

Myndighedsansvar for krænkelse af børn

Af lektor, lic.jur., Helle Isager, lektor, ph.d., Nicolaj Sivan Holst og lektor, ph.d., Caroline Adolphsen, Juridisk Institut, Aarhus Universitet

I artiklen behandles spørgsmålet om myndigheders eventuelle erstatningsansvar for krænkelse af børn, og der fokuseres herunder på samspillet mellem national ret og EMRK artikel 3 – især i relation til spørgsmålet om ansvarsgrundlag og udmåling af godtgørelse.

1. Indledning

Det er formentlig ikke gået manges næse forbi, at der hen over sommeren 2017 er afsagt dom i to landsretssager, hvor sagens genstand har været kommuners eventuelle erstatningsansvar for krænkelse mod børn, der har boet i de relevante kommuner, og at den ene sag netop er blevet stadfæstet af Højesteret. Det særlige ved sagerne er, at erstatningsspørgsmålet hovedsageligt ikke har været procederet på baggrund af traditionel dansk erstatningsret, men i stedet på bestemmelser i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Selvom sagerne har været flittigt debatteret, kan det være vanskeligt at finde frem til og forstå den nærmere juridiske begrundelse for udfaldet i de to sager og det retsgrundlag, der ligger til grund herfor. Disse spørgsmål behandles i denne artikel, hvor vi primært vil fokusere på, hvem der er ansvarssubjekt i sådanne sager, hvilket ansvarsgrundlag sagerne skal afgøres på, og hvilket grundlag en eventuel erstatning skal udmåles på. Vi vil desuden diskutere dommenes rækkevidde i forhold til fremtidige sager og kommunernes forpligtelser fremover.

Indledningsvis vil vi kort skitsere, hvad sagerne nærmere handlede om, og hvilke spørgsmål der endte med at være til pådømmelse.

1.1. Kort om sagerne

Esbjerg-sagen, der er optrykt i FED 2017.4 V og stadfæstet af Højesteret d. 21. marts 2018,¹ omhandlede spørgsmålet om et kommunalt erstatningsansvar for seksuelle krænkelse begået af en privatperson mod tre piger, som var kammerater til krænkerens børn. Spørgsmålet var, om kommunen ved ikke at forhindre overgrebene, som krænkeren blev dømt for i den underliggende straffesag, havde overtrådt Den Europæiske Menneskerettigheds-

konventionens (EMRK) artikel 3 om forbud mod umenneskelig og nedværdigende behandling og derved havde handlet ansvarspådragende ved ikke at have iværksat effektive og relevante foranstaltninger med henblik på at forhindre gerningsmandens overgreb. Kommunen blev i landsretten frifundet for erstatningspåstanden, idet retten udtalte:

»Der er ikke oplysninger i sagen om, at der – inden de 3 piger blev udsat for overgreb – er tilgået kommunen oplysninger, der har kunnet begrunde en konkret formodning eller anden mistanke om, at netop A, B eller C kunne risikere sådanne overgreb (vores fremhævninger)«.

Højesteret udtaler om samme spørgsmål:

»... at der efter en samlet vurdering af de underretninger og andre oplysninger, som kommunen modtog, ikke var oplyst omstændigheder, som burde have givet kommunen en rimeligt begrundet mistanke om, at der forelå en påregnelig risiko for, at gerningsmanden ville begå overgreb af den karakter, som A og B blev udsat for (vores fremhævninger)«.

Esbjerg-sagen afgøres således – i hvert fald for en umiddelbar betragtning – på baggrund af de almindelige erstatningsbetingelser i dansk ret. Kommunen havde ikke haft en ansvarspådragende viden eller burde-viden (culpa), og krænkelse af pigerne havde ikke været en påregnelig følge af kommunens manglende opfyldelse af de lovbestemte forpligtelser (adækvans). Både landsretten og Højesteret afviste desuden, at EMRK artikel 3 fandt anvendelse i sagen, og Højesteret udtaler i den forbindelse:

»... at det i en sag som den foreliggende, der drejer sig om gerningsmandens krænkelse af andre børn end børnene i hans egen familie, og hvor det gøres gældende, at foranstaltninger over for gerningsmanden eller dennes familie ville have forhindret krænkelse, under alle omstændigheder er et krav for at kunne statuere et ansvar efter artikel 3, at den relevante myndighed vidste eller burde have indset, at der var risiko for, at andre børn ville blive udsat for overgreb eller misbrug (vores fremhævning)«.

Vestre landsret udtalte:

»Kommunens manglende iagttagelse af pligten til i nødvendigt omfang at føre tilsyn med og rettidigt at undersøge forholdene hos gerningsmandens familie [...] kan som anført udgøre en krænkelse af EMRK artikel 3 i forhold til gerningsmandens børn. Selv om en kommunes forsømmelser efter serviceloven i forhold til indsatsen over for en konkret familie kan bevirke, at overgreb eller anden krænkelse, der

1. Sag nr. 111/2017, som kan findes på <http://www.hoejesteret.dk/hoejesteret/nyheder/Afgorelser/Pages/ikkekraenkelseafDenEuropaeiskeMenneskerettighedsKonvention.aspx>.

overgår andre i eller uden for hjemmet, heller ikke bliver afdækket og forhindret, *udgør dette ikke i sig selv en krænkelse af EMRK artikel 3 i forhold til disse.*« (Vores fremhævninger)

Modsat Esbjerg Kommune blev Slagelse Kommune fundet erstatningsansvarlig i U 2017.3272 Ø for overgreb begået mod tre søstre af deres plejefar. Der var i sagen enighed mellem sagens parter om, at pigerne under opholdet havde været udsat for umenneskelig og nedværdigende behandling efter EMRK artikel 3. Sagen blev ikke procederet eller afgjort efter den almindelige danske erstatningsret, men på EMRK artikel 3, 13 og 41 om henholdsvis effektive retsmidler og erstatning.

2. Ansvarssubjektet

Et væsentligt spørgsmål, når det handler om erstatning for overtrædelser af EMRK artikel 3, er, *hvem* der er ansvarssubjektet for et sådant søgsmål. Spørgsmålet har ikke rigtigt været problematiseret i diskussionen om offentlige myndigheders erstatningsansvar, men når spørgsmålet er særligt relevant ved erstatningsansvar, der støttes på overtrædelser af EMRK, så skyldes det selve konventionsansvarets konstruktion.

I en ny antologi fra 2017 om offentlige myndigheders erstatningsansvar anføres det, at erstatningsansvar kan ifaldes alene på baggrund af en konventionskrænkelse, og at der ikke kræves noget selvstændigt culpaansvar i denne forbindelse. Ansvaret må hvile på selve konstateringen af ikke-overholdelse af konventionen, og de almindelige ansvarsfrihedsgrunde har derfor heller ikke nogen betydning.² Dette støttes i bogen bl.a. på EMRK artikel 13, hvorefter der skal være adgang til at få fastslået statens ansvar for krænkelse af EMRK på nationalt plan. Spørgsmålet om, *hvem* der er rette myndighed for et sådant ansvar ved konventionskrænkelser, behandles ikke direkte, men direktøren for Institut for Menneskerettigheder, Jonas Christoffersen, anfører helt kort i sit kapitel i bogen, at en kommunes tilsidesættelse af tilsynspligt kan udgøre en krænkelse af art. 3 og give anledning til kompensation i medfør af art. 13,³ og oplyser, at

»[d]er verserer flere sager om dette spørgsmål, og der ses ikke at foreligge trykt praksis herom.«⁴

Dette var også Institut for Menneskerettigheders opfattelse i forbindelse med dets biinterviewing i Slagelse-sagen, uden der her blev argumenteret yderligere for synspunktet:

»Det bemærkes, at det er kommunen, der er rette sagsøgte i en sag ved de danske domstole om erstatning eller godtgørelse for kommunens krænkelse af EMRK og ikke »Staten Danmark« som anført af K

Kommune, hvorimod en sag ved Menneskerettighedsdomstolen naturligvis anlægges mod staten.«

Kommunen påstod derimod sagen afvist netop med den begrundelse, at alene staten kunne være genstand for sådanne søgsmål. Østre Landsret gav ikke kommunen medhold, men forholdt sig heller ikke indholdsmæssigt til indsigelsen. Landsretten anførte således alene (i forbindelse med behandlingen af forældelsesspørgsmålet[?]):

»Der kan ikke gives kommunen medhold i, at en godtgørelsespåstand baseret på en krænkelse af EMRK udelukkende kan rettes mod staten.«

Opfattelsen kan umiddelbart virke overraskende. Hverken konventionen selv eller inkorporeringsloven⁵ omtaler andre myndigheder end stater. EMRK kan kun tiltrædes af medlemsstater af Europarådet, jf. EMRK artikel 59, og kun stater kan være kontraherende parter i forhold til konventionen. Det er disse stater, der efter artikel 1 garanterer enhver person under deres jurisdiktion de i konventionerne oplyste rettigheder. Konsekvensen heraf er, at kun stater er pligtsubjekter under konventionen.⁶ Selvom beskyttelsen efter konventionen både gælder i forholdet mellem staten og privatpersoner og privatpersoner imellem, er det alene stater, der kan indbringes for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD). Dette gælder også, hvor krænkelsen består i, at staten ikke i tilstrækkelig grad har sikret, at børn undgår at blive udsat for overgreb af andre. Se f.eks. *Z and others v. UK (10. maj 2001)*. I EMRK artikel 13 ligger en forpligtelse til at sikre, at der på nationalt plan skal være adgang til at få fastslået statens ansvar for krænkelse af EMRK artikel 3 f.eks. igennem erstatning eller godtgørelse.⁷ Det betyder, at staterne skal sikre, at de ved egne domstole kan blive stillet til ansvar for ikke at have sikret deres borgeres rettigheder under konventionen. Artikel 13 tager ikke stilling til, om dette skal ske ved en selvstændig lov (som man f.eks. har gjort i Sverige), eller om det (hvor der er tale om erstatning eller godtgørelse) skal ske ud fra statens evt. uskrevne erstatningsregler og principper. Konventionen kræver alene, at staten kan blive holdt ansvarlig. Det vil således være naturligt at tro, at der i konventionsforpligtelsen ligger en antagelse om, at det kun er selve staten, der kan blive ansvarlig for konventionskrænkelser, også hvor krænkelsen skyldes andre end statslige aktørers handlinger.

Ud fra denne forståelse, hvor ansvaret alene bygger på konstateringen af en konventionskrænkelse, vil det naturlige ansvarssubjekt derfor være staten, og erstatningssager vil skulle anlægges mod centrale statslige organer el-

2. Jf. Peter Pagh, Søren Mørup og Niels Fenger (red.): Offentlige myndigheders erstatningsansvar, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2017, s. 165 f.
3. Se nok i samme retning Michael Götze og Stine Jørgensen i U 2008B.339.
4. Her må antages at tænke på de dengang verserende Esbjerg og Slagelse-sager.

5. Lovbekendtgørelse 1998-10-19 nr. 750 af 19. oktober 1998 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Konventionen er ratificeret af Danmark den 31. marts 1953.
6. Se Peer Lorenzen m.fl.: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer, Bind 1, 3. udgave, 2011, s. 14.
7. Se også Peter Pagh, Søren Højgaard Mørup, Niels Fenger (red.): Offentlige myndigheders erstatningsansvar, 2017, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, s. 165.

ler staten som sådan. Denne linje er dog ikke fulgt i retspraksis.⁸

Antagelsen om, at andre myndigheder end staten (herunder de statslige myndigheder) kan gøres ansvarlige, som det sker i Slagelse-sagen, er således ikke så selvfølgelig eller uproblematisk. Skal et ansvar alene bygges på den manglende overholdelse af EMRK, uden at den offentlige myndighed, f.eks. kommunen, har nogen »skyld« i krænkelserne, vil myndigheden alene kunne blive erstatningsansvarlig, hvis den identificeres med staten. Organisatorisk er det klart – helt på grundlovsniveau – at staten og kommunerne ikke kan identificeres med hinanden, men dette gælder naturligvis også rent økonomisk. Det er klart, at det både er mest praktisk, procesbesparende og rimeligt, at en sag om krænkelser af EMRK kan afgøres allerede nationalt, men det er problematisk, at hvis en frifindelse i en erstatningssag mod en kommune indbringes for EMD, vil sagen handle om statens ansvar og en eventuel godtgørelse betales af staten som den endelige ansvarlige for overholdelsen af EMRK og ikke kommunen uden mulighed for refusion. Denne utilsigtede virkning er naturligvis alene problematisk i de tilfælde hvor – som i Slagelse-sagen – ansvaret bygger på den objektive konstatering af, at klagernes rettigheder efter EMRK artikel 3 er blevet krænket uden krav om selvstændig culpa/skyld fra den offentlige myndigheds side.

3. Ansvarsgrundlaget

3.1. Indledning

Mens Esbjerg-sagen alene handler om kommunens erstatningsansvar for egne skadevoldende/krænkende handlinger, opstod der i Slagelse-sagen tillige et spørgsmål om erstatningsansvar for tredjemand, da Slagelse Kommune havde udliciteret opgaver på det sociale område til en privat virksomhed (PRO). I dette afsnit vil vi behandle de mulige ansvarsgrundlag mere indgående.

Nedenfor behandles de to potentielle ansvarsgrundlag hver for sig.

3.2. Kommunens erstatningsansvar for egne

skadevoldende/krænkende handlinger eller unkladelser

3.2.1. Ansvarsgrundlaget

Udgangspunktet efter dansk ret er, at det kommunale erstatningsansvar er et *culpa-ansvar*,⁹ og at de almindelige

8. Se f.eks. U 2011.2695 H, hvor der blev anlagt sag efter princippet i erstatningsansvarslovens § 26 for overtrædelse af EMRK, art. 8 og 13, mod Integrationsministeriet i forbindelse med en udvisningssag, og i FED 2012.5, hvor der også på baggrund af princippet i erstatningsansvarslovens § 26 anlagt sag mod politiet med påstand om, at masseanholdelserne i forbindelse med COP 15 var i strid med EMRK, art. 5. Omvendt har der også været anlagt sager mod ikke statslige myndigheder for konventionskrænkelser, dog alle ud fra princippet i EAL § 26. Se f.eks. U 1998.337 V mod Århus Amt for krænkelser af EMRK art. 5, hvor der af konkrete grunde skete frifindelse og U 2014.3300 Ø, hvor Odense Universitetshospital blev dømt til at betale godtgørelse for krænkelser af art. 3 efter princippet i EAL § 26.

9. Se Karsten Revsbech m.fl.: Forvaltningsret, Almindelige emner, 6. udgave, 2016, s. 573 ff.

erstatningsbetingelser om *kausalitet*, *adækvans* og et *tab* skal være opfyldt. Dette gælder, uanset om 'kommunen' aktivt begår fejl eller i øvrigt gør sig skyldig i forsømmelser, og uanset om der er tale om en enkelt skadevoldende ansat eller – som der er tale om i nærværende sager – kumulative fejl.¹⁰

Mens *ansvarsgrundlaget* således er det samme som for private aktører, vil *ansvarsbedømmelsen*, når det handler om kommuner, bero på en konkret vurdering af, hvilke krav der bør stilles til kommunen i forhold til de opgaver, kommunen skal udføre (hvorved skaden er opstået).¹¹ Bedømmelsen heraf må i sagens natur veksle efter, hvilken opgave der er tale om.

Der var enighed mellem parterne i nærværende sager om, at begge kommuner i meget vidt omfang havde overtrådt servicelovens børneregler om opsporing, undersøgelse mv. I Slagelse-sagen var parterne desuden enige om, at kommunen havde overtrådt EMRK art. 3.

Det næste spørgsmål bliver så, om kommunerne dermed *automatisk* har handlet ansvarspådragende, eller om der stadig skal foretages en culpabedømmelse? Skal der sættes et lighedstegn mellem myndighedssvigt og et ansvarsgrundlag? I Esbjerg-sagen angiver Vestre Landsret i præmisserne, at

»Der er ikke oplysninger i sagen om, at der – inden de 3 piger blev udsat for overgreb – er tilgæet kommunen oplysninger, der har kunnet begrunde en konkret formodning eller anden mistanke om, at netop A, B eller C kunne risikere sådanne overgreb. (Vores fremhævninger)«

Højesteret angiver i deres præmisser, at

»... at det i en sag som den foreliggende, der drejer sig om gerningsmandens krænkelser af andre børn end børnene i hans egen familie, og hvor det gøres gældende, at foranstaltninger over for gemingsmanden eller dennes familie ville have forhindret krænkelserne, under alle omstændigheder er et krav for at kunne statuere et ansvar efter artikel 3, at den relevante myndighed vidste eller burde have indset, at der var risiko for, at andre børn ville blive udsat for overgreb eller misbrug. (Vores fremhævninger)«

Det er svært at læse præmisserne anderledes end, at erstatningsansvaret forudsætter, at kommunen har handlet culpøst i forhold til de konkrete piger. Begge instanser forudsætter således, at en objektiv konstatering af, at børn i en kommune har været udsat for en umenneskelig behandling i strid med EMRK art. 3, ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at statuere erstatningsansvar for kommunen, hvis denne ikke har en selvstændig »skyld« i krænkelserne. Selvom resultatet blev anderledes i Slagelse-sagen, kan dele af Østre Landsrets præmisser læses i samme retning, og det fremgår heraf, at

10. Se Karsten Revsbech m.fl.: Forvaltningsret, Almindelige emner, 6. udgave, 2016, s. 573. Se også Freya Semada og Ingrid Hartelius Dall: Myndighedernes erstatningsansvar ved omsorgssvigt af børn i Nordisk Socialrettslig Tidsskrift, nr. 11-12, 2015, s. 97.

11. Se Karsten Revsbech m.fl.: Forvaltningsret, Almindelige emner, 6. udgave, 2016, s. 574.

»Landsretten finder, at det efter karakteren og alvoren af de forskellige indberetninger og bekymringer *må have stået klart* for kommunen, at sagsøgerne risikerede at blive udsat for personlige overgreb [...]« (vores fremhævninger).

Omvendt udtalte Østre Landsret, at det ikke er nødvendigt for at tilkende pigerne erstatning, at der er sket en overtrædelse af dansk ret, og at erstatningen vil kunne tilkendes direkte på grundlag af EMRK art 3, hvorefter der ikke stilles krav om culpa:

»Der er under sagen enighed om, at sagsøgerne under anbringelsen på T var udsat for en sådan umenneskelig og nedværdigende behandling, som er omfattet af EMRK artikel 3. Afgørende for bedømmelsen af sagen er således, om kommunen vidste eller burde have vidst, at sagsøgerne blev udsat for sådanne overgreb, og om kommunen i givet fald har udfoldet rimelige bestræbelser for at forhindre yderligere overgreb.

Det kan lægges til grund, at servicelovens regler om blandt andet tilsynet med anbragte børn er skærpet flere gange siden sagsøgernes anbringelse, og at kommunernes handlepligter og handlemuligheder således har ændret karakter som også anført af K Kommune. Ved bedømmelsen af kommunens ansvar må der henses til reglerne i den dagældende servicelov, men det er ikke en forudsætning for det offentliges selvstændige ansvar for tilsidesættelse af handlepligten, at der er handlet i strid med national lovgivning.«

Landsretten synes herved at lægge til grund, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention udgør et sådant særligt retsgrundlag, der medfører, at de danske krav til erstatning må fraviges. Synspunktet, som også er blevet præsenteret i nyere litteratur,¹² deler vi dog ikke. Det kan efter vores opfattelse i hvert fald ikke være gældende på børneområdet, hvor der er fastsat specifikke regler om netop den omtalte handlepligt, jf. nærmere nedenfor.

3.2.2. Karakteren af kommunens forpligtelser efter serviceloven og betydningen heraf for ansvarsgrundlaget

Det følger udtrykkeligt af servicelovens børnebestemmelser, at kommunerne skal yde støtte til børn og unge, hvis lovens formelle betingelser og materielle kriterier – i nærværende sammenhæng '*behov for særlig støtte*'¹³ – herfor er opfyldt. Udsatte børn og unge er et kommunalt ansvar, og der er ikke rum i reglerne til at justere indsatsen alt afhængig af kommunens økonomi og bemanning.

Ansvar på børneområdet kan inddeles i to trin: Hvordan kommunen helt overordnet har indrettet sin socialforvaltning, og hvorvidt den konkrete sag er blevet behandlet korrekt.

Førstnævnte spørgsmål, der berøres i både servicelovens¹⁴ (SEL) § 19, stk. 2, og § 146, stk. 2, har visse paralleller til spørgsmål om offentlige myndigheders serviceniveau, da det – inden for lovens rammer – må være et

12. Se beskrivelsen ovenfor under afsnit 2.

13. Kriteriet '*behov for særlig støtte*' fremgår udtrykkeligt af overskriften til servicelovens kapitel 11 om socialt udsatte børn og unge og genfindes bl.a. i formålsbestemmelsen (§ 46), undersøgelsesbestemmelsen (§ 50), reglen om frivillige foranstaltninger (§ 52) og reglerne om offentligt ansatte og kommuners underretningsspligt (hhv. § 153 og § 152).

14. Lovbekendtgørelse nr. 988 af 17. august 2017.

spørgsmål om faglig forsvarlighed, hvordan en kommune indretter sin forvaltning.¹⁵

Kommunens ansvar på børneområdet er i første omgang et *tilsynsansvar*.

Tilsynspligten findes i SEL § 146, hvorefter kommunalbestyrelsen *skal* føre tilsyn med de forhold, børn og unge i kommunen lever under. Det giver sig selv, at kommunalbestyrelsen, forstået som den relevante forvaltningsgren i den enkelte kommune, ikke kan være aktivt til stede overalt, hvor der er børn, og tilsynspligten forudsætter derfor, *både* at kommunen modtager relevant information fra primæraktører i skoler, daginstitutioner etc. og private borgere, og at kommunen har et beredskab til at håndtere disse informationer. Reglerne herom findes i servicelovens bestemmelser om underretningsspligt, jf. SEL §§ 152 ff. Disse regler, der nu suppleres af specifikke videregivelsesregler mellem primæraktører og kommuner (SEL § 49 a) og politiet og kommunen (SEL § 49 b), forpligter den ansvarlige kommune¹⁶ til at *reagere* på en underretning og iværksætte en børnefaglig undersøgelse, hvis betingelserne herfor er til stede. Ligeledes skal kommunen *vurdere* og efter omstændighederne *reagere på* oplysninger, som barnet eller barnets forældre selv henvender sig med.

Mens en kommune, der ikke har et tilstrækkeligt beredskab til at håndtere henvendelser fra relevante aktører, vil kunne ifalde et erstatningsansvar på baggrund af manglende faglig forsvarlighed,¹⁷ kan SEL § 146 efter vores vurdering ikke læses som indeholdende en egentlig *aktiv tilsynspligt*, hvor medarbejdere fra den relevante forvaltningsgren *af sig selv* og *uden forudgående information* skal føre et konkret tilsyn med den familie eller det enkelte barn.

Anderledes skriver Stine Jørgensen og Michael Gøtze om SEL § 146, at '*Denne bestemmelse angiver en kommunal handlingsforpligtelse*',¹⁸ uden at det dog nærmere fremgår,

15. Serviceniveau-sager føres typisk på sundhedsområdet, hvor domstolens praksis er, at regionen ikke ifalder et erstatningsansvar for en behandling på et niveau under det fagligt optimale, så længe behandlingen har levet op til et minimumskrav om faglig forsvarlighed. Se U 2008.2813 H og U 1985.368 H. Spørgsmålet har dog også været behandlet inden for børne- og socialretten i U 2013.2324 H (hjemmehjælp) og U 2010.1394 H (ordblindeundervisning). Der er på disse områder ikke fastsat lige så specifikke regler, der forpligter kommunerne, og afgørelserne har derfor ikke videre betydning ved fortolkningen af børnereglerne.

16. Handlekommunen vil som det klare udgangspunkt være den kommune, som barnet opholder sig (bor) i, jf. lovbekendtgørelse nr. 1096 af 13. september 2017 om retssikkerhed og administration på det sociale område.

17. Det bemærkes i den forbindelse, at det antages i teorien, at der skal ske en lempelig vurdering af kommunens ansvar ved overtrædelse af en bredere – ikke konkretiseret – tilsynsforpligtelse, end hvor tilsynet indeholder faste regler og rammer, jf. Karsten Revsbech m.fl.: Forvaltningsret, Almindelige emner, 6. udgave, 2016, s. 577 ff., hvilket er i tråd med en forståelse af, at en overtrædelse af kommunens tilsynsforpligtelse efter serviceloven først bliver (potentielt) erstatningspådragende, hvor kommunen har overtrådt de dertil knyttede bestemmelser, eller hvor man har siddet konkrete henvendelser overhørigt.

18. Se Stine Jørgensen og Michael Gøtze: 'Kommuner på anklagebænken i børnemisbrugssager' i Advokaten nr. 9, 2010, s. 42.

hvad der ligger heri. Forfatterne synes derved at indlæse EMRK artikel 3 og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning heraf, herunder i forhold til et konventionsbestemt erstatningsgrundlag i SEL § 146. Efter vores opfattelse er det dog mere korrekt at sige, at den danske stat har udmøntet den *tilsynsforpligtelse*, der kan siges at ligge i EMRK artikel 3 i SEL § 146,¹⁹ og at der derfor ikke kan siges at gælde en sideløbende og mere omfattende tilsynspligt efter konventionen. Lovgiver har med inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention taget aktiv stilling til konventionens retskildeværdi som en lov på niveau med andre love, og her vil servicelovens tilsynsforpligtelse ud fra specialisbetragtninger være det relevante retsgrundlag, og culpa være det relevante ansvarsgrundlag. At danske retsregler skal fortolkes i lyset af konventionen kan efter vores vurdering ikke føre til, at der – uden lovgivers aktive stillingtagen – introduceres fundamentalt anderledes regler om ansvarsgrundlag i national ret. Vi er ikke uenige i, at der i Slagelse-sagen er sket en krænkelse af EMRK artikel 3, da den manglende sagsbehandling *samlet set* medførte, at pigerne ikke blev beskyttet mod den umenneskelige og nedværdigende behandling, de blev udsat for af deres plejefar, men vi er uenige i, at der *i tillæg til* tilsynsplikten efter serviceloven gælder en mere aktiv tilsynspligt efter konventionen, og at dansk rets almindelige erstatningsbetingelser ikke skal være opfyldt.

Det betyder også, at de almindelige *bevisbyrderegler* finder anvendelse, og at det derfor er skadelidte, der skal bevise, at skadevolder har handlet culpøst. I Esbjerg-sagen afviser Vestre Landsret da også, at bevisbyrden i sagen skal vendes om som følge af kommunens manglende vilje til at udlevere fortrolige dokumenter til skadelidte og deres advokat, og fastholder derved det helt grundlæggende erstatningsretlige princip om, at den, der vil have en anden dømt, må kunne løfte bevisbyrden.²⁰ Noget andet er, at *beviskravet* vil kunne lempes under hensyntagen til grovheden af myndighedens fejl,²¹ og i nærværende sager, hvor servicelovens regler er overtrådt flere gange over en lang periode af samme forvaltning, kan der argumenteres for en vis formodning for, at der kan være handlet culpøst – også selvom den enkelte sagsbehandler ikke har handlet uagtsomt.

3.3. Kommunens ansvar for selvstændigt virkende tredjemand

I Slagelse-sagen havde Slagelse Kommune udliciteret tilsynet til en privat virksomhed (PRO). Det er derfor relevant at overveje andre nationale ansvarsgrundlag end culpa som grundlag for kommunernes ansvar for en kon-

ventionskrænkelse. I Slagelse-sagen fastslog landsretten, at kommunens ansvar skulle

»vurderes uafhængigt af [...] et ansvar for den private virksomhed PRO, som kommunen havde udliciteret tilsynet til«.

En eventuel culpøs handling fra PROs side ville imidlertid efter national ret aktualisere spørgsmålet, om kommunen kunne pålægges et hæftelsesansvar for fejl begået af den selvstændigt virkende tredjemand PRO, og om et sådant ansvarsgrundlag var tilstrækkeligt til at pålægge kommunen en erstatningspligt for en konventionskrænkelse. Udgangspunktet er ganske vist, at hvervgiveren/kommunen ikke bærer et hæftelsesansvar.²² I Slagelse-sagen påberåbte kommunen sig, at pigerne forligsmæssigt havde modtaget en godtgørelse på 200.000 kr. fra PRO, og at kommunen

»allerede af denne grund må frifindes for eventuelle ansvarspådragende fejl begået i forbindelse med sin udførelse af det personrettede tilsyn«.

Det forhold, at kommunen mod betaling havde overladt tilsynet til en privat virksomhed, er selvsagt ikke *i sig selv* ansvarsfritagende for kommunen. Det problematiske i denne sammenhæng er netop, at forpligtelserne efter EMRK/SEL er en myndighedsopgave, og at kommunen havde delegeret myndighedsopgaven til en privat virksomhed, men at erstatningsansvaret for en eventuel krænkelse af EMRK/SEL næppe kan delegeres til en privat virksomhed.²³ Såfremt det kunne bevises, at PRO havde udvist ansvarspådragende adfærd i forbindelse med udførelsen af tilsynsopgaven, ville kommunen formentlig kunne være pålagt et (solidarisk) hæftelsesansvar for den selvstændigt virkende tredjemand med den følge, at kommunen måtte betale godtgørelse for konventionskrænkelsen. I denne retning taler det forhold, at tilsynsopgaven påhviler kommunen, og selv om kommunen aftaler med en tredjemand, at denne skal varetage opgaven, vil erstatningsansvaret over for skadelidte stadig påhvile kommunen.²⁴

3.4. Passivitetsbetragtninger

Kendetegnende for både Esbjerg- og Slagelse-sagen er, at det påståede ansvar bygger på kommunens passivitet. Passivitetsansvar har været genstand for stor diskussion inden for strafferetten, men har i mindre grad tiltrukket

19. Se måske i samme retning Stine Jørgensen og Michael Gøtze: 'Ret til effektive retsmidler og myndighedsansvar i sociale sager' i U.2008 B.339, s. 340.

20. Spørgsmålet om omvendt bevisbyrde er ikke en del af sagen for Højesteret.

21. Se Karsten Revsbech m.fl.: Forvaltningsret, Almindelige emner, 6. udgave, 2016, s. 602.

22. Se Bo von Eyben og Helle Isager: Lærebog i erstatningsret, 8. udg., 2015, s. 178 f. og Holle: Hæftelsesansvar for selvstændigt virkende tredjemand, 2013, s. 79 ff.

23. Se i denne retning Holle: Hæftelsesansvar for selvstændigt virkende tredjemand, 2013, s.181 ff. og 231.

24. Kommunen kan heller ikke kontraktmæssigt fralægge sig ansvaret over for skadelidte, jf. U 1933. 176 Ø (selv om kommunen kontraktmæssigt havde overladt varetagelse af alle nødvendige sikkerhedsforanstaltninger i forbindelse med vejarbejde på en offentlig færdselsbane til et entreprenørfirma, bar kommunen som hvervgiver ansvaret for en fejl begået af entreprenørfirmaet).

sig interesse inden for dansk erstatningsretlig teori.²⁵ Efter praksis kan man således straffes for medvirken til en forbrydelse i de særlige tilfælde, hvor der er grundlag for at sidestille passivitet med en aktiv medvirkenshandling. Denne sidestillelse kræver, at der er en særlig forbindelse mellem den passive person og det kriminelle hændelsesforløb, således at der med rimelighed kunne forventes en aktiv handling fra den pågældende, idet passiviteten ellers kan anses som udtryk for tilslutning til eller understøttelse af forbrydelsen.²⁶ Det typiske eksempel herpå er tilfælde, hvor forældre til trods for deres omsorgspligt forholder sig passive over for samleveres vold eller seksuelle krænkelse af deres børn.²⁷ Dette betyder dog ikke, at undladelser generelt er lige så strafværdige som aktive handlinger. Dette kommer bl.a. til udtryk i forbindelse med strafudmålingen i straffesager.²⁸ Forskellen kommer dog også til udtryk ved det ofte oversete forhold, at de passivt medvirkende forældre efter fast praksis aldrig idømmes *erstatningspligt* over for offeret i forbindelse med straffesagerne. Dette sker efter fast praksis med henvisning til Højesterets afgørelse i U 2000.1085 H, hvor landsretten, tiltrådt af Højesteret, uden yderligere begrundelse fastslog: »Der findes ikke grundlag for at pålægge tiltalte T, der alene er dømt for medvirken i form af undladelse, at betale godtgørelse til døtrene.« I disse sager pålægges erstatningsansvaret således alene den *aktive* gerningsmand/krænker.

Det ser ikke ud til, at man i Slagelse-sagen har gjort sig nærmere overvejelser om forholdet til denne erstatningspraksis i sager, der omhandler forældres passivitet, som ellers – inden for strafferetten – er *kerneområdet* for passivtetsansvar. Erstatningsgrundlaget i begge typer af sager vil skulle findes i princippet i EAL § 26 om tort, og i begge typer af sager er der tale om passivitet over for andres forbrydelser mod børn på trods af en pligt til at gribe ind. Det kan således undre, at der erstatningsretligt skulle være forskel på, om denne handlepligt følger af forældres almindelige og lovfæstede omsorgspligt over for deres børn eller en kommunes handlepligt efter serviceloven. At den moralske fordømmelse af den passive forælder er større end den passive kommune, er nok utvivlsomt. Dette ses jo allerede ved det forhold, at den passive forælder strafferetligt bliver dømt som »medgerningsmand« ved sin tilsidesættelse af sin handlepligt, hvorimod man vanskeligt kan forestille sig kommunen blive det samme. Hvorfor den passive kommune, modsat den passive forælder, kan blive erstatningsansvarlig, selvom kommu-

nens brøde (også) alene består i passivitet, er vanskeligt at forklare.

3.5. Kausalitet

Det er en almindelig erstatningsretlig betingelse, at der skal være kausalitet eller årsagssammenhæng mellem den skadende eller krænkende adfærd og selve skaden/krænkelsen. Den nyeste praksis i Esbjerg-sagen og Slagelse-sagen giver dog anledning til en vis usikkerhed med hensyn til, hvordan dette kausalitetskrav skal forstås i denne type af sager. Usikkerheden afspejler sig endda direkte i anbringenderne i Esbjerg-sagen, hvor de erstatningssøgendes anbringender vedrørende årsagssammenhængen visse steder er indbyrdes modstridende.

Hovedanbringendet i Esbjerg-sagen var, at Esbjerg Kommune havde krænkede de erstatningssøgendes rettigheder efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 3 ved at have undladt – med fornøden effektivitet og hurtighed, som der var pligt til efter dagældende servicelov som fortolket i lyset af artikel 3 – at have reageret på en række underretninger, der kunne give anledning til mistanke om seksuelt misbrug af børnene. Sagsøgerne påstod derfor, at hvis kommunen havde reageret relevant, kunne det have hindret (yderligere) krænkelse. Man peger herved på en kausalitet mellem kommunens undladelse og misbruget af børnene, men ikke i en *conditio sine qua non*-form. I stedet peges på en slags »hindrengssammenhæng«, hvor sammenhængen mellem en undladelse og skaden/krænkelsen er kendetegnet ved, at det, man burde have gjort, ville have forhindret eller formindsket skaden/krænkelsen, hvilket til en vis grad er sædvanligt, når der tales om passivtetsansvar.²⁹ Mht. kravet om årsagssammenhæng anfører samme sagsøgere i Esbjerg-sagen dog senere i deres anbringender, at det er

»passivitet fra kommunens side, som er *direkte årsag* til krænkelse af de 3 piger, idet en tidligere indsats fra kommunens side ville have forhindret overgrebene.«³⁰ (Vores fremhævelse)

Her angives kommunens adfærd altså som en *direkte årsag* og derved som en nødvendig betingelse (*conditio sine qua non*) for gerningsmandens overgreb. Kommunen synes at have været af den opfattelse, at der måtte gælde et *conditio sine qua non*-krav til årsagssammenhængen:

»Det bestrides således, at en anden behandling af sagen om gerningsmandens familie kunne have sikret, at overgrebene mod pigerne ikke havde fundet sted. Uanset hvilke foranstaltninger kommunen havde fundet hjemmel i serviceloven til at bringe i anvendelse over for gerningsmanden og hans familie, ville ingen af disse i sig selv væ-

25. Se modsat i Norge, hvor Nils Nygaard særligt har beskæftiget sig med spørgsmålet. Se eksempelvis Nils Nygaard: Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis. 1974. Universitetsforlaget.

26. Se U 2014.1150 H.

27. Se f.eks. U 1998.545 H, TfK 2012.234 Ø, U 2012.998 V og U 2013.904 V.

28. Se f.eks. U 1998.545 H, hvor moderen T2 blev dømt for medvirken til samleveren T1's dødelige vold over for hendes 3½-årige barn, idet hun havde undladt at reagere over for volden på trods af, at hun vidste, at den fandt sted. Her blev T1 idømt fængsel i 8 år, hvorimod straffen for T2 alene fastsattes til 1½ år fængsel.

29. Begrebet »hindrengssammenhæng« stammer fra norsk erstatningsretlig teori og bruges til at beskrive årsagssammenhængen ved passivitet. Her kræves det, at den handling, som undladelsen modsvarer (altså det burde skulle have gjort), ville have hindret eller modvirket følgen (skaden eller krænkelsen). Nygaard, 2007, s. 326-328 (nyeste udgave), samt Nils Nygaard: Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis. 1974. Universitetsforlaget, s. 110 ff.

30. Jf. dommen s. 40.

re egnede til effektivt at hindre, at personer udenfor familiens kreds kunne blive udsat for overgreb fra gerningsmanden».³¹

Retten frifandt for erstatning, men tog ikke stilling til, hvilke krav der kunne stilles til årsagssammenhængen.

I Slagelse-sagen gjorde kommunen kort gældende:

»at der ikke er kausalitet mellem de mulige sagsbehandlingsfejl, herunder en eventuel overtrædelse af tilsynsforpligtelsen i den dagældende servicelov, og de strafbare forhold, som efterfølgende blev af-dækket i forbindelse med straffesagen«.

Østre Landsret, der som anført fandt Slagelse Kommune erstatningsansvarlig, gjorde ingen bemærkninger om indsigelsen eller kravet til årsagssammenhængen generelt. Det må derfor på baggrund af Esbjerg-sagen og Slagelse-sagen siges at være usikkert, i hvilken form der skal være en årsagssammenhæng mellem en kommunes handlinger og den krænkelse, sagsøgerne har været udsat for i disse sager. Efter vores opfattelse må kravet om årsagssammenhæng i sager om krænkelse af børn være opfyldt, hvis kommunen kunne have forhindret overgrebene/yderligere overgreb. Det afgørende må således være, om de overgreb, der finder sted efter, at kommunen vidste eller burde have indset, at der var risiko for konkrete overgreb mod konkrete børn, kunne have været undgået.

4. Udmåling af godtgørelse

Som ovenfor nævnt fastslog landsretten i Slagelse-sagen, at kommunen havde tilsidesat sin handlepligt efter EMRK artikel 3. Efter at have fastslået, at kommunen havde krænket EMRK, skulle landsretten derfor tage stilling til grundlaget for og størrelsen af den godtgørelse for ikke økonomisk skade, som de tre søstre havde nedlagt påstand om, og som de herefter var berettigede til.

4.1. Grundlaget

Det følger af flere nyere afgørelser, bl.a. U 2014.3300 Ø (*uberettiget bæltefiksering af psykiatrisk patient*) og U 2017.1314 H (*uberettiget tvangsfiksering i 18 dage*), at konventionskrænkelsen udgør et selvstændigt grundlag for en godtgørelse for ikke-økonomisk skade, og at denne godtgørelse skal udmåles efter *princippet* i EAL § 26. I dommen U 2017.1314 H tilføjede Højesteret, at

»Godtgørelsens størrelse må fastsættes ud fra et skøn bl.a. i lyset af artikel 41 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention sammenholdt med Menneskerettighedsdomstolens praksis.«

I overensstemmelse med denne praksis fastslår landsretten i Slagelse-sagen, »at der som følge af en konventionskrænkelse ydes godtgørelse for ikke økonomisk skade, jf. *princippet* i erstatningsansvarslovens § 26« (vores fremhævning), og at godtgørelsen

»størrelsesmæssigt bør tage udgangspunkt i udmålingspraksis ved Menneskerettighedsdomstolen« (vores fremhævning).

31. Jf. dommen s. 49.

Det er derfor relevant at undersøge og sammenligne rets praksis vedrørende udmåling af godtgørelse for tort ved seksuelle krænkelse af børn for henholdsvis gerningsmandens retsstridige handling, jf. EAL § 26 (direkte), og for myndighedernes konventionskrænkelser, jf. *princippet* i EAL § 26.

4.2. Godtgørelsesniveauet

4.2.1. Godtgørelseskrav mod gerningsmanden

Efter EAL § 26, stk. 1, skal den, der er ansvarlig for en retsstridig krænkelse, betale den forurettede godtgørelse for tort. Da det er ydmygelsen, der begrunder kravet, hører sager om seksuelt misbrug af børn til kerneområdet for tortgodtgørelse. Bestemmelsen i EAL § 26 blev indsat i erstatningsansvarsloven fra 1984 og afløste den tidligere gældende § 15 i ikrafttrædelsesloven. Ifølge ikrafttrædelseslovens § 15, stk. 2, skulle godtgørelsens størrelse fastsættes under hensyn til krænkelsens grovhed, handlingens beskaffenhed og omstændighederne i øvrigt. Ifølge forarbejderne til EAL § 26 er der ikke tilsigtet nogen ændring med hensyn til udmålingen af godtgørelsen.³² Med virkning fra den 1. januar 2002 (2001-loven) blev der med det formål at forhøje godtgørelsesbeløbene ved sædelighedsforbrydelser tilføjet en ny bestemmelse til EAL § 26: Efter EAL § 26, stk. 2, skal det ved fastsættelsen af godtgørelsen tillægges vægt, »at krænkelsen er begået ved en forbrydelse, der har indebåret en overtrædelse af bestemmelser i straffelovens kapitel 23 eller 24«, dvs. forbrydelser i familieforhold, f.eks. incest, og forbrydelser mod kønsædeligheden. I forarbejderne til EAL § 26, stk. 2, forudsættes det, at der i disse sager som udgangspunkt bør være tale om en fordobling af godtgørelsesbeløbet i forhold til det hidtidige niveau, og at tortgodtgørelsen fortsat skal fastsættes »ud fra en samlet vurdering af de konkrete omstændigheder i den foreliggende sag«.³³

I nyere retspraksis om udmåling af tortgodtgørelse i sager om seksuelle krænkelse af børn i familieforhold findes der flere tilfælde, hvor søskende har været udsat for seksuelle overgreb fra deres far, og hvor der ved udmålingen af godtgørelsen foretages en *individuel* bedømmelse af de konkrete krænkelsers grovhed, se eksempelvis følgende afgørelser:

I afgørelsen FED 2015.23 Ø havde en far begået seksuelle overgreb mod sine døtre B og C. B, som gennem 8 år, fra hun var 4 år gammel, havde været udsat for adskillige tilfælde af samleje og anden kønslig omgængelse, blev tilkendt 100.000 kr. i tortgodtgørelse, mens C, som gennem 3 år, fra hun var 5 år gammel, havde været udsat for anden kønslig omgængelse end samleje, blev tilkendt 40.000 kr. i tortgodtgørelse.

I afgørelsen FED 2015.174 Ø havde en far begået seksuelle overgreb mod sine 3 børn, F1, F2 og F3, samt udsat dem for vold. Datteren F1, som gennem 3 år, fra hun var 8 år gammel, havde været udsat for 3 tilfælde af samleje, blufærdighedskrænkelser og vold, blev tilkendt 100.000 kr. i tortgodtgørelse. Datteren F2 og sønnen F3, som begge havde været udsat for blufærdighedskrænkelser og vold, blev tilkendt henholdsvis 5.000 kr. og 10.000 kr. i tortgodtgørelse.

32. FT 1983-84, 2. samling, Tillæg A, sp. 123.

33. FT 2000-01, Tillæg A, s. 3533.

I afgørelsen TfK 2016.1174 V havde en far begået seksuelle overgreb mod sine døtre A og B. A, som gennem ca. 2 ½ år, fra hun var 6 år gammel, havde været udsat for adskillige tilfælde af samleje og anden kønslig omgængelse end samleje, blev tilkendt 100.000 kr. i tortgodtgørelse. B, som gennem ca. 2 ½ år, fra hun var 4 år gammel, havde været udsat for anden kønslig omgængelse end samleje, blev tilkendt 80.000 kr. i tortgodtgørelse.

I *de groveste tilfælde*, hvor der har været tale om adskillige tilfælde af samleje mv. gennem en årrække, er der – som i ovennævnte domme – i flere tilfælde tilkendt den forurettede 100.000 kr. i tortgodtgørelse.³⁴ I afgørelsen U 2013.91 V blev en datter, som gennem 6 år, fra hun var 8 år gammel, havde været udsat for jævnlige og regelmæssigt samleje, dog tilkendt 200.000 kr. i tortgodtgørelse. Hendes bror, som gennem 10 år, fra han var 4-5 år gammel, havde været udsat for adskillige tilfælde af samleje, blev ligeledes tilkendt 200.000 kr. i tortgodtgørelse. Der findes imidlertid også flere eksempler på lavere godtgørelser, selv om der har været tale om grove seksuelle krænkelser:

I afgørelsen U 2014.214 Ø fik en datter, som havde været udsat for et enkelt tilfælde af voldtægt, da hun var 11 år gammel, tilkendt 30.000 kr. i tortgodtgørelse.

I afgørelsen FED 2015.168 Ø fik en steddatter, som gennem ca. 8 måneder, fra hun var 12 år gammel, havde været udsat for flere tilfælde af samleje og anden kønslig omgængelse, tilkendt 80.000 kr. i tortgodtgørelse.

I afgørelsen FED 2015.190 Ø fik en steddatter, som gennem ca. 4 år, fra hun var 13 år gammel, havde været udsat for samleje ca. 15 gange og for andre seksuelle krænkelser, tilkendt 75.000 kr. i tortgodtgørelse.

I Slagelse-sagen havde de 3 søstre under deres anbringelse på opholdsstedet været udsat for vold, blufærdighedskrænkelser og seksuelle overgreb i *forskelligt* omfang. Overgrebene var begået af deres plejefar, som blev pålagt at betale tortgodtgørelse til søstrene på henholdsvis 60.000 kr. (adskillige tilfælde af samleje), 50.000 kr. (vold gennem 5 ½ år og 4 tilfælde af samleje) og 10.000 (næsten daglig vold gennem 5 ½ år og adskillige tilfælde af blufærdighedskrænkelser).³⁵

Ved lov nr. 140 af 28. februar 2018 blev der med det formål at forhøje godtgørelsesbeløbene i sager om seksuelle krænkelser tilføjet et yderligere moment i EAL § 26, stk. 2.³⁶ For erstatningsansvar for skader, der indtræder

efter den 1. april 2018, skal det ved udmålingen af tortgodtgørelsen tillige indgå i vurderingen, »at kränkelsen er begået over for en person under 18 år«. Ifølge forarbejderne³⁷ indebærer denne tilføjelse, »at domstolene ved vurderingen af tortgodtgørelsen i sager om seksuelle krænkelser af børn udover kränkelsens grovhed, handlingens beskaffenhed og omstændighederne i øvrigt kan lægge vægt på antallet af overgreb, den tidsmæssige udstrækning af overgrebene, barnets alder, og at overgrebene er begået af en person, som barnet har et særligt tillids- eller afhængighedsforhold til.«

Videre følger det af forarbejderne, at der »i sager om grove tilfælde af seksuelt misbrug af børn, som strækker sig over en årrække, og hvor forurettede har et *tillids- og afhængighedsforhold til gerningsmanden*, [bør] gælde en nedre grænse på 150.000 kr., for tortgodtgørelserne« (vores fremhævnning), og at »grove tilfælde af seksuelt misbrug af børn« omfatter krænkelser, som går videre end blufærdighedskrænkelser, men ikke er begrænset til seksuelt misbrug i form af samleje.

Endvidere forudsættes det i forarbejderne, at den nedre grænse på 150.000 kr. anvendes i sager, hvor det seksuelle misbrug har strakt sig over en årrække, men at den nedre grænse også vil kunne være relevant, hvor det seksuelle misbrug har fundet sted hen over ét år, hvis der har været tale om hyppige overgreb. Endelig anføres det i forarbejderne, at et »tillids- eller afhængighedsforhold til gerningsmanden« ikke kun foreligger i familieforhold, men også vil kunne forekomme, »hvor gerningsmanden eksempelvis regelmæssigt har passet barnet, eller har haft en venskabelig eller familiemæssig relation til barnets familie, og således regelmæssigt har haft kontakt med barnet«.

4.2.2. Godtgørelseskrav mod offentlig myndighed

Som ovenfor nævnt skal tortgodtgørelsen for konventionskränkelsen udmåles efter *princippet* i EAL § 26 og *størrelsesmæssigt* med udgangspunkt i udmålingspraksis ved Menneskerettighedsdomstolen.³⁸

I Slagelse-sagen fastslog landsretten, at tortgodtgørelsen skulle fastsættes *skønsmæssigt*, og at »navnlig kränkelsens karakter, grovhed og varighed samt graden af skyld ind-

34. Se tilsvarende dommene FED 2014.30 Ø, FED 2015.204 Ø, TfK 2016.1064 V og TfK 2016.1211 V. Dette niveau svarer til godtgørelsesniveauet for fuldbyrdet voldtægt i ganske særlige og meget grove tilfælde, jf. eksempelvis U 2006.1407 H og U 2007.2366 H (begge efter 2001-loven).

35. Jf. referatet i U 2017.3272 Ø (s. 3282).

36. Det fremgår af forarbejderne til LSF 31 af 4. oktober 2017 om ændring af straffeloven, lov om forældelse af fordringer, lov om erstatningsansvar og lov om erstatning fra staten til ofre for forbrydelser, Almindelige bemærkninger, pkt. 2.3.3.2 samt bemærkningerne til lovforslagets § 3 (om EAL § 26, stk. 2), at formålet med nyaffattelsen af EAL § 26, stk. 2, er, at niveauet for tortgodtgørelse i alle sager om seksuelle krænkelser – af såvel børn som voksne – som udgangspunkt skal forhøjes med ca. 1/3 i forhold til niveauerne efter 2001-loven, at godtgørelserne i sager om fuldbyrdet voldtægt skal forhøjes med yderligere ca. 1/3, dvs. til ca. 100.000 kr., og i meget grove tilfælde til omkring 116.000 kr., og

til 133.000-150.000 kr. eller højere i ganske særlige tilfælde (i 2017-niveau), og at der fremadrettet skal tages hensyn til den almindelige lønudvikling i overensstemmelse med principperne i EAL § 15 for at undgå, at godtgørelsesniveauerne stagnerer på 2017-niveau.

37. LSF 31 af 4. oktober 2017 om ændring af straffeloven, lov om forældelse af fordringer, lov om erstatningsansvar og lov om erstatning fra staten til ofre for forbrydelser, Almindelige bemærkninger, pkt. 2.3.3.2 samt bemærkningerne til lovforslagets § 3 (om EAL § 26, stk. 2).

38. Godtgørelsesniveauet ved krænkelser af forbuddet mod umenneskelig og nedværdigende behandling er ifølge Peer Lorenzen m.fl.: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer, Bind 2, 3. udgave, 2011, s. 1168, mellem 20.000 Euro og 60.000 Euro (hvilket svarer til ca. 150.000-450.000 kr.). Forud for Slagelse-sagen havde de danske domstole ikke tidligere taget stilling til godtgørelsesniveauet for konventionskrænkelser i sager om seksuelle krænkelser af børn.

går som væsentlige momenter«. Krænkelsens karakter og grovhed samt graden af skyld, som landsretten således lader indgå i dette skøn, svarer til de momenter, der indgår i den skønsmæssige udmåling af tortgodtgørelsen efter EAL § 26 (direkte).³⁹ Derudover lægger landsretten vægt på krænkelsens »varighed«, hvilket er et af de momenter, som ifølge forarbejderne til lov nr. 140 af 28. februar 2018 (om ændring af EAL § 26) netop skal indgå »ved vurderingen af tortgodtgørelsen i sager om seksuelle krænkelse af børn«. ⁴⁰ Der er således parallelitet mellem de momenter, der indgår i den skønsmæssige udmåling af godtgørelse for tort ved seksuelle krænkelse af børn for henholdsvis gerningsmandens retsstridige handling, jf. EAL § 26 (direkte) og for myndighedernes konventionskrænkelser, jf. *princippet* i EAL § 26.

I Slagelse-sagen fremhævede landsretten *yderligere*, at det også kunne »indgå som et moment, at den krænkede har modtaget oprejsning på anden vis«, og i den forbindelse fandt landsretten, at der burde lægges vægt på, at de 3 søstre – forligsmæssigt – hver havde modtaget 200.000 kr. fra PRO som kompensation for PROs rolle som tilsynsførende, mens det *ikke* skulle tillægges vægt, at de 3 søstre hver havde modtaget tortgodtgørelse fra deres plejefar. »På denne baggrund« fandt landsretten, at de 3 søstre hver især burde tilkendes »et beløb på 100.000 kr.«

Om kommunen var ansvarlig, skulle (som nævnt ovenfor i afsnit 3.3) ifølge landsretten afgøres uafhængigt af et ansvar for den private aktør PRO, men for så vidt angik den *størrelsesmæssige udmåling* af godtgørelsen havde det betydning, at pigerne forligsmæssigt hver havde modtaget en godtgørelse på 200.000 kr. fra PRO. De 3 søstre modtog således hver i alt 300.000 kr. i *tortgodtgørelse for konventionskrænkelsen*.⁴¹

Med et godtgørelsesniveau på 300.000 kr. illustrerer dommen, at tortgodtgørelsen størrelsesmæssigt er på et væsentligt højere niveau, *når* der skal udmåles en tortgodtgørelse for en konventionskrænkelser, og *når* EAL § 26 således fortolkes i lyset af EMRK og Menneskerettighedsdomstolens praksis, end tilfældet er efter national ret ved udmåling af tortgodtgørelse fra gerningsmanden, jf. afsnit 4.2.1 ovenfor. Dette vil fortsat være gældende efter forhøjelsen af godtgørelsesniveauet ved den seneste lovændring ved lov nr. 140 af 28. februar 2018.

At tortgodtgørelsen for konventionskrænkelsen fastsættes efter *princippet* i EAL § 26 betyder herefter formentlig, at momenterne i EAL § 26 anvendes ved den skønsmæssige vurdering, men at der ved *den størrelsesmæssige udmå-*

ling tages hensyn til Menneskerettighedsdomstolens praksis.⁴² Det er i øvrigt bemærkelsesværdigt, at der ved den størrelsesmæssige udmåling af godtgørelsen – på trods af at momenterne om bl.a. krænkelsens grovhed og varighed i EAL § 26 anvendes – *ikke* foretages en graduering af krænkelseerne med den følge, at de 3 søstre hver især blev tilkendt den samme godtgørelse, selv om de *ikke* havde været udsat for de *samme krænkelse*. At der ved udmålingen ikke skelnes mellem de individuelle krænkelse, er imidlertid i overensstemmelse med præmis 131 i Menneskerettighedsdomstolens dom af 10. maj 2001 i sag 29392/95 (*Z and others v. UK*), der fastslår følgende:

»In making this assessment, the Court recalls that the rates applied in domestic cases, though relevant, are not decisive. It does not consider it appropriate or desirable to attempt to distinguish between the children in this context. Making an assessment on an equitable basis, the Court awards each child the sum of GBP 32.000.«⁴³

Herved adskiller udmålingen af godtgørelsen for konventionskrænkelsen sig fra den udmåling, som foretages i national ret i de tilfælde, hvor søskende har været udsat for seksuelle overgreb fra deres far, og hvor der, jf. ovenfor afsnit 4.2.1, for så vidt angår størrelsen af godtgørelseskravet mod faderen (gerningsmanden), foretages en individuel bedømmelse af de krænkelse, som børnene hver især har været udsat for med den følge, at godtgørelserne udmåles individuelt.

5. Sammenfatning

At danske retsregler skal fortolkes i lyset af konventionen, kan efter vores vurdering ikke føre til, at der – uden lovgivers aktive stillingtagen – introduceres fundamentalt anderledes regler om ansvarsgrundlag i national ret. Det følger af såvel Esbjerg-sagen som af Slagelse-sagen, at det er en betingelse for at statuere ansvar, at den relevante myndighed har handlet culpøst. Vi er enige i, at kommunen kun er ansvarlig, hvis der foreligger culpa, ligesom vi er enige i, at der i Slagelse-sagen er sket en krænkelse af EMRK artikel 3, da den manglende sagsbehandling *samlet set* medførte, at pigerne ikke blev beskyttet mod den umenneskelige og nedværdigende behandling, de blev udsat for af deres plejefar, men vi er ikke enige i, at der *i tillæg til* tilsynspligten efter serviceloven gælder en mere aktiv tilsynspligt efter konventionen.

I forhold til tortgodtgørelsen for en konventionskrænkelser udmåles denne efter *princippet* i EAL § 26, hvilket betyder, at godtgørelsen er på et væsentligt højere niveau, end tilfældet er efter national ret, og at der ikke skal skelnes mellem de individuelle krænkelse, som børnene hver især har været udsat for.

39. Jf. ovenfor afsnit 4.2.1 og FT 1983-84, 2. samling, Tillæg A, sp. 123.

40. Jf. ovenfor afsnit 4.2.1 og LSF 31 af 4. oktober 2017 om ændring af straffeloven, lov om forældelse af fordringer, lov om erstatningsansvar og lov om erstatning fra staten til ofre for forbrydelser, Almindelige bemærkninger, pkt. 2.3.3.2 samt bemærkningerne til lovforslagets § 3 (om EAL § 26, stk. 2).

41. Et godtgørelsesniveau for en konventionskrænkelser af forbuddet mod umenneskelig og nedværdigende behandling på 300.000 kr. svarer til den godtgørelse, som pigerne i den såkaldte »Tøndersag« hver modtog, jf. <http://elmer-adv.dk/nyheder/kommunen-betaler-den-kraevdede-godtgorelse-tondersag/>

42. Se hertil Palle Bo Madsen i Juristen 2011 s. 263 ff. (s. 267 f.) og Jonas Christoffersen i U 2016B.232 ff.

43. Beløbet svarer til ca. 272.707 kr.