



# Skriftlig innlegg til Høyesterett

**Dato:** 27. november 2023  
**Publikasjonsnr:** NIM-T-2023-002

**Sak nr: 23-154353SIV-HRET**

**Ankende part:** Staten v/ Justis- og beredskapsdepartementet  
Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten v/ advokat Liv Inger Gjone  
Gabrielsen  
**Ankemotpart:** A, B og C  
Prosessfullmektig: Advokat Maria Hessen Jacobsen  
**Amicus curiae:** Norges institusjon for menneskerettigheter,  
Akersgata 8, 0158 Oslo

**Sak nr: 23-112462SIV-HRET**

**I.**

**Ankende part:** A  
Prosessfullmektig: Advokat Harald Grape  
**Ankemotpart:** Senja kommune  
Prosessfullmektig: Advokat Frode Lauareid  
**Amicus curiae:** Norges institusjon for menneskerettigheter,  
Akersgata 8, 0158 Oslo

**II.**

**Ankende part:** Senja Kommune  
Prosessfullmektig: Advokat Frode Lauareid  
**Ankemotpart:** A  
Prosessfullmektig: Advokat Harald Grape  
**Amicus curiae:** Norges institusjon for menneskerettigheter,  
Akersgata 8, 0158 Oslo

## 1. Innledning

### 1.1. Skriftlig innlegg etter tvisteloven § 15-8

Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) inngir med dette skriftlig innlegg til belysning av allmenne interesser etter tvisteloven § 15-8, i de to nevnte sakene. Det inngis likelydende innlegg i sakene. Innlegget er begrenset til spørsmål om adgang og plikt for domstolene til å idømme oppreisning etter den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 13. Begge påankede dommer gjelder krav om oppreisning. Innlegget behandler generelle rettslige spørsmål, og personopplysninger omtales ikke.

Etter [lov om Norges institusjon for menneskerettigheter](#) § 1 har NIM som oppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig.

EMK artikkel 13, og konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 2 nr. 3, er sentrale bestemmelser som skal sikre at menneskerettighetene ivaretas av nasjonalstatene i overensstemmelse med subsidiaritetsprinsippet. Reparasjon av menneskerettighetsbrudd er en bærebjelke i dette vernet. NIM vurderer det slik at et bidrag til å klargjøre anvendelsen av disse bestemmelsene i norsk rett, ligger i kjernen av organets oppgaver, jf. kriteriene i tvisteloven §15-8.<sup>1</sup>

Et hovedtema i innlegget er det utgangspunktet som synes tatt i begge de påankede dommene og i andre avgjørelser; at det gjelder en særregel om at krav på oppreisning, også mot myndigheter, forutsetter en *internrettslig hjemmel i lov*. Etter NIMs oppfatning er det ikke tilstrekkelig begrunnet at en slik særregel gjelder. Spørsmålet må være om et slikt oppreisningskrav har et tilstrekkelig rettsgrunnlag, ut fra alminnelig internrettslig metode.

NIM redegjør også for et standpunkt om at EMK artikkel 13 uansett er å anse som en internrettslig lovhjemmel.

### 1.2. Innleggets to hovedtemaer: EMK artikkel 13 som hjemmel – og et tradisjonelt krav om internrettslig lovhjemmel for oppreisning

Innlegget dreier seg hovedsakelig om to temaer, som begge gjelder spørsmålet om hjemmel for oppreisning.

For det første er EMK artikkel 13 inkorporert gjennom menneskerettsloven og er en del av norsk rett. Lovgiver har gjennom menneskerettsloven bestemt at reglene i EMK går foran andre lover ved motstrid, jf. lovens § 3. NIM ser det slik at artikkel 13 er et

---

<sup>1</sup> European Network of National Human Rights Institutions (ENNHRI) legger til grunn at tredjepartsintervensjon for domstoler ligger innenfor det mandatet som de nasjonale institusjonene har etter Paris-prinsippene, jf. [Guide for National Human Rights Institutions, oktober 2020, avsnitt 1.1](#). Ministerkomiteens anbefaler i [CM/Rec\(2021\)1](#), pkt II 3 at institusjonene bør kunne opptre i domstolene.

tilstrekkelig rettsgrunnlag for oppreisning overfor statens myndigheter etter norsk rett. Erstatning og oppreisning er eksempler på reparasjon av brudd på menneskerettigheter, som er en sentral bestanddel av myndighetenes plikter etter artikkel 13.

Det andre temaet er et spørsmål om det gjelder en egen lære om at det for oppreisningskrav er nødvendig med egen hjemmel i internrettslig lov. Flere dommer inneholder uttalelser om dette, også de to påankede lagmannsrettsdommene, men det er uklart hva disse passusene er begrunnet med og hva de innebærer. Etter NIMs syn er det ikke noe grunnlag for å oppstille krav om hjemmel i internrettslig lov for et erstatningskrav ovenfor statens myndigheter, ut over det som følger av EMK artikkel 13, menneskerettsloven og Grunnloven § 92.

Det er nærliggende at dette tradisjonelle spørsmålet om hjemmel i internrettslig lov for oppreisning uansett løses ved at man på menneskerettsområdet faktisk *har* lovhjemmel i menneskerettsloven og EMK artikkel 13, som beskrevet.

Domstolene legger i alminnelighet til grunn at inkorporerte menneskerettigheter er å anse som norsk lov, og at EMK artikkel 13 kan hjemle erstatningskrav mot myndigheter. Som foreløpig eksempel viser vi til at krav om dekning av saksomkostninger kan bygges på artikkel 13. Dette ble lagt til grunn i [HR-2000-793](#), hvor det var anført brudd på EMK artikkel 8. Selve bruddet på artikkel 8 var i den saken tilstrekkelig reparert gjennom konstatering av bruddet, slik at sakens materielle påstand om oppreisning ikke ledet frem. Saksøkeren ble likevel tilkjent saksomkostninger, og Høyesterett uttalte:

«Dersom en part har fått medhold i at det er begått brudd på EMK, kan saksomkostningskrav for den delen av saken som gjelder dette spørsmålet, også begrunnes i konvensjonens artikkel 13.»<sup>2</sup>

På oppreisningsområdet synes imidlertid dette tradisjonelle kravet om hjemmel i internrettslig lov å ha voldt problemer og usikkerhet. Det er illustrerende at den påankede dommen fra Hålogaland lagmannsrett fant at oppreisning måtte tilkjennes på ulovfestet grunnlag, mens Borgarting lagmannsrett bygget på EMK artikkel 13. Ved andre former for reparasjon, som erstatning eller straffereduksjon, oppstilles ikke slike krav til internrettslig hjemmel i lov, som det tilsynelatende gjøres ved krav om oppreisning. Det er grunn til å stille spørsmål ved om et slikt særlig krav om internrettslig hjemmel i lov lar seg opprettholde.

De to temaene henger sammen. Siden spørsmålet om det gjelder et særskilt krav til lovhjemmel for oppreisning er såpass uklart, har vi funnet det hensiktsmessig å behandle dette først, i avsnitt 2. Under avsnitt 3 redegjør vi for EMK som hjemmel for oppreisning i norsk rett.

---

<sup>2</sup> Om erstatning for saksomkostningskrav basert på EMK, se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* 4. utgave 2022, side 1361.

Avslutningsvis, under avsnitt 4 og 5, kommenterer vi kort oppreisningskrav basert på bestemmelsene som er anført i de to sakene, henholdsvis EMK artikkel 3 og EMK artikkel 8. Disse temaene må baseres på faktum i sakene, og kan best behandles under ankeforhandlingene.

## **2. Kreves internrettslig lovhjemmel for oppreisningskrav mot myndigheter?**

### **2.1. Innledning**

Spørsmålet om det stilles særskilte krav om internrettslig lovhjemmel for å imøtekomme et krav om oppreisning basert på EMK, er etter det vi kan se sparsomt behandlet tidligere. Etter NIMs syn er det svake holdepunkter for å oppstille krav om hjemmel i internrettslig lov for å idømme oppreisning, i større grad enn det som legalitetsprinsippet ellers innebærer. Vi ønsker å bidra til avklaring av dette temaet, ettersom dette er viktig for en klargjøring av den menneskerettslige reparasjonsplikten.

Etter NIMs syn må spørsmålet være om det kan konstateres et *rettsgrunnlag* for et slikt krav, og dette må avgjøres ut fra en vanlig anvendelse av rettskildeprinsipper. Høyesterett bør avklare om det foreligger et særlig krav om *lovhjemmel* på dette området.

De siterte passusene fra tidligere avgjørelser som behandles i det følgende, kan etter NIMs oppfatning leses som en avgrensning av området for domstolenes historiske *rettskapende utvikling* av erstatningsretten, basert på rimelighetsgrunner og samfunnsutvikling. Her synes erstatning for økonomisk tap, og oppreisning for ikke-økonomisk tap, å ha vært behandlet forskjellig. Passusene må altså ikke nødvendigvis forstås slik at det gjelder noe eget krav om formell lov for oppreisning, dersom det faktisk *kan* konstateres et rettsgrunnlag, her EMK artikkel 13, menneskerettsloven og Grunnloven § 92. Vi kan heller ikke se hvilke grunner som skulle tilsi et slikt særskilt hjemmelskrav.

I sin utredning viser Kjetil Mujezinović Larsen til disse tidligere rettsavgjørelsene som behandles i det følgende. Han synes å legge til grunn at de gir uttrykk for et slikt hjemmelskrav. Han legger likevel til at han «ikke helt ser begrunnelsen for» et slikt krav om lovhjemmel hvor det er offentlige myndigheter som er skadevolder, men at nærmere utredning av dette ligger utenfor hans mandat. Samme sted uttaler han at han ikke «kjenner til at dette har blitt betvilt i nyere praksis».<sup>3</sup>

Et hovedtema i dette innlegget er nettopp å betvile at det er grunnlag for å oppstille et særskilt krav om hjemmel i internrettslig lov, for krav om oppreisning.

---

<sup>3</sup> Kjetil Mujezinović Larsen, Norsk lovregulering av adgangen til å kreve erstatning for menneskerettighetskrenkelser, 1. august 2023, side 51.

Det metodiske utgangspunkt kan angis som et spørsmål om *fortolkning* av de høyesterettsavgjørelsene som gjennomgås i det følgende.

NIM anfører at når avgjørelsene leses på bakgrunn av de spørsmålene som ble avgjort og den rettsstilstanden som forelå da de ble avsagt, kan de ikke forstås slik at de oppstiller noe krav til hjemmel ut over EMK artikkel 13.

## 2.2. Rettspraksis om oppreisning og EMK

Borgarting lagmannsrett uttaler i den påankede dommen av 24.8.2023, avsnitt 3.6.1:

«Det er videre på det rene at erstatning for ikke-økonomisk tap krever hjemmel i lov etter norsk rett, jf. blant annet [Rt-2013-805 avsnitt 24](#).

Den nevnte høyesterettsavgjørelsen gjaldt spørsmålet om vernet personkrets etter skadeserstatningsloven § 3-5, om «barn» også omfattet stebarn. I avsnitt 24 uttalte Høyesterett her:

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

Høyesterett presenterte saken som et spørsmål om analogisk tolkning av § 3-5 (avsnitt 21), og oppreisning ble ikke tilkjent fordi bestemmelsens avgrensning av personkrets var grundig vurdert av lovgiver. Stebarn er ikke nevnt i § 3-5. Høyesterett kom til at det heller ikke kunne tilkjennes oppreisning på «ulovfestet grunnlag» (avsnitt 30 og 31). Det var imidlertid ikke anført noe eget eller separat grunnlag for et oppreisningskrav, ut over de rimelighetsgrunnene som lovgiver måtte forutsettes å ha avveid.

Kjennelsen fra 2012 (HR-2012-695-U) som det vises til i avgjørelsen fra 2013, gjelder et tilsvarende spørsmål om avgrensning av personkrets etter § 3-5, denne gang om «fornærmet» også omfatter fornærmedes *bror*. Det er en kort beslutning om ankenektelse.

Dommen fra 1986 (Rt-1986-1326) som det også er vist til, er den såkalte Reitgjerdet I-dommen. Dommen ble altså avsagt 13 år før menneskerettsloven. Saksøkeren fikk her erstatning for urettmessig innleggelse, men ikke oppreisning.

Oppreisningsbestemmelsen fikk ikke anvendelse, blant annet fordi det ikke var utvist grov uaktsomhet. Dette begrunnes kort i de to siste avsnittene i dommen. Her skrives at det ikke foreligger «hjemmel» i oppreisningsbestemmelsen. I siste avsnitt omtales at «rimelighetsgrunner» kan tale for oppreisning, men at det i så fall må løses gjennom en billighetserstatning. Heller ikke i denne saken hadde parten anført noe alternativt rettsgrunnlag, ut over lovbestemmelsen og rimelighet.

Hålogaland lagmannsrett tar i den påankede dommen av 25.5.2023 et tilsvarende utgangspunkt:

«En innvending til dette er at idømmelse av oppreisningserstatning tradisjonelt har forutsatt hjemmel i lov, jf. bl.a. [Rt-2015-1324 avsnitt 14](#) med videre henvisning til [Rt-2013-805 avsnitt 24](#).»

Lagmannsretten tilkjente oppreisning, men anga at dette ble gjort «på ulovfestet grunnlag» (side 17).

Avgjørelsen fra 2013 som lagmannsretten viser til, er behandlet ovenfor. Avgjørelsen fra 2015 (Rt-2015-1324) viser til denne avgjørelsen fra 2013 som grunnlag for uttalelsen i avsnitt 14 om at det krever hjemmel i lov å idømme oppreisning. Selve avgjørelsen fra 2015 har likhetstrekk med de avgjørelsene som er behandlet ovenfor. Spørsmålet var om det kunne idømmes oppreisning når fornærmede var utsatt for overtredelse av straffeloven § 200 (seksuell handling), som ikke er nevnt i oppregningen i § 3-5. Høyesterett besvarte det benektende, igjen med henvisning til at lovgivers grense var nøye overveid, og at å tøyne denne grensen ville være en «omgåelse» (avsnitt 23). Heller ikke her var det anført noe annet grunnlag for kravet enn bestemmelsene om oppreisning.

I tillegg til de sakene som er nevnt i de påankede avgjørelsene, må det nevnes at temaet er berørt i andre saker hvor det er fremmet krav om oppreisning, men hvor kravet uansett ikke førte frem, for eksempel fordi det var tilstrekkelig reparasjon å konstatere en krenkelse eller at tilstrekkelig erstatning kunne gis etter strpl. § 444 og § 445. Det fremgår imidlertid ikke av disse sakene at Høyesterett har ansett spørsmålet om det kreves egen lov hjemmel for å tilkjenne oppreisning, som avklart.

I [HR-2004-2002-A](#) (dobbeltfølgning) hadde staten bestridt at EMK kunne hjemle internrettslig ansvar (avsnitt 16). Slik saken lå an fant førstvoterende og flertallet «ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet» (avsnitt 38). Slik vi leser den dissenterende dommer Tjomsland (avsnitt 97-99) mente han at EMK kunne danne basis for oppreisning, mens dommer Lund ga uttrykk for et tilsvarende syn om erstatning generelt, men uten å ta stilling til oppreisning spesielt (avsnitt 117-119).

Andre eksempler på at Høyesterett på liknende vis har identifisert spørsmålet, men unnlatt å ta stilling er [HR-2000-793](#) (strafferegistreringssaken) og [HR-2022-401-A](#) (Tolga) hvor Høyesterett presiserer at «[s]pørsmålet om EMK artikkel 13 gir hjemmel for å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap etter norsk rett, avgjøres dermed ikke som ledd i denne saken» (avsnitt 29, understreket her). Spørsmålet ble altså holdt åpent.

*Oppsummeringsvis* gjelder avgjørelsene vektlagt av lagmannsrettene tolkning av oppreisningsbestemmelsen i skadeserstatningsloven § 3-5. Bestemmelsen er utpreget positivrettslig og innbyr ikke til analogisk tolkning, og domstolene har vist til lovgivers grundige vurderinger. Høyesterett har avstått fra å idømme oppreisning på fritt grunnlag

ut fra rimelighetsvurderinger, noe som ville vært rettsskapende. Alternative rettsgrunnlag var ikke anført. Ingen av avgjørelsene forutsetter for sitt resultat noe generelt strengere hjemmelskrav enn det som ellers gjelder, og uttalelsene om et slikt krav er ikke nærmere begrunnet.

Høyesterett har ikke selv omtalt rettsspørsmålene som *avklart* i saker hvor det er krevet oppreisning basert på EMK artikkel 13, men tvert om holdt spørsmålet åpent.

### 2.3. Om rettsteori, og utvikling i rettssystem og rettskildelære

#### 2.3.1. Innledning

Den rettspraksisen som er gjennomgått må også forstås på bakgrunn av tidligere rådende rettsteori. Uttalelsene om lovhjemmel synes å ha sin bakgrunn i betraktninger som ikke er relevante for de nå aktuelle oppreisningskravene. Vi kan heller ikke se andre rettskildedefaktorer eller reelle hensyn som skulle tilsi et avvikende krav til hjemmel for oppreisningskrav.

#### 2.3.2. Utvikling i norsk teori og rettskildelære

Det er velkjent at erstatningsretten i stor grad er utviklet av domstolene, i samvirke med lovgiver og rettsteori. Det er rimelig å si at legalitetsprinsippet i stor grad har vært *fraværende* i erstatningsretten. Domstolenes *rettsskapende* virksomhet synes imidlertid å ha vært begrenset til erstatning for økonomisk tap.

Oppreisningserstatning ble innført ved lov om straffelovens ikrafttredelse i 1902, og er senere overført til skadeserstatningsloven. Oppreisningsreglene, slik de nå fremgår av skadeserstatningsloven § 3-5, har beholdt mye av sin opprinnelige tilknytning til strafferetten.

Både rettskildelære og rettssystemet har imidlertid endret seg siden tankene om et skille mellom erstatning for økonomisk ikke-økonomisk tap ble etablert.

Fredrik Stang foretar en grundig gjennomgang av skillet mellom erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap i sin bok Erstatningsansvar fra 1919.<sup>4</sup> Han peker på hvordan disse var atskilt blant annet i romersk rett, og de særegne spørsmålene som oppstår når man skal ta stilling til hva som er en skade og hva erstatningen bør være når økonomisk tap ikke kan påvises. Oppreisning knyttet til personers straffbare handlinger kan også sees som en bot for forbryteren, og om man anlegger en slik betraktning mener Stang at man:

«...tar [...] den saakaldte erstatning for ikke økonomisk tap ut av erstatningslæren».<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Fredrik Stang, Erstatningsansvar, Oslo 1919, se særlig s. 362 flg.

<sup>5</sup> Op.cit. side 368.

Samme sted advarer Stang mot å gi domstolene en «vidstrakt eller endog en helt almindelig tillatelse til efter eget tykke at pålægge bot». Det ville i så fall være å innføre «arbitrære straffe».

Kristen Andersen skriver også at erstatning for ikke-økonomisk tap er i en «særposisjon» og at det krever hjemmel.<sup>6</sup>

Rettsteorien synes tidligere å ha vært forholdsvis samstemt i synet på dette. Kravet til hjemmel uttrykkes av og til som krav om *lovhjemmel*, men uten at det begrunnes nærmere. Nygaard skriver om rettskildene for erstatningsretten at:

«Hovudregelen er at det ikkje er krav om lovheimel. Unntak gjeld bl.a. skadebot for ikkje-økonomisk skade. Her har det vore vanleg meining at det ikkje kan krevjast skadebot uten lovheimel».<sup>7</sup>

Vi har imidlertid ikke sett begrunnelser for at en slik hjemmel må finnes i *internrettslig lov*, og at andre rettsgrunnlag ikke kan være tilstrekkelige. Så vidt vi kan se, er ikke dette for eksempel drøftet som et spørsmål om oppreisning krever demokratisk legitimitet gjennom vedtakelse av formell lov av Stortinget. Uttalelsene er forenlige med en eldre betraktning om at andre rettsgrunnlag enn lov ikke var *aktuelt*, slik rettskildebildet var på det tidspunkt

Som kjent opererte man i rettskidelæren frem til 1970-tallet og særlig Eckhoffs arbeider, med et fåtall rettskilder. Augdahls fremstilling av lover, dommer og sedvane som de rådende kildene, er illustrerende.<sup>8</sup>

Gitt et slikt rettskildebilde følger det at hvis domstolene avstår fra å etablere en rettstilstand ved rettsskapende virksomhet, så er lovgiver det eneste gjenstående alternativet. En inkorporert menneskerett var den gang neppe blant mulighetene man så for seg som basis for oppreisning. De siterte passusene fra rettspraksis, er forenlige med en slik betraktning.

I dag er både rettskidelæren og rettskildebildet et annet. I forholdet mellom myndigheter og individer kan en inkorporert menneskerettighet direkte danne basis for kompetanse, rettigheter og plikter.

Nyere teori har også stilt spørsmål ved om det kan sies å gjelde noe generelt krav om lovhjemmel for ikke-økonomisk skade. Håkon Bergsjø er kritisk til dette i sin artikkel «Ideell og økonomisk skade i erstatningsretten», hvor han i avsnitt 4.2 behandler «det

---

<sup>6</sup> Kristen Andersen, *Skadeforvoldelse og erstatning*, Oslo 1970, side 444.

<sup>7</sup> Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 2007, side 12.

<sup>8</sup> Per Augdahl, *Rettskilder*, Oslo 1961, side 23.



angivelige hjemmelskravet for ideell erstatning – illustrert med Songa-Services-dommen».<sup>9</sup>

Vi viser også til Hagstrøm og Stenvik som blant annet skriver:

«Det er imidlertid grunn til å stille spørsmål om det tradisjonelle synet bør opprettholdes. Det kan for det første pekes på at det er vesentlige likhetspunkter og gråsoner mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap. Dette gjelder ikke minst i tilfelle hvor omfanget av et økonomisk tap er svært usikkert, slik det ofte vil være ved f.eks. skade på en markedsposisjon. I slike tilfelle ser man av og til at kravene til bevis for økonomisk tap reduseres, i den grad at erstatningen nærmer seg en kompensasjon for ikke-økonomisk tap, se f.eks. Rt. 1964 s. 65 (Glamox). Det er for det andre grunn til å peke på at rettssystemet har utviklet seg betydelig siden det restriktive synet på erstatning for ikke-økonomisk tap ble utviklet».<sup>10</sup>

For menneskerettsområdet uttaler Hagstrøm og Stenvik her blant annet at «[t]il nå har imidlertid Høyesterett ikke vært villig til å ta dette skrittet, jf. Rt. 2013 s. 805 (stebarn)».

Lødrup skriver om EMK artikkel 13 at «[o]gså et ikke-økonomisk tap kan erstattes etter denne regelen».<sup>11</sup>

### 2.3.3. EMDs utvikling av praksis vedrørende artikkel 13

I tillegg til denne utviklingen i det norske rettssystemet og i rettskildebildet, har EMDs praksis om artikkel 13 utviklet seg slik at det i dag kan identifiseres plikter for staten, for eksempel plikt til å betale kompensasjon. Det vises til avsnitt 3.2 nedenfor, med videre henvisning til blant annet Michael Reiertsens arbeid. Som det der fremgår, synes tidligere tvil om artikkel 13 medfører konkrete rettigheter og plikter å være mer avklart.

### 2.3.4. Utvikling av subsidiaritetsprinsippet

Endelig er forholdet mellom EMD og nasjonale domstoler endret gjennom en sterkere vektlegging av subsidiaritetsprinsippet. Dette fremkommer generelt av EMDs praksis, og gjenspeiles av protokoll nr. 15 til EMK, som Norge ratifiserte i 2014. Denne inneholder blant annet en endring i EMKs fortale, hvor det bekreftes at nasjonalstatene har hovedansvar for å sikre menneskerettighetene.<sup>12</sup> Dette er også lagt til grunn av Høyesterett, for eksempel [HR-2010-1170-S](#) (avsnitt 82). Statenes ansvar omfatter en plikt til reparasjon etter artikkel 13. Formålsbetraktninger må da tilsis at man i nasjonal rett ikke oppstiller særegne betingelser for gjennomføring av rettighetene.

---

<sup>9</sup> Håkon Bergsjø [Ideell og økonomisk skade i erstatningsretten - særlig om krenkelse av ideelle interesser ved tingsskade](#), TfR 2020 side 537-616.

<sup>10</sup> Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, [Erstatningsrett](#), 2019, side 549.

<sup>11</sup> Peter Lødrup, [Erstatningsrett](#), Oslo 2009, side 75.

<sup>12</sup> [Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 24.6.2013](#).

Disse utviklingstrekkene må både isolert og samlet ha betydning for om det skal oppstilles noe krav om internrettslig lovhjemmel, ut over artikkel 13.

#### 2.4. Kort om legalitetsprinsippet

Det er her tilstrekkelig å skissere utgangspunkter: Krav til hjemmel i lov kan følge av at det er påkrevet av overordnede normer, typisk Grunnlov § 113 eller en særskilt grunnlovsbestemmelse, og EMK. Prinsippet kan formuleres som et krav om hjemmel ved inngrep i individenes rettsfære, eller som en nødvendighet hvis det ikke finnes andre hjemler.

Ingen av disse begrunnelsene tilsier etter NIMs syn at det må foreligge hjemmel i internrettslig lov for å pålegge offentlige myndigheter å betale oppreisning etter brudd på menneskerettighetene. Det som foreligger av overordnede normer, her EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 og Grunnloven § 92, innebærer dessuten at det *skal* foreligge reparasjonsadgang. Analogien til straff, som Stang var inne på i sin bok fra 1919, synes ikke å være aktuell ved drøftelsen her.

Tidligere rettspraksis som gir støtte til en oppfatning om et krav til hjemmel i lov gjaldt imidlertid *private* rettsforhold, slik som [HR-1995-121-B](#) (luktplage i naboforhold) og [HR-2012-1280-A](#) (Songa Services – virksomhetsoverdragelse).

Det er uansett et sprang fra et slikt hjemmelskrav for ansvar mot private, og til å oppstille samme hjemmelskrav når *offentlig myndighet* er skadevolder. Dette gjelder både stat og kommune.

Høyesterett var i Finanger I-saken [HR-2000-49-B](#) inne på betydningen av om krav fremmes mot en privat part eller offentlig myndighet, riktignok med henvisning til presumsjonsprinsippet. I den saken slapp forsikringsselskapet å utbetale erstatning hvor det forelå motstrid mellom EØS-retten og bilansvarsloven, men Høyesterett uttalte at det var «av vesentlig betydning at § 7 tredje ledd bokstav b [i bilansvarsloven] regulerer forholdet mellom private parter» (s. 1832 øverst).

#### 2.5. Spørsmålet om krav til internrettslig hjemmel for oppreisning – belyst ved liknende temaer

NIM har i foran i dette innlegget reist spørsmål om det er tilstrekkelige grunner til å oppstille et krav om internrettslig hjemmel ved oppreisning, når er slikt krav ikke oppstilles ved andre former for reparasjon. Til belysning av spørsmålet vil vi nedenfor peke på eksempler hvor Høyesterett har anvendt EMK artikkel 13 direkte som kompetansegrunnlag for avgjørelser, uten at det er reist spørsmål om egen internrettslig lovhjemmel.

En gruppe saker er de hvor det er krevet reparasjon etter forskjellige typer menneskerettsbrudd. Domstolene har som kjent til nå ikke ved rettskraftig dom tilkjent

*oppreisning*, men har ellers ansett seg både *kompetent* til å foreta reparasjon på andre måter, og *forpliktet* til dette, etter artikkel 13.

Dersom en av fremgangsmåtene for å reparere menneskerettsbrudd krever internrettslig lovhjemmel, mens andre ikke krever det, kan det medføre tendenser til at reparasjon ikke skjer på den måten som i den enkelte sak er best. Det kan også anføres at en slik ordning er uheldig på systemnivå.

I tilfeller hvor det har *foreligget* en internrettslig hjemmel til oppreisning i norsk rett, har Høyesterett *også* vist til EMK artikkel 13, jf. [HR-2006-803-A](#), (avsnitt 20, om straffeprosessloven § 447).

Et eksempel på at artikkel 13 er ansett som avgjørende for domstolenes kompetanse, er saken om gjenåpning av den såkalte «fetterens» sivile sak, [LA-2021-157502](#). Fristen for gjenåpning etter tvistemålslov og tvistelov var utløpt, slik at det ikke forelå hjemmel for gjenåpning i intern rett. Når «fetteren» var frifunnet i straffesak kom lagmannsretten likevel til at man uansett måtte gjenåpne saken om oppreisning til de etterlatte på grunn av EMK artikkel 13, selv om dette dreide seg om en sak mellom private.

Spørsmål om *rettslig interesse* er skjønnsmessig, men også her har artikkel 13 medført utvidelse av domstolenes kompetanse, for eksempel [HR-2006-682-A](#) (Brennpunkt) om adgangen til å anke avgjørelse om midlertidig forføyning om forbud mot å sende et TV-program, som allerede var sendt.

Et annet eksempel er adgang til å ta anke over beslutning om henvisning av en anke under behandling hvis det «er nødvendig» for å foreta reparasjon etter EMK artikkel 13, jf. [HR-2019-446-U](#) (avsnitt 13 og 14). Etter straffeprosesslovens § 321 og § 325 kan det ikke ankes over beslutning om henvisning av anke.

Et ytterligere eksempel er inntatt i [HR-2014-2288 A](#), hvor et krav om sletting av ulovlig lagret overskuddsinformasjon førte frem, på tross av at dette lå utenfor sakens prosessuelle rammer. Høyesterett tillot kravet fremmet fordi fortsatt lagring innebar «et pågående brudd på Grunnloven 102, EMK artikkel 8 og SP artikkel 17» som måtte bringes til opphør. Høyesterett viste her til både Grunnloven § 92, EMK artikkel 13 og SP artikkel 2. nr. 3 bokstav b.

Saker om tilleggsskatt inneholder også paralleller. Tilleggsskatt er straff etter EMK, og etter blant annet [HR-2000-30-B](#) (Bøhler) kan brudd på retten til avgjørelse innen rimelig tid etter artikkel 6 repareres gjennom reduksjon av statens pengekrav, jf. EMK artikkel 13. Det kan spørres om det er en avgjørende forskjell mellom å frafalle et eksisterende krav, og å utbetale et beløp. Den økonomiske realitet er i utgangspunktet den samme. Brudd på kravet om rimelig tid innebærer en sterk presumsjon for erstatning for ikke-økonomisk tap, jf. EMDs avgjørelse [Scordino mot Italia \(Nr 1\)](#) (avsnitt 204). Om tilleggsskatten allerede var frafalt da konstateringen av urimelig tid ble foretatt, er en

nærliggende konsekvens at det *utbetales* kompensasjon til siktede. Dette er foreslått [forskriftsfestet](#).<sup>13</sup>

Vi har under avsnitt 2 nevnt ett eksempel på at Høyesterett har lagt til grunn at krav på erstatning for saksomkostninger kan hjemles i artikkel 13. I [HR-2015-1934-A](#) var det spørsmål om erstatning for saksomkostninger kunne hjemles i artikkel 6 siden den sivile saken gjaldt straff etter EMK (tilleggsskatt). I denne sakstypen forutsatte Høyesterett at søknad om rettshjelp måtte fremsettes forvaltningsmessig, men uttalte ikke noe om krav til internrettslig hjemmel. Høyesterett tiltrådte lagmannsrettens begrunnelse, hvor det blant annet (avsnitt 67) ble uttalt at:

«En eventuell motstrid mellom det materielle dekningsomfanget etter EMK artikkel 6 og rettshjelploven, herunder forholdet til rettshjelploven § 4 første ledd første punktum, må etter lagmannsrettens syn løses med utgangspunkt i forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3.»

Gjennomgangen viser at Høyesterett i en rekke ulike sammenhenger har brukt EMK artikkel 13 som rettslig grunnlag for ulik reparasjon av menneskerettsbrudd, både prosessuelt og materielt, alt avhengig av det bakenforliggende menneskerettsbruddet og de krav til reparasjon som EMD har utpenslet. Det vanskelig å se hva det rettslige grunnlaget skulle være for å behandle oppreisningserstatning prinsipielt annerledes.

## 2.6. Oppsummering

Det angivelige kravet om en egen internrettslig lovhjemmel for krav om oppreisning mot myndigheter er særlig knyttet til uttalelser i tidligere rettsavgjørelser. Det metodiske utgangspunkt må være en *tolkning* av disse passusene.

Rettsavgjørelsene lest isolert tar ikke stilling til spørsmålet. De dreier seg i hovedsak om en analogisk tolkning av skadeserstatningsloven § 3-5. Avgjørelsene må dessuten leses på bakgrunn av et tidligere og annerledes rettskildebilde, hvor inkorporerte regler ikke fremsto som noe alternativ til domstolsskapt rett. Etter NIMs syn er det rimelig å tolke avgjørelsene slik at de ikke oppstiller et eget krav til internrettslig hjemmel ut over artikkel 13. I Tolga-saken ble dette omtalt som et ikke avgjort spørsmål.

Teorien synes ikke å ha bidratt med selvstendige analyser av spørsmålet, men har i økende grad stilt seg kritisk til de siterte passusene.

Vi kan ikke se at det har vært pekt på reelle hensyn som skulle tale for et slikt særeget hjemmelskrav ved oppreisning etter artikkel 13.

Derimot foreligger sterke grunner for at man ikke bør oppstille noe eget krav om internrettslig hjemmel i tillegg til EMK artikkel 13. Det mest sentrale er klart nok det

---

<sup>13</sup> Høringsnotat – kompensasjon ved brudd på EMK når vedtak om tilleggsskatt ikke er truffet innen rimelig tid, 14.10.2022.

forhold at EMK er inkorporert som norsk lov, jf. gjennomgangen nedenfor under avsnitt 3. I tillegg peker vi på en rekke saker hvor artikkel 13 legges direkte til grunn for andre former for reparasjon. Vi kan ikke se at det finnes noen grunn til å behandle krav om oppreisning annerledes, i de tilfeller hvor EMD har lagt til grunn at tilstrekkelig reparasjon av en menneskerettskrenkelse forutsetter et oppreisningsansvar. Et slikt skille ville være uheldig for en lojal og helhetlig ivaretagelse av den menneskerettslige reparasjonsplikten. Til dette kommer at artikkel 13 har fått en økt betydning for beskyttelse av menneskerettigheter gjennom den økte vektlegging av nasjonalstatenes rolle etter subsidiaritetsprinsippet. I fravær av en tolkning hvor EMK artikkel 13 kan anvendes nasjonalt som grunnlag for et oppreisningskrav, vil spørsmålet om oppreisning bare kunne løses av EMD, i strid med subsidiaritetsprinsippet.

Etter NIMs syn lar det seg ikke gjøre å opprettholde et krav om internrettslig hjemmel i lov for oppreisningskrav overfor myndigheter for brudd på menneskerettigheter, i tillegg til EMK artikkel 13.

### **3. EMK artikkel 13 som rettsgrunnlag og lovhjemmel**

#### **3.1. EMK er inkorporert som norsk lov**

I det følgende behandles EMK artikkel 13 som grunnlag for oppreisningskrav.

EMK er som kjent inkorporert gjennom menneskerettsloven av 21. mai 1999.

Nærmere bestemt heter det i lovens § 2 at konvensjonen som skal «gjelde som norsk lov».

Paragraf 1 uttaler at lovens formål er å styrke menneskerettighetenes stilling «i norsk rett», og § 3 bestemmer at «bestemmelsene» i konvensjonen ved motstrid går foran bestemmelsene i «annen lovgivning».

I forarbeidene til loven i ble mulighetene for krav om oppreisning basert på artikkel 13 omtalt, sammen med omtale av den såkalte «kvinnefengselssaken», [Rt-1994-98-A](#).<sup>14</sup> Temaet var spørsmål om rettslig interesse for fastsettelsessøksmål, men særlig når fastsettelsessøksmål fremmes samtidig med erstatningskrav basert på konvensjonsbruddet.<sup>15</sup> Materielle vilkår for erstatning eller oppreisning, eller det endelige utfallet av dette i kvinnefengselssaken (som også gjaldt oppreisning), ble ikke nærmere omtalt i forarbeidene. (Den konkrete saken ble endelig avgjort med at det ikke forelå noen krenkelse, jf. [HR-1998-53-B](#)).

---

<sup>14</sup> [Ot.prp.nr. 3 \(1998-1999\)](#) om styrking av menneskerettighetene i norsk rett, avsnitt 10.2.

<sup>15</sup> Ot.prp. nr. 1 (1998-1999) side 53.

At en inkorporering kunne innebære en plikt til å betale erstatning og oppreisning var altså et kjent tema som var omtalt for Stortinget da EMK ble inkorporert ved menneskerettsloven.

FNs menneskerettskomité har siden begynnelsen av 1980-årene lagt til grunn atplikten til å foreta reparasjon etter SP artikkel 2 nr. 3, også innebærer plikt til å betale erstatning og oppreisning i visse saker. Det vises til Mujezinović Larsens utredning side 18 flg. Komiteen angir liknende kriterier for oppreisning som EMD («anguish», «suffering» m.v), jf. utredningen side 20.

Det følger av Grunnloven § 92 at statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene.

I [Holship-saken](#) tok Høyesterett stilling til at § 92 ikke innebærer at alle traktater om menneskerettigheter har grunnlovs rang.<sup>16</sup> Paragraf 92 er ikke desto mindre et «pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett» (avsnitt 70).

Høyesterett har fastlagt de metodiske spørsmålene; ved anvendelsen av normene skal «[n]orske domstoler [...] ved tolkningen av EMK benytte samme metode som EMD, men med den reservasjon at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen», jf. blant annet [HR-2001-1527-B](#) (Dobbelstraff I).

Dette innebærer at de rettsfølgene som kan utledes av EMK artikkel 13 skal anvendes direkte i norsk rett. Disse rettsfølgene har altså et lovgrunnlag også i intern rett, all den tid artikkel 13 er inkorporert. Det er lovgiver som har inkorporert bestemmelsen ved lov, og som har angitt at den skal gjelde som lov.

NIM kan ikke se noen grunner til at bestemmelsen ikke skal anses som en internrettslig lovhjemmel.

### 3.2. Innholdet i EMK artikkel 13 - folkerettslig og etter intern rett

Etter NIMs syn kan rettstilstanden oppsummeres slik at den erstatningsplikten som kan utledes av EMK artikkel 13 og EMDs praksis, skal anvendes av norske domstoler.

Samtidig ville det etter NIMs syn være både riktig og hensiktsmessig å lovfeste en internrettslig hjemmel. Dette ville avklare ansvarets rekkevidde, skape klarhet og på en bedre måte sikre menneskerettighetene, jf. Grunnloven § 92. En slik lovgivning ville også virke prosessdempende og gi føringer for utmåling av oppreisning. Det ville også bedre ivareta subsidiaritetsprinsippet.

---

<sup>16</sup> HR-2016-2554-P.

Det forhold at slik lovgivning ennå ikke er vedtatt, kan imidlertid ikke innebære at norske domstoler skal unnlate å anvende de reglene som kan utledes av EMK artikkel 13 og øvrige rettskilder.

Det kan likevel virke som om en slik anvendelse av artikkel 13 er uvant for domstolene. Det kan skyldes at EMK artikkel 13 ikke direkte sier noe om hverken erstatningsplikt eller domstolenes kompetanse. Bestemmelsens ordlyd minner ikke umiddelbart om norske erstatningsbestemmelser, og forutsetter en sammenkopling med praksis fra EMD og andre rettskilder. Siden dette kan ha ledet Hålogaland lagmannsrett til å tilkjenne oppreisning på *ulovfestet grunnlag*, mens Borgarting viste til EMK artikkel 13, vil vi peke på at det *ofte* er slik at en lovtekst anses som bærer av en rekke normer som ikke er direkte uttalt i den skriftlige regelteksten.

Vi viser til et klassisk eksempel fra Eckhoff:

«Og ofte kan samme tekst være bærer av *flere* standardregler (eller fragmenter av flere regler). Eksempler på dette har vi bl.a. i vanlige straffebestemmelser. Av setningen i strl. § 233 om straff for den som forvolder en annens død (sammenholdt med forskjellige andre bestemmelser i straffe- og prosesslovgivningen), kan f.eks. utledes regler om (1) *kompetanse* for domstolen til å dømme den som har forvoldt en annens død til fengsel i minst 6 år, (2) *plikt* for domstolene til å dømme slik, (begge deler under forutsetning av at visse ytterligere betingelser m.h.t. rettsstrid, skyld etc, er oppfylt), (3) *kompetanse* for påtalemyndigheten til å reise tiltale mot den som har forvoldt en annens død, muligens også (4) *plikt* for påtalemyndigheten til å reise tiltale hvis ikke særlige forhold taler mot (jfr. strpl. § 85) og (5) *plikt* for enhver til ikke å forvolde andres død». <sup>17</sup>

Michael Reiertsen har i sin bok om artikkel 13 gjennomgått praksis etter bestemmelsen, og også *utviklingen* i praksis. Han oppsummerer om den normative og kontekstuelle forståelsen av artikkel 13 blant annet dette:

“Such uncertainties probably contributed to the early view that Article 13 was not a right in itself, but merely a mode by which to secure substantive rights, and to the fact that many monist countries held that Article 13 was not self-executing. Accordingly, they did not conceive Article 13 as a claim-right. However, in time, the case law of the Court contributed to establish the self-executing character and claimability of Article 13 in all monist Member States. Today, after further years of specification, Article 13 is a right including many rights. In some areas specific

---

<sup>17</sup> Sitert fra «Når foreligger kollisjoner mellom rettsregler», inntatt i Torstein Eckhoff, Retten og samfunnet, Oslo 1976, side 187.

requirements to perform actions and nonactions may be deduced, for instance obligations to [...] provide compensation (section 11.5).»<sup>18</sup>

Gitt dette, må *innholdet* i det som anses som vår lovgivning om kompensasjon ved brudd på menneskerettigheter anses fastlagt av EMDs praksis basert på artikkel 13, som er godt oppsummert i de påankede dommene, av partene, og av særlig Michael Reiertsen og Kjetil Mujezinović Larsen.

Det ville føre alt for lang å behandle dette temaet inngående, og det ville forutsette bevisvurderinger og subsumsjon som det ikke er naturlig å foreta i et skriftlig innlegg som dette. Vi nøyer oss derfor med noen overordnede kommentarer til de typetilfellene som de påankede dommene representerer, i de neste to avsnittene.

#### **4. Borgarting lagmannsretts dom – oppreisning basert på EMK artikkel 3**

I det følgende viser vi for enkelthets skyld til gjennomgangen av erstatning basert på artikkel 13 i Reiertsens bok, kapittel 11.5, og utredningen fra Kjetil Mujezinović Larsen. Vi antar at temaet vil bli grundig behandlet under ankeforhandlingene. Våre korte bemerkninger er bare ment som noen utgangspunkter for vurderingene. Vi kommenterer ikke faktiske forhold.

Et minimumsvilkår for krav på oppreisning er at det kan konstateres et menneskerettsbrudd. Mens artikkel 13 ellers krever at det foreligger et «arguable claim», må et krav på erstatning forutsette et konstatert brudd, jf. eksempelvis Mujezinović Larsens (side 16) sitat fra saken Z med flere mot Storbritannia (2001), om adgang til ikke-økonomisk erstatning «in case of a breach» av de der nevnte artiklene.

Dernest må det tas hensyn til hvilke artikler som er overtrådt, samt hva bruddet konkret består i. Som det fremgår av de ovennevnte arbeidene er oppreisning særlig aktuelt ved overtredelse av artikkel 2, 3 og 8.

Et utgangspunkt for vurderingene må være at det skal skje en reparasjon av menneskerettsbrudd, og at slik reparasjon skal være en «full» reparasjon, jf. eksempelvis Mujezinović Larsens omtale av Ali mot Norge i utredningen side 21 og folkerettslige ansvarsregler side 23, og Reiertsen om «restitutio in integrum» på side 203.

Et annet utgangspunkt er at statene generelt har en adgang til å utøve skjønn når reparasjon skal foretas, så lenge pliktene etter EMK og SP overholdes.

Mellom disse to utgangspunktene kan man så skille ut de tilfellene hvor reparasjon kan skje på tilfredsstillende måte uten noen oppreisning, for eksempel ved å konstatere krenkelse, foreta en beklagelse eller redusere for eksempel en fengselsstraff eller annen

---

<sup>18</sup> Michael Reiertsen, *Effective Domestic Remedies and the European Court of Human Rights*, 2022 side 247.



sanksjon. Hvor det ikke er gjennomførbart, kan det være nærliggende å tilkjenne oppreisning.

Hvilke tiltak som anses som nødvendige for å oppnå en full reparasjon, vil avhenge av et skjønn. Det kan selvsagt også forekomme menneskerettsbrudd som er av en slik art at de ikke reelt kan repareres, uansett oppreisning eller andre tiltak. FNs menneskerettskomité har eksempelvis benyttet uttrykket «adequate» eller «appropriate» kompensasjon. Skjønnen kan imidlertid ikke munne ut i at det ikke foretas noen reparasjon i det hele tatt ved brudd på artikkel 3, bortsett fra at rene konstateringer av brudd kan være tilstrekkelig ved brudd av «a minor nature or as relating only to procedural deficiencies...», jf. Roth mot Tyskland (2020).

Når det gjelder typetilfeller som denne saken gjelder, oppfatter vi norsk rettspraksis slik at det er nødvendig å foreta en reparasjon ut over en «ren konstatering av krenkelsen», jf. [HR-2020-2136-A](#) avsnitt 112.

Vi peker på at det rettslige utgangspunktet ved brudd på artikkel 3 er at det som hovedregel skal gis oppreisning bortsett fra i «exceptional circumstances». Vi har ikke grunnlag for å uttale noe om hvordan de konkrete sakene må vurderes i forhold til disse rettslige premissene.

Vi vil imidlertid peke på at en vurdering av sakens art og alvor, hvilken «pain, stress anxiety and frustration» de aktuelle har vært utsatt for, og hvilke alternativer for reparasjon som foreligger, ikke synes vesensforskjellig fra vurderingene som skal foretas etter skadeserstatningsloven § 3-5 om at domstolen i de aktuelle tilfellene «kan» tilkjenne slik oppreisning som «retten finner rimelig».

## **5. Hålogaland lagmannsretts dom – oppreisning basert på EMK artikkel 8**

Om denne saken vises til det som er skrevet om Borgarting lagmannsretts dom i avsnitt 4 ovenfor.

Kommentarene ovenfor gjelder mulig brudd på artikkel 3, mens Hålogaland lagmannsretts dom gjelder barnevern og artikkel 8. Etter de gjennomgåtte rettskildene er det imidlertid slik at oppreisning også er nærliggende ved brudd på artikkel 8. Vi gjentar ikke dette. Vi legger til grunn at kommuner har det samme ansvar som de øvrige av statens myndigheter.

Av særlig betydning er EMDs storkammeravgjørelse i saken T.P. og K.M. mot Storbritannia (2001), som foreskriver at oppreisning bør være tilgjengelig i «appropriate cases» ved omsorgsovertakelse som er brudd på artikkel 8 (utredningen side 15 og 16 og Reiertsen på side 199).

Kjetil Mujezinović Larsen går gjennom grunnlaget for mulig oppreisning ved brudd på artikkel 8 i utredningens avsnitt 5.4, fra side 43. På side 44 konkluderer han med at det

for visse typer krenkelser må kunne kreves erstatning og oppreisning, men at det må avhenge av en konkret vurdering av de momentene han peker på i avsnittet. Vi viser til dette, og unnlater også for denne saken å kommentere faktiske forhold.

Adele Matheson Mestad

Direktør

Vidar Strømme

Fagdirektør

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.