet taler for at prøvingsretten er tilstrekkelig ivaretatt i henhold til artikkel 13. Den andre måten er å tolke dette på er at retten her anser det slik at det i *denne saken* er tilstrekkelig å konstatere at en krenkelse har skjedd for å tilfredsstille prøvingsretten i henhold til artikkel 13. Når retten likevel velger å kommentere muligheten for å tilkjenne oppreisning etter artikkel 13, tyder det på at de anser terskelen i § 3-6 som så høy at den i utgangspunktet strider med effektivitetskravet i artikkel 13. Det later til at det siste er den mest samvittighetsfulle forståelsen av dommen.

Som tidligere nevnt har EMD lagt til grunn at brudd på artikkel 8 som grenser mot artikkel 2 eller 3 normalt vil gi en rett til å kunne reise erstatningssøksmål mot staten.⁷⁰ Her er det tale om

⁶⁸ Jf. Artikkel 8(2)

⁶⁹ Rt. 2001 s. 428 (s. 445)

⁷⁰ Paul og Audrey Edwards mot Storbritannia (2002) avsnitt 97

et brudd av relativt lav alvorlighetsgrad som bare faller innenfor rammene av artikkel 8. På denne måten er det ikke snakk om en høyintensiv krenkelse som normalt ville hjemlet en rett til oppreisningssøksmål.

At Høyesterett her kommer til at det ikke er grunnlag for å tilkjenne oppreisningserstatning er ikke problematisk i dette tilfellet. Det som er problematisk er avgrensingsproblemen dommen skaper. Den uklare henvisningen til betydningen av artikkel 13 skaper her en usikker rettstilstand. Det fremstår som noe uklart hvilket spørsmål Høyesterett i realiteten besvarer gjennom anvendelsen av artikkel 13. Når det konstateres at det ikke er grunnlag for erstatning på grunn av svært konkrete forhold, er det vanskelig å lese ut av dommen hva som skal til for at oppreisningserstatning skal være aktuell. Dommen legger til grunn at saksøker har fått effektiv prøvingsrett etter artikkel 13, men gir liten veiledning for hvordan artikkel 13 eventuelt kunne fungert som et selvstendig ansvarsgrunnlag. Det blir derfor vanskelig å konkludere med at dommen legger til grunn at artikkel 13 er et selvstendig grunnlag, eller om den bare sikter på å avklare at den effektive prøvingsretten var ivaretatt på andre måter – og derfor var ikke mangel på en aktuell oppreisningshjemmel en krenkelse av prøvingsretten. At dommen likevel ved flere anledninger har blitt brukt som begrunnelse for artikkel 13 skal anvendes som et selvstendig grunnlag er derfor problematisk.⁷¹

Ettersom det her er snakk om et obiter dictum, bør man utvise en viss grad av nøkternhet i generaliseringen av dommen. En mer forsiktig forståelse av dommen er at den rent faktisk virker å legge til grunn er at artikkel 13 kan anvendes, men den sier ingenting om når og hvordan dette bør gjøres. I og med at artikkel 13 ble vurdert etter at oppreisningsbestemmelsene, tyder det på at artikkel 13 bare er aktuell som selvstendig ansvarsgrunnlag dersom det ikke finnes andre alternativer i lovgivningen. En slik forståelse av dommen har også blitt lagt til grunn av blant annet Are Stenvik og Bjarte Thorson.⁷² Igjen er det imidlertid verdt å minne om at artikkel 13 i utgangspunktet ikke er utformet som et ansvarsgrunnlag, noe som i seg selv taler mot at det skal anvendes som en særskilt oppreisningshjemmel. Likevel, så lenge Høyesterett ikke gjør

⁷¹ Se bla. LG-2009-00391 og TOSLO-2013-103468

⁷² Are Stenvik, "Erstatningsrettens internasjonalisering", *Tidsskrift for Erstatningsrett*, 2005 s. 33-61 (s. 38) og Bjarte Thorson (2016) s. 273

et eksplisitt unntak fra det særskilte hjemmelskravet og samtidig henviser til artikkel 13, virker Høyesterett å legge til grunn at artikkel 13 oppfylder hjemmelskravet for oppreisningserstatning.⁷³

3.3.2 Rt. 2013 s. 588 (Besøksforbuddommen)

Saken gjaldt en kvinne som var blitt utsatt for en "langvarig, truende og skremmende forfølgelse" av en mann hun tidligere hadde hatt et forhold til. Mannen var blitt pålagt besøks- og kontaktforbud, men brøt disse et betydelig antall ganger. Kvinnen stevnet staten i 2010 med krav om erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap som følge av at staten ikke hadde gitt henne tilstrekkelig beskyttelse mot mannens krenkelser av hennes rettigheter etter artikkel 3 og artikkel 8. I tingretten ble saken delt, slik at Høyesterett bare var forelagt spørsmålet om EMK var krenket. Dommen uttaler seg likevel om ansvarsgrunnlag, men gjør ingen vurdering av erstatningsutmålingen eller utbetalingen.⁷⁴

Problemstillingen ble oppsummert av førstvoterende på følgende måte "Saken gjelder om staten har ansvar for mangelfull beskyttelse av NN mot krenkelse av hennes rettigheter etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) i form av truende og plagsom atferd over lang tid fra en mann som hun i en kort periode hadde et forhold til".

Førstvoterende innleder domsavsigelsen i avsnitt 22 med å konstatere at "(...) det foreligger ansvarsgrunnlag". Hvilket ansvarsgrunnlag som foreligger sies det imidlertid ingenting om. En slik generell henvisning til ansvarsgrunnlaget er grunnleggende uheldig og skaper en svært usikker og uoversiktlig rettstilstand, spesielt med tanke på at dommen både vurderer spørsmål i tilknytning til økonomisk og ikke-økonomisk tap. Denne usikkerheten blir da både knyttet til hvilket hjemmelsgrunnlag som anvendes og hvordan Høyesterett ser på forholdet mellom det økonomiske tapet og kravet om oppreisningserstatning.

⁷³ Se også Vaaler (2017) s. 312. Her argumenterer han for at det er tilstrekkelig at artikkel 13 er inkorporert gjennom menneskerettsloven for at hjemmelskravet skal være oppfylt. En slik tolkning kan også understøttes av at Høyesterett senere understreker hjemmelskravet i Rt. 2013 s. 805.

⁷⁴ Se avsnitt 64: "[voldsoffererstatning kan ikke lede til frifinnelse] for så vidt gjelder spørsmålet om ansvarsgrunnlag. Jeg går ikke inn på erstatningsutmålingen i saken her."

I dommens avsnitt 33 begynner førstvoterende sin subsumsjon knyttet til spørsmålet om krenkelse av artikkel 8. Det konstateres allerede i neste avsnitt at det har skjedd et brudd på artikkel 8, men spørsmålet om artikkel 3 er krenket holdes åpent. Det uttales at "(...) og jeg tviler på at det vil kunne ha nevneverdig innflytelse på det konkrete erstatningsnivået: Det avgjørende må i begge sammenhenger være realiteten av krenkelsen av NN." Denne måten å tilnærme seg spørsmålet virker å bygge på utgangspunktet om at høyintensive krenkelser av artikkel 8 gir en rett til å reise erstatningssøksmål. At Høyesterett legger dette kort til grunn tyder i alle tilfelle på at det også etter norsk rett gjelder en presumsjon for at personer som utsettes for høyintensive krenkelser har en rett til å reise oppreisningssøksmål og erstatning for økonomisk tap.

Førstvoterende går så mer grundig gjennom vilkårene for brudd på artikkel 8 og oppsummerer i avsnitt 63:

"Jeg vil oppsummere med å si: Politiet og påtalemyndigheten gjorde mye for å beskytte NN. Men ut fra kunnskapen om A og hans handlingsmønster og intensitet, og om belastningen og risikoen for NN og hennes barn over meget lang tid, burde politiet og påtalemyndigheten fulgt opp informasjonen om stadige brudd på besøksforbudet atskillig bedre."

Dommen er her klar på at det foreligger en krenkelse av EMK artikkel 8. Men spørsmålet om ansvarsgrunnlag forblir ubesvart.⁷⁵ Henvisningen til at politiet og påtalemyndighetene "burde ... fulgt opp [saken] atskillig bedre" gir en henvisning til en aktsomhetsnorm. Henvisningen til "atskillig" kan tyde på at et alvorlig brudd på beskyttelsesplikten etablerer ansvar for staten. Uttalelsen sier imidlertid lite om hvor denne grensen skal trekkes. Ser man dette i sammenheng

⁷⁵ Hjelmeng (2016) s. 212 konstaterer kort at Høyesterett her legger til grunn at ansvaret følger direkte av EMK. Jeg mener imidlertid at uttalelsene i dommen er altfor sparsommelige til å kunne dra en slik slutning, spesielt når man ser hen til den manglende henvisning til artikkel 13. Mitt synspunkt støttes også av Vaaler (2017) s. 315.

med at det ikke eksplisitt angis et ansvarsgrunnlag, er det svært vanskelig å generalisere dommens innhold til senere anvendelse.

Det andre spørsmålet som også blir stående uklart er hvordan Høyesterett vurderer forholdet mellom økonomisk og ikke-økonomisk skade i dette tilfellet. Det fremgår klart av domspremissene av saken gjelder begge deler, men det kommenteres aldri i forbindelse med konstateringen av ansvarsgrunnlag. Som nevnt fremstår dette som noe underlig, da det for ikke-økonomisk tap gjelder et krav om særskilt rettsgrunnlag. Ettersom dommen ikke tar for seg erstatningsutmålingen er det vanskelig å si noe definitivt om betydningen av dette. Men slik dommen er formulert kan det virke som Høyesterett legger til grunn at postene kan behandles under ett. Dette skaper igjen en viss usikkerhet, særlig når man tar i betraktning at Rt. 2010 s. 291 synes å legge til grunn at dersom det finnes et nasjonalt ansvarsgrunnlag så skal dette anvendes.⁷⁶ I saker som gjelder økonomisk tap er det § 2-1 om arbeidsgiveransvar som vil være det naturlige utgangspunkt. Når det her ikke skilles mellom tapspostene eller henvises til et grunnlag er det vanskelig å se om Høyesterett mener at artikkel 13 vil være aktuell for begge poster eller om arbeidsgiveransvaret også kan tenkes å gjøres gjeldende ved ikke-økonomisk tap i krenkelsessaker.

Dette leder da videre til spørsmålet om betydningen av denne dommen, hva og hvor mye den kan tas til inntekt for og om den har ført til noen endringer i gjeldende rett.

Dommen virker å understreke presumsjonen om at høyintensive krenkelser av artikkel 8 gir en erstatningsrettslig prøvingsrett, noe som er helt i tråd med praksis fra EMD. Det er likevel mangelen på henvisning til et eksplisitt ansvarsgrunnlag som gjør dommen vanskelig å generalisere. At dommen aldri henviser til artikkel 13 kan sies å sende et signal om at artikkelen ikke er egnet til å anvendes som et selvstendig ansvarsgrunnlag. Her er det imidlertid viktig å være forsiktig med å legge for mye vekt på dommens taushet. Ettersom dommen ikke sier noe eksplisitt verken for eller mot dette, er det derfor ikke hensiktsmessig å legge for mye vekt på poenget. Selv om løsningen synes å være i tråd med de normer som EMD har oppstilt med

⁷⁶ Rt. 2010 s. 291 avsnitt 39

artikkel 13 som utgangspunkt – er det ikke grunnlag for å konkludere med at artikkel 13 her er anvendt på selvstendig grunnlag. Det er ei heller grunnlag for å konkludere at artikkel 13 *ikke* har blitt anvendt.

Som denne analysen viser er det vanskelig å tyde hvilken ansvarshjemmel som begrunner at det foreligger ansvarsgrunnlag i saken. Ettersom Høyesterett tilsynelatende ikke har fraveket kravet om særskilt grunnlag for oppreisningserstatning, blir det problematisk å ha en såpass uklar henvisning til hjemmelsgrunnlaget. Slik dommen er formulert kan det nærmest virke som det anvendes en ulovfestet norm om erstatningsansvar for menneskerettighetsbrudd, men uten at dette eksplisitt uttales. Dette minner om den løsning som er lagt til grunn i svensk rett, hvor det i rettspraksis har blitt etablert et ulovfestet ansvar for konvensjonskrenkelser der det ikke finnes tilfredsstillende ansvarsgrunnlag i den nasjonale lovgivningen.⁷⁷ I motsetning til norsk rett uttaler Högsta domstolen eksplisitt at det ikke dreier seg om en direkte anvendelse av artikkel 13, men at man i tilfeller der den svenske lovgivningen ikke strekker til fraviker kravet om at oppreisning bare kan skje med særskilt hjemmel. Videre ble det utpenslet en prioritetsrekkefølge, der man først vurderer om det finnes grunnlag i svensk rett. I andre rekke skal skadeståndslagen tolkes konvensjonskonformt, som i praksis innebærer at EMDs avgjørelser går foran andre svenske rettskilder som uttalelser i forarbeidene, tidligere praksis eller juridisk teori. Er det fremdeles ikke mulig å oppfylle kravene til prøvingsrett gjennom en slik konform fortolkning kan domstolen tilkjenne oppreisningserstatning uten hjemmelsgrunnlag.⁷⁸ I realiteten er det lite som skiller denne svenske tilnærmingen fra den norske, i alle fall slik det fremstår i denne saken. Legger man til grunn at det har blitt etablert en slik ulovfestet rett i norsk rett er dette i tilfelle en rettslig nyvinning, og en slik utvikling og anvendelse av en ulovfestet lære burde blitt gjort helt uttrykkelig, slik som i Sverige – der det både ble gjort rede for innholdet i læren og hvilket vurderingstema som ble anvendt av Høyesterett.

Dommen gir ingen svar på disse spørsmålene, og er dermed lite egnet til å gi retningslinjer for senere bruk. Tar man i betraktning at dommen ikke behandlet erstatningsspørsmålet fullt ut, og

⁷⁷ Jf. NJA 2005 s. 462. Dette har blitt fulgt opp i en rekke saker siden.

⁷⁸ Håkan Andersson, *Ansvarsproblem* (2013), s. 583-587

at hjemmelskravet for oppreisningserstatning har blitt gjentatt av Høyesterett i ettertid - er det mer hensiktsmessig å lese dommen som et isolert tilfelle, og ikke gi den større overføringsbetydning enn det som er strengt nødvendig.

3.4 Andre rettskilder

3.4.1 Grunnlovens forarbeider

Som tidligere nevnt blir ikke spørsmålet om ansvar for konvensjonskrenkelser berørt i skadeserstatningslovens forarbeider. Spørsmålet blir imidlertid tatt opp i forarbeidene i forbindelse med revisjonen av Grunnloven i 2014.⁷⁹

"Ser man foreløpig bort fra konvensjonsbestemmelser som er inkorporert gjennom menneskerettsloven, er det ingen generell regulering av erstatning eller oppreisning for menneskerettighetsbrudd i norsk rett. I utgangspunktet vil krav om erstatning eller oppreisning i slike tilfeller løses etter reglene i skadeserstatningsloven. Utgangspunktet i skadeserstatningsloven § 2-1 er at arbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren."⁸⁰

Når det uttales at "(...) krav om erstatning **eller** [min utheving] oppreisning" i utgangspunktet skal vurderes etter skadeerstatningsloven og lovgiver tilsynelatende anser § 2-1 som det naturlige utgangspunkt for vurderingen, kan dette isolert være et argument for at statens ansvar for konvensjonskrenkelser skal vurderes etter arbeidsgiveransvaret og ikke artikkel 13. Det tas imidlertid ikke et eksplisitt oppgjør med forholdet mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap, noe som kan tyde på at lovgiver har oversett denne problemstillingen i forbindelse med anvendeligheten av § 2-1.

Videre fremgår det imidlertid en uttalelse fra lovgiver som til dels trekker i en annen retning;

⁷⁹ Dokument 16 (2011-2012): Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

⁸⁰ Dokument 16 (2011-2012) s. 84

"Utenfor det området som dekkes av straffeprosessloven kapittel 31, kan kanskje rettstilstanden oppsummeres slik at der det er tale om inngripende krenkelser, vil erstatning og oppreisning kunne tilkjennes, eventuelt under henvisning til EMK artikkel 13, mens mindre inngripende krenkelser ikke gir noen rett til erstatning med mindre det følger av de alminnelige erstatningsrettslige regler."⁸¹

Som det eksplisitt uttales er dette et forsøk på å oppsummere gjeldende rett, uten at dette kan sies å være spesielt avklarende. Uttalelsene kan tolkes dithen at artikkel 13 er en aktuell hjemmel for de mer alvorlige krenkelser, men rekkevidden av dette fremstår svært uklart. For det første er det ikke klart hva som menes med "mindre inngripende krenkelser", slik at anvendelsesområdet til artikkel 13 blir stående ubesvart. Ser man imidlertid dette i sammenheng med presumsjonen om at høyintensive krenkelser av artikkel 8 gir en rett til å reise erstatningssøksmål, gir det litt mer veiledning. Hvis man legger dette til grunn følger disse uttalelsene opp de utgangspunkter som synes å fremgå av Strafferegister- og senere i Besøksforbuddommen. Hvis man igjen ser dette opp mot utgangspunktet om at konvensjonskrenkelser skal løses etter skadeserstatningsloven, kan det tyde på at lovgiver anser det slik at dersom det ved høyintensive krenkelser av artikkel 8 ikke finnes aktuelle hjemler for å søke erstatning – kan man anvende artikkel 13. En slik tolkning innebærer imidlertid at man først må vurdere om det finnes aktuelle grunnlag i den nasjonale retten, før man eventuelt vurderer forholdet med en direkte henvisning til artikkel 13. En slik forståelse av forarbeidene er godt i tråd med uttalelsene i Rt. 2010 s. 291 (Vangendommen), og må sies å være en samvittighetsfull vurdering av gjeldende rett.

Ettersom lovgiver ikke kommenterer forholdet mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap i forbindelse med § 2-1, fremstår det heller ikke som en avvisning av § 2-1 som generelt ansvarsgrunnlag for konvensjonskrenkelser. Dette innebærer at dersom man tolker § 2-1 slik at den også omfatter erstatning for krenkelser av ikke-økonomisk art, taler forarbeidene for en

⁸¹ Dokument 16 (2011-2012) s. 85

løsning der § 2-1 anvendes. Dersom man legger til grunn at § 2-1 ikke kan anvendes på tilfeller av ikke-økonomisk skade, tyder dette på at man i så tilfelle burde anvende artikkel 13.

På grunn av disse uklare uttalelsene er forarbeidene lite egnet til å si noe definitivt om gjeldende rett. De kan likevel sies å tas til inntekt for at dersom det ikke finnes aktuelle hjemler i skadeserstatningsloven, så er det en mulighet for å søke oppreisningserstatning med henvisning til artikkel 13.

3.4.2 Reelle hensyn

En anvendelse av artikkel 13 som selvstendig ansvarsgrunnlag vil være en direkte folkerettslig gjennomføring av EMK. Her er det først og fremst viktig å understreke at dette ikke er en metode Norge er pålagt å anvende – verken av EMK eller EMD.⁸²

Det er flere gode argumenter som bør trekkes frem for å begrunne en løsning som den ovennevnte. Den mest åpenbare er at det utvilsomt vil føre til en effektiv prøvingsrett for borgerne. Ettersom artikkel 13 er så generelt utformet som den er, vil den kunne anvendes i alle potensielle krenkelsessaker. En slik løsning vil utvilsomt sikre borgerne et svært godt vern, og det kan argumenteres for at det til borgernes beste bør velges den løsning der de sikres det beste mulige vern.

Ettersom artikkelen allerede er inkorporert som norsk lov, krever det heller ikke handling fra lovgivers side. Slik sett kan det sies at løsningen er retts teknisk ganske enkel å både gjennomføre og anvende. Et annet velbegrunnet argument som trekkes frem er at man vil unngå en unødvendig "omvei" ved å først måtte vurdere nasjonale grunnlag for så å (eventuelt) konstatere at disse ikke vil føre frem. Ved å anvende artikkel 13 direkte unngår man å måtte legge bestemmelser og prinsipper på strekk for å unngå motstrid med EMK.⁸³ På denne måten vil man unngå unødig utvanning av den norske lovgivningen. Dette argumentet har likevel en

⁸² Jf. den statlige skjønnsmarginen

⁸³ Hjelmeng (2016) s. 215

tydelig bakside. Gjennom en slik anvendelse overlates rettsutviklingen i stor grad til EMD, og Høyesterett vil ha større vanskeligheter med å opprettholde den regeldannende funksjon de tradisjonelt har hatt i erstatningsretten.

At konvensjonsteksten er såpass generelt formulert medfører også en annen viktig ulempe. Dette er at artikkel 13 ikke er funksjonelt utformet for å være et ansvarsgrunnlag. At artikkelen primært er utviklet for være hjemmel for en prøvingsrett gjør den ikke umiddelbart egnet til å fungere som et ansvarsgrunnlag. I og med at artikkel 13 i utgangspunktet ikke har blitt utformet som en erstatningshjemmel innebærer dette samtidig at den heller ikke har blitt formulert med tanke på en plass i en helhetlig erstatningslære.⁸⁴ Slik sett kan det argumenteres for at det harmonerer dårlig med den norske erstatningsretten å anvende den direkte – spesielt dersom det finnes alternativer som i større grad tilbyr en løsning som bedre ivaretar hensynet til systemet i erstatningslovgivningen.

Til sist er det også verdt å nevne at å anvende et ansvarsgrunnlag med en så generell rekkevidde potensielt kan virke saksfremmende. Dette vil være rettsøkonomisk uheldig. Her kan det igjen ses hen til en uttalelse i grunnlovsrevisjonens forarbeider. I forbindelse med spørsmålet om man burde grunnlovsfeste retten til "effective remedy" uttales det;

"Et argument mot slik grunnlovsfesting kan være at en generell bestemmelse om «effective remedy» i Grunnloven kan virke stimulerende på kverulanter eller, som Torkel Opsahl i sin tid uttrykte det, «kan understøtte vår tids klagemani»."⁸⁵

På samme måte vil artikkel 13 kunne virke saksfremmende, da den ikke gir noen veiledning for hvordan oppreisningsvurderingen skal gjøres. Ved at hjemmelen angir et relativt udefinert og ukjent virkeområde, vil dette fort reise de samme utfordringer som det advares mot i forarbeidene.

⁸⁴ Vaaler (2017) s. 317

⁸⁵ Dokument 16 (2011-2012) s. 85

3.5 Oppsummering av gjeldende rett

Det er etter dette fremdeles uklart i hvilken utstrekning artikkel 13 skal anvendes som selvstendig hjemmel for oppreisningssøksmål. Ser man rettskildene samlet gir det ganske klar indikasjon på at artikkel 13 kan *begrunne* en oppreisningserstatning. Det har imidlertid aldri blitt eksplisitt avklart hvorvidt dette betyr at artikkel 13 i seg selv er et ansvarsgrunnlag – eller om det gjelder en ulovfestet rett til å søke oppreisning med bakgrunn i artikkel 13. I og med at Høyesterett aldri fraviker kravet om særskilt hjemmelsgrunnlag for oppreisningserstatning, tyder dette på at meningen har vært å anvende artikkel 13 som et selvstendig hjemmelsgrunnlag – til tross for at artikkelen er taus om retten til erstatning. En slik tolkning kan være hensiktsmessig ved at det ikke gjør endringer i gjeldende rett angående kravet om særskilt grunnlag. En slik endring kunne tenkes ha fått betydning også utenfor området for menneskerettigheter, noe som ikke nødvendigvis er ønskelig.⁸⁶ I realiteten står man likevel overfor en situasjon tilnærmet lik den om man forholder seg til en ulovfestet lære, ved at ansvarsgrunnlaget ikke gir noen veiledning for hvordan ansvaret skal vurderes og denne veiledningen må utpensles gjennom rettspraksis – fra henholdsvis EMD og Høyesterett.

Utgangspunktet må uansett være at artikkel 13 bare er aktuell på selvstendig grunnlag dersom det ikke finnes andre alternative hjemler i norsk lovgivning. Da det er klart at oppreisningsbestemmelsene ikke tilbyr en effektiv prøvingsrett i de fleste saker,⁸⁷ blir det så et spørsmål om det finnes andre grunnlag i lovgivningen som kan være anvendelige.

Forarbeidene til Grunnloven legger til grunn at skl. § 2-1 er utgangspunktet for en erstatningsvurdering ved krenkelser, og ettersom det ikke eksplisitt avgrenses mot ikke-økonomisk tap – vil jeg nå derfor vurdere om denne hjemmelen også kan tolkes til å omfatte krenkelser av ikke-økonomisk art. I det følgende er spørsmålet derfor ikke om artikkel 13 kan gjøres gjeldende som selvstendig ansvarsgrunnlag, men om den norske internretten gjennom §

⁸⁶ Se bla. Rt. 2013 s. 805 der Høyesterett understreker at selv om nyere rettspraksis i større grad enn tidligere fremhever oppreisningens betydning som kompensasjon for fornærmede, endrer ikke dette utgangspunktet om behovet for en særskilt hjemmel for oppreisning.

⁸⁷ Se punkt 3.1

2-1 allerede tilbyr tilstrekkelig reparasjon for å oppfylle de krav som følger av EMK, jf. menneskerettsloven § 2.

4 De lege ferenda: skl. § 2-1 som ansvarsgrunnlag for oppreisningskrav ved krenkelse av artikkel 8

4.1 Skl. § 2-1

Den videre fremstilling vil nå fokusere på spørsmålet om arbeidsgiveransvaret i § 2-1 kan anvendes som hjemmel for oppreisning ved høyintensive krenkelser av EMK artikkel 8. Det mest sentrale blir å vurdere om det er grunnlag for en tolkning av bestemmelsen som åpner for dette. Jeg vil derfor først kort presentere bestemmelsens innhold og rekkevidde, før jeg vil gå inn i en dypere analyse av spørsmålet om ansvarsgrunnlag.

Det følger av § 2-1(1) at "[a]rbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt." Videre fremgår det at ansvaret ikke omfatter den skade der arbeidstaker har gått "utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet."

Først og fremst kan det kort legges til grunn at det med "arbeidsgiver" her også menes det offentlige. Dette fremgår direkte av § 2-1(2). Det er dermed ingen tvil om at staten kan bli holdt ansvarlig etter arbeidsgiveransvaret. Av videre interesse i denne sammenheng er at bestemmelsen også omfatter ansvar for anonyme og kumulative feil.⁸⁸ Det er med andre ord ikke et krav om at én spesifikk arbeidstaker må kunne identifiseres. Videre er det også slik at flere handlinger som isolert ikke er uaktsomme totalt kan kumulere og samlet bli vurdert ansvarsbetingende. Det er altså en totalvurdering av handlingsbildet. Ser man dette i

⁸⁸ Jf. Ot.prp.nr.48 (1965-1966) s. 79

sammenheng med statlig ansvar er det derfor klart at også feil som skyldes mangelfull ressursbruk, feil prioriteringer eller misforståelser av regelverk – både på individ- og mer overordnet nivå kan medføre ansvar. Det blir derfor tydelig at denne bestemmelsen på dette punktet er mye bedre egnet som hjemmel for konvensjonskrenkelser enn den tradisjonelle oppreisningsbestemmelsen i § 3-5.

Som nevnt har man i svensk rett lagt til grunn at det ikke finnes et aktuelt hjemmelsgrunnlag for oppreisningserstatning ved konvensjonskrenkelser i svensk lovgivning, selv ikke gjennom en konvensjonskonform fortolkning av arbeidsgiveransvaret. Til tross for at norsk og svensk erstatningsrett har mange likheter, virker det likevel å være en vesentlig forskjell på området for statlig erstatningsansvar. I svensk rett følger det av 3 kap 2 § en særskilt bestemmelse om kommunalt og statlig ansvar for offentlig myndighetsutøvelse, som gjennom sitt andre ledd også kan gi en rett til erstatning for ikke-økonomisk tap ved alvorlig integritetskrenkelse.⁸⁹ Denne klare lovteksten og henvisningen er det vanskelig å "omgå" gjennom en konvensjonskonform fortolkning, slik Högsta domstolen også konkluderte med. I norsk rett har man imidlertid bare et allment arbeidsgiveransvar, også for det offentlige, uten noen direkte henvisning til alvorlig integritetskrenkelse eller vilkårene som oppstilles i § 3-5. Det må derfor sies å være en større åpning for en konvensjonskonform fortolkning av arbeidsgiveransvaret i norsk rett, da dette i utgangspunktet ikke bryter direkte med lovtekst eller sammenhengen mellom bestemmelsene i skadeserstatningsloven.

4.1.1 Tolkningen av skadevilkåret

For spørsmålet om § 2-1 kan fungere som hjemmel for erstatning for ikke-økonomisk tap er skadevilkåret helt sentralt. Spørsmålet blir følgelig om "skade" også kan omfatte skader av ikke-økonomisk art. Verken lovtekst eller forarbeidene til skadeserstatningsloven gir noen definisjon på hva som er å regne for en "skade". Tradisjonelt er det imidlertid liten tvil om at skadebegrepet knytter seg til økonomisk tap.⁹⁰ Her er det viktig å understreke at hovedregelen er at § 2-1

⁸⁹ Skadeståndslagen 3 kap 2 §, jf. 2 kap 3 §. Det alminnelige arbeidsgiveransvaret i 3 kap 1 § gjelder for stat og kommune der det ikke er tale om offentlig myndighetsutøvelse, men også denne bestemmelsen henviser til 2 kap 3 §.

⁹⁰ Se punkt 1.4

hjemler en rett til erstatning for økonomisk tap.⁹¹ Spørsmålet er imidlertid om man kan og bør tolke skadebegrepet i § 2-1 utvidende til å også omfatte erstatning for ikke-økonomisk tap for krenkelser av EMK artikkel 8 i lys av Grl. § 92 og EMK artikkel 1.⁹²

For det første er det viktig å påpeke at en slik tolkning av skadebegrepet i utgangspunktet ikke er i strid med en bokstavelig tolkning av ordlyden. Dagens forståelse baserer seg på en kontekstuell tolkning av begrepet som tilsier at skade i erstatningsrettslig forstand bare skal omfatte økonomisk skade. Etter en normal språklig forståelse er det ingenting i veien for å forstå en skade som noe mer enn bare de tilfeller som har medført økonomisk tap. I så måte vil ikke innlemmelsen av ikke-økonomisk skade nødvendigvis innebære en utvidende tolkning av begrepet som sådan, men heller være en tolkning som i lys av samfunnsutviklingen er mer i tråd med den alminnelige språklige forståelsen.

Her kan det også sees hen til en helt fersk avgjørelse fra Høyesterett i en sak som gjaldt prisavslag etter bustadoppføringslova § 33. I HR-2018-392-A (dissens 3-2) var spørsmålet om feil ved oppføringen av en bolig kunne medføre prisreduksjon, selv om denne feilen ikke førte til at huset tapte seg i markedsverdi. Dommen gjaldt ikke erstatning direkte, men retten til prisavslag er nært beslektet med retten til erstatning.⁹³ I saken ble kjøper tilkjent prisavslag for det subjektive verditapet han opplevde som følge av feilen han ble utsatt for. Førstvoterende uttaler her "Ordlyden - «verdireduksjonen som mangelen medfører» - utelukker ikke at det er verdireduksjonen for den aktuelle forbrukeren som skal kompenseres. Det er imidlertid ikke den alminnelige forståelsen av uttrykket." Her gjøres det med andre ord en tolkning av retten til prisavslag som strider med det tradisjonelle utgangspunktet om at feilen skal ha ført til tap i markedsverdi. Det ble videre lagt til grunn at verken loven eller lovforarbeidene utelukket en

⁹¹ Det er sentralt å få frem at det her utelukkende er tale om å tolke § 2-1 utvidende for krenkelser av EMK. Utenfor krenkelsestilfellene legges det fremdeles til grunn å gjelde et krav om økonomisk tap. Se mer utfyllende om begrunnelsen for utgangspunktet om økonomisk tap under punkt 1.4.

⁹² Aall og Askeland (2017) s. 3

⁹³ Her er det viktig å bemerke at dommen gjelder i kontraktsforhold, der avtalefriheten gjør at man står overfor erstatning (prisavslag) under andre forutsetninger enn utenfor kontrakt. Jeg mener likevel dommen illustrerer et nyttig poeng i henhold til min problemstilling, den er et eksempel på hvordan Høyesterett har tolket en bestemmelse utvidende for å tilpasse seg et system – ikke ulikt hva jeg her foreslår man kan gjøre i tolkningen av § 2-1.

slik tolkning av § 33, og at løsningen var rimelig, stemte godt overens med lovens formål om å verne forbrukerne og var koherent med forbrukervernreglene for øvrig. Når Høyesterett i denne saken velger å tolke "verdireduksjon" til å også kunne gjelde subjektiv verdireduksjon, kan det sies å være et godt argument for at "skade", jf. § 2-1 også kan tolkes til å omfatte ikke-økonomisk tap, da heller ikke lovteksten eller forarbeidene eksplisitt taler i mot en slik forståelse av begrepet. Dersom det da finnes andre rettskilder som begrunner at skadebegrepet også bør omfatte ikke-økonomisk tap, taler HR-2018-392-A for at en slik løsning er både legitim og forsvarlig.

Rettsutviklingen i seg selv kan også være et argument for en slik nytolkning av skadevilkåret i § 2-1. Både rettspraksis fra EMD og den generelle utvidelsen av vernet i norsk lovgivning kan tilsi at en slik løsning ikke innebærer store realitetsforandringer, men er desto mer egnet til å sikre Norges folkerettslige forpliktelser etter EMK.⁹⁴ En slik tolkning vil innebære en konvensjonskonform fortolkning av vilkåret i henhold til presumsjonsprinsippet.⁹⁵ Ved å tolke skadebegrepet i lys av EMK oppfyller Norge sine forpliktelser gjennom intern rett, uten å måtte anvende artikkel 13 direkte. På denne måten unngår man flere av de problemer som er skissert under punkt 3.4.2. Gjennom en anvendelse av § 2-1 har man en etablert og skriftlig vurderingsnorm å forholde seg til, noe som i seg selv gir en viss forutberegnelighet som igjen kan virke konfliktdempende. Ettersom det ikke er noe krav om objektivt ansvar for krenkelsler, må det antas at en vurdering av statens ansvar etter culpanormen i § 2-1 tilfredsstillende artikkel 13s krav om effektiv prøvingsrett. Så lenge det er mulig å også få erstatning for ikke-økonomisk tap vil det ikke stride med artikkel 13 dersom borgeren ikke skulle vinne frem med sitt krav.

En slik ny tolkning av skadebegrepet kan også sies å ha en viss støtte i Hagstrøm og Stenviks arbeid. I forbindelse med redegjørelsen for kravet om særskilt rettsgrunnlag for ikke-økonomisk tap uttaler de blant annet at;

⁹⁴ Se punkt 1.4 om oppreisningserstatningens utvikling.

⁹⁵ Se bla. Dokument 16 (2011-2012) s. 88 der det uttales at "Høyesterett har videre lagt til grunn at presumsjonsprinsippet vil komme til anvendelse der norsk rett ikke regulerer forholdet, eller der det foreligger en utilsiktet motstrid mellom en internrettslig regel og en folkerettslig norm."

"Det er for det andre grunn til å peke på at rettssystemet har utviklet seg betydelig siden det restriktive synet på erstatning for ikke-økonomisk tap ble utviklet. Man har fått flere lovbestemmelser om slik erstatning, og anvendelsen av dem er blitt mer aktiv. (...) Samlet innebærer utviklingen at erstatning for ikke-økonomisk tap ikke lenger har det samme preg av å være en ekstraordinær kompensasjonsform. (...) Man kan derfor med rette spørre om det ikke er på tide å oppgi kravet om positiv lovhjemmel."⁹⁶

Selv om de ikke aktivt uttales at det er skadevilkåret man ønsker å imøtegå, kan det argumenteres for at en endring meningsinnholdet av skadebegrepet er en naturlig konsekvens av å oppgi kravet til en positiv lovhjemmel. Slik sett har Hagstrøm og Stenviks argumentasjon god overføringsverdi til dette spørsmålet.

Som dette viser kan en utvidelse av skadebegrepet i krenkelsessaker ha gode grunner for seg. En slik tolkning strider ikke med lovtekst eller forarbeider, det vil harmonere godt med de krav som stilles av EMK og det er godt i tråd med rettsutviklingen på området. I tillegg synes det å ha en viss rettskildemessig forankring i forarbeidene til Grunnloven ved at en slik løsning ikke aktivt avvises – uten at dette poenget skal overdrives for mye.⁹⁷

4.1.2 "De krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten"

Det følger videre av § 2-1 et vilkår om at det i ansvarsvurderingen skal tas hensyn til "de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten". Det følger her av ordlyden at det skal gjøres en konkret vurdering av de krav som kan stilles til virksomheten. At det skal "tas hensyn til" åpner imidlertid for en skjønnsmessig vurdering. Det er særlig dette vilkåret som trekkes frem av Aall og Askeland som begrunnelse for at § 2-1 er godt egnet til å anvende i krenkelsestilfeller. De argumenterer for at denne vage standarden gjør bestemmelsen særlig godt egnet til å fungere som ansvarsgrunnlag i krenkelsessaker, ved at det gir domstolene en stort rom til å vurdere arten av krenkelsen opp mot de faktiske forhold som har ført til at

⁹⁶ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 496

⁹⁷ Dokument 16 (2011-2012) s. 84. Se punkt 3.4.1 som tar for seg disse til dels sprikende uttalelsene.

krenkelsen har skjedd.⁹⁸ Dette vil særlig være aktuelt i forbindelse med beskyttelsesplikten, og da spesielt i tilknytning til den ressursbruk som kan forventes fra myndighetene. Her er det imidlertid viktig å understreke at dette vilkåret ikke er en relativisering av kravet til uaktsomhet, men heller et instrument som åpner for en nyansering av arbeidsgiveransvarets rekkevidde i den konkrete sak.⁹⁹ En slik norm stemmer for øvrig godt overens med praksis fra EMD, der det har blitt lagt til grunn at offentlige myndigheters aktivitetsplikt bygger på en proporsjonalitetsvurdering.¹⁰⁰ Det sentrale etter § 2-1 er også hvorvidt offentlige etater har gjort det som må forventes av dem utfra de forutsetninger som forelå i forkant av krenkelsen. Så lenge den skadelidte har anledning til å reise oppreisningssøksmål ved en høyintensiv krenkelse av artikkel 8, men ikke vinner frem med kravet med begrunnelse i at ressursbruken har vært proporsjonal og fornuftig – må det likevel antas at effektivitetskravet er oppfylt, jf. artikkel 13.¹⁰¹

4.2 Underrettspraksis som illustrasjon: TOSLO-2013-103468 (Glattcelledommen)

I denne rettsavgjørelsen anvendes artikkel 13 på selvstendig grunnlag, men jeg mener den også er godt egnet til å illustrere en eventuell anvendelse av § 2-1. Først og fremst er det viktig å understreke at dette er en rettsavgjørelse fra tingretten. Dommen har derfor ikke en verdi som et rettslig prejudikat, og er ikke egnet for en generalisering på bakgrunn av dette alene. Dommen har likevel en verdi ved at den tar for seg problemstillingen, og bidrar med å belyse et løsningsforslag. Gjennom å se på dommerens argumentasjon kan dette gi innspill til gode og overbevisende rettskildemessige poenger. Det kan også nevnes at staten forsøkte å anke saken direkte til Høyesterett, men dette ble enstemmig avvist av Høyesteretts ankeutvalg, jf. HR-2014-01968-U.¹⁰²

⁹⁸ All og Askeland (2017) s. 3. Se videre om vilkåret i Ot.prp.nr.48 (1965-1966) s. 80

⁹⁹ Kjelland (2016) s. 233

¹⁰⁰ Se bla. Osman mot Storbritannia (1998) avsnitt 116

¹⁰¹ En slik konklusjon støttes også av Hjelmeng (2016) s. 222-223

¹⁰² Dette er i seg selv et argument for at dommens løsning er forsvarlig da saken ikke anses å være av prinsipiell art med behov for avklaring, jf. tvisteloven kapittel 30.

I saken ble en mann ved to anledninger oppholdt isolert i politiarresten utover 48-timerskravet.¹⁰³ Retten fant at hjemmelskravet for inngrepet ikke var oppfylt, og dermed i strid med EMK artikkel 8. Saksøker krevde fastsettelsesdom for brudd på EMK artikkel 8 og artikkel 14, samt krav om erstatning. Det nevnes bare kort at påstanden om fastsettelsesdom ikke ble tatt til følge. Det sentrale for denne oppgaven er rettens vurdering av erstatningsspørsmålet. Det ble krevd både erstatning for økonomisk tap og oppreisningserstatning. Det økonomiske tapet var i dette tilfellet kun pålydende kr 540,-.

Saksøker anførte flere potensielle ansvarsgrunnlag, henholdsvis EMK artikkel 13, jf. Artikkel 41, skl. § 2-1 og skl. § 3-5.

Retten legger på side 31 kort til grunn at artikkel 41 ikke kan anvendes som et selvstendig ansvarsgrunnlag.¹⁰⁴ I stedet oppstiller de følgende problemstilling;

"Spørsmålet er da om erstatning kan tilkjennes av nasjonale domstoler etter EMK artikkel 13(...)"

Som nevnt har ikke rettens løsning på denne problemstillingen betydning som et prejudikat. Men det er spesielt denne konkrete spørsmålsstillingen som gjør at dommen likevel er verdt å analysere såpass grundig. Avgjørelsen er en særdeles gjennomarbeidet og nøye gjennomgang av rettskilder med et til dels overbevisende resultat. Jeg vil nå ta for meg rettens argumentasjon steg for steg.

Retten innleder med å påpeke at praksis fra EMD klart innebærer at retten til effektiv prøving også kan omfatte erstatning. Her henvises det til saken Leander mot Sverige (1981) hvor vurderingstemaet "arguable claim" er det sentrale momentet. Retten tar ikke direkte for seg

¹⁰³ Jf. strpl. § 183, jf. EMK art. 5

¹⁰⁴ Se oppgavens punkt 1.3 som kommer til samme konklusjon

dette vurderingstemaet, noe som kan begrunnes med at det i dette tilfellet er ubestridt at saksøker har en rettslig interesse av å få sin sak behandlet.

Videre trekker retten frem en uttalelse fra Rt. 2010 s. 291 (Vangendommen). Denne dommen har jeg kort kommentert tidligere i oppgaven. Det sentrale fra dommen er at det legges til grunn at det ikke gjelder et objektivt erstatningsansvar for konvensjonskrenkelser, og i den saken var muligheten for å søke erstatning for økonomisk tap i henhold til § 2-1 var tilstrekkelig for å tilfredsstillende artikkel 13. Tingretten uttaler her at "Høyesteretts uttalelse heller i retning av at artikkel 13 ikke kan anvendes direkte som grunnlag for erstatningskrav, men at erstatning for konvensjonsbrudd må søkes i de alminnelige nasjonale erstatningsregler." Det påpekes imidlertid videre at Vangendommen gjaldt spørsmålet om et lidt økonomisk tap, altså et tilfelle der det allerede fantes et passende ansvarsgrunnlag etter norsk internrett. Retten tar dette til inntekt for at artikkel 13 ikke kan anvendes som ansvarsgrunnlag for det økonomiske tapet som var lidt i dette tilfellet.

For det økonomiske tapet i denne saken velger tingretten å hjemle ansvaret i det ulovfestede organansvaret.¹⁰⁵ Jeg finner det noe underlig at retten velger å hjemle erstatningen i det ulovfestede organansvaret når § 2-1 klart nok regulerer tilfellet. Spesielt med tanke på at det var § 2-1 som ble anvendt i Vangendommen, noe som burde tilsi at det også skulle vært utgangspunktet for vurderingen i dette tilfellet. Som tidligere nevnt er § 2-1 også den bestemmelsen som lovgiver anser for å være utgangspunktet for erstatningsvurderinger ved konvensjonskrenkelser.¹⁰⁶

Det mest relevante for denne oppgaven er imidlertid rettens syn på kravet om oppreisningserstatning. I forbindelse med dette spørsmålet tar retten først for seg muligheten for oppreisning etter skl. § 3-5. Retten kommer fort til at dette grunnlaget ikke gjør seg gjeldende, med følgende uttalelse;

¹⁰⁵ Se s. 32 i dommen

¹⁰⁶ Dokument 16 (2011-2012) s. 84

"Skyldkravet er forsett eller grov uaktsomhet. Selv om retten er enig med saksøker i at isolasjon av fanger i politiarrest er resultat av et system som har sviktet over mange år, finner ikke retten at systemsvikten når opp mot kravet om at det må ha vært utvist grov uaktsomhet. Oppreisning etter skadeserstatningsloven § 3-5 tilkjennes derfor ikke."

Her illustreres hovedproblemet med det forhøyede skyldkravet i § 3-5 i forbindelse med krenkelsestilfeller. Slik grovhetsvilkåret her forstås, vil det være nærmest umulig for saksøker å påvise at terskelen er nådd. Her dreier det seg om en kollektiv systemsvikt som Norge har blitt kritisert for av internasjonale organer i flere tiår, og likevel når det ikke opp til terskelen. Det gjøres ikke en gang en spesielt grundig redegjørelse for graden av uaktsomhet, trolig nettopp fordi det klart nok ikke kan anses som noe annet enn alminnelig uaktsomt. Her ser man dermed at en form for rettsvillfarelse omkring varetektsfengsling, fengslingsressurser og rutiner ikke anses som grovt uaktsomt – på tross av at dette er saker som ikke lenger åpner for stor tolkningstvil.

Dette er naturligvis ingen fasit på hvordan Høyesterett ville vurdert tilfellet, men rettspraksis fra Høyesterett tyder på at feil som begås som følge av rettsvillfarelser i det lengste er uaktsomme – og i visse tilfeller også unnskyldelige.¹⁰⁷ At retten her kort legger til grunn at det ikke foreligger grov skyld i dette tilfellet tyder på at tingretten i dette tilfellet har lagt seg på en noenlunde riktig linje i forhold til gjeldende rett.

Etter å ha avvist ansvar etter skl. § 3-5 oppstiller retten dermed et spørsmål om staten kan dømmes til å betale oppreisningserstatning direkte etter EMK artikkel 13.

Retten innleder med å trekke frem Rt. 2001 s. 428 (Strafferegisterdommen). Dommen blir her tatt til inntekt for at artikkel 13 kan anvendes som ansvarsgrunnlag som følge av at denne muligheten ikke ble eksplisitt avvist i domspremissene. Videre trekkes det frem en uttalelse fra LG-2009-00391 som støtte for denne forståelsen av dommen. I LG-2009-00391 ble Strafferegisterdommen brukt som begrunnelse for å anvende artikkel 13, jf. artikkel 41 som

¹⁰⁷ Se bla. Rt. 1972 s. 578, Rt. 1999 s. 1273

ansvarsgrunnlag i et spørsmål om konvensjonsstridig straffefølgning. Som jeg tidligere har påpekt er en slik anvendelse av Strafferegisterdommen noe problematisk, da uttalelsene om artikkel 13 kommer i et obiter dictum – noe som innebærer at man bør vise en viss varsomhet med å anvende uttalelsene som prejudikater.

Videre viser retten til støtte i litteraturen for anvendelsen av artikkel 13. En uttalelse av Are Stenvik blir trukket særlig frem.

"For det andre kan erstatningsplikt bli pålagt av nasjonale domstoler etter EMK art. 13. Bestemmelsen handler ikke direkte om erstatningsansvar, men fastsetter at den som har fått sine konvensjonsrettigheter krenket, skal «ha en effektiv prøvningsrett ved en nasjonal myndighet». Etter EMDs praksis er det imidlertid klart at retten til effektiv prøving også kan omfatte en rett til erstatning, «if appropriate».

(...) Om erstatning skal tilkjennes i et konkret tilfelle, avhenger av en skjønnsvurdering, hvor det bl.a. vil ha betydning hvor alvorlig konvensjonsbruddet har vært, hvilke følger det har fått for skadelidte, og om skadelidte kan bebreides for å ha medvirket til skaden, jf. Rt-2001-428 (strafferegistrering). Det vil også ha betydning om skadelidtes interesser kan varetas tilstrekkelig effektivt på andre måter eller med andre midler enn erstatning. Har f.eks. en domstol begått saksbehandlingsfeil i strid med EMK, kan det være en tilstrekkelig «remedy» at feilen blir rettet ved ankeinstansens behandling, jf. Rt-2003-1671." ¹⁰⁸

Retten synes å tolke Stenviks uttalelse dithen at dersom det ikke finnes andre måter å få erstatning for ikke-økonomisk tap, vil artikkel 13 kunne tjene som selvstendig ansvarsgrunnlag. Jeg er enig i denne tolkningen, men jeg er ikke uten videre enig i at dette var tilfellet i den foreliggende sak.

¹⁰⁸ Stenvik (2005) s. 38

Som nevnt anførte saksøker også § 2-1 som et eventuelt ansvarsgrunnlag. Dette blir overhodet ikke vurdert av retten. En slik forankring ville vært naturlig å i det minste kommentere før man kom til at artikkel 13 var det eneste aktuelle grunnlaget. Dersom det finnes en hjemmel i norsk lovgivning som løser spørsmålet og oppfyller Norges forpliktelser etter artikkel 13, er dette det naturlige utgangspunkt for vurderingen. Her synes heller retten å "hoppe over gjerdet der det er lavest" ved å gå direkte til artikkel 13 uten å se hen til muligheten for å tilpasse norsk lovtekst slik at den vil kunne være i tråd med retten til en effektiv prøvingsrett, jf. artikkel 13.

Jeg mener denne dommen godt illustrerer problemet med å anvende artikkel 13 direkte. Av mangel på vurderingstema blir det også vanskelig å se hvor retten legger aktsomhetsterskelen i det aktuelle tilfellet. Hadde dette vært en avgjørelse med prejudikatsvirkning ville det derfor vært vanskelig å anvende dommen på et annet faktum.

Hadde retten her vurdert ansvar etter § 2-1 ville man derimot kunne anvendt et konkret vurderingstema tilpasset tilfellet, noe som ville gjort domsavsigelsen mer transparent. En anvendelse av § 2-1 ville også åpnet for å behandle spørsmålet om økonomisk og ikke-økonomisk tap under ett. At man her skiller mellom de to tapspostene fremstår som en unødvendig dobbeltbehandling av spørsmålet. En løsning som gjør at man ikke trenger å behandle forholdene separat vil både være effektiviserende og en enklere retts teknisk øvelse.

5 Konklusjon

5.1 Valget mellom EMK artikkel 13 og skl. § 2-1

Denne avhandlingen viser at høyintensive krenkelser av artikkel 8 som hovedregel gir en rett til å reise oppreisningssøksmål. Det er likevel fremdeles et behov for å gjøre en konkret vurdering av arten og intensiteten av krenkelsen, men det virker å være en presumsjon for at krenkelser som utelukkende kan subsumeres under artikkel 8 normalt vil gis en tilstrekkelig effektiv prøvingsrett gjennom andre rettsmidler enn erstatning. For rettsanvenderen må det derfor først gjøres en vurdering av krenkelsens art og intensitet, hvor det tas stilling til om det dreier seg om en høyintensiv krenkelse som medfører en rett til å reise søksmål om oppreisningserstatning. Dette leder videre inn på vurderingen om valget av ansvarsgrunnlag.

Det er etter denne fremstillingen også klart at det fremdeles gjelder et krav om særskilt hjemmel for å kreve oppreisningserstatning, og at artikkel 13 *kan* oppfylle dette hjemmelskravet ved å fungere som et selvstendig ansvarsgrunnlag. Dette virker å ha et bredt rettskildemessig grunnlag, både i rettspraksis, oppfatninger fra lovgiver og teorien. Det fremstår likevel å være klart at utgangspunktet for en erstatningsvurdering for konvensjonskrenkelser skal være i den norske lovgivningen, og artikkel 13 vil bare komme til anvendelse som selvstendig ansvarsgrunnlag dersom det ikke finnes en internrettslig hjemmel som gir en reell mulighet til å vinne frem med et oppreisningskrav.

Slik § 2-1 tradisjonelt har blitt anvendt, er det ingen tvil om at bestemmelsen i utgangspunktet gjelder erstatning for økonomisk tap. Men som det foregående viser er dette primært basert på hensyn som gjør seg sterkere gjeldende utenfor krenkelsestilfeller, rettstradisjon og historie.¹⁰⁹ Verken lovtekst, forarbeider eller reelle hensyn taler nødvendigvis mot en løsning der § 2-1 også kan hjemle en rett til oppreisningserstatning for krenkelser av EMK. Tvert i mot viser det ovennevnte at det finnes et bredt rettskildemessig grunnlag for en tolkning av § 2-1 i lys av Grl. § 92 og EMK som åpner for dette. Dette er for det første hensiktsmessig ved at § 2-1 er en kjent bestemmelse for rettsanvendere, med et tydelig definert vurderingstema. Til forskjell fra å anvende artikkel 13 innebærer dette en mer forutberegnelig løsning, som muligens ikke vil virke saksfremmende i like stor grad. Videre er også rettspraksis rimelig entydig i synet på at ansvar for offentlig myndighetsutøvelse bygger på et uaktsomhetsgrunnlag. På denne måten svarer også det vurderingstema som oppstilles i § 2-1 godt med de tendenser som har vist seg i rettspraksis. Å anvende § 2-1 vil på denne måten også godt ivareta de utviklingslinjer som Høyesterett allerede har drevet frem.

Alle disse argumenter viser at § 2-1 tilbyr et ansvarsgrunnlag som godt ivaretar respekten for menneskerettigheter og konvensjonsforpliktelser – helt i tråd med Grl. § 92. Dette vil også stemme godt overens med den rettslige- og samfunnsmessige utviklingen for øvrig.

¹⁰⁹ Se punkt 1.4

5.2 Veien videre

Ved å anvende § 2-1 som ansvarsgrunnlag både for erstatning for økonomisk tap og oppreisningserstatning er man tro til det mønsteret som skisseres i forarbeidene til Grunnloven og Vangendommen; man anvender norsk internrett der det er mulig. Dette vil være en forutberegnelig, fornuftig og anvendelig regel. Det er i realiteten heller ikke tale om store endringer i gjeldende rett, da det allerede er klart at det gjelder en prøvingsrett for oppreisningserstatning i tilfellene for høyintensive krenkelser av artikkel 8. Det er heller et godt alternativ til hvordan denne vurderingen kan gjøres på en mer forutberegnelig og transparent måte, enn gjennom en direkte anvendelse av artikkel 13.

Dersom man tolker § 2-1 slik denne avhandlingen foreslår, vil det ikke lenger være et behov for å anvende artikkel 13 på selvstendig grunnlag. På denne måten unngår man å begrunne oppreisning i en artikkel som i utgangspunktet ikke er ment å være en erstatningshjemmel. Jeg mener denne avhandlingen viser at det finnes rettskildemessig grunnlag for en slik tolkning, uten at det krever endring fra lovgivers side.

6 Litteraturliste

6.1 Lover

Grunnloven (Grl.)	Lov 17.05.1814 Kongeriket Norges Grunnlov
Skadeserstatningsloven (skl.)	Lov 13.06.1969 nr. 26 Lov om skadeserstatning
Straffeprosessloven (strpl.)	Lov 22.05.1981 nr. 25 Lov om rettergangsmåten i straffesaker
Menneskerettsloven	21.05.1999 nr. 30 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Tvisteloven (tvl.)	Lov 17.06.2005 nr. 90 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister

6.2 Forarbeider

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

Ot.prp.nr.3 (1998-1999)	Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
Ot.prp.nr.22 (2008-2009)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)
Dok.nr.16 (2011-2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011

6.3 Nasjonale rettsavgjørelser

Rt. 1972 s. 578	Høyesterett
Rt. 1995 s. 209	Høyesterett
Rt. 1997 s. 58	Høyesterett
Rt. 1999 s. 1273	Høyesterett
Rt. 2001 s. 428	Høyesterett

Rt. 2004 s. 1868	Høyesterett
Rt. 2010 s. 291	Høyesterett
Rt. 2010 s. 1203	Høyesterett
Rt. 2013 s. 588	Høyesterett
Rt. 2013 s. 805	Høyesterett
HR-2018-392-A	Høyesterett
LG-2009-00391	Gulating lagmannsrett
LB-2015-035426	Borgarting lagmannsrett
TOSLO-2013-103468	Oslo tingrett

6.4 Svenske rettsavgjørelser

NJA 2005 s. 462	Högsta domstolen
-----------------	------------------

6.5 Avgjørelser fra EMD

Klass og andre mot Tyskland (1978)

Case of Klass and others v. Germany, European Court of Human Rights, Application No. 5029/71 (Judgment, Strasbourg, 6. September 1978)

Silver og andre mot Storbritannia (1983)

Case of Silver and others v. The United Kingdom, European Court of Human Rights, Application No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75 (Judgment, Strasbourg, 24. October 1983)

Chahal mot Storbritannia (1996)

Case of Chahal v. The United Kingdom, European Court of Human Rights, Application No. 22414/93 (Judgment, Strasbourg 15. November 1996)

Aydin mot Tyrkia (1997)

Case of Aydin v. Turkey, European Court of Human Rights, Application No. 57/1996/676/866 (Judgment, Strasbourg 25. September 1997)

Menteş og andre mot Tyrkia (1998)

Case of Menteş and others v. Turkey, European Court of Human Rights, Application No. (58/1996/677/867) (Judgment, Strasbourg 24. July 1998)

Osman mot Storbritannia (1998)

Case of Osman v. The United Kingdom, European Court of Human Rights, Application No. 87/1997/871/1083 (Judgment, Strasbourg 28. October 1998)

T.P. og K.M mot Storbritannia (2001)

Case of T.P and K.M. v. The United Kingdom, European Court of Human Rights, Application No. 28945/95 (Judgment, Strasbourg 10. May 2001)

- Paul og Audrey Edwards mot Storbritannia (2002) Case of Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom, European Court of Human Rights, Application No. 46477/99 (Judgment, Strasbourg 14. March 2002)
- Husayn mot Polen (2014) Case of Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland, European Court of Human Rights, Application No. 7511/13 (Judgment, Strasbourg 24. July 2014)

6.6 Bøker

- Aall (2015) All, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave (Bergen 2015)

Andersson (2013)

Andersson, Håkan, *Ansvarsproblem
i skadeståndsrätten* (Uppsala 2013)

Hagstrøm og Stenvik (2015)

Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik,
Erstatningsrett (Oslo 2015)

Kjelland (2016)

Kjelland, Morten, *Erstatningsrett –
en lærebok* (Oslo 2016)

Kjelland (2016)

"Oppreisningserstatning ved fysiske og psykiske krenkelser – en analyse av høyesterettspraksis og sentrale utviklingslinjer" i *I: Rettsavklaring og rettsutvikling - Festskrift til Tore Schei*. Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy og Torill M. Øie (red.) (Oslo 2016) s. 703-758

Lødrup (2009)

Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave (Oslo 2009)

Nygaard (2007)

Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 6. utgåve (Bergen 2007)

Thorson (2016)

”Damages for the Infringements of Human Rights Under Norwegian Law” i *Damages for Violations of Human Rights: A Comparative Study of Domestic Legal Systems*. Ewa Baginska (red.) (Gdansk, Polen 2016) s. 259-287

6.7 Artikler

Aall og Askeland (2017)

Aall, Jørgen og Bjarte Askeland, "Statens oppreisningsansvar ved menneskerettighetsbrudd", *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2017 s. 3-6

Hjelmeng (2016)

Hjelmeng, Erling, "Folkerettslig påvirkning av norsk erstatningsrett – to høyesterettsdommer", *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2016 s. 211-229

Hoel Lie (2012)

Lie, Marius Hoel, "Objektivt erstatningsansvar for uriktig offentlig myndighetsutøving?", *Lov og rett*, 2012 s. 407–423

Koch (2012)

Koch, Søren, "Erstatning for bortkastede utgifter", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2012 s. 581–636

Stenvik (2005)

Stenvik, Are, "Erstatningsrettens internasjonalisering", *Tidsskrift for Erstatningsrett*, 2005 s. 33-61

Vaaler (2017)

Vaaler, Henrik, "Erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av EMK" *Lov og rett*, 2017 s. 299-317