



Justis- og beredskapsdepartementet  
Sendt per e-post til  
[postmottak@jd.dep.no](mailto:postmottak@jd.dep.no)

**Deres referanse:**  
**Vår referanse:** 2019/00305  
**Dato:** 29/08/2019

## Gjennomføringen av retten til effektivt rettsmiddel

### 1. Innledning og oppsummering

Norges institusjon for menneskerettigheter («NIM») har som hovedoppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivningen, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig. NIM skal blant annet gi råd til Stortinget, regjeringen og andre offentlige organer om gjennomføringen av menneskerettighetene i Norge. Med dette er det blant annet NIMs oppgave å påpeke utredningsbehov og behov for lovgivningstiltak for å styrke den nasjonale gjennomføringen av menneskerettighetene.

Gjennomføringen av retten til effektivt rettsmiddel i nasjonal rett reiser flere problemstillinger. Det gjelder blant annet tilgangen på effektivt rettsmiddel, prosessuelle krav til behandlingen av påstander om rettighetsbrudd og hvilken reparasjon som skal kunne gis dersom det foreligger en rettighetskrenkelse. I dette brevet tar vi kun opp én del av det siste spørsmålet; erstatning for ikke-økonomisk tap som følge av rettighetskrenkelser.

NIM har gjennomgått den nasjonale gjennomføringen av retten til effektivt rettsmiddel. I arbeidet har vi konsultert fagpersoner, offentlige organer og sivilsamfunnet.<sup>1</sup> Vi har også møtt lederen og sekretæren for den svenske *Kommittén om skadestånd vid överträdelser av grundlagsskyddade fri- och rättigheter*, som blant annet utreder spørsmålet om å innføre en bestemmelse om oppreisningserstatning for krenkelser av rettigheter i regeringsformen, en av Sveriges fire grunnlover.<sup>2</sup> Som vi kommer tilbake til, er det i svensk rett allerede en bestemmelse om oppreisningserstatning for EMK-krenkelser.

---

<sup>1</sup> Statens sivilrettsforvaltning, Stiftelsen Rettferd for taperne, Michael Reiertsen, Marius Emberland og David Myhr.

<sup>2</sup> Komiteen er oppnevnt av den svenske regjeringen ved Dir. 2018:92. Vi møtte komiteens leder, justitieråd og ordfører i Högsta domstolen Anders Eka, og utredningssekretær Jacob Aspegren. Komiteen skal levere sin utredning senest 31. mars 2020.

På bakgrunn av våre undersøkelser og vurderinger, fremmer NIM følgende anbefaling til regjeringen v/Justis- og beredskapsdepartementet:

**Regjeringen v/ Justis- og beredskapsdepartementet bør utrede rekkevidden av statens plikt til å gi erstatning for ikke-økonomisk tap for rettighetskrenkelser etter Grunnloven, EMK, SP og eventuelle andre menneskerettighetsinstrumenter. På bakgrunn av dette bør departementet utrede og eventuelt fremme forslag om lovregulering av erstatning for ikke-økonomisk tap som følge av menneskerettighetskrenkelser.**

I det følgende begrunner vi anbefalingen. I punkt 2 redegjør vi for retten til effektivt rettsmiddel, med hovedvekt på kravene til reparasjon. I punkt 3 vurderer vi noen problemer med dagens gjennomføring i norsk rett. Eksempler fra svensk og britisk rett som viser hvordan retten til effektivt rettsmiddel kan gjennomføres i nasjonal rett, behandles i punkt 4. Avslutningsvis i punkt 5 sammenfatter vi begrunnelsen for vår anbefaling og skisserer enkelte problemstillinger den aktualiserer.

Dette brevet har ikke som mål å gi en uttømmende redegjørelse for den nasjonale gjennomføringen av kravene til reparasjon som inngår i retten til effektivt rettsmiddel og problemstillingene dette reiser. Vi begrenser oss til å fremheve hovedtrekk og enkelte gjennomføringsproblemer som tilsier at departementet bør foreta en utredning med sikte på mulige lovgivningstiltak. NIM stiller seg til disposisjon for dialog med departementet om den videre oppfølgingen.

## **2. Retten til effektivt rettsmiddel**

### *2.1. Generelt*

Retten til effektivt rettsmiddel følger av konvensjoner som er inkorporert med forrang i menneskerettsloven av 1999. I EMK art. 13 fremgår følgende:

*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*

Tilsvarende følger av SP art. 2, nr. 3, hvor det blant annet fremgår at staten skal “ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy”. Av bestemmelsen følger det videre at påstander om rettighetskrenkelser og reparasjon skal kunne kreves avgjort av en kompetent myndighet.<sup>3</sup>

Hovedelementene i begge bestemmelsene er at staten må sikre at borgerne har effektiv tilgang på en nasjonal myndighet som kan prøve påstander om krenkelser av rettigheter

---

<sup>3</sup> SP art. 2, nr. 3, bokstav a og b.

etter konvensjonene, og at eventuelle krenkelser kan bli reparert på en passende måte. Begge bestemmelsene er inspirert av art. 8 i FNs menneskerettighetserklæring, hvor det fremgår at enhver har rett til et effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå, mot krenkelser av lovbestemte og konstitusjonelle fundamentale rettigheter.<sup>4</sup>

Retten til effektivt rettsmiddel kan også ses i sammenheng med folkerettens alminnelige regler om statsansvar, hvor grunnprinsippene for reparasjon av folkerettsbrudd har likhetstrekk med kravene til reparasjon av menneskerettighetskrenkelser på nasjonalt nivå.<sup>5</sup> Den særlige reguleringen av effektivt rettsmiddel i enkelte menneskerettighetskonvensjoner kan dermed ses som utslag av at konvensjonene tilsikter å beskytte statens borgere, som i utgangspunktet ikke kan påberope seg de alminnelige folkerettslige reglene om statsansvar.

Retten til effektivt rettsmiddel blir dermed en komponent i statens generelle plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene på nasjonalt nivå.<sup>6</sup> For at menneskerettighetene skal kunne håndheves av den enkelte rettighetshaver, må staten påse at den enkelte på nasjonalt nivå har tilgang til et uavhengig organ som kan prøve og med bindende virkning ta stilling til og reparere rettighetskrenkelser.<sup>7</sup> Det er i stor grad opp til staten selv hvordan dette kravet ivaretas.

Avgjørelsesorganet må ha kompetanse til å kunne fastsette en passende reparasjon av rettighetskrenkelsen. Hvilken reparasjon som kreves beror på de nærmere omstendighetene i saken. Staten har stor skjønnsmargin i spørsmålet om hvilken reparasjon som er passende.<sup>8</sup> Utgangspunktene er ganske tilsvarende etter EMK og SP. For at rettsmiddelet skal være effektivt, må det være egnet til å forhindre en fremtidig eller fortsatt krenkelse. For krenkelser som allerede har funnet sted, og som ikke kan avverges eller stanses, må det kunne gis en form for kompensasjon. Etter omstendighetene vil kompensasjonen måtte bestå i erstatning for ikke-økonomisk tap.<sup>9</sup>

Grunnloven har ikke en generell bestemmelse om retten til effektivt rettsmiddel. Sentrale elementer i retten til effektivt rettsmiddel er likevel ivaretatt på konstitusjonelt nivå

---

<sup>4</sup> Schabas s. 546-550; FNs menneskerettighetserklæring art. 8 har følgende ordlyd: «*Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law.*» Menneskerettserklæringen er ikke rettslig bindende, men en rekke bindende menneskerettsinstrumenter er utledet av erklæringen.

<sup>5</sup> International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, art. 30 - 31.

<sup>6</sup> Grunnloven § 92, EMK art. 1 og SP art. 2; Sarah Joseph og Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, 3. utgave, Oxford University Press 2013, s. 867.

<sup>7</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 83.

<sup>8</sup> Michael Reiertsen, *The European Convention on Human Rights Article 13*, Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo, no 106, 2017, s.

<sup>9</sup> Jon Fridrik Kjølbro, *Den europeiske menneskerettighetskonvention – for praktikere*, 2. utgave, København 2005, s. 746; Menneskerettighetskomiteen, General Comment No. 31, 29. mars 2004, avsnitt 16; Rt-2006-577.

gjennom domstolenes prøvingsrett, retten til domstolprøving og statens plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene i Grunnloven og internasjonale konvensjoner som er bindende for Norge.<sup>10</sup> Høyesterett har i enkelte saker også henvist til Grunnloven § 92 sammen med EMK art. 13, og i noen tilfeller også SP art. 2, nr. 3, som grunnlag for reparasjon av menneskerettskrenkelser.<sup>11</sup>

Enkelte rettighetsbestemmelser har særreguleringer av retten til effektivt rettsmiddel. Eksempler på dette er EMK art. 5 og SP art. 9, som fastsetter at den som har vært urettmessig fengslet har krav på kompensasjon. En variant av dette følger også av Grunnloven § 94, siste ledd. Vi går ikke nærmere inn på disse bestemmelsene i det følgende.

## 2.2. Erstatning for ikke-økonomisk tap som følge av rettighetskrenkelse

### 2.2.1. Nærmere om EMK art. 13

Dersom en menneskerettskrenkelse har skjedd og ikke kan reverseres, følger det av EMK art. 13 at det må være mulig å fremme krav om en form for kompensasjon. Med inkorporeringen i menneskerettsloven av 1999, er det ganske klart at EMK art. 13 etter omstendighetene kan gi selvstendig grunnlag for å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap i norsk rett.<sup>12</sup>

Hvilken kompensasjon som anses passende etter EMK art. 13 beror i utgangspunktet på hvilken rettighet som er krenket, og de konkrete omstendighetene i saken.<sup>13</sup> I norsk rett er for eksempel konstatering av rettighetsbrudd og redusert straff ved domfellelse ansett som passende kompensasjon for lang straffesaksbehandling.<sup>14</sup> I andre sammenhenger kan det etter en konkret vurdering være nødvendig å kunne fremme krav om erstatning for ikke-økonomisk tap.<sup>15</sup> I noen tilfeller er det også den reelle hovedregelen at erstatning for ikke-økonomisk tap er en tilgjengelig reparasjonsform. Det gjelder særlig krenkelser av forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling i EMK art. 3 og retten til liv i EMK art. 2.<sup>16</sup>

---

<sup>10</sup> Grunnloven §§ 89, 92 og 95.

<sup>11</sup> Se, f.eks. Rt-2014-1105, Rt-2014-1292, Rt-2015-93 og HR-2016-2178-U

<sup>12</sup> Se f.eks. Rt-2006-577; Rt-2001-428 og TOSLO-2013-103468.

<sup>13</sup> Michael Reiertsen, *The European Convention on Human Rights Article 13*, Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo, no 106, 2017, s. 364-370; Henrik Vaaler, *Lov og rett*, vol. 56, 5, 2017, s. 303-308.

<sup>14</sup> Se f.eks. HR-2016-225-S; i det noe spesielle saksforholdet i Rt-2006-577 var ikke reduksjon i straff et egnet virkemiddel og det ble derfor tilkjent erstatning for ikke-økonomisk tap.

<sup>15</sup> Se bl.a. Henrik Vaaler, *Lov og rett*, vol. 56, 5, 2017, s. 301.

<sup>16</sup> Michael Reiertsen, *The European Convention on Human Rights Article 13*, Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo, no 106, 2017, s. 364-365.

EMD har lagt til grunn at erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap som utgangspunkt bør inngå blant statens virkemidler for å reparere rettighetskrenkelser:<sup>17</sup>

*“in appropriate cases, compensation for the pecuniary and non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as part of the range of redress.”*

Praksis fra EMD gir grunnlag for å utlede enkelte utgangspunkter om hvilke rettighetskrenkelser og hvilke nærmere omstendigheter som kan betinge erstatning for ikke-økonomisk tap.<sup>18</sup> De nærmere detaljene går vi ikke nærmere inn på her.

I utgangspunktet har staten en vid skjønnsmargin i utmålingen av erstatning for ikke-økonomisk tap. Staten må blant annet kunne begrunne utmålingsnivået i lys av nasjonal rettstradisjon, herunder liknende offentlige erstatningsordninger og de legislative vurderingene erstatning for ikke-økonomisk tap ellers bygger på i nasjonal rett.<sup>19</sup>

For øvrig må utmålingen skje etter en konkret vurdering. Erstatningen skal være passende. Det beror blant annet på krenkelsens karakter, herunder formålene med reparasjon i lys av krenkelsen, og på om den i tillegg er kompensert med andre tiltak.<sup>20</sup>

Generelt sett legger EMK art. 13 opp til at det i nasjonal rett bør være mulig å kreve at konvensjonskrenkelser etter omstendighetene repareres med erstatning for ikke-økonomisk tap. Dette utgangspunktet gir staten relativt vid skjønnsmargin i en rekke spørsmål, blant annet terskelen for at erstatning for ikke-økonomisk tap er nødvendig, herunder samordning med andre reparative tiltak, samt utmålingen av slik erstatning.

### 2.2.2. Nærmere om SP art. 2, nr. 3

Når det gjelder SP art. 2 nr. 3, fremgår følgende av Menneskerettighetskomiteens General Comment fra 2004:<sup>21</sup>

*“(…) the Committee considers that the Covenant generally entails appropriate compensation. The Committee notes that, where appropriate, reparation can involve restitution, rehabilitation and measures of satisfaction, such as public apologies, public memorials, guarantees of non-repetition and changes in relevant laws and practices, as well as bringing to justice the perpetrators of human rights violations.”*

---

<sup>17</sup> Anguelova v. Bulgaria (38361/97) avsnitt 161.

<sup>18</sup> Michael Reiertsen, *The European Convention on Human Rights Article 13*, Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo, no 106, 2017, s. 364-370; Henrik Vaaler, *Lov og rett*, vol. 56, 5, 2017, s. 304-308.

<sup>19</sup> Michael Reiertsen, *The European Convention on Human Rights Article 13*, Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo, no 106, 2017, s. 370-371.

<sup>20</sup> For en omfattende gjennomgang vises det til Michael Reiertsen, *The European Convention on Human Rights Article 13*, Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo, no 106, 2017, s. 370-381.

<sup>21</sup> Menneskerettighetskomiteen, General Comment No. 31, 29. mars 2004, avsnitt 16.

Etter SP er utgangspunktet at det gis en form for kompensasjon, men dette er ikke i alle tilfeller nødvendig eller tilstrekkelig. Også andre reparasjonsmåter kan være aktuelle.

Foruten dette er det i liten grad utpenslet i hvilke tilfeller det er nødvendig med kompensasjon, og hvilken type kompensasjon som må være tilgjengelig. Gitt at det i mange tilfeller ikke vil foreligge et økonomisk tap som følge av krenkelser av SP, og at andre typer kompensasjon enn pengeutbetalinger kan fremstå uegnet, må det nok legges til grunn at også SP etter omstendighetene krever at staten legger til rette for at borgerne kan få erstatning for ikke-økonomisk tap ved rettighetskrenkelser.

### **3. Gjennomføringen i norsk rett**

#### *3.1. Generelt*

Inndelingen av effektive rettsmidler på nasjonalt nivå kan grovsorteres ut fra om de forhindrer, stanser, gjenoppretter eller kompenserer for krenkelser som ikke kan gjenoprettes.<sup>22</sup>

Med retten til domstolprøving og domstolenes prøvingsrett, må ordinær lovgivning vike og forvaltningsvedtak anses ugyldige dersom de strider mot rettighetene i Grunnloven og menneskerettsloven. I mange tilfeller vil dette kunne gi mulighet for å hindre eller stanse rettighetskrenkelser. I tillegg er det en del uavhengige avgjørelsesorganer, f.eks. UNE, fylkesnemndene og kontrollkomisjonene, som på sine områder kan treffe avgjørelser som hindrer at krenkelser skjer, og etter omstendighetene bringe krenkelser til opphør. Disse er gjennomgående også mer tilgjengelige enn domstolene. På denne måten vil domstolene, og uavhengige særorganer på sine områder, kunne gi effektivt rettsmiddel i form av mulighet for å hindre eller stanse rettighetskrenkelser.

I det følgende skisserer vi grunntrekkene i systemet for reparasjon av krenkelser som har skjedd og ikke kan gjenoprettes.

#### *3.2. Offentlige særordninger for reparasjon av rettighetskrenkelser som har skjedd*

For reparasjon av krenkelser som allerede har skjedd er bildet fragmentert. I norsk rett finnes det flere offentlige særordninger som på sine avgrensede områder innebærer kompensasjon for tidligere krenkelser. Det er varierende i hvilken grad slike ordninger har en legislativ begrunnelse og innretning som tilsikter å ivareta menneskerettslige forpliktelser. Dermed er det også varierende i hvilken grad slike ordninger ivaretar retten til effektivt rettsmiddel på sitt område.

---

<sup>22</sup> Henrik Vaaler, Lov og rett, vol. 56, 5, 2017, s. 300.

En del av ordningene er etablert ved lov og forvaltes på statlig nivå. Eksempler er erstatning for enkelte krenkelser ved straffeforfølgning etter straffeprosessloven kapittel 31, og voldsoffererstatning. Andre ordninger har utviklet seg i praksis, f.eks. at domstolene gir straffereduksjon dersom en straffesak ikke avgjøres innen rimelig tid. Enkelte kommuner har ordninger som gir oppreisningserstatning for tidligere kritikkverdige forhold, f.eks. innenfor skole eller barnevern.<sup>23</sup>

I sammenhengen kan det også være grunn til å nevne Stortingets rettferdsvederlagsordning. Den går ut på at personer som har vært utsatt for skade eller ulempe som følge av kritikkverdige forhold fra statens side og ikke kan forfølge saken på andre måter, kan gis økonomisk oppreisning. Ordningen er utviklet gjennom Stortingets praksis. Den er ikke lovfestet og det er ingen som har krav på rettferdsvederlag. Med utspring i samme tilnærming, har også Stortinget etablert særordninger hvor det gis oppreisningserstatning i sakstyper som i utgangspunktet ikke omfattes av den generelle rettferdsvederlagsordningen. Dette gjelder f.eks. for enkelte tidligere barnevernsbarn, tater/romanifolk, samt for samer og kvener.<sup>24</sup>

Fellesnevneren for disse ordningene er at de innebærer en oppreisning for tidligere krenkelser i form av erstatning for ikke-økonomisk tap. På den måten ivaretar ordningene en del av de reparative hensynene som retten til effektivt rettsmiddel skal ivareta. Utover det er ordningene ganske forskjellige i både innretning og begrunnelse. Av ulike grunner er det videre slik at en rekke av disse ordningene neppe oppfyller vilkårene for effektivt rettsmiddel som følger av EMK og SP. Disse spørsmålene går vi ikke nærmere inn på her.

Flere irreversible og allerede oppståtte krenkelser av EMK, SP, eller korresponderende rettigheter i Grunnloven, omfattes ikke av de forannevnte eller andre særordninger. Et eksempel er saksforholdet i Rt-2013-588, hvor en kvinne over lang tid hadde vært utsatt for truende og skremmende forfølgelse fra en tidligere kjæreste og fikk medhold i at statens beskyttelsesplikt etter EMK art. 8 ikke var overholdt. I saken ble det kun tatt stilling til spørsmålet om krenkelse. Saksforholdet aktualiserer spørsmål om erstatning for ikke-økonomisk tap, men dette spørsmålet ble ikke behandlet av Høyesterett. I tilfellene som faller utenfor, eller hvor særordningene ikke oppfyller kravene til effektivt rettsmiddel, er man henvist til å påberope krenkelsen og den generelle retten til effektivt rettsmiddel overfor domstolene. Tilsvarende gjelder tilfeller hvor andre reparasjonsmåter ikke anses tilstrekkelige. Et eksempel er Rt-2006-577. I medhold av straffeprosessloven § 447 andre ledd og EMK art. 13 ble staten dømt til å kr 50 000,- i erstatning for ikke-økonomisk tap ved brudd på EMK art. 5 nr. 4 som følge av lang saksbehandlingstid.

---

<sup>23</sup> På bakgrunn av Innst. 79 S (2018-2019) vedtok Stortinget å ta initiativ overfor KS for å utarbeide en anbefaling om beste praksis for frivillige kommunale og fylkeskommunale erstatningsordninger. Bakgrunnen er at det er stor lokal variasjon i disse ordningene.

<sup>24</sup> <http://sivilrett.custompublish.com/saerordninger.357757.no.html>

### 3.3. Alminnelig erstatningsrett

Et utgangspunkt i norsk erstatningsrett er at erstatning for ikke-økonomisk tap forutsetter lovgrunnlag. Den alminnelige erstatningsretten gir trolig ikke grunnlag for oppreisningserstatning i alle tilfeller der det er påkrevd etter EMK art. 13 eller SP art. 2. Et hovedproblem er at både EMK og SP innebærer at staten kan bli ansvarlig for ikke-økonomisk tap uten at det foreligger kvalifisert skyld.<sup>25</sup> I utgangspunktet kan ikke staten begrense adgangen til å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap for krenkelser av EMK-rettigheter ved å oppstille vilkår om skyld.<sup>26</sup> Etter skadeerstatningsloven forutsetter slik erstatning grov uaktsomhet.<sup>27</sup> Oppreisningserstatning forutsetter også personskade, død eller bestemte straffbare forhold, som ikke nødvendigvis er konsekvensen av en konvensjonskrenkelse som gir grunnlag for oppreisningserstatning.<sup>28</sup> I tillegg kommer det at arbeidsgiveransvaret i skadeerstatningsloven § 2-1 kun gir grunnlag for erstatning for økonomisk tap.

### 3.4. Menneskerettsloven

Med inkorporeringen av EMK art. 13 og SP art. 2 i menneskerettsloven, kan det kreves erstatning for ikke-økonomisk tap direkte på grunnlag av de forannevnte konvensjonsbestemmelsene. Slike krav kan fremmes for domstolene. Retten til effektivt rettsmiddel i EMK og SP er imidlertid ikke tilpasset til å fungere som et direkte erstatningsgrunnlag i nasjonal rett. Bestemmelsene legger opp til en nærmere regulering på nasjonalt nivå. EMDs praksis gir noe veiledning, men bærer likevel preg av konkrete vurderinger av til dels ulikeartede reparasjonsordninger, som igjen er en konsekvens av at statene har en relativt vid skjønnsmargin når det gjelder innretningen av nasjonale reparasjonsordningene. Hvis konvensjonsbestemmelsene brukes som direkte grunnlag for erstatning, blir derfor rettstilstanden uklar og lite forutberegnelig. Illustrerende i denne sammenhengen er Oslo tingretts dom i den såkalte «glattcellesaken». Retten konstaterte at det ikke forelå noen veiledning for utmåling av oppreisningserstatning etter EMK art. 13, hverken i EMDs praksis eller i nasjonale rettskilder. På tilsynelatende fritt grunnlag utmålte retten erstatningen til kr 25 000,-. I tillegg til spørsmålet om utmåling, er det også i mange tilfeller uklart når erstatning for økonomisk tap er nødvendig, herunder forholdet til andre reparasjonsformer.

---

<sup>25</sup> Osman v. Storbritannia (87/1997/871/1083), avsnitt 116; Michael Reiertsen, *The European Convention on Human Rights Article 13*, Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo, no 106, 2017, s. 366.

<sup>26</sup> Michael Reiertsen, *The European Convention on Human Rights Article 13*, Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo, no 106, 2017, s. 366.

<sup>27</sup> Skadeerstatningsloven § 3-5.

<sup>28</sup> Se Henrik Vaaler, *Lov og rett*, vol. 56, 5, 2017, s. 314-316 for en nærmere beskrivelse av problemene med skadeerstatningsloven § 3-5.



### 3.5. Kort om Grunnloven

Grunnloven har som nevnt ikke en generell bestemmelse om reparasjon av rettighetskrenkelser tilsvarende EMK art. 13 og SP art. 2. I saker om reparasjon av menneskerettskrenkelser har Høyesterett likevel i en del saker vist til statens generelle plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene i Grunnloven § 92, sammen med EMK art. 13 og i noen tilfeller SP art. 2.<sup>29</sup>

En videre utvikling synes markert med HR-2018-1909-A. Saken gjaldt spørsmål om brudd på uskyldspresumsjonen. Høyesterett vurderte spørsmålet med utgangspunkt i Grunnloven § 96 andre ledd, og kom til at uskyldspresumsjonen var krenket. Videre kom Høyesterett til at denne krenkelsen måtte repareres. I stedet for å oppheve lagmannsrettens dom, reparerte Høyesterett krenkelsen ved å konstatere brudd på uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96.<sup>30</sup> Dette kan peke i retning av at Høyesterett innfortolker en reparasjonslære i tilknytning til menneskerettighetene i Grunnloven, tilsvarende som i EMK. Hvordan dette stiller seg med andre reparasjonsformer, herunder erstatning for ikke-økonomisk tap, er foreløpig uavklart.

### 3.6. Oppsummering

I norsk rett er det sektoravgrensede ordninger som kan reparere tidligere feil og krenkelser fra statens side. Det varierer hvor godt disse ordningene ivaretar menneskerettslige krav til effektivt rettsmiddel. På områder der særordninger ikke finnes, vil alminnelige erstatningsrettslige regler ofte kunne komme til kort. Da må krav påberopes direkte på grunnlag av konvensjonsrettigheter og retten til effektivt rettsmiddel. Under hvilke omstendigheter et slikt krav vil kunne føre frem, og hvilken erstatning for ikke-økonomisk tap det vil kunne gi grunnlag for, er i mange tilfeller uklart.

## 4. Utenlandsk rett

### 4.1. Innledning

I det følgende vil vi kort skissere hvordan retten til erstatning og oppreisningserstatning for krenkelser av EMK er gjennomført på nasjonalt nivå i Sverige og Storbritannia. Eksemplene viser ikke bare at lovfesting er praktisk gjennomførbart, men viser også at lovfesting muliggjør tilpasninger til nasjonal rettstradisjon og avklaringer av forholdet mellom ulike reparasjonsformer.

---

<sup>29</sup> Se, f.eks. Rt-2014-1105, Rt-2014-1292, Rt-2015-93 og HR-2016-2178-U.

<sup>30</sup> HR-2018-1909-A, avsnitt 66.

## 4.2. Svensk rett

I svensk rett innførte man i 2018 i Skadeståndlagen kap. 3 § 4 en bestemmelse om skadeerstatning og oppreisningserstatning for rettighetskrenkelses etter EMK.<sup>31</sup>

*Staten eller en kommun ska ersätta*

- 1. personskada, sakskada, ren förmögenhetsskada och skada på grund av att någon kränks på sätt som anges 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. Lag (2018:23).*

Bestemmelsen fastsetter at staten eller kommunen skal erstatte økonomisk tap og gi erstatning for ideell skade som følge av krenkelse av skadelidtes rettigheter etter EMK. Erstatning skal bare gis i den utstrekning det er nødvendig for å reparere krenkelsen. Nødvendighetskriteriet medfører at det ikke gis oppreisning dersom det allerede er gitt passende reparasjon eller det finnes andre former for reparasjon som er tilstrekkelige, f.eks. gjennom særordninger eller konstatering av krenkelse.<sup>32</sup> Følgelig har ordningen et subsidiært preg.

I lovens kapittel 5 § 8, følger det videre at erstatning for ideell skade skal utmåles på grunnlag av hva som er rimelig med hensyn til overtredelsens art og omstendighetene for øvrig. Det er videre presisert at erstatningsnivået skal tilpasses erstatningsnivået på tilgrensende områder som har likhetstrekk.<sup>33</sup>

Lovfestingen har særlig utspring i at svensk høyesterett i en rekke avgjørelser har tilkjent oppreisningserstatning for krenkelses av EMK-rettigheter. Slik sett innebærer den langt på vei en kodifisering av praksis, men med enkelte justeringer og presiseringer.

Fordi svensk høyesterett også har tilkjent oppreisningserstatning for krenkelses av rettigheter i regeringsformen, er et nytt lovarbeid nå i gang, hvor det vurderes om bestemmelsen i Skadeståndlagen bør utvides til også å gjelde krenkelse av andre rettigheter enn de som følger av EMK.

---

<sup>31</sup> <https://lagen.nu/1972:207>

<sup>32</sup> Prop. 2017/18:7 s. 22-26.

<sup>33</sup> Prop. 2017/18:7 s. 36.

Innføringen av en egen bestemmelse for erstatning og oppreisningserstatning i Skadetåndslagen er basert på en del av de samme forutsetningene og premisene som i dag foreligger i norsk rett. NIM antar derfor at det svenske lovarbeidet kan gi relevante argumenter og ideer til hvordan en tilsvarende løsning eventuelt kan innføres i norsk rett.

#### 4.3. *Britisk rett*

En lignende, men noe mer generell lovfesting av retten til effektivt rettsmiddel etter EMK, finnes i den britiske Human Rights Act sec. 8.<sup>34</sup>

Utgangspunktet etter bestemmelsen er at retten, dersom den kommer til at det foreligger krenkelse av EMK, kan gi «relief or remedy, or make such order, (...) as it considers just and appropriate». For å kunne gi erstatning, må retten komme til at det er «necessary» alle forhold tatt i betraktning, herunder andre rettsfølger av krenkelsen.

Utmåling av erstatning eller oppreisning skal skje på grunnlag av prinsippene EMD har lagt til grunn ved anvendelsen av EMK art. 41. Denne bestemmelsen gjelder EMDs kompetanse og gir domstolen folkerettslig grunnlag for å tilkjenne erstatning. Erstatningsnivået på nasjonalt nivå, som ivaretar EMK art. 13, må ikke nødvendigvis være sammenfallende med erstatning EMD vil utmåle i medhold av art. 41.<sup>35</sup> Å fastsette erstatning med utgangspunkt i EMDs praksis om EMK art. 41 er en mulig, men ikke nødvendig løsning i intern rett. Den britiske rettstradisjonen avviker mer fra vår rettstradisjon enn den svenske. Det kan derfor være sider ved den britiske ordningen som gjør den mindre egnet som idekilde til en norsk modell. Det er likevel verdt å merke seg at bestemmelsen har noen komponenter som svarer til den svenske, og som særlig bidrar til å ivareta forholdet til andre rettsfølger enn erstatning og oppreisningserstatning.

### 5. **Nærmere om bakgrunnen for anbefalingen og videre utredningsbehov**

Retten til effektivt rettsmiddel i EMK og SP er ikke tilpasset til å fungere som et direkte erstatningsgrunnlag i nasjonal rett. Selv om det i norsk rett etter omstendighetene kan kreves erstatning for ikke-økonomisk tap på grunnlag av EMK art. 13 og SP art. 2, fremstår rettstilstanden uklar og lite forutberegnelig. Dette gjelder blant annet spørsmål om når oppreisningserstatning er nødvendig, forholdet til andre reparasjonsformer og utmålingen av erstatning for ikke-økonomisk tap. Det er også slik at erstatning for ikke-økonomisk tap i medhold av menneskerettsloven kan skape enkelte problemer i integreringen med alminnelig erstatningsrett.

Uten lovgivningstiltak vil disse spørsmålene trolig bli avklart av domstolene, slik tilfellet har vært i svensk rett. Av hensyn til forutberegnelighet, og at staten på dette punkt har

---

<sup>34</sup> <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/8>.

<sup>35</sup> Michael Reiertsen, *The European Convention on Human Rights Article 13*, Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo, no 106, 2017, s. 364-370; Henrik Vaaler, *Lov og rett*, vol. 56, 5, 2017, s. 372-378.

en vid skjønnsmargin som gir betydelig rom for legislative vurderinger og avveininger, mener NIM at lovgiver bør forestå denne avklaringen. Lovgiver har bedre forutsetninger for å ivareta samordning med andre reparasjonsordninger, og vurdere når erstatning for ikke-økonomisk tap er nødvendig, samt retningslinjene for utmåling av slik erstatning. Dette vil også i større grad ivareta demokratihensynet. For å bruke det handlingsrommet skjønnsmarginen gir, må valg og avveininger begrunnes og overveies på en måte som er tilgjengelig ved en eventuell overnasjonal prøving. Lovgiver står nærmere til å foreta og synliggjøre disse vurderingene enn domstolene. Lovregulering vil også ha bedre forutsetninger for å gi en løsning som ivaretar systemiske og mer overordnede hensyn.

Konvensjonsbestemmelsene om effektivt rettsmiddel legger også selv opp til en nærmere regulering på nasjonalt nivå. Av SP art. 2 nr. 3, bokstav b, følger det eksplisitt at staten skal «develop the possibilities of judicial remedy». Uten at bestemmelsen pålegger en rettslig plikt i den retning, taler den for at det på legislativt nivå bør treffes tiltak for å operasjonalisere retten til effektivt rettsmiddel i intern rett.

At dagens rettstilstand er såpass vanskelig tilgjengelig medfører at saker om rettighetskrenkelser og reparasjon kan bli unødvendig ressurskrevende, både for den private part og staten. Dette har igjen en side mot spørsmålet om den reelle tilgangen på effektivt rettsmiddel. En bestemmelse om oppreisningserstatning for menneskerettskrenkelser vil skape større forutberegnelighet og dermed effektivisere tilgangen på reparasjon for rettighetskrenkelser. Det vil også bidra til å effektivisere menneskerettighetsvernet mer generelt, og slik bidra til oppfyllelsen av Grunnloven § 92.

Med utgangspunkt i erfaringene fra svensk rett, og HR-2018-1909-A, hvor Høyesterett reparerte en rettighetskrenkelse ved å konstatere brudd på Grunnloven, bør det i forbindelse med en eventuell utredning også vurderes hvilke rettighetskrenkelser som kan eller bør fordre reparasjon i form av oppreisningserstatning. Rettighetene etter Grunnloven er ikke fullt ut korresponderende med tilsvarende rettigheter i EMK og SP, og Grunnloven gir også noen særlige rettigheter.<sup>36</sup> I sammenhengen bør det blant annet derfor vurderes om erstatning for ikke-økonomisk tap etter omstendighetene skal være en rettsfølge av rene grunnlovskrenkelser, tilvarende mandatet til det svenske utvalget som nevnt ovenfor.

Lovgivningstiltak vil også være egnet til å imøtekomme utviklingstrekk fra EMD. Domstolen krever i stadig større grad at staten skal kunne tilby erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap som rettsfølge ved konvensjonskrenkelser.<sup>37</sup>

Det er i praksis ikke mulig å overskue alle variasjoner av rettighetskrenkelser som kan oppstå og hvordan disse skal repareres. En generell bestemmelse som gir grunnlag for

---

<sup>36</sup> F.eks. har Grunnloven et særskilt vern mot husransaker i Grunnloven § 102.

<sup>37</sup> Michael Reiertsen, *The European Convention on Human Rights Article 13*, Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo, no 106, 2017, s. 363.

erstatning for ikke-økonomisk tap som følge av rettighetskrenkelser dersom det er nødvendig, vil kunne gi klarere og mer håndterbare føringer for reparasjon i sakstyper og for krenkelser som det ellers ikke er tatt høyde for i offentlige særordninger eller rettspraksis.

NIM mener at departementet bør igangsette en utrednings- og lovgivningsprosess, slik at mulighetene for å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap som følge av menneskerettighetskrenkelser reguleres i lov.

Vi understreker at en utredning ikke nødvendigvis bør avgrenses til dette spørsmålet alene eller at det spesifikt bør løses med en bestemmelse om erstatning for ikke-økonomisk tap i skadeerstatningsloven. Slik NIM ser det er det potensielt flere mulige legislative tilnærminger som kan bidra til å operasjonalisere adgangen til reparasjon av menneskerettighetskrenkelser i norsk rett. En bredere tilnærming kan blant annet inkludere regulering av andre reparasjonsformer enn erstatning for ikke-økonomisk tap og forholdet mellom ulike reparasjonsformer.

Vennlig hilsen  
for Norges institusjon for menneskerettigheter

Adele Matheson Mestad  
direktør

Kristian Reinert Haugland Nilsen  
seniorrådgiver

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.