

**SØKSMÅLSBETINGELSER OG DEN EUROPEISKE
MENNESKERETTSKONVENSJONEN**

**Betydningen av menneskerettsbrudd for domstols-
adgangen i henhold til tvisteloven og EMK**

Kandidatnummer: 530

Leveringsfrist: 25. november 2008

Til sammen 17 017 ord

24.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING – TEMA, PROBLEMSTILLINGER, AVGRENSNINGER OG RETTSKILDEMESSIGE BETRAKTNINGER</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Problemstillinger og avgrensninger	3
1.2.1	Problemstillinger	3
1.2.2	Avgrensninger	4
1.3	Rettskildemessige betraktninger	6
1.3.1	Generelt	6
1.3.2	Gjennomføring av internasjonale menneskerettigheter i norsk rett	7
1.3.3	Metode ved bruk av folkerettslige argumenttyper	12
<u>2</u>	<u>MENNESKERETTIGHETER, NASJONAL OG INTERNASJONAL KONTROLL OG HENSYN VED REGULERING AV DOMSTOLSADGANG</u>	<u>14</u>
<u>3</u>	<u>INNLEDNING OM KRAVENE TIL DOMSTOLSADGANG I HENHOLD TIL EMK ARTIKKEL 6(1) OG 13</u>	<u>20</u>
3.1	Rettslige utgangspunkter	20
3.2	Forholdet mellom EMK artikkel 6(1) og 13	25
3.3	EMK artikkel 6(1) – access to court	27
3.4	EMK artikkel 13 – ”effective remedy”	31
<u>4</u>	<u>VURDERINGEN AV KRAV TIL SØKSMÅLSGJENSTANDEN OG AKTUELL INTERESSE I MENNESKERETTSSAKER</u>	<u>35</u>
4.1	Søksmålsmodellen og bakgrunnen for tvl § 1-3	35

4.2	Søksmålsbetingelser og den skjønnsmessige helhetsvurdering etter tvl § 1-3	37
4.3	Kan en påstand om menneskerettsbrudd i seg selv utgjøre søksmålgjenstand?	
	Adgangen til å fremme fastsettelsessøksmål om menneskerettsbrudd	40
4.3.1	Oversikt	40
4.3.2	Adgangen til å fremme fastsettelsessøksmål	44
4.4	Spørsmålet om kravet til søksmålsituasjonen i menneskerettssaker – aktualitetskravet og søksmålsfrist	50
4.5	Forholdet mellom realitet og pretensjon i relasjon til tvistelovens krav til søksmålgjenstanden og aktualitetskravet	56
<u>5</u>	<u>AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER – MEDFØRER KONVENSJONSKRAV UTVIDET DOMSTOLSADGANG I MENNESKERETTSSAKER?</u>	<u>60</u>
<u>A.</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>65</u>
<u>B.</u>	<u>LOV OG FORARBEIDSREGISTER</u>	<u>67</u>
<u>C.</u>	<u>DOMSREGISTER</u>	<u>68</u>

1 Innledning – Tema, problemstillinger, avgrensninger og rettskildemessige betraktninger

1.1 Tema

Oppgavens tema er de menneskerettslige krav til den nasjonale domstolsadgangen når saksøkeren anfører at det har skjedd et menneskerettsbrudd, mer spesifikt tvistelovens krav til søksmålgjenstand og aktuell interesse i slike tvister. Samspillet mellom nasjonal og internasjonal rettstenkning i et rettskildeperspektiv er viktig for dette problemkomplekset og blir derfor drøftet. Temaet berører i videre forstand spørsmålet om hvordan norsk rett i best mulig grad kan sikre at menneskerettslige krav blir overholdt.

Det har funnet sted en progressiv rettsutvikling på bakgrunn av folkerettslige argumenttyper, og temaet om folkerettens stilling i norsk rett har vært gjenstand for heftig debatt i norsk rettsvitenskap i flere år. I særlig grad har menneskerettighetene påvirket rettsutviklingen av norsk prosessrett i nyere tid, om enn i størst grad i straffeprosessen. Reglene har dessuten satt rammer for den seneste sivilprosessreformen som har munnet ut i lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17. juni 2005 nr 90, som trådte i kraft 1. januar 2008.

Tvistemålsutvalget uttalte følgende om reformbehovet i sivilprosessens med tanke på konvensjonskrav: ”Ulike sider ved prosessen må vurderes med henblikk på at de menneskerettskonvensjoner Norge er bundet av, skal *respekteres og få gjennomslag*.” [Min kursivering.]¹

¹ NOU 2001: 32 s 90.

Rettsikkerhetsbegrepet innen forvaltningen defineres gjerne med utgangspunkt i den enkelte borgers beskyttelse mot overgrep eller vilkårlighet fra myndighetenes side.² Dette medfører at borgeren må gis anledning til å forutberegne sin rettsstilling og til å forsvare sine rettslige interesser.³ Adgangen til å få avgjort et rettskrav av en uavhengig og upartisk domstol er dermed et sentralt komponent i begrepet. På mange måter kan også rettsstatens tilretteleggelse av tvisteløsning for de som er omfattet av lovens jurisdiksjonsregler, formuleres som en menneskerettslig verdi. Men som Torkel Opsahl så treffende har uttalt er nasjonale myndigheter alfa og omega for gjennomføringen av konvensjonene og ”[d]et er alltid innenfor en stats jurisdiksjon at menneskerettighetene enten blir respektert eller krenket. Derfor er prinsippene for den internrettslige gjennomføring av sentral betydning”.⁴ I sin ytterste konsekvens innebærer dette at menneskerettighetenes stilling i norsk rett langt på vei er avhengig av myndighetenes vilje til å oppfylle konvensjonskravene.

Emnet har derfor en side mot det større spørsmålet om menneskerettighetenes gjennomslagskraft i møtet med interne lovbestemmelser. Selv om EMK ikke stiller krav til hvordan konvensjonen skal gjennomføres i intern rett, er det i alle tilfelle et konvensjonskrav at menneskerettighetene gis forrang ved eventuell motstrid med intern rett. Ellers blir resultatet konvensjonsbrudd. Den europeiske menneskerettsdomtol (EMD) har derfor i flere tilfelle poengtert at inkorporering av konvensjonen i nasjonal lovgivning, dvs gjennomføring med henvisningsmetoden, er den mest effektive måten å oppfylle konvensjonens krav på.

Fra en norsk rettsanvenders perspektiv må dette spørsmålet ses i lys av rettsliggjøringsdebatten og den stigende politiske misnøyen med innsnevring av handlingsrommet som internasjonaliseringen har medført. I denne sammenheng er det likevel viktig å påpeke at ”... [i] den grad rettighetslover skaper bindinger for lovgiver, er dette en villet selvbe-

² Eckhoff (1966) s 86.

³ Jf forutsetningsvis grl § 88.

⁴ C. Smith (2005) s 433.

grensning fra lovgivers side.”⁵ Og ettersom menneskerettighetene skal sikre alle innenfor statens jurisdiksjon mot handlinger og unnlaterer fra statens side er det nødvendig med myndighetsoverføring til uavhengige domstoler som kontrollinstans. Den forvitring av folkestyret som Makt- og demokratiutredningen⁶ annonserte må derfor i stedet anses som en realisering av folkestyret ettersom resultatet av rettsliggjøringen er en begrensning av flertallets mulighet til å misbruke sin makt.

1.2 Problemstillinger og avgrensninger

1.2.1 Problemstillinger

Min overordnede problemstilling er om norsk sivilprosess åpner for en *effektiv* domstolsadgang i saker hvor det påstås menneskerettighetsbrudd. Med bakgrunn i den seneste sivilprosessreformen har spørsmålet om menneskerettslige krav til domstolsadgang fått fornyet aktualitet. Men spørsmålet om ikke nasjonal domstolsadgang *bør* gå lengre enn en eventuell minimumsoppfyllelse av EMK-krav er ikke i like stor grad belyst, noe Aall har fremhevet som et spørsmål om formell og reell reparasjon av konvensjonsbrudd.⁷

I denne sammenheng kan både rettslige og faktiske hindre reise ulike problemstillinger. I denne oppgaven vil jeg drøfte de rettslige hindre som krav til søksmålgjensstanden og aktualitetskravet reiser i menneskerettssaker på bakgrunn av den skepsis høyesterettspraksis, med utgangspunkt i Rt 1994/1244 (Kvinnefengselsaken), har vist til å tillate realitetsbehandling av fastsettelsessøksmål i menneskerettssaker.

Høyesterettspraksis viser for øvrig en tilbøyelighet til å foreta separate drøftelser av tvistelovens og EMK-rettslige argumenttyper i vurderingen av søksmålsadgang i saker om påstått menneskerettsbrudd. Bestemmelsene anvendes dermed som alternative regelsett slik

⁵ Ibid s 438.

⁶ NOU 2003: 19 kapittel 3.

⁷ Aall (2007) s 7.

at først dersom det man kan kalle tradisjonell sivilprosess medfører avvisning vurderer domstolen hvorvidt konvensjonskrav medfører utvidet domstolsadgang, jf eksempelvis Rt 2003/301.

Metoden kan nok forklares med de folkerettslige argumentstypers styrkede stilling i norsk rett i senere tid. Og ettersom de fleste av dagens rettsanvendere er oppdratt i en juridisk generasjon hvor forholdet mellom folkeretten og internretten var betydelig mer usikkert, kan nok den metodiske drøftelsen sies å henge igjen i gamle tankemønstre.

Ettersom EMK i alle tilfelle må ses som en overordnet tolkningsramme for internretten, mener jeg at det er mindre vellykket å foreta separate drøftelser av internrettslige og EMK-rettslige argumenttyper. Jeg vil derfor i det følgende foreta en drøftelse av de nevnte søksmålsbetingelser i menneskerettssaker etter tvisteloven § 1-3 med EMK-krav til domstolsadgang som tolkningsramme.

Spørsmålet blir dermed om konvensjonskrav, herunder reparasjonshensyn, etter EMK medfører utvidet domstolsadgang når saksøker anfører at konvensjonsbrudd har funnet sted. Med dette utgangspunkt vil jeg drøfte tre underproblemstillinger etter tvl § 1-3: Spørsmålet om påstand om menneskerettsbrudd kan utgjøre søksmålgjenstand, aktualitetskravet i menneskerettssaker samt spørsmålet om domstolene i avvisningsomgangen kan foreta en preliminær prøving av det pretenderte konvensjonsbrudd, se oppgavens kapittel 4.3 til 4.5.

1.2.2 Avgrensninger

Av de fire konvensjonene som er inkorporert i norsk rett gjennom Lov av styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr 30 er spesielt Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter 4. november 1950 (EMK) betydningsfull for sivilprosessen. Dette er særlig på grunnlag av EMDs autonome og dynamiske tolkning av konvensjonen, se kapittel 3.1.

Jeg vil avgrense EMK-drøftelsen til EMK artikkel 6(1) og 13. Andre EMK-bestemmelser vil jeg kun behandle kort for å belyse retten til domstolsadgang. I denne forbindelse vil jeg kun drøfte de interessante spørsmål i henhold til de valgte problemstillingene, slik at bestemmelsenes totale rekkevidde ikke forsøkes klarlagt. Dette innebærer blant annet at jeg ikke problematiserer konvensjonskrav til selve domstolsprøvingen i denne oppgaven.

De forente nasjoners internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter 16. desember 1966 (SP), som også er inkorporert ved menneskerettsloven, inneholder en mer tidsmessig og delvis mer vidtrekkende formulering av rettighetene i EMK. I utgangpunktet er de to konvensjoner innbyrdes uavhengige og deres materielle innhold og rekkevidde må derfor fastlegges på selvstendig grunnlag. Det foreligger imidlertid langt mer avklarende praksis om EMK, og på de viktigste punkter er konvensjonene langt på vei sammenfallende. SP-krav vil derfor ikke vurderes i oppgaven.

Særskilte lovreguleringer som enten avskjærer retten til domstolsprøvelse med grunnlag i forvaltningens frie skjønn, eksempelvis lottl § 1(2) og plbl § 14(1) annet punktum, eller begrenser den, vil ikke vurderes i denne oppgaven. Heller ikke særskilt regulering av hva som kan gjøres til gjenstand for søksmål eller hvem som kan gå til sak vil vurderes.

Grunnlag for gjenopptakelse på bakgrunn av avvisning i strid med konvensjonskrav vil ikke vurderes i oppgaven, se tvl §§ 31-3 bokstav d og 31-4 bokstav b.

Søksmålsadgangen i sivile saker som det ikke er gitt særskilte søksmålsvilkår for fremgår særlig av tvl §§ 1-3 til 1-5. I praksis er særlig kravet til søksmålsobjektet og aktuell interesse problematisert i menneskerettssaker. Jeg vil derfor kun drøfte disse søksmålsbetingelsene, og jeg avgrenser dermed mot tilknytningskravet (også kalt aktiv og passiv søksmålskompetanse) etter tvl § 1-3 i sin helhet. I så måte utgjør tvl § 1-5 bare en presi-

sering av spørsmålet om hvem som er rett saksøkt (passiv søksmålskompetanse) i søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak, og denne bestemmelsen vil derfor ikke bli vurdert i oppgaven.

Organisasjoners søksmålsadgang følger for øvrig av tvl § 1-4, og det fremgår av første ledd at søksmålsbetingelsene i § 1-3 får tilsvarende anvendelse for organisasjoner med den begrensning at søksmålet må være ”innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta”. På lik linje med § 1-5 må dette kun anses som en presisering av tilknytningskravet (aktiv søksmålskompetanse) og bestemmelsen vil derfor ikke drøftes i oppgaven.

Øvrige prosessforutsetninger etter tvisteloven som begrenser domstolsadgangen, eksempelvis krav til partsevne og prosessdyktighet vil heller ikke bli vurdert.

1.3 Rettskildemessige betraktninger

1.3.1 Generelt

Det norske rettskildet bildet er vesentlig endret i løpet av det seneste tiåret som følge av implementeringen av menneskerettskonvensjonene i norsk rett. Anvendelsen av internasjonale argumenttyper har på mange måter bidratt til økt rettsusikkerhet - særlig på bakgrunn av at reglene har utspring fra en annen rettstradisjon enn vår og derfor er mer utilgjengelige for den norske rettsanvender. Økningen i omfanget av relevante argumenttyper som internasjonaliseringen av norsk rett har bidratt til, kan dessuten sies å innebære en svekkelse av reglenes generelle normative føringer ettersom flere avveinings situasjoner oppstår og valgmulighetene blir flere.⁸

⁸ Graver (2003) s 473.

Ulik gjennomføring av menneskerettskonvensjonene har også medført fragmentering av den juridiske metode og resultert i ulike menneskerettskategorier.⁹ Når det gjelder konvensjoner inkorporert ved menneskerettsloven har derimot senere høyesterettspraksis bidratt til å klargjøre rettstilstanden. Etableringen av forskjellig ”trinnhøyde” ved inkorporeringen av menneskerettskonvensjoner som Norge har ratifisert er likevel uheldig sett i lys av oppgavens overordede problemstilling, dvs å sikre menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

1.3.2 Gjennomføring av internasjonale menneskerettigheter i norsk rett

Det har lenge vært klart at menneskerettskonvensjonene tilhører de argumenttyper som *kan* benyttes i rettsanvendelsen (relevans). I henhold til senere tids lovgivning og rettspraksis er videre den generelle tendensen at menneskerettighetenes gjennomslagskraft *gradvis er styrket i forhold til annen norsk rett* (vekt).

Det tradisjonelle syn er at norsk rett bygger på det dualistiske prinsipp. Dette innebærer at folkerettsreglers relevans som argumenttype i norsk rett som utgangspunkt bygger på en særskilt gjennomføringsakt. Det har vært vurdert, men forkastet, om Norge skal innføre det monistiske prinsipp. Et mindretall i Menneskerettighetsutvalget, advokat Karl Nandrup Dahl og høyesterettsjustitiarius Carsten Smith, gikk inn for at Norge ved grunnlovsendring burde gå over til det monistiske system.¹⁰

Som særlig påpekt av Jan Helgesen er problemformuleringen mellom dualistisk og monistisk modell, med utviklingen av et gradvis mer åpent rettskildebilde i norsk rett snarere et spørsmål om de enkelte folkerettslige argumenttypers vekt.¹¹ Og dertil kommer at en stats formelle utgangspunkt for forholdet mellom folkeretten og internretten sier lite om i

⁹ Uggerud (2006) s 583.

¹⁰ NOU 1993: 18 kapittel 15.

¹¹ Helgesen (1982) s 69-72.

hvilken grad statene oppfyller sine folkerettslige forpliktelser rent faktisk. Derfor er nasjonale myndigheters velvilje til å oppfylle menneskerettighetene av vesentlig betydning.¹²

Det dualistiske utgangspunktet modifiseres dog av presumsjonsprinsippet: tolkningsprinsippet utviklet i rettspraksis om at norske regler formodes å være i overensstemmelse med den folkeretten *som Norge er bundet av*. Dette medfører at norske regler vil tolkes, så lang dette er mulig, i samsvar med de folkerettslige regler som ikke er gjennomført i norsk rett. Prinsippet er videre relativt, i den betydning at ”karakteren” til de aktuelle folkerettslige reglene angir hvor tungtveiende de anses og dermed hvor sterkt konvensjonsvernet blir, jf tilsvarende betraktninger for grunnlovsvernet på bakgrunn av bl.a. plenumsdommene Rt 1996/1415 (Borthen) og Rt 1996/1440 (Thunheim). På denne bakgrunn må de internasjonale menneskerettighetene gis særlig gjennomslagskraft.¹³

I norsk rett opereres det primært med tre ulike metoder for implementering av folkerettslige regler. Den første metoden innebærer at folkerettskonvensjonen gjennomføres ved egen lov, ved såkalt transformasjon. Den andre metoden er inkorporasjon, dvs innarbeidelse av konvensjonen med henvisningsmetoden slik av den autentiske konvensjonsteksten gjøres til norsk rett. Den tredje metoden er å konstatere harmoni mellom internretten og folkeretten, altså at den folkerettslige bestemmelsen ikke stiller noen krav til norsk rett fordi norsk rett formodes å stemme overrens med folkerettsbestemmelsen.

I 1994 ble § 110c tilføyd grunnloven for å fremheve menneskerettighetenes generelle betydning i norsk rett. Bestemmelsen lyder:

”Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne. Nærmere Bestemmelser om Gjennomførelsen af Traktater herom fastsættes ved Lov.”

¹² Ot.prp. Nr 3 (1998-1999) kapittel 3.1 siste avsnitt.

¹³ Skoghøy (2002)[a] s 733-734.

Bestemmelsens første ledd poengterer statens doble gjennomføringsforpliktelse, dvs både plikten til å respektere dem i praksis og verne dem ved positive sikringstiltak. Denne gjennomføringsforpliktelsen svarer for øvrig til konvensjonskrav i EMK artikkel 1. Men hvor langt gjennomføringsplikten rekker beror derimot på en tolkning av den enkelte rettighet.

Konvensjonskravet etter EMK artikkel 13 om opprettelsen av nasjonale instanser hvor individene kan gjøre gjeldende krav om at deres rettigheter etter konvensjonen er krenket kan ses som en side av denne sikringsplikten.

På bakgrunn av grl 110c andre ledd er derimot den rettslige betydningen av grunnlovsvernet omtvistet, og enkelte rettsteoretikere hevder at bestemmelsen kun har symbolverdi. Menneskerettighetsutvalget fremholdt at

”... grunnlovsbestemmelsen i en generell form bør fastslå menneskerettighetskonvensjonenes betydning, samtidig som den forutsetter inkorporasjon ved lovgivning. En slik kombinasjon av grunnlov og lov vil best gi uttrykk for symbolverdien i en generell form uten at noen konvensjoner fremheves i grunnloven på bekostning av andre.”¹⁴

På enkelte avgrensede rettsområder er det dessuten lovregulert en generell folkerettsbegrensning, eksempelvis innen sivilprosessen jf tvl § 1-2. Dette anses som et unntak fra det generelle dualistiske utgangspunkt og betegnes gjerne som sektormonisme. Rekkevidden av den tidligere tvml § 36a ble for øvrig drøftet i Kvinnefengselsaken. Foranlediget av partenes anførsler om at bestemmelsen innebar en forrangsregel for folkerettslige regler som Norge er bundet av uttalte førstvoterende, på bakgrunn av flertallet (3-2), i obiter dictum at rekkevidden var usikker og at forarbeidene burde ha gitt klarere føringer dersom bestemmelsen skulle ha den av partene anførte rekkevidden. Derimot har bestemmelsen ikke

¹⁴ NOU 1993: 18 s 157-160, se også Innst.S. Nr 172 (1993-1994) s 6-7.

selvstendig betydning for de folkerettsregler som er inkorporert gjennom en særskilt gjennomføringsakt.¹⁵

Som tidligere nevnt ble tre av de mest sentrale menneskerettskonvensjonene, derav EMK, først inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven. Mao hadde Norge siden ratifisering av konvensjonene nøydt seg med å konstatere at det forelå rettsharmoni. Ifølge forarbeidene var hensikten med loven å bidra til å redusere usikkerheten om menneskerettighetenes rettslige stilling og øke kunnskapen om den.¹⁶

Menneskerettsloven § 3 innebærer at de inkorporerte konvensjoner gis forrang ved eventuell motstrid med norske lovbestemmelser. Dette medfører at konvensjonene ikke bare vil supplere reglene i tvisteloven, men *i tilfelle direkte konflikt med annen lovgivning også må gå foran*. På dette grunnlag vil menneskerettskonvensjonene fungere som tolkningsramme for øvrige norske rettsregler ved at disse tolkes innskrenkende der dette er mulig for å hindre motstrid.

Forrangsregelen har dermed i samsvar med lovens formål medført et sikkert rettslig grunnlag for anvendelsen av dens konvensjoner i norsk rett samt bidratt til å gjøre menneskerettighetene mer tilgjengelige for den norske rettsanvender. Og lovgiver har med dette gitt et klart signal om *disse* menneskerettighetens generelle gjennomslagskraft i forhold til annen norsk rett.¹⁷ Etterfølgende høyesterettspraksis viser også større gjennomslagskraft for menneskerettighetene.¹⁸ Rettsutviklingen på oppgavens område må dermed ses i perspektiv av denne samtidige lovgiveraktiviteten.

¹⁵ NOU 2001: 32 s 652.

¹⁶ NOU 1993: 18 s 166 og Ot.prp. Nr 3 (1998-1999) s 50.

¹⁷ Jf Innst.O. Nr 51 (1998-99).

¹⁸ Skoghøy (2002)[a] s 760-761.

Et viktig spørsmål under lovforberedelsen til menneskerettsloven var hvilke konvensjoner som skulle inkorporeres.¹⁹ Justiskomiteen anmodet et flertall i regjeringen om innen rimelig tid også å inkorporere FNs barne- og kvinnekonvensjon ved lov. Først etter lovendring i 2003 ble derimot FNs internasjonale konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989 tilføyd menneskerettsloven. Derimot ble rase- og kvinnediskrimineringskonvensjonene inkorporert ved henholdsvis diskrimineringsloven 3. juni 2005 nr. 33 og likestillingsloven 9. juni 1978 nr. 45 *uten tilsvarende forrangsregel som menneskerettsloven § 3.*

Carsten Smith har på bakgrunn av menneskerettslovens forrangsregel, betegnet konvensjonene inkorporert ved menneskerettsloven for ”semikonstitusjonelle”, for å markere menneskerettighetenes trinnhøyere stilling.²⁰ Eivind Smith har kritisert begrepsbruken på konstitusjonelt grunnlag og av demokratihensyn. Argumentasjonen hans bygger på at konvensjonene er inkorporert på vanlig lovs nivå og derfor kan endres ved vanlig lovendring, og at det ikke eksisterer en trinnhøyde mellom lov og Grunnlov i norsk rett.²¹

Personlig har jeg sans for Carsten Smiths arbeid for å bedre menneskerettighetens stilling i norsk rett. Og selv om begrepsbruken kan kritiseres på formelt grunnlag, ettersom det er riktig at et Storting ved vanlig trinnhøydes lovgivning ikke har kompetanse til å binde et senere Storting, så har forrangsregelen i alle tilfelle medført en moralsk forpliktelse slik at det vanskelig kan tenkes at et senere Storting vil fjerne den ved lovendring.²² Dermed er utfallet at menneskerettighetene stilling i norsk rett er styrket ved å bidra til å klargjøre forholdet til øvrig norsk lovgivning.

¹⁹ NOU 1993: 18 s 98-143 og s 161-165, Ot.prp. Nr 3 (1998-1999) s 26-37 og Innst.O. Nr 51 (1998-1999) s 3-5.

²⁰ Se bl.a. C. Smith (2002) s 37.

²¹ E. Smith (2001) s 385-386.

²² Se i denne retning Skoghøy (2002)[b] s 340 og Aall (2007) s 81.

Langt i den retning går Berg når han hevder at en rettsavgjørelse som ikke er i samsvar med eller fremmer gjennomføringen av menneskerettighetene ikke kan regnes som gjeldende rett, med bakgrunn i en moralfilosofisk grunnantagelse om materiell sammenheng mellom rett og moral. ”Min grunnantagelse innebærer at rettsanvendere i Norge får en *moralsk forpliktelse* til å legge den menneskerettslige løsningen til grunn i enhver rettstvist hvor menneskerettslige regler er involvert, uten hensyn til hvilken løsning som måtte være foreskrevet i internretten – også ved villet motstrid fra Stortingets side.”²³

1.3.3 Metode ved bruk av folkerettslige argumenttyper

Ved anvendelse av en folkerettslig regel som er gjennomført i norsk rett kan det på prinsipielt grunnlag reises spørsmål om hvilken metode som skal benyttes i klarleggingen av dens meningsinnhold (slutningen), ettersom den nasjonale metode adskiller seg en del fra den folkerettslige.

I høyesterettspraksis har det vært en markant utvikling av den tolkningsmetode som er benyttet ved bruk av menneskerettighetene i norsk rett fra det såkalte klarhetskravet som ble fastsatt i Bølgepappsaken²⁴ til en gradvis oppgivelse av et slikt krav i spørsmålet om den løsningen som følger av en inkorporert konvensjon må kunne fastslås på en bestemt måte for å gå foran annen norsk lovgivning, jf Restjugoslavia²⁵, Bøhler²⁶ og Dobbeltstraff I²⁷. Denne rettsutviklingen må for øvrig ses i perspektiv av den samtidige lovgiveraktiviteten og ikrafttreddelsen av menneskerettsloven.

Bøhlerdommen gjaldt hovedsakelig spørsmålet om ileggelse av forhøyd tilleggsskatt er å anse som straff etter EMK artikkel 6(1) og er illustrerende for Høyesteretts forhold til

²³ Berg (2008) s. 11.

²⁴ Rt 1994/610.

²⁵ Rt 1999/961.

²⁶ Rt 2000/996.

²⁷ Rt 2002/557.

metoden i saker som berører EMK-rettslige argumenttyper etter ikrafttreddelsen av menneskerettsloven. En enstemmig Høyesterett i plenum sluttet seg til førstvoterende Stang Lunds uttalelse om at "[s]elv om norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD, er det EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen. ..." Dette innebærer at det ved anvendelsen av en folkerettslig regel ved nasjonale domstoler må foretas en *selvstendig tolkning med utgangspunkt i den tolkningsmetode som menneskerettsdomstolen benytter*. I henhold til folkerettslig metode må derfor rettsanvenderen i utgangspunktet "... forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser."

I samme hånd vending presiserte derimot førstvoterende at dersom norske domstoler skulle være like dynamiske i sin tolkning av konvensjonen som EMD ville risikoen være en overoppfyllelse av konvensjonskrav som kunne medføre en unødvendig innsnevring av det politiske handlingsrommet. I lys av funksjonsfordelingen mellom norske domstoler og lovgivere avviste derfor førstvoterende det forsiktighetsprinsipp som ble anført av mindretallet i Karmøysaken²⁸ ved å poengtere at det ikke skal opereres med sikkerhetsmarginer i tolkingen av EMK for å unngå konvensjonsbrudd. Synspunktet er dermed at det *i første omgang er EMD som bør stå for rettsutviklingen av EMK*.

De holdninger som Høyesterett ga uttrykk for i denne plenumsdommen om tolkningsmetoden for inkorporerte menneskerettigheter er senere fulgt opp i bl.a. KRL-fagsaken²⁹ og Dobbeltstraff I.

I Rt 2005/833 avvek derimot Høyesterett i plenum fra de skisserte tolkningsprinsippene i Bøhlerdommen og tolket det objektive straffbarhetsvilkåret i strl § 195(3) innskrenkende på bakgrunn av uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6(2) på tross av klar ordlyd og lovgivervilje. Høyesterett må dessuten sies å ha gått langt i å bygge på usikre slutninger fra

²⁸ Rt 1999/1363.

²⁹ Rt 2001/1006.

EMD-praksis og foretok dermed i realiteten en dynamisk tolkning av EMK på bakgrunn av formåls- og effektivitetsbetraktninger. Men i motsetning til Bøhlerdommen fant Høyesterett i denne saken at lovgiver aldri hadde vurdert bestemmelsens mulige implikasjoner til EMK-krav. Og som Aall poengterer:

”Spenningsfeltet mellom rettssikkerhet og demokrati kommer på en helt annen måte på spissen hvor lovgiver har vurdert loven som grunnlovs- og konvensjonsmessig.”[Kursivering fjernet.]³⁰

2 Menneskerettigheter, nasjonal og internasjonal kontroll og hensyn ved regulering av domstolsadgang

Menneskerettighetsbegrepet er ikke entydig og dets nærmere begrunnelse kan gis fra forskjellige ideologiske synsvinkler. Likevel kan essensen av begrepet utledes som oppfatningen om at alle mennesker har visse rettigheter utelukkende i kraft av det å være menneske.

Den polske regjeringssjefen skal nylig ha uttalt om en 45 år gammel familiefar mistenkt for incest: ”En slik ekkel type kan man ikke kalle ’menneske’ og derfor kan ’menneskerettigheter’ ikke beskytte en skapning som har begått en slik handling.”³¹ Sitatet illustrerer menneskerettighetenes universelle og ukrenkelige karakter ettersom det nettopp er deres hovedoppgave å sikre basalrettigheter også for de mest upopulære individene i samfunnet.

Grunntanken om universelle rettigheter tilknyttet menneskeverdet finner vi igjen i ulike tidsepoker og kulturer. Det tok likevel lang tid før det folkerettslige vernet av men-

³⁰ Aall (2007) s 88.

³¹ Abrahamson (2008).

neskerettighetene vokste fram. I en historisk kontekst er den konstante utvidelsen av menneskerettighetsspekteret etter annen verdenskrig slående, og dermed er også menneskerettighetsbegrepet i stadig utvikling.

Suverenitetsprinsippet er grunnleggende i folkeretten og innebærer at hvert enkelt land har suveren og ukrenkelig autoritet innenfor sine territorialgrenser. Opprinnelige var derfor folkeretten et rettssystem som skulle regulere statenes maktbruk overfor hverandre og statens behandling av egne statsborgere ble ansett som et indre anliggende.

Etter annen verdenskrig ble rettstilstanden gradvis endret fra utgangspunktet om den statlige kontroll over egne borgere til et statlig ansvar for å beskytte individer innenfor sin jurisdiksjon mot overgrep, jf EMK artikkel 1. Etter Verdenserklæringen, som har 60 års dag i desember i år, har en lang rekke menneskerettighetskonvensjoner sett dagens lys hvorved FN har spilt hovedrollen i rettsutviklingen.

Menneskerettighetene har dermed blitt en viktig motvekt til suverenitetsprinsippet, slik at ingen stater i dag kan hevde at grove og systematiske menneskerettskrenkelser er et indre anliggende. Det er likevel statene som folkerettssubjekter som ratifiserer menneskerettighetskonvensjonene og som dermed er forpliktet til å implementere rettighetene i intern rett. Fra et juridisk ståsted innebærer dette at folkeretten forplikter ved å stille grunnleggende krav til de nasjonale rettssystemene i form av individuelle rettigheter overfor staten og statlige forpliktelser overfor individene.

I nyere tid har regelproduksjonen i samfunnet økt hvilket har bidratt til at stadig flere samfunnsspørsmål er rettsliggjort. Dermed har domstolenes samfunnsrolle blitt mer betydningsfull på bekostning av lovgivende instans. Inkorporering av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner har bidratt i samme retning. Dessuten er det et fremtredende trekk at flere av de rettsregler som er vedtatt eller inkorporert i norsk rett i senere tid er vurderingspregede og dermed åpner for et betydelig skjønnsmessig tolkningsrom. Dette innebæ-

rer at domstolene i større grad får en rettsutviklende rolle på bekostning av Stortinget.³² Men domstolene trer aldri i kraft av eget tiltak, i sivile saker kommer dette bl.a. til uttrykk i tvl §§ 1-3 og 1-4 som medfører at saken må bringes inn av en part med rettslig interesse.

Tvistelovens formålsbestemmelse, § 1-1(1) andre punktum lyder: "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."

Domstolens sentrale funksjoner innen sivil tvisteløsning kan på denne bakgrunn inndeles i et individualistisk og et samfunnsmessig synspunkt. Domstolene skal både løse konkrete tvister, og dermed fremme rettssikkerhet for den enkelte, samt sørge for etterlevelse av de materielle regler og på denne bakgrunn påvirke borgernes handlingsvalg.

Tvl § 1-1(1) tar opp i seg hovedelementene i kravet til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6(1), og fremhever dessuten domstolenes samfunnsmessige funksjon. Med bakgrunn i at søksmålsterskelen etter tvl § 1-3 er gitt som en rettslig standard, kan formålsbestemmelsen få aktualitet i den videre utvikling av søksmålsbetingelsene ved en større vektlegging av domstolenes samfunnsmessige betydning.³³

I en menneskerettighetsdebatt er det lett å overse perspektivet mellom materielle og prosessuelle rettigheter. Men dersom et individ hevder at staten krenker hans materielle menneskerettigheter er det de prosessuelle rettighetene som regulerer hvorvidt han kan få domstolenes hjelp for å håndheve disse. Dette medfører at *prosessreglene har stor betydning for den berettigedes faktiske posisjon* ettersom man har liten glede av rettigheter som ikke kan håndheves ved manglende oppfyllelse. I den forstand er de prosessuelle rettsreglene aksessorisk tilknyttet de materielle rettsreglene og har i henhold til oppgaven som formål å sikre gjennomføringen av menneskerettighetene.

³² NOU 1999: 22 vedlegg 1 kapittel 3.1.

³³ Schei [et al] (2007) s 35.

Dette har medført at EMD i økende grad har innfortolket prosessuelle krav i de materielle menneskerettighetsbestemmelsene. Eksempelvis har menneskerettsdomstolen tolket retten til "fair trial" etter artikkel 6(1), som tilsynelatende kun gjelder rettergangen ved realitetsbehandling av tvisten, til også å omfatte "access to court", se kapittel 3.3.

Av vesentlig betydning i forhold til domstolenes to hovedfunksjoner er derfor at sivilprosessreglene sikrer reell adgang til domstolsbehandling, men det er ikke dermed gitt at den bør være absolutt. Domstolene må være tilgjengelige for partene i den forstand at *domstolsterskelen ikke hindrer at de rettslige tvister det er rimelig å få løst av domstolene faktisk får en løsning*. Av hensyn til domstolenes funksjon og arbeidsbelastning, saksøktes interesse i å unngå søksmål og andre interessenter oppstiller de fleste land skranker for hvilke saker som kan reises for domstolene. I prosessteorien betegnes gjerne disse kravene som alminnelige søksmålsbetingelser eller prosessforutsetninger.

Begrepet menneskerettssaker vil i de følgende drøftelser benyttes i betydningen sivile saker hvor utøvelse av forvaltningsmyndighet påstås å medføre brudd på EMK-krav.³⁴ I denne sammenheng vil domstolenes gjennomføringsansvar for konvensjonskrav bestå i en *eventuell reparasjon av forvaltningens krenkelse* av menneskerettighetene. Reparasjon av konvensjonsbrudd for de nasjonale domstoler er av prosessøkonomiske grunner gunstig for alle parter, den krenkede og særlig for de enkelte stater som unngår fellende internasjonal dom samt for det internasjonale domstolsapparatet.

Enkelte prosessuelle menneskerettigheter medfører dessuten krav om nasjonal domstolsbehandling og staten kan i så henseende pådra seg et dobbelt konvensjonsbrudd dersom det opereres med for snever domstolsadgang.

³⁴ Aall (1998) s 5 bruker denne definisjonen.

Hensynet til å skåne saksøkte, i menneskerettssaker hensynet til å hindre innblanding i en effektiv og enhetlig forvaltning, taler generelt for en begrensning i domstolsadgangen. Men reelt sett er søksmål også i det offentliges interesse ettersom nasjonale domstoler gis anledning til å reparere eventuelle konvensjonsbrudd og dermed unngå internasjonal klage. I menneskerettssaker må hensynet til å fremme rettssikkerhet være særlig tungtveiende, slik at hensynet til forvaltningen isolert sett ikke kan være avgjørende.

Det kan dessuten spørres om domstolsadgangen alene bør bestemmes av konvensjonskrav, dvs i henhold til hensynet til formell reparasjon. En kan argumentere for at statens primære ansvar for å gjennomføre menneskerettighetene i nasjonal rett også *bør* medføre at domstolsterskelen i saker om menneskerettsbrudd er liberal i forhold til klageadgangen til EMD.³⁵ Den enorme saksrestansen for menneskerettsdomstolen har medført en streng avvisningspraksis av prosessøkonomiske hensyn som ikke i like stor grad kan anføres for norske domstoler. ”Nasjonale domstolers gjennomføringsansvar kan således rekke lenger enn konvensjonsorganenes tilsynsansvar – til hva vi kan kalle reparasjon i reell forstand.”³⁶ [Kursivering fjernet.]

I menneskerettssaker må derfor både reparasjonshensynet (reell reparasjon) og konvensjonskrav om domstolsadgang vurderes noe som generelt taler for en lavere søksmåls terskel enn i øvrige rettslige tvister. Dette standpunktet må derimot vurderes i lys av det ovennevnte utgangspunkt at Høyesterett i det vesentligste har avvist at domstolene skal operere med sikkerhetsmarginer i tolkningen av EMK-rettslige argumenttyper i den hensikt å unngå konvensjonsbrudd.

Dersom søksmålsbetingelsene ikke er til stede vil resultatet etter norsk sivilprosess bli at saken avvises dersom mangelen ikke kan avhjelpes. I praksis og juridisk teori er det særlig problematisert hvorvidt krav om menneskerettighetsbrudd er et ”retsforhold” i hen-

³⁵ Se Aall (1998) s 7.

³⁶ Ibid s 8.

hold til tvml § 54 og kravet til sakens aktualitet i menneskerettssaker og det er derfor særlig disse søksmålsbetingelser etter tvl § 1-3 som kan tenkes å medføre avvisningsgrunnlag i menneskerettssaker.

Ved drøftelsen av en eventuell endring av søksmålsterskelen i sivilprosessreformen konkluderte både Tvistemålsutvalget og departementet med at gjeldende rett stort sett burde videreføres, men med en større adgang for å tillate søksmål av prinsipiell rekkevidde med bakgrunn i kritikken av burhønssakene.³⁷ Det ble videre påpekt at ugrunnede søksmål ikke burde medføre avvisning, men heller søkes motvirket ved hjelp av alminnelig ansvar for saksomkostninger, adgang til forenklet domstolsbehandling og ved begrensning i ankeadgang.³⁸

Nasjonal gjennomføring av menneskerettighetene er av primær betydning, slik at internasjonalt tilsyn først trer i kraft der den nasjonale gjennomføringen svikter. EMK artikkel 35(1) gir uttrykk for dette subsidiaritetsprinsippet som innebærer at alle nasjonale rettsmidler må være uttømt før sakens kan realitetsbehandles av EMD.

Den viktigste formen for internasjonalt tilsyn er individklage, jf EMK artikkel 34. I henhold til vedtatt endring er den obligatorisk, jf 11. protokoll som trådte i kraft 1. november 1998 (endring inkorporert ved menneskerettsloven). Denne protokollen medførte dessuten en reform av tilsynssystemet ved opprettelsen av en fulltids domstol i stedet for det tidligere system med to organer, på bakgrunn av det sterkt stigende saksomfanget.

EMDs president, Jean-Paul Costa, uttalte i forbindelse med at domstolen avsa sin 10 000. dom 18. september i år:

³⁷ Rt 1984/1488, Rt 1987/538 og Rt 1995/1823.

³⁸ Ot.prp. Nr 51 (2004-2005) s 142.

“To reduce the Court’s workload, Governments, legislators and the judiciary in all the member States of the Council of Europe need to work together at national level to secure the rights and freedoms guaranteed by the Convention and its Protocols. It is for the States to offer this protection themselves, as an essential condition for the rule of law ... Only when such protection is a reality at national level will it be possible to prevent such grave violations as were found in the Court’s 10 000th judgment delivered today.”³⁹

3 Innledning om kravene til domstolsadgang i henhold til EMK artikkel 6(1) og 13

3.1 Rettslige utgangspunkter

Den norske rettsutviklingen vedrørende domstolsadgang i menneskerettssaker har særlig hatt utgangspunkt i vedtakelsen av menneskerettsloven. Som nevnt var flertallet i Kvinnefengselsaken skeptiske til å tillegge EMK-rettslige argumenttyper forrangsvirkning fremfor tradisjonell sivilprosess på bakgrunn av sektormonismebestemmelsen. Under henvisning til vedtakelsen av menneskerettsloven og dens forrangsregel fravek derimot Høyesterett Kvinnefengselsaken uttrykkelig i Rt 2003/301 (undersøkelse av rusmisbruk). Menneskerettsloven § 3 medfører derfor at tvistelovens søksmålsbetingelser i menneskerettssaker i alle tilfelle må tolkes med utgangspunkt i EMK-krav til domstolsadgang, slik at en avvisning av søksmålet ikke er konvensjonsstridig.

I forhold til spørsmålet om konvensjonskrav medfører et styrket avvisningsvern i menneskerettssaker er utgangspunktet med begrensninger i den nasjonale domstolsadgang uproblematisk ettersom EMK utvilsomt ikke gir absolutt rett til domstolsadgang. Konvensjonskrav om rett til domstolsbehandling setter derimot grenser for domstolenes adgang til

³⁹ Pressemelding på EMDs hjemmeside.

å avvise saker, eksempelvis på bakgrunn av manglende partsevne, søksmålsfrister, søksmåls-gjenstand eller -situasjon. Problemstillingen er dermed i det følgende hvilke konvensjonskrav til domstolsadgang som kan utledes av EMK artikkel 6(1) og 13.

Problemstillingen reiser for øvrig to prinsipielle menneskerettslige spørsmål som må vurderes i lys av funksjonsfordelingen mellom norske domstoler, lovgivere og EMD ved tolkningen av menneskerettskonvensjonen:

- i) I hvilken grad tillater menneskerettskonvensjonen divergerende nasjonale løsninger? Den såkalte nasjonale skjønnsmarginen, og
- ii) I hvor stor grad åpner EMD for vektlegging av reelle hensyn med bakgrunn i den nasjonale rett?

I denne sammenheng er det viktig å påpeke at Norge har vedtatt EMDs kompetanse til å tolke og anvende EMK med bindende virkning, jf EMK artikkel 32 og 46.

Ad i) På en rekke områder har EMD tilkjent medlemsstatene en viss råderett til å gjennomføre konvensjonskrav med nasjonale tilpasninger og dermed selv vurdere konvensjonsmessigheten med utgangspunkt i ulike rettstradisjoner og moraloppfatninger. Rettstaten kan derfor ses som integrert del av konvensjonsrettighetenes rekkevidde.

Utarbeidelsen av læren om den nasjonale skjønnsmarginen i EMD-praksis må derfor ses i lys av subsidiaritetsprinsippet. ”Den skjønnsmargin som tilstår må nemlig ses som uttrykk for en tilbakeholdenhet ved konvensjonsorganene som skjer i tillitt til at nasjonale domstoler er sitt ansvar bevisst”.⁴⁰

Den tilståtte skjønnsmarginen er dermed domstolskapt og medfører eksempelvis at EMD ikke foretar en like inngående *prøvelse* av den nasjonale skjønnsutøvelsen av konvensjonskrav iht EMK artikkel 8 på rettsområder som berører familielivet og privatsfæren.

⁴⁰ Aall (1998) s 8.

Likeledes har den nasjonale skjønnsmarginen grunnlag i forestillingen om at nasjonal rett er bedre egnet til å vurdere behovet for inngrep i en rettighet ettersom nasjonale myndigheter har bedre kunnskap om lokale forhold og av tidsmessig nærhet til den påståtte menneskerettskrenkelsen. Men det er ikke gitt at nasjonale instanser er best egnet til å prioritere de relevante hensyn bak menneskerettighetsbeskyttelsen fremfor de lokale hensyn. Derfor er det i EMD-praksis understreket at grensen for statenes skjønnsmargin er underlagt EMDs overvåkning, jf eksempelvis *Handyside mot Storbritannia*.

Den nasjonale skjønnsmarginens praktiske betydning er derimot ikke lett å fastsette, fordi rekkevidden er relativ i henhold til hvilken rettighet det gjelder og hvilket formål som ligger bak inngrepet i rettigheten.⁴¹ Derfor må den nasjonale skjønnsmargin fastsettes etter en konkret vurdering i den enkelte sak. Sammenfattende viser EMDs praksis at skjønnsmarginen er mest omfattende der saken reiser spørsmål om den lovgivende makts grenser, der det er ulik rettslig regulering av spørsmålet blant medlemsstatene og der det er kulturelt betingede forskjeller. Motsetningsvis er skjønnsmarginen mindre dersom saken omhandler de fundamentale rettighetene i et demokratisk samfunn, eksempelvis ytringsfriheten, der det omstridte inngrep er vesentlig og vidtgående og statens rettstilstand avviker fra øvrige medlemsstater.⁴²

Det kan videre skilles på prinsipielt grunnlag mellom anvendelsen av den nasjonale skjønnsmargin ved vurderingen av om inngrep i de relative rettighetene er konvensjonsmessig og som EMK direkte gir anvisning på, eksempelvis artikkel 8(2), og anvendelsen av prinsippet i den nasjonale tolkningen av de enkelte rettigheter etter EMK. Som påpekt av Sørensen er det ikke like innlysende at norske domstoler bør anvende skjønnsmarginen i den sistnevnte sammenhengen ettersom prinsippet er formulert med tanke på spørsmålet

⁴¹ Aall (2007) s 130.

⁴² Lorenzen [et al] (2003-2004) s 24.

om i hvilken grad EMD skal prøve nasjonale myndigheters vurderinger om konvensjonsmessighet.

”For nasjonale domstoler er spørsmålet om statens forpliktelse – herunder den statlige skjønnsmargin – også innebærer en vurdering som nasjonale domstoler forutsettes å prøve. Det er ikke gitt at svaret på spørsmålet om hvor inngående domstolene skal prøve et kriterium i EMK er de samme for EMD og nasjonale domstoler.”⁴³

Imidlertid er det antatt at skjønnsmarginen i nasjonale instanser har relevans både ved tolkningen av den enkelte rettighet og for rekkevidden av unntaksbestemmelsene.⁴⁴ Parallellen mellom den nasjonale skjønnsmargin og domstolenes tradisjonelle kontroll med forvaltningen er dessuten et moment som tilsier at forholdene ligger godt til rette for en effektiv sikring av menneskerettighetene ved norske domstoler.⁴⁵

Ad ii) EMD tillå tidlig menneskerettskonvensjonen en dynamisk tolkning, ved å foreta en utvidende tolkning av rettighetene i lys av samfunnsutviklingen. Domstolen har i en rekke saker poengtert at ”... the Convention is a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions...”⁴⁶ Dermed vil EMK til enhver tid tolkes slik at det resultatet som i best mulig grad realiserer konvensjonens formål velges. Det er derfor klart at en målsetning om å etablere en felleseuropeisk menneskerettighetsplattform ikke kan sameksistere med en sterk fremhevelse av nasjonale verdiprioriteringer. Men mellom disse ytterpunktene må det derimot være en mulighet for vektlegging av nasjonale hensyn.

⁴³ Sørensen (2004) s 137.

⁴⁴ Eksempelvis Aall (2007) s 129.

⁴⁵ Aall (2007) s 132.

⁴⁶ Første gang var *Tyrer mot Storbritannia* avsnitt 31.

I den ovennevnte Bøhlerdommen fremheves det i samsvar med alminnelig prejudikatlære at der tolkningen av en konvensjonsregel er uklar, må nasjonale verdiprioriteringer vektlegges for å bidra til utviklingen av EMDs tolkningspraksis.

”I den utstrekning det er tale om å avveie ulike interesser eller verdier mot hverandre, må norske domstoler - *innenfor den metode som anvendes av EMD* - også kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer. ... Ved at norske domstoler ved avveining av ulike interesser eller verdier kan bygge på verdiprioriteringer som ligger til grunn for vår lovgivning og rettsoppfatning, vil imidlertid norske domstoler kunne inngå i et samspill med EMD og bidra til å påvirke EMDs praksis.”⁴⁷ [Min kursivering.]

Dette må ses som et uttrykk for ønske om dialog mellom Høyesterett og menneskerettighetsdomstolen om en dynamisk utvikling av konvensjonen med utgangspunkt i forskjeller mellom de nasjonale rettsordninger og verdiprioriteringer. Skoghøy uttaler i denne sammenheng at norske domstolars rolle i den konkrete anvendelse av EMK er ”å søke å komme frem til hvordan vi – med våre rettstradisjoner – mener konvensjonen bør forstås”. [Kursivering fjernet.]⁴⁸

”Men skal det bli en effektiv dialog, må Høyesterett hevde norsk synspunkter i sine avgjørelser der det er åpning for nasjonale syn. Og vi må lære å akseptere tap i Strasbourg uten å se det som en ydmykelse, men som ledd innefor en rettsutvikling, en felles nasjonal og internasjonal utvikling.”⁴⁹

Skal nasjonale myndigheter ha håp om å påvirke EMD må nok likevel argumentasjonen hovedsakelig inntas fra felleseuropeiske verdier og ikke kun nasjonale på bakgrunn av at EMK ikke tar sikte på å harmonisere rettstilstanden i medlemsstatene.⁵⁰

⁴⁷ Rt 2000/996.

⁴⁸ Skoghøy (2002)[b] s 348.

⁴⁹ C Smith (2005) s 437.

⁵⁰ Graver (2003) s 483.

Også EMD har i flere tilfelle tillagt nasjonale reelle hensyn vekt i tolkningen av konvensjonen. Et kjent eksempel er *Öztürk mot Tyskland* hvor domstolen anla en innskrenkende tolkning av artikkel 6(1) ved å tillate at straff for trafikkforseelser ilegges av administrative organer i første instans begrunnet i ”the large number of minor offences, notably in the sphere of road traffic, a Contracting State may have good cause for relieving its courts of the task of their prosecution and punishment”.⁵¹ Dersom staten kan argumentere for at det foreligger sterke reelle hensyn som taler for en bestemt tolkning av konvensjonen, vil derfor EMD i mange tilfelle vektlegge dette, og spesielt i de tilfeller konvensjonsbestemmelsene selv legger opp til en slik proporsjonalitetsvurdering.

3.2 Forholdet mellom EMK artikkel 6(1) og 13

Den generelle bestemmelsen som regulerer domstolsadgangen i EMK er artikkel 13 som behandler retten til ”an effective remedy”, altså effektiv prøvningsrett⁵². Men bestemmelsen medfører ikke rett til domstolsbehandling slik at administrativ klagerett som utgangspunkt kan være tilstrekkelig, jf *Golder mot Storbritannia*. Etersom EMD tidlig innfortolket en rett til domstolsbehandling i artikkel 6(1) samt at anvendelsesområdet ikke er begrenset til konvensjonsrettigheter, men gjelder tvister om ”civil rights and obligations” er vernet etter denne bestemmelsen er på mange områder mer omfattende enn etter artikkel 13.

Den mest utbredte oppfatningen er således at artikkel 6(1), og den tilsvarende artikkel 5(4) innen strafferetten, er *lex specialis* i forhold til artikkel 13.⁵³ *Lex specialis*-prinsippet innebærer som utgangspunkt at den mer spesielle regel går foran den generelle dersom disse har samme trinnhøyde, og har bakgrunn i felles rettstradisjon med hovedregel og unntak. Men prinsippet har ”først og fremst betydning i tilfeller hvor den ene regels an-

⁵¹ *Öztürk mot Tyskland* avsnitt 56.

⁵² I henhold til den norske uoffisielle oversettelsen.

⁵³ Aall (2007) s 72.

vendelsesområde i sin helhet ligger innenfor den andres”, og det er uklart hvorvidt prinsippet kan anvendes når dette ikke er tilfelle.⁵⁴

Tradisjonell EMD-praksis innebar at det ved konstatert brudd på artikkel 6(1) ikke oppsto ytterligere spørsmål i tilknytning til artikkel 13. I *Kudla mot Polen* brøt imidlertid EMD med tidligere praksis og la til grunn at artikkel 13 gir en selvstendig rett til et effektivt, nasjonalt rettsmiddel for den som påstår at en sak som dekkes av art 6(1) ikke er vurdert ”within a reasonable time”. Synspunktene i dommen er for øvrig videreført i *Horvat mot Kroatia*. Det må dermed anses å være en forutsetning for effektiv prøvningsrett etter artikkel 13 at klagesaken behandles innen rimelig tid.

Domstolen redegjorde i *Kudla mot Polen* for tidligere praksis begrunnet i lex specialis-prinsippet og uttalte:

”147. There is, however, no overlap and hence no absorption ... From this perspective, the right of an individual to trial within a reasonable time will be less effective if there exists no opportunity to submit the Convention claim first to a national authority; and the requirements of Article 13 are to be seen as reinforcing those of Article 6 § 1 ...”⁵⁵

Domstolens brudd med tidligere praksis ble begrunnet i den stigende mengden klagesaker for EMD hvor det prinsipale eller eneste påstandsgrunnlaget er at ”hearing within a reasonable time” etter artikkel 6(1) ikke har funnet sted, hvilket i mange saker reelt sett medførte at klageren ikke hadde nasjonal prøvningsrett.⁵⁶

Konsekvensen av dommen er at *nasjonale domstoler* må vurdere om saksbehandlingstiden er i samsvar med innen rimelig tid kravet og eventuelt tilkjenne passende kompensasjon etter begge bestemmelsene. En nyvinning med den seneste sivilprosessreformen

⁵⁴ Eckhoff (2001) s 357.

⁵⁵ *Kudla mot Polen* avsnitt 147 og 152.

⁵⁶ *Ibid* avsnitt 148 og Aall (2007) s 72.

i så henseende er tvl § 11-7 vedrørende virkemidler for å sørge for aktiv saksstyring, som ble vedtatt i den hensikt å oppfylle EMK-krav om effektivt rettsmiddel ved brudd på rett til domstolsbehandling innen rimelig tid etter artikkel 6(1).

Som Aall påpeker er det derimot vanskelig å forsvare *Kudla mot Polen* ut fra vanlige konkurranssynspunkter, dvs rettferdiggjøre hvorfor retten til saksbehandling innen rimelig tid i henhold til artikkel 6(1) skal ha en annen stilling enn minimumsrettighetene i straffesaker etter tredje ledd.⁵⁷

EMD-praksis medfører derfor at EMK artikkel 13 hittil ikke har gitt en selvstendig rett til domstolsadgang der artikkel 6(1) er anvendelig, bortsett fra spørsmålet om nasjonalt rettsmiddel for saksbehandling innen rimelig tid. Ved overlapping av rettigheter etter bestemmelsene vil artikkel 6 derfor konsumere artikkel 13. På bakgrunn av EMDs dynamiske tolkning av konvensjonen og begrunnet kritikk i forhold til andre rettigheter etter artikkel 6 er det derimot ikke usannsynlig at vernet etter bestemmelsen vil utvides ytterligere.

3.3 EMK artikkel 6(1) – access to court

EMK artikkel 6(1) første setning lyder ”In the determination of his civil rights and obligations... everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”, og angir med det de menneskerettslige rettsgarantier i sivile saker.

Anvendelsesområdet for bestemmelsen angis ved formuleringen “avgjørelse av borgerlige rettigheter og plikter”.⁵⁸ For å oppnå en effektiv og enhetlig minimumsstandard blant konvensjonsstatene har EMD-praksis fastsatt at uttrykket er autonomt, dvs uavhengig tilsvarende begreper i nasjonal rett.

⁵⁷ Aall (2007) s 72.

⁵⁸ Oversettelse i den uautoriserte norske versjonen.

Domstolen har etter dette fastslått flere krav til klagegjensstanden, se eksempelvis *K.T. mot Norge* avsnitt 82: 1) det må foreligge en reell tvist mellom en fysisk eller juridisk person og en annen person eller myndighet, jf ”genuine and serious”, 2) tvisten må gjelde en rettighet som i hvert fall med rimelighet (”on arguable grounds”) kan sies å ha grunnlag i nasjonal rett, 3) resultatet av saken må være avgjørende for rettigheten, jf ”determination” og 4) rettigheten må være av borgerlig art.

Det klare utgangspunkt er at begrepet ”borgerlige” omfatter tvister om rettsforhold mellom private, og det gjelder også når det offentlige er part i en privatrettslig tvist. Dette innebærer at en triviell tvist om et ordinært salg kan havne i EMD. Men prøvingstema for EMD er ikke knyttet til selve kjøpet, men om det foreligger en konvensjonskrenkelse ved den nasjonale rettergang i behandlingen av tvisten. I den forstand er EMD ingen fjerdeinstans som kan overprøve nasjonale høyesterettsdommer.

Dette standpunkt kan hevdes på bakgrunn av at en naturlig forståelse av ”civil” ikke rekker lenger enn typiske privatrettslige tvister. Men ettersom EMD har foretatt en stadig utvidende tolkning av anvendelsesområdet for bestemmelsen på bakgrunn av formålstolkning er etter hvert også enkelte offentligrettslige tvister inkludert.

I *Ringeisen mot Østerrike* uttalte EMD i avsnitt 94 at uttrykket gjaldt ”all proceedings the result of which are decisive for private rights and obligations”, hvilket gir bestemmelsen et anvendelsesområde for alle saker som vil kunne virke bestemmende for utøvelsen av rettigheter av privatrettslig karakter. Således omfattes saker om rett til offentlige ytelser og krav om erstatning fra det offentlige. Etterfølgende EMD-praksis har derimot ikke fulgt prinsipputtalelsen fullt ut og den nærmere avgrensning kan på denne bakgrunn være problematisk.

I henhold til konvensjonspraksis kan de sakstyper som faller utenfor artikkel 6 sitt anvendelsesområde litt forenklet sammenfattes til de såkalt rene offentligrettslige tvister om

statsborgerrett, bortvisning og utvisning av utlendinger, politiske rettigheter, pass, militærnektning og utlevering.⁵⁹ Normalt faller dessuten skattesaker utenfor.

Etter sin ordlyd regulerer bestemmelsen saksbehandlingen når en tvist først er tatt til behandling av domstolene. EMD slo imidlertid ganske tidlig fast at en rett til domstolsbehandling fulgte indirekte av bestemmelsen, jf særlig *Golder mot Storbritannia* hvor det ble fastsatt konvensjonskrenkelse på bakgrunn av at en fange ble nektet rett til kommunikasjon med advokat, og *Airey mot Irland* hvor det ble fastsatt konvensjonskrenkelse på bakgrunn av at en kvinne ble hindret i å få skilsmisse grunnet dårlig økonomi og manglende rettshjelp.

Denne tolkningen har EMD for øvrig fastholdt, men også vesentlig utvidet i et betydelig antall dommer. EMD-praksis gir uttrykk for en kritisk holdning til både søksmålsbegrensninger og vidtgående avvísingspraksis ved nasjonale domstoler. Samtidig har EMD fastsatt at retten til domstolsadgang ikke er absolutt, og at nasjonal rett derfor kan sette enkelte begrensninger av hensyn til rettsvesenets effektivitet samt av prosessøkonomiske grunner uten at det er konvensjonsstridig, se bl.a. *Ashingdane mot Storbritannia* avsnitt 57.

I *K.T. mot Norge* uttalte EMD om grensene for den nasjonale skjønnsmarginen i denne sammenheng:

“96. ... whether the limitation imposed *impaired the essence of the right* and, in particular, whether it pursued a *legitimate aim* and there was a *reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved*... If the restriction is compatible with these principles, no violation of Article 6 will arise.” [Mine kursiveringer.]

⁵⁹ Møse [et al] note 52.

På denne bakgrunn kan det oppstilles tre kumulative forutsetninger for den tilkjente nasjonale skjønnsmarginen, selv om det er poengtert i EMD-praksis at grensene mellom dem kan være noe flytende: For det første må ikke begrensningene være av et slikt omfang at de rammer selve kjernen i retten til domstolsadgang. For det andre må eventuelle begrensninger være begrunnet i et legitimt formål. Og for det tredje må det være proporsjonalitet mellom mål og middel, dvs mellom den fastsatte begrensningen og virkningen av avvisning av realitetsbehandling.⁶⁰

Dersom en avgjørelse er truffet administrativt er det et krav etter artikkel 6 at en etterfølgende domstol har full prøvingskompetanse, jf eksempelvis *Albert og Le Compte mot Belgia*:

”29. ... the Convention calls at least for one of the two following systems: either the jurisdictional organs themselves comply with the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1), or they do not so comply but are subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 para. 1”.

Dette har særlig betydning i forhold til sanksjonspregede forvaltningssaker som rettighetstap, refselse o.l.

Men etter omstendighetene innrømmes forvaltningen en viss skjønnsmessig myndighet hvor det ikke er nødvendig med fullstendig domstolskontroll, jf *Zumtobel mot Østerrike* avsnitt 32 begrunnet i ”the respect which must be accorded to decisions taken by the administrative authorities on grounds of expediency and to the nature of the complaints”.

Problemstillingen etter artikkel 6 er dermed om de nasjonale søksmålsbegrensningene som følger av tvl § 1-3 i *den konkrete sak* ligger innenfor den nasjonale skjønnsmarginen.

⁶⁰ Se også Lorenzen [et al] (2003-2004) s 206.

3.4 EMK artikkel 13 – ”effective remedy”

EMK artikkel 13 lyder: ”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.”

Oversettelsen av “effective remedy” til norsk er problematisk og tidligere talte vi om effektivt rettsmiddel, men for å unngå assosiasjoner til ankesystemet er det nå byttet ut med effektiv prøvningsrett for å markere denne dimensjonen av EMK-kravet. Kjernen i bestemmelsen er imidlertid at konvensjonsstatene kan oppnå effektiv oppfyllelse av EMK ved enten 1) å forebygge konvensjonskrenkelser med sikringstiltak, jf nevnte tvl § 11-7 eller 2) å stanse pågående konvensjonskrenkelser eller 3) ved å gi adekvat kompensasjon for konvensjonsbrudd som allerede har skjedd.⁶¹

Retten til prøvningsrett etter artikkel 13 er aksessorisk tilknyttet de materielle menneskerettigheter som er gjennomført i den nasjonale rett og må derfor ses i sammenheng med disse. Det grunnleggende hensyn bak bestemmelsen, sett i sammenheng med artikkel 1 og 35, er derfor subsidiaritetsprinsippet. Det allmenne prinsipp er at det primært tilligger nasjonale myndigheter å håndheve borgernes menneskerettslige vern, slik at den internasjonale domstolsordning kun kobles inn dersom den nasjonale gjennomføringen svikter. I *Boyle og Rice mot Storbritannia* uttalte Menneskerettighetskommisjonen i så henseende:

“73. The Commission considers that Article 13 plays a key role in the Convention system because it requires the provision of national safeguards against the misuse of power and the infringement of Convention Rights. It provides the counterparts of the requirement to exhaust domestic remedies in Article [35(1)] and reflects the subsidiary character of the Convention system to the national systems safeguarding human rights...”

⁶¹ *Kudla mot Polen* avsnitt 158.

Selv etter reformen av domstolsordningen ved 11. tilleggsprotokoll til EMK har den enorme saksmengden til EMD, som bare har eskalert med økende antall medlemstater, medført en streng avvisningspraksis og lang ventetid for domsbehandling. Et eksempel er *K.T. mot Norge* hvor det gikk to og et halvt år fra beslutning om at den ikke skulle avvises til realitetsavgjørelse i EMD 25. september 2008. (Saken ble for øvrig pådømt i Høyesterett så tidlig som 3. april 2003, se Rt 2001/301.)

Dersom bestemmelsen tolkes strengt i henhold til sin ordlyd er det nærliggende å konkludere at prøvningsretten er betinget av at det er begått konvensjonsbrudd, jf ”are violated”. Denne tolkningen av bestemmelsen ble derimot forkastet av EMD i *Klass m.fl. mot Tyskland*:

”64. ... However, a person cannot establish a "violation" before a national authority unless he is first able to lodge with such an authority a complaint to that effect. ... Thus Article 13 must be interpreted as guaranteeing an "effective remedy before a national authority" to *everyone who claims* that his rights and freedoms under the Convention have been violated.” [Min kursivering.]

Dersom denne tolkningen av artikkel 13 skulle forbli uendret ville den medført at en påstand om konvensjonsbrudd i seg selv var tilstrekkelig uavhengig grunnlaget det ble påberopt på. Uttalelsen ble derfor presisert i *Silver m.fl. mot Storbritannia* til at pretensjonen om konvensjonskrenkelsen måtte være *begrunnbar*, jf avsnitt 113 ”arguable claim”.

Domstolen har derimot ikke vært konsekvent i den nærmere grensedracting, og har fremholdt at spørsmålet om kravet er ”arguable” må avgjøres med bakgrunn i den konkrete sak og etter karakteren av det rettslige spørsmålet. Tendensen i EMD er likevel å sidestille kravet til begrunnet påstand etter artikkel 13 med vilkåret om at klagen ikke må være åpenbart ugrunnet etter artikkel 35(3) ”manifestly ill-founded” som avvisningsgrunn, jf *Boyle*

og *Rice mot Storbritannia* avsnitt 54.⁶² Dette innebærer at der klage til EMD avvises som åpenbart ugrunnet så har ikke nasjonale myndigheter plikt til å etablere effektiv prøvingsrett av kravet i henhold til minimumsoppfyllelse av bestemmelsen.

Det følger videre av EMD-praksis at administrativ prøvelse i og for seg er tilstrekkelig etter bestemmelsen, jf *Golder mot Storbritannia* avsnitt 33: "Article 13 speaks of an effective remedy before a "national authority" ("instance nationale") which may not be a "tribunal" or "court" within the meaning of Articles 6 para. 1...". Det er derfor ikke et generelt krav etter artikkel 13 at spørsmålet om konvensjonsbrudd avgjøres av nasjonale domstoler. Dersom det ikke foreligger noe administrativt rettsmiddel vil bestemmelsen derimot bare kunne oppfylles dersom påstanden om konvensjonskrenkelse kan prøves for domstolene, jf Rt 2003/301.

De krav som EMD har stilt til effektiv prøvningsrett synes på den andre siden å være influert av elementer i den judisielle modell⁶³ og EMD har i flere tilfelle uttalt at "the "authority" referred to in that provision necessarily have to be a judicial authority; but if it is not, its powers and the guarantees which it affords are relevant in determining whether the remedy before it is effective".⁶⁴

Kravet om at rettsmidlet skal være effektivt innebærer sammenfatningsvis at det reelt sett må være tilgjengelig, at det gir grunnlag for en prøving av det forhold som påstås å være konvensjonsstridig etter EMK og at det gir mulighet for adekvat reparasjon dersom det skulle foreligge konvensjonskrenkelse.⁶⁵

De ovenfor skisserte kravene til prøvningsorganet etter artikkel 13 behøver derimot ikke knyttes til en enkelt prøvningsinstans ettersom EMD-praksis viser at det er summen av

⁶² Aall (2007) s 66, Danelius (2007) s 428 og Lorenzen [et al] (2003-2004) s 523.

⁶³ Aall (2007) s 68.

⁶⁴ *Kudla mot Polen* avsnitt 157.

⁶⁵ Se eksempelvis *Vilvarajah m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 122.

de nasjonale rettsmidler som er avgjørende. I utgangspunktet er dette uproblematisk, gitt at ulike nasjonale instanser har kompetanse til å vurdere ulike sider av en påstått konvensjonskrenkelse.⁶⁶ Men domstolen har også akseptert at flere prøvningsinstanser i forhold til samme spørsmål kan anses som effektivt prøvingsrett etter artikkel 13, jf *Leander mot Sverige*.

Derimot følger det av EMD-praksis at kravet i artikkel 35(1) om at nasjonale rettsmidler må være uttømt som søksmålsbetingelse for realitetsbehandling i Strasbourg ikke innebærer at man må utømme alle rettsmidler som hver for seg ikke anses som effektive.⁶⁷ Dermed oppstår det en uheldig inkonsekvens i tolkningen av bestemmelsene. Og i ytterste konsekvens kan det medføre at 6 måneders fristen for å anlegge klage til EMD utløper ved å benytte ineffektive rettsmidler i nasjonal rett. Dette medfører samtidig en oppfordring til å klage til Strasbourg på et tidligere tidspunkt slik at muligheten for nasjonal reparasjon svekkes.

EMD-praksis viser også at kravene til prøvningsorganet er relativt, dvs avhengig av sakens karakter. Dette kan illustreres ved *Klass m.fl. mot Tyskland* hvorved domstolen konkluderte at hemmelig overvåkning er ansett som nødvendig i et demokratisk samfunn av sikkerhetshensyn og forebygging av kriminalitet, jf artikkel 8(2). Av konsekvenshensyn⁶⁸ må prøvningsretten etter artikkel 13 tolkes i samsvar med dette:

”69. For the purposes of the present proceedings, an "effective remedy" under Article 13 must mean a remedy that is as effective as can be having regard to the restricted scope for recourse inherent in any system of secret surveillance. It therefore remains to examine the various remedies available to the applicants under German law in order to see whether they are "effective" in this limited sense.”

⁶⁶ Aall (2007) s 70.

⁶⁷ Ibid s 71.

⁶⁸ Ibid s 40 og Elgesem (2003) s 226.

Ettersom alle inngrep fra forvaltningens side som berører individets rettsstilling, herunder menneskerettssaker, kan kreves behandlet ved domstolene dersom de alminnelige søksmålsbetingelsene foreligger går i utgangspunktet norsk rett lenger enn artikkel 13 krever. Artikkel 35(1) innebærer at denne prøvningsretten i alle tilfelle må utnyttes før EMD kan realitetsbehandle klagen, jf ”all domestic remedies have been exhausted”. For høy domstolsterskel medfører dermed redusert adgang for nasjonal reparasjon av konvensjonskrenkelse. Derimot vil ikke dette medføre brudd på artikkel 13 dersom det eksisterer effektive administrative klageprosedyrer.⁶⁹

4 Vurderingen av krav til søksmålsobjektet og aktuell interesse i menneskerettssaker

4.1 Søksmålsmodellen og bakgrunnen for tvl § 1-3

Med tvistemålsloven av 1915 ble forutgående rettspraksis med innføring av interessemodellen som søksmålsterskel kodifisert. Tidligere trakk en snevrere rammer for søksmålsberettigede ettersom en knyttet kompetansen til den som hadde fått sin subjektive rett krenket.⁷⁰ Mot slutten av 1800-tallet argumenterte flere rettsteoretikere for at søksmålsadgangen ikke burde være begrenset til den subjektive rett og på begynnelsen av 1900-tallet utvidet rettspraksis søksmålskompetansen ved å foreta et skifte i vurderingstemaet fra subjektiv rett til rettslig interesse. I denne forbindelse kan Rt 1914/419, hvor en rørleggerforening ble ansett søksmålsberettiget i en sak om gyldigheten av et håndverksbrev, anses som en milepæl i etableringen av rettslig interesse som søksmålskriterium.⁷¹

⁶⁹ Aall (2007) s 73.

⁷⁰ Aall (1998) s 33.

⁷¹ Ibid s 34 og Knoph (1922) s 227.

I 1922 uttalte Knoph forut for sin tid: ”Processen må altså helt løses fra sitt unatur-
lige avhengighetsforhold til den subjektive rett, og stilles direkte i den rettslige interessens
tjeneste. Bare ved å åpne civilprocessens dør for alle dem som har en rettsverdig interesse
av konkret rettsbeskyttelse, kann rettsordenen gjøre processen til det den efter en utviklet
rettsopfatning bør være: en effektiv sanksjon av den objektive rett”.⁷²

Et hovedtrekk i den etterfølgende rettsutviklingen har vært en stadig utvidelse av
kretsen av søksmålsberettigede med utgangspunkt i vurderingen av *behov for rettavklaring*.
Således har ikke Høyesterett bare akseptert søksmål som ikke reelt har dreid seg om parte-
nes rettigheter eller rettsforhold, men også i noen grad abstrakte rettsspørsmål og retts-
spørsmål vedrørende andres rettsforhold. Dermed er søksmålsadgangen utvidet både i hen-
hold til kravet til søksmålgjenstanden og i kravet om saksøkerens tilknytning til denne.

Med ikrafttreddelsen av tvisteloven ble et nytt koblingsbegrep for vurderingen av
søksmålskompetansen tatt i bruk; fra rettslig interesse til reelt behov. Derimot var ingen re-
alitetssendring tilsiktet med endringen i den språklige utformingen av bestemmelsen, og ho-
vedinnholdet i søksmålsbetingelsene ble forutsatt å skulle videreføres ved den nye loven.⁷³

Domstolsterskelen er dermed gitt ved en rettslig standard som gir anvisning på en
rekke skjønnsmessige avveininger og som dermed forutsettes avklart og nyansert gjennom
rettspraksis. Det ble drøftet i forarbeidene til tvisteloven hvorvidt søksmålsbetingelsene
burde være klarere utformet, men ideen ble forkastet på bakgrunn av de lovtekniske utford-
ringer en slik utforming av regelen ville medføre.⁷⁴

Klageretten til EMD følger en tilsvarende interessemodell som tvisteloven. Det
fremgår av EMK artikkel 34 at enhver som hevder å være offer for en konvensjonskrenkel-
se kan anlegge individklage, jf ”The Court may receive applications from any person, non-

⁷² Knoph (1922) s 225.

⁷³ Ot.prp. Nr 51 (2004-2005) s 363.

⁷⁴ Ibid s 140-141 og NOU 2001: 32 s 190-191.

governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the protocols thereto”.

Dette er fordelaktig med tanke på reparasjon, ettersom det er enklere å vurdere søksmålsadgangen etter ulike regelsett med utgangspunkt i samme vurderingstema. Men det er ikke dermed gitt at grensene etter de to rettssystemer trekkes likt i alle sammenhenger. Og det kan ikke utelukkes at en *vidtgående tolkning av kravet til søksmålsobjektet og aktuell interesse kan medføre konvensjonskrenkelse*, for eksempel dersom det stilles strengere krav til søksmålsinteresse etter tvl § 1-3 enn etter kravet om ”victim” etter EMK artikkel 34.⁷⁵

4.2 Søksmålsbetingelser og den skjønsmessige helhetsvurdering etter tvl § 1-3

Tvl § 1-3 lyder:

”Søksmålsobjektet, partstilknytning og søksmålsituasjon

(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 saksoekte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.”

Bestemmelsen angir med dette de prosessuelle grunnvilkår for å fremme en sak for domstolene og viderefører langt på vei tvml § 54. Ordningen med ulik regulering av fastsettelses- og fullbyrdelsessøksmål ble ikke videreført i tvisteloven, slik at adgangen til å anlegge begge typer søksmål må vurderes etter tvl § 1-3. Som tidligere nevnt er ordlyden endret i forhold til tvml § 54, men ingen realitetsendring er tilsiktet. Det understrekes dermed i forarbeidene at bestemmelsen knesetter en rettslig standard, som forutsettes å kunne endres over tid i henhold til endrede samfunnsbetingelser.⁷⁶

⁷⁵ Tilsvarende Lorenzen [et al] (2003-2004) s 222.

⁷⁶ Se Ot.prp. Nr 51 (2004-2005) s 364-365.

Søksmålsvilkårene etter tvl § 1-3 må som hovedregel være oppfylt når saken anlegges og under hele sakens gang. Et spesielt unntak er Fusadommen, jf Rt 1990/874.

Den tradisjonelle tredelingen av søksmålsbetingelsene utarbeidet i rettspraksis med utgangspunkt i tvml §§ 53 og 54 er videreført i tvl § 1-3. Men for å få frem at kravene til søksmålssituasjonen og partstilknytning gjerne glir noe over i hverandre er de slått sammen i bestemmelsens andre ledd. Dette tydeliggjør at ”svakheter ved aktualiteten kan avbøtes gjennom sterk tilknytning og omvendt”.⁷⁷

I utgangspunktet skal det likevel fortas en konkret vurdering av den enkelte sak i forhold til de angitte søksmålsbetingelser, dvs kravet om at søksmålsgjenstanden må gjelde et rettskrav, tilknytningskravet og aktualitetskravet. Men på bakgrunn av at de enkelte søksmålsbetingelser i høy grad er skjønnsmessige poengteres det både i forarbeidene og i rettspraksis at den flytende overgangen mellom *alle* kriteriene medfører at det i grensetilfelle etter en helhetsvurdering vil være avgjørende ”om det er naturlig og rimelig at tvisten skal kunne bringes inn for domstolene”.⁷⁸

I tvistemålsutvalgets mandat, nærmere utdypet i Justisdepartementets foredrag til den kongelige resolusjon, het det:

”Det må vurderes om rettergangsreglene for sivile saker oppfyller de krav som følger av internasjonale menneskerettskonvensjoner, særlig Den europeiske menneskerettskonvensjon. Det bør herunder vurderes om det bør være adgang til å få særskilt avgjørelse av om et forhold er i strid med en bestemmelse i en menneskerettskonvensjon, jf Høyesteretts kjennelse i Rt 1994 s 1244.”⁷⁹

⁷⁷ Falch note 24.

⁷⁸ NOU 2001: 32 s 652 og Ot.prp. Nr 51 (2004-2005) s 364.

⁷⁹ NOU 2001: 32 s 83.

Den nevnte kjennelsen er best kjent som Kvinnefengselsaken. Saken gjaldt en nederlandsk kvinne som ble varetektsfengslet og senere dømt og innsatt til soning for narkotikaovertrødelse og som det viste seg var gravid ved pågripelsen. Hun krevde særskilt fastsettelsesdom for at hun under fengselsoppholdet ble utsatt for behandling som stred mot EMK artikkel 3 jf 13, i tillegg til fullbyrdelsesdom for erstatning og oppreisning. Under dissens (3-2) konkluderte Høyesterett at kvinnens særskilte fastsettelsessøksmål måtte avvises på bakgrunn av at søksmålets gjenstand var et underliggende rettsspørsmål og at saksøkeren ikke hadde aktuell rettslig interesse ettersom det dreide seg om et fortidig forhold.

Flertallet tok med dette utgangspunkt i at påstander om konvensjonskrenkelse som utgangspunkt ikke var egnet for selvstendig rettslig løsning, men holdt likevel muligheten åpen.

”Avgjørelsen av om fastsettelsessøksmål vedrørende påståtte menneskerettskrenkelser skal tillates, vil etter mitt syn måtte bero på en konkret vurdering, hvor en lang rekke momenter vil kunne komme inn, så som karakteren av den påståtte krenkelse, om søksmål er reist i rimelig tid, om andre muligheter for overprøvelse er utnyttet, betydningen av søksmålet for den krenkede og om avgjørelsen vil kunne ha prejudikatvirkning.”⁸⁰

Kjennelsen ble som tidligere nevnt avsagt før vedtakelsen av menneskerettsloven og flertallet var skeptisk til å tillegge tvistemålslovens sektormonismebestemmelse (§ 36a) forrangsvirkning. Dissensen kan sies å uttrykke konfrontasjonen mellom høyesterettsdommerne vedrørende ulikt syn om menneskerettslige argumenttypers rolle i norsk rett.

Men som dommer Aarbakke på vegne av mindretallet uttalte behøver ikke resultatet nødvendigvis å bli avvisning dersom det er tvilsomt om noen av søksmålsbetingelsene fo-

⁸⁰ Rt 1994/1244 s 1254.

religger, hvis drøftelsen hovedsakelig foretas etter den ovennevnte helhetsvurdering av saksøkers behov for rettslig avklaring.⁸¹

Kjennelsen vil for øvrig bli mer inngående drøftet under de etterfølgende problemstillinger.

4.3 Kan en påstand om menneskerettsbrudd i seg selv utgjøre søksmålgjenstand? Adgangen til å fremme fastsettelsessøksmål om menneskerettsbrudd

4.3.1 Oversikt

Tvl § 1-3(1) oppstiller som søksmålsbetingelse at tvistegjenstanden må utgjøre et ”rettskrav”. Etter tvml § 54 som regulerte fastsettelsessøksmål var dette formulert som et krav om at tvisten måtte gjelde ”et rettsforhold eller en rettighet”, hvorav begrepet rettighet ble ansett å konsumeres av rettsforhold ettersom begrepet rettsforhold også omfatter rettigheter og forpliktelser av mer sammensatt art.⁸² I forarbeidene forutsettes det at begrepene som definerer søksmålgjenstanden etter tvml og tvl er innholdsmessig like.⁸³ Begrepet ”rettskrav” omfatter dermed både privatrettslige og offentligrettslige rettighets- og pliktforhold og er likeledes antatt å omfatte kompetanseforhold, jf Rt 1957/860 (Reinbeitedommen).⁸⁴

I praksis etter tvistemålsloven er søksmålsbetingelsen presisert til at søksmålgjenstanden må være *gjenstand for eller underlagt rettslig regulering*, jf eksempelvis Rt 1998/607 som resulterte i avvisning ettersom saksøkerens krav om lønn på et spesielt lønnstrinn ikke var basert på rettsregler, men hadde karakter av en interessetvist. Som hovedregel er derfor krav som reguleres av rettsregler ”rettskrav” i bestemmelsens forstand,

⁸¹ Rt 1994/1244 s 1253.

⁸² Skoghøy (2001) s 274.

⁸³ NOU 2001: 32 s 652.

⁸⁴ Ot.prp. Nr 51 (2004-2005) s 364.

slik at interessetvister, faktiske omstendigheter og faglige vurderinger ikke kan utgjøre søksmålgjenstand.⁸⁵

I forvaltningsretten vil for øvrig spørsmålet om det skal treffes vedtak, og hva det i tilfelle skal gå ut på kunne avhenge av et mer eller mindre fritt forvaltningsskjønn slik at domstolene har begrenset prøvelseskompetanse. Dette er imidlertid ikke blitt ansett problematisk i henhold til kravet om at søksmålgjenstanden må gjelde et rettskrav.⁸⁶ Spørsmålet om hvor langt domstolenes prøvelseskompetanse rekker skal i tilfelle ikke medføre avvisning, men avgjøres som ledd i realitetsavgjørelsen, se for øvrig drøftelsen i avsnitt 4.5.

Som tidligere nevnt gjelder retten til effektivt prøvningsrett etter EMK artikkel 13 kun konvensjonsrettigheter, mens retten til domstolsbehandling etter artikkel 6(1) gjelder saker om ”borgerlige rettigheter og plikter” som har grunnlag i nasjonal rett. En klage til EMD vil derfor bli avvist som uforenlig *ratione materiae* dersom den ikke gjelder konvensjonsrettigheter.⁸⁷ På dette punkt må derfor norsk rett sies å gå vesentlig lengre enn EMK-krav for domstolsadgang, ettersom også saker av ren offentligrettslig karakter omfattes. I denne sammenheng er det derimot menneskerettigheter som er av interesse og i så henseende må rettssystemene som utgangspunkt sies å overlape hverandre, ettersom EMK-rettigheter kan utgjøre henholdsvis søksmåls- og klagegjenstand.

Søksmålsbegrensningen har utgangspunkt i forutsetningen om at domstolenes hovedsakelige oppgave er å løse konkrete tvister på grunnlag av rettsregler. Men som poengtert i kapittel 2 kan formålsbestemmelsen i tvl § 1-1(1) andre punktum tale for en *noe* utvidet adgang til å tillate abstrakte rettsspørsmål uten at de er fremmet gjennom en konkret tvist.

⁸⁵ Ibid s 365.

⁸⁶ Skoghøy (2001) s 303.

⁸⁷ Møse (2002) s 128

Den såkalte doktrinen om avvisning av søksmål om abstrakte rettsforhold har derimot bakgrunn i lang rettstradisjon. Dette har medført at søksmålgjenstanden som utgangspunkt må gjelde nærmere avgrensede rettsspørsmål knyttet til et konkret faktum, slik at det på grunnlag av dommen kan trekkes noenlunde presise slutninger om rettsforholdet mellom partene.⁸⁸

Tvistemålsutvalget uttalte i denne henseende:

”Også mer abstrakte rettsspørsmål vil etter gjeldende rett i en viss utstrekning kunne prøves for domstolene, men jo lenger man måtte gå i å fjerne domstolen fra en konkret bedømmelse av et individualisert faktum, jo mer vil man miste nyanser og illustrasjonsmateriale. En slik mer abstrakt prøving kan derfor etter gjeldende rett bare skje der det ikke lar seg gjøre på noen hensiktsmessig måte å konkretisere tvisten.”⁸⁹

Et enkeltutslag av doktrinen er at man ikke kan få dom for at en forskrift er ugyldig.⁹⁰ Med utgangspunkt i kritikken av det såkalte burhønskomplekset⁹¹ uttalte Justisdepartementet i forarbeidene til tvisteloven at det ikke var ønskelig å fravike dette utgangspunktet, men at det i særlige tilfelle på grunnlag av et reelt behov for rettsavklaring burde kunne fremmes søksmål om gyldigheten av forskrifter uten at bestemte rettssubjekters forhold ble trukket inn. ”Ellers vil en tvinge legalitetsprøvingen av forskrifter inn i mindre hensiktsmessige former ...”⁹²

Høyesterett tok i Rt 2006/1042 forarbeidenes synspunkter til etterretning allerede før ikrafttreddelsen av tvisteloven. Kjennelsen illustrerer også at dersom det er omtvistet om

⁸⁸ Skoghøy (2001) s 298

⁸⁹ NOU 2001: 32 s 192.

⁹⁰ Se bl.a. Skoghøy (2001) s 293-294 og Rt 1984/1488.

⁹¹ Rt 1984/1488, Rt 1987/538 og Rt 1995/1823.

⁹² Ot.prp. Nr 51 (2004-2005) s 142.

en av søksmålsbetingelsene er oppfylt, blir det utslagsgivende om man etter en helhetsvurdering finner at saksøker har behov for rettsavklaring.

Problemstillingen har for øvrig en viktig side mot domstolenes veiledningsplikt etter tvl § 11-5(2) og (3) i de tilfelle en annen utforming av påstanden kan ivareta saksøkerens intensjoner. Plikten etter bestemmelsen går langt, og dersom retten ikke bringer klarhet i hva som påberopes vil dette kunne utgjøre en saksbehandlingsfeil ved avgjørelsen.⁹³

Som en ytterligere presisering av kravet til søksmålsstanden er det antatt at man bare kan kreve dom for rettsfølger av et faktisk forhold, men ikke for delvilkår for rettsfølgene, eksempelvis særskilt dom for at en handling var culpøs.⁹⁴ Det fremgår av tvl § 16-1(2) hvilke underliggende rettsspørsmål det kan gis særskilt dom for. Som hovedregel vil likevel ikke disse delspørsmålene utgjøre rettskrav i henhold til tvl § 1-3(1).

Rettspraksis har på denne bakgrunn *tradisjonelt* vært restriktiv til søksmålsadgangen når det kreves dom for at et bestemt forhold i seg selv er rettsstridig, uberettiget eller ulovlig. I utgangspunktet har det altså vært antatt at man må kreve dom for *virkningene* av at det foreligger slik rettsstrid.

Dersom menneskerettighetskrenkelsen har medført økonomisk tap vil kravet til aktiv søksmålskompetanse etter tvl § 1-3, dvs både rettskrav og aktuell interesse, som utgangspunkt være oppfylt. Dermed er krav om domsbehandling av fullbyrdelsessøksmål for konvensjonskrenkelse (som ett av flere påstandsgrunnlag) ofte uproblematisk. I denne henseende er det også slik at saksøkerens pretensjon om økonomisk tap ikke skal prøves i en eventuell avvisningsomgang. Se for øvrig drøftelse i avsnitt 4.5.

⁹³ NOU 2001: 32 s 709.

⁹⁴ Skoghøy (2001) s 299.

Derimot vil ikke alle konvensjonskrenkelser bestå i faktiske handlinger som kan gi opphav til økonomisk tap eller danne grunnlag for oppreisningserstatning. I disse tilfeller vil det være mer nærliggende for saksøker å anlegge fastsettelsessøksmål for å få rettens medhold i at den gitte handling var konvensjonsstridig.

4.3.2 Adgangen til å fremme fastsettelsessøksmål

Kort skissert er forskjellen mellom fastsettelses- og fullbyrdelesdom at sistnevnte medfører grunnlag for tvangsfullbyrdelse. ”På grunnlag av en fullbyrdelesdom kan saksøker ... få gjennomført en forandring av den faktiske situasjon slik at den faktiske situasjon blir brakt i samsvar med den rettslige.”⁹⁵ En fastsettelsesdom vil derimot bare kunne fastslå om det består et rettsforhold mellom partene og i tilfelle hva det innholdsmessig går ut på, jf tvml § 54 ”at et rettsforhold eller en rettighet er til eller ikke er til”. Det vesentligste skillet mellom søksmålstypene er derfor rettsvirkningen, dvs rettskraft for fastsettelsessøksmål og tvangskraft for fullbyrdelsessøksmål.

I den forstand vil et fastsettelsessøksmål alltid utgjøre noe mindre enn et fullbyrdelsessøksmål, men dette kan ikke uten videre medføre at konvensjonsbrudd må anses som et underliggende rettsspørsmål. Problemstillingen er dermed i det følgende om fastsettelsessøksmål for konvensjonsbrudd utgjør et selvstendig rettsspørsmål.

I Kvinnefengselsaken konkluderte flertallet som nevnt at ”[f]astsettelsespåstandene gjelder etter mitt syn ikke selvstendige rettsforhold, men delspørsmål av betydning for avgjørelsen av de fremsatte erstatnings- og oppreisningskrav.”⁹⁶

I henhold til EMK artikkel 34 er det derimot ikke et krav for realitetsbehandling i Strasbourg at konvensjonskrenkelsen har medført økonomisk tap. Denne problemstillingen må derfor anses fremmed for EMD. EMD uttalte i så henseende i *Eckle mot Tyskland*:

⁹⁵ Skoghøy (2001) s 266.

⁹⁶ Rt 1994/1244 på s 1249.

“66. The word "victim", in the context of Article [34], denotes the person directly affected by the act or omission which is in issue, the existence of a violation conceivable even in the absence of prejudice; prejudice is relevant only in the context of Article [41] ...”⁹⁷

EMD kan for øvrig tilkjenne klageren erstatning dersom det konstateres konvensjonsbrudd og nasjonale instanser ikke fullt ut har gjenopprettet skaden, se EMK artikkel 41. Erstatning anses imidlertid sekundært, det primære spørsmålet for menneskerettsdomstolen er å ta stilling til om det har skjedd en konvensjonskrenkelse.

Minimumsoppfyllelse av konvensjonskrav og derav reparasjonshensynet på bakgrunn eventuell disharmoni mellom de to rettssystemer tilsier at det er hensiktsmessig å la søksmålsbetingelsene i menneskerettighetssaker for norske domstoler følge de samme betingelser som gjelder for å få prøvet saken i EMD. Særlig gjelder dette tilfelle der det er nærliggende at det kan foreligge brudd på EMK-krav. For, som Aall har hevdet: ”Bare da vil dommens virkning mellom partene og dens generelle virkning (prejudikatsvirkningen) bidra til en effektivisering av reparasjonshensynet og respekten for konvensjonskrav.”⁹⁸[Kursivering fjernet.]

Flertallets resultat i Kvinnefengselsaken har imidlertid vært kritisert i både prosessrettslig og menneskerettslig teori. Som Aall har påpekt kan avvisning av fastsettelsessøksmål for konvensjonsbrudd medføre uriktige pretensjoner om økonomisk tap i menneskerettssaker i tillegg til at det samsvarer dårlig ”med disposisjonsprinsippet at domstolene skal måtte ta stilling til mer enn det partene ønsker.”⁹⁹ På bakgrunn av dommens sterke dissens og etterfølgende kritiske uttalelser kan ikke dommens prejudikatvekt sies å være stor.

⁹⁷ Se også *Marckx mot Belgia, De Wilde m.fl. mot Belgia* og *Engel m.fl mot Nederland*.

⁹⁸ Aall (1998) s 55.

⁹⁹ Aall (1998) s 52.

Med støtte i senere års rettspraksis og forarbeidene til tvisteloven er det dessuten grunnlag for å hevde at det tradisjonelle synspunkt om at fastsettelsessøksmål for menneskerettsbrudd ikke er et ”rettskrav” etter tvl § 1-3, ikke kan opprettholdes på så generelt grunnlag.

Rt 2003/301 (Undersøkelse av rusmisbruk) utgjorde et vendepunkt i så måte. Kjennelsen gjaldt spørsmålet om adgangen til å fremme et fastsettelsessøksmål om at en beslutning om å iverksette undersøkelsessak etter barnevernloven § 4-3(1) var ulovlig på grunnlag av konvensjonskrenkelse. En vesentlig forskjell fra Kvinnefengselsaken var at spørsmålet om konvensjonsstrid i denne saken *bare* var fremmet som fastsettelsessøksmål. Likevel konkluderte Høyesterett, under dissens 4-1, at saken måtte avvises.

Høyesteretts flertall, ved førstvoterende dommer Mitsen, uttalte først at avvisningen var berettiget etter tradisjonell sivilprosess på bakgrunn av at beslutningen måtte regnes som et saksbehandlingsskritt og dermed ikke var et ”retsforhold” etter tvml § 54.

”Som hovedregel vil rettmessigheten av slike saksbehandlingsskritt ikke kunne gjøres til gjenstand for særskilt søksmål etter tvistemålsloven § 54. Eventuelle feilgrep på dette stadiet kan imidlertid få betydning i et saksanlegg rettet mot det vedtaket som måtte bli truffet, og kan eventuelt også underbygge et erstatningskrav.”¹⁰⁰

Førstvoterende vurderte så i avsnitt 35 avvisningen i forhold til EMK artikkel 6(1) og med støtte i Rt 2001/1123 uttalte han kort at begrensningen måtte være innenfor den nasjonale skjønnsmargin.

Videre konstaterte førstvoterende at det ikke forelå administrativ klageadgang i denne saken og at EMK artikkel 13 dermed medførte et utvidet krav om domstolsadgang i forhold til tradisjonell sivilprosess:

¹⁰⁰ Rt 2003/301 avsnitt 30.

”[e]tter artikkel 13 må spørsmålet om artikkel 8 er krenket, kunne betraktes som et rettsforhold og gjøres til gjenstand for et fastsettelsessøksmål, og dette selv om krenkelsen er opphørt. Den tvil om adgangen til å kreve dom for konvensjonsstrid som forelå i Rt-1994-1244, kvinnefengselsaken, må ansees avklart i og med vedtagelsen av menneskerettsloven og dens forrangsbestemmelse i §3.”¹⁰¹

På tross av dette klare utgangspunktet fant likevel dommer Mitssem at saken måtte avvises på bakgrunn av at pretensjonen om konvensjonsbrudd måtte anses som ”klart grunnløst”. Førstvoterende poengterte imidlertid at spørsmålet om domstolene skulle foreta en slik preliminær materiell prøvelse måtte anses tvilsomt. Kjennelsens dissens omhandlet for øvrig kun dette spørsmålet. (Se for øvrig kapittel 4.5 for en mer inngående drøftelse av forholdet mellom realitet og pretensjon.) Dommen kan likevel ses som et prejudikat for at krav om fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd må anses som et rettskrav etter tvl § 1-3, og standpunktet er opprettholdt i Rt 2005/534 (KMU) avsnitt 27.

Som nevnt var det i Tvistemålutvalgets mandat å vurdere dette spørsmålet. På generelt grunnlag poengterte utvalget primært at den rettslige standarden etter tvl § 1-3 ikke kan sies å stenge for fastsettelsessøksmål om konvensjonsbrudd og at det derfor var unødvendig å lovfeste ”en særhjemmel for å tillate slike søksmål” for å oppfylle EMK-krav i menneskerettssaker.¹⁰²

Utvalget la videre til grunn at EMK-krav i artikkel 13 var oppfylt dersom retten prejudisielt tar stilling til konvensjonskrenkelsen i forbindelse med et ugyldighets- eller erstatningssøksmål. Imidlertid mente Tvistemålsutvalget at det i disse tilfellene ikke var riktig å bygge på en minimumsoppfyllelse av EMK-krav, slik at et særskilt krav om dom for

¹⁰¹ Ibid avsnitt 39.

¹⁰² NOU 2001: 32 s 201.

konvensjonsbrudd ikke burde avvises dersom det ble reist i forbindelse med et ugyldighets- eller erstatningssøksmål:

”Tillater man først at det avsies fastsettelsesdom for krenkelse i situasjoner der ugyldighets- eller erstatningssøksmål er uegnet, fremstår det som lite konsekvent, og unødig formelt, å stenge for at spørsmålet om krenkelse også avgjøres i domsslutningen der det i tillegg er krevd dom for ugyldighet eller er krevd erstatning.”¹⁰³

I denne sammenheng vektla utvalget at man dermed sikret at spørsmålet om konvensjonskrenkelse ble vurdert av retten og at en eventuell konstatering av brudd på EMK-krav i domsslutningen ville ha en *selvstendig symbolsk verdi*.

Tvistemålsutvalgets forutsetning må dermed sies å være at krav om at det foreligger et konvensjonsbrudd i alle tilfelle må sies å utgjøre et rettskrav etter tvl § 1-3(1), også i menneskerettssaker hvor det fremmes selvstendige rettsspørsmål som erstatning og oppreisning og hvor det underliggende spørsmålet om konvensjonsbrudd vil kunne være avgjørende. Utvalget poengterte for øvrig at det springende punkt i menneskerettssaker ikke er kravet til søksmålsjenstanden, men hvorvidt saksøker har ”tilstrekkelig behov for rettslig avklaring” etter bestemmelsens annet ledd.¹⁰⁴

På dette punkt var det kun Regjeringsadvokaten blant høringsinstansene som ikke støttet Tvistemålsutvalgets uttalelser. Dette var for så vidt ikke overraskende på bakgrunn av de anførsler som de fremmet i Kvinnefengselsaken. Regjeringsadvokaten uttalte at det måtte anses som tvilsomt om det etter norsk rett kunne kreves fastsettelsesdom for menneskerettsbrudd utover eventuell minimumsoppfyllelse av EMK-krav. Og at det på bakgrunn av mulighet for motstrid mellom ulike folkerettskonvensjoner ikke er noen ”... god løsning at det kan kreves dom for brudd på et regelfragment”.¹⁰⁵

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid s 652.

¹⁰⁵ Ot.prp. Nr 51 (2004-2005) s 153.

Justisdepartementet synes å være enige med Tvistemålsutvalget i at det er klart at det må foreligge domstolsadgang i henhold til EMK-krav for rettsspørsmål om konvensjonskrenkelse i de tilfelle konvensjonsmessigheten ikke kan bli prøvd på annen måte. Men utover den rene minimumsoppfyllelse av konvensjonskrav mener departementet i motsetning til Tvistemålsutvalget at det må gjøres begrensninger i adgangen til å få dom for konvensjonsbrudd. Dette standpunktet begrunnet departementet slik som Regjeringsadvokaten, i at det i motsatt fall ville innebære et markant brudd med norsk prosessrett.¹⁰⁶

Departementet fremhevet at det i denne sammenheng ikke kunne stilles krav til at forholdet til EMK kom direkte til uttrykk i domsslutningen ettersom dette ”... naturlig [vil] føre med seg et stort antall uttrykkelige frifinnelser for konvensjonsstrid, siden de fleste anførsler om at en konvensjonsbestemmelse er overtrådt, i praksis har vist seg ikke å føre fram.”¹⁰⁷

Justisdepartementet holdt imidlertid muligheten åpen for at en påstand om konvensjonsbrudd i enkelte tilfelle burde vurderes særskilt: ”Det kan likevel tenkes at behovet for rettsavklaring tilsier at domstolen bør ta stilling til det rent menneskerettslige spørsmålet.”¹⁰⁸

Schei m.fl. har uttalt at det ikke er lett å se tyngden i denne begrunnelsen og at den av departementet skisserte valgmuligheten i alle tilfelle må begrenses: ”Ut fra de hensyn som bærer § 1-3, må en adgang til kun å ta stilling til spørsmålet om konvensjonsstrid i premissene, begrenses til tilfeller der det ikke vil ha reell betydning for partene også å få en uttrykkelig dom for spørsmålet om konvensjonsstrid.”¹⁰⁹

¹⁰⁶ Ibid s 154.

¹⁰⁷ Ibid s 154-155.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Schei [et al] (2007) s 55.

Konklusjonen på denne problemstillingen må etter dette være at et krav om fastsettelsesdom for at et forhold er rettsstridig på bakgrunn av konvensjonskrenkelse i alle tilfelle må regnes som et selvstendig rettsspørsmål, og dermed et rettskrav etter tvl § 1-3(1), når konvensjonsmessigheten ikke kan bli prøvd på annen måte. Dersom retten gir saksøker medhold i sitt krav på annet rettslig grunnlag enn menneskerettsbrudd og dette ikke samtidig gir reparasjon av selve konvensjonskrenkelsen, er derimot ikke EMK-krav oppfylt. I slike tilfeller må derfor spørsmålet om konvensjonsbrudd ses som et selvstendig rettsspørsmål som det kan kreves fastsettelsesdom for, uavhengig Justisdepartementets uttalelser. En særskilt adgang til fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd ut over en slik minimumsoppfyllelse av EMK-krav er det derimot noe tvilsomt om domstolene vil tillate med utgangspunkt i Justisdepartementets og Regjeringsadvokatens vurderinger.

Men som det er skissert ovenfor vil det nok ved eventuell tvil om kravet til søksmålgjenstanden er oppfylt likevel bli foretatt en helhetsvurdering med utgangspunkt i tvl § 1-3(2), slik at det er tvilsomt om kravet til søksmålgjenstanden isolert vil medføre avvisning av fastsettelsessøksmål om brudd på EMK-krav. En slik helhetsvurdering vil innebære at *saksøkeren må sannsynliggjøre at dom for menneskerettsbrudd vil ha aktuell rettslig betydning for hans rettsstilling*. I grensetilfelle for spørsmålet om kravet til søksmålgjenstanden etter tvl § 1-3(1) er oppfylt vil derfor de enkelte betingelser gli noe over i hverandre.

4.4 Spørsmålet om kravet til søksmålssituasjonen i menneskerettssaker – aktualitetskravet og søksmålsfrist

Det følger av tvl § 1-3(2) at det er en søksmålsbetingelse at saksøker påviser ”et reelt behov for å få kravet avgjort”, noe som i andre punktum er presisert til ”kravets aktualitet”. Mao må situasjonen mellom partene på søksmålstidspunktet tilsi at saksøker har et reelt behov for rettsavklaring i menneskerettssaken.

Hvorvidt kravet til søksmålssituasjonen er oppfylt må som utgangspunkt avgjøres konkret i den enkelte sak. I rettspraksis er det på generelt grunnlag fastlagt at dersom det foreligger en reell rettsuvisshet mellom partene er det et kriterium som kan tilsi at saksøkeren har aktuelt behov for rettsavklaring.¹¹⁰ Det er imidlertid ikke et vilkår at det foreligger rettsbrudd i noen form, jf Rt 1998/300 (Ølreklamesaken).

For fullbyrdelsessøksmål er det motsetningsvis ikke et vilkår at kravet er omtvistet og det er i forarbeidene poengtert at saksøker har tilstrekkelig aktuelt behov etter tvl § 1-3(2) dersom saksøkeren sannsynliggjør behov for tvangsgrunnlag, dvs pretenderer at kravet er forfalt og ubetalt.¹¹¹ Etter tvml § 53(1) nr 1-4 kunne det på nærmere vilkår også anlegges fullbyrdelsessøksmål om uforfalte krav begrunnet i særlig behov for å få fastslått saksøktes plikt til å yte eller tåle noe. Det ble forutsatt i forarbeidene at denne løsningen kunne videreføres med tvl § 1-3.¹¹²

Begrunnelsen for denne søksmålsbegrensningen er at både domstolene og partene skal slippe å belastes med unødvendige søksmål samt hensynet til domstolenes primære funksjon som konfliktløser. Dersom konfliktmuligheten anses usikker (fremtidige eller hypotetiske rettskrav), er det mest hensiktsmessig å vente til behovet for rettsavklaring blir mer nærliggende. Likeledes kan rettsforhold som må anses opphørt (fortidige rettskrav) avskjæres på bakgrunn for at behovet for rettsavklaring i mindre grad er til stede på søksmålstidspunktet. Som utgangspunkt vil derfor tvistelovens krav til søksmålsituasjonen innebære en begrensning i domstolsbehandling av fortidige og fremtidige rettskrav.

Klage over mulige fremtidige konvensjonsbrudd kan som hovedregel ikke fremmes for EMD, jf EMK artikkel 34, slik at saken da vil bli avvist som uforenlig med EMD *ratione personae*. Det er derfor forsvarlig å anse det som et vilkår for realitetsbehandling i EMD at klageren har aktuell interesse i saken. Men som poengtert av Møse hindrer ikke kravet

¹¹⁰ Skoghøy (2001) s 315.

¹¹¹ Ot.prp. Nr 51 (2004-2005) s 365.

¹¹² Ibid s 143-144.

om aktuell interesse at det klages over fortidige forhold til EMD og som hovedregel kan slike klager fremmes.¹¹³ For konvensjonsorganene er derfor problemstillingen etter EMK artikkel 34 om klageren kan anses å *ha vært offer* for en konvensjonskrenkelse, ikke om klageren fortsatt utsettes for det angivelige konvensjonskrenkende forhold. Et aktualitetskrav for EMD-behandling i Strasbourg vil derfor kun medføre avvisning dersom konvensjonskrenkelsen *anses reparert*, ettersom klageren da ikke lenger har offerstatus, jf *Eckle mot Tyskland* avsnitt 66.¹¹⁴

Offerkravet i EMK artikkel 34 må for øvrig ses i sammenheng med kravet om uttømming av nasjonale rettsmidler etter artikkel 35(1). Dette poengteres også i *Eckle mot Tyskland*. Det er derfor et selvstendig poeng at dersom norske domstoler opererer med en utvidet adgang til å fremme fastsettelsessøksmål i menneskerettssaker i forhold til EMDs avvisningsgrunner, vil potensielle klageres offerstatus og dermed klageadgang til Strasbourg oppheves.¹¹⁵

Om dette spørsmålet uttalte for øvrig dommer Aarbakke, på vegne av mindretallet i Kvinnefengselsaken, at kravet til aktuell interesse i tvml § 54 som grunnlag for å avvise søksmål om fortidige konvensjonskrenkelser, måtte anses modifisert allerede med sektormonismebestemmelsen (tvml § 36a). Men at "[b]åde EMKs krav om at klageren må "være offer", og at et søksmål ikke må representere et misbruk" ville medføre begrensninger i denne sammenheng.¹¹⁶ På bakgrunn av de forholdsvis beskjedne krav til aktuell interesse som derfor måtte stilles i menneskerettssaker konkluderte mindretallet med at fastsettelsessøksmålet måtte tillates fremmet for realitetsbehandling.

Både rettspraksis og forarbeidene til tvisteloven poengterer slik som dommer Aarbakke at *de krav som stilles til søksmålssituasjonen varierer med sakens art*. I denne for-

¹¹³ Møse (2001) s 127.

¹¹⁴ Lorenzen [et al] (2003-2004) s 13-14.

¹¹⁵ Aall (1998) s 79.

¹¹⁶ Kvinnefengselsaken.

bindelse kan det påpekes at EMD har foretatt tilsvarende relativisering av offerkravet på bakgrunn av hvilken EMK-bestemmelse som anses krenket.¹¹⁷ Justisdepartementet uttalte i så henseende at dersom det er tale om offentligrettslige inngrep i personlig integritet eller krenkelse av menneskerettigheter, vil det generelt måtte stilles mindre krav til søksmåls-situasjonen:

”Det er tale om ulikeartede saker, slik at *karakteren av den påståtte krenkelsen må stå sentralt i vurderingen*. Videre bør det blant annet ses hen til om søksmålet er reist innen rimelig tid, og til hvilken betydning søksmålet har for den krenkede. Om avgjørelsen vil kunne danne et prejudikat, vil også være et moment i helhetsvurderingen. [Mine kursiveringer.]¹¹⁸

Rettspraksis har imidlertid vist skepsis til å tillate fastsettelsessøksmål i menneskerettssaker hvor betydningen av dom i favør av saksøker kun innebærer oppreisning av moralsk karakter, eksempelvis Kvinnefengselsaken. I Rt 2001/1123 uttrykte førstvoterende dommer Flock på vegne av en enstemmig Høyesterett at spørsmålet om tilstrekkelig aktuell interesse i slike søksmål derfor ”blir ... om A har sannsynliggjort at en dom i hans favør også vil få andre virkninger for ham av betydning for vurderingen etter denne paragrafen”¹¹⁹ Høyesterett tilla deretter avgjørende vekt at saksøkte ikke kunne sies å ha sannsynliggjort slik betydning og konkluderte at lagmannsretten rettmessig hadde avvist saken.

Men som poengtert av Justisdepartementet må betydningen av søksmålet for den krenkede kun anses som et moment i den helhetsvurdering som må foretas, slik at Høyesterett i denne kjennelsen nok har tillagt manglende betydning for stor vekt i helhetsvurderingen.

Saken i Rt 2005/1104 (KMU) gjaldt spørsmålet om adgangen til å fremme et fastsettelsessøksmål med påstand om at etterforskningskritt foretatt i 1993 i forbindelse med

¹¹⁷ Lorenzen [et al] (2003-2004) s 624.

¹¹⁸ Ot.prp. Nr 51 (2004-2005) s 364.

¹¹⁹ Rt 2001/1123.

en skattesak var urettmessige etter EMK. Høyesteretts kjæremålsutvalg la avgjørende vekt på den manglende betydning for partene samt tidsmomentet og konkluderte at saksøker ikke hadde aktuell interesse:

”På denne bakgrunn og med avgjørende vekt på at forholdet ligger meget langt tilbake i tid, finner utvalget at søksmålet ikke kan anlegges med grunnlag i EMK artikkel 13. Det må kreves at spørsmål om krenkelse tas opp innen rimelig tid etter at forholdet opphørte og det ble anledning til å få spørsmålene prøvet. *Ved vurderingen av hva som er rimelig tid, vil arten av den krenkelse saken gjelder, ha betydning.* De påståtte krenkelser kan ikke anses å ha et slikt alvor at det ikke kan legges avgjørende vekt på tiden som er gått.”[Min kursivering.]¹²⁰

Ved vurderingen av om søksmålet skal fremmes på tross av svekket aktualitet har det som nevnt særlig blitt vektlagt *hvorvidt saken har stor prinsipiell betydning.* Rt 2006/460 (Brennpunktsaken) er illustrerende i denne sammenheng. Kjennelsen gjaldt spørsmålet om NRK fortsatt hadde aktuell interesse i å fremme et kjæremål over et sendeforbud som måtte anses bortfalt som følge av at programmet var vist. Førstvoterende dommer Støle uttalte på vegne av en enstemmig Høyesterett:

”I en situasjon der det konkrete tvistepunktet som foranlediget saken, er bortfalt, må det normalt påvises en fortsatt aktuell interesse i sakens utfall i forhold til motparten. ... Avgjørende må etter dette bli om det kan påvises andre tungtveiende grunner som tilsier at NRK har et rimelig krav på å få fremmet kjæremålet til prøving av byfogdens avgjørelse.”

Deretter uttalte førstvoterende at det var gode grunner for å anse NRK for fortsatt å ha aktuell interesse i å fremme søksmålet med avgjørende vekt på ”at et nyhetsmedium

¹²⁰ I avsnitt 35.

som NRK må sies å ha en uttalt prejudikatsinteresse i å få prøvd rettmessigheten av et forbud mot upubliserte ytringer” og hensynet til selskapets omdømme.¹²¹

Dommer Støle stoppet imidlertid ikke drøftelsen av aktualitetskravet her, men gikk videre til å vurdere forholdet til EMK artikkel 13. Først påpekte førstvoterende, med henvisning til Rt 2003/301, at adgangen til saksanlegg måtte anses som utvidet som følge av inkorporeringen av EMK. Dommer Støle sluttet derimot at EMK-krav i denne saken nok var ivaretatt allerede ved behandlingen av den midlertidige forføyningen, men tilføyde i samme håndvending:

”Jeg kan vanskelig se det annerledes enn at det må være et tungtveiende hensyn ved praktiseringen av den rettslige standard som ligger i begrepet rettslig interesse etter tvistemålsloven § 54, at det legges til rette for en effektiv nasjonal rettslig prøving av spørsmål om konvensjonsbrudd: i vår sak forholdet til EMK artikkel 10.”¹²²

Høyesterett synes her på prinsipielt grunnlag å tillegge artikkel 13 og subsidiaritetsprinsippet det har forankring i, avgjørende vekt *ut over minimumsoppfyllelse* av bestemmelsen. Dommer Støle poengterte som nevnt at tradisjonell norsk sivilprosess nok i tilstrekkelig grad tilsa at det forelå et aktuelt behov for rettsavklaring i saken, men valgte likevel å tillegge hensynet til effektiv ivaretagelse av EMK-krav avgjørende betydning for domsresultatet.

Det følger av for øvrig av EMK artikkel 35(1) at konvensjonsklage må reises innen 6 måneder ”from the date on which the final decision was taken”. Som nevnt i kapittel 3.4 følger det av EMD-praksis at bestemmelsen ikke innebærer at man må utømme alle rettsmidler som hver for seg ikke anses som effektive etter artikkel 13. Dette har resultert i en uheldig inkonsekvens mellom tolkningen av bestemmelsene og bør anses som et tungtvei-

¹²¹ Rt 2006/460 avsnitt 34.

¹²² Ibid avsnitt 40.

ende argument mot at EMDs søksmålsfrist overføres til norsk sivilprosess. Forarbeidene til tvisteloven har dessuten direkte uttalt at det ”ikke [er] ønskelig eller nødvendig å oppstille særskilte frister for søksmål basert på at et forhold er i strid med en bestemmelse i en menneskerettskonvensjon”, ettersom *kravet til aktuell interesse etter tvl § 1-3(2) anses å ivareta de aktuelle hensyn*.¹²³ Mao ønsket verken Tvistemålsutvalget eller Justisdepartementet å legge til grunn en minimumsanvendelse av EMK-krav ved tolkingen av kravet til søksmålssituasjonen etter tvl § 1-3(2).

4.5 Forholdet mellom realitet og pretensjon i relasjon til tvistelovens krav til søksmålsgjenstanden og aktualitetskravet

Som den store *hovedregel* skal domstolene i en eventuell avvisningsomgang, dvs ved avgjørelsen av om et krav skal fremmes for realitetsbehandling, ikke foreta en materiell prøvelse av det krav som gjøres gjeldende. Dette innebærer at retten skal ta utgangspunkt i saksøkerens pretensjoner om berettigelsen av søksmålsgjenstanden. Dersom det ved en senere realitetsbehandling av kravet konkluderes med at saksøker ikke kan få medhold, skal saksøkte frifinnes. Det er på denne bakgrunn at domstolene ikke skal foreta en realitetsprøving av om det krav som fremsettes i et fullbyrdelsessøksmål er forfalt og ubetalt.

Derimot skal domstolen ta selvstendig stilling til de søksmålsbetingelser som fremgår av tvl § 1-3 i en eventuell avvisningsomgang, slik at *saksøkers pretensjoner om at søksmålsbetingelsene er oppfylt som utgangspunkt skal prøves av retten*. Av interesse for denne oppgaven medfører dette for det første at retten må realitetsprøve hvorvidt det krav som fremmes ved fastsettelsessøksmål overhodet er regulert av rettsregler, dvs spørsmålet om den menneskerettskrenkelsen saksøker pretenderer utgjør et rettskrav etter tvl § 1-3(1). Og for det andre at retten ved bedømmelsen av aktualitetskravet må ta selvstendig stilling til den faktiske eller rettslige betydningen en dom i saksøkers favør vil ha.¹²⁴ Dette innebærer videre at en parts subjektive misforståelse om rettsuvisshet ikke ubetinget er tilstrek-

¹²³ Ot.prp. Nr 51 (2004-2005) s 155.

¹²⁴ Rt 2001/1123 s 1128 og Ot.prp. Nr 51 (2004-2005) s 365.

kelig for å godta et saksanlegg, men terskelen må være lav også for dårlig begrunnede søksmål.

Høyesteretts kjæremålutvalg uttalte avklarende i denne henseende i Rt 2005/534 (KMU) i avsnitt 21:

”Det er et vilkår for at et søksmål skal kunne fremmes til realitetsbehandling at det gjelder et rettskrav... Ved avgjørelsen av om søksmålet skal fremmes, skal imidlertid retten ikke foreta noen realitetsprøvelse av holdbarheten av det krav som gjøres gjeldende ... men legge til grunn det saksøkeren pretenderer. Hvorvidt saksøkeren virkelig har et slikt krav som han hevder å ha, er et materielt spørsmål som han har krav på å få realitetsbehandlet ...”

På bakgrunn av EMK-krav etter artikkel 13 har derimot Høyesterett tatt det motsatte utgangspunkt når det gjelder spørsmålet om holdbarheten til pretenderte konvensjonskrenkelser. I Rt 2003/301 konkluderte Høyesterett som nevnt med avvisning av fastsettelse av søksmålet etter en preliminær prøvelse av om konvensjonskrenkelsen måtte anses ”klart grunnløst”.

Standpunktet ble imidlertid fremmet av Regjeringsadvokaten allerede i Kvinnefengselsaken. Flertallet i den saken avviste derimot at norske domstoler skulle benytte tilsvarende silingsmetode som EMD på bakgrunn av at dette ville stride mot norsk prosessrett uavhengig rekkevidden til tvistemålslovens sektormonismebestemmelse. Likeledes ville en realitetsprøving av kravet ”... kunne lede til en dobbeltbehandling av sakens realitet dersom en sak som er avvist i en underordnet instans, deretter blir tillatt fremmet av overordnet instans, som har et annet syn på spørsmålet om kravet er "ill-founded".”

Mindretallet i Kvinnefengselsaken, representert ved dommer Aarbakke og høyesterettsjustitiarius Smith, anså derimot at norske domstoler var berettiget til å foreta en tilsvarende materiell siling etter EMK artikkel 35(3) som EMD, begrunnet i behovet for å begrense søksmålsadgangen av hensyn til domstolene og saksøkte. Dommer Aarbakke uttalte

i denne henseende at det ikke kunne anses å være av betydning at dette ville medføre et brudd med tidligere rettstradisjon ettersom begrensningen innebar en viss realitetsprøving av konvensjonsmessigheten under saksforberedelsen.

Flertallet i Rt 2003/301 (4-1) fulgte dermed opp synspunktet til mindretallet i Kvinnefengselsaken. Førstvoterende dommer Mitssem begrunnet standpunktet på vegne av flertallet med at:

”[n]år adgangen til saksanlegg etter tvistemålsloven §54 er blitt utvidet som følge av inkorporeringen av EMK, er det grunn til å vurdere om de begrensninger som praksis etter EMK har utviklet, også skal legges til grunn i norsk rett. ... Det er i så fall ikke tale om å innskrenke rettigheter som allerede er sikret i norsk rett, men om i hvilket omfang de skal utvides.”¹²⁵

Dommer Mitssem utalte derimot at løsningen nok måtte anses tvilsom, særlig på bakgrunn av Tvistemålsutvalget foreslag om å innføre regler om forenklet domsbehandling som ville imøtekomme de prosessøkonomiske hensyn som talte for å benytte EMDs siftingsordning. Under tvil konkluderte likevel førstvoterende med at det måtte foretas en preliminær vurdering av konvensjonskrenkelsen, og tilla de betydelige ulemper for barnevernet som slike saksanlegg ville medføre avgjørende vekt for løsningen.

Den dissenterende dommer Tjomsland var derimot ikke enig i denne løsning og fremhevet at de hensyn som tilsa en streng avvisningspraksis for realitetsbehandling EMD ”... vil kunne stå i en annen stilling når det gjelder søksmål for de nasjonale domstoler.”¹²⁶

¹²⁵ Rt 2003/301 avsnitt 41.

¹²⁶ Ibid avsnitt 61-62.

Både Tvistemålsutvalget og Justisdepartementet uttrykte imidlertid klart den oppfatning at ”det verken [er] ønskelig eller formålstjenlig at det innføres en ... silingsordning ved denne type søksmål”.¹²⁷

”I denne forbindelse peker utvalget på at det er en del saker hvor det er tvil om saken skal avvises på grunn av at søksmålsvilkårene ikke er oppfylt, men hvor det er klart at søksmålet ikke vil føre frem om det blir prøvd i realiteten. Her har man eksempler på at avvisningsvilkårene er blitt presset, nettopp for å unngå en kostbar realitetsprøving. Dom etter forenklet domsbehandling vil kunne representere et bedre og riktigere avgjørelsesalternativ for enkelte slike tilfeller.”¹²⁸

Tvl §§ 9-6(3) tredje punktum og 9-8 er nyvinninger med tvisteloven og må anses som utslag av lovens proporsjonalitetsprinsipp, jf § 1-1(2) strekpunkt nr 4. Den førstnevnte bestemmelsen medfører at retten har anledning til å utsette og ta stilling til et vanskelig avvisningsspørsmål dersom det er *klart* at saksøker ikke kan få medhold i realiteten. Det vil for øvrig være mest praktisk å benytte denne retten ved forenklet domstolsbehandling etter § 9-8, men den er ikke begrenset til denne anvendelsen.

På bakgrunn av forarbeidenes klare uttalelser og vedtagelsen av de nye reglene som ivaretar hensynet til begrensnings av saksbehandlingen ved uholdbare krav er det mindre sannsynlig at Høyesterett i fremtiden vil foreta en preliminær prøving av spørsmålet om konvensjonskrenkelse på bakgrunn av EMK artikkel 35(3). Det er derimot nødvendig å poengtere at dette ikke er et utslag av EMK-krav, dvs av hensyn til reparasjon av konvensjonsbrudd i formell forstand.

¹²⁷ Ot.prp. Nr 51 (2004-2005) s 155.

¹²⁸ NOU 2001: 32 s 145.

5 Avsluttende betraktninger – Medfører konvensjonskrav utvidet domstolsadgang i menneskerettssaker?

I henhold til de ovennevnte drøftelser kan det slutes at det etter tvisteloven er et søksmålsvilkår når det kreves fastsettelsesdom for en menneskerettskrenkelse at saksøkeren i forhold til søksmålgjenstanden og aktuell interesse *må sannsynliggjøre at dom for menneskerettsbrudd vil ha aktuell rettslig betydning for hans rettsstilling.*

Rettspraksis, og da særlig Brennpunkt og TV2-saken, kan sammenfatningsvis sies å medføre at det også i menneskerettssaker må foretas en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering av om saksøker har tilstrekkelig aktuelt behov for rettsavklaring. EMK-krav til domstolsadgang kan derfor ikke uten videre sies å medføre en illusorisk drøftelse av kravet til søksmålgjenstanden og aktualitetskravet etter tvl § 1-3 i menneskerettssaker. Rettspraksis viser dessuten at følgende generelle momenter vil ha betydning i den helhetsvurdering som må foretas: 1) karakteren av det påståtte menneskerettsbruddet, 2) eventuell betydning av dom i saksøktes favør, 3) om saken kan sies å reise prinsipielle spørsmål og 4) spørsmålet om saksøker har hatt foranledning til å reise søksmålet på et tidligere tidspunkt.

Videre kan det konkluderes at tvl § 1-3 *på generelt grunnlag* må sies å ligge innenfor den nasjonale skjønnsmargin som statene har i henhold til retten til domstolsbehandling etter EMK artikkel 6(1). I denne forbindelse er førstvoterende dommer Flocks uttalelse i Rt 2001/1123 på s 1132 illustrerende:

”... de begrensninger i adgangen til å anlegge søksmål som følger av tvistemålsloven §54, i høy grad ivaretar et legitimt formål: De skal spare samfunnet - både domstoler og berørte parter - for søksmål som, selv om de skulle føre frem, ikke vil få noen betydning for saksøkerens rettsstilling.”

I denne sammenheng må det likevel fastholdes at EMD i en rekke tilfelle har konstatert konvensjonskrenkelse etter artikkel 6(1) på bakgrunn av prosessuelle begrensninger i domstolsadgangen. Grunnlaget for manglende konvensjonsmessigheten har i disse tilfelle

gjerne vært at *avvisning av klagesaken i det konkrete tilfelle måtte anses uforholdsmessig tyngende for klageren* slik at proporsjonalitetskravet ikke var oppfylt.¹²⁹

K.T. mot Norge er egnet til å fremheve de vesentligste EMK-krav til domstolsadgang etter EMK artikkel 6(1). EMD vurderte imidlertid ikke konvensjonskrenkelse etter artikkel 13 på selvstendig grunnlag i denne saken på bakgrunn av denne bestemmelsen måtte anses konsumert av artikkel 6.¹³⁰

Menneskerettsdomstolen uttalte først at hvorvidt klagesaken var beskyttet av artikkel 6(1) var et spørsmål om den pretenderte konvensjonsrettigheten *med rimelighet kunne sies å ha grunnlag i nasjonal rett*. Domstolen fremhevet deretter at det i utgangspunktet er nasjonale instansers oppgave å tolke internretten og at EMDs rolle derfor primært er å påse at tolkningen respekterer konvensjonskrav:

”Where, moreover, the superior national courts have analysed in a comprehensive and convincing manner the precise nature of the impugned restriction, on the basis of the relevant Convention case-law and principles drawn therefrom, this Court would need strong reasons to differ from the conclusion reached by those courts by substituting its own views for those of the national courts on a question of interpretation of domestic law...”¹³¹

Dessuten uttalte EMD at det vanskelig kunne sies at undersøkelsessaken hadde avgjørende betydning for klagerens konvensjonsrettigheter. På tross av disse indikasjonene på at artikkel 6(1) ikke var anvendelig fant Menneskerettsdomstolen (6-1) det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet, ettersom dommerne i alle tilfelle fant at det ikke forelå konvensjonskrenkelse, se dommens avsnitt 82–85 sammenholdt med avsnitt 95–103.

¹²⁹ Lorenzen [et al] (2003-2004) s 215.

¹³⁰ Ibid s 44.

¹³¹ *K.T. mot Norge* avsnitt 83.

I medhold av den tilståtte nasjonale skjønnsmarginen uttalte så EMD at søksmålsbegrensningen var begrunnet i et legitimt formål "... the Court accepts that the restriction on the right of access to a court based on Article 54 of the Code of Civil Procedure was in the interest of a proper administration of justice".¹³² Dessuten måtte det sies å foreligge proporsjonalitet mellom den fastsatte begrensningen og virkningen av avvisning med avgjørende vekt på "... the particular need to ensure expediency and efficiency of investigations in order to protect the best interests of children. A right for a parent to institute court proceedings with respect to investigations into his or her care of a child could easily undermine the child welfare services' ability to carry out their tasks in an effective way."¹³³

Deretter poengterte Menneskerettighetsdomstolen at "... whereas the lower courts dismissed the applicant's action summarily without a review of the merits, the Supreme Court afforded him such review. ... Whilst the dismissal of the lawsuit was upheld, it could therefore arguably be maintained, in view of the scope of the Supreme Court's review, that this review complied with the right to a court under Article 6 § 1".

Domstolen fant imidlertid at det ikke var nødvendig å ta stilling til dette spørsmålet ettersom avvisningen av klagedes søksmål i alle tilfelle ikke kunne sies å være av et slikt omfang at den rammet selve kjernen i retten til domstolsadgang etter artikkel 6(1).

Som tidligere nevnt medfører EMK-krav etter artikkel 13 at nasjonale myndigheter kun har plikt til å etablere effektiv prøvingsrett der det pretenderte konvensjonsbrudd må anses som begrunnbart. Allerede ved flertallet i Kvinnefengselsaken sluttet Høyesterett at det i avgjørelsen om menneskerettssaker skal kunne fremmes for nasjonale domstoler må vektlegges om saksøker er klageberettiget til EMD:

¹³² Avsnitt 97.

¹³³ Avsnitt 98.

”Hvis det synes å dreie seg om en begrunnet påstand om konvensjonsbrudd, som den krenkede har et rimelig krav på å få prøvet, vil det være et moment ved vurderingen at både den som påstår seg å være krenket, og norske myndigheter kan ha en rimelig og fornuftig interesse i at spørsmålet så langt som mulig løses ved norske domstoler.”¹³⁴

Derimot poengterte flertallet ved dommer Sinding-Larsen i Kvinnefengselsaken at ”... jeg [har] dermed ikke har tatt standpunkt til om avvisningsterskelen skal være like lav som ved menneskerettsdomstolen.”¹³⁵

På bakgrunn av foregående drøftelser må det derfor konkluderes at både reparasjonshensynet (reell reparasjon) og konvensjonskrav om domstolsadgang må vurderes i menneskerettssaker. *Etter min mening tilsier hensynet til å legge til rette for en effektiv ivaretagelse av EMK-krav en lavere søksmåls terskel i menneskerettssaker enn i øvrige rettslige tvister.* Den prinsipielle uttalelsen i Rt 2006/460 er treffende i så måte: ”Jeg kan vanskelig se det annerledes enn at det må være et tungtveiende hensyn ved praktiseringen av den rettslige standard som ligger i begrepet rettslig interesse etter tvistemålsloven § 54, at det legges til rette for en effektiv nasjonal rettslig prøving av spørsmål om konvensjonsbrudd...”.

I Rt 2006/769 (TV2-saken) anførte imidlertid staten ”at den rettsoppfatning som ligger til grunn for kjennelsen [Brennpunktsaken] avviker fra en tidligere klar rettstilstand, og at den ikke bør opprettholdes”.¹³⁶ I sin vurdering av EMK-krav uttalte derimot dommer Støle at saken ikke ga foranledning til å gå inn på det prinsipielle spørsmål som staten her reiste.

Rt 2006/1451 gjaldt spørsmålet om to leietakere hadde aktuell interesse i å få realitetsbehandlet en sak om leilighetsfravikelse etter at de hadde sagt opp leieforholdet og flyt-

¹³⁴ Rt 1994/1244 s 1254.

¹³⁵ Rt 2003/301 avsnitt 46.

¹³⁶ Rt 2006/769 avsnitt 22.

tet fra leiligheten. Førstvoterende dommer Øie konkluderte på vegne av en enstemmig Høyesterett med avvisning på grunnlag av manglende aktuelt behov for rettsavklaring og uttalte i avsnitt 22 vedrørende Brennpunkt- og TV2-saken:

”De to avgjørelsene viser at en anførsel om at menneskerettskonvensjonen er krenket under ingen omstendighet automatisk fører til at kravet til rettslig interesse er oppfylt. Jeg har [imidlertid] ikke foranledning til å ta nærmere stilling til rekkevidden av avgjørelsen i Rt-2006-460, jf. bemerkningen i Rt-2006-769 avsnitt 37.”

Høyesterett har dermed ikke direkte tatt standpunkt til rekkevidden av uttalelsene i Brennpunktsaken, slik at sakens etterfølgende betydning som prejudikat fortsatt må anses uavklart.

Avslutningsvis vil jeg bemerke at Undersøkelse av rusmisbruk-saken uttrykkelig fravek synspunktene i Kvinnefengselsaken under henvisning til vedtakelsen av menneskerettsloven. Etterfølgende rettspraksis må sies å ha ført gjeldende rett videre på bakgrunn av Tvistemålsutvalgets synspunkter. Spørsmålet fremover blir dermed om Høyesterett kommer til å følge Regjeringsadvokaten og Justisdepartementets motvillige syn på behovet for fastsettelssøksmål i menneskerettssaker, eller om Tvistemålsutvalgets mer positive holdning vil vinne frem. En konklusjon på dette spørsmålet kan for så vidt ikke trekkes på gjeldende tidspunkt - kun fremtiden vil vise hvor det bærer med rettsutviklingen!

A. Litteraturliste

Monografier

Aall, Jørgen. Rettsstat og menneskerettigheter: en innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon. Bergen, 2. utgave 2007.

Berg, Jens Petter. Vitenskapsteoretiske og moralfilosofiske grunnproblemer i en postrettsrealistisk norsk rettsvitenskap. Doktorgradsavhandling, Oslo 2008.

Danelius, Hans. Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna. Stockholm, 3. utgave 2007.

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 5. utgave ved Jan. E. Helgesen. Oslo, 2001.

Helgesen, Jan E. Teorier om "Folkerettens stilling i norsk rett". Oslo, 1982.

Lorenzen, Peer ... [et. al]. Den Europæiske Menneskeretskonvention: med kommentarer Bind I og II. København, 2. Udgave 2003-2004.

Møse, Erik. Menneskerettigheter. Oslo, 1. Utgave 2002.

Rettsdata lovkommentar til EMK ved Møse, Aall og Nordeide note 52.

Rettsdata lovkommentar til tvisteloven ved Ingvald Falch note 24.

Schei, Tore ... [et. al]. Tvisteloven kommentarutgave Bind 1. Oslo, 2007.

Skoghøy, Jens Edvin A. Tvistemål. Oslo, 2. utgave 2001.

Tidsskriftartikler

Aall, Jørgen. Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetssaker: i TfR 1998 s 4-181.

Elgesem, Frode. Tolkning av EMK – Menneskerettsdomstolens metode: i LoR nr 4-5 2003 s 203-230.

Graver, Hans Petter. Internasjonale konvensjoner som rettskilde: i LoR 2003 nr 8 s 468-489.

Helset, Per. Innledning til rettskildelæren: i JV 1986 s. 261 flg.

Knoph. Rettighet eller interesse som gjenstand for beskyttelse: i TfR 1922 s. 219 flg.

Skoghøy, Jens Edvin A [a]. Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjonene som rettskilde før og etter menneskerettsloven: i Rettsteori og rettsliv 2002 – Festskrift til Carsten Smith s 733-761.

Skoghøy, Jens Edvin A [b]. Norske domstolars lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner: i LoR 2002 nr 6 s 337-354.

Skoghøy, Jens Edvin A. Kravene til søksmålgjenstand, partstilknytning og søksmålsituasjonen etter tvisteloven – noen grunnleggende spørsmål: i LoR 2006 s 407-428.

Smith, Carsten. Om Høyesteretts forhold til Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon: i TfM 2005 vol 23 nr 4 s 433-440.

Smith, Eivind. Semikonstitusjonell karakter? I LoR nr 7/2001 s. 385 flg.

Sørensen, Christian Børge. Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen: i TfR 2004 nr 01-02.

Uggerud, Ken. Den andre bølge? Om menneskerettighetenes tilfeldige tilværelse i norsk rett; i ”dog Fred er ej det Bedste...” Festskrift til Carl August Fleischer, 2006 s 577-603.

Annet

Abrahamson, Kjell Albin. Incestsjokk ryster Polen. I Aftenposten 11. September 2008.

Pressemelding fra EMDs hjemmeside:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=840734&portal=hbk m&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

B. Lov og forarbeidsregister

1915	Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) 13. august nr 6
1978	Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) 9. juni nr 45
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven) 21. mai nr 30
2005	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) 3. juni nr 33
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17. juni nr 90

NOU 1993: 18 Lovgivning og menneskerettigheter

NOU 1999: 22 Domstolene i første instans

NOU 2001: 32 Rett på sak bind A

NOU 2003: 19 Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen

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

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

Innst.S. nr 172 (1993-1994)

Innst.O. nr 110 (2004-2005)

C. DomsregisterRegister over dommer av den europeiske menneskerettighetsdomstol

<i>Airey mot Irland</i>	9. oktober 1979	6289/73
<i>Albert og Le Compte mot Belgia</i>	10. februar 1983	7299/75; 7496/76
<i>Ashingdane mot Storbritannia</i>	28. mai 1985	8225/78
<i>Boyle og Rice mot Storbritannia</i>	27. april 1988	9659/82; 9658/82
<i>De Wilde m.fl. mot Belgia</i>	18. juni 1971	2832/66; 2835/66; 2899/66
<i>Dudgeon mot</i>		
<i>Eckle mot Tyskland</i>	15. juli 1982	8130/78
<i>Engel m.fl. mot Nederland</i>	8. juni 1976	5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72
<i>Golder mot Storbritannia</i>	21. februar 1975	4451/70
<i>Handyside mot Storbritannia</i>	7. desember 1976	5493/72
<i>Horvat mot Kroatia</i>	26. juli 2001	51585/99
<i>James mot Storbritannia</i>	21. februar 1986	8793/79
<i>K.T. mot Norge</i>	28. september 2008	26664/03
<i>Klass m.fl. mot Tyskland</i>	6. september 1978	5029/71
<i>Kudla mot Polen</i>	26. oktober 2000	30210/96
<i>Leander mot Sverige</i>	26. mars 1987	9248/81
<i>Malone mot</i>		
<i>Marckx mot Belgia</i>	13. Juni 1979	6833/74
<i>Ringeisen mot Østerrike</i>	16. Juli 1971	2614/65
<i>Silver m.fl. mot Storbritannia</i>	25. mars 1983	5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75
<i>Tyrer mot Storbritannia</i>	25. april 1978	5856/72

<i>Vilvarajah m.fl. mot Storbritannia</i>	30. oktober 1991	13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87
<i>Wilson, the National Union of Journalists m.fl. mot Storbritannia</i>	2. juli 2002	30668/96; 30671/96; 30678/96
<i>Zumtobel mot Østerrike</i>	21. september 1993	12235/86
<i>Öztürk mot Tyskland</i>	21. februar 1984	8544/79

Menneskerettighetskomiteen

<i>Boyle og Rice mot Storbritannia</i>	7. mai 1986	9659/82; 9658/82
--	-------------	------------------

Norsk Retstidend

	Rt 1914 s 419	
<i>Reinbeitedommen</i>	Rt 1957 s 860	
<i>Burhøns I</i>	Rt 1984 s 1488	
<i>Burhøns II</i>	Rt 1987 s 538	
<i>Fusadommen</i>	Rt 1990 s 874	
<i>Bølgepappsaken</i>	Rt 1994 s 610	
<i>Kvinnefengselsaken</i>	Rt 1994 s 1244	
<i>Burhøns III</i>	Rt 1995 s 1823	
<i>Borthen</i>	Rt 1996 s 1415	
<i>Thunheim</i>	Rt 1996 s 1440	
<i>Lønnstrinn</i>	Rt 1998 s 607	
<i>Restjugoslavia</i>	Rt 1999 s 961	
<i>Bøhler</i>	Rt 2000 s 996	
<i>KRL-fagsaken</i>	Rt 2001 s 1006	
	Rt 2001 s 1123	
<i>Dobbeltstraff I</i>	Rt 2002 s 557	
<i>Undersøkelse av rusmisbruk</i>	Rt 2003 s 301	
	Rt 2005 s 534	(KMU)

	Rt 2005 s 833	
	Rt 2005 1104	(KMU)
<i>Brennpunkt (NRK)</i>	Rt 2006 s 460	
<i>TV2-saken</i>	Rt 2006 s 769	
<i>Sulky</i>	Rt 2006 s 1042	
	Rt 2006 s 1451	