

Oppreisningskrav etter EMK artikkel 13 – en sammenligning av norsk og svensk rett

Førstekonsulent Ole G. Nordhus

Ole G. Nordhus er master i rettsvitenskap fra Universitetet i Bergen (2016). Han har i 2017 og 2018 undervist ved kursene i erstatningsrett ved Det juridiske fakultet (UiB). Nå arbeider han som førstekonsulent i Pasientskadenemndas sekretariat i Nasjonalt klageorgan for helsetjenesten (Helseklage).

Sammendrag:

Både i norsk og svensk rett er Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) inkorporert ved lov. Konvensjonens artikkel 13 krever etter omstendighetene at nasjonal rett gir den enkelte adgang til å kreve oppreisning for den ikke-økonomiske skaden som myndighetenes konvensjonsbrudd medfører. Sveriges øverste domstol (Högsta domstolen) har i en rekke saker tilkjent oppreisning med henvisning til EMK artikkel 13. Det har skjedd i tilfeller hvor bestemmelsen har krevd at det tilkjennes erstatning for ikke-økonomisk skade, men hvor tradisjonelle svenske oppreisningsregler ikke har gitt hjemmel for slik erstatning. I artikkelen argumenteres det for at man må kunne kreve oppreisning i norsk rett med henvisning til EMK artikkel 13, på tilsvarende måte som i svensk rett. Behovet for et slikt oppreisningsansvar er minst like sterkt som i svensk rett.¹

Nøkkelord: EMK artikkel 13, Högsta domstolen, menneskerettsloven, oppreisning

1. Innledning

Den europeiske menneskerettskonvensjonen med protokoller (EMK)² er inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven (mrl.) § 2, jf. § 3.³ Dersom myndighetene ikke overholder rettighetene etter EMK, kan både fysiske og juridiske personer påføres økonomisk og ikke-økonomisk skade. De kan da ha ønske om å kreve erstatning av myndighetene.

Etter EMK artikkel 13 gis den enkelte krav på at nasjonale myndigheter effektivt kompenserer brudd på rettighetene i konvensjonen. Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har fremhevet at bestemmelsen etter omstendighetene

¹ Takk til professor Bjarte Askeland og professor Anne Marie Frøseth for nyttige kommentarer til denne artikkelen.

² Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter.

³ Lov av 21. mai 1999 nr. 30: Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

krever at nasjonal rett gir den enkelte adgang til å kreve erstatning for myndighetenes konvensjonsbrudd, både for økonomisk og ikke-økonomisk skade.⁴

I norsk rett er skadeserstatningsloven (skl.) § 2-1 det mest praktiske grunnlaget for å kreve erstatning for økonomisk skade som følge av stat og kommunes menneskerettighetsbrudd.⁵ Bestemmelsen gir likevel ikke adgang til å kreve erstatning for ikke-økonomisk skade (oppreisning).⁶ Menneskerettighetsbrudd vil først og fremst påføre slik skade.⁷ Oppreisning er i norsk rett som hovedregel betinget av at skadevolder har utvist grov skyld, jf. skl. § 3-5. De øvrige lovreglene som eksplisitt gir en rett til slik erstatning, gjelder kun for nærmere bestemte situasjoner.⁸ Derfor kan det oppstå tilfeller hvor norske oppreisningsregler ikke oppfyller kravene til erstatningsadgang etter EMK artikkel 13. Artikkelen problemstilling er om man da kan kreve oppreisning med henvisning til at slik erstatning er nødvendig for å oppfylle forpliktelsene etter artikkel 13.

Problemstillingen aktualiseres av utviklingen i svensk rett. Sverige har i likhet med Norge inkorporert EMK ved lov.⁹ Den øverste domstolen i Sverige, Högsta domstolen (HD), har i en rekke saker de siste 15 årene tilkjent oppreisning med henvisning til forpliktelsene etter EMK artikkel 13.¹⁰ Det har skjedd i tilfeller hvor artikkel 13 har krevd at det tilkjennes erstatning for ikke-økonomisk skade som følge av brudd på EMK, men hvor tradisjonelle svenske oppreisningsregler ikke har gitt hjemmel for slik erstatning. Den 1. april 2018 trådte det i kraft tre nye regler i den svenske skadeståndslagen (SkL.)¹¹ som i hovedsak er ment å kodifisere den nevnte rettspraksisen fra HD.¹² Utviklingen i Sverige gir grunn til å reise spørsmål om man i norsk rett må anvende en tilsvarende tilnærming som den HD har lagt til grunn i sin rettspraksis.

⁴ Se blant annet T.P. og K.M. mot Storbritannia, dom i storkammer av 10. mai 2001, sak nr. 28945/95 avsnitt 107.

⁵ Se Dokument 16 (2011–2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*, s. 84. Etter organansvaret hefter stat og kommune bare for deres ansatte i ledende organer.

⁶ Se Jørgen Aall og Bjarte Askeland, «Statens oppreisningsansvar ved menneskerettighetsbrudd», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* 01/2017, s. 3–6 (s. 3–5), DOI: 10.18261/issn.2464-3378-2017-01-01.

⁷ Se også Henrik Vaaler, «Erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av EMK», *Lov og Rett* 05/2017, s. 299–317 (s. 300), DOI: 10.18261/issn.1504-3061-2017-05-04.

⁸ Se skl. §§ 3-2, 3-6 og 3-6a og Lov av 22. mai 1981 nr. 25: Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) §§ 447–448.

⁹ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Videre angir den svenske grunnloven (Regeringsform (1974:152) 2 kap. 19 §) et forbud mot å vedta lov eller forskrift som strider mot Sveriges forpliktelser etter EMK.

¹⁰ Se Bertil Bengtsson, «Skadestånd vid överträdelse av Europakonventionen – den nya lagstiftningen», *Svensk Juristtidning* 2018, s. 93–127 (s. 96–100).

¹¹ Skadeståndslag (1972:207).

¹² Bengtsson 2018, s. 100.

2. Kravene etter EMK artikkel 13

2.1 Forholdet til EMK artikkel 5 nr. 4 og artikkel 6 nr. 1

Artikkel 13 i EMK har følgende ordlyd:

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.

Ordlyden tilsier at artikkel 13 kan komme til anvendelse ved brudd på samtlige rettigheter i EMK. Den europeiske menneskerettsdomstolen har likevel lagt til grunn at retten til en rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1 er en spesialregulering (lex specialis) av EMK artikkel 13. Det betyr at artikkel 13 i utgangspunktet ikke kan anvendes sammen med artikkel 6 nr. 1, og det gjelder både i sivile saker og straffesaker.¹³ I EMDs praksis har det imidlertid utviklet seg to unntak fra utgangspunktet.

Den europeiske menneskerettsdomstolen kom i saken Kudla mot Polen til at straffeforfølgelsen mot en person hadde pågått over så lang tid at det krenket retten til rettergang innen rimelig tid etter EMK artikkel 6 nr. 1. Domstolen konkluderte også med at EMK artikkel 13 var krenket. Det ble vist til at selv om EMK artikkel 6 nr. 1 ble ansett for å være en spesialregulering av EMK artikkel 13, kunne ikke den oppfatningen opprettholdes for brudd på retten til rettergang innen rimelig tid. Konklusjonen ble begrunnet med økningen i saker for EMD hvor det påberopes brudd på rettigheten. Domstolen fremhevet at å anvende EMK artikkel 13 ved brudd på retten til rettergang innen rimelig tid kunne medføre at brudd på rettigheten i større grad ville bli kompensert i nasjonal rett (avsnitt 148 og 155).

For det andre har EMD lagt til grunn at EMK artikkel 13 også kommer til anvendelse ved brudd på kravet etter EMK artikkel 6 nr. 1 om at myndighetene må etterleve rettskraftige dommer. I Wasserman mot Russland kom EMD til at EMK artikkel 6 nr. 1 var krenket ettersom russiske myndigheter i nesten to år hadde unnlatt å etterleve en rettskraftig dom.¹⁴ Domstolen konkluderte i tillegg med at russiske erstatningsregler ikke kunne gi kompensasjon for bruddet, og at artikkel 13 dermed var krenket (avsnitt 51–58).¹⁵

¹³ Kudla mot Polen, dom i storkammer av 26. oktober 2000, sak nr. 30210/96 avsnitt 146.

¹⁴ Dom i kammer av 10. april 2008, sak nr. 21071/05.

¹⁵ Zazanis mot Hellas, dom i kammer av 18. november 2004, sak nr. 68138/01 avsnitt 45–49.

Videre følger det av EMK artikkel 5 nr. 4 at frihetsberøvede personer har krav på å få anlegge sak for en domstol som hurtig kan avgjøre lovligheten av frihetsberøvelsen, og pålegge at frihetsberøvelsen opphører dersom den er ulovlig. Også den bestemmelsen har EMD ansett for å være en *lex specialis* av EMK artikkel 13, slik at bestemmelsene ikke kan anvendes sammen.¹⁶ Det gjelder likevel bare mens frihetsberøvelsen pågår. Etter løslatelsen vil artikkel 13 stille krav til kompensasjon dersom det foreligger et brudd på EMK artikkel 5.¹⁷ Kravet til kompensasjon følger også av artikkel 5 nr. 5 som pålegger myndighetene å yte erstatning for brudd på artikkel 5.¹⁸ Bestemmelsen gjelder både erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk skade.¹⁹

2.2 Når myndighetene plikter å gi oppreisning

I T.P. og K.M. mot Storbritannia kom EMD i storkammer til at britiske myndigheter hadde krenket retten til familieliv etter EMK artikkel 8 i forbindelse med en omsorgsovertagelse av et barn. Domstolen kom også til at Storbritannia hadde krenket EMK artikkel 13 ved ikke å gi barnet og dets mor anledning til å søke erstatning for den ikke-økonomiske skaden de var påført som følge av bruddet på artikkel 8 (avsnitt 108–110). Det ble understreket at artikkel 13 krever at nasjonal rett «in appropriate cases» gir anledning til å kreve erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk skade som følge av myndighetenes brudd på EMK (avsnitt 107). Både fysiske og juridiske personer²⁰ må etter omstendighetene ha adgang til å kreve erstatning for bruddene de utsettes for.²¹

Konvensjonsstatene har likevel et rom for skjønn (skjønnsmargin) med hensyn til hvordan artikkel 13 sikres i nasjonal rett, og det rommet vil blant annet avhenge av hvilken type rettighet som er krenket.²² Myndighetenes skjønnsmargin ved gjennomføringen av EMK artikkel 13 i nasjonal rett innebærer blant annet at forpliktelsene etter bestemmelsen kan oppfylles på andre måter enn ved erstatningsadgang. Erstatningsadgang er bare påkrevd dersom andre rettsmidler ikke kan kompensere bruddet på EMK.

Dersom en domstol stadfester at det foreligger et brudd på EMK, kan det i seg selv være en tilstrekkelig kompensasjon for bruddet. I Khan mot Storbritannia kom EMD til at britiske myndigheter hadde krenket EMK artikkel 8 ved å anvende lydopptak i etterforskningen av narkotikakriminalitet.²³ Domstolen la til grunn at det ikke var

¹⁶ Se Murray mot Storbritannia, dom i storkammer av 28. oktober 1994, sak nr. 14310/88 avsnitt 98.

¹⁷ Se Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, Bergen 2015, s. 89.

¹⁸ I likhet med EMK artikkel 13 stiller EMK artikkel 5 nr. 5 krav til nasjonal erstatningsrett, se Brogan mfl. mot Storbritannia, dom i plenum av 29. november 1988, sak nr. 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85 avsnitt 66–67.

¹⁹ Se Aall 2015, s. 407.

²⁰ Med juridiske personer menes foreninger, stiftelser, selskaper og andre sammenslutninger som kan ha rettigheter.

²¹ Se Comingersoll S.A. mot Portugal, dom i storkammer av 6. april 2000, sak nr. 35382/97 avsnitt 35.

²² Se T.P. og K.M. mot Storbritannia avsnitt 107, Kudla mot Polen avsnitt 157 og Z. mfl. mot Storbritannia, dom i storkammer av 10. mai 2001, sak nr. 29392/95 avsnitt 108.

²³ Dom i kammer av 4. oktober 2000, sak nr. 35394/97.

nødvendig å tilkjenne klageren erstatning for den ikke-økonomiske skaden bruddet hadde påført han. Det ble vist til at «the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any damage which the applicant may have suffered» (avsnitt 49).²⁴

Hvorvidt brudd på EMK i tilstrekkelig grad vil bli kompensert ved at en domstol stadfester bruddet, vil avhenge av dets alvor.²⁵ For fysiske personer vil vurderingen av bruddets alvor fokusere på den fysiske eller psykiske skaden bruddet har påført personen. Vurderingen blir noe annerledes for juridiske personer. I *Comingersoll S.A. mot Portugal* fremhevet EMD at den ikke-økonomiske skaden et selskap er påført som følge av brudd på EMK, må klarlegges basert på hvilken betydning bruddet har for selskapets rykte, den daglige driften av selskapet, dets lederteam eller andre med direkte tilknytning til selskapet (avsnitt 35–36).

I hvilken grad EMK artikkel 13 krever at EMK-brudd kompenseres ved oppreisning, vil videre variere med hvilken type rettighet som er krenket. Den europeiske menneskerettsdomstolen har fremhevet at EMK artikkel 2 (retten til liv) og artikkel 3 (forbudet mot tortur og nedverdiggende behandling) gjelder så grunnleggende rettigheter at det i utgangspunktet må være adgang til å kreve erstatning for ikke-økonomisk skade som følge av brudd på rettighetene.²⁶ Domstolen tilkjenner som regel også oppreisning ved brudd på EMK artikkel 4, 5 og 6.²⁷

Likevel har EMD lagt til grunn at dersom det i straffesaker forekommer brudd på retten til rettergang innen rimelig tid etter EMK artikkel 6 nr. 1, kan bruddet kompenseres ved å gi reduksjon i utmålt straff, forutsatt at saken ender med fellede dom.

I *Beck mot Norge* kom EMD til at en person som hadde blitt domfelt for blant annet bedrageri, ikke lenger kunne hevde å være «victim» for brudd på retten til rettergang innen rimelig tid etter EMK artikkel 6 nr. 1, jf. EMK artikkel 34 første punktum.²⁸ Konklusjonen ble begrunnet med at bruddet på artikkel 6 ble reparert ved at norske domstoler hadde tatt hensyn til det ved å gi reduksjon i utmålt fengselsstraff (avsnitt 28). Selv om avgjørelsen ikke direkte gjaldt EMK artikkel 13, viser den at reduksjon i utmålt straff kan gi tilstrekkelig kompensasjon for brudd på retten til rettergang innen rimelig tid.²⁹

²⁴ Se også *Hanif og Khan mot Storbritannia*, dom i kammer av 20. mars 2012, sak nr. 52999/08 og 61779/08 avsnitt 155, og *Sciacca mot Italia*, dom i kammer av 11. januar 2005, sak nr. 50774/99 avsnitt 35.

²⁵ Se *Assenov mfl. mot Bulgaria*, dom i kammer av 28. oktober 1998, sak nr. 90/1997/874/1086 avsnitt 175.

²⁶ *Z. mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 109.

²⁷ Se *Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 4. utgave, København 2017, s. 189 og 191–192.

²⁸ Se *Beck mot Norge*, dom i kammer av 26. september 2001, sak nr. 26390/95 avsnitt 27.

²⁹ Se også *Hasslund mot Danmark*, dom i kammer av 11. desember 2008, sak nr. 36244/06, avsnitt 48–53.

Det ble i Beck-avgjørelsen vist til at straffereduksjon vil gi tilstrekkelig kompensasjon dersom nasjonale domstoler ved reduksjonen har «acknowledged in a sufficiently clear way the failure to observe the reasonable time requirement and have afforded redress by reducing the sentence in an express and measurable manner» (avsnitt 27). Det kreves med andre ord at straffeutmålingen må vise at nasjonale domstoler anerkjenner bruddet og at det kan konstateres i hvilken grad bruddet har påvirket utmålingen. Dersom dette kravet ikke kan oppfylles, vil erstatning ofte være det eneste alternative rettsmiddelet for å kompensere bruddet.

I Scordino mot Italia fremhevet EMD at dersom en konvensjonsstat i sin interne rett har innført en erstatningshjemmel for brudd på EMK, vil staten ha en vid skjønnsmargin med hensyn til den nærmere praktiseringen av hjemmelen, slik at den kan tilpasses statens rettsystem, tradisjoner og levestandard.³⁰ Domstolen viste til at en slik tilpasning kan bestå i at man ved erstatningsutmålingen anvender de erstatningsnivåer som gjelder for sammenlignbare tilfeller i statens interne rett, selv om det vil medføre at det tilkjennes en lavere erstatning enn det EMD ville tilkjent etter EMK artikkel 41 (avsnitt 189). EMK artikkel 13 angir likevel en nedre grense for hvor lav erstatningen kan være.³¹

For at en erstatningshjemmel i nasjonal rett skal oppfylle kravene etter EMK artikkel 13, må det være en reell mulighet for å få medhold i erstatningskrav basert på hjemmelen. Den må være effektiv «in practice as well as in law».³² Hvorvidt det eksisterer en slik mulighet, må for det første vurderes basert på de vilkårene hjemmelen oppstiller for å kreve erstatning. I Reynolds mot Storbritannia kom EMD til at engelsk rett ikke ga en mer tilstrekkelig adgang til å kreve erstatning for den ikke-økonomiske skaden hun ble påført som følge av at hennes sønn begikk selvmord i en psykiatrisk institusjon.³³ Erstatning var betinget av at de offentlig ansatte ved institusjonen hadde utvist grov uaktsomhet (avsnitt 62–69).

Ved vurderingen av om en nasjonal erstatningshjemmel gir tilstrekkelig adgang til å kreve erstatning, må man også ta hensyn til i hvilken grad hjemmelen har blitt anvendt som erstatningsgrunnlag i rettspraksis. I McFarlane mot Irland påberopte den irske stat at en regel i den irske konstitusjonen kunne gi grunnlag for å kreve erstatning for brudd på retten til rettergang innen rimelig tid etter EMK artikkel 6 nr. 1.³⁴ Den europeiske menneskerettsdomstolen kom til at regelen ikke oppfylte kravene etter EMK artikkel 13. Det var ikke eksempler i irsk rettspraksis på at regelen kunne anvendes som erstatningsgrunnlag (avsnitt 115–121).

2.3 EMK artikkel 13 som uttrykk for subsidiaritetsprinsippet

³⁰ Dom i storkammer av 29. mars 2006, sak nr. 36813/97.

³¹ Den må ikke være «manifestly unreasonable» sammenlignet med de oppreisningsbeløp som EMD tilkjenner i lignende saker, se Wasserman mot Russland, avsnitt 56.

³² Se Kudla mot Polen, avsnitt 157.

³³ Dom i kammer av 13. juni 2012, sak nr. 2694/08.

³⁴ McFarlane mot Irland, dom i storkammer av 10. september 2010, sak nr. 31333/06.

Artikkel 13 i EMK bygger på prinsippet om at nasjonale myndigheter har det primære ansvaret for å sikre at rettighetene etter EMK etterlevs i konvensjonsstatenes rett – omtalt som *subsidiaritetsprinsippet*. Prinsippet kommer også til uttrykk i EMK artikkel 41, som fremhever:

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.

Bestemmelsen innebærer at dersom konvensjonsstatenes nasjonale rett ikke eller bare delvis kompenserer et brudd på EMK, kan EMD tilkjenne erstatning for bruddet. Domstolens kompetanse til å tilkjenne erstatning er med andre ord subsidiær. Det forutsettes at kompensasjon som regel gis i nasjonal rett. Subsidiaritetsprinsippet kan tale for at i den grad EMK artikkel 13 krever at det tilkjennes oppreisning i nasjonal rett, og nasjonale regler ikke gir hjemmel for et slikt krav, må nasjonale domstoler kunne tilkjenne oppreisning med henvisning til artikkel 13. Alternativet er at skadelidte klager saken inn for EMD, som kan tilkjenne erstatning i medhold av EMK artikkel 41. Det kan medføre at det vil gå lengre tid før skadelidte får avgjort erstatningskravet, samt påføre EMD en økt arbeidsbelastning. Det kan være noe av grunnen til at HD i Sverige har tilkjent oppreisning med henvisning til EMK artikkel 13.

3. Utviklingen i svensk rett av et oppreisningsansvar med henvisning til EMK artikkel 13

3.1 Innledning

Den 1. april 2018 trådte følgende regel i kraft i den svenske skadeståndslagen (SkL.):

3 kap. 4 §:

Staten eller en kommun ska ersätta

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

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

Regelen gir den enkelte rett til å kreve erstatning fra stat og kommune for økonomisk og ikke-økonomisk skade som følge av myndighetenes brudd på EMK, dersom bruddet ikke

kan kompenseres ved andre rettsmidler.³⁵ Regelen er med andre ord bare ment å gi erstatning i den grad EMK artikkel 13 krever det,³⁶ og regelen er i hovedsak en kodifisering av rettspraksis fra Högsta domstolen (HD) i Sverige.³⁷ I de neste punktene vil jeg redegjøre nærmere for HDs praksis og søke å klarlegge de betraktninger som ligger til grunn for utviklingen av et oppreisningsansvar med henvisning til EMK artikkel 13.

3.2 Ansvarets opprinnelse i HDs praksis

Avgjørelsen i NJA 2005 s. 462 omhandlet en person A som ble siktet for grovt bedrageri, grov svindel og grovt brudd på regnskapslovgivningen, og som ble frifunnet for anklagene ca. 7 år senere. HD kom til at straffeforfølgelsen hadde pågått over så lang tid at det krenket retten til rettergang innen rimelig tid etter EMK artikkel 6 nr. 1. Det ble videre konkludert med at A hadde krav på erstatning etter regelen om det offentliges arbeidsgiveransvar i skadeståndslagen (SkL.) 3 kap. 2 §, for det inntektstapet bruddet hadde påført han. Regelen gir grunnlag for å kreve erstatning for tap offentlig ansatte påfører forsettlig eller uaktsomt under utøvelse av offentlig myndighet.

A krevde også erstatning for den ikke-økonomiske skaden han ble påført ved krenkelsen av EMK artikkel 6 nr. 1. HD fremhevet at vurderingen av erstatningskrav for EMK-brudd må ta utgangspunkt i tradisjonelle erstatningsregler i svensk rett, før man eventuelt vurderer om erstatning kan tilkjennes basert på forpliktelsene etter EMK. Domstolen la til grunn at tradisjonelle erstatningsregler i svensk rett, som SkL. 3 kap. 2 §, må tolkes i lys av forpliktelsene etter EMK («fördragskonformt»). Det kan medføre at de tradisjonelle erstatningsreglene må gis et videre anvendelsesområde enn det som er lagt til grunn i forarbeider, rettspraksis eller juridisk litteratur (s. 494).

Selv etter en tolking i lys av forpliktelsene etter EMK kom HD til at den ikke-økonomiske skaden A hadde blitt påført, verken kunne kreves erstattet etter SkL. 3 kap. 2 §, den alminnelige oppreisningsregelen i SkL. 2 kap. 3 § eller andre regler i skadeståndslagen (s. 497). HD konkluderte likevel med at «övervägande skäl» talte for at A ble tilkjent erstatning for den ikke-økonomiske skaden (s. 498). Det ble vist til Sveriges forpliktelser etter EMK artikkel 13.

HD fremhevet at EMK artikkel 13 pålegger Sverige å tilby rettsmidler som effektivt kompenserer brudd på retten til rettergang innen rimelig tid etter EMK artikkel 6 nr. 1. I den konkrete saken påpekte HD at andre rettsmidler enn erstatning ikke var aktuelle. Ettersom straffeforfølgelsen mot A endte med frifinnende dom, var det ikke mulig å gi kompensasjon for bruddet i form av redusert straff (s. 494 og 498). Dersom man i det aktuelle tilfellet ikke hadde tilkjent erstatning, ville adgangen til å få kompensasjon for bruddet på artikkel 6 nr. 1 vært større ved fellende enn ved frifinnende dom. Det ville

³⁵ Sammen med regelen i 3 kap. 4 § trådte det i kraft regler i 5 kap. 8 § og 6 kap. 7 § som henholdsvis regulerer erstatningsutmåling og tilkjennelse av saksomkostninger ved søksmål med krav om erstatning for brudd på EMK.

³⁶ Se også påpekingen av det i SOU 2010:87 *Skadestånd och Europakonventionen*, s. 294 og 307.

³⁷ Bengtsson 2018, s. 100.

vært en urimelig løsning som hadde utgjort et brudd på artikkel 13, som pålegger at erstatning tilkjennes dersom brudd på EMK ikke kan kompenseres på andre måter.³⁸

Det var hensynet til å unngå brudd på EMK artikkel 13 som begrunnet at A i avgjørelsen ovenfor ble tilkjent oppreisning. HD understreket at EMK artikkel 41 ikke stiller krav til nasjonal rett, og at bestemmelsen kun regulerer EMDs kompetanse til å tilkjenne erstatning (s. 493). Som en del av begrunnelsen for å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk skade i den konkrete saken, viste likevel HD til at EMD normalt anvender sin kompetanse etter artikkel 41 til å tilkjenne slik erstatning i saker om brudd på retten til rettergang innen rimelig tid. Det ble vist til at det er et «naturlig utgangspunkt» at man tar hensyn til EMDs praksis ved vurderingen av erstatningskrav basert på EMK-brudd (s. 497–498). Selv om artikkel 41 ikke direkte stiller krav til nasjonal rett, vil EMDs praktisering av bestemmelsen være av sentral betydning for å klarlegge rekkevidden og utmålingen av det oppreisningsansvaret HD la til grunn med henvisning til artikkel 13.

NJA 2007 s. 295 omhandlet en person A som under fullstendig isolasjon satt 16 måneder i varetekt før straffesaken mot han startet for domstolene. A anførte at varetektsfengslingen utgjorde et brudd på EMK artikkel 5 nr. 3, og krevde erstatning av staten for den ikke-økonomiske skaden han hadde blitt påført, blant annet med henvisning til EMK artikkel 5 nr. 5. HD måtte ta stilling til om bestemmelsen kunne begrunne at man tilkjente erstatning utover det som fulgte av tradisjonelle erstatningsregler i svensk rett. Spørsmålet var nærmere bestemt:

Kan svensk domstol döma ut skadestånd direkt på grundval av artikel 5.5 i Europakonventionen för det fall skadeståndslagen och lagen (1998:714) om ersättning vid frihetsberövande och andra tvångsåtgärder inte skulle anses medge att ersättning utgår fullt ut enligt konventionens principer (s. 301).

HD svarte bekreftende på spørsmålet. Domstolen fremhevet at det prinsippet HD la til grunn i NJA 2005 s. 462, også måtte gjelde rettighetene etter EMK artikkel 5, og viste for øvrig til HDs betraktninger i den dommen. Begrunnelsen for HDs konklusjon i NJA 2007 s. 295 fokuserte imidlertid også på særtrekk ved EMK artikkel 5. Det ble understreket at artikkel 5 nr. 5 eksplisitt pålegger myndighetene å gi erstatning ved brudd på artikkelen (s. 301–302). Den begrunnelsen svekket i noen grad avgjørelsens overføringsverdi til vurderingen av om erstatning kunne tilkjennes for brudd på rettigheter som ikke eksplisitt pålegger en plikt til å yte erstatning. Det hindret likevel ikke HD fra i NJA 2007 s. 584 å legge til grunn at også brudd på EMK artikkel 8 kan kompenseres ved å tilkjenne erstatning med henvisning til artikkel 13.

I NJA 2007 s. 584 kom HD til at en families rett til privatliv etter EMK artikkel 8 hadde blitt krenket ved at politiet uten lovhjemmel hadde besluttet at de tre barna i familien skulle gjennomgå legeundersøkelser etter mistanke om seksuelle overgrep fra den ene forelderen. HD kom til at hvert av familiemedlemmene hadde krav på kr 15 000 i erstatning for den ikke-økonomiske skaden undersøkelsene hadde påført dem. Domstolen fremhevet at kravet først måtte vurderes etter skadeståndslagen, men konkluderte med at kravet verken kunne forankres i SkL. 3 kap. 2 § eller 2 kap. 3 § (s. 595). HD viste til at prinsippet utviklet i de to avgjørelsene beskrevet ovenfor også måtte

³⁸ Se også Hovrättens begrunnelse på s. 482.

anvendes ved brudd på EMK artikkel 8 (s. 596). Prinsippet ble fremhevet mer eksplisitt enn i de to tidligere avgjørelsene:

Principen innebær att, i den mån Sverige har en forpliktelse att gottgöra överträdelser av de angivna artiklarna i Europakonventionen genom en rätt till skadestånd och denna förpliktelse inte kan uppfyllas genom en tillämpning av nationell skadeståndsrätt ens efter en fördragskonform tolkning, så får förpliktelsen uppfyllas genom att skadestånd döms ut utan särskilt lagstöd (s. 596).

HD understreket at den med henvisning til forpliktelsene etter EMK siktet til retten til effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13. Den siterte uttalelsen skiller ikke mellom rettighetene etter EMK, og tilsa dermed at prinsippet omfattet samtlige av konvensjonens rettigheter. Heller ikke formuleringen av den regelen som er ment å kodifisere HDs praksis (SkL. 3 kap. 4 §), gjør et slikt skille. I forarbeidene er det lagt til grunn at regelen kan begrunne erstatningsansvar for samtlige rettigheter i EMK.³⁹

3.3 Både stat og kommune omfattes av ansvaret

I NJA 2009 s. 463 anførte en mor og tre av hennes barn at en kommune hadde utsatt dem for frihetsberøvelse i strid med EMK artikkel 5, og at de hadde krav på oppreisning. HD konkluderte med at også kommunene måtte omfattes av prinsippet utviklet i avgjørelsene ovenfor, og viste til at en kommune «utan særskilt lagstöd kan åläggas skyldighet att betala skadestånd vid överträdelse av Europakonventionen» (s. 474).⁴⁰

Konklusjonen ble for det første begrunnet med en henvisning til at kommunene kan bli erstatningsansvarlig etter regelen om det offentliges arbeidsgiveransvar i SkL. 3 kap. 2 §. I forarbeidene til regelen vises det til at en slik løsning er i kommunenes interesse. Alternativet ville vært at erstatningskrav basert på kommunenes opptreden ble reist mot staten. Det kunne ført til økt statlig kontroll. HD mente at den betraktningen også talte for at kommunene kunne bli ansvarlig etter prinsippet om oppreisning for brudd på EMK (s. 474).

Videre viste HD til at ettersom kommunene kunne bli erstatningsansvarlig etter SkL. 3 kap. 2 §, ville det i saker om erstatning for kommuners brudd på EMK være nødvendig for saksøker å saksøke både stat og kommune dersom kommunene ikke ble omfattet av prinsippet om oppreisning for brudd på EMK. HD mente at behovet for å unngå en slik situasjon talte for at kommunene ble omfattet av prinsippet (s. 474).

Argumentasjonen i avgjørelsen viser at HD utelukkende fokuserte på hensynet til sammenheng i intern rett, og ikke konvensjonsrettslige aspekter, ved vurderingen av om også kommunene ble omfattet av prinsippet om oppreisningsansvar for brudd på EMK. HD begrunnet det med at spørsmålet utelukkende hadde betydning for intern rett ettersom staten uansett kan bli erstatningsansvarlig for kommuners skadevoldende opptreden dersom det reises søksmål for EMD (s. 473).

3.4 Nærmere om HDs praktisering av ansvaret

³⁹ SOU 2010:87 s. 283.

⁴⁰ Se likevel NJA 2007 s. 747, hvor HD la til grunn at prinsippet ikke kan danne grunnlag for erstatningskrav mot private.

I NJA 2012 s. 1038 I kom HD til at straffeforfølgelsen mot en person A hadde pågått over så lang tid at det krenket hans rett etter EMK artikkel 6 nr. 1. Straffen ble redusert fra 7 til 4 måneders fengsel (avsnitt 55). Det var etter rettens syn en tilstrekkelig kompensasjon for den ikke-økonomiske skaden A hadde blitt påført. HD understreket at dersom en straffesak ender med fellende dom, må ikke-økonomisk skade som følge av brudd på retten til rettergang innen rimelig tid i utgangspunktet kompenseres ved reduksjon i utmålt straff (avsnitt 17).⁴¹ Likevel oppstilte HD to unntak fra utgangspunktet.

For det første ble det vist til at det kan være nødvendig å tilkjenne oppreisning hvor straffereduksjonen ikke vil kompensere for EMK-bruddet på «ett adekvat, tydelig och måtbart sätt» (avsnitt 23). Den påpekningen harmonerer med det kravet EMD har oppstilt for at straffereduksjon skal gi tilstrekkelig kompensasjon for brudd på EMK.

HD viste videre til at det i en del tilfeller kan være uhensiktsmessig å gi kompensasjon for ikke-økonomisk skade i form av straffereduksjon. Det gjelder for eksempel dersom den tiltalte også krever erstatning for det økonomiske tapet vedkommende er påført som følge av bruddet på EMK artikkel 6. Da kan det være behov for å foreta en samlet vurdering av kompensasjonen for den økonomiske og ikke-økonomiske skaden i en senere erstatningssak. HD fremhevet at også hensynet til allmennhetens tillit til gjennomføringen av straffesaker kan tale for at man i en del tilfeller gir kompensasjon i form av erstatning istedenfor straffereduksjon (avsnitt 23–25).

NJA 2013 s. 842 omhandlet en matvarebutikk som ble ilagt en bot av Jordbruksverket for å selge hermetikkbokser med juice uten at de var del av en godkjent returordning. HDs flertall (4-1) kom til at miljødomstolen hadde krenket EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav a da den opprettholdt boten (s. 852–853).⁴² HD konkluderte videre med at butikken hadde krav på erstatning for det økonomiske tapet den hadde blitt påført som følge av miljødomstolens avgjørelse, jf. regelen i SkL. 3 kap. 2 § (s. 856–858). Butikken krevde også erstatning for den ikke-økonomiske skaden den hevdet å ha blitt påført. Flertallet i HD viste til prinsippet om oppreisning for brudd på EMK (s. 859). Presiseringen og den nærmere drøftelsen av prinsippets anvendelse var mer omfattende enn i tidligere avgjørelser.

Flertallet understreket for det første at selv om EMK artikkel 35 nr. 1 krever at samtlige rettsmidler i nasjonal rett må være prøvd før sak kan anlegges for EMD, gjelder det ikke et tilsvarende krav for i svensk rett å kunne kreve oppreisning med henvisning til EMK artikkel 13. Unnlåtelsen av å anvende tilgjengelige rettsmidler kunne etter flertallets syn bare ha betydning som et moment ved vurderingen av et EMK-brudds alvor. Det ble vist til at artikkel 35 nr. 1 er en prosessuell regel som utelukkende gjelder for EMD, og at de hensynene som begrunner den, ikke gjør seg gjeldende i konvensjonsstatenes nasjonale rett. Dermed var det ikke avgjørende at butikken hadde unnlatt å anke miljødomstolens avgjørelse (s. 857–858). Konklusjonen til flertallet i HD er i tråd med at EMD har lagt til grunn at det i utgangspunktet er opp til hver enkelt konvensjonsstat å fastsette prosessuelle regler for anvendelsen av rettsmidler i nasjonal rett, herunder anvendelsen

⁴¹ Den oppfatningen ble også fremhevet av HD i NJA 2003 s. 414.

⁴² Mindretallet hadde en annen begrunnelse for å tilkjenne erstatning etter SkL. 3 kap. 2 §, se s. 862–863.

av erstatningshjemler.⁴³

For det andre fremhevet flertallet at bruddet på EMK i sakens tilfelle indirekte hadde blitt kompensert ved at butikken hadde fått erstatning for sitt økonomiske tap, og at bruddet dermed også hadde blitt erkjent av myndighetene. Med henvisning til kriteriene fra EMDs avgjørelse i *Comingersoll S.A. mot Portugal*, viste flertallet til at bruddet ikke var så alvorlig at det i tillegg måtte tilkjennes erstatning for den ikke-økonomiske skaden. Ileggelsen av boten ble verken ansett for å være av særlig belastende art, være egnet til å skade butikkens omdømme eller på annen måte skape sterkt ubehag hos butikkens eiere eller ansatte. Det ble også tillagt en viss vekt at butikken i større grad kunne hevdet dens rett ved å anke miljødomstolens avgjørelse (s. 860–861).

I tillegg viste flertallet til at en næringsvirksomhet som regel bare kan kreve erstattet ikke-økonomisk skade som følge av EMK-brudd dersom det foreligger «særskilda omständigheter» (s. 859–860). Det ble med andre ord oppstilt en høy terskel for at næringsvirksomheter kan kreve oppreisning. En slik terskel har ikke klart grunnlag i EMDs avgjørelse i *Comingersoll S.A. mot Portugal* og andre EMD-avgjørelser om juridiske personers adgang til å kreve oppreisning for EMK-brudd.⁴⁴ Konvensjonsstatene har likevel som nevnt en vid skjønnsmargin hvor de i deres nasjonale rett innfører en erstatningshjemmel for brudd på EMK. Terskelen HD oppstilte i NJA 2013 s. 842, trenger dermed ikke å være strid med forpliktelsene etter EMK artikkel 13.

3.5 Har HD anvendt EMK artikkel 13 som selvstendig erstatningsgrunnlag, eller som begrunnelse for en ulovfestet regel?

Det har vært uenighet i svensk juridisk litteratur om HD i avgjørelsene ovenfor anvendte EMK artikkel 13 som selvstendig erstatningsgrunnlag, eller om bestemmelsen ble ansett for å begrunne et ulovfestet objektivt ansvar for myndighetenes brudd på EMK.⁴⁵

Avgjørelsen i NJA 2010 s. 363 viser at det er rom for ulike tolkninger knyttet til hvilken tilnærming HD la til grunn. HD kom i den avgjørelsen til at en erstatningssak hadde pågått over så lang tid (over 10 år) at det stred mot EMK artikkel 6 nr. 1, og at også EMK artikkel 13 var krenket. HD tilkjente saksøker kr 40 000 i erstatning for den ikke-økonomiske skaden han hadde blitt påført. Domstolen fremhevet:

Enligt rättsfallen NJA 2005 s. 462, 2007 s. 295 och s. 584 kan ersättning för ideell skada dömas ut utan särskilt lagstöd när det krävs för att Sverige ska kunna uppfylla sina förpliktelser enligt Europakonventionen. Denna rätt till ersättning har enligt rättsfallen sin grund i den skyldighet Sverige har enligt artikel 13 att tillhandahålla ett effektivt rättsmedel för att förebygga eller kompensera kränkningar av rättigheter enligt Europakonventionen (avsnitt 10).

⁴³ Se Kjølbros 2017, s. 1128.

⁴⁴ Se *Scharsach og News Verlagsgesellschaft mot Østerrike*, dom i kammer av 13. februar 2004, sak nr. 39394/98 avsnitt 50, og *Karhuvaara og Iltalehti mot Finland*, dom i kammer av 16. februar 2005, sak nr. 53678/00 avsnitt 60. Se likevel Kjølbros 2017, s. 187, hvor han viser til at EMD antagelig opererer med et utgangspunkt om at juridiske personer ikke kan tilkjennes oppreisning.

⁴⁵ Se SOU 2010:87 s. 276.

Understrekningen av at retten til oppreisning har «sin grund i den skyldighet Sverige har enligt artikkel 13», kan isolert sett forstås som at artikkel 13 har blitt anvendt som selvstendig erstatningsgrunnlag. Formuleringen om at oppreisningen tilkjennes «utan særskilt lagstöd», tilsier imidlertid at man mente at artikkel 13 begrunnet anvendelsen av en ulovfestet oppreisningsregel.

Problemformuleringen i NJA 2007 s. 295, bestående i om erstatning kunne tilkjennes «direkt på grundval av» EMK artikkel 5 nr. 5 (s. 301), kan gi inntrykk av at erstatningsansvaret ble forankret direkte i EMKs bestemmelser. Samtidig uttalte HD i den samme avgjørelsen at dersom Sveriges forpliktelser etter artikkel 5 nr. 5 ikke kan oppfylles ved anvendelsen av tradisjonelle erstatningsregler i svensk rett, må erstatning tilkjennes «utan særskilt lagstöd» (s. 302). Det er den sistnevnte formuleringen som i størst grad er anvendt i avgjørelsene hvor HD har tilkjent oppreisning med henvisning til EMK artikkel 13. Etter mitt syn kan man derfor legge til grunn at HD har anvendt en ulovfestet regel som er begrunnet med forpliktelsene etter artikkel 13.

I alle tilfeller har HD, enten direkte eller indirekte, anvendt artikkel 13 som grunnlag for å tilkjenne oppreisning. Spørsmålet er om norske domstoler kan legge til grunn en tilsvarende tilnærming.

4. Den svenske tilnærmingens overføringsverdi til norsk rett

4.1 Kravet om lovhjemmel for å tilkjenne oppreisning

I Sverige synes HD som nevnt å ha lagt til grunn at EMK artikkel 13 begrunner et ulovfestet oppreisningsansvar. Dersom man legger til grunn et tilsvarende ansvar i norsk rett, vil det utfordre det lovhjemmelskravet som tradisjonelt har blitt oppstilt for å kreve oppreisning.

Høyesterett har lagt til grunn at det i utgangspunktet må kreves lovhjemmel for å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk skade. Kravet ble senest understreket i Rt. 2013 s. 805. Avgjørelsen omhandlet en person A som krevde oppreisning etter drapet på en person B som for alle praktiske formål hadde fungert som far for A. Høyesterett kom til at A ikke var å regne som «barn» av B, jf. skl. § 3-5, ettersom B ikke var den biologiske faren. Retten mente at det ikke var grunnlag for en utvidende eller analogisk anvendelse av § 3-5, og kom til at det ikke var grunnlag for å tilkjenne oppreisning på ulovfestet grunnlag. Det ble fremhevet følgende:

Reglene om oppreisning er – i motsetning til mye av den øvrige erstatningsretten – først og fremst et resultat av lovgivning, og Høyesterett har i flere avgjørelser bygget på at et krav om oppreisning må være forankret i lov, jf. Rt-1986-1326 og HR-2012-695-U. At nyere rettspraksis i større grad enn før fremhever oppreisningens betydning som kompensasjon for fornærmede, endrer ikke dette utgangspunktet (avsnitt 24).

Både avgjørelsen ovenfor og den ene av de to avgjørelsene Høyesterett forankret lovhjemmelsskravet i – HR-2012-695-U – omhandlet krav om oppreisning rettet mot en privat skadevolder. Det reduserer avgjørelsens overføringsverdi til vurderingen av oppreisningskrav mot det offentlige som følge av brudd på EMK.

I den andre av de to avgjørelsene lovhjemmelsskravet ble forankret i – Rt. 1986 s. 1326 (Reitgjerdet-dom I) – ble det imidlertid fremmet oppreisningskrav mot det offentlige. Høyesterett kom til at en person A urettmessig hadde blitt tilbakeholdt i psykiatriske institusjoner i en periode på nærmere 23 år, og at den ansvarlige kommunen måtte erstatte hans inntektstap, jf. skl. § 2-1. Selv om sterke rimelighetshensyn talte for at A også ble tilkjent erstatning for den ikke-økonomiske skaden han ble påført, konkluderte Høyesterett med at det ikke kunne tilkjennes slik erstatning. Retten begrunnet det med at kommunens ansatte ikke hadde utvist grov uaktsomhet, og at skyldkravet i skl. § 3-5 derfor ikke var oppfylt. Videre ble det vist til at det ikke var nødvendig å ta stilling til «konsekvensene av en mulig ikke-oppfyllelse fra Norges side av bestemmelser i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon» (s. 1344).

Man må kunne legge til grunn at A i Reitgjerdet-dom I ble utsatt for et grovt brudd på EMK artikkel 5. Det er som vist særlig ved slike grove rettighetsbrudd at det er aktuelt å tilkjenne oppreisning med henvisning til EMK artikkel 13.⁴⁶ Reitgjerdet-dommen må forstås på bakgrunn av at den ble avsagt på en tid hvor EMK ennå ikke var inkorporert i norsk rett. Derfor er det langt fra gitt at utfallet i dag ville blitt det samme. Etter mitt syn kan avgjørelsen ikke tillegges stor vekt ved vurderingen av om det må kreves lovhjemmel for å få oppreisning for brudd på EMK.

Også i svensk rett har det tradisjonelt blitt oppstilt et krav om lovhjemmel for å tilkjenne oppreisning.⁴⁷ Men HD anså ikke det for å være til hinder for å utvikle prinsippet om oppreisning for brudd på EMK. I NJA 2005 s. 462 begrunnet HD denne tilnærmingen med at kravet om lovhjemmel ikke kunne forankres i noen lovregel (s. 498). Det samme gjelder det lovhjemmelsskravet som har blitt oppstilt i norsk rett. De ovenfor nevnte høyesterettsavgjørelsene som oppstiller dette kravet, kan etter mitt syn ikke danne grunnlag for at et slikt krav gjelder for adgangen til å få oppreisning av det offentlige for brudd på EMK.

Selv om et ulovfestet oppreisningsansvar for brudd på EMK kan utfordre det lovhjemmelsskravet som tradisjonelt har blitt oppstilt i norsk rett, vil det likevel ikke være første gang EMK artikkel 13 medfører at tradisjonelle oppfatninger må forlates. Det følger av tvisteloven (tvL) § 1-3 første ledd at det bare kan anlegges søksmål om «rettskrav». Tradisjonelt har man i norsk rett stilt seg negativ til søksmål med krav om fastsettelsesdom for at en bestemt rettsregel er brutt.⁴⁸ Både i forarbeidene til tvL § 1-3 og i høyesterettspraksis har det likevel med henvisning til EMK artikkel 13 blitt fremhevet at det er adgang til å kreve fastsettelsesdom for at én eller flere rettigheter i

⁴⁶ Se også Vaaler 2017, s. 304–308.

⁴⁷ SOU 2010:87 s. 283.

⁴⁸ Se Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 101 og Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, Oslo 2015, s. 213.

EMK er krenket.⁴⁹ En slik dom kan på samme måte som erstatning gi kompensasjon for bruddet. Den nevnte søksmålsadgangen viser at EMK artikkel 13 kan begrunne nye måter å kompensere rettighetsbrudd på i norsk rett. Derfor bør artikkel 13 også kunne begrunne at det gjelder et ulovfestet oppreisningsansvar for brudd på EMK.

Videre har Høyesterett lagt til grunn at det i visse tilfeller gjelder et ulovfestet objektivt ansvar for det offentliges ulovlige myndighetsutøvelse. Dette ansvaret har blitt anvendt i saker om alvorlige inngrep overfor den enkelte.⁵⁰

I Reitgjerdet-dom II (Rt. 1987 s. 1495) tilkjente Høyesteretts flertall (4-1) erstatning for det økonomiske tapet en person hadde blitt påført etter opphold på psykiatrisk institusjon. Rettens flertall kom til at han over flere år urettmessig hadde blitt tilbakeholdt i institusjonen. Erstatning ble tilkjent basert på et ulovfestet objektivt ansvar, og flertallets representant understreket følgende:

Tvangsmessig tilbakeholdelse i psykiatrisk sykehus er et særdeles vidtgående inngrep i den enkeltes mest vesentlige rettsgoder. Etter min mening må iallfall utgangspunktet og hovedregelen være at når et slikt inngrep er blitt iverksatt uten at lovens vilkår forelå, må det medføre et objektivt erstatningsansvar overfor den som ble utsatt for inngrepet (s. 1507).

Oppfatningen fra Reitgjerdet-dom II ble videreført i Rt. 2005 s. 416. Avgjørelsen omhandlet en advokat A som hadde fått tilbakekalt advokatbevillingen etter at han ikke sendte inn regnskap og revisorerklæring til Tilsynsrådet for advokatvirksomhet. Advokatbevillingsnemnda avsto As søknad om å få tilbake bevillingen, med henvisning til at det hadde gått over et år før han sendte inn regnskap og revisorerklæring. Høyesterett kom til at nemnda ikke hadde hjemmel for å oppstille en slik ettårsfrist, og at A kunne kreve erstatning på ulovfestet objektivt grunnlag. Retten viste til at nemndas avslag «fratok A hans mulighet for å utøve sitt yrke», og at avslaget hadde et «pønalt preg» (avsnitt 65).

De to avgjørelsene nevnt ovenfor viser at alvoret ved myndighetenes inngrep overfor den enkelte har begrunnet et ulovfestet erstatningsansvar for myndighetene. Tilsvarende må alvoret ved brudd på EMK kunne begrunne at det på ulovfestet grunnlag tilkjennes erstatning for den skaden bruddet har påført.

I tillegg må det etter mitt syn vektlegges at et oppreisningsansvar basert på EMK artikkel 13 vil være forankret i folkerettslige forpliktelser som er inkorporert i norsk rett ved lov, jf. mrl. § 2, jf. § 3. Derfor er det grunn til å problematisere om det er treffende å karakterisere et slikt oppreisningsansvar som et ulovfestet ansvar, slik HD i Sverige synes å ha gjort. Det er med andre ord ikke gitt at oppreisningsansvaret vil utfordre det lovhjemmelskravet som har blitt oppstilt i norsk rett.

⁴⁹ Se NOU 2001: 32 A, *Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)*, s. 201, Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) *Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)*, s. 364, og HR-2016-2178-U avsnitt 13.

⁵⁰ Se Bruksendringsdommen (Rt. 2010 s. 291) avsnitt 29–32.

Det er heller ikke fremmed for norsk rett at inkorporerte folkerettslige forpliktelser danner grunnlag for erstatningsansvar. Bestemmelsene i EØS-avtalen er inkorporert i norsk rett, jf. EØS-loven § 1, jf. § 2.⁵¹ Både i Sveinbjörnsdóttir-saken (E-9/97) og Karlsson-saken (E-4/01) har EFTA-domstolen fremhevet at EØS-avtalen bygger på et prinsipp om at de forpliktete stater er erstatningsansvarlig for skade som følge av unnlatt eller uriktig gjennomføring av avtalen i statenes nasjonale rett.

I Finanger II-dommen (Rt. 2005 s. 1365) kom Høyesteretts flertall (9-4) til at staten var erstatningsansvarlig for uriktig gjennomføring av EUs motorvognforsikringsdirektiver. Flertallet fremhevet følgende:

Jeg slutter meg til det syn at det ligger en forutsetning om erstatningsansvar i EØS-avtalen, og det må legges til grunn at EØS-loven § 1, som gjorde hoveddelen i EØS-avtalen til norsk lov, må forstås slik at den også omfatter dette ansvaret (avsnitt 52).

Retten mindretall sluttet seg til flertallets oppfatning (avsnitt 111). Oppfatningen er videreført i Edquist-dommen (Rt. 2010 s. 1500).⁵² Avgjørelsene tilsier at i den grad man i nasjonal rett har inkorporert folkerettslige forpliktelser til å yte erstatning, må de kunne påberopes som erstatningsgrunnlag i nasjonal rett. Tilsvarende kan man hevde at ettersom EMK artikkel 13 er inkorporert i norsk rett, må den kunne fungere som erstatningsgrunnlag.

4.2 Spor av en tilsvarende utvikling som i svensk rett

Strafferegistreringsdommen (Rt. 2001 s. 428) omhandlet en person A som søkte stilling som leder for namsmannsavdelingen ved Kristiansand byrett. Etter forespørsel fra embetslederen ved domstolen, hadde Justisdepartementet uten lovhjæmmel gitt opplysninger om A fra strafferegisteret. A krevde erstatning for den ikke-økonomiske skaden (den psykiske belastningen) han var påført som følge av departementets opptreden. Høyesterett kom til at erstatningskravet ikke kunne forankres i oppreisningsreglene i skl. § 3-5 og § 3-6 (s. 442-444).

Høyesterett konkluderte imidlertid med at departementets opptreden utgjorde et brudd på EMK artikkel 8. Retten viste til at EMK artikkel 13 etter omstendighetene gir den enkelte krav på erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk skade som følge av brudd på EMK. Videre fremhevet retten følgende:

I det foreliggende tilfellet har A fått prøvd for Høyesterett hvorvidt EMK artikkel 8 er krenket, og etter det jeg har kommet til, foreligger det krenkelse. Som jeg tidligere har fremholdt, har imidlertid departementet ved formidlingen av opplysningene gått frem på en så varsom og skånsom måte som mulig, og når opplysningene er blitt kjent for andre enn E og tilsetningsrådet, skyldes det de skritt A selv har tatt. På denne bakgrunn finner jeg at A har fått spørsmålet om det foreligger krenkelse av EMK artikkel 8, tilstrekkelig effektivt prøvd ved at Høyesterett konstaterer at det foreligger brudd på EMK. Etter min mening er det derfor ikke grunnlag for å tilkjenne A oppreisning etter EMK artikkel 13 (s. 445).

⁵¹ Lov av 27. november 1992 nr. 109: Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS).

⁵² Et tilsvarende erstatningsansvar for unnlatt eller uriktig gjennomføring av EU-retten følger av svensk rett, se NJA 2004 s. 662.

Selv om retten ikke tilkjente A erstatning for den ikke-økonomiske skaden han ble påført, viser sitatet ovenfor at konklusjonen bygget på en konkret vurdering av forholdene i saken. Det fremstår som at retten la til grunn at bruddet på EMK ikke var så alvorlig at oppreisning måtte tilkjennes. Rettens konstatering av at EMK artikkel 8 var krenket, var tilstrekkelig kompensasjon i sakens tilfelle. En slik betraktning samsvarer med både EMDs og HDs praksis knyttet til når EMK artikkel 13 gir krav på oppreisning. Avgjørelsen i Rt. 2001 s. 428 synes dermed å åpne for at det etter omstendighetene kan kreves oppreisning med henvisning til EMK artikkel 13.

Det inntrykket styrkes av at A ble tilkjent erstatning for deler av sine saksomkostninger, begrunnet med at det var nødvendig for å få en «tilstrekkelig effektiv prøving» av konvensjonsbruddet. Retten viste til at de dagjeldende reglene i tvistemålsloven måtte «suppleres med EMK» (s. 446). Det fremstår som at EMK artikkel 13 ble anvendt som grunnlag for å tilkjenne saksomkostninger utover det som fulgte av tradisjonelle sivilprosessuelle regler i norsk rett. Da må bestemmelsen også kunne danne grunnlag for å kreve oppreisning utover det som følger av tradisjonelle oppreisningsregler.

Saksforholdet i Dobbelstraffkjennelsen (Rt. 2004 s. 1868) bestod i at to personer (A og B) hadde blitt utsatt for strafforfølgning i strid med artikkel 4 nr. 1 i protokoll nr. 7 til EMK. Høyesteretts flertall (3-2) kom til at A og B ikke kunne kreve erstatning for den økonomiske og ikke-økonomiske skaden bruddet hadde påført dem. Flertallet la til grunn at det ikke kunne kreves oppreisning etter strpl. § 446 (nåværende § 447). Videre uttalte flertallet:

Etter mitt syn støter ikke en slik løsning an mot EMK artikkel 13, jf. artikkel 41. I EMDs praksis er det flere eksempler på at oppreisning er avslått når krenkelse er konstatert. I vår sak er dessuten straffesaken avvist. Dette er etter mitt syn tilstrekkelig kompensasjon for krenkelsene av ikke-økonomisk art. 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 (avsnitt 74).

Sitatets siste setning viser at flertallet åpner for at EMK artikkel 13, jf. artikkel 41, kan fungere som grunnlag for å kreve erstatning for ikke-økonomisk skade, men at det ikke tas stilling til spørsmålet. Uttalelsen ovenfor viser også at flertallets konklusjon om ikke å gi medhold i oppreisningskravet er begrunnet med sakens konkrete forhold. Henvisningen til at avvisningen av straffesaken mot A og B var «tilstrekkelig kompensasjon for krenkelsene av ikke-økonomisk art», er i tråd med kravene etter EMK artikkel 13. Den bestemmelsen krever som vist kun at det tilkjennes oppreisning dersom bruddet ikke kan kompenseres ved andre effektive rettsmidler. Avvisning av en straffesak kan være et effektivt rettsmiddel. Etersom artikkel 13 ikke krevde oppreisning i sakens tilfelle, kunne det ikke tilkjennes oppreisning med henvisning til bestemmelsen.

Videre la flertallet i Dobbelstraffkjennelsen til grunn at straffesaken mot A og B hadde pågått over så lang tid (10 år og 1 måned) at det forelå et brudd på EMK artikkel 6 nr. 1. Flertallet tilkjente A og B kr 150 000 hver som erstatning for det økonomiske tapet de hadde blitt påført (avsnitt 84–86). Det ble videre lagt til grunn at strpl. § 446 ikke ga

grunnlag for å kreve erstattet den ikke-økonomiske skaden som følge av bruddet på EMK artikkel 6 nr. 1 (avsnitt 87). Flertallet vurderte ikke om den konklusjonen harmonerte med forpliktelsene etter EMK artikkel 13. En slik vurdering burde blitt foretatt ettersom det ikke var gitt at bruddet på artikkel 6 ble tilstrekkelig kompensert ved at A og B ble tilkjent erstatning for deres økonomiske tap. Den tidligere nevnte avgjørelsen i NJA 2005 s. 462 gjaldt et lignende saksforhold. Der tilkjente HD erstatning for både den økonomiske og ikke-økonomiske skaden.

Den ene av de to dommerne som utgjorde mindretallet i Dobbeltraffkjennelsen, kom under noe tvil til at A og B måtte tilkjennes kr 50 000 hver for den ikke-økonomiske skaden de ble påført ved bruddet på EMK artikkel 6 nr. 1. Det fremstår imidlertid som at dommeren kun anvendte artikkel 13 som et moment ved tolkingen av oppreisningsbestemmelsen i strpl. § 446. Dommeren fremhevet at bestemmelsen i § 446 «må anvendes slik at det tilkjennes oppreisning i de tilfeller hvor dette er nødvendig for å oppfylle kravet til 'an effective remedy' i EMK artikkel 13» (avsnitt 97). Som begrunnelse for konklusjonen om å tilkjenne oppreisning, viste dommeren til at det ikke var mulig å gi kompensasjon for bruddet ved å gi reduksjon i utmålt straff ettersom straffesaken ble avvist (avsnitt 99). Det resonneret harmonerer med den begrunnelsen som lå til grunn for at HD tilkjente oppreisning i NJA 2005 s. 462.

I Bruksendringsdommen (Rt. 2010 s. 291) kom Høyesterett til at en kommune ikke var erstatningsansvarlig for det økonomiske tapet et selskap ble påført etter at kommunen uten lovhjemmel avslø søknad om bruksendring etter plan- og bygningsloven. Selskapet anførte at kommunens avslag utgjorde et brudd på vernet om eiendomsretten i artikkel 1 i protokoll nr. 1 til EMK, og at kommunen var erstatningsansvarlig etter EMK artikkel 41. Høyesterett var ikke enig i at artikkel 41 ga grunnlag for erstatning i sakens tilfelle, og uttalte:

Da det er statene som er pliktsubjekter etter EMK, er det imidlertid bare statene som kan begå konvensjonsbrudd, og erstatningsansvar for konvensjonsbrudd kan derfor bare pålegges statene. Det er derfor ikke nødvendig å gå nærmere inn på artikkel 41 (avsnitt 38).

Høyesteretts begrunnelse åpner for at statene kan bli erstatningsansvarlig med henvisning til bestemmelsene i EMK. Men Høyesterett valgte en annen løsning enn den som ble lagt til grunn i NJA 2009 s. 463, hvor HD som nevnt kom til at også kommuner kan bli erstatningsansvarlig med grunnlag i EMK.⁵³ Som HD der påpekte, har det likevel kun betydning for intern rett hvilken løsning man legger til grunn, ettersom staten uansett kan bli erstatningsansvarlig for kommuners skadevoldende opptreden dersom det anlegges sak for EMD.

Videre viste Høyesterett i Bruksendringsdommen til at EMK artikkel 13 pålegger konvensjonsstatene å etablere ordninger for å få reparert EMK-brudd i nasjonal rett. Retten viste til at selskapet som krevde erstatning, hadde fått dom for at avslaget var ugyldig, og at skl. § 2-1 ga mulighet for å tilkjenne erstatning. Det var etter rettens oppfatning «åpenbart tilstrekkelig for å tilfredsstille artikkel 13», og det ble understreket at statene «ikke [er] forpliktet til å etablere ordninger med objektivt erstatningsansvar for krenkelse av konvensjonsrettigheter» (avsnitt 39).

⁵³ Se også Rt. 2011 s. 1666 avsnitt 33, hvor Høyesterett la til grunn at det kun er i saker mot staten at det kan kreves fastsettelsesdom for brudd på EMK.

Høyesteretts uttalelser om EMK artikkel 13 i Bruksendringsdommen kan forstås som at Høyesterett stilte seg negativ til at artikkel 13 anvendes som grunnlag for å tilkjenne erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk skade i norsk rett, og at erstatningskrav heller må vurderes etter tradisjonelle erstatningsregler som skl. § 2-1. Henvissningen til at saksøkeren hadde fått dom for at avslaget var ugyldig, tilsier imidlertid at retten bare mente at artikkel 13 i den konkrete saken ikke kunne begrunne erstatning. For det andre gjaldt saken krav om erstatning for økonomisk skade. Dommen gir ikke direkte veiledning for adgangen til å kreve oppreisning.⁵⁴

Besøksforbudsdommen (Rt. 2013 s. 588) omhandlet en person A som gjentatte ganger brøt nedlagte forbud mot å oppsøke B, og utsatte henne for truende og plagsom atferd. B krevde erstatning av staten for den økonomiske og ikke-økonomiske skaden hun var påført. Hun anførte at staten i utilstrekkelig grad hadde iverksatt tiltak for å verne henne mot A, og at staten dermed hadde krenket flere av hennes rettigheter etter EMK. Det ble besluttet å dele saken etter tvisteloven § 16-1 andre ledd, slik at retten kun skulle ta stilling til om det forelå ansvarsgrunnlag. Høyesterett konkluderte med at staten ikke hadde oppfylt sin plikt til å sikre Bs rett til privatliv etter EMK artikkel 8, og at det dermed forelå «ansvarsgrunnlag» (avsnitt 22). Formuleringen kan forstås som at Høyesterett mente at brudd på EMK i seg selv kan fungere som ansvarsgrunnlag for erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk skade.⁵⁵ Det er likevel ikke gitt at det var dette retten mente å uttrykke ved formuleringen. Retten viste ikke til EMK artikkel 13.

Avgjørelsene viser at Høyesterett ennå ikke klart har tatt stilling til spørsmålet om EMK artikkel 13 kan gi grunnlag for å kreve oppreisning i norsk rett, men at Høyesterett ved en del uttalelser synes å åpne for at artikkel 13 kan ha en slik funksjon. I underrettspraksis har man tatt tydeligere stilling til spørsmålet.

Glattcelledommen (TOSLO-2013-103468) gjaldt en person som ved to anledninger hadde blitt holdt på glattcelle utover det norske lov tillater. Retten kom til at isolasjonen utgjorde brudd både på retten til privatliv etter EMK artikkel 8 og retten til å bli vernet mot diskriminering etter artikkel 14, jf. artikkel 8.⁵⁶ Erstatning for den ikke-økonomiske skaden som følge av bruddene, ble tilkjent basert på EMK artikkel 13. Det ble fremhevet at bestemmelsen kan fungere som erstatningsgrunnlag for ikke-økonomisk skade «dersom det ikke er andre måter å få vurdert oppreisningskravet på» (punkt 9). Man la med andre ord til grunn samme tilnærming som HD har gjort i Sverige, selv om det ikke ble vist til HDs praksis.

I Dommerfullmektigdommen (LB-2015-145784) tok ikke lagmannsretten stilling til om det utgjorde et brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 at en inhabil dommerfullmektig var dommer under saksforberedelsen av en mortifikasjonssak. Retten viste til at et eventuelt brudd på denne rettigheten uansett ikke kunne gi grunnlag for å tilkjenne saksøkerne erstatning etter EMK artikkel 13. Konklusjonen ble likevel konkret

⁵⁴ Se også Vaaler 2017, s. 312–313.

⁵⁵ Se også Erling Hjelmeng, «Folkerettslig påvirkning av norsk erstatningsrett – to høyesterettsdommer», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* 03/2016, s. 211–229 (s. 214), DOI: 10.18261/issn.2464-3378-2016-03-03.

⁵⁶ Punkt 7.4.3 og punkt 8.

begrunnet. Lagmannsretten viste til at artikkel 13 etter omstendighetene kan fungere som erstatningsgrunnlag for ikke-økonomisk skade (s. 15–16).

Menneskerettighetsutvalget understreket i sin rapport om menneskerettigheter i Grunnloven, at det «eventuelt under henvisning til EMK artikkel 13» kan tilkjennes erstatning og oppreisning ved «inngripende krenkelser».⁵⁷ Utvalget åpnet dermed for at EMK artikkel 13 kan gi grunnlag for å kreve oppreisning. Også flere i den juridiske litteraturen synes å mene at artikkel 13 etter omstendighetene kan ha en slik funksjon.⁵⁸ Spørsmålet drøftes likevel i liten grad.

Gjennomgangen ovenfor viser at det i norsk rett er spor av en tilsvarende utvikling som i svensk rett. Sporene er likevel på ingen måte tilstrekkelig for å konkludere med at man for norske domstoler kan kreve oppreisning med henvisning til EMK artikkel 13. Det må foretas en nærmere vurdering av i hvilken grad norske oppreisningsregler kan oppfylle kravene etter artikkel 13, sammenlignet med de svenske oppreisningsreglene. Man må med andre ord vurdere om behovet for å anvende artikkel 13 som oppreisningsgrunnlag er like sterkt i norsk rett som i svensk rett.

4.3 Behovet for en svensk tilnærming i norsk rett

Det er skl. § 3-5 som angir den alminnelige regelen for å kreve erstatning for ikke-økonomisk skade i norsk rett. Det følger av § 3-5 at det kan kreves erstatning for slik skade dersom den er påført ved forsett eller grov uaktsomhet. Dette skyldkravet gjør at man som oftest ikke kan kreve erstatning basert på bestemmelsen, og det er grunn til å anta at den i mange tilfeller ikke vil oppfylle de kravene til erstatningsadgang som følger av EMK artikkel 13. Den tidligere nevnte EMD-avgjørelsen i Reynolds mot Storbritannia viser at artikkel 13 kan krenkes hvor grov uaktsomhet oppstilles som vilkår for å kreve erstatning for brudd på EMK.

De øvrige lovreglene som eksplisitt gir en rett til erstatning for ikke-økonomisk skade, gjelder kun for nærmere bestemte tilfeller. Straffeprosessloven (strpl.) § 447 regulerer en siktets adgang til å kreve erstatning for ikke-økonomisk skade som straffeforfølgningen har påført vedkommende. Paragrafens første og tredje ledd gir på visse vilkår krav på erstatning som følge av pågripelse, varetektsfengsling og soning av fengselsstraff. I paragrafens andre ledd første punktum angis at det også i andre tilfeller kan kreves erstatning, forutsatt at det fremstår som «rimelig». Bestemmelsen i andre ledd kan hjemle erstatning for ikke-økonomisk skade som følge av at straffeforfølgningen har tatt lang tid.⁵⁹ Det gjelder selv om siktede allerede er tilkjent oppreisning etter første ledd.⁶⁰ Bestemmelsen i andre ledd kan gi grunnlag for oppreisning ved brudd både på EMK artikkel 5 og 6.

⁵⁷ Dokument 16 (2011–2012) s. 85.

⁵⁸ Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Oslo 2015, s. 270, Morten Kjelland, *Erstatningsrett – en lærebok*, Oslo 2016, s. 66–67, Hjelmeng 2016, s. 222, Aall/Askeland 2017, s. 5, og Vaaler 2017, s. 314 og 316.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 77 (2001–2002) *Om lov om endringer i straffeprosesslovloven mv. (erstatning etter strafforfølgning)*, s. 54.

⁶⁰ Se Rt. 2008 s. 1014 avsnitt 33–34.

Vilkåret i strpl. § 447 om at tilkjennelse av oppreisning må være «rimelig», er ment å vise at det gjelder en lavere terskel for å kreve oppreisning enn etter forløperen i strpl. § 446 som krevde at «særlige grunner» talte for oppreisning. Men det fremheves samtidig i forarbeidene til § 447 at siktede må ha blitt utsatt for et «inngrep av en viss betydning».⁶¹ Det kravet kan langt på vei harmonere med EMK artikkel 13 ettersom det først og fremst er ved alvorlige rettighetsbrudd at artikkel 13 krever erstatningsadgang. Det kan likevel oppstå tilfeller hvor artikkel 13 krever at det gis oppreisning for brudd på EMK artikkel 5 og 6, men hvor strpl. § 447 ikke gir hjemmel for slik erstatning.

Videre gir skadeserstatningsloven § 3-6 første ledd andre punktum adgang til å tilkjenne «rimelig» erstatning for ikke-økonomisk skade som følge av at privatlivets fred er krenket. Bestemmelsen vil komme til anvendelse ved brudd på retten til privatliv etter EMK artikkel 8.

Selv om strpl. § 447 og skl. § 3-6 kan gi grunnlag for oppreisningskrav ved brudd på EMK, gjelder det bare brudd på EMK artikkel 5, 6 og 8. Hvorvidt man kan kreve oppreisning for brudd på andre rettigheter i EMK, vil i utgangspunktet avhenge av at de strenge vilkårene i skl. § 3-5 er oppfylt. Tradisjonelle norske oppreisningsregler gir med andre ord begrenset adgang til å kreve erstatning for ikke-økonomisk skade som følge av brudd på EMK. Det utgjør en likhet med svensk rett.

På tilsvarende måte som skl. § 2-1, gir ikke den svenske regelen om det offentliges arbeidsgiveransvar i SkL. 3 kap. 2 § adgang til å kreve erstatning for ikke-økonomisk skade. Den alminnelige regelen for slike krav i svensk rett følger av SkL. 2 kap. 3 §. Regelen gir krav på oppreisning dersom skaden er påført ved en kriminell handling som utgjør en alvorlig integritetskrenkelse, og regelen har derfor klare likhetstrekk med skl. § 3-5. Videre er det også i svensk rett slik at de øvrige lovreglene som gir rett til oppreisning, bare gjelder for nærmere bestemte tilfeller.

I likhet med svenske domstoler har norske domstoler vektlagt brudd på EMK i straffutmålingen ved fellende dom i straffesaker, for å oppfylle forpliktelsene etter EMK artikkel 13 til å kompensere for den ikke-økonomiske skaden bruddet har påført.⁶² På samme måte som i NJA 2005 s. 462 kan man dermed i norsk rett vise til at dersom det ved frifinnende dom ikke gis oppreisning til tross for at artikkel 13 krever det, vil adgangen til å få kompensasjon være større ved fellende enn ved frifinnende dom. Hensynet til å unngå en slik urimelig løsning taler for at artikkel 13 også i norsk rett kan gi grunnlag for å kreve erstatning for ikke-økonomisk skade.

Gjennomgangen ovenfor tilsier at behovet for å anvende EMK artikkel 13 som oppreisningsgrunnlag er minst like sterkt i norsk rett som i svensk rett. Det taler for at man også i norsk rett må kunne kreve oppreisning med henvisning til artikkel 13.

Spørsmålet er likevel om behovet for et slikt oppreisningsansvar står i rimelig forhold til den uklarheten ansvaret kan skape i norsk rett. En del av begrunnelsen for at man i Sverige valgte å lovregulere adgangen til å kreve erstatning for brudd på EMK, var at man ønsket å klargjøre adgangen til å kreve slik erstatning. I forarbeidene til SkL. 3 kap.

⁶¹ Ot.prp. nr. 77 (2001–2002) s. 55 og 83.

⁶² Se Rt. 2006 s. 577 avsnitt 19.

4 § ble det vist til at EMK artikkel 13 inneholder en del uklare aspekter, og at lovreguleringen kunne bidra til en mer forutsigbar rettstilstand.⁶³

4.4 Hensynet til en forutsigbar rettstilstand

Dersom det i norsk rett åpnes for å kreve oppreisning med henvisning til EMK artikkel 13, kan det gi grunn til å hevde at en tilsvarende erstatningsadgang må gjelde for brudd på rettighetene i Grunnlovens kapittel E om menneskerettigheter og rettighetene etter de andre menneskerettighetskonvensjonene som er inkorporert i norsk rett ved mrl. § 2, jf. § 3. Grunnloven § 92 likestiller myndighetenes plikt til å sikre grunnlovsrettighetene med plikten til å sikre rettighetene etter de menneskerettighetskonvensjonene Norge har forpliktet seg til. Det tilsier at adgangen til å kreve oppreisning for brudd på rettighetene må være den samme.

Et problem er likevel at rettighetene etter Grunnloven, og flere av de inkorporerte menneskerettighetskonvensjonene, ikke er vernet av en bestemmelse tilsvarende EMK artikkel 13. I tillegg inneholder Grunnloven bestemmelser som ikke har paralleller i EMK, som for eksempel retten til et sunt miljø i Grunnloven § 112 første ledd, jf. tredje ledd. Det skaper uklarhet om og eventuelt i hvilket omfang man kan kreve erstatning for brudd på rettighetene. Hensynet til å unngå slik uklarhet kan tale for at man bør avstå fra å tilkjenne oppreisning med henvisning til EMK artikkel 13, og at en slik erstatningsadgang heller bør lovreguleres.

Utviklingen i svensk rett viser imidlertid at de spørsmål som kan oppstå om forholdet mellom erstatning for brudd på rettighetene etter EMK og grunnlov, kan løses gjennom rettspraksis. Heller ikke den svenske grunnloven (Regeringsformen) inneholder en bestemmelse tilsvarende EMK artikkel 13.

Avgjørelsen i NJA 2014 s. 323 omhandlet en person A som ble født i USA, men som ble tildelt svensk statsborgerskap ettersom han ble født i et ekteskap hvor den ene ektefellen B var svensk. Da Solna tingsrätt kom til at B ikke var far til A, besluttet svenske skattemyndigheter å endre registreringen av A som svensk statsborger til britisk statsborger. Den beslutningen ble opphevd av Regeringsrätten over 4 år etterpå.

HD kom til at avregistreringen av A som svensk statsborger utgjorde et brudd på forbudet mot å bli fratatt statsborgerskap, jf. Regeringsformen (RF) 2 kap. 7 § andre ledd. Domstolens flertall (4-1) kom til at med bakgrunn i rettighetsbruddets art talte «övervägande skäl» for å tilkjenne A kr 100 000 i erstatning for den ikke-økonomiske skaden han hadde blitt påført. Det ble fremhevet at det som regel må kreves lovhjemmel for å tilkjenne slik erstatning, og at det ikke fantes slik lovhjemmel i sakens tilfelle. Flertallets konklusjon ble likevel begrunnet med at bruddet gjaldt en grunnleggende rettighet som det ikke kunne gjøres inngrep i. Det ble vist til at statsborgerskapet utgjør forpliktelser for både stat og borger, og at det er grunnlaget for folkestyret (s. 330–331).

Ettersom flertallet begrunnet erstatningen med rettighetens karakter, reiser det spørsmål om og eventuelt i hvilken utstrekning dommen kan gi grunnlag for å kreve erstatning for brudd på andre rettigheter i RF. Flertallet viste også til at erstatningsutmålingen for den ikke-økonomiske skaden ville skille seg fra utmålingen av

⁶³ SOU 2010:87 s. 282.

slik erstatning ved brudd på EMK (s. 331). Ettersom RF ikke inneholder en bestemmelse tilsvarende EMK artikkel 13, har man ikke en egen regel som styrer erstatningsansvarets omfang og beregningen av ansvaret. Den utfordringen syntes mindretallet å tillegge avgjørende vekt. Mindretallet viste til at selv om hensynet til konsekvens med adgangen til å kreve erstatning for brudd på EMK talte for at en tilsvarende rett gjaldt for brudd på rettighetene i RF, kunne et slikt ansvar verken begrunnes i et alminnelig erstatningsrettslig prinsipp eller en folkerettslig forpliktelse (s. 332).

Flertallets standpunkt i NJA 2014 s. 323 ble likevel opprettholdt i NJA 2018 s. 103. Også den avgjørelsen gjaldt en person som i strid med RF 2 kap. 7 § andre ledd hadde blitt avregistrert som svensk statsborger. Med henvisning til avgjørelsen i 2014 la HD til grunn at saksøkeren kunne kreve erstatning av myndighetene for den ikke-økonomiske skaden han hadde blitt påført (avsnitt 10). Domstolen presiserte det kriteriet for utmåling av slik erstatning som HD oppstilte i avgjørelsen fra 2014. HD viste til at utmålingen både må ta hensyn til begrunnelsen for å tilkjenne erstatning, bruddets varighet og om saksøkeren har statsborgerskap i et annet land eller om avregistreringen har gjort vedkommende statsløs. Ettersom bruddet i sakens tilfelle hadde pågått klart lenger enn i avgjørelsen fra 2014, og avregistreringen i praksis gjorde saksøker statsløs, tilkjente HD han kr 150 000 i erstatning (avsnitt 22–27).

Avgjørelsene nevnt ovenfor gir grunn til å anta at det i svensk rettspraksis er i ferd med å utvikle seg en oppreisningsregel for brudd på rettighetene i RF, tilsvarende den regelen som ble utviklet for brudd på rettighetene etter EMK.⁶⁴ Det viser at man ikke er avhengig av lovregulering for å oppnå klarhet om forholdet mellom erstatning for brudd på rettighetene etter Grunnloven og EMK. Som det skal vises til i neste punkt, vil også fleksibiliteten ved et oppreisningsansvar basert på EMK artikkel 13 redusere de utfordringer et slikt ansvar vil medføre for det norske rettssystemet.

4.5 Flexibiliteten ved et oppreisningsansvar basert på EMK artikkel 13

Ettersom norske myndigheter som vist gis en skjønnsmargin ved gjennomføringen av EMK artikkel 13, kan et oppreisningsansvar basert på bestemmelsen tilpasses særtrekk ved det norske rettssystemet. Behovet for en slik tilpasning kan blant annet være særlig fremtredende ved spørsmålet om hvordan erstatning for ikke-økonomisk skade skal utmåles.⁶⁵ I NJA 2007 s. 295 fremhevet HD at selv om man må ta hensyn til EMDs praksis ved erstatningsutmålingen knyttet til ikke-økonomisk skade, kan nasjonale forhold medføre at erstatningsnivåene vil variere fra en konvensjonsstat til en annen (s. 302).

I den tidligere nevnte avgjørelsen i NJA 2007 s. 584 fremhevet HD at man ved utmåling av erstatning for ikke-økonomisk skade som følge av brudd på EMK, i stor utstrekning kan anvende de samme utmålingskriteriene som etter den alminnelige

⁶⁴ Se også Bertil Bengtsson, «Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten», *SvJT* 2014, s. 431–439, og Martin Mörk og Magnus Hermansson, «En enhetlig skadeståndsordning vid överträdelser av grundläggande rättigheter?», *SvJT* 2014, s. 507–519.

⁶⁵ Se Håkan Andersson, *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten. Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer – Bok I*, Uppsala 2013, s. 560.

oppreisningsregelen i SkL. 2 kap. 3 §. De erstatningsbeløp som tilkjennes for ikke-økonomisk skade ved brudd på EMK, burde etter rettens syn ikke skille seg mye fra de erstatningsbeløp som tilkjennes i sammenlignbare saker etter regelen i SkL. 2 kap. 3 §. HD understreket likevel at erstatningsutmålingen i utgangspunktet må være forenelig med EMDs praksis. Det ble vist til at utmålingen må skje basert på en «skönsmässig bedömning baserad på förhärskande etiska och sociala värderingar», hvor rettighetsbruddets karakter er et sentralt moment (s. 597). Avgjørelsen viser at den skjønnsmarginen som konvensjonsstatene gis ved gjennomføringen av EMK-rettighetene, gjør at et oppreisningsansvar basert på EMK artikkel 13 kan tilpasses til andre oppreisningsregler i nasjonal rett.

På tilsvarende måte kan utmålingen av erstatning for ikke-økonomisk skade som følge av EMK-brudd i norsk rett tilpasses nasjonale forhold ved at man tar hensyn til utmålingspraksis knyttet til skl. § 3-5 og andre oppreisningsregler. Hva som er en «rimelig» erstatning etter skl. § 3-6 første ledd andre punktum, kan gi veiledning for hvordan erstatning for ikke-økonomisk skade må utmåles ved brudd på rettighetene etter EMK.⁶⁶ Den tilpasningsmuligheten som følger med et oppreisningsansvar basert på EMK artikkel 13, taler for at ansvaret vil være velegnet for norsk rett.

5. Avslutning

Etter mitt syn må man i norsk rett kunne kreve erstatning for ikke-økonomisk skade med henvisning til EMK artikkel 13. Det kan likevel bare skje i den grad tradisjonelle norske oppreisningsregler ikke gir hjemmel for erstatning, og artikkel 13 pålegger myndighetene å yte erstatning for skaden. Behovet for et slikt oppreisningsansvar er minst like sterkt som i svensk rett. Det er grunn til å anta at norske oppreisningsregler i mange tilfeller ikke vil oppfylle kravene etter artikkel 13.

Ettersom EMK artikkel 13 er inkorporert i norsk rett ved mrl. § 2, jf. § 3, kan et oppreisningsansvar basert på bestemmelsen omtales som et lovfestet ansvar. Det er likevel ikke avgjørende om ansvaret betegnes som lovfestet eller ulovfestet. Lovhjemmelskravet som tradisjonelt har blitt oppstilt for å kreve oppreisning i norsk rett, kan etter mitt syn uansett ikke anvendes ved brudd på EMK.

Ettersom et oppreisningsansvar med henvisning til EMK artikkel 13 vil avhenge av de kravene bestemmelsen stiller til norsk rett, er det behov for at man i norsk rettsvitenskap klarlegger når artikkel 13 krever at det tilkjennes oppreisning for brudd på EMK. Spørsmålet om hvilke krav retten til effektivt rettsmiddel stiller til norsk erstatningsrett, har i liten grad blitt behandlet i juridisk litteratur.⁶⁷ Deretter må man vurdere i hvilken grad norske oppreisningsregler oppfyller kravene. Det er med andre ord god grunn til å konkludere med det samme som Jørgen Aall og Bjarte Askeland:

⁶⁶ For et eksempel på hvordan erstatningen utmåles etter skl. § 3-6 første ledd andre punktum, se Rt. 2007 s. 687 avsnitt 89–97.

⁶⁷ Se likevel Vaaler 2017, s. 309–311, for en oversikt over noen sentrale EMD-avgjørelser.

«Tiden er overmoden for debatt, utredning og gjennomtenkt integrering av menneskerettigheter i norsk erstatningsrett.»⁶⁸

⁶⁸ Se Aall/Askeland 2017, s. 6.