



Justis- og beredskapsdepartementet

(Kun sendt digitalt på regjeringen.no)

Dato:

01.07.2016

Vår referanse:

2016/109

Deres referanse:

16/2937 - HIH

Høringsuttalelse til justis- og beredskapsdepartementet om forslag til endringer i rettshjelploven, rettshjelpforskriften og stykkprisforskriften

1. Innledning og oppsummering

Det vises til justis- og beredskapsdepartementets høringsbrev og høringsnotat om forslag til endringer i rettshjelploven, rettshjelpforskriften og stykkprisforskriften, med høringsfrist 6. juli 2016.

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter («NIM») har som hovedoppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig, jf. NIM-loven § 1, 2 ledd. NIM skal blant annet gi råd til regjeringen og andre offentlige organer om gjennomføringen av menneskerettighetene, jf. NIM-loven § 3, 1 ledd, bokstav b. I dette ligger det særlig at NIM skal komme med innspill i lovgivningsprosesser som berører menneskerettighetene, jf. Innst. 216 L (2014-2015) s. 3.

NIM ser det som sin rolle å bidra med en vurdering av om forslaget er i samsvar med våre internasjonale og konstitusjonelle menneskerettighetsforpliktelser. Det er ikke NIMs oppgave å uttale seg om hensiktsmessigheten av forslaget.

NIM har særlig merket seg at departementet foreslår vesentlige innskjerpinger i tilgangen på fri rettshjelp i saker om økonomisk oppgjør mellom ektefeller og samboere. Dette er saker som kan ha stor velferdsmessig betydning for den enkelte, og som kan være kompliserte og vanskelig håndterbare uten kvalifisert juridisk bistand. NIM mener at de foreslåtte innskjerpingene etter omstendighetene kan komme i et problematisk forhold til retten til domstolsprøving og rettferdig rettergang. Forholdet til menneskerettighetene er ikke vurdert i høringsnotatet.¹

Det er NIMs syn at endringsforslaget i praktiske tilfeller ikke oppfyller statens positive plikt til å gi tilgang på fri rettshjelp etter EMK art. 6 nr. 1. Statens positive plikt kan gå videre enn endringsforslaget på følgende måter: **(1)** Staten kan ha plikt til å gi tilgang på rettshjelp i andre formuerettslige tvister mellom tidligere ektefeller og samboere enn tvister som gjelder felles bolig som partene eier; **(2)** staten vil kunne være forpliktet til å gi tilgang på fri rettshjelp selv om søkeren ikke har foreldreansvar for barn under 18 år; **(3)** på det generelle saksfeltet vil staten etter

¹ De menneskerettslige utgangspunktene for tilgangen på rettshjelp er redegjort for i St.mld. nr. 26 (2008-2009) på s. 22, men er ikke diskutert i tilknytning til departementets bebudede vurdering av rettshjelp i saker om økonomisk oppgjør mellom ektefeller og samboere på s. 70.

omstendighetene være forpliktet til å gi tilgang på rettshjelp i form av fri sakførsel, og ikke bare fritt rettsråd.

I de ovennevnte tilfellene blir konsekvensen av endringsforslaget at EMK art. 6 nr. 1, jf. menneskerettsloven § 3 utgjør selvstendig grunnlag for krav på rettshjelp.² NIM mener at rettshjelploven bør være informativ og gi forutberegnelighet. Den bør også utformes med sikte på å unngå vilkårlig behandling av søknader om rettshjelp. På denne bakgrunn mener NIM at en eventuell innskjerping i rettshjelploven bør utformes slik at den så langt som mulig konkretiserer og operasjonaliserer minimumsstandarden i EMK art. 6 nr. 1 for den aktuelle sakstypen.

Innledningsvis vil vi skissere utgangspunktene for rettshjelp som del av retten til domstolsprøving og rettferdig rettergang, samt kommentere utformingen av endringsforslaget. Videre i høringsuttalelsen vil vi gjøre nærmere rede for rekkevidden av statens positive plikt til å gi tilgang på fri rettshjelp i saker om økonomisk oppgjør mellom ektefeller og samboere, og vurdere om endringsforslaget gjennomfører og samsvarer med statens forpliktelser. På bakgrunn av dette vil vi avslutningsvis komme med enkelte forslag til hvordan en innskjerping kan gjennomføres.

2. Utgangspunkter om fri rettshjelp som forutsetning for retten til domstolsprøving og rettferdig rettergang

Retten til domstolsprøving i sivile saker er etablert i Grunnloven § 95, 1 ledd, EMK art. 6, nr. 1 og SP art. 14.

Utgangspunktet er at retten til domstolsprøving ikke gir krav på fri rettshjelp i sivile saker. I enkelte tilfeller kan imidlertid manglende tilgang på fri rettshjelp innebære krenkelse av retten til domstolsprøving og rettferdig rettergang. Denne betraktningen er særlig utviklet i avgjørelser fra EMD med utgangspunkt i EMK art. 6, nr. 1.

EMD har i flere saker slått fast at rettighetene etter konvensjonen, særlig retten til domstolsprøving, ikke skal være teoretiske og illusoriske, men praktiske og effektive.³ I forlengelsen av dette har EMD lagt til grunn at statene etter omstendighetene har positiv plikt til å avhjelpe økonomiske hindringer for gjennomføringen av retten til domstolsprøving.⁴ Statene står fritt til å bestemme hvordan retten til domstolsprøving i sivile saker skal sikres, herunder hvordan eventuelle økonomiske hindringer skal avhjelpes.⁵

For at manglende tilgang på fri rettshjelp skal utgjøre en krenkelse av EMK art. 6, nr. 1, må fri rettshjelp være en nødvendig forutsetning for at det i praksis foreligger adgang til domstolsprøving som tilfredsstillende kravene til rettferdig rettergang.⁶ Dette beror på en konkret vurdering hvor det blant annet legges vekt på sakens betydning for parten, kompleksiteten av aktuelle prosessuelle og materielle regler, og partens evne til å føre saken effektivt på egenhånd.⁷ Vurderingen er i utgangspunktet den samme om personen er saksøker eller saksøkt.⁸

² Rt-2015-1029, avsnitt 67 – 68 (eventuelt også rettshjelploven §§ 11, 3 ledd og 16, 3 ledd).

³ Se særlig *Airey mot Irland*, 9.10.1979 (sak 6289/73), som er den første i en serie avgjørelser om statens positive plikt til å gi tilgang på fri rettshjelp.

⁴ *Lorenzen m.fl., Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Art. 1 – 9,3.* utgave, 2011, s. 387.

⁵ *Airey mot Irland*, 9.10.1979 (sak 6289/73), *Morris mot Storbritannia*, 15.2.2005 (sak 68416/01), avsnitt 61 og *Andronicou og Constantinou mot Kypros*, 9.10.1997 (sak 25052/94), avsnitt 199. Se også O'Boyle og Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*, 3. utgave, 2014, s. 401.

⁶ *N.J.D.B. mot Storbritannia*, 27.1.2016 (sak 76760/12), avsnitt 71 – 74, og *Nenov mot Bulgaria*, 16.7.2009 (sak 33738/02), avsnitt 48 – 52 (kun på fransk).

⁷ *Kjølbros, Den europæiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 3. utgave, 2010, s. 386 – 387 og *Steel og Morris mot Storbritannia*, 15.2.2005 (sak 68416/01), avsnitt 61.

⁸ *Kjølbros, Den europæiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 3. utgave, 2010, s. 388.

Staten har ikke en ubetinget plikt til å gi tilgang på fri rettshjelp i alle tilfeller hvor rettshjelp er uunnværlig for retten til domstolsprøving. Tilgangen på fri rettshjelp kan begrenses innenfor en viss skjønnsmargin, for eksempel ved økonomisk behovsprøving, eller ved siling av saker som åpenbart ikke kan føre frem.⁹

3. Kort om uklarheter ved innholdet i endringsforslaget

Departementet går inn for at fri rettshjelp i saker om økonomisk oppgjør mellom ektefeller og samboere skal begrenses til fritt rettsråd, og kun gis «*når saken gjelder rett til felles bolig som partene eier*» og søkeren har foreldreansvar for barn under 18 år.¹⁰ Forslaget fremstår som en oppfølging av St.mld. nr. 26 (2008-2009) s. 70.

Forslaget til lovtekst levner uklarhet om to sentrale spørsmål, som heller ikke er avklart andre steder i høringsnotatet. NIM velger å adressere disse uklarhetene blant annet fordi valg av tolkningsalternativ vil ha betydning for i hvilken grad endringsforslaget er i overensstemmelse med statens positive plikt til å gi tilgang på fri rettshjelp.

Den første uklarheten gjelder den saklige avgrensningen ved formuleringen «*når saken gjelder rett til felles bolig*». I snevreste forstand omfattes kun rett til overtakelse og etablering av bruksrett i medhold av ekteskapsloven §§ 67 og 68, og husstandsfellesskapsloven § 3 første ledd nr. 3 og andre ledd. I videre forstand omfattes tvister om fast eiendom mer generelt, herunder spørsmål om fastsettelse av sameieandeler, skjevdeling av boligens verdi, mv. NIM mener at departementet bør presisere hvilke sakstyper som omfattes.

Den andre uklarheten gjelder formuleringen «*partene eier*», som språklig innebærer at begge parter må være eiere. Med henblikk på følgende implikasjoner, stiller NIM seg spørrende til om departementet har ment at det kun skal gis fritt rettsråd dersom begge parter eier boligen:

- For det første vil det kun være personer som er eiere som kan få rettsråd i saker om overtakelse eller bruksrett, selv om eiendomsrett ikke er et vilkår for retten til overtakelse eller etablering av bruksrett.¹¹ Det er vanskelig å se at det i denne sammenheng skulle være noen forskjell i rettshjelpsbehovet avhengig av om vedkommende er eier eller ikke.
- For det andre vil personer som er eiere kunne få rettsråd for å fastsette omfanget av en sameieandel, mens en person som ikke er eier ikke vil kunne få rettsråd for å få avklart om vedkommende er sameier. Dette til tross for at rettshjelpsbehovet og vurderingen er tilsvarende.
- For det tredje innebærer vilkåret at Fylkesmannen må prøve om søkeren har eiendomsrett, noe som i praksis innebærer omfattende faktiske og rettslige vurderinger, særlig ettersom det formodentlig er det reelle eierforholdet som er avgjørende.

Slik NIM ser det vil et vilkår om at begge parter er eiere gi utslag som ikke kan begrunnes i ulike rettshjelpsbehov for gjennomføring av rettigheter til tidligere fellesbolig. Dersom departementet har ment at det er tilstrekkelig at en av partene er eier, mener NIM at dette bør klargjøres i lovteksten.

⁹ Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 Right to a Fair Trial (civil limb)*, 2013, s. 17.

¹⁰ Høringsnotatet punkt 6.1, forslag til endringer i §§ 11 annet ledd nr. 1 og 2, og 16 annet ledd.

¹¹ Ekteskapsloven §§ 67 og 68, og husstandsfellesskapsloven § 3 første ledd nr. 3 og andre ledd.

4. Rekkevidden av statens plikt til å sikre fri rettshjelp i saker om økonomisk oppgjør mellom ektefeller og samboere

4.1 Rettshjelp som forutsetning for retten til domstolsprøving

Den grunnleggende avgjørelsen fra EMD om statens positive plikt til å gi tilgang på fri rettshjelp er *Airey mot Irland*, 19.10.1979 (sak 6289/01). Klageren var økonomisk forhindret fra å engasjere advokat i en sivil sak som gjaldt separasjon. Spørsmålet var om det innebar en krenkelse av retten til domstolsprøving i EMK art. 6 nr. 1 at hun ikke ble gitt tilgang på fri advokatbistand. Staten anførte at klagerens rett til domstolsprøving var ivaretatt allerede ved at hun hadde adgang til å representere seg selv for retten. EMD avviste statens anførsel og la til grunn følgende utgangspunkt og vurderingstema:

The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective (...) This is particularly so of the right of access to the courts in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial (...) It must therefore be ascertained whether Mrs. Airey's appearance before the High Court without the assistance of a lawyer would be effective, in the sense of whether she would be able to present her case properly and satisfactorily.

Etter en konkret vurdering, med særlig henvisning til sakstypen og at saken reiste kompliserte rettslige og faktiske spørsmål, kom EMD til at klageren neppe ville kunne føre saken «*properly and satisfactorily*» på egenhånd. Advokatbistand var derfor nødvendig for tilgang på effektiv domstolsprøving («*an effective right of access*»). Følgelig kom EMD til at det innebar en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1 at klageren ikke fikk tilgang på fri advokatbistand i saken.

I *McVicar mot Storbritannia*, 7.5.2002 (sak 46311/11) avsnitt 48 er vurderingstemaet i *Airey mot Irland* formulert som en generell rettssetning, med enkelte presiseringer:

*The question whether or not that Article requires the provision of legal representation to an individual litigant will depend upon **the specific circumstances of the case** and, in particular, upon whether the individual would be able to present his case properly and satisfactorily without the assistance of a lawyer.*

EMD presiserer at det er de konkrete omstendighetene i hver enkelt sak som avgjør om retten til domstolsprøving krever at staten gir tilgang på rettshjelp, herunder at partens evne til å føre saken på egenhånd er ett blant flere momenter og ikke eneste vurderingstema.¹²

En ytterligere presisering av det rettslige utgangspunktet fremgår i saken *P., C. og S mot Storbritannia*, 16.10.2002 (sak 56547/00), avsnitt 89:

*Failure to provide an applicant with the assistance of a lawyer **may breach** this provision where **such assistance is indispensable for effective access to court**, either because legal representation is rendered compulsory as is the case in certain Contracting States for various types of litigation, or by reason of the complexity of the procedure or the type of case (...)*

I dette ligger det at det er nødvendig, men ikke alltid tilstrekkelig, for statens positive plikt at fri rettshjelp er uunnværlig for effektiv domstolsprøving, jf. ordlyden «*may breach*». Reservasjonen er en henvisning til at staten kan begrense adgangen til domstolsprøving innenfor en viss

¹² Dette er for øvrig i samsvar med premissene i *Airey mot Irland*, 9.10.1979 (sak 6289/73).

skjønnsmargin (se punkt 4.2). EMD fremhever også skillet mellom tilfellene hvor rettslig bistand er obligatorisk og hvor en part har adgang til å føre saken på egenhånd. For saker om økonomisk oppgjør mellom ektefeller og samboere er det den sistnevnte kategorien som i praksis er relevant.¹³

I saken *A mot Storbritannia* 17.12.2002 (sak 35373/97), avsnitt 97, har EMD lagt til grunn følgende om hvordan staten kan oppfylle plikten til å sikre retten til effektiv domstolsprøving:

*However, as Airey itself made clear (pp. 12-16, §§ 24 and 26), Article 6 § 1 leaves to the State a **free choice of the means** to be used in guaranteeing litigants a right of effective access to a court. The question whether or not that Article requires the provision of legal representation to an individual litigant will depend upon the specific circumstances of the case. There may be occasions, for example, when the possibility of appearing before the High Court in person will meet the requirements of Article 6 § 1, and where the guidance provided by the procedural rules and court directions, together with some access to legal advice and assistance, may be **sufficient** to provide an applicant with an effective opportunity to put his or her case (...)*

Staten står fritt til å bestemme hvordan retten til effektiv domstolsprøving skal sikres, og den positive plikten strekker seg ikke lenger enn det som er tilstrekkelig for å oppnå dette. Hva som er tilstrekkelig beror på den konkrete saken. Overført til rettshjelpsformene i rettshjelploven, vil det for eksempel i enkelte saker være tilstrekkelig med fritt rettsråd i kombinasjon med rettens veiledningsplikt, mens det i andre tilfeller vil være nødvendig med fri sakførsel.¹⁴

Det følger av det foregående at staten etter EMK art 6 nr. 1 har positiv plikt til å gi fri tilgang på den rettshjelp som er uunnværlig for retten til effektiv domstolsprøving, med mindre den aktuelle faktiske begrensningen ligger innenfor statens skjønnsmargin. Om staten i utgangspunktet har positiv plikt til å gi tilgang på fri rettshjelp beror på en konkret vurdering av den enkelte sak.¹⁵

De sentrale momentene i den konkrete vurderingen er oppsummert i *Morris mot Storbritannia*, 15.5.2005 (sak 68416/01), avsnitt 61:¹⁶

*The question whether the provision of legal aid is necessary for a fair hearing must be determined on the basis of the particular facts and circumstances of each case and will depend, inter alia, upon **the importance of what is at stake** for the applicant in the proceedings, **the complexity of the relevant law and procedure** and **the applicant's capacity to represent him or herself effectively** (...)*

I det følgende vil vi gjøre nærmere rede for innholdet og anvendelsen av de sentrale momentene i saker om økonomisk oppgjør mellom ektefeller og samboere.

¹³ Retten kan etter omstendighetene gi pålegg om at en part møter med prosessfullmektig, jf. tvisteloven § 3-2, men dette oppfatter vi som lite praktisk. Dersom det likevel skulle skje, er utgangspunktet at staten har positiv plikt til å gi fri tilgang på prosessfullmektig, jf. *Staroszczyk mot Polen*, 22.3.2007 (sak 59519). Se også O'Boyle og Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*, 3. utgave, 2014, s. 400, med videre henvisninger.

¹⁴ *A mot Storbritannia* 17.12.2002 (sak 35373/97), avsnitt 97.

¹⁵ Se tilsvarende systematikk i Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 Right to a Fair Trial (civil limb)*, 2013, s. 17.

¹⁶ Se også *N.J.D.B. mot Storbritannia*, 27.1.2016 (sak 76760/12), avsnitt 73.

I. Viktigheten av saker om økonomisk oppgjør mellom ektefeller og samboere (*«the importance of what is at stake»*)

Om betydningen av dette momentet i den samlede vurderingen, fremgår følgende i *McVicar mot Storbritannia*, avsnitt 91:

Here, as in other aspects of Article 6, the seriousness of what is at stake for the applicant will be of relevance to assessing the adequacy and fairness of the procedures.

Viktigheten av saken vil være styrende for anvendelsen av de øvrige momentene. Desto viktigere saken er for klageren, desto lavere blir terskelen for at sakens kompleksitet og partens evne til å føre saken selv tilsier at staten har plikt til å gi tilgang på fri rettshjelp.

Det er gjennomgående at EMD i den nærmere vurderingen av sakens betydning legger vekt på de generelle interessene saken gjelder og den helt konkrete betydningen saken har for klageren. Saken *Steel and Morris mot Storbritannia*, som gjaldt spørsmål om fri rettshjelp i sak om erstatning for ærekrenkelses, er illustrerende. EMD kom til at det forelå krenkelse av EMK art. 6 nr. 1. Avsnitt 63 hitsettes:

First, as regards what was at stake for the applicants, it is true that, in contrast to certain earlier cases where the Court has found legal assistance to have been necessary for a fair trial (for example, Airey and P., C. and S. v. the United Kingdom, both cited above), the proceedings in issue here were not determinative of important family rights and relationships. The Convention organs have observed in the past that the general nature of a defamation action, brought to protect an individual's reputation, is to be distinguished, for example, from an application for judicial separation, which regulates the legal relationship between two individuals and may have serious consequences for any children of the family (...)

Sakene EMD viser til gjaldt henholdsvis separasjon og foreldrerettigheter, som berører sentrale rettigheter i EMK art. 8. EMD viser til at dette er saker som generelt er av større betydning enn saker om ærekrenkelses.¹⁷ I den nærmere vurderingen viser EMD først til at saken gjelder rettigheter beskyttet i EMK art. 10. Deretter viser EMD til de økonomiske konsekvensene utfallet kunne få for klagerne, og vurderer kravets størrelse opp mot klagernes inntekt og livssituasjon.¹⁸

Saker om økonomisk oppgjør mellom ektefeller og samboere kan gjelde generelle interesser som er omfattet av eiendomsvernet i tilleggsprotokoll 1, art 1.¹⁹ Sakstypen er videre i kjernen av anvendelsesområdet for EMK art. 6, nr. 1, «*civil rights and obligations*».²⁰

Departementet legger til grunn at saker om ektefelle- og samboeroppgjør kan være av stor personlig og velferdsmessig betydning for den enkelte.²¹ Det er rimelig å anta at det vil være stor variasjonsbredde i viktigheten av slike saker. Et ytterpunkt er tilfellet hvor en av partene er uten inntekt og den andre parten har samtlige formelle rettighetsposisjoner til partenes akkumulerte formue: primær- og sekundærbolig, bankinnskudd, aksjer mv. I slike tilfeller vil saken kunne ha en helt avgjørende velferdsmessig betydning for den av partene som står uten formelle rådighetsbeføyelser. Vedkommende vil i ytterste konsekvens være fullt ut avhengig av domstolene

¹⁷ I N.J.D.B. mot Storbritannia, 27.1.2016 (sak 76760/12) gjaldt den underliggende saken samværsrett med barn. I avsnitt 75 legger EMD til grunn at «*There can be no doubt as to the importance of what was at stake (...)*».

¹⁸ Steel og Morris mot Storbritannia, 15.2.2005 (sak 68416/01), avsnitt 63.

¹⁹ Kjølbro, *Den europeiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 3. utgave, 2010, s. 928 – 932.

²⁰ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, 2015, s. 412.

²¹ Høringsnotatet punkt 3.2.

for gjennomføringen av sine rettigheter. Det er også gjennomgående at det i en del saker kan være snakk om betydelige verdier som en part har bidratt til å opparbeide over lang tid.

For så vidt gjelder viktigheten av denne typen saker kan ikke NIM se at det er grunnlag for å trekke et avgjørende rettslig skille mellom saker som gjelder bolig og saker som gjelder andre krav. I tilfeller hvor partene ikke eier bolig vil det være like viktig for en parts velferdsbehov å kunne gjennomføre andre typer krav i partenes akkumulerte formue.

Det vil ha en selvstendig betydning om barns interesser blir påvirket, men NIM kan heller ikke se at dette i alle tilfeller gjør saken viktigere enn hvor barn ikke er involvert, særlig hvor en part kun har foreldreansvar eller mer begrenset samvær.

NIM mener at krav i saker mellom ektefeller og samboere som ikke gjelder rett til bolig etter omstendighetene kan ha en avgjørende velferdsmessig betydning, og slik sett anses for å være viktige i konvensjonens forstand. I tillegg mener NIM at særlig saker om retten til bolig etter omstendighetene kan være såpass viktig at det vil tale i retning av at det ikke bare gis fritt rettsråd, men også fri sakførsel.

II. Sakens kompleksitet (*«the complexity of the relevant law and procedure»*)

EMD anlegger et bredt perspektiv ved vurderingen av hvor komplisert saken er og foretar helt konkrete vurderinger av kompleksiteten i prosessuelle og materielle temaer, bevisteamene og bevisføringen samt omfanget av saken.²² Vurderingen har nær sammenheng med spørsmålet om partens evne til å representere seg selv.

Saken *Santambrogio mot Italia*, 21.10.2004 (sak 61945/00) gjaldt spørsmål om staten hadde positiv plikt til å gi tilgang på fri sakførsel i sak som blant annet gjaldt økonomisk oppgjør mellom ektefeller. Staten hadde etter en økonomisk behovsprøving gitt avslag på søknad om fri rettshjelp. EMD kom til at dette var en begrensning som falt innenfor statens skjønnsmargin. Det ble også vist til at klageren hadde vært bistått av advokat i saken, finansiert av nær familie. EMD legger imidlertid til grunn følgende i avsnitt 57 (kun på fransk):

Or, même si la loi italienne ne prescrit pas la représentation par un avocat comme obligatoire dans toutes les procédures de divorce, il est indéniable qu'en principe ces dernières peuvent soulever des questions de fait et de droit complexes, surtout en ce qui concerne les rapports patrimoniaux entre époux.

EMD viser her til at saker om økonomisk oppgjør mellom ektefeller, spesielt saker som gjelder rettigheter i eiendom, kan reise komplekse faktiske og rettslige spørsmål. På bakgrunn av det som fremgår i avgjørelsen om temaene i den underliggende saken, fremstår de ikke mer komplekse enn temaene som regelmessig kan være aktuelle i norsk rett.

Saker om økonomisk oppgjør mellom ektefeller og samboere har noen fellestemaer, men de er i utgangspunktet gjenstand for grunnleggende ulik regulering. Sakstypene kan innbefatte en rekke ulike typer krav og derav en rekke ulike rettslige og faktiske vurderingstemaer, og kompleksiteten vil variere fra sak til sak.

Vi kan ikke gå detaljert inn i en vurdering av hvor komplekse slike saker kan være. Det er likevel grunn til å nevne at i tilfellene som ble skissert under punkt I ovenfor, hvor en part er uten inntekt, og den

²² Se f.eks. *Steel og Morris mot Storbritannia*, 15.2.2005 (sak 68416/01), avsnitt 64 – 66, *Airey mot Irland*, 9.10.1979 (sak 6289/73).

andre parten formelt innehar samtlige rettighetsposisjoner, typisk vil kunne oppstå spørsmål om indirekte bidrag som grunnlag for erverv av eiendomsrett, særlig hvis samlivet har vært mer langvarig. Dette er et område som i stor grad er ulovfestet og som kan innebære omfattende bevisførsel om til dels kompliserte økonomiske forhold. I saker mellom tidligere ektefeller kan det også i denne sammenhengen, eller separat, oppstå spørsmål om skjevdeling, revisjon eller tilsidesettelse av ektepakter, mv. Dette er temaer som kan foranledige kompliserte faktiske og rettslige spørsmål. For ektefeller kan også reglene om naturalutlegg by på vanskelige vurderinger. En annen omstendighet for ektefelleboer er at de materielle reglene legger opp til et fordelingsoppgjør av den samlede formuesmassen, som medfører at det ofte vil oppstå flere og helt ulike rettslige og faktiske temaer. Dette i motsetning til samboeroppgjør, hvor oppgjøret i utgangspunktet skjer på grunnlag av alminnelige tingsrettslige og obligasjonsrettslige regler, men som for så vidt også kan fremstå utilgjengelige og vanskelig håndterbare.

Prosessuelt kan begge sakstyper behandles etter tvisteloven. Saker om ektefelleoppgjør kan også behandles etter skifteloven, hvoretter de sentrale reglene i tvisteloven får anvendelse ved behandlingen av skiftetvister. For så vidt gjelder kompleksiteten er det en relevant forskjell om sakene behandles etter reglene om småkravprosess eller allmennprosess.²³

NIM mener etter dette at saker om økonomisk oppgjør mellom ektefeller og samboere i praktiske tilfeller kan anses kompliserte i konvensjonens forstand.

III. Partens evne til å representere seg selv (*«the applicant's capacity to represent him or herself effectively»*)

Det er sakens betydning og kompleksitet som danner utgangspunktet for vurderingen om parten er i stand til å føre saken på egenhånd.²⁴ Vurderingen beror på subjektive og objektive momenter, blant annet partens individuelle forutsetninger, rammeverk som bidrar til at parten skal kunne ivareta sine interesser på egenhånd, særlige forhold ved sakstypen, og forhold på motpartens side.

Hva som nærmere ligger i at parten må være i stand til å føre saken effektivt, er i noen grad presisert i *P., C. og S. mot Storbritannia*, avsnitt 91:

(...) a party in civil proceedings must be able to participate effectively, inter alia, being able to put forward the matters in support of his or her claims.

Det sentrale er om parten er i stand til å ivareta sine interesser i de ulike ledd av saksbehandlingen på en slik måte at domstolsbehandlingen samlet sett blir rettferdig.²⁵

EMD vurderer partens individuelle forutsetninger og evne til å føre saken på egenhånd. Saken *McViar mot Storbritannia*, avsnitt 53, er illustrerende:

However, the Court notes that the applicant was a well-educated and experienced journalist who would have been capable of formulating cogent argument. His position in this respect can be contrasted with that of the applicant in Airey.

Til sammenligning vises det i *Airey mot Storbritannia* til at klageren var *«from a humble family background»* og ellers ikke hadde livserfaringer som tilsa at hun kunne føre en retts sak effektivt på

²³ Dersom saken behandles etter reglene om småkravprosess vil tvistesummen, jf. tvisteloven § 10-1, normalt tilsi at saken heller ikke kan anses spesielt viktig i konvensjonens forstand. En viktig forskjell mellom prosessformene er preklusjonsreglene i tvisteloven § 9-16.

²⁴ *Steel og Morris mot Storbritannia*, 15.2.2005 (sak 68416/01), avsnitt 67.

²⁵ *N.J.D.B. mot Storbritannia*, 27.1.2016 (sak 76760/12), avsnitt 74.

egenhånd (avsnitt 24, jf. avsnitt 8). Det vil selvsagt også være av betydning om parten har sårbarheter som gjør vedkommende spesielt lite skikket til å ivareta egne interesser, for eksempel psykiske sykdom.²⁶

Veiledningsplikten i tvisteloven § 11-5 skal bidra til at selvprosederende parter kan ivareta sine interesser. Innholdet i veiledningen er imidlertid begrenset ved at retten ikke må fremstå partisk.²⁷ Det sentrale etter EMK art. 6 nr. 1 er at parten effektivt skal kunne føre saken og ivareta sin partsinteresse. For dette formålet blir veiledning innholdsmessig og funksjonelt mindre egnet enn rettshjelp i form av advokatbistand. EMD har særlig lagt vekt på muligheten for veiledning fra retten hvor parten samtidig har hatt tilgang på fri rettshjelp i mer begrenset omfang.²⁸ Det beror på de konkrete omstendighetene i saken om og i hvilken grad veiledning bidrar til å sikre at parten er i stand til å føre saken effektivt på egenhånd.

EMD har flere ganger fremhevet at det i familiesaker er særegne omstendigheter som spesielt tilsier at det nødvendige virkemiddelet er bistand fra prosessfullmektig under hovedforhandling.²⁹ Dette ble først lagt til grunn i *Airey mot Irland*, avsnitt 24:

What is more, marital disputes often entail an emotional involvement that is scarcely compatible with the degree of objectivity required by advocacy in court.

Synspunktet er at denne typen saker ofte innebærer en emosjonell dimensjon som gjør partene mindre egnet til å føre saken effektivt på egenhånd. Momentet henspiller direkte på evnen til å opptre under rettergang og vil generelt tale for at det gis fri sakførsel, også hvor retten tilbyr veiledning.³⁰

En parts evne til å representere seg selv effektivt har også en side mot prinsippet om *equality of arms*. Den relevante standarden er artikulert slik i *N.J.D.B. mot Storbritannia*, avsnitt 72:

(...) it is not incumbent on the State to seek through the use of public funds to ensure total equality of arms between the assisted person and the opposing party, as long as each side is afforded a reasonable opportunity to present his or her case under conditions that do not place him or her at a substantial disadvantage vis-a-vis his adversary.

Dersom saken er mer komplisert, parten har svake personlige forutsetninger for å føre saken selv og er emosjonelt involvert i tvisten, kan vedkommende ha en «*substantial disadvantage*» hvis motparten er representert ved advokat.³¹ At motparten er representert ved advokat kan medføre at fri advokatbistand blir uunnværlig, selv om det ellers ikke ville vært det.

På bakgrunn av det foregående, og med utgangspunkt i at saker om økonomisk oppgjør mellom ektefeller kan ha stor velferdsmessig betydning og reise kompliserte faktiske og rettslige spørsmål, mener NIM at det fremstår relativt praktisk at en part i slike saker ikke vil kunne representere seg selv effektivt for retten.

²⁶ Nenov mot Bulgaria, 16.7.2009 (sak 33738/02), avsnitt 48 – 52 (kun på fransk).

²⁷ Tvisteloven § 11-5 (6) og (7), jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 406 - 407.

²⁸ A mot Storbritannia 17.12.2002 (sak 35373/97), avsnitt 97, og McVicar mot Storbritannia, 7.5.2002 (sak 46311/11) avsnitt 54.

²⁹ Se også McVicar mot Storbritannia, 7.5.2002 (sak 46311/11) avsnitt 49 og Laskowska mot Polen, 13.3.2007 (sak 77765/01), avsnitt 51.

³⁰ Airey mot Irland, 9.10.1979 (sak 6289/73), avsnitt 24 og P., C. og S mot Storbritannia, 16.10.2002 (sak 56547/00), avsnitt 89.

³¹ Sml. Airey mot Irland, 9.10.1979 (sak 6289/73), avsnitt 24.

4.2 Begrensninger i tilgangen på fri rettshjelp og statens skjønnsmargin

Utgangspunktet er at staten har positiv plikt til å gi tilgang på den rettshjelp som er uunnværlig for effektiv domstolsprøving i den enkelte sak. Plikten er imidlertid ikke ubetinget, og staten kan begrense tilgangen på fri rettshjelp innenfor en viss skjønnsmargin. Vi viser i denne sammenheng til *Laskowska mot Polen*, 13.3.2007 (sak 77765/01), avsnitt 51:

The Court recalls that the right of access to a court is not absolute and may be subject to legitimate restrictions. Where an individual's access is limited either by operation of law or in fact, the restriction will not be incompatible with Article 6 where the limitation did not impair the very essence of the right and where it pursued a legitimate aim, and there was a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved (...). It may therefore be acceptable to impose conditions on the granting of legal aid based, inter alia, on the financial situation of the litigant or his or her prospects of success in the proceedings (...)

Dette er samme norm som gjelder for adgangen til å begrense adgangen til domstolsprøving generelt.³² Staten kan begrense tilgangen på fri rettshjelp i den utstrekning det ikke griper inn i kjernen av retten til domstolsprøving og begrensningen ivaretar et legitimt formål som er forholdsmessig. Herunder kan staten fastsette begrensende vilkår for fri rettshjelp; EMD har blant annet akseptert begrensninger i form av økonomisk behovsprøving og nektelse av rettshjelp i saker som åpenbart ikke kan føre frem, såfremt det foreligger rettssikkerhetsgarantier som sikrer mot vilkårlighet.³³

Endringsforslaget innebærer en faktisk begrensning i retten til effektiv domstolsprøving av saker om ektefelle- og samboeroppgjør, med unntak for sakene som er nevnt i forslaget til endringer i § 11, forutsatt at fritt rettsråd i det enkelte tilfellet da er tilstrekkelig for å sikre effektiv domstolsprøving. Slik NIM forstår høringsnotatet er den overordnede målsetningen med endringsforslagene innsparinger og mer effektiv bruk av ressurser.³⁴

Begrensningen knytter seg til selve sakstypen og gjelder i tillegg til inntekts- og formueskravene, og vilkåret om at det ikke er urimelig at det offentlige dekker bistanden.³⁵

Formuerettslige tvister mellom tidligere ektefeller og samboere er i kjerneområdet for retten til prøving av «civil rights and obligations».³⁶ Den foreslåtte innskjerpingen medfører isolert sett at en større gruppe privatrettslige krav kategorisk unntas fra domstolsprøving som samsvarer med EMK art. 6 nr. 1 i tilfellene hvor fri rettshjelp er uunnværlig, jf. punkt 4.1 ovenfor. Personer uten økonomisk evne til å engasjere nødvendig juridisk bistand vil da kunne være uten mulighet til å bringe inn nasjonalt anerkjente privatrettslige krav for en domstol. Under disse forutsetningene mener NIM at endringsforslaget isolert sett medfører et inngrep i «the very essence of the right».³⁷

³² FRA/ECtHR, *Handbook on European law relating to access to justice*, 2016, s. 112.

³³ Se Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 Right to a Fair Trial (civil limb)*, 2013, s. 17, FRA/ECtHR, *Handbook on European law relating to access to justice*, 2016, s. 63 – 64, og Kjølbro, *Den europæiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 3. utgave, 2010, s. 387 – 388, samt Del sol mot Frankrike, 26.2.2002 (sak 46800/99), avsnitt 23 – 27 og Foltis mot Tyskland, 30.6.2016 (sak 56778/10), avsnitt 37.

³⁴ Høringsnotatet punkt 1 og 5.2.

³⁵ Rettshjelpforskriften § 1-1 og rettshjelploven § 16, siste ledd (kun for fri sakførsel).

³⁶ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, 2015, s. 412.

³⁷ Kjølbro, *Den europæiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 3. utgave, 2010, s. 387 – 388, The Holy Monasteries mot Hellas, 9.12.1994 (sak 13092/87; 13984/88), Jones m.fl. mot Storbritannia 14.1.2014 (sak 34356/06; 40528/06), Santambrogio mot Italia, 21.10.2004 (sak 61945/00)

5. Konklusjoner og forslag

Gjeldende rett gir tilgang på rettshjelp i saker om økonomisk oppgjør mellom ektefeller og samboere, utover det som følger av statens positive plikt etter EMK art. 6 nr. 1. Det er følgelig rom for å innskrenke tilgangen på fri rettshjelp i slike saker. NIM mener imidlertid at statens positive forpliktelse til å gi tilgang på rettshjelp i praktiske typetilfeller vil gå lenger enn det som kommer til uttrykk i endringsforslaget.

NIM mener at det praktiske hovedproblemet med endringsforslaget er at sakstypen ikke skal være prioritert for fri sakførsel. Som nevnt innledningsvis vil EMK art. 6 nr. 1, jf. menneskerettsloven § 3 kunne utgjøre selvstendig grunnlag for fri sakførsel. Rettshjelploven § 16, 3 ledd kan i en viss utstrekning lede til samme resultat.³⁸ Med utgangspunkt i rettshjelplovens systematikk med angivelse av sakstyper, og av hensyn til at rettshjelploven bør være informativ og gi forutberegnelighet, mener NIM at det vil være lite tilfredsstillende at tilgang på fri sakførsel i saker om ektefelle- og samboeroppgjør skal bygge på forannevnte grunnlag.

NIM mener at innskjerpingen bør utformes slik at den i rimelig grad overensstemmer med og konkretiserer minimumsstandarden i EMK art. 6 nr. 1. For å oppnå dette foreslår NIM følgende for så vidt gjelder sakstype og rettshjelpsform:

Sakstype

- Sløyfe vilkåret om foreldreansvar for barn under 18 år (**punkt 4.1 I.**)
- Presisere at krav som gjelder retten til bolig også omfatter fastsettelse av eiendomsrett og sameieandel, og at det er tilstrekkelig at en partene formelt er eier av boligen (kan gjøres i forarbeidene) (**punkt 2**)
- Gi tilgang på rettshjelp hvor partene ikke eier bolig, men har annen akkumulert formue og det pretenderte kravet har stor velferdsmessig betydning (**punkt 4.1 I**)

Rettshjelpsform

- Gi tilgang på fri sakførsel i forannevnte sakstyper, forutsatt at sakene behandles etter reglene om allmennprosess (**punkt 4.1 II-III**)
- Tilgangen på fri sakførsel kan gjøres betinget av at søkeren har fremsatt et materielt rimelig forlikstilbud, eller at partene har forsøkt en form for mekling (**punkt 4.2**)
- Det kan legges opp til at det skal bero på en mer konkret vurdering om fri sakførsel skal innvilges, med utgangspunkt i momentene under punkt 4. NIM mener at vurderingen i så fall bør presiseres for den aktuelle sakstypen og at de sentrale momentene bør angis i lovteksten (**punkt 4.1 I-III**)

De ovennevnte punktene er ment som innspill til hvordan innskjerpingen kan harmoneres med den positive plikten etter EMK art. 6 nr. 1. Vi bemerker imidlertid at de strukturelle ulikhetene i vurderingen etter EMK art. 6 nr. 1 og oppbyggingen av rettshjelploven, gjør det vanskelig å oppnå en fullstendig kongruent harmonisering som samtidig er rimelig presis.

³⁸ Det er uklart hvor langt denne bestemmelsen isolert sett vil rekke hvis lovgiver, med den begrunnelsen som er angitt i høringsnotatet, tar et eksplisitt standpunkt om at sakstypen ikke skal være prioritert for fri sakførsel.

Hovedanliggendet for NIM er å belyse at endringsforslaget kan komme i et problematisk forhold til statens positive plikt etter EMK art. 6 nr. 1, og vi håper at vår redegjørelse og vurdering kan være til hjelp i det videre lovarbeidet.

Med vennlig hilsen,

Petter F. Wille

Direktør