

Høringsuttalelse – lovregulering av adgangen til å kreve erstatning for menneskerettighetskrenkelser

1 INNLEDNING

Det vises til høringsbrev 22. mars 2024. Vi har fått utsatt høringsfrist.

Regjeringsadvokaten har de siste årene representert staten i en rekke saker for norske domstoler der det har blitt krevd erstatning med grunnlag i anførte brudd på EMK.¹ Slike krav reiser en rekke spørsmål om forholdet til alminnelig norsk erstatningsrett som det er grunn til å se nærmere på, og vi ønsker utredningen velkommen.

Overordnet mener vi utredningen gir en dekkende beskrivelse av gjeldende rett, og at mange av forslagene er gode. Vi vil i det følgende punktene omtale spørsmålene der vi mener fremstillingen bør suppleres eller der vi har et annet syn. Vi vil i hovedtrekk knytte våre merknader til EMK artikkel 13, da vi er enige med utredningen i at lite selvstendig kan slutes fra SP artikkel 2 nr. 3.

Vi er enige med utredningen i at det offentliges erstatningsansvar for menneskerettsbrudd bør lovfestes. At Høyesterett, i etterkant av at utredningen ble levert, har avsagt to dommer der private parter har blitt tilkjent erstatning for brudd på EMK endrer ikke vurderingen.² Som nevnt, reiser det offentliges erstatningsansvar for menneskerettsbrudd en rekke uavklarte spørsmål, og høyesterettsdommene avklarer kun enkelte av disse. Vi mener uansett at det er en fordel om lovgiver vurderer helheten i forslaget.

Utredningen bygger på at krav om erstatning for menneskerettsbrudd skal reises direkte for domstolene. Et alternativ, som ikke er utredet, er at slike krav først må (eventuelt kan) fremsettes for et forvaltningsorgan som har kompetanse til å tilkjenne erstatning, slik tilfellet for eksempel er i saker etter straffeprosessloven kapittel 31. En slik forvaltningsmodell må eventuelt utredes nærmere, og vil kunne ha betydning for en rekke av spørsmålene vi omtaler i det følgende.

¹ Det er lite praksis om krav om erstatning for brudd på SP i norsk rett.

² HR-2024-1169-A og HR-2024-1170-A.

Utredningen reiser spørsmål om det også «bør gis en lovregulering om erstatning for krenkelser av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser eller av andre konvensjoner som er omfattet av menneskerettsloven».³ Spørsmålene er ikke utredet nærmere, og vi legger til grunn at det ikke er aktuelt å gå videre med en slik lovfesting uten etter særlig utredning og egen høring. Vi kommenterer derfor ikke disse spørsmålene nærmere.

2 INNPLASSERING AV EN EVENTUELL LOVBESTEMMELSE

Vi mener en eventuell lovbestemmelse bør inntas i skadeserstatningsloven kapittel 2 som bl.a. regulerer det offentlige erstatningsansvar. Vi kan ikke se at det forhold at det tidligere har vært usikkerhet rundt rekkevidden av arbeidsgiveransvaret etter skadeserstatningsloven § 2-1 i saker om erstatning for menneskerettighetskremler i seg selv tilsier at den foreslåtte bestemmelsen ikke inntas i kapitlet der den mest naturlig hører hjemme.⁴ Eventuell tvil om rekkevidden av ansvaret vil kunne avklares gjennom forarbeidene.

Lovforslaget legger opp til at de ulike vilkårene for erstatning (konvensjonsbrudd, skade, årsakssammenheng og nødvendighet) fremgår av ulike ledd i bestemmelsen. Dette fremstår som lite pedagogisk, og vi anbefaler at vilkårene samles i første ledd.

3 NÅR ER ERSTATNING «NØDVENDIG FOR Å REPARERE KRENKELSEN»?

3.1 Innledning

Vi er enige med utredningen i at ansvaret bør omfatte alle brudd på EMK og SP,⁵ men at erstatning bør være forbeholdt tilfeller der det er «nødvendig for å reparere krenkelsen».⁶ Utredningen gir en god beskrivelse av EMDs praksis om EMK artikkel 13, men vi savner en nærmere utpensling av når det er «nødvendig» å tilkjenne erstatning på nasjonalt nivå. Inspirasjon kan her hentes fra forarbeidene til den svenske skadeståndslagen 3 kap. 4 §.⁷ Vi vil også knytte noen kommentarer til de enkelte konvensjonsbestemmelsene der utredningen mener krav på erstatningsadgang kan utledes av EMK artikkel 13.⁸

3.2 Generelle momenter i nødvendighetsvurderingen

Det ligger i utgangspunktet til konvensjonsstatene å bestemme hvilke rettsmidler som skal være tilgjengelige i nasjonal rett. Skjønnsmarginen vil samtidig variere avhengig av hvilke(n)

³ Utredningen s. 7.

⁴ Utredningen s. 151.

⁵ Vi er ikke enige i at det kan utledes av EMK artikkel 13 erstatning generelt må være tilgjengelig ved brudd på EMK, og kan ikke se at utredningen viser til EMD praksis som underbygger et slikt syn (utredningen s. 18 og 35). Lovhjemmelen bør imidlertid utformes slik at den kan ta høyde for eventuell utvikling i EMDs praksis. Vi kan derfor ikke se at det er grunnlag for å uttrykkelig avgrense hjemmelen til angitte konvensjonskremler.

⁶ Slik også HR-2024-1169-A avs. 93.

⁷ Prop. 2021/22:229 s. 38–39 gjentar mange av de samme momentene.

⁸ Utredningen s. 17.

underliggende materiell konvensjonsbestemmelse som er aktuell. «[W]here appropriate» («nødvendig») gir EMK artikkel 13 rett på adgang til å fremme erstatningskrav.

Vi er enige med utredningen og HR-2024-1170-A avs. 33 i at spørsmålet om erstatning er «nødvendig for å reparere krenkelsen» må ta utgangspunkt i de(n) materielle konvensjonsrettigheten som er brutt. I noen tilfeller følger det direkte av konvensjonsteksten at erstatning skal være tilgjengelig.⁹ Utenfor disse tilfellene, må spørsmålet om erstatning er nødvendig vurderes ut fra EMD-praksis om EMK artikkel 13 og den aktuelle materielle konvensjonsrettigheten. Foreligger ikke slik praksis, må en se hen til praksis om lignende konvensjonskrenkelser. At EMD eventuelt ville tilkjent «just satisfaction» etter EMK artikkel 41 er derimot ikke avgjørende.¹⁰ Ville EMD *ikke* tilkjent «just satisfaction» etter EMK artikkel 41, er det imidlertid vanskelig å se at erstatning er «nødvendig for å reparere krenkelsen».¹¹

EMDs praksis må samtidig sees i lys av de særegne forholdene som gjør seg gjeldende i saker der EMD finner brudd på EMK artikkel 13, herunder at nasjonale rettsmidler er uttømt uten at konvensjonsbruddet har blitt reparert og at skadelidte har vært gjennom tilleggsbelastningen med å ta saken til EMD. For nasjonale domstoler er situasjonen en annen. Vurderingen av om erstatning er «nødvendig for å reparere krenkelsen» kan derfor ikke løses ut fra en lesning av EMDs praksis alene.

For det første er det relevant om skadelidte har fått annen reparasjon. I saker der private har utført integritetskrenkelser som utløser statens positive forpliktelser etter EMK artikkel 3 og 8, kan det for eksempel igangsettes etterforskning. Skadelidte har også muligheten til å kreve erstatning av skadevolder. Ved brudd på retten til rettergang innen rimelig tid i straffesaker eller ved brudd på EMK artikkel 3 overfor innsatte, kan bruddet repareres gjennom fradrag i utmålt straff.

Vi antar at ikke-økonomisk skade lettere kan repareres på annen måte enn økonomisk skade.¹² Det foreligger imidlertid lite praksis fra EMD om EMK artikkel 13 og økonomisk tap, og det er vanskelig å trekke sikre konklusjoner.

I tråd med prinsippet om preventive rettsmidler er å foretrekke fremfor kompenserende rettsmidler, må hovedregelen være at brudd på konvensjonen primært søkes forhindret.¹³ Hvorvidt erstatning er «nødvending», vil derfor for det andre kunne avhenge av om skadelidte har hatt tilgang på andre rettsmidler som kunne ha motvirket krenkelsen eller gitt reparasjon.¹⁴ Skadelidte har en plikt til selv å ivareta egne interesser, samt å begrense tapet. Brudd på EMK som skjer som ledd i en forvaltningsprosess bør derfor primært søkes reparert gjennom at den private parten benytter klageadgangen etter forvaltningsloven eller

⁹ EMK artikkel 5 nr. 5 og P7-3.

¹⁰ Utredningen kap. 2.4.1. Her kan HR-2024-1169-A avs. 92 synes å gå lengre enn det som kan utledes av EMDs praksis.

¹¹ HR-2022-2421-A avs. 27–29.

¹² Utredningen s. 25.

¹³ Scordino v. Italy (No. 1) (36813/97) avs. 183 og HR-2020-661-S avs. 115. Slik også i svensk rett, jf. Prop. 2017/18:7 s. 58 og 60.

¹⁴ Prop. 2017/18:7 s. 59.

bringer saken inn for domstolene.¹⁵ I tilfeller der adgangen til å klage og/eller bringe saken inn for domstolen ville gitt et effektivt rettsmiddel, og skadelidte ikke har benyttet seg av denne muligheten, vil erstatning i utgangspunktet ikke være nødvendig etter EMK artikkel 13. Det må samtidig tas høyde for at det kan foreligge særlige forhold som gjør at skadelidte ikke kan bebreides for ikke å ha forsøkt andre rettsmidler.¹⁶

Erstatning er derfor i første rekke «nødvendig» dersom skadelidte har oppfylt sin aktivitetsplikt, men andre rettsmidler ikke har gitt tilstrekkelig reparasjon.¹⁷ I tillegg må det være sannsynliggjort et økonomisk tap og/eller en ikke-økonomisk skade som står i årsakssammenheng med krenkelsen.^{18 19}

Vi kan ikke se at det er grunn til å legge særlig vekt på krenkelsens "alvorlighet", som sådan, i nødvendighetsvurderingen. I HR-2024-1169-A avs. 89 viser førstvoterende til at:

«Oppreisning er med andre ord et botemiddel for tilfeller der beskyttelsesbehovet og virkningene for skadelidte gjør det nødvendig å markere krenkelsen på en mer kraftfull måte enn bare ved å konstatere den.»

Det er ikke helt klart hvor mye som skal legges i dette, men uttalelsen kan forstås slik at vurderingen av om det skal tilkjennes erstatning for ikke-økonomisk tap skal ta utgangspunktet i hvor alvorlig krenkelsen vurderes å være. Alvoret ved krenkelsen forklarer hvorfor erstatning normalt skal være tilgjengelig ved brudd på EMK artikkel 2 og 3.²⁰ Alvoret vil imidlertid hensyntas ved at man tar utgangspunkt i EMDs praksis når en vurderer om erstatning er «nødvendig». Betraktinger rundt krenkelsens alvorlighet, forklarer samtidig ikke hvorfor erstatning normalt også må være tilgjengelig ved brudd på retten til rettergang innen rimelig tid.²¹ En vekting av krenkelsens alvorlighet som et frittstående hensyn i nødvendighetsvurderingen kan derfor risikere resultater som ikke er forenlige med EMDs praksis etter EMK artikkel 13.

Hvor alvorlig krenkelsen er, vil derimot kunne ha betydning for om det foreligger en ikke-økonomisk skade. Generelt må det antas at jo mer alvorlig bruddet er, jo større skadepotensiale.²² I vurderingen av om skadepotensialet har utløst en skade, vil det samtidig

¹⁵ Prop. 2017/18:7 s. 22–23 og 59. Se også skadeserstatningsloven § 2-2 (2).

¹⁶ Prop. 2017/18:7 s. 60–61.

¹⁷ Prop. 2017/18:7 s. 62.

¹⁸ Det er ikke i strid med EMK artikkel 13 å kreve at det sannsynliggjøres en skade, se Scordino v. Italy (No. 1) (36813/97) avs. 203 og A.D. & O.D. v. the United Kingdom (28680/06) avs. 104. I visse tilfeller foreligger det presumpsjon for ikke-økonomisk skade, se ECHR Practice Guide to Article 13 (2024) avs. 170 og Roth v. Germany (6780/18) avs. 93.

¹⁹ Krav om årsakssammenheng er forenlig med EMK artikkel 13, jf. Bljakaj and Others v. Croatia (74448/12) avs. 141 og Potocnik and Others v. Slovenia (3045/03) avs. 20.

²⁰ Keenan v. the United Kingdom (27229/95) avs. 130.

²¹ Scordino v. Italy (No. 1) (36813/97) avs. 174–176.

²² Prop. 2017/18:7 s. 58.

ha betydning hvem skadelidte er. Vi er enige i at det skal en del til for at juridiske personer påføres ikke-økonomisk skade.²³

3.3 Brudd på EMK artikkel 2 og 3

Det følger av EMDs praksis at ved brudd på EMK artikkel 2 og 3, skal erstatning være tilgjengelig «where appropriate».²⁴ Skadelidte har ikke et ubetinget krav på erstatning, men unntak virker i første rekke å være aktuelt ved mindre brudd eller brudd på prosessuelle krav.²⁵ Erstatning er typisk heller ikke nødvendig ved brudd på EMK artikkel 3 i saker om utvisning der utvisningen ikke er effektivt.²⁶ Brudd på den positive etterforskningsplikten etter EMK artikkel 2 og 3 bør i første rekke søkes reparert ved at det treffes nye (effektive) etterforskningstiltak.

Ved brudd på EMK artikkel 3 overfor innsatte i fengsler, har EMD gått lenger og uttalt at skadelidte skal ha en «enforceable right to compensation».²⁷ Det gjelder likevel ikke ved brudd av «minor nature or as relating only to procedural deficiencies».²⁸ Kompensasjon kan enten gis gjennom fradrag i utmålt straff eller erstatning.²⁹ Der vedkommende har sonet ferdig, vil normalt kun erstatning være aktuelt.³⁰

3.4 Brudd på retten til rettergang innen rimelig tid i EMK artikkel 6 nr. 1

Det følger av EMDs praksis at brudd på retten til rettergang innen rimelig tid fortrinnsvis bør forhindres gjennom preventive rettsmidler. Utredningen omtaler ikke hvilke preventive rettsmidler som foreligger i norsk rett. Vi minner om at tvisteloven § 11-7 ble innført, blant annet, for å forhindre brudd på retten til rettergang innen rimelig tid.³¹ I sivile saker, bør erstatning i første rekke være forbeholdt tilfeller der en privat part har begjært at domstollederen griper inn for å ivareta plikten til aktiv saksstyring, men dette ikke har ledet til tilstrekkelig fremdrift i saksavviklingen.

I straffesaker, repareres brudd på retten til rettergang innen rimelig tid etter fast praksis gjennom fradrag i utmålt straff.³² Det er også hjemmel for erstatning i straffeprosessloven kapittel 31.³³ I sivile saker som gjelder en «criminal charge», for eksempel tilleggsskatt eller

²³ Utredningen s. 111 og Prop. 2017/18:7 s. 64.

²⁴ Mosendz v. Ukraine (52013/08) avs. 121 og Gäfgen v. Germany (22978/05) avs. 116.

²⁵ For EMK artikkel 3, se Roth v. Germany (6780/18) avs. 78. For EMK artikkel 2, se Zavoloka c. Lettonie (58447/00) avs. 40 (ikke brudd) og McCann and Others v. the United Kingdom (18984/91) avs. 219 (artikkel 41).

²⁶ Gebremedhin [Gaberamadhien] v. France (25389/05) avs. 66–67 og 79 og K.I. v. France (5560/19) avs. 155 (artikkel 41).

²⁷ Ananyev and Others v. Russia (42525/07) avs. 97.

²⁸ Roth v. Germany (6780/18) avs. 78.

²⁹ Stella and Others v. Italy (49169/09) avs. 60.

³⁰ Shmelev and Others v. Russia (41743/17) avs. 87.

³¹ NOU 2001: 32 B s. 713.

³² HR-2016-225-S. Erstatning i medhold av straffeprosessloven kap. 31 kan trolig være aktuelt i situasjoner der fradrag i utmålt straff ikke er aktuelt, f.eks. ved dom på overføring til tvungent psykisk helsevern eller tvungen omsorg, jf. Rt-2006-577 avs. 20, Rt-2010-469 avs. 38 og Rt-2014-373 (som alle gjaldt EMK art. 5).

³³ Rundskriv G13/02.

overtredelsesgebyr, vil kravet til rimelig tid kunne begynne å løpe før saken anlegges for domstolen. Pålegg om aktiv saksstyring vil derfor ikke nødvendigvis kunne gi tilstrekkelig reparasjon. Reparasjon kan imidlertid gis gjennom at forvaltningen eller domstolene gjør fradrag i beløpet.³⁴

3.5 Brudd på EMK artikkel 8

Utredningen viser til at EMK artikkel 13 ikke gir ubetinget krav på erstatning ved brudd på EMK artikkel 8, men at erstatning må være tilgjengelig «where appropriate».³⁵ Vi synes omtalen av EMK artikkel 8 i utredningen er god, og er enige i at det her er vanskelig å trekke sikre konklusjoner. Ettersom krav om erstatning på grunn av brudd på EMK artikkel 8 antas å være særlig aktuelt i praksis, er det likevel en fordel om rammene for ansvaret tydeligere utpensles i forarbeidene.

EMD har ikke utviklet nærmere retningslinjer for når erstatning er «appropriate» ved brudd på EMK artikkel 8. Det virker likevel særlig å være relevant om sakstilfellet ligger tett opp til situasjoner der EMD har innfortolket krav om erstatningsadgang under andre konvensjonsbestemmelser. EMD har innfortolket krav om erstatningsadgang ved brudd på retten til rettergang innen rimelig tid i familiesaker³⁶, brudd på den positive forpliktelsen til å forhindre grove integritetskrenkelser³⁷ og overlagte ødeleggelser av klagers hjem.³⁸ Alle sakstypene gjelder forhold som ligger tett opp til EMK artikkel 3 eller som også kunne vært subsumert under retten til rettergang innen rimelig tid etter EMK artikkel 6 nr. 1.³⁹

I tillegg har EMD i fire eldre saker mot Storbritannia som gjelder barnevernstiltak innfortolket krav om erstatningsadgang.⁴⁰ Uttalelsene må forstås i lys av at offentlige myndigheter på den tiden ikke kunne holdes erstatningsansvarlig etter britisk rett for svikt («negligence») på barnevernsfeltet.⁴¹ Når immuniteten senere ble løftet, og offentlige myndigheter kun holdes ansvarlig for «negligence», forelå det ikke lenger brudd på EMK artikkel 13.⁴² EMD har ikke gjentatt uttalelsene om erstatningsadgang i senere barnevernssaker.⁴³

³⁴ Skatteforvaltningsloven §§ 14-11 og 14-12 og forvaltningsloven § 50. Fradrag bør gjøres ved krone- og ikke prosentvis fradrag, jf. Prop.14 L (2023–2024) kap. 3.

³⁵ Utredningen kap. 3.4 og *Brincat and Others v. Malta* (60908/11) avs. 60.

³⁶ *Janočková and Kvocera v. Slovakia* (39980/22) avs. 53.

³⁷ *D.P. & J.C. v. the United Kingdom* (38719/97) avs. 138 (som gjaldt både EMK artikkel 3 og 8). Se også Rt-2013-588.

³⁸ *Menteş v. Turkey* (23186/94) avs. 89.

³⁹ I tillegg finnes det noen saker der EMD har funnet brudd på artikkel 13 fordi klagers oppreisningskrav ikke hadde reell mulighet til å føre frem (typisk pga. krav om personlig skyld hos offentlig tjenestemann), jf. *S.W. v. the United Kingdom* (87/18) avs. 72, *X et autres c. Russie* (78042/16) avs. 73 og *Wainwright v. the United Kingdom* (12350/04) avs. 55.

⁴⁰ *T.P. and K.M.* (28945/95) avs. 109, *R.K and A.K* (38000/05) avs. 45, *A.D. and O.D.* (28680/06) avs. 101–102 og *M.A.K. and R.K.* (45901/05) avs. 88.

⁴¹ *T.P. and K.M. v. the United Kingdom* (28945/95) avs. 48.

⁴² *A.D. and O.D. v. the United Kingdom* (28680/06) avs. 101–103.

⁴³ *B.B. and F.B. v. Germany* (18734/09) avs. 53 og *I.D. v. Norway* (51374/16) avs. 69.

EMD har i én sak om uhjemlet innhenting og spredning av sensitive helseopplysninger oppstilt krav om erstatning.⁴⁴ Uttalelsen er ikke gjentatt i senere saker om lignende problemstillinger, og må trolig forstås i lys av det spesielle saksforholdet i den konkrete saken.⁴⁵ Personopplysningsloven § 30 gir i slike saker særskilt hjemmel for erstatning for ikke-økonomisk tap.

Det har også betydning om krenkelsen kan repareres på annen måte. I barnevernssaker, vil for eksempel adgangen til å bringe fylkesnemndas avgjørelser inn for tingretten normalt gi et effektivt rettsmiddel.⁴⁶ For andre typer krenkelser av EMK artikkel 8, vil konstatering av krenkelse kunne gi tilstrekkelig reparasjon.⁴⁷

3.6 Brudd på EMK P1-1

EMD har, i en rekke saker som gjelder husleielovgivningen på Malta, vurdert at det ved brudd på EMK P1-1 er nødvendig med erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap dersom klager skal miste sin status som «victim» etter EMK artikkel 34.⁴⁸ Uttalelsene er generelt formulert, men vi er ikke kjent med at EMD har gjentatt synspunktet i saker mot andre konvensjonsstater eller i andre sammenhenger. Årsaken til det er ikke klar, men saksforholdene er spesielle.⁴⁹ Vi er derfor usikre på om uttalelsene kan generaliseres, i hvert fall i den forstand at det ikke nødvendigvis kan utledes et ubetinget krav på erstatningsadgang ved brudd på EMK P1-1. Det kan samtidig ikke utelukkes at rettstilstanden vil utvikles videre.

4 ANSVARSGRUNNLAG

4.1 Må ansvarsgrunnlaget være objektivt?

Utredningen foreslår at det ikke skal oppstilles andre vilkår for erstatning enn at det må foreligge konvensjonsbrudd og at erstatning er «nødvendig for å reparere krenkelsen» (i tillegg til årsakssammenheng og skade). Vi har ikke noen formening om et eventuelt erstatningsansvar *bør* være objektivt, men kan ikke se at det kan utledes av EMDs praksis at ansvar nødvendigvis *må* være objektivt eller tilnærmet objektivt i ethvert tilfelle.⁵⁰ Mens det i noen tilfeller ikke vil være forenlig med retten til effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13 å

⁴⁴ Panteleyenko v. Ukraine (11901/02) avs. 83.

⁴⁵ M.M. v. the United Kingdom (24029/07) og Drakšas v. Lithuania (36662/04).

⁴⁶ T.P. and K.M. v. the United Kingdom (28945/95) avs. 108 og K. and T. v. Finland (25702/94) avs. 198–199.

⁴⁷ HR-2024-775-A avs. 109, HR-2022-2421-A avs. 30 og Rt-2001-428 på s. 445. Tilsvarende gjelder ved brudd på EMK artikkel 8 i saker om utvisning, jf. Savran v. Denmark (57467/15) avs. 208 (artikkel 41) og Sarac v. Denmark (19866/21) avs. 44 (artikkel 41).

⁴⁸ Siste avgjørelser i komplekset er Rizzo and Others v. Malta (36318/21) avs. 50, Bugeja v. Malta (51379/20) og Buttigieg v. Malta (7615/21).

⁴⁹ Problematikken er beskrevet i Ghigo v. Malta (31122/05) avs. 63–69 og Apap Bologna v. Malta (46931/12) avs. 80 flg.

⁵⁰ Slik også utredningen s. 102. Foreliggende EMD-praksis er såpass begrenset at vi ikke kan se at det kan oppstilles noen «hovedregel» om objektivt ansvar, slik utredningen tar til orde for.

kreve at skadelidte skal påvise at det er utvist skyld (utover konvensjonskrenkelse),⁵¹ kan det på visse livsområder foreligge hensyn som tilsier at det ligger innenfor statenes skjønnsmargin å oppstille krav om skyld.⁵²

Det er en lovgiveroppgave å vurdere om, og i tilfellet på hvilke saksfelt, det gjør seg gjeldende hensyn som tilsier at det oppstilles krav om skyld. Vi antar samtidig det i første rekke vil være aktuelt på områder der det allerede i dag er vurdert å foreligge hensyn som tilsier at det ikke oppstilles objektivt ansvar etter norsk rett, og vi vil omtale noen av disse i det følgende.

Vi er enige med utredningen at ansvarsgrunnlaget for menneskerettskrenkelser bør være likt for erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap. Vi finner likevel grunn til å bemerke at vi ikke har erfart at ansvarsgrunnlag har reist utfordringer i de sakene vi har håndtert der det har vært krevd erstatning for *økonomisk* tap.

4.2 Brudd på positive forpliktelser

Vi tolker utreder slik at han mener det ikke nødvendigvis er i strid med EMK artikkel 13 å oppstille strengere vilkår for erstatning ved brudd på statenes positive forpliktelser enn ved brudd på negative forpliktelser, i hvert fall utenfor krenkelser av EMK artikkel 2 og 3.⁵³ Vi er enige i at positive forpliktelser står i en særstilling. Samtidig utgjør de en uensartet gruppe, og i den grad det er ønskelig å oppstille særlige regler for slike krenkelser bør det nøye overveies hvordan regelen skal avgrenses. Fremfor å skille mellom hvilken konvensjonsrettighet den positive forpliktelsen er forankret i (som i grensetilfeller kan by på skjønn⁵⁴), kan det være mer hensiktsmessig å se på typen positiv forpliktelse.

For eksempel forutsetter brudd på den materielle sikringsplikten vurderinger som ligger tett opp til en culpavurdering.⁵⁵ Det bør vurderes om det i slike tilfeller er ønskelig å i tillegg oppstille et skyldkrav for erstatning. Eksistensen av andre positive forpliktelser kan derimot bygge på friere «fair balance» vurderinger der konvensjonsstatene i utgangspunktet har en skjønnsmargin.⁵⁶ Et ansvar betinget av skyld kan her reflektere rettighetenes mer uklare rekkevidde og ofte dynamiske karakter.

⁵¹ Kochetkov v. Estonia (41653/05) avs. 58–59 og Roth v. Germany (6780/18) avs. 93.

⁵² I Association Innocence en Danger and Association Enfance et Partage v. France (15343/15) avs. 191–196, fant EMD at det ikke var i strid med EMK artikkel 13 at man i fransk rett opererte med et strengt skyldkrav ved erstatningskrav mot påtalemyndigheten. Skyldkravet var i fransk rett tolket slik at det også omfattet kumulative feil.

⁵³ Utredningen s. 17–18, 37 og 101. Se også Reiertsen (2022) s. 200–201 som igjen viser til Zavoloka c. Lettonie (58447/00) som gjelder EMK artikkel 2.

⁵⁴ Se f.eks. Rt-2013-588 avs. 36.

⁵⁵ Vurderingens karakter avhenger av om det er tale om plikten til å beskytte mot konkrete trusler fra private eller plikten til å treffe tiltak for å motvirke generelle risikoer mot retten til liv, se Kotilainen and Others v Finland (62439/12) avs. 67–69. For EMK artikkel 8, se Fadeyeva v. Russia (55723/00) avs. 89.

⁵⁶ For eksempel sakstilfellene i LB-2018-190131 og Odièvre v. France (42326/98).

4.3 Ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse

I Rt-2010-291 (Vangen eiendom) og HR-2019-2396-A (Frøybas), avklarte Høyesterett at det ikke generelt gjelder et objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse i norsk rett.⁵⁷ Til grunn for konklusjonen lå en avveining av de motstående hensynene som gjør seg gjeldende i slike saker.⁵⁸ Arbeidsgiveransvaret for feil lovtolkning er samtidig strengt, men det offentlige innrømmes et visst spillerom for feilvurderinger ved den konkrete rettsanvendelsen.⁵⁹

For myndighetsutøvelse som utgjør inngrep i en av EMK eller SPs materielle rettigheter, vil fraværet av tilstrekkelig hjemmel i nasjonal rett i seg selv etter omstendighetene kunne utgjøre et konvensjonsbrudd.⁶⁰ På saksfelt der EMK artikkel 13 gjør det nødvendig med tilgang på erstatning, vil lovforslaget i så fall innføre et objektivt ansvar for uhjemlet myndighetsutøvelse. Utredningen omtaler imidlertid ikke spørsmålet nærmere. Vi har ikke tatt stilling til om det bør gjelde et objektivt ansvar for inngrep som mangler tilstrekkelig hjemmel i lov, men antar at en rekke av hensynene Høyesterett viser til i Vangen eiendom og Frøybas vil kunne ha overføringsverdi til situasjoner der den ulovfestede myndighetsutøvelsen utgjør et konvensjonsbrudd. Dette bør vurderes nærmere.

4.4 Ansvarsbetingende handlinger foretatt av lovgivende og dømmende myndigheter

Det følger av forslaget at «[b]åde lovgivende, utøvende og dømmende myndighet omfattes» av statens ansvar, og vilkårene for ansvar foreslås å være de samme uavhengig av hvem som utfører den skadevoldende handlingen.⁶¹ Det er korrekt at også lovgivende- og dømmende myndigheter kan utløse ansvar for staten etter EMK. Særlige hensyn gjør seg imidlertid gjeldende for Stortinget og for domstolene, som ikke er omtalt i utredningen.

Innenfor Grunnlovens ramme kan Stortinget i egenskap av lovgiver, som utgangspunkt, fritt gi den lovgivningen den ønsker. Det er antatt at grunnlovsstridige lovvedtak kan danne grunnlag for erstatningsansvar. Ansvar er ikke objektivt, og terskelen for skyldansvar antas å være høy.⁶²

EMK artikkel 13 gir ikke rett på rettsmidler som kan prøve om nasjonal lovgiving, som sådan, er forenlig med konvensjonen.⁶³ Høyesterett har tolket dette slik at artikkel 13 heller ikke gir rett på å fremme erstatningssøksmål mot staten på det grunnlag at en lovbestemmelse er i strid med EMK.⁶⁴

⁵⁷ Rt-2010-291 avs. 35 og HR-2019-2396-A avs. 53–66.

⁵⁸ Rt-2010-291 avs. 34–35 og HR-2019-2396-A avs. 58.

⁵⁹ HR-2019-2396-A avs. 68 og 71.

⁶⁰ Kravet til hjemmel etter norsk rett og EMK er ikke nødvendigvis fullt ut sammenfallende.

⁶¹ Utredningen s. 152.

⁶² NUT 1958: 8 s. 20–21 og HR-2016-296-A avs. 50. Stortingets bevilgningsvirksomhet kan i prinsippet også utløse ansvar, men terskelen er meget høy, jf. Rt-2015-193 avs. 57.

⁶³ ECHR Practice Guide to Article 13 (2024) avs. 67–68.

⁶⁴ HR-2016-2195-S avs. 57.

Statenes positive forpliktelser etter EMK kan imidlertid i visse tilfeller omfatte en plikt til å treffe lovgivningstiltak.⁶⁵ Forutsatt at den positive forpliktelsen faller innenfor EMK artikkel 2, 3 eller 8, forstår vi utredningen dithen at også brudd på slike positive forpliktelser, etter omstendighetene, vil kunne gi rett på erstatningsadgang etter EMK artikkel 13. Det er ikke gitt at rammene for ansvar etter nasjonal rett her bør være de samme som i tilfeller der det offentlige krenker noens menneskerettigheter i forbindelse med alminnelig forvaltningsvirksomhet. Det kan for eksempel ikke utelukkes at hensynene som begrunner den høye ansvarsterskelen for grunnlovsstridig lovgivning, også kan tilsi at det oppstilles krav om skyld der lovgiver ikke har vedtatt tilstrekkelig lovgivning etter EMK. Det er også spørsmål om bevisst motstrid kan danne grunnlag for erstatningsansvar. Dette er forhold som bør vurderes nærmere i en eventuell lovproposisjon.⁶⁶ Det bør i så fall også vurderes om det bør klargjøres hvilken instans et slikt søksmål skal rettes mot (mot staten eller mot Stortinget direkte). Tradisjonelt har slike krav blitt rettet mot staten ved et departement.

Hva gjelder feil foretatt av domstolene, er utgangspunktet etter norsk rett at slike feil rettes gjennom bruk av ankeretten.⁶⁷ Erstatningskrav i anledning rettslige avgjørelser kan kun fremmes dersom vilkårene i domstoloven § 200 (3) er oppfylt. Domstolenes øvrige virksomhet kan danne grunnlag for ansvar, men terskelen er antatt å være høy.⁶⁸

EMK artikkel 6 nr. 1 er i utgangspunktet *lex specialis* på områder som omfattes av bestemmelsen, og EMK artikkel 13 gjelder derfor som hovedregel ikke for konvensjonsbrudd som skjer som ledd i en domstolsprosess.⁶⁹ Unntak gjelder for brudd på retten til rettergang innen rimelig tid og brudd på uskyldspresumpsjonen. Høyesterett har tidligere vurdert at domstoloven § 200 (3) er forenlig EMK artikkel 13, og vi er ikke kjent med senere EMD-praksis som tilsier et annet resultat. Vi antar likevel at det er en fordel om spørsmålet omtales i en eventuell lovproposisjon.⁷⁰

5 ANSVARSSUBJEKT

5.1 Hvilke organer kan holdes ansvarlig?

Lovforslaget legger opp til ansvaret skal gjelde for alle offentlige myndigheter.⁷¹ Lovteksten viser imidlertid bare til «stat eller kommune». Vi er usikre på om dette er en lovteknisk god løsning. Et alternativ kan være å benytte formuleringene i forvaltningsloven § 1.

Offentlig eide foretak kan i visse tilfeller utløse ansvar for staten etter EMK.⁷² Vi oppfatter utredningen dithen at også slike organer kan utløse erstatningsansvar etter den foreslåtte

⁶⁵ F.eks. *Söderman v. Sweden* (5786/08) avs. 80–91 og *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom* (46477/99) avs. 97.

⁶⁶ Se omtalen i Prop. 2017/18:7 s. 49.

⁶⁷ HR-2016-2195-S avs. 38.

⁶⁸ NUT 1958: 8 s. 21–22.

⁶⁹ ECHR Practice Guide to Article 13 (2024) avs. 72.

⁷⁰ HR-2016-2195-S avs. 56.

⁷¹ Utredningen s. 151.

⁷² F.eks. *Libert v. France* (588/13) avs. 38.

hjemmelen, men lovforslaget etterlater tvil om hvem slike krav skal rettes mot (ettersom ordlyden kun viser til «stat eller kommune».⁷³ Vi antar at det bør klargjøres hvorvidt også slike organer kan saksøkes med krav om erstatning. Det gjør at ansvaret legges hos det organet som både hadde mulighet til å forhindre bruddet og som er best plassert til å opplyse saken.

Det kan ikke utelukkes at det offentlige også kan holdes erstatningsansvarlig der menneskerettsbrudd foretas av private virksomheter som utfører oppgaver på vegne av det offentlige. Dette antas å være særlig aktuelt for private velferdsaktører, for eksempel på institusjons- og sykehjemsfeltet. Rekkevidden av det offentliges ansvar i slike tilfeller bør særlig omtales.⁷⁴

5.2 Hvilket organ er erstatningsansvarlig i den enkelte sak?

Høyesterett har avklart at stat og kommune kan holdes erstatningsansvarlig for «svikt innenfor sitt område».⁷⁵ Vi mener dette gir et hensiktsmessig utgangspunkt. Ettersom spørsmålet om hvem som skal saksøkes i slike søksmål har vist seg å reise en del utfordringer i praksis, bør spørsmålet om hvordan man avgjør hvem som er erstatningsansvarlig etter den foreslåtte bestemmelsen omtales nærmere i forarbeidene.

Etter vår vurdering må spørsmålet om hvem kravet skal rettes mot, avgjøres ut fra hva som anføres å utgjøre de(n) skadevoldende handlingen/unnlatelsen, og hvem som anføres å være ansvarlig for dette. I vurderingen av hvilket organ som svarer for den ansvarsbetingende handlingen/unnlatelsen, er det nærliggende å se hen til hvilket organ som har utført den påstått ansvarsbetingende handlingen/unnlatelsen, hvilke organer som har lovpålagte oppgaver på feltet, hvem som har øverste avgjørelsesmyndighet, hvem som finansierer virksomheten, hvem som utøver tilsyn og kontroll mv.⁷⁶

Det innebærer, etter vårt syn, at skadelidte ikke kan velge hvem som skal saksøkes.⁷⁷ Staten kan derfor ikke holdes erstatningsansvarlig for skadevoldende handlinger som en kommune hefter for, og vice versa. Solidaransvar kan imidlertid være aktuelt i tilfeller der staten og kommunen er ansvarlig for ulike skadevoldende handlinger som står i årsakssammenheng med samme realskade. Staten vil etter omstendighetene kunne hefte for skader som står i årsakssammenheng med mangelfull eller feilaktig lovgivning eller statlige retningslinjer, samt ved svikt ved statlig tilsynsmyndighet med kommunale organer.⁷⁸

5.3 Forholdet til fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd

I Rt-2011-1666 (Vestre Viken) kom Høyesterett til at krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK ikke kunne reises mot et helseforetak, men måtte rettes mot staten ved vedkommende

⁷³ Utredningen s. 107.

⁷⁴ Se her de svenske forarbeidene, Prop. 2017/18:7 s. 57–58.

⁷⁵ HR-2024-1169-A avs. 102 og HR-2022-401-A avs. 47.

⁷⁶ NUT 1958: 8 s. 42–43 og HR-2024-1169-A avs. 104–108. Se også de svenske forarbeidene, Prop. 2017/18:7 s. 57.

⁷⁷ Se også HR-2022-401-A avs. 35, jf. avs. 47.

⁷⁸ Slik også i Sverige, jf. Prop. 2017/18:7 s. 57.

departementet jf. tvisteloven § 1-3.⁷⁹ Dommen har blitt tolket slik at den også er til hinder for at krav om fastsettelsesdom rettes mot kommuner.⁸⁰ I tilfeller der andre enn staten er skadevolder, må i så fall krav om fastsettelsesdom og krav om erstatning som springer ut av samme forhold rettes mot ulike organer (forutsatt at saksøker har rettslig interesse i å få dom på begge kravene).⁸¹

I lys av at Høyesterett i HR-2022-401-A kom til at krav om oppreisning for menneskerettighetsbrudd kan rettes mot det rettssubjektet som internrettslig er ansvarlig for den påståtte krenkelsen, har Regjeringsadvokaten, som prosessfullmektig for staten, stilt spørsmål ved om utgangspunktet i Vestre Viken-kjennelsen bør nyanseres. I motsatt fall vil det kunne medføre økte prosesskostnader og skaper risiko for dommer med motsatt resultat. Det er også en risiko for at fastsettelsessøksmål som i realiteten gjelder forhold som andre organer hefter for, ikke vil bli tilstrekkelig godt opplyst i en sak mot staten. Vi anbefaler derfor at det tydeliggjøres at også krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP må fremsettes mot det organet hvis område den anførte svikten knytter seg til.

6 RETTIGHETSSUBJEKT

Vi er enige med utredningen i at det ikke er grunnlag for å regulere nærmere hvem som kan kreve erstatning. Hvem som kan *fremme* erstatningskrav bør på vanlig måte reguleres av tvisteloven § 1-3. For å *vinne frem* med kravet må vilkårene for erstatning være oppfylt, herunder må skadelidte sannsynliggjøre at det foreligger en erstatningsrettslig relevant skade som har resultert i et økonomisk og/eller ikke-økonomisk tap.⁸² Personer som ville vært ansett som et «indirect victim» etter EMK artikkel 34 kan selv ha blitt utsatt for en slik skade (for eksempel ved tap av forsørger), men det må sannsynliggjøres.⁸³ Vi kan ikke se at det kan utledes av EMK artikkel 13 at man skal kunne kreve erstatning på tredjemanns vegne.

Lovforslaget legger opp til at skadelidte skal omtales som «noen». Vi er ikke kjent med andre bestemmelser i skadeerstatningsloven som bruker begrepet «noen» på denne måten. Det bør eventuelt byttes ut med «skadelidte», eventuelt kan setningsstrukturen endres slik at ordet ikke er nødvendig.

7 TAP SOM KAN KREVES ERSTATTET

Utredningen foreslår at erstatningsansvaret skal omfatte lidt- og fremtidig inntektstap, lidt og fremtidige merutgifter, tap av forsørger, ting- og formueskade, ménerstatning og erstatning for ikke-økonomisk tap (oppreisning). Enkelte av tapspostene angis uttrykkelig i annet ledd. Vi ser at en slik opplisting kan være pedagogisk, men det passer dårlig med

⁷⁹ Tilsvarende må gjelde for krav om fastsettelsesdom for brudd på SP, som også er rettskrav etter tvl. § 1-3, jf. HR-2024-826-A avs. 30.

⁸⁰ F.eks. LB-2023-59918.

⁸¹ HR-2022-401-A avs. 49.

⁸² Se omtalen i punkt 3.2 over.

⁸³ Utredningen s. 108 er kanskje litt upresis i omtalen av «indirect victim».

lovgivningsteknikken i skadeserstatningsloven for øvrig. For økonomisk taps del, er oppstillingen strengt tatt også overflødig. At slikt tap omfattes, følger allerede av første ledd første punktum («skal yte[s] erstatning for skade»).

I annet ledd i lovforslaget vises det uttrykkelig til skadeserstatningsloven § 3-3. Vi er usikre hva dette er ment å tilføre. Skadeserstatningsloven § 3-3 er i seg selv kun en henvisningsbestemmelse, og poenget er neppe at menneskerettskrenkelser i seg selv skal anses som en form for krenking eller mislig adferd i straffelovens forstand. Vi foreslår derfor at henvisningen fjernes.

8 FORHOLDET TIL ANDRE ERSTATNINGSREGLER

8.1 Andre regler i skadeserstatningsloven

Utredningen bygger på at det offentlige kan bli solidarisk ansvarlig med private skadevoldere for økonomisk tap, men går ikke nærmere inn på solidaransvarets rekkevidde.⁸⁴ Flere skadevoldere er solidarisk ansvarlige når deres ansvarsbetingende handlinger står i årsakssammenheng med «samme skade», jf. skadeserstatningsloven § 5-3 (1).⁸⁵ Vi antar det må vurderes konkret om den offentlige og den private skadevolderen har forårsaket samme eller ulike skader. I tilfeller det er grunnlag for solidarisk ansvar, antar vi rekkevidden av de ulike skadevoldernes ansvar vil kunne variere, slik at det kan være tale om delvis solidaritet.⁸⁶

Vi er enige med utredningen i at ulike hensyn kan tilsi at offentlige myndigheter ikke bør hefte solidarisk med private skadevoldere for ikke-økonomisk tap. Oppreisningsansvaret etter skadeserstatningsloven § 3-5 er strengt personlig som følge av oppreisnings delvis pønale formål, og det vil kunne oppfattes som støtende dersom det offentlige skal hefte for private skadevolderes oppreisningsansvar, særlig i tilfeller av grove straffbare handlinger. Skadelidte vil uansett være sikret fullt oppgjør gjennom voldserstatningsloven (innenfor rammene av lovens § 5). Det bør vurderes om forslaget i utredningen bør få klarere forankring i den eventuelle lovteksten. Ordlyden i skadeserstatningsloven §§ 3-5 (2) og 5-1 (1) annet punktum er begrenset til visse typer erstatningsansvar, og omfatter ikke ansvar for menneskerettsbrudd. Bestemmelsene gir domstolene en valgt vedrørende om oppreisningskravet skal fastsettes særskilt for den enkelte skadevolder. Også ved særskilt fastsetting er hovedregelen solidarisk ansvar.⁸⁷

Det bør avklares om bestemmelsene om lemping i skadeserstatningsloven §§ 2-2 og 2-3 skal gjelde tilsvarende for erstatningsansvar for menneskerettighetskrenkelser.⁸⁸

⁸⁴ Utredningen s. 119.

⁸⁵ Det har ikke betydning om skaden er voldt ved uavhengige skadeårsaker, jf. Ot.prp. nr. 75 (1983–1984) s. 66.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 75 (1983–1984) s. 66.

⁸⁷ HR-2024-1016-A avs. 52–53.

⁸⁸ Spørsmålet omtales ikke i utredningen, se dog s. 118.

8.2 Andre lovfestede erstatningsordninger

Det bør uttrykkelig vurderes i hvilken grad krav om erstatning for menneskerettskrenkelser skal kunne erstattes etter ulike andre lovfestede erstatningsordninger, herunder voldserstatningsloven og pasientskadeloven. I den grad erstatning for menneskerettskrenkelser *ikke* skal kunne erstattes etter pasientskadeloven, antar vi det bør inntas henvisning til den eventuelle nye lovbestemmelsen i pasientskadeloven § 4 første ledd annet punktum.

9 FORELDELSE

9.1 Det er ikke nødvendig med særlige foreldelsesregler

Utredningen foreslår at det innføres en særlig unntaksregel fra de alminnelige foreldelsesfristene i foreldelsesloven § 9 for krav om erstatning som springer ut av menneskerettsbrudd. Vi mener det ikke er grunnlag for en slik regel, da vi ikke kan se at det er holdepunkter for at foreldelsesloven § 9 er i strid med EMK eller SP.

Utredningen legger til grunn at norske foreldelsesregler som «klart utgangspunkt» er i samsvar med EMK, men viser til to «utfordringer», som vi oppfatter at i felleskap gir grunnlag for utredningens konklusjon om at det er «berettiget tvil» om norsk rett er i overensstemmelse med EMK.⁸⁹ Vi kan ikke se at utfordringene gir grunnlag for berettiget tvil om norsk rett er forenlig med EMK.

Hva gjelder den første utfordringen, tar foreldelsesloven § 9 nr. 1 allerede i dag tilstrekkelig høyde for «særlige omstendigheter» ved det konkrete saksforhold når fristutgangspunktet for den relative foreldelsesfristen skal fastsettes. Omfattende høyesterettspraksis viser at kunnskapskravet er fleksibelt og må tilpasses skadelidtes forutsetninger.⁹⁰ I saker om personskade har Høyesterett generelt strukket seg langt for å imøtekomme skadelidte.⁹¹ I HR-2023-877-A avs. 90–93 fant Høyesterett at den generelle regelen i foreldelsesloven § 9 ikke strider mot EMK artikkel 6 nr. 1.

Det er heller ikke holdepunkter for at den absolutte foreldelsesfristen i foreldelsesloven § 9 nr. 2 medfører risiko for konvensjonsstrid. Fristen er romslig, og det er gjort unntak for tilfeller der særlige forhold gjør seg gjeldende. I avvisningsavgjørelsen *Thiermann and Others v. Norway* (18712/03) uttalte EMD at:

«[T]he Court finds nothing to indicate that the application of the 20-year rule entailed an arbitrary limitation on the applicants' right to pursue before the national courts their compensation claims against the State...»

⁸⁹ Utredningen s. 130–134.

⁹⁰ F.eks. Rt-1992-64 på s. 82 og Innst.O. nr. 35 (1993–1994).

⁹¹ Utredningen s. 136.

Vi kan ikke se at det i utredningen er vist til noen konkrete forhold som underbygger at det er en reell risiko for at de norske foreldelsesreglene strider mot EMK artikkel 6 nr. 1 eller 13.

Hva angår den andre utfordringen, er det ikke dekning i EMDs praksis for at erstatningskrav for menneskerettskrenkelser nødvendigvis skal stå i en annen stilling foreldelsesrettslig enn andre erstatningskrav. *Loste c. France* (59227/12) gjaldt et erstatningskrav som sprang ut av behandling som stred mot EMK artikkel 3 og 9. EMD fant at franske domstolars anvendelse at den alminnelige foreldelsesfristen på fire år ikke krenket EMK artikkel 6 nr. 1 (avs. 70). EMD fant likevel brudd på EMK artikkel 13 fordi foreldelsesfristen var blitt anvendt overdrevent formalistisk i den konkrete saken (avs. 71 og 77). Det kan med andre ord ikke sluttes fra EMDs praksis at hensynene bak foreldelsesreglene *skal* veies annerledes ved erstatningskrav som springer ut av menneskerettsbrudd.⁹² Om hensynene *bør* veies annerledes er en vurdering som ligger til norsk lovgiver. Vi kan, for vår del, ikke se at hensynene bak foreldelsesloven § 9 generelt gjør seg mindre gjeldende i saker som reiser spørsmål om brudd på EMK eller SP.⁹³

Ulempene med regelen som foreslås i utredningen er samtidig betydelige. Vilkåret for å gjøre unntak fra de alminnelige fristene i foreldelsesloven § 9 er sammenfallende med vurderingen av om det skal tilkjennes erstatning, og det er derfor ikke mulig å ta stilling til om kravet er foreldet uten først å ta stilling til om det foreligger konvensjonsbrudd. Det blir derfor ikke mulig å oppnå prosessøkonomiske besparelser (for begge parter) ved å forhandle særskilt om foreldelse.⁹⁴

Reguleringen vil også kunne medføre en situasjon der samme skade foreldes til ulik tid, avhengig av hvilke rettsregler som anvendes. F.eks. vil krav som ellers ville vært foreldet dersom det vurderes etter culpaansvaret likevel ikke nødvendigvis være foreldet etter det særskilte ansvaret for menneskerettskrenkelser. Det kan ikke utelukkes at en rekke ellers foreldede erstatningskrav vil bli forsøkt "presset inn" i EMK eller SP for slik å kunne få erstatningssaken inn for domstolen. Vi bemerker at, det etter vår erfaring, ikke er upraktisk at det kreves erstatning for påståtte krenkelser som ligger forholdsvis langt tilbake i tid.

9.2 Nærmere om lovforslaget

I den grad det er ønskelig å særregulere foreldelse av erstatningskrav for menneskerettsbrudd, anbefaler vi at det gjøres gjennom foreldelsesloven og ikke gjennom skadeserstatningsloven. Vi mener at vilkårene i bestemmelsen også bør få en klarere utforming, slik at det sikres at den, som forutsatt, får et «nokså begrenset virkeområde».⁹⁵

Bestemmelsens anvendelsesområde må også avklares. Det følger av utredningen at unntak fra fristene i foreldelsesloven § 9 både er aktuelt når «dette er nødvendig for å reparere en

⁹² Slik også Nikitin and Others v. Estonia (23226/16 mfl.) omtalt i utredningen på s. 132–133.

⁹³ I HR-2023-877-A avs. 57 vises det til foreldelsesreglenes effektivitet og bevis hensynet. EMD har vist til de samme hensynene, jf. Stubbings and Others v. the United Kingdom (22083/93) avs. 51.

⁹⁴ Dette er ikke upraktisk, se f.eks. LB-2019-6202.

⁹⁵ Utredningen s. 137.

krenkelse eller hvis det er svært urimelig for skadelidte å anse kravet for foreldet».⁹⁶ Ordlyden i lovforslaget nevner imidlertid ikke urimelighet. I den grad det er aktuelt å (også) åpne for unntak fra de alminnelige fristene i foreldelsesloven § 9 i slike saker basert på en urimelighetsvurdering, bør det nøye overveies hvordan man det lar seg forene med foreldelsesreglene mer generelt.⁹⁷

Det bør også overveies nærmere hvordan et eventuelt unntak fra de alminnelige foreldelsesfristene samvirker med forslaget om at erstatningshjemmelen skal ha tilbakevirkende kraft.⁹⁸ Vi vil advare mot å gi en bestemmelse som vekker til live allerede foreldede krav.⁹⁹

9.3 Forholdet til fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd

Utredningen legger til grunn at det er «uomtvistet at et søksmål med krav om fastsettelsesdom for en menneskerettskrenkelse også vil avbryte foreldelsesfristen for et erstatningskrav som springer ut av denne krenkelsen».¹⁰⁰ Standpunktet er ikke nærmere begrunnet, og vi stiller spørsmål ved om det er riktig. Krav om dom på fastsettelsesdom for menneskerettsbrudd og erstatning for menneskerettsbrudd er ulike krav.¹⁰¹ Forarbeidene til foreldelsesloven § 15, som det vises til i utredningen, omtaler fastsettelsesdom på erstatningsansvar.¹⁰² Det er samme krav som fullbyrdelsesdom på erstatning.¹⁰³

10 BEVISREGLER

EMD har ikke utviklet generelle bevisregler for saker der EMK artikkel 13 krever adgang på en erstatningsordning, utover det som eventuelt kan utledes av at rettsmidlet må være «effective in practice as well as in law».¹⁰⁴ Utredningen viser på side 120–121 til tre «bevisregler» utviklet av EMD som tilsynelatende oppfattes å ha generell rekkevidde. Begge dommene fra EMD som det vises til i den tilhørende fotnoten gjelder imidlertid brudd på EMK artikkel 3 overfor innsatte i fengsel.¹⁰⁵ EMD har utviklet særlig bevisregler på akkurat det feltet.¹⁰⁶ Reglene er *ikke* anvendt på andre områder der en rett på erstatningsadgang er innfortolket i EMK artikkel 13. I fravær at holdepunkter for noe annet, må de alminnelige reglene om bevisvurderinger, bevisbyrde og beviskrav i norsk rett her anvendes, med mindre

⁹⁶ Utredningen s. 155.

⁹⁷ HR-2023-1637-A avs. 39.

⁹⁸ Utredningen s. 142–143.

⁹⁹ Se Högsta dosmtolens dom 14. juni 2024 (T 2760-23) avs. 14–17.

¹⁰⁰ Utredningen s. 124.

¹⁰¹ Se LB-2022-146292 og HR-2024-826-A hvor erstatningskravet var foreldet, men deler av kravet om fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP ble fremmet.

¹⁰² Ot.prp. nr. 38 (1977–1978) s. 68. Fastsettelsesdom for menneskerettsbrudd var ikke et tema på den tiden.

¹⁰³ Rt-2015-89 avs. 26.

¹⁰⁴ F.eks. Ilhan v. Turkey (22277/93) avs. 97. Dette formuleres av og til som at rettsmiddelet må ha «reasonable prospect of success», jf. McFarlane v. Ireland (31333/06) avs. 114.

¹⁰⁵ Utredningen fotnote 390. I HR-2024-1170-A avs. 34 uttaler førstvoterende at «[f]or brot på EMK artikkel 3 er det ein sterk presumsjon for oppreising for ikkje-økonomisk tap». Det er isolert sett riktig for saksforholdet som var til behandling, men gjelder ikke generelt ved brudd på EMK artikkel 3.

¹⁰⁶ EMDs Practice Guide to Article 13 (2024) avs. 115.

lovgiver skulle ønske å gå lengre enn det som kan utledes av EMDs praksis om EMK artikkel 13. Vi antar at det vil ha økonomiske og administrative kostnader, som i så fall bør vurderes særskilt.

11 ANSVAR FOR SAKSKOSTNADER

Utredningen foreslår ingen særlige regler for ansvaret for sakskostnader i saker om erstatning for menneskerettighetskrenkelser. Vi støtter at slike regler ikke er nødvendige, og at fritak av omkostningsansvar på vanlig måte bør vurderes etter de alminnelige reglene i tvisteloven kap. 20. I vurderingen av om det skal gis fritak for kostnadsansvaret etter tvisteloven § 20-2 (3), vil eventuelle føringer fra EMDs praksis være relevante.¹⁰⁷ Vi kan derimot ikke se at det er grunnlag i EMDs praksis for å oppstille de generelle presumpsjonene for at skadelidte i visse tilfeller skal fritas for omkostningsansvaret som utredningen tar til orde for.¹⁰⁸

Vi er ikke kjent med saksforhold utenfor EMK artikkel 2 eller 3 der EMD har funnet brudd på EMK P1-1 eller artikkel 6 nr. 1 («access to court») fordi den private parten ble ilagt sakskostnadsansvar etter å ha tapt saken for nasjonale domstoler.¹⁰⁹ Heller ikke i slik saker gjelder det et ubetinget krav om at den private parten skal slippe sakskostnadsansvar i saker mot det offentlige.¹¹⁰ Det sentrale virker å være om saken fremsto såpass tvilsom av det var god grunn til å få saken prøvd – det ivaretas allerede i dag gjennom tvisteloven § 20-2 (3) bokstav a.¹¹¹ Videre er den private partenes økonomisk evne og det forhold at staten eventuelt er motpart relevant. Slike forhold kan vektlegges i medhold av tvisteloven § 20-2 (3) bokstav c.¹¹²

Vi nevner at praksisen det vises til i utredningen på side 138 gjelder saker der EMD fant brudd på EMK artikkel 3 eller retten til rettergang innen rimelig tid («their claim is *justified*»). I et slikt tilfelle vil den private parten normalt anses å ha vunnet saken for norske domstoler, og ha rett på fulle sakskostnader etter tvisteloven § 20-2 (1). Vi kan ikke se at EMD-praksisen har betydning for tilfellene som utredningen drøfter over de påfølgende sidene, nemlig situasjoner der domstolen konstaterer at konvensjonen *ikke* er brutt, eller erstatning ikke er nødvendig.

¹⁰⁷ I tilfeller der norske domstoler finner at det foreligger en konvensjonskrenkelse (hvor det har vært bestridt), men at det ikke er nødvendig å tilkjenne erstatning, vil det være spørsmål om det offentlige kan sies å ha vunnet saken i det vesentlige, jf. tvisteloven § 20-2 (2).

¹⁰⁸ Utredningen s. 140.

¹⁰⁹ Det gjelder særlige regler for ekspropriasjonssaker, jf. *Perdigão v. Portugal* (24768/06) avs. 72. Etter norsk rett bærer eksproprianten sakskostnadene uavhengig av utfall, jf. *skjønnsprosessloven* § 54.

¹¹⁰ *Čolak v. Croatia* (60123/16).

¹¹¹ *Bursać and Others v. Croatia* (78836/16) avs. 85 og *Derbuc and Svečak v. Croatia* (53977/14 og 41902/15) avs. 35.

¹¹² *Bursać and Others v. Croatia* (78836/16) avs. 101–103 og *Derbuc and Svečak v. Croatia* (53977/14 og 41902/15) avs. 36.

Utredningen viser til den særlige sakskostnadsregelen i den svenske skadeståndslagen 6 kap. 7 §.¹¹³ Bestemmelsen må sees i lys av at den svenske rättegångsbalken 18 kap. ikke har en generell lempningsregel som tilsvarer tvisteloven § 20-2 (3) bokstav a og c. Vi kan derfor ikke se at reguleringen i svensk rett her har overføringsverdi til norsk rett.

12 ERKJENNELSE AV ANSVAR

Vi er enig med utredningen i at kompetansen til å innrømme erstatningsansvar ikke bør lovreguleres.¹¹⁴ Hvem som har kompetanse til å erkjenne menneskerettsbrudd og erstatningsansvar bør, på vanlig måte, beror på de alminnelige fullmaktsforholdene i forvaltningen.¹¹⁵ Erkjennelse av erstatningsansvar er ikke et enkeltvedtak etter forvaltningsloven.¹¹⁶

Med hilsen

REGJERINGSADVOKATEN

Fredrik Sejersted
regjeringsadvokat

Henrik Vaaler
advokat

¹¹³ Utredningen s. 141. Det følger av Prop. 2017/18:7 s. 69 at regelen skal anvendes restriktivt.

¹¹⁴ Utredningen s. 120.

¹¹⁵ Se rundskriv G-01/2017.

¹¹⁶ Rt-2009-1356 avs. 31 og NOU 2019: 5 pkt. 20.4.3.