

INNLEGG

Strategisk sakførsel som politisk påvirkning

av ØYSTEIN BLOCK¹

E-post: oystein.block@gmail.com

Artikkelen handler om hvordan strategisk sakførsel kan brukes som en metode for politisk påvirkning. Artikkelen tar sikte på å gi en kort presentasjon av hva strategisk sakførsel er, illustrert gjennom eksempler fra en britisk menneskerettighetsorganisasjon, samt å se om strategisk sakførsel forekommer i Norge.

1. INNLEDNING

Denne artikkelen handler om «strategic litigation», som i korte trekk kan beskrives som strategisk utvelgelse og føring av en sak for en nasjonal, regional eller internasjonal domstol, tribunal, komité eller lignende. Dette gjøres med den hensikt at sakførselen skal få virkninger også utover den konkrete saken. Et norsk begrep med tilnærmet samme meningsinnhold vil kanskje være «strategisk sakførsel»; dette begrepet vil også bli brukt gjennom denne artikkelen.

Hensikten med denne artikkelen er å gi en presentasjon av fenomenet strategisk sakførsel. Siden strategisk sakførsel i stor grad er noe man forbinder med de angloamerikanske rettssystemene, vil jeg si litt om hvordan en britisk menneskerettighetsorganisasjon, Kurdish Human Rights Project (KHRP), nyttiggjør seg dette virkemiddelet i arbeidet sitt. Jeg vil deretter se på bruk av strategisk sakførsel i Norge. Siden Advokatforeningens Aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett nok er det mest rendyrkede eksempelet på bruk av strategisk sakførsel i Norge, vil jeg se litt nærmere på denne gruppas arbeid.

¹ Øystein Block studerer juss, arbeider i Advokatforeningens Aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett, og har høsten 2010 arbeidet som juridisk praktikant hos Kurdish Human Rights Project i London. Alle synspunkter og meninger i artikkelen er hans egne.

Artikkelen er uten enhver vitenskapelig pretensjon, og fremstillingen er på få eller ingen punkter uttømmende.

2. STRATEGISK SAKFØRSEL

Slik den innledende beskrivelsen antyder, er strategisk sakførsel et virkemiddel for å oppnå en politisk målsetting. En annen sak er at begrepet «politisk målsetting» kan defineres mer eller mindre bredt. I denne artikkelen vil for eksempel en målsetting om generelt bedret rettssikkerhet innenfor et område anses som en politisk målsetting. Politiske målsettinger kan komme i mange former. Disse kan variere fra det å fremtvinge en lovendring til å «utdanne» eller «oppdra» domstolene eller å skape blest om en sak. Hva gjelder å skape blest om en sak, så kan en slik målsetting også kunne oppnås hvis man skulle tap en sak; kanskje nettopp på denne måten er det mulig å vise hvor urimelig jussen på et område er.

Det som er grunnleggende for om strategisk sakførsel skal komme på tale, er likevel at det i tilstrekkelig grad er snakk om et rettslig spørsmål som kan prøves for domstolene. Dette i motsetning til rent politiske spørsmål. I en norsk kontekst er dette knyttet til kravene til rettskrav og rettslig interesse i tvisteloven § 1-3 for å kunne anlegge sak for domstolene.² Dette setter en begrensning for muligheten til å bruke domstolene for å oppnå en politisk målsetting. Det er et annet spørsmål om en sak *bør* formuleres som et rettslig i stedet for et politisk spørsmål. Her finnes det åpenbart mange grensetilfeller og rom for taktiske vurderinger. En veiledende retningslinje kan da for eksempel være om saken er bedre tjent med en grasrotmobilisering og politisering, i stedet for en rettsliggjøring. At strategisk sakførsel settes inn i konteksten av politisk påvirkning, får konsekvenser for når slik saksførsel bør anvendes. Siden det kun er når dette vil være det best egnede virkemiddelet for å fremme en målsetting at det er aktuelt å anvende det, setter dette både generelle og spesielle begrensninger for anvendelsesområdet. Det er selvfølgelig ikke snakk om et absolutt enten–eller, det er i prinsippet ingenting i veien for at grasrotmobilisering og politisk påvirkningsarbeid kombineres med strategisk saksførsel. Poenget er likevel at strategisk saksførsel først og fremst brukes der det gir større mulighet til å vinne frem enn mer tradisjonelt politisk påvirkningsarbeid.

Det finnes mange typer generelle begrensninger for muligheten til å bruke strategisk sakførsel. Et spørsmål i den sammenheng kan være hvilken stilling avgjørelser fra nasjonale domstoler har i det aktuelle rettssystemet. I et land som Storbritannia, hvor prejudikater generelt har en sterk stilling ved avgjørel-

² Nina Karin Monsen med fleres forsøk på saksanlegg mot staten på grunnlag av påståtte menneskerettighetsbrudd i forbindelse med ny kjønnsnøytral ekteskapslov er illustrerende for en politisk/filosofisk sak som ikke oppfyller vilkårene til rettskrav og rettslig interesse. Dette ble senest slått fast av Høyesteretts ankeutvalg i juli 2010. Saksøkerne har, så vidt jeg har forstått, nå klaget saken sin inn for Den europeiske menneskerettighetsdomstolen.

sen av rettsspørsmål, vil strategisk sakførsel ofte være et velegnet politisk virkemiddel. Et annet eksempel kan være om den relevante domstolen er uavhengig, respektert og tilstrekkelig sympatisk innstilt. Dette siste settes nok først og fremst på spissen i land med andre rettstradisjoner enn de vi har i Norge.

Det grunnleggende for de spesielle begrensningene for bruken av strategisk sakførsel er om det er mulig å finne en sak som er sterk nok til å ha en god mulighet for å vinne frem for domstolene. Dette har både en side til hvilke kriterier man legger til grunn ved saksutvelgelsen, og til en vurdering av risikoen for et tap og de potensielle følgene av et tap.

Den sentrale spesielle begrensningen er om en sak rettslig og faktisk er sterk nok.³ For det første må de rettslige grunnlagene og de rettslige argumentene være holdbare. Ved denne vurderingen bør man se hen til både nasjonale rettskilder og til regionale eller internasjonale konvensjoner og traktater, andre lands rettspraksis mv. der hvor det er relevant. Samtidig må sakens fakta holdes opp mot de relevante rettslige argumentene både med tanke på både bevisterskler og bevisbyrde. Hvorvidt man kan mønstre en klient som har forutsetninger for å vinne rettens sympati og tillit, bør også være en del av den overordnede vurderingen.

3. KURDISH HUMAN RIGHTS PROJECT

Kurdish Human Rights Project (KHRP) er et eksempel på en organisasjon som i stor utstrekning har brukt strategisk sakførsel i arbeidet sitt for å forbedre menneskerettighetssituasjonen for kurdere i blant annet Tyrkia. Med base i London har organisasjonen siden oppstarten i 1992 tatt sakene til cirka 500 personer⁴ til Menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg (EMD). De har også hatt en veldig god suksessrate i disse sakene. Dette har vært mulig gjennom at organisasjonen har tilknyttet seg et «legal team» av advokater som *pro bono* fører sakene for EMD. Organisasjonen benytter seg også av individklagemulighetene som finnes med hjemmel i FN-charteret og ulike FN-traktater, samt individklageordninger i OSCE og OECD. Bruk av andre individklageordninger enn EMD settes for eksempel på spissen hvis traktatrettigheter under en FN-traktat gir et bedre vern for individet, eller «admissibility»-kriteriene hos EMD står i veien for en sakførsel i Strasbourg.

Det er vanskelig å måle de politiske resultatene av KHRPs strategiske sakførsel, men enkelte saker har beviselig hatt følger, både rettslige og politiske. Saken Aydın mot Tyrkia⁵ er en slik sak: Da Şükran Aydın var 21 år gammel, ble hun arrestert av tyrkisk politi. Det ble satt bind for øynene hennes, hun ble kledd naken, slått, plassert i et dekk og spylt med en høytrykkslange, før hun

3 Man bør også vurdere muligheten for å anlegge et gruppesøksmål, jf. tvistelovens kapittel 35.

4 Dette tallet omfatter også saker som ble funnet «inadmissible» av EMD. 90 % av sakene skal imidlertid ha vært «admissible».

5 Aydın v. Turkey, dom av 25. september 1997.

ble voldtatt av flere av politimennene. EMD uttalte i denne saken for første gang at voldtekt i seg selv var tilstrekkelig til å kunne subsumeres under begrepet «tortur» i EMK artikkel 3. I dag er det alminnelig anerkjent i internasjonal rett at voldtekt kan utgjøre tortur.

En annen sak som har hatt stor generell rekkevidde, i hvert fall for personer i varetekt i Tyrkia, er Aksoy mot Tyrkia.⁶ Denne saken gjaldt en person som ble lam i både armene og beina etter tortur under 14 dagers varetekt, uten tilgang til domstolene, advokat eller lege. Som følge av EMDs dom mot Tyrkia i denne saken måtte tyrkiske myndigheter begrense tiden folk kunne sitte i varetekt. Ved å begrense tiden i varetekt begrenset man også tiden en person var eksponert for å bli torturert eller mishandlet i tyrkiske politistasjoner og fengsler. Slik behandling i varetekt har vært, og er fortsatt, et problem i Tyrkia.

Strategisk sakførsel har, i hvert fall for en organisasjon av KHRPs type, vist seg som et velegnet politisk virkemiddel. Spørsmålet er om noen av disse erfaringene og metodene kan overføres til norske forhold.

4. NORGE

Selv om jeg ikke har noen empirisk undersøkelse å støtte meg til, tyder det aller meste på at strategisk sakførsel i hvert fall ikke i noen stor grad har blitt brukt som et politisk virkemiddel i Norge. Det er flere eksempler på at sakførsel har blitt benyttet i enkeltsaker for å oppnå målsettinger av mer eller mindre politisk karakter. Alta-saken,⁷ om regulering av Altavassdraget, og Fusa-saken,⁸ om kommuners plikt til helsehjelp, er velkjente eksempler på dette. Men det har i liten grad vært snakk om gjentatt, organisert sakførsel over tid for å oppnå en overordnet politisk målsetting.

Advokatforeningens Aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett er et unntak fra dette.⁹ Gruppen er etter eget utsagn et rettssikkerhetstiltak, som gjennom å føre saker for domstolene arbeider for å styrke utlendingenes rettsstilling. Gjennom en nøye silingsprosess hvor kun cirka 5 prosent av søkerne kommer gjennom nåløyet, tar advokater fra advokatfirmaer tilknyttet gruppa utlendingssaker *pro bono* for domstolene. Hittil har også resultatene for Aksjons- og prosedyregruppen vært ganske gode, med en suksessrate på oppunder 70 prosent.

Det har ikke blitt foretatt noen undersøkelse av den politiske effekten av Aksjons- og prosedyregruppas arbeid, eller om en til tider sendrektig utlendingsforvaltning har innrettet seg etter avgjørelsene fra domstolene. Dette er det kanskje for tidlig å si noe om. Enkelte forhold og resultater fra gruppa

6 Aksoy v. Turkey, dom av 18. desember 1996.

7 Se blant annet Rt.1980.569 og Rt.1982.241.

8 Se Rt.1990.874.

9 Det skal sies at enkelte av arbeidstakerorganisasjonene, så som LO, bedriver sakførsel for domstolene som faller innenfor definisjonen av «strategisk sakførsel». Dette hadde definitivt fortjent nærmere omtale, men artikkelen avgrensers likevel mot dette.

kan imidlertid indikere at rettssikkerheten til utlendinger har blitt styrket. For eksempel har man greid å bryte «hegemoniet» som Regjeringsadvokaten, som prosessfullmektig for utlendingsforvaltningen, tidligere har hatt i lagmannsretten, i den forstand at det var veldig vanskelig å vinne saker der. Man har også ved en rekke anledninger greid å utfordre forvaltningens landinformasjon i asylsaker, og vunnet flere saker som involverer «barnets beste»-vurderinger og lengeværende barn.

5. HVORFOR IKKE STRATEGISK SAKFØRSEL?

Spørsmålet blir likevel hvorfor man i så liten grad benytter seg av strategisk sakførsel som politisk virkemiddel i Norge. Forklaringen er sammensatt, men en hovedårsak blir ofte sagt å være at vi ikke har en «common law»-tradisjon, og følgelig har ikke domstolene en like sterk stilling som de har i for eksempel England. Domstolene blir slik i seg selv ikke et like potent virkemiddel som de vil være i et rettssystem med mer rettsskapende domstoler.

En annen medvirkende årsak kan være at dommere i for eksempel England lettere inntar kritiske og selvstendige standpunkter i forhold til den lovgivende makten. Med dette sikter jeg til hangen mange engelske dommere har til å beskrive både lovgiver og forvaltning i tøffe ordelag når de mener anledningen krever det. Illustrerende er lord Hoffmanns ord i sitt votum i en sak som gjaldt hvorvidt en lovbestemmelse om tidsmessig ubegrenset varetekt av terrormistenkte uten dom kunne forenes med konstitusjonen og Storbritannias menneskerettighetsforpliktelser.¹⁰ Lord Hoffmann uttalte i den forbindelse at: «The real threat to the life of the nation [...] comes not from terrorism but from laws such as these. That is the true measure of what terrorism may achieve. It is for Parliament to decide whether to give the terrorists such a victory.» Man kan vel vanskelig se for seg at Norges Høyesterett uttaler noe liknende om Stortinget. Samtidig kan det være at denne påståtte uavhengigheten til engelske dommere har mer å gjøre med forskjeller i juridisk uttryksmåte (engelsk poesi mot norsk sakprosa) enn noe annet.¹¹

Økonomi kan også sette begrensninger for den strategiske sakførselen. Det er dyrt å gå til sak i Norge. Rettsgebyrer og advokatsalær koster. I tillegg risikerer man å måtte betale for motpartens saksomkostninger. Ytterligere kostnader påløper hvis saken blir anket gjennom flere rettsinstanser. For eksempel

¹⁰ A v. Secretary of State for the Home Department (2004).

¹¹ Et annet eksempel på engelske dommers språklige løssluppenhet, om enn ikke direkte relevant for denne artikkelen, finnes i dommen *HJ and HT v. Secretary of State for the Home Department* (2010). Overordnet gjaldt saken hva som kunne regnes som forfølgelse av homofile i Flyktningkonvensjonens forstand. Lord Rodger uttalte i forbindelse med hva som er beskyttet homofil atferd, blant annet at: «Just as male heterosexuals are free to enjoy themselves playing rugby, drinking beer and talking about girls with their mates, so male homosexuals are to be free to enjoy themselves going to Kylie concerts, drinking exotically coloured cocktails and talking about boys with their straight female mates.»

har staten ved Utlendingsnemnda en tendens til å anke de fleste utlendingssaker som tapes i førsteinstans. Organisasjonene som ønsker å bruke strategisk sakførsel i arbeidet sitt, må derfor ha en svært sterk økonomisk ryggrad. Heller ikke i Norge er det en selvfølge at organisasjoner har slike økonomiske ressurser tilgjengelig.

En annen mulig forklaring på norske advokaters manglende engasjement med hensyn til strategisk sakførsel kan være nettopp mangelen på engasjement i den norske advokatstanden. Det er nok et faktum at det er en sterkere kultur blant advokater i for eksempel England for *pro bono* juridisk/politisk engasjement. Et slikt generelt utsagn holder nok imidlertid heller ikke helt vann. Norges Juristforbunds medlemsblad, Juristkontakt, avkrefter vel for så vidt dette også når det melder at jurister er på frivillighetstoppen.¹² Det er vel heller ingen andre forhold som tilsier at norske advokater skulle være mindre samfunnsengasjerte enn andre yrkesgrupper. Forklaringen er vel heller at engasjementet får et annet uttrykk enn gjennom strategisk sakførsel. Samtidig er dette litt tankevekkende. For skulle det være slik at strategisk sakførsel i et gitt tilfelle var det mest velegnede virkemidlet for å arbeide mot en overordnet politisk målsetting, så er det jo synd at nettopp den spisskompetansen som advokater sitter inne med, ikke kan brukes til dette formålet.

6. ØNSKELIG MED STRATEGISK SAKFØRSEL?

Konklusjonen blir da at strategisk sakførsel foregår kun i begrenset grad i Norge. Samtidig er det ikke sterke forhold som tilsier at strategisk sakførsel generelt er uegnet som politisk strategi i en norsk kontekst. Riktignok er det en begrensning i at vi ikke tilhører en «common law»-tradisjon, og at vi tradisjonelt ikke har hatt noen utpreget kultur for at advokater på denne måten tar saker *pro bono* for domstolene. Det avgjørende bør likevel være hvilken politisk målsetting det er snakk om, hvordan rettskildet på området ser ut, og hva som alt i alt er en velegnet strategi for å arbeide mot en politisk målsetting.

Et annet spørsmål er om det er ønskelig med økt bruk av strategisk sakførsel i Norge. En mulig kritikk mot økt bruk av rettslige virkemidler for å oppnå politiske målsettinger kan være at politiske spørsmål blir rettsliggjort og angrepet på en (for) snever juridisk måte. I et slikt scenario kan man også se for seg at man mister «kontrollen» med en sak, og hvor alt står og faller på en sakførsel hvor resultatet kan slå begge veier.

En slik innvending er etter min mening ikke egnet til generelt å avskrive mulighetene som ligger i en strategisk sakførsel. Det avgjørende bør heller være hva som er den best egnede strategien for å vinne frem i en sak. Hvis det er en politisering og grasrotmobilisering heller enn sakførsel som er det best egnede virkemiddelet, så er jo svaret gitt. Jeg vil for eksempel tro at den

¹² Juristkontakt nr. 4 2010.

såkalte Hardanger-mast-saken er et eksempel på nettopp dette. Motsatt kanskje Rederiskatt-saken: Det er vanskelig å se for seg at rederne hadde greid å skape et bredt folkelig opprør mot Regjeringens skattelegging av rederiene, eller at Regjeringen ville kunne påvirkes til å forandre vedtaket sitt. Sakførsel for domstolene viste seg derimot å være en vellykket strategi fra redernes side, hvor Høyesterett under skarp dissens fant at Regjeringens vedtak stred med Grunnlovens tilbakevirkningsforbud.¹³ Bør ikke en slik strategi som rederne her brukte, også kunne brukes til fordel for svakerestilte grupper i samfunnet?

I dagens samfunn, hvor rettsliggjøring til det kjedsommelige blir brukt som forklaringsmodell på trendene i tiden, er det ikke vanskelig å tenke seg områder hvor strategisk sakførsel kunne være en velegnet metode for å oppnå politiske målsetninger til gunst for enkelte grupper. For eksempel kan man se for seg en liknende fremgangsmåte innen trygde- og sosialretten: Trygde- og sosialytelser er gjenstand for omfattende rettslig regulering, og spørsmål knyttet til dette representerer en sterk velferdsinteresse for dem det gjelder. Utlendingsfeltet er allerede nevnt: Kanskje hadde det her vært på sin plass å prøve spørsmålet om hvilke krav irregulære immigranter har til nødhjelp, for å unngå behandling i strid med EMK art. 3 og forbudet mot inhuman og nedverdiggende behandling? Et annet område kunne være bruk av isolasjon før og under straffegjennomføring. Det er i det hele tatt viktig at organisasjoner og pressgrupper i større grad blir klar over at de også har strategisk sakførsel som et mulig virkemiddel i arbeidet sitt. Avhengig av saksområde, ressurser og politiske realiteter så kan dette være en svært god måte å arbeide mot politiske målsetninger på.

¹³ Se Rt.2010.143.