



U i T

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Oppreisningserstatning ved krenkelse av EMK artikkel 3, for barn i barnevernsinstitusjon.

Birte Waclawczyk Norvik.

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2018.



Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Metode	1
1.3	Avgrensninger.....	3
1.4	Fremstillingen videre	4
2	Aktualitet.....	4
2.1	Barn i barnevernsinstitusjon som en særlig sårbar gruppe.	4
2.2	Kasuser – Motivasjonskollektivet og Kvammen akuttinstitusjon.	5
2.3	Motivasjonskollektivet.....	6
2.4	Kvammen akuttinstitusjon.	7
2.5	Barns rettigheter etter EMK.....	8
2.6	EMK artikkel 3.	9
2.7	Oppsummering.....	14
3	Oppreisningserstatning etter EMK	14
3.1	EMK artikkel 13.	14
3.2	Kan det utledes et krav på oppreisning av EMK artikkel 13?	20
3.3	Forholdet mellom artikkel 13 og artikkel 3.	21
3.4	Hvilket krav stiller EMK til botemiddelet?	21
4	Barn i barnevernsinstitusjon	23
4.1	Organiseringen innenfor barnevernet; hvem har ansvaret for barn i institusjon etter norsk rett.	23
4.2	Tilknytningsformen.....	27
5	Oppreisningserstatning etter norsk rett	28
5.1	Vilkårene for erstatning i norsk rett.....	28
5.2	Utgangspunktet er dekning av økonomisk tap, hva med det ikke-økonomiske?.....	28
5.3	Oppreisningsinstituttet.	29
5.4	Formålet med oppreisning.	30

5.5	Oppreisningserstatning etter skadeserstatningsloven §3-5.	30
5.6	Andre hjemler for oppreisningserstatning i norsk rett.	32
5.7	Forholdet mellom EMK artikkel 13 og skadeserstatningsloven §3-5.	35
5.8	Hvilke krav stiller EMK til det nasjonale erstatningsgrunnlaget?	36
5.9	Ansvarsgrunnlag etter norsk rett ved krenkelse av EMK artikkel 3.	37
5.10	Arbeidsgiveransvaret.	38
5.10.1	På hvilket grunnlag er arbeidsgiver ansvarlig?	39
5.10.2	Hvem er arbeidsgiver ansvarlig for?	39
5.10.3	Hva er arbeidsgiver ansvarlig for etter skadeserstatningsloven §2-1?	39
5.11	Organansvaret	41
5.11.1	Hvordan kan erstatningsansvar etableres på grunnlag av organansvaret?	41
5.11.2	Rommer organansvaret oppreisning etter skadeserstatningsloven §3-5?	41
5.11.3	Hvem omfattes av organansvaret?	42
5.12	Oppsummering.	45
6	Foreligger det andre erstatningsordninger som kan tilfredsstille kravet etter EMK?	46
6.1	Billighetserstatning.	46
6.2	Kan det ikke-økonomiske tap innfortolkes i arbeidsgiveransvaret?	47
6.3	Kan EMK artikkel 13 anvendes som erstatningsgrunnlag i norsk rett?	49
6.3.1	Kan det kreves fastsettelsesdom for krenkelse av EMK artikkel 13?	50
6.3.2	Spørsmålet er da hvem en slik fastsettelsesdom må rette seg mot.	51
6.4	Kan erstatning kreves direkte på grunnlag av EMK artikkel 13 i norsk rett?	51
	Kildeliste	56
	Lover:	56
	Forskrifter:	56
	Forarbeider:	56
	Rettspraksis:	57
	EMD-praksis:	58

Litteratur:	59
Internett:	61

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling.

Oppgavens tema er oppreisningserstatning ved krenkelse av EMK artikkel 3, for barn i barnevernsinstitusjon. Spørsmålet er om barn og ungdom, som utsettes for krenkelse av forbudet i EMK artikkel 3 mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, har krav på oppreisningserstatning.

Menneskerettighetene påberopes i stadig større grad overfor rettsinstansene og forvaltningen. Den europeiske menneskerettskonvensjon (heretter forkortet EMK) har raskt fått innflytelse på svært mange ulike rettsområder i intern norsk rett. EMK danner et minimumsnivå av beskyttelse av menneskerettighetene, som er felles for alle konvensjonsstatene og som ikke kan overskrides.¹

Barn i barnevernsinstitusjoner kan utsettes for krenkelser av EMK artikkel 3.² Ved krenkelser av EMK artikkel 3 vil en borger ha krav på oppreisningserstatning jfr. EMK artikkel 13.³ Etter norsk rett har det vært en snever adgang til oppreisningserstatning. Som oftest er oppreisning forbeholdt tilfeller med kvalifisert skyld. Lov om skadeserstatning 13.06.1969 nr. 26, heretter kalt skadeserstatningsloven, er relativ gammel.⁴ Videre er det knapt med lovendringer og rettspraksis etter intern rett for oppreisningserstatning for barn i barnevernsinstitusjoner for menneskerettskrenkelser.

Oppgaven undersøker, på bakgrunn av dette, hvilke muligheter for oppreisningserstatning som finnes.

1.2 Metode.

Det anvendes i denne oppgaven alminnelig juridisk metode. Vurderingen er å se om ansvarsgrunnlag etter norsk rett kan fungere som grunnlag for krav om oppreisningserstatning ved krenkelser av EMK artikkel 3. Det vurderes om ansvarsgrunnlagene omfatter ikke-økonomisk kompensasjon og videre hvor langt de strekker seg i forhold til skadevolder. Til sist vurderes om EMK artikkel 13 kan anvendes direkte som grunnlag for erstatning i norsk

¹ Morten Ruud og Geir Ulfstein, Innføring i folkerett, 4.utgave, Oslo, 2011, s.88.

² Se kapittel 2.

³ Se punkt 3.2.

⁴ Lov om skadeserstatning 13.6.1969 nr. 26, heretter kalt skadeserstatningsloven.

rett, jfr. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21.5.1999 nr. 30, §2 og §3.⁵

Det foretas en sammenligning mellom erstatningsgrunnlag etter norsk rett og de vilkår som fremgår av EMK og EMDs praksis omkring artikkel 13, sett i lys av EMK artikkel 3.

EMK ble vedtatt 4. november 1950. Norge ratifiserte konvensjonen i 1951, og i 1999 ble konvensjonen inkorporert i menneskerettsloven, jfr. §2, som norsk lov. Etter inkorporasjonen er det klart at menneskerettighetenes stilling er styrket, videre har de fått et sikkert rettslig grunnlag for anvendelse i norsk rett.⁶ Det følger av §3 at ved motstrid skal bestemmelsene i konvensjonene gå foran annen lovgivning. Dette kalles forrangsbestemmelsen. Grunnloven §92 slår fast at statens myndigheter skal sikre og respektere menneskerettighetene.⁷ Dette er i samsvar med EMK artikkel 1, som sier det er statene som er folkerettslig forpliktet etter konvensjonen.

Den europeiske menneskerettighetsdomstol (heretter forkortet EMD) er det organ som håndhever konvensjonen, og som fører tilsyn med medlemsstatenes forpliktelser.⁸ Det fremgår av Rt.2000 s.996 at EMD har til ansvar å utvikle EMK.⁹ På den annen side slås det fast i EMK artikkel 1 at konvensjonsstatene har det primære ansvaret for å sikre overholdelsen av menneskerettighetene på nasjonalt nivå.

Artiklene i EMK er gjerne vagt utformet, og EMDs fortolkning av innholdet tillegges dermed stor vekt. Det fremgår i norsk rettspraksis at praksis fra EMD er en svært relevant rettskilde. Det følger av Rt.2000 s.996 at norske domstoler skal anvende samme metode som EMD. De skal forholde seg til konvensjonsteksten, de alminnelige formålsbetraktningene og de avgjørelser som kommer fra konvensjonsorganene. Foreligger det på den annen side tvil om hvor langt en EMD-avgjørelse strekker seg, må de norske domstolene se på saksforholdet som foreligger dem og se om det rettslig og faktisk ligner. Skal det foretas avveininger mellom ulike verdier eller interesser, må domstolene kunne bygge på tradisjonelle norske

⁵ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21.5.1999 nr. 30, heretter kalt menneskerettsloven.

⁶ Frode Elgesem, "Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode", *Lov og Rett* nr.4-5, 2003 s. 203-230, på s.203.

⁷ Lov 17.05.1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

⁸ NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter, s.28.

⁹ Rt.2000 s.996, (Bøhler-dommen, s.1007).

verdiprioriteringer. Spesielt er dette aktuelt når lovgiver har vurdert forholdet til EMK og kommet til at det ikke foreligger noen motstrid ved å ha lovgivningen slik den er.¹⁰

Det skal i denne oppgaven foretas en redegjørelse av EMK artikkel 3. Her tydeliggjøres vilkårene for bestemmelsen og aktualiteten av problemstillingen med to kasuser, Kvammen akuttinstitusjon og Motivasjonskollektivet. Ved anvendelsen av kasusene vises at krenkelse av EMK artikkel 3 er en reell mulighet ved barnehjemsinstitusjoner. Det problematiske er at krenkelsen kan komme av etablerte rutiner og praksiser, som blir en del av en negativ struktur ved institusjonen, og som utvikler seg over tid.

Redegjørelsen av EMK artikkel 13 foretas for å vise hvilke vilkår konvensjonen stiller til botemidler ved konvensjonskrenkelser, som forårsaker ikke-økonomisk tap, etter norsk rett. Det blir her vurdert hvilke botemidler som må foreligge på nasjonalt nivå og hvordan konvensjonsstatenes skjønnsmargin endrer seg i forhold til krenkelsens natur. I tråd med dette ses artikkel 13 i lys av EMK artikkel 3. Dette gjøres for å fremheve at det ved grunnleggende konvensjonsbestemmelser stilles strengere krav til hvilke prøvingsmidler som må foreligge etter norsk rett.

1.3 Avgrensninger.

Jeg vil i denne oppgaven se om det foreligger ansvarsgrunnlag etter norsk rett som i tilstrekkelig grad kan oppfylle det krav om effektivitet som kan utledes av EMK artikkel 13, sett i lys av artikkel 3. Fokuset vil ligge på oppreisningserstatning. Dette er en kompensasjon av det ikke-økonomiske tap. Oppgaven må dermed avgrenses mot det økonomiske tap og ikke-økonomiske tap som menerstatning. Videre må det tas en avgrensning mot utmålingen av oppreisningen.

Videre må oppgaven avgrenses mot de andre bestemmelsene i konvensjonen som hjemler erstatning. Dette er blant annet artikkel 5-5(5) om erstatning for urettmessig pågripelse eller frihetsberøvelse, artikkel 41 erstatning som bare kan tilkjennes av EMD og tilleggsprotokoll 7, artikkel 3 om erstatning for uriktig domfellelse. Avgrensningen skjer på grunn av at jeg har valgt å fokusere på kompensasjon for det ikke-økonomiske tap på det nasjonale nivå, ved krenkelse av EMK artikkel 3.

¹⁰ Rt.2000 s.996 (s.1007-1008).

1.4 Fremstillingen videre.

I den videre fremstillingen vil det i kapittel 2 foretas en fremstilling av to kasuser for å vise temaets aktualitet. Det skal her gjøres en redegjørelse av EMK artikkel 3. Redegjørelsen foretas for å fremheve hvilke krav som stilles i bestemmelsen og hva som kan medføre en krenkelse.

I kapittel 3 utredes oppreisningserstatning etter EMK. Det tas her utgangspunkt i artikkel 13. Formålet er å se om det kan utledes krav på dekning av det ikke-økonomiske tap etter denne bestemmelsen. Videre ser jeg på forholdet mellom EMK artikkel 13 og artikkel 3. Det tydeliggjøres også at EMK stiller krav til botemiddelet som er tilgjengelig i nasjonal rett.

I kapittel fire ser jeg på organiseringen av barnevernet i Norge. Formålet er å gjøre rede for hvem som har ansvaret for barn i barnevernsinstitusjonene etter norsk rett.

Det gjøres i kapittel 5 rede for oppreisningserstatning i norsk rett. Fokuset er her på vilkårene for oppreisning, formålet bak oppreisningsinstituttet og andre hjemler for oppreisning etter norsk rett. Det redegjøres i dette kapittelet for den alminnelige hjemmelen for oppreisningserstatning, og det settes fokus på forholdet mellom oppreisning etter EMK artikkel 13 og etter norsk rett. Videre redegjøres det for arbeidsgiveransvaret og organansvaret.

I kapittel 6 utredes om det foreligger andre erstatningsordninger som kan tilfredsstille kravet etter EMK. Her ses det på ordninger som billighetserstatning, om ikke-økonomisk tap kan innfortolkes i arbeidsgiveransvaret, og om EMK artikkel 13, jfr. menneskerettsloven, kan anvendes direkte som hjemmel for oppreisningserstatning.

2 Aktualitet

2.1 Barn i barnevernsinstitusjon som en særlig sårbar gruppe.

Barn og ungdoms opplevelser ved barnehjemsinstitusjoner dukker til stadighet opp i mediene. Enkelte historier kommer fra en tid tilbake, men også i dag fremkommer dokumentasjon på at barns opplevelser ved barnevernsinstitusjonene varierer.

Barn kan i mindre grad enn voksne forsikre seg om at deres menneskerettigheter blir overholdt. Med barns rettssikkerhet menes både at de gis nødvendig beskyttelse av det offentlige mot egne foreldre, men også at barna skal sikres et vern mot urettmessige inngrep

fra det offentlige.¹¹ I denne oppgaven blir fokuset rettet mot at barn, som individer, skal være sikret mot krenkelse av deres rettigheter under oppholdet i barnevernsinstitusjonen. I et demokratisk samfunn skal barn være sikret at de handlinger som det offentlige foretar seg skjer på en måte, og med et innhold, som er akseptabelt.¹²

Barnevernet kommer i kontakt med de mest sårbare barna og familiene i samfunnet.¹³ Barn i institusjoner må sies å ha et større behov for omsorg og sikkerhet enn mange andre grupper borgere. Barn og unge som havner i barnehjemsinstitusjoner, har ofte behov for en annen type oppfølging enn barn som mottar barnevernstiltak mens de bor hjemme, eller i fosterhjem. Institusjonen blir barnets hjem i kortere eller lengre perioder, og det er institusjonen som har det daglige ansvaret.¹⁴ For mange kan oppholdet i institusjonen være en positiv inngripen som kan bidra til å endre livssituasjonen deres. For andre oppfattes oppholdet som noe helt annet. Det er flere grunner til at barn og unge bor i institusjon. Det kan blant annet dreie seg om mindreårige asylsøkere, barn som sliter med rusmisbruk, barn med atferdsproblemer eller psykiske lidelser. Felles for dem alle er at de er særlig sårbare individer.

2.2 Kasuser – Motivasjonskollektivet og Kvammen akuttinstitusjon.

Spørsmålet er om EMK artikkel 3 kan krenkes i barnevernsinstitusjoner. Det foreligger svært lite praksis etter intern rett på at dette har skjedd. Jeg har imidlertid valgt å se på to kasuser hvor det forekommer handlinger på barnehjemsinstitusjoner som kan grense opp til brudd på EMK artikkel 3. I ingen av tilfellene er det forekommet noen dom på at dette er tilfellet.

Valget er allikevel å ta med eksemplene for å vise hvilke handlinger som *kan* medføre at barn kan ha krav på oppreisningserstatning. Videre er kasusene egnet til å vise at en krenkelse av EMK artikkel 3, under et opphold på barnevernsinstitusjon, er en reell mulighet.

Motivasjonskollektivet var en privateid barnevernsinstitusjon, mens Kvammen akuttinstitusjon er statlig eid.

Eksemplene viser at oppgavens problemstilling har aktualitet. Barn plasseres i dag i barnevernsinstitusjoner av mange ulike grunner, og det offentlige har med dette en omfattende omsorgsplikt for barn og ungdom som bor på institusjonene. Det er her tale om

¹¹ Lena R. L Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, Oslo, 2014, s.26.

¹² Bendiksen og Haugli, 2014, s.26.

¹³ Prop.106 L (2012-2013) om endringer i barnevernloven, s.10.

¹⁴ Prop.106 L (2012-2013), s.74 og 78.

sårbare individer med differensierte behov. For mange barn er oppholdet på institusjon en vending i riktig retning og oppholdet oppleves som noe positiv. For andre er opplevelsen en helt annen. Disse eksemplene viser to tilfeller hvor ting har gått riktig galt.

2.3 Motivasjonsskolekollektivet.¹⁵

Kasuset omhandler en barnevernsinstitusjon i Eidsvoll, Akershus. Det er institusjonens korttidsavdeling som her omtales. Institusjonen var tilrettelagt for barn med rus- og atferdsproblemer. De som ble intervjuet var mellom 14 og 16 år ved ankomst til Motivasjonsskolekollektivet og var på institusjonen i perioden mellom 2006-2009.

Ved ankomst ble de ført inn på ”slusa”, et isolat, hvor de ble avkledd og kroppsvisitert. Barna forble på slusa i opp til tre døgn. De hadde da ikke kontakt med noen utenfor institusjonen.

Beboerne uttaler at de opplevde oppholdet på institusjonen som en straff, hvor det ble anvendt unødvendig tvang, fremprovosering av reaksjoner og nedverdiggende behandling. Flere av barna fant oppholdet på Motivasjonsskolekollektivet som svært krevende, og noen hadde i etterkant utviklet posttraumatisk stressyndrom (PTSD) som et resultat av oppholdet. De som ble intervjuet forklarte at oppholdet kjentes ut som et fengsel, hvor de følte at de ikke ble sett på som medmennesker og det ikke var rom for menneskelige følelser og reaksjoner.

Brennpunkt gikk gjennom tilsynsrapportene fra fylkesmannen fra perioden 2006 til 2013. Her fremgikk det at fylkesmannen gjennomførte tilsyn og flere samtaler med beboerne.

Rapportene viser at fylkesmannen ved flere anledninger påla Motivasjonsskolekollektivet å rette opp i ”sviktområdene” de fant. I løpet av denne perioden påpekte fylkesmannen gjentatte ganger at bruken av isolat var overdreven, at tvangsprotokollene var mangelfulle og at disse var sendt inn for sent. Fylkesmannen ytret i en rapport fra 15.2.2013 at de så alvorlig på de forhold som var fremkommet i tilsynsbesøk og samtaler med beboerne. Videre ble det ytret bekymring for om beboerne fikk forsvarlig og respektfull omsorg og behandling ved institusjonen. Rapporten viser at Motivasjonsskolekollektivet sviktet ved bruken av rutinemessig opphold i isolat ved ankomst og ved bruk av isolat ved rømning. I begge tilfellene varte isolasjonen opp til tre dager. Et annet sviktområde var begrensningene i barn og ungdoms frihet, rutinemessig inndragning av mobiltelefon og andre innskrenkninger i beboernes rettigheter, de ansattes holdninger, kommunikasjonsform og respekt, samt unødig bruk av

¹⁵ Brennpunkt 4.3.2014, dokumentar på NRK-nett ”Med tvang skal vondt fordrives”.

fysisk makt.

Med vedtak den 13.10.2014 bestemte Fylkesmannen at Motivasjonskollektivets korttidsavdeling skulle legges ned. Dette ble begrunnet med at forholdene ved institusjonen ikke var forsvarlige og at de kunne være skadelig for beboerne. Det forelå mangelfull internkontroll, styring og kompetanse.¹⁶

2.4 Kvammen akuttinstitusjon.

Dette eksemplet omhandler en statlig eid akuttinstitusjon, som rapporterer til Bufetat Region Midt-Norge. Ved tilsynsbesøk av Sivilombudsmannen, foretatt 16-17. januar 2018, ble det utarbeidet en besøksrapport, hvor det uttrykkes bekymring for omfattende ulovlig og rutinemessig bruk av tvang.¹⁷ Det fremgår av rapporten at tvangen fremstår som en integrert del av institusjonens rutinemessige behandling av barna og ungdommen som plasseres i institusjonen.

Ved ankomst til Kvammen akuttinstitusjon måtte ungdommen direkte inn på ”kåret”.¹⁸ Dette er et isolat hvor ungdommen blir skjermet fra de andre beboerne. Her ble de holdt opptil tre døgn. I enkelte tilfeller også i lengre tid. Ungdommen fikk ved ankomst begrenset informasjon om rettighetene sine ved oppholdet i institusjonen. Mobiltelefonene ble rutinemessig inndratt og bagasjen de hadde med seg ble gjennomgått.

Videre sier Sivilombudsmannen at det under tilsynet ble avdekket at ungdommene under det videre oppholdet ved institusjonen ble utsatt for ulovlig, rutinemessig tvang.¹⁹ Dette ved at elektroniske kommunikasjonsmidler ble inndratt under hele oppholdet. Videre kunne beboerne ikke bevege seg utenfor området til institusjonen uten følge av en ansatt.²⁰ I tillegg ble bruk av isolasjon på ”kåret” benyttet som en del av begrensningen i ungdommens bevegelsesfrihet ved skjerming under oppholdet.²¹ Til sist ytret Sivilombudsmannen

¹⁶ Fylkesmannens pålegg om å nedlegge bedriften av korttidsavdelingen ved Motivasjonskollektiv, <https://www.fylkesmannen.no/Oslo-og-Akershus/Barn-og-foreldre/Barnevern/Palegg-om-a-nedlegge-driften-ved-Stiftelsen-Motivasjonskollektiv-korttidsavdelingen/>, sist besøkt 13.03.2018.

¹⁷ Sivilombudsmannens besøksrapport ved Kvammen akuttinstitusjon, <https://www.sivilombudsmannen.no/wp-content/uploads/2018/04/Bes%C3%B8ksrapport-Kvammen-akuttinstitusjon-januar-2018.pdf>, sist besøkt 14.04.2018.

¹⁸ Sivilombudsmannens besøksrapport, s.15.

¹⁹ Sivilombudsmannens besøksrapport, s.5.

²⁰ Sivilombudsmannens besøksrapport, s.19-20.

²¹ Sivilombudsmannens besøksrapport, s.21.

bekymring for at det forelå manglende dokumentasjon på bruken av tvang i institusjonen.²² Alle vedtak skal etter forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barnevernsinstitusjon, FOR-2011-11-15-1103, §26 dokumenteres i en tvangsprotokoll.²³ Undersøkelser av praksisen ved institusjonen viste at det forelå sterk underrapportering av bruken av tvang under ungdommens opphold. Dette medfører en svekkelse av ungdommens rettssikkerhet.

Det fremgår av rapporten at fylkesmannen ved flere tilsyn i 2017 har uttrykt bekymring i sine rapporter fra Kvammen.²⁴ Det legges her vekt på at sviktområder er institusjonens forståelse av rettighetsforskriften og de vilkår som må være oppfylt for å kunne benytte tvang. Videre er isolasjon benyttet som en trussel, det ble satt begrensninger i bevegelsesfriheten og inndragelse av elektroniske kommunikasjonsmidler, samt manglende notoritet ved vedtak om bruk av tvang.

Av begge kasusene fremgår det at fylkesmannen gjennom sine tilsynsbesøk av barnehjemsinstitusjonene har rapportert om at det foreligger klare sviktområder i driften. Spørsmålet er hvilket krav barn, som er utsatt for en krenkelse av EMK artikkel 3, under et opphold på barnehjemsinstitusjon, har til oppreisningserstatning.

2.5 Barns rettigheter etter EMK.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen nevner ikke barns rettigheter spesifikt. På den annen side gjelder konvensjonen for alle og uten diskriminering, jfr. EMK artikkel 1 og artikkel 14, og omfatter dermed også barn.²⁵ Barn sikres med dette de samme menneskerettigheter som voksne etter EMK.

EMK har ikke, i motsetning til Barnekonvensjonen (BK) artikkel 37, som pålegger en omfattende plikt for staten til å beskytte barn mot alle former for vold, overgrep eller mishandling, en bestemmelse som beskytter barn direkte.²⁶ Imidlertid har EMD i stadig større grad benyttet seg av BK i sin tolkning av bestemmelser i EMK, hvor sakene har dreid seg om

²² Sivilombudsmannens besøksrapport, s.25.

²³ FOR-2011-11-15-1103- forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barnevernsinstitusjon, heretter kalt rettighetsforskriften.

²⁴ Sivilombudsmannens besøksrapport, s.33.

²⁵ Ursula Kilkenny, *The child and the European Convention on Human Rights*, Programme on international rights of the Child, Ashgate Dartmouth, 1999, s.3.

²⁶ Barnekonvensjonen ble inkorporert i norsk rett i oktober 2003, den er forankret i norsk lov gjennom menneskerettsloven §2 og §3.

kroppslig avstraffelse og beskyttelse av barn mot fysisk og psykisk mishandling.²⁷ Dette inkluderer BK artikkel 3 om hensynet til barnets beste.

I *Jones med flere* mot Storbritannia slår EMD fast at EMK må fortolkes slik at den i størst mulig grad er i harmoni med annen internasjonal lov.²⁸ Med dette forstås at BK inngår i konteksten som EMD benytter for å fortolke EMK.²⁹

2.6 EMK artikkel 3.

Det vil her gjøres en kort redegjørelse for EMK artikkel 3 og hva som kan føre til at en handling kan medføre brudd på denne bestemmelsen. Videre vil det vurderes om det som er beskrevet i kasusene ovenfor kan være en krenkelse av artikkel 3.

EMK artikkel 3 *Prohibition of torture* lyder:

”No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment”.³⁰

EMK artikkel 3 omhandler retten til å ikke bli utsatt for alvorlige integritetskrenkelser. EMD har slått fast at artikkelen rommer en av de mest grunnleggende menneskerettighetene i et demokratisk samfunn.³¹ Bestemmelsen nedfeller et absolutt forbud mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.³² Med dette menes at det ikke er mulig å foreta unntak fra dette forbudet eller mulighet for derogasjon etter artikkel 15.

Det fremgår i *Kudla* mot Polen at en behandling må overstige et visst minimum av alvor.³³ EMD har med dette innfortolket en terskel for når en behandling kan regnes som tortur, umenneskelig eller nedverdiggende.³⁴ Dette vil si at det stilles krav til alvorligheten av en handling. Terskelen er relativ og en må i vurderingen ta i betraktning alle omstendigheter ved saken. For eksempel arten og konteksten for handlingen, måten og metoden som handlingen ble begått på, varigheten av den, og hvilke fysiske og psykiske virkninger den medførte.³⁵ I

²⁷ Kilkeny, 1999, s.160.

²⁸ *Jones med flere* mot Storbritannia, 34356/07 og 40528/06, 14.1.2014, avsnitt 196.

²⁹ William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights – a commentary*, Oxford, 2015, s.38.

³⁰ Jeg anvender meg her av den engelske konvensjonsteksten, som er en av de to offisielle konvensjonsspråkene, i tillegg til fransk.

³¹ Gro Hillestad Thune og Ane Stavrum, *Menneskerettighetene i helse- og omsorgssektoren og NAV*, Oslo, 2012, s.69.

³² *Kudla* mot Polen, 30210/96, 26.10.2000, storkammerdom, avsnitt 91.

³³ *Kudla* mot Polen, 30210/96, 26.10.2000, storkammerdom, avsnitt 91.

³⁴ Jon Fridrik Kjølbro, *Den europeiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 4.udgave, København, 2017, s.258.

³⁵ *Kudla* mot Polen, 30210/96, 26.10.2000, storkammerdom, avsnitt 91.

vurderingen av om artikkel 3 kommer til anvendelse må den konkrete situasjonen vedkommende er stilt i og den belastningen som er påført ham/henne bedømmes. Det er av spesiell betydning for beskyttelsen av barn at vurderingen av hvorvidt en handling oppfyller kravet til å omfattes av EMK artikkel 3 er relativ.³⁶

EMD har foretatt en sondering mellom alternativene i bestemmelsen.³⁷ EMK artikkel 3 inneholder dermed gradforskjeller, hvor tortur regnes som den mest alvorlige krenkelsen, deretter umenneskelig behandling og til sist nedverdiggende behandling. Skillet går på at tortur krever en mer omfattende mishandling og en sterkere grad av smerte.³⁸ Alternativet umenneskelig behandling krever at behandlingen er gjort bevisst, foregår over flere timer om gangen og forårsaker enten en kroppslig skade eller en intens fysisk eller psykisk lidelse. Med nedverdiggende behandling regnes den handling som kan skape en følelse av frykt, angst og mindreverdiget. Handlingen må videre virke ydmykende eller nedverdiggende.³⁹ Det er tilstrekkelig at tiltaket virker eller fremstår på denne måten overfor individet selv.⁴⁰

I *Tyrer mot Storbritannia* legger EMD vekt på at den krenkende behandlingen, overfor en ung gutt, ble utført av *noen med en offentlig myndighet*. Dette ble ansett som særlig egnet til fremstå som nedverdiggende. Videre ble det lagt vekt på at det ikke kunne utelukkes at straffen ville ha hatt negative psykologiske virkninger.⁴¹ EMD sier også at for at noe skal kunne regnes som umenneskelig eller nedverdiggende behandling, må utførelsen gå videre enn det som er vanlig ved en legitim handling eller straff.⁴²

Forbudet i EMK artikkel 3 omfatter dermed handlinger som går fra å ydmyke og nedverdige en borger, til handlinger som involverer ekstrem brutalitet. Den omfatter dermed både handlinger som går på det psykiske og det fysiske.⁴³

Dersom det foreligger forhold ved individet som gjør at det stiller svakere til å takle en situasjon, er dette et moment som myndighetene må vektlegge. Foretas en handling uten å ta

³⁶ Kilkeny, 1999, s.161.

³⁷ *Kudla mot Polen*, 30210/96, 26.10.2000, storkammerdom, avsnitt 92.

³⁸ *Aydin mot Tyrkia*, 23178/94, 25.9.1997, storkammerdom, avsnitt 82.

³⁹ *Kudla mot Polen*, 30210/96, 26.10.2000, storkammerdom, avsnitt 92.

⁴⁰ *Raninen mot Finland*, 20972/92, 16.12.1997, avsnitt 55.

⁴¹ *Tyrer mot Storbritannia*, 5856/72, 25.4.1978, avsnitt 33, (min utheving).

⁴² *Kudla mot Polen*, 30210/96, 26.10.2000, storkammerdom, avsnitt 92.

⁴³ Michael K. Addo og Nicholas Grief, "Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?", *European Journal of International Law* 9, 1998, s.510-524, s.511.

hensyn til svakheter ved borgeren, kan den oppfattes som umenneskelig behandling. EMDs praksis viser at det ved vurderingen av hvor terskelen går, skal det tas hensyn til momenter som ”the sex, age and state of health of the victim”.⁴⁴ Kjønn, alder og den mentale tilstanden til borgeren vektlegges dermed. Bertelsen skriver at alder kan begrunne at det tas særlig hensyn til individet, og at ”det kan synes som om en alder over ca. 55 år eller under ca. 18 år...vil skjerpe kravene til hva som kan aksepteres”.⁴⁵

I tilfeller hvor det dreier seg om mennesker som er spesielt sårbare eller forsvarsløse fremgår det av EMDs praksis at terskelen for å konkludere med brudd på artikkel 3 er lavere.⁴⁶ I *Z med flere* mot Storbritannia, som er prejudikatet, sier EMD at konvensjonsstatene har et særlig ansvar etter EMK artikkel 3 til å sørge for en effektiv beskyttelse av *barn og andre særlig sårbare personer*.⁴⁷

Terskelen for hva som omfattes av bestemmelsen settes også lavere dersom vedkommende er under myndighetenes totalkontroll.⁴⁸ Mennesker i lukkede institusjoner er særskilt sårbare, og praksis fra EMD viser at artikkel 3 først og fremst rammer alvorlige integritetskrenkninger påført av personer som opptrer på myndighetenes vegne. Hvis noen utsettes for krenkende behandling, og denne er et ledd i en fast og etablert praksis, kan dette anses for å være umenneskelig eller nedverdiggende behandling i strid med EMK artikkel 3. Dette gjelder selv om en enkeltstående hendelse ikke ville bli vurdert som en krenkelse av bestemmelsen.⁴⁹ Med dette forstås at myndighetene har et særskilt ansvar for å avdekke og gripe inn hvor nedverdiggende eller krenkende behandling har blitt en del av rutineene ved institusjonen.

I *O’Keeffe* mot Irland klagde borgeren over at staten ikke hadde klart å beskytte henne mot misbruk av en lærer mens hun var på skolen.⁵⁰ EMD sier her at myndighetenes beskyttelsesplikt etter EMK artikkel 3 får en særskilt vekt når det gjelder viktige offentlige tjenester som for eksempel grunnskoleutdannelsen, og at myndighetene er forpliktet til å

⁴⁴ *Carabulea* mot Romania, 45661/99, 13.7.2010, avsnitt 144.

⁴⁵ Tor Ehlers Bertelsen, *EMK, Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, Oslo, 2011, s.69.

⁴⁶ Thune og Stavrum, 2012, s.70.

⁴⁷ *Z med flere* mot Storbritannia, 29392/95, 10.5.2001, storkammerdom, avsnitt 73, (min utheving).

⁴⁸ Kjølbrot, 2017, s.258.

⁴⁹ Thune og Stavrum, 2012, s.70-71.

⁵⁰ *O’Keeffe* mot Irland, 35810/09, 28.1.2014, storkammerdom, avsnitt 145.

beskytte elevenes helse og velvære. Dette gjelder særskilt hos små barn som er spesielt sårbare og under kontroll av disse skolemyndighetene.

Andre eksempler på når individer er under total kontroll kan være ved tvangsinnleggelse, fengsling eller annen institusjonalisering som barnehjemsinstitusjoner. Det samme ansvar må med dette gjelde ved det offentlige ansvar for barnevernsinstitusjonene. EMD har videre utviklet minstekrav til institusjonalisering som må overholdes. Staten har i slike situasjoner en større plikt til å treffe beskyttelsestiltak for å hindre behandling som strider mot EMK artikkel 3.⁵¹

På den annen side har de nasjonale myndighetene en rett til å treffe tiltak som kan fremstå som byrdefulle eller ubehagelige. Fengsling, varetektsfengsling og tvangsinnleggelse er eksempler på dette.⁵² Dette er tiltak som er nødvendige i et samfunn, og anses dermed ikke som en krenkelse av EMK artikkel 3.⁵³

EMD slår i *Storck* mot Tyskland fast at konvensjonsstaten etter artikkel 1 er ansvarlig for krenkelser av en borgers rettigheter og friheter etter EMK, dersom dette skjer på grunn av at staten ikke overholder sin forpliktelse til å sikre disse innen sin jurisdiksjon.⁵⁴ Dersom myndighetene i en konvensjonsstat ikke har truffet de tiltak som en borger med rimelighet kan kreve for å forhindre at en krenkelse av EMK artikkel 3 forekommer, kan dette medføre et ansvar etter EMK. Med dette forstås at konvensjonsstaten er positivt forpliktet til å sørge for at det treffes beskyttelsestiltak for å forhindre at det skjer en behandling av en borger i strid med bestemmelsen.⁵⁵

Videre har staten, i de tilfeller hvor den ikke har fullstendig styringsrett over borgeren, en statlig handlingsplikt som utløses hvor den visste, eller burde ha visst, at det skjer handlinger som strider mot forbudet mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling i artikkel 3.⁵⁶

Dette fremgår også av *Z med flere* mot Storbritannia hvor klagerne, fire søsken, hevdet at artikkel 3 var krenket fordi myndighetene hadde feilet i å beskytte dem mot umenneskelig og

⁵¹ Kilkenny, 1999, s.165 og s.167. Også i Kjølbros 2017, s.279.

⁵² Bertelsen, 2011, s.70.

⁵³ Kjølbros 2017, s.259.

⁵⁴ *Storck* mot Tyskland, 61603/00, 16.6.2005, avsnitt 101.

⁵⁵ Kjølbros 2017, s.314.

⁵⁶ Kjølbros 2017, s.314.

nedverdiggende behandling.⁵⁷ Både politi og sosialtjeneste hadde i denne saken over lengre tid hatt kunnskap om hjemmeforholdene deres. EMD vektla her at staten har en positiv handlingsforpliktelse, dersom de *visste eller burde ha visst* om slik behandling.⁵⁸ Den passivitet som staten utviste medførte dermed en krenkelse av bestemmelsen.

Videre har EMD i *O'Keefe* mot Irland slått fast at statens myndigheter har en handlingsplikt også i de tilfeller hvor tiltakene utføres av andre private subjekter.⁵⁹ Konvensjonsstaten kan med dette ikke unngå forpliktelsen til å sørge for beskyttelse etter EMK artikkel 3 ved å delegeres ansvaret til en privat enhet.⁶⁰ De statlige myndighetene kan ikke holdes ansvarlig for enhver risiko for dårlig behandling som kan materialisere seg. Imidlertid medfører den positive forpliktelsen at myndighetene må gjennomføre tiltak som kan gi beskyttelse til barn og andre spesielt sårbare personer. Særskilt i tilfeller hvor de har eller burde ha hatt kunnskap. Dersom dette ikke gjøres, tyder mye på at dette kan medføre et brudd på EMK artikkel 3.⁶¹

I *E med flere* mot Storbritannia sier EMD at hvor det offentlige ikke håndterer en sak på en effektiv og forsvarlig måte, kan dette medføre en krenkelse av EMK artikkel 3 dersom dette får følger for det videre hendelsesforløpet.⁶² Unnlater de å gjennomføre undersøkelser eller har manglende kommunikasjon med andre offentlige organer, som kunne ha avdekket og/eller forhindret krenkelse av rettighetene, taler dette for at det kan konstateres en krenkelse.

Kasusene som er tatt med innledningsvis i oppgaven – Motivasjonskollektivet og Kvammen akuttinstitusjon – viser at myndighetene, på grunnlag av rapporter fra tilsynsmyndigheten og Sivilombudsmannen, har hatt kunnskap om den behandling og svikt i rutinene som barna i institusjonene ble utsatt for.

Ungdom i barnevernsinstitusjon bor på institusjonen for kortere eller lengre perioder og må med dette sies å være under det offentliges kontroll. Barna rapporterer selv at de opplever å bli utsatt for det de selv føler er nedverdiggende eller ydmykende behandling. Videre fremgår det at de opplever personalets holdninger og opptreden mot dem som nedverdiggende. Bruken av isolasjon oppleves av barna som en form for straff.

⁵⁷ *Z med flere* mot Storbritannia, 29392/95, 10.5.2001, storkammerdom, avsnitt 73.

⁵⁸ (Min utheving.)

⁵⁹ *O'Keefe* mot Storbritannia, 35810/09, 28.1.2014, storkammerdom, avsnitt 144.

⁶⁰ *O'Keefe* mot Storbritannia, 35810/09, 28.1.2014, storkammerdom, avsnitt 124.

⁶¹ Kjølbros, 2017, s.314.

⁶² *E med flere* mot Storbritannia, 33218/96, 26.11.2002, storkammerdom, avsnitt 99.

Av rapportene fremgår at rutinene har sviktet ved begge institusjonene. På denne måten har urettmessig tvang, for eksempel inndragningen av elektroniske kommunikasjonsmidler og rutinemessig bruk av isolasjon, blitt en del av institusjonenes prosedyrer. Det har dermed dannet seg en etablert praksis, med gjentatte og flere tilfeller, som kan grense opp mot krenkelse av EMK artikkel 3.

Det fremgår av redegjørelsen av artikkel 3 at i tilfeller der myndighetene har, eller burde ha hatt, kunnskap om krenkelser og ikke griper inn, tyder mye på at dette tilsier et brudd på EMK artikkel 3. Gjennom tilgjengelige kontrollsystemer kunne de ha forhindre at krenkelsen forekom. Barna kunne vært flyttet til andre institusjoner, eller driften ved institusjonen kunne vært lagt ned. Dette er innenfor de tilgjengelige virkemidlene til fylkesmannen. Videre skal Bufetat godkjenne de institusjoner som drives.⁶³ Denne godkjenningen kan ikke regnes som et engangstilfelle ved oppstart, men må anses som en vedvarende godkjenning av den driften som skjer ved institusjonen.

2.7 Oppsummering.

Gjennomgangen ovenfor viser at kasusene ligger nært opp til hva som kan medføre en krenkelse av EMK artikkel 3. Med dette fastslås at EMK kan krenkes i barnevernsinstitusjoner. Kasusene viser dermed at problemstillingen både er aktuell og mulig.

3 Oppreisningserstatning etter EMK

3.1 EMK artikkel 13.

EMK artikkel 13 *Right to an effective remedy* lyder:

”Everyone whose rights and freedoms 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”.

Artikkel 13 må anses som et middel for å sikre at menneskerettighetene etter EMK opprettholdes på nasjonalt nivå. Dette stammer fra oppfatningen om at det ikke kan foreligge en rettighet uten at det foreligger en tilsvarende rett til denne.⁶⁴ Det er medlemsstatene som

⁶³ Se punkt 4.1.

⁶⁴ Donna Gomien, David Harris og Leo Zwaak, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Oxford, 1996, s.335.

har primæransvaret for å sikre rettighetene og frihetene etter konvensjonen jfr. EMK artikkel 1.⁶⁵ Etter artikkel 35 skal den som mener sine menneskerettigheter krenket, først søke en rettelse av dette på nasjonalt nivå, før de prøver å få en overnasjonal prøving av saken ved EMD.⁶⁶ Dette er et uttrykk for subsidiaritetsprinsippet.⁶⁷ EMD kan, og skal, bare gripe inn dersom de nasjonale myndighetene ikke klarer å forsikre at rettighetene overholdes på nasjonalt nivå.⁶⁸

Dersom de nasjonale myndighetene ikke klarer å sikre at menneskerettighetene overholdes, og søker å reparere eventuelle krenkelser, vil dette kunne medføre at det foreligger en krenkelse av EMK artikkel 13.⁶⁹

Begrepet ”effective remedy” er på norsk blitt oversatt til ”en rett til rettsmiddel”. Dette begrepet kan virke misvisende ved at det henviser til at artikkel 13 gir en rett til å få anket saken.⁷⁰ Det fremgår også av Rt.2000 s.996 at begrepet ”remedy” må inneholde noe mer enn ”bare en rett til effektiv prøving av om konvensjonen er krenket”.⁷¹ Den rett som følger av EMK artikkel 13 er en rett til et effektivt prøvingsmiddel for en uavhengig nasjonal myndighet for å se om det foreligger en krenkelse av konvensjonens bestemmelser. Men formålet med dette er å eventuelt få satt stopp for videre krenkelse, eller å få en rettelse av den feil som allerede er forekommet. Krenkelsen skal med andre ord bøtes på.⁷² En bedre oversettelse av den engelske konvensjonsteksten vil da kanskje heller være et effektivt *botemiddel* eller *prøvingsmiddel*. Dette botemiddelet skal medføre at krenkelsen av konvensjonen repareres.

Det fremgår av *N.B* mot Slovakia at artikkel 13 gir en rett til å få prøvd for en nasjonal myndighet om det foreligger en krenkelse av rettighetene.⁷³ EMD slår fast at det i begrepet ”remedy” ikke ligger en rett til å få et positivt utfall i kravet. Videre fremgår det heller ikke av bestemmelsen at det skal foreligge en kompensasjon for en krenkelse av kravet. Derimot gir

⁶⁵ *Scordino* mot Italia, 36813/97, 29.3.2006, storkammerdom, avsnitt 140.

⁶⁶ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn og Leo Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, fourth edition, Antwerpen-Oxford, 2006, s.999.

⁶⁷ Hans Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, En kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, tredje upplagan, Stockholm, 2007, s.427.

⁶⁸ Gomien, Harris og Zwaak, 1996, s.336.

⁶⁹ Schabas, 2015, s.550-551 og Gomien, Harris og Zwaak, 1996, s.336.

⁷⁰ Bertelsen, 2011, s.341.

⁷¹ Rt.2000 s.996 (s.1023).

⁷² Gomien, Harris og Zwaak, 1996, s.336.

⁷³ *N. B* mot Slovakia, 29518/10, 12.6.2002, avsnitt 108.

artikkel 13 rett til prøving ved et organ som *kan* tilkjenne en korrigerende av krenkelsen. Den nasjonale myndigheten må ha kompetanse til å prøve innholdet av påstanden om krenkelse av konvensjonen. I tillegg skal botemiddelet kunne forhindre eller avhjelpe en krenkelse.⁷⁴

Det er opp til konvensjonsstaten hva som skal til for å kunne føre til en reparasjon av kravet.⁷⁵

EMD har, for at bestemmelsen skal ha en effektiv virkning, tolket artikkel 13 slik at det ved brudd på enkelte av konvensjonsbestemmelsene bør foreligge en mulighet for kompensasjon. Med dette menes en kompensasjon for det ikke-økonomiske tapet som en krenkelse har medført. Videre har EMD i en nyere dom *Ivko* mot Russland sagt at botemiddelet må gi en rimelig mulighet til å vinne frem.⁷⁶

Med ”everyone whose” menes at påstanden må bygge på at det er klageren selv som har blitt utsatt for krenkelsen. Av ordlyden ”whose rights and freedoms set forth in this Convention” fremgår det klart at artikkel 13 må leses i lys av de andre bestemmelsene i EMK.

Bestemmelsen refererer kun til de tilfeller hvor det er tale om et eventuelt brudd eller en krenkelse av de andre artiklene i EMK og er med dette aksessorisk.⁷⁷

Ordlyden i artikkel 13 tilsier at et individ bare har rett til et effektivt botemiddel dersom rettighetene ”are violated”. Dette fremstår som et krav om at det må foreligge et klart brudd på rettighetene. De hensyn som begrunner artikkel 13 medfører imidlertid at også en begrunnet påstand om at det *kan* foreligge brudd på en rettighet er et prosedabelt krav, som et individ har rett til å få prøvd.⁷⁸ EMD har slått fast at selv om man kommer til at det ikke foreligger noe brudd på andre bestemmelser i konvensjonen, så har klageren en rett til å effektivt få prøvd sin påstand på nasjonalt nivå. På denne måten etablerer artikkel 13 *en uavhengig rettighet*.⁷⁹

For å kunne fremme krav etter artikkel 13 må det foreligge et ”arguable claim”, et såkalt prosedabelt krav.⁸⁰ EMD har ikke definert hva som ligger i dette begrepet, men sier at dette må

⁷⁴ Stine Marie Uri, ”Adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK”, *Lov og Rett*, vol.56-8, 2017, s.480-499, s.482, (min utheving).

⁷⁵ Schabas, 2015, s.550.

⁷⁶ *Ivko* mot Russland, 30575/08, 15.12.2015, avsnitt 81.

⁷⁷ van Dijk med flere, 2006, s.998.

⁷⁸ Gomien, Harris Zwaak, 1996, s.337, (min utheving).

⁷⁹ van Dijk med flere, 2006, s.1000 og Schabas, 2015, s.551, (min utheving).

⁸⁰ *Centre for legal resources på vegne av Valentin Campeanu* mot Romania, 47848/08, 17.7.2014, storkammerdom, avsnitt 148.

avgjøres med hensyn til omstendighetene i den enkelte sak og karakteren av det rettsspørsmål som omhandles.⁸¹ Med dette menes at klagen må være rimelig begrunnet. For å avgjøre dette, må sakens faktum og klagens natur vurderes. Det må ligge noe mer i klagen enn en ren påstand.⁸² Vilkåret om en prosedabel påstand er i EMDs praksis blitt knyttet til kravet som stilles til realitetsbehandling av en sak ved domstolen. Etter EMK artikkel 35(3) vil dette si at kravet ikke kan være åpenbart grunnløst.⁸³

EMD uttaler i *Klass med flere* mot Tyskland at en som hevder at hans rettigheter er brutt, skal ha tilgang til en nasjonal myndighet. Denne skal prøve påstanden og, dersom det er nødvendig, bestemme en kompensasjon for denne.⁸⁴

Med ”shall have” slås det fast at det foreligger en plikt for medlemsstatene å sikre at et slikt botemiddel foreligger. Dette må ses i sammenheng med EMK artikkel 1 som sier at det er de kontraherende statene som har ansvaret for å implementere og sikre menneskerettighetene. I *Rachevi* mot Bulgaria fremgår det at både kravet om at de nasjonale prøvingsinstansene skal være utprøvd før EMD tar inn klagen, jfr. artikkel 35(1), samt formålet med artikkel 13, om at det skal foreligge et effektivt botemiddel på nasjonalt nivå, er uttrykk for subsidiaritetsprinsippet.⁸⁵ Med dette menes at EMD er subsidiært ansvarlig for å sikre menneskerettighetene.

Det fremgår av artikkel 13 at en borger har rett til et botemiddel selv om krenkelsen er begått av en person i offentlig tjeneste.⁸⁶

Artikkel 13 krever at det botemiddelet som er tilgjengelig i nasjonal rett må være *effektivt*, både i praksis og i lov.⁸⁷ Med dette menes at det må være tilgjengelige for individene på en slik måte at de faktisk kan få brukt det, ved at det ikke legges hindringer i veien for at det tas et standpunkt til påstanden om brudd. Det fremgår av dette at dersom tilgangen til et

⁸¹ Danelius, 2007, s.427.

⁸² Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Blackstone's human rights series, second edition, Oxford, 2005, s.342.

⁸³ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4.utgave, Bergen, 2015, s.83. Også D. Harris, M. O'Boyle, E.P.Bates & C. M. Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, third edition, Oxford, 2014, s.768.

⁸⁴ *Klass med flere* mot Tyskland 5029/71, 6.9.1978, avsnitt 64.

⁸⁵ *Rachevi* mot Bulgaria, 47877/99, 23.9.2004, avsnitt 61.

⁸⁶ Gomien, Harris og Zwaak, 1996, s.336.

⁸⁷ *Kudla* mot Polen, 30210/96, 26.10.2000, storkammerdom, avsnitt 157, (min utheving).

botemiddel ikke er mulig for et individ, for eksempel på grunn av manglende rettslig handleevne, vil rettsmiddelet ikke være effektivt.⁸⁸

Effektivitetsvilkåret medfører også krav til de botemidler som er tilgjengelig i de ulike konvensjonsstatene. Statenes skjønnsmargin vil imidlertid ha en betydning for hvilke botemidler som kan anvendes etter EMK artikkel 13.⁸⁹ Rekkevidden av bestemmelsen er dermed ikke helt klar.⁹⁰ EMD uttalte i *Leander* mot Sverige at dersom det ikke foreligger ett konkret effektivt botemiddel, som i den gjeldende sak kan oppfylle kravet i artikkel 13, så kan flere virkemidler sammen utgjøre et effektivt botemiddel.⁹¹ Videre har domstolen sagt at for at et botemiddel skal være effektivt må det enten virke preventivt, altså forhindre at krenkelsen forekommer, eller så må det kunne gi en passende reparasjon av krenkelsen.⁹²

Kravet om at botemiddelet skal være effektivt innebærer imidlertid ikke at klager er garantert medhold i sin sak. Det fremgår i *Costello-Roberts* mot Storbritannia at det med effektivitet ikke menes garantert positivt utfall.⁹³ Retten til et effektivt prøvingsmiddel eller botemiddel er med dette et krav på kvaliteten av prøvingen og ikke til resultatet som prøvingen konkluderer med.⁹⁴

Hvilke botemidler som er nødvendige for å kunne gi ”adequate redress”, passende og effektiv reparasjon, vil avhenge av hvilke type rettigheter som er påstått krenket. Statens skjønnsmargin i valg av virkemiddel vil dermed variere ut fra arten av den rettighet som påstås krenket.⁹⁵

I *Alajos Kiss* mot Ungarn handlet saken om en person med psykisk lidelse, som ikke fikk lov til å stemme. Dette mente han stred mot EMKs tilleggsprotokoll 1, artikkel 3. Statene har i utgangspunktet en vid skjønnsmargin når det gjelder gjennomføringen av menneskerettighetene. I avgjørelsen kom EMD med prinsipputtalelser om statens skjønnsmargin. Domstolen slo fast at skjønnsmarginen må innsnevres i de tilfeller rettighetene tilhører svært sårbare grupper i samfunnet, som tradisjonelt har blitt utsatt for

⁸⁸ Danelius, 2007, s.429.

⁸⁹ Harris med flere, 2014, s.766.

⁹⁰ Uri, 2017, s.482.

⁹¹ *Leander* mot Sverige, 9248/81, 26.3.1987, avsnitt 77.

⁹² *Kudla* mot Polen, 30210/96, 26.10.2000, storkammerdom, avsnitt 159.

⁹³ *Costello-Roberts* mot Storbritannia, 13134/87, 25.3.1993, avsnitt 48.

⁹⁴ Bertelsen, 2011, s.347.

⁹⁵ *A* mot Nederland, 4900/06, 20.7.2010, avsnitt 157.

diskriminering. Spesielt gjelder dette når det angår fundamentale rettigheter.⁹⁶ Rettssetningen i *Alajos Kiss* mot Ungarn gjelder særlig sårbare grupper. Jeg har ikke funnet eksempler på at Domstolen har klassifisert barn i barnevernsinstitusjon som særlig sårbare. Det er allikevel rimelig å anta at Domstolen vil klassifisere barna slik. Virkningen av dette er at statens skjønnsmargin må antas å være redusert for barn i barnevernsinstitusjon.

En full gjenopprettelse av den krenkelse av menneskerettighetene og de grunnleggende verdier som EMK representerer, skal være tilgjengelig innen nasjonalstaten. Dersom de nasjonale prosedyrene ikke klarer å få til dette, vil det foreligge en krenkelse av artikkel 13.⁹⁷

Praksis ved EMD viser at hvor noen hevder sine rettigheter som krenket, skal de ha et botemiddel fremfor en nasjonal myndighet. Denne skal både avgjøre kravet og, dersom det er behov for det, sørge for en korrigering av krenkelsen.⁹⁸ EMK artikkel 13 inneholder dermed både en prosessuell og en materiell side. Det fremgår imidlertid av *Golder* mot Storbritannia at den nasjonale myndigheten ikke trenger å være en domstol.⁹⁹

Dersom den nasjonale myndigheten ikke er en domstol, oppstiller EMD krav til at organet må ha myndighet og kompetanse til å prøve saken, samt prosessuelle garantier for å kunne utøve et effektivt botemiddel.¹⁰⁰ Videre må organet være tilstrekkelig uavhengig den myndighet som klagen retter seg mot.¹⁰¹ Det holder ikke at det formelt finnes tilgang til botemiddel ved en myndighet i det nasjonale rettssystemet. Det må eksistere en reell mulighet til å få prøvd påstanden som berører konvensjonsrettighetene, for eksempel rettspraksis eller forvaltningspraksis som viser at botemiddelet faktisk benyttes i tilsvarende saker. Dersom botemiddelet består i at man kan få skadeserstatning, må retten til å få erstatning være tilstrekkelig omfattende til å romme de foreliggende omstendighetene.¹⁰²

Spørsmålet er dermed om effektivitetsvilkåret i EMK artikkel 13 må tolkes på en slik måte at det gir klager krav på erstatning for det ikke-økonomiske tapet.

⁹⁶ *Alajos Kiss* mot Ungarn, 38832/06, 25.5.2010, avsnitt 42.

⁹⁷ Gomien, Harris og Zwaak, 1996, s.336.

⁹⁸ *Klass med flere* mot Tyskland, 5029/71, 6.9.1978, avsnitt 64.

⁹⁹ *Golder* mot Storbritannia, 4451/70, 21.2.1975, avsnitt 33.

¹⁰⁰ van Dijk med flere, 2006, s.1006.

¹⁰¹ Leach, 2005, s.342.

¹⁰² Danelius, 2007, s.428-429.

3.2 Kan det utledes et krav på oppreisning av EMK artikkel 13?

Det fremgår ikke av ordlyden i EMK artikkel 13 hvilke botemidler som kan kreves. Et krav på erstatning for ikke-økonomisk tap kan dermed ikke leses ut av bestemmelsen. Videre har EMD i sin praksis i liten grad gitt prinsipielle uttalelser for når slik erstatning kan gis og innholdet av erstatningsplikten. EMD begrunner sjelden hvorfor erstatning er nødvendig som en reparasjon av krenkelsen i den enkelte dom. Domstolen viser heller til betydningen av den konvensjonsbestemmelse som er påberopt, og behovet for om klager har rett til erstatning vurderes opp mot denne.¹⁰³

Imidlertid fremgår det av *T. P og K. M* mot Storbritannia at i ”appropriate cases”, altså passende saker, skal kompensasjon for den økonomiske og den ikke-økonomiske skade, som følger av krenkelsen, være tilgjengelig som en del av botemidlene.¹⁰⁴ Det fremgår ikke av dommen hva som anses som *passende saker*.¹⁰⁵

Domstolen har på den annen side vektlagt at hvor det dreier seg om brudd på så grunnleggende verdier som det artikkel 3 representerer, forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling og straff, kreves det at kompensasjon for det ikke-økonomiske tapet som kommer av krenkelsen, i prinsippet skal være en av de botemidlene som er tilgjengelige etter artikkel 13.¹⁰⁶

Praksis fra domstolen viser dermed at ved brudd på enkelte av konvensjonens bestemmelser kreves det at spesifikke botemidler er tilgjengelig.¹⁰⁷ Økonomisk kompensasjon for det ikke-økonomiske tapet regnes da som et viktig botemiddel.¹⁰⁸ EMD anser artikkel 3 som en fundamental rettighet og har vist til at brudd på denne bestemmelsen kan medføre irreversible virkninger.¹⁰⁹ Videre har domstolen sagt at i enkelte saker vil retten anerkjenne kompensasjon for ikke-økonomiske skader som smerte, stress, angst og frustrasjon.¹¹⁰ På grunn av dette

¹⁰³ Henrik Vaaler, ”Erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av EMK”, *Lov og Rett*, volum 56-5, 2017, s.299-317, s.303.

¹⁰⁴ *T. P og K. M* mot Storbritannia, 28945/95, 10.5.2001, storkammerdom, avsnitt 107. Tilsvarende fremkommer i *Leander* mot Sverige, 9248/81, 26.3.1987, avsnitt 77.

¹⁰⁵ (Min utheving).

¹⁰⁶ *Z med flere* mot Storbritannia, 29392/95, 10.5.2001, avsnitt 109. Avgjørelsen ble tatt i storkammer og regnes som et prejudikat for at dekingen av det ikke økonomiske tap bør være tilgjengelig ved krenkelse av artikkel 3.

¹⁰⁷ *Carabulea* mot Romania, 45661/99, 13.7.2010, avsnitt 165.

¹⁰⁸ Harris med flere, 2014, s.770.

¹⁰⁹ Octavian Ichim, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2015, s.119.

¹¹⁰ *Kontrova* mot Slovakia, 7510/04, 31.5.2007, avsnitt 64.

stilles det strengere krav til hvilke botemidler som kan anses effektive ved reparasjon av en slik krenkelse. EMD-praksis viser også at det etter artikkel 13, ved brudd på artikkel 3, kreves at det *i tillegg til en økonomisk kompensasjon* hvor det er behov for det, stilles prosessuelle krav for at en krenkelse skal bli reparert.¹¹¹

3.3 Forholdet mellom artikkel 13 og artikkel 3.

Dersom en krenkelse medfører alvorlige personlige konsekvenser for en borger, vil dette kunne medføre at kravene til hva som kan kreves for at prøvingsmidlene skal anses effektive, bli skjerpet.¹¹²

I forhold til artikkel 3, har EMD gjennom sin praksis fastslått at for at et botemiddel skal være effektivt etter artikkel 13, må det ses i sammenheng med de prosessuelle kravene som stilles til en etterforskning og de institusjonelle kravene som fremgår av førstnevnte bestemmelse. det fremgår av *Aksoy* mot Tyrkia at hvilken type rettighet som er krenket, har implikasjoner for hvilke krav som kan stilles til effektivitet etter artikkel 13.¹¹³

For at et botemiddel etter artikkel 13, i lys av artikkel 3, skal anses som effektiv må det medføre en undersøkelsesforpliktelse og en institusjonell forpliktelse for den nasjonale myndighet.¹¹⁴ Undersøkelsesforpliktelsen innebærer blant annet at denne skal utføres av en uavhengig myndighet. Videre skal den være grundig og effektiv, og bør kunne føre til identifikasjon og straff av de ansvarlige.¹¹⁵

Det foreligger dermed en parallell mellom de forpliktelsene som følger av artikkel 3 og artikkel 13. Krenkelser av EMK artikkel 3 utløser prosessuelle forpliktelser. De samme prosessuelle forpliktelser følger av artikkel 13, når denne ses i sammenheng med artikkel 3. Dette kan tale for at en kun trenger å anvende artikkel 3 når det gjelder de prosessuelle pliktene. På den annen side må en ta i betraktning at artikkel 13, hvor det ikke foreligger krenkelse av en annen artikkel, etablerer en uavhengig rettighet.¹¹⁶

3.4 Hvilket krav stiller EMK til botemiddelet?

Norsk rett har i stadig større grad og på stadig flere områder blitt påvirket av internasjonal

¹¹¹ *D.P og J.C* mot Storbritannia ,38719/97, 10.10.2002, avsnitt 135, (min utheving).

¹¹² Harris med flere, 2014, s.769.

¹¹³ *Aksoy* mot Tyrkia, 21987/93, 18.12.1996, avsnitt 98.

¹¹⁴ van Dijk med flere, 2006, s.1007-1008.

¹¹⁵ *Mehmet Emin Yüksel* mot Tyrkia, 40154/98, 20.7.2004, avsnitt 37.

¹¹⁶ Se redegjørelsen som er foretatt av artikkel 13, punkt 3.1.

rett, og kanskje særskilt bruken av menneskerettighetene. På den annen side har erstatningsretten i Norge til en viss grad utviklet seg mer uavhengig av disse rettighetene og de er dermed ikke fullt ut integrert i de alminnelige erstatningsrettslige reglene.¹¹⁷

Som nevnt er det i utgangspunktet opp til medlemsstatene hvilke botemidler som skal være tilgjengelige på nasjonalt nivå. Dette er en følge av at det er statene som anses som nærmest til å vurdere hva som må til for å gjennomføre menneskerettighetene i konvensjonsstaten.¹¹⁸

Brudd på konvensjonsbestemmelsene kan repareres på flere ulike måter nasjonalt. I noen tilfeller kan det være nok å få fastslått at det foreligger en krenkelse av en konvensjonsrettighet og på denne måten sette en stopper for videre krenkelse.¹¹⁹ I andre tilfeller er det vanskeligere å bedømme hva som kan medføre en tilstrekkelig effektiv reparasjon av en krenkelse. Dersom det finnes andre botemidler som kan anses som effektive mot krenkelsen, kreves det ikke etter EMK artikkel 13 at erstatning skal være ett av botemidlene som er tilgjengelig.¹²⁰ Krav på erstatning for ikke-økonomisk tap fremstår på denne måten som et unntak fra hovedregelen.

Som vist ovenfor, skal skadelidte i prinsippet ha mulighet til å fremsette krav om erstatning for det ikke-økonomiske tapet ved krenkelse av grunnleggende bestemmelser i EMK.¹²¹ EMD har i *Z med flere* mot Storbritannia avgjort at EMK artikkel 3 regnes som en slik grunnleggende bestemmelse. Domstolen slår her fast ”compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be part of the range of available remedies”.¹²² Dette strengere kravet til tilgjengelige botemidler ved krenkelse av artikkel 3, kommer av at skadebildet ved enkelte menneskerettskrenkelser stiller større krav til hvilke botemidler som kan medføre en effektiv reparasjon av krenkelsen.¹²³

Der en borger etter EMK artikkel 13 kan fremme et erstatningskrav, innebærer dette at det stilles krav til de erstatningsrettslige regler som finnes i nasjonal rett. De må fungere effektivt. EMD har tolket dette som at botemiddelet må være tilgjengelig, gi mulighet til en

¹¹⁷ Jørgen Aall og Bjarte Askeland, ”Statens oppreisningsansvar ved menneskerettighetsbrudd”, *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, årgang 14, nr.1, universitetsforlaget, 2017, s.3-6, s.3.

¹¹⁸ Dette følger av EMK artikkel 1.

¹¹⁹ Rt.2003 s.1671 (avsnitt 42 og 43).

¹²⁰ Vaaler, 2017, s.308.

¹²¹ Harris med flere, 2014, s.781-782.

¹²² *Z med flere* mot Storbritannia, 29393/95, 10.5.2001, storkammerdom, avsnitt 109.

¹²³ Schabas, 2015, s.164.

kompensasjon (hvor det er passende) og gi en rimelig mulighet til å vinne frem med kravet.¹²⁴ Artikkel 13 gir kun en *rett* til et botemiddel. Dette må forstås som at skadelidte har krav på å få fremsatt sitt krav ved en nasjonalt myndighet som har kompetanse til å prøve om erstatning skal tilkjennes.

Verken ut fra ordlyden i EMK artikkel 13, eller fra EMDs praksis, kan det utledes en rett på et positivt utfall ved prøvingen for den nasjonale myndigheten.¹²⁵ Det må med dette forstås at borgeren ikke har noen rett på å få medhold i et krav oppreisningserstatning på nasjonalt nivå.¹²⁶

4 Barn i barnevernsinstitusjon

4.1 Organiseringen innenfor barnevernet; hvem har ansvaret for barn i institusjon etter norsk rett.

I Norge er det primære ansvaret for barnas omsorg og oppdragelse hos foreldrene. Dersom foreldrene ikke klarer å overholde dette ansvaret, eller barna har alvorlige atferdsvansker, må det offentlige sikre barnets rettigheter.¹²⁷

Barnevernstjenesten regnes som en del av det offentlige. Både stat og kommune har i dag ansvar og oppgaver på barnevernsområdet. Barnevernet skal hjelpe barn som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling. Hjelpen fra barnevernet kan gis i form av hjelpetiltak, eller som omsorgsovertakelse ved plassering av barnet i fosterhjem eller på institusjon.¹²⁸ Ansvarsfordelingen fremgår av Lov om barnevernstjenester 17.7.1992 nr.100, kapittel 2 for stat og kommune, kapittel 5, samt kapittel 7 for fylkesnemnda.¹²⁹

Barnevernloven gjelder for alle barn og unge under 18 år jfr. §1-3(1). Enkelte tiltak kan opprettholdes til vedkommende fyller 23 år. Vilkåret for dette er samtykke og at tiltaket er iverksatt før han/hun fyller 18 år, jfr. §1-3(2). Hovedprinsippet for barnevernets arbeid er at det skal skje i henhold til hva som er til det beste for barnet, jfr.§4-1.

¹²⁴ *McFarlane* mot Irland, 31333/06, 10.9.2010, storkammerdom, avsnitt 114, og *Ivko* mot Russland, 30575/08, 15.12.2015, avsnitt 81.

¹²⁵ *Costello-Roberts* mot Storbritannia, 13134/87, 25.3.1993, avsnitt 48.

¹²⁶ Vaaler, 2017, s.303.

¹²⁷ Bendiksen og Haugli, 2014, s.175-176.

¹²⁸ Prop.106 L (2012-2013), s.28-29.

¹²⁹ Lov om barnevernstjenester 17.7.1992 nr.100, heretter kalt barnevernloven.

Det fremgår av barnevernloven §2-1(1) at kommunen har ansvaret for oppgaver som ikke er lagt til et statlig organ. Dette må forstås slik at dersom oppgaven ikke direkte er angitt som statens ansvar, tilfaller den kommunen. Det skal i hver kommune være en barnevernstjeneste som utfører det daglige og løpende arbeidet, jfr. §2-1(5). Barnevernstjenesten skal blant annet gi råd og veiledning, den skal treffe vedtak etter loven og forberede saker for behandling i Fylkesnemnda. Videre skal barnevernstjenesten foreta undersøkelser og den har en plikt til å iverksette tiltak når vilkårene i loven er oppfylt. Kommunen har også ansvar for å sørge for nødvendig opplæring av barnevernstjenestens personell, jfr. §2-1(7). Det stilles imidlertid ikke noe formelle krav til hvilken opplæring som kreves i bestemmelsen. Innholdet anses å avhenge av hva som regnes som god barnevernsfaglig praksis.¹³⁰ I tillegg skal den følge opp barna og familiene så lenge barnet er under barnevernets omsorg.¹³¹

Staten overtok i 2004 ansvaret for det fylkeskommunale barnevernet.¹³² Det følger av barnevernloven §2-2(1) at det statlige ansvaret for barnevernstjenesten i dag er fordelt mellom Barne- og likestillingsdepartementet (BLD), Barne-, ungdoms- og familieetaten (Bufetat) og fylkesmennene.

Ved overføringen av det fylkeskommunale barnevernet, overtok staten ansvaret for etablering og drift av barnevernsinstitusjonene, samt rekruttering og formidling av fosterhjem.¹³³ Det ble med dette et samlet statlig ansvar, som skulle sikre et likeverdig og differensiert tilbud over hele landet. Samlingen av ansvaret skal forhindre at de ulike aktørene skyver ansvaret over på hverandre, slik at barn og unge i en sårbar situasjon ikke får den hjelpen de har krav på.¹³⁴

Det er Barne- og likestillingsdepartementet som leder de statlige barnevernsmyndighetene, jfr. barnevernloven §2-2(1) 2.punktum. Departementet har dermed instruksjons- og organisasjonsmyndighet overfor underordnet statlig forvaltning.¹³⁵ Videre har departementet ansvaret for at virksomheten i de statlige underordnede organene drives forsvarlig.

¹³⁰ Prop.106 L (2012-2013), s.56.

¹³¹ Prop.106 L (2012-2013), s.28.

¹³² Innst.O.nr.64 (2003-2003) innstilling fra familie-, kultur og administrasjonskomiteen om lov om endring i lov 17.juli1992 nr.100 om barnevernstjenester og lov19.juni 1997 nr.62 om familievernkontorer med videre, s.22.

¹³³ Elisabeth Backe-Hansen (red), Elisiv Bakketeig, Heidi Gautun og Arne Backer Grønningsæter, ”Institusjonsplassering – siste utvei?”, Betydningen av barnevernsreformen fra 2004 for institusjonstilbudet”, *NOVA*, rapport nr.21/11, s.55.

¹³⁴ Ot.prp.nr.9 (2002-2003) om endringer i lov 17. Juli 1992 nr.100 om barnevernstjenester og lov 19. juni nr.62 om familievernkontorer mv., s.37.

¹³⁵ Köhler-Olsen, Julia Note 35, Rettsdata, Norsk Lovkommentar, kommentar til barnevernloven §2-2(1). 2.punktum, sist revidert 22.05.2015.

Departementets oppgaver er av en overordnet karakter og fremgår av barnevernloven §2-3(1). Det skal føre tilsyn med at lover og forskrifter anvendes riktig og fremmer lovens formål, sørge for at erfaringer med loven vurderes, gi retningslinjer og instruksjoner, sette i gang forskning, sørge for utdanning av personell og veiledning, samt sørge for informasjonsmaterieell til barnevernstjenesten.

Bufetat består av Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (Bufdir) og fem regionale forvaltningsenheter. Det følger av barnevernloven §2-2(2) at Bufetat er delt inn i tre nivåer, sentralt, regionalt og lokalt. Det sentrale nivået består av Bufdir, det regionale nivået av de fem regionale forvaltningsenhetene, og det lokale nivået består av barnevernsinstitusjonene. Det fremgår av dette at direktoratet leder etatens virksomhet og har det overordnede ansvaret for Bufetat.¹³⁶ I forarbeidene fremgår at ”det følger av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper at de ulike nivåene utgjør atskilte forvaltningsnivåer”.¹³⁷

Oppgavene til Bufetat er fastsatt i barnevernloven §2-3(3). Etaten skal etter henvendelse fra kommunene bistå barnevernstjenesten med plassering av barn utenfor hjemmet, slik som fosterhjem eller barnevernsinstitusjoner. Videre har Bufetat ansvaret for rekrutteringen og formidlingen av fosterhjem. Etaten har også ansvaret for å formidle og ha oversikt over alle ledige institusjonsplasser.¹³⁸ Bufetat skal sørge for at fosterhjemmene får tilstrekkelig opplæring og generell veiledning. Det er etaten som har ansvaret for at tjenestene, som gis i barnevernsinstitusjonene, drives med forsvarlig kvalitet. Dette må forstås slik at det ikke bare er en godkjenning av institusjonens drift ved oppstart, men en *fortløpende adgang til å vurdere godkjenning av driften*, jfr. forskrift om godkjenning av private og kommunale institusjoner som skal benyttes for barn utenfor hjemmet med hjemmel i barneloven, FOR-2003-10-27-1283 §1, jfr. §3.¹³⁹

Barnevernsinstitusjonene er statlig barnevernsmyndighet på lokalt nivå, jfr. barnevernloven §2-3(6). Det fremgår av §5-1 at det er Bufetat som har ansvaret for etableringen og driften av institusjoner som hører under barnevernloven. Dette ansvaret kan enten oppfylles ved at det

¹³⁶ Köhler-Olsen, Julia Note 36, Rettsdata, Norsk Lovkommentar, kommentar til barnevernloven §2-2(2), sist revidert 22.05.2015.

¹³⁷ Prop.106 L (2012-2013) s.207.

¹³⁸ Köhler-Olsen, Julia Note 41, Rettsdata, Norsk Lovkommentar, kommentar til barnevernloven §2-3(3), sist revidert 22.05.2015.

¹³⁹ FOR-2003-10-27-1283 - Forskrift om godkjenning av private og kommunale institusjoner som skal benyttes for barn som plasseres utenfor hjemmet med hjemmel i barnevernloven, (min utheving). Heretter kalt godkjenningsforskriften.

offentlige etablerer egne institusjoner på regionalt nivå, eller at det inngås avtale med private eller kommunale institusjoner. Det er dermed både statlige, kommunale og private barnevernsinstitusjoner. Bufetat har ansvaret for godkjenningen av alle institusjoner som anvendes etter barnelovgivningen.¹⁴⁰ Det følger av barnevernloven §5-8(1) at både private og kommunale institusjoner må godkjennes av Bufetat på regionalt nivå, altså ett av de fem regionale forvaltningsenhetene, før det kan anvendes som barnevernsinstitusjon etter loven. Et vilkår for godkjenning er at institusjonen må drives i tråd med loven og de forskrifter som gjelder, videre må institusjonen drives på en forsvarlig måte, jfr.§1-4.

Fylkesmannen er den statlige barnevernsmyndigheten på fylkesnivå jfr. barnevernloven §2-3(4). Fylkesmannen skal føre tilsyn med barnevernstjenesten i den enkelte kommune jfr. §2-3b og påse at oppgavene utføres etter barnevernloven, samt sørge for gi råd og veiledning. Videre er det fylkesmannen som fører tilsyn med barnevernsinstitusjonene som hører inn under barnevernloven, jfr. §5-7(1). Dette gjelder både de statlige, kommunale og de private institusjonene, jfr. forskrift om tilsyn med barn i barnevernsinstitusjoner for omsorg og behandling, FOR-2003-12-11-1564, §1.¹⁴¹

Formålet med tilsynet er å sørge for at reglene blir fulgt og at barna som bor i institusjonen får forsvarlig omsorg og behandling. Dette er med andre ord et rettssikkerhetstilsyn.¹⁴²

Tilsynshjemmelen i barnevernloven §5-7 skal gi tilsynsmyndigheten hjemmel til å undersøke relevante myndigheter og ansvarliggjøre rett nivå der lovbrudd avdekkes.¹⁴³ Videre skal tilsynet ”påse at barna blir behandlet hensynsfullt og med respekt for den enkeltes integritet”, jfr. forskriften §2. Fylkesmannen kan opprette tilsynsutvalg på minimum tre medlemmer som skal føre løpende tilsyn med institusjonene, jfr. tilsynsforskriften §4. Det er likevel fylkesmannen som har det overordnede tilsynsansvaret, jfr. tilsynsforskriften §6.

Tilsyn med institusjonene skal skje så ofte som forholdene i institusjonen tilsier det, jfr tilsynsforskriften §8(1), men minimum to ganger i året, jfr.§8(2). Dersom det dreier seg om tilfeller hvor et barn blir holdt igjen i institusjonen på grunnlag av samtykke etter barnevernloven §4-26 eller som plasseres og/eller tilbakeholdes uten eget samtykke, jfr.§4-24,

¹⁴⁰ Prop.106 L (2012-2013), s.28.

¹⁴¹ FOR-2003-12-11-1564 – forskrift om tilsyn med barn i barnevernsinstitusjoner for omsorg og behandling. Heretter kalt tilsynsforskriften.

¹⁴² Ot.prp.nr.9 (2002-2003), s.69.

¹⁴³ Prop.106. L (2012-2013), s.196.

skal det være minimum fire tilsynsbesøk ved institusjonen, jfr. forskriften §8(2) 2.punktum. Det følger av tilsynsforskriften §8(6) at det etter hvert besøk ved institusjonen skal innsendes en skriftlig rapport til Bufetat.

Klager på enkeltvedtak som barnevernstjenesten har truffet og oppfølgingsvedtak truffet av Bufetat, og som ikke hører inn under fylkesnemnda, kan rettes til fylkesmannen, jfr.

barnevernloven §6-5. Andre muntlige og skriftlige henvendelser fra barna og foresatte i institusjoner kan behandles av tilsynsmyndigheten, jfr. tilsynsforskriften §11(1). Dersom henvendelsen omfatter bruk av tvang i institusjonen, skal denne behandles av fylkesmannen selv, dette fremgår av tilsynsforskriften §11(4). Tilsynsmyndigheten skal etter forskriftens §7(4) påse at eventuell bruk av tvangsmidler ikke skjer i strid med gjeldende regler, jfr. barnevernloven §5-9 og forskrifter gitt i medhold av denne, blant annet rettighetsforskriften.

Dersom fylkesmannen finner at institusjonen drives uforsvarlig, kan den etter barnevernloven §5-7(2) gi pålegg om retting av forholdet eller eventuelt nedlegging av driften. Finner fylkesmannen eller tilsynsutvalget at driften utføres på en måte som kan ha skadelige følger for barna som oppholder seg i institusjonen, skal Bufetat underrettes, jfr. tilsynsforskriften §12.

Barn, som ikke kan bo sammen med sine foreldre, skal ved bruk av barnehjemsinstitusjonene og fosterhjem, sikres et godt omsorgstilbud utenfor hjemmet. Formålet med institusjonene har tradisjonelt vært å fungere som en erstatning for å bo hjemme. I dag anses institusjonene som en midlertidig løsning for å få tilbakeført barna til foreldrene, få en plassering i et fosterhjem eller eventuelt til de kan etablere seg på egenhånd.¹⁴⁴

4.2 Tilknyningsformen.

Med tilknyningsform menes måten en virksomhet er knyttet til den utøvende statsmakt, altså regjering eller et departement. Utformingen av tilknytningen har betydning for virkemåten til de styrings-, kontroll- og ansvarsrelasjonene som finnes mellom det politiske og det utøvende nivå. Det settes rammer for handlefriheten til de offentlige virksomhetene og for styringsmulighetene til de politiske organene.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Ot.prp.nr.9 (2002-2003), s.14.

¹⁴⁵ Ot.prp.nr.9 (2002-2003), s.43.

Barnevernets virksomhet er *organisert som et forvaltningsorgan*. Dette vil si at staten har ansvaret for at oppgavene løses i tråd med politiske mål og prioriteringer. Oppgavene i barnevernet dreier seg ikke bare om tjenesteyting, men også om myndighetsutøvelse.¹⁴⁶

Barne- og likestillingsdepartementet har lagt vekt på at det på barnevernets område ikke kan settes et klart skille mellom tjenesteyting og myndighetsutøvelse. Tiltak for å plassere barn og ungdom i fosterhjem eller institusjon kan også skje ved tvangstiltak. Dette er et svært inngripende tiltak i den private rettssfæren. Ansvaret skal dermed ligge til et organ, fylkesnemnda, som i stor grad følger de samme saksbehandlingsregler som de alminnelige domstolene. Gjennom forvaltningsorganiseringen sikres et ansvar, både konstitusjonelt og politisk, for at også de tiltak som settes inn etter en plassering i institusjon er både faglig og rettssikkerhetsmessig forsvarlig.¹⁴⁷

5 Oppreisningserstatning etter norsk rett

5.1 Vilkårene for erstatning i norsk rett.

For at en skadelidt skal kunne kreve erstatning etter norsk rett må fire vilkår være oppfylt. Det må foreligge et ansvarsgrunnlag, videre må skadelidte være påført et økonomisk tap og det må være årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og skade. Til sist må skaden være adekvat, det vil si nærliggende eller påregnelig.¹⁴⁸ Videre må kravet ikke være foreldet, jfr. Lov om foreldelse av fordringer 18.5.1979 nr.18 §9(1).¹⁴⁹

Formålet med denne oppgaven er å se om norsk rett gir grunnlag for å kunne kreve oppreisningserstatning for krenkelse av EMK artikkel 3, for barn i barnehjemsinstitusjoner. Det er dermed det økonomiske tapet og ansvarsgrunnlaget for erstatningen som er av interesse. Det vil ikke redegjøres videre for årsakssammenheng og adekvans.

5.2 Utgangspunktet er dekning av økonomisk tap, hva med det ikke-økonomiske?

Utgangspunktet i norsk erstatningsrett er at det bare er det økonomiske tapet som kan kreves dekket. Erstatningen skal kompensere for det økonomiske tapet som skadelidte er påført, og

¹⁴⁶ Ot.prp.nr.9 (2002-2003), s.45, (min utheving).

¹⁴⁷ Ot.prp.nr.9 (2002-2003), s.48.

¹⁴⁸ NOU 2004:23 Barnehjem og spesialskoler under lupen, s.204.

¹⁴⁹ Lov om foreldelse av fordringer 18.5.1979 nr.18, heretter kalt foreldelsesloven.

målet med erstatningskravet er å sette skadelidte i den samme økonomiske stilling som før skaden inntrådte.¹⁵⁰

Skader som ikke har noen konkret økonomisk verdi, faller etter dette utgangspunktet utenfor det erstatningsrettslige skadebegrep. Dette kan være skader som sorg, ergrelse, redusert livsutfoldelse og lignende.¹⁵¹ Det spesielle med de ikke-økonomiske tapene, også kalt ideelle skader, er at de er vanskelig å skulle måle i penger.¹⁵²

Det er i dag på det rene at også det ikke-økonomiske tapet kan kreves dekket. Erstatning for ikke-økonomisk tap kan deles i to grupper, menerstatning og oppreisningserstatning. Hjemlene finnes i skadeserstatningsloven §3-5 og §3-2. Oppreisningserstatningen i skadeserstatningsloven §3-5 må avgrenses mot erstatning for økonomisk tap og menerstatning for det ikke-økonomiske tapet i skadeserstatningsloven §3-2.

Det vil først bli foretatt en redegjørelse for oppreisningsinstituttet. Deretter vil jeg se om de ansvarsgrunnlag som foreligger i nasjonal rett rommer denne formen for ikke-økonomisk erstatning.

5.3 Oppreisningsinstituttet.

Oppreisningserstatning har en lang tradisjon i norsk rett og blir i stadig økende grad fremsatt som krav for norske domstoler. Dette antas å ha sammenheng med den økende voldsbruken i samfunnet.¹⁵³

Den alminnelige hjemmelen for oppreisningserstatning finnes i skadeserstatningsloven §3-5.¹⁵⁴ Bestemmelsen var tidligere hjemlet i straffelovens ikrafttredelseslov §19 og ble inntatt i skadeserstatningsloven ved lov 25.04.1973 nr.26.¹⁵⁵ Det var ikke ment noen materiell realitetsendring ved inntakelsen av bestemmelsen i skadeserstatningsloven.

¹⁵⁰ Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave, med bistand fra Morgen Kjelland, Oslo, 2012 s.43.

¹⁵¹ Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, 2. opplag, Oslo, 2015 s.494.

¹⁵² Lødrup, 2012, s.50.

¹⁵³ Peter Lødrup, "Oppreisning – et praktisk institutt", *Tidsskrift for erstatningsrett*, 2006, Universitetsforlaget, s.211-237, s.211.

¹⁵⁴ Andre hjemler for oppreisningserstatning finnes i skadeserstatningsloven §3-6 og §3-6a.

¹⁵⁵ Lov 22.05.1902 – Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden, og Lov 25.04.1973 nr.26 om endringer i erstatningslovgivningen m.m.

5.4 Formålet med oppreisning.

Det er flere hensyn som ligger bak oppreisningsinstituttet. Denne formen for erstatning har tradisjonelt hatt en funksjon som en del av straffen, den hadde dermed en pønalt funksjon.¹⁵⁶

Ved å tildele oppreisning uttrykker man samfunnets fordømmelse over den skadevoldende handlingen.¹⁵⁷ Oppreisning har også en preventiv funksjon, men denne kan være vanskeligere å måle. Det er allikevel antatt at oppreisning skal virke avskrekkende, selv om andre hensyn i dag har større betydning.

Det hensyn som nå tillegges størst vekt er oppreisningens reparasjonsvirkning eller kompensasjonshensynet. I Rt.2002 s.481 sier Høyesterett at formålet med oppreisningen er å ”erstatte den voldte tort og smerte ... og annen krenking av ikke-økonomisk art”.¹⁵⁸

Kompensasjonshensynet tilsier at også de skader som er vanskelig å måle i kroner og øre, de ideelle skadene, skal kunne kompenseres. Dette anses å være det bærende hensynet bak oppreisningsinstituttet i dag.

Formålet med oppreisningen har dermed gått fra å være en straff til å være en reparasjon av en krenkelse. Høyesterett slo i Rt.2006 s.61 fast at tyngdepunktet for begrunnelsen bak oppreisningen er å få ”kompensasjon for den påførte krenkelsen”.¹⁵⁹

5.5 Oppreisningserstatning etter skadeserstatningsloven §3-5.

Skadeserstatningsloven §3-5(1) om erstatning (oppreisning) for skade av ikke-økonomisk art, lyder:

”Den som forsettlig eller grovt akkløst har

- a) voldt skade på person eller
- b) tilføyd krenking eller utvist mislig atferd som nevnt i §3-3,

kan – uansett om det ytes menerstatning etter §3-2 eller standardisert etter §3-2a – pålegges å betale den fornærmede en slik engangssum som retten finner rimelig til erstatning (oppreisning) for den voldte tort og smerte og for annen krenking eller skade av ikke-økonomisk art...”.

¹⁵⁶ Rt.2011 s.769 (avsnitt 21).

¹⁵⁷ Rt.2005 s.104 (avsnitt 34).

¹⁵⁸ Rt.2002 s.481 (s.485).

¹⁵⁹ Rt.2006 s.61 (avsnitt 17).

Skadeserstatningsloven § 3-5 oppstiller et skyldkrav om grov uaktsom eller forsettlig skade på en person. Det kreves dermed en kvalifisert skyld for at oppreisning skal kunne tilkjennes. Terskelen for at bestemmelsen kommer til anvendelse er dermed høy. I Rt.1989 s.1318 sies det at ved grov uaktsomhet foreligger det ”et markert avvik fra det forsvarlige”.¹⁶⁰ Videre må en handling som er utført med forsett forstås slik at den er tilsiktet.

De fleste saker, som gjelder oppreisningserstatning, gjelder dermed oppreisning til en skadelidt etter en straffbar handling. Tildeling av oppreisning hvor det ikke forekommer en straffeforfølgning forekommer sjeldnere.¹⁶¹ Det er tilstrekkelig at handlingen er utført med grov uaktsomhet eller forsett. Skadefølgene omfattes ikke av dette skyldkravet.

Det fremgår av skadeserstatningsloven §3-5(1) at det kan bli aktuelt med oppreisningserstatning i to situasjoner. Etter litra a er ett av alternativene hvor skadevolder har voldt ”skade” på en person. Denne skaden kan være av både fysisk og psykisk art.¹⁶² Etter litra b kan oppreisning også kreves ved krenkelse eller utvist mislig atferd av nærmere bestemte straffebed i §3-3.

Bestemmelsen er utformet som en kan-regel. Ut fra en naturlig forståelse av ordlyden taler dette for at det er opp til retten å bestemme om det skal tildeles oppreisningserstatning dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Det fremgår av rettspraksis at dette i dag ikke er tilfellet. I Rt.2005 s.104 fremgår det at oppreisning ”normalt skal gis når vilkårene for dette foreligger”.¹⁶³ Oppreisningen skal utbetales som en engangssum. Imidlertid kan oppreisningen settes til null, dersom dette blir resultatet etter en rimelighetsvurdering.¹⁶⁴ Det følger av dette at skadelidte normalt har en rett til erstatning dersom vilkårene for det er oppfylt og retten mener dette er rimelig etter en vurdering.

Spørsmålet er så hva som kan kreves erstattet etter skadeserstatningsloven §3-5. Det følger av ordlyden at det er ”den voldte tort og smerte og for annen krenking eller skade av ikke-økonomisk art” skadelidte kan kreve erstatning for. Med tort og smerte må forstås det ubehag

¹⁶⁰ Rt.1989 s.1318 (s.1320).

¹⁶¹ Peter Lødrup, 2006, s.212.

¹⁶² Ot.prp.nr.20 (1991-1992)) om endringer av straffeloven og skadeserstatningsloven m.m., s.40.

¹⁶³ Rt.2005 s.104 (avsnitt 52).

¹⁶⁴ Nils Nygaard, *Skade og Ansvar*, 6.utgave, Bergen, 2007, s.166.

eller den fysiske eller psykiske smerte handlingen har påført vedkommende. Bestemmelsen sier ikke selv hva som omfattes.

I forarbeidene fremgår det at det siktes til ”fysiske smerter, angst og psykisk lidelse, plager og ulemper ellers, lengre sykehusopphold, hindringer i normal livsførsel m.m.”. Både psykiske og fysiske virkninger omfattes dermed. Videre fremgår det at det kan gis oppreisning for skade som ”ikke er varig, eller ikke betydelig, eller ikke er av medisinsk art”.¹⁶⁵

Av bestemmelsens ordlyd fremgår det at oppreisning kan gis i tillegg til menerstatningen i §3-2, som krever ”varig, og betydelig skade av medisinsk art”. Oppreisning kan med dette kompensere både for mer kortvarige lidelser, men også for de langvarige eller livsvarige lidelsene.¹⁶⁶

Det er ”den fornærmede”, eller skadelidte, som kan kreve erstatning etter §3-5(1). Dette vil si den som har blitt krenket eller skadet. Tredjeparter kan ikke kreve erstatning etter dette leddet.

Det fremgår av skadeserstatningsloven §3-5 at ”den som” har påført en annen en skade eller krenkelse, kan ”pålegges å betale”. Oppreisningsansvaret er ut fra ordlyden personlig. Det er dermed den som har foretatt den forsettlige eller grovt uaktsomme handlingen, skadevolderen, en kan kreve erstatning av. Utgangspunktet i norsk erstatningsrett er at man har ansvar for sin egen atferd og ikke andres.¹⁶⁷ Dette kan stille skadelidte i en sårbar posisjon, ved at det ikke er sikkert skadevolder har evne til å kunne betale oppreisning. Imidlertid er bestemmelsen i teori og praksis fortolket slik at også en juridisk person kan bli ansvarlig.¹⁶⁸

5.6 Andre hjemler for oppreisningserstatning i norsk rett.

Det finnes imidlertid også andre bestemmelser i lovverket som hjemler oppreisningserstatning. Her vil noen av disse fremstilles, og fokuset er på hvilke krav som stilles til skyld.

¹⁶⁵ Ot.prp.nr.20 (1991-1992), s.41.

¹⁶⁶ Lødrup, 2006, s.221.

¹⁶⁷ Magne Strandberg, ”Arbeidsgivers erstatningsansvar for skader hans arbeidstaker volder med forsett”, *Jussens Venner*, nr. 47, 2012, Universitetsforlaget, s.33-67, s.33.

¹⁶⁸ Karl Harald Søvig, ”Statens ansvar for unnlatte barnevernstiltak”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2005, s.59-71, s.70.

Skadeserstatningsloven §3-6 gjelder ærekrenkelser og krenkelser av privatlivets fred. Denne bestemmelsen gir rett til oppreisning ved alminnelig uaktsomhet. Det stilles dermed ikke det samme kravet som etter §3-5 til kvalifisert skyld.

Straffeloven har en bestemmelse om oppreisning i §35.¹⁶⁹ Bestemmelsen sier at retten skal fastsette oppreisning eller erstatning som et såkalt særvilkår for betinget dom. Det er her snakk om en plikt til å fremsette dette som vilkår, dersom betingelsene er oppfylt .

I straffeprosessloven §447(1) fremgår det at en siktet har rett til oppreisning ”for krenkelse eller annen skade av ikke-økonomisk art som følge av pågripelse eller varetektsfengsling” dersom han frifinnes eller forfølgningen av ham blir innstilt.¹⁷⁰ Første ledd hjemler oppreisning som følge av skaden disse tvangsmidlene er årsak til. Straffeprosessloven §447(2) hjemler oppreisning for skade som kommer av siktelsen, men som ikke har sammenheng med tvangsmidlene. Om oppreisning skal gis etter 2.ledd avgjøres av en rimelighetsvurdering. I forarbeidene sies det at det har skjedd en oppmykning av terskelen for når oppreisning skal gis etter §447(2). Vilkåret er endret fra ”særlige grunner” til ”når det fremstår som rimelig”.¹⁷¹ Ansvarsgrunnlaget er her helt objektivt.¹⁷²

I den nye likestillings- og diskrimineringsloven fremgår det i §38(1) litra a, at den som er blitt ”behandlet i strid” med diskrimineringsforbudene i lovens kap.2 kan kreve oppreisning.¹⁷³ Ordlyden gir ikke god veiledning med hvilket skyldansvar som kreves. I forarbeidene fremgår det at ansvaret gjelder ved ”forsettlig eller uaktsom opptreden”. Men det er også her nok at det utvises simpel uaktsomhet og ”oppreisning er ikke begrenset til særlig grove og gjentatte tilfeller”.¹⁷⁴

Ved arbeidsforhold fremgår det i likestillings- og diskrimineringsloven §38(2) at ansvaret er strengere. Her ”gjelder arbeidsgivers ansvar uavhengig av om arbeidsgiver kan bebreides”. Det foreligger dermed et objektivt ansvar.

¹⁶⁹ Lov 20.05.2005 nr.28 om straff, heretter kalt straffeloven.

¹⁷⁰ Lov 22.05.1981 nr.25 om rettergangsmåten i straffesaker, heretter kalt straffeprosessloven.

¹⁷¹ Ot.prp.nr.77 (2001-2002) om endringer i straffeprosessloven med videre, s.62 og s.71.

¹⁷² Bjørn Engstrøm, *Skadeserstatningsloven med kommentarer*, Oslo, 2010, s.145.

¹⁷³ Lov 16.06.2017 nr.51 om likestilling og forbud mot diskriminering, heretter kalt likestillings- og diskrimineringsloven.

¹⁷⁴ Prop.81 L (2016-2017) om lov om likestilling og forbud mot diskriminering, s.337.

Arbeidsmiljøloven har i kapittel 2A en bestemmelse i §2A-2(3) hvor det fremgår at en person, som er utsatt for gjengjeldelse etter såkalt varsling, ”kan kreve oppreisning uten hensyn til skyld hos arbeidsgiver eller innleier”.¹⁷⁵ Også her er skyldkravet helt objektivt.

Etter voldsoffererstatningslovens §1 fremgår det at ”den som har lidd personskade som følge av en straffbar handling som krenker livet, helsen eller friheten, eller dennes etterlatte ”, kan erstatning i form av oppreisning tilkjennes etter §6.¹⁷⁶ Utformingen av bestemmelsen i §6 svarer i stor grad til skadeserstatningsloven §3-5, men er utformet slik at den er tilpasset sammenhengen i voldsoffererstatningsloven.¹⁷⁷ Det er dermed krav om at en må ha vært utsatt for en straffbar handling.

I skadeserstatningsloven finnes det også en regel i §3-2 om menerstatning. Bestemmelsen dekker det ikke-økonomiske tap som skadelidte er påført gjennom varig og betydelig skade av medisinsk art. Dette kan være fysisk eller psykisk skade.¹⁷⁸ Dette er en generell regel om erstatningsutmåling ved personskade. Foreligger betingelsene for erstatningen, har skadelidte krav på den.¹⁷⁹ Det kreves dermed ikke et spesielt ansvarsgrunnlag for å kunne bli ansvarlig for menerstatning etter §3-2. Menerstatning kan tildeles selv om vedkommende også får tilkjent oppreisningserstatning, jfr. skadeserstatningsloven §3-5(1). Det fremgår av forarbeidene at man ønsket en erstatningspost som alltid skulle kunne tildeles dersom vilkårene var oppfylt.¹⁸⁰ Én av begrunnelsene for en menerstatningspost var at oppreisningserstatning hadde svært strenge vilkår for når oppreisning kunne tildeles, ved at det kreves en kvalifisert skyldgrad i form av forsett eller grov uaktsomhet.

Det fremgår av de hjemlene jeg har sett på her, at det ikke er det samme ansvarsgrunnlaget som stilles til oppreisningsansvar i de ulike lovene. Det varierer fra et helt objektivt ansvarsgrunnlag, for eksempel i likestillings- og diskrimineringsloven til mer rimelighetsvurdering i straffeprosessloven. Heller ikke innen skadeserstatningsloven stilles det samme krav til skyldform i §3-6 og §3-5.

¹⁷⁵ Lov 17.07.2005 nr.62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.m., heretter kalt arbeidsmiljøloven.

¹⁷⁶ Lov 20.04.2001 nr.13 om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling m.m., heretter kalt voldsoffererstatningsloven.

¹⁷⁷ Ot.prp.nr.4 (2000-2001) om lov om erstatning fra staten for personskader voldt ved straffbare handlinger m.m., s.45.

¹⁷⁸ Jon Gisle, *Jusleksikon*, 4.utgave, Oslo, 2010, s.256.

¹⁷⁹ Lødrup, 2012, s.513.

¹⁸⁰ Ot.prp.nr.4 (1972-1973) om endringer i erstatningslovgivningen m.m., s.19.

Spørsmålet er da hvorfor det stilles en slik høy terskel for tilkjennelse av oppreisningserstatning i skadeserstatningsloven §3-5. Det kreves som nevnt her en kvalifisert skyldgrad i form av forsett eller grov uaktsomhet. Dette henger sammen med at oppreisningserstatningens formål tradisjonelt var pønalt.¹⁸¹ Dette vil si at det var å regne som en straff for skadevolderen. Ved at erstatningen krever en slik grad av skyld, ble oppreisningen ansett som en rimelig bot han må betale for den skade han hadde påført skadelidte. Skyldkravet viser også at når terskelen først er nådd, skal oppreisningen som hovedregel tildeles skadelidte. På denne måten blir samfunnets fordømmelse av handlingen fremhevet, ved at det er de grovere tilfellene som omfattes.

På den annen side kan terskelkravet stå i kontrast til det hensyn som i dag anses som grunnleggende for oppreisningsinstituttet, nemlig hensynet til å kompensere skadelidte for den krenkelse eller skade som er påført ham/henne. Oppfyllelsen av dette hensynet vanskeliggjøres ved at det oppstilles et vilkår om kvalifisert skyld. Som nevnt ovenfor er det sjeldent at en når frem med krav om oppreisning hvor det ikke samtidig foreligger en straffeforfølgning.¹⁸²

5.7 Forholdet mellom EMK artikkel 13 og skadeserstatningsloven §3-5.

Vilkåret om kvalifisert skyld etter skadeserstatningsloven §3-5 er strengt, og det er derfor sjeldent at en skadelidt får medhold i sitt krav om oppreisning.¹⁸³ Vilkår om at skaden må være utført ved forsett eller grovt uaktsomt er imidlertid ikke i strid med EMK artikkel 13. Det fremgår ikke direkte av artikkel 13 om det foreligger et vilkår om skyld. På den annen side kan det muligens ved å se artikkel 13, i sammenheng med artikkel 3, oppstilles et vilkår om uaktsomhet.

Det er på det rene at EMK artikkel 13 oppstiller et vilkår om effektivitet. Med dette må forstås at skadelidte skal ha en rimelig mulighet til å vinne frem.¹⁸⁴ Det er dermed ikke tilstrekkelig etter EMK artikkel 13 at det foreligger en hjemmel for oppreisning i nasjonal rett, dersom det ikke er en rimelig mulighet for skadelidte å vinne frem med sitt krav om oppreisning.¹⁸⁵

¹⁸¹ Hagstrøm og Stenvik, 2015, s.522.

¹⁸² Se punkt 5.5.

¹⁸³ NOU 2004:23, s.124.

¹⁸⁴ *McFarlane* mot Irland, 31333/06, 10.9.2010, storkammerdom, avsnitt 114 og *Ivko* mot Russland, 30575/08, 15.12.2015, avsnitt 81.

¹⁸⁵ Vaaler, 2017, s.303.

Ikke alle konvensjonskrenkelser kan anses som grovt uaktsomme eller forsettlige. Imidlertid tilsier terskelkravet etter EMK artikkel 3 at for at en handling skal omfattes av bestemmelsen må den være tilstrekkelig alvorlig.¹⁸⁶ Dette kan tale for at handlingen vil omfattes av skyldkravet etter skadeserstatningsloven §3-5. Allikevel foreligger det en reell risiko for skadelidte å ikke kunne fremsette sin sak etter §3-5 dersom vilkåret om kvalifisert skyld ikke er oppfylt. Dette tyder på at vilkåret om effektivitet etter EMK artikkel 13 ikke er tilstrekkelig oppfylt der oppreisningen i nasjonal rett stiller vilkår om grov uaktsomhet eller forsett.

Søvig har tatt til orde for at skadeserstatningsloven §3-5 må fortolkes innskrenkende sett i lys av forrangsregelen i menneskerettsloven §3.¹⁸⁷ Skadeserstatningsloven §3-5 må med dette fortolkes slik at skyldkravet etter bestemmelsen er alminnelig uaktsomhet. Dette gjøres for å sikre at den nasjonale bestemmelsen om oppreisning er i tråd med EMK artikkel 13. Det er klart at §3-5 da i større grad vil kunne sikre vilkåret om at en skadelidt har en rimelig mulighet for å vinne frem med sitt krav. Det gjelder også i tilfeller hvor EMK artikkel 3 er krenket. Terskelkravet for handlingen, som utløser ansvar etter denne bestemmelsen, ville da klart bli omfattet av skadeserstatningsloven §3-5. Oppreisningsansvaret etter nasjonal rett ville med en slik innskrenkende fortolkning, på en tilstrekkelig måte, gjenopprette og kompensere for krenkelser av EMK artikkel 3.

5.8 Hvilke krav stiller EMK til det nasjonale erstatningsgrunnlaget?

I denne oppgaven er fokuset på hvilke krav som kan stilles til grunnlaget for erstatning i norsk rett, altså ansvarsgrunnlaget.

I Rt.2010 s.291 dreide saken seg om en kommune var erstatningsansvarlig for et ugyldig vedtak om å nekte bruksendringer etter plan- og bygningsloven. Høyesterett sier her at ”statene ikke er forpliktet til å etablere ordninger med objektivt erstatningsansvar for krenkelse av konvensjonsrettigheter”.¹⁸⁸ Utbyggeren kunne i denne saken kreve erstatning etter skadeserstatningsloven §2-1 om arbeidsgiveransvar. Høyesterett mente dette var tilstrekkelig.

¹⁸⁶ Kjølbro, 2017, s.258.

¹⁸⁷ Søvig, 2005, s.71.

¹⁸⁸ Rt.2010 s.291 (avsnitt 39).

På grunnlag av denne dommen kan det virke som om Høyesterett slår fast at EMK artikkel 13 ikke krever at staten på objektivt grunnlag er ansvarlig for det økonomiske tap som følger av krenkelse av EMK.

Av en ordlydsforståelse av EMK artikkel 13 fremgår det ikke om det kan stilles noe vilkår til hvilken type erstatningsgrunnlag som skal finnes i nasjonal rett. På den annen side medfører EMK artikkel 13 en innvirkning på hvilket rettsgrunnlag som må foreligge ved at EMD har slått fast at bestemmelsen krever at borgeren skal ha en rimelig mulighet til å vinne frem med sitt krav om erstatning.¹⁸⁹ Med dette må forstås at det må vurderes om skadelidte har mulighet til å vinne frem med et oppreisningskrav.

EMD har i flere dommer lagt til grunn at den inngrepsplikten, eller beskyttelsesplikten, staten har etter EMK artikkel 3, utløses ved at myndighetene ”visste eller burde vite” om krenkelsen.¹⁹⁰ Ordlydmessig sammenfaller dette med det krav som oppstilles til alminnelig uaktsomhet i norsk rett. Dette taler for at det oppstilles et krav om uaktsomhet i EMD-praksis i henhold til EMK artikkel 13, jfr. artikkel 3. I *Osman* mot Storbritannia fremgår det at et krav om grov uaktsomhet vil gi for dårlig vern av den sikringsplikt som statene etter EMK artikkel 1 har overfor borgerne.¹⁹¹

5.9 Ansvarsgrunnlag etter norsk rett ved krenkelse av EMK artikkel 3.

I Rt.2010 s.291 sier Høyesterett at på grunn av at statene er pliktsubjektet etter EMK, er det bare ”statene som kan begå konvensjonsbrudd, og erstatningsansvar for konvensjonsbrudd kan derfor bare pålegges statene”.¹⁹²

Stat og kommune er juridiske personer. Med juridisk person menes et rettssubjekt som ikke er en fysisk person, men som kan inneha rettigheter og plikter og foreta rettsstiftende handlinger.¹⁹³

¹⁸⁹ *McFarlane* mot Irland, 31333/06, 10.9.2010, storkammerdom, avsnitt 114 og *Ivko* mot Russland, 30575/08, 15.12.2015, avsnitt 81.

¹⁹⁰ *E med flere* mot Storbritannia, 33218/96, 26.11.2002, storkammerdom, avsnitt 92 og *O’Keefe* mot Irland, 35810/09, 28.1.2014, storkammerdom, avsnitt 144.

¹⁹¹ *Osman* mot Storbritannia, 23452/94, 25.10.1998, storkammerdom, avsnitt 116.

¹⁹² Rt.2010 s.291 (avsnitt 38).

¹⁹³ Gisle, 2010, s.199.

Juridiske personer kan pådra seg erstatningsansvar på to måter. For det første kan erstatningsansvar pålegges den juridiske person som arbeidsgiver, jfr. skadeserstatningsloven §2-1 For det andre kan ansvaret pådras på grunnlag av det ulovfestede organansvaret.

Spørsmålet blir så om det på grunnlag av disse ansvarsgrunnlagene kan gi barn, som har blitt utsatt for krenkelse av EMK artikkel 3, en kompensasjon som er tilstrekkelig effektiv etter EMK artikkel 13. Dersom dette ikke foreligger, er det en krenkelse av EMK artikkel 13.

Det vil først foretas en redegjørelse for arbeidsgiveransvaret og deretter organansvaret. Formålet er å se om ansvarsgrunnlagene gir en borger en rimelig mulighet til å vinne frem med et oppreisningskrav.

5.10 Arbeidsgiveransvaret.

Arbeidsgiveransvaret har lange tradisjoner i norsk rett og strekker seg tilbake til reglene om husbondansvaret i Kong Christian Den Femtis Norske Lov fra 1687, NL 3-21-2.¹⁹⁴

Arbeidsgiveransvaret fremgår av skadeserstatningsloven §2-1. Dette arbeidsgiveransvaret, slik det fremstår i §2-1, ble utarbeidet i nordisk samarbeid mellom Danmark, Finland, Sverige og Norge.¹⁹⁵ Bestemmelsen forutsetter at det er utvist uaktsomhet eller forsett fra en av de som arbeidsgiveren svarer for. Med arbeidsgiver fremgår det av §2-1(2) at det omfatter ”det offentlige og enhver annen som i eller utenfor ervervsvirksomhet har noen i sin tjeneste”. Med dette forstås at erstatningsansvar etter arbeidsgiveransvaret kan reises mot kommune eller stat.

Det er den som eier eller den som driver en barnevernsinstitusjon som er arbeidsgiver. Dette innebærer at det i praksis kan være en privatperson, en kommune eller en institusjon gjennom det offentlige (staten).

Dersom vilkårene for skade er oppfylt, er både arbeidsgiver og arbeidstaker ansvarlig for skaden overfor skadelidte. Med dette forstås at de er solidarisk ansvarlige, jfr. skadeserstatningsloven §5-3(1).

¹⁹⁴ Kong Christian Den Femtis Norske Lov fra 1687.

¹⁹⁵ Engstrøm, 2010, s.68.

5.10.1 På hvilket grunnlag er arbeidsgiver ansvarlig?

Gjennom arbeidsgiveransvaret er arbeidsgiver objektivt ansvarlig for den skade hans arbeidstakere foretar seg. Med dette forstås at han er ansvarlig uten å selv ha utvist skyld. Det foretas her en aktiv identifikasjon mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.¹⁹⁶

Det fremgår i Rt.2010 s.291 at ansvaret også omfatter myndighetsavgjørelser.¹⁹⁷ I RG-2010-1194, slår retten fast at det offentlige ved omsorgsovertakelsen av barn har påtatt seg et forpliktende omsorgsarbeid.¹⁹⁸ Det offentlige må ved denne omsorgsutøvelsen sikre at det finnes betryggende kvalitetssikringselementer. Det legges vekt på at barn, som er i barnevernets omsorg, ikke har forutsetninger eller mulighet til å innrette seg på noen annen måte enn å stole på at det offentlige bærer ansvaret. Dette er et utslag av beskyttelsesformålet ved at det offentlige har omsorgen for barna.

5.10.2 Hvem er arbeidsgiver ansvarlig for?

Det følger av skadeserstatningsloven §2-1 at arbeidsgiver svarer for ”den skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiver...”.

Arbeidsgiver er dermed ansvarlig for sine arbeidstakere. Med dette forstås de som er i et ansettelsesforhold med arbeidsgiver.¹⁹⁹

5.10.3 Hva er arbeidsgiver ansvarlig for etter skadeserstatningsloven §2-1?

Skaden må etter §2-1 være utført ”under utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren”. Dersom skaden er voldt utenfor tjenesten hefter ikke arbeidsgiver for denne. Videre må arbeidstaker ha voldt skaden ”forsettlig eller uaktsomt”. Dette omfatter både handling og unnløstelse.²⁰⁰

Arbeidsgiveransvaret rommer også de anonyme eller kumulative feilene. Med anonyme feil menes feil som utløser ansvar, men hvor det ikke går å påvise hvem det er som har begått feilen. Med kumulative feil forstås hvor det foreligger flere feil, men hvor hver og en feil i seg selv ikke er nok til å utløse ansvar. Derimot vil ansvar kunne utløses når de legges sammen.²⁰¹

¹⁹⁶ Lødrup, 2012, s.193.

¹⁹⁷ Rt.2010 s.291 (avsnitt 29).

¹⁹⁸ RG-2010.1194 (Gulathing Lagmannsrett).

¹⁹⁹ Lødrup, 2012, s.195.

²⁰⁰ Engstrøm, 2010, s.145.

²⁰¹ NOU 2004:23, s.209.

Det fremgår av forarbeidene at kumulative og anonyme feil særlig er aktuelt hvor det offentlige er arbeidsgivere.²⁰²

I vurderingen av om arbeidsgiver skal bli ansvarlig, må hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten er tilsidesatt jfr. §2-1(1) 2.punktum. Arbeidsgiver er dermed ikke ansvarlig for skade som skyldes at arbeidstaker går utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet. Dette må forstås slik at det settes grenser for hvilke skader arbeidsgiver blir ansvarlig for, selv om de er begått med forsett eller uaktsomhet.

I en dom fra Eidsivating lagmannsrett uttrykker retten at det foreligger et skjerpet aktsomhetskrav hvor barnevernsmyndigheten har fattet vedtak om omsorgsovertakelse og sitter med ansvaret for omsorgen.²⁰³ Dersom det dreier seg om alvorlige forbrytelser, som for eksempel seksuelle overgrep, vil dette klart nok ligge utenfor hva som kan forventes av arbeidstaker i en barnevernsinstitusjon. Mindre alvorlige tilfeller av omsorgssvikt kan falle innenfor det en arbeidsgiver må kunne regne med. Dette kan arbeidsgiver dermed holdes ansvarlig for.²⁰⁴ En må her ta i betraktning at ansvaret kan utløses av flere feil sett i sammenheng.

Imidlertid hjemler ikke arbeidsgiveransvaret erstatning for det ikke-økonomiske tapet av en skade.²⁰⁵ Dermed kan ikke arbeidsgiver holdes ansvarlig etter §2-1 for den ansattes oppreisningsansvar etter skadeserstatningsloven §3-5. Dette gjelder selv om en arbeidstaker volder skaden under utføringen av sitt arbeid.²⁰⁶ Det fremgår i forarbeidene at arbeidsgiveransvaret er ”begrenset til å gjelde økonomisk skade”.²⁰⁷

I Rt.1937 s.263 slo Høyesterett fast at arbeidsgivers ansvar ikke dekker det oppreisningsansvar som en arbeidstaker pådrar seg. Dette ansvaret rammer ”alene de tjenestemenn som personlig er skyldige i den utviste uaktsomhet”.²⁰⁸

²⁰² NUT 1964:3 Innstilling om Det offentliges og andre arbeidsgiveres erstatningsansvar m.m, Innstilling II, s.44.

²⁰³ LE-2005-67170 (Eidsivating Lagmannsrett).

²⁰⁴ NOU 2004:23, s.209.

²⁰⁵ Aall og Askeland, 2017, s.3.

²⁰⁶ Bjarte Thorson, ”Samordning av oppreisnings- og menerstatning – Rt-2014-392”, *Nytt i privatretten* nr.3, 2014, Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo i samarbeid med Cappelen, s.8-9, s.9.

²⁰⁷ NUT 1964:3, s.12.

²⁰⁸ Rt.1937 s.263 (s.265).

Arbeidsgiveransvaret strekker seg dermed ikke langt nok til å omfatte oppreisningserstatning. Den som ønsker å fremme krav om oppreisning må dermed anvende et annet ansvarsgrunnlag.

5.11 Organansvaret

Spørsmålet er så om det ulovfestede organansvaret rommer et krav om oppreisningsansvar for krenkelse av EMK.

At det i norsk rett eksisterer et ulovfestet organansvar for juridiske personer, er slått fast i Rt.1995 s.209.²⁰⁹ Her uttaler Høyesterett at juridiske personer kan pådra seg erstatningsansvar ved at ”de identifiseres med den eller dem som handler på deres vegne, slik at eventuelle skadegjørende handlinger anses som den juridiske persons egne handlinger”.

5.11.1 Hvordan kan erstatningsansvar etableres på grunnlag av organansvaret?

Det sentrale ved organansvaret er at en juridisk person, for eksempel staten, en kommune eller en forening, identifiseres med de personer som har handlet på vegne av den. Ved denne identifikasjonen anses personens handlinger som foretatt av organet selv.²¹⁰ Reelt sett kan ikke en juridisk person volde en skade eller utvise skyld, imidlertid kan den bli ansvarlig for en skade ved bruk av identifikasjon.²¹¹ Det forekommer her en full identifikasjon mellom organet og den som handler på dennes vegne.²¹² I forarbeidene sies det kort at hensynet bak et organansvar ”kan begrunnes i reelle hensyn”. Med dette må forstås at måten et organ er organisert på ikke skal være avgjørende for om det kan tillegges et erstatningsansvar.²¹³ Imidlertid er det svært vanskelig å finne eksempler på at det foreligger organansvar for staten.

5.11.2 Rommer organansvaret oppreisning etter skadeserstatningsloven §3-5?

Ved organansvaret foretas det en full identifikasjon mellom den som har handlet på vegne av den juridiske personen og den juridiske personen. Det er på dette grunnlaget at oppreisningserstatning etter skadeserstatningsloven §3-5 kan bli aktuelt ved organansvar, selv ansvaret etter ordlyden i bestemmelsen fremstår som personlig. En juridisk person kan etter organansvaret dermed hefte for både det økonomiske og det ikke-økonomiske tapet.²¹⁴

²⁰⁹ Rt.1995 s.209 (s.215).

²¹⁰ NOU 2004:23, s.209-210.

²¹¹ Ot.prp. nr.48 (1965-1966) om lov om skadeserstatning i visse forhold, s.63.

²¹² Hagstrøm og Stenvik, 2005, s.251.

²¹³ Ot.prp. nr.48 (1965-1966), s.63.

²¹⁴ Lødrup, 2006, s.235.

Dette ble for ærekrenkelsers vedkommende, jfr. skadeserstatningsloven §3-6, slått fast i Rt.1995 s.209. Høyesterett tok i denne dommen ikke direkte stilling til oppreisning etter skadeserstatningsloven §3-5. Imidlertid sier Høyesterett at selv om skyldkravet er strengere etter §3-5, taler ikke dette mot at organansvaret skal omfatte oppreisning etter denne bestemmelsen. Heller ikke argumentet om at oppreisning bare kan kreves av skadevolderen selv tilsier at organansvaret ikke rommer oppreisning etter §3-5.²¹⁵

I teorien er det hevdet at flere handlinger som representantene har foretatt seg, kumulativt kan utvise den skyldgrad som kreves etter §3-5.²¹⁶ Dette taler for at organansvaret også kan romme skader som er oppstått kumulativt av de som representerer organet.

Det må på grunnlag av dette forstås slik at organansvaret også rommer oppreisning etter skadeserstatningsloven §3-5, på ulovfestet grunnlag.

5.11.3 Hvem omfattes av organansvaret?

Ved at det foretas en full identifikasjon mellom den juridiske person og den som handler på dennes vegne, blir spørsmålet om hvem som kan identifiseres med den juridiske personen sentralt. Dette spørsmålet fremstår som noe uavklart i norsk rettspraksis.²¹⁷

Høyesterett omhandlet i Rt.1995 s.209 et krav mot en kommune om oppreisning med grunnlag i organansvar for kommunen etter skadeserstatningsloven §3-6. I denne dommen sier Høyesterett at det kan ”legges til grunn at kommunen må identifiseres med kommunestyre, formannskap og ordfører”. Høyesterett knyttet her ansvaret til den som har den øverste kompetansen til å treffe beslutninger på det saksområde det gjelder.²¹⁸ Dommen er avsagt under dissens 3-2. De uttalelser Høyesterett kom med, ser ut til være ansett som gjeldende rett.²¹⁹

Annenvoterende i Rt.1995 s.209 vektla at det på det aktuelle området ikke forelå instruksjonsrett eller klagerett til andre kommunale instanser.²²⁰ Dersom det ikke foreligger en klagerett til andre kommunale myndigheter, taler dette dermed for et organansvar. På den

²¹⁵ Rt.1995 s.209 (s.216).

²¹⁶ Nygaard, 2007, s.166.

²¹⁷ Knut Lindboe, *Barnevernrett*, 6.utgave, Oslo, 2012, s.249.

²¹⁸ Lødrup, 2012, s.203.

²¹⁹ Ragnar Eldøy, ”Oppreisningskrav mot det offentlige – organansvaret i lys av Rt-1995-209”, *Lov og Rett* 1997, Universitetsforlaget, s.377-383, s.382-383.

²²⁰ Rt.1995 s.209 (s.221).

annen side kan organansvar også inntre selv om det finnes klagerett. Avgjørende er om skaden skyldes myndighetsutøvelse innenfor det aktuelle forvaltningsområdet.²²¹

Det er dermed på det rene at organansvaret kan medføre oppreisningsansvar for kommunen etter skadeserstatningsloven §3-5, forutsatt at det her er snakk om utøvelse av den øverste myndighet innenfor sitt felt.

Det vil avhenge av bedriftens størrelse og arbeidsoppgaver, hvem som kan identifiseres med organet.²²² I de tilfeller hvor det foreligger tvil om en person omfattes, må det legges vekt på hvilken funksjon eller arbeid vedkommende har. Handlingen som utløser erstatningsforpliktelsen må imidlertid være et utslag av denne personens funksjon som representant for organet. Det må vurderes om personen i den aktuelle konteksten kan identifiseres med selskapet eller organet.²²³ Prevensjons- og risikobetraktninger tilsier at organansvaret også bør omfatte personer i ledende stillinger. Dette vil si den eller de som har hatt en reell innflytelse over forholdene hvor det er oppstått skade.²²⁴

Høyesterett har på den annen side i Rt.2015 s.417 slått fast at ”organansvaret omfatter – men bør også begrenses til å omfatte – mer overordnet utøvelse av myndighet for den juridiske person”.²²⁵

I forarbeidene til skadeserstatningsloven ble organansvaret omtalt i forbindelse med innføring av bestemmelser om lempning av arbeidsgiveransvaret. Det ble her sagt at organansvaret klart nok vil omfatte de øverste statsorganene, som Stortinget og Regjeringen.²²⁶ Videre omfatter organansvaret avgjørelser tatt av Høyesterett og Riksretten.²²⁷ Derimot fremgår det at for staten vil ikke organansvaret komme til anvendelse når det gjelder handlinger som er begått av andre sentraladministrative instanser.²²⁸ For staten er det dermed en mye snevrere gruppe som inkluderes i organansvaret.

²²¹ Hagstrøm og Stenvik, 2015, s.252.

²²² Lødrup, 2012, s.204.

²²³ Nygaard, 2007, s.229.

²²⁴ Hagstrøm og Stenvik, 2015, s.251.

²²⁵ Rt.2015 s.417 (avsnitt 59).

²²⁶ Ot.prp.48 (1965-1966), s.64.

²²⁷ Eldøy, 1997, s.379.

²²⁸ Ot.prp.48 (1965-1966), s.64.

Dette taler for at det ikke kan medføre et organansvar for staten dersom tiltak eller handlinger foretas av et direktorat som for eksempel Bufdir eller en forvaltningsbedrift. De øvrige statlige organene og tjenestemenn står i et klart underordningsforhold til de nevnte organer, og dette trekker sterkt i retning av at organansvaret ikke vil bli aktuelt for disse.²²⁹ Sterke grunner taler dermed for at staten ikke kan holdes ansvarlig for handlinger begått lavere ned i forvaltningshierarkiet. Et slikt ansvar ville kunne påføre staten store utgifter. På den annen side ville et slikt ansvar kunne medføre en større forutberegnelighet for borgeren. En ville med et slikt ansvar ikke føle at det blir vilkårlig om staten kan holdes ansvarlig eller ikke.

Barnevernsinstitusjonene er, jfr. barnevernloven §2-3(6), å anse som ”statlig myndighet på lokalt nivå”. Innenfor institusjonene foretas det myndighetsutøvelse. Bruk av tvang, der dette er tillatt etter lover og forskrifter, må regnes som et av de mest inngripende tiltakene i den private rettssfære. Dette taler for at ledelsen av en barnehjemsinstitusjon utøver den mer overordnede myndigheten på dette området for staten.

Det er ledelsen ved en institusjon som har ansvaret for at de ansatte har oversikt og kunnskap om de lover og regler som gjelder for institusjonen. Dette har betydning for behandlingen av barn og ungdom som bor ved institusjonen. Videre er det institusjonens ledelse som har ansvaret for å kontrollere og sikre at, rutiner, prosedyrer og tiltak som foretas av ansatte, er i overensstemmelse med lovgivningen.²³⁰ Institusjonen og deres ansatte utøver både makt, myndighet og sosial kontroll overfor barna og ungdommene ved institusjonen.²³¹ Dette trekker i retning av at dersom krenkelsen kommer av handlinger forårsaket av ledelsen, for eksempel ved unnlattelse av etterfølgelse av rutine og reglement, kan ledelsen identifiseres med det organ som har ansvaret for godkjenning av institusjonen og at driften foregår forsvarlig.

Dette taler for at organansvaret bør komme til anvendelse dersom det er ledelsen, som er ansvarlig for den grovt uaktsomme eller forsettlige skaden. Ledelsens handlinger vil dermed anses som gjort av det ansvarlige organet selv.²³² Imidlertid fremgår det av den oversikt som

²²⁹ Eldøy, 1997, s.379.

²³⁰ Sivilombudsmannens besøksrapport, s.34.

²³¹ Gro Ulfset og Torill Tjelflaat, ”Tvang i barneverninstitusjoner – ungdommens perspektiver”, *Skriftserien fra Barnevernets utviklingssenter i Midt-Norge*, Rapport 20/2012, NTNU Samfunnsforskning, s.69.

²³² NOU 2004:23, s.210.

er vist ovenfor, at organansvaret ikke strekker seg så langt til at det omfatter ledelsen i slike tilfeller.

Det er etter barnevernloven §5-1 Bufetat som har ansvaret med å godkjenne og sikre at det opprettholdes forsvarlig drift ved barnevernsinstitusjonene. Det er jfr. barnevernloven §5-7 fylkesmannen som skal føre tilsyn med at driften drives i samsvar med loven og forskrifter. Dersom institusjonene ikke driftes forsvarlig kan fylkesmannen velge å sette i verk tiltak, og eventuelt stanse driften. Bufetat skal holdes underrettet ved rapportering. Klageinstansen er jfr. barnevernloven §5-6 fylkesmannen. I rettighetsforskriften §27 fremgår det at dersom en beboer eller hans/hennes foresatte mener det er begått brudd på denne forskriften kan dette påklages til fylkesmannen.²³³ Dette er en statlig instans.

Det fremgår av punkt 4.2 ovenfor at barnevernets virksomhet er organisert som et forvaltningsorgan. Lovgiver har gitt klare instruksjoner i form av forskrifter og lover for driften av institusjonene. Hvor en dette foreligger, trekker det i mot organansvaret. Organiseringen av institusjonene medfører at disse står i et underordningsforhold til de øvrige statlige organene som er nevnt. Dette taler for at det er arbeidsgiveransvaret som kommer til anvendelse og ikke organansvaret.²³⁴

Organansvaret er dermed ikke anvendelig for å kunne kreve oppreisningserstatning for krenkelse av EMK artikkel 3 ved barnehjemsinstitusjoner.

5.12 Oppsummering.

En ser med dette at det etter norsk rett er vanskelig å skulle oppnå erstatning for det ikke-økonomiske tapet ved krenkelse av EMK artikkel 3.

Oppreisning etter skadeserstatningsloven §3-5 oppstiller et strengt skyldkrav. Dette medfører at erstatning for det ikke-økonomiske tapet, oppreisning, tilkjennes bare de mer alvorlige tilfellene. For borgerne kan dette oppfattes som urimelig og et vanskelig tilgjengelig botemiddel.

Arbeidsgiveransvaret etter skadeserstatningsloven §2-1 omfatter ikke erstatningsansvar for skade av ikke-økonomisk art, altså oppreisning, jfr. skadeserstatningsloven §3-5 og §3-6.

²³³ FOR-2011-11-15-1103, rettighetsforskriften.

²³⁴ Eldøy, 1997, s.381.

Dette kommer av at oppreisning knytter ansvaret direkte til den som har utført handlingen og at det ved arbeidsgiveransvaret ikke foretas en fullstendig identifikasjon mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.²³⁵

Organansvaret rommer derimot oppreisningserstatning etter §3-5. Imidlertid strekker ikke ansvaret seg like vidt som arbeidsgiveransvaret, og omfatter en begrensning av hvilke organ eller personer som kan identifiseres med den juridiske personen. Organansvaret medfører dermed ikke ansvar for personer som ikke utøver den øverste myndigheten innenfor sitt felt eller for organer som befinner seg lengre ned i det statlige forvaltningshierarkiet.²³⁶

6 Foreligger det andre erstatningsordninger som kan tilfredsstillere kravet etter EMK?

6.1 Billighetserstatning.

Billighetserstatning, eller rettfærdsvederlag som det kalles i dag, er ulovfestet.²³⁷

Denne erstatningsordningen ble opprettet av Barne- og familiedepartementet i 2005 som en form for vederlag for tidligere barnehjemsbarn og spesialskoleelever, som ikke hadde rettslig krav på ordinær erstatning. Om det skal tildeles en slik erstatning avgjøres etter en rimelighetsvurdering, og det er ikke et rettskrav en kan fremsette.²³⁸

Ordningen med rettfærdsvederlag er ikke nærmere regulert i lover og forskrifter. Videre kan ikke avslag på slikt vederlag påklages.²³⁹ Søknader sendes Statens sivilrettsforvaltning.²⁴⁰

Vilkår for å tildeles rettfærdsvederlag er at den som søker har kommet særskilt dårlig ut. Den konkrete situasjonen sammenlignes med andre barn i institusjon på samme tid. Vekt legges på om det er forekommet kritikkverdige forhold, som skyldes det offentlige. Beviskravene er lavere ved slike saker, og her gjelder heller ikke regler om foreldelse. Imidlertid er det bare de større og politisk pregede sakene som tas opp til behandling.²⁴¹ Ved behandlingen av rettfærdsvederlaget, er det gjerne gått en god stund mellom søknadstidspunktet og de

²³⁵ Engstrøm, 2010, s.69. Også i Eldøy 1997, s.378.

²³⁶ Søvig, 2005, s.71.

²³⁷ Engstrøm, 2010, s.15.

²³⁸ Lindboe, 2012, s.261.

²³⁹ NOU 2004:23, s.129.

²⁴⁰ Engstrøm, 2010, s.16.

²⁴¹ NOU 2004:23, s.129-130.

påklagede forholdene. Dette gjør at en kan stille spørsmålet om det er, nesten, et vilkår om at sakene skal være foreldet før de behandles.

Formålet med ordningen er å vise at samfunnet har tatt avstand fra den behandling som borgeren har blitt utsatt for og vise at det tar på seg et ansvar for denne.²⁴² Målet med erstatningsordningen er derimot ikke å dekke tapet som en er påført fullt ut, men er heller å regne som et plaster på såret for de som har kommet spesielt feil ut.²⁴³ Dersom tapet reguleres av andre erstatnings- eller trygdeordninger, er det ikke aktuelt med rettfærdsvederlag fra staten.²⁴⁴

Det kan være lettere å nå frem med en søknad om rettfærdsvederlag, i og med at det ikke må føres sak for en domstol. På den annen side er skjønnsstemaet vagt, ”kommet særskilt ille ut”. Dette kan medføre at avgjørelsen om tildeling vanskeliggjøres, og for borgeren kan det være vanskelig å forutberegne om en vil falle innenfor eller utenfor ordningen.²⁴⁵ Dette er heller ikke, som nevnt, et rettskrav som kan fremstille for nasjonal myndighet. Dette er ikke i samsvar med vilkår etter EMK artikkel 13. Videre følger ikke søknaden om rettfærdsvederlag de alminnelige prosessreglene, noe som er med på å svekke borgerens rettsikkerhet. Mangelen på lovfesting av denne vederlagsformen trekker også i denne retning.

Kravet om effektivitet etter EMK artikkel 13, ved at borgeren må kunne ha en rimelig forventning om å nå frem med sitt krav, er med dette ikke møtt.

6.2 Kan det ikke-økonomiske tap innfortolkes i arbeidsgiveransvaret?

Som vist dekker ikke arbeidsgiveransvaret i norsk rett det ikke-økonomiske tapet som en arbeidstaker pådrar seg. Spørsmålet er da om en kan fortolke skadeserstatningsloven §2-1 i lys av EMK artikkel 13 på en slik måte at det også omfatter et oppreisningsansvar etter §3-5.

I svensk rett er det blitt tatt steg i retning av å sikre at menneskerettighetene og nasjonale erstatningsregler i større grad underbygger hverandre. Her har Högsta domstolen etablert et

²⁴² NOU 2004:23, s.13.

²⁴³ NOU 2004:23, s.130.

²⁴⁴ Engström, 2010, s.15-16.

²⁴⁵ NOU 2004:23, s.133.

særskilt ansvar for det offentlige for det ikke-økonomiske tapet ved statens brudd på menneskerettighetene.²⁴⁶ Dette ansvaret er basert på EMK artikkel 13 og 41.

Ved at arbeidsgiveransvaret bare dekker det økonomiske tap, kan det fremstå som om erstatningsreglene etter norsk rett ikke tilfredsstillende etter EMK artikkel 13. En innfortolkning av denne typen tap i arbeidsgiveransvaret ville medføre at konvensjonsbestemmelsen i større grad måtte anses som oppfylt. I EMD-praksis er det tilkjent erstatning for det ikke-økonomiske tapet etter EMK artikkel 13, hvor det ikke kreves mer enn uaktsomhet. I *Osman* mot Storbritannia har EMD uttalt at hvor det dreier seg om viktige rettigheter som EMK artikkel 2, og slik jeg forstår det også av artikkel 3, holder det at staten visste eller burde vite om krenkelsen.²⁴⁷

Et område hvor en innfortolkning av oppreisning i arbeidsgiveransvaret ville medført at det ikke-økonomiske tap ville kunne dekkes, er hvor de prosessuelle kravene til artikkel 3 ikke er oppfylt i forhold til det ansvaret staten har etter EMK artikkel 1, jfr. artikkel 3.²⁴⁸ I *E med flere* mot Storbritannia sier EMD at artikkel 3 er én av de mest grunnleggende rettighetene i et demokratisk samfunn og nedsetter et absolutt forbud mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling.²⁴⁹ Statene har etter denne bestemmelsen, jfr. artikkel 1, en positiv forpliktelse til å sikre at borgerne ikke utsettes for en slik behandling. Det stilles dermed et strengere krav til statens sikrings- eller beskyttelsesplikt etter EMK artikkel 1 når det gjelder barns menneskerettigheter.

Dersom staten ikke har klart å forhindre at et barn utsettes for krenkelse av EMK artikkel 3, og dette skyldes rutinesvikt innenfor barnehjemsinstitusjoner, svikt i kontrollsystemene eller unnlater fra de ansattes side, vil en slik innfortolkning medføre et arbeidsgiveransvar og dermed en dekning av det ikke-økonomiske tapet. Dette kan tale for at det bør foreligge et oppreisningsansvar innenfor arbeidsgiveransvaret, særlig når myndighetene har opptrådt uaktsomt.²⁵⁰

En slik utvidende fortolkning vil, på den annen side, strekke innholdet av bestemmelsen mye lenger enn den rekker i dag. Det kan fremstå som problematisk at en rettsanvender utvikler

²⁴⁶ SOU 2010:87 Möjliga rättsmedel enligt svensk rätt, s.229.

²⁴⁷ *Osman* mot Storbritannia, 23452/94, 28.10.1998, storkammerdom, avsnitt 116.

²⁴⁸ Aall og Askeland, 2017, s.5.

²⁴⁹ *E med flere* mot Storbritannia, 33218/96, 26.11.2002, storkammerdom, avsnitt 88.

²⁵⁰ Aall og Askeland, 2017, s.5.

arbeidsgiveransvaret. En slik utvikling av en erstatningsrettslig bestemmelse er noe som må tillegges lovgiver å avgjøre og gjennomføre.²⁵¹ På dette grunnlag kan det ikke-økonomiske tap ikke innfortolkes i arbeidsgiveransvaret.

6.3 Kan EMK artikkel 13 anvendes som erstatningsgrunnlag i norsk rett?

Det fremstår etter gjennomgangen ovenfor, som om de alminnelige nasjonale erstatningsrettslige reglene ikke tilstrekkelig kompenserer for den skade som er oppstått ved krenkelse av EMK artikkel 3, jfr. artikkel 13.

Av forarbeidene til menneskerettsloven fremgår at menneskerettighetene er rettigheter mot staten innenfor deres myndighetsområde. Med dette forstås at staten er forpliktet og ansvarlig for alle sine organer og for alle personer som handler på vegne av den. Dette omfatter ”lovgiver, regjering og domstoler ned til den enkelte funksjonær i stat eller kommune”.²⁵² Det skilles dermed ikke mellom de ulike statlige organene, som for eksempel stat, kommune, direktorater og mer selvstendige statlige eller kommunale selskaper.²⁵³

EMD har ikke i sin praksis krevd at det skal foreligge én bestemt myndighet som har som oppgave å oppfylle forpliktelsene etter konvensjonen. Det ble ved inkorporeringen av EMK heller ikke besluttet hvilke nasjonale organer som er internrettslig forpliktet.²⁵⁴ Etter dette blir betraktningen at alle offentlige myndigheter, som kan foreta handlinger som kan medføre ansvar for staten etter folkeretten, er internrettslig forpliktet til å overholde disse. Det skilles med dette ikke mellom organene i staten etter EMK. Det er dermed staten som er søksmålssubjekt for krenkelsen.

Basert på dette bør menneskerettsloven §3 kunne gi en rett til å kreve erstatning i kraft av EMK artikkel 13, for tap av både økonomisk og ikke-økonomisk art, som ikke dekkes av de vanlige erstatningsreglene i nasjonal rett.

²⁵¹ Aall og Askeland, 2017, s.4-5.

²⁵² NOU 1993:18, s.25.

²⁵³ Michael Reiertsen, ”EMK og kommunene”, *Lov og Rett*, vol.54-7, 2015, s.414-431, s.418.

²⁵⁴ Reiertsen, 2015, s.421.

6.3.1 Kan det kreves fastsettelsesdom for krenkelse av EMK artikkel 13?

Etter EMK artikkel 13 har borgerne krav på en effektiv prøvingsrett ved en nasjonal myndighet for å se om det foreligger krenkelser av de rettigheter og friheter som følger av EMK.²⁵⁵

En fastsettelsesdom går ut på å få fastslått om det foreligger rettigheter og eventuelt hva disse rettighetene består i.²⁵⁶ Vilkårene for å reise fastsettelsessøksmål følger av Lov om mekling og rettergang i sivile tvister 17-6-2005 nr. 90, tvisteloven §1-3.²⁵⁷ Det kreves etter denne bestemmelsen at det foreligger et rettskrav, at det har aktualitet og at skadelidte har en tilknytning.

I HR-2016-2178-U fremgår at det er sikker rett at ”påstand om brudd på EMK, er et rettskrav”.²⁵⁸ Det kan dermed kreves fastsettelsesdom på om noe er ulovlig eller i strid med en inkorporert konvensjon. Å få konstatert at noe er i strid med EMK vil ha tilsvarende rettsfølger som en dom for at noe er ulovlig eller rettsstridig. Virkningen av konstateringen kan være at krenkelsen opphører og saksøker eventuelt har en rett på erstatning eller oppreisning.²⁵⁹ Dette oppfylder dermed vilkåret om at et rettskrav må ha en rettsvirkning.

Videre må den som har fremsatt kravet ha en tilknytning, jfr. tvisteloven §1-3. Dette tilknytningskriteriet oppfylles ved at den som fremsetter kravet har vært utsatt for en krenkelse av en bestemmelse i EMK.²⁶⁰

Det fremgår av forarbeidene at det er avgjørende for om et slikt rettskrav kan fremmes at det foreligger ”et reelt behov” for avklaring.²⁶¹ I HR-2016-2178-U sier Høyesterett at ”saksøker må kunne påvise at det – til tross for at handlingen er opphørt – har konkret betydning for ham å få dom i samsvar med sin påstand”.²⁶² Hvor barn sliter med ettervirkninger, for eksempel posttraumatisk stressyndrom, av oppholdet på institusjonen, må dette vilkåret regnes som oppfylt.

²⁵⁵ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2.utgave, Oslo, 2014, s.367.

²⁵⁶ Skoghøy, 2014, s.367.

²⁵⁷ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister 17.6.2005 nr.90, heretter kalt tvisteloven.

²⁵⁸ HR-2016-2178-U (avsnitt 13).

²⁵⁹ Skoghøy, 2014, s.391.

²⁶⁰ Rt.2006 s.769, (avsnitt 38).

²⁶¹ NOU 2001:32 A Rett på sak, s.364.

²⁶² HR-2016-2178-U (avsnitt 14).

Retten til et effektivt botemiddel, som følger av EMK artikkel 13, påvirker med dette adgangen til fastsettelsesdom for brudd på konvensjonen. Dersom en fastsettelsesdom for en krenkelse av EMK er det som medfører den mest effektive oppfyllelsen av artikkel 13, skal det jfr. forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven §3, gis en slik dom.²⁶³ Dersom påstanden om krenkelse kan prøves på en annen måte, for eksempel gjennom et krav om erstatning, må det konkluderes med at det ikke kan avsies fastsettelsesdom. Retten vil her ta stilling til krenkelsen i domspremissene.

6.3.2 Spørsmålet er da hvem en slik fastsettelsesdom må rette seg mot.

Høyesterett har i Rt.2011 s.1666 konstatert at staten, ved det ansvarlige departement, må stå som saksøkt i alle saker som gjelder fastsettelsesdom for brudd på EMK.²⁶⁴ I avsnitt 25 sier Høyesterett at utgangspunktet er at det er staten som er folkerettslig subjekt etter EMK artikkel 1. ”Andre rettssubjekter kan ikke holdes folkerettslig ansvarlig for brudd på EMK. Staten kan ikke kontrahere seg bort fra dette ansvaret ved å opprette egne rettssubjekter som utøver tradisjonelle myndighetsoppgaver...”.

Dommen anses som et prejudikat for at det er staten ved Barne- og likestillingsdepartementet som må stå som saksøkt i en fastsettelsesdom om krenkelse av EMK.²⁶⁵

6.4 Kan erstatning kreves direkte på grunnlag av EMK artikkel 13 i norsk rett?

Det fremgår av Grunnloven §92 at statens organer har en plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene. Grunnlovsforankringen gir statens beskyttelsesplikt overfor menneskerettighetene en større tyngde.

Etter EMK artikkel 13, jfr. artikkel 3, fremgår det at oppreisningserstatning i visse saker er nødvendig for at en krenkelse av konvensjonen skal anses som reparert.²⁶⁶ Hvor virkemidlene, som er tilgjengelig i den nasjonale retten, ikke tilstrekkelig kan oppfylle denne reparasjonsvirkningen, er spørsmålet om artikkel 13 kan anvendes som grunnlag for erstatningen.

²⁶³ Uri, 2017, s.481 og s.497.

²⁶⁴ Rt.2011 s.1666 (Vestre Viken, avsnitt 25).

²⁶⁵ Reiertsen, 2015, s.424.

²⁶⁶ Se ovenfor punkt 3.2. Dette følger av *Z med flere* mot Storbritannia, 29392/95, 10.5.2001, storkammerdom, avsnitt 109, *T. P og K. M* mot Storbritannia, 28945/95, 10.5.2001, storkammerdom, avsnitt 107 og *Leander* mot Sverige, 9248/81, 26.3.1987, avsnitt 77.

Ved inkorporasjon i menneskerettsloven er EMK artikkel 13, jfr. artikkel 3, gitt status som norsk lov, jfr. §2. Hvor det er motstrid, har konvensjonen forrang, jfr. §3. EMK har på dette grunnlag direkte virkning overfor borgerne.²⁶⁷ Dette taler for at konvensjonens artikkel 13 kan anvendes som det primære rettsgrunnlaget for oppreisningserstatning.²⁶⁸ Med dette menes at EMK artikkel 13 kan hjemle de vilkår som må være oppfylt for at oppreisning kan tildeles.

Som kapittel 5 viser, fremstår det som om ansvarsgrunnlagene etter norsk erstatningsrett ikke hjemler et rettsgrunnlag som gir tilstrekkelig reparasjon for det ikke-økonomiske tap etter EMK artikkel 13, jfr. artikkel 3. Arbeidsgiveransvaret etter skadeserstatningsloven §2-1 rommer ikke det ikke-økonomiske tap, det ulovfestede organansvaret strekker seg ikke langt nok ned i det statlige forvaltingshierarkiet. Skadeserstatningsloven §3-5 oppstiller et vilkår om kvalifisert skyldkrav, som kan medføre at det bare i sjeldnere tilfeller blir tilkjent oppreisning.²⁶⁹ Jeg har etter en redegjørelse av disse rettsgrunnlagene kommet til at de ikke kan sies å gi en tilstrekkelig effektiv tilgang til kompensasjon for det ikke-økonomiske tap. På dette grunnlag møtes ikke kravet etter EMK artikkel 13, jfr. artikkel 3, etter norsk rett.

Spørsmålet blir da om EMK artikkel 13 kan anvendes direkte som rettslig grunnlag for oppreisningserstatning i norsk rett. Dette som følge av menneskerettsloven §2 og §3.

Det er på det rene at det her foreligger et sparsomt rettskildemateriale. Høyesterett har behandlet temaet i tre dommer, men ikke kommet med noen avklaring på problemstillingen.²⁷⁰

I Rt.2001 s.428 sier Høyesterett at hvor en borger har et prosedabelt krav på at det foreligger krenkelse av EMK ”har vedkommende en rett til å få spørsmålet effektivt prøvd for nasjonal myndighet, og dersom det finnes nødvendig for at prøvingen skal anses effektiv, krav på erstatning eller oppreisning”.²⁷¹ Derimot tok ikke Høyesterett stilling til om oppreisning skulle tilkjennes direkte i kraft av EMK artikkel 13. Retten anså spørsmålet om det forelå krenkelse etter EMK tilstrekkelig effektivt prøvd ved at Høyesterett konstaterte konvensjonsbrudd av EMK artikkel 8.

²⁶⁷ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, 4. opplag, Oslo, 2015, s.34 og s.141.

²⁶⁸ Nygaard, 2015, s.34 og s.120.

²⁶⁹ Se punkt 5.12.

²⁷⁰ Rt.2001 s.428, Rt.2004 s.1868 og Rt.2010 s.291.

²⁷¹ Rt.2001 s.428 (s.445).

Støtte for argumentasjonen må dermed innhentes fra lavere rettsinstanser og juridisk teori. Det kan ikke utelukkes at det senere vil komme rettspraksis som kan medføre et annet resultat. Imidlertid ser jeg, på dette tidspunkt, ikke noen annen måte å komme til kjernen av problemet. Barn og unge i barnevernsinstitusjoner ville, dersom artikkel 13 ikke kan anvendes direkte, havne i en situasjon hvor deres rettssikkerhet er svekket. Tilkjennelse av oppreisningserstatning er i dag hovedsakelig begrunnet i at skadelidte skal få økonomisk kompensasjon for den påkjenning eller lidelse han/hun er utsatt for.²⁷² Et slikt hensyn må med tyngde komme inn når det er krenkelse av fundamentale menneskerettigheter det er tale om. Dette underbygges også av at statens beskyttelsesplikt, som nevnt ovenfor, også er forankret i Grunnloven §92, noe som gir menneskerettighetene en ekstra tyngde.

Gulating Lagmannsrett behandlet i UTV-2004-837 en sak hvor det ble lagt til grunn at to skatteyttere hadde rett til erstatning og oppreisning for konvensjonsstridig straffeforfølgning i medhold av EMK artikkel 13, jfr. menneskerettsloven §2 og §3.²⁷³ Her uttalte Lagmannsretten at siden det var det norske systemet med tilleggsskatt og strafforfølgning som var konvensjonsstridig, var staten nærmest til å bære de økonomiske konsekvensene av at de ikke hadde vært tilstrekkelig oppmerksomme. Det ville fremstå som urimelig overfor borgeren dersom staten kunne fri seg fra dette ansvaret. Lagmannsretten konkluderte dermed med at staten burde reparere skaden så langt det var mulig, ved oppreisningserstatning direkte på grunnlag av EMK artikkel 13, jfr. menneskerettsloven §2 og §3.

I TOSLO-2013-103468 (Oslo Tingrett), gjaldt saken fastsettelsesdom for krenkelse av EMK artikkel 8 og 14 og et krav om erstatning etter EMK artikkel 13.²⁷⁴ Her hadde en borger, ved to anledninger, sittet i mer enn 48 timer i isolasjon på varetektscelle. Han ble tilkjent erstatning etter det ulovfestede organansvaret og tilkjent oppreisning etter EMK artikkel 13. Kravet om fastsettelsesdom for brudd på artikkel 8 ble avvist, da det ikke ble ansett å foreligge et reelt behov for dette når vedkommende ble tilkjent erstatning og oppreisning for bruddet. Tingretten har tolket det faktum at Høyesterett i Rt.2001 s.428 ikke tok stilling til om erstatning kunne tildeles direkte i kraft av EMK artikkel 13, som at Høyesterett ikke har avvist muligheten.²⁷⁵ Videre støttet retten seg til det standpunkt som fremkom i

²⁷² Se punkt 5.4.

²⁷³ UTV-2004-837 (Gulating Lagmannsrett).

²⁷⁴ TOSLO-2013-103468 (Oslo Tingrett).

²⁷⁵ Rt.2001 s.428 (s.445).

Lagmannsrettens dom, nevnt ovenfor. Tingretten fant med dette at oppreisningserstatning kan tilkjennes av nasjonale domstoler direkte etter EMK artikkel 13, dersom det ikke finnes andre måter å få vurdert oppreisningskravet på.

Det er i teorien fremhevet at dersom de nasjonale erstatningsreglene ikke dekker det tap skadelidte har lidt, må forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven §3 i kraft av EMK artikkel 13, kunne danne grunnlag for å gi erstatning for tapet. Dette gjelder både av økonomisk og ikke-økonomisk art.²⁷⁶ De interne primære rettskildene, erstatningsgrunnlagene, vil i denne situasjonen ikke kunne løse spørsmålet, og det vil oppstå strid med den gjeldende konvensjonsrett etter EMK artikkel 13. Dersom den internrettslige rettstilstanden er i strid med en inkorporert konvensjonsbestemmelse, er det konvensjonsregelens løsning som må anvendes.²⁷⁷

Teori bygger også opp under at oppreisningserstatning kan kreves direkte i kraft av EMK artikkel 13. I Stenviks artikkel ”Erstatningsrettens internasjonalisering” fremgår det at ”erstatningsplikt kan bli pålagt av nasjonale domstoler etter EMK art.13”.²⁷⁸ I denne artikkelen blir det påpekt at bestemmelsen ikke direkte handler om erstatningsansvar, men fastsetter at enhver har rett til en effektiv prøving ved en nasjonal myndighet. Imidlertid vektlegges at etter EMDs praksis er det ”klart at retten til effektiv prøving også kan omfatte en rett til erstatning”. Og at skadelidte ved krenkelse av artikkel 3 ”i prinsippet også skal kunne kreve erstatning for det ikke-økonomiske tap”.²⁷⁹

Dette kan også underbygges av EMDs uttalelser i *Z med flere* mot Storbritannia og i *T. P og K. M* mot Storbritannia.²⁸⁰ Her sier Domstolen klart at hvor det er snakk om krenkelse av grunnleggende bestemmelser, skal økonomisk erstatning for det ikke-økonomiske tap være ett av botemidlene som i prinsippet skal være tilgjengelig på nasjonalt nivå. Dette kommer av at skadebildet ved krenkelse av fundamentale rettigheter kan være omfattende og irreversible.²⁸¹

²⁷⁶ Reiertsen, 2015, s.426-427.

²⁷⁷ Nygaard, 2015, s.34 og s.143.

²⁷⁸ Are Stenvik, ”Erstatningsrettens internasjonalisering”, *Tidsskrift for erstatningsrett nr.1*, 2005, Gyldendal Akademisk, s.33-51, s.39.

²⁷⁹ Stenvik, 2005, s.39.

²⁸⁰ Se punkt 3.4. *Z med flere* mot Storbritannia, 29392/95, 10.5.2001, storkammerdom, avsnitt 109 og *T. P og K. M* mot Storbritannia, 28945/95, 10.5.2001, storkammerdom, avsnitt 107.

²⁸¹ Se punkt 3.2.

Det er staten som har det primære ansvaret for barnevernsinstitusjonene. Dette følger av at institusjonene anses som statlig barnevernsmyndighet på lokalt nivå.²⁸² Myndighetene har her en omfattende omsorgsforpliktelse og beskyttelsesplikt.²⁸³ Hvor svikt ved institusjonene kommer av at statlige myndigheter ikke har vært oppmerksomme nok overfor rutiner og praksiser ved institusjonene, tilsier dette at staten er den nærmeste til å bære ansvaret. Det samme må gjelde hvor myndighetene har hatt eller burde ha hatt kunnskap om hendelser i institusjonene og ikke har satt i gang tiltak for å forhindre eller stoppe en videre krenkelse av menneskerettighetene.²⁸⁴ Dette er i samsvar med at staten anses som pliktsubjektet etter EMK artikkel 1. Videre støttes dette standpunkt av uttalelser i lagmannsrettens dom.²⁸⁵

EMK artikkel 13, jfr. menneskerettsloven §2 og §3, må dermed kunne anvendes direkte som grunnlag for å kunne tilkjenne oppreisningserstatning til barn, utsatt for krenkelse av menneskerettighetene, i barnevernsinstitusjoner. Denne løsningen må anses å være i tråd med effektivitetskravet om at skadelidte må ha en rimelig mulighet til å vinne frem med et krav om dekning av det ikke-økonomiske tap.²⁸⁶ Videre kan en slik løsning kunne forhindre at tildelingen av erstatning for det ikke-økonomiske tap blir oppfattet som vilkårlig og uforutsigbart av den skadelidte. Borgernes rettssikkerhet styrkes med dette. I Sverige har Högsta domstolen allerede utarbeidet en praksis hvor erstatning kan tildeles på dette grunnlaget.²⁸⁷ De beste grunner taler dermed for at EMK artikkel 13 kan anvendes direkte som rettsgrunnlag i de tilfeller hvor det etter norsk erstatningsrett ikke kan gis en dekkende reparasjon av det ikke-økonomiske tap ved krenkelser av EMK.

Hvor det dreier seg om en krenkelse av EMK artikkel 3, kan oppreisningserstatning kreves direkte på grunnlag av EMK artikkel 13, jfr. menneskerettsloven §2 og §3, i norsk rett.

²⁸² Jamfør barnevernloven §2-3(6). Se ovenfor punkt.4.1.

²⁸³ Se punkt 5.8.

²⁸⁴ Se punkt 2.6.

²⁸⁵ UTV-2004-837 (Gulating Lagmannsrett).

²⁸⁶ *McFarlane* mot Irland, 31333/06, 10.9.2010, storkammerdom, avsnitt 114.

²⁸⁷ SOU 2010:87 Möjliga rättsmedel enligt svensk rätt, s.229. Se ovenfor punkt 6.2.

Kildeliste

Lover:

- Lov 17.05.1814 - Kongeriket Norges Grunnlov – Grunnloven.
- Kong Christian Den Den Femtis Norske Lov fra 1687 - NL 3-21-2.
- Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden 22.05.1902.
- Lov om skadeserstatning 13.6.1969 nr.26 – skadeserstatningsloven.
- Lov om endringer i skadeserstatningslovgivningen m.m. 25.05.1973 nr.26.
- Lov om foreldelse av fordringer 18.5.1979 nr.18 – foreldelsesloven.
- Lom rettergangsmåten i straffesaker 22.05.1981 nr.25 – straffeprosessloven.
- Lov om barnevernstjenester 17.7.1992 nr.100 – barnevernloven.
- Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21.5.1999 nr.30 – menneskerettsloven.
- Lov om straff 20.05.2005 nr.28 – straffeloven.
- Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.m. 17.07.2005 nr.62 – arbeidsmiljøloven.
- Lov om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling m.m. 20.04.2001 nr.13 – voldsoffererstatningsloven.
- Lov om likestilling og forbud mot diskriminering 16.06.2017 nr.51 – likestillingsloven.

Forskrifter:

- FOR-2003-12-11-1564 – forskrift om tilsyn med barn i barnevernsinstitusjoner for omsorg og behandling, tilsynsforskriften.
- FOR-2011-11-15-1103 – forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barnevernsinstitusjon, rettighetsforskriften.
- FOR-2003-10-27-1283 – forskrift om godkjenning av private og kommunale institusjoner som skal benyttes for barn som plasseres utenfor hjemmet med hjemmel i barnevernloven, godkjenningsforskriften.

Forarbeider:

- NOU 2004:23 Barnehjem og spesialskoler under lupen.
- NOU 2001:32 A Rett på sak.
- NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter.

- NUT 1964:3 Innstilling om Det offentliges og andre arbeidsgiveres erstatningsansvar m.m.
- Prop.81 L (2016-2017) om lov om likestilling og forbud mot diskriminering.
- Prop.106 L. (2012-2013) om endringer i barnevernloven.
- Ot.prp.nr.9 (2002-2003) om endringer i lov 17. Juli 1992 nr.100 om barnevernstjenester og lov 19. Juni nr.62 om familievernkontorer med videre.
- Ot.prp.nr.77 (2001-2002) om endringer i straffeprosessloven med videre.
- Ot.prp.nr.4 (2000-2001) om lov om erstatning fra staten for personskader voldt ved straffbare handlinger m.m.
- Ot.prp.nr.20 (1991-1992) om endringer av straffeloven og skadeserstatningsloven m.m.
- Ot.prp.nr.4 (1972-1973) om endringer i erstatningslovgivningen m.m.
- Ot.prp.nr.48 (1965-1966) om lov om skadeserstatning i visse forhold.
- Innst.O.nr.64 (2003-2003) innstilling fra familie-, kultur og administrasjonskomiteen om lov om endring i lov 17. Juli 1992 nr.100 om barnevernstjenester og lov 19. juni 1997 nr.62 om familievernkontorer med videre.
- SOU 2010:87 Möjliga rättsmedel enligt svensk rätt.

Rettspraksis:

- HR-2016-2178-U.
- Rt.2015 s.417.
- Rt.2011 s.1666.
- Rt.2011 s.769.
- Rt.2010 s.291.
- Rt.2006 s.61.
- Rt.2006 s.769.
- Rt.2005 s.104.
- Rt.2004 s.1868.
- Rt.2003 s.1671.
- Rt.2002 s.481.
- Rt.2001 s.428.
- Rt.2000 s.996.
- Rt.1995 s.209.

- Rt.1989 s.1318.
- Rt.1937 s.263.
- RG-2010-1194, (Gulating Lagmannsrett).
- UTV-2004-837, (Gulating Lagmannsrett).
- LE 2005-67170 (Eidsivating Lagmannsrett).
- TOSLO-2013-103468 (Oslo Tingrett).

EMD-praksis:

- *A* mot Nederland, 4900/06, 20.7.2010.
- *Alajos Kiss* mot Ungarn, 38832/06, 25.5.2010.
- *Aksoy* mot Tyrkia, 21987/93, 18.12.1996.
- *Aydin* mot Tyrkia, 23178/94, 25.9.1997 – storkammerdom.
- *Carabulea* mot Romania, 45661/99, 13.7.2010.
- *Centre for legal resources* på vegne av *Valentin Campeanu* mot Romania, 47848/08, 17.7.2014 – storkammerdom.
- *Costello-Roberts* mot Storbritannia, 13134/87, 25.3.1993.
- *D.P og J.C* mot Storbritannia, 38719/97, 10.10.2002.
- *E med flere* mot Storbritannia, 33218/96, 26.11.2002 – storkammerdom.
- *Golder* mot Storbritannia, 4451/70, 21.2.1975.
- *Ivko* mot Russland, 30575/08, 15.12.2015.
- *Jones med flere*, 34356/07 og 40528/06, 14.1.2014.
- *Klass med flere* mot Tyskland, 5029/71, 6.9.1978.
- *Kontrova* mot Slovakia, 7510/04, 31.5.2007.
- *Kudla* mot Polen, 30210/96, 26.10.2000 – storkammerdom.
- *Leander* mot Sverige, 9248/81, 26.3.1987.
- *Mehmet Emin Yüksel* mot Tyrkia, 40154/98, 20.7.2004.
- *McFarlane* mot Irland, 31333/06, 10.9.2010 – storkammerdom.
- *N. B* mot Slovakia, 29518/10, 12.6.2002.
- *O'Keefe* mot Irland, 35810/09, 28.1.2014 – storkammerdom.
- *Osman* mot Storbritannia, 23452/94, 25.10.1998 – storkammerdom.
- *Rachevi* mot Bulgaria, 47877/99, 23.9.2004.
- *Raninen* mot Finland, 20972/92, 16.12.1997.
- *Scordino* mot Italia, 36813/97, 29.3.2006 – storkammerdom.

- *Storck* mot Tyskland, 61603/00, 16.6.2005.
- *T. P og K. M* mot Storbritannia, 28945/95, 10.5.2001 – storkammerdom.
- *Tyrer* mot Storbritannia, 5856/72, 25.4.1978.
- *Z med flere* mot Storbritannia, 29392/95, 10.5.2001 – storkammerdom.

Litteratur:

- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4.utgave, (Bergen 2015).
- Aall, Jørgen og Bjarne Askeland, ”Statens oppreisningsansvar ved menneskerettighetsbrudd”, *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, årgang 14, nr.1, universitetsforlaget, 2017, s.3-6.
- Addo, Michael K. og Nicholas Grief, ”Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?”, *European Journal of International Law* 9, 1998, s.510-524.
- Backe-Hansen, Elisabeth (red), Elisiv Bakketeig, Heidi Gautun og Arne Backer Grønningseter, ”Institusjonsplassering – siste utvei?, Betydningen av barnevernsreformen fra 2004 for institusjonstilbudet”, *NOVA*, rapport nr.21/11.
- Bendiksen, Lena R. L og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, Universitetsforlaget, (Oslo 2014).
- Bertelsen, Tor Ehlers, *EMK, Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, (Oslo 2011).
- Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, En kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, tredje upplagan, (Stockholm 2007).
- van Dijk, Pieter, Fried van Hoof, Arjen van Rijn og Leo Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, fourth edition*, (Antwerpen-Oxford 2006).
- Eldøy, Ragnar, ”Oppreisningskrav mot det offentlige – organansvaret i lys av Rt-1995-209”, *Lov og Rett*, 1997, Universitetsforlaget, s.377-383.
- Elgesem, Frode, ”Talking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode”, *Lov og Rett* nr.4-5, 2003 s. 203-230.
- Engstrøm, Bjørn, *Skadeserstatningsloven med kommentarer*, (Oslo 2010).
- Gisle, Jon, *Jusleksikon*, 4.utgave, (Oslo 2010).

- Gomien, Donna, David Harris og Leo Zwaak, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, (Strasbourg 1996).
- Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, 2.opplag, (Oslo 2015).
- Harris, D. J., M. O'Boyle, E.P. Bate & C. M. Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, third edition, (Oxford 2014).
- Ichim, Octavian, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, (Cambridge 2015).
- Kilkenny, Ursula, *The child and the European Convention on Human Rights, Programme on international rights of the Child*, (Dartmouth, 1999).
- Kjølbro, Jon Fridrik, *Den europæiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 4.udgave, (København 2017).
- Köhler-Olsen, Julia , Note 35, Rettsdata, Norsk Lovkommentar, kommentar til barnevernloven §2-2(1) 2.punktum, sist revidert 22.05.2015.
- Köhler-Olsen, Julia , Note 36, Rettsdata, Norsk Lovkommentar, kommentar til barnevernloven §2-2(2), sist revidert 22.05.2015.
- Köhler-Olsen, Julia, Note 41, Rettsdata, Norsk Lovkommentar, kommentar til barnevernloven §2-3(3), sist revidert 22.05.2015.
- Leach, Philip, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Blackstone's human rights series, second edition, (Oxford 2005).
- Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6.utgave, (Oslo 2012).
- Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 6.utgave, med bistand fra Morgen Kjelland, (Oslo 2012).
- Lødrup, Peter, "Oppreisning – et praktisk institutt", *Tidsskrift for erstatningsrett*, 2006, Universitetsforlaget, s.211-237.
- Nygaard, Nils, *Skade og Ansvar*, 6.utgave, (Bergen 2007).
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2.utgåve, 4.opplag, (Oslo 2015).
- Reiertsen, Michael, "EMK og kommunene", *Lov og Rett*, vol.54-7, 2015, s.414-431.
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4.utgave, (Oslo 2011).
- Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights – a commentary*, (Oxford 2015).
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning*, 2.utgave, (Oslo 2014).
- Stenvik, Are, "Erstatningsrettens internasjonalisering", *Tidsskrift for erstatningsrett nr.1*, 2005, Gyldendal Akademisk, s.33-51, s.39.

- Strandberg, Magne, ”Arbeidsgivers erstatningsansvar for skader hans arbeidstaker volder med forsett”, *Jussens Venner*, nr.47, 2012, Universitetsforlaget, s.33-67.
- Søvig, Karl Harald, ”Statens ansvar for unnlatte barnevernstiltak”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2005, s.59-71.
- Thorson, Bjarte, ”Samordning av oppreisnings- og menerstatning – Rt-2014-392”, *Nytt i privatretten* nr.3, 2014, Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo i samarbeid med Cappelen, s.8-9.
- Thune, Gro Hillestad og Ane Stavrum, *Menneskerettighetene i helse- og omsorgssektoren og NAV*, (Oslo 2012).
- Ulfset, Gro og Torill Tjelflaat, ”Tvang i barneverninstitusjoner – ungdommens perspektiver”, *Skriftserien fra Barnevernets utviklingssenter i Midt-Norge*, Rapport 20/2012, NTNU Samfunnsforskning.
- Uri, Stine Marie, ”Adgangen til fastsettelsesdom for brudd på EMK”, *Lov og Rett*, vol.56-8, 2017, s.480-499.
- Vaaler, Henrik, ”Erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av EMK”, *Lov og Rett*, volum 56-5, 2017, s.299-317.

Internett:

- Brennpunkt 4.3.2014, dokumentar på NRK-nett ”Med tvang skal vondt fordrives”, <https://tv.nrk.no/serie/brennpunkt/MDUP11000214/04-03-201> (sist besøkt 22.4.2018).
- Fylkesmannens pålegg om å nedlegge driften av korttidsavdelingen ved Motivasjonskollektivet, <https://www.fylkesmannen.no/Oslo-og-Akershus/Barn-og-foreldre/Barnevern/Palegg-om-a-nedlegge-driften-ved-Stiftelsen-Motivasjonskollektivet-korttidsavdelingen/> (sist besøkt 13.03.2018).
- Sivilombudsmannens besøksrapport fra Kvammen akuttinstitusjon 16-17. januar, 2018, <https://www.sivilombudsmannen.no/wp-content/uploads/2018/04/Bes%C3%B8ksrapport-Kvammen-akuttinstitusjon-januar-2018.pdf> (sist besøkt 14.4.2018).