



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet ved UiT

Adgangen til å få fastsettelsessøksmål for brudd på EMK realitetsbehandlet av domstolene

En analyse av hvordan domstolene ivaretar hensynene og målsettingene bak tvisteloven § 1-3

Lise Løtveit

Stor masteroppgave i rettsvitenskap, Vår 2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema for avhandlingen.....	1
1.2	Presisering av problemstillingens rekkevidde.....	3
1.3	Avgrensning og begrepsavklaringer.....	4
1.3.1	Nærmere om fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.....	4
1.3.2	Avgrensninger og tilskjæringer.....	6
1.4	Avhandlingens aktualitet.....	7
1.4.1	Utviklingen av internasjonale menneskerettigheters betydning i norsk rett	7
1.4.2	Historisk tilbakeblikk over adgangen til å få fastsettelsessøksmål for brudd på EMK realitetsbehandlet av domstolene.....	10
1.4.3	Hvorfor et teoretisk perspektiv?.....	12
1.5	En oversikt over avhandlingens videre fremstilling.....	13
2	Metode.....	15
2.1	Innledning.....	15
2.2	Rettsdogmatisk metode	15
2.3	Metodiske utgangspunkter ved analysen av rettspraksis.....	17
2.4	EMK-retten.....	20
3	De alminnelige søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3.....	22
3.1	Generelt om søksmålsvilkårene.....	22
3.2	Nærmere om aktualitetskravet og tilknytningskravet	22
3.3	Søksmålsvilkårene som en samlet helhetsvurdering.....	24
3.4	Domstolenes prosessuelle fremgangsmåte ved praktiseringen av søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3.....	26
4	Søksmålsvilkårenes forhold til overordnede rettsnormer i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.....	30
4.1	Innledning.....	30

4.2	Nærmere om søksmålsvilkårene og retten til domstolsbehandling i Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6.....	31
4.3	Særlig om forholdet mellom EMK artikkel 13 og adgangen til å få et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK realitetsbehandlet av domstolene.....	32
4.4	Nærmere om betydningen EMDs prosessuelle regler har for praktiseringen av søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3	35
5	Hensynene og målsettingene bak tvisteloven § 1-3	42
5.1	Innledning.....	42
5.2	Den innerste rammen: Tvisteloven § 1-3	43
5.3	Den midterste rammen: Tvisteloven § 1-1 og sivilprosessens prinsipper.....	45
5.4	Den ytterste rammen: Sivilprosessens funksjoner.....	46
6	Aktualitetskravet i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK	51
6.1	Innledning.....	51
6.2	Domstolenes praktisering av aktualitetskravet i tilfeller hvor konvensjonsbruddet også er anført som et prejudisielt forhold for et annet krav	52
6.2.1	Nærmere om problemstillingen.....	52
6.2.2	Høyesteretts vurdering av aktualitetskravet for dette typetilfellet	54
6.2.3	Sammenfatning og etterfølgende analyse av Høyesteretts praksis	60
6.2.4	Balansen mellom de ulike hensynene og målsettingene i Høyesteretts praksis	63
6.3	Domstolenes praktisering av aktualitetskravet i tilfeller hvor konvensjonsbruddet ikke er anført som et prejudisielt forhold for et annet krav.....	67
6.3.1	Nærmere om problemstillingen.....	67
6.3.2	Høyesteretts vurdering av aktualitetskravet for dette typetilfellet	68
6.3.3	Balansen mellom de ulike hensynene og målsettingene i Høyesteretts praksis	72
7	Hvem har aktiv søksmålsinteresse i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK?.....	76
7.1	Innledning.....	76

7.2	Tilfeller der «victim»-kravet setter begrensninger for kravet til aktiv søksmålsinteresse	78
7.2.1	Nærmere om Rt. 2005 s. 534 U (<i>Victim-saken</i>)	78
7.2.2	Kort om «victim»-vurderingen i EMDs praksis.....	78
7.2.3	Betraktninger om rettstilstanden i etterkant av <i>Victim-saken</i>	79
7.3	Aktiv søksmålsinteresse i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK rettet mot en annens personlige forvaltningsvedtak	82
7.3.1	Høyesteretts vurdering av aktiv søksmålsinteresse for dette typetilfellet	82
7.3.2	Balansen mellom de ulike hensynene og målsettingene i Høyesteretts praksis	85
8	Hvem har passiv søksmålsinteresse i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK?.....	88
8.1	Innledning.....	88
8.2	Rettspraksis før Rt. 2011 s. 1666 (<i>Vestre Viken-saken</i>).....	89
8.3	Regelen utledet av Rt. 2011 s. 1666 (<i>Vestre Viken-saken</i>)	92
8.4	Rettspraksis etter Rt. 2011 s. 1666 (<i>Vestre-viken saken</i>)	94
8.5	Grunnloven § 92 og passiv søksmålsinteresse i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK	99
8.6	Balansen mellom de ulike hensynene og målsettingene i Høyesteretts praksis.....	101
9	Avsluttende bemerkninger og refleksjoner	107
9.1	Utviklingen av hvordan domstolene ivaretar hensynene og målsettingene bak tvisteloven § 1-3	107
9.2	Er det behov for en særregulering av adgangen til å få prøvd et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK?.....	108
	Referanseliste	112

1 Innledning

1.1 Tema for avhandlingen

Temaet for avhandlingen er den prosessuelle adgangen til å få fastsettelsessøksmål for brudd på EMK¹ realitetsbehandlet av domstolene. Den nærmere problemstillingen er om domstolene ved praktiseringen av søksmålsvilkårene for slike søksmål ivaretar hensynene og målsettingene som ligger bak tvisteloven² § 1-3.³

For sivile saker begrenses domstolenes adgang til å behandle et søksmål av tre grunnleggende søksmålsvilkår. Disse fremkommer av tvisteloven § 1-3, som stiller krav til søksmålets gjenstand, søksmålssituasjon og søksmålets tilknytning til partene. Bestemmelsen lyder:

- (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.

Vilkårene er omtalt som kravet om «rettskrav», «aktualitet» og «tilknytning», eller samlet som et krav om «rettslig interesse».⁴ Dersom vilkårene ikke er oppfylte skal retten som utgangspunkt avvise søksmålet.⁵ Søksmålsvilkårene utgjør på den måten inngangsporten til realitetsbehandling i domstolene, og gir styrereglene for hvilke typer krav og i hvilke situasjoner det gis adgang til en rettslig vurdering og avklaring gjennom rettsapparatet.

Søksmålsvilkårene utgjør en rettslig standard, og innholdet i vilkårene skal etter tvistelovens forarbeider tolkes i tråd med «en videre utvikling og konkretisering gjennom praksis, blant annet ut fra endrede samfunnsforhold eller når det kommer opp nye typetilfeller som vanskelig kan overskues på forhånd».⁶ Domstolene har derfor som ansvar å praktisere søksmålsvilkårene i tråd med den til enhver tid rådende oppfatning av de hensynene og

¹ Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, 4. november 1950, ETS nr. 5 (EMK).

² Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

³ Se nærmere om presiseringen av problemstillingens rekkevidde under punkt 1.2.

⁴ Se nærmere om søksmålsvilkårene i kapittel 3.

⁵ Se punkt 3.4.

⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 140.

målsettingene som gjør seg gjeldende.⁷ I de siste tiårene har det skjedd en rettsliggjøring av stadig flere samfunnsområder. Det reises derfor stadig nye tvister for domstolene som utfordrer hvordan søksmålsvilkårene skal praktiseres og hvordan hensynene og målsettingene skal avveies innenfor den rammen tvisteloven § 1-3 gir.

Kravet som søksmålsvilkårene skal vurderes opp mot i denne avhandlingen er fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.⁸ Helt siden starten av 1990-tallet har praktiseringen av søksmålsvilkårene for tvister om internasjonale menneskerettigheter vært et hyppig diskutert tema både i rettspraksis, av lovgiver og i juridisk litteratur.⁹ Særlig diskutert er spørsmålet om hvordan søksmålsvilkårene skal anvendes etter at EMK ble gjort til norsk rett med forrang gjennom menneskerettsloven¹⁰ i 1999. Temaets relevans ble betydelig styrket etter at menneskerettighetene ble løftet frem under et eget kapittel E i Grunnloven¹¹ under grunnlovsrevisjonen i 2014.¹² Dette har ført til mange høyesterettsavgjørelser som har vurdert søksmålsvilkårene for denne kravstypen.¹³ Etter dagens rettstilstand er det avklart at et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK utgjør et rettskrav.¹⁴ Vurderingen av hvorvidt et slikt søksmål skal fremmes eller ikke beror derfor på om aktualitets- og tilknytningskravet er oppfylt, jf. tvisteloven § 1-3 annet ledd. Avhandlingens fokus er rettet mot disse vilkårene.¹⁵

⁷ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 4. utg. Universitetsforlaget 2022. Se også punkt 1.2 om presiseringen av problemstillingens rekkevidde og kapittel 5 om hensynene og målsettingene bak tvisteloven § 1-3.

⁸ Se punkt 1.3.1.

⁹ Se eksempelvis NOU 2001:32 A på s. 201, Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 154 til 155, Rt. 1994 s. 1244 A, Rt. 2003 s. 301 A, Rt. 2011 s. 1666 A, HR-2016-2178-U, Skoghøy (2022) s. 402; Tore Schei m.fl., *Tvisteloven, kommentarutgave*, § 1-3. Søksmålsgjenstand, partstilknytning og søksmålsituasjon, Oslo, Universitetsforlaget à jour per 1. mars 2023, punkt 2.8. Juridika.no; Jo Hov, *Rettergang i sivile saker*, 4. utg. Papinian 2019, s. 552; Anne Robberstad, *Sivilprosess*, 5. utg. Fagbokforlaget 2021, s. 121 flg.

¹⁰ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

¹¹ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

¹² Se punkt 1.4.1. og 1.4.2.

¹³ Eksempelvis Rt. 2003 s. 301 A, Rt. 2009 s. 477 U, Rt. 2011 s. 1666 A, Rt. 2015 s. 93 A, HR-2016-2178-U og HR-2022-401-A.

¹⁴ Se blant annet Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 365, Rt. 2003 s. 301 A avsnitt 39, Rt. 2011 s. 1666 A avsnitt 32. Se også punkt 1.4.2.

¹⁵ Se NOU 2001:32 B på s. 652 og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 364. Hva som skal til for at aktualitets- og tilknytningskravet er oppfylt i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK er gjenstand for analyse i kapittel 6, 7 og 8.

1.2 Presisering av problemstillingens rekkevidde

Forståelsen av tvisteloven § 1-3 står sentralt for analysen av avhandlingens problemstilling. Praktiseringen av søksmålsvilkårene legger som nevnt opp til en avveining av de hensynene og målsettingene som gjør seg gjeldende.¹⁶ Målet for avhandlingen er derfor å beskrive utviklingstrekk ved praktiseringen av vilkårene, og å presisere avveiningene som foretas.

Hensynene og målsettingene som ligger bak søksmålsvilkårene er mange. Domstolene står derfor overfor en bred skjønnsmessig avveining når de vurderer for eller imot søksmålsadgang. For fastsettelsessøksmål om brudd på EMK gjelder de generelle hensynene og målsettingene som ellers har betydning for vurderingen av søksmålsvilkårene. Det spesielle for denne kravstypen er imidlertid at også menneskerettslige hensyn inngår i avveiningen.¹⁷ Vurderingen av søksmålsvilkårene for denne kravstypen vil derfor i stor grad bero på en avveining mellom saksøkerens behov for en effektiv rettsavklaring av sine menneskerettigheter på den ene siden, og prosessøkonomiske hensyn som begrunner å begrense søksmålsadgangen på den andre siden.¹⁸

Å gi en konklusjon for om domstolene har eller ikke har ivaretatt hensynene og målsettingene er verken mulig eller ønskelig. Det vil mest sannsynlig ikke foreligge et sivilt søksmål der praktiseringen av vilkårene tilsidesetter alle hensynene og målsettingene. Avhandlingens sentrale spørsmål er derfor hvordan de motstridende sidene balanseres, og om domstolene oppnår en rimelig balanse i sine avveininger. I tillegg kan domstolenes avveininger i konkrete saker vise til utviklingstrekk og tendenser som kan gi en anvisning til en større endring på et mer overordnet nivå.¹⁹

For å analysere hvilke hensyn og målsettinger domstolene vektlegger vil avhandlingen fokusere analysen til ulike typetilfeller hvor søksmålsvilkårene har vært problematisert for Høyesterett. Det er særlig aktualitetskravet og tilknytningskravet som setter begrensninger for søksmålsadgangen for denne kravstypen, og for hvert av disse kravene reises særskilte problemstillinger. I noen tilfeller følger det direkte av den enkelte høyesterettsavgjørelsen

¹⁶ Se kapittel 5 om hensynene og målsettingene bak tvisteloven § 1-3.

¹⁷ Se punkt 5.3.

¹⁸ Det vises til avhandlingens punkter om domstolenes balansering av hensynene og målsettingene, se punkt 6.2.4, 6.3.3, 7.3.2 og 8.6.

¹⁹ Se punkt 5.4.

hvilke hensyn og målsettinger som er vektlagt. Ofte vil imidlertid de hensynene og målsettingene som er avgjørende bare fremkomme implisitt. Analysen beror derfor i stor grad på tolkninger av Høyesteretts praktisering av søksmålsvilkårene.

I tillegg til å avklare hvordan søksmålsvilkårene vurderes for denne kravstypen, reiser avhandlingen overordnede spørsmål om hvordan EMK-rettslige regler skal praktiseres i norsk sivilprosess. Praktiseringen av søksmålsvilkårene for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK har en fot både i et EMK-rettslig og i et internrettslig system. Det stilles derfor spørsmål til hvilken betydning de EMK-rettslige prosessuelle reglene har for adgangen til å få prøvd et krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK i nasjonal rett.²⁰

1.3 Avgrensning og begrepsavklaringer

1.3.1 Nærmere om fastsettelsessøksmål for brudd på EMK

I sivile saker er det mulig å reise tre ulike typer søksmål basert på hva som er den ønskede rettsvirkningen.²¹ Hvilken søksmålstype som er fremmet kan som utgangspunkt leses ut fra partenes formulering av påstand og hvilket domsresultat som kreves.²² De tre ulike søksmåltypene er henholdsvis fastsettelsessøksmål, fullbyrdelsessøksmål og rettsendringssøksmål. Tvisteloven § 1-3 gjelder for samtlige typer søksmål.²³

For fullbyrdelsessøksmål går påstanden ut på å «pålegge noen en plikt til å foreta, unnlate eller tåle en handling», jf. tvisteloven § 19-13 første ledd. Dersom et fullbyrdelsessøksmål får medhold vil det føre til en dom som gir grunnlag for fullbyrdelse etter reglene i tvangfullbyrdelsesloven²⁴. Et rettsendringssøksmål har som formål å endre rettsforholdet mellom sakens parter, eksempelvis ved å få en rettsendringsdom for oppløsning av et ekteskap.²⁵

²⁰ Problematikken har særlig relevans i kapittel 4 og punkt 7.2.

²¹ Skillet mellom søksmålstypene følger ikke av dagens tvistelov, men begrepsbruken er brukt som et systematisk virkemiddel i teori og praksis, se Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 144 og Skoghøy (2022) s. 376.

²² Se tvisteloven § 9-6 tredje ledd a).

²³ Jørgen Aandal Vangnes, *Sivilprosess i et nøtteskall, Nøtteskallserien*, 2. utg. Gyldendal 2018, s. 60.

²⁴ Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangfullbyrdelse (tvangfullbyrdelsesloven).

²⁵ Skoghøy (2022) s. 472.

Søksmålstypen som er relevant for avhandlingens tema er fastsettelsessøksmål. Formålet med et fastsettelsessøksmål er å oppnå en bindende rettsavgjørelse som fastslår hvorvidt et rettsforhold eller en rettighet eksisterer eller ikke. Et slikt søksmål vil kunne avklare hva som er riktig rettslig situasjon i forholdet mellom partene. I et fastsettelsessøksmål med påstand om brudd på EMK er formålet å avklare om et forhold utgjør et brudd på en bestemt menneskerettighet i konvensjonen.

For at det skal være aktuelt å vurdere søksmålsvilkårene for et fastsettelsessøksmål om brudd på EMK må en av partene ha fremmet et krav om at et konvensjonsbrudd særskilt skal konstateres som en krenkelse i domsslutningen. Det er ikke det samme som at brudd på en menneskerettighet påberopes som begrunnelse for et krav, eksempelvis som begrunnelse for et erstatningskrav eller en forvaltningsrettslig ugyldighet. I slike tilfeller vil menneskerettskrenkelsen bare utgjøre et prejudisielt forhold.

At domstolene tillater å gi en domsslutning som fastsetter at et forhold utgjør en krenkelse – altså at et forhold strider med en rettsregel – forekommer svært sjeldent. Adgangen til å få en domsslutning om at noe strider mot en rettsregel er bare tillatt i enkelte tilfeller, blant annet knyttet til hvorvidt et forhold strider mot rettighetene i EMK.²⁶

Formålet med å reise et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK beror på flere omstendigheter. Blant annet vil et slikt søksmål sikre at påstanden om konvensjonskrenkelse blir vurdert av domstolene, sammenlignet med tilfellene hvor EMK-brudd kun er anført som en av flere grunner for en annen rettsfølge.²⁷ I tillegg vil en fastsettelsesdom ha en ikke uvesentlig symbolverdi for den som påstår å være krenket. Et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK kan også bidra til å avklare rettslige spørsmål om menneskerettighetene, og veilede offentlige myndighetsorganer i å sikre overholdelse av dem. På den måten kan et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK gi et insentiv til offentlige myndigheter i å følge opp de krenkende forholdene.²⁸

²⁶ Se nærmere om dette i punkt 1.4.2. Se også Inge Lorange Backer, Norsk sivilprosess, 2. utg. Universitetsforlaget 2020, s. 235.

²⁷ Se punkt 6.2 hvor behovet for en særskilt fastsettelsesdom for menneskerettsbrudd er vurdert.

²⁸ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 152 og 153 med henvisning til NOU 2001:32 A på s. 201.

Uttrykkene «fastsettelsessøksmål for brudd på EMK», «fastsettelsessøksmål for brudd på konvensjonsrettighetene» og «fastsettelsesdom for brudd på EMK» vil bli brukt om hverandre i avhandlingen. De ulike uttrykksmåtene sikter ikke til noen realitetsforskjell i hva som er gjenstand for vurdering: om søksmålet kan tas inn til realitetsbehandling i medhold av søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3.

1.3.2 Avgrensninger og tilskjæringer

Avhandlingens tema reiser mange problemstillinger. Det er imidlertid ikke rom for å diskutere samtlige innenfor rammen av en masteravhandling. For å tilspisse tematikken i avhandlingen vil dette punktet begrunne sentrale avgrensninger og tilskjæringer.

For det første vil avhandlingens tema avgrense mot en redegjørelse for særregler som gjelder for vurderingen av søksmålsvilkårene, blant annet tvisteloven § 1-4 og § 1-5. Bestemmelsen i tvisteloven § 1-5 gjelder bare søksmål om prøving av gyldigheten av forvaltningsvedtak. Når fokuset her er på selvstendige fastsettelsessøksmål for brudd på EMK, vil bestemmelsen ikke være av relevans for avhandlingens tema. Tvisteloven § 1-4 utvider tilknytningskravet til også å åpne for representative søksmål for organisasjoner mv. I avhandlingen knytter analysen seg til de tilfellene hvor saksøkeren selv mener å være krenket, slik at det ikke er aktuelt å vurdere i hvilket omfang organisasjoner kan gå til representative søksmål for menneskerettskrenkelser.

Dernest vil avhandlingens tema avgrense mot privatrettslige forhold. Privatrettslige forhold knytter seg til regler som regulerer forholdet mellom borgerne seg imellom.²⁹ EMK er ment å sette skranker for statlig myndighet og beskytte borgere mot overgrep.³⁰ Saksøker vil derfor i hovedsak påberope seg fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd i etterkant av en type myndighetsutøvelse i form av en handling, en unnlattelse, et enkeltvedtak, en lovregulering eller en forskrift. Et fastsettelsessøksmål for brudd på menneskerettighetene utgjør derfor et offentligrettslig forhold. Med offentligrettslig forhold menes rettsforhold mellom offentlige myndigheter på den ene siden og borgere på den andre, hvor rettsforholdet knytter seg til offentlig myndighetsutøvelse.³¹

²⁹ Skoghøy (2022) s. 441.

³⁰ Jf. EMK artikkel 1 og Grunnloven § 92.

³¹ Skoghøy (2022) s. 441.

En ytterligere avgrensning er mot søksmål om brudd på rettigheter i andre menneskerettskonvensjoner.³² Begrunnelsen for avgrensningen er at EMK er den menneskerettskonvensjonen som i størst grad har påvirket og endret norsk rett i tråd med internasjonaliseringen.³³ EMK er også den menneskerettskonvensjonen som Høyesterett i flest tilfeller har vurdert opp mot søksmålsvilkårene. For å besvare avhandlingens problemstilling er det derfor mest hensiktsmessig å kun se til tilfeller fastsettelsessøksmål er reist for å konstatere brudd på EMK.

Videre vil avhandlingen ta for seg generelle betraktninger til rettigheter i EMK som søksmålsobjekt. Det avgrenses derfor mot et fokus på en eller flere konkrete rettighetsbestemmelser i konvensjonen. Det tas derfor forbehold for eventuelle nyanseforskjeller som kan oppstå for søksmålsadgangen tilknyttet de ulike rettighetsbestemmelsene.³⁴ Avhandlingen er oversiktspreget, og det er ikke nødvendig å analysere hver enkelt rettighet for å besvare problemstillingen.

1.4 Avhandlingens aktualitet

1.4.1 Utviklingen av internasjonale menneskerettigheters betydning i norsk rett

I de siste tiårene har det skjedd en utvikling rundt de internasjonale menneskerettighetene, både i form av rettighetenes rettslige fundament og den faktiske bruken av dem i det praktiske rettsliv. Utviklingen har ført til at det i dag er mer aktuelt å kreve rettighetene vurdert og håndhevd av domstolene. Hvordan domstolene prøver søksmålsvilkårene for søksmål hvor konvensjonsbrudd kreves fastslått er dermed et interessant analyseobjekt. Under dette punktet

³² Tilsvarende adgang til fastsettelsessøksmål gjelder for brudd på De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP), se blant annet Rt. 2012 s. 2039 P avsnitt 94 og Ot.ppr.nr.51 (2004-2005) på s. 153. Se også Backer (2020) s. 235. Hvordan domstolene praktiserer søksmålsvilkårene i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK kan ha overføringsverdi til forståelsen av søksmålsvilkårene i relasjon til andre menneskerettigheter, herunder både andre inkorporerte menneskerettigheter og menneskerettighetene i Grunnloven. En vurdering av dette faller imidlertid utenfor avhandlingens tematikk.

³³ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter: en innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 5. utg. Fagbokforlaget 2018, s. 26.

³⁴ Eksempelvis gjelder det særlige regler for prøvingsrett av menneskerettighetene ved frihetsberøvelser, jf. Grunnloven § 94 og EMK artikkel 5, se blant annet Benedikte Moltumyr Høgberg, Eirik Holmøyvik og Christoffer Conrad Eriksen, *Kriseregulering: lovgivning under koronakrisen*, 1. utg. Fagbokforlaget 2023, s. 626.

skal det gis et kort historisk tilbakeblikk for utviklingen av menneskerettighetenes betydning i norsk rett. Formålet er å gi en opptakt til vurderingen av hvilken adgang det er til å få et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK realitetsbehandlet i domstolene.

Menneskerettighetene er tradisjonelt definert som rettigheter og friheter alle mennesker har i kraft av det å være menneske.³⁵ Konseptet «menneskerettigheter» vil kunne oppfattes som verdier – altså uforpliktende normer som ikke gir grunnlag for rettslig argumentasjon. Lenge har likevel rettighetene blitt praktisert som anvendbare rettsregler med rettslig betydning og konsekvens for borgerne.³⁶ Først i form av nasjonale, men etter hvert også internasjonale regler.

Det rettslige fundamentet for menneskerettighetene kom tidligere kun til uttrykk i nasjonale regler som begrenset statens myndighetsutøvelse til ikke å overskride borgerens iboende rettigheter. Disse nasjonale menneskerettighetene hadde ofte høyere rettslig trinnhøyde enn andre regler, og satte på den måten skranker for statsmaktens myndighetsutøvelse.

Tankegodset eksisterte allerede på 1200-tallet gjennom maktkampen mellom borgerskapet og eneveldet, hvor borgerskapet opplevde svært inngripende maktutøvelse og manglende stabilitet. Rettsliggjøring av menneskerettighetene som overordnede normer og verdiprinsipper har siden den tid fremstått som en sentral del av det som kreves for å etablere en rettsstat.³⁷

De internasjonale menneskerettighetene kom først i fokus på midten av 1900-tallet, etter FNs menneskerettighetserklæring av 1948³⁸. Verdenserklæringen ble vedtatt i etterkant av andre verdenskrig. Krigen viste at nasjonale rettigheter ikke hindret staters forbrytelser overfor befolkningen. Rettighetene måtte derfor sikres på overnasjonalt hold. Verdenserklæringen ga universelle rettigheter som gjaldt for alle individer på tvers av statlige grenser. Dokumentet var ikke i seg selv rettslig bindende, men dannet en modell for de senere menneskerettskonvensjonene, blant annet EMK.³⁹

³⁵ Njål Høstmælingen, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utg. Universitetsforlaget 2012, s. 34.

³⁶ Njål Høstmælingen, *Hva er menneskerettigheter*, 2. utg. Universitetsforlaget 2010, s. 18.

³⁷ Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utg. Universitetsforlaget 2018, s. 234.

³⁸ FNs erklæring om menneskerettigheter av 10. desember 1948 (verdenserklæringen).

³⁹ Aall (2018) s. 25.

For Norge sin del ble EMK ratifisert i 1953, og trådte i kraft samme år. I motsetning til verdenserklæringen ga EMK rettslig bindende regler, og hadde et etablert internasjonalt kontrollapparat som i senere tid viste seg å ha stor påvirkningskraft på konvensjonsstatene. Tanken bak konvensjonen var å sikre og styrke vernet av enkelte rettigheter, og forhindre at stater misbrukte sitt maktapparat. At statene forpliktet seg etter internasjonale standarder og ble underlagt overordnet kontroll betydde likevel ikke at staten selv ble overflødig i praktiseringen av menneskerettighetene. Tvert imot ble det viktigere enn tidligere at nasjonale instanser gjennomførte og håndhevdde menneskerettighetene for å opptre som en ansvarlig enhet overfor konvensjonsforpliktelsene.⁴⁰

EMKs gjennomslagskraft i norsk rett ble gradvis styrket gjennom rettspraksis, lov og grunnlov. I 1999 ble EMK gjort til norsk rett med forrang gjennom menneskerettsloven § 2, jf. § 3. Forrangsbestemmelsen medførte at konvensjonsrettighetene fikk en større rettslig betydning ved at formell norsk lovgivning måtte vike ved motstrid. Moderniseringen av Grunnlovens menneskerettskapittel i 2014 var også i betydelig grad inspirert av EMK, noe som gjorde rettighetene mer tilgjengelig og kjent for rettsanvenderene. Særlig relevant var vedtakelsen av Grunnloven § 92 i 2014. Bestemmelsens funksjon var å løfte frem at «statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og for Norges bindende traktater om menneskerettighetene». Bestemmelsen ga en signaleffekt for viktighetene av menneskerettighetene, og ga myndighetene et pålegg om å håndheve dem på det nivå de var gjennomført i norsk rett.⁴¹ På den måten utgjorde statens myndigheters respekt og håndhevelse av menneskerettighetene en sentral del av grunnstrukturen for Norges rettsstatsideal.

I de siste årene har også det praktiske rettsliv opplevd en oppblomstring rundt den faktiske bruken av rettighetene. Dette kan skyldes at rettsanvendere har fått økt kunnskap og bevissthet rundt rettighetene og derfor i større grad benytter dem i rettslig argumentasjon.⁴² Bruken av menneskerettigheter utgjør også et retorisk virkemiddel, og kan i større grad enn

⁴⁰ Aall (2018) s. 26.

⁴¹ Se blant annet HR-2016-2554-P avsnitt 70. Grunnlovsbestemmelsen retter seg mot statens myndigheter i videste forstand, se HR-2022-401-A avsnitt 46.

⁴² I sivilprosessen gjelder disposisjonsprinsippet, se Skoghøy (2022) s. 570. Det er partene som bringer frem hvilke krav og påstander de ønsker at retten skal ta stiling til. Av den grunn er det i stor grad partene som styrer omfanget av saker om EMK som bringes inn til domstolene. En større bevissthet rundt reglene gir derfor grunnlag for et større saksomfang tilknyttet dem.

tidligere anvendes for å gi et argument en særskilt tyngde.⁴³ Den økte bruken kan også skyldes en generell oppfatning om at menneskerettighetene har fått en høyere verdimessig betydning. Det å få konstatert at et forhold utgjør en menneskerettskrenkelse kan derfor ha en symbolsk egenverdi, særlig sett i lys av den historiske forankringen rettighetene har.

Utviklingen viser at menneskerettighetene utgjør en helt sentral del av rettssystemet. Det er derfor forståelig at borgere ønsker å håndheve rettighetene, og fastslå krenkelser dersom de mener det foreligger. Denne utviklingen er nettopp det som gjør det aktuelt å analysere hvilken adgang domstolene gir til å realitetsbehandle et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.

1.4.2 Historisk tilbakeblikk over adgangen til å få fastsettelsessøksmål for brudd på EMK realitetsbehandlet av domstolene

Utviklingen av menneskerettighetene og deres plass i det praktiske rettsliv har medført at det fra tid til annen kommer søksmål inn til domstolene med ønske om å få konstatert et menneskerettsbrudd. I dette punktet gis en kort gjennomgang av utviklingen for adgangen til å få fastsettelsessøksmål for brudd på EMK prøvd i domstolene.

Under den tidligere tvistemålsloven⁴⁴ ble ikke et søksmål for brudd på EMK ansett å utgjøre et «rettskrav» det kunne avsies dom for.⁴⁵ Et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK har som hovedformål å oppnå en rettslig avklaring angående menneskerettskrenkelsen, uten en direkte materiell eller økonomisk konsekvens for saksøkeren. En dom som fastslår at et forhold utgjør en menneskerettskrenkelse, kan sammenlignes med å fremme et søksmål om at noe er «ulovlig». Tradisjonelt var det ikke adgang til å søke en rettslig fastsettelse av en urett som hovedformål i et søksmål.⁴⁶ Et rettskrav måtte vanligvis medføre en konkret rettsvirkning.⁴⁷

⁴³ Dok.nr.16 (2011-2012) på s. 40.

⁴⁴ Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven).

⁴⁵ Se blant annet Rt. 1994 s. 1244 A på s. 1249 og Robberstad (2021) s. 61.

⁴⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 365 og Jørgen Aall, «Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetssaker» *Tidsskrift for rettsvitenskap* (1998), s. 1-181, på s. 76; Jussi Erik Pedersen og Jens Edvin A. Skoghøy, *Grunnleggende sivilprosess*, Universitetsforlaget 2020, s. 89.

⁴⁷ Denne tilnærmingen kritiseres i teorien. Skoghøy hevder at rettsvirkningen for slike domsslutninger ofte vil være klare – det krenkende forholdet må opphøre. Dersom det blir fastslått at noe er «ulovlig» eller «rettsstridig», er rettsvirkningen at handlingen ikke kan fortsette, se Skoghøy (2022) s. 400.

Et søksmål om brudd på EMK ble betraktet som abstrakt, hvor konsekvensen av søksmålet kun ville uttale seg om innholdet i reglene knyttet til den påståtte krenkelsen, uten å gi veiledning om en konkret virkning. Det var ikke domstolens oppgave eller funksjon å redegjøre for innholdet i en regel med mindre det ville løse en konkret tvist.⁴⁸ Et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK ble også betraktet som bare et regelfragment, en del av et annet krav som ga rettsvirkning, for eksempel som begrunnelse for et erstatningskrav eller et ugyldig vedtak.⁴⁹ Et søksmål om et regelfragment ville i seg selv ikke gi rettsvirkninger.⁵⁰

I dag er det imidlertid avklart i tvistelovens forarbeider og i rettspraksis at et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK utgjør et «rettskrav» etter tvisteloven § 1-3 første ledd.⁵¹ Det er særlig tre endringer i rettsoppfatningen som begrunner skiftet. For det første er det klarlagt at det er adgang til å reise søksmål om at et forhold er «ulovlig» eller «rettsstridig».⁵² For det andre utgjør ikke en krenkelse av EMK bare et regelfragment mot en rettsvirkning, all den tid EMK har blitt gjort til norsk rett med forrang gjennom menneskerettsloven. Videre begrunner Skoghøy at konvensjonsbruddet utgjør en så viktig «mellomstasjon» for rettsfølgen, at det må utgjøre et rettskrav selv om det kanskje må reises en ny sak for å få fastslått virkningen av konvensjonsbruddet.⁵³ Det vil også være unaturlig i relasjon til overholdelsen av konvensjonspliktene hvis det ikke skulle være mulig å få et konvensjonsstridig forhold konstatert i en dom.⁵⁴ Dessuten gjør vedtakelsen av Grunnloven § 92, som pålegger statens myndigheter å respektere og sikre menneskerettighetene, at det neppe kan stilles spørsmål til hvorvidt en påstand om et konvensjonsbrudd av en menneskerettighet utgjør et rettskrav.

⁴⁸ Se NOU 2001:32 A på s. 200. Se også Rt. 1994 s. 1244 A der Høyesteretts flertall la til grunn at det ikke var adgang til å kreve dom for at et fortidig inngrep var i strid med EMK. Et eventuelt konvensjonsbrudd kunne bare prøves prejudisielt som ledd i et gyldighets- eller erstatningssøksmål.

⁴⁹ Pedersen og Skoghøy (2020) s. 89.

⁵⁰ Pedersen og Skoghøy (2020) s. 89.

⁵¹ Se blant annet Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 365, Rt. 2003 s. 301 A avsnitt 39, Rt. 2011 s. 1666 A avsnitt 32.

⁵² Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 365 og Schei m.fl. (à jour per 1. mars 2023) punkt 2.6.

⁵³ Skoghøy (2022) s. 402.

⁵⁴ Se blant annet Rt. 2003 s. 301 A avsnitt 39. Nærmere om EMK artikkel 13 og de kravene som stilles til fastsettelsessøksmål om brudd på EMK i punkt 4.3.

I dag er det derfor sikker rett at et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK utgjør et «rettskrav» det kan avsies dom for.⁵⁵ Vurderingen om et slikt søksmål kan fremmes til realitetsbehandling beror likevel på om saksøkeren har et «reelt behov» for å få sitt krav avgjort «i forhold til saksøkte», jf. tvisteloven § 1-3 annet ledd. Dette er en vurdering av hvorvidt aktualitets- og tilknytningskravet er oppfylt.⁵⁶

1.4.3 Hvorfor et teoretisk perspektiv?

Avhandlingens tema søker å finne en dypere teoretisk begrunnelse og sammenheng bak Høyesteretts praktisering av søksmålsvilkårene ved å se på hvilke hensyn og målsettinger domstolene bygger på i sine avgjørelser. Begrunnelsen for en slik tilnærming er å forsøke å avdekke tendenser og utviklingstrekk som kan gi en bedre forståelse og forutberegnelighet rundt praktiseringen av reglene for den aktuelle kravstypen.

Med et teoretisk perspektiv menes det å redegjøre for gjeldende rett, samtidig som det rettes fokus mot det underliggende i materien, sammenhengen i systemet og den faste størrelsen som utviklingen av søksmålsvilkårene er basert på.⁵⁷ Historisk sett har norsk prosessteori hatt en svak tradisjon for å belyse dypere teoretiske spørsmål.⁵⁸ Vedtakelsen av tvisteloven satte imidlertid i gang en endring, og det er i dag et større søkelys på overordnede hensyn, målsettinger og funksjoner både i lovtekst, i forarbeidene og i juridisk litteratur.⁵⁹ Det er særlig formålsbestemmelsen i tvisteloven § 1-1 som har satt fokus på det teoretiske bakteppet som skal gjelde for sivilprosessen som helhet. Bruk av hensyn og målsettinger er også et økende fenomen i rettanvendelsen og kan i dag benyttes for å fastsette hva som er innholdet i en rettsregel.⁶⁰ Hvordan domstolene balanserer de gjeldende hensynene og målsettingene kan derfor bidra til å flytte grensene for hvordan søksmålsvilkårene praktiseres innenfor rammen tvisteloven § 1-3 gir.

⁵⁵ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 365, Rt. 2003 s. 301 A avsnitt 39, Rt. 2011 s. 1666 A avsnitt 32.

⁵⁶ NOU 2001:32 B på s. 652 og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 364.

⁵⁷ Se punkt 2.2 i avhandlingens metodedel.

⁵⁸ Se Per Henrik Lindblom, *Progressiv process: spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen*, Lustus 2000, s. 259. Lindblom skriver generelt om nordisk prosessteori, men uttaler seg her direkte om norske prosesstradisjoner.

⁵⁹ Erik Eldjarn, *Materiell prosessledning*, 1. utg. Cappelen akademiske forlag 2016, s. 54.

⁶⁰ Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, 2. utg. Universitetsforlaget 2023, s. 181.

Gjenstanden for analyse i avhandlingen er fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Denne kravstypen utgjør bare ett av flere eksempler som kan bidra til å belyse hvordan domstolene ivaretar, balanserer og vektlegger de hensynene og målsettingene som gjelder for sivilprosessen. Med et teoretisk perspektiv kan de drøftelsene som gjelder for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK også bidra til å belyse mer generelle sivilprosessuelle tendenser. I tillegg vil et teoretisk perspektiv kunne vise til endringer i hvilke søksmål domstolene velger å ta til realitetsbehandling på et mer overordnet nivå.

1.5 En oversikt over avhandlingens videre fremstilling

I kapittel 2 vil det gis en gjennomgang av den metoden som er valgt for avhandlingen og særlige metodiske særtrekk relatert til avhandlingens tema. I kapittel 3 gis det en redegjørelse for utgangspunktene for hvordan søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3 praktiseres, med særlig vekt på aktualitets- og tilknytningskravet. I kapittelet vil det også gis en oversikt over hvordan domstolene skal gå frem i vurderingen av søksmålsvilkårene, og hvordan søksmålsvilkårene tidvis vurderes samlet. I kapittel 4 er formålet å vise til hvordan vurderingen av søksmålsvilkårene for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK skal forholde seg til overordnede rettsnormer, hovedsakelig Grunnloven § 95, EMK artikkel 6 og EMK artikkel 13. I kapittelet reises også spørsmål til hvilken betydning EMDs prosessuelle regler har for adgangen til å tillate fastsettelsessøksmål for brudd på EMK i nasjonale domstoler.

De innledende kapitlene fra kapittel 2 til 4 skal avdekke og drøfte generelle utgangspunkter som gjelder for vurderingen av søksmålsvilkårene for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK. Drøftelsene fra disse kapitlene er av betydning for hvordan Høyesteretts uttalelser skal tolkes og hvordan domstolenes avveining av hensynene og målsettingene bak søksmålsvilkårene skal forstås. De utgangspunktene som fastsettes utgjør derfor et nødvendig bakteppe for den senere analysen av rettspraksis.

De hensynene og målsettingene som gjør seg gjeldende for vurderingen av søksmålsvilkårene utgjør tematikken i kapittel 5. De aktuelle hensynene og målsettingene innledes i tre rammer som viser til hensynene og målsettingene som ligger bak søksmålsvilkårene som prosessforutsetning, sivilprosessens prinsipper som gjelder ved praktiseringen av søksmålsvilkårene, og de mer overordnede funksjonene sivilprosessen skal ivareta. Kapittelet vil gi et grunnlag for analysen av aktualitets- og tilknytningskravet i kapittel 6, 7 og 8.

I kapittel 6, 7 og 8 skal aktualitets- og tilknytningskravet for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK analyseres. Det vil settes søkelys på særskilte typetilfeller hvor vilkårene har vært problematisert for Høyesterett, og en etterfølgende analyse av hvordan hensynene og målsettingene bak søksmålsvilkårene er balansert for hvert enkelt tilfelle. I kapittel 6 er temaet aktualitetskravet, og hvordan domstolene praktiserer dette vilkåret i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.

Temaet for kapittel 7 og 8 er hvordan tilknytningskravet praktiseres. Tilknytningskravet stiller krav både til saksøkers og saksøktes tilknytning – også omtalt som kravet til aktiv- og passiv søksmålsinteresse.⁶¹ Kravet til aktiv- og passiv søksmålsinteresse vil derfor behandles i to separate kapitler. I kapittel 7 er temaet kravet til aktiv søksmålsinteresse, altså hvem som kan opptre som saksøker for denne kravstypen. I kapittel 8 er temaet kravet til passiv søksmålsinteresse, altså hvem som kan saksøkes i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.

I kapittel 9 skal det gis noen avsluttende bemerkninger og refleksjoner rundt avhandlingens tema og problemstillinger.

⁶¹ Skillet mellom aktiv- og passiv søksmålsinteresse følger ikke av ordlyden, men er et allment akseptert pedagogisk virkemiddel.

2 Metode

2.1 Innledning

I dette kapittelet rettes fokuset mot metodiske utgangspunkter og særtrekk som gjør seg gjeldende for avhandlingens tematikk. I fremstillingen redegjøres det først for den juridiske metoden som er valgt for avhandlingen, og til metodebruk i rettsvitenskapelig forskning. Deretter vil det vises til de metodiske særtrekkene som gjelder for analysen av rettspraksis tilknyttet søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3. Til sist vil EMK-rettens rettskildemessige innvirkning på vurderingen kort gjennomgås.

2.2 Rettsdogmatisk metode

Avhandlingens problemstillinger skal besvares med utgangspunkt i en rettsdogmatisk metode. Dette innebærer at de relevante rettskildene skal analyseres og bearbeides på en systematisk måte innenfor de alminnelige rammene som metodereglene setter.⁶²

Det er ulike oppfatninger av hva som ligger i begrepet rettsdogmatisk metode, og om hvordan metoden skal brukes i rettsvitenskapelig forskning. Diskusjonene er omfattende. Det er ikke et formål å gi en dyptgående gjennomgang av dem her.⁶³ Det er likevel grunn til å bemerke seg noen utgangspunkter ved tilnærmingene. En redegjørelse for utgangspunktene vil vise hva som gir en treffende beskrivelse av rettsdogmatisk metode for å besvare de problemstillingene som reises i avhandlingen.

Innledningsvis er det grunn til å nevne at rettsdogmatisk metode er noe annet for rettsvitenskapelige arbeider enn det som typisk forbindes med juridisk metode for Høyesterett og andre juridiske praktikere som tar stilling til konkrete rettsspørsmål. Graver kritiserer bruken av betegnelsen «vanlig juridisk metode» i relasjon til rettsdogmatikk i rettsvitenskapelige tekster, blant annet fordi det inneholder mye mer enn det som utgjør «vanlig juridisk metode» for juridiske praktikere. Fremgangsmåtene som benyttes har mange

⁶² Skoghøy (2023) s. 28.

⁶³ Se blant annet Hans Petter Graver, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» *Tidsskrift for rettsvitenskap* (2008) nr. 2, s. 149-178, på s. 157; Ellen Eftestøl-Wilhelmsson, «Rettsvitenskapens oppgaver i dagens samfunn: En praktisk tilnærming til et teoretisk problem» *Lov og Rett*, 45 (2006) nr. 1-2, s. 83-97, på s. 84; Anna Nylund, *Tillgången till den andra instansen i tvistemål*, Suomalainen Lakimiesyhdistys 2006, s. 27.

likhetstrekk, men der en rettsforsker tar standpunkt til rettsspørsmål preges den juridiske metoden av at rettsforskernes situasjon og målgruppe er forskjellig fra juridiske praktikere.⁶⁴

I rettsvitenskapelige tekster er ikke nødvendigvis hovedformålet å ta standpunkt til konkrete rettsspørsmål, men vel så mye å teste holdbarheten av etablerte standpunkter, begreper, teorier og begrunnelser.⁶⁵ Målet er ofte ikke å gi et konkret svar, men snarere å redegjøre og systematisere de gjeldende begrunnelser og standpunkter for temaet forskningen knytter seg til. Dette forutsetter en mer nyansert, drøftende og kritisk tilnærming til rettskildene enn det som gjelder for praktisk rettsanvendelse. Dernest stilles det større forventninger til vurderinger av dyptgående verdimeslige orienteringer om holdbarheten av verdipremisser i rettsvitenskapelige tekster enn det gjør for juridiske praktikere.⁶⁶ Med andre ord er det rom for en mer normativ og verdibasert argumentasjon, med den forutsetning at argumentasjonen holder seg innenfor de rammene som gjelder for juridiskfaglig metode.

Det er også nyanseforskjeller for hvordan en rettsforsker benytter metoden. Noen velger en mer tradisjonell analytisk-deskriptiv tilnærming, som ligner på den metoden som er å finne i det praktiske rettsliv. Formålet med en slik tilnærming er å komme til en beskrivende konklusjon av hva som er gjeldende rett. Andre velger en mer normativkritisk tilnærming, hvor det sentrale ikke er å komme til en konklusjon, men heller å gjøre en mer dyptgående granskning av gjeldende rett.⁶⁷ I denne avhandlingen skal både en analytisk-deskriptiv og en normativkritisk tilnærming benyttes. Formålet med avhandlingen er både å beskrive adgangen Høyesterett gir til å realitetsbehandle fastsettelsessøksmål for brudd på EMK, men også å analysere hvordan Høyesterett har ivaretatt og balansert hensynene og målsettingene bak tvisteloven § 1-3 i sin rettsanvendelse. For å kunne besvare problemstillingene kreves derfor en deskriptiv - men også en dyptgående analytisk, normativ og drøftende tilnærming.

Videre kjennetegnes rettsdogmatisk argumentasjon med at det gjelder en vurdering av retten som den er – *de lege lata*. Dette skiller seg fra det som utgjør en vurdering av hvordan retten

⁶⁴ Graver (2008) s. 153.

⁶⁵ Graver (2008) s. 159.

⁶⁶ Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» *Jussens Venner*, 39 (2005) nr. 5-6, s. 329-342, på s. 341.

⁶⁷ Nylund (2006) s. 28.

bør være – *de lege ferenda*.⁶⁸ Skillet mellom og *de lege lata*- og *de lege ferenda*-vurderinger er imidlertid uskarpt. For analytiske og drøftende tilnærminger til metoden vil skillet være nærmest ikke-eksisterende. En analytisk tilnærming som forklarer hvordan retten er, kommer ikke foruten å si noe om hva som ikke enda er rett, men som kanskje blir det.⁶⁹

Oppsummeringsvis kan det sies at avhandlingens problemstilling vil bli løst ved bruk av en metode som gir rom for både en deskriptiv – men også en analytisk og kritisk tilnærming. Formålet med avhandlingen er ikke nødvendigvis å komme til et standpunkt, men å redegjøre og systematisere de ulike begrunnelsene og standpunktene som gjelder for domstolenes praktisering av søksmålsvilkårene for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK.

2.3 Metodiske utgangspunkter ved analysen av rettspraksis

Tvistemålsutvalget fremhevet at søksmålsvilkårene utgjør en «rettslig standard» – altså en rettsregel som er utformet og ment praktisert med utgangspunkt i det konkrete tilfellet, og som kan endre innhold over tid.⁷⁰ At søksmålsvilkårene utgjør en rettslig standard medfører at avgjørelser fra domstolene selv kan gi uttrykk for endringer i forståelsen av vilkårene. Utviklingen av rettstilstanden er derfor på sett og vis delegert til domstolene.⁷¹ Rettspraksis utgjør dermed den viktigste rettskilden av gjenstand for analyse i avhandlingen.

I avhandlingens analysedel vil avgjørelser fra Høyesterett analyseres både for å avdekke adgangen søksmålsvilkårene gir til å realitetsbehandle fastsettelsessøksmål for brudd på EMK, og for å vise til hvordan Høyesterett ivaretar og balanserer hensyn og målsettinger i vurderingene.⁷² Av den grunn er det nødvendig å gi noen metodiske bemerkninger til Høyesteretts vurdering av søksmålsvilkårene som kan ha betydning for hvilke avgjørelser som er relevante og hvilken prejudikatverdi avgjørelsene kan ha.

I valget av relevante avgjørelser for å fastsette innholdet av en regel ser man vanligvis til avgjørelser der Høyesterett har vurdert og tatt stilling til den aktuelle bestemmelsen man

⁶⁸ Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019, s. 347.

⁶⁹ Nylund (2006) s. s. 28. Skillet mellom hva som utgjør *de lege lata* og *de lege ferenda*-vurderinger er særlig svak der hvor det benyttes reelle hensyn i argumentasjonen, se Høgberg og Sunde (2019) s. 347.

⁷⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 363 og Aall (1998) s. 25.

⁷¹ Aall (1998) s. 26.

⁷² Se kapittel 6, 7 og 8.

analyserer. For vurderingen av søksmålsvilkårene stiller det seg annerledes. En særegenhet for søksmålsvilkårene er at de utgjør en prosessforutsetning som retten skal prøve på eget tiltak uten partenes innblanding og i forkant av hver eneste realitetsavgjørelse.⁷³ Domstolenes vurdering av søksmålsvilkårene trenger derfor ikke å være nevnt i en avgjørelse eller vurdert eksplisitt dersom vilkårene er oppfylte. At vilkårene er oppfylte fremgår indirekte av at domstolen realitetsbehandler kravet. For å gi et fullstendig bilde av søksmålsvilkårene er det derfor ikke bare de avgjørelser som vurderer søksmålsvilkårene som er relevant. Alle saker som domstolene realitetsbehandler gir et bilde av saker hvor søksmålsvilkårene foreligger.⁷⁴

At søksmålsvilkårene utgjør en rettslig standard kan også ha betydning for hvilke avgjørelser som er relevante. Søksmålsvilkårene er skjønsmessige, og kan utvikles og endre innhold over tid. Av den grunn er det særlig nyere rettsavgjørelser som er av betydning, spesielt siden EMK-retten er et rettsområde i kontinuerlig utvikling.⁷⁵ Også eldre praksis kan være relevant, men bare så langt argumentasjonen i avgjørelsen er i tråd med dagens rettstilstand eller viser til utviklingstrekk sammenlignet med nyere avgjørelser.⁷⁶ I analysen vil dermed hovedfokuset være på rettspraksis fra de siste 15 årene.

Når det gjelder hvilken rettspraksis analysen vil rette seg mot, er det særlig avgjørelser fra Høyesterett som er relevant. Høyesterett dømmer i siste instans, og gir grunnlag for bindende prejudikater, jf. Grunnloven § 88.⁷⁷ Prejudikatvirkningen av en rettsavgjørelse knytter seg til den rettssetningen som danner grunnlag for avgjørelsen.⁷⁸ I analysen av høyesterettspraksis er

⁷³ Se nærmere om domstolenes prosessuelle fremgangsmåte i punkt 3.4.

⁷⁴ Tilsvarende bemerkninger er gitt av Inge Lorange Backer, *Rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage - særlig ved naturinngrep*, Universitetsforlaget 1984, s. 34 flg; Gunnar Aasland, *Rettslig interesse - et område for domstolsskapt rett, Lov, sannhet, rett: Norges Høyesterett 200 år* Universitetsforlaget 2015, s. 451.

⁷⁵ Se punkt 1.4.1.

⁷⁶ Rettspraksis tilknyttet tvistemålsloven § 54 kan i prinsippet være relevant, ettersom tvisteloven ikke tok sikte på noen realitetsendring ved vedtakelsen av tvisteloven § 1-3, jf. Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 363.

⁷⁷ Underrettspraksis kan likevel ses til som en opplysningskilde for hvilke problemstillinger som reises ved vurderingen av søksmålsvilkårene. Dersom tingretts- og lagmannsrettspraksis gir uttrykk for en konsekvent og langvarig praksis kan likebehandlingshensyn tilsi at også slike avgjørelser bør vektlegges.

⁷⁸ Motsetningsvis kommer sidebemerkninger – uttalelser som ikke inngår som ledd i resonnementet som danner grunnlag for rettens avgjørelse, også kalt «*obiter dictum*», se Skoghøy (2023) s. 127.

det av betydning hvilken prejudikatverdi avgjørelsene har, og hva som skal til for å fravike tidligere forståelser og uttalelser om innholdet i regelen.⁷⁹

I Høyesteretts vurdering av søksmålsvilkårene reiser det seg noen særlige utfordringer knyttet til prejudikatverdiens rekkevidde som gjør at man må ha et kritisk blikk på avgjørelsens prejudikatverdi. For det første har søksmålsvilkårene et skjønnsmessig preg, noe som vil gjøre det vanskelig å utlede en presis rettssetning som kan legges til grunn i senere saker.⁸⁰ At vilkårene i tvisteloven § 1-3 utgjør en rettslig standard påvirker Høyesteretts argumentasjon og gir Høyesterett et stort armslag ved løsning av tvistene. Dette medfører at Høyesterett har anledning til å opptre pragmatisk. Prosessretten er et rettsområde hvor domstolene stadig har utøvd en aktiv og rettsskapende virksomhet. Domstolene føler seg komfortabel med en mer frirettslig tilnærming til både hvilke krav som tas til behandling, hva som skal konstateres i domsslutningen, og om tvister bør løses basert på konkrete avveininger.⁸¹ Dette underbygger vanskeligheten med å utlede presise regler fra Høyesteretts praksis i vurderingen av om søksmålsvilkårene er oppfylte.

For det andre forutsetter som nevnt søksmålsvilkårene en konkret vurdering for hvert enkelte tilfelle. At Høyesterett gjør en konkret og individuell vurdering begrenser muligheten for regeldannelse.⁸² I analysen av rettspraksis er det derfor desto viktigere å ta forbehold for de konkrete faktiske forhold søksmålet gjelder ved fastsettelsen av innholdet i søksmålsvilkårene. Det kan bare med varsomhet trekkes slutninger av mer generell karakter.

For det tredje forutsetter rettslig standardiserte regler at det skal skje endringer over tid.⁸³ Utviklingen av søksmålsvilkårene gjør derfor at prejudikatverdien til eldre rettsavgjørelser kan svekkes om andre hensyn og nye samfunnsforhold trekker i motsatt retning.⁸⁴ Ettersom

⁷⁹ Som utgangspunkt skal prejudikater være bindende frem til regelen endres av lovgiver eller senere blir fraveket av Høyesterett, se Skoghøy (2023) s. 178. Dette gjelder imidlertid ikke uten unntak, se Skoghøy (2023) s. 153.

⁸⁰ Det er verdt å nevne at det særlig kan være vanskelig å utlede konkrete kriterier fra høyesterettsavgjørelser i de tilfellene søksmålsvilkårene vurderes samlet i en helhetsvurdering, se nærmere om dette i punkt 3.3.

⁸¹ Skoghøy (2023) s. 321.

⁸² Backer (1984) s. 36.

⁸³ NOU 2001:32 B på s. 652.

⁸⁴ Backer (1984) s. 36.

EMK-retten er et rettsområde i stor utvikling, vil Høyesteretts vurdering av søksmålsvilkårene i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK stå i en særstilling for endring.

Det er et stort antall avgjørelser som kan ha betydning for hvordan søksmålsvilkårene skal forstås for denne kravstypen. Analysen av rettspraksis er derfor noe oversiktspreget.

Omfanget av rettspraksis begrenses til en del utvalgte avgjørelser av betydning for de typetilfellene som skal analyseres i avhandlingen. De avgjørelser som skal analyseres er likevel de som fremstår som de mest sentrale, både fordi de er avsagt i nyere tid og er omdiskutert i teorien.⁸⁵

2.4 EMK-retten

Som nevnt skal det i avhandlingen foretas en analyse av adgangen søksmålsvilkårene gir til å få et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK realitetsbehandlet i norske domstoler. Analysen knytter seg i utgangspunkt til formell norsk lov og tvisteloven § 1-3. Som det vil fremgå i kapittel 4, vil likevel EMK-rettslige regler spille en betydelig rolle ved praktiseringen av søksmålsvilkårene for denne kravstypen. Der er derfor nødvendig å redegjøre for noen metodiske særtrekk som gjør seg gjeldende ved tolkning av EMK-retten. Det må også ses hen til hvordan norsk rett skal forholde seg til dette rettssystemet.⁸⁶

Som nevnt innledningsvis er EMK gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2. EMK gjelder med forrang foran formell norsk lov ved direkte motstrid, jf. menneskerettsloven § 3. Formell norsk lov må derfor vike om reglene i EMK gir et annet resultat enn den nasjonale regelen. EMK utgjør imidlertid et minimumsvern, slik at formell norsk lov har adgang til å gi mer vidtrekkende rettigheter enn det EMK gir grunnlag for.⁸⁷

⁸⁵ Se blant annet Schei m.fl. (à jour per 1. mars 2023) punkt 2.8; Robberstad (2021) s. 121; Hov (2019) s. 552; Stine Marie Uri, «Adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK» *Lov og Rett*, 56 (2017) nr. 8, s. 480-499, på s. 480 flg.

⁸⁶ Om tvisteloven § 1-3 sitt forhold til overordnede rettsnormer, se kapittel 4.

⁸⁷ Dok nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven på s. 87 og Høstmælingen (2010) s. 110.

For tolkning av konvensjonstekster gjelder Wien-konvensjonen om traktatretten⁸⁸ artikkel 31.⁸⁹ Tolkningen skal ta utgangspunkt i konvensjonstekstens ordinære ordlyd. Deretter er det adgang til å legge vekt på konvensjonstekstens formål og kontekst. Særskilt for EMK gjelder også egne tolkningsregler utviklet av Den Europeiske Menneskerettsdomstol (EMD), som etter EMK artikkel 19 har i oppgave å sikre at konvensjonsstatene overholder sine konvensjonsforpliktelser.⁹⁰ Disse tolkningsreglene er bindende for konvensjonsstatene, herunder også for norske rettsanvenderes tolkning.⁹¹ I norsk rett er derfor avgjørelser fra EMD sentrale rettskilder for å klargjøre innholdet i og anvendelsen av rettighetene i EMK.

⁸⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties, 22. mai 1969 (Wien-konvensjonen om traktatretten).

⁸⁹ Tolkningsreglene som kommer til uttrykk i konvensjonen anses som folkerettslig sedvanerett. Selv om Wien-konvensjonen ikke er ratifisert i Norge gjelder den derfor likevel for norske rettsanvenderes tolkning av konvensjonen, se Ruud og Ulfstein (2018) s. 75.

⁹⁰ Jf. EMK artikkel 19.

⁹¹ Se blant annet Magyar Helsinki Bizottság mot Ungarn, 18030/11, 8. november 2016, premiss 118 mv.

3 De alminnelige søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3

3.1 Generelt om søksmålsvilkårene

Tvisteloven § 1-3 gir uttrykk for tre kumulative vilkår som må være oppfylte for at et krav kan bringes inn for domstolene i sivilprosessens former.⁹² Det stilles for det første et krav til søksmålgjenstanden ved at det bare er «rettskrav» som kan reises for domstolene, jf. første ledd. Videre må den som reiser saken påvise et «reelt behov» for å få kravet avgjort «i forhold til saksøkte», jf. annet ledd. Vurderingen etter annet ledd avgjøres ut fra en samlet vurdering av «kravets aktualitet» og «partenes tilknytning», som i det følgende omtales som aktualitetskravet og tilknytningskravet. Som ordlyden viser er formuleringen av vilkårene kortfattet og standardpreget. Tolkningen av vilkårene må derfor forstås i lys av det øvrige rettskildebildet og den omfattende rettspraksisen som foreligger.

Søksmålsvilkårene utgjør som nevnt en rettslig standard og har en skjønnsmessig karakter. Til tross for denne skjønnsmessigheten er det fastsatt noen generelle kriterier og en felles kjerne som det bygges på for å sikre at anvendelsen av vilkårene gir en viss forutsigbarhet og ivaretar det formålet de er ment å ha.⁹³ Det er også utviklet bestemte kriterier som gjelder for enkelte rettsområder og typetilfeller, og tvistegjenstandens karakter kan ha betydning for hvordan søksmålsvilkårene skal praktiseres.⁹⁴ De generelle kriteriene for vurderingen av aktualitets- og tilknytningskravet behandles nærmere i punkt 3.2. Hvordan aktualitets- og tilknytningskravet anvendes i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK er gjenstand for analyse i kapittel 6, 7 og 8.

3.2 Nærmere om aktualitetskravet og tilknytningskravet

Under dette punktet skal det gis en kort gjennomgang av de generelle kriteriene som gjelder for vurderingen av aktualitetskravet og tilknytningskravet i tvisteloven § 1-3. Disse kriteriene danner det bakenforliggende grunnlaget for domstolenes praktisering av søksmålsvilkårene for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK.

⁹² I teorien har det vært en diskusjon om hvorvidt vilkårene utgjør en hjemmel til domstolsbehandling, eller en begrensning av en mer generell adgang, se Aall (1998) s. 31. Det er imidlertid ikke nødvendig å ta standpunkt til spørsmålet, da vurderingen vil bli den samme med begge innfallsvinklene, se Backer (1984) s. 32. I avhandlingen vil begge innfallsvinklingene benyttes.

⁹³ Aall (1998) s. 26.

⁹⁴ Backer (1984) s. 34.

Vurderingen av «kravets aktualitet» knytter seg til om saksøkeren kan påvise en konkret interesse i sakens utfall som gir et reelt behov for domstolsprøving.⁹⁵ Interessen skal som hovedregel foreligge på tidspunktet saken tas inn til retten, og vedvare helt til endelig avsagt dom.⁹⁶ Det følger av tvistelovens forarbeider at det avgjørende for vurderingen er hvilke konsekvenser en avgjørelse vil ha i saksøkerens favør.⁹⁷ Dersom avgjørelsen ikke vil ha noen konsekvens for saksøkeren har ikke saksøkeren et «reelt behov» for å få sitt krav avgjort. I et slikt tilfelle vil det ikke være grunn til å belaste domstolsapparatet med en realitetsbehandling.

Aktualitetskravet avgrenser som utgangspunkt mot søksmål som gjelder opphørte forhold og forhold som enda ikke har oppstått. Dette er naturlig, ettersom en saksøker som utgangspunkt ikke vil ha en aktuell interesse i å få rettsavklaring i slike tilfeller.⁹⁸ Unntak gjelder likevel der saksøkeren kan påvise en konkret interesse i sakens utfall som gjør at saksøkeren etter en totalvurdering har et reelt behov for at domstolene skal realitetsbehandle saken.⁹⁹ Det er flere momenter som kan tillegges vekt i vurderingen av om aktualitetskravet er oppfylt. Forarbeidene stiller ingen begrensninger. Hva som er relevant må ses i sammenheng med vilkårenes skjønnsmessige preg og de mange hensynene og målsettingene som søksmålsvilkårene skal ivareta.¹⁰⁰

Vurderingen av «partenes tilknytning» omhandler partenes personelle forhold til søksmålet. Det stilles krav til både saksøkers og saksøktes tilknytning, også omtalt som kravet til aktiv- og passiv søksmålsinteresse. For at tilknytningskravet skal være oppfylt må partene ha en slik tilknytning til søksmålet at saksøkeren har en beskyttelsesverdig interesse i å få dom overfor den aktuelle saksøkte.¹⁰¹ Rettsvirkningen avgjørelsen gir dersom søksmålet fører frem, må være egnet til å håndheve de interesser kravet mellom partene bygger på.¹⁰²

⁹⁵ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 365.

⁹⁶ HR-2022-533-A avsnitt 32.

⁹⁷ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 365.

⁹⁸ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 365 og Ola Ø. Nisja og Kaare Andreas Shetelig, «Rettslig interesse» *Jussens Venner*, 50 (2015) nr. 4, s. 227-240, på s. 239.

⁹⁹ Vangsnes (2018) s. 66.

¹⁰⁰ Hva som er lagt vekt på av Høyesterett for vurderingen av aktualitetskravet i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK er gjenstand for analyse i kapittel 6.

¹⁰¹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 365.

¹⁰² Skoghøy (2022) s. 438.

Typisk vil kravet til aktiv- og passiv søksmålsinteresse være oppfylt for de som påstår at søksmålet gjelder deres egen rett og plikt overfor saksøkte.¹⁰³ I et offentligrettslig søksmål om en myndighetsutøvelses rettmessighet vil som utgangspunkt den aktive søksmålsinteressen være oppfylt for den myndighetsutøvelsen direkte retter seg mot.¹⁰⁴ Søksmålsinteressen kan også utvides hvis en utøvelse av offentlig myndighet påvirker flere personer.¹⁰⁵ I slike tilfeller vil også andre enn den som er direkte berørt kunne påvise en tilstrekkelig interesse i å få dom for sin påstand, og dermed fremstå som en naturlig saksøker for kravet.¹⁰⁶ Dersom myndighetsutøvelsen er av en personlig karakter kan det likevel være naturlig at bare den som er direkte berørt kan gå til søksmål.¹⁰⁷

I enkelte tilfeller kan sakens forhold tilsi at saksøkeren ikke har et reelt behov for å få dom overfor motparten, selv om saksøkeren påstår at søksmålet er rettet mot en som er forpliktet.¹⁰⁸ Modifiseringen gjelder der søksmålet «etter sin art» utpeker et bestemt rettssubjekt som rett saksøkt. Dette kan sette begrensninger for hvem som har passiv søksmålsinteresse for et krav.¹⁰⁹ I forarbeidene illustreres tilfellet med at et gyldighetssøksmål mot et vedtak truffet av en kommune ikke kan anlegges mot staten. I slike tilfeller vil staten mangle passiv søksmålsinteresse, og saksøkeren vil ikke ha et reelt behov for å få dom overfor vedkommende. Søksmålet må anlegges mot kommunen som har truffet vedtaket.¹¹⁰

3.3 Søksmålsvilkårene som en samlet helhetsvurdering

Selv om de tre vilkårene i tvisteloven § 1-3 prinsipielt knytter seg til ulike forhold, vurderes de til tider samlet som et felles vilkår om «rettslig interesse».¹¹¹

¹⁰³ Skoghøy (2022) s. 438.

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 365-366.

¹⁰⁵ Skoghøy (2022) s. 452.

¹⁰⁶ NOU 2001:32 A på s. 188 og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 366.

¹⁰⁷ Se blant annet Rt. 1995 s. 139 U på s. 142, HR-2017-1130-A og Schei m.fl. (å jour per 1. mars 2023) punkt 3.2. Som eksempel på myndighetsutøvelse av personlig karakter kan nevnes vedtak om utvisning, statsborgerskap eller tvungent psykisk helsevern, se Jørgen Aandal Vangsnes, «Tilknytning som vilkår for sivil søksmål» *Jussens Venner*, 53 (2018) nr. 5, s. 306-328, på s. 317; Skoghøy (2022) s. 455.

¹⁰⁸ NOU 2001:32 A på s. 188.

¹⁰⁹ Se HR-2022-401-A avsnitt 24 og Schei m.fl. (å jour per 1. mars 2023) punkt 3.3.

¹¹⁰ NOU 2001:32 A på s. 188.

¹¹¹ Se blant annet Rt. 2006 s. 460 A avsnitt 30, HR-2018-492-U avsnitt 18 og Backer (2020) s. 220. Bruken av begrepet «rettslig interesse» er noe varierende, og det er ulike oppfatninger om det knytter seg bare til bare aktualitet- og tilknytningskravet, eller alle tre søksmålsvilkårene samlet, se blant annet Skoghøy (2022) s. 374;

Utformingen av søksmålsvilkårene er ment å sikre en hensiktsmessig og rimelig regulering av søksmålsadgangen.¹¹² Vilkårene skal derfor praktiseres slik at de kan endre seg i tråd med samfunnsutviklingen. Dette innebærer at det i noen tilfeller kreves at søksmålsvilkårene vurderes samlet. En samlet helhetsvurdering av vilkårene aktualiserer seg særlig de gangene det er tvil om ett eller flere av vilkårene er oppfylte. I disse tilfellene kan en samlet vurdering være nødvendig for å sikre at tvister det er naturlig og rimelig å ta til behandling blir vurdert av domstolene.¹¹³

Det er også en glidende overgang mellom vilkårene, som i noen tilfeller gir grunnlag for å vurdere dem samlet.¹¹⁴ Særlig gjelder dette for tilknytnings- og aktualitetskravet, som begge inngår i spørsmålet om saksøkeren har et reelt behov for rettsavklaring. Eksempelvis kan det oppstå tilfeller hvor en saksøker påviser en aktuell interesse i å få rettsavklaring som gjør at det er naturlig at vedkommende er saksøker for kravet, til tross for at saksøkerens tilknytning til søksmålet er svakt.

Tendensen for Høyesterett er imidlertid at de angriper vurderingen etter § 1-3 som tre separate vilkår.¹¹⁵ Det var også ønskelig ved vedtakelsen av tvisteloven at vilkårene ble sett på som separate elementer med egne vurderingstemaer og avveiningsnormer.¹¹⁶ Det er bare dersom ett eller flere av vilkårene bare delvis er oppfylte at Høyesterett vil foreta en samlet vurdering.¹¹⁷ Om bare ett av vilkårene er oppfylte vil neppe kravet realitetsbehandles, og saken vil avvises. Dette viser seg i at Høyesterett ved flere anledninger avviser søksmål basert på at bare ett av vilkårene mangler.¹¹⁸

Robberstad (2021) s. 107; Backer (2020) s. 220. I avhandlingen vil begrepet benyttes som en samlebetegnelse for alle de tre søksmålsvilkårene.

¹¹² Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 140 og Innst.O.nr.110 (2004-2005) punkt 9.1.3.

¹¹³ Se Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 364, HR-2021-417-P avsnitt 159, HR-2021-639-A avsnitt 31 og Robberstad (2021) s. 109.

¹¹⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 364.

¹¹⁵ HR-2018-1463-U avsnitt 23, Rt. 2015 s. 1096 U avsnitt 10 flg. og Vangsnes (2018) s. 307.

¹¹⁶ Ordlyden ble endret fra et krav om «rettslig interesse» i tvistemålsloven til tre separate vilkår i tvisteloven, se Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 140.

¹¹⁷ Se blant annet HR-2021-417-P avsnitt 159 og HR-2021-639-A avsnitt 31.

¹¹⁸ Eksempelvis Rt. 2011 s. 1666 A, HR-2016-2276-U og HR-2021-1345-A. Se også Robberstad (2021) s. 109.

Av hensyn til en systematisk oppbygning av avhandlingen vil søksmålsvilkårene behandles separat så langt det lar seg gjøre. En separat vurdering vil også være mest treffende for avhandlingens problemstilling fordi vilkårene knytter seg til ulike vurderingstemaer og avveiningsnormer som aktualiserer ulike hensyn og målsettinger.¹¹⁹ Det er likevel viktig å være oppmerksom på eventuelle helhetsvurderinger i analysen av rettspraksis. Det kan i disse tilfellene være vanskelig å utlede konkrete kriterier tilknyttet hvert enkelt vilkår.

3.4 Domstolenes prosessuelle fremgangsmåte ved praktiseringen av søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3

Under dette punktet vil det gis en oversikt over noen av de prosessuelle fremgangsmåtene domstolene har for å vurdere hvorvidt søksmålsvilkårene er oppfylte, og følgene av om vilkårene mangler. Oversikten vil vise at domstolene i vurderingen av søksmålsvilkårene for et fastsettelsessøksmål om brudd på EMK har flere veier å gå for å sikre en forsvarlig saksbehandling. Videre vil oversikten vise hvor stor betydning domstolenes prosessuelle vurdering har for en saksøker.

Dersom søksmålsvilkårene mangler skal domstolene som utgangspunkt avvise kravet av eget tiltak.¹²⁰ Avvisning som følge av manglende søksmålsvilkår er ikke regulert i lovgivningen, men er ansett som fast og sikker praksis.¹²¹ Søksmålsvilkårene er derfor bestemmende for hvilke typer krav, for hvem og i hvilke situasjoner det er mulig å få en rettslig vurdering og avklaring gjennom rettsapparatet.

På avvisningsstadiet reises ikke spørsmålet om det materielle kravet fører frem eller om en av partene skal frifinnes, men det prosessuelle spørsmålet om kravet overhodet skal tas til behandling. Domstolene skal ikke ta stilling til materielle pretensjoner ved vurderingen av om kravet skal avvises eller ikke. Pretensjoner om det materielle kravet kan bare tas stilling til under en realitetsbehandling hvor rettssikkerhetsgarantier er mer fremtredende og et fullstendig bevismateriale foreligger.¹²² Av den grunn er det i norsk prosessrett utviklet en

¹¹⁹ Se punkt 5.2.

¹²⁰ Se blant annet Rt. 2014 s. 956 U avsnitt 15.

¹²¹ Eksempelvis Rt. 2008 s. 513 A avsnitt 32 og Skoghøy (2022) s. 258. Avvisningsspørsmålet avgjøres som hovedregel ved kjennelse, jf. tvisteloven § 19-1 annet ledd a), og kan angripes med ordinære rettsmidler etter reglene i tvisteloven § 29-2 første ledd, jf. § 30-3.

¹²² Pedersen og Skoghøy (2020) s. 135.

lære for hvordan domstolene skal forholde seg til pretensjoner om det materielle kravet når de tar stilling til et prosessuelt spørsmål. Denne læren kalles for pretensjonslæren.¹²³

Utgangspunktet for pretensjonslæren er at domstolene skal legge til grunn det partene pretenderer om holdbarheten av de materielle vilkårene kravet bygger på.¹²⁴ Domstolene skal derimot foreta en selvstendig vurdering av det faktum og den juss saksøkeren gjør gjeldende så langt det bare har betydning for de prosessuelle vilkårene.¹²⁵ Tanken bak pretensjonslæren er å legge til rette for en hensiktsmessig prosess i forkant av en eventuell realitetsavgjørelse. Domstolene skal derfor ikke foregripe hva en eventuell realitetsavgjørelse går ut på allerede på avvisningsstadiet.¹²⁶

Dersom en saksøker fremmer et krav om en menneskerettskrenkelse, medfører pretensjonslæren at domstolene på avvisningsstadiet ikke skal ta stilling til om de materielle vilkårene for en krenkelse foreligger. Eksempelvis for aktualitetskravet skal domstolene ta stilling til hvilke rettsvirkninger en menneskerettskrenkelse hypotetisk sett kan ha for saksøkeren, og om disse gir saksøkeren et «reelt behov» for å få sitt krav realitetsbehandlet etter tvisteloven § 1-3 annet ledd. Dette kan illustreres med et tilfelle fra rettspraksis, se Rt. 2001 s. 1123. Saken gjald et spørsmål om rettslig interesse ved et etterfølgende søksmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak. Saksøkeren ønsket at vedtaket skulle oppheves fordi det var gitt i strid med EMK artikkel 5 nr. 1 om retten til personlig frihet og sikkerhet og artikkel 8 om retten til privatliv.¹²⁷ Saksøkeren måtte sannsynliggjøre at en dom i hans favør ville ha betydning for hans aktuelle rettsstilling. Det avgjørende for avvisningsspørsmålet var om opphevelsen av vedtaket ville få praktiske konsekvenser for han, selv om dette ikke hadde noen betydning for vurderingen av vedtakets gyldighet.¹²⁸ Høyesterett anså at saksøkeren ikke kunne påvise et reelt behov for dom, og avviste saken uten å ta stilling til om det var gjort en krenkelse mot han.¹²⁹

¹²³ Se blant annet HR-2018-1463-U avsnitt 25 og Jørgen Aandal Vangsnes, «Pretensjonenes plass i sivilprosessen» *Jussens Venner*, 54 (2019) nr. 4, s. 245-276, på s. 247.

¹²⁴ HR-2018-1463-U avsnitt 25.

¹²⁵ Se NOU 2001:32 A på s. 188 og blant annet HR-2019-515-A.

¹²⁶ Vangsnes (2019) s. 246.

¹²⁷ På side 1125.

¹²⁸ Robberstad (2021) s. 106.

¹²⁹ På side 1128-1129.

Som et utgangspunkt skal avvisningsspørsmål avgjøres gjennom en skriftlig behandling så tidlig som mulig forut for realitetsbehandlingen, jf. tvisteloven § 9-6 tredje ledd første punktum. Det er likevel ikke alltid at avvisningsspørsmål må vurderes på denne måten. I noen tilfeller kan den prosessuelle avvisningsvurderingen tas som ledd i realitetsbehandlingen dersom det er en «sammenheng mellom de krav som skal avgjøres i saken» og avvisningsspørsmålet, jf. tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum. Dersom det er «klart grunnlag for det» kan også domstolene velge å frifinne saksøkte, uten å ta stilling til et «tvilsomt spørsmål om avvisning», jf. tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum. Som oftest vil en slik avgjørelse treffes gjennom en forenklet domsbehandling etter tvisteloven § 9-8.¹³⁰

Denne fremgangsmåten gjør seg særlig gjeldende for fastsettelsessøksmål om brudd på menneskerettighetene, idet menneskerettsbrudd generelt krever en høy terskel for krenkelse.¹³¹ I de tilfellene det er tvilsomt om søksmålsvilkårene er oppfylte, noe det ofte er for denne aktuelle kravstypen, kan det dermed være ressursbesparende å løse realitetsspørsmålet ved at saksøkte frifinnes fremfor å først avgjøre avvisningsspørsmålet og deretter ha en realitetsbehandling. Denne mulige fremgangsmåten viser at domstolene har flere måter å begrense saksprosessen på uten å gå veien om å avvise et krav på grunn av manglende søksmålsvilkår. Dette kan trekke i retning av at søksmålsvilkårene ikke bør tolkes rigide, særlig i saker om menneskerettskrenkelser hvor søksmålsvilkårene ofte byr på tvil.

Dersom domstolene finner at søksmålsvilkårene mangler, kan det også oppstå spørsmål om manglene kan rettes eller avhjelpes uten at kravet avvises, jf. tvisteloven § 16-5. Manglende søksmålsvilkår vil i noen tilfeller kunne avhjelpes ved å rette en partsbetegnelse eller omformulere en påstand.¹³² Sett i lys av domstolenes prosessuelle veiledningsplikt etter tvisteloven § 11-5 bør domstolene i noen tilfeller gi partene rom til å rette opp i feil fremfor å treffe kjennelse om avvisning. Det er imidlertid ikke alltid mulig å rette opp i feil. For fastsettelsessøksmål om brudd på EMK vil det sjeldent være adgang til å veilede i spørsmålet om søksmålgjenstanden utgjør et rettskrav, eller om partene har et aktuelt behov for å få

¹³⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 139 og Vangsnes (2019) s. 260.

¹³¹ Hvilken terskel som kreves for om det foreligger en menneskerettskrenkelse avhenger naturligvis av hvilken menneskerettighet som er påberopt. Det er likevel allment kjent at det skal mye til for at et menneskerettsbrudd foreligger.

¹³² Tore Schei m.fl., *Tvisteloven, kommentarutgave*, § 16-5. Mangelfull prosesshandling, Oslo, Universitetsforlaget à jour per 1. mars 2023, punkt 1. Juridika.no.

kravet sitt prøvd. Dette fordi en saksøker ikke vil ha en alternativ tilnærming som vil kunne endre sakens forhold i relasjon til disse søksmålsvilkårene. Eksempelvis vil ikke en saksøkers konkrete interesse i sakens utfall kunne avhjelpes dersom det er gått 20 år siden krenkelsen, og retten mener det derfor ikke foreligger et reelt behov for dom. For tilknytningskravet kan det stille seg annerledes. Det kan tenkes tilfeller hvor en saksøker bør veiledes til å rette søksmål mot riktig rettssubjekt, istedenfor at saken avvises.¹³³

Utslaget av en avvisningskjennelse har stor betydning for sakens parter, og følgene kan i realiteten oppfattes like inngripende som en realitetsavgjørelse i partenes disfavør.¹³⁴ Dette underbygger viktigheten av at domstolene anvender søksmålsvilkårene med forsvarlighet og i tråd med de hensynene og målsettingene som vilkårene er ment å ivareta. For det første er følgen av en avvisningskjennelse at saksøkeren ikke får prøvd sitt krav. Dersom en saksøker ikke kan påvise et reelt behov for å få avsagt dom for en påstand om menneskerettsbrudd kan domstolene treffe en avvisningskjennelse om at de ikke vil ta stilling til kravet fordi aktualitetskravet ikke er oppfylt.¹³⁵ Saksøkeren vil verken få en rettslig avklaring for forholdet, og ingen vil bli stilt til ansvar for et eventuelt brudd. For det andre vil en avvisningskjennelse kunne stanse senere saker som gjelder det samme kravet. På grunnlag av Høyesteretts uttalelser i Rt. 2007 s. 234 må det antas at en avvisningskjennelse har rettskraftsvirkninger slik at sakens tapende part ikke kan gå til nytt søksmål med det samme kravet uten at det har oppstått nye omstendigheter.¹³⁶ Forutsatt at kjennelsen ikke lenger kan angripes av ordinære rettsmidler, vil et nytt søksmål mellom de samme parter og med samme krav avvises av domstolene, jf. tvisteloven § 19-15 tredje ledd.

¹³³ Særlig i søksmål om menneskerettsbrudd kan det likevel tenkes at saksøkeren ønsker å forfølge en spesifikk saksøkt fordi de mener vedkommende bør stilles ansvarlig for en krenkelse. I disse tilfellene vil en saksøker ofte heller anke en avvisningskjennelse fremfor å følge domstolens veiledning. Det kan i tillegg være tilfeller hvor det vil være kostbart å rette søksmålet mot noen andre enn den opprinnelige saksøkte. Se kapittel 8, hvor dette er et argument for at kommuner også skal kunne saksøkes i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.

¹³⁴ Skoghøy (2022) s. 252.

¹³⁵ Dette var tilfellet i Rt. 2009 s. 477 U, Rt. 2015 s. 921 A og HR-2021-1345-A som skal behandles i punkt 6.2.

¹³⁶ Avsnitt 59. Se også Aasland (2015) s. 447; Robberstad (2021) s. 391. Avgjørelsen er kritisert av Skoghøy, som hevder at den ikke gir et bindende prejudikat. Etter hans mening vil ikke en avvisningskjennelse om prosessuelle forhold gi grunnlag for materiell rettskraft, se Skoghøy (2022) s. 187. Høyesterett har muligheten til å ta stilling til problemstillingen i en ny sak som kommer til behandling i høst, se beslutning HR-2023-597-U.

4 Søksmålsvilkårenes forhold til overordnede rettsnormer i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK

4.1 Innledning

I relasjon til avhandlingens tema oppstår det en rekke problemstillinger til hvordan domstolene i praktiseringen av søksmålsvilkårene skal forholde seg til overordnede rettsnormer. Med overordnede rettsnormer menes de rettskildene som gjelder med forrang foran formell norsk lov, blant annet Grunnloven og EMK. I forlengelsen av dette reises det også spørsmål til hvordan de overnasjonale og internrettslige prosessuelle reglene fungerer i sammenheng.

Den første problemstillingen som reiser seg er hvordan praktiseringen av søksmålsvilkårene skal forholde seg til retten til domstolsbehandling etter Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6. Manglende søksmålsvilkår vil som hovedregel medføre at et krav avvises, og vil på den måten begrense en saksøkers domstolsadgang. Etersom Grunnloven og EMK har forrang foran formell norsk lovgivning vil retten til domstolsbehandling kunne begrense adgangen domstolene har til å avvise et krav etter tvisteloven § 1-3.¹³⁷ Problemstillingen skal besvares i punkt 4.2.

Deretter er spørsmålet hvilke prosessuelle krav EMK artikkel 13 og retten til en «effective remedy» stiller til å få et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK realitetsbehandlet av domstolene. Nærmere om innholdet i EMK artikkel 13 og de kravene som stilles til søksmålsadgangen skal redegjøres for i punkt 4.3.

Den tredje problemstillingen i dette kapittelet er hvilken betydning EMDs prosessuelle regler har for adgangen til å tillate fastsettelsessøksmål for brudd på EMK i nasjonale domstoler, se punkt 4.4.

¹³⁷ Se NOU 2001:32 A på s. 169, Ot.prp.nr.3 (1998-1999) på s. 54 og Pedersen og Skoghøy (2020) s. 33.

4.2 Nærmere om søksmålsvilkårene og retten til domstolsbehandling i Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6

Spørsmålet i det følgende er om begrensningen søksmålsvilkårene gir til søksmålsadgangen går på bekostning av retten til domstolsbehandling etter Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6, og hvilke krav bestemmelsene stiller til praktiseringen av søksmålsvilkårene.¹³⁸

Grunnloven § 95 første ledd gir enhver rett til å få «sin sak» avgjort av en domstol.

Tilsvarende følger av EMK artikkel 6 første ledd, som gir uttrykk for at enhver har rett til å få sine «civil rights and obligations» prøvd av en «impartial tribunal established by law».¹³⁹

Bestemmelsene gir en rett til domstolsbehandling, også omtalt som «access to court».¹⁴⁰

Retten til domstolsbehandling er imidlertid ikke absolutt. Statene er gitt en skjønnsmargin til å begrense domstolsadgangen så langt det er begrunnet med et legitimt formål, er proporsjonalt og ikke griper inn i kjernen av retten til domstolsbehandling.¹⁴¹ For EMK er dette fastslått i EMDs dom i saken *Ashingdane mot Storbritannia*, hvor det fremgår at «the right of access to court is not absolute but may be subject to limitations», og videre at statene er gitt «a certain margin of appreciation» ved praktiseringen av retten til domstolsbehandling etter EMK artikkel 6.¹⁴² I Rt. 2001 s. 1123 og Rt. 2005 s. 1104 U la Høyesterett til grunn at søksmålsvilkårene, slik de er utformet, vil falle inn under den skjønnsmargin statene er tildelt. Begrensningene vil heller ikke komme i konflikt med retten til domstolsbehandling etter EMK artikkel 6.¹⁴³ Det samme ble uttalt under vedtakelsen av tvisteloven, hvor det i forarbeidene ble vurdert at søksmålsvilkårene ikke innsnevret domstolsadgangen i større

¹³⁸ For inngrep i bevegelsesfriheten gjelder det særlige regler for domstolsbehandling, jf. Grunnloven § 94 og EMK artikkel 5 nr. 3. En vurdering av særreglene faller imidlertid utenfor avhandlingens tema, se punkt 1.3.2.

¹³⁹ Grunnloven § 95 samsvarer med EMK artikkel 6, se Dok.nr.16 (2011-2012) på s. 121.

¹⁴⁰ Se *Golder mot Storbritannia*, 4451/70, 21. februar 1975 premiss 23 flg.

¹⁴¹ Se for eksempel *Fayed mot Storbritannia*, 17101/90, 21. september 1990, *Tolstoy Miloslavsky mot Storbritannia*, 18139/91, 13. juli 1995, *Ait-Mouhoub mot Frankrike*, 103/1997/887/1099, 28. oktober 1996. Se også Rt. 2008 s. 478 A avsnitt 47 og Rt. 2003 s. 301 A avsnitt 34.

¹⁴² Se *Ashingdane mot Storbritannia*, 8225/78, 28. mai 1985 premiss 57.

¹⁴³ Se Rt. 2001 s. 1123 på s. 1132 og Rt. 2005 s. 1104 U avsnitt 30. At søksmålsvilkårene ikke er i konflikt med retten til domstolsbehandling har også støtte i juridisk litteratur, se *Aasland* (2015) s. 473; *Schei m.fl.* (å jour per 1. mars 2023) punkt 1.3.

utstrekning enn hva som kreves etter EMK artikkel 6.¹⁴⁴ Tilsvarende gjelder for retten til domstolsbehandling etter Grunnloven § 95.¹⁴⁵

Retten til domstolsbehandling etter Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 er derfor ivaretatt innenfor rammen søksmålsvilkårene gir.¹⁴⁶ Rettigheten setter likevel opp en grense for hvor strengt søksmålsvilkårene kan praktiseres for ikke å stride med konvensjonen. Det forutsettes derfor at vilkårene anvendes forsvarlig og i tråd med de formålene søksmålsvilkårene skal ivareta.¹⁴⁷ Om rettens avvisning av et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK er i strid med retten til domstolsbehandling må derfor vurderes konkret for hver enkelt sak. Den generelle utformingen av retten til domstolsbehandling, og skjønnsmarginen konvensjonsstatene har til å begrense søksmålsadgangen, tilsier likevel at problematikken i svært få tilfeller vil aktualisere seg.

4.3 Særlig om forholdet mellom EMK artikkel 13 og adgangen til å få et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK realitetsbehandlet av domstolene

For fastsettelsessøksmål om brudd på EMK er det særlig EMK artikkel 13 som har påvirket rettskildet bildet for hvordan søksmålsvilkårene skal praktiseres.¹⁴⁸ EMK artikkel 13 lyder 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.»

EMK artikkel 13 gir den som mener å være utsatt for en krenkelse av sine rettigheter etter konvensjonen et krav på en «effective remedy» – en effektiv prøvingsrett – av sine konvensjonsrettigheter ved en nasjonal myndighet.¹⁴⁹ Bestemmelsen har som formål å sikre at konvensjonsstatene adresserer og håndhever konvensjonskrenkelser innenfor sitt eget nasjonale rettssystem før det prøves på overnasjonalt nivå. Bestemmelsen gir på den måten

¹⁴⁴ NOU 2001:32 A på s. 186 og Robberstad (2021) s. 63.

¹⁴⁵ Skoghøy (2022) s. 374.

¹⁴⁶ Backer (2020) s. 224; Schei m.fl. (à jour per 1. mars 2023) punkt 1.3.

¹⁴⁷ Se kapittel 5.

¹⁴⁸ Se NOU 2001:32 A på s. 161, Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 153, og blant annet Rt. 2003 s. 301 A avsnitt 39, Rt. 2009 s. 477 U avsnitt 16, HR-2016-2178-U avsnitt 16.

¹⁴⁹ Oversettelsen er i samsvar med den norske versjonen av konvensjonsteksten.

uttrykk for subsidiaritetsprinsippet.¹⁵⁰ Kjernen i subsidiaritetsprinsippet er at EMD skal spille en subsidiær rolle når det gjelder å sikre etterlevelsen av EMK-rettighetene.¹⁵¹ EMD utgjør på den måten en kvalitetsdomstol som først får relevans etter at den som påstår å være utsatt for en krenkelse har uttømt nasjonale midler, jf. EMK artikkel 35.¹⁵² Retten til en «effective remedy» i EMK artikkel 13 skal derfor ses i sammenheng med EMK artikkel 35 nr. 1 som krever at nasjonale rettsmidler er uttømt før EMD kan ta inn en klage til behandling.

Et sentralt reformbehov ved vedtakelsen av tvisteloven var at de ulike sidene av prosessen måtte vurderes med et henblikk på at menneskerettskonvensjonene Norge var bundet av skulle respekteres og få gjennomslag.¹⁵³ Det var derfor et formål at norsk prosessrett skulle tilpasse seg internasjonale regler for å sikre en effektiv prøving av menneskerettskonvensjonenes krav.¹⁵⁴ Kravene til en «effective remedy» som EMK artikkel 13 stiller kan derfor ha betydning for tolkningen av søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3. I forarbeidene til menneskerettsloven ble det uttalt at «skulle det etter inkorporasjonen oppstå en situasjon hvor den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 13 [...] krever rett til domstolsprøving uten at tvistemålsloven § 54 gir en tilsvarende rett, må domstolsprøving tillates.»¹⁵⁵

Innledningsvis er det verdt å nevne at EMK artikkel 13 ikke nødvendigvis krever at en konvensjonskrenkelse blir vurdert av domstolene, så fremt en annen «national authority» kan ivareta konvensjonsforpliktelsene.¹⁵⁶ Prøvingsretten kan derfor også være ivaretatt av en forvaltningsinstans eller en annen offentlig klageinstans. Det er i utgangspunktet opp til hver enkelt konvensjonsstat å vurdere hvilken myndighet som skal prøve konvensjonsbruddet.¹⁵⁷ Grunnen til dette er at konvensjonsstatene har svært ulike rettssystemer og ordninger for

¹⁵⁰ Se Kudla mot Polen, 30210/96, 26. oktober 2000 premiss 152 og Ola Johan Settem, «Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten» *Jussens Venner*, 51 (2016) nr. 3, s. 119-141, på s. 124.

¹⁵¹ Settem (2016) s. 120.

¹⁵² Uttrykket kvalitetsdomstol brukes for å vise at EMD er ment å gjøre en kvalitetssjekk av konvensjonsstatenes etterlevelse av menneskerettighetene, se blant annet EMK artikkel 19.

¹⁵³ NOU 2001:32 A på s. 112.

¹⁵⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 153.

¹⁵⁵ Ot.prp.nr.3 (1998-1999) på s. 54 og Rt. 2003 s. 301 A avsnitt 38.

¹⁵⁶ Aall (2018) s. 88 flg.

¹⁵⁷ Se blant annet Souza Ribeiro mot Frankrike, 22689/07, 13. desember 2012 premiss 79 og NOU 2001:32 A på s. 161.

ivaretagelse og håndhevelse av konvensjonsrettighetene. De myndighetskrav EMD stiller etter bestemmelsen vil imidlertid alltid være oppfylt ved domstolsbehandling, slik at det ikke er relevant å redegjøre nærmere for kravet i relasjon til avhandlingens tema.

Vurderingen av søksmålsvilkårene aktualiserer seg ved domstolsbehandling. Spørsmålet i det følgende er om, og eventuelt i hvilke tilfeller, retten til en «effective remedy» krever at et det skal gis en fastsettelsesdom for brudd på EMK slik at søksmålsvilkårene må gi en tilsvarende rett.

EMK artikkel 13 gir en rett til at en påstand om konvensjonskrenkelse skal bli prøvd på en effektiv måte for å sikre at konvensjonsstatene etterlever forpliktelsene etter konvensjonen. Det sentrale for vurderingen om retten til en «effective remedy» er oppfylt baserer seg på om konvensjonsrettighetene blir ivaretatt eller ikke.¹⁵⁸ Konvensjonen stiller altså krav til det resultatet som kommer av konvensjonsstatenes prøving. Det stilles ikke krav til hvilke midler som er benyttet for prøvingen eller hvilken søksmålstype krenkelsen blir prøvd i.¹⁵⁹ Dette utgangspunktet kan illustreres med EMDs avgjørelse I.D mot Norge.¹⁶⁰ Klageren i saken anførte brudd på EMK artikkel 13 på bakgrunn av at det ikke var avsagt fastsettelsesdom for EMK artikkel 8 under den nasjonale prøvingen av kravet. EMD avviste klagen under henvisning til at tingretten hadde vurdert klagerens argumenter etter EMK i premissene til andre krav i saken. Dette var tilstrekkelig for en effektiv prøving av konvensjonsrettighetene. EMD stilte derfor ingen krav til at konvensjonskrenkelsen skulle fremgå av domsslutningen for å ivareta retten til en «effective remedy». Det var tilstrekkelig at konvensjonsrettighetene var ivaretatt på andre måter.

Så langt viser redegjørelsene at det avgjørende for å ivareta retten til en «effective remedy» er at konvensjonsbruddet blir vurdert på nasjonalt nivå. Det samme er lagt til grunn av departementet i tvistelovens forarbeider, som sier at «konvensjonen ikke nødvendigvis stiller krav om domstolsprøving, og at de heller ikke setter krav om at det skal være mulig å få særskilt dom for menneskerettsstrid», såfremt brudd «kan bli fastslått på annen måte».¹⁶¹

¹⁵⁸ Se blant annet HR-2017-1130-A avsnitt 47.

¹⁵⁹ Se Vilvarajah m.fl. mot Storbritannia, 1344/87, 30. oktober 1991 premiss 122.

¹⁶⁰ Se I.D mot Norge, 51374/16, 4. april 2017.

¹⁶¹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 153. Uttalelsen knytter seg til aktualitetskravet, se punkt 6.2 om lovforarbeidenes holdning til søksmålsvilkårene for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK.

Konklusjonen er derfor at norske domstoler ikke er konvensjonsmessig forpliktet til å realitetsbehandle fastsettelsessøksmål for EMK-brudd, så lenge det er mulig å få prøvd konvensjonsbruddet på andre måter.¹⁶² Det kan likevel oppstå situasjoner hvor en konvensjonskrenkelse ikke kan prøves på andre måter enn i et fastsettelsessøksmål. Eksempelvis om krenkelsen består i en faktisk handling, og det verken foreligger et pågående vedtak, et økonomisk tap eller adgang til reparasjonerstatning hvor konvensjonsbruddet kan prøves i premissene. I et slikt tilfelle kan et fastsettelsessøksmål være den eneste muligheten for å få prøvd en påstand om konvensjonsbrudd. Domstolene er da pliktig til å realitetsbehandle fastsettelsessøksmål for brudd på EMK for å gi en «effective remedy» av konvensjonens rettigheter.¹⁶³

EMK oppstiller kun et minimumsvern.¹⁶⁴ Norske domstoler står dermed fritt til å velge en løsning som gir en mer vidtgående ivaretagelse av konvensjonsrettighetene enn det konvensjonen krever. Praksis fra Høyesterett viser at norsk prosessrett går i retningen av å gi et videre vern. Høyesterett har i flere tilfeller realitetsbehandlet fastsettelsessøksmål for brudd på EMK til tross for at konvensjonsmessigheten kan ivaretas på andre måter.¹⁶⁵ Vedtakelsen av Grunnloven § 92, som løfter frem statens myndigheters plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene, støtter under en slik tendens i norske domstoler.¹⁶⁶

4.4 Nærmere om betydningen EMDs prosessuelle regler har for praktiseringen av søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3

Som nevnt innledningsvis reiser vurderingen av søksmålsvilkårene for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK overordnede spørsmål til hvordan overnasjonale og internrettslige prosessuelle reglene skal fungere i sammenheng. Mer presist reises det spørsmål om hvilken betydning EMDs prosessuelle regler har for adgangen til å tillate fastsettelsessøksmål for brudd på EMK i nasjonale domstoler.

¹⁶² Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 153.

¹⁶³ NOU 2001:32 A på s. 161 og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 153.

¹⁶⁴ Dok.nr.16 (2011-2012) på s. 87 og Høstmølingen (2010) s. 110.

¹⁶⁵ Se blant annet Rt. 2015 s. 93 A og HR-2016-2178-U. Avgjørelsene vil gjennomgås i kapittel 6.

¹⁶⁶ Se Schei m.fl. (å jour per 1. mars 2023) punkt 2.8. Betydningen av Grunnloven § 92 utgjør et gjennomgående tema i avhandlingen. Bestemmelsen redegjøres for blant annet i punkt 1.4.1, kapittel 6, 8 og 9.

Spørsmålet er om prosessreglene for EMD er relevant i tolkningen av søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3. Både i rettspraksis, i tvistelovens forarbeider og i juridisk litteratur er det diskutert om de vilkårene som gjelder for å fremme klage til EMD setter skranker for adgangen til å få realitetsbehandlet et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Hvis dette spørsmålet besvares bekreftende, så medfører dette en slags implementering av prosessuelle regler fra EMD i vurderingen om søksmålsvilkårene er oppfylte i nasjonale domstoler.¹⁶⁷

EMD sine prosessregler kan gi en videre rett til domstolsbehandling enn det de norske rettsreglene gir adgang på.¹⁶⁸ Det vil da være fordelaktig i lys av subsidiaritetsprinsippet at norske domstoler ser til EMDs prosessregler som tolkningsfaktorer for en utvidende tolkning av søksmålsvilkårene.¹⁶⁹ Jo større muligheter en har for å få avgjort et spørsmål om menneskerettskrenkelser i norske domstoler, desto mer reduseres behovet for å legge sakene frem for EMD.¹⁷⁰

Mer tvilsomt er det om man kan anvende EMDs prosessregler for å sile saker vekk fra de nasjonale domstolene.¹⁷¹ Tanken bak en slik silingsordning er at de norske domstolene bare skal behandle krav om konvensjonsbrudd i de tilfellene EMD selv vil være pliktig til å behandle det samme.¹⁷² Domstolene vil da kunne avvise et krav om fastsettelsesdom på samme linje som EMD avviser klager.¹⁷³ Med en slik løsning vil domstolene ivareta konvensjonsforpliktelsene, men ikke gi en større adgang til å få prøvd konvensjonsbrudd enn det som strengt tatt er nødvendig.¹⁷⁴

¹⁶⁷ Se blant annet Rt. 2003 s. 301 A, Rt. 2005 s. 534 U, Rt. 2011 s. 1666 A, NOU 2001:32 s. 201, Ot.prp.nr.51 (2004–2005) på s. 155 og Michael Reiertsen, «EMK og kommunene» *Lov og Rett*, 54 (2015) nr. 7, s. 414-431, på s. 423; Robberstad (2021) s. 66.

¹⁶⁸ EMD stiller for eksempel ikke et krav om at det må foreligge et «reelt behov» for å kreve dom, slik som i norske prosessregler. De stiller imidlertid et krav til at klager må være et «victim» for en konvensjonskrenkelse, som inneholder mange av de samme kriteriene, se Hov (2019) s. 552.

¹⁶⁹ Subsidiaritetsprinsippet er redegjort for i punkt 4.3.

¹⁷⁰ Se Hov (2019) s. 552. Den økte saksmengden for EMD de siste tiårene underbygger betydningen av subsidiaritetsprinsippet, se Gunnar Bergby m.fl., *Rettsavklaring og rettsutvikling: festskrift til Tore Schei* Universitetsforlaget 2016, s. 309.

¹⁷¹ Se blant annet Rt. 2003 s. 301 A avsnitt 41, Rt. 2005 s. 534 U avsnitt 28 og Rt. 2011 s. 1666 A avsnitt 36 hvor dette ble gjort.

¹⁷² Rt. 2003 s. 301 A avsnitt 41.

¹⁷³ Uri (2017) s. 484.

¹⁷⁴ Dette var et tema for Høyesterett i Rt. 2003 s. 301 A avsnitt 41 og Rt. 2005 s. 534 U avsnitt 28.

I det følgende vil det vises til tilfeller hvor norske domstoler har sett til de prosessuelle reglene for EMD i vurderingen av om fastsettelsessøksmål for brudd på EMK skal tillates i norsk rett. Vilkårene for å få en klage behandlet av EMD fremgår av EMK artikkel 34 og 35.

EMD kan for det første avvise klager som er «manifestly ill-founded», eller «åpenbart ugrunnet» oversatt til norsk, jf. EMK artikkel 35 tredje ledd.¹⁷⁵ Spørsmålet er om norske domstoler etter en preliminær materiell vurdering har adgang til å avvise et krav om fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd med den samme begrunnelsen. Problemstillingen ble reist i Rt. 2003 s. 301 A. Spørsmålet i saken var om de begrensningene for sakstilgang som EMD hadde utviklet også skulle legges til grunn i norsk rett.¹⁷⁶ Høyesteretts flertall kom frem til at søksmålet om menneskerettskrenkelse skulle avvises fordi søksmålet var «åpenbart ugrunnet».¹⁷⁷ Adgangen til avvisning hadde hjemmel i at retten til en «effective remedy» etter EMK artikkel 13 bare stiller krav om adgang til domstolsprøving dersom kravet utgjør «an arguable claim». I EMDs praksis er ikke et krav «arguable» hvis kravet er «manifestly ill-founded».¹⁷⁸ Flertallet kom til at den silingsordningen EMD hadde utviklet også måtte gjelde for å få prøvd en påstand om fastsettelsesdom for nasjonale domstoler.

Om et krav er ugrunnet eller ikke utgjør i realiteten et materielt spørsmål, og en avvisning på dette grunnlaget står i et spenningsforhold til pretensjonslæren.¹⁷⁹ Mindretallet i saken mente dermed at silingsordningen var i strid med norsk prosessrett. Dersom et søksmål er åpenbart ugrunnet bør saksøkte heller frifinnes, fremfor at saken avvises.¹⁸⁰ Den nevnte avgjørelsen var avsagt etter tvistemålsloven § 54. I forarbeidene til dagens tvistelov uttalte departementet at det ikke var ønskelig med en silingsordning for åpenbart ugrunnede søksmål. Departementet fremhevet at de nødvendige rettslige skrankene for å forhindre slike søksmål var å finne i reglene om sakskostnadsansvar, regler om forenklet domsbehandling og begrensningene i

¹⁷⁵ Avsnitt 40.

¹⁷⁶ Avsnitt 41.

¹⁷⁷ Avsnitt 45-55.

¹⁷⁸ Avsnitt 40, med henvisning til Powell og Rayner mot Storbritannia, 9310/81, 21. februar 1990.

¹⁷⁹ Pretensjonslæren er redegjort for i punkt 3.4.

¹⁸⁰ Avsnitt 61.

ankeadgangen.¹⁸¹ I forarbeidene tas det altså avstand fra flertallets uttalelser i Rt. 2003 s. 301 A.¹⁸²

Hadde den samme problemstillingen aktualisert seg på nytt, er det grunn til å tro at det ville vært benyttet en annen tilnærming. Det skyldes blant annet adgangen til forenklet domsbehandling i tvisteloven § 9-8 hvor saksøkte heller kan frifinnes fremfor at saken avvises fordi kravet er uholdbart.¹⁸³ Denne tilnærmingen vil i større grad være i tråd med norsk prosessrett og pretensjonslæren, hvor materielle spørsmål skal legges uprøvd til grunn for avvisningsspørsmålet.¹⁸⁴

Rettstilstanden er imidlertid ikke helt klar. Fra et prosessøkonomisk perspektiv er det en ulempe at søksmålsvilkårene gir grunnlag for en omgåelsesmulighet ved at partene kan påberope seg materielle anførsler som åpner for søksmålsadgang selv om de ikke er holdbare.¹⁸⁵ Dette kan illustreres med et eksempel:

En far blir fratatt foreldreansvaret for sitt barn på bakgrunn av at han har begått grove misbruk mot barnet. Det forutsettes at det er klare grunnlag for at misbruket har funnet sted. Faren går deretter til søksmål mot barnevernet ved den tilhørende kommunen fordi han mener de har krenket hans rett til familieliv etter EMK artikkel 8 ved å frata han foreldreansvaret.¹⁸⁶ I et slikt tilfelle vil det være relativt åpenbart at faren ikke vil vinne frem med sin påstand om menneskerettsbrudd. Domstolen må likevel ta stilling til dette, noe som vil gå på bekostning av domstolenes ressursbruk. Ved å ha en adgang til å avvise klart uholdbare søksmål om

¹⁸¹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 155.

¹⁸² Robberstad (2021) s. 65; Vangnes (2019) s. 248.

¹⁸³ Se punkt 3.4 og Jens Edvin A. Skoghøy, «Kravene til søksmålgjenstand, partstilknytning og søksmålssituasjonen etter tvisteloven – noen grunnleggende spørsmål» *Lov og Rett*, 45 (2006) nr. 7, s. 407-428, på s. 424; Aasland (2015) s. 474. Løsningen med å gå veien om forenklet domstolsbehandling etter tvisteloven § 9-8 er ikke problemfri. Etter tvisteloven § 9-8 kan krav som «ikke for noen del kan gis medhold» eller «i sin helhet er uholdbare» avgjøres ved dom om forenklet domsbehandling. En preliminær materiell vurdering av en slik art forutsetter en undersøkelse av EMDs praksis som kan være krevende å konkludere med tidlig i saksprosessen, se Robberstad (2021) s. 65 flg. Hvor praktisk anvendelig tvisteloven § 9-8 egentlig er vil imidlertid faller utenfor avhandlingens tema, og skal ikke problematiseres ytterligere.

¹⁸⁴ Se til punkt 3.4 og Pedersen og Skoghøy (2020) s. 135.

¹⁸⁵ Det kan presiseres at det her er snakk om materielle anførsler som er relevant for kravet i saken. Disse skal domstolene legge uprøvd til i vurderingen av om søksmålsvilkårene. Anførsler som knytter seg til søksmålsvilkårene kan imidlertid prøves, se punkt 3.4.

¹⁸⁶ Av hensyn til eksemplet forutsettes det at det er mulig å saksøke kommunen for konvensjonsbrudd.

menneskerettsbrudd, kan domstolene i stedet prioritere behandlingen av mer tvilsomme søksmål som i det minste har en viss mulighet til å føre frem.

Reiertsen mener flertallets løsning etter Rt. 2003 s. 301 A bør opprettholdes, og at det bør være adgang til å avvise et krav fordi det er uholdbart.¹⁸⁷ Begrunnelsen hans er at flertallets løsning vil skape en retts teknisk enkel regel, og forhindre at det bringes inn ugrunnede søksmål om menneskerettskrenkelser som vil oppta ressursene i domstolene.¹⁸⁸ Selv om det er en risiko, er det likevel nødvendig å poengtere at det er lite realistisk at det vil strømme inn saker til domstolene uten en silingsordning. Slik forarbeidene nevner stiller reglene om forenklet domsbehandling og risikoen for å bli ilagt saks kostnader den fremste skranken mot uberettigede søksmål etter dagens tvistelov.¹⁸⁹

Videre vil en silingsordning som gir en snevrere adgang til domstolsbehandling enn det norske prosessregler gir utgjøre en forskjellsbehandling sammenlignet med andre sivile krav. En slik løsning vil være uheldig ettersom et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK kan være av vesentlig betydning for en saksøker.¹⁹⁰ Det er derfor liten grunn til å implementere en silingsordning som vil gå på bekostning av en saksøker som ønsker å få konstatert et menneskerettsbrudd utført av det offentlige. Igjen kan eksemplet om faren som har et uholdbart krav om en menneskerettslig krenkelse bidra til illustrasjon. Til tross for at farens krav er uholdbart, kan han ha et behov for rettsavklaring. Ved å få prøvd sitt krav kan han få avklart at det var fullt forsvarlig av barnevernet å frata han foreldreansvaret, og at det ikke var begått en menneskerettskrenkelse overfor han. I tillegg vil også barnevernet få klarhet i om deres utøvelse av myndighet var rettmessig. Forarbeidene støtter opp under en slik tolkning, og fremhever i tillegg at fastsettelsessøksmål for menneskerettskrenkelser retter seg mot offentlige myndigheter. Offentlige myndigheter bør tåle løst begrunnede søksmål i samme utstrekning som private parter.¹⁹¹ Samlet sett er det derfor liten grunn til å innføre en silingsordning for uholdbare søksmål som rokker ved pretensjonslæren som det grunnleggende utgangspunktet i norsk sivilprosess.

¹⁸⁷ Reiertsen (2015) s. 424.

¹⁸⁸ Reiertsen (2015) s. 424.

¹⁸⁹ Se Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 155 og Vangsnes (2019) s. 248.

¹⁹⁰ Argumentet er fremhevet av tvistemålsutvalget, se NOU 2001:32 A på s. 201.

¹⁹¹ NOU 2001:32 A på s. 201 og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 155.

For det andre har EMD adgang til å avvise klager fra noen som ikke er et «victim», jf. EMK artikkel 34. For kravet til aktiv søksmålsinteresse har Høyesteretts ankeutvalg oppstilt et krav om at en saksøker må ha status som «victim» etter EMK artikkel 34 for at kravet etter nasjonal rett skal være oppfylt, jf. Rt. 2005 s. 534 U (*Victim-saken*).¹⁹² Nærmere om «victim»-kravet, og den betydningen kravet kan ha for aktiv søksmålsinteresse skal vurderes nedenfor i punkt 7.2.

For EMD er det også bare statene som kan være klagemotpart for at en klage kan tas til behandling, jf. EMK artikkel 34 og artikkel 1. For passiv søksmålsinteresse har Høyesterett lagt til grunn at staten må gjøres til saksøkt ved fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.¹⁹³ Begrunnelsen synes å være at fordi staten er den som er folkerettslig forpliktet til å sikre konvensjonsrettighetene, noe som følger av blant annet EMK artikkel 1, anses det naturlig at også staten skal saksøkes på nasjonalt plan.¹⁹⁴ Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om en slik løsning er nødvendig for å legge til rette for konvensjonsforpliktelsene og en etterfølgende klagebehandling til EMD.

I en nyere avgjørelse – HR-2022-401-A (*Tolga-saken*) – uttalte Høyesterett at EMK artikkel 13 ikke stiller noe krav til hvem søksmål skal rettes mot i nasjonal rett, så lenge konvensjonsspørsmålet blir prøvd.¹⁹⁵ Det samme er lagt til grunn i EMDs praksis. Det er nasjonalstatene selv som skal lage egne regler for å bøte på EMK-brudd.¹⁹⁶ De prosessuelle reglene i EMK skal derfor ikke være avgjørende for hvordan nasjonale prosessuelle regler anvendes, så lenge EMK-bruddet blir prøvd på en tilstrekkelig måte.

Det er heller ingen automatikk i at de som er parter i saken for nasjonale domstoler er de samme som er parter i klagesaken for EMD. Dette kan illustreres ved å vise til Rt. 2008 s. 1089 A (*Lillo Stenberg-saken*) hvor konvensjonsbrudd ble anført som et prejudisielt forhold mellom private i nasjonale domstoler og deretter klaget til EMD. Saken for Høyesterett gjaldt et krav om oppreisning fra Lars Lillo Stenberg mot Se & Hør for krenkelse av privatlivets

¹⁹² Avsnitt 28.

¹⁹³ Rt. 2011 s. 1666 A avsnitt 33.

¹⁹⁴ Også andre begrunnelser er løftet frem som begrunnelse for denne ordningen. Disse vil redegjøres nærmere for i kapittel 8 om passiv søksmålsinteresse.

¹⁹⁵ Avsnitt 31.

¹⁹⁶ Se Kudla mot Polen, 30210/96, 26. oktober 2000 premiss 152.

fred etter at Se & Hør hadde publisert en reportasje med fotografier fra Lars Lillos
vielsessermoni. Høyesterett kom til at privatlivets fred ikke var krenket.¹⁹⁷ Saken ble deretter
klaget til EMD, og tatt inn til prøvelse. I saken for EMD ble den norske stat gjort til motpart i
klagesaken, og ikke Se & Hør.¹⁹⁸ Samlet sett er det derfor liten grunn til at staten må saksøkes
for konvensjonsbrudd, i alle fall basert på en parallell i EMK artikkel 34. Det kreves verken i
lys av adgangen til å få prøvd konvensjonsbruddet på tilstrekkelig måte, eller for å legge til
rette for klageadgang til EMD. Praksis tilsier derfor at EMDs prosessregler kan være
relevante, men ikke avgjørende for hvordan søksmålvilkårene skal praktiseres i et
fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.

Gjennomgangen viser at sivilprosessens regler legger opp til at Høyesterett skal ta
utgangspunkt i de internrettslige prosessuelle reglene ved vurderingen av søksmålvilkårene.
Det er følgelig liten grunn til å implementere EMDs prosessuelle regler i spørsmålet om et
fastsettelsessøksmål for brudd på EMK skal realitetsbehandles. I analysen av aktualitets- og
tilknytningskravet er det derfor i hovedsak de interne norske prosessreglene som er sentrale i
vurderingen av om søksmålvilkårene er oppfylte eller ikke. De kravene som stilles til
domstolsbehandling på overnasjonalt nivå bør likevel anvendes så langt de gir et bedre vern
av menneskerettighetene enn det norske prosessregler gir adgang til. Disse utgangspunktene
legges til grunn i den videre analysen av søksmålvilkårene.

¹⁹⁷ Avsnitt 54.

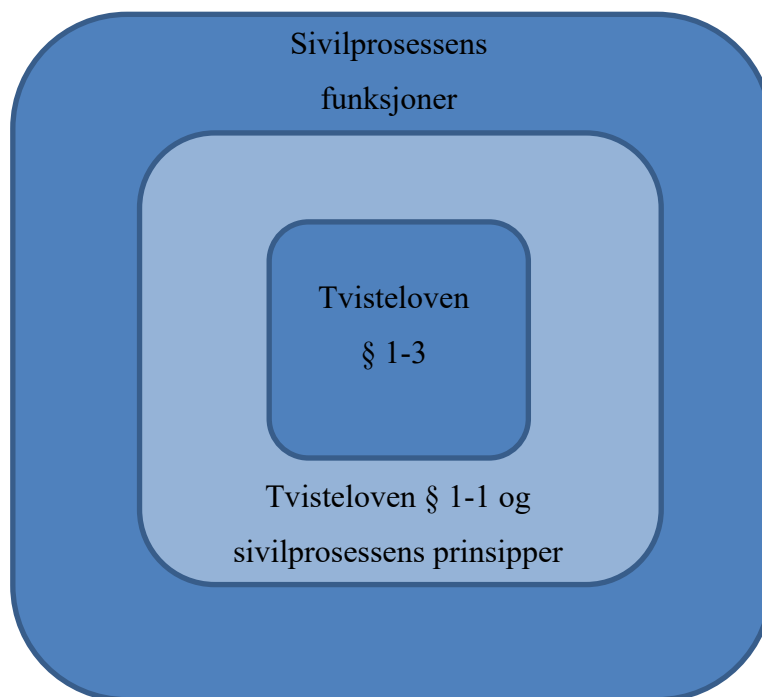
¹⁹⁸ Se Lillo-Stenberg og Sæther mot Norge, 13258/09, 16. januar 2014.

5 Hensynene og målsettingene bak tvisteloven § 1-3

5.1 Innledning

Dette kapittelet vil gi et overblikk over de sentrale hensynene og målsettingene domstolene kan vektlegge i vurderingen av om søksmålsvilkårene er oppfylte eller ikke. Overblikket gir et grunnlag for å besvare avhandlingens problemstilling om hvordan domstolene ved praktiseringen av søksmålsvilkårene i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK ivaretar og balanserer hensynene og målsettingene som ligger bak tvisteloven § 1-3.

Av pedagogiske grunner vil avhandlingen skille mellom tre nivåer – eller rammer – av de gjeldende hensynene og målsettingene av relevans for søksmålsvilkårene.¹⁹⁹ Disse kan illustreres med denne figuren:



Den innerste rammen viser til hensyn og målsettinger som ligger bak søksmålsvilkårene som prosessforutsetning, både som en samlet enhet og for hvert enkelt av vilkårene.²⁰⁰ Den midterste rammen viser til de grunnleggende hensynene og målsettingene som kommer til

¹⁹⁹ I likhet mener Nylund at sivilprosessen bygger på tre «grundpelare» - funksjoner, prinsipper og «ledstjärnor», se Nylund (2006) s. 16 flg.

²⁰⁰ Se punkt 5.2.

uttrykk i sivilprosessens prinsipper og som gjelder ved praktiseringen av søksmålsvilkårene.²⁰¹ Til sist viser den ytterste rammen de mer overordnede funksjonene sivilprosessen skal ivareta.²⁰²

De ulike hensynene, målsettingene og funksjonene er overlappende og til dels sammenfallende. Selv om rammene blir redegjort for i separate punkt vil sammenhengen og samspillet mellom dem være gjennomgående i fremstillingen. Eksempelvis vil de hensynene og målsettingene som gjelder for den innerste rammen ofte være et utslag av hva som er ment å være sivilprosessens funksjoner i den ytterste rammen, og motsatt. Skillet brukes som et virkemiddel for å få et mer oversiktlig bilde av det som i utgangspunktet er en uoversiktlig materie.

5.2 Den innerste rammen: Tvisteloven § 1-3

Den innerste rammen viser til hensynene og målsettingene som gir begrunnelsen for søksmålsvilkårene, både samlet og hver for seg.

Målsettingene bak søksmålsvilkårene, sett under ett, kan ses i sammenheng med den generelle begrunnelsen for prosessforutsetningene.²⁰³ Felles for de ulike prosessforutsetningene er at de skal begrense søksmålsadgangen til saker som domstolene egner seg til å løse. Denne målsettingen knytter seg særlig til kravet om «rettskrav», som stiller krav til at søksmålets gjenstand må være av en slik art at domstolene kan løse tvisten. Vilkåret stiller med andre ord krav til domstolens saklige kompetanse, og sikrer at domstolene ikke tar stilling til forhold som faller utenfor det domstolene er ment å vurdere. En dommer er spesialisert til å ta stilling til rettslige spørsmål, og vilkåret skal sikre at det nettopp er disse spørsmålene som domstolene behandler.

Videre skal de begrensningene prosessforutsetningene gir beskytte saksøkte og samfunnet mot unødige søksmål.²⁰⁴ Særlig kravet til aktualitet og tilknytning vil søke å oppfylle denne målsettingen. Disse kravene ses i sammenheng med at en saksøker må ha et «reelt behov» for å få løst sin rettstvist overfor den saksøkte. Om partene i saken ikke har en reell interesse i

²⁰¹ Se punkt 5.3.

²⁰² Se punkt 5.4.

²⁰³ Begrunnelsene som vises til i det følgende er hentet fra Skoghøy, se Skoghøy (2022) s. 227.

²⁰⁴ Skoghøy (2022) s. 227.

sakens utfall vil det være unødvendig tidskrevende og kostbart både for partene – og ikke minst for domstolene – å bruke tid på å løse tvisten. En behandling i domstolene krever ressurser, og prosessøkonomiske hensyn tilsier at de bare bør benyttes så langt det faktisk er et behov for rettslig avklaring. I vurderingen av om søksmålsvilkårene er oppfylte må retten finne et rimelig balansepunkt mellom på den ene side saksøkerens behov for rettsavklaring og på den andre siden hensynet til domstolenes ressurser og den saksøkte som blir brakt inn i søksmålet.²⁰⁵

Tilknytningskravet vil også begrense unødige søksmål ved å beskytte saksøkte mot søksmål som vedkommende ikke har noen relasjon til. Dette skjer ved å stille krav til at saksøkeren må ha en beskyttelsesverdig interesse i å få dom overfor den aktuelle saksøkte. Søksmål mellom parter uten tilstrekkelig tilknytning er både tids- og ressurskrevende. Det kan også gi uheldige følger i henhold til rettskraftsreglene om feil saksøker får fremme søksmål mot feil saksøkt.

De kravene tilknytningskravet stiller på saksøkersiden skal også hensynta den som får sin rettsstilling ivaretatt ved søksmålet, men som står nærmere til å stå som saksøker selv.²⁰⁶ Eksempelvis bør den som er blitt utsatt for et menneskerettsbrudd være den som bringer saken inn til domstolene. Dette kan begrunnes i prinsippet om individuell frihet til å bestemme over seg selv og sin egen rettstilstand. Det bør derfor ikke være mulig for en saksøker å gå til søksmål om menneskerettskrenkelser på vegne av noen andre.²⁰⁷

Deretter skal prosessforutsetningene gi domstolene best mulig avgjørelsesgrunnlag, sikre at de tvister som blir brakt inn for domstolene blir effektivt løst, og at de avgjørelser som blir truffet blir respektert og kan oppfylles.²⁰⁸ Vilkåret om «rettskrav» skal sikre at domstolene vurderer rettslige spørsmål og gi dommeren best mulig grunnlag til å treffe forsvarlige avgjørelser på en effektiv måte. I tillegg vil vilkåret sikre at forholdene som bringes til domstolene faktisk kan håndheves i ettertid, og at det som fremkommer av domsslutningen kan gjennomføres i praksis. Tilknytningskravet vil også oppfylle målsettingene ved at de som

²⁰⁵ Aall (1998) s. 29.

²⁰⁶ Backer (1984) s. 121.

²⁰⁷ Stillingen til den som står nærmere til å være saksøker vil til en viss grad ivaretas etter reglene om rettskraftens subjektive grenser, se tvisteloven § 19-15 første ledd om at det bare er partene i saken som avgjørelsen blir bindende for. Se også Backer (1984) s. 48.

²⁰⁸ Skoghøy (2022) s. 227.

er nærmest til å belyse sakens faktiske forhold bør være de som fører saken. På den måten vil domstolene få et bedre grunnlag for å realitetsbehandle saken og avsi en korrekt avgjørelse. Kravet til partenes tilknytning til søksmålgjenstanden vil også sikre at det forholdet som bringes inn til domstolene skal kunne håndheves mellom sakens parter.

5.3 Den midterste rammen: Tvisteloven § 1-1 og sivilprosessens prinsipper

Innenfor sivilprosessen er det oppstilt overgripende prinsipper som spiller inn på hvordan søksmålsvilkårene skal praktiseres i sammenheng med et større regelverk. Den midterste rammen skal illustrere disse.

Sivilprosessen er et positivrettslig rettsområde med mange regelsett knyttet til konkrete vurderinger. Overgripende prinsipper kan derfor brukes som tolkningsfaktorer for å skape en viss koherens. I tillegg vil de sikre at overordnede målsettinger i sivilprosessen overholdes. Prinsippene – som målsettingene kan utledes fra – kommer til uttrykk både i enkeltregler i tvisteloven, i Grunnloven, i internasjonale konvensjoner, på ulovfestet grunnlag, og i tvistelovens formålsbestemmelse i § 1-1. Uavhengig av grunnlag gir prinsippene uttrykk for verdier innenfor sivilprosessen som har betydning for konkrete tolknings spørsmål av enkeltregler, blant annet for praktiseringen av søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3.²⁰⁹

Prinsippene i sivilprosessen vil ikke alltid stå i overenstemmelse med de øvrige hensynene søksmålsvilkårene skal ivareta, og det kan oppstå spenningsforhold hvor domstolene må gjøre avveininger av prinsippenes gjennomslag. Hvordan domstolene vektlegger prinsippene er derfor av betydning for om det gis en vid eller snever adgang til å realitetsbehandle fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.

De mest grunnleggende prinsippene er gjennomgått grundig både i tvistelovens forarbeider og i litteraturen.²¹⁰ Prinsippenes betydning vil variere etter hvilken problemstilling som behandles. De relevante for søksmålsvilkårene er først og fremst det materielle sannhets prinsipp og prinsippet om en forsvarlig og rettferdig saksbehandling. Disse prinsippene gir uttrykk for grunnleggende målsettinger innen sivilprosessen, og kan hjemles i enkeltregler, i

²⁰⁹ Skoghøy (2023) s. 255.

²¹⁰ Se Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 43 og blant annet Skoghøy (2022) s. 537 flg; Robberstad (2021) s. 9 flg; Hov (2019) s. 46 flg; Backer (2020) s. 96 flg.

formålsbestemmelsen i tvisteloven § 1-1 og i kravet til rettferdig rettergang i Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6. Målsettingene er gjennomgående og vil spille inn på behandlingen av alle sivile rettsvister.²¹¹

I tillegg til disse kommer mer spesifikke grunnprinsipper. Dette er blant annet prinsippet om kontradiksjon, likebehandling, disposisjonsprinsippet og rettskraftshensyn.²¹² Særlig aktuelt for praktiseringen av søksmålsvilkårene er også prosessøkonomiske hensyn, og hensynet til en rask og effektiv rettsavklaring.²¹³ Ettersom kravstypen som skal analyseres er fastsettelsessøksmål for brudd på EMK vil også menneskerettslige prinsipper være av betydning for praktiseringen av søksmålsvilkårene. Dette gjør at reparasjonshensynet og hensynet til en lojal etterlevelse av konvensjonsforpliktelsene får en særskilt relevans.²¹⁴ Disse folkerettslige prinsippene må ses i lys av subsidiaritetsprinsippet, som innebærer at konvensjonsstatene har hovedansvaret for å sikre konvensjonsrettighetene i EMK på nasjonalt nivå.²¹⁵

Siden fastsettelsessøksmål om brudd på EMK retter seg mot offentlig myndighetsutøvelse vil i tillegg maktfordelingsprinsippet kunne spille inn på hvordan retten vurderer søksmålsvilkårene for denne kravstypen.²¹⁶ Maktfordelingsprinsippet gir domstolen mulighet til å sette grenser for forvaltningen, og kontrollere at de utøver sin myndighet i tråd med menneskerettighetene.²¹⁷

5.4 Den ytterste rammen: Sivilprosessens funksjoner

Den ytterste rammen viser til sivilprosessens funksjoner. Med sivilprosessens funksjoner menes de overordnede målene med sivilprosessen og de hensynene sivilprosessen skal

²¹¹ Backer (2020) s. 29.

²¹² Se blant annet Skoghøy (2022) s. 544; Robberstad (2021) s. 6 flg; Hov (2019) s. 46 flg.

²¹³ Se blant annet HR-2016-1650-U avsnitt 18 og tvisteloven § 1-1.

²¹⁴ Prinsippene er løftet frem i tvistelovens forarbeider som sentrale for hvordan søksmålsvilkårene skal praktiseres for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK, se Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 153.

²¹⁵ Settem (2016) s. 120.

²¹⁶ Se Aall (1998) s. 28. Maktfordelingsprinsippet vil trekke i retning av at fastsettelsessøksmål bør tillates i større grad, se punkt 6.2.4 og 6.3.3.

²¹⁷ Domstolens prøvingsrett gjelder som konstitusjonell sedvanerett, og kommer til uttrykk blant annet i Grunnloven §§ 88 og 89 og 92, samt tvisteloven § 1-5.

ivareta.²¹⁸ Om sivilprosessens funksjoner brukes også betegnelser som domstolenes funksjoner, domstolsfunksjonen eller tvistelovens funksjoner.²¹⁹

Funksjonene er et normativt fenomen som stiller overordnede standarder til domstolenes virksomhet. De gir ikke håndfaste rettsregler eller et rettsgrunnlag en kan hjemle rettigheter i. Funksjonene gir likevel et bilde av hvilke mål sivilprosessen skal nå, og kan benyttes som tolkningshjelp og argumentasjonsgrunner for mer konkrete rettslige vurderinger. De sivilprosessuelle funksjonene fungerer på den måten som en ramme for hvilke innhold som kan innfortolkes i tvisteloven.²²⁰ Ved å avklare hvilke funksjoner domstolene legger vekt på vil det være mulig å si noe om hva som er avgjørende for dagens rettstilstand og utviklingen videre.²²¹

Sivilprosessens skal ikke ivareta kun én funksjon. Det gjelder ofte flere, og også motstridende funksjoner. I det følgende vil det rettes søkelys på de funksjonene som ble fremhevet i tvisteloven og som er av særlig betydning for søksmålsvilkårene.²²² De gjeldende funksjonene kommer først og fremst til uttrykk i tvistelovens formålsbestemmelse § 1-1 første ledd annet punktum. Her står det at «loven skal ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene». Det er vanskelig å utlede akkurat hvilke funksjoner formålsbestemmelsen sikter til at sivilprosessen skal ivareta, men det er forsvarlig å legge til grunn at det gjelder flere.²²³

I prosessteorien er det vanlig å drøfte domstolens funksjoner gjennom en sontring mellom det som omtales som individualfunksjonen og de samfunnsmessige funksjonene.²²⁴

²¹⁸ Christina Jensen, *Småkravsprosessen: funksjoner og virkemidler*, 1. utg. Gyldendal 2021, s. 26.

²¹⁹ Se blant annet Eldjarn (2016) s. 54. Begrepet «funksjoner» brukes også i andre sammenhenger, eksempelvis for domstolens administrative struktur og skillet mellom domstolens dømmende virksomhet og rolle som rettsmekler. Domstolens funksjoner er også relevant å se til i lys av hvilken adgang det er til å delegere dømmende virksomhet til andre konfliktløsere som voldgift o.l., se NOU 2020:11 Den tredje statsmakt – Domstolene i endring.

²²⁰ Eldjarn (2016) s. 54.

²²¹ Nylund (2006) s. 19.

²²² I teorien er det ulike fremstillinger av domstolens funksjoner alt etter hvilken problemstilling som er til vurdering, se Eldjarn (2016) s. 54 og 66.

²²³ Strandberg bygger på samme forståelse, se Magne Strandberg, «Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part» *Jussens Venner* (2011) nr. 3, s. 165-181, på s. 170.

²²⁴ Eldjarn (2016) s. 53; Jensen (2021) s. 27; Lindblom (2000) s. 23.

Individualfunksjonen knytter seg i hovedsak til domstolens funksjon som tvisteløsningsorgan, hvor formålet med prosessen er å løse konkrete rettstvister. De samfunnsmessige funksjonene knytter seg til formålet domstolen skal ivareta på det samfunnsmessige planet. Her er det sentrale å sikre den materielle rettens gjennomslag, adferdsstyring, rettsavklaring, rettsutvikling og kontroll av andre myndigheter.²²⁵

I norsk sivilprosess har domstolens funksjon tradisjonelt vært å løse konkrete og foreliggende tvister.²²⁶ Domstolens rolle som konfliktløser står i overensstemmelse med tvistelovens mål om at den enkelte skal få løst sine tvister og håndhevet sine rettigheter, og faller inn under individualfunksjonen slik den er beskrevet i teorien. At domstolene primært skal løse konkrete rettstvister fremkommer også i tvistelovens forarbeider, hvor det står: «i forhold til den enkelte borger skal domstolen gi konkret tvisteløsning og gjennom det fremme rettssikkerhet for den enkelte».²²⁷ Søksmålsvilkårene er utformet og ment praktisert nettopp for å ivareta denne rollen.²²⁸ Krav som ikke gjelder en konkret rettstvist med følger av betydning for sakens parter skal i utgangspunktet avvises.

Domstolene skal samtidig ivareta de samfunnsmessige funksjonene. Disse er løftet frem og tydeliggjort i tvistelovens formålsbestemmelse ved at også «samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene» skal ivaretas i sivilprosessen. Forarbeidene viser at denne funksjonen er sekundær, ved at retten «dernest medvirker til at den materielle retten får gjennomslag».²²⁹ De samfunnsmessige funksjonene vektlegges ved at domstolene velger å avklare, utvikle og gjennomføre rettsreglene i praktiseringen av søksmålsvilkårene.²³⁰

Anvender domstolene søksmålsvilkårene strengt, kan det trekke i retning av at de holder ved domstolens primærfunksjon som konkret tvisteløser. Gir domstolene søksmålsvilkårene en videre anvendelse kan det trekke i retning av at domstolens samfunnsmessige funksjoner får en større plass. At de samfunnsmessige funksjonene er løftet frem i formålsbestemmelsen gjør

²²⁵ Eldjarn (2016) s. 53; Jensen (2021) s. 27; Lindblom (2000) s. 23.

²²⁶ NOU 2001:32 A på s. 191 og Skoghøy (2022) s. 374.

²²⁷ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 44.

²²⁸ Se punkt 5.2 og Skoghøy (2022) s. 374.

²²⁹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 44.

²³⁰ Skoghøy (2022) s. 3.

det imidlertid ikke usannsynlig at de kan tillegges større vekt og flytte grensene for hvordan søksmålsvilkårene praktiseres.²³¹

De samfunnsmessige funksjonenes gjennomslagskraft kan illustreres med to nyere avgjørelser hvor Høyesterett gir søksmålsvilkårene en videre anvendelse. Det første er plenumssaken HR-2021-417-P (*Acer-saken*). Saken gjaldt et søksmål fra Nei til EU mot staten for å stanse gjennomføringen av EUs tredje energimarkedspakke i norsk rett. Nei til EU hevdet at Stortingets samtykke til å ta energimarkedspakken inn i EØS-avtalen var i strid med Grunnlovens suverenitetsavståelse. Søksmålet reiste spørsmål om hvilken adgang tvisteloven § 1-3 ga til å fremme søksmål av mer generell karakter rettet mot et samtykkevedtak som på tidspunktet for søksmålet ikke enda hadde fått rettslige konsekvenser for saksøkeren. I avgjørelsen la Høyesterett vekt på at formålsbestemmelsen i § 1-1 åpnet for at samfunnsmessige hensyn kunne trekke i retning av at et søksmål skulle prøves. Det avgjørende for vurderingen kunne være en saksøkers behov for domstolsavgjørelse, særlig dersom søksmålet var av prinsipiell betydning.²³² Vekten av de samfunnsmessige funksjonene sivilprosessen skal ivareta ble avgjørende for at Høyesterett kom til at søksmålsvilkårene var oppfylte, til tross for at søksmålet var av en mer abstrakt art.

Det andre eksemplet fra Høyesterett er «Hyttesøksmålet» i etterkant av koronapandemien, se HR-2022-718-A. Saken gjaldt lovligheten av et krav om karantene ved innreise til Norge for personer som eide fritidseiendom i Sverige. På tidspunktet for domstolsbehandlingen var karantenebestemmelsene opphevet og uten rettsvirkning for saksøkerne. Høyesterett kom til at søksmålsvilkårene likevel var oppfylte blant annet fordi smitteverntiltakene hadde karakter av å være tidsbegrenset, men også fordi saken reiste prinsipielle spørsmål om inngripende tiltak som ga behov for rettsavklaring.²³³

I relasjon til avhandlingens problemstilling er det sentralt å se til hvordan de ulike sidene ved domstolenes funksjoner avveies i vurderingen av om søksmålsvilkårene er oppfylte i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. At konkret tvisteløsning anses som en primærfunksjon kan trekke i retning av en strengere praktisering av vilkårene, slik at søksmål

²³¹ Schei m.fl. (å jour per 1. mars 2023) punkt 1.1.

²³² Avsnitt 158 til 160.

²³³ Avsnitt 33.

om menneskerettslige krenkelses ikke skal kunne fremmes på selvstendig grunnlag. Dette gjelder spesielt om det krenkende forholdet er opphørt. En dom som fastslår et menneskerettsbrudd vil ikke i seg selv gi en direkte virkning, og vil på den måten ikke innebære en konkret konfliktløsning. Formålet med rettsavklaring og rettsutvikling vil trekke i motsatt retning. Et fastsettelsessøksmål for et menneskerettsbrudd vil kunne sikre den materielle rettens gjennomslag, avklare innholdet i rettsreglene, og kontrollere offentlig myndighetsutøvelse.

6 Aktualitetskravet i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK

6.1 Innledning

I dette kapittelet skal det redegjøres for i hvilken grad domstolene tillater realitetsbehandling av søksmål som ønsker fastsettelsesdom for brudd på EMK, og hvordan domstolene ivaretar og balanserer hensynene og målsettingene bak søksmålsvilkårene ved praktiseringen av aktualitetskravet.

Som nevnt er aktualitetskravet ett av to elementer i vurderingen av om en saksøker har et reelt behov for å få prøvd et krav i domstolene. Det sentrale i denne vurderingen er om saksøkeren kan påvise en konkret interesse i sakens utfall som gir et reelt behov for domstolsprøving.²³⁴ Spørsmålet i det følgende er hva domstolene anser tilstrekkelig for at dette kravet er oppfylt, og i hvilke tilfeller domstolene tillater realitetsbehandling av fastsettelsessøksmål for brudd på EMK der aktualitetskravet er problematisert.

Dersom konvensjonsbruddet er pågående, reiser ikke aktualitetskravet problemer. En fastsettelsesdom for en krenkelse vil gi tilsvarende virkning som at et forhold er ulovlig, og saksøkerens konkrete interesse i sakens utfall vil være å få forholdet stanset.²³⁵ Spørsmålet om aktualitetskravet er oppfylt i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK reises særlig for to typetilfeller.²³⁶ Disse vil være gjenstand for analyse i det følgende.²³⁷

Det første typetilfellet er der påstand om brudd på EMK er anført prejudisielt i en gyldighets- eller erstatningssak, og saksøkeren i tillegg ønsker å få konstatert menneskerettsbruddet i domsslutningen. Nærmere om problemstillingen, og hvordan domstolene praktiserer aktualitetskravet for dette typetilfellet vil bli analysert under punkt 6.2.

²³⁴ Se til punkt 3.2.

²³⁵ Se punkt 1.4.2 og Schei m.fl. (à jour per 1. mars 2023) punkt 2.8; Skoghøy (2022) s. 400.

²³⁶ Det hender at en saksøker reiser et fastsettelsessøksmål om brudd på EMK for krenkelser begått under domstolens saksbehandling. Dersom kravet saksbehandlingen knytter seg til er rettskraftig avgjort, skal slike fastsettelsessøksmål avvises. En eventuell feil ved saksbehandlingen må i slike tilfeller angripes under den pågående saken, se blant annet Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 154, HR-2016-2276-U (*Solar Harvest*) samt Schei m.fl. (à jour per 1. mars 2023) punkt 2.8; Skoghøy (2022) s. 422.

²³⁷ Tilsvarende inndeling som i Uri (2017) s. 484.

Det andre typetilfellet er der fastsettelsessøksmål for brudd på EMK reises i etterkant av et krenkende forhold, og det ikke er mulig å få prøvd menneskerettsbruddet i premissene for et annet krav. Det foreligger for eksempel ikke et økonomisk tap som gir grunnlag for et erstatningssøksmål, eller så er vedtaket opphørt slik at det ikke kan fremmes et gyldighetsøksmål siden forholdet ikke lenger regulerer rettsstillingen til saksøkeren. Slike søksmål utgjør i realiteten et krav om lovligheten av en fortidig handling.²³⁸ Saksøkeren må i dette tilfellet kunne påvise en konkret interesse i å få dom for at forholdet utgjør en konvensjonskrenkelse, til tross for at forholdet er opphørt. Dette typetilfellet skal analyseres under punkt 6.3.

6.2 Domstolenes praktisering av aktualitetskravet i tilfeller hvor konvensjonsbruddet også er anført som et prejudisielt forhold for et annet krav

6.2.1 Nærmere om problemstillingen

I tilfellene der brudd på EMK er anført som et prejudisielt forhold for et annet krav, vil saksøkeren kunne få prøvd konvensjonsmessigheten i sakens premisser. Det hender likevel at en saksøker av ulike grunner ønsker at forholdet til den aktuelle menneskerettskrenkelsen også skal komme til uttrykk i domsslutningen. Spørsmålet er hvilke konkrete interesser i sakens utfall Høyesterett mener er tilstrekkelige for at en saksøker skal få realitetsbehandlet et krav om fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd i et slikt tilfelle.

Problemstillingen reiser i realiteten en vurdering av hva som er behovet for å få fastsettelsesdom, og om den prejudisielle vurderingen av den mulige konvensjonskrenkelsen gjør at kravet om fastsettelsesdom mister sin aktualitet. Skillet mellom tilfellene hvor retten velger å avvise eller tillate fastsettelsessøksmål for brudd på EMK for dette typetilfellet, avhenger i stor grad av hvorvidt domstolene følger minimumskravet etter EMK artikkel 13, eller om de tillegger adgangen til å få fastsettelsesdom for konvensjonskrenkelse en egen verdi og betydning.²³⁹

²³⁸ Aall (1998) s. 76.

²³⁹ Se punkt 4.3 om EMK artikkel 13 og de kravene retten til en «effective remedy» stiller til domstolenes praktisering av søksmålsvilkårene. Se også Rt. 2009 s. 477 U, Rt. 2015 s. 93 A, Rt. 2015 s. 921 A, HR-2016-2178-U og HR-2021-1345-A.

I tvistelovens forarbeider var det en sprikende oppfatning om et krav om fastsettelsesdom skulle tillates for dette typetilfellet.²⁴⁰ Tvistemålsutvalget mente det var unødig formalistisk å avgrense fra å gi fastsettelsesdom bare fordi rettighetene også kunne bli prøvd i premissene for et annet krav.²⁴¹ En fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd hadde egne egenskaper i tillegg til å sikre konvensjonsforpliktelsene. Det ville først og fremst sikre at spørsmålet om konvensjonsbrudd ble vurdert av retten. En fastsettelsesdom ville i tillegg ha en symbolsk verdi, og kunne få betydning for saksomkostningene.²⁴² Justis- og politidepartementet uttalte i proposisjonen at det bare kunne stilles krav om at konvensjonsbruddet skulle komme til uttrykk i domsslutningen «når konvensjonsmessigheten ikke kan bli prøvd på annen måte».²⁴³ Så lenge konvensjonsrettighetene ble ivaretatt på andre måter kunne det ikke stilles krav om at forholdet til den aktuelle menneskerettigheten skulle komme til uttrykk i domsslutningen selv. Etter departementets vurdering ville det «føre med et stort antall uttrykkelig frifinnelser for konvensjonsstrid» om fastsettelsesdom kunne kreves i disse tilfellene.²⁴⁴

Etter vedtakelsen av Grunnloven § 92 har rettskildebildet endret seg. Bestemmelsen løfter frem statens myndigheters plikt til å respektere og håndheve menneskerettighetene. Vekten av departementets restriktive holdning til å realitetsbehandle et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK kan derfor sies å være betydelig redusert.²⁴⁵ Dette viser seg også i rettspraksis, som i flere tilfeller har tillatt fastsettelsessøksmål for brudd på EMK til tross for at konvensjonsmessigheten kan bli prøvd på andre måter.²⁴⁶

Rettspraksis har likevel vist seg å gi et noe sprikende bilde av om fastsettelsessøksmål skal tillates eller avvises i tilfeller konvensjonsbruddet også er anført som et prejudisielt forhold for et annet krav. De sakene som avviser fastsettelsessøksmål for brudd på EMK holder implisitt ved departementets regel. Der fastsettelsessøksmål for brudd på EMK tillates, er det i stor grad tvistemålsutvalgets holdning som er avgjørende.²⁴⁷ At retten utvikler seg fra

²⁴⁰ Uttalelsene kommer til uttrykk i NOU 2001:32 A på s. 201 flg. og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 153 flg.

²⁴¹ NOU 2001:32 A på s. 201.

²⁴² NOU 2001:32 A på s. 201.

²⁴³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 154, 153 og 365.

²⁴⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 155.

²⁴⁵ Schei m.fl. (å jour per 1. mars 2023) punkt 2.8.

²⁴⁶ Se blant annet Rt. 2015 s. 93 A og HR-2016-2178-U.

²⁴⁷ Den samme forståelsen er lagt til grunn av Robberstad, se Robberstad (2021) s. 122 flg.

uttalelsene som følger av forarbeidene er imidlertid ikke oppsiktsvekkende, all den tid søksmålsvilkårene utgjør en rettslig standard som kan utvikle seg etter den gjeldende rettstilstanden og behovet som er i samfunnet. I tillegg gir Grunnloven § 92 som nevnt grunnlag til å i større grad tillate slike søksmål.

I det følgende skal relevant rettspraksis gjennomgå. Deretter skal det vises til hvordan Høyesterett ivaretar og balanserer hensynene og målsettingene bak søksmålsvilkårene i sin praktisering av aktualitetskravet for dette typetilfellet.

6.2.2 Høyesteretts vurdering av aktualitetskravet for dette typetilfellet

I dette punktet er fokuset rettet mot Høyesteretts vurdering av aktualitetskravet for fastsettelsessøksmål hvor konvensjonsbruddet også er anført som et prejudisielt forhold for et annet krav. Spørsmålet er hvilke konkrete interesser Høyesterett har vurdert som tilstrekkelige for at en saksøker har et reelt behov for rettslig avklaring.

Problemstillingen har ved flere tilfeller vært oppe til behandling i Høyesterett. En av de første sakene var Rt. 2009 s. 477 U (*Nordsjødykkere*).²⁴⁸ Saken gjaldt et krav om fastsettelsesdom for at staten hadde brutt en rekke bestemmelser i EMK og SP i forbindelse med oljeutvinning på norsk sokkel. I tillegg ble det nedlagt påstand om erstatning og oppreisning for de påståtte krenkelsene. Høyesteretts ankeutvalg avviste kravet om fastsettelsesdom, idet menneskerettsbruddet allerede var behandlet i premissene for kravet om erstatning og oppreisning.²⁴⁹ Ankeutvalget begrunnet også avvisningen med at det ikke var en ubetinget adgang til å få fastsettelsesdom, og at oppreisning av moralsk karakter ikke alene ga grunnlag for et reelt behov for rettsavklaring.²⁵⁰ I tillegg la ankeutvalget vekt på at den påståtte forsømmelsen lå langt tilbake i tid, noe som talte imot at saksøkeren hadde behov for fastsettelsesdom. Det avgjørende for avvisningen synes likevel å være at

²⁴⁸ Søksmålsvilkårene ble vurdert etter tvistemålsloven § 54.

²⁴⁹ Avsnitt 24. Avgjørelsen ble klaget til EMD, og tatt til behandling i saken Vilnes m.fl. mot Norge, 5206/09 og 22703/10, 5. desember 2013. Klageren vant frem med sitt krav. Det betyr imidlertid ikke at EMD mente at norske domstoler hadde vurdert de prosessuelle spørsmålene feil. Det de var uenige om var om et menneskerettsbrudd hadde funnet sted eller ikke, se blant annet Robberstad (2021) s. 122.

²⁵⁰ Avsnitt 22.

menneskerettsbruddet allerede var tatt stilling til som et prejudisielt forhold for et annet krav.²⁵¹

Det finnes også tilfeller hvor Høyesterett har tillatt behandling av fastsettelsessøksmål for EMK-brudd til tross for at konvensjonsbruddet er anført som en begrunnelse for et gyldighetssøksmål- eller erstatningskrav. Et illustrerende eksempel er Rt. 2015 s. 93 A (*Maria-saken*). Saken gjaldt et utvisningsvedtak og et familieforeningsvedtak rettet mot en mor. Moren og hennes datter gikk til søksmål om at vedtakene var ugyldige. Samtidig ble det lagt frem et krav om fastsettelsesdom for at vedtakene krenket datterens rettigheter etter EMK artikkel 8 om retten til familieliv.²⁵² Høyesterett ga begge kravene medhold.²⁵³

Staten gjorde gjeldende at datteren (heretter omtalt som saksøkeren) ikke hadde rettslig interesse i å få fastsettelsesdom ettersom konvensjonskravet kunne avklares prejudisielt i gyldighetssøksmålet.²⁵⁴ Staten viste til at det ikke ble stilt krav til fastsettelsesdom etter EMK artikkel 13, samt uttalelsene til Høyesteretts ankeutvalg i *Nordsjødykkere* som vist til ovenfor. Høyesterett kom likevel til at saksøkeren hadde et reelt behov for rettslig avklaring gjennom fastsettelsessøksmålet. Begrunnelsen til Høyesterett var først og fremst at en dom i saksøkerens favør ville innebære at det ville være rettsstridig overfor henne å effektivere vedtakene.²⁵⁵ At et eventuelt konvensjonsbrudd også utgjorde et prejudisielt rettsforhold i et parallelt gyldighetssøksmål ville etter Høyesteretts oppfatning ikke redusere saksøkerens rettslige interesse i å få fastsettelsesdom for krenkelsen.²⁵⁶

Høyesterett viste også til at det burde være mulig å reise et selvstendig fastsettelsessøksmål for konvensjonsbrudd etter reglene i tvisteloven § 15-1 om objektiv kumulasjon.²⁵⁷

Tvisteloven § 15-1 åpner, generelt sett, for at det skal kunne kreves dom for prejudisielle forhold. Det er derfor nærliggende å forstå Høyesteretts uttalelser slik at de presiserer at et

²⁵¹ Avsnitt 24.

²⁵² Vurderingen av datterens aktive søksmålsinteresse vil redegjøres for i punkt 7.3.1.

²⁵³ Se avsnitt 87 for avgjørelsens domsslutning.

²⁵⁴ Avsnitt 27.

²⁵⁵ Avsnitt 42.

²⁵⁶ Avsnitt 42.

²⁵⁷ Avsnitt 42. Uttalelsen er kommentert i juridisk teori, der det blant annet sies at argumentet er «nokså intetsigende», fordi tvisteloven § 1-3 også skal vurderes da et nytt krav trekkes inn i objektiv kumulasjon, se Uri (2017) s. 494.

fastsettelsessøksmål for brudd på EMK ikke skal behandles annerledes enn andre prejudisielle forhold. Dette tilsier at en regel som begrenser fastsettelsessøksmål for brudd på EMK, bare fordi det utgjør et prejudisielt forhold i relasjon til et annet krav, ikke kan opprettholdes.

Fastsettelsessøksmål for brudd på EMK skal etter Høyesteretts syn i *Maria-saken* vurderes på selvstendig grunnlag.

Høyesterett har ikke vært konsekvent i om de tillater eller avviser krav om fastsettelsesdom for dette typetilfellet. I etterkant av *Maria-saken* kom Høyesterett i Rt. 2015 s. 921 A (*Bastøy-saken*) til at et krav om fastsettelse av en konvensjonskrenkelse måtte avvises. Saken gjaldt et krav om at et vedtak om overføring fra åpent til lukket fengsel var ugyldig fordi forholdet utgjorde en krenkelse av uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. I tillegg reiste saksøkeren et krav om fastsettelsesdom for den EMK-rettslige krenkelsen, slik som i *Maria-saken*.

Saksøkeren mente at fastsettelsessøksmålet skulle fremmes uavhengig av om det EMK-rettslige spørsmålet ble behandlet i tilknytning til gyldighetsprøvingen av vedtaket, og uten hensyn til om Høyesterett skulle komme til at krenkelsen ikke hadde betydning for vedtakets gyldighet.²⁵⁸ Saksøkeren henviste til *Maria-saken*, og mente de samme hensynene gjorde seg gjeldende. Etter Høyesteretts oppfatning lå *Maria-saken* annerledes an enn denne. Høyesterett avviste derfor påstanden om fastsettelsesdom med en kortfattet begrunnelse om at saksøkeren ikke har påvist noe reelt behov for å få særskilt dom for konvensjonsbruddet.²⁵⁹

Høyesterett presiserte ikke hvilke forskjeller som medførte at *Bastøy-saken* og *Maria-saken* ble vurdert ulikt. Begge sakene gjaldt vedtak av inngripende karakter, og adgangen til fastsettelsesdom for brudd på grunnlag av vedtakene. Avgjørelsene sett i sammenheng viser derfor at like argumenter kan gi utslag i ulike resultater. Dette illustrerer at Høyesterett vurderer aktualitetskravet konkret opp mot hva de anser er et reelt behov for fastsettelsesdom for hvert enkelt tilfelle.

I HR-2016-2178-U (*Tvungen observasjon II*) tok Høyesteretts ankeutvalg en vending, og tillot fastsettelsesdom for konvensjonskrenkelse i et søksmål hvor det også var krevd erstatning og oppreisning for de påståtte krenkelsene. I avgjørelsen gir ankeutvalget en mer

²⁵⁸ Avsnitt 26.

²⁵⁹ Avsnitt 82.

utførlig begrunnelse enn det som har vært gitt tidligere, noe som innbyr til en nærmere gjennomgang av avgjørelsen i det følgende.

Det underliggende materielle spørsmålet i saken var om en gjennomføring av tvungen observasjon og legeundersøkelse var i strid med EMK artikkel 5 nr. 1 om retten til frihet og sikkerhet. Lagmannsretten avviste kravet. Begrunnelsen var at tingretten hadde vurdert konvensjonsbruddet i domspremissene for erstatningskravet, hvor det ble konkludert med at EMK artikkel 5 nr. 1 var krenket. Etter lagmannsrettens oppfatning var det av den grunn ikke en reell og aktuell betydning for saksøkeren å få fastsettelsesdom for at det forelå et menneskerettsbrudd.²⁶⁰

Høyesteretts ankeutvalg kom i motsetning til lagmannsretten til at kravet om fastsettelsesdom for krenkelsen av EMK skulle fremmes. Vurderingstemaet for ankeutvalget var om saksøkeren kunne påvise at det – til tross for at handlingen var opphørt – hadde konkret betydning for han å få dom i samsvar med sin påstand.²⁶¹ I likhet med konklusjonen i *Maria-saken* mente ankeutvalget at den rettslige interessen i å få fastsettelsesdom for brudd på EMK ikke nødvendigvis falt bort fordi konvensjonsbruddet utgjorde et prejudisielt forhold for et annet krav.²⁶² I begrunnelsen for om aktualitetskravet var oppfylt, viste ankeutvalget for det første til at konvensjonsrettighetene bare kunne bli effektivt prøvd gjennom flere instanser dersom det ble gjort til en selvstendig søksmålgjenstand. Standpunktet retten tar til et prejudisielt rettsspørsmål kan ikke påankes særskilt.²⁶³ For det andre bygget ankeutvalget på rettskraftreglene som et argument for å tillate kravet fremmet.²⁶⁴ Et forhold som er prejudisielt avgjort har ikke materiell rettskraft.²⁶⁵ Om domstolene bare tar stilling til konvensjonsbruddet i premissene er det ikke bindende i en senere sak der konvensjonsbruddet vil være av betydning.

²⁶⁰ Avsnitt 5.

²⁶¹ Avsnitt 14.

²⁶² Avsnitt 17.

²⁶³ Avsnitt 18.

²⁶⁴ Avsnitt 19.

²⁶⁵ Se tvisteloven § 19-15 annet ledd og Tore Schei m.fl., *Tvisteloven, kommentarutgave*, § 19-15. Hva rettskraft innebærer, Oslo, Universitetsforlaget à jour per 1. mars 2023, punkt 1. Juridika.no.

For det tredje la ankeutvalget vekt på at en dom for konvensjonskrenkelse kunne ha en reparerende effekt, jf. EMK artikkel 13 og Grunnloven § 92.²⁶⁶ Uttalelsen kan forstås slik at en fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd vil kunne reparere forholdet overfor de forpliktelsene staten har til å etterleve konvensjonsrettighetene. I tillegg synes ankeutvalgets uttalelse å legge til grunn at en dom for konvensjonskrenkelse vil kunne ha en moralsk reparerende effekt for den som har blitt utsatt for en krenkelse. Denne tankegangen beror på at det kan ha en egenverdi for saksøkeren å få konvensjonsbruddet konstatert i domsslutningen.

Problemstillingen aktualiserte seg på nytt opp i HR-2021-1345-A. Her avviste Høyesterett et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.²⁶⁷ Saken gjaldt prøving av et vedtak om oppholdstillatelse etter reglene om familiegjenforening. Ett av påstandsgrunnlagene var at vedtaket var ugyldig, idet vedtaket innebar et brudd på EMK artikkel 8. Saksøkeren ønsket i tillegg en fastsettelsesdom for den anførte krenkelsen.²⁶⁸

Høyesterett ga saksøkeren medhold i påstanden om ugyldighet basert på nasjonale regler. Det var derfor ikke nødvendig for Høyesterett å vurdere om vedtaket også var ugyldig på grunnlag av brudd på EMK artikkel 8.²⁶⁹ Vurderingen for Høyesterett var deretter om saksøkeren hadde et reelt behov i å få dom for konvensjonsbruddet, til tross for at vedtaket den påståtte krenkelsen knyttet seg til ble kjent ugyldig på annet grunnlag.²⁷⁰ Høyesterett avviste dette.

I avvisningsbegrunnelsen ble det først sitert et avsnitt fra tvistelovens forarbeider.²⁷¹ I sitatet fra forarbeidene sto det blant annet at: «gjør en saksøker gjeldende flere forskjellige rettslige grunnlag til støtte for en påstand, forekommer det ofte at det er klart at ett grunnlag fører fram, men mer tvilsomt om andre gjør det. I slike tilfeller vil domstolene etter vanlige prosessregler – som videreføres i lovforslaget – kunne gi saksøkeren medhold på det grunnlaget som framstår som klart, og unnlate å bruke tid på å vurdere de øvrige grunnlagene.». Videre sto det: «har saksøkeren til støtte for sin påstand påberopt seg både

²⁶⁶ Avsnitt 16.

²⁶⁷ Avsnitt 86.

²⁶⁸ Avsnitt 20.

²⁶⁹ Avsnitt 82 og 83. Skoghøy viser til avgjørelsen som et eksempel for den retten domstolene har til å velge hvilke av grunnlagene de ønsker å ta stilling til for å avgjøre saken, Skoghøy (2022) s. 1015.

²⁷⁰ Avsnitt 83 flg.

²⁷¹ Avsnitt 84, med henvisning til Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 154.

menneskerettsstrid og krenkelse av rent nasjonale regler, kan det godt forekomme at forholdet til menneskerettskonvensjonen framstår som tvilsomt og uklart, mens det er klart at saksøkeren må få medhold fordi nasjonale regler er overtrådt. Her bør domstolen kunne gi dom bare på grunnlag av de nasjonale reglene uten å ta selvstendig stilling til spørsmålet om menneskerettsstrid. Med en slik dom vil forholdet til menneskerettskonvensjonens krav være brakt i orden.».²⁷²

Med utgangspunkt i forarbeidsuttalelsene ser Høyesterett ut til å utlede et prinsipp om at domstolene bare skal ta stilling til det som er nødvendig for å gi dom for det materielle kravet som er fremsatt.²⁷³ Dette prinsippet danner utgangspunktet for vurderingen videre.

Høyesterett viste til at rettspraksis etter tvisteloven ga et sprikende bilde av adgangen til å avsi en fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd, men at det avgjørende måtte være om saksøkeren kunne påvise et «reelt behov» for å få en dom. Ut over å konkludere med at vedtaket var ugyldig, mente Høyesterett at saksøkeren ikke hadde pekt på noe konkret behov for å få prøvd en eventuell menneskerettskrenkelse. Etter Høyesteretts oppfatning var det ikke grunnlag for å gjøre unntak fra prinsippet utledet av forarbeidene. Det ville virke «systemframandt» om retten var nødt til å vurdere konvensjonsmessigheten som et *obiter dictum*.²⁷⁴

Avgjørelsen gir et eksempel på et tilfelle der konvensjonsbruddet verken kommer til uttrykk i domsslutningen eller blir vurdert i premissene for et annet krav, selv om det ble anført.

Konsekvensen av dette ble at de EMK-rettslige reglene ikke ble vurdert. Saksøkeren fikk derfor ikke rettsavklaring for om vedtaket utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 8. Selv om menneskerettsbruddet ikke ble vurdert, er det likevel nærliggende å tolke avgjørelsen dithen at Høyesterett mente at det menneskerettslige kravet ble brakt i orden ved at vedtaket ble ugyldiggjort. En slik praktisering av reglene er i tråd med sitatet fra forarbeidene. Det var derfor ikke behov for en fastsettelsesdom i tillegg. Sammenlignet med tidligere avgjørelser der fastsettelsesdom har blitt tillat, gir denne avgjørelsen uttrykk for en vending mot en snevrere adgang til å få realitetsbehandlet fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.

²⁷² Avsnitt 83 flg. og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 154.

²⁷³ Avsnitt 86.

²⁷⁴ Avsnitt 86. «Systemframandt» er det nynorske ordet for at noe er fremmed for systemet. Høyesterett mente dermed at det ville være uvanlig i norsk prosessrett om domstolene måtte avsi et *obiter dictum* om konvensjonskrenkelsen.

I ettertid har det ikke kommet noen høyesterettsavgjørelse som følger opp uttalelsene i HR-2021-1345-A. Det er imidlertid avsagt en tingrettsavgjørelse i 2021 som kommenterer avgjørelsen.²⁷⁵ Tingrettsavgjørelsen gjaldt et krav om fastsettelsesdom og erstatning for at kroppsvisitasjoner i fengsel ble utført i strid med EMK artikkel 3, artikkel 8 og tilsvarende bestemmelser i Grunnloven.²⁷⁶

Under tingrettens vurdering konkluderte retten med at HR-2021-1345-A ikke avgrenser muligheten det er til å få fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd. De legger vekt på at avgjørelsen ble avgjort på et internrettslig grunnlag om ugyldighet og basert på konkrete forhold i saken. Tingretten la derfor ikke avgjørende vekt på Høyesteretts uttalelser, og tillot fastsettelsesdom for brudd på de nevnte menneskerettsbestemmelsene. Tingretten konkluderte med at saksøkerne hadde et reelt behov for en fastsettelsesdom. Begrunnelsen for dette var blant annet den reparerende virkningen en fastsettelsesdom ville ha for saksøkerne. Tingretten henviste til begrunnelsene som ble gitt i *Tvungen observasjon II*. I domsslutningen fikk saksøkerne både medhold i erstatningskravet og kravet om fastsettelsesdom for at kroppsvisitasjonene i fengslet hadde krenket deres menneskerettigheter.²⁷⁷

Tingrettsavgjørelsen tilsier at forståelsen av Høyesteretts avvisning i HR-2021-1345-A ikke nødvendigvis medfører at fastsettelsessøksmål for brudd på EMK ikke skal behandles. Praktiseringen av søksmålsvilkårene vil her, som ellers, bero på en konkret vurdering.

6.2.3 Sammenfatning og etterfølgende analyse av Høyesteretts praksis

Gjennomgangen av rettsavgjørelsene ovenfor viser et lite sammenfattende bilde av hvordan aktualitetskravet blir vurdert i tilfeller hvor konvensjonsbrudd også er anført som et prejudisielt forhold for et annet krav. Begrunnelsene til Høyesterett tilsier at det er en prinsipiell uenighet om det kan treffes en fastsettelsesdom i disse tilfellene. I tillegg viser avgjørelsene at det er en uenighet i hvor vid adgangen det skal være til å avsi en fastsettelsesdom for brudd på EMK på et mer generelt grunnlag.²⁷⁸

²⁷⁵ TOSL-2021-107095 (Oslo tingrett).

²⁷⁶ Saken er anket til lagmannsretten, se <https://www.elden.no/aktuelt/nakenvistasjon-er-brudd-p%C3%A5-menneskerettigheter> (sist sjekket mai 2023).

²⁷⁷ Se domsslutningen i TOSL-2021-107095 (Oslo tingrett).

²⁷⁸ Også Uri er av den oppfatningen at det er uenighet innad i Høyesterett for hvordan løsning som skal legges til grunn, se Uri (2017) s. 497.

Praksisen er med andre ord uforutsigbar. Man står overfor et rettsområde hvor domstolens skjønn er avgjørende. Mulige årsaker til dette kan være at søksmålsvilkårene utgjør en rettslig standard som forutsetter en konkret rettsanvendelse, og at det nok er tvilstilfellene som kommer opp til Høyesterett. Dette åpner for en større skjønnsutøvelse. Det kan likevel stilles spørsmål ved om regelen er for uforutsigbar, idet det ikke alltid er mulig å identifisere de avgjørende kriteriene.²⁷⁹

I departementets forarbeidsuttalelser og begrunnelsene til Høyesterett i de sakene hvor kravet avvises, synes det avgjørende å være at man ikke kan avsi en domsslutning uten direkte rettsvirkninger dersom kravet kan prøves på andre måter.²⁸⁰ Både Høyesteretts uttalelser i *Maria-saken* og ankeutvalget i *Tvungen observasjon II* gir derimot uttrykk for at det har skjedd et skifte ved at en fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd anses å ha en selvstendig funksjon og betydning. Uttalelsene i *Tvungen observasjon II* trekker særlig i retning av at det er en større aksept for å realitetsbehandle fastsettelsessøksmål for brudd på EMK i dag enn tidligere.²⁸¹ Avgjørelsen skiller seg ut som det eneste tilfellet der en rettsavgjørelse gir en grundig begrunnelse for hvorfor en fastsettelsesdom skal tillates også når konvensjonsbruddet er vurdert i premissene for et annet krav.

I *Tvungen observasjon II* viser ankeutvalget at en fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd har en selvstendig rettslig betydning opp mot anke- og rettskraftsreglene, men også en verdimessig betydning opp mot EMK artikkel 13 og Grunnloven § 92. Grunnloven § 92 pålegger statens myndigheter å respektere og sikre menneskerettighetene, noe som trekker i retning av at fastsettelsesdom skal tillates i større grad.²⁸² De restriktive holdningene som tidligere viste seg for denne typen søksmål må derfor tillegges mindre vekt.

Det er i tillegg lenge siden forarbeidene ble skrevet. Siden den gang har det skjedd en utvikling i hvordan domstolene praktiserer søksmålsvilkårene og ikke minst betydningen av

²⁷⁹ Se punkt 9.2.

²⁸⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 153, Rt. 2009 s. 477 U, Rt. 2015 s. 921 A og HR-2021-1345-A.

²⁸¹ Den rettskildemessige vekten til en ankeutvalgsavgjørelse er svakere enn en avdelingsavgjørelse. Den utførlige begrunnelsen ankeutvalget trekker frem i *Tvungen observasjon II* gir imidlertid avgjørelsen en større betydning, se blant annet Schei m.fl. (å jour per 1. mars 2023) punkt 2.8.

²⁸² Se tilsvarende bemerkninger i Schei m.fl. (å jour per 1. mars 2023) punkt 2.8.

menneskerettighetene.²⁸³ I teorien er det imidlertid blitt rettet kritikk mot avgjørelsene som tillater fastsettelsessøksmål for brudd på EMK der konvensjonsbruddet kan prøves på andre måter. Robberstad kritiserer Høyesteretts konklusjoner i *Maria-saken* for å gi utslag av en aktivistisk og rettsskapende virksomhet uten grunnlag i lovgivers vilje.²⁸⁴ Utviklingen som Høyesterett viser til, kan imidlertid skyldes at tvisteloven § 1-3 utgjør en rettslig standard som skal ta høyde for utvikling i samfunnet. En utvikling er derfor i tråd med lovgivers vilje som har vedtatt søksmålsvilkårene i en standardisert form. Ankeutvalgets uttalelser i *Tvungen observasjon II* er også kritisert. Uri hevder at adgangen til fastsettelsesdom i dette tilfellet var dårlig begrunnet og selvmotsigende, og holder fast ved departementets uttalelser hvor hun hevder at «nå er jo nettopp poenget at prosessreglene legger opp til at man må anlegge sak om en rettsvirkning, fordi det er dette som har rettslig betydning for saksøkeren».²⁸⁵ Mot dette kan det innvendes at Høyesterett i flere tilfeller har fremholdt at en fastsettelsesdom kan ha en funksjon i seg selv.²⁸⁶ Departementets uttalelser har derfor mistet noe av sin betydning, og prosessreglene har utviklet en mer liberal holdning til fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.

Ettersom Høyesterett i HR-2021-1345-A avviste et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK er det likevel noe uklart hvor terskelen ligger for om aktualitetskravet er oppfylt for dette typetilfellet. Avgjørelsen kan imidlertid kritiseres for å ha behandlet en påstand om fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd utelukkende som et påstandsgrunnlag for ugyldighet, og ikke som et krav i seg selv.²⁸⁷ Prejudikatverdien til avgjørelsen på dette punktet er derfor noe uklar. Dette gjelder særlig fordi Høyesterett begrunner avvisningen med at saksøkeren ikke hadde presisert et behov for fastsettelsesdom utover å kjenne vedtaket ugyldig. Det bør ikke være slik at en saksøkers argumentasjon for å få fastsettelsesdom skal spille inn på hvorvidt det gis adgang til realitetsbehandling eller ikke. En slik praktisering av søksmålsvilkårene kan føre til uforutsigbare løsninger og være prosessøkonomisk belastende

²⁸³ Se punkt 1.4.1.

²⁸⁴ Robberstad mener Høyesteretts har gått utover forutsetningene i departements forarbeidsuttalelser og tidligere rettspraksis, se Robberstad (2021) s. 123; Anne Robberstad, «Viljen til å skape lov og Grunnlov» *Lov og Rett*, 55 (2016) nr. 1, s. 49-64, på s. 58 flg.

²⁸⁵ Uri (2017) s. 496.

²⁸⁶ Se blant annet Rt. 2015 s. 93 A og HR-2016-2178-U.

²⁸⁷ I avsnitt 21 legger saksøker til grunn fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd reises som et eget krav i tråd med reglene for objektiv kumulasjon, jf. tvisteloven § 15-1. Likevel synes Høyesterett å behandle kravet mer som et prejudisielt forhold til kravet om vedtakets gyldighet fremfor som et krav i seg selv, se avsnitt 86.

for en saksøker. Ettersom norsk rett tillater fastsettelsesdom for brudd på EMK bør det være tilstrekkelig at en saksøker krever en slik dom.

Selv om et formål med søksmålsvilkårene er å danne grunnlag for en fleksibilitet og skjønnsmessig vurdering fra sak til sak, er det uheldig om muligheten for å få et krav realitetsbehandlet er så uforutsigbart. Dette kan skape unødige prosesser om prosessen. Domstolene bør derfor strebe etter en mer koherent forståelse av hva som kreves for at et fastsettelsessøksmål om brudd på EMK kan realitetsbehandles i tilfeller hvor konvensjonsbruddet også er anført som et prejudisielt forhold for et annet krav.

6.2.4 Balansen mellom de ulike hensynene og målsettingene i Høyesteretts praksis

I det følgende skal det vises til hvordan Høyesterett ivaretar og balanserer hensynene og målsettingene bak søksmålsvilkårene i sin praktisering av aktualitetskravet i tilfeller hvor konvensjonsbruddet også er anført som et prejudisielt forhold for et annet krav.²⁸⁸

Søksmålsvilkårene skal beskytte samfunnet mot unødige søksmål, og har som målsetting å gi en prosessøkonomisk og effektiv saksbehandling.²⁸⁹ Målsettingen begrunner en snevrere domstolsadgang som sikrer at samfunnets ressurser begrenses til bare de tilfellene hvor domstolsbehandling er nødvendig. Prosessøkonomiske hensyn vil på den måten bli ivare tatt dersom domstolene avviser et krav om fastsettelsesdom for menneskerettsbrudd som allerede kan prøves på andre måter.

I både *Nordsjødykkerne* og *Bastøy-saken* ble avvisning av kravet om fastsettelsesdom for menneskerettsbrudd begrunnet med at menneskerettsbruddet allerede var prøvd i premissene for et annet krav. I HR-2021-1345-A ble et eventuelt menneskerettsbrudd implisitt ivare tatt ved at det påstått krenkende vedtaket ble kjent ugyldig på andre grunnlag. Høyesterett anså det derfor ikke nødvendig å avsi en selvstendig dom for konvensjonskrenkelse. En begrunnelse for Høyesteretts konklusjoner i disse sakene var nok at behovet for fastsettelsesdom, uten en annen rettslig følge, ikke var tungtveiende nok i en avveining med prosessøkonomiske hensyn.

²⁸⁸ Se kapittel 5 om hensynene og målsettingene bak tvisteloven § 1-3.

²⁸⁹ Se punkt 5.2 og 5.3.

En avvisning av et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK kan imidlertid gå på bekostning av hensynet til en lojal etterlevelse av konvensjonsforpliktelsene.²⁹⁰ Som nevnt krever ikke EMK at eventuelle konvensjonsbrudd vurderes i et selvstendig fastsettelsessøksmål så fremt konvensjonsforpliktelsene kan ivaretas på andre måter.²⁹¹ Hensynet til konvensjonsforpliktelsene kan derfor ivaretas selv om kravet om fastsettelsesdom ikke vurderes særskilt. Det kan likevel oppstå problemer i de tilfellene der saksøkeren ønsker å påanke et krav om konvensjonsbrudd som bare er prøvd prejudisielt i relasjon til et annet krav. Slik Høyesteretts ankeutvalg påpekte i *Tvungen observasjon II* kan ikke de standpunktene retten tar til et prejudisielt forhold påankes særskilt.²⁹² Problematikken kan illustreres med et eksempel:

En saksøker går til søksmål mot staten for erstatning på grunn av en menneskerettskrenkelse. Saksøkeren ønsker i tillegg fastsettelsesdom for krenkelsen, men tingretten avviser dette kravet. I vurderingen av erstatningskravet konkluderer tingretten i premissene i saken at staten ikke har begått noe konvensjonsbrudd. Erstatningskravet får imidlertid ikke medhold fordi andre vilkår for erstatning ikke er oppfylt. En saksøker vil i et slikt tilfelle ikke ha adgang til å påanke sin påstand om konvensjonskrenkelse, og vil ikke ha mulighet til å få overprøvd om konvensjonsbruddet forelå eller ikke. Dersom en saksøker derimot hadde fått en fastsettelsesdom for at det ikke forelå et konvensjonsbrudd, ville saksøkeren kunne påanket denne domsslutningen særskilt. På den måten ville saksøkeren fått større klarhet i om han var utsatt for en menneskerettskrenkelse eller ikke. Hensynet til en lojal etterlevelse av konvensjonsforpliktelsene vil derfor i større grad ivaretas om også fastsettelsessøksmålet for brudd på EMK ble tillatt som et selvstendig krav i søksmålet.

Søksmålsvilkårene skal også sikre at de tvistene som blir brakt inn til domstolene blir effektivt løst.²⁹³ I *Tvungen observasjon II* var det av betydning for tillatelsen av fastsettelsessøksmålet, at fastsettelsessøksmålet ville sikre en effektiv rettsavklaring av hensynet til rettskraftsreglene.²⁹⁴ En avgjørelse om et prejudisielt forhold har ikke materiell

²⁹⁰ Se punkt 5.2.

²⁹¹ Se punkt 4.3.

²⁹² Avsnitt 18.

²⁹³ Se punkt 5.2.

²⁹⁴ Avsnitt 19.

rettskraft, og om retten bare tar stilling til konvensjonsbruddet i premissene er det ikke bindende i en senere sak der en eventuell krenkelse er av betydning.²⁹⁵ Ved å tillate et fastsettelsessøksmål for konvensjonsbrudd vektlegger derfor Høyesterett saksøkerens mulighet til en effektiv rettsavklaring av sine konvensjonsrettigheter. Hensynet synes å bli tillagt betydelig vekt i vurderingen av om saksøkeren har en konkret interesse i sakens utfall.

Også reparasjonshensynet kan tillegges vekt i vurderingen av om aktualitetskravet er oppfylt.²⁹⁶ En fastsettelsesdom for at et forhold utgjør en menneskerettskrenkelse kan ha en reparerende effekt for en saksøker. Ved å avvise et krav om fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd vil ikke dette hensynet ivaretas. I *Nordsjødykker* uttalte ankeutvalget eksplisitt at oppreisning av moralsk karakter alene ikke ville gi et reelt behov for rettsavklaring. Dersom et konvensjonsbrudd konstateres i en domsslutning, vil reparasjonshensynet ivaretas i større grad. Høyesteretts ankeutvalg bygget på dette hensynet i *Tvungen observasjon II*, hvor de vektla at det ville bidra til å reparere menneskerettskrenkelsen for saksøkeren om han fikk fastslått i doms form at han var blitt utsatt for en konvensjonskrenkelse.²⁹⁷ Ankeutvalget beveger seg i denne avgjørelsen noe bort fra standpunktet tatt i *Nordsjødykker*. Utviklingen kan skyldes at det har skjedd en endring i rettstilstanden etter grunnlovsrevisjonen. Grunnlovsrevisjonen har styrket menneskerettighetens plass i norsk rett og gitt det å få et konvensjonsbrudd fastsatt i domsslutningen et større verdimesig grunnlag.²⁹⁸

Maktfordelingsprinsippet, og domstolens kontroll over forvaltningens myndighet er også et bærende prinsipp i sivilprosessen.²⁹⁹ Ved å tillate en særskilt behandling av et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK vil domstolene i større grad sikre en kontroll av at myndighetene handler i tråd med menneskerettighetene. Særlig sett i lys av adgangen en saksøker i dette tilfellet har til å få kravet sitt effektivt prøvd gjennom flere instanser dersom konvensjonsbruddet er gjort til en egen søksmålgjenstand. Ved å avvise et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK vil domstolens kontroll over offentlige

²⁹⁵ Jf. tvisteloven § 19-15 annet ledd.

²⁹⁶ Se punkt 5.3.

²⁹⁷ Avsnitt 16, med henvisning til gjennomgangen av avgjørelsen i punkt 6.2.2.

²⁹⁸ Punkt 1.4.1.

²⁹⁹ Se punkt 5.3.

myndighetsorganer være svekket. Dette gjelder særlig i sakene hvor konvensjonsbruddet ikke engang blir prøvd prejudisielt, slik som i HR-2021-1345-A som vist til ovenfor.

I tilfellene hvor Høyesterett avviser et krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK, synes Høyesterett implisitt å fastholde domstolens funksjon som konkret tvisteløser.³⁰⁰ Dette er fordi en fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd ikke vil gi direkte rettsvirkninger, utover at konvensjonsbruddet blir konstatert i domsslutningen. At Høyesterett velger å forholde seg til de konkrete og påviselige rettsvirkningene for det materielle kravet i saken vil derfor i større grad vektlegge en konkret tvisteløsning. I tilfellene hvor Høyesterett tillater fastsettelsessøksmål for brudd på EMK, vil domstolenes samfunnsmessige funksjoner ha et større gjennomslag. De samfunnsmessige funksjonene ivaretas bedre dersom domstolene vektlegger formålet med rettsavklaring og rettsutvikling i vurderingen av om en saksøker har et reelt behov for fastsettelsesdom. Selv om en fastsettelsesdom for brudd på en EMK-rettighet ikke vil gi en direkte rettsvirkning, vil en rettslig prøving av konvensjonsrettighetene på selvstendig grunnlag sikre at innholdet i rettsreglene fastlegges. En rettslig prøving vil også kunne gi avklaring for prinsipielle spørsmål knyttet til menneskerettighetene.

Analysen viser at hensynene og målsettingene for om et fastsettelsessøksmål avvises eller tillates beror på en avveining av prosessøkonomiske hensyn på den ene siden og saksøkerens behov for rettsavklaring og effektiv prøving av menneskerettighetene på den andre siden. Domstolens primærfunksjon om å drive med konkret tvisteløsning trekker i retning av at menneskerettslige krenkelser ikke skal kunne fremmes på selvstendig grunnlag i tilfeller hvor konvensjonsbruddet også er anført som et prejudisielt forhold for et annet krav. At Høyesterett likevel velger å tillate fastsettelsessøksmål i noen av disse tilfellene, tilsier at de samfunnsmessige funksjonene vektlegges i større grad. Selv om Høyesterett ikke er helt konsekvent i sin praktisering av søksmålsvilkårene, viser gjennomgangen at saksøkerens behov for rettsavklaring av menneskerettighetene kan få gjennomslag på bekostning av hva som er den mest prosessøkonomiske løsningen. Dette tilsier at domstolene i større grad åpner for at de samfunnsmessige hensynene kan få betydning for vurderingen av aktualitetskravet for dette typetilfellet.

³⁰⁰ Se punkt 5.4.

6.3 Domstolenes praktisering av aktualitetskravet i tilfeller hvor konvensjonsbruddet ikke er anført som et prejudisielt forhold for et annet krav

6.3.1 Nærmere om problemstillingen

Det andre typetilfellet som skal vurderes er der en saksøker reiser krav om fastsettelsesdom i etterkant av et påstått menneskerettskrenkende forhold, og uten at kravet har en relasjon til et eventuelt gyldighetssøksmål eller erstatningskrav.

Som nevnt vil som regel ikke en saksøker ha et reelt behov for rettsavklaring for et forhold som ikke lenger er pågående, idet dette ikke vil gi direkte rettsvirkninger for saksøkeren.³⁰¹

Det gjøres likevel unntak der saksøkeren kan påvise en konkret interesse i å få dom for brudd på EMK, til tross for at forholdet krenkelsen knytter seg til er opphørt. Adgangen til å få fastsettelsesdom for brudd på EMK i slike tilfeller vil innebære en utvidelse av utgangspunktene som ligger til grunn for aktualitetskravet.³⁰²

Forarbeidene har i stor grad vist en åpenhet for slike søksmål.³⁰³ I forarbeidene er det likevel presisert at dersom det krenkende forholdet ligger langt tilbake i tid, så kan det tilsi at behovet for rettslig avklaring er lite, hvilke isolert sett kan tale for avvisning.³⁰⁴ Uttalelsene i forarbeidene påpeker at det for slike saker likevel kan forekomme omstendigheter som gjør at det selv etter lang tid kan være grunnlag for å behandle kravet. Dette blant annet fordi en dom for konvensjonskrenkelse kan ha en oppreisnings- og kontrollfunksjon som ikke nødvendigvis svekkes selv om tiden går.³⁰⁵ Det avgjørende er om det foreligger et reelt behov for rettslig avklaring. I forarbeidene presiseres det at det likevel bør stilles lempeligere tidskrav for fastsettelsessøksmål om brudd på en menneskerettighet. Særlig hvis det kan være tale om en krenkelse av et visst omfang.³⁰⁶ Karakteren av den påståtte krenkelsen, og om avgjørelsen vil kunne danne et prejudikat, vil også være relevante momenter i helhetsvurderingen.³⁰⁷

³⁰¹ Se punkt 3.2.

³⁰² Se punkt 3.2 og Aall (1998) s. 76.

³⁰³ Se NOU 2001:32 A på s. 201 og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 153.

³⁰⁴ NOU 2001:32 A på s. 201.

³⁰⁵ NOU 2001:32 A på s. 202.

³⁰⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 153.

³⁰⁷ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 364.

Sammenlignet med typetilfellet i punkt 6.2 viser også Høyesterett i større grad en aksept til fastsettelsessøksmål for brudd på EMK i disse tilfellene. Dette kan skyldes at konvensjonsmessigheten ikke vil bli prøvd overhodet dersom kravet ikke tas til behandling.

Hvordan Høyesterett vurderer aktualitetskravet for dette typetilfellet skal redegjøres for i neste punkt. Deretter skal det foretas en analyse av hvordan Høyesterett ivaretar og balanserer hensynene og målsettingene bak søksmålsvilkårene i sin rettsanvendelse.

6.3.2 Høyesteretts vurdering av aktualitetskravet for dette typetilfellet

I dette punktet skal fokus rettes mot Høyesteretts vurdering av aktualitetskravet i tilfeller der en saksøker reiser krav om fastsettelsesdom etter at et krenkende forhold har funnet sted, uten at kravet er knyttet til et eventuelt gyldighets- eller erstatningskrav. Sentralt i denne sammenhengen er å undersøke hvilke konkrete interesser Høyesterett har ansett som tilstrekkelige for at en saksøker har et reelt behov for rettslig avklaring.

Først skal det vises til avgjørelsen Rt. 2001 s. 1123. Avgjørelsen er fra tvistemålslovens tid, men vil bidra til å illustrere utviklingen for hvordan Høyesterett praktiserer aktualitetskravet for dette typetilfellet.³⁰⁸ Spørsmålet for Høyesterett var om en saksøker hadde rettslig interesse i et etterfølgende søksmål om lovligheten av et forvaltningsvedtak om innleggelse på institutt for psykisk helsevern. Saksøkeren hadde ikke gitt samtykke til innleggelsen i tråd med daværende lov om psykisk helsevern og anførte at dette krenket hans rettigheter etter EMK artikkel 5 nr. 1 og artikkel 8. Søksmålet gjaldt i utgangspunktet en variasjon av et gyldighetssøksmål, men gir likevel et bilde av hvilken adgang domstolene tidligere har gitt i å prøve fortidige forhold knyttet til en EMK-krenkelse.

Vedtaket var som nevnt opphørt og regulerte ikke saksøkerens rettsstilling på tidspunktet for søksmålet. Likevel anførte saksøkeren en rekke grunner for at en dom i hans favør ville ha påviselige virkninger for han.³⁰⁹ I relasjon til menneskerettsbruddet anførte han at en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 nr. 1 var et alvorlig inngrep. Mistanken om alvorlig sinnslidelse opplevdes stigmatiserende for han. Videre ville det medføre en reparerende oppreisning for han om vedtaket ble kjent ugyldig. Staten tok til motmæle. De mente at saksøkeren ikke påviste et aktuelt rettslig behov for å få dom for EMK-bruddet. Det var ikke

³⁰⁸ Se punkt 2.3.

³⁰⁹ Side 1125.

tilstrekkelig at vedtaket ble opplevd som en personlig belastning. De andre anførte forholdene var ikke sannsynliggjort.³¹⁰

Høyesterett avviste søksmålet på grunn av manglende rettslig interesse.³¹¹ De øvrige grunnene som saksøkeren viste til kunne ikke sannsynliggjøre en rettsvirkning som var tilstrekkelig for at aktualitetskravet var oppfylt. Høyesterett presiserte at det ikke ble stilt strenge krav for å få fremmet et fastsettelsessøksmål om et inngrep i personlig integritet, men at oppreisning av moralsk karakter likevel ikke alene var tilstrekkelig for å påvise et reelt behov for rettsavklaring.³¹² Retten til en «effective remedy» etter EMK artikkel 13 var også ivarettatt ved at saksøkeren hadde fått prøvd sine rettigheter i andre klageorganer.³¹³ Det var derfor ikke grunnlag for å fravike det formålet søksmålsvilkårene skulle ivareta ved å begrense søksmålsadgangen, for det Høyesterett anså som et krav uten betydning for saksøkerens rettsstilling.³¹⁴

En annen illustrerende avgjørelse er Rt. 2003 s. 301 A. Her ga Høyesterett adgang til å fremme et fastsettelsessøksmål om at en undersøkelse av barnevernet var i strid med EMK artikkel 8. Høyesterett mente det i utgangspunktet kunne avsies dom for konvensjonsbrudd selv om forholdet var opphørt på bakgrunn av de kravene som stilles etter EMK artikkel 13 og retten til en «effective remedy». Søksmålet ble imidlertid ikke tatt til behandling ettersom det var «åpenbart ugrunnet».³¹⁵

Videre skal det vises til plenumsavgjørelsen Rt. 2012 s. 2039 P (*Lengstlevende barn II*). Saken gjaldt gyldigheten av en nektelse av å omgjøre et avslag på oppholdstillatelse for en familie som hadde fått barn i Norge. I tillegg ble det reist krav om fastsettelsesdom for at uttransporteringen krenket EMK artikkel 8 og barnekonvensjonen artikkel 3. Avgjørelsen er aktuell å se til i dette tilfellet fordi det gjaldt ulikt faktum for kravet om ugyldighet og kravet om fastsettelsesdom, slik at sistnevnte vurdering står på egne ben.³¹⁶ Høyesterett kom til at

³¹⁰ Side 1126 og 1127.

³¹¹ Side 1128 og 1129.

³¹² Side 1128.

³¹³ Side 1129.

³¹⁴ Side 1132.

³¹⁵ Avsnitt 45. Se til punkt 4.4 hvor avgjørelsen kommenteres.

³¹⁶ Avsnitt 67 og 69.

det var prosessuell adgang til å avsi en fastsettelsesdom for brudd på EMK uten å gi noen ytterligere begrunnelse.³¹⁷ Løsningen til Høyesterett synes å være basert på at fastsettelsessøksmålet måtte tillates for at konvensjonsbruddet skulle bli prøvd. De konvensjonsmessige spørsmålene kunne ikke prøves i gyldighetsøksmålet.³¹⁸ Dette trekker i retning av at det var en større adgang til å tillate fastsettelsessøksmål for konvensjonsbrudd enn det som tidligere ble lagt til grunn i Rt. 2001 s. 1123.

I nyere tid er det få avgjørelser som vurderer adgangen til å fremme fastsettelsessøksmål for brudd på EMK som blir reist på selvstendig grunnlag i etterkant av en eventuell krenkelse. Dette kan tyde på at domstolene i stor grad tillater slike søksmål. Tendensen viser at adgangen til fastsettelsessøksmål for brudd på EMK sjeldent kommer på spissen uten at det også er anført samtidig som et krav om ugyldighet eller erstatning for den samme krenkelsen.³¹⁹

I mangel på avgjørelser fra sivilprosessen, skal det ses til inspirasjon fra noen straffeprosessuelle avgjørelser som har gitt fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd på selvstendig grunnlag. I nyere tid har det vært en tendens at Høyesterett har gitt fastsettelsesdom for brudd på uskyldspresumsjonene i EMK artikkel 6 nr. 2 og Grunnloven § 96 annet ledd for å reparere lagmannsrettens feil. De illustrerende avgjørelsene er HR-2018-1909-A, HR-2021-1585-U og HR-2022-505-U. Til felles for de tre avgjørelsene er at de gjelder tilfeller hvor lagmannsretten har idømt oppreisningserstatning uten å ha tatt tiltaltes frifinnelse til etterretning. På den måten har lagmannsretten krenket uskyldspresumsjonen i sine begrunnelser for oppreisningserstatning.

Saken i HR-2018-1909-A gjaldt en voldtektssak der domfelte var tiltalt for forsettlig voldtekt, men kun ble dømt for grov uaktsom voldtekt. Tiltalte ble videre dømt til å betale oppreisningserstatning til fornærmede. Lagmannsretten hadde i sin avgjørelse om

³¹⁷ Avsnitt 66. Avgjørelsen berører også spørsmålet om det kan avises fastsettelsesdom for brudd på FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (Barnekonvensjonen eller BK). Høyesterett dissenterte 11-8, hvor flertallet kom til at det ikke var mulig å gi dom for påstanden, se avsnitt 88 flg. Begrunnelsen for flertallet var at konvensjonen i motsetning til EMK og SP ikke har et krav om en «effective remedy», se avsnitt 96. Mindretallet var uenige, med den begrunnelse av søksmålsadgangen følger direkte av intern norsk rett, helt uavhengig av hvor langt de aktuelle konvensjoner krever domstolsbehandling ved påstand om konvensjonsbrudd, se avsnitt 114. Mindretallets uttalelser er fulgt opp i litteraturen, hvor blant annet Skoghøy mener flertallets begrunnelse bygger på en fundamental misforståelse, se Skoghøy (2022) s. 403.

³¹⁸ Avsnitt 67.

³¹⁹ Slik som for typetilfellet ovenfor i punkt 6.2.

oppreisningserstatning gitt uttrykk for at den tiltalte hadde handlet forsettlig, til tross for at han kun ble domfelt for grov uaktsomhet. Høyesterett slo fast at dette utgjorde et brudd på uskyldspresumsjonen, noe som også ble inntatt i domsslutningen til Høyesterett:

«Lagmannsrettens domsgrunner for det sivile kravet krenker Grunnloven § 96 andre ledd. Krenkelsen anses reparert ved denne dom.»³²⁰

Sakene HR-2021-1585-U og HR-2022-505-U gjaldt anke over lagmannsrettens dom der tiltalte ble frifunnet for straff, men samtidig idømt til å betale oppreisningserstatning for de samme handlingene som lå til grunn for tiltalen i saken. Domsslutningen i disse sakene lyder som følgende: «Lagmannsrettens domsgrunner for de sivile kravene krenker Grunnloven § 96 andre ledd og EMK artikkel 6. Krenkelsen anses reparert ved denne beslutning.»

Domsslutningene i avgjørelsene kan trekke i retning av at en fastsettelsesdom som konstaterer en menneskerettskrenkelse vil ha en oppreisende funksjon, og at krenkelsen i noen tilfeller kan repareres ved at Høyesterett konstaterer den.³²¹ Selv om avgjørelsene knytter seg direkte til tilfeller der lagmannsretten har gjort en feil i en straffesak, kan det ha en overføringsverdi også til tilfeller hvor andre offentlig myndigheter har gjort feil i sivile saker.³²² Det kan være vel så krenkelse å bli utsatt for et sivilrettslig brudd som et strafferettslig. Selv om avgjørelsene ikke har en direkte overføringsverdi for vurderingen av adgangen til fastsettelsesdom i sivile saker, vil Høyesteretts resonnering og konklusjon likevel kunne bidra til å belyse hva domstolene vektlegger i sin rettsanvendelse. Å se til straffeprosessen for inspirasjon kan også bidra til en mer koherent anvendelse av prosesslovgivningen.

³²⁰ Se avsnitt 77. Det er verdt å bemerke at Høyesterett avsier en fastsettelsesdom for krenkelser av uskyldspresumsjonen i Grunnloven i denne avgjørelsen. Dette er i seg selv nytt i norsk rettstilstand, hvor det tidligere bare er avsagt avgjørelser for brudd på menneskerettighetene i EMK med referanse til den korresponderende grunnlovsbestemmelsen, se Michael Reiertsen, «Prinsipielt (u)prinsipiell – når Høyesterett er prinsipiell uten å ville være det» *Lov og Rett*, 58 (2019) nr. 7, s. 416-435, på s. 426.

³²¹ I liknende saker, se blant annet HR-2018-1783-A og HR-2018-1068-U, var det ikke nok at Høyesterett konstaterte krenkelsen av uskyldspresumsjonen for å reparere feilen. Her måtte i tillegg lagmannsrettens avgjørelse oppheves. Det er derfor en grense for hvor reparerende en fastsettelsesdom kan være i disse tilfellene. En redegjørelse for denne grensen faller imidlertid utenfor avhandlingens tematikk.

³²² Typen sak stiller seg imidlertid noe annerledes enn fastsettelsessøksmål for brudd på EMK i sivile saker. Gjenstanden for krenkelse var lagmannsrettens uttalelser, og at disse ga tvil om den tiltaltes uskyld i strid med uskyldspresumsjonen. Ved at Høyesterett slo fast at lagmannsrettsuttalelsene utgjorde en krenkelse, synes feilen å være reparert. Det vil nok stille seg annerledes for andre typer rettigheter, som retten til privatliv og retten til familieliv, der hvor konvensjonsbruddet er opphørt og krenkelsen ikke kan reverseres på samme måte.

6.3.3 Balansen mellom de ulike hensynene og målsettingene i Høyesteretts praksis

I det følgende skal det vises til hvordan Høyesterett ivaretar og balanserer hensynene og målsettingene bak søksmålsvilkårene i sin praktisering av aktualitetskravet.³²³ Typetilfellet som vurderes er der fastsettelsessøksmål for brudd på EMK reises etter at det krenkende forholdet har funnet sted, og uten at konvensjonsbruddet er anført i premissene for et annet krav. Sammenlignet med de tilfellene hvor konvensjonsbruddet er anført i premissene for et annet krav, er det her en større enighet for å tillate realitetsbehandling for denne typen søksmål. Drøftelsen i det følgende vil derfor i stor grad bero på hvilke hensyn og målsettinger Høyesterett vektlegger når de tillater fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.

Søksmålsvilkårene skal, som nevnt, sikre samfunnet mot unødige søksmål som ikke vil få betydning for saksøkerens rettsstilling om de fører frem.³²⁴ Dette er av hensyn til domstolenes ressurser og den søksmålet retter seg mot. Høyesterett vektla dette formålet som grunnlag for avvisning i Rt. 2001 s. 1123. I saken tok ikke Høyesterett stilling til konvensjonsbruddet fordi det ikke lenger regulerte saksøkerens rettsstilling. Etter Høyesteretts syn var det derfor ikke grunn til å belaste domstolen og saksøkte med en realitetsbehandling av kravet.

Gjennomgangen av rettspraksis viser at betydningen av en fastsettelsesdom for menneskerettsbrudd i nyere tid tillegges større vekt enn det gjorde før. Dette tilsier at hensynene og målsettingene balanseres annerledes i dag enn tidligere. Dessuten vil hensynet om å bevare saksøktes interesser ikke tillegges stor vekt i menneskerettssaker. I søksmål som er rettet mot et offentlig rettssubjekt på grunn av en urettmessig utøvelse av myndighet, vil andre hensyn som i større grad ivaretar saksøkerens rettssikkerhet være mer fremtredende.³²⁵

For det første vil det å tillate slike søksmål ivareta hensynet til en lojal etterlevelse av konvensjonsforpliktelsene.³²⁶ Om domstolene unnlater å ta stilling til et opphørt menneskerettsbrudd som heller ikke kan prøves i premissene for et annet krav, vil saksøkeren bli avskåret fra å få rettslig prøvd om han har vært utsatt for et brudd på sine

³²³ Se kapittel 5 om hensynene og målsettingene bak tvisteloven § 1-3.

³²⁴ Se punkt 5.2.

³²⁵ Aall (1998) s. 29.

³²⁶ Se punkt 5.3.

menneskerettigheter. For det andre kan det virke rettsavklarende både for saksøkeren og for samfunnet ellers om konvensjonsmessigheten blir prøvd.

I tillegg vil en avvisning av et krav om fastsettelsesdom i disse tilfellene begrense domstolens kontroll over forvaltningens myndighetsutøvelse, og på den måten gå på bekostning av maktfordelingsprinsippet.³²⁷ Prinsippets gjennomslag kan illustreres med et eksempel:

En voksen kvinne finner ut at hun som spebarn med en feil ble forbyttet på fødestuen.³²⁸ Dette medførte at hun ikke fikk vokse opp med sine biologiske foreldre. Denne feilen mener hun utgjorde et brudd på hennes rett på familieliv etter EMK artikkel 8. Hun går derfor til søksmål mot staten for å få konvensjonsbruddet fastslått gjennom et fastsettelsessøksmål. På tidspunktet hun reiste sak var hun imidlertid gjenforent med sine biologiske foreldre, slik at konvensjonsbruddet ikke lengre var pågående. Dersom domstolene skal avgrense fra å ta stilling til opphørte menneskerettsbrudd, vil det medføre at hun ikke kan få en fastsettelsesdom og ingen vil bli stilt ansvarlig for krenkelsen. Verken henne, de offentlige myndighetsorganene eller rettssamfunnet ellers vil få en avklaring for om forbyttingen var menneskerettsstridig.

En innvending mot dette poenget, er at kvinnen i et slikt tilfelle har mulighet til å anlegge et erstatningssøksmål med påstand om konvensjonsbrudd også i etterkant av den mulige krenkelsen. Dette vil ikke være problematisk, idet en erstatningsdom i større grad vil gi direkte rettsvirkninger for henne. Et erstatningskrav forutsetter imidlertid at saksøkeren har lidt et økonomisk tap. Dersom det kreves erstatning for ikke-økonomisk tap er terskelen for å få erstatning særdeles høy.³²⁹ Et erstatningssøksmål kan derfor bli avgjort basert på andre vilkår enn konvensjonsbruddet. Det er derfor ingen sikkerhet for at konvensjonsbruddet vil bli prøvd om kvinnen ikke reiser et særskilt søksmål om dette. Av den grunn vil kontrollen med at forvaltningen etterlever menneskerettighetene i større grad sikres om et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK tillates.

³²⁷ Se punkt 5.3.

³²⁸ Eksempelet er inspirert av en pågående sak, se https://www.nrk.no/mr/mona-gar-til-retten-for-a-fa-erstatning_-blei-forbytt-pa-fodestova-pa-eggstones-1.16286319 (sist sjekket mai 2023).

³²⁹ Lov 13. juni 1969 om skadeserstatning (skadeerstatningsloven) § 3-5 stiller strenge vilkår for å tilkjenne noen ikke-økonomisk erstatning.

Selv om rettsfølgen av en fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd ikke alltid er like klar, ser man at Høyesterett tillegger denne typen dom en reparerende effekt som kan gi en saksøker et reelt behov for rettsavklaring. De straffeprosessuelle avgjørelsene det er vist til gir grunnlag for at reparasjonshensynet er mer fremtredende og vektes tyngre i dag enn ved den tidligere rettstilstanden.³³⁰ Disse avgjørelsene utgjør imidlertid et særskilt tilfelle idet domsslutningen som konstaterer lagmannsrettens feil mer direkte vil reparere lagmannsrettens brudd på uskyldspresumsjonen overfor de tiltalte, jf. EMK artikkel 6 nr. 2. Det er likevel nærliggende å forstå det slik at den som er krenket kan få en type reparasjon av det krenkende forholdet om krenkelsen konstateres i domsslutningen. Det kan imidlertid stilles spørsmål til om det er tilstrekkelig med kun en konstatering av en krenkelse i domsslutningen der for eksempel retten til familieliv i EMK artikkel 8 er krenket. Det er imidlertid opp til saksøkere selv å vurdere om de ønsker å kreve ytterligere kompensasjon i form av erstatning eller lignende.

Søksmålsvilkårene skal også sikre prosessøkonomiske hensyn.³³¹ Det kan stilles spørsmål om hvorvidt en liberal holdning til å tillate en realitetsbehandling av fastsettelsessøksmål for brudd på EMK av fortidige krenkelser kan virke prosessøkonomisk uheldig. Dette gjelder særlig for de tilfellene det er usikkert hva rettsvirkningen av en dom vil være, og det i tillegg er tvilsomt om påstanden om konvensjonsbrudd vil få medhold. En vid tillatelse av slike søksmål kan føre til en rekke frifinnelser for konvensjonsbrudd, som igjen medfører en uforholdsmessig bruk av domstolenes ressurser. Problematikken bør imidlertid ikke overdrives. Tvisteloven har regler som ivaretar prosessøkonomiske hensyn ved klart uholdbare krav. Det vises blant annet til adgangen domstolene har til å beslutte å ta stilling til et krav gjennom forenklet domstolsbehandling i tvisteloven § 9-8.³³²

Prosessøkonomiske hensyn vil også ivaretas ved at det stilles krav for hvor lang tid etter en konvensjonskrenkelse det er adgang til å få realitetsbehandlet et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Slik forarbeidene nevner innledningsvis er det ikke oppstilt en klar tidsfrist i disse tilfellene, og vurderingen må gjøres konkret ut fra søksmålets aktualitet for

³³⁰ Se til avgjørelsene HR-2018-1909-A, HR-2021-1585-U og HR-2022-505-U.

³³¹ Se punkt 5.3.

³³² Se punkt 3.4.

saksøkeren.³³³ Kravet til et reelt behov vil imidlertid sikre domstolenes ressurser mot søksmål som reises i uforholdsmessig lang tid i etterkant av et påstått krenkende forhold.

Også sivilprosessens funksjoner er relevante i denne sammenhengen. Domstolens primærfunksjon som konkret tvisteløser vektlegges i størst grad i de tilfellene der domstolene bare tar stilling til de sakene som har direkte rettsvirkninger for saksøkeren.³³⁴ Typisk dersom søksmålet kan gi en påviselig følge, eksempelvis ved at et vedtak kjennes ugyldig eller at noen idømmes å betale erstatning. Å tillate et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK som ikke lenger regulerer saksøkerens rettsstilling vil gå utenfor det som er å anse som domstolens primærfunksjon. Samlet virker det likevel som at Høyesterett går i retning av å ivareta domstolenes samfunnsmessige funksjoner i større grad ved å velge å ta stilling til konvensjonsspørsmålet selv om forholdet er opphørt. Praktiseringen er i overenstemmelse med formålsbestemmelsen i tvisteloven § 1-1 som åpner for at samfunnsmessige hensyn kan trekke i retning av en videre tolkning av søksmålsvilkårene.³³⁵ En prøving av fastsettelsessøksmål for brudd på EMK kan gi grunnlag for rettsavklaring av menneskerettsforpliktelsene, og sikre den materielle rettens gjennomslag, selv om det ikke gir konkrete rettsvirkninger. Dette er tilsynelatende avgjørende i disse sakene.

³³³ NOU 2001:32 A på s. 201.

³³⁴ Se punkt 5.4.

³³⁵ Se punkt 5.4.

7 Hvem har aktiv søksmålsinteresse i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK?

7.1 Innledning

Gjenstanden for analyse i dette kapittelet er kravet til aktiv søksmålsinteresse i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Kravet utgjør ett av to elementer under tilknytningskravet i tvisteloven § 1-3 annet ledd, og knytter seg til hvem som har et reelt behov for å gå til søksmål.

Forarbeidene til tvisteloven gir ingen veiledning for hvem som er rett saksøker i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Vurderingen må derfor ta utgangspunkt i de generelle kriteriene som gjelder for vurderingen av tilknytningskravet.³³⁶ For at tilknytningskravet skal være oppfylt må partene ha en slik tilknytning til søksmålet at saksøkeren har en beskyttelsesverdig interesse i å få dom overfor den aktuelle saksøkte.³³⁷ Aktiv søksmålsinteresse er som utgangspunkt ikke oppfylt dersom en annen person enn saksøkeren selv er nærmest til å fremme kravet.³³⁸

Vilkåret om aktiv søksmålsinteresse vil som oftest være oppfylt for den som påstår å ha fått krenket sine egne rettigheter.³³⁹ Vurderingen er her som ellers om saksøkeren har et reelt behov for å få konstatert at det foreligger en konvensjonskrenkelse. Et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK knytter seg som regel til en utøvelse av offentlig myndighet. Den som går til søksmål hevder for eksempel at et vedtak, en lov, en handling eller en unnlattelse fra offentlige myndigheter utgjør en krenkelse overfor en selv. For søksmål om en myndighetsutøvelses rettmessighet vil som utgangspunkt den aktive søksmålsinteressen være oppfylt for den myndighetsutøvelsen direkte retter seg mot.³⁴⁰ Aktiv søksmålsinteresse kan imidlertid også være oppfylt i de tilfellene myndighetsutøvelsen berører saksøkeren i en slik grad at det er naturlig at vedkommende kan reise søksmål.³⁴¹

³³⁶ Se punkt 3.2.

³³⁷ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 365.

³³⁸ Backer (1984) s. 121; Robberstad (2016) s. 58.

³³⁹ Se punkt 3.2 og 3.4 om utgangspunktene for vurderingen av aktiv søksmålsinteresse.

³⁴⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 365-366.

³⁴¹ NOU 2001:32 A s. 188 og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 366.

Spørsmålet om hvem som har aktiv søksmålsinteresse i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK er en problemstilling som sjeldent kommer på spissen. I sakene for Høyesterett hvor søksmålsvilkårene er vurdert er det heller ikke ofte at kravet til aktiv søksmålsinteresse er problematisert. At et søksmålsvilkår ikke er problematisert kan gi et bilde av at kravet som oftest er oppfylt, selv om det ikke eksplisitt er vurdert i avgjørelsen.³⁴²

Det er likevel to typetilfeller fra rettspraksis som gir grunnlag for en nærmere analyse. Disse skal redegjøres for i dette kapittelet. Det første er Høyesteretts anvendelse av «victim»-kravet, en prosessforutsetning for at EMD skal behandle en sak, i vurderingen av aktiv søksmålsinteresse. Dette var gjenstand for vurdering av Høyesteretts ankeutvalg i Rt. 2005 s. 534 U (*Victim-saken*). Avgjørelsen skal redegjøres for i punkt 7.2.1. Punkt 7.2.2 vil gi en kort gjennomgang av hvordan «victim»-kravet vurderes i EMD. Til sist vil punkt 7.2.3 gi noen bemerkninger til bruken av «victim»-kravet i nasjonale domstoler.³⁴³ Det sentrale for vurderingen er om «victim»-kravet som en begrensning for aktiv søksmålsinteresse utgjør en god regel, eller om «victim»-kravet heller bør benyttes som en tolkningsfaktor i de tilfeller EMD gir bedre rettigheter enn det norske prosessregler gir adgang på.

Det andre typetilfellet er der en saksøker ønsker fastsettelsesdom for at et forvaltningsvedtak rettet mot noen andre krenker deres egne rettigheter. I slike tilfeller er det ikke åpenbart at en saksøker har aktiv søksmålsinteresse, ettersom myndighetsutøvelsen som påstås å være krenkende ikke retter seg direkte mot dem. Problemstillingen reiser seg særlig når et forvaltningsvedtak er av personlig karakter.³⁴⁴ De relevante avgjørelsene er Rt. 2015 s. 93 A (*Maria-saken*) og HR-2017-1130-A (*Familiens søksmålsrett*) som gjaldt utvisningsvedtak. Hvordan Høyesterett praktiserte vilkåret om aktiv søksmålsinteresse i disse sakene er gjenstand for analyse i punkt 7.3.1. Hvordan Høyesterett har balansert hensynene og målsettingene bak søksmålsvilkårene skal vurderes i punkt 7.3.2.

³⁴² Se punkt 2.3 om hvilke rettsavgjørelser som er relevante for å fastsette innholdet i søksmålsvilkårene.

³⁴³ Punktet ses i sammenheng med drøftelsene under punkt 4.4.

³⁴⁴ Som vist til i punkt 3.2 er vedtak om tvungen psykisk helsevern, statsborgerskap og utvisning eksempler på vedtak av personlig karakter.

7.2 Tilfeller der «victim»-kravet setter begrensninger for kravet til aktiv søksmålsinteresse

7.2.1 Nærmere om Rt. 2005 s. 534 U (*Victim-saken*)

Victim-saken gjaldt et krav om fastsettelsesdom for at en skatteligning overfor et aksjeselskap var behandlet i strid med forbudet mot selvinkriminering og uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 2. Søksmålet ble reist av en eneaksjonær, og ikke av selskapet selv. Saken reiste en rekke selskapsrettslige problemstillinger, men det relevante for avhandlingens tema er hvordan Høyesteretts ankeutvalg vurderte kravet til aktiv søksmålsinteresse.

Ankeutvalget la til grunn at det samme kravet som stilles for at et individ skal kunne påklage konvensjonsbrudd til EMD måtte gjelde tilsvarende for adgangen til å fremme sak om konvensjonsbrudd for norske domstoler.³⁴⁵ Etter EMDs praksis kan bare en som er «victim» etter EMK artikkel 34 påklage konvensjonsbrudd. Ankeutvalget ga ingen ytterligere begrunnelse utover at dette var deres oppfatning av reglene.

I avgjørelsen viste ankeutvalget til EMDs praksis som sa at dersom en krenkelse rammer et selskap må klage til EMD som hovedregel fremsettes av selskapet selv.³⁴⁶ Det samme måtte gjelde for vurderingen av aktiv søksmålsinteresse etter tvistemålsloven § 54. Saksøkeren manglet derfor aktiv søksmålsinteresse, og kravet om fastsettelsesdom ble avvist.³⁴⁷

7.2.2 Kort om «victim»-vurderingen i EMDs praksis

Idet analysen skal se på betydningen av «victim»-kravet, er det nødvendig å introdusere innholdet i kravet kort.

For at en klage skal tas til behandling av EMD må den som fremmer klagen ha blitt påvirket av den påståtte konvensjonskrenkelsen på en slik måte at den er å regne som et «victim» etter EMK artikkel 34.

«Victim»-kravet for EMD har flere nivåer. En klager kan være et «victim» både dersom en direkte, indirekte eller potensielt er påvirket av en krenkelse av konvensjonen.³⁴⁸ For EMD vil

³⁴⁵ Avsnitt 28.

³⁴⁶ Avsnitt 29.

³⁴⁷ Avsnitt 31.

³⁴⁸ Se blant annet *Identoba m.fl. mot Georgia*, 73235/12, 12. mai 2015 premiss 43.

også en klagers status som «victim» kunne opphøre, slik at klagen må avvises. Opphør av «victim»-status kan for eksempel forekomme hvis klageren godtar et forlik, eller dersom konvensjonsstaten på nasjonalt plan reparerer krenkelsen på en slik måte EMD anser tilstrekkelig etter konvensjonens krav.³⁴⁹

Vurderingen av hvem som er «victim» i EMDs forstand forutsetter en tilstrekkelig forbindelse mellom klageren og den påståtte krenkelsen.³⁵⁰ Begrensningen «victim»-kravet gir skal blant annet sikre at EMD ikke må behandle klager på vegne av allmenheten over kritikkverdige samfunnsforhold. Det stilles derfor krav til at klageren må ha et aktuelt behov for å få prøvd konvensjonsmessigheten overfor en selv.³⁵¹ Vurderingen av hvem som er «victim» skal tas konkret, og EMD har uttalt at «victim»-kravet er gjenstand for en dynamisk fortolkning i lys av endrede samfunnsforhold.³⁵² For EMD kan for eksempel det at en klager har søksmålsinteresse på nasjonalt nivå være et argument for at «victim»-kravet er oppfylt, men det er ikke avgjørende for om en klager anses som «victim» etter EMDs vurdering.³⁵³

7.2.3 Betraktninger om rettstilstanden i etterkant av *Victim-saken*

Som følge av ankeutvalgets uttalelser i *Victim-saken* må en saksøker være «victim» i EMDs forstand for å oppnå aktiv søksmålsinteresse i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Selv om avgjørelsen er eldre og knyttet seg til tvistemålsloven § 54, gir verken forarbeidene eller etterfølgende rettspraksis grunnlag for at rettstilstanden er endret. At en saksøker må være «victim» etter EMK artikkel 34 for å oppfylle kravet til aktiv søksmålsinteresse synes derfor fremdeles å være gjeldende rett. Tilsvarende er lagt til grunn i juridisk teori.³⁵⁴ Det kan

³⁴⁹ Se blant annet Standard Verlags GmbH mot Østerrike, 60899/00, 2. november 2006 premiss 32 og Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Cappelen akademisk forlag 2002, s. 127; Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske menneskerettighedskonvention: for praktikere*, 6. utg. Djøf Forlag 2023, s. 104 flg.

³⁵⁰ Se Monnat mot Sveits, 73604/01, 21. september 2006 premiss 58.

³⁵¹ En slik klageadgang omtales som en *actio popularis*-klageadgang, se Klass m.fl. mot Tyskland, 5029/71, 6. september 1978 premiss 33.

³⁵² Se Gorraiz Lizarraga m.fl. mot Spania, 62543/00, 27. april 2004 premiss 37.

³⁵³ Kjølbro (2023) s. 106.

³⁵⁴ Se blant annet se Uri (2017) s. 485; Backer (2020) s. 225. Vangsnes sier imidlertid bare at: «For slike søksmål er det antakeligvis en del av tilknytningskravet at saksøkeren må være «victim» etter EMK artikkel 34.», uten å direkte si at det er slik etter gjeldende rett, og uten å gi en nærmere begrunnelse for regelen, se Vangsnes (2018) s. 321.

imidlertid stilles spørsmål til om å implementere EMDs «victim»-krav for vurderingen av kravet til aktiv søksmålsinteresse er en god løsning.

Først skal det vises til hvordan implementeringen «victim»-kravet etter EMD stiller seg i lys av hensynet til en lojal etterlevelse av konvensjonsrettighetene og subsidiaritetsprinsippet.³⁵⁵ Det vises her til de kravene EMK artikkel 13 stiller til at nasjonalstatene skal legge til rette for at konvensjonsbrudd blir prøvd, slik at krenkelsen kan bli uttømt av nasjonale midler.³⁵⁶ EMK stiller imidlertid bare en minstestandard. Norske domstoler har derfor adgang til å gi et videre rettighetsvern etter egne prosessregler.³⁵⁷

At den som er «victim» etter EMK bør ha aktiv søksmålsinteresse for norske domstoler kan ha gode grunner for seg. Dersom en implementering av «victim»-kravet er nødvendig for at en sak om konvensjonsbrudd får tilgang til domstolene vil det være i tråd med konvensjonsforpliktelsene å se til dette kravet som en tolkningsfaktor for praktiseringen av aktiv søksmålsinteresse. Dette vil sikre at norske domstoler vurderer et eventuelt konvensjonsbrudd, og legge til rette for subsidiaritetsprinsippet og de kravene EMK artikkel 13 stiller til nasjonal prøvingsrett.³⁵⁸

Problemet kan oppstå om man legger «victim»-kravet til grunn for å begrense søksmålsadgangen. På den måten vil det gis en snevrere søksmålsadgang enn det som følger av norske prosessregler. Risikoen ved en innføring av «victim»-kravet i norske prosessregler er at vurderingen av aktiv søksmålsinteresse kan bli uhensiktsmessig komplisert og uforutsigbar. For det første er terskelen i EMD for hvem som anses som «victim» i stadig bevegelse og utgjør en dynamisk størrelse.³⁵⁹ Det kan være vanskelig for norske rettsanvendere å holde tritt med utviklingen. Ettersom saksbehandlingsreglene – og vurderingen av søksmålsvilkårene – har som formål å skape en enkel og prosessøkonomisk saksbehandling, vil en inngående vurdering av et EMK-rettslig prosessuelt krav fremstå

³⁵⁵ Se punkt 4.3 og 4.4.

³⁵⁶ Se punkt 4.3.

³⁵⁷ Dok.nr.16 (2011-2012) på s. 87 og Høstmølingen (2010) s. 110.

³⁵⁸ Her kan det presiseres at EMD ikke stiller det som et vilkår for klageadgangen at en klager var part for de nasjonale domstolene, se HR-2017-1130-A avsnitt 43 som henviser til EMDs avgjørelser Kaplan m.fl. mot Norge, 32504/11, 24. juli 2014 og Antwi m.fl. mot Norge, 26940/10, 14. februar 2012. EMD krever imidlertid at et søksmål fremmes av *noen*, slik at det er en avgjørelse som kan klages inn.

³⁵⁹ Se Gorraiz Lizarraga m.fl. mot Spania, 62543/00, 27. april 2004 premiss 37.

uheldig prosessskapende. En slik praktisering av reglene er vanskelig å forene med norske prosesstradisjoner.

For det andre har «victim»-kravet etter EMD flere nivåer. En klager kan være enten et direkte, et indirekte eller et mulig «victim» for å falle inn under bestemmelsen. I tillegg er det mulig å miste «victim»-status dersom klageren har fått reparasjon i nasjonal rett, selv om det er noe uklart og varierende hva som ligger i det å ha fått reparasjon.³⁶⁰ Skal man anvende «victim»-kravet direkte for norsk prosessrett forutsetter det at retten treffer på hva som er gjeldende rettstilstand for EMD. Risikoen for feilslutninger som begrenser søksmålsadgangen i større grad enn det EMD ville gjort vil være fremtredende. Dette er uheldig i lys av subsidiaritetsprinsippet og hensynet til en lojal etterlevelse av konvensjonsforpliktelsene.

En implementering av «victim»-kravet som en begrensning kan imidlertid virke prosessøkonomisk forsvarlig, all den tid norske domstoler gis en adgang til å begrense søksmål som EMD uansett ikke vil ta stilling til. På den måten vil domstolene ivareta konvensjonsforpliktelsene, men ikke lenger enn det som er nødvendig.³⁶¹ Sett i lys av de ulempene som følger ved å implementere «victim»-kravet i norsk rett, bør derfor ikke prosessøkonomiske hensyn være avgjørende. Som vist til kan dessuten en implementering av «victim»-kravet skape unødig prosess i prosessene for domstolene. Det er derfor usikkert om løsningen i realiteten vil gi et prosessøkonomisk resultat.

Til sist kan det stilles spørsmål til om det overhodet er behov for å benytte «victim»-kravet som rettesnor i norsk rett, idet de norske prosessreglene på selvstendig vis vil sikre en vid søksmålsadgang for aktiv søksmålsinteresse. Etter norsk prosessrett er det som nevnt den myndighetsutøvelsen retter seg mot eller berører som i utgangspunktet kan gå til sak for en krenkelse.³⁶² Den samme tankegangen ligger til grunn for anvendelsen av «victim»-kravet i EMD.³⁶³ Langt på vei vil vurderingene være sammenfallende.³⁶⁴ Dersom det oppstår et tilfelle der EMD gir et videre vern enn i norsk prosessrett, kan det imidlertid være hensiktsmessig at

³⁶⁰ Møse (2002) s. 127; Kjølbro (2023) s. 104 flg.

³⁶¹ Tilsvarende argumenter gjelder for å implementere andre prosessuelle krav fra EMD i vurderingen av om søksmålsvilkårene er oppfylte, se punkt 4.4.

³⁶² Se punkt 3.2 og 7.1.

³⁶³ Se punkt 7.2.2 og Møse (2002) s. 127.

³⁶⁴ Aall (1998) s. 57 flg.

«victim»-kravet benyttes som et tolkningsmoment. Det trenger imidlertid ikke være avgjørende for praktiseringen, særlig der kravet begrenser søksmålsadgangen.

Samlet sett vil derfor den mest hensiktsmessige løsningen være å benytte «victim»-kravet bare i de tilfeller EMD gir bedre rettigheter enn det norske rettsregler gir adgang på. Ettersom de norske prosessreglene ikke er særlig streng for dette kravet, kan det imidlertid antas at det i svært få tilfeller vil være nødvendig.

7.3 Aktiv søksmålsinteresse i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK rettet mot en annens personlige forvaltningsvedtak

7.3.1 Høyesteretts vurdering av aktiv søksmålsinteresse for dette typetilfellet

Det andre typetilfellet er der en saksøker ønsker fastsettelsesdom for at et forvaltningsvedtak rettet mot noen andre krenker deres egne rettigheter. Problemstillingen har oppstått i tilfeller hvor nære familiemedlemmer påberoper seg brudd på EMK artikkel 8 i relasjon til et utvisningsvedtak som direkte gjelder for en annen.

Den første saken som illustrerer problemstillingen er Rt. 2015 s. 93 A (*Maria-saken*). I *Maria-saken* gjorde en datter gjeldende at et utvisningsvedtak overfor moren krenket hennes rett til familieliv etter EMK artikkel 8.³⁶⁵ Datteren var ikke part i forvaltningssaken.³⁶⁶ Hun krevde både dom for at vedtaket var ugyldig og fastsettelsesdom for konvensjonsbruddet. Høyesterett kom til at datteren hadde aktiv søksmålsinteresse i gyldighetssøksmålet.³⁶⁷ Begrunnelsen for Høyesterett var at datteren gjorde gjeldende at vedtaket var i strid med hennes egne statsborgerrettigheter og menneskerettigheter. Det ville derfor innebære en rettsfornektelse om hun ikke fikk fremmet søksmål om vedtakets gyldighet.³⁶⁸ I tillegg fremhevet Høyesterett at retten til domstolsbehandling i Grunnloven 95, EMK artikkel 6 nr. 1

³⁶⁵ Avsnitt 39.

³⁶⁶ Avsnitt 45. Den som er part i en forvaltningssak vil ha aktiv søksmålsinteresse i et søksmål om vedtakets gyldighet. Dette er forankret i at et gyldighetssøksmål knyttet til et vedtak en selv er part i vil være et søksmål som gjelder ens egen rett og plikt, se punkt 3.2. Se også HR-2017-1130-A avsnitt 31. Det er likevel adgang til at andre som ikke er part kan ha aktiv søksmålsinteresse dersom saksøkeren påviser en tilstrekkelig interesse i å få dom for sin påstand, og dermed fremstår som en naturlig saksøker for kravet, se punkt 3.2.

³⁶⁷ Avsnitt 40.

³⁶⁸ Avsnitt 39.

og retten til en «effective remedy» etter EMK artikkel 13 med tyngde trakk i retning av at gyldighetssøksmålet skulle fremmes.³⁶⁹ I spørsmålet om datteren kunne reise sak om fastsettelsesdom var det sentrale spørsmålet om datteren hadde en aktuell interesse i å få dom for krenkelse da det likevel kunne prøves prejudisielt i gyldighetssøksmålet.³⁷⁰ Høyesterett vurderte ikke direkte spørsmålet om datterens aktive søksmålsinteresse for dette kravet. Ettersom kravet ble tatt til følge må Høyesterett likevel ha ment at datteren hadde aktiv søksmålsinteresse også for adgangen til å reise fastsettelsesdom.³⁷¹

I HR-2017-1130-A (*Familiens søksmålsrett*) var spørsmålet om ektefellen til en utvist person og parets barn hadde adgang til å anlegge søksmål om utvisningsvedtakets gyldighet. Familiemedlemmene var ikke parter i forvaltningssaken, i likhet med datteren i *Maria-saken*.³⁷² Påstandsgrunnlaget for ugyldighet var at utvisningsvedtaket utgjorde en krenkelse av deres rettigheter etter EMK artikkel 8. I relasjon til utvisningsvedtaket kom Høyesterett, i motsetning til *Maria-saken*, til at ektefellen og barnet ikke hadde aktiv søksmålsinteresse.³⁷³ Begrunnelsen for Høyesterett var at moren selv hadde reist søksmål. Ektefellen og barnet ville derfor få ivaretatt sine menneskerettigheter gjennom reglene om partshjelp etter tvisteloven § 15-7.³⁷⁴ De ville også kunne ivareta sine menneskerettigheter ved adgangen til å klage morens søksmål inn til EMD. I relasjon til EMK artikkel 13 og kravet til en «effective remedy» uttalte Høyesterett at EMD ikke stilte krav til at en klager må ha vært part for nasjonale domstoler for å oppfylle kravet til «victim» etter EMK artikkel 34.³⁷⁵ Avvisningen av kravet var dermed

³⁶⁹ Avsnitt 39.

³⁷⁰ Avsnitt 41. Høyesteretts vurdering av aktualitetskravet er redegjort for under punkt 6.2.

³⁷¹ I *Maria-saken* anførte datteren at også hennes manglende partsstatus var en saksbehandlingsfeil som måtte lede til ugyldighet, avsnitt 44. Vangsnes er av den oppfatningen at det var datterens materielle pretensjoner om saksbehandlingsfeilen som var utslagsgivende for hennes søksmålsinteresse etter tvisteloven § 1-3 annet ledd. Saksbehandlingsfeilen er en materiell pretensjon domstolene skal legge opprøvd til grunn i avvisningsspørsmålet. Ettersom en partsstatus i forvaltningssaken ville gitt datteren aktiv søksmålsinteresse i domstolen, burde dette vært avgjørende for vurderingen, se Vangsnes (2019) s. 254.

³⁷² Avsnitt 31. Til sammenligning med *Maria-saken* anførte ikke familiemedlemmene at de skulle hatt partsstatus i forvaltningssaken, se avsnitt 36.

³⁷³ Avsnitt 56. Høyesterett kommenterte i avsnitt 35 at *Maria-saken* gjaldt et særegent tilfelle, der barnet ville stå uten omsorgsperson i Norge om moren ble utvist.

³⁷⁴ Avsnitt 48 flg.

³⁷⁵ Avsnitt 43.

ikke problematisk i forbindelse med EMDs krav om uttømming av nasjonale rettsmidler før klagebehandling.

Ektefellen og parets barn reiste ikke et krav om fastsettelsesdom for krenkelsen i *Familiens søksmålsrett*. Høyesteretts uttalelser har derfor ikke direkte overføringsverdi til vurderingen av aktiv søksmålsinteresse for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK. I et *obiter dictum* uttalte imidlertid Høyesterett at de ikke gikk nærmere inn på hva som ville vært løsningen om moren ikke hadde anlagt søksmål, og om familiemedlemmene i et slikt tilfelle kunne eller måtte reise en annen type søksmål for å få prøvd sine rettigheter etter EMK artikkel 8, jf. EMK artikkel 13.³⁷⁶ Høyesterett holder det derfor åpent om aktiv søksmålsinteresse for familiemedlemmene ville stilt seg annerledes om den utviste selv ikke hadde anlagt søksmål. Uttalelsene kan også forstås som en henvisning til den alternative muligheten familiemedlemmene i et slikt tilfelle kunne hatt til å reise et krav om fastsettelsesdom for krenkelse av EMK artikkel 8. Selv om de ikke hadde aktiv søksmålsinteresse i gyldighetssøksmålet, trenger det ikke stå i veien for at de ville hatt aktiv søksmålsinteresse i et krav om fastsettelsesdom. Det er imidlertid noe uklart hva Høyesterett mente med uttalelsen, og *obiter dictum*et er ikke omtalt i litteraturen. Det kan derfor diskuteres hvor mye vekt denne tolkningen kan tillegges.

Analysen av rettspraksis viser et uklart bilde for når kravet til aktiv søksmålsinteresse er oppfylt for dette typetilfellet. *Maria-saken* er i ettertid omtalt som et spesielt tilfelle fordi datteren ville vært uten omsorgsperson i Norge som følge av utvisningsvedtaket.³⁷⁷ Det er derfor ikke sikkert om de utgangspunktene som ble lagt til grunn i avgjørelsen vil opprettholdes om det på nytt skulle kommet opp et lignende tilfelle for domstolene. Dette særlig sett i sammenheng med uttalelsene i *Familiens søksmålsrett*, hvor Høyesterett presiserte at *Mara-saken* utgjorde et unntak fra praksis sett i lys av sakens helt spesielle faktum.³⁷⁸

I *Familiens søksmålsrett* knyttet Høyesteretts uttalelser seg direkte til søksmålsinteressen i gyldighetssøksmålet. De går derfor ikke bort fra at et familiemedlem kan ha aktiv

³⁷⁶ Avsnitt 58.

³⁷⁷ Schei m.fl. (å jour per 1. mars 2023) punkt 3.3.

³⁷⁸ Avsnitt 35.

søksmålsinteresse i et eventuelt fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Dette kan trekke i retning av at utgangspunktene i *Maria-saken* fremdeles gjør seg gjeldende. Skoghøy støtter en slik forståelse, og legger til grunn at selv om gyldigheten av et vedtak av en personlig karakter bare kan angripes av den vedtaket retter seg mot, står det ikke i veien for at andre berørte kan få prøvd sine menneskerettigheter gjennom et fastsettelsessøksmål om at vedtaket krenker deres egne rettigheter.³⁷⁹

7.3.2 Balansen mellom de ulike hensynene og målsettingene i Høyesteretts praksis

I dette punktet skal fokuset rettes mot hvordan Høyesterett balanserer hensynene og målsettingene bak søksmålsvilkårene i sin praktisering av kravet til aktiv søksmålsinteresse. Typetilfellet som vurderes er der en saksøker krever fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd overfor et personlig vedtak rettet mot noen andre.

Aktiv søksmålsinteresse vil som utgangspunkt ikke være oppfylt dersom en annen person enn saksøkeren selv er nærmere til å fremme kravet. For et personlig vedtak er det i utgangspunktet den vedtaket direkte gjelder som er nærmest til å reise søksmål. I de nevnte søksmålene hevder likevel saksøkerne at de går til sak for at de er de nærmeste til å få prøvd egne rettigheter.³⁸⁰ Spørsmålet er derfor ikke opplagt. På den ene siden ønsker en saksøker å få klarhet i sin egen rettsstilling gjennom søksmålet. På den andre siden vil konsekvensene av en fastsettelsesdom for konvensjonskrenkelse få betydning utover deres egne rettigheter og mot et vedtak som ikke gjelder dem direkte. Dette kan illustreres ved å se til faktum i *Familiens søksmålsrett*:

Dersom familiemedlemmene i *Familiens søksmålsrett* hadde vunnet frem med et eventuelt fastsettelsessøksmål om at vedtaket krenket deres menneskerettigheter, slik som i *Maria-saken*, ville realiteten vært at vedtaket var rettsstridig. En domsslutning som sier at et vedtak er i strid med EMK vil som utgangspunkt medføre at vedtaket ikke kan gjennomføres.³⁸¹ Om aktiv søksmålsinteresse skal være oppfylt for familiemedlemmene i disse tilfellene beror

³⁷⁹ Skoghøy (2022) s. 455. Adgangen til å få sine rettigheter prøvd gjelder særlig i de søksmålene der et barn påberoper seg en menneskerettskrenkelse, se Mona Martnes, *Barnets beste: Rettighetens innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning*, *Barnets beste* Universitetsforlaget 2021, s. 131.

³⁸⁰ Rt. 2015 s. 93 A og HR-2017-1130-A.

³⁸¹ Se Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 42 og Skoghøy (2022) s. 400; Schei m.fl. (å jour per 1. mars 2023) punkt 2.8. Se også punkt 1.4.2 om begrunnelsen for hvorfor et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK utgjør et rettskrav.

derfor på en avveining av hensynet til den som står nærmere til å fremme kravet, og familiemedlemmenes behov for rettsavklaring av sine egne menneskerettigheter.

Begrensningen aktiv søksmålsinteresse gir er ment å hensynta den som får sin rettsstilling ivaretatt i et søksmål, men som står nærmere til å stå som saksøker selv.³⁸² Hensynet til den som får sin rettsstilling ivaretatt aktualiserer seg særlig for utvisningsvedtak, hvor kravet til aktiv søksmålsinteresse skal forhindre risikoen for at et vedtak blir angrepet mot den utvistes vilje.³⁸³ Adgang til fastsettelsesdom for brudd på EMK kan for dette typetilfellet gå på bekostning av hensynet.³⁸⁴ Hensynets gjennomslagskraft stiller seg likevel annerledes ut fra hvilken type personlig vedtak det er snakk om. Om et utvisningsvedtak blir kjent rettsstridig av noen andre enn den vedtaket retter seg mot, vil det ikke bety at den utviste må gjøre endringer i sin livssituasjon. At utvisningsvedtaket ikke kan gjennomføres betyr for eksempel ikke at den utviste må flytte tilbake til Norge.³⁸⁵ Annerledes kan det stille seg om vedtaket gjelder statsborgerskap. Da vil en fastsettelsesdom kunne tvinge gjennom et statsborgerskap som den vedtaket retter seg mot kanskje ikke lengre ønsker. I slike tilfeller kan det være grunn til å være mer restriktiv med å tillate aktiv søksmålsinteresse for andre enn den vedtaket direkte gjelder. Det kan i alle fall tilsi at hensynet har en varierende betydning og at hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret.

Hensynet til en lojal etterlevelse av konvensjonsforpliktelsene ivaretas i større grad dersom en som blir berørt av en myndighetsutøvelse, også indirekte, kan få myndighetsutøvelsens rettsstridighet prøvd i retten.³⁸⁶ I *Maria-saken* var dette et tyngende hensyn for Høyesterett.³⁸⁷ En avvisning av gyldighetssøksmålet ville medføre en rettsfornektelse for datteren. Videre trakk retten til domsbehandling i Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 nr. 1, og retten til en «effective remedy» i EMK artikkel 13 for at søksmålet skulle fremmes. Det samme må antas å gjelde for datterens adgang til å fremme fastsettelsessøksmålet. Høyesterett la også vekt på

³⁸² Se punkt 5.2.

³⁸³ Se Rt. 1995 s. 139 U og Skoghøy (2022) s. 456.

³⁸⁴ Problemstillingen aktualiserte seg ikke i *Maria-saken*, ettersom datteren uansett hadde aktiv søksmålsinteresse i gyldighetssøksmålet.

³⁸⁵ Skoghøy bygger på det samme argumentet i relasjon til aktiv søksmålsinteresse i gyldighetssøksmål, se Skoghøy (2022) s. 456.

³⁸⁶ Se punkt 5.3.

³⁸⁷ Avsnitt 39 og 42.

hensynet til konvensjonsforpliktelsene i *Familiens søksmålsrett*. Hensynet ble imidlertid ivaretatt på andre måter enn at familiemedlemmene fikk prøvd sine menneskerettigheter i gyldighets søksmålet. Menneskerettsforpliktelsene kunne etterleves gjennom reglene om partshjelp og morens søksmål. Slik vist til ovenfor, holder likevel Høyesterett døren åpen for de tilfeller der den vedtaket retter seg mot ikke reiser søksmål selv. I en slik situasjon ville nok den eneste måten å få prøvd sine rettigheter på være å reise et eget søksmål om at vedtaket krenker deres rettigheter gjennom et fastsettelsessøksmål.

Praktiseringen av kravet til aktiv søksmålsinteresse kan også vise hvordan sivilprosessens funksjoner vektlegges av domstolene. Ved å tillate fastsettelsessøksmål i disse tilfellene vil ikke domstolene nødvendigvis opptre i tråd med sin funksjon som konkret tvisteløser.³⁸⁸ I et slikt typetilfelle vil ikke saksøkeren fastsette en rett relatert til et eget vedtak, men noen andres. At domstolen tillater å realitetsbehandle et fastsettelsessøksmål for konvensjonsbrudd i et slikt tilfelle vil derfor i større grad vektlegge domstolenes samfunnsmessige funksjoner. Det avgjørende vil være å sikre menneskerettighetenes gjennomslag og drive en rettsavklarende prosess.

³⁸⁸ Se punkt 5.4.

8 Hvem har passiv søksmålsinteresse i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK?

8.1 Innledning

Gjenstanden for analyse i dette kapittelet er kravet til passiv søksmålsinteresse i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Kravet til passiv søksmålsinteresse utgjør det andre elementet under tilknytningskravet i tvisteloven § 1-3 annet ledd. Kravet knytter seg til hvem saksøkeren har et reelt behov å få konstatert et brudd overfor.³⁸⁹ For at kravet til passiv søksmålsinteresse skal være oppfylt må partene ha en slik tilknytning til søksmålet at saksøkeren har en beskyttelsesverdig interesse i å få dom overfor den aktuelle saksøkte.³⁹⁰

Fastsettelsessøksmål for brudd på EMK er et type søksmål som «etter sin art» utpeker et bestemt rettssubjekt som rett saksøkt.³⁹¹ Begrunnelsen for dette er at ikke alle er rettslig forpliktet til å overholde menneskerettighetene som fremgår av EMK. Det kreves derfor at fastsettelsessøksmålet anlegges mot et rettssubjekt som har plikt til å overholde konvensjonsrettighetene for at saksøkeren skal ha et reelt behov for å få dom mot vedkommende. Om den saksøkte ikke er et pliktsubjekt etter reglene fastsettelsessøksmålet ønsker å konstatere, vil en fastsettelsesdom mot dem være uten betydning. Interessen ved å anlegge søksmålet vil ikke kunne håndheves.³⁹²

Innledningsvis presiseres det at tilknytningskravet ikke er til hinder for at EMK anvendes prejudisielt i saker mellom private parter. Det er bare hvor en saksøker ønsker fastsettelsesdom for et EMK-brudd at søksmålet skal rettes mot reglenes pliktsubjekt.³⁹³

Etter Rt. 2011 s. 1666 (*Vestre Viken-saken*) har utgangspunktet for praktiseringen av kravet til passiv søksmålsinteresse vært at et søksmål for krenkelse av EMK bare kan reises mot staten.³⁹⁴ Begrunnelsen for dette har vært at det bare er statene som er pliktsubjekter etter konvensjonen, jf. EMK artikkel 1. I nyere tid kan det stilles spørsmål om hvorvidt dette

³⁸⁹ Se punkt 3.2.

³⁹⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 365.

³⁹¹ Se punkt 3.2 med henvisning til NOU 2001:32 A på s. 188, HR-2022-401-A avsnitt 24 og Schei m.fl. (å jour per 1. mars 2023) punkt 3.3.

³⁹² Skoghøy (2022) s. 438.

³⁹³ Aasland (2015) s. s. 476.

³⁹⁴ Avsnitt 33. Se også HR-2017-2457-U, Reiertsen (2015) s. 424; Uri (2017) s. 480.

utgangspunktet kan opprettholdes, eller om også andre offentlige myndigheter kan ha passiv søksmålsinteresse i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Dette gjelder særlig etter vedtakelsen av Grunnloven § 92 i 2014 som løfter frem og tydeliggjør at alle statens myndigheter er pliktige til å respektere og sikre menneskerettighetene i nasjonal rett.³⁹⁵ Formuleringen «statens myndigheter» skal forstås i videste forstand, og omfatter både Stortinget, regjeringen, kommunale og fylkeskommunale myndigheter, andre forvaltningsorganer og domstolene.³⁹⁶ Også Høyesteretts uttalelser i HR-2022-401-A (*Tolga-saken*) gir grobunn for diskusjon til den etablerte rettstilstanden.

Kravet til passiv søksmålsinteresse er ikke problematisert i de tilfellene søksmål blir reist mot staten. Spørsmålet kommer derimot på spissen i de tilfellene søksmål reises mot andre offentlige myndighetsorganer.³⁹⁷ Typetilfellene som har vært til vurdering hos Høyesterett har vært der fastsettelsessøksmål for brudd på EMK blir reist mot helseforetak eller kommuner.³⁹⁸

Under punkt 8.2, 8.3, og 8.4 skal det vises til hvordan Høyesterett har praktisert vilkåret til passiv søksmålsinteresse, både før, under og etter *Vestre Viken-saken*. Deretter skal det gis noen etterfølgende betraktninger om rettstilstanden under punkt 8.5. Hvordan Høyesterett har balansert hensynene og målsettingene i sin praktisering av passiv søksmålsinteresse skal drøftes under punkt 8.6.

8.2 Rettspraksis før Rt. 2011 s. 1666 (*Vestre Viken-saken*)

I de siste tiårene har Høyesterett avsagt en rekke avgjørelser som enten direkte eller indirekte tar stilling til hvem som kan saksøkes i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. I tiden før *Vestre viken-saken* i 2011 var det noen saker der Høyesterett uttalte seg om spørsmålet, men

³⁹⁵ Se punkt 1.4.1 og Schei m.fl. (å jour per 1. mars 2023) punkt 3.4; Skoghøy (2022) s. 404; Skoghøy (2023) s. 108 flg.

³⁹⁶ Se HR-2022-401-A avsnitt 46 som henviser til NOU 1993:18 på s. 159 og Ot.prp.nr.3 (1998-1999) punkt 3.2.2. Ikke-statlige organisasjoner vil utvilsomt falle utenfor ordlyden «statens myndigheter», og vil derfor ikke oppfylle kravet til passiv søksmålsinteresse i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.

³⁹⁷ Reglene om partsevne i tvisteloven § 2-1 setter begrensninger til hvilke rettssubjekter som kan være part i en rettssak. Særlig for offentligrettslige forhold vil myndigheters partsevne ofte være delegert til staten, eksempelvis for departementer, se tvisteloven § 2-1 første ledd b). Kommuner og fylkeskommuner har på sin side partsevne, jf. tvisteloven § 2-1 første ledd b). Det finnes også særregler som gir andre offentlige institusjoner partsevne, eksempelvis for helseforetak, se lov 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m. (helseforetaksloven) § 6.

³⁹⁸ Se blant annet Rt. 2011 s. 1666 A, HR-2017-2457-U og HR-2022-401-A.

avgjørelsene avklarte ikke rettstilstanden.³⁹⁹ Avgjørelsene er likevel relevante å se til fordi de gir et bakteppe for hvordan Høyesterett senere har praktisert kravet. I tillegg viste Høyesterett til noen av disse avgjørelser i sin begrunnelse for at staten skulle saksøkes i *Vestre Viken-saken*.⁴⁰⁰

Først skal det vises til to avgjørelser, Rt. 2008 s. 1601 A og Rt. 2009 s. 1350 U, hvor Høyesterett avviste fastsettelsessøksmål for brudd på EMK fordi søksmålene ikke var rettet mot staten. I den første høyesterettsavgjørelsen la en privat part ned påstand mot Norsk sjømannsforbund om at en hjemmel for trekk i en tariffavtale utgjorde et brudd på EMK artikkel 11. Norsk sjømannsforbund er å regne som et privat rettssubjekt. Saksøkeren fikk ikke medhold, med den begrunnelse at en slik påstand bare kunne fremsettes i en sak overfor staten.⁴⁰¹ I den andre høyesterettsavgjørelsen krevde saksøkeren at lagmannsrettens saksbehandling var i strid med EMK artikkel 6, og at dette måtte fastsettes i domsslutningen. Påstanden ble avvist fordi staten ikke var part i saken.⁴⁰² Disse avgjørelsene taler for at staten skulle saksøkes i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Ettersom den første saken var rettet mot et privat rettssubjekt og den andre saken mot lagmannsrettens saksbehandling, var de likevel ikke helt treffende for å avklare rettstilstanden for hvem som hadde passiv søksmålsinteresse for kravstypen.

I Rt. 2010 s. 291 A (*Vangen eiendom*) tok Høyesterett stilling til om en kommune kunne stilles erstatningsansvarlig etter EMK artikkel 41. Spørsmålet om hvem som kunne saksøkes i et fastsettelsessøksmål for konvensjonsbrudd var ikke direkte vurdert av Høyesterett i saken. Høyesterett la likevel til grunn at bare staten kunne begå konvensjonsbrudd, og at et erstatningsansvar for konvensjonsbrudd derfor bare kunne pålegges statene.⁴⁰³ EMK artikkel 41 er en bestemmelse som gir EMD kompetanse til å tilkjenne erstatning mot stater som har begått konvensjonsbrudd på overnasjonalt nivå.⁴⁰⁴ Det er derfor klart at kommuner ikke kan

³⁹⁹ Reiertsen (2015) s. 424.

⁴⁰⁰ Se avsnitt 33 og 36, hvor Høyesterett viser til Rt. 2008 s. 1601 A, Rt. 2009 s. 1350 U og Rt. 2010 s. 291 A.

⁴⁰¹ Avsnitt 63.

⁴⁰² Avsnitt 24.

⁴⁰³ Avsnitt 38.

⁴⁰⁴ Det vises til ordlyden i EMK artikkel 41 hvor det følger at «dersom Domstolen» finner at brudd på konvensjonen har funnet sted, og konvensjonsstatene ikke har gjenopprettet krenkelsen, kan «Domstolen om

stilles ansvarlig etter denne erstatningsbestemmelsen i nasjonale domstoler. Uttalelsen om at bare staten kan begå konvensjonsbrudd trekker likevel i retning av at Høyesterett mente at det bare var staten som kunne saksøkes i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.⁴⁰⁵

Høyesterett vurderte også enkelte fastsettelsessøksmål om handlinger foretatt av kommuner var i strid med EMK, uten å problematisere om kommunene hadde passiv søksmålsinteresse. Den første saken er Rt. 2003 s. 301 A som gjaldt om en undersøkelse av barnevernet var i strid med EMK artikkel 8. Søksmålet var rettet mot Stavanger kommune. Høyesterett kom til at søksmålet måtte avvises fordi det var «åpenbart ugrunnet», og ikke på grunn av at staten måtte saksøkes i slike søksmål.⁴⁰⁶ Den andre avgjørelsen er Rt. 2008 s. 290 U. Spørsmålet for Høyesteretts ankeutvalg var om saksøkerne hadde rettslig interesse i å få en fastsettelsesdom for at en omsorgsoverdragelse var i strid med EMK artikkel 8. Også dette søksmålet var rettet mot en kommune. Ankeutvalget avviste søksmålet med den begrunnelse at en fastsettelsesdom ikke kunne behandles etter den spesielle prosessordningen under tvistemålsloven kapittel 33.⁴⁰⁷ Ankeutvalget vurderte ikke om fastsettelsessøksmålet skulle avvises fordi det var rettet mot feil rettssubjekt.

Spørsmålet om hvem som var rett saksøkt ble altså ikke satt helt på spissen i noen av sakene. At Høyesterett ikke vurderte tilknytningskravet i søksmålene mot kommunene kan likevel trekke i retning av at regelen var at kommuner også kunne saksøkes.⁴⁰⁸ At kravet til passiv søksmålsinteresse ikke var problematisert kan gi et bilde av at Høyesterett mente at kravet var oppfylt, selv om det ikke var eksplisitt vurdert i avgjørelsene. Høyesteretts uttalelser kan imidlertid tolkes i flere retninger, og de gir ikke et klart svar på rettstilstanden for hvem som kunne ha passiv søksmålsinteresse i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.

nødvendig tilkjenne den krenkende part rimelig erstatning». «Domstolen» som bestemmelsen sikter til er EMD. EMK artikkel 41 er også plassert i kapittelet i EMK som omhandler hvordan EMD skal løse klagesaker.

⁴⁰⁵ Høyesteretts uttalelse om at bare staten kunne begå konvensjonsbrudd kan imidlertid ses på som et *obiter dictum*, all den tid rettssetning som ikke inngikk i grunnlaget for avgjørelsen, Skoghøy (2023) s. 171.

⁴⁰⁶ Avsnitt 40 og 45. Se tidligere redegjørelser for denne avvisningsgrunnen i punkt 4.4.

⁴⁰⁷ Avsnitt 19 og 21.

⁴⁰⁸ Reiertsen (2015) s. 424.

8.3 Regelen utledet av Rt. 2011 s. 1666 (*Vestre Viken-saken*)

Hvem som kan saksøkes i søksmål med krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK ble avklart i *Vestre Viken-saken*. Høyesterett konkluderte her med at staten ved vedkommende departement var riktig saksøkt, og ga en utfyllende begrunnelse for sin konklusjon.⁴⁰⁹

Sakens underliggende materielle spørsmål var om Vestre Viken helseforetak hadde brutt saksbehandlingsreglene i lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern i forbindelse med et vedtak om innleggelse av en person til tvungen observasjon etter psykisk helsevernloven⁴¹⁰ § 3-2. Saksøkeren anførte at innleggelsen krenket EMK artikkel 5 nr. 1, og krevde at menneskerettsbruddet skulle konstateres i domsslutningen. Saken var reist av den som ble utsatt for tvungen observasjon og mot helseforetaket som var ansvarlig for det sykehuset som utførte handlingen. For Høyesterett var spørsmålet om helseforetaket hadde passiv søksmålsinteresse i et søksmål med krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK.⁴¹¹

Høyesterett innledet resonnementet sitt med å se til tidligere praksis hvor det var lagt til grunn at staten måtte gjøres til saksøkt i søksmål om menneskerettsbrudd, og bygde på disse rettssetningene.⁴¹² Siden statene er pliktsubjekter etter konvensjonsteksten i EMK artikkel 1 var tanken at kun staten kunne saksøkes i søksmål som ønsket å konstatere et brudd på konvensjonen.

Imot en regel om at staten måtte saksøkes viste Høyesterett til noen argumenter for at helseforetaket likevel burde kunne stå som saksøkt. For det første var det krenkende forholdet under helseforetakets ansvarsområde, og helseforetaket utøvde offentlig myndighet under

⁴⁰⁹ Se avsnitt 39.

⁴¹⁰ Lov 2. juli 1999 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (helsevernloven).

⁴¹¹ Avsnitt 1. Det er verdt å bemerke at staten selv ikke hadde innvendinger mot at et helseforetak med nær tilknytning til staten skulle kunne saksøkes med krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK. Dette forutsatt at staten kunne trekkes inn som part ved behov. Se statens innlegg i avgjørelsens avsnitt 24-28. Høyesterett mente likevel at staten måtte saksøkes, se avsnitt 39.

⁴¹² Avsnitt 33, med henvisning til Rt. 2008 s. 1601 A og Rt. 2009 s. 1350 U avsnitt 24. Høyesterett viste også til Rt. 2010 s. 291 A, se avsnitt 36. Som vist til i punkt 8.2 gir ingen av disse avgjørelsene et direkte svar på spørsmålet og omhandler tilgrensende problemstillinger. Det kan derfor virke som et retorisk grep av Høyesterett å henviser til dem for å gi resultatet et skinn av legitimitet, uten at avgjørelsene reelt sett har en betydning for argumentets verdi. En slik bruk av rettspraksis som kilde kan svekke avgjørelsens prejudikatverdi. Se om kamouflasjebegrunnelser i Skoghøy (2023) s. 346.

statlig helseforvaltning. Dette trakk i retningen av at helseforetaket også skulle kunne saksøkes.⁴¹³

Videre viste Høyesterett til at det kunne skape en upraktisk regel om saksøkeren har flere krav mot helseforetaket, og bare kravet om fastsettelsesdom måtte rettes mot staten.⁴¹⁴ Det kunne fremstå unødig komplisert om en saksøker måtte rette et separat søksmål mot staten bare for det ene kravet i et større søksmålskompleks. Eksempelvis kunne det oppstå tilfeller hvor en saksøker ønsket fastsettelsesdom mot helseforetaket, men samtidig ville gå til søksmål for ugyldighet eller erstatning. Det sistnevnte kravet måtte blitt rettet mot helseforetaket, mens førstnevnte måtte blitt rettet mot staten. Til sist viste Høyesterett til utgangspunktet om at det burde være opp til saksøkeren selv å bestemme hvem et krav skal rettes mot, med de begrensede rettsvirkninger en slik avgjørelse vil kunne få.⁴¹⁵ Dette er en henvisning til disposisjonsprinsippet, som det vil vise seg at ikke får avgjørende betydning.

Til tross for disse argumentene kom Høyesterett frem til at kun staten var rett saksøkt i fastsettelsessøksmålet. Unntak kunne ikke gjøres for helseforetaket. Det som synes å være avgjørende var at «statene er pliktsubjekter etter EMK», slik tidligere praksis hadde fastsatt.⁴¹⁶ Som argument for denne regelen viste Høyesterett først og fremst til retts tekniske hensyn. Det ville være prosessøkonomisk uheldig om et helseforetak ble stilt i en særstilling sammenlignet med andre saksøkte for slike søksmål.⁴¹⁷ De «andre saksøkte» som Høyesterett sikter til er trolig andre offentlige rettssubjekter det kan tenkes at saksøkes for menneskerettsbrudd, for eksempel kommuner eller fylkeskommuner.

Videre vektla Høyesterett rettskraftshensyn som en begrunnelse for at kun staten kunne saksøkes. Et fastsettelsessøksmål mot et helseforetak ville ikke stått i veien for at det samme søksmålet kunne rettes mot staten i etterkant. Det ville undergrave rettskraftsreglene og igjen

⁴¹³ Avsnitt 35.

⁴¹⁴ Avsnitt 35.

⁴¹⁵ Avsnitt 35. Det Høyesterett henviser til her, er at avgjørelsen ikke nødvendigvis vil kunne tvangsfullbyrdes mot helseforetaket fordi avgjørelsens tvangskraft ikke retter seg mot det rettssubjekt som er pliktig til å oppfylle kravet. Se også innledningen til dette kapitlet.

⁴¹⁶ Avsnitt 36.

⁴¹⁷ Avsnitt 36.

virke prosessøkonomisk uheldig om det samme søksmålet ble reist på nytt. I tillegg ville det medføre en risiko for at man kunne fått to avgjørelser med ulikt resultat.⁴¹⁸

Det siste argumentet Høyesterett vektla var at staten sto nærmere enn helseforetaket til å gjøre endringer i lover, forskrifter og sentrale rundskriv for å følge opp et eventuelt konvensjonsbrudd.⁴¹⁹ Høyesterett forutsetter dermed at menneskerettighetene i større grad vil gjennomføres riktig om staten saksøkes for en menneskerettskrenkelse fremfor det rettssubjektet som har utført den krenkende handlingen.

Samlet fremstår det som om Høyesterett la avgjørende vekt på at statene er pliktsubjektene etter EMK, slik ordlyden i EMK artikkel 1 tilsier.⁴²⁰ Utover det trakk reelle hensyn i hver sin retning. Slik argumentasjonen fremstår var det imidlertid ikke en klar overvekt mot at det ansvarlige helseforetaket også burde kunne stå som saksøkt i slike saker. Likevel konkluderte Høyesterett med at staten måtte saksøkes.

Høyesteretts rettssetning er lagt til grunn som et avgjørende prejudikat for at staten ved det ansvarlige departement må stå som saksøkt i saker hvor det nedlegges påstand om fastsettelsesdom for brudd på EMK.⁴²¹ Selv om Høyesterett bare eksplisitt vurderer at staten skal saksøkes til fordel for et helseforetak som utøver offentlig myndighet, er utgangspunktet om at staten skal saksøkes i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK også sett til i saker hvor fastsettelsessøksmål er reist mot kommuner.⁴²²

8.4 Rettspraksis etter Rt. 2011 s. 1666 (*Vestre-viken saken*)

I etterkant av *Vestre Viken-saken* har Høyesterett avgjort svært få saker som direkte tar stilling til hvem som har passiv søksmålsinteresse i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Et eksempel der regelen er lagt til grunn er HR-2017-2457-U. Saken gjaldt en bestemor som mente det var en krenkelse av EMK artikkel 8 og artikkel 13 at hun ikke fikk være part i barnevernssaken for sitt barnebarn. Barnebarnet hadde bodd hos henne nesten hele livet. Hun ønsket fastsettelsesdom for at hun var utsatt for en krenkelse, og rettet kravet mot kommunen.

⁴¹⁸ Avsnitt 37.

⁴¹⁹ Avsnitt 38.

⁴²⁰ Avsnitt 36.

⁴²¹ Schei m.fl. (å jour per 1. mars 2023) punkt 3.4; Uri (2017) s. 480; Reiertsen (2015) s. 424.

⁴²² Se HR-2017-2457-U.

Ankeutvalget avviste påstanden med den kortfattede begrunnelsen at for å få fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd forutsettes det at staten er saksøkt. Ankeutvalget henviste til *Vestre Viken-saken*.⁴²³

Ankeutvalgets henvisning til regelen i *Vestre Viken-saken* gir holdepunkter for at regelen fremdeles gir uttrykk for gjeldende rettstilstand. Høyesteretts uttalelser i en nyere avgjørelse HR-2022-401-A (*Tolga-saken*) stiller likevel spørsmål til rettssetningen. Problemstillingen for Høyesterett i *Tolga-saken* var om et søksmål om krav på reparasjonserstatning etter EMK artikkel 13 for påståtte EMK-brudd kunne fremmes i et søksmål rettet mot Tolga kommune.

Sakens bakgrunn var to brødre som krevde reparasjonserstatning mot Tolga kommune etter feilaktig å ha blitt registrert som psykisk utviklingshemmede gjennom flere år. Kommunen hadde i tillegg meldt fra til fylkesmannen om at brødrene hadde behov for vergemål. Brødrene reiste søksmål med krav om reparasjonserstatning for forholdet og påberopte EMK artikkel 13 som erstatningshjemmel. Grunnlaget for menneskerettskrenkelsen var brudd på EMK artikkel 3 om forbud mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling og EMK artikkel 8 om retten til privatliv.⁴²⁴ Det underliggende materielle spørsmålet i saken var om EMK artikkel 13 ga hjemmel til å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap som følge av menneskerettskrenkelser, og om en slik erstatningshjemmel gjaldt ved siden av de øvrige reglene om reparasjonserstatning i intern norsk rett.⁴²⁵ Spørsmålet Høyesterett behandlet gjaldt ikke det materielle kravet, men hvem søksmålet skulle rettes mot.

Før Høyesterett behandlet spørsmålet la underinstansene til grunn rettstilstanden etter *Vestre Viken-saken* som grunnlag for avvisning. Statene er pliktsubjekt etter EMK på folkerettslig

⁴²³ Saken gjaldt en barnevernssak som er unntatt offentligheten. Premissene for avvisningen kommer dermed ikke klart frem. Olav Sylte har skrevet en artikkel om avgjørelsen og gir informasjon om sakens faktum og saksgang, se Olav Sylte, *Umulig å få dom på EMK-brudd*, Advokatfirmaet sylte 2018 <https://advokatsylte.no/artikkel/9/barnevernsaker/737/umulig-a-fa-dom-pa-emk-brudd> (Lest 10. mai 2023). Hans faktumbeskrivelser er lagt til grunn i avhandlingen.

⁴²⁴ Avsnitt 3.

⁴²⁵ Om EMK artikkel 13 kan gi grunnlag erstatning ved siden av de øvrige norske bestemmelsene for reparasjonserstatning i skadeerstatningsloven § 3-5 er under debatt. Brødrene inngikk avtale om forlik med kommunen, slik at spørsmålet ikke ble avklart gjennom domstolene for denne saken. Den samme problemstillingen ble imidlertid behandlet av tingretten i TOSL-2021-107095 (Oslo tingrett), hvor retten kom til at EMK artikkel 13 ikke ga erstatningshjemmel, se punkt 5.2 i saken. Tingrettsavgjørelsen er anket til lagmannsretten, se <https://www.elden.no/aktuelt/nakenvistasjon-er-brudd-p%C3%A5-menneskerettigheter> (sist sjekket mai 2023).

plan, og brødrenes krav ble utledet direkte av EMK artikkel 13 som pålegger statene en reparasjonsplikt. Staten måtte derfor være rett saksøkt.⁴²⁶ Lagmannsrettens kjennelse ble anket til Høyesterett. Brødrene fikk medhold i Høyesterett om at erstatning med hjemmel i EMK kunne rettes mot kommunen.

Innledningsvis skal avgjørelsens betydning for avhandlingens tematikk kommenteres. *Tolga-saken* avklarer i utgangspunktet bare tilknytningskravet for krav om erstatning for ikke-økonomiske tap der menneskerettsbruddet utgjør et prejudisielt forhold. Uttalelsene i avgjørelsen har derfor ikke en direkte overføringsverdi til søksmål om fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd mot andre enn staten.⁴²⁷ Fastsettelsessøksmål for brudd på EMK og erstatningssøksmål med hjemmel i EMK artikkel 13 har likevel mange likhetstrekk. For det første er brudd på EMK artikkel 13 en aksessorisk påstand, i den forstand at bestemmelsen bare kommer til anvendelse i samspill med konvensjonsrettighetene.⁴²⁸ Videre har begge kravene hjemmel i en bestemmelse i EMK, sammenlignet med de tilfellene hvor EMK-rettslige brudd påberopes som et prejudisielt forhold sammen med en erstatningshjemmel eller ugyldighetsgrunn med grunnlag i intern norsk rett.⁴²⁹ Til sist vil vurderingstemaene for et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK og en reparasjonserstatning etter EMK artikkel 13 bero på det samme vurderingsgrunnlaget hvor det sentrale er om det foreligger en krenkelse eller ikke. I den konkrete saken bygger også underinstansene og Høyesterett selv på uttalelser fra tidligere avgjørelser som gjelder tilknytningskravet for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK i sine vurderinger.⁴³⁰ Dette tilsier at søksmålstypene har likhetstrekk.

Selv om likhetene mellom søksmålstypene er store, må det tas forbehold for de argumentene Høyesterett har vektlagt som særlig gjelder for tilknytningskravet i tilfeller der også erstatning er påberopt.⁴³¹ Høyesteretts slutning i saken vil derfor ikke være avgjørende for vurderingen

⁴²⁶ TOST-2020-155810 (Nord-Østerdal tingrett) og LE-2021-61640 (Eidsivating lagmannsrett).

⁴²⁷ Retten påpeker selv at det er likhetstrekk mellom søksmålstypene, men at de likevel må holdes adskilt, se avsnitt 43. I teorien er det uenighet om avgjørelsens betydning for passiv søksmålsinteresse for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK, se punkt 3.4 Schei m.fl. (å jour per 1. mars 2023); Skoghøy (2022) s. 404.

⁴²⁸ Bestemmelsen gjelder bare dersom «rettigheter eller friheter fastlagt i denne konvensjonen blir krenket», jf. EMK artikkel 13. Se også Kjetil Mujezinović Larsen, «Retten til et effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13: En studentrettet oversikt» *Jussens Venner*, 54 (2019) nr. 6, s. 388-402, på s. 393.

⁴²⁹ Slik som i typetilfellet i punkt 6.2.

⁴³⁰ Avsnitt 24 og 36.

⁴³¹ Se avsnitt 47, 49, 50 og 51.

av kravet til passiv søksmålsinteresse i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. De argumentene som likevel kan ha en overføringsverdi er særlig Høyesteretts avklaringer om hvem som kan saksøkes for brudd på bestemmelsene i EMK, og hvem som er pliktsubjekter etter konvensjonsreglene.⁴³²

I Høyesteretts begrunnelse viste retten først til at hvem som er pliktsubjekt etter EMK på folkerettslig plan ikke nødvendigvis er utslagsgivende for hvem som kan stilles ansvarlig etter nasjonal rett.⁴³³ Høyesterett viste til Grunnloven § 92 som fastsetter at «Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og for Norges bindende traktater om menneskerettighetene». Høyesterett presiserte at formuleringen «statens myndigheter» ikke begrenser seg til staten. «Statens myndigheter» skulle tolkes i vid forstand, og omfatter både Stortinget, regjeringen, kommunale og fylkeskommunale myndigheter, andre forvaltningsorganer og domstolene.⁴³⁴ Grunnloven § 92 ga derfor uttrykkelige holdepunkter for at alle statlige myndighetsorganer er internrettslige pliktsubjekter etter EMK. Det Høyesterett uttaler her, vil kunne slå ben under begrunnelsen for regelen om at fastsettelsessøksmål kun kan rettes mot staten fordi de er pliktsubjekt etter EMK, slik det er nedfelt i *Vestre Viken-saken*.

Det neste argumentet Høyesterett bygde på knyttet seg til at søksmålet gjaldt et krav om reparasjonerstatning. Her viste Høyesterett til at erstatningskrav i norsk prosessrett som utgangspunkt skal rettes mot det rettssubjektet som anføres å ha begått rettsbrudd. Det samme måtte legges til grunn for reparasjonerstatning etter EMK artikkel 13.⁴³⁵ Det var ikke grunnlag for å gjøre unntak for erstatningskrav begrunnet i menneskerettighetene, noe som ble underbygd av prosessøkonomiske hensyn. Høyesterett viste til at det ofte vil anføres ulike grunnlag for erstatning i samme sak, og at det ville vært kostbart for en saksøker å anlegge et søksmål om reparasjonerstatning basert på EMK mot staten, og et alminnelig erstatningskrav basert på nasjonale rettsregler mot den ansvarlige kommunen.⁴³⁶ Som allerede nevnt kan et krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK fremsettes parallelt med et gyldighetssøksmål

⁴³² Avsnitt 31 og 46.

⁴³³ Avsnitt 46 og 47. Se også punkt 4.3 og 4.4.

⁴³⁴ Se avsnitt 46 som henviser til NOU 1993:18 på s. 159 og Ot.prp.nr.3 (1998-1999) punkt 3.2.2.

⁴³⁵ Avsnitt 47.

⁴³⁶ Avsnitt 50 og 51.

eller erstatningssøksmål.⁴³⁷ De samme prosessøkonomiske hensynene Høyesterett løfter frem her vil derfor kunne ha overføringsverdi til fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.

Videre kom Høyesterett med noen bemerkninger til rettskraftshensyn som gjorde seg gjeldende.⁴³⁸ En dom for reparasjonerstatning mot kommunen ville ikke utelukke at en ny sak om det samme rettsforholdet kunne fremmes mot staten. Dette kunne føre til to avgjørelser med ulikt resultat, noe som trakk i retning av at staten burde saksøkes. Rettskraftshensyn var imidlertid ikke avgjørende. Høyesterett uttalte at «det ikke er unikt at samme spørsmål kan komme opp i saker mellom ulike parter og lede til ulikt resultat».⁴³⁹ I *Vestre Viken-saken* ble sakens rettskraftsvirkning ilagt større vekt.⁴⁴⁰ Begrunnelsen kan imidlertid være at domsslutningene er ulike fra en sak om reparasjonerstatning etter EMK artikkel 13 og en fastsettelsesdom, noe Høyesterett også poengterer: «Domsslutningen er uansett begrenset til å konstatere om saksøkte plikter å betale erstatning eller ikke, noe som skiller disse sakene fra fastsettelsessøksmålene».⁴⁴¹ Den rettslige konsekvensen er derfor forskjellig. Til sammenligning vil en domsslutning i et fastsettelsessøksmål konstatere om det foreligger et konvensjonsbrudd eller ikke. Høyesterett synes å legge til grunn at det kan medføre en større ulempe om et slikt søksmål skal kunne reises på nytt og lede til et ulikt resultat, sammenlignet med erstatningssøksmålene. Domsslutningen i et søksmål om erstatning vil være så begrenset at det ikke vil medføre uforholdsmessige ulemper i henhold til rettskraftsreglene.

En rekke av Høyesteretts argumenter i *Tolga-saken* er uten overføringsverdi til fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Avgjørelsen gir ikke et prejudikat for at kommuner etter gjeldende rett kan saksøkes for konvensjonsbrudd. Tvert imot skulle søksmålstypene behandles annerledes, særlig med henvisning til Høyesteretts uttalelse om at rettskraftshensyn slår seg ulikt ut for søksmål om fastsettelsesdom enn det gjør for søksmål om reparasjonerstatning etter EMK artikkel 13.⁴⁴² Uttalelsen tilsier at Høyesterett i hovedsak så på søksmålet som et erstatningssøksmål, og ikke som et fastsettelsessøksmål. Noen av

⁴³⁷ Se punkt 6.2.

⁴³⁸ Avsnitt 49.

⁴³⁹ Avsnitt 49.

⁴⁴⁰ Se punkt 8.3.

⁴⁴¹ Avsnitt 49.

⁴⁴² Avsnitt 49.

Høyesteretts uttalelser har likevel betydning for om rettssetningen i *Vestre Viken-saken* kan opprettholdes. Særlig uttalelsen om at Grunnloven § 92 gjør at alle statens myndigheter er pliktsubjekter etter EMK – ikke bare staten. Dette vil adresseres i neste punkt.

8.5 Grunnloven § 92 og passiv søksmålsinteresse i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK

Som nevnt har det i etterkant av *Vestre Viken-saken* skjedd endringer i rettstilstanden som stiller spørsmål til om også andre offentlige myndigheter enn bare staten kan saksøkes i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Det er særlig vedtakelsen av Grunnloven § 92 i 2014 som reiser problemstillingen. Grunnloven § 92 løfter frem plikten til å sikre menneskerettighetene langt tydeligere enn den tidligere Grunnloven § 110 C første ledd. Dette er særlig på grunn av plasseringen Grunnloven § 92 fikk som første bestemmelse i Grunnlovens kapittel E.⁴⁴³

Det følger av Grunnloven § 92 at «statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norges bindende traktater om menneskerettighetene». Slik Høyesterett la til grunn i *Tolga-saken* gir bestemmelsen statens myndigheter i vid forstand et pålegg om å følge opp konvensjonsbestemmelsene slik de er inkorporert i norsk rett.⁴⁴⁴

Skoghøy er av den forståelse at den tradisjonelle oppfatningen lagt til grunn i *Vestre Viken-saken* ikke kan opprettholdes etter dagens rettstilstand. At statene er pliktsubjekt etter konvensjonsteksten er etter hans mening ikke lengre avgjørende idet Grunnloven § 92 eksplisitt tillegger alle statens myndigheter en plikt til å overholde menneskerettighetene innenfor nasjonal rett.⁴⁴⁵ Sylte bygger på den samme tankegangen i sin artikkel rettet mot domstolens avvisning i HR-2017-2457-U, som vist til ovenfor.⁴⁴⁶ Han hevder at ankeutvalgets ordbruk om at staten er pliktsubjekt etter EMK er «feil», og ikke står i overensstemmelse med

⁴⁴³ Det vises til innledningen i dette kapittelet. Se også Schei m.fl. (å jour per 1. mars 2023) punkt 3.4.

⁴⁴⁴ Se avsnitt 46. Se også HR-2016-2554-P avsnitt 70.

⁴⁴⁵ Skoghøy (2023) s. 109; Skoghøy (2022) s. 404.

⁴⁴⁶ Sylte (2018). Det er verdt å merke seg at Sylte var prosessfullmektig for saksøkeren i saken for Høyesterett, noe som kan indikere at han er partisk i sin argumentasjon. Hans argumenter er likevel generelle, og må vurderes selvstendig ut fra hvilken argumentasjonsverdi de har.

grunnlovsbestemmelsen.⁴⁴⁷ Etter hans oppfatning er det irrelevant hvilken instans som saksøkes, så lenge det er en statlig myndighet.

Selv etter vedtakelsen av Grunnloven § 92 er det likevel flere teoretikere som holder fast ved den tradisjonelle rettssetningen om at staten skal saksøkes.⁴⁴⁸ Høyesterett har også bygd på denne rettssetningen i etterkant av vedtakelsen.⁴⁴⁹ Heller ikke Høyesteretts uttalelser i *Tolga-saken* tok avstand fra dette utgangspunktet. Selv om det ikke var et direkte spørsmål i *Tolga-saken* kunne Høyesterett tatt anledningen til å holde rettstilstanden åpen dersom rettskildene ellers ga et klart bilde for at andre enn staten kunne saksøkes i et fastsettelsessøksmål.⁴⁵⁰ Det gjorde Høyesterett imidlertid ikke, til tross for at de brukte *Vestre Viken-saken* i sin argumentasjon. Når Høyesterett likevel tillater at et erstatningskrav basert på EMKs reparasjonsregler kan rettes mot en kommune, kan det være overraskende at det ikke også skal være adgang til å gi fastsettelsesdom for brudd på EMK med en kommune som saksøkt. Søksmålstypene er som nevnt lik, og erstatning etter EMK artikkel 13 er betinget av at det foreligger en krenkelse.⁴⁵¹ Selv om Høyesterett ikke tok direkte stilling til spørsmålet, gir *Tolga-saken* uttrykk for en tendens om at flere av statens myndigheter kan gjøres ansvarlig for brudd på EMK-rettslige bestemmelser. I alle fall sammenlignet med tidligere praksis, som har sagt mer kategorisk «nei».⁴⁵²

Både Grunnloven § 92 og tendensen som viser seg i *Tolga-saken* vil være sentrale rettskilder nesten gang spørsmålet om passiv søksmålsinteresse i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK reiser seg i domstolene. Særlig vil bestemmelsen i Grunnloven utgjøre et bærende

⁴⁴⁷ Sylte (2018).

⁴⁴⁸ Reiertsen (2015) s. 424; Uri (2017) s. 480.

⁴⁴⁹ Se HR-2017-2457-U, som ble redegjort for ovenfor.

⁴⁵⁰ Dette har blitt gjort i andre sammenhenger, eksempelvis i HR-2017-1130-A som vist til under punkt 7.3. Her holdt Høyesterett rettstilstanden åpen dersom moren ikke hadde reist søksmål, se avsnitt 58. Det må likevel presiseres at domstolene ikke har noen plikt til å gi en rettsavklaring utover sakens konkrete spørsmål, slik at argumentet ikke kan tillegges nevneverdig vekt.

⁴⁵¹ Se avsnitt 42 i *Tolga-saken*, hvor kommunen anførte at en dom for erstatning for ikke-økonomisk tap på grunnlag av EMK artikkel 13 nærmest bare var en refleks av krenkelsen, noe som begrunnet at de samme prinsippene fra *Vestre Viken-saken* skulle legges til grunn for vurderingen. Se også om likhetstrekkene som er redegjort for i punkt 8.4.

⁴⁵² Se blant annet Rt. 2010 s. 291 A og Rt. 2011 s. 1666 A.

argument for at alle statens myndigheter, uansett hvordan staten har organisert seg, kan stilles ansvarlig for konvensjonskrenkelser gjennom et fastsettelsessøksmål.

8.6 Balansen mellom de ulike hensynene og målsettingene i Høyesteretts praksis

I det følgende skal det vises til hvordan Høyesterett har ivaretatt og balansert hensynene og målsettingene bak søksmålsvilkårene i sin praktisering av passiv søksmålsinteresse i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.⁴⁵³ Ettersom rettssetningen tilsynelatende fremdeles er at staten skal saksøkes i slike søksmål, er dette utgangspunktet for drøftelsene i det følgende.

Et sentralt hensyn bak søksmålsvilkårene er at de skal sikre en effektiv, forsvarlig og rettferdig behandling av rettstvister.⁴⁵⁴ Søksmålsvilkårene skal derfor legge til rette for at saksøkeren får løst sine rettslige tvister gjennom en enkel prosess. Denne målsettingen la Høyesterett vekt på i *Vestre Viken-saken* som et argument for at helseforetaket skulle kunne saksøkes. Tanken var at dersom en saksøker hadde flere krav mot helseforetaket, ville det fremstå unødig komplisert at et fastsettelsessøksmål måtte skilles ut og rettes mot staten.⁴⁵⁵ Høyesteretts valg om at staten likevel skulle saksøkes gikk derfor på bekostning av dette hensynet.

Sylte løfter frem hensynet om en effektiv rettsavklaring i en kritikk mot avvisningskjennelsen i HR-2017-2457-U.⁴⁵⁶ Etter Syltes mening umuliggjør regelen om at staten må saksøkes at private parter i realiteten vil få prøvd om det foreligger en krenkelse av EMK, særlig i barnevernssaker.⁴⁵⁷ Dette er på grunn av de kostnadene det innebærer for en saksøker å reise et separat søksmål mot staten for å få fastsettelsesdom. Det spesielle med tilfellet for overprøving av barnevernssaker er at det lokale barnevern ved den tilhørende kommunen i utgangspunktet skal stå som part i overprøvingssakene, se tvisteloven § 2-1 første ledd b) og barnevernloven⁴⁵⁸ kapittel 15. Slik er det også for en rekke andre saker hvor det er utøvd

⁴⁵³ Se kapittel 5 om hensynene og målsettingene bak tvisteloven § 1-3.

⁴⁵⁴ Se punkt 5.2 og 5.3.

⁴⁵⁵ Høyesterett bygde på det samme hensynet i HR-2022-401-A avsnitt 47.

⁴⁵⁶ Sylte (2018).

⁴⁵⁷ Sylte (2018).

⁴⁵⁸ Lov 18. juni 2021 nr. 97 om barnevern (barnevernloven).

myndighet innen helsesektoren, eksempelvis for helseforetak.⁴⁵⁹ For at en saksøker skal få fastsettelsesdom for et forhold som faller inn under en slik sak må saksøkeren etter dagens regel rette et separat søksmål mot staten, i tillegg til søksmålet mot for eksempel en kommune. En avvisning som følge av at bare staten kan saksøkes kan derfor gå på bekostning av hensynet til effektivitet og forsvarlighet overfor saksøkeren.

Videre kan det argumenteres for at en regel om at staten må saksøkes vil stride mot hensynet til en rettferdig saksbehandling overfor parter med svak økonomi. I lys av dagens sakskostnader er det kostbart å reise sak for domstolene.⁴⁶⁰ En saksøker kan derfor bli forhindret til å få prøve sine menneskerettigheter fordi deres økonomi ikke strekker til om de må rette et nytt søksmål mot et annet rettssubjekt i et allerede eksisterende søksmål. De avgjørelsene som er vist til viser at Høyesterett ikke tillegger disse hensynene avgjørende vekt i sin praktisering av kravet til passiv søksmålsinteresse.

Det vil også gå på bekostning av disposisjonsprinsippet at et søksmål blir avvist fordi det er rettet mot feil saksøkt.⁴⁶¹ Prinsippet ivaretas om saksøkeren selv får velge om hva, og mot hvem søksmålet skal gjelde. Høyesteretts praktisering av tilknytningskravet viser at disposisjonsprinsippet sjelden får gjennomslag når andre hensyn og målsettinger trekker i retning av å begrense søksmålsadgangen. Denne balanseringen av hensynene har imidlertid gode grunner for seg. Kravet til passiv søksmålsinteresse skal sikre at ikke ethvert offentlig myndighetsorgan kan saksøkes i hvilket som helst søksmål. Det forutsettes at det offentlige organet har en tilstrekkelig tilknytning til søksmålet som gir saksøkeren et reelt behov i å få dom mot vedkommende i medhold av tvisteloven § 1-3. Dersom disposisjonsprinsippet alltid skulle fått gjennomslag ville konsekvensen vært at domstolene måtte tatt stilling til mange unødvendige søksmål med uklare rettsvirkninger. Om det likevel er flere offentlige myndighetsorganer som har passiv søksmålsinteresse i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK, tilsier disposisjonsprinsippet at saksøkerens valg av hvem søksmålet skal rettes mot bør få gjennomslag for å ivareta prinsippet.

⁴⁵⁹ Se helseforetaksloven § 6.

⁴⁶⁰ Se blant annet NOU 2020:11 Den tredje statsmakt – Domstolene i endring, kapittel 24.

⁴⁶¹ Se punkt 5.3 og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 34.

Videre er det en grunnleggende målsetting bak sivilprosessen at prosessen skal sikre en rask og prosessøkonomisk prosess for å bevare domstolenes ressurser på en forsvarlig måte.⁴⁶² Målsettingen ivaretas blant annet ved at Høyesterett i *Vestre Viken-saken* bruker retts tekniske hensyn og hensynet til rettskraftsreglene i sin argumentasjon.⁴⁶³ I *Vestre Viken-saken* løftet Høyesterett frem det ville føre til en uklar regel overfor andre mulige saksøkte om det ble gjort unntak for at et helseforetak kunne saksøkes i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Den mest retts tekniske regelen ville være om bare staten kunne saksøkes.⁴⁶⁴ Denne løsningen vil sikre en prosessøkonomisk prosess ved at ikke domstolene i senere saker må ta stilling til om eventuelle kommuner, fylkeskommuner eller andre offentlige myndigheter kan saksøkes fordi det ble gjort unntak for et helseforetak i en sak.⁴⁶⁵ En regel om at staten alltid skal saksøkes i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK vil derfor ivareta prosessøkonomiske hensyn.

I *Vestre Viken-saken* trakk også rettskraftshensyn i retningen av at staten måtte saksøkes. Dersom helseforetaket kunne saksøkes ville det oppstå en risiko for at to saker om det samme rettsforhold ville kunne versere i rettssystemet.⁴⁶⁶ Ett mot helseforetaket og ett mot staten. Dette kan være uheldig, særlig om sakene leder til et ulikt resultat. Det kan likevel stilles spørsmål til hvor tungtveiende rettskraftshensyn i realiteten er for slike saker. Det er kostbart å fremme en sak for domstolene. Dersom en saksøker får medhold i et søksmål om brudd på menneskerettighetene mot for eksempel et helseforetak er det lite sannsynlig at en saksøker vil ta seg bryet om å reise et nytt søksmål mot staten. Dersom en saksøker på den andre siden ikke får medhold overfor helseforetaket, vil det innebære en stor økonomisk risiko for saksøkeren å rette samme søksmålet mot staten. Særlig på grunn av det någjeldende kostnadsnivået knyttet til å ta ut saksanlegg. Det er dermed tvilsomt at det vil reises et etterfølgende søksmål mot staten, også i dette tilfellet. Problematikken med rettskraft bør derfor ikke overdrives selv om det er en risiko for at slike situasjoner kan oppstå.

⁴⁶² Se punkt 5.3.

⁴⁶³ Avsnitt 36 og 37.

⁴⁶⁴ Avsnitt 36.

⁴⁶⁵ En utvidelse av passiv søksmålsinteresse for denne kravstypen kan fordre spørsmål om også andre private aktører som utøver delvis offentlig myndighet etter avtale med kommuner kan saksøkes i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. En redegjørelse for dette faller imidlertid utenfor avhandlingens omfang.

⁴⁶⁶ Avsnitt 37.

Søksmålsvilkårene skal også beskytte samfunnets ressurser mot unødige søksmål, og sikre at de søksmål som blir reist vil kunne håndheves og etterleves på en effektiv måte.⁴⁶⁷ I *Vestre Viken-saken* vekta Høyesterett denne målsettingen som et argument for at staten måtte saksøkes med den begrunnelse at staten vil stå nærmere enn andre til å gjøre endringer i lover og regler som følge av konvensjonsbruddet.⁴⁶⁸ På den ene siden har argumentet noe for seg ved at staten er nærmere lovgivningsmyndigheten enn for eksempel et helseforetak, eller annen offentlig myndighet.⁴⁶⁹ På den andre siden kan det tenkes at det rettssubjektet som er nærmere det krenkende forholdet lettere vil kunne gjøre tiltak som vil rette opp de problemer som har forårsaket konvensjonsbruddet. At de som står nærmere den krenkende handlingen kan saksøkes vil også i større grad ivareta hensynet til kontradiksjon og et materielt riktig resultat, siden disse under en realitetsbehandling i større grad vil kunne opplyse retten om det krenkende forholdet.⁴⁷⁰ For å ivareta målsettingene vil det derfor være mest hensiktsmessig å reise søksmålet mot den som står nærmest den krenkende handlingen.

I forlengelsen av dette det nødvendig å presisere at målsettingenes gjennomslagskraft kan variere ut fra hva saksøkeren mener utgjør det krenkende forholdet. Dette kommer for øvrig til uttrykk i at kravet til passiv søksmålsinteresse bare vil være oppfylt derfor saksøkeren har et reelt behov for å få dom overfor den aktuelle saksøkte. Dersom det for eksempel er en forskrift eller lov som er påstått som krenkende vil det være lite en kommune kan gjøre. En saksøker vil i et slikt tilfelle ikke ha et reelt behov for dom overfor kommunen. Da er det større grunn for at staten må saksøkes. Er det derimot snakk om praktiseringen av reglene, trekker hensynene og målsettingene i retning av at det er den offentlige myndighet som har utført handlingen som skal stilles ansvarlig.

Dagens tvistelov har også regler som sikrer at staten holdes oppdatert og har adgang til å bistå i saker om menneskerettskrenkelser. Reglene kan bidra til å sikre hensynet til en effektiv håndhevelse og etterlevelse av en menneskerettskrenkelse. Den første regelen det skal vises til

⁴⁶⁷ Se punkt 5.2.

⁴⁶⁸ Avsnitt 38.

⁴⁶⁹ I nyere tid har det imidlertid blitt aktualisert at staten ikke nødvendigvis vil innlede en prosess for å håndheve og etterleve menneskerettigheten selv om det er konstatert menneskerettsbrudd overfor dem. Se sammenligning til HR-2021-1975-S (*Fosen-saken*).

⁴⁷⁰ Se punkt 5.3. Det er verdt å nevne at problematikken kan løses ved at en eventuell kommune eller et helseforetak kan tas inn som partshjelpere for staten og på den måten opplyse retten om sakens faktiske forhold, se tvisteloven § 15-7.

er tvisteloven § 30-13. I saker om Grunnloven eller internasjonale forpliktelser har staten krav på varsel og rett til å opptre i saken i medhold av bestemmelsen. Retten til å opptre gjelder så langt det er nødvendig for å ivareta det offentlige interesse ved en mulig regelkonflikt, jf. § 30-13 første ledd. Dersom et fastsettelsessøksmål rettes mot en kommune for at kommunen har handlet i strid med menneskerettighetene, vil staten kunne fremme offentlige interesser om den krenkende handlingen kan tenkes å ha betydning for forholdet mellom en formell norsk lov og en menneskerettsforpliktelse. Bestemmelsen gjelder særskilt for behandling av saker i Høyesterett. Generelt gjelder tilsvarende adgang til å tiltre som partshjelper etter tvisteloven § 15-7, og adgangen til å gi skriftlig innlegg etter tvisteloven § 15-8.⁴⁷¹ Det trenger derfor ikke oppstå problemer med etterlevelsen av menneskerettighetene bare fordi andre enn staten også kan saksøkes i et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.

Til sist kan det nevnes at hensynet til en lojal etterlevelse av konvensjonsforpliktelsene er et grunnleggende prinsipp i norsk rett. Prinsippet kan spille inn på domstolenes praktisering av søksmålsvilkårene.⁴⁷² Som nevnt stiller imidlertid ikke EMK noen krav til hvem som saksøkes for et konvensjonsbrudd, så lenge konvensjonsbruddet blir prøvd.⁴⁷³ Det bør derfor ikke spille inn på muligheten til fastsettelsesdom at søksmålet rettes mot noen andre enn staten, idet dette kan gjøre det vanskeligere for en saksøker å få prøvd sine rettigheter. Ettersom det er opp til staten selv å lage egnede ordninger for å bøte på konvensjonsbrudd, vil det være en unødig komplisert og kostbar ordning at et krav om fastsettelsesdom alltid må reises mot staten. EMK artikkel 13 vil ikke kreve en slik løsning for at retten til en «effective remedy» skal ivaretas. Grunnloven § 92 trekker også som nevnt i motsatt retning.⁴⁷⁴ Domstolene vil i større grad kunne ivareta konvensjonsforpliktelsene om de tillater at fastsettelsessøksmål for brudd på EMK kan rettes mot alle offentlige myndigheter, så fremt det myndighetsorganet søksmålet retter seg mot har en tilstrekkelig tiknytning til søksmålgjenstanden i den konkrete saken. Dette gjelder spesielt for det nevnte tilfellet hvor

⁴⁷¹ En eventuell løsning for å bøte på problematikken kunne vært om Høyesterett, eller lovgiver, innførte en regel om tvungent prosessfellesskap mellom staten og den saksøkte offentlige myndigheten i saker hvor det er påberopt fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd. Se om tvungent prosessfellesskap i blant annet Backer (2020) s. 408.

⁴⁷² Se punkt 5.3.

⁴⁷³ Se punkt 4.3 og 4.4. Se også HR-2022-401-A avsnitt 31.

⁴⁷⁴ Se punkt 8.5.

saksøkerens økonomiske situasjon står i veien for å reise et separat søksmål mot staten i et søksmålskompleks rettet mot en annen offentlig myndighet.

I den faktiske praktiseringen av kravet til passiv søksmålsinteresse fremstår det som om Høyesterett har tillagt prosessøkonomiske hensyn tyngst vekt, og at en retts teknisk enkel regel og rettskraftshensyn går på bekostning av muligheten en saksøker har til å få prøvd sine menneskerettigheter i et fastsettelsessøksmål. Måten Høyesterett har praktisert reglene på til nå, viser også at de ikke nødvendigvis handler i tråd med det som er kjernen av domstolens funksjon som konkret tvisteløser.⁴⁷⁵ Faktumet i *Tolga-saken* kan brukes som et eksempel for å illustrere poenget:

Brødrene i saken gikk til søksmål mot Tolga kommune fordi de mente kommunen hadde behandlet dem i strid med menneskerettighetene. Sett at brødrene reiste et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK, istedenfor reparasjons erstatning, ville de ikke fått reist et slikt søksmål mot kommunen. Søksmålet måtte ha blitt reist mot staten istedenfor. I en liten kommune som Tolga antas det å være av verdi for brødrene å få avklart rettsforholdet mellom dem og kommunen de anser som ansvarlig, fremfor å få konstatert et menneskerettsbrudd overfor staten. Dersom et søksmål rettes mot staten, istedenfor den som direkte har utført den krenkende handlingen, vil ikke saksøkeren få avklart sin rettsstilling overfor det ansvarlige rettssubjektet og domstolen vil ikke løse tvisten i det konkrete rettsforholdet.

Drøftelsene i dette punktet har samlet sett vist at Høyesteretts praktisering av hensynene og målsettingene er noe ubalansert. Den mest hensiktsmessige regelen, og den regelen som i størst grad ivaretar hensynene og målsettingene bak søksmåls vilkårene, vil være at alle statens myndigheter kan stilles ansvarlig i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Særlig ettersom grunnlovsbestemmelsen også underbygger en slik løsning.⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ Se punkt 5.4.

⁴⁷⁶ Se punkt 8.5.

9 Avsluttende bemerkninger og refleksjoner

9.1 Utviklingen av hvordan domstolene ivaretar hensynene og målsettingene bak tvisteloven § 1-3

Målet med avhandlingen var å undersøke om domstolene ved praktiseringen av søksmålsvilkårene for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK har ivaretatt hensynene og målsettingene som ligger bak tvisteloven § 1-3. I forlengelsen av dette var målet å beskrive utviklingstrekk ved praktiseringen av vilkårene, og å presisere avveiningene som foretas.⁴⁷⁷

Analysene har vist at Høyesterett vektlegger et bredt spekter av hensyn og målsettinger i sin praktisering av søksmålsvilkårene. Hvordan de balanseres stiller seg ulikt ut fra hvilket vilkår som er til vurdering. Det er likevel en gjennomgående tendens til at Høyesterett i større grad vektlegger hensynene og målsettingene som taler for å realitetsbehandle fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. Høyesterett ser seg altså villig til å fravike tradisjonelle tolkninger av tvisteloven § 1-3 for å tillate disse søksmålene fremmet.

Avhandlingens drøftelser har videre vist til at praktiseringen av søksmålsvilkårene i stor grad beror på en avveining mellom prosessøkonomiske hensyn på den ene siden, og hensynet til saksøkerens behov for rettsavklaring av menneskerettighetene på den andre. Oppsummert synes hensynene og målsettingene i størst grad å bli ivaretatt i de tilfellene fastsettelsessøksmål for brudd på EMK tillates. I vurderingen av aktualitetskravet gjelder dette særlig for de tilfellene hvor det reises krav om fastsettelsesdom for et konvensjonsbrudd som også utgjør en del av premissene for et annet krav.⁴⁷⁸ Høyesterett har også vist at en fastsettelsesdom har en selvstendig funksjon til tross for at domsslutningens rettsvirkninger er uklare. En fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd vil blant annet ivareta reparasjonshensyn, og ha en oppreisende effekt som kan gi en saksøker et reelt behov for rettsavklaring.⁴⁷⁹

Når det gjelder kravet til aktiv søksmålsinteresse, er det grunn til å fremheve at overvekten av hensynene og målsettingene ikke alltid trekker i retningen av å tillate fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.⁴⁸⁰ Slik drøftelsene viser kan det oppstå uheldige situasjoner om en saksøker

⁴⁷⁷ Se punkt 1.2.

⁴⁷⁸ Se punkt 6.2.4.

⁴⁷⁹ Se punkt. 6.3.3.

⁴⁸⁰ Se punkt 7.3.2.

får reise søksmål om konvensjonsbrudd mot et personlig vedtak som er direkte rettet mot en annen.⁴⁸¹ Men også her er det nyanseforskjeller. Vurderingen av hva som er en formålstjenlig søksmålsadgang må derfor avgjøres fra sak til sak. Også for dette kravet viser Høyesterett en tendens for å vektlegge saksøkerens behov for rettsavklaring. Særlig dersom saksøkernes eneste måte for å få avklart sine menneskerettigheter på er å stå som saksøker, noe som eksempelvis er tilfellet der den vedtaket retter seg mot ikke selv går til søksmål.⁴⁸²

Høyesteretts praktisering av kravet til passiv søksmålsinteresse har imidlertid vist seg å harmonisere dårlig med de hensynene og målsettingene som ligger til grunn for søksmålsvilkårene.⁴⁸³ Dette gjelder særlig der Høyesterett fastholder at kun staten kan saksøkes i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. En slik regel vil i liten grad ivareta behovet den krenkende har for å få et menneskerettsbrudd vurdert i domstolene. Overvekten av hensyn og målsettinger vil bli ivaretatt om domstolene gir adgang til å tillate fastsettelsessøksmål for brudd på EMK, også når et søksmålet er rettet mot et annet offentlig myndighetsorgan enn staten.⁴⁸⁴

Måten Høyesterett har balansert hensynene og målsettingene på gir også utslag for hvordan sivilprosessens funksjoner balanseres. Ved å tillate fastsettelsessøksmål for brudd på EMK har Høyesterett satt i gang en liberalisering av rettstilstanden, og i større grad vektlagt sine samfunnsmessige funksjoner. Dette gjelder særlig der saksøkerens behov for rettsavklaring av sine menneskerettigheter går på bekostning av en konkret tvisteløsning. Selv om det på langt nær er grunn til å forlate den tradisjonelle forståelsen av domstolens funksjon som konkret tvisteløser, er det nok grunnlag for å si at domstolene, hva gjelder fastsettelsessøksmål for brudd på EMK, tillegger de samfunnsmessige funksjonene mer vekt enn tidligere.⁴⁸⁵

9.2 Er det behov for en særregulering av adgangen til å få prøvd et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK?

Gjennom avhandlingens analyser er det avdekket at høyesterettspraksis gir opphav til en fragmentert tilnærming til når et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK skal

⁴⁸¹ Se punkt 7.3.2.

⁴⁸² Se punkt 7.3.1 og 7.3.2.

⁴⁸³ Se punkt 8.6.

⁴⁸⁴ Se punkt 8.6

⁴⁸⁵ Se punkt 6.2.4, 6.3.3 og 7.3.2.

realitetsbehandles av domstolene. Avslutningsvis skal det derfor gjøres noen refleksjoner for hva som bør være veien videre for å sikre en mer enhetlig praktisering av søksmålsvilkårene for denne kravstypen.

Før tvisteloven ble vedtatt ble det vurdert om det var behov for å innføre en særregel for hvordan søksmålsvilkårene skulle praktiseres for krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK. Både tvistemålsutvalget og departementet konkluderte med at det ikke var behov for en særregulering med den begrunnelse at tvisteloven § 1-3 ikke stenger for adgangen til å fremme slike søksmål.⁴⁸⁶ Det generelle kravet til reelt behov etter tvisteloven § 1-3 annet ledd skulle ivareta en hensiktsmessig søksmålsadgang.⁴⁸⁷

Som avhandlingen viser gir rettspraksis er uklart bilde for når fastsettelsessøksmål for brudd på EMK skal tillates. Flere av de avgjørelsene som er gjennomgått inneholder også begrunnelser som harmoniserer dårlig med de hensynene og målsettingene som ligger til grunn bak søksmålsvilkårene. Dette gjelder særlig for vurderingen av passiv søksmålsinteresse, og det kravet Høyesterett stiller til at kun staten kan saksøkes i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK.⁴⁸⁸ I tillegg viser Høyesterett en inkonsistent praktisering av aktualitetskravet ved fastsettelsessøksmål hvor konvensjonsbruddet også er anført som et prejudisielt forhold for et annet krav.⁴⁸⁹ Selv om tendensen er at Høyesterett i større grad enn tidligere åpner for denne typen søksmål, gir ikke rettspraksis et klart bilde av hvilke kriterier som er avgjørende for om de velger å avvise eller realitetsbehandle denne kravstypen. Dette har ført til en sprikende praksis, prosesskapende virksomhet og uforutsigbarhet for partene. I tillegg er Høyesterett kritisert for å ta en aktivistisk og rettsskapende rolle ved å tillate fastsettelsessøksmål for brudd på EMK utover hva som tidligere er uttalt i tvistelovens forarbeider.⁴⁹⁰ Denne uforutsigbarheten rundt praktiseringen av søksmålsvilkårene reiser derfor på nytt spørsmålet om det er behov for en særregulering av søksmålsadgangen for denne typen krav.

⁴⁸⁶ Tvistemålsutvalget og departementet anerkjente at et krav om fastsettelsesdom for EMK utgjorde et rettskrav etter tvisteloven § 1-3 annet ledd, se NOU 2001:32 A på s. 200 flg. og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 154.

⁴⁸⁷ NOU 2001:32 A på s. 200 flg. og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på s. 154.

⁴⁸⁸ Se punkt 8.6.

⁴⁸⁹ Se punkt 6.2.

⁴⁹⁰ Robberstad (2016) s. 57 flg; Robberstad (2021) s. 123; Uri (2017) s. 496.

Det er både fordeler og ulemper med en tydelig lovregulering av adgangen til å få realitetsbehandlet et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK. En fordel er at det vil kunne sikre større forutberegnelighet for de som ønsker å gå til søksmål for en menneskerettskrenkelse. Med tydeligere regler vil det være lettere å beregne om et krav vil bli vurdert av domstolene eller ikke. I tillegg vil en særregulering kunne bidra til likebehandling blant de som reiser denne typen søksmål, og samtidig motvirke vilkårlige avvisningskjennelser.

Det kan også tenkes at en lovregulering vil forenkle domstolsprosessen ved at domstolene kan forholde seg til en klar lovtekst og nærmere angitte kriterier. Denne fordelene må imidlertid ikke overdrives, all den tid også klare lovregler krever tolkning. Dessuten kan det også oppstå situasjoner der spesielle typetilfeller kommer opp for domstolene, som gjør at domstolene må innføre omfattende unntaksregler for å sikre en rimelig praktisering av søksmålsvilkårene.⁴⁹¹ Selv om en lovregulering kan sikre en forutberegnelighet for partene, er det imidlertid ikke sikkert at det vil forenkle prosessen for domstolene.

Når det er sagt, skyldes nok også uklarheten i hvordan søksmålsvilkårene praktiseres at søksmålsvilkårene utgjør en rettslig standard. Skjønnsmessige og fleksible søksmålsvilkår gjør at domstolene kan praktisere vilkårene ut fra hva som er rimelig i det enkelte tilfelle. Det er også en fordel med fleksible søksmålsvilkår, all den tid det er vanskelig å overskue alle typetilfeller som kan oppstå på forhånd. En særregel for når et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK skal tillates medfører en risiko for at tilfeller hvor en saksøker har et reelt behov for rettsavklaring faller utenfor de kriterier som følger av særreguleringen. En ulempe med en særregulering er derfor at rimelighetshensyn vil spille en mindre rolle i tvilstilfellene. I verste fall kan det medføre at noen som har behov for rettsavklaring av sine menneskerettigheter ikke får dette.

Samlet sett er det derfor ikke sikkert at en særregulering av søksmålsadgangen for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK vil gi en bedre løsning enn den som er i dag. Det kan dessuten argumenteres for at dagens rettskildebilde allerede har regler som kan bidra til å presisere søksmålsadgangen for denne kravstypen. For det første trekker Grunnloven § 92 i retningen av at domstolene bør tillate disse søksmålene i større grad enn tidligere. Videre vil

⁴⁹¹ Tvistemålsutvalget fremhevet dette som er argument for å videreføre søksmålsvilkårene i en standardisert form ved den nye tvisteloven, se NOU 2001:32 A på s. 191.

tvisteloven § 9-8 og adgangen til en forenklet domstolsbehandling gi en sikkerhetsventil for de tilfellene klart uholdbare søksmål fremmes for domstolene. Domstolene kan derfor være liberale i vurderingen av søksmålsvilkårene i fastsettelsessøksmål for brudd på EMK, uten at dette nødvendigvis går på bekostning av domstolenes ressurser. Disse reglene bør derfor være tilstrekkelig for at søksmålsvilkårene anvendes på en hensiktsmessig måte.

Det synes likevel å være et behov for at Høyesterett streber etter en mer koherent oppfatning av hva de tillegger vekt i vurderingen av om fastsettelsessøksmål for brudd på EMK skal tillates eller ikke. Søksmålsvilkårene, slik de er formulert i tvisteloven § 1-3, gir en tilstrekkelig mulighet for domstolene til å sikre en forutberegnelighet så fremt de bruker sin myndighet til å utvikle reglene. En viktig oppgave for fremtidens dommere bør derfor være å utvikle klarere retningslinjer for praktisering av søksmålsvilkårene for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK.

Referanseliste

Norske lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

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

Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeerstatningsloven)

Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven)

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

Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (helsevernloven)

Lov 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m. (helseforetaksloven)

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

Lov 18. juni 2021 nr. 97 om barnevern (barnevernloven)

Internasjonale konvensjoner og grundokumenter

FNs erklæring om menneskerettigheter av 10. desember 1948 (verdenserklæringen)

Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, 4. november 1950, ETS nr. 5 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen eller EMK)

De forente nasjoners internasjonale konvensjon, 16. desember 1966, om sivile og politiske rettigheter (SP)

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969, (Wien-konvensjonen om traktatretten)

FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989, (Barnekonvensjonen eller BK)

Forarbeider og stortingsdokumenter

NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter

Ot.prp.nr.3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

NOU 2001:32 A Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2001:32 B Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

Ot.prp.nr.51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Innst.O.nr.110 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Dok nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

NOU 2020:11 Den tredje statsmakt – Domstolene i endring

Register over nasjonale høyesterettsavgjørelser

Rt. 1994 s. 1244 (Kvinnefengsel)

Rt. 1995 s. 139 U

Rt. 2001 s. 1123

Rt. 2003 s. 301 A

Rt. 2005 s. 534 U (Victim-saken)

Rt. 2005 s. 1104 U

Rt. 2006 s. 460 A

Rt. 2006 s. 769 A

Rt. 2008 s. 290

Rt. 2008 s. 478 A

Rt. 2008 s. 513 A

Rt. 2008 s. 1601 A

Rt. 2009 s. 477 U (Nordsjødykkere)

Rt. 2009 s. 1350 U

Rt. 2010 s. 291 A (Vangen eiendom)

Rt. 2011 s. 1666 A (Vestre viken)

Rt. 2012 s. 2039 P (Lengstlevende barn II)

Rt. 2014 s. 956 U

Rt. 2015 s. 93 A (Maria-saken)

Rt. 2015 s. 1096 U

Rt. 2015 s. 921 A (Bastøy-saken)

HR-2016-1650-U

HR-2016-2178-U

HR-2016-2276-U (Solar Harvest)

HR-2016-2554-P

HR-2017-1130-A (Familiens søksmålsrett)

HR-2017-2457-U

HR-2018-1068-U

HR-2018-1463-U

HR-2018-1783-A

HR-2018-1909-A

HR-2018-492-U

HR-2019-515-A

HR-2021-1345-A

HR-2021-417-P (Acer-saken)

HR-2021-639-A

HR-2021-1585-U

HR-2021-1975-S (Fosen-saken)

HR-2022-401-A (Tolga-saken)

HR-2022-505-U

HR-2022-533-A

HR-2023-597-U

Register over avgjørelser fra nasjonale underinstanser

TNOST-2020-155810 (Nord-Østerdal tingrett)

TOSL-2021-107095 (Oslo tingrett)

LE-2021-61640 (Eidsivating lagmannsrett)

Register over avgjørelser fra EMD

Golder mot Storbritannia, 4451/70, 21. februar 1975

Klass m.fl. mot Tyskland, 5029/71, 6. september 1978

Ashingdane mot Storbritannia, 8225/78, 28. mai 1985

Powell og Rayner mot Storbritannia, 9310/81, 21. februar 1990

Fayed mot Storbritannia, 17101/90, 21. september 1990

Vilvarajah m.fl. mot Storbritannia, 1344/87, 30. oktober 1991

Tolstoy Miloslavsky mot Storbritannia, 18139/91, 13. juli 1995

Ait-Mouhoub mot Frankrike, 103/1997/887/1099, 28. oktober 1996

Kudla mot Polen, 30210/96, 26. oktober 2000

Gorraiz Lizarraga m.fl. mot Spania, 62543/00, 27. april 2004

Monnat mot Sveits, 73604/01, 21. september 2006

Standard Verlags GmbH mot Østerrike, 60899/00, 2. november 2006

Antwi m.fl. mot Norge, 26940/10, 14. februar 2012

Souza Ribeiro mot Frankrike, 22689/07, 13. desember 2012

Vilnes m.fl. mot Norge, 5206/09 og 22703/10, 5. desember 2013

Lillo-Stenberg og Sæther mot Norge, 13258/09, 16. januar 2014

Kaplan m.fl. mot Norge, 32504/11, 24. juli 2014

Identoba m.fl. mot Georgia, 73235/12, 12. mai 2015

Magymar Helsinke Bizottság mot Ungarn, 18030/11, 8. november 2016

I.D mot Norge, 51374/16, 4. april 2017

Nettsider, avisartikler

<https://www.elden.no/aktuelt/nakenvisitasjon-er-brudd-p%C3%A5-menneskerettigheter> (sist sjekket mai 2023)

https://www.nrk.no/mr/mona-gar-til-retten-for-a-fa-erstatning_-blei-forbytt-pa-fodestova-pa-eggesbones-1.16286319 (sist sjekket mai 2023)

Juridisk litteratur

Aasland, Gunnar, *Rettslig interesse - et område for domstolsskapt rett, Lov, sannhet, rett: Norges Høyesterett 200 år*, Universitetsforlaget 2015.

Aall, Jørgen, «Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetssaker» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1998, s. 1-181.

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter: en innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 5 utg. Fagbokforlaget 2018.

Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, 2 utg. Universitetsforlaget 2020.

Backer, Inge Lorange, *Rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage -særlig ved naturinngrep*, Universitetsforlaget 1984.

Bergby, Gunnar, Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy, Toril M. Øie og Tore Schei, *Rettsavklaring og rettsutvikling: festskrift til Tore Schei* Universitetsforlaget 2016.

Eftestøl-Wilhelmsson, Ellen, «Rettsvitenskapens oppgaver i dagens samfunn: En praktisk tilnærming til et teoretisk problem» *Lov og Rett*, 45, nr. 1-2, 2006, s. 83-97.

Eldjarn, Erik, *Materiell prosessledelse*, 1 utg. Cappelen akademiske forlag 2016.

Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, nr. 2, 2008, s. 149-178.

Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, 4 utg. Papinian 2019.

Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019.

Høgberg, Benedikte Moltumyr, Eirik Holmøyvik og Christoffer Conrad Eriksen, *Kriseregulering: lovgivning under koronakrisen*, 1 utg. Fagbokforlaget 2023.

Høstmælingen, Njål, *Hva er menneskerettigheter*, 2 utg. Universitetsforlaget 2010.

Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2 utg. Universitetsforlaget 2012.

Jensen, Christina, *Småkravsprosessen: funksjoner og virkemidler*, 1 utg. Gyldendal 2021.

Kjølbros, Jon Fridrik, *Den Europæiske menneskerettighetskonvention: for praktikere*, 6 utg. Djøf Forlag 2023.

Larsen, Kjetil Mujezinović, «Retten til et effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13: En studentrettet oversikt» *Jussens Venner*, 54, nr. 6, 2019, s. 388-402.

Lindblom, Per Henrik, *Progressiv process: spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen*, Lustus 2000.

- Martnes, Mona, *Barnets beste: Rettighetens innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, Barnets beste*, Universitetsforlaget 2021.
- Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» *Jussens Venner*, 39, nr. 5-6, 2005, s. 329-342.
- Møse, Erik, *Menneskerettigheter*, Cappelen akademisk forlag 2002.
- Nisja, Ola Ø. og Kaare Andreas Shetelig, «Rettslig interesse» *Jussens Venner*, 50, nr. 4, 2015, s. 227-240.
- Nylund, Anna, *Tillgången till den andra instansen i tvistemål*, Suomalainen Lakimiesyhdistys 2006.
- Pedersen, Jussi Erik og Jens Edvin A. Skoghøy, *Grunnleggende sivilprosess*, Universitetsforlaget 2020.
- Reiertsen, Michael, «EMK og kommunene» *Lov og Rett*, 54, nr. 7, 2015, s. 414-431.
- Reiertsen, Michael, «Prinsipielt (u)prinsipiell – når Høyesterett er prinsipiell uten å ville være det» *Lov og Rett*, 58, nr. 7, 2019, s. 416-435.
- Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 5 utg. Fagbokforlaget 2021.
- Robberstad, Anne, «Viljen til å skape lov og Grunnlov» *Lov og Rett*, 55, nr. 1, 2016, s. 49-64.
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5 utg. Universitetsforlaget 2018.
- Schei, Tore , Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge, Christian Reusch og Toril M. Øie, *Tvisteloven, kommentarutgave*, Oslo, Universitetsforlaget å jour per 1. mars 2023. Juridika.no.
- Settem, Ola Johan, «Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten» *Jussens Venner*, 51, nr. 3, 2016, s. 119-141.
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Kravene til søksmålgjenstand, partstilknytning og søksmålssituasjonen etter tvisteloven – noen grunnleggende spørsmål» *Lov og Rett*, 45, nr. 7, 2006, s. 407-428.
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, 2 utg. Universitetsforlaget 2023.
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 4 utg. Universitetsforlaget 2022.
- Strandberg, Magne, «Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part» *Jussens Venner*, nr. 3, 2011, s. 165-181.
- Sylte, Olav, *Umulig å få dom på EMK-brudd*, Advokatfirmaet sylte 2018
<https://advokatsylte.no/artikkel/9/barnevernsaker/737/umulig-a-fa-dom-pa-emk-brudd>
(Lest 10. mai 2023).

Uri, Stine Marie, «Adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK» *Lov og Rett*, 56, nr. 8, 2017, s. 480-499.

Vangsnes, Jørgen Aandal, «Pretensjonenes plass i sivilprosessen» *Jussens Venner*, 54, nr. 4, 2019, s. 245-276.

Vangsnes, Jørgen Aandal, *Sivilprosess i et nøtteskall, Nøtteskallserien*, 2 utg. Gyldendal 2018.

Vangsnes, Jørgen Aandal, «Tilknytning som vilkår for sivilt søksmål» *Jussens Venner*, 53, nr. 5, 2018, s. 306-328.

