

UiO : Det juridiske fakultet

Adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK

Om «rettskrav» og «aktualitet»

Kandidatnummer: 776

Leveringsfrist: 25.04.2016

Antall ord: 17 926



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	3
1.1	Oppgavens tema	3
1.2	Avgrensninger og definisjoner	3
1.3	Fremstillingen videre.....	4
2	TVISTELOVEN § 1-3	6
2.1	Prosessforutsetning.....	6
2.2	Oversikt	6
2.3	Rettskrav (søksmålsgjenstanden)	8
2.4	Aktualitet (søksmålssituasjonen).....	9
3	RETTSKILDESITUASJONEN	11
3.1	Rettspraksis etter tvistemålsloven	11
3.2	Tvistelovens forarbeider.....	11
3.2.1	Tvistemålsutvalgets utredning - NOU 2001:32	12
3.2.2	Departementets proposisjon - Ot.prp.nr.51 (2004-2005).....	12
3.3	Rettspraksis etter tvisteloven.....	14
4	RETTE TIL ET «EFFEKTIVT RETTSMIDDEL»	16
4.1	Innledning.....	16
4.2	Subsidiaritetsprinsippet	16
4.3	Hva innebærer kravet om et «effektivt rettsmiddel»?	17
4.4	Individklage.....	20
4.4.1	«Offer»	20
4.4.2	Uttømming av nasjonale rettsmidler	22
4.4.3	Frist	23
4.4.4	«Åpenbart ugrunnet»	24
4.5	Konsekvenser for adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK	24
5	FASTSETTELSESDOM FOR BRUDD PÅ EMK: RETTSKRAV	27
5.1	Innledning.....	27
5.2	Den tradisjonelle oppfatningen av «rettskrav».....	27
5.3	Forarbeidene	28
5.4	Rettspraksis	29
5.5	Avsluttende betraktninger	30

6	FASTSETTELSESDOM FOR BRUDD PÅ EMK: AKTUALITET.....	32
6.1	Innledning.....	32
6.2	Forarbeidene og aktualitetsvilkåret	33
6.2.1	Reglens innhold.....	33
6.2.1.1	Når må saksøker reise et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål?.....	34
6.2.1.2	Prøvelsen av konvensjonen er foretatt av et overordnet forvaltningsorgan	36
6.2.2	Forarbeidenes vekt	37
6.3	Rettspraksis og aktualitetsvilkåret.....	38
6.3.1	Tilfeller hvor anførselen om brudd på EMK ikke kunne prøves i et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål	38
6.3.2	Tilfeller hvor anførselen om brudd på EMK kunne prøves i et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål	39
6.3.3	Rt. 2015 s. 93 (Maria) og Rt. 2015 s. 921 (Bastøy).....	41
6.4	Hva er gjeldende rett?	42
6.4.1	Konvensjonsmessigheten kan ikke prøves på annen måte.....	42
6.4.2	Konvensjonsmessigheten kan prøves på annen måte	43
6.5	Er en minimumsopplysning av EMK art. 13 hensiktsmessig?.....	44
6.5.1	Hensynet bak søksmålsvilkårene	44
6.5.2	Rettstekniske hensyn.....	45
6.5.2.1	Klare og enkle regler	45
6.5.2.2	Saksbehandlingen	46
6.5.3	Prosessøkonomiske hensyn.....	47
6.5.4	Subsidiaritetsprinsippet.....	47
6.5.5	EMKs symbolverdi	49
6.5.6	Avslutning.....	50
6.6	Andre begrensninger i aktualiteten	50
7	AVSLUTNING	53
	LITTERATURLISTE.....	55

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Oppgavens tema er adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK.

Det reises i stadig større grad søksmål med påstand om at staten har brutt sine forpliktelser etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) – såkalte fastsettelsessøksmål om brudd på EMK. Ethvert krav som ønskes behandlet av domstolene må oppfylle søksmålsvilkårene i tvisteloven¹(tvl.) § 1-3. Fastsettelsessøksmål om brudd på EMK reiser flere spørsmål ved anvendelsen av tvl. § 1-3, spesielt vilkårene «rettskrav» og «aktualitet». Bakgrunnen for dette er at søksmål må rette seg mot en rettsvirkning, mens konstatering av brudd på et regelfragment i utgangspunktet ikke har rettsvirkning. Det kan imidlertid tas stilling til om et regelfragment er brutt i domspremissene, som et delspørsmål under et krav med rettsvirkning.²

Det er særlig to forhold som gir spørsmålet om adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK relevans, til tross for utgangspunktet skissert ovenfor. For det første krever EMK art. 13 at norsk rett har tilgjengelig et «effektivt rettsmiddel», som kan prøve om det har skjedd en krenkelse av konvensjonen. Kravet fører til at det i visse tilfeller må gis adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK. For det andre fører forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven³ (mrl.) til at det stiller seg annerledes å konstatere brudd på EMK, enn andre regelfragmenter. Dette kan ha betydning for om søksmålsvilkårene i tvl § 1-3 er oppfylt. Enkelte nyere rettsavgjørelser tilsier at adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK følger direkte av tvl. § 1-3, uavhengig av hvilke krav som kan utledes av EMK art. 13. Oppgaven reiser særlig to spørsmål:

- I hvilke tilfeller må det gis adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK for å oppfylle EMK art. 13? Dette beror i hovedsak på en tolking av EMK art. 13.
- Er det adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK utover de tilfellene det kreves for å oppfylle EMK art. 13? Dette beror i hovedsak på en tolking av tvl. § 1-3.

1.2 Avgrensninger og definisjoner

Oppgavens tema reiser spesielt spørsmål om anvendelsen av vilkårene «rettskrav» og «aktualitet» i tvl. § 1-3. Anvendelsen av «tilknytnings»-vilkåret, det vil si hvem som må være saksø-

¹ Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

² Informasjonen gitt i avsnittet kommer jeg tilbake til i kapittel 2.

³ Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) §§ 2 og 3.

ker og hvem som må gjøres til saksøkt,⁴ er i hovedsak avklart ved fastsettelsessøksmål om brudd på EMK. Saksøker må være «offer» for en konvensjonskrenkelse,⁵ og staten ved det ansvarlige departement er rette saksøkt, jfr. Rt. 2011 s. 1666 (Vestre viken).⁶ Oppgaven avgrenses derfor mot vilkåret «tilknytning». Ettersom vilkårene i tvl. § 1-3 til en viss grad glir over i hverandre er avgrensningen imidlertid ikke vanntett.

Spørsmålet om adgangen til fastsettelsesdom kan reise seg for alle de inkorporerte konvensjonene i mrl. § 2, og i prinsippet også for andre konvensjoner. I rettspraksis har spørsmålet hittil blitt behandlet i relasjon til EMK, Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP), og Barnekonvensjonen (BK). Fastsettelsesdom for brudd på BK reiser spørsmål som ikke reiser seg for EMK og SP,⁷ men jeg vil i noen tilfeller bruke rettspraksis vedrørende BK for å illustrere spørsmål som også dukker opp for EMK sin del. SP vil ikke bli behandlet i denne oppgaven, men antakeligvis står spørsmålet om fastsettelsesdom for EMK og SP i samme stilling.⁸

Det er kun de alminnelige søksmålsformer i tvisteloven som vil bli behandlet. De særlige prosessformene i tvisteloven del åtte vil således ikke bli behandlet.

I oppgaven er det tatt utgangspunkt i Høyesterettspraksis. Praksis fra underrettene benyttes likevel som eksempler. Når jeg bruker uttrykkene «rettspraksis», «rettsavgjørelser» eller lignende, menes dermed praksis fra Høyesterett, om ikke annet uttrykkelig fremgår. For øvrig benytter jeg meg av alminnelig metodelære.

Jeg bruker uttrykkene «fastsettelsessøksmål om brudd på EMK» og «fastsettelsesdom for brudd på EMK», om hverandre. Jeg sikter dermed ikke til noen realitetsforskjell. Spørsmålet er i begge tilfeller om søksmålet kan fremmes til realitetsbehandling etter tvl. § 1-3.

1.3 Fremstillingen videre

I kapittel 2 skal jeg gi en kort oversikt over tvl. § 1-3 og vilkårene etter bestemmelsen. I kapittel 3 følger en gjennomgang av forarbeidene til tvl. § 1-3 og noen sentrale rettsavgjørelser. Hensikten er å gi en kort oversikt over rettskildesituasjonen, og hvilke problemstillinger som nærmere oppstår ved krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK. I kapittel 4 skal jeg rede-

⁴ Schei (2013) s. 31

⁵ Se kapittel 4.4.1 og 6.6

⁶ Avsnitt 33-39

⁷ Se Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II) avsnitt 88-102 og 113-126

⁸ I Ot.prp.nr.51 (2004-2005) og NOU 2001:32 drøftes adgangen til fastsettelsesdom for brudd på SP på lik linje som EMK. Se også Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II) avsnitt 99.

gjøre for EMK art. 13, og hvilke minimumskrav bestemmelsen stiller til norsk rett. I kapittel 5 og 6 trekkes det veksler på kapittel 2-4, idet jeg vurderer hvordan tvl. § 1-3 forholder seg til fastsettelsessøksmål om brudd på EMK. I kapittel 7 gis det en kort oppsummering, og noen avsluttende bemerkninger til oppgavens tema.

2 Tvisteloven § 1-3

2.1 Prosessforutsetning

For å få realitetsbehandlet en sak for domstolene oppstiller tvisteloven flere vilkår, de såkalte prosessforutsetningene.⁹ Vilkårene knytter seg til flere aspekter ved det sakskompleks som ønskes avgjort av domstolene. For eksempel er det visse krav til partene i saken,¹⁰ hvor søksmål kan reises,¹¹ og at saken ikke allerede har vært eller er til behandling for domstolene.¹² Tvisteloven § 1-3 omhandler det krav som ønskes avgjort av domstolene, og stiller krav til søksmålgjenstanden, søksmålssituasjonen og partstilknytningen – stikkordsmessig omtalt som «rettskrav», «aktualitet» og «tilknytning».¹³

Søksmålvilkårene etter tvl. § 1-3 må vurderes for hvert av de krav som er gjort til tvistegjenstand i saken.¹⁴ De av kravene som ikke tilfredsstillers bestemmelsen skal avvises, jfr. tvl. §§ 9-6 (3) og 19-1 (2) bokstav a.¹⁵ Retten skal av eget initiativ ta stilling til om det enkelte krav tilfredsstillers tvl. § 1-3.¹⁶ Søksmålvilkårene må være oppfylt helt til domsavsigelse.¹⁷ Bortfaller de underveis, skal saken isteden heves.¹⁸ Ved avgjørelsen av om tvl. § 1-3 er oppfylt, skal retten ikke tas stilling kravets holdbarhet. Det forutsettes at saksøker har det krav han hevder (pretenderer) å ha.¹⁹

2.2 Oversikt

Tvisteloven § 1-3 lyder slik:

«§ 1-3.Søksmålgjenstand, partstilknytning og søksmålssituasjon

(1) Det kan reises sak for domstolene om rettskrav.

(2) Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.»

⁹ Vangsnes (2015) s. 47

¹⁰ Tvl. §§ 2-1 og 2-2

¹¹ Tvl. §§ 4-3 flg.

¹² Tvl. §§ 18-1 og 19-15 (3)

¹³ Begrepene «rettskrav», «aktualitet» og «tilknytning» vil benyttes videre i oppgaven, da disse er godt innarbeidet i teori og rettspraksis.

¹⁴ Schei (2013) s. 18

¹⁵ Med mindre feilen kan rettes, jfr. tvl. § 16-5

¹⁶ Schei (2013) s. 54

¹⁷ Vangsnes (2015) s. 63

¹⁸ Ibid

¹⁹ Skoghøy (2014) s. 379

Ved å stille krav til tvisten som bringes inn til avgjørelse begrenses søksmålsadgangen. Det er særlig hensynet til samfunnets bruk av ressurser, og hensynet til saksøkte som begrunner utformingen av tvl. § 1-3. Domstolsapparatet er dyrt å drifte og burde brukes til å løse tvister som partene og samfunnet har et praktisk behov for å få avklart. I dette ligger det også et vern om saksøkte, som ikke bør bli belastet med et søksmål uten praktisk betydning.²⁰

Etter tvl. § 1-3 (1) må tvisten gjelde et «rettskrav», og etter § 1-3 (2) må saksøker påvise et «reelt behov» for å få kravet avgjort. Om det foreligger et «reelt behov» skal avgjøres etter en «samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det». Selv om ordlyden taler for at bestemmelsen oppstiller to vilkår, ett i første ledd og ett i annet ledd, er det vanlig å dele bestemmelsen opp i tre vilkår som alle må være oppfylt.²¹ Et vilkår om «rettskrav», «aktualitet» og «tilknytning». «Rettslig interesse» brukes ofte som et samlebegrep på vilkårene.²² Ordlyden i tvl. § 1-3 gir liten veiledning til innholdet i vilkårene, men omfattende rettspraksis utpensler dem nærmere.²³ Tvisteloven § 1-3 er i det vesentlige en videreføring av tvistemålsloven²⁴ (tvml.) § 54.²⁵ Eldre rettspraksis vil derfor være relevant ved tolkningen av bestemmelsen.

De tre vilkårene er ikke tydelig avgrenset, og vil dels kunne gli over i hverandre.²⁶ I tvilstilfeller må vilkårene undergis en helhetlig vurdering.²⁷ En tvil om søksmålet gjelder et rettskrav vil derfor etter omstendigheten kunne avhjelpes ved at behovet for en rettsavgjørelse er særlig klart,²⁸ for eksempel fordi tvisten er av stor betydning for partene, eller av prinsipiell betydning.²⁹ Bestemmelsen er ment som en rettslig standard, og den nærmere forståelsen av den vil kunne endre seg over tid.³⁰

Rettspraksis rundt de tre vilkårene er omfattende, og det fører for langt å gi en fullstendig oversikt over innholdet av dem. Som nevnt i innledningen avgrenses oppgaven til vilkåret «tilknytning». Jeg vil i det følgende gi en kort oversikt over vilkårene «rettskrav» og «aktualitet».

²⁰ Avsnittet er basert på Vangsnes (2015) s. 54

²¹ Ibid

²² Aasland (2015) s. 447

²³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 150

²⁴ Lov av 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) (opphøvet)

²⁵ Ibid s. 363

²⁶ Rt. 2008 s. 362 avsnitt 50

²⁷ Ibid

²⁸ Aasland (2015) s. 448-449

²⁹ Begge momentene var fremme i Rt. 2008 s. 362 avsnitt 56-60

³⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 140

2.3 Rettskrav (søksmålgjenstanden)

Søksmålet må gjelde et «rettskrav», jfr. tvl. § 1-3 (1).

«Rettskrav» omfatter plikt-, rettighets- og kompetanseforhold.³¹ Kravet må som utgangspunkt gjelde en rettsvirkning.³² Dette har sammenheng med at partene skal vite hva de ved dommen er bundet til.³³ Dette er likevel ikke til hinder for at man i en viss utstrekning kan gå til søksmål om en rettslig karakteristik, som det etter festnet rettsoppfatning er knyttet bestemte rettsvirkninger til.³⁴ «Eiendomsrett», «panterett» eller gyldigheten av et forvaltningsvedtak anses derfor som «rettskrav». Også karakteristikker om at noe er «ulovlig», «rettsstridig» eller at noen er «uberettiget» til noe, kan anses som «rettskrav».³⁵ En dom med slikt innhold har også umiddelbare rettsfølger ved at handlingen må opphøre, og om den har opphørt, at den ikke kan fortsette.³⁶ Det avgjørende for om det kan avsies en dom i tråd med en rettslig karakteristik er forøvrig hvor klare rettsvirkninger som følger av karakteristikken.³⁷

I forlengelsen av at søksmålet må gjelde en tilstrekkelig klar rettsvirkning, er det som utgangspunkt ikke adgang til å gå til søksmål om et regelfragment.³⁸ Et slikt søksmål ville bare kunne betegne en etappe på veien mot en rettsvirkning.³⁹ Det vil imidlertid tas stilling til regelfragmentet ved avgjørelsen av tvistegjenstanden, men det kan ikke løsrives fra rettskravet og selv gjøres til tvistegjenstand.⁴⁰ Eksempelvis kan det ikke reises søksmål om at det er årsakssammenheng mellom en bestemt hendelse og en lidt skade, eller at en vare har mangel. Saksøker må isteden reise et erstatningssøksmål eller kreve prisavslag.⁴¹

Vilkåret «rettskrav» innebærer at kravet må være regulert av rettsregler.⁴² Tvister som kun gjelder faktum, for eksempel om en metode for bakteriologisk kontroll er god eller dårlig,⁴³ og interessetvister, for eksempel forhandlingsspørsmål eller politiske eller moralske uenighe-

³¹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 364

³² Aasland (2015) s. 459

³³ Jfr. tvl. § 19-15 (1)

³⁴ Aasland (2015) s. 459

³⁵ Ot.prp.nr.51 s. 364-365

³⁶ Rt. 2008 s. 362 avsnitt 53

³⁷ Vangsnes (2015) s. 57-58

³⁸ Schei (2013) s. 28

³⁹ Aasland (2015) s. 460

⁴⁰ Schei (2013) s. 28

⁴¹ Vangsnes (2015) s. 58

⁴² Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 364

⁴³ Rt. 1972 s. 1071

ter, er ikke «rettskrav».⁴⁴ «Rettskrav» innebærer i utgangspunktet også en avgrensning mot mer private forhold. Ved eksklusjonsvedtak fra forening og organisasjon er det imidlertid lagt til grunn at dersom medlemskapet har klar økonomisk eller velferdsmessig betydning, er det et «rettskrav».⁴⁵

Videre må saken knytte seg til et konkret faktum. Saker om «abstrakte rettsforhold», for eksempel hvordan en lov eller forskriftsbestemmelse skal forstås, må i utgangspunktet avvises.⁴⁶ Det er likevel mulighet for å få dom for gyldigheten av en forskrift. I slike tilfeller vil det imidlertid oppstå et spørsmål om aktualitet.⁴⁷

I noen avgjørelser har Høyesterett oppstilt et vilkår om at de interessene som søkes håndhevet gjennom søksmålet må være beskyttet av de regler kravet bygger på.⁴⁸

2.4 Aktualitet (søksmålssituasjonen)

Saksøker må ha et «reelt behov» for dom i tråd med påstanden, jfr. § 1-3 (2).

I vilkåret «reelt behov» ligger et krav om at saksøker må ha aktuell interesse i det søksmål som ønskes fremmet. Det innebærer at en dom i tråd med saksøkers påstand må ha betydning for saksøkers rettsstilling. Det avgjørende er hvilke rettsvirkninger en dom i saksøkers favør vil ha.⁴⁹ Aktualitetsvilkåret må derfor i utgangspunktet avgrenses mot fortidige og fremtidige forhold, ettersom det ikke vil ha rettsvirkninger for saksøker å få dom for slike forhold nå. Dersom saksøker har et «klart behov» for rettslig avklaring, kan det imidlertid også reises søksmål om fortidige eller fremtidige forhold.⁵⁰

Om det foreligger et «klart behov» beror på en vurdering av den rettslige eller faktiske betydningen avklaringen av kravet har for parten.⁵¹ Ved inngrep i den personlige integritet skal det generelt mindre til for å fremme et søksmål. At søksmålet vil gi saksøker en moralsk oppreisning er imidlertid ikke alene nok til å oppfylle aktualitetsvilkåret.⁵² Andre momenter kan være

⁴⁴ Vangsnes (2015) s. 59-60

⁴⁵ Schei (2013) s. 23

⁴⁶ Skoghøy (2014) s. 382

⁴⁷ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 364

⁴⁸ Vangsnes (2015) s. 60

⁴⁹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 365

⁵⁰ Ibid

⁵¹ Schei (2013) s. 45

⁵² Rt. 2001 s. 1123 på s. 1128

om saken har prinsipiell betydning, hvor godt saken er opplyst, og om en dom vil gi klare rettskraftsvirkninger.⁵³

⁵³ Schei (2013) s. 45 og Vangsnes (2015) s. 63

3 Rettskildesituasjonen

I dette kapitlet skal det kort redegjøres for tvistelovens forarbeider, samt rettspraksis etter tvistemålsloven og tvisteloven vedrørende adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK. Forarbeidene og avgjørelsene nedenfor er sentrale for oppgavens tema. Ved å se på dem allerede nå vil leser få et innblikk i de problemstillingene som reiser seg rundt tvl. § 1-3 og fastsettelsesdom for brudd på EMK, og som skal drøftes nærmere i kapittel 4, 5 og 6.

3.1 Rettspraksis etter tvistemålsloven

Den første Høyesterettsavgjørelsen hvor det ble tatt stilling til adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK er *Rt. 1994 s. 1244 (Kvinnefengsel)* (3-2). Flertallet mente at fastsettelsesdom for brudd på EMK ikke ville ha rettsvirkninger, og da verken var et «rettskrav», eller hadde «aktualitet». Søksmålet ble derfor avvist. Flertallet ønsket ikke å ta stilling til hvilken betydning EMK art. 13, som krever et «effektivt rettsmiddel» i nasjonal rett for å ta stilling til en anført konvensjonskrenkelse, skulle ha for søksmålsadgangen. Flertallet uttalte at art. 13 uansett var oppfylt, da den anførte konvensjonskrenkelsen ville bli prøvd som ledd i erstatningskravet saksøker også hadde reist.

*I Rt. 2003 s. 301 (Undersøkelse)*⁵⁴ krevde saksøker dom for at en undersøkelsessak barnevernet hadde igangsett var ulovlig. Høyesterett avviste søksmålet etter tvml. § 54, da undersøkelsen hadde opphørt. Saksøker hadde anført at undersøkelsen krenket EMK art. 8, og Høyesterett kom til at denne delen av saken måtte realitetsbehandles, jfr. EMK art. 13. Det ble uttalt at tvilen i *Rt. 1994 s. 1244 (Kvinnefengsel)* om EMKs gjennomslagskraft i norsk rett, måtte anses avklart ved vedtakelsen av menneskerettsloven. Søksmålet ble likevel avvist da flertallet (4-1) mente det anførte EMK-bruddet var «åpenbart ugrunnet»,⁵⁵ og at dette måtte være en skranke så langt søksmålsadgangen var begrunnet i EMK art. 13.

3.2 Tvistelovens forarbeider

Til grunn for tvisteloven ligger tre forarbeider: NOU 2001:32, Ot.prp.nr.51 (2004-2005) og Innst.O.nr.110 (2004-2005). På bakgrunn av *Rt. 1994 s. 1244 (Kvinnefengsel)* og vedtakelsen av menneskerettsloven, ble adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK drøftet i utvalgets utredning og Justis- og beredskapsdepartementets proposisjon. Justiskomiteens innstilling inneholder ikke en vurdering av spørsmålet.

⁵⁴ Saken ble klaget inn for EMD, se *K.T. v. Norway*.

⁵⁵ Jfr. EMK art. 35 nr. 3 bokstav a

3.2.1 Tvistemålsutvalgets utredning - NOU 2001:32

Utvalget uttalte at EMK art. 13 er tilfredsstillt dersom retten tar stilling til om det har skjedd en konvensjonskrenkelse i domspremissene til et ugyldighets- eller erstatningssøksmål. I slike tilfeller mente utvalget det etter rettspraksis ikke kunne utledes noe krav om særskilt fastsettelsesdom for brudd på EMK.⁵⁶ I tilfeller hvor et ugyldighets- eller erstatningssøksmål er «uegnet», mente de det derimot måtte være adgang til fastsettelsesdom.⁵⁷ Utvalget uttalte så på s. 201:

«Slik tvistemålsutvalget ser det, er det imidlertid ikke hensiktsmessig å bygge på en minimumsoppfyllelse av konvensjonene i forbindelse med ugyldighets- eller erstatningssøksmålene. Tillater man først at det avsies fastsettelsesdom for krenkelse i situasjoner der ugyldighets- eller erstatningssøksmål er uegnet, fremstår det som lite konsekvent, og unødig formelt, å stenge for at spørsmålet om krenkelse også avgjøres i domsslutningen der det i tillegg er krevd dom for ugyldighet eller er krevd erstatning.»

Om forholdet til tvl. § 1-3 uttalte de videre på samme side:

«Spørsmålet om konvensjonen er krenket vil etter utvalgets mening kunne utgjøre et rettskrav. Ved avgjørelsen om søksmålet skal fremmes, blir det da avgjørende om det er tilstrekkelig behov for at saksøkeren skal kunne få dom for nettopp dette.»

Utvalget ønsket altså at adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK skulle gå lenger enn en minimumsoppfyllelse av EMK art. 13. De mente fastsettelsessøksmål om brudd på EMK må anses som «rettskrav»,⁵⁸ og at fastsettelsessøksmålet skulle fremmes dersom saksøker hadde «tilstrekkelig behov» (aktualitet) for å få dom for brudd på EMK.

3.2.2 Departementets proposisjon - Ot.prp.nr.51 (2004-2005)

Departementet uttalte at spørsmålet om særskilt dom for regelstrid kan reises for flere regeltett enn EMK, for eksempel Grunnloven og EØS-avtalen, og videre: «Dersom det skal kunne kreves særskilt dom for forholdet til hver enkelt rettsregel, vil det være et markant brudd med norsk prosessrett hittil.»⁵⁹

Departementet uttalte at det kunne forekomme tilfeller hvor det ikke finnes annet rettsmiddel til å få prøvd menneskerettsstrid enn søksmål for domstolene. I slike tilfeller mente de det

⁵⁶ NOU 2001:32 s. 161

⁵⁷ Ibid s. 200

⁵⁸ Ibid s. 652

⁵⁹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 154

måtte være adgang til fastsettelsesdom for brudd på konvensjonen, såfremt den aktuelle menneskerettskonvensjonen stiller krav om et effektivt rettsmiddel, som for eksempel EMK art. 13.⁶⁰

Vedrørende utvalgets uttalelse om at det burde åpnes for fastsettelsesdom også der det er krevd dom for ugyldighet eller erstatning, uttalte departementet blant annet:

«Departementet forstår dette dels som et spørsmål om domsslutningens utforming, dels som et krav om at domstolen skal ta uttrykkelig stilling til spørsmål om menneskerettsstrid i alle tilfeller hvor dette blir gjort gjeldende. Det er noe uklart om utvalget har ment å foreslå en alminnelig regel eller en regel for tilfeller der saksøkeren ikke vinner fram på annen måte.

(...) Hvis saksøkeren ikke vinner fram fordi de nærmere vilkår for ugyldighet eller erstatning ikke er oppfylt, kan forholdet ligge slik an at retten uansett bør ta stilling til spørsmålet om menneskerettsstrid i domspremissene.(...)

Departementet mener videre at det ikke bør stilles noe krav om at forholdet til den aktuelle menneskerettskonvensjon kommer til uttrykk i domsslutningen selv, så lenge det blir tatt stilling til det i domsgrunnene. (...).»⁶¹

Om tvl. § 1-3 uttalte departementet på s. 364:

«Et krav om særskilt dom for at et forhold er rettsstridig fordi en bestemmelse i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) er overtrådt, utgjør et rettskrav etter første ledd når konvensjonsmessigheten ikke kan bli prøvd på annen måte, se også Rt-2003-301. Det vises her til behandlingen i 11.8. Avgjørende for om et slikt søksmål skal tillates fremmet, vil være om det foreligger et «reelt behov» for rettslig avklaring, jf annet ledd.»

Det kan fremstå som om departementet mente det kun skulle være adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK, dersom EMK art. 13 ikke kan oppfylles på annen måte. Begrunnelsen for dette synes å være at det ikke er tradisjon i norsk rett for å få dom for brudd på et regelsett, og at tvl. § 1-3 derfor ikke burde strekkes lenger enn nødvendig. I motsetning til utvalget, anså

⁶⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 154

⁶¹ Ibid s. 154-155

ikke departementet fastsettelsessøksmål om brudd på EMK generelt som et «rettskrav». Videre mente også departementet at det måtte gjelde et krav om aktualitet ved slike søksmål.

Forarbeidene er på mange punkter uklare, og standpunktene fremstår til dels også som uferdige. Verken utvalget eller departementet drøfter inngående hvorfor de forskjellige standpunktene er valgt, eller innholdet av standpunktene.

3.3 Rettspraksis etter tvisteloven

I *Rt. 2009 s. 477 (Nordsjødykkerne)* krevde saksøkerne fastsettelsesdom for at staten, i forbindelse med oljeutvinning på norsk sokkel, hadde krenket EMK, samt erstatning for de samme krenkelsene. Høyesterett formulerte seg slik om hva saken gjaldt: «Saken gjelder spørsmålet om adgangen til å få dom for at det foreligger krenkelse av menneskerettighetskonvensjoner i søksmål hvor det også er krevd erstatning og oppreisning for de påståtte krenkelsene».⁶² Søksmålet ble avvist da kravet til aktualitet ikke var oppfylt.

I *Rt. 2011 s. 1666 (Vestre viken)* krevde saksøker fastsettelsesdom for at en saksbehandlingsfeil ved tvangsinnleggelse etter lov om psykisk helsevern, hadde krenket EMK art. 5 nr. 1. Saken ble avvist da tilknytningsvilkåret ikke var oppfylt.

I *Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II)* ble det krevd fastsettelsesdom for at en utsendelse var i strid med EMK art. 8.⁶³ Høyesterett kom enstemmig til søksmålet kunne fremmes.

Rt. 2015 s. 93 (Maria) gjaldt gyldigheten av UNEs vedtak om utvisning, samt krav om fastsettelsesdom for at det samme vedtaket krenket EMK. Høyesterett kom enstemmig til aktualitetsvilkåret var oppfylt, og at søksmålet kunne fremmes.

Rt. 2015 s. 921 (Bastøy) gjaldt gyldigheten av et vedtak om overføring til fengsel med høyere sikkerhetsnivå, samt krav om fastsettelsesdom for at det samme vedtaket krenket EMK. Søksmålet ble enstemmig avvist da aktualitetsvilkåret ikke var oppfylt.

I de nyeste rettsavgjørelsene har problemstillingen i hovedsak vært om saksøker har «reelt behov» for dom for brudd på EMK. *Rt. 2015 s. 93 (Maria)* skiller seg ut blant avgjørelsene. Aktualitetsvilkåret var oppfylt, selv om saksøker hadde et ugyldighetskrav hvor EMK-anførselen ville blitt prøvd prejudisielt. I ingen av de nevnte avgjørelsene vurderer Høyesterett hva en minimumsoppfyllelse av EMK art. 13 nærmere innebærer.

⁶² Avsnitt 1

⁶³ Det ble også krevd fastsettelsesdom for brudd på BK, se kapittel 5.4.

Til sammen etterlater forarbeidene og rettspraksis to hovedspørsmål som jeg skal se nærmere på i kapittel 4,5 og 6:

- Hvilke krav stiller EMK art. 13 til norsk rett?
- Er det adgang til å få fastsettelsesdom for brudd på EMK utover en minimumsoppfyllelse av art. 13?

4 Retten til et «effektivt rettsmiddel»

4.1 Innledning

Gjennom menneskerettsloven er EMK gitt forrang ved motstrid med annen lovgivning.⁶⁴ Norsk rett må derfor oppfylle de krav konvensjonen stiller, men kan også gå lenger i å sikre rettighetene enn konvensjonen selv.

EMK art. 13 krever at konvensjonsstatene har et «effektivt rettsmiddel» («effective remedy») tilgjengelig i nasjonal rett for å prøve en anført krenkelse av konvensjonen. I originalversjon lyder bestemmelsen slik:

«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.»

Under arbeidet med menneskerettsloven ble det reist spørsmål om hvordan EMK art. 13 ville påvirke praktiseringen av tvml. § 54. I Ot.prp.nr.3 (1998-1999) uttales det på s. 54:

«Skulle det etter inkorporasjonen oppstå en situasjon hvor den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 13 eller konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 2 krever rett til domstolprøving uten at tvml § 54 gir en tilsvarende rett, må domstolprøving tillates».

I kapittel 4.1 skal jeg redegjøre for formålet bak EMK art. 13, som er en viktig forutsetning for å forstå bestemmelsens funksjon i EMK. I kapittel 4.2 skal jeg redegjøre for kravet til et «effektivt rettsmiddel» i nasjonal rett. I kapittel 4.3 skal jeg gå gjennom noen av vilkårene for å få en individklage realitetsbehandlet av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Vilårene har relevans for hvem som kan påberope seg retten til et effektivt rettsmiddel i EMK art. 13, og kan dermed ha betydning for adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK i norsk rett. I kapittel 4.4 skal jeg vurdere hvilke konsekvenser den gjennomgåtte EMK-retten har for spørsmålet om adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK.

4.2 Subsidiaritetsprinsippet

Det er nær sammenheng mellom EMK art. 13 om et effektivt rettsmiddel i nasjonal rett, og EMK art. 1 og EMK art. 35 nr. 1.⁶⁵ Etter art. 1 forplikter konvensjonsstatene seg til å sikre alle i sin jurisdiksjon de rettigheter og friheter som følger av konvensjonen. Etter art. 35 nr.1

⁶⁴ Mrl. §§ 2 og 3

⁶⁵ Kjølbro (2010) s. 873

må klager ha uttømt alle nasjonale rettsmidler før EMD kan ta klagen til behandling.⁶⁶ Til sammen gir bestemmelsene uttrykk for et subsidiaritetsprinsipp. Det er konvensjonsstatene som har primæransvaret for å sikre at konvensjonens bestemmelser etterleves, og EMD bør kun gripe inn hvis det nasjonale systemet svikter.⁶⁷ Arbeidsfordelingen mellom de nasjonale domstoler og EMD har den fordel at statene får mulighet til å ordne opp internt før de må stå til ansvar internasjonalt.⁶⁸ En slik intern opprydning vil kunne minske behovet for å bringe saker inn for EMD. Dette poenget er viktig da EMD i en årrekke har slitt med for store saksmengder. EMDs store saksmengde var blant annet var bakgrunnen for protokoll 15,⁶⁹ som ikke har trådt i kraft enda, hvor subsidiaritetsprinsippet tas inn i EMKs fortale.⁷⁰ Dersom saken likevel ender opp hos EMD, vil det at saken har vært godt belyst nasjonalt kunne føre til en tilbakeholdenhet fra EMD sin side med å fravike de nasjonale domstolers vurdering av konvensjonsmessigheten.⁷¹ Det befester i så fall den nasjonale prøvelsen av konvensjonen som den primære.

At subsidiaritetsprinsippet nå vil fremkomme av EMKs fortale kan vitne om at domstolen i fremtiden, i større grad enn tidligere, vil fokusere på de prinsipielle sakene.⁷² Desto viktigere er det da at statene tar sine konvensjonsforpliktelser på alvor internt, og legger opp til et system hvor den interne prøvelsen av konvensjonen fremstår som den primære. Det er i denne kontekst EMK art. 13, og kravet om et effektivt rettsmiddel i nasjonal rett, må forstås.

4.3 Hva innebærer kravet om et «effektivt rettsmiddel»?

Art. 13 krever et rettsmiddel på nasjonalt nivå som kan prøve innholdet i en anførsel om brudd på EMK. Videre må rettsmiddelet i tilstrekkelig grad kunne forhindre eller avhjelpe en eventuell krenkelse.⁷³ Hva som må til for å avhjelpe en krenkelse vil det redegjøres nærmere for i kapittel 4.4.1.

Det er ikke en betingelse for anvendelsen av art. 13 at det faktisk foreligger en krenkelse av konvensjonens andre bestemmelser, slik ordlyden kan tilsi («are violated»). Det er nok at klager har et prosedabelt krav («arguable claim») om en konvensjonskrenkelse.⁷⁴

⁶⁶ Les mer om denne bestemmelsen i kapittel 4.4.2

⁶⁷ Emberland (2013) s.1

⁶⁸ Kjølbros (2010) s. 873

⁶⁹ Protokollen trer først i kraft når alle konvensjonsstatene har undertegnet den. Norge undertegnet den i 2013, jfr. Emberland 2013 s. 1.

⁷⁰ Emberland (2013) s. 1

⁷¹ Se for eksempel Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway avsnitt 44.

⁷² Emberland (2013) s.1

⁷³ De Souza Ribeiro v. France avsnitt 78

⁷⁴ Centre for legal resources on behalf of Valentin Campeanu v. Romania avsnitt 148

EMK art. 13 krever ikke at statene innfører en bestemt type rettsmiddel. Konvensjonsstatene er videre gitt en skjønnsmargin ved oppfyllelsen av sine forpliktelser etter bestemmelsen.⁷⁵ Det er altså en forpliktelse til et resultat – en effektiv prøvelse av konvensjonens garantier – og ikke et middel, EMK art. 13 stiller.⁷⁶ Hvor langt statenes skjønnsmargin rekker er et vanskelig og omdiskutert spørsmål, og det vil føre for langt å gi en redegjørelse for temaet her.⁷⁷ Subsidiaritetsprinsippet vil imidlertid trolig kunne være et moment ved tolkingen av hvor langt statenes skjønnsmargin etter art. 13 rekker, særlig i lys av protokoll 15.

Som et resultat av statenes skjønnsmargin ved etableringen av effektive rettsmidler, er rekkevidden av art. 13 uklar. Konvensjonsstatenes rettssystem er bygd opp forskjellig, og hva som i ett tilfelle anses som brudd på EMK, vil ikke nødvendigvis være det i relasjon til en annen stat. Noen punkter går likevel igjen hos EMD, og gjentas i domstolens gjennomgang av «general principles». I det følgende vil jeg presentere de generelle prinsippene fastslått av EMD, og forsøke å belyse dem med noen eksempler.

Det nasjonale rettsmiddelet trenger ikke å være en domstol.⁷⁸ Også administrative organer kan være et rettsmiddel etter art. 13, såfremt prøvelsen av den anførte krenkelsen er «effektiv».⁷⁹ Statene har ingen plikt til å inkorporere konvensjonen i nasjonal rett,⁸⁰ og prøvelsen etter art. 13 trenger derfor heller ikke å bygge direkte på konvensjonen. EMD har godtatt at det ved prøvingen er tatt utgangspunkt i rent nasjonale regler, dersom disse i det vesentlige gir de samme garantier som EMK.⁸¹

For at prøvingen skal være «effektiv» må prøvingsorganet ha tilstrekkelig uavhengighet til det organ som påstås å ha krenket rettighetene.⁸² Dette skal beskytte mot myndighetsmisbruk.⁸³ I *Khan v. The United Kingdom* og *P.G. and J.H. v. The United Kingdom* var art. 13 krenket, da klager over at politiet ikke hadde rettslig grunnlag til å foreta visse etterforskningskritt bare kunne prøves av politiet.⁸⁴

⁷⁵ *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom* avsnitt 122

⁷⁶ Christoffersen (2009) s. 301-302

⁷⁷ Michael Reiertsen ved UIO skriver for tiden en doktorgrad om EMK art. 13, herunder om statens skjønnsmargin etter bestemmelsen.

⁷⁸ *De Souza Ribeiro v. France* avsnitt 79

⁷⁹ Aall (2011) s. 73

⁸⁰ *Swedish Engine Driver's Union v. Sweden* avsnitt 50

⁸¹ Danelius (2007) s. 431

⁸² *De Souza Ribeiro v. France* avsnitt 79

⁸³ *Avanesyan v. Russia* avsnitt 32

⁸⁴ Henholdsvis avsnitt 44-47 og avsnitt 86-88

For at prøvingen skal anses «effektiv» må prøvingsorganet ha tilstrekkelig prøvingskompetanse.⁸⁵ Hvilke krav som stilles til prøvingens omfang vil blant annet bero på den anførte krenkelsens karakter.⁸⁶ For eksempel oppstilles det et skjerpet krav til prøvingskompetansen ved anførte brudd på EMK art. 3.⁸⁷ I *Chahal v. the United Kingdom* anførte klager at en avgjørelse om utvisning krenket EMK art. 3. Den nasjonale domstolen kunne bare prøve om vedtaksorganet hadde avveid risikoen ved å sende klager ut av landet mot den fare han utgjorde for nasjonal sikkerhet. I tillegg hadde ikke domstolen tilgang til bevismaterialet vedtaksorganet hadde lagt til grunn da det kom til at klager utgjorde en nasjonal sikkerhetsfare. Det ble i realiteten umulig for domstolen å sette til side avgjørelsen om utvisning. EMD kom til at art. 13 var krenket.⁸⁸ Det er videre summen av tilgjengelige rettsmidler i nasjonal rett som må være effektive. Flere rettsmidler, som alene ikke er effektive, kan dermed til sammen utgjøre et «effektivt rettsmiddel».⁸⁹

Rettsmiddelet må være «effektivt» både faktisk og rettslig («in practice as well as in law»)⁹⁰ Dersom prøvingsorganet ikke benytter sin kompetanse til å prøve innholdet av en klage, rettsmiddelet i realiteten ikke er tilgjengelig for klager, eller en avgjørelse ikke følges opp av de nasjonale myndigheter, er ikke rettsmiddelet «effektivt».⁹¹ I *Vernillo v. France* kunne ikke staten bevise at de nasjonale erstatningsvilkårene ga rom for å tilstå erstatning hvor domstolens saksbehandling hadde gått utover «rimelig tid», jfr. EMK art. 6 nr.1. Erstatningssøksmålet var dermed ikke «effektivt».⁹² I *Wille v. Liechtenstein* ble et søksmål mot prinsen ikke ansett som «effektivt», ettersom domstolene aldri tidligere hadde tillatt et søksmål mot prinsen fremmet.⁹³ I *Ratushna v. Ukraine* ble et erstatningssøksmål ikke ansett «effektivt», da klager hadde ventet syv år på at domstolene skulle behandle kravet.⁹⁴ I *Camenzind v. Switzerland* hadde den nasjonale domstolen avvist et søksmål om at en ransaking var i strid med EMK, da krenkelsen i alle tilfeller hadde opphørt på domstidspunktet. Klager hadde ikke fått behandlet innholdet i sin anførsel om konvensjonsbrudd, og rettsmiddelet var dermed ikke «effektivt».⁹⁵

⁸⁵ Aall (2011) s. 74

⁸⁶ *De Souza Ribeiro v. France* avsnitt 78

⁸⁷ *Ibid* avsnitt 82

⁸⁸ Avsnitt 153, 155 og 41

⁸⁹ *De Souza Ribeiro v. France* avsnitt 79

⁹⁰ *Ibid* avsnitt 80

⁹¹ Kjølbros (2010) s. 879 og de etterfølgende eksemplene i teksten.

⁹² Avsnitt 27

⁹³ Avsnitt 77

⁹⁴ Avsnitt 59 og 88

⁹⁵ Avsnitt 54

I *Iatridis v. Greece* hadde myndighetene unnlatt å rette seg etter en rettsavgjørelse. Rettsmiddelet kunne da ikke anses «effektivt».⁹⁶

Et rettsmiddels effektivitet beror ikke på utfallet av prøvingen av konvensjonsspørsmålet,⁹⁷ men organet må ha kompetanse til bindende å avgjøre saken i klagerens favør. En anbefaling er for eksempel ikke tilstrekkelig.⁹⁸

Dersom konvensjonsstaten mener det eksisterer effektive rettsmidler i nasjonal rett som klager ikke har benyttet seg av, er det opp til staten å godtgjøre at rettsmiddelet faktisk ville vært effektivt. EMD har ofte lagt vekt på om staten kan vise til at rettsmiddelet har vært brukt i lignende situasjoner.⁹⁹

4.4 Individklage

Enhver som hevder at sine rettigheter eller friheter etter konvensjonen er krenket, kan fremme en klage for EMD.¹⁰⁰ For at EMD skal realitetsbehandle klagen må vilkårene i EMK art. 34 og 35 være oppfylt. I det følgende skal jeg redegjøre for de av vilkårene som kan ha relevans for hvem som kan påberope seg retten til et «effektivt rettsmiddel». Dette er vilkårene om at klager må være «offer» for en krenkelse, at alle nasjonale rettsmidler må være uttømt, frist for innsendelse av klage og at klagen ikke må være «åpenbart ugrunnet».

4.4.1 «Offer»

Det følger av EMK art. 34 at klager må være «offer» («victim») for et påstått konvensjonsbrudd. Etter EMDs praksis innebærer uttrykket «offer» at klager må være direkte og personlig påvirket av den handling eller unnlattelse som påstås å utgjøre en krenkelse av konvensjonen («directly affected»)¹⁰¹ I de fleste tilfeller er det ikke tvil om at klager er et «offer».¹⁰² I *K.T. v. Norway* anførte klager at en undersøkelsessak mot ham igangsatt av barnevernet, krenket EMK art. 8. EMD vurderte ikke uttrykkelig om klager var et «offer», og staten hadde heller ikke påstått noe annet. Klager var klart direkte og personlig påvirket av barnevernets beslutning om å igangsette en undersøkelsessak. Som en konsekvens av at klager må være direkte og personlig påvirket av en anført konvensjonskrenkelse, er det i utgangspunktet ikke mulig å

⁹⁶ Avsnitt 66

⁹⁷ *De Souza Ribeiro v. France*, avsnitt 79

⁹⁸ Aall (2011) s. 75

⁹⁹ *Kjølbro* (2010) s. 877

¹⁰⁰ Art. 34

¹⁰¹ *Burden v. the United Kingdom* avsnitt 33 og *Kjølbro* (2010) s. 88

¹⁰² *Kjølbro* (2010) s. 89

klage over en rettstilstand.¹⁰³ Et eksempel på en klage over rettstilstanden som ble avvist av EMD er *Knudsen v. Norway*, hvor klager mente abortloven krenket retten til liv.¹⁰⁴ EMD har likevel ansett klager som «offer» dersom klager risikerer å bli direkte berørt av lovgivningen.¹⁰⁵ I *Norris v. Ireland* ble klageren, som var homoseksuelle, ansett for å være «offer» av lovgivning som straffet visse homoseksuelle handlinger. At loven i praksis ikke ble håndhevet anså EMD ikke som avgjørende.¹⁰⁶ EMD har i visse tilfeller også akseptert klager fra personer som kan oppfattes som indirekte ofre, typisk nær familie, i tilfeller hvor det direkte offeret er død.¹⁰⁷ «Offer»-begrepet må for øvrig tolkes dynamisk i lys av de aktuelle samfunnsforhold.¹⁰⁸ «Offer»-begrepet vil også kunne variere fra bestemmelse til bestemmelse ettersom hvilke interesser bestemmelsen som hevdes krenket skal beskytte.¹⁰⁹

Offerstatusen kan bortfalle. Praktisk her er at klager tidligere var et «offer», men at nasjonale myndigheter har reparert krenkelsen, jfr. EMK art. 13.¹¹⁰ Det følger av EMDs praksis at klager mister sin offerstatus om nasjonale myndigheter anerkjenner krenkelsen, samt i tilstrekkelig grad avhjelper den.¹¹¹ Begge vilkår må være oppfylt for at offerstatusen skal bortfalle.¹¹²

Vilkåret om anerkjennelse er oppfylt hvor nasjonale myndigheter uttrykkelig finner at det foreligger en krenkelse av konvensjonen, eller krenkelse av en nasjonal regel som i det vesentlige gir de samme garantier som konvensjonen.¹¹³ Anerkjennelsen kan også skje indirekte, uten at ord som «krenkelse» eller lignende, benyttes.¹¹⁴ I *Lie and Berntsen v. Norway* hadde Høyesterett uttalt at de ikke ville ta stilling til saksøkers anførsel om at den lange saksbehandlingstiden krenket EMK art. 6 nr. 1. Flertallet gjorde likevel hele straffen, som i utgangspunktet skulle vært ubetinget fengsel i over tre år, betinget med den begrunnelse at behandlingen av saken hadde tatt lang tid. EMD mente Høyesterett med dette hadde anerkjent krenkelsen.¹¹⁵ EMD kom til motsatt resultat i *Chraid v. Germany*, hvor den nasjonale domstolen, ved

¹⁰³ Centre for legal resources on behalf of Valentin Campeanu v. Romania, avsnitt 101

¹⁰⁴ Under «law» og nr. 1

¹⁰⁵ Kjølbro (2010) s. 92

¹⁰⁶ Avsnitt 32-34

¹⁰⁷ Centre for legal resources on behalf of Valentin Campeanu v. Romania avsnitt 96-98

¹⁰⁸ *Gorraiz Lizzarraga and Others v. Spain* avsnitt 38

¹⁰⁹ Lorenzen (2011) s. 1077

¹¹⁰ *Scordino v. Italy* (nr 1) avsnitt 181

¹¹¹ *Gäfgen v. Germany* avsnitt 115

¹¹² *Mathew v. the Netherlands* avsnitt 149

¹¹³ *Gäfgen v. Germany* avsnitt 115. Konvensjonsstatene har ingen plikt til å inkorporere konvensjonen i nasjonal rett, se kapittel 4.3

¹¹⁴ *Ibid* samt Kjølbro (2010) s. 103

¹¹⁵ Avsnittene vedrørende klager nr. 1

utmåling av straff, hadde lagt vekt på at varetektsfengslingen hadde vært «unusually long».¹¹⁶ Videre er det ikke nok at det treffes en avgjørelse til gunst for klager, om ikke krenkelsen samtidig anerkjennes.¹¹⁷ I *Labita v. Italy* hadde klager fått erstatning for tid i varetekt. Erstatningen ble tilkjent fordi varetektsfengslingen ble ansett som ulovlig, da klager ble frikjent i straffesaken, og ikke fordi varetektsfengslingen krenket EMK. EMD mente dette ikke var en anerkjennelse av konvensjonsbrudd.¹¹⁸

Hva som skal til for å avhjelpe en krenkelse beror på forholdene i den konkrete sak, herunder karakteren av krenkelsen.¹¹⁹ I noen saker er erstatning tilstrekkelig,¹²⁰ mens det i andre kreves at krenkelsen opphører og eventuelle konsekvenser av krenkelsen reverseres.¹²¹ Dersom et utvisningsvedtak er ugyldig fordi det krenker EMK, er det for eksempel ikke nok at klager får erstatning om ikke vedtaket også oppheves.¹²² For noen sakstyper følger det av EMDs rettspraksis hva som er en tilstrekkelig reparasjon. Ved krenkelse av EMK art. 3 på grunn av forsettlig mishandling av politiet, kreves det for eksempel at de nasjonale myndigheter utfører en etterforskning og at de ansvarlige straffes, samt at det er mulig for klager å få økonomisk oppreisning.¹²³

4.4.2 Uttømming av nasjonale rettsmidler

For å få en klage realitetsbehandlet av EMD kreves det alle nasjonale rettsmidler er uttømt («all domestic remedies have been exhausted»), jfr. EMK art. 35 nr.1 bokstav a. For at et rettsmiddel skal være uttømt må anke- eller klagemulighetene ha blitt prøvd til topps.¹²⁴ Dersom motet eller midlene ikke strekker til, kan ikke saken senere klages inn for EMD.¹²⁵ Bare ordinære rettsmidler må uttømmes. Det kreves for eksempel ikke at klager har begjært gjenåpning eller fått saken behandlet av Sivilombudsmannen.¹²⁶

¹¹⁶ Avsnitt 25-26

¹¹⁷ *Gäfgen v. Germany*, avsnitt 115

¹¹⁸ Avsnitt 143

¹¹⁹ *Gäfgen v. Germany*, avsnitt 116

¹²⁰ *Kjølbros* (2010) s. 879

¹²¹ Se for eksempel *Iatridis v. Greece* avsnitt 47, hvor erstatning ikke var tilstrekkelig reparasjon om ikke klager også fikk tilbake kinoen.

¹²² *Kjølbros* (2010) s. 121

¹²³ *Gäfgen v. Germany*, avsnitt 116

¹²⁴ *Høstmælingen* (2012) s. 391

¹²⁵ *Ibid*

¹²⁶ *Møse* (2002) s. 125-126

Klager må videre forholde seg til frister og formelle vilkår i nasjonal lovgivning.¹²⁷ I *Thiermann and Others v. Norway* hadde klagerne krevd erstatning for konvensjonsbrudd. Tingretten og lagmannsretten kom til at erstatningskravene var foreldet, og Høyesterett nektet anken fremmet. EMD uttalte at det i utgangspunktet er opp til de nasjonale domstoler å tolke nasjonal rett. Ettersom det nasjonale rettsmidlet, her erstatning, ikke var utnyttet innen foreldelsesfristens utløp, ble klagen avvist.¹²⁸

Vilkåret om uttømming av rettsmidler må ses i sammenheng med kravet om et «effektivt rettsmiddel» i nasjonal rett i EMK art. 13. Det er derfor bare rettsmidler som er tilgjengelige, tilstrekkelige og effektive som må uttømmes.¹²⁹ Jeg henviser til det som fremgår om et effektivt rettsmiddel i kapittel 4.3, og om reparasjon av en konvensjonskrenkelse i kapittel 4.4.1. Dersom det eksisterer flere effektive rettsmidler for samme klage, og klager har uttømt det ene, kreves det som utgangspunkt ikke at klager må uttømme de andre.¹³⁰ Dersom staten hevder saken avvist fordi kravet om uttømming av nasjonale rettsmidler ikke er oppfylt, er det i første rekke staten som har bevisbyrden for at effektive rettsmidler ikke er uttømt.¹³¹

Klager trenger ikke å ha påberopt de samme konvensjonsbestemmelsene for de nasjonale domstolene, som for EMD, eller i det hele tatt konvensjonen. Det sentrale er at det som er gjenstand for klagen til EMD også har vært gjenstand for behandling ved de nasjonale domstoler, slik at nasjonale myndigheter har fått en reell mulighet til å forhindre eller avhjelpe en krenkelse.¹³² I *Botten v. Norway* mente klager at behandlingen for Høyesterett burde ha vært muntlig. Kravet om muntlige forhandlinger hadde imidlertid ikke blitt fremsatt for Høyesterett. EMD uttalte at ettersom Høyesterett hadde valgt å avgjøre saken uten muntlige forhandlinger, måtte det være fordi de hadde vurdert at det var i samsvar med lov. Norge hadde dermed ikke blitt fratatt en mulighet til å avhjelpe en krenkelse.¹³³

4.4.3 Frist

Det følger av EMK art. 35 nr.1 at klagen må fremsettes for EMD innen seks måneder¹³⁴ etter at de ordinære effektive rettsmidler er uttømt. Fristen begynner å løpe dagen etter meddelelsen av den endelige avgjørelsen, og avbrytes den dagen klagen sendes til EMD.¹³⁵

¹²⁷ *Vučković and Others v. Serbia*, avsnitt 72

¹²⁸ Avsnittene under ”Assessment by the Court”

¹²⁹ *Sejdovic v. Italy*, avsnitt 45

¹³⁰ Kjølbro (2010) s. 118

¹³¹ *Sejdovic v. Italy*, avsnitt 46

¹³² Kjølbro (2010) s. 115-116 og *Vučković and Others v. Serbia*, avsnitt 72

¹³³ Avsnitt 36

¹³⁴ I tilleggsprotokoll 15, som ikke har trådt i kraft enda, er fristen endret til fire måneder.

¹³⁵ *Møse* (2002) s. 126

4.4.4 «Åpenbart ugrunnet»

EMD skal avvise klager den anser som «åpenbart ugrunnet» («manifestly ill-founded»), jfr. art. 35 nr. 3 bokstav a. Saker EMD mener ikke vil kunne før frem siles ut ved hjelp av denne avvisningsgrunnen, som i praksis er den viktigste avvisningsgrunnen.¹³⁶

4.5 Konsekvenser for adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK

Det kan med en gang slås fast at EMK art. 13 ikke generelt krever at norsk rett må gi adgang til fastsettelsesdom for brudd på konvensjonen. Dette følger av at art. 13 kun krever at staten har på plass et rettsmiddel som skal sikre et resultat, ikke et bestemt middel. Det vil imidlertid kunne oppstå situasjoner hvor det ikke finnes et annet «effektivt rettsmiddel» til å prøve en anførsel om konvensjonskrenkelse i norsk rett, enn en fastsettelsesdom. I slike tilfeller må det gis adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK for å oppfylle art. 13. For å vite når det må gis adgang til slik fastsettelsesdom, skal jeg nedenfor vurdere hvilke andre effektive rettsmidler som finnes i norsk rett. Videre skal jeg undersøke om noen av vilkårene for individklage påvirker adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK.

En måte et forholds konvensjonsmessighet kan prøves på i norsk rett, er gjennom forvaltningens behandling av enkeltsaker. Overordnede forvaltningsorgan vil normalt ha tilstrekkelig uavhengighet til det organ som det påstås å ha krenket EMK.¹³⁷ Dette vil trolig gjelde for Utlendingsnemnda (UNE) og Kontrollkomisjonen, som ofte tar stilling til EMK-anførsler i enkeltsaker. Disse to forvaltningsorganene avsier bindende avgjørelser, og vil i de fleste tilfeller kunne forhindre, eller avhjelpe en krenkelse.¹³⁸ For eksempel vil et vedtak av Utlendingsdirektoratet (UDI) som krenker EMK, repareres ved at UNE treffer nytt vedtak i saken. Disse to overordnede forvaltningsorganene vil dermed vanligvis anses som «effektive rettsmidler» etter EMK art. 13. Både for de nevnte organene, og for øvrige, må det imidlertid gjøres en vurdering i den enkelte sak om organets prøvelse av konvensjonsmessigheten var «effektiv».

Dersom det ikke finnes et vedtak å påklage, eller det overordnede forvaltningsorganet ikke har prøvd forholdet til EMK, må prøvingen av den anførte konvensjonskrenkelsen skje for domstolene. Dersom konvensjonsanførselen prøves i forbindelse med et annet søksmål, typisk et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål, er EMK art. 13 oppfylt. I noen tilfeller vil imidlertid et slikt søksmål ikke være «effektivt». Vedtaket har for eksempel opphørt, slik at

¹³⁶ Kjølbro (2010) s. 136

¹³⁷ NOU 2001: 32 s. 161

¹³⁸ Kontrollkomisjonen har tidligere blitt ansett som et «effektivt rettsmiddel», se Rt. 2001 s. 1123 på s. 1129. Etter Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) treffer UNE bindende avgjørelser, se § 34 (3). Om uavhengighet, se Utlendingsnemnda (2015).

søksmålet ikke kan bli fremmet, jfr. tvl. § 1-3, eller det er klart at det ikke finnes et økonomisk tap, slik at krenkelsen ikke kan repareres ved et erstatningssøksmål, se kapittel 4.4.1. For å kunne gi saksøker en måte å prøve konvensjonsmessigheten på, må det i slike tilfeller være adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK.

Forutsatt at et ugyldighets- eller erstatningssøksmål vil være «effektivt», vil altså EMK art. 13 være tilfredsstilt ved at forholdet til EMK prøves i forbindelse med et slikt søksmål. I forlengelsen av dette kan det spørres om det etter art. 13. kan oppstille et vilkår om at saksøker må reise et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål for å få prøvd forholdet til EMK, istedenfor et fastsettelsessøksmål. Et slikt krav kan særlig være betenkelig ved erstatningssøksmål, ettersom det kan være vanskelig og kostnadskrevenende å bevise at vilkårene for økonomisk tap og årsakssammenheng er oppfylt. Hvis norsk rett krever at saksøker går til et erstatningssøksmål istedenfor et fastsettelsessøksmål kan det derfor raskt bli uforholdsmessig byrdefullt for saksøker å få prøvd om det foreligger en krenkelse av konvensjonen.¹³⁹ Svaret på om et slikt vilkår kan stilles etter EMK art. 13 beror på hvor langt statens skjønnsmargin i å etablere effektive rettsmidler rekker. Som nevnt i kapittel 4.3 er statenes skjønnsmargin et vanskelig og omdiskutert spørsmål. Imidlertid taler hensynene bak subsidiaritetsprinsippet at prøvelsen av en anført krenkelse i nasjonal rett er så tilgjengelig som mulig. Konklusjonen må anses åpen.

På bakgrunn av statenes skjønnsmargin kan det, på samme måte som etter EMK art. 6, stilles betingelser for å tillate søksmål, for eksempel vilkår om aktuell søksmålsinteresse. Begrensningene må imidlertid ikke ramme kjernen i den rett som er beskyttet etter EMK art. 13.¹⁴⁰ Både utvalget og departementet gikk inn for at det skulle gjelde et krav om aktuell søksmålsinteresse ved fastsettelsessøksmål om brudd på EMK. Som vi skal se i kapittel 6.6 har kravet om aktuell søksmålsinteresse blitt praktisert lempelig, og må anses for ikke å være i strid med EMK art. 13.¹⁴¹

I kapittel 4.3 ble noen av vilkårene for å få en individklage realitetsbehandlet av EMD presentert, blant annet «offer»-vilkåret, vilkåret om frist og vilkåret om at en klage ikke må være «åpenbart ugrunnet». I tvistelovens forarbeider ble det drøftet om de to sistnevnte vilkår også skulle være vilkår for å få fremme fastsettelsessøksmål om brudd på EMK i norsk rett. Departementet og utvalget mente et vilkår om frist ville ha liten overføringsverdi, og at de generelle krav til aktuell søksmålsinteresse ville ivareta de aktuelle hensyn.¹⁴² De ønsket heller ikke en silingsordning lik «åpenbart ugrunnet» i norsk rett. Det ble vist til at ubegrunnede krav kan

¹³⁹ Lagmannsrettens bemerkninger i LB-2014-194709.

¹⁴⁰ NOU 2001: 32 s. 161 og 170. Se også K.T. v. Norway, avsnitt 96-97 og 106.

¹⁴¹ Se også Schei (2013) s. 18

¹⁴² NOU 2001: 32 s. 201 og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 155

avgjøres etter forenklet domstolsbehandling, jfr. tvl § 9-8.¹⁴³ Flertallets standpunkt i Rt. 2003 s. 301 (Undersøkelse), om at vilkåret «åpenbart ugrunnet» kommer til anvendelse for norsk rett sin del når et søksmål begrunnes i EMK art. 13,¹⁴⁴ kan dermed ikke opprettholdes etter ikrafttreddelsen av tvisteloven.¹⁴⁵ Derimot er det et vilkår for å kunne få fastsettelsesdom for brudd på EMK, at saksøker er «offer» for en krenkelse, se kapittel 6.6.

Kravet om uttømming av nasjonale rettsmidler betyr for norsk del at det effektive rettsmiddelet som hovedregel må ankes helt til Høyesterett, og enten fremmes eller nektes fremmet der.¹⁴⁶ Det effektive rettsmiddelet kan for eksempel være et ugyldighets- eller erstatnings-søksmål, og i noen tilfeller også fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Dersom et fastsettelsessøksmål nektes fremmet av domstolene etter tvl. § 1-3, må saksøker i utgangspunktet forsøke seg på et annet rettsmiddel, for eksempel erstatnings- eller ugyldighetssøksmål før en sak fremmes for EMD.

¹⁴³ NOU 2001: 32 s. 201 og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 155

¹⁴⁴ Avsnitt 41-43

¹⁴⁵ Schei (2013) s. 30 og Skoghøy (2014) s. 381

¹⁴⁶ Møse (2002) s. 125

5 Fastsettelsesdom for brudd på EMK: rettskrav

For at et fastsettelsessøksmål om brudd på EMK skal fremmes til realitetsavgjørelse, må søksmålet tilfredsstillende søksmålsvilkårene i tvl. § 1-3. For å besvare oppgavens tema skal jeg derfor vurdere hvordan et fastsettelsessøksmål om brudd på EMK forholder seg til vilkårene «rettskrav» og «aktualitet».¹⁴⁷ I kapittel 3 ble det redegjort for rettskilder som er relevante for oppgavens tema. Disse skal jeg se nærmere på ved vurderingen av søksmålsvilkårene. Som jeg var inne på i kapittel 3.3, er problemstillingen som oftest om saksøker har «reelt behov» for en dom i tråd med påstanden. Tyngdepunktet i den videre drøftelsen av søksmålsvilkårene vil derfor ligge på aktualitetsvilkåret. I det følgende vil «rettskrav» være tema for dette kapitlet og «aktualitet» for kapittel 6.

5.1 Innledning

Spørsmålet i det følgende er hvordan krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK forholder seg til søksmålsvilkåret «rettskrav» i tvl. § 1-3 (1).

I rettspraksis er det ved flere anledninger slått fast at fastsettelsessøksmål om brudd på EMK er et «rettskrav».¹⁴⁸ I Rt. 2011 s. 1666 (Vestre Viken) uttaler Høyesterett: «Det er sikker rett at det kan reises *fastsettelsessøksmål* med krav om dom for at det foreligger brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon, jf. Rt-2003-301 avsnitt 39».¹⁴⁹

På bakgrunn av dette må det konkluderes med at fastsettelsessøksmål om brudd på EMK generelt er et «rettskrav». Denne konklusjonen er imidlertid ikke opplagt. I kapittel 5.2 skal jeg derfor se nærmere på hvordan fastsettelsessøksmål om brudd på EMK forholder seg til den tradisjonelle oppfatningen av «rettskrav». I kapittel 5.3 skal jeg se på uttalelser i forarbeidene, og i kapittel 5.4 skal det redegjøres nærmere for rettspraksis.

5.2 Den tradisjonelle oppfatningen av «rettskrav»

Et «rettskrav» må som utgangspunkt gjelde en rettsvirkning.¹⁵⁰ Brudd på regelfragmenter vil ikke i seg selv ha umiddelbare rettsvirkninger, men kan ofte representere en etappe på vei mot en rettsvirkning. Fordi EMK er inkorporert i norsk rett med forrang, vil det imidlertid være kort avstand fra en fastsettelsesdom for krenkelse av EMK, til en rettsvirkning. Dersom det foreligger en krenkelse av EMK vil det i realiteten bety at forholdet ikke kan fortsette. Dette

¹⁴⁷ Vedrørende «tilknytning», se kapittel 1.2

¹⁴⁸ Se blant annet Rt. 2003 s. 301 (undersøkelse) avsnitt 39, Rt. 2005 s. 534 avsnitt 27, Rt. 2009 s. 477 (Nordsjødykkerne) avsnitt 21, Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II) avsnitt 66, Rt. 2015 s. 93 (Maria) avsnitt 42 og Rt. 2015 s. 921 (Bastøy) avsnitt 82.

¹⁴⁹ Avsnitt 32. Kursiveringen er Høyesteretts.

¹⁵⁰ Se kapittel 2.3

ligner følgene ved dom for at noe er «rettsstridig» eller «ulovlig», som er rettslige karakteristikk som normalt anses som «rettskrav». Foreligger det et vedtak i den aktuelle sak, vil en dom for krenkelse av EMK også ofte føre til at vedtaket anses ugyldig. Videre vil et EMK-brudd gi saksøker et ansvarsgrunnlag. Fastsettellesdommen fører derimot ikke til en avklaring av hvorvidt erstatningsplikt foreligger ettersom dette også krever årsakssammenheng og et økonomisk tap.

På bakgrunn av den nære forbindelsen mellom en dom for brudd på EMK og en rettsvirkning, har Skoghøy og Schei mfl. gått inn for at fastsettelsessøksmål om brudd på EMK må anses som «rettskrav». Skoghøy uttaler blant annet:

«Siden konvensjoner som omfattes av menneskerettsloven, er inkorporert med forrang, vil en dom for at det foreligger brudd på en slik konvensjon, ha omtrent tilsvarende rettsfølger som en dom for at noe er ulovlig eller rettsstridig. Selv om det kanskje må reises en ny sak for å få fastslått de eksakte følger av det foreligger konvensjonsbrudd, representerer spørsmålet om konvensjonsbrudd en så viktig «mellomstasjon» at det er naturlig å betrakte dette som rettskrav».¹⁵¹

Rent formelt har altså dom for brudd på EMK ingen rettsvirkninger, og er ikke et «rettskrav». Skoghøy og Schei mfl. synes imidlertid å mene at dette standpunktet er for formalistisk når det kan reises søksmål om at noe er «ulovlig» eller «rettsstridig».

5.3 Forarbeidene

I Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) uttalte departementet dette om «rettskrav» og fastsettelsessøksmål om brudd på EMK:

«Et krav om særskilt dom for at et forhold er rettsstridig fordi en bestemmelse i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) er overtrådt, utgjør et rettskrav etter første ledd når konvensjonsmessigheten ikke kan bli prøvd på annen måte, se også Rt. 2003 s. 301».¹⁵²

I Rt. 2003 s. 301 (Undersøkelse) uttalte Høyesterett:

«Det er enighet mellom partene om at det i dette tilfellet ikke forelå noen klageadgang til overordnet forvaltningsorgan, hverken i forbindelse med åpningen av undersøkelses-

¹⁵¹ Skoghøy (2014) s. 391, se også Schei (2013) s. 29

¹⁵² Ot.prp.nr.51 s. 364

saken eller de konkrete skrittene som deretter ble tatt. Den prøving artikkel 13 forutsetter, må således eventuelt skje ved domstolene (...).

(...)

Jeg forstår kommunen slik at det erkjennes at de grunner som ville lede til avvisning av As søksmål etter tvistemålsloven § 54, ikke er holdbare etter EMK artikkel 13. Jeg er enig i det. Etter artikkel 13 må spørsmålet om artikkel 8 er krenket, kunne betraktes som et rettsforhold og gjøres til gjenstand for et fastsettelsessøksmål, og dette selv om krenkelsen er opphørt.»¹⁵³

Det fremgår av det siterte at det var kravet i EMK art. 13 som førte til at søksmålet måtte fremmes. Departementets uttalelser kan forstås slik at hvor konvensjonsmessigheten ikke kan prøves på annen måte, slik som i Rt. 2003 s. 301 (Undersøkelse), kan et fastsettelsessøksmål om brudd på EMK anses som et «rettskrav», men ikke ellers.¹⁵⁴ Departementets uttalelse om at det ville være et brudd med norsk prosessrett å tillate særskilt dom for regelstrid, se kapittel 3.2.2, tyder på at departementet mente fastsettelsessøksmål om brudd på EMK i utgangspunktet ikke er et «rettskrav».

5.4 Rettspraksis

Det er flere ganger slått fast i rettspraksis at fastsettelsessøksmål om brudd på EMK er et «rettskrav», se kapittel 5.1, også i tilfeller hvor EMK art. 13 ikke aktualiseres.¹⁵⁵ I ingen av avgjørelsene vedrørende fastsettelsessøksmål om brudd på EMK drøfter Høyesterett hvorfor de har avveket departementets ordning. I det hele tatt gjøres det ingen drøftelse av hva rettskrav-vilkåret innebærer, og hvorfor fastsettelsessøksmålet er et «rettskrav». Rt. 2011 s. 1666 (Vestre Viken) er illustrerende for Høyesteretts behandling av vilkåret. Der slås det fast at det er «sikker rett»¹⁵⁶ at fastsettelsessøksmål om brudd på EMK er «rettskrav», uten at det gjøres noen nærmere vurdering av rettskrav-vilkåret. Høyesterett henviser kun til Rt. 2003 s. 301, men den avgjørelsen gjaldt et tilfelle i tråd med forarbeidenes oppfatning av når fastsettelsesdom for brudd på EMK er et «rettskrav», se kapittel 5.3.

Spørsmålet om «rettskrav» er imidlertid ikke bare av interesse for EMK. I plenumsdommen Rt. 2012 s. 2039 (lengeværende barn II) hadde saksøker blant annet krevd fastsettelsesdom for brudd på BK art 3 nr.1. Høyesterett kom under dissens (11-8) til at fastsettelsessøksmålet

¹⁵³ Avsnitt 37 og 39

¹⁵⁴ Se også Robberstad (2016) s. 59

¹⁵⁵ Rt. 2009 s. 477 (Nordsjødykkerne), Rt. 2015 s. 93 (Maria) og Rt. 2015 s. 921 (Bastøy)

¹⁵⁶ Avsnitt 32

ikke kunne fremmes. Begrunnelsen var at fastsettelsessøksmålet, ifølge flertallet, ikke var et «rettskrav». Flertallet og mindretallets begrunnelser kaster lys over hvorfor Høyesterett mener dom for brudd på EMK generelt er et «rettskrav».

Flertallet i Rt. 2012 s. 2039 (lengeværende barn II) viste til Ot.prp.nr.51 (2004-2005) og denne uttalelsen på s. 154:

«Departementet anser det som utvalget klart at det må være adgang til å få fremmet et slikt søksmål når den aktuelle menneskerettskonvensjonen stiller krav om et effektivt rettsmiddel, slik EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 gjør.»

På bakgrunn av det siterte konkluderte flertallet med at det er eksistensen av retten til et effektivt rettsmiddel i EMK art. 13, som har begrunnet adgangen til å kreve særskilt fastsettelsesdom for brudd på konvensjonen. BK inneholder derimot ikke en slik bestemmelse.¹⁵⁷ Mindretallet viste til at det etter tvl. § 1-3 (1) kan reises sak for domstolene om at noe er «lovlig» eller «rettsstridig», og at søksmålsadgangen således direkte følger av norsk rett, helt uavhengig av hvor langt BK krever domstolsbehandling ved påstand om konvensjonsbrudd.¹⁵⁸

Avgjørelsen viser at selv om Høyesterett er enige i at fastsettelsesdom for brudd på EMK er et «rettskrav», er de uenige om den rettslige begrunnelsen som leder til konklusjonen. Flertallets drøftelse trekker i retning av at de mener det er forarbeidene som er rettsgrunlaget for at fastsettelsessøksmålet er et «rettskrav». Flertallet ser imidlertid bort fra departementets uttalelser om *når* et slikt fastsettelsessøksmål er et «rettskrav», se kapittel 5.3. Mindretallets drøftelse av spørsmålet trekker i retning av at de resonerer på samme måte som Skoghøy og Schei mfl., se kapittel 5.2. I flertallet og mindretallets vurdering kan vi dermed trolig skimte en viss forskjell i lojalitet til lovgiver.

5.5 Avsluttende betraktninger

Ved generelt å fastslå at fastsettelsessøksmål om brudd på EMK er et «rettskrav», har Høyesterett satt lovgivers mening til side uten å kommentere tilsidesettelsen. Dette er kritikkverdig. Backer mener adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK er «innført uten grunnlag».¹⁵⁹ Robberstad trekker frem rettskrav-vilkåret som et eksempel på at Høyesterett i økende grad driver rettsskapende virksomhet i strid med det som har blitt oppfattet som god metodeleære.¹⁶⁰ Etter rettspraksis kan det se ut som om vektleggingen av departementets uttalelser er i behold,

¹⁵⁷ Avsnitt 88-102

¹⁵⁸ Avsnitt 114

¹⁵⁹ Backer (2015) s. 213-214

¹⁶⁰ Robberstad (2016) s. 50 og 59-60

men er forflyttet til aktualitetsvilkåret. Dette skal vi se nærmere på i kapittel 6. Det har mer å gjøre med søksmålssituasjonen (aktualitet) enn søksmålsgjenstanden (rettskrav) at kravets konvensjonsmessighet, i det enkelte tilfellet, kan prøves på annen måte. En slik forflytning kan derfor ha gode grunner for seg.

6 Fastsettelsesdom for brudd på EMK: aktualitet

6.1 Innledning

Spørsmålet i det følgende er hvordan et krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK forholder seg til aktualitetsvilkåret, jfr. tvl. § 1-3 (2).

Etter den tradisjonelle oppfatningen av aktualitetsvilkåret må en dom i tråd med saksøkers påstand i utgangspunktet ha rettsvirkninger, se kapittel 2.4. En dom for brudd på EMK har ikke direkte rettsvirkninger, se kapittel 5.2. Imidlertid er det kort vei fra dom for brudd på EMK til en rettsvirkning.

I kapittel 4.5 ble det redegjort for når norsk rett må gi adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK, jfr. EMK art. 13. For å oppfylle art. 13 ble det i forarbeidene gjort to grep i relasjon til tvl. § 1-3. For det første ble fastsettelsessøksmål om brudd på EMK i enkelte tilfeller ansett som «rettskrav».¹⁶¹ For det andre ble anvendelsen av aktualitetsvilkåret lempet ved fastsettelsessøksmål om brudd på EMK, slik at det ikke er nødvendig å vise til en rettsvirkning.¹⁶²

I kapittel 5 ble det redegjort for at Høyesterett har sett bort ifra departementets uttalelser om rettskrav-vilkåret, og lagt til grunn at fastsettelsessøksmål om brudd på EMK alltid er et «rettskrav». Som tidligere nevnt, og som vi skal se nærmere på nedenfor, kan det se ut som om departementets uttalelser isteden har blitt forflyttet til aktualitetsvilkåret. Spørsmålet som reiser seg er om saksøker har et «reelt behov» for fastsettelsesdom for brudd på EMK dersom EMK art. 13 kan oppfylles på andre måter enn ved en fastsettelsesdom, typisk ved et gyldighets- eller erstatningssøksmål.¹⁶³ I Rt. 2015 s. 93 (Maria) kom Høyesterett enstemmig til at saksøkers fastsettelsessøksmål kunne fremmes selv om EMK art. 13 kunne oppfylles på annen måte. Særlig denne avgjørelsen reiser spørsmålet om det er adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK utover en minimumsoppfyllelse av art. 13.

I kapittel 6.2 skal jeg se nærmere på utvalgets og departementets standpunkter vedrørende adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK. I kapittel 6.3 skal det redegjøres for rettspraksis rundt aktualitetsvilkåret, før jeg i kapittel 6.4 forsøker å si noe om hva som er gjeldende rett. I kapittel 6.5 skal jeg vurdere hvorvidt det er hensiktsmessig med en minimumsoppfyllelse av EMK art. 13 ved fastsettelsessøksmål om brudd på EMK. I kapittel 6.6 skal jeg redegjøre for andre begrensninger i aktualiteten, herunder hva en lempeligere praktisering av aktualitetsvilkåret innebærer.

¹⁶¹ Se kapittel 3.2

¹⁶² Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 364 og NOU 2001:32 s. 201-202, se også kapittel 6.6.

¹⁶³ Se for eksempel Rt. 2009 s. 477 (Nordsjødykkerne) avsnitt 1.

6.2 Forarbeidene og aktualitetsvilkåret

Utvalget og departementet hadde to forskjellige syn på i hvilken grad det skulle være adgang til å fremme fastsettelsessøksmål om brudd på EMK, se kapittel 3.2. Utvalget gikk inn for at adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK skulle gå utover en minimumsoppfyllelse av art. 13. Departementet var imidlertid ikke enig, og det fremstår som at de ønsket å begrense adgangen til en minimumsoppfyllelse av art. 13.

Utvalgets og departementets synspunkter skaper to forskjellige aktualitetsregler. *Departementets synspunkt* fører til en to-leddet aktualitetsvurdering. For det første er det et vilkår at « (...) det ikke finnes noe annet rettsmiddel til å få prøvd menneskerettsstrid enn søksmål for domstolene.»¹⁶⁴ Dersom konvensjonskrenkelsen kan prøves på annen måte, typisk ved et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål, har saksøker ikke «reelt behov» for særskilt fastsettelsesdom. For det andre må saksøker vise til en aktuell søksmålsinteresse. Heretter kalles dette «departementets regel». *Utvalgets synspunkt* fører til at det bare gjøres en vurdering av den andre problemstillingen. Etter dette synspunktet er det ikke relevant om konvensjonsmessigheten i det enkelte tilfelle kan prøves på annen måte. Heretter kalles dette for «utvalgets regel».¹⁶⁵

Jeg presiserer at når jeg bruker uttrykket «aktuell søksmålsinteresse» så er ikke det noe annet enn at saksøker må ha «reelt behov» for dom. For å skille mellom drøftelsene av det jeg ovenfor har kalt ledd én og to, vil jeg imidlertid i det videre benevne ledd nummer to som «aktuell søksmålsinteresse».

I kapittel 6.2.1 skal jeg se nærmere på innholdet av utvalget og departementets regel. I kapittel 6.2.2 skal jeg se på forarbeidenes rettskildemessige vekt.

6.2.1 Reglens innhold

Utvalgets regel fører med seg få innholdsmessige problemer, ettersom det kun stilles krav om at saksøker har aktuell søksmålsinteresse. Det skal redegjøres nærmere for innholdet av dette kravet i kapittel 6.6. Departementets regel er imidlertid ikke like klar, da det oppstår flere spørsmål om innholdet av ledd nummer én.

For å beskrive når det er adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK, bruker departementet uttrykk som «(...) når konvensjonsmessigheten ikke kan bli prøvd på annen måte (...)»¹⁶⁶ og

¹⁶⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 154

¹⁶⁵ Hele avsnittet baserer seg på det som fremgår om departementets og utvalgets syn på fastsettelsesdom for brudd på EMK i kapittel 3.2.

¹⁶⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 364

«(...) hvor det ikke finnes noe annet rettsmiddel til å få prøvd menneskerettsstrid enn søksmål for domstolene».¹⁶⁷ Uttalelsene er etter sin ordlyd vide, og kan romme forskjellige tilfeller. Departementet gir imidlertid få eksempler som konkretiserer når konvensjonsmessigheten kan prøves på annen måte. Uttalelsene gir inntrykk av at departementet ønsket å begrense adgangen til fastsettelsesdom til en minimumsoppfyllelse av EMK art. 13. Imidlertid er de knappe i sin omtale av hvilke krav art. 13 stiller til norsk rett, noe som sår tvil om rekkevidden av departementets regel. Hertil kommer at det ikke er noe sikkert svar på hva som anses for å oppfylle EMK art. 13, særlig fordi statene har en skjønnsmargin i hvordan de vil etablere effektive rettsmidler. Departementets uttalelser reiser særlig to spørsmål jeg skal se nærmere på:

- Når må saksøker reise et ugyldighets- eller erstatningskrav istedenfor et særskilt fastsettelsessøksmål?¹⁶⁸
- Vil et administrativt vedtak, hvor det er tatt stilling til det anførte EMK-bruddet, utelukke et «reelt behov» for fastsettelsesdom?

6.2.1.1 Når må saksøker reise et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål?

Departementet mente det kun skulle være adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK i tilfeller «(...) hvor det ikke finnes noe annet rettsmiddel til å få prøvd menneskerettsstrid enn søksmål for domstolene».¹⁶⁹ Videre uttalte de at det ikke burde oppstilles noe krav om at forholdet til EMK kommer til uttrykk i domsslutningen, så lenge det blir tatt stilling til konvensjonsmessigheten i domspremissene.¹⁷⁰ Dette vil typisk skje ved erstatnings- eller ugyldighetssøksmål. I slike tilfeller kan nettopp konvensjonsmessigheten prøves på annen måte enn ved særskilt fastsettelsessøksmål. Departementets regel innebærer at saksøker ikke har krav på fastsettelsesdom for brudd på EMK dersom vedkommende også har reist et søksmål hvor EMK-anførselen kan prøves prejudisielt. Uttalelsene reiser videre spørsmål om når saksøker må gå til ugyldighets- eller erstatningssøksmål for å få prøvd sin anførsel om brudd på EMK, heller enn å reise et særskilt fastsettelsessøksmål. I det følgende vil jeg forholde meg til erstatnings- eller ugyldighetssøksmål som alternativ til fastsettelsessøksmål om brudd på EMK. Jeg presiserer imidlertid at utvalgets uttalelse rommer alle slags søksmål hvor EMK-anførselen prøves prejudisielt.

Det kan tenkes at saksøker aldri må ta ut et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål for å prøve en anførsel om brudd på EMK. Saksøker kan med andre ord velge å kun reise et fastsettelsessøksmål om brudd på EMK. En slik oppfattelse passer imidlertid ikke særlig godt med uttalelsens ordlyd, «finnes noe annet rettsmiddel». Ordlyden peker i retning av at det avgjørende er

¹⁶⁷ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 154

¹⁶⁸ Se også Reiertsen (2015) s. 423

¹⁶⁹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 154

¹⁷⁰ Ibid

om andre rettsmidler eksisterer i norsk rett, og ikke hvilke rettsmidler saksøker har valgt å benytte seg av. En regel hvor saksøker kan velge å kun reise et fastsettelsessøksmål, passer heller ikke godt med departementets intensjon om å begrense antall fastsettelsessøksmål om brudd på EMK.

Plikten til å reise erstatnings- eller ugyldighetssøksmål kan imidlertid ikke være helt ubetinget, heller ikke med departementets regel. Utvalget uttalte at det måtte være adgang til å kreve fastsettelsesdom for brudd på EMK om et erstatnings- eller ugyldighetskrav er «uegnet».¹⁷¹ De mente det kunne oppstå tilfeller hvor det er «lite naturlig»¹⁷² å reise et ugyldighets- eller erstatningssøksmål, for eksempel fordi den anførte konvensjonskrenkelsen består i en handling som ikke har gitt opphav til et økonomisk tap, eller erstatningskravet er foreldet.¹⁷³ Hva som er et «uegnet» ugyldighetskrav knyttes det ingen bemerkninger til. Et ugyldighetssøksmål hvor vedtaket som påstås ugyldig har opphørt, kan imidlertid trolig anses som «uegnet», da et slikt søksmål normalt vil bli avvist, jfr. tvl. § 1-3 (2). Departementet berører ikke problemstillingen om «uegnede» søksmål. Når de uttaler at fastsettelsessøksmål kan tillates der det « (...) ikke finnes noe annet rettsmiddel (...)»,¹⁷⁴ kan det imidlertid innfortolkes at rettsmiddelet må være «egnet». I motsatt fall ville det alltid eksistert et annet rettsmiddel, og det ville vært irrelevant å skille mellom tilfeller hvor det kan kreves fastsettelsesdom og hvor det ikke kan det. Det vil for eksempel alltid være mulig for saksøker å reise et erstatningssøksmål, uavhengig av muligheten for å lykkes med det. Departementet viste også til Rt. 2003 s. 301 (Undersøkelse) som et eksempel på en situasjon hvor det må være adgang til fastsettelsesdom.¹⁷⁵ Også med departementets regel må konklusjonen derfor være at det er adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK, dersom et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål fremstår som «uegnet».

Etter dette står man igjen med de tilfellene hvor erstatnings- eller ugyldighetssøksmålet er «egnet». Departementets regel innebærer dermed at dersom saksøker kan reise et «egnet» erstatnings- eller ugyldighetssøksmål, har saksøker også plikt til å gjøre det. I slike tilfeller kan det ikke kreves fastsettelsesdom for brudd på EMK. Det er imidlertid usikkert om det er innenfor Norges skjønnsmargin etter EMK art. 13 å stille et slikt vilkår. Det er kanskje særlig for erstatningskravenes del dette kan være problematisk, se kapittel 4.5. I den videre fremstillingen legger jeg til grunn at departementets regel går ut på at saksøker må reise et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål dersom et slikt søksmål fremstår som «egnet».

¹⁷¹ NOU 2001:32 s. 200

¹⁷² Ibid s. 161

¹⁷³ Ibid s. 201

¹⁷⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 154

¹⁷⁵ Ibid

6.2.1.2 Prøvelsen av konvensjonen er foretatt av et overordnet forvaltningsorgan

EMK art. 13 krever ikke domstolsprøving, og norske overordnede forvaltningsorgan vil kunne utgjøre «effektive rettsmidler», se kapittel 4.5. Departementet uttalte at det er adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK hvor «(...) det ikke finnes noe annet rettsmiddel til å få prøvd menneskerettsstrid enn søksmål for domstolene» (min understrekning).¹⁷⁶ Spørsmålet er om departementet med denne uttalelsen mente det ikke skulle være adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK dersom konvensjonsmessigheten har blitt prøvd av et overordnet forvaltningsorgan.

Uttalelsens ordlyd rommer tilfeller hvor et overordnet forvaltningsorgan har tatt stilling til konvensjonsmessigheten. Dette uttales imidlertid bare én gang, og det er påfallende at departementet ikke konkret viser til overordnede forvaltningsorgan som et alternativ til domstolsprøving.

Utvalget ønsket ikke en minimumsoppfyllelse av art. 13 ved adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK, og reiste ikke spørsmålet om et alternativ til domstolsprøvelse. I en generell drøftelse av hvilke krav EMK stiller til norsk sivilprosess, knyttet derimot utvalget noen bemerkninger til hva kravet om et «effektivt rettsmiddel» etter EMK art. 13 innebærer. Utvalget mente administrative organer kunne være et rettsmiddel etter EMK art. 13, og uttalte blant annet: «Et minstekrav er imidlertid at det aktuelle organ har den nødvendige uavhengighet til det organ som har foretatt den påståtte krenkelse(...). Overordnet forvaltningsorgan vil normalt tilfredsstillte dette.»¹⁷⁷ Departementet uttalte at de var enige med utvalget i at «(...) konvensjonen ikke nødvendigvis stiller krav om domstolsprøving (...)»,¹⁷⁸ og viste til utvalgets generelle drøftelse av EMK art. 13.¹⁷⁹ Overordnede forvaltningsorgans prøvelse av konvensjonsmessigheten er praktisk på noen rettsområder, for eksempel utlendingsrett (UNE) og psykisk helsevern (kontrollkommisjonen). Det er derfor påfallende at departementet nøyer seg med en vag henvisning til utvalgets drøftelse av spørsmålet, om de var av den oppfatning at overordnede forvaltningsorganers prøvelse av konvensjonsmessigheten skulle utelukke adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK. Det er videre ingen automatikk i at overordnede forvaltningsorganer oppfyller kravet til et «effektivt rettsmiddel», se kapittel 4.5, og utvalgets drøftelse av administrative organer som et «effektivt rettsmiddel» er kort og ufullstendig.

På den andre siden har det i rettspraksis før forarbeidene, blitt lagt til grunn at art. 13 er oppfylt dersom konvensjonsspørsmålet er behandlet av et overordnet forvaltningsorgan. I Rt.

¹⁷⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 154

¹⁷⁷ NOU 2001: 32 s. 161

¹⁷⁸ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 153

¹⁷⁹ Ibid

2001 s. 1123, som gjaldt gyldigheten av en tvangsinnleggelse etter lov om psykisk helsevern, anførte saksøker at søksmålet måtte fremmes etter EMK art. 13. Høyesterett viste til at kontrollkomisjonens behandling av innleggelsessaken tilfredstilte kravet til et effektivt rettsmiddel i art. 13.¹⁸⁰ I Rt. 2003 s. 301 (Undersøkelse), som departementet viser til flere ganger, uttalte Høyesterett at prøvelsen av konvensjonen måtte foretas av domstolene, ettersom det i den konkrete sak ikke forelå klageadgang til overordnet forvaltningsorgan.¹⁸¹ Dersom departementet mente å fravike disse avgjørelsene må det antas at de hadde gitt uttrykk for det.

Dette spørsmålet har ingen opplagt konklusjon. Dersom departementet mente at overordnede forvaltningsorganers prøvelse av konvensjonsmessigheten skulle avskjære adgangen til fastsettelsesdom, burde dette ha blitt klarere formulert. Departementet går imidlertid langt i å understreke at de ønsker å begrense adgangen til å få fastsettelsesdom for brudd på EMK. Departementets formulering av når det kan gis fastsettelsesdom, rommer også overordnede forvaltningsorganers prøvelse av konvensjonsmessigheten, og gjennom henvisningen til utvalgets utredning viser departementet at de er klar over at overordnede forvaltningsorganer prøvelse av konvensjonen ofte vil være «effektive», jfr. EMK art. 13. I tillegg er det samme lagt til grunn i tidligere rettspraksis. Konklusjonen blir derfor at overordnede forvaltningsorganers prøvelse av konvensjonsmessigheten trolig utelukker fastsettelsesdom.

6.2.2 Forarbeidenes vekt

Spørsmålet om det er utvalgets eller departementets aktualitetsregel som skal legges til grunn, er i første rekke et spørsmål om de to forarbeidenes rettskildemessige vekt.

Det er motstrid mellom forarbeidene. Utgangspunktet er at dokumentet har større vekt jo nærmere det ligger det endelig lovvedtaket.¹⁸² Departementets proposisjon ligger nærmest det endelige lovvedtaket, og har i utgangspunktet størst vekt. En klar uttalelse kan imidlertid veie tyngre enn en uklar, slik at utgangspunktet må vike.¹⁸³ Selv om departementets regel innholdsmessig er uklar, så er det ikke tvil om at departementet ønsket å fravike utvalgets løsning om en vid adgang til fastsettelsesdom, se for eksempel departementets svar til utvalgets forslag om adgang til fastsettelsesdom hvor saksøker også har et ugyldighets- eller erstatnings-søksmål sitert i kapittel 3.2.2. Det er da ingen grunn til å fravike utgangspunktet om at proposisjonen, gjennom å være nærmest lovvedtaket, har størst rettskildemessig vekt. Det er dermed departementets regel som i utgangspunktet skal legges til grunn for aktualitetsvurderingen.

¹⁸⁰ Side 1129

¹⁸¹ Avsnitt 37

¹⁸² Andenæs (2009) s. 45

¹⁸³ Ibid s. 46

6.3 Rettspraksis og aktualitetsvilkåret

I dette kapitlet skal jeg undersøke hvordan aktualitetsvilkåret har blitt anvendt i rettspraksis, herunder om det er utvalgets eller departementets regel som er lagt til grunn. Dette gjøres ved å skille mellom tilfeller hvor anførselen om brudd på EMK ikke kunne prøves prejudisielt i et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål, og hvor den kunne det.

6.3.1 Tilfeller hvor anførselen om brudd på EMK ikke kunne prøves i et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål

I *Rt. 2003 s. 301 (Undersøkelse)* konkluderte Høyesterett med at det var adgang til å fremme et fastsettelsessøksmål om at en undersøkelse igangsatt av barnevernet var i strid med EMK art. 8.¹⁸⁴ Høyesterett vurderte ikke om saksøker kunne ha reist et erstatningssøksmål, men et slikt krav hadde trolig vært «uegnet», da det sannsynligvis ville vært vanskelig å vise til et økonomisk tap. Det fantes heller ikke noe vedtak å påklage.¹⁸⁵ Den eneste måten undersøkelsens konvensjonsmessighet kunne prøves på var dermed gjennom et fastsettelsessøksmål.

I *Rt. 2011 s. 1666 (Vestre Viken)* var det kun reist fastsettelsessøksmål om brudd på EMK. Søksmålet ble avvist, da tilknytningsvilkåret ikke var oppfylt. Det fremstår som uklart om Høyesterett mente aktualitetsvilkåret var oppfylt eller ikke,¹⁸⁶ og saken gir derfor begrenset veiledning i anvendelsen av aktualitetsvilkåret.

I *Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II)* krevde saksøkerne fastsettelsesdom for at uttransporteringen av saksøker, C, hadde vært i strid med EMK art. 8. Det ble også krevd dom for at UNEs beslutning om ikke å omgjøre tidligere avslag på oppholdstillatelse var ugyldig. Vedrørende adgangen til fastsettelsesdom uttalte Høyesterett: «De ankende parter har krevd fastsettelsesdom for at utsendelsen av C krenker EMK artikkel 8 om retten til privatliv. Jeg er enig i at det er prosessuell adgang til eventuelt å avsi en slik dom».¹⁸⁷ Da C ved uttransporteringen hadde fått mer oppholdstid i Norge, gjaldt fastsettelsessøksmålet og ugyldighetssøksmålet forskjellig faktum. Ved kun å prøve gyldigheten av UNEs beslutning, ville ikke Høyesterett fått prøvd anførselen om at utsendelsen to år senere var i strid med EMK art 8. Om saksøker kunne ha reist et erstatningssøksmål istedenfor fastsettelsessøksmålet ble ikke problematisert. Det er imidlertid nærliggende at et erstatningssøksmål ville vært «uegnet», da det trolig ville vært vanskelig å påvise økonomisk tap.

¹⁸⁴ Søksmålet ble likevel avvist da flertallet mente det var «åpenbart ugrunnet».

¹⁸⁵ Høyesterett mente undersøkelsessaken ikke var et enkeltvedtak, se avsnitt 30.

¹⁸⁶ Se avsnitt 32

¹⁸⁷ Avsnitt 66

Høyesterett nevner ikke forarbeidene ved vurderingene av om de gjennomgåtte fastsettelses-søksmålene skulle fremmes. Både utvalget og departementets regel fører imidlertid til at det er adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK når anførselen om krenkelse ikke kan prøves på annen måte. Avgjørelsene er således i tråd med forarbeidene.

6.3.2 Tilfeller hvor anførselen om brudd på EMK kunne prøves i et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål

I *Rt. 2009 s. 477 (Nordsjødykkerne)* krevde saksøkerne fastsettelsesdom for brudd på EMK, samt erstatning for de samme krenkelsene. De anførte krenkelsene skulle ha skjedd i perioden mellom 1965-1990.¹⁸⁸ Tingretten hadde vurdert EMK-anførselene i domspremissene til erstatningssøksmålet. For Høyesterett gjaldt saken bare om forholdet til EMK også skulle fremgå av domsslutningen.

Fastsettelsessøksmålene ble avvist, da aktualitetsvilkåret ikke var oppfylt. Høyesterett uttalte at de påståtte krenkelsene til dels lå langt tilbake i tid, og at dette talte imot et behov for fastsettelsesdom.¹⁸⁹ Videre uttalte de at når tingretten hadde tatt stilling til EMK-anførselene i erstatningssøksmålet, kunne det ikke være av «(...) reell og aktuell betydning for de ankende parter at de samtidig får fastsettelsesdom for at det ikke har skjedd menneskerettsbrudd.»¹⁹⁰ Det er uklart om Høyesterett mente saksøker automatisk ikke hadde «reelt behov» for fastsettelsesdom fordi EMK art. 13 var oppfylt, eller om saksøker, etter en helhetsvurdering av også tidsmomentet, ikke hadde «reelt behov» for slik dom. Høyesterett siterte imidlertid fra lagmannsrettens avvisningsavgjørelse, og sluttet seg i det vesentlige til lagmannsrettens vurdering. Fra lagmannsrettens avgjørelse siterte Høyesterett blant annet:¹⁹¹

«De ankende parter har vist til Rt-2003-301, avsnitt 39, der det framgår at EMK artikkel 13 i visse tilfeller leder til at spørsmålet om konvensjonskrenkelse kan gjøres til gjenstand for fastsettelsessøksmål. Dette gjelder imidlertid for tilfeller hvor det ikke foreligger andre muligheter etter intern norsk rett til å få prøvd spørsmålet.»

Det fremstår som om lagmannsretten la avgjørende vekt på at saksøker hadde fått konvensjonsspørsmålet prøvd i erstatningskravet. I teorien har flere tatt *Rt. 2009 s. 477 (Nordsjødykkerne)* til inntekt for at det ikke er adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK, hvor det også er reist et ugyldighets- eller erstatningssøksmål.¹⁹² Høyesterett legger altså trolig depar-

¹⁸⁸ Arbeids- og sosialdepartementet (2015)

¹⁸⁹ Avsnitt 23

¹⁹⁰ Avsnitt 24

¹⁹¹ Avsnitt 16

¹⁹² Robberstad (2015) s. 108 og Holdø (2015) s. 256-257

tementets aktualitetsregel til grunn. Høyesterett viser imidlertid ikke til forarbeidene i sin drøftelse av aktualitet.

I *Rt. 2015 s. 93 (Maria)*, heretter Maria-dommen, hadde A (mor) og B (datter) anlagt søksmål om gyldigheten av UNEs vedtak om utvisning av A, samt krav om fastsettelsesdom for at utvisningsvedtaket krenket Bs rettigheter etter EMK art 8. Høyesterett kom til at B kunne gå til søksmål om As utvisningsvedtak, samt at B skulle ha blitt gjort til part i utvisningsvedtaket. Staten anførte at B ikke hadde rettslig interesse i fastsettelsessøksmålet, da spørsmålet om konvensjonskrenkelse ville bli prøvd prejudisielt i ugyldighetssøksmålet, jfr. *Rt. 2009 s. 477 (Nordsjødykkerne)*.¹⁹³ Til dette uttaler Høyesterett:

«Spørsmålet om konvensjonsbrudd har åpenbart også aktuell interesse for B, ettersom en dom i hennes favør innebærer at det vil være rettsstridig overfor henne å effektivere vedtakene, jf. Grunnloven § 92. Håndhevelsessøksmålet kan da ikke avvises etter tvisteloven § 1-3. At et eventuelt konvensjonsbrudd- etter omstendighetene- også vil kunne komme til å utgjøre et prejudisielt rettsforhold i et parallelt gyldighetssøksmål, reduserer ikke den rettslige interessen som hun i utgangspunktet har i håndhevelsessøksmålet. Tidligere fremgikk adgangen til å få dom for prejudisielle rettsforhold uttrykkelig av tvistemålsloven § 58 nr. 1. Nå følger den av den alminnelige bestemmelsen om objektiv kumulasjon i tvisteloven § 15-1.»¹⁹⁴

Når Høyesterett uttaler at dom for brudd på EMK vil føre til at det er rettsstridig å effektivere vedtakene, og at søksmålet ikke kan avvises etter tvl. § 1-3, må Høyesterett mene at fastsettelsessøksmålet har en rettsvirkning. Dom for brudd på EMK har ingen direkte rettsvirkning, se kapittel 5.2, et synspunkt utvalgets utredning og departementets proposisjon også synes å bygge på.¹⁹⁵ Det Høyesterett her må sikte til er at en eventuell dom for brudd på EMK i realiteten vil føre til at forholdet må opphøre, slik at utvisningen ikke kan gjennomføres.¹⁹⁶

Konvensjonsspørsmålet ville ha blitt prøvd prejudisielt i ugyldighetssøksmål, som B var part i. Dersom saksøker hadde vunnet frem med sitt ugyldighetssøksmål (som de gjorde), ville det derfor også vært rettsstridig overfor B å effektivere utvisningsvedtakene.¹⁹⁷ B hadde altså et

¹⁹³ Avsnitt 41

¹⁹⁴ Avsnitt 42

¹⁹⁵ Se kapittel 5.3 vedrørende proposisjonen. Ettersom utvalget mener saksøker må ha «tilstrekkelig behov» for fastsettelsesdom, se kapittel 3.2.1, fremstår det som at de heller ikke la til grunn at fastsettelsesdom for brudd på EMK har rettsvirkninger.

¹⁹⁶ Dette er det samme synspunktet som Schei mfl. og Skoghøy anlegger når de uttaler at dom for brudd på EMK er et «rettskrav», se kapittel 5.2.

¹⁹⁷ Se også Holdø (2015) s. 257 og Robberstad (2016) s. 60

annet rettsmiddel tilgjengelig for å prøve EMK-anførselen, enn særskilt fastsettelsesdom. Følges Rt. 2009 s. 477 (Nordsjødykkerne) skulle saken derfor ha blitt avvist. Vedrørende dette uttaler Høyesterett at Bs rettslige interesse i fastsettelsessøksmålet ikke reduseres ved at hennes EMK-anførsel vil kunne utgjøre et prejudisielt rettsforhold i ugyldighetssøksmålet. Med dette ser Høyesterett helt bort fra at departementet har tatt stilling til når et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK skal fremmes, og nettopp gjort det avhengig av om konvensjonsmessigheten kan prøves på annen måte.¹⁹⁸ Høyesteretts siste uttalelse, om objektiv kumulasjon, er intetsigende.¹⁹⁹ Også når et nytt krav trekkes inn i saken ved objektiv kumulasjon etter tvl. § 15-1, må kravet oppfylle tvl. § 1-3.

I Rt. 2015 s. 93 (Maria) bryter altså Høyesterett med departementets proposisjon på to punkter: Når Høyesterett mener at fastsettelsessøksmålet har en rettsvirkning, og når de mener fastsettelsessøksmålet kan fremmes uavhengig av om konvensjonsmessigheten kan prøves prejudisielt i ugyldighetssøksmålet. Det kan fremstå som om Høyesteretts mener forarbeidene er uten betydning for vurderingen av om fastsettelsessøksmålet skal fremmes, dersom søksmålsadgangen kan hjemles direkte i den praksis som følger om tvl. § 1-3 (2). Med dette ser Høyesterett bort fra forarbeidene som en rettskildefaktor ved tolkingen av tvl. § 1-3.

Samme år kom *Rt. 2015 s. 921 (Bastøy)*, heretter Bastøy-dommen. Saksøker hadde reist søksmål om at et vedtak om overføring fra åpent til lukket fengsel var ugyldig, blant annet fordi vedtaket krenket EMK art. 6 nr. 2. Saksøker krevde samtidig fastsettelsesdom for den samme anførte krenkelsen, og viste til Maria - dommen. Vedrørende aktualitetsvilkåret uttaler Høyesterett: «Jeg kan ikke se at A har påvist noe reelt behov for å få særskilt dom her. Saken ligger dermed annerledes an enn Rt-2015-93, som A særlig har påberopt seg.»²⁰⁰ Kravet om fastsettelsesdom ble på denne bakgrunn avvist.

6.3.3 Rt. 2015 s. 93 (Maria) og Rt. 2015 s. 921 (Bastøy)

I Bastøy-dommen uttaler Høyesterett at saken ligger annerledes an enn Maria-dommen. Basert på det vi har gått gjennom i dette kapittelet er det er to måter man kan se på resultatet i Bastøy-dommen på. Den første er at samme aktualitetsregel benyttes i Bastøy-dommen og Maria-dommen, men at saksforholdene var forskjellig. Den andre er at dommene benytter to forskjellige aktualitetsregler.

I begge dommene hadde saksøkerne lagt ned påstand om særskilt fastsettelsesdom for brudd på EMK, og påstand om at vedtakene (UNEs vedtak om utvisning og Kriminalomsorgens

¹⁹⁸ Se også Robberstad (2015) s. 109

¹⁹⁹ Se også Robberstad (2016) s. 61

²⁰⁰ Avsnitt 82

vedtak om overføring fra åpent til lukket fengsel) var ugyldige. Ettersom EMK i begge sakene var anført som grunnlag for ugyldighet, ville forholdet til EMK blitt prøvd i ugyldighetssøksmålene. Én forskjell mellom dommene er at det ikke var like klart i Bastøy-dommen, som i Maria-dommen, at en eventuell krenkelse av konvensjonen ville ført til at overføringen fra åpent til lukket fengsel var rettsstridig.²⁰¹ Høyesterett berørte imidlertid ikke spørsmålet om konsekvensene ved en krenkelse, og hva konklusjonen på spørsmålet ville ha blitt er ikke åpenlyst. Denne forskjellen var derfor trolig ikke avgjørende for hvorvidt fastsettelsessøksmålet kunne fremmes. En annen forskjell er at saksøker i Maria-dommen fikk medhold i sin påstand om brudd på EMK, mens saksøker i Bastøy-dommen ikke fikk det. For saksøkeren i Bastøy-dommen ville det trolig hatt liten betydning å få fastsettelsesdom for at staten ikke hadde brutt EMK. Dette kan likevel ikke være avgjørende for muligheten til å fremme et fastsettelsessøksmål, ettersom det ikke skal tas stilling til et krav holdbarhet i avvisningsomgangen, se kapittel 2.1.²⁰²

I mangel av andre holdepunkter fremstår det som at det anvendes en annen aktualitetsregel i Bastøy-dommen enn i Maria-dommen. Basert på Høyesteretts kortfattede vurdering av aktualitetsvilkåret i Bastøy er det imidlertid vanskelig å vite hva det konkret ble lagt vekt på. Det kan likevel trolig legges til grunn at Høyesterett følger statens anførsel om at saksøker ikke har «reelt behov» for fastsettelsesdom når forholdet til EMK prøves i ugyldighetssøksmålet.²⁰³

6.4 Hva er gjeldende rett?

6.4.1 Konvensjonsmessigheten kan ikke prøves på annen måte

På bakgrunn av forarbeidene og rettspraksis må det kunne legges til grunn at dersom konvensjonsmessigheten ikke kan prøves på annen måte enn ved et særskilt fastsettelsessøksmål, er det adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK. Om søksmålet i den enkelte sak skal tillates fremmet beror da på ledd to i aktualitetsvurderingen, se kapittel 6.6.

Avgjørelsene i kapittel 6.3.1 gir ingen veiledning på om departementets regel eller utvalgets regel legges til grunn. Det er ikke overraskende, søksmålet må fremmes uansett valg av tilnærming.

²⁰¹ Saksøkers anførsler i avsnitt 26. Saksøker anførte at overføringen utgjorde «straff» etter EMK art. 6, og at vedtaket dermed bygget på feil beviskrav. For tingretten og lagmannsretten anførte staten at vedtaket ved en eventuell krenkelse likevel var gyldig, trolig fordi bevisene i saken var sterke nok til å oppfylle et skjerpet beviskrav, se TOSLO-2012-177593 og LB-2014-9545 i begge under statens anførsler.

²⁰² Det kan se ut som lagmannsretten i Bastøy-dommen (LB-2014-9545) la vekt på at det ikke forelå et brudd på EMK. Det er etter min mening feil rettsanvendelse.

²⁰³ Avsnitt 36

For øvrig har ikke de grensedragninger departementets regel reiser, se kapittel 6.2.1, vært uttrykkelig fremme for Høyesterett.

Flere av problemstillingene har imidlertid vært fremme for underrettene. I TDRAM-2009-106892,²⁰⁴ anførte saksøkte at forholdet til EMK hadde blitt prøvd av kontrollkommisjonen, og at fastsettelsessøksmål derfor måtte avvises. Tingretten var enig i at saksøkers krav måtte avvises om kontrollkommisjonen hadde prøvd konvensjonsspørsmålet, men kom til at kontrollkommisjonen ikke hadde vurdert det anførte bruddet på EMK. I TOSLO-2013-113713,²⁰⁵ avviste retten fastsettelsessøksmålet ettersom konvensjonsspørsmålene var behandlet av overordnet forvaltningsorgan. I LB-2014-194709 og LG-2011-116662 anførte staten at søksmålet måtte avvises ettersom saksøker kunne ha reist erstatningssøksmål istedenfor fastsettelsessøksmål. I begge avgjørelser ble fastsettelsessøksmålet tillatt, da retten mente det var adgang til fastsettelsesdom selv om saksøker kan fremme et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål.

6.4.2 Konvensjonsmessigheten kan prøves på annen måte

I tilfeller hvor konvensjonsmessigheten kan prøves på annen måte er rettstilstanden mer usikker.

Departementets proposisjon, som har større vekt enn utvalgets utredning, se kapittel 6.2.2, er klar på at det ikke er adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK dersom konvensjonsspørsmålet kan prøves i et ugyldighets- eller erstatningssøksmål. Departementets regel følges i Rt. 2009 s. 477 (Nordsjødykkerne) og Rt. 2015 s. 921 (Bastøy). I Rt. 2015 s. 93 (Maria) legger Høyesterett seg derimot nærmere utvalgets regel.²⁰⁶

Rt. 2009 s. 477 (Nordsjødykkerne) er avsagt av ankeutvalget og har i utgangspunktet mindre rettskildemessig vekt enn de to andre avgjørelsene, som begge er enstemmige, og avsagt i avdeling.²⁰⁷ Både i Rt. 2015 s. 93 (Maria) og Rt. 2015 s. 93 (Bastøy) preges imidlertid Høyesteretts drøftelse av standpunktene ikke underbygges med rettslig grunnlag, eller forklares nærmere, noe som svekker avgjørelsens rettskildemessige vekt.²⁰⁸ Ingen av avgjørelsene fremstår derfor å ha større rettskildemessig vekt enn de andre.

Det fulle rettskildebildet, herunder vekten av departementets proposisjon og at Rt. 2015 s. 921 (Bastøy) er den siste av avgjørelsene, peker imidlertid i retning av at adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK ikke går lenger enn en minimumsoppfyllelse av EMK art. 13. Konklusjonen er imidlertid ikke åpenbar.

²⁰⁴ Dette er tingrettsdommen til Rt. 2011 s. 1666 (Vestre Viken).

²⁰⁵ Dette er tingrettsdommen til Rt. 2015 s. 93 (Maria).

²⁰⁶ Det fremstår som om utvalget ikke mente at dom for brudd på EMK har rettsvirkninger, se note 195. Rt. 2015 s. 93 (Maria) bruker dermed ikke utvalgets regel, men følger utvalgets standpunkt om adgang til fastsettelsesdom utover en minimumsoppfyllelse av EMK art. 13.

²⁰⁷ Boe (2012) s. 142

²⁰⁸ Boe (2012) s. 142

I ingen av avgjørelsene nevnes for øvrig forarbeidene. Det kan fremstå som om Høyesterett benytter seg av forarbeidenes argumenter og standpunkter, men ikke ønsker å uttrykkelig legge ett av forarbeidene til grunn. Dette kan trekke i retning av at forskjellen i resultat mellom Rt. 2015 s. 93 (Maria) og Rt. 2015 s. 921 (Bastøy) skyldes at Høyesterett er uenig i om departementets løsning er hensiktsmessig, og dermed hvor stor vekt proposisjon skal ha.

6.5 Er en minimumsoppfyllelse av EMK art. 13 hensiktsmessig?

Dersom de øvrige rettskildene ikke gir noe klart svar på et rettsspørsmål, vil det være rom for å legge vekt på reelle hensyn. I det følgende er derfor spørsmålet om hvilken av reglene – departementets eller utvalgets – som er mest hensiktsmessig å operere med. Eller med andre ord: Er en minimumsoppfyllelse av EMK hensiktsmessig?

I vurderingen av en regels godhet kan det legges vekt på utallige hensyn. Jeg har valgt å se på hensyn det er tradisjon for å legge vekt på ved en slik vurdering. Jeg skal i det følgende vurdere hvordan aktualitetsreglene forholder seg til hensynet bak tvisteloven § 1-3, og hvordan de forholder seg til retts tekniske- og prosessøkonomiske hensyn.²⁰⁹ Videre skal jeg se på hensyn som er spesifikke for EMK, nemlig subsidiaritetsprinsippet og EMKs symbolske funksjon.

6.5.1 Hensynet bak søksmålsvilkårene

Søksmålsvilkårene i tvl. § 1-3 skal blant annet sikre at samfunnets og saksøktes ressurser ikke brukes på å ta stilling til tvister som ikke er av praktisk betydning, se kapittel 2.2. Søksmålet må derfor gjelde et krav som normalt har rettsvirkning (rettskrav), og en dom i saksøkers favør må i utgangspunktet utløse rettsvirkningen (aktualitet). Fastsettelsesdom for brudd på EMK vil ikke ha umiddelbare rettsvirkninger. Det kan derfor argumenteres med at det er lite hensiktsmessig å bruke tid og ressurser på et slikt søksmål, og at søksmålsadgangen ikke burde strekkes lengere enn til å oppfylle EMK art. 13.

Fastsettelsessøksmål om brudd på EMK er et søksmål som viser hvordan norske myndigheter forholder seg til det som anses som noen av de mest grunnleggende rettighetene vi har. Det er både til norske myndigheters og samfunnets gunst å tillate slike søksmål. Borgerne får vite hvor langt deres rettigheter strekker seg, og samtidig ført kontroll med staten, mens staten får visshet om de kan fortsette å forholde seg på en viss måte i møte med borgerne. I tillegg er det svært kort vei mellom en slik dom og en rettsvirkning. På bakgrunn av dette kan det argumen-

²⁰⁹ Andenæs (2009) s. 55

teres med at det ikke er uhensiktsmessig å bruke samfunnets og saksøktes tid og ressurser på et slikt fastsettelsessøksmål.

Det kan videre diskuteres hvor mye ekstra tid og ressurser saksøkte og samfunnet bruker på et slikt fastsettelsessøksmål. På grunn av EMK art. 13 har norsk rett måttet åpne opp for fastsettelsessøksmål hvor et slikt søksmål har minst praktisk betydning – i de tilfellene hvor søksmålet ikke kan prøves i et søksmål med praktisk betydning, for eksempel et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål. Dersom utvalgets regel anvendes vil det være mulig å få særskilt fastsettelsesdom for brudd på EMK også hvor konvensjonsmessigheten kan prøves gjennom et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål. Det er likevel grunn til å tro at mange saksøkere fortsatt vil gå til søksmål med krav både om erstatning eller ugyldighet, samt brudd på EMK, etter som det er praktisk å samle alle krav man har i én sak. I slike tilfeller vil konvensjonsspørsmålet være en del av erstatnings- eller ugyldighetssøksmålet, og tiden som brukes på fastsettelsessøksmålet begrenser seg til å legge til domsslutningen.²¹⁰ I tilfeller hvor saksøker velger å reise fastsettelsessøksmål selv om vedkommende har et «egnet» erstatnings- eller ugyldighetssøksmål, vil en stor del av et eventuelt fremtidig ugyldighets- eller erstatningssøksmål være avgjort ved fastsettelsesdommen.

Hensynet bak å begrense søksmålsadgangen slår altså ikke helt til ved fastsettelsessøksmål om brudd på EMK.

6.5.2 Rettstekniske hensyn

6.5.2.1 Klare og enkle regler

Departementets regel reiser flere problemstillinger som ikke har fått sitt klare svar i forarbeidene eller rettspraksis, se kapittel 6.2.1. Regelens innhold må trolig fastsettes gjennom rettspraksis, og kan føre til at vi ender opp med et komplisert sett av regler for når det er adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK, og når det ikke er det. Det er også grunn til å påpeke at tvisteloven, som angir hvilke saksbehandlingsregler som gjelder for sivile tvister for domstolene, må kunne forstås av andre enn bare jurister, og brukervennlighet ble vektlagt ved utformingen av loven.²¹¹

Hensynet til klare og enkle regler taler for at utvalgets regel legges til grunn.

²¹⁰ Jeg antar at det er dette synspunktet utvalget også tar når de uttaler at det er lite konsekvent og unødig formelt å stenge for fastsettelsesdom kun fordi saksøker har et ugyldighets- eller erstatningskrav, NOU 2001: 32 s. 201

²¹¹ NOU 2001: 32 s. 83 og 652. Se også Rt. 2008 s. 1263 avsnitt 17.

6.5.2.2 Saksbehandlingen

En avgjørelse om at søksmålet skal avvises fra domstolene skal treffes så tidlig som mulig under saksforberedelsene, og etter skriftlig behandling, jfr. tvl. § 9-6 (3) og (4).²¹² Dette fører til en tilskjæring av saken tidlig, slik at man unngår at domstolenes og partenes ressurser brukes unødig på å forberede en hovedforhandling.²¹³ Noen ganger kan det likevel være hensiktsmessig å vente med å avgjøre spørsmålet om søksmålsvilkårene foreligger til realitetsspørsmålet avgjøres, for eksempel fordi retten ikke har tilstrekkelig oversikt over tvisten til å treffe en beslutning.²¹⁴ Da gir § 9-6 (3) annet punktum muligheten til å behandle og avgjøre spørsmålet som ledd i hovedforhandlingen, dersom «sammenhengen med de krav som skal avgjøres i saken, eller andre forhold tilsier det».

Etter departementets aktualitetsregel har ikke saksøker krav på fastsettelsesdom for brudd på EMK, dersom konvensjonsmessigheten kan prøves gjennom et erstatnings- eller ugyldighets-søksmål. I de tilfeller det reises krav om erstatning- eller ugyldighet sammen med krav om fastsettelsesdom, vil ofte avvisningsspørsmålet avgjøres som ledd i hovedforhandlingen, jfr. tvl. § 9-6 (3) annet punktum.²¹⁵ Dette er lite betenkelig, ettersom retten og partene uansett må forberede konvensjonsspørsmålet i forbindelse med ugyldighets- eller erstatningssøksmålet. Dersom saksøker kun har reist et fastsettelsessøksmål, må retten vurdere om saksøker isteden kan reise et «egnet» erstatnings- eller ugyldighetssøksmål, se kapittel 6.2.1.1. Det betyr at retten, på saksforberedelsesstadiet etter skriftlig behandling, må sette seg inn i realiteten til et ugyldighets- eller erstatningskrav som ikke er en del av saksøkers søksmål. For det første vil det nødvendigvis ta tid og ressurser for retten sette seg inn et annet sakskompleks. For det andre risikerer man at retten uansett ikke får tilstrekkelig oversikt over det hypotetiske kravet, til å kunne avgjøre om det er «egnet». For eksempel kan det oppstå vanskelige rettslige og bevismessige spørsmål i en vurdering av om erstatningskravet er foreldet. Dette er spørsmål som bør håndteres ved en realitetsprøving av erstatnings- eller ugyldighetskravet ved muntlig hovedforhandling, ikke skriftlig på avvisningsstadiet til et annet søksmål.

Det er få avgjørelser de siste fem årene hvor det kun er reist fastsettelsessøksmål om brudd på EMK (i det minste få som ligger på Lovdata, som er den søkemotoren jeg brukte). I to avgjørelser påstod staten saken avvist da saksøker kunne ha reist erstatningskrav isteden. I TNOHO-2010-178073 ble avvisningsspørsmålet avgjort etter hovedforhandling. Partene og domstolene brukte altså tid og ressurser på å forberede, samt avholde hovedforhandling i en sak som ikke ble realitetsavgjort. I TOSLO-2014-58019 ble saken avvist 11 dager før hovedfor-

²¹² Bestemmelsen står i kapittelet om behandlingen i første instans, men gjelder også for lagmannsretten og Høyesterett, se tvl. §§ 29-14 (1) og 30-8 (1)

²¹³ Schei (2013) s. 314

²¹⁴ Vangsnes (2015) s. 139

²¹⁵ Rettspraksis viser at det er vanlig å utsette avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen dersom det også er reist et ugyldighets- eller erstatningskrav, se Rt. 2015 s. 93 (Maria) og Rt. 2015 s. 921 (Bastøy). Se også blant annet LB-2016-5075 annet avsnitt, LB-2013-171610-2, TOSLO-2015-155331, TOSLO-2014-125062.

handling. Begge sakene ble anket til lagmannsretten, som i begge tilfeller la seg nærmere utvalgets regel og fremmet søksmålene til realitetsavgjørelse. De to tingrettsavgjørelsene kan være et uttrykk for at retten synes det er vanskelig å ta stilling til om fastsettelsessøksmålet skal avvises under saksforberedelsen.

Hensynet til saksbehandlingen i avvisningsomgangen taler for å legge utvalgets regel til grunn.

6.5.3 Prosessøkonomiske hensyn

Departementets regel vil kunne føre til at retten må bruke mye tid og ressurser på å avgjøre om fastsettelsessøksmålet skal avvises eller fremmes til realitetsbehandling, se kapittel 6.5.2. Det kan imidlertid anføres at det er prosessøkonomisk gunstig at alle søksmål som har tilknytning til det samme forholdet avgjøres på én gang, på tross av at retten vil måtte bruke mer tid og ressurser i avvisningsomgangen. I LB-2014-194709 hadde for eksempel saksøker gitt uttrykk for at hun ville reise erstatningssøksmål om hun fikk dom for at EMK var krenket.

På den andre siden fremstår det ikke særlig prosessøkonomisk å kreve at saksøker går til et søksmål vedkommende muligens ellers ikke ville ha reist. Dersom det tillates fastsettelsessøksmål i de tilfellene konvensjonsmessigheten kan prøves på annen måte, vil også tid og ressurser være spart om saksøker ikke får medhold i sitt krav om at EMK er krenket. Saksøker vil ikke da gå videre med et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål.

Prosessøkonomiske hensyn gir dermed ikke noe svar på hvilken av aktualitetsreglene som burde legges til grunn.

6.5.4 Subsidiaritetsprinsippet

I kapittel 4.2 ble det redegjort for subsidiaritetsprinsippet, og jeg viser til det som fremgår der. Den arbeidsfordelingen subsidiaritetsprinsippet legger opp til har den fordel at Norge selv kan ordne opp i et eventuelt menneskerettsbrudd, men vil også kunne gi staten ekstra handlingsrom ved en eventuell internasjonal prøving, se for eksempel Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway.²¹⁶ Det er altså i Norges egen interesse å legge opp til et system hvor den nasjonale prøvingen fremstår som den primære, samtidig som det vil kunne avlaste EMD.

Spørsmålet i det følgende er hvilke av reglene, departementets eller utvalgets, som i størst grad gjør den nasjonale prøvelsen av EMK til den primære, og således fremmer de nevnte fordelene for Norge og EMD.

²¹⁶ Særlig avsnitt 44

Mindretallet i Rt. 1994 s. 1244 (Kvinnefengsel) uttalte at for best mulig å nå målet om at konvensjonsklager primært skal løses i nasjonal rett, må de avgjørelsesformer som benyttes i konvensjonsorganene også benyttes av norske domstoler.²¹⁷ I EMD er problemstillingen om det har skjedd en krenkelse eller ikke, og forholdet til EMK fremgår av domsslutningen. Uavhengig av om norske domstolers vurdering av EMK fremgår av domsslutningen eller av domspremissene, har retten tatt stilling til konvensjonsspørsmålet. Dette vil kunne minske behovet for å ta saken til EMD. Dersom saken likevel bringes inn for EMD vil konvensjonsspørsmålet i utgangspunktet være like godt belyst enten konklusjonen fremgår av domsslutningen eller domspremissene. Såfremt norske domstoler tar stilling til en anført krenkelse i domspremissene, er det derfor vanskelig å se at prøvelsen blir mer primær ved at forholdet til EMK også fremgår av domsslutningen.

Utvalget fremhevet at ved å gi adgang til fastsettelsesdom utover en minimumsoppfyllelse av EMK art. 13, sikrer man at domstolene alltid tar stilling til konvensjonsspørsmålet.²¹⁸ Det neste spørsmålet blir da om departementets regel faktisk fører til at domstolene tar stilling til den anførte konvensjonskrenkelsen i domspremissene.

Som en følge av EMK art. 13 skal retten i utgangspunktet ta stilling til en anført EMK-krenkelse i domspremissene. I Rt. 2008 s. 500 kom derfor Høyesterett til at det var en saksbehandlingsfeil, som måtte føre til opphevelse, at lagmannsretten ikke hadde tatt stilling til klagers anførsel om EMK-brudd.²¹⁹ Som fremhevet av utvalget selv, må det også tas stilling til en anførsel om EMK dersom søksmålet for øvrig ikke kan føre frem, for eksempel fordi erstatningskravet er foreldet.²²⁰

I Ot.prp.nr.51 uttalte departementet at domstolene kan unnlate å ta stilling til en anførsel om konvensjonskrenkelse dersom de er usikre på forholdet til konvensjonen, men saksøker kan få medhold på bakgrunn av rent nasjonale regler.²²¹ Dersom den rent nasjonale regel i det vesentlige gir de samme garantier som EMK, vil en dom i saksøkers favør kunne regnes som en anerkjennelse av konvensjonsbrudd, se kapittel 4.4.1. Ved dommen mister saksøker sin offerstatus, og EMD kan ikke behandle saken. Offerstatusen bortfaller imidlertid ikke kun ved en avgjørelse til gunst for klager. Dersom den rent nasjonale regel ikke i det vesentlige gir de

²¹⁷ Side 1254, se også Skoghøy (2014) s. 391, og Aall (1998) s. 52 og 54

²¹⁸ NOU 2001: 32 s. 201

²¹⁹ Avsnitt 14

²²⁰ NOU 2001:32 s. 161

²²¹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 154

samme garantier som EMK, må retten derfor ta stilling til spørsmålet om konvensjonsbrudd.²²²

Selv om drøftelsen ovenfor viser at domstolene skal ta stilling til en anførsel om brudd på EMK i domspremissene, er man ikke «sikret»²²³ at dette gjøres på samme måte som når forholdet til EMK er tvistegjenstanden. Dette kan blant annet illustreres ved nevnte Rt. 2008 s. 500, hvor lagmannsretten ikke hadde tatt stilling til en anførsel om konvensjonskrenkelse. Når realiteten likevel er at domstolene skal ta stilling til det, og det kan anses som en saksbehandlingsfeil om det ikke gjøres, må hensynet til subsidiaritetsprinsippet anses ivaretatt ved bruk av begge aktualitetsreglene.

6.5.5 EMKs symbolverdi

EMK har, ved å være en samling av rettigheter borgerne er ment å ha på tvers av landegrensene, en stor symbolsk funksjon. Grunnloven²²⁴ § 92 og inkorporeringen av EMK med forrang gjennom menneskerettsloven, tydeliggjør også dette for norsk vedkommende. En konstatering av konvensjonskrenkelse i domsslutningen vil derfor kunne ha en selvstendig og symbolsk verdi.²²⁵ Det er ingen grunn til å tro at den symbolske verdien av en konstatering av krenkelse er mindre for saksøkere som også har et erstatnings- eller ugyldighetssøksmål.

I forarbeidene til menneskerettsloven uttalte departementet:

«Innarbeiding vil gjøre det klarere overfor andre land at norsk lovgivning er i samsvar med de innarbeidete konvensjonene og at norske myndigheter ønsker å etterleve konvensjonene. Innarbeidingen vil også mer generelt kunne øke Norges troverdighet og tyngde i det internasjonale menneskerettsarbeidet. Også på det nasjonale plan vil en slik reform vise at norske myndigheter tar menneskerettighetene på alvor.»²²⁶

Dersom saksøkers krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK blir avvist med henvisning til at konvensjonsmessigheten kan prøves i et ugyldighets- eller erstatningssøksmål, må saksøker reise et nytt søksmål for å få prøvd konvensjonsmessigheten. Dette gjør prøvingen av konvensjonsspørsmålet vanskeligere tilgjengelig. Det sender et uheldig signal både nasjonalt og internasjonalt om norske myndigheters prioritering av menneskerettighetene. Det passer dårlig for en stat som ønsker å ta «menneskerettighetene på alvor».

²²² Schei (2013) s. 30

²²³ Jfr. utvalgets ordbruk, NOU 2001:32 s. 201

²²⁴ Kongeriket Noregs Grunnlov, 17. Mai 1814 (Grunnloven)

²²⁵ NOU 2001:32 s. 201. Se også mindretallet i Rt. 1994 s.1244 (Kvinnefengsel) s. 1254

²²⁶ Ot.prp.nr.3 (1998-1999) s. 19

EMKs symbolverdi taler for å legge utvalgets regel til grunn.

6.5.6 Avslutning

Verken prosessøkonomiske grunner eller subsidiaritetsprinsippet taler for at én av aktualitetsreglene legges til grunn fremfor den andre. Imidlertid treffer ikke hensynet bak utformingen av tvl. § 1-3 helt på fastsettelsessøksmål om brudd på EMK. Videre passer utvalgets regel bedre inn med den symbolske funksjon EMK har, og de ønsker Norge har uttrykt om å respektere og sikre menneskerettighetene. Særlig tyngde må det imidlertid ha at utvalgets regel er enklere å praktisere, både for partene og retten. Helhetsinntrykket etter det gjennomgåtte er at departementets regel ikke har en sterk nok begrunnelse til å veie opp for de problemer regelen skaper for retten og partene.

I sin proposisjon uttalte departementet at en alminnelig regel om at forholdet til menneskerettskonvensjonen skal gå uttrykkelig frem av domsslutningen vil føre til et stort antall uttrykkelig frifinnelser, ettersom de fleste slike anførsler ikke fører frem.²²⁷ I likhet med Schei mfl.,²²⁸ kan jeg ikke se tyngden i denne begrunnelsen. Dersom en slik regel skulle føre til mange frifinnelser, kommer det bare med tydelighet frem at Norge har overholdt sine konvensjonsforpliktelser.

En alminnelig regel om at forholdet til EMK fremgår av domsslutningen vil derimot trolig føre til en økning i fastsettelsessøksmål. Dersom saksøker også har reist erstatnings- eller ugyldighetssøksmål, må retten uansett ta stilling til konvensjonsspørsmålet i forbindelse med behandlingen av erstatnings- eller ugyldighetssøksmålet. Det kan derimot tenkes at en alminnelig regel om fastsettelsesdom for brudd på EMK vil føre til flere saker hvor det kun er reist fastsettelsessøksmål om brudd på EMK. Klart ubegrunnede søksmål kan imidlertid løses raskt ved bruk av forenklet domsbehandling, jfr. tvl. § 9-8.

Basert på det overnevnte må det konkluderes med at utvalgets aktualitetsregel, som går utover en minimumsoppfyllelse av EMK, er mer hensiktsmessig å operere med enn departementets.

6.6 Andre begrensninger i aktualiteten

Både ved bruk av departements og utvalgets regel må saksøker ha aktuell søksmålsinteresse i dom for brudd på EMK, se kapittel 6.2. Ved bruk av utvalgets regel er dette den eneste vurde-

²²⁷ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 154-155

²²⁸ Schei (2013) s. 29

ringen av søksmålets aktualitet, mens dette er ledd nummer to i departementets aktualitetsregel.

Utvalget uttalte blant annet dette om kravet til aktuell søksmålsinteresse:

«Etter Tvistemålsutvalgets opplegg vil det derimot gjelde et krav om aktuell søksmålsinteresse også der det kreves fastsettellesdom for krenkelse av f.eks. EMK. Hvis den angivelige krenkelsen ligger langt tilbake i tid, kan det tilsi at behovet for rettslig avklaring er lite, hvilket - isolert sett - kan tale for avvisning. Men saker er forskjellige, og en alminnelig regel om at søksmålet i et slikt tilfelle ikke skal kunne fremmes, vil etter utvalgets syn være å gå for langt.»²²⁹

Basert på det siterte er det litt uklart hva utvalget mener et krav om aktuell søksmålsinteresse innebærer. Det kan imidlertid fremstå som om de legger til grunn at saksøker etter en helhetsvurdering må ha «klart behov», se kapittel 2.4, for fastsettellesdom, men med det unntak at det ikke er avgjørende at forholdet ligger langt tilbake i tid.

Departementet uttalte blant annet:

«Det bør ikke stilles særlig strenge krav til den aktuelle søksmålsinteresse her. Men ikke ethvert tilfelle av fortidige, påståtte krenkelser av menneskerettskonvensjoner vil oppfylle vilkårene i § 1-3. Det er tale om ulikeartede saker, slik at karakteren av den påståtte krenkelsen må stå sentralt i vurderingen. Videre bør det blant annet ses hen til om søksmålet er reist innen rimelig tid, og til hvilken betydning søksmålet har for den krenkede. Om avgjørelsen vil kunne danne et prejudikat, vil også være et moment i helhetsvurderingen.»²³⁰

Departementet og utvalget virker altså å være enige i at det må foretas en konkret helhetsvurdering av om saksøker har aktuell søksmålsinteresse, hvor blant annet tidsaspektet og krenkelsens karakter vil være viktig. Videre at kravet ikke må praktiseres for strengt. Det er her også grunn til å minne om at i tilfeller hvor anførselen om konvensjonsbrudd ikke kan prøves på annen måte, taler subsidiaritetsprinsippet for at det stilles så få krav som mulig for å få saken realitetsbehandlet.

²²⁹ NOU 2001:32 s. 201-202

²³⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 364

Høyesterett har flere ganger uttalt at saksøker må påvise aktuell søksmålsinteresse i å få fastsettelsesdom for brudd på EMK.²³¹ Spørsmålet om aktuell søksmålsinteresse har imidlertid ikke kommet på spissen i det fåtall av saker som finnes vedrørende adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK, se kapittel 3.1 og 3.3. Det er bare Rt. 2003 s. 301 (Undersøkelse) og Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II), som ga Høyesterett mulighet til å vurdere vilkåret. I begge avgjørelsene ble det kun konstatert at søksmålene kunne fremmes.²³² De to søksmålene måtte imidlertid fremmes til realitetsbehandling for å oppfylle EMK art. 13, jfr. det som står om subsidiaritetsprinsippet rett ovenfor.

Det må imidlertid være et vilkår for fastsettelsesdom at søksmålet reises «innen rimelig» tid etter at forholdet opphørte og det ble anledning til å få konvensjonsspørsmålet prøvd.²³³ Hva som er «innen rimelig tid» vil bero på en helhetsvurdering av blant annet arten av den krenkelse saken gjelder.²³⁴

Høyesterett har videre ansett det som en begrensning i aktualitet at saksøker er et «offer» for en krenkelse.²³⁵ Det er naturlig at offer-vilkåret også er en skranke i norsk rett, ettersom det kun er «offer» for et konvensjonsbrudd som kan påberope seg konvensjonens beskyttelse for EMD. Det fremstår som om Schei mfl. isteden anser offer-vilkåret som en begrensning i partstilknytningen.²³⁶ Det må imidlertid være underordnet hvordan man skjematisk plassere offervilkåret i søksmålsvilkårene, såfremt det er enighet om at vilkåret er en skranke for adgangen til fastsettelsesdom.

²³¹ Rt. 2009 s. 477 (Nordsjødykkerne) avsnitt 21, Rt. 2011 s. 1666 (Vestre Viken) avsnitt 32, Rt. 2015 s. 921 (Bastøy) avsnitt 82

²³² Rt. 2003 s. 301 ble likevel avvist som «åpenbart ugrunnet», se kapittel 3.1.

²³³ Rt. 2005 s. 1104 avsnitt 35, Skoghøy (2014) s. 392 og Schei (2013) s. 19. Tidsmomentet ble også nevnt i Rt. 2009 s. 477 (Nordsjødykkerne) avsnitt 23.

²³⁴ Avsnitt 35

²³⁵ Rt. 2005 s. 534 avsnitt 28 og Rt. 2006 s. 769 avsnitt 38

²³⁶ Schei (2013) s. 19

7 Avslutning

Gjennom rettspraksis er det slått fast at fastsettelsessøksmål om brudd på EMK er et «rettskrav». Videre må søksmålet reises av den som er «offer» for en konvensjonskrenkelse, og må rettes mot staten ved vedkommende departement.

Avgjørende for adgangen til fastsettelsesdom i det enkelte tilfelle er om saksøker har «reelt behov» for dom for brudd på EMK. Dersom det anførte EMK-bruddet ikke kan prøves på annen måte enn ved et fastsettelsessøksmål, er det adgang til fastsettelsesdom, jfr. EMK art. 13. Det forutsetter imidlertid at søksmålet er reist «innen rimelig tid» etter forholdet opphørte.

Om det er adgang til fastsettelsesdom utover en oppfyllelse av Norges menneskerettslige forpliktelser, reiser tvil. Rettstilstanden er usikker etter Rt. 2015 s. 93 (Maria), men rettskildene trekker likevel i retning av at det ikke er adgang til fastsettelsesdom dersom EMK art. 13 kan oppfylles på annen måte, typisk ved et ugyldighets- eller erstatningssøksmål. Dersom ugyldighets- eller erstatningssøksmålet er «uegnet» må det likevel være adgang til fastsettelsesdom. Det fremstår imidlertid som vanskelig å avgjøre hvorvidt et ugyldighets- eller erstatningskrav er «uegnet» på avvisningsstadiet. Det er også et spørsmål om retten er nærmere til å vurdere dette enn partene. Departementets regel fører altså til et regelsett som fremstår som tidskrevende og lite praktikabelt. Departementets standpunkt om en minimumsoppfyllelse av EMK fremstår videre som svakt begrunnet. Ettersom rettskildematerialet trekker i retning av at departementets regel om minimumsoppfyllelse av EMK art. 13 er gjeldende rett, kreves det antakelig en lovendring for å gi adgang til fastsettelsesdom i større grad enn det som kreves for å oppfylle EMK art. 13.

Mange mener Høyesterett har spilt en for aktiv lovgiverrolle ved spørsmålet om adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK.²³⁷ Høyesterett kan og bør kritiseres for på flere punkter å avvike fra departementets løsning, uten å kommentere tilsidesettelsen. Både utvalgets og departementets uttalelser fremstår imidlertid som uklare, og til dels uferdige. Det kan derfor argumenteres med at det er forståelig at Høyesterett har valgt å avvike fra forarbeidenes løsning. Som nevnt har også Høyesteretts synspunkt både om «rettskrav» og om en større adgang til fastsettelsesdom, jfr. Rt. 2015 s. 93 (Maria), gode grunner for seg. Tilsidesettelsene burde imidlertid ha blitt kommentert. Om Høyesterett vil fortsette å utvikle adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK uten grunnlag i lovgiverviljen, kan tiden bare vise. Rt. 2015 s. 93 (Maria) og Rt. 2015 s. 921 (Bastøy) vitner i hvert fall om en uenighet i Høyesterett om

²³⁷ Backer (2015) s. 50 og Robberstad (2016) s. 58-61

adgangen til fastsettelsesdom kan gå utover en minimumsoppfyllelse av EMK art. 13, som vi kanskje ikke har sett det siste av.

Litteraturliste

Lover, traktater og forarbeider

- 1814 Lov av 17. Mai 1814, Kongeriket Noregs Grunnlov.
- 1915 Lov av 13. august 1915 nr. 6, Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) (opphevet)
- 1967 Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
- 1999 Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 2005 Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- BK FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989
- EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 4. november 1950
- SP Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966
- NOU 2001:32 *Rett på sak* (sitert fra lovdata.no)
- Ot.prp.nr.51 (2004-2005) *Om lov om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)* (sitert fra rettsdata.no)
- Ot.prp.nr.3 (1998-1999) *Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)* (sitert fra lovdata.no)
- Innst.O.nr.110 (2004-2005) *Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)*

Litteratur

- Aall (1998) Jørgen Aall, «Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetssaker», *Tidsskrift for rettsvitenskap* (1998) s.1-181 (siteret fra lovdata.no)
- Aall (2011) Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utg, 2011
- Aasland (2015) Gunnar Aasland, ”Rettslig interesse- et område for domstolsskapt rett”, I: *Lov, sannhet, rett. Norges Høyesterett 200 år*, 2015, s. 446-477
- Andenæs (2009) Mads Henry Andenæs, *Rettskildelære*, 2.utg, 2009
- Backer (2015) Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, 2015
- Boe (2012) Erik Magnus Boe, *Grunnleggende juridisk metode : en introduksjon til rett og rettstenkning*, 3. utg, 2012
- Christoffersen (2009) Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, 2009
- Danelius (2007) Hans Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 3. uppl, 2007
- Emberland (2013) Marius Emberland, «Effektivisering av subsidiaritet i EMK», *Lov og rett* (2013), s. 1 (siteret fra idunn.no)
- Holdø (2015) Håvard H. Holdø og Tolle Stabell, ”Faktumtidspunktet ved «håndhevelsessøksmål» - omkamp om plenumsdommen i Rt. 2012 s. 1985? ”, *Lov og rett* (2015), s. 250-257 (siteret fra idunn.no)
- Høstmælingen (2012) Njål Høstmælingen, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2.utg, 2012
- Kjølbro (2010) Jon Fridrik Kjølbro, *Den europeiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 3. udg., 2010

- Lorenzen (2011) Peer Lorenzen, Jonas Christoffersen, Nina-Holst-Christensen, Peter Vedel Kessing mfl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: med kommentarer: (2): (Art. 10-59 samt tillægsprotokollene)*, 3.utg, 2011
- Møse (2002) Erik Møse, *Menneskerettigheter*, 2002
- Reiertsen (2015) Michael Reiertsen, «EMK og kommunene», *Lov og rett* (2015), s. 414-431 (sitert fra idunn.no)
- Robberstad (2015) Anne Robberstad, *Sivilprosess*, 3. utgave, 2015
- Robberstad (2016) Anne Robberstad, «Viljen til å skape lov og Grunnlov», *Lov og rett* (2016) s. 49-64 (sitert fra idunn.no)
- Schei (2013) Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Chrisian H.P Reusch, Toril M. Øie, *Tvisteloven: (lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister): Kommentartutgave*, 2.utg, 2013 (fra kommentarutgaver.no, 04.01.2016)
- Skoghøy (2014) Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utg, 2014
- Vangsnes (2015) Jørgen Vangsnes, *Sivilprosess i et nøtteskall*, 1. utg, 2015

Norske rettsavgjørelser

- Rt. 1972 s. 1071
- Rt. 1994 s. 1244 (Kvinnefengsel)
- Rt. 2001 s. 1123
- Rt. 2003 s. 301 (Undersøkelse)
- Rt. 2005 s. 534
- Rt. 2005 s. 1104
- Rt. 2006 s. 769
- Rt. 2008 s. 362
- Rt. 2008 s. 500
- Rt. 2008 s. 1263
- Rt. 2009 s. 477 (Nordsjødykkerne)
- Rt. 2011 s. 1666 (Vestre viken)
- Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II)

Rt. 2015 s. 921 (Bastøy)
Rt. 2015 s. 93 (Maria)
LG-2011-116662
LB-2013-171610-2
LB-2014-9545
LB-2014-194709
LB-2016-5075
TDRAM-2009-106892
TNOHO-2010-178073
TOSLO-2012-177593
TOSLO-2013-113713
TOSLO-2014-58019
TOSLO-2014-125062
TOSLO-2015-155331

Internasjonale rettsavgjørelser

Avanesyan v. Russia	The case of Avanesyan v. Russia, EMD nr. 41152/06
Botten v. Norway	The case of Botten v. Norway, EMD nr. 16206/90
Burden v. the United Kingdom	The case of Burden v. the United Kingdom, EMD nr. 13378/05
Camenzind v. Switzerland	The case of Camenzind v. Switzerland, EMD 16. Desember 1997
Centre for legal resources on behalf of Valentin Campeanu v. Romania	The case of Centre for legal resources on behalf of Valentin Campeanu v. Romania, EMD nr. 47848/08
Chahal v. the United Kingdom	The case of Chahal v. the United Kingdom, EMD nr. 22414/93
Chraidi v. Germany	The case of Chraidi v. Germany, EMD nr. 65655/01
De Souza Ribeiro v. France	The case of De Souza Ribeiro v. France,

	EMD nr. 22689/07
Gäfgen v. Germany	The case of Gäfgen v. Germany, EMD nr. 22978/05
Gorraiz Lizarraaga and Others v. Spain	The case of Gorraiz Lizarraaga and others v. Spain, EMD nr. 62543/00
Iatridis v. Greece	The case of Iatridis v. Greece, EMD nr. 31107/96
K.T. v. Norway	The case of K.T. v. Norway, EMD nr. 26664/03
Khan v. the United Kingdom	The case of Khan v. the United Kingdom, EMD nr. 35394/97
Knudsen v. Norway	The case of Knudsen v. Norway, EMD nr. 11045/84
Labita v. Italy	The case of Labita v. Italy, EMD nr. 26772/95
Lie and Berntsen v. Norway	The case of Lie and Berntsen v. Norway, EMD nr. 25130/94
Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway	The case of Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway, EMD nr. 13258/09
Mathew v. the Netherlands	The case of Mathew v. the Netherlands, EMD nr. 24919/03
Norris v. Ireland	The case of Norris v. Ireland, EMD nr. 10581/83
P.G. and J.H. v. the United Kingdom	The case of P.G and J.H v. the United Kingdom, EMD nr. 44787/98
Ratushna v. Ukraine	The case of Ratushna v. Ukraine, EMD

	nr. 17318/06
Scordino v. Italy (nr 1)	The case of Scordino v. Italy (nr 1), EMD nr. 36813/97
Sejdovic v. Italy	The case of Sejdovic v. Italy, EMD nr. 56581/00
Swedish Engine Driver's Union v. Sweden	The case of Swedish Engine Driver's Union V. Sweden, EMD nr. 5614/72
Thiermann and Others v. Norway	The case of Thiermann and Others v. Norway, EMD nr. 18712/03
Vernillo v. France	The case of Vernillo v. France, EMD nr. 11889/85
Vilvarajah and Others v. the United Kingdom	The case of Vilvarajah and Others v. the United Kingdom, EMD nr. 13448/87
Vučković and Others v. Serbia	The case of Vučković and others v. Serbia, EMD nr. 17443/11 mfl.
Wille v. Liechtenstein	The case of Wille v. Liechtenstein, EMD nr. 28396/95

Nettsider

Arbeids- og sosialdepartementet, *Nordsjødykkerne* (2015), <https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/arbeidsmiljo-og-sikkerhet/innsikt/nordsjodykkerne/id510905/>, (sitert 24.04.2016)

Utlendingsnemnda, *Dette er UNE* (2016) <http://www.une.no/no/om-oss/UNEs-rolle/> (sitert 24.04.2016.)