

Håndhevelse av barnekonvensjonen ved norske domstoler

Adgangen til å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen

Andrea Cecilie Rakvaag

Masteroppgave i rettsvitenskap vår 2017

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Noen begrepsavklaringer.....	2
1.3	Kort om barnekonvensjonen	3
1.4	Avgrensninger	5
1.5	Videre fremstilling	5
2	Metode og rettskilder	7
2.1	Norsk intern rett og folkerett.....	7
2.2	Generelt om tolkning av barnekonvensjonen.....	7
3	Prosessforutsetningene i tvisteloven § 1-3. Noen utgangspunkter for den videre fremstilling	10
3.1	Generelt	10
3.2	Søksmålsadgang ved konvensjonsstrid	11
4	Nærmere om adgangen til å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen	14
4.1	Avklaringen i Rt. 2012 s. 2039 P	14
4.2	Rekkevidden av avklaringen	16
4.3	Inneholder barnekonvensjonen noe krav om effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå?18	
4.3.1	Innledning.....	18
4.3.2	Hva innebærer begrepet effektive rettsmidler?	18
4.3.3	Barnekonvensjonen artikkel 4.....	19
4.3.3.1	Bestemmelsens ordlyd.....	19
4.3.3.2	Bestemmelsen tolket ”in good faith”	20
4.3.3.3	Bestemmelsen tolket i kontekst.....	20
4.3.3.4	Bestemmelsen tolket i lys av konvensjonens formål	22
4.3.4	Supplerende tolkningsmomenter.....	22

4.3.5	Generelle kommentarer fra barnekomiteen.....	23
4.3.5.1	Generelle kommentarer fra barnekomiteen som rettskilde	23
4.3.5.2	Generelle kommentarer som tar for seg retten til effektive rettsmidler	25
4.3.6	Tilleggsprotokollen til barnekonvensjonen om en individklageordning.....	27
4.3.7	Delkonklusjon	28
4.4	Retten til effektivt rettsmiddel som vilkår for søksmålsadgang ved brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon.....	30
4.4.1	Innledning.....	30
4.4.2	Adgangen til å få håndhevd rettigheter ved norske domstoler i form av fastsettelsessøksmål.....	30
4.4.3	Adgangen til å få dom for at noe er ”ulovlig”, ”rettstridig” og lignende.....	31
4.4.4	Lojalitet overfor lovgiver?	33
4.4.5	Formålet med inkorporeringen av barnekonvensjonen.....	35
4.4.6	Delkonklusjon	36
4.5	Reelt behov for dom?	36
5	Håndhevelse av barnekonvensjonen – er dagens rettstilstand heldig?.....	41
5.1	Innledning.....	41
5.2	Behovet for å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen for å oppfylle kravet om effektive rettsmidler	41
5.3	Lojal oppfølging av konvensjonsforpliktelsene	42
6	Nye rettskilder – bør Høyesterett snu?.....	44
6.1	Innledning.....	44
6.2	De nye grunnlovsbestemmelsene	45
6.3	Ny generell kommentar fra barnekomiteen.....	48
6.4	Maria-saken.....	48
7	Kildeliste	51

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens tema er håndhevelse av FNs barnekonvensjon¹, heretter barnekonvensjonen, ved norske domstoler. Den nærmere problemstilling er adgangen til å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen.

Det har i rettspraksis under tvisteloven² vært betraktet som ”sikker rett at det kan reises fastsettelsessøksmål med krav om dom for at det foreligger brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon”.³ I Rt. 2012 s. 2039 P kom imidlertid Høyesterett, under dissens 11-8, til at dette ikke gjaldt for barnekonvensjonen.⁴ Bakgrunnen for dette var at flertallet var av den oppfatning at prosessforutsetningene i tvisteloven § 1-3 ikke var oppfylt.

Bestemmelsen lyder:

”Søksmålsgjenstand, partstilknytning og søksmålssituasjon

(1) Det kan reises sak for domstolene om rettskrav.

(2) Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.”

Etter flertallets syn utgjorde spørsmål om brudd på barnekonvensjonen ikke noe ”rettskrav”. Begrunnelsen bygde i hovedsak på at barnekonvensjonen ifølge flertallet ikke inneholder noe krav til effektivt nasjonalt rettsmiddel mot konvensjonskrenkelser. Etter flertallets oppfatning var det heller ikke noe ”reelt behov” for fastsettelsesdom.

I avhandlingen skal Høyesteretts standpunkt om at spørsmål om brudd på barnekonvensjonen ikke er å betrakte som et ”rettskrav”, vurderes. Det skal i denne sammenheng søkes belyst

¹ Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989.

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

³ Jf. Rt. 2011 s. 1666 A (avsnitt 32), med videre henvisning til Rt. 2003 s. 301 A (avsnitt 39).

⁴ For nærmere redegjørelse av dommen, se kapittel 4.

hvorvidt Høyesteretts begrunnelse om at barnekonvensjonen ikke inneholder noe krav til effektivt nasjonalt rettsmiddel, bygger på en riktig forståelse. Videre skal det vurderes hvorvidt det – uavhengig av om barnekonvensjonen oppstiller et slikt krav – uansett må være riktig å anse spørsmål om brudd på barnekonvensjonen som et ”rettskrav”. Høyesteretts standpunkt om at det ikke var noe ”reelt behov” for fastsettelsesdom, skal også vurderes.

I avhandlingen skal det også søkes belyst hvorvidt dagens rettstilstand er heldig sett ut fra et håndhevelsessynspunkt, og om Høyesterett bør komme til en annen konklusjon dersom spørsmålet om adgangen til å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen kommer opp for Høyesterett på ny. Sistnevnte vurdering foretas på bakgrunn av de rettskilder som foreligger i dag, og som har kommet etter dommen i 2012.

1.2 Noen begrepsavklaringer

Enkelte begreper forklares nedenfor. Øvrige begrepsavklaringer foretas der det faller naturlig underveis.

Fastsettelsesdom er en dom som slår fast om det består noe rettsforhold mellom partene, og hva det i så fall går ut på.⁵ En fastsettelsesdom om brudd på barnekonvensjonen vil således være en dom som slår fast at krenkelse av konvensjonen har funnet sted.

Søksmålsadgangen er ikke ubegrenset. Prosesslovgivningen oppstiller flere betingelser for at domstolen skal kunne ta inn en sak for realitetsbehandling.⁶ De vilkår som må være oppfylt for at retten skal kunne avgjøre en sak i realiteten, omtales som *prosessforutsetninger*.⁷

Prosessforutsetningene kan inndeles på flere måter. For det første skilles det mellom generelle og spesielle prosessforutsetninger. For det andre skilles det mellom absolutte og relative prosessforutsetninger.⁸

⁵ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, Oslo 2017 s. 379.

⁶ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave s. 227.

⁷ Jørgen Vangsnes, *Sivilprosess i et nøtteskall*, Oslo 2015 s. 47.

⁸ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave s. 228.

I denne avhandlingen vil fokuset rettes mot prosessforutsetningene i tvisteloven § 1-3, som er å anse som generelle og absolutte prosessforutsetninger.⁹ At prosessforutsetningene er generelle, innebærer at de gjelder i alle saker, og knytter seg altså til prosessforutsetningenes anvendelsesområde.¹⁰ At prosessforutsetningene er absolutte, innebærer at domstolen skal håndheve og anvende dem av eget tiltak, og retter seg således mot virkningen av at prosessforutsetningene mangler.¹¹

Dersom prosessforutsetningene ikke er oppfylt, og feilen ikke kan rettes eller ikke blir rettet, skal saken som hovedregel avvises.¹² Retten tar i så fall ikke stilling til sakens realitetsspørsmål. Dette er forutsatt i tvisteloven § 9-6 tredje ledd tredje punktum, som inneholder et unntak fra denne hovedregelen, og er betraktet som sikker rett.¹³

1.3 Kort om barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen ble vedtatt av FNs generalforsamling i 1989. Konvensjonen trådte i kraft i 1990 og er ratifisert av 197 stater. Norge ratifiserte barnekonvensjonen i 1991, og i 2003 ble konvensjonen inkorporert i menneskerettsloven.¹⁴

Det er vedtatt tre valgfrie tilleggsprotokoller til barnekonvensjonen. To av disse ble vedtatt i 2000 og trådte i kraft to år senere, og gjelder henholdsvis salg av barn, barnprostitusjon og barnepornografi, samt barn i væpnet konflikt.¹⁵ Disse ble for Norges del ratifisert i henholdsvis 2001 og 2003, og ble inkorporert samtidig som barnekonvensjonen.¹⁶ Den tredje

⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave s. 381.

¹⁰ I motsetning til spesielle prosessforutsetninger, som kun gjelder i visse typer saker eller mellom visse typer parter, jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave s. 228.

¹¹ I motsetning til relative prosessforutsetninger, som retten bare skal ta hensyn til dersom de påberopes av den annen part, jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave s. 244-245.

¹² Unntakene behandles ikke her.

¹³ Jf. for eksempel Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave s. 227.

¹⁴ Lucy Smith, "FNs konvensjon om barnets rettigheter" i *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 17-30 (s. 17-18).

¹⁵ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict, United Nations 25 May 2000.

Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, United Nations, 25 May 2000.

¹⁶ Lucy Smith "FNs konvensjon om barnets rettigheter" i *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, 3. utgave s. 17-30 (s. 28-29).

tilleggsprotokollen gjelder individuell klagerett, og etablerer en individklageordning.¹⁷ Denne ble vedtatt i 2011, og trådte i kraft i 2014. Norge har ikke ratifisert denne.¹⁸

Menneskerettighetene nedfelt i de andre inkorporerte menneskerettskonvensjonene, slik som FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter¹⁹ (heretter SP), den europeiske menneskerettskonvensjon²⁰ (heretter EMK) og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter²¹, gjelder selvfølgelig også for barn. Barnekonvensjonen fremhever imidlertid barns selvstendige rettigheter. Dette gjelder for det første de rettigheter som også er å finne i de øvrige menneskerettskonvensjoner. Ved å gjengi disse generelle menneskerettighetene i en egen konvensjon for barn, understrekes det med tyngde at disse også gjelder for barn. For det andre inneholder barnekonvensjonen noen barnespesifikke rettigheter som ikke er å gjenfinne i de øvrige konvensjoner, slik som eksempelvis barns rett til å bli hørt og rett til omsorg. Denne siste formen for rettigheter tydeliggjør at barn er sårbare individer, som har behov for særlig beskyttelse.²²

Den nasjonale gjennomføringen av barnekonvensjonen overvåkes av FNs ekspertkomité for barns rettigheter, heretter barnekomiteen, jf. barnekonvensjonen artikkel 43-45. Tilsynet er først og fremst basert på at barnekomiteen behandler periodiske rapporter fra konvensjonspartene. På bakgrunn av disse rapportene gir barnekomiteen anbefalinger til de enkelte stater. Disse anbefalingene er ikke juridisk bindende.²³ Barnekomiteen har også kompetanse til å avgi såkalte generelle kommentarer, se nærmere om dette i kapittel 4.3.5. Overfor stater som har akseptert individuell klagerett har barnekomiteen dessuten myndighet til å behandle individklager fra barn, i medhold av den tredje tilleggsprotokollen.

¹⁷ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, United Nations 19 December 2011.

¹⁸ Elin Saga Kjørholt, ”FNs barnekonvensjons tredje tilleggsprotokoll om individuell klagerett” i *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 373-383 (s. 373).

¹⁹ International Covenant on Civil and Political rights, 16 December 1966.

²⁰ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950.

²¹ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966.

²² Se også Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg, *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, Oslo 2016, 3. utgave s. 5.

²³ Lucy Smith ”FNs konvensjon om barnets rettigheter” i *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, 3. utgave s. 17-30 (s. 23).

1.4 Avgrensninger

Avhandlingens hovedproblemstilling reiser flere tilgrensende problemstillinger. Det er ikke rom for å behandle alle disse her, og det må dermed foretas visse avgrensninger.

For det første avgrenses det mot spørsmålet om det ut fra Norges internasjonale forpliktelser kan utledes noe krav om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen. I avhandlingen behandles spørsmålet utelukkende ut fra norsk intern rett, og da med fokus på prosessforutsetningene i tvisteloven § 1-3. Hvilke internasjonale forpliktelser Norge har, vil imidlertid nødvendigvis måtte berøres, ettersom det i avhandlingen skal behandles om barnekonvensjonen oppstiller noe krav til effektive nasjonale rettsmidler.

For det andre avgrenses det mot spørsmålet om hvilke bestemmelser i barnekonvensjonen som er ”håndhevbar” og ”selvkraftige”. Kort forklart er en konvensjonsbestemmelse ”håndhevbar” når den gir konkrete rettigheter, og videre er den ”selvkraftig” når den kan anvendes og håndheves direkte for domstolene. Det er på det rene at noen av barnekonvensjonens bestemmelser verken er håndhevbar eller selvkraftige. Like klart er det at flere av bestemmelsene er det.²⁴

Det er en forutsetning at en konvensjonsbestemmelse er håndhevbar og selvkraftig for at det skal kunne avsies fastsettelsesdom for krenkelse av denne.²⁵ Spørsmålet om hvorvidt det i utgangspunktet kan avsies fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen, er likevel et annet spørsmål, som må avgjøres i tillegg til spørsmålet om hvorvidt den aktuelle konvensjonsbestemmelse er håndhevbar og selvkraftig. I avhandlingen vurderes kun spørsmålet om hvorvidt det – under forutsetning av at den aktuelle konvensjonsbestemmelse er håndhevbar og selvkraftig – kan avsies fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen.

1.5 Videre fremstilling

Først, i kapittel 2, redegjøres det for metode og rettskildespørsmål. Herunder ses det nærmere på hvordan barnekonvensjonen skal tolkes. Deretter, i kapittel 3, gjøres det rede for prosessforutsetningene i tvisteloven § 1-3, og da spesielt den generelle adgang til å få fastsettelsesdom ved konvensjonsstrid.

²⁴ Jf. for eksempel mindretallet i Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 116-126). Tematikken om selvkraft behandles også i Lucy Smith, ”FNs konvensjon om barnets rettigheter” i *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, 3 utgave s. 17-30 (s. 24).

²⁵ Jf. for eksempel mindretallet i Rt. 2012 s. 2039 P avsnitt 114-126.

Oppgavens hovedproblemstilling – adgangen til å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen – behandles i kapittel 4. Kapittel 5 omhandler spørsmålet om hvorvidt dagens rettstilstand er heldig sett ut fra et håndhevelsessynspunkt. Til slutt, i kapittel 6, foretas en gjennomgang av sentrale rettskilder som har tilkommet etter dommen i 2012, og en vurdering av hvorvidt disse trekker i retning av at Høyesterett bør endre kurs.

2 Metode og rettskilder

2.1 Norsk intern rett og folkerett

I denne avhandlingen er både norsk intern rett og Norges internasjonale forpliktelser sentrale rettskilder.

Når det gjelder norsk intern rett er tvisteloven, dens forarbeider og høyesterettspraksis sentrale rettskilder. Tvisteloven regulerer hvordan sivile saker skal behandles ved domstolene, herunder hvilke prosessforutsetninger som gjelder. Lovforarbeidene er NOU 2001: 32, Rett på sak, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) og Innst. O. nr. 110 (2004-2005). Loven og forarbeidene utgjør et stort materiale. Når det gjelder adgangen til å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen, må imidlertid lovens ordlyd og forarbeider utfylles med rettspraksis på området. Dommen inntatt i Rt. 2012 s. 2039 P er spesielt sentral. I tillegg er det noe juridisk teori på området, som bidrar til å belyse spørsmålene i avhandlingen.

Når det gjelder våre internasjonale forpliktelser, siktes det hovedsakelig til barnekonvensjonen. Ved menneskerettsloven²⁶ er barnekonvensjonen inkorporert og er dermed gjort til norsk lov, jf. lovens § 2. Videre fremkommer det av menneskerettsloven § 3 at barnekonvensjonen ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Lovforarbeidene til menneskerettsloven er blant annet Innst. O. nr. 51 (1998-1999), Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) og Ot.prp. nr. 45 (2002-2003). Også her er rettspraksis og juridisk teori relevante rettskilder.

2.2 Generelt om tolkning av barnekonvensjonen

Etter menneskerettsloven § 2 gjelder de inkorporerte konvensjoner som norsk lov ”i den utstrekning de er bindende for Norge”. En naturlig språklig forståelse tilsier at inkorporasjonen går like langt som Norges folkerettslige forpliktelser etter disse. Dette støttes av menneskerettslovens forarbeider, hvor det understrekes at poenget med inkorporeringen nettopp var å gjøre konvensjonsreglene ”uttrykkelig operative for norske domstolar gjennom lov” for å sikre at ”menneskerettar fullt ut vert lagde til grunn ved norske domstolar”.²⁷ Det fremheves videre at det er et ”overordna mål at norsk rettspraksis i størst moglege grad

²⁶ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

²⁷ Jf. Innst. O nr. 51 (1998-1999) punkt 5.

samsvarer med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkningspraksis”.²⁸ Ordlyden og forarbeidene sett i sammenheng tilsier at inkorporasjonen må innebære at konvensjonene gjelder med hele sitt folkerettslige innhold, og ikke utelukkende etter sin ordlyd. Denne forståelsen er også lagt til grunn i juridisk teori.²⁹

Det er altså barnekonvensjonens bestemmelser slik de må forstås etter en korrekt folkerettslig fortolkning som er gjeldende norsk rett.

Den sentrale rettskilden for tolkning av traktater er Wien-konvensjonen om traktatretten (heretter Wien-konvensjonen).³⁰ Norge er ikke tilsluttet konvensjonen, men konvensjonen anses for å gi uttrykk for folkerettslig sedvanerett og er derfor bindende for Norge.³¹ I den grad det ikke er utviklet egne fortolkningsregler, må det folkerettslige forpliktende innhold derfor fastlegges på grunnlag av Wien-konvensjonen.³²

Etter Wien-konvensjonen artikkel 31 skal traktater tolkes lojalt (“in good faith”), i samsvar med ordlyden i den kontekst den er benyttet og i lys av bestemmelsens formål (“in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”). Ifølge artikkel 32 i konvensjonen, kan også supplerende tolkningsmomenter tas i betraktning ved tolkningen.³³

Når det i denne oppgaven gjøres rede for innholdet av bestemmelser i barnekonvensjonen, vil således denne metode bli brukt.

²⁸ Jf. Innst. O nr. 51 (1998-1999) punkt 8.

²⁹ Se Arnfinn Bårdsen, *Barnekonvensjonen i Høyesterett*. Barnerettsdagen JUS, Oslo 1. november 2016 s. 3 <http://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/barnerettsdagen-2016.pdf> (1. mai 2017) og Jens Edvin A. Skoghøy, *Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder*. Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar i Oslo 14.–15. mars 2016 s. 2 <http://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/betydningen-av-uttalelser-av-menneskeretts--og-barnekomiteen---foredrag.pdf> (1. mai 2017).

³⁰ Vienna Convention on the Law of treaties (VCLT), 23 May 1969.

³¹ Se blant annet Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, Oslo 2011 s. 70.

³² Jens Edvin A. Skoghøy, *Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder*. Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar i Oslo 14.–15. mars 2016 s. 2 <http://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/betydningen-av-uttalelser-av-menneskeretts--og-barnekomiteen---foredrag.pdf> (1. mai 2017).

³³ Se nærmere om dette i punkt 4.3.4 nedenfor.

Barnekomiteen har fremhevet fire artikler i barnekonvensjonen som generelle prinsipper for hele konvensjonen.³⁴ Disse er artikkel 2 om ikke-diskriminering, artikkel 3 nr. 1 om barnets beste, artikkel 6 om barnets rett til liv og utvikling, samt artikkel 12 om barnets rett til å bli hørt. Når barnekonvensjonens bestemmelser skal tolkes og anvendes, skal dette skje i lys av disse fire generelle prinsippene. Dette er anerkjent i juridisk teori, og er lagt til grunn i de fleste fremstillinger om barnekonvensjonen.³⁵

³⁴ Jf. General Comment no. 5 (2003) punkt 12. Om de generelle kommentarers rettskildemessige betydning, se kapittel 4.3.5.1.

³⁵ Se blant annet Lucy Smith, ”FNs konvensjon om barnets rettigheter” i *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, 3. utgave s. 17-30 (s. 19).

3 Prosessforutsetningene i tvisteloven § 1-3. Noen utgangspunkter for den videre fremstilling

3.1 Generelt

Det er en rekke prosessforutsetninger som må være oppfylt for at en sak skal kunne reises for domstolen. I denne avhandlingen ligger hovedfokuset på prosessforutsetningene i tvisteloven § 1-3, ettersom det er disse som har vært gjenstand for drøftelse i Høyesterett.

Bestemmelsen lyder:

”Søksmålsgjenstand, partstilknytning og søksmålssituasjon

(1) Det kan reises sak for domstolene om rettskrav.

(2) Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.”

Som det fremgår av bestemmelsens overskrift, regulerer bestemmelsen de prosessuelle krav som stilles til søksmålsgjenstand, partstilknytning og søksmålssituasjon. Etter bestemmelsens første ledd må søksmålsgjenstanden være å anse som et ”rettskrav”. Etter bestemmelsens andre ledd må det foreligge et ”reelt behov” for avklaring mellom partene. Dette vilkåret spaltes i § 1-3 andre ledd andre punktum opp i et krav til ”aktualitet” og ”tilknytning”, og gjelder kravene til henholdsvis søksmålssituasjon og partstilknytning.

Kravene til rettskrav, aktualitet og tilknytning vurderes gjerne i utgangspunktet som tre separate vilkår. Det fremgår imidlertid av tvistelovens forarbeider at avgjørelsen om søksmålet skal tillates fremmet etter § 1-3, vil måtte bero på en helhetsvurdering.³⁶ At kravene til tilstrekkelig tilknytning og aktualitet må vurderes samlet, er også uttrykkelig sagt i tvisteloven § 1-3 andre ledd andre punktum. En slik helhetsvurdering vil imidlertid først og

³⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 363-364.

fremst være aktuell i tvilstilfeller.³⁷ Videre er det slik at formålsbestemmelsen i tvisteloven § 1-1 kan ha betydning for tolkningen av vilkårene i § 1-3.³⁸

Søksmålsvilkårene må vurderes for hvert enkelt krav og hver enkelt part. Videre må søksmålsvilkårene som utgangspunkt foreligge på alle trinn av saken.³⁹

Prosessforutsetningene i tvisteloven § 1-3 har flere formål og funksjoner. Blant annet skal prosessforutsetningene sørge for å begrense søksmålsadgangen til saker som domstolen har kompetanse til å løse, hindre unødige søksmål, samt sikre at de avgjørelser som blir brakt inn for domstolen blir effektivt løst.⁴⁰

3.2 Søksmålsadgang ved konvensjonsstrid

Spørsmålet under dette punktet er hvorvidt krav om dom for at bestemte handlinger er konvensjonsstridig, oppfyller vilkårene til rettskrav, aktualitet og tilknytning i tvisteloven § 1-3.

Det er i dag et sikkert utgangspunkt at søksmål om brudd på SP og EMK er å betrakte som et ”rettskrav”, etter tvisteloven § 1-3.⁴¹ Dersom vilkåret om ”reelt behov”, dvs. partstilknytning og søksmålssituasjon, er oppfylt, vil altså et krav om brudd på disse konvensjonene tillates fremmet for domstolen – da selvsagt under forutsetning av at også de øvrige prosessforutsetninger er oppfylte.⁴² Adgangen til å få fastsettelsesdom for konvensjonsstrid innebærer at kravet skal kunne bli gjort til selvstendig søksmålsgjenstand og komme til uttrykk i domsslutningen selv, og ikke bare konstatert i premissene for et annet krav.⁴³

³⁷ Se Tore Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave*, 2. utgave, Oslo 2013, s. 15.

³⁸ Se Tore Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave*, 2. utgave, s. 15.

³⁹ Se Tore Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave*, 2. utgave, s. 18.

⁴⁰ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 137, samt Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave s. 227.

⁴¹ Jf. rettspraksis, se blant annet Rt. 2011 s. 1666 A.

⁴² Jf. Rt. 2011 s. 1666 A (avsnitt 32 og 33), jf. også Tore Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave*, 2. utgave s. 29. For at det skal kunne kreves fastsettelsessøksmål om at det foreligger brudd på en inkorporert konvensjon, må for øvrig staten være saksøkt, da det er statene som er pliktsubjekter etter konvensjonene, se Rt. 2011 s. 1666 A (avsnitt 33) med videre henvisninger.

⁴³ Jf. Rt. 2015 s. 93 P, som er fulgt opp i HR-2016-2178-U. Dette kan imidlertid synes å stå i motstrid til tvistelovens proposisjon (Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 154-155), hvor det fremgår at ”Departementet mener videre at det ikke bør stilles noe krav om at forholdet til den aktuelle menneskerettskonvensjon kommer til

Imidlertid har det ikke alltid vært slik at det har vært søksmålsadgang ved påstand om brudd på EMK og SP. Det er særlig spørsmålet om hvorvidt vilkåret om ”rettskrav” har vært oppfylt, som har vært gjenstand for tvil.

I Rt. 1994 s. 1244 A (kvinnefengselssaken) ble det slått fast at det som hovedregel ikke var adgang til å få dom for brudd på SP og EMK. I denne saken uttalte flertallet på tre dommere at påstand om brudd på disse konvensjonene ikke kunne anses som ”selvstendige rettsforhold, men delspørsmål av betydning for avgjørelsen av de fremsatte erstatnings – og oppreisningskrav”.⁴⁴ Dermed var ikke vilkåret om ”rettskrav” i dagjeldende tvistemålslov⁴⁵ § 54, nå tvisteloven § 1-3, oppfylt.

Det var etter ikrafttredelsen av menneskerettsloven at Høyesterett endret tilnærmingen til spørsmålet, jf. først i Rt. 2003 s. 301 A hvor standpunktet i ovennevnte avgjørelse ble fraveket. I saken kom Høyesterett til at det var prosessuell adgang til å avsi fastsettelsesdom for brudd på en inkorporert konvensjon, som oppstiller krav til effektive rettsmidler på nasjonalt nivå.⁴⁶ Det samme er slått fast i tvistelovens forarbeider.⁴⁷ Etter disse rettskilder å betrakte, er det således kravet om effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå, som er begrunnelsen og forutsetningen for, den prosessuelle adgangen til å få dom for brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon. Dermed er det ikke den tradisjonelle norske prosessrett som i utgangspunktet begrunner søksmålsadgangen, men altså Norges internasjonale forpliktelser.

I Rt. 2011 s. 1666 A kom spørsmålet om søksmålsadgang ved brudd på EMK på ny opp for Høyesterett. Da fastslo imidlertid Høyesterett det som ”sikker rett at det kan reises fastsettelsessøksmål med krav om dom for at det foreligger brudd på en inkorporert

uttrykk i domsslutningen selv, så lenge det blir tatt stilling til det i domsgrunnene”. På dette grunnlag er Høyesteretts fremgangsmåte kritisert, jf. blant annet Anne Robberstad, ”Viljen til å skape lov og Grunnlov”, *Lov og rett*, 01/2016 s. 49-64 (punkt 5.3.) Dette behandles imidlertid ikke nærmere i avhandlingen.

⁴⁴ Jf. Rt. 1994 s. 1244 A (s. 1249).

⁴⁵ Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) [opphevet].

⁴⁶ Saken gjaldt adgangen til rettslig prøving av beslutning om iverksettelse av en undersøkelsessak etter barnvernloven § 4-3 første ledd. I saken anførte saksøker at en beslutning om å iverksette en undersøkelsessak etter barnevernloven § 4-3 første ledd var i strid med EMK artikkel 8 om retten til respekt for privatliv, og ettersom det aktuelle inngrepet ikke var hjemlet i barnevernloven § 4-3 første ledd, utgjorde dette et brudd på EMK. Høyesterett kom til at det var søksmålsadgang ved en slik påstand.

⁴⁷ Se NOU 2001: 32, Bind A, s. 201 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 154-155, jf. 364.

menneskerettskonvensjon, jf. Rt. 2003 s. 301 avsnitt 39". Dommen ser således ut til å gå lengre enn uttalelsene i forarbeidene til tvisteloven og tidligere rettspraksis, ved at den synes å åpne for søksmålsadgang for alle inkorporerte menneskerettskonvensjoner, uavhengig av om den aktuelle konvensjonen oppstiller noe krav om effektive nasjonale rettsmidler. Etter dette skulle den nasjonale inkorporeringen etter omstendighetene være tilstrekkelig for søksmålsadgang, ved påstand om brudd på en menneskerettskonvensjon.

Imidlertid kan det synes å ligge en begrensning i at saken gjaldt adgangen til å få fastsettelsesdom for brudd på EMK, som utvilsomt oppstiller et krav om effektive rettsmidler. Spørsmålet om effektive rettsmidler, var således ikke omtvistet i saken. Videre kan det også synes å ligge i en begrensning i henvisning til avgjørelsen i Rt. 2003 s. 301 A, som støtte for hovedregelen om søksmålsadgang. Som nevnt tok denne avgjørelsen utgangspunkt i et krav om at den inkorporerte menneskerettskonvensjon oppstiller krav til effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå. Etter dommen i Rt. 2011 s. 1666 A er det således noe uklart om Høyesterett mente å åpne for fastsettelsessøksmål for alle inkorporerte menneskerettskonvensjoner, eller om det fortsatt var en forutsetning at den aktuelle menneskerettskonvensjon oppstilte krav til effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå. Herunder var det usikkert om Høyesterett mente å åpne for å fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen.

4 Nærmere om adgangen til å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen

4.1 Avklaringen i Rt. 2012 s. 2039 P

I 2012 kom det en plenumsdom inntatt i Rt. 2012 s. 2039 P, hvor spørsmålet om adgangen til å avsi fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen kom opp.

Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak fattet av Utlendingsnemnda (UNE) om å avslå søknad om opphold på humanitært grunnlag. I saken var det også nedlagt påstand om at utsendelsen krenket barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Bestemmelsen lyder:

”In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.”

Det ble dermed et spørsmål om det var prosessuell adgang til å avsi fastsettelsesdom om dette. Flertallet besvarte dette spørsmålet med nei. Spørsmålet ble avgjort under dissens 11-8, hvor mindretallet fordelte seg på to vota.

Flertallet på 11 slo først fast at det ikke kunne utledes noe krav om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 etter Norges internasjonale forpliktelser.⁴⁸ Spørsmålet ble da vurdert etter norsk intern rett. Det som var gjenstand for vurdering, var om vilkårene i tvisteloven § 1-3 om henholdsvis ”rettskrav” og ”reelt behov” var oppfylt.

Ved vurderingen av om hvorvidt det forelå et ”rettskrav”, undersøkte flertallet både tvistelovens og menneskerettslovens forarbeider, rettspraksis på området, samt juridisk teori.⁴⁹

Etter en gjennomgang av rettskildene konkluderte flertallet med at det var retten til et effektivt rettsmiddel og hensynet til subsidiaritetsprinsippet som har begrunnet adgangen til å kreve særskilt fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP.⁵⁰ Etter flertallets syn hadde ikke

⁴⁸ Jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 89).

⁴⁹ Jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 89-102).

⁵⁰ Jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 99). For definisjon av subsidiaritetsprinsippet og retten til effektivt rettsmiddel se kapittel 4.2.1.

spørsmålet kommet i en annen stilling ved avgjørelsen i Rt. 2011 s. 1666 A.⁵¹ Videre var flertallet av den oppfatning at barnekonvensjonen ikke inneholder noe krav om effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå.⁵² Det ble på denne bakgrunn konkludert med at påstand om brudd på barnekonvensjonen ikke utgjorde noe ”rettskrav”.

Flertallet hevdet dessuten at en slik løsning var den som var mest ”lojal”, ettersom det etter deres syn ikke var noen holdepunkter for at lovgiver hadde tatt sikte på å åpne for at det skulle kunne kreves særskilt fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen.⁵³ Flertallet påpekte videre at de uansett hadde vanskelig for å se at det kunne ”være tale om noe egentlig ’rettskrav’ ettersom hensynet til barnets beste i barnekonvensjonen artikkel 3 vil være et sentralt, men ikke nødvendigvis avgjørende, moment ved en helhetsvurdering”.⁵⁴

Det var etter flertallets syn heller ikke noe ”reelt behov” for å få spørsmålet om brudd på barnekonvensjonen prøvd særskilt, og dermed var heller ikke dette vilkåret oppfylt.⁵⁵

Annenvoterende, med tilslutning fra fire dommere, kom derimot til at det var søksmålsadgang ved brudd på barnekonvensjonen, og at dette fulgte direkte av norsk rett. Annenvoterende viste i denne forbindelse til at vilkåret om ”rettskrav”, omfattet tvist om noe er ”lovlig” eller ”rettstridig”, og at det i tråd med dette i Rt. 2011 s. 1666 A ble slått fast som ”sikker rett at det kan reises fastsettelsessøksmål med krav om dom for at det foreligger brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon, jf. Rt. 2003 side 301 avsnitt 39”.⁵⁶ Etter å ha konkludert med at det i utgangspunktet var anledning til å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen, vurderte annenvoterende hvorvidt barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 var håndhevbar og selvkraftig.⁵⁷ Etter å ha konkludert bekreftende på dette, slo annenvoterende fast at det var adgang til å få fastsettelsesdom om at barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 var krenket.⁵⁸

⁵¹ Jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 99).

⁵² Jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 96).

⁵³ Jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 101).

⁵⁴ Jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 100).

⁵⁵ Jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 100).

⁵⁶ Jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 114).

⁵⁷ Jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 115 flg.). Det vises til kapittel 1.4 for definisjon av begrepene ”selvkraftig” og ”håndhevbar”.

⁵⁸ Jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 126).

Annenvoterende var, i likhet med flertallet, inne på spørsmålet om hvorvidt barnekonvensjonen oppstiller et krav om effektive nasjonale rettsmidler. Annenvoterende berørte imidlertid temaet under spørsmålet om hvorvidt normen i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 er selvkraftig.⁵⁹ I forbindelse med denne drøftelsen viste annenvoterende til konvensjonspartenes gjennomføringsforpliktelse etter barnekonvensjonen artikkel 4, og i forlengelsen av dette plikten til å stille til rådighet effektive nasjonale rettsmidler. Blant annet på denne bakgrunn ble det konkludert med at barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 var selvkraftig. Plikten til å stille til rådighet effektive rettsmidler var således også et element i annenvoterende sin begrunnelse for spørsmålet om det var adgang til å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.⁶⁰

Tredjevoterende ledet fraksjonen på tre dommere. Etter tredjevoterende sin oppfatning var det ingen grunn til å forskjellsbehandle barnekonvensjonen og SP og EMK. Tredjevoterende var av den oppfatning at selv om barnekonvensjonen ikke hadde noen ”uttrykkelig bestemmelse om rett til et effektivt rettsmiddel” tilsa en ”lojal oppfølging av konvensjonsforpliktelsene (...) at den som mener rettighetene av konvensjonen er krenket, må kunne få det prøvet”.⁶¹ Videre gikk tredjevoterende kort inn på normen i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, og slo fast at den utgjorde et rettskrav.⁶² Utover dette sluttet tredjevoterende seg til annenvoterende hva gjaldt spørsmålet om den prosessuelle adgangen til å få fastsettelsesdom.⁶³

4.2 Rekkevidden av avklaringen

Etter dommen inntatt i Rt. 2012 s. 2039 P er det avklart at det ikke er adgang til å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Flertallets begrunnelse var imidlertid generelt utformet, idet den særlig bygger på at barnekonvensjonen – i motsetning til EMK og SP – ikke oppstiller noe krav om effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå. Selv om saken da bare gjaldt adgangen til å få fastsettelsesdom for brudd på konvensjonens artikkel 3 nr. 1, tyder den såpass generelle begrunnelsen på at det foreløpig må legges til grunn at det sannsynligvis ikke kan kreves fastsettelsesdom for brudd på noen av bestemmelsene i

⁵⁹ Som nevnt under punkt 1.4, er det en forutsetning for å få fastsettelsesdom for brudd på en konvensjonsbestemmelse, at den aktuelle bestemmelse er håndhevbar og selvkraftig.

⁶⁰ Jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 121).

⁶¹ Jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 140).

⁶² Jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 141).

⁶³ Jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 142).

barnekonvensjonen. Denne forståelsen av dommen er også lagt til grunn i flere juridiske fremstillinger.⁶⁴

En plenumsdom fra Høyesterett har høy rettskildevekt, og samme oppfatning må derfor som utgangspunkt legges til grunn i senere saker med likt eller parallelt rettskildebilde.⁶⁵ I det følgende skal jeg likevel gå nærmere inn på Høyesteretts begrunnelser for hvorfor adgang ikke forelå, og vurdere disse. Først skal Høyesteretts konklusjon om at brudd på barnekonvensjonen ikke er å betrakte som et ”rettskrav” vurderes. I denne forbindelse skal jeg se nærmere på spørsmålet om barnekonvensjonen inneholder et krav om effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå. Videre skal jeg vurdere hvorvidt det – uavhengig av om barnekonvensjonen oppstiller et slikt krav – likevel må være riktig å betrakte spørsmål om brudd på barnekonvensjonen som et ”rettskrav”.

Deretter skal flertallets standpunkt om at det ikke var noe ”reelt behov” for fastsettelsesdom, vurderes.

Som ledd i sin begrunnelse for at vilkåret om ”rettskrav” ikke var oppfylt, fremholdte som nevnt flertallet at den regel saken gjaldt, nemlig barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, ikke utgjorde noe ”egentlig rettskrav”. Denne begrunnelse behandles ikke nærmere i denne avhandlingen, ettersom den knytter seg såpass spesifikt til artikkel 3 nr. 1 i konvensjonen og karakteren av denne bestemmelsen. Tema i avhandlingen er søksmålsadgangen for brudd på barnekonvensjonen generelt. Likevel må det påpekes at også denne delen av flertallets begrunnelse er diskutabel, se generell kommentar nr. 14 punkt 6, punkt 15 c og punkt 98.⁶⁶

⁶⁴ Jf. blant annet Frode Elgesem, *Vurdering av fordeler og ulemper ved eventuell norsk tilslutning til FNs barnekonvensjons tilleggsprotokoll om individuell klagerett – en juridisk analyse avgitt til utenriksdepartementet 3. juni 2013* s. 18 og Jørgen Vangsnes, *Sivilprosess i et nøtteskall*, s. 57. I Tore Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave*, 2. utgave s. 30 fremstår det imidlertid som om søksmålsadgangen for brudd på barnekonvensjonen, kun ble avskåret for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.

⁶⁵ Se nærmere om dette i kapittel 6.1.

⁶⁶ General Comment no. 14 (2013). Jf. også Arnfinn Bårdsen, ”De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett”, Nordisk høyesterettsdommerseminar, Stockholm 23. og 24 mars 2015 s. 11 <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/nordiske-konstitusjonsdomstoler---stockholm-mars-2015.pdf> (1. mai 2017).

4.3 Inneholder barnekonvensjonen noe krav om effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå?

4.3.1 Innledning

Flertallet i Rt. 2012 s. 2039 P var altså av den oppfatning av at barnekonvensjonen ikke oppstiller noe krav om effektive rettsmidler på nasjonalt nivå. Spørsmålet ble ikke drøftet, standpunktet ble bare slått fast.

Spørsmålet om barnekonvensjonen oppstiller et krav om effektive rettsmidler beror imidlertid på en fortolkning av barnekonvensjonen selv, og som nevnt under punkt 2.2 er det da den folkerettslige metode som skal benyttes og som er bindende for Norge. I det følgende skal jeg derfor søke å besvare spørsmålet om barnekonvensjonen oppstiller krav om effektive rettsmidler på nasjonalt nivå, etter de fortolkningsprinsipper som er oppstilt i Wien-konvensjonen.⁶⁷

Først skal jeg imidlertid kort redegjøre for hva som ligger i kravet om effektive rettsmidler på nasjonalt nivå.

4.3.2 Hva innebærer begrepet effektive rettsmidler?

Kravet til effektive rettsmidler på nasjonalt nivå innebærer at det skal finnes effektive nasjonale kontrollmekanismer som kan ta stilling til spørsmålet om det foreligger konvensjonskrenkelse, og som kan rette opp slike krenkelser. Kravet henger sammen med subsidiaritetsprinsippet, som betyr at det er staten selv som skal ha det primære ansvaret for kontrollen med dens etterlevelse av menneskerettskonvensjonene.⁶⁸

Denne delen av flertallets begrunnelse blir videre brukt som eksempel på såkalt "tilslørende" argumentasjon i Jens Edvin A. Skoghøy, "Den nødvendige dissens", *Jussens Venner*, 03/2014, s. 162-183 (s. 166 flg). I artikkelen fremholdes det at denne delen av flertallets begrunnelse ikke har noen sammenheng med det spørsmål flertallet egentlig vurderer – nemlig hvorvidt det er adgang til å få fastsettelsesdom for krenkelse av barnekonvensjonen - og at uttalelsen dermed "fordreier" det egentlige vurderingstema. Dette er et standpunkt det er lett å si seg enig i - spørsmålet i saken var jo om det kunne avsies dom for brudd på de rettigheter barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 oppstiller, ikke om det kunne avsies dom for at en bestemt løsning var til barnets beste. I Skoghøys artikkel hevdes det at flertallet gjennom denne begrunnelsen forsøker å styrke sitt standpunkt ved å søke å gi det "et skinn av større legitimitet".

⁶⁷ Jf. kapittel 2.2 ovenfor.

⁶⁸ Vibeke Blaker Strand og Kjetil Mujezinovic Larsen, *Menneskerettigheter i et nøtteskall*, Oslo 2015 s. 216.

Både judisielle og administrative organer kan tilfredsstille kravet til effektivt rettsmiddel på nasjonalt plan.⁶⁹ Kravet om effektive rettsmidler innebærer således ikke nødvendigvis noe krav om domstolsbehandling av påståtte krenkelser.

4.3.3 Barnekonvensjonen artikkel 4

I motsetning til SP og EMK inneholder ikke barnekonvensjonen noen bestemmelse som eksplisitt oppstiller krav til effektive nasjonale rettsmidler.⁷⁰ Konvensjonens artikkel 4 første punktum gir imidlertid bestemmelser om statenes gjennomføringsforpliktelser. Bestemmelsen lyder:

”States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention.”

Spørsmålet blir om denne bestemmelsen må forstås slik at den oppstiller et krav til effektive nasjonale rettsmidler. I tråd med Wien-konvensjonen artikkel 31 skal det først foretas en fortolkning av bestemmelsens ordlyd isolert sett. Deretter tolkes bestemmelsen ”in good faith”, før den tolkes i sin kontekst, og til slutt i lys av konvensjonens formål. Deretter går det inn på øvrige rettskilder.

4.3.3.1 Bestemmelsens ordlyd

En naturlig språklig forståelse av ”shall undertake” sammenholdt med ”all appropriate (...) measures” taler for at gjennomføringsbestemmelsen i artikkel 4 pålegger konvensjonspartene en sterk og omfattende gjennomføringsforpliktelse. Den sterke forpliktelsen retter seg mot at konvensjonspartene skal sikre ”legislative, administrative and other measures”. Ordlyden ”legislative, administrative and other measures” er vid, men gir ingen konkret beskrivelse av hva gjennomføringsforpliktelsen omfatter. Den sterke gjennomføringsforpliktelsen ordlyden legger opp til, kan tale for at bestemmelsen pålegger statene å stille til rådighet effektive nasjonale rettsmidler. Samtidig er konkretiseringen av gjennomføringsforpliktelsen såpass vag, at en forpliktelse til å stille til rådighet effektive rettsmidler på nasjonalt plan vanskelig kan utledes av ordlyden alene. Av ordlyden isolert sett, kan det derfor ikke trekkes ut noe krav

⁶⁹ Frode Elgesem, *Vurdering av fordeler og ulemper ved eventuell norsk tilslutning til FNs barnekonvensjons tilleggsprotokoll om individuell klagerett – en juridisk analyse avgitt til utenriksdepartementet 3. juni 2013* s. 37, med videre henvisninger.

⁷⁰ Jf. SP artikkel 2 (3) og EMK artikkel 13.

om at statene må stille til rådighet effektive rettsmidler. Motsetningsvis kan det heller ikke trekkes ut at et slikt krav ikke oppstilles.

En ordlydsfortolkning alene er dermed ikke tilstrekkelig til å besvare spørsmålet om barnekonvensjonen oppstiller noe krav om effektive nasjonale rettsmidler.

4.3.3.2 Bestemmelsen tolket ”in good faith”

At traktatbestemmelser skal tolkes ”in good faith” (lojalt), innebærer at en skal velge det tolkningsresultat som best samsvarer med konvensjonspartenes felles intensjoner, og henger således sammen med det grunnleggende prinsippet om at avtaler skal holdes, jf. Wien-konvensjonen artikkel 26.⁷¹ Imidlertid fremstår det som uklart hvilke tanker og intensjoner partene hadde under avtaleprosessen, om et eventuelt krav til effektive nasjonale rettsmidler. Dermed gir ikke dette tolkningsmomentet særlig hjelp til å få avklart spørsmålet om barnekonvensjonen oppstiller et slikt krav.

4.3.3.3 Bestemmelsen tolket i kontekst

Hva som ligger i begrepet ”kontekst”, følger av Wien-konvensjonen artikkel 31 (2). Relevant i denne sammenheng er at traktatens øvrige ”text, including its preamble and annexes” (tekst, fortale og vedlegg) omfattes av begrepet.

Fortalen gir ingen bidrag i spørsmålet om hvorvidt barnekonvensjonen oppstiller noe krav til effektive rettsmidler. Konvensjonen inneholder videre ingen vedlegg, og det er således intet å hente der. Når det gjelder konvensjonens øvrige tekst, fremgår det imidlertid av artikkel 39 at:

”States Parties shall take all appropriate measures to promote physical and psychological recovery and social reintegration of a child victim of: any form of neglect, exploitation, or abuse; torture or any other form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; or armed conflicts. Such recovery and reintegration shall take place in an environment which fosters the health, self-respect and dignity of the child.”

Etter denne bestemmelsen er konvensjonspartene pålagt å treffe alle egnede tiltak for å fremme fysisk og psykisk rehabilitering og sosial reintegrering av barn som har vært utsatt for vanskjøtsel, utnyttning eller misbruk; tortur eller enhver annen form for grusom, umenneskelig

⁷¹ Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, s. 89.

eller nedverdiggende behandling eller straff; eller væpnede konflikter. Bestemmelsen pålegger således konvensjonspartene en bred plikt til å iverksette egnede tiltak, ved krenkelsers. I denne forbindelse kan det, slik jeg ser det, argumenteres for at det er sentralt at krenkelsene avdekkes, slik at egnede tiltak faktisk kan iverksettes for å gjenopprette eller rehabilitere krenkelsen. Dermed kan det kanskje innfortolkes et krav om en mellomstasjon som tar stilling til spørsmålet om krenkelse har funnet sted, slik at barnet da får oppfylt sin rett til rehabilitering eller reintegrering. Dette kan da forstås som et krav om effektive rettsmidler. Imidlertid gjelder bestemmelsen et noe avgrenset område i det den gjelder nærmere angitte krenkelsers. Dermed kan bestemmelsen vanskelig tas til inntekt for at barnekonvensjonen artikkel 4 generelt oppstiller et krav om effektive rettsmidler på nasjonalt plan.

Bestemmelsen i artikkel 2 pålegger imidlertid statene å ”ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind”.

I uttrykket ”respect and ensure” (sikre og respektere), vises det både til et krav om at statene ikke skal gripe inn i konvensjonsrettighetene (respektere), og at statens myndigheter er pliktig til å foreta seg noe aktivt for at rettighetene skal oppfylles (sikre).⁷² I statens plikt til å foreta seg noe aktivt for at rettighetene skal oppfylles, kan det argumenteres for at krenkelsers ikke skal finne sted og eventuelt gjenopprettes hvis skjedd. For at dette skal kunne la seg gjennomføre kan det argumenteres for at det skal finnes et rettsmiddel, som kan ta stilling til spørsmålet om krenkelse i det hele tatt har funnet sted. Dette vil da innebære et krav om effektive rettsmidler på nasjonalt nivå. Imidlertid gir heller ikke denne bestemmelsen noen helt klare holdepunkter, for spørsmålet om barnekonvensjonen artikkel 4 oppstiller krav om effektive rettsmidler.

Etter dette må det slås fast at bestemmelsens kontekst ikke gir noen klare bidrag til spørsmålet om barnekonvensjonen oppstiller et krav om effektive rettsmidler, men den kan likevel synes å trekke i retning av at barnekonvensjonen må forstås slik.

⁷² Arnfinn Bårdsen, *Barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis*, Barnerettsdagen JUS, Oslo 1. november s. 5 <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/barnerettsdagen-2016.pdf> (1. mai 2017).

4.3.3.4 Bestemmelsen tolket i lys av konvensjonens formål

Videre blir spørsmålet om traktatens formål gir noe bidrag til spørsmålet om barnekonvensjonen artikkel 4 må forstås slik at den oppstiller et krav om effektive rettsmidler.

I de tilfeller hvor bestemmelsens ordlyd ikke gir noen klar løsning, har det i folkeretten vært vanlig å legge stor vekt på formålet, i tråd med det såkalte effektivitetsprinsippet. Den formålsorienterte tolkning kan imidlertid selvsagt ikke være i strid med bestemmelsens ordlyd.⁷³

Barnekonvensjonen har ingen formålsbestemmelse. I likhet med de øvrige menneskerettighetskonvensjonene må det imidlertid legges til grunn at konvensjonens primære formål er å beskytte individene – her barna.⁷⁴ Barna skal beskyttes igjennom de rettigheter de har etter konvensjonen. For at rettighetene skal være reelle, må konvensjonen etterleves – noe konvensjonspartene er pålagt å sikre, jf. artikkel 4.

For at konvensjonspartene faktisk skal kunne sikre barna rettighetene etter konvensjonen, må de sørge for at konvensjonens bestemmelser etterleves. Dette formål kan vanskelig ivaretas uten at det på nasjonalt plan finnes kontrollmekanismer som kan ta stilling til spørsmålet om det foreligger konvensjonskrenkelse. Rettighetene vil raskt kunne bli illusoriske dersom barn ikke kan henvende seg til noen instans for å få spørsmålet om konvensjonskrenkelse prøvd.

En formålsorientert tolkning trekker således i retning av at bestemmelsen i artikkel 4 pålegger statene å stille til rådighet effektive nasjonale rettsmidler.

4.3.4 Supplerende tolkningsmomenter

Det fremkommer av Wien-konvensjonen artikkel 32 at også supplerende tolkningsmomenter, deriblant ”preparatory work of the treaty” (forarbeid) og ”the circumstances of its conclusion” (forhistorie) kan tas i betraktning i de tilfelle tolkningsmomentene i artikkel 31 ikke fører til en klar løsning eller dersom løsningen er åpenbart absurd og urimelig.⁷⁵ Det er riktignok ikke slik at de supplerende tolkningsmomenter kun er relevante i unntakstilfeller. Ved traktattolkning undersøkes og vurderes alle relevante momenter, men vekten av momentene i

⁷³ Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, s. 92-93.

⁷⁴ Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Oslo 2002 s. 101.

⁷⁵ Jf. også Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, s. 94.

artikkel 32 vil i prinsippet være mindre.⁷⁶ Etter en fortolkning av barnekonvensjonen artikkel 4 i henhold til Wien-konvensjonen artikkel 31 er det uansett ingen klar løsning på spørsmålet om barnekonvensjonen oppstiller krav om effektive rettsmidler på nasjonalt nivå.

Supplerende tolkningsmomenter kan derfor være viktige informasjonskilder, og gi bidrag til spørsmålet.

Bestemmelsen i artikkel 4 om statenes gjennomføringsforpliktelser var gjenstand for flere endringer og drøftelser i forbindelse med utarbeidelsen av barnekonvensjonen.⁷⁷ Imidlertid har jeg ikke funnet noen informasjon i verken den ene eller den andre retning hva gjelder spørsmålet om barnekonvensjonens artikkel 4, eller øvrige artikler for den saks skyld, var ment å oppstille et krav om effektive rettsmidler på nasjonalt nivå. Spørsmålet ser ikke ut til å ha vært et tema i det hele tatt.⁷⁸ Dermed gir ikke de supplerende tolkningsmomenter, herunder forarbeidene og forhistorien til barnekonvensjonen, noe bidrag til spørsmålet om barnekonvensjonen var ment å oppstille krav om effektive rettsmidler på nasjonalt nivå.

4.3.5 Generelle kommentarer fra barnekomiteen

4.3.5.1 Generelle kommentarer fra barnekomiteen som rettskilde

Barnekomiteen utgir generelle kommentarer ("general comments") om tolkning av enkelte artikler eller særlig viktige spørsmål. Barnekomiteen har selv innfortolket denne kompetansen i sitt mandat, jf. komiteens eget prosedyrereglement artikkel 77, utarbeidet med hjemmel i barnekonvensjonen artikkel 43 nr. 8.

At det er barnekonvensjonens folkerettslige forpliktende innhold som er inkorporert med forrang etter menneskerettsloven § 2, jf. § 3, taler for at barnekomiteens metode og forståelse er sentrale rettskilder.⁷⁹ Dette fordi barnekomiteen er det primære internasjonale

⁷⁶ Jf. Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, s. 94.

⁷⁷ Se for eksempel United Nations, *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights* vol. I s. 349-356.

⁷⁸ Se for eksempel United Nations, *Legislative History of the Conventions on the Rights of the Child: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights* vol. II s. 887 flg. Her gjennomgås artikler som ble diskutert og vurdert, men ikke inntatt i konvensjonen.

⁷⁹ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?*, Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar i Oslo 14.-15. mars 2016 s. 7

<http://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/betydningen-av-uttalelser-av-menneskeretts-og-barnekomiteen---foredrag.pdf> (1. mai 2017).

håndhevingsorgan for barnekonvensjonen, og komiteens uttalelser må derfor anses for å gi autorativ veiledning om tolkning av konvensjonens bestemmelser.⁸⁰ I tillegg bygger de generelle kommentarene på barnekomiteens samlede erfaring og innsikt og således et bredt kompetansegrunnlag, noe som også taler for at de generelle kommentarer må anses for å være viktige tolkningsbidrag.⁸¹ Ettersom de generelle kommentarene ikke er formelt bindende, oppstår likevel spørsmålet om hvilken relevans, og eventuelt vekt, de generelle kommentarer har som rettskilder.

Fra et folkerettslig synspunkt er det vanskelig å besvare hvilken relevans og vekt de generelle kommentarene fra barnekomiteen har som rettskilde, da det er begrenset med rettskilder på området. De generelle kommentarene er ikke nevnt i tolkningsreglene som følger av Wienkonvensjonen. At de generelle kommentarer har relevans, kan det vel likevel vanskelig sås tvil om, da de benyttes som rettskilder av toneangivende nasjonale høyesteretter, slik som UK Supreme Court, i tillegg til av Den europeiske menneskerettsdomstolen.⁸² Hvilken vekt de generelle kommentarene har, kan likevel vanskelig besvares generelt.

I norsk intern rett finnes det flere eksempler fra rettspraksis på at Høyesterett har benyttet generelle kommentarer fra barnekomiteen i forbindelse med tolkninger av bestemmelser i barnekonvensjonen. De generelle kommentarer har således utvilsomt etter omstendighetene relevans.

I dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1261 A var det spørsmål om hvilken vekt barnekomiteens uttalelser skulle tillegges. I denne saken slo flertallet først fast at disse uttalelsene ikke er folkerettslig bindende, og så deretter nærmere på hvilken vekt disse har i norsk intern rett.⁸³ I

⁸⁰ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?*, Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar i Oslo 14.-15. mars 2016 s. 7

<http://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/betydningen-av-uttalelser-av-menneskeretts--og-barnekomiteen---foredrag.pdf> (1. mai 2017).

⁸¹ Arnfinn Bårdsen, "Barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis", *Barnerettsdagen JUS*, Oslo 1. november 2016 s. 3 <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/barnerettsdagen-2016.pdf>

⁸² Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?*, Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar i Oslo 14.-15. mars 2016 s. 6-7 <http://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/betydningen-av-uttalelser-av-menneskeretts--og-barnekomiteen---foredrag.pdf> (1. mai 2017), med videre henvisninger.

⁸³ Jf. Rt. 2009 s. 1261 A (avsnitt 41 flg.).

saken uttalte flertallet at det avgjørende for vekten av barnekomiteens uttalelser var hvor ”klart den må anses å gi uttrykk for overvåkningsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonen”.⁸⁴ Dette må forstås slik at den rettskildemessige vekten blir tyngre i tilfeller hvor uttalelsen klart gir uttrykk for barnekomitéens forståelse av forpliktelsene. Videre uttrykker flertallet at man særlig må vurdere om uttalelsen må anses som en tolkningsuttalelse, eller mer som en tilrådning om optimal praksis, samt om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde.

Flertallets uttalelser i Rt. 2009 s. 1261 A har fått tilslutning i plenumsdommene Rt. 2012 s. 1985 P og Rt. 2015 s. 1388 P. Ut i fra disse dommene å betrakte har barnekomiteens generelle kommentarer rettskildemessig vekt i norsk rett, men uttalelsene må da altså tolkes for at det skal kunne fastslås hvilken vekt de skal tillegges.

Hvilken vekt de generelle kommentarene har, kan således ikke besvares generelt, og spørsmålet behandles heller ikke nærmere her. Her understrekes bare at det ikke kan anses tvilsomt at de generelle kommentarer er relevante rettskilder, og at de nødvendigvis vil ha større vekt jo klarere de er.

4.3.5.2 Generelle kommentarer som tar for seg retten til effektive rettsmidler

Barnekomiteen har avgitt i alt 19 generelle kommentarer.⁸⁵ Flere av disse omtaler retten til effektive nasjonale rettsmidler. Noen av disse generelle kommentarene er begrenset til å gjelde enkelte bestemmelser eller tema i konvensjonen, andre har et generelt anvendelsesområde.

Tematikken om retten til effektive rettsmidler ble første gang berørt i generell kommentar nr. 1, som gjelder artikkel 29 nr. 1 om utdanningens formål.⁸⁶ I kommentarens punkt 25 forutsettes det at det skal være mulig å få prøvd om eksisterende politikk og praksis er i samsvar med bestemmelsen i artikkel 29 nr. 1. Dette kan utledes av uttalelsen om at konvensjonspartene ved rapportering til barnekomiteen skal opplyse om hvordan man kan ta initiativ til slike vurderinger, og hvor mange slike prosedyrer som er blitt gjennomført i den

⁸⁴ Jf. Rt. 2009 s. 1261 A (avsnitt 44).

⁸⁵ Arnfinn Bårdsen, *Barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis*, Barnerettsdagen JUS, Oslo 1. november 2016 s. 3 <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/barnerettsdagen-2016.pdf> (1. mai 2017).

⁸⁶ General Comment no. 1 (2001).

perioden det rapporteres om. Begrepet effektive rettsmidler blir imidlertid ikke benyttet, og kommentaren begrenses dessuten til å gjelde enkeltbestemmelsen i artikkel 29 nr.1.

Tematikken berøres igjen i generell kommentar nr. 2 om rollen til uavhengige nasjonale menneskerettighetsinstitusjoner i arbeidet for å fremme og beskytte barnets rettigheter, som har et bredt anvendelsesområde.⁸⁷ I kommentarens punkt 13 uttaler komiteen at konvensjonspartene er pliktige til å prøve å sørge for at barn har effektive hjelpemidler for å rette opp brudd på deres rettigheter. Dette tilsier at barnekomiteen er av den oppfatning at konvensjonspartene er pliktige til å stille til rådighet effektive rettsmidler på nasjonalt plan.

Generell kommentar nr. 5 er imidlertid den kommentaren hvor retten til effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå, fremgår klartest. Kommentaren gjelder barnekonvensjonen artikkel 4 om statenes gjennomføringsforpliktelse, og gjelder dermed hele konvensjonen og har derfor et generelt anvendelsesområde. I kommentaren heter det at:

”For rights to have meaning, effective remedies must be available to redress violations. This requirement is implicit in the Convention and consistently referred to in the other six major international human rights treaties. Children’s special and dependent status creates real difficulties for them in pursuing remedies for breaches of their rights. So States need to give particular attention to ensuring that there are effective, child-sensitive procedures available to children and their representatives. These should include the provision of child-friendly information, advice, advocacy, including support for self-advocacy, and access to independent complaints procedures and to the courts with necessary legal and other assistance. Where rights are found to have been breached, there should be appropriate reparation, including compensation, and, where needed, measures to promote physical and psychological recovery, rehabilitation and reintegration, as required by article 39.”⁸⁸

I denne kommentaren fremgår det uttrykkelig at barnekomiteen er av den oppfatning at statene er forpliktet til å stille til rådighet effektive rettsmidler, jf. ordlyden “effective remedies must be available to redress violations.” Barnekomiteens synes å være av den oppfatning at dette er nødvendig for at rettighetene skal ha en realitet, og således ikke være

⁸⁷ General Comment no. 2 (2002).

⁸⁸ General Comment no. 5 (2003) punkt V.

illusoriske, jf. ordlyden ”for rights to have meaning”. Etter barnekomiteens syn fremgår denne rettigheten “implicit” av konvensjonen.

Også i etterkant av generell kommentar nr. 5 har barnekomiteen utgitt flere generelle kommentarer, hvor det fremholdes at konvensjonspartene må stille til rådighet effektive rettsmidler. Mest konkret kommer kravet om effektive rettsmidler til uttrykk i generell kommentar nr. 14, avgitt i 2013, som gjelder artikkel 3 nr. 1 om barnets beste. Der forutsettes det nok en gang at staten må stille til rådighet effektive rettsmidler på nasjonalt plan, jf. særlig punkt 98.⁸⁹

Etter dette må det legges til grunn at barnekomiteen er av den oppfatning at barnekonvensjonen oppstiller et krav til effektive nasjonale rettsmidler. Ettersom noen av de generelle kommentarene som omtaler retten, har et generelt anvendelsesområde, jf. blant annet generell kommentar nr. 2 og 5, må dette forstås slik at barnekomiteen er av den oppfatning av at retten til effektivt rettsmidler gjelder for alle bestemmelsene i barnekonvensjonen.

4.3.6 Tilleggsprotokollen til barnekonvensjonen om en individklageordning

Etter Wien-konvensjonen artikkel 31 (3) (c) skal det sammen med konteksten tas hensyn til ”any relevant rules of international law applicable in the relation between the parties”.⁹⁰

FNs generalforsamling vedtok, som nevnt, den tredje tilleggsprotokoll til barnekonvensjonen som etablerte en individuell klageordning, i 2011. Dette innebærer at enkeltsaker om brudd på barns rettigheter kan klages inn for barnekomiteen. Denne retten gjelder imidlertid selvsagt kun for barn i de stater som har ratifisert protokollen. Protokollen er i dag ratifisert av 14 stater. Norge er, som nevnt, ikke blant disse.⁹¹

Det faktum at det er etablert en individuell klageordning, kan imidlertid tale for at det forutsettes at barnekonvensjonen oppstiller krav om effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå. Dette fordi det vil være lite forenlig med subsidiaritetsprinsippet om det var mulig å klage inn

⁸⁹ Se nærmere om generell kommentar nr. 14 i punkt 6.3 nedenfor.

⁹⁰ Jf. også Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, s. 95.

⁹¹ Elin Saga Kjørholt ”FNs barnekonvensjons tredje tilleggsprotokoll om individuell klagerett” i *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, 3. utgave s. 373-383 (s. 373).

brudd på barnekonvensjonen direkte for et internasjonalt håndhevingsorgan, uten at spørsmålet var prøvd på nasjonalt plan først. Det er bare når det faktisk eksisterer effektive nasjonale rettsmidler at klageren er pliktig til å uttømme nasjonale rettsmidler før klage kan sendes det internasjonale klageorganet, jf. også tredje tilleggsprotokoll artikkel 7 (e), hvor det fremgår at nasjonale rettsmidler må være uttømt før klagen kan tas til behandling, med mindre ”the application of the remedies is unreasonably prolonged or unlikely to bring effective relief”.⁹²

Ovennevnte utgangspunkter må selvsagt gjelde de stater som har ratifisert protokollen. Hvorvidt dette også må gjelde for stater som ikke har ratifisert den tredje protokollen, er ikke like klart. Selve vedtakelsen av tredje tilleggsprotokoll kan imidlertid tas til inntekt for at et flertall av konvensjonspartene i barnekonvensjonen har vært av den oppfatning at konvensjonen oppstiller et krav til effektive rettsmidler. Det samme gjør den omstendighet at den tredje tilleggsprotokollen ikke inneholder en bestemmelse som eksplisitt oppstiller retten til effektivt nasjonalt rettsmiddel, men heller synes å ligge implisitt til grunn for konvensjonen.

Etter dette kan det slås fast at utviklingen og vedtakelsen av tredje tilleggsprotokoll trekker i retning av at barnekonvensjonen oppstiller krav til effektive rettsmidler.⁹³

4.3.7 Delkonklusjon

Barnekonvensjonen inneholder, i motsetning til SP og EMK, ikke noen bestemmelse hvor retten til effektivt rettsmiddel eksplisitt fremgår. Flere av de øvrige rettskildene på området, og en folkerettslig fortolkning av disse, tilsier imidlertid at barnekonvensjonen inneholder et slikt krav. Det er særlig en formålsorientert tolkning, samt barnekomiteens generelle kommentarer som taler for en slik forståelse. Etter min mening må således barnekonvensjonen, etter en korrekt folkerettslig fortolkning, forstås slik at den oppstiller et krav om effektive rettsmidler. Dette er ikke i tråd med flertallet i Rt. 2012 s. 2039 P sitt standpunkt, og slik jeg ser det bygger dermed deres standpunkt på en uriktig forståelse. På

⁹² Jf. også Frode Elgesem, *Vurdering av fordeler og ulemper ved eventuell norsk tilslutning til FNs barnekonvensjons tilleggsprotokoll om individuell klagerett – en juridisk analyse avgitt til utenriksdepartementet 3. juni 2013* s. 36.

⁹³ Se også Kirsten Kolstad Kvalø, *Å ha rett eller å få rett. Gir norsk rett effektive rettsmidler ved krenkelser av FNs barnekonvensjon?*, Liten masteravhandling i rettsvitenskap UiO, Oslo 2014 s. 17
<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/42901/616.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (1. mai 2017).

denne bakgrunn kan det også synes som om flertallets konklusjon, om at fastsettelsessøksmål om krenkelse av barnekonvensjonen ikke utgjør et ”rettskrav”, bygger på et feilaktig grunnlag.

Flertallets standpunktet om at barnekonvensjonen ikke oppstiller noe krav om effektivt rettsmiddel, er også kritisert i juridisk teori. *Skoghøy* har hevdet at dette bygger på en ”fundamental misforståelse”. I denne sammenheng har også han vist til barnekonvensjonen artikkel 4, som pålegger statene en plikt til å gjennomføre konvensjonen nasjonalt. Etter hans syn omfatter denne forpliktelsen, også en plikt til å stille til rådighet effektive nasjonale rettsmidler for å få prøvd konvensjonsbrudd. Dette jevnføres med barnekomiteens generell kommentar nr. 5.⁹⁴

Det fremstår for øvrig som underlig at spørsmålet om barnekonvensjonen inneholder et krav om effektive rettsmidler, ikke er blitt nærmere og grundigere behandlet av flertallet i Rt. 2012 s. 2039 P. Det er umulig å vite om flertallet i det hele tatt har benyttet den folkerettslige metode ved behandlingen av spørsmålet, når de bare kort og konsist har slått fast at barnekonvensjonen ikke oppstiller et slikt krav. Det kan virke som om flertallet kun har tatt utgangspunkt i at barnekonvensjonen ikke har noen bestemmelse der krav om effektivt rettsmiddel på nasjonalt plan eksplisitt fremgår, og dermed tatt utgangspunkt i at et krav om dette da heller ikke kan utledes av konvensjonen. Dette er en for enkel fremgangsmåte, når det som nevnt er barnekonvensjonen etter en korrekt folkerettslig fortolkning som er bindende for Norge.⁹⁵ Det er også grunn til å sette spørsmålsteget ved at flertallet ikke har benyttet de generelle kommentarer ved tolkningen av spørsmålet, eller i de minste eksplisitt vurdert om de var aktuelle, ettersom det er flere av de generelle kommentarene som tar for seg spørsmålet om barnekonvensjonen oppstiller et krav om effektive rettsmidler på nasjonalt plan.⁹⁶

⁹⁴ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Twisteløsning*, 3. utgave s. 406.

⁹⁵ Jf. punkt 2.2 ovenfor.

⁹⁶ Jf. punkt 4.3.5 ovenfor.

4.4 Retten til effektivt rettsmiddel som vilkår for søksmålsadgang ved brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon

4.4.1 Innledning

Etter dommen inntatt i Rt. 2012 s. 2039 P kan det slås fast at det er en forutsetning for å få dom for brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon, at den aktuelle konvensjon oppstiller krav om effektivt rettsmiddel. Når flertallet i Rt. 2012 s. 2039 P begrunner sitt standpunkt om at søksmål om brudd på barnekonvensjonen ikke utgjør et ”rettskrav”, som følge av at barnekonvensjonen ikke inneholder noe krav om effektive rettsmidler, blir det naturlige spørsmål hva vilkåret om rettskrav har å gjøre med retten til effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå.

Spørsmålet under dette punktet er om det bygger på en riktig forståelse av rettskravsvilkåret, å oppstille som vilkår for søksmålsadgang at den aktuelle menneskerettskonvensjonen må inneholde et krav om et effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå.

Det skal vurderes om hvorvidt det – uavhengig av om barnekonvensjonen oppstiller et krav om effektive rettsmidler – uansett må være riktig å anse påstand om brudd på barnekonvensjonen som et ”rettskrav”.

4.4.2 Adgangen til å få håndhevd rettigheter ved norske domstoler i form av fastsettelsessøksmål

Ordlyden ”rettskrav” tilsier at søksmålet må gjelde et konkret krav av rettslig karakter. Det fremgår også av tvistelovens forarbeider at vilkåret om ”rettskrav” innebærer at det må dreie seg om *et krav* som er *underlagt rettslig regulering*.⁹⁷

Det følger av tvistelovens forarbeider at *kravsbegrepet*⁹⁸ blant annet omfatter ”rettighets – eller pliktforhold”, og at det vil generelt være adgang til å få dom for dette.⁹⁹ Videre følger det at i *kravet til rettslig regulering*, ligger at kravet som gjøres gjeldende må reguleres av rettsregler. Kravet må med andre ord være rettslig begrunnet. Dette i motsetning til interessetvister, faktiske omstendigheter og faglige vurderinger. I tråd med dette fastslår

⁹⁷ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 364.

⁹⁸ Denne terminologien benyttes i Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave s. 382.

⁹⁹ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 364.

tvistelovens forarbeider at ”som den klare hovedregel vil krav som reguleres av rettsregler, måtte anses som ”rettskrav””. Den samme forståelse legges til grunn i juridisk teori.¹⁰⁰

Med disse utgangspunktene i mente kan en spørre seg hvordan dette stiller seg i forhold til søksmål om brudd på barnekonvensjonen.

Flere av barnekonvensjonens bestemmelser etablerer individuelle rettigheter, og staten de tilsvarende plikter. Søksmål om brudd på barnekonvensjonen kan således gjelde et ”rettighets – eller pliktforhold”, som det generelt er adgang til å få dom for. Videre gir barnekonvensjonen uttrykk for norsk rett, ettersom konvensjonen er inkorporert. Påstand om brudd på barnekonvensjonen er således et krav som underbygges av rettsregler. Dermed er kriteriet om at kravet må være rettslig begrunnet, tilfredsstilt. På denne bakgrunn kan det, slik jeg ser det, argumenteres for at påstand om brudd på barnekonvensjonen må anses som et ”rettskrav” etter den vanlige forståelsen av begrepet, og dermed bør det ikke være nødvendig å gå veien om spørsmålet om hvorvidt konvensjonen oppstiller krav om effektive rettsmidler på nasjonalt nivå.¹⁰¹

4.4.3 Adgangen til å få dom for at noe er ”ulovlig”, ”rettstridig” og lignende

I tvistelovens forarbeider er det videre fastslått at det er adgang til å få dom for at noe er ”ulovlig”, ”rettstridig”, ”uberettiget” med videre, jf. her Rt. 2001 s. 1505 A og Rt. 1985 s. 498 U.¹⁰² En påstand om at noe er ”ulovlig” eller lignende, vil således kunne betraktes som et ”rettskrav” jf. tvisteloven § 1-3. Dette er også den gjengse oppfatning i juridisk teori.¹⁰³

Frem til 1950-tallet var riktignok rettspraksis restriktiv med å tillatte fremmet søksmål om slike rettslige karakteristikk. Bakgrunnen var den regjerende oppfatning om at søksmålet

¹⁰⁰ Jf. blant annet Anne Robberstad, *Sivilprosess*, 3. utgave s. 86 og Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave s. 382 flg.

¹⁰¹ Arnfinn Bårdsen har i tråd med disse betraktningene fremholdt at flertallet i Rt. 2012 s. 2039 P ”kom til å overse at barnekonvensjonen gir rettigheter”, og at ”rettigheter etter norsk rett kan håndheves ved norske domstoler i form av fastsettelsessøksmål”, jf. Arnfinn Bårdsen, *Barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis*, Barnerettsdagen JUS, Oslo 1. november 2016 s. 6 <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/barnerettsdagen-2016.pdf> (1.mai 2017).

¹⁰² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 365.

¹⁰³ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave s. 405 og Tore Schei m.fl., *Tvisteloven kommentarutgave*, s. 27.

måtte gjelde den aktuelle rettsfølge, og ikke spørsmålet om vilkårene for at rettsfølgene kunne inntre var til stede. Poenget var at en dom om at noe var ”ulovlig”, ”rettstridig” og lignende, ikke gav noen klare indikasjoner om hva rettsfølgen måtte være. Dette standpunkt er nå altså forlatt, og den alminnelige oppfatning i dag er at rettsvirkningene for slike dommer som oftest vil være klare.¹⁰⁴ Nemlig at den ”ulovlige” eller ”rettstridige” handling, ikke lenger kan foretas eller må stanses.¹⁰⁵ Derfor er oppfatningen at også denne type avgjørelser vil ha rettsvirkninger, og i utgangspunktet er det dermed ingenting i veien for å godta slike krav som ”rettskrav”.

Også med dette utgangspunkt for øyet kan det settes spørsmålsteget ved at flertallet i Rt. 2012 s. 2039 P oppstiller vilkåret om effektive rettsmidler for søksmålsadgang.

At rettighetene i barnekonvensjonen er krenket, vil være naturlig å betrakte som rettstridig, spesielt når barnekonvensjonen er inkorporert med forrang. Ettersom det er adgang til å få dom for at noe er rettstridig, vil det i forlengelsen av dette være naturlig å akseptere søksmål om brudd på barnekonvensjonen. Når barnekonvensjonen er inkorporert med forrang, vil en dom for at det foreligger brudd på konvensjonen dessuten ha omtrent tilsvarende rettsfølger som en dom for at noe er ”ulovlig”, ”rettstridig” eller lignende - nemlig at den konvensjonsstridige handling må stanses.¹⁰⁶ Ettersom barnekonvensjonen er inkorporert med forrang, oppstår det således som utgangspunkt ikke noe tvil om hva følgen av en eventuell dom om konvensjonskrenkelse må være. Dette i motsetning til en konvensjon som ikke er inkorporert med forrang, hvor en dom for brudd ikke har noen klare og umiddelbare rettsfølger.¹⁰⁷ På bakgrunn av likhetene mellom påstand om brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon og påstand om at en handling er ”rettstridig”, ”ulovlig” eller lignende, tilsier dette at det hadde vært naturlig å tillate søksmål om brudd på en inkorporert

¹⁰⁴ Jf. Tore Schei m.fl, *Tvisteloven kommentarutgave*, s. 27.

¹⁰⁵ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave s. 403 og Tore Schei m.fl, *Tvisteloven kommentarutgave*, s. 27.

¹⁰⁶ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave s. 405.

¹⁰⁷ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave s. 407.

konvensjon, uavhengig av om den oppstiller krav til effektive rettsmidler på nasjonalt nivå, eller ei.¹⁰⁸

I flere juridiske fremstillinger fremholdes det endog at det er naturlig å se søksmålsadgangen ved påstand om brudd på en inkorporert konvensjon i sammenheng med at det er mulig å få dom for at noe er ”ulovlig”, ”uberettiget” eller ”rettstridig”, da dette er meget sammenlignbart.¹⁰⁹

Når flertallet i Rt. 2012 s. 2039 P oppstiller som vilkår for søksmålsadgang ved brudd på en inkorporert konvensjon at den aktuelle konvensjon må oppstille et krav om effektive rettsmidler, virker det som om at flertallet ignorerer denne sammenhengen helt. Dette synes å harmonere dårlig med reglene på området ellers.

4.4.4 Lojalitet overfor lovgiver?

I tvistelovens forarbeider diskuteres søksmålsadgangen ved konvensjonsstrid særskilt.¹¹⁰ Der fremholdes det, som nevnt tidligere, at det er retten til et effektivt rettsmiddel som begrunner søksmålsadgang ved brudd på en inkorporert konvensjon.¹¹¹ På denne bakgrunn kan det fremstå som riktigst, og mest lojal overfor lovgiver å ta utgangspunkt i at det er et vilkår for søksmålsadgang ved brudd på en inkorporert konvensjon, at den aktuelle konvensjon oppstiller et krav om effektive rettsmidler.

På den annen side presiseres det også i tvistelovens forarbeider at bestemmelsen i § 1-3 er å betrakte som en ”rettslig standard”. Dette betyr at bestemmelsen er ”utformet – og ment praktisert – slik at den nærmere forståelsen av bestemmelsen vil kunne endre seg over tid”.¹¹²

¹⁰⁸ Jf. også Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utgave, Oslo 2014, s. 392 og Jens Edvin A. Skoghøy, ”Den nødvendige dissens”, *Jussens venner*, 03/2014 s. 162-183 (s. 173-174). Annenvoterende i Rt. 2012 s. 2039 P ser ut til å resonnerer på samme måte, jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 114).

¹⁰⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave s. 405 og Tore Schei m.fl., *Tvisteloven kommentarutgave*, 2. utgave s. 29.

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 364 med videre henvisning til s. 152. flg.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 153.

¹¹² Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 363-364, jf. Innst. O. nr. 110 (2004-2005) s. 31.

I forarbeidene følger det videre:

”Dagens regler om søksmålsbetingelsene i tvistemålsloven §§ 53 og 54 gir etter departementets vurdering samlet sett en fleksibel og hensiktsmessig regulering av søksmålsadgangen. Kjennetegnet ved gjeldende rett - utover en knapp lovtekst («rettsforhold», «rettslig interesse») - er at den i stor grad er domstolsskapt. Gjennom rettspraksis - og juridisk teori - har det nærmere innholdet i søksmålsbetingelsene blitt utmeislet og nyansert. Fordelen ved en slik lovteknisk regulering er at den legger til rette for en videre utvikling og konkretisering gjennom rettspraksis, blant annet ut fra endrede samfunnsforhold eller når det kommer opp nye typetilfeller som vanskelig kan overskues på forhånd. Et alternativ - som utvalget påpeker - er å regulere søksmålsbetingelsene i en mer detaljert form. Dette vil kunne gi større forutberegnelighet, men det er ikke gitt at en ved dette oppnår færre tvister om søksmålsadgangen.

Departementet er på denne bakgrunn enig med utvalget i at en bør videreføre den elastisiteten som ligger i dagens regelsett.”¹¹³

I juridisk teori fremholdes det at dette må innebære at domstolene har ansvar for å tilpasse søksmålsadgangen til samfunnsutviklingen, samt den til enhver tid gjeldende oppfatning om hva hensynet til en rettssikker og hensiktsmessig saksbehandling tilsier.¹¹⁴ Etter dette må det således legges til grunn at søksmålsbetingelsene i tvisteloven § 1-3 vil kunne – og er også ment å skulle – endre seg med tiden. Dette trekker i retning av at uttalelsene i tvistelovens forarbeider om når søksmålsadgang ved brudd på en inkorporert konvensjon må tillattes, ikke nødvendigvis må tas på ordet.

Videre er det slik at tvistelovens forarbeider ble utarbeidet like etter dommen i Rt. 2003 s. 301 A, hvor Høyesterett første gang snudde i forhold til tidligere rettspraksis i spørsmålet om søksmålsadgang ved påstand om brudd på en inkorporert konvensjon. Forarbeidenes uttalelser tar således selvsagt ikke høyde for den utviklingen som kanskje kan synes å ha skjedd i etterkant. Jeg sikter da særlig til dommen inntatt i Rt. 2011 s. 1666 A, hvor Høyesterett fastslo som sikker rett ”at det kan reises *fastsettelsessøksmål* med krav om dom for at det foreligger

¹¹³ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 140.

¹¹⁴ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave s. 379.

brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon”, uten å henwise til noe krav om effektive rettsmidler på nasjonalt nivå.¹¹⁵

Videre er uttalelsene i tvistelovens forarbeider om når søksmålsadgang ved brudd på en inkorporert konvensjon skal tillattes, relativt knappe. Fremstillingen knytter seg utelukkende til hvordan ”norsk rett skal sikre en effektiv prøving av at menneskerettskonvensjonenes krav blir overholdt”, og i forlengelsen av dette de krav konvensjonene selv oppstiller til effektive rettsmidler på nasjonalt nivå.¹¹⁶ Forarbeidene er tause om hvordan spørsmålet om søksmålsadgang står i forhold til tradisjonell norsk intern prosessrett. Etter mitt syn fremstår det som noe mangelfullt at eksempelvis de betraktningene og likhetene jeg har gjort rede for i kapittel 4.4.2 og 4.4.3 ovenfor, ikke er behandlet. Dette gir grunn til å spørre om uttalelsene i tvistelovens forarbeider om søksmålsadgang ved brudd på en inkorporert konvensjon, egentlig var så gjennomtenkte.

Samlet taler dette for at uttalelsene i tvistelovens forarbeider om når søksmålsadgang ved konvensjonsstrid skal tillattes, ikke bør tillegges for stor vekt.

4.4.5 Formålet med inkorporeringen av barnekonvensjonen

At søksmålsadgang nektes, kan videre synes å komme i et noe tvilsomt forhold til menneskerettslovens forarbeider, og hva som var lovgivers intensjon med inkorporeringen. I forarbeidene til menneskerettsloven fremgår det at en gjennom inkorporering ville styrke det enkelte menneske sine grunnleggende rettigheter. Videre vises det til dagjeldende § 110c i Grunnloven, om statens plikt til å ”respekttere og sikre Menneskerettighetene”, jf. nå Grunnlovens § 92.¹¹⁷ I forbindelse med inkorporeringen av barnekonvensjonen ble det også understreket at konvensjonen ved inkorporeringen ”ville komme på lik linje med de allerede inkorporerte konvensjoner”. Det ble satt fokus på viktigheten av å signalisere at barnekonvensjonen var like viktig som de andre konvensjonene.¹¹⁸ Spørsmålet om

¹¹⁵ Jf. Rt. 2011 s. 1666 A (avsnitt 32).

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 153.

¹¹⁷ Jf. Innst. O. nr.51 (1998-1999) punkt 1 og 2. Forarbeidene knytter seg til inkorporeringen av SP, ØSK og EMK, som da skjedde før inkorporeringen av barnekonvensjonen. Imidlertid må de samme synspunkt gjøre seg gjeldende også for barnekonvensjonens del. Det fremgår for så vidt også av menneskerettsloven § 1 at ”lovens formål er å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett”.

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 25.

søksmålsadgang ser ikke ut til å ha blitt direkte vurdert i denne sammenheng. Men når selve poenget med inkorporeringen var å sikre og styrke menneskerettighetene, samt sørge for likestilling av konvensjonene, kan det argumenteres for at staten må tilstrebe å gjøre dette så langt det er mulig, og derfor tillate søksmålsadgang uavhengig av om barnekonvensjonen oppstiller et krav om effektive rettsmidler. Ved å tillate søksmål om brudd på konvensjonen sikrer staten at den som mener at rettighetene etter denne er krenket, får dette prøvd og dermed sikres et effektivt konvensjonsvern. Videre hindres også det som kan ligne en forskjellsbehandling av konvensjonene. Nettopp dette er viktig for å ivareta formålet med inkorporeringen av barnekonvensjonen.

4.4.6 Delkonklusjon

Etter dette kan det slås fast at det virker unødvendig å gå veien om spørsmålet om barnekonvensjonen oppstiller et krav om at staten må stille til rådighet effektive nasjonale rettsmidler, for at en påstand om brudd på konvensjonen skal anses som et ”rettskrav” etter tvisteloven § 1-3. Samtidig er ikke dette opplagt, ettersom tvistelovens forarbeider er klare på at det er kravet om effektive rettsmidler som er begrunnelsen og forutsetningen for søksmålsadgang ved konvensjonsstrid. Gjennomgangen ovenfor viser likevel at mye taler for at det uavhengig av om barnekonvensjonen oppstiller et krav om effektive rettsmidler eller ei, uansett må være riktig å anse påstand om brudd på barnekonvensjonen som et ”rettskrav” i henhold til tvisteloven § 1-3 første ledd.

4.5 Reelt behov for dom?

Etter å ha konkludert med at påstand om brudd på barnekonvensjonen ikke utgjorde noe rettskrav, gikk flertallet i Rt. 2012 s. 2039 P over til å konstatere at det heller ikke var noe ”reelt behov” for dom. Spørsmålet ble ikke drøftet, det ble bare slått fast:

”... Og jeg kan heller ikke se at det er noe «reelt behov» for at domstolene særskilt skal prøve dette spørsmålet.”¹¹⁹

Under dette punktet skal dette standpunktet vurderes.

¹¹⁹ Jf. Rt. 2012 s. 2039 P (avsnitt 100).

Etter tvisteloven § 1-3 andre ledd følger det at spørsmålet om vilkåret om ”reelt behov” er oppfylt, må avgjøres ut fra en ”samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det” og knytter seg til kravet til henholdsvis søksmålssituasjon og partstilknytning.

Imidlertid ser det ikke ut til at flertallet i Rt. 2012 s. 2039 P har foretatt en slik vurdering her, og det virker derfor ikke som om at det er den tradisjonelle ”reelt behov”-drøftelsen flertallet viser til. På grunn av flertallets manglende begrunnelse for sitt standpunkt, er det vanskelig å vurdere hva som er bakgrunnen for flertallets uttalelse, og hva de eksakt referer til.

Det kan tenkes at flertallet refererer til diskusjonen om behovet for særskilt fastsettelsesdom for prejudisielle forhold, ettersom flertallet henviser til behovet for å få spørsmålet om brudd prøvd ”særskilt”.

Vi ser da paralleller til tilsvarende EMK-søksmål, hvor staten har gjort gjeldende at det ikke har vært behov for å få særskilt fastsettelsesdom for konvensjonskrenkelse, ettersom det etter statens oppfatning har vært tilstrekkelig å få spørsmålet om krenkelse prøvd prejudisielt i prøvingen av et annet krav, typisk et erstatningskrav eller ugyldighetskrav. Dermed har det vært påstått at vilkåret om ”reelt behov” ikke har vært oppfylt. Imidlertid har Høyesterett hatt en annen tilnærming til spørsmålet i EMK-sakene. Det er særlig to avgjørelser som er kommet i etterkant av dommen inntatt i Rt. 2012 s. 2039 P, som illustrerer dette, jf. Rt. 2015 s. 93 P og HR-2016-2178-U.

I Rt. 2015 s. 93 P, som ble fulgt opp i HR-2016-2178-U, presiserer Høyesterett at den omstendighet at et menneskerettsbrudd utgjør et prejudisielt rettsforhold for et annet krav, klart ikke kan medføre at den rettslige interessen i å få fastsettelsesdom for menneskerettsbruddet faller bort eller blir redusert.¹²⁰ Dette innebærer at spørsmålet om EMK-brudd skal kunne gjøres til selvstendig påstand, og dermed prøves særskilt. Dersom de alminnelige vilkårene i tvisteloven § 1-3 om aktualitet og tilknytning er oppfylt, vil det således foreligge et ”reelt behov”.

I HR-2016-2178-U gav Høyesteretts ankeutvalg en nokså avklarende begrunnelse for søksmålsadgangen ved påstand om EMK-brudd, og hvorfor det ikke er tilstrekkelig å få spørsmålet om menneskerettskrenkelse konstatert i premissene for et annet krav. For det første begrunner ankeutvalget søksmålsadgangen med at det standpunkt retten inntar til

¹²⁰ Rt. 2015 s. 93 P (avsnitt 42).

prejudisielle rettsspørsmål, ikke kan påankes særskilt. Spørsmålet om det foreligger konvensjonskrenkelse, vil således bare kunne bli effektivt prøvd gjennom flere instanser dersom det blir gjort til selvstendig søksmålgjenstand. For det andre begrunner ankeutvalget søksmålsadgangen med at prejudisielle avgjørelser ikke har materiell rettskraft. Dette innebærer at rettens løsning for det prejudisielle spørsmål ikke vil være bindende i en senere sak, hvor spørsmålet måtte ha betydning. Dermed tilsier hensynet til effektiv rettsavklaring at spørsmålet om konvensjonsbrudd må tillates prøvd særskilt, og at det ikke er tilstrekkelig å få spørsmålet prøvd prejudisielt.

Dersom flertallet i Rt. 2012 s. 2039 P referer til diskusjonen om behovet for særskilt dom for prejudisielle forhold, kommer løsningen for barnekonvensjonens del i et noe merkelig lys, når man da sammenligner med hvordan Høyesterett har løst det tilsvarende spørsmål for EMK-søksmål. Den begrunnelse som ankeutvalget fremholder om behovet for særskilt fastsettelsesdom for konvensjonskrenkelse, gjør seg på tilsvarende måte gjeldende for spørsmålet om brudd på barnekonvensjonen.

Likevel er det kanskje lite sannsynlig at flertallet referer til diskusjonen om behovet for særskilt dom for prejudisielle forhold. Når flertallet uansett var av den oppfatning at vilkåret om ”rettskrav” ikke var oppfylt, må det bety at det etter deres syn aldri vil være aktuelt å tillate søksmål om krenkelse av barnekonvensjonen fremmet – heller ikke i saker hvor det ikke er adgang til å få spørsmålet om krenkelse prøvd prejudisielt. Det virker derfor lite naturlig om flertallet skulle referere til diskusjonen om behovet for å få særskilt dom for prejudisielle spørsmål.

Det er nok mer sannsynlig at flertallet i Rt. 2012 s. 2039 P sikter til at de har foretatt en helhetsvurdering av avgjørelsen om søksmålet skulle tillates fremmet.

Etter tvistelovens forarbeider følger det at spørsmålet om søksmål skal tillattes fremmet etter § 1-3, ”må bero på en helhetsvurdering”.¹²¹ Videre fremkommer det at de nærmere avgrensninger etter § 1-3 til en viss grad vil måtte bero på skjønn, og i grensetilfeller vil det være avgjørende om ”det er naturlig og rimelig at tvisten skal kunne bringes inn for domstolene”.¹²² Det kan tenkes at flertallet i Rt. 2012 s. 2039 P referer til at de har foretatt en

¹²¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 363-364.

¹²² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 363-364.

slik skjønnsmessig vurdering, og videre at de er av den oppfatning at det ikke var rimelig og naturlig å tillate søksmål om brudd på barnekonvensjonen. Dermed knytter kanskje ikke uttalelsen om det manglende reelle behovet seg til vilkåret om ”reelt behov” i tvisteloven § 1-3 andre ledd, men til en skjønnsmessig helhetsvurdering av om søksmålsadgang synes rimelig og naturlig. Det som taler for at det resonneres slik, er at flertallet i forbindelse med sin konklusjon om at søksmålsadgang ved brudd på barnekonvensjonen ikke forelå, i avsnitt 101, fremholdte at de hadde lagt vekt på at:

”det fremstår som vanskelig å overskue hvilke konsekvenser det vil ha om man åpner for at det – og da med generell rekkevidde – også kan kreves særskilt fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3”.

Imidlertid er det vanskelig å følge resonnementet om at en helhetsvurdering tilsier at det ikke er rimelig og naturlig å fremme søksmål om brudd på barnekonvensjonen, ettersom tilsvarende søksmål for brudd på SP og EMK tillates. Forutsatt at flertallets standpunkt om at barnekonvensjonen ikke oppstiller et krav til effektive rettsmidler er riktig, er dette, slik jeg ser det, det eneste som tilsier en annen løsning for spørsmålet om søksmålsadgang for barnekonvensjonens del enn for SP og EMK.

Det er for øvrig vanskelig å vurdere hvilke konsekvenser flertallet i Rt. 2012 s. 2039 P sikter til i avsnitt 101. Det kan synes som om at flertallet referer til den stadig tilbakevendende diskusjon om at statens politiske handlingsrom ikke må gjøres for snevert, ved at menneskerettighetene griper for sterkt inn i dette. Kanskje er også flertallet bekymret for at antall søksmål vil øke kraftig. Jeg stiller meg likevel spørrende til hva flertallet i Rt. 2012 s. 2039 P er så bekymret for, ettersom det er adgang til å få dom for brudd på EMK og SP. Når flertallet i Rt. 2012 s. 2039 P fant det nødvendig å trekke frem disse bekymringene, kan dette tyde på at nektelse av søksmålsadgang ved brudd på barnekonvensjonen, har sammenheng med noe mer enn at konvensjonen ikke oppstiller et krav om effektive rettsmidler. Dette kan nærmest ligne en motvilje mot barnekonvensjonen, og ligner en forskjellsbehandling av konvensjonene. Dette fremstår lite heldig.

Hadde flertallet i Rt. 2012 s. 2039 P vært av den oppfatning at barnekonvensjonen oppstilte et krav om effektivt rettsmiddel, er det, slik jeg ser det, i utgangspunktet ingen gode grunner for

at vilkåret om ”rettskrav” ikke skulle være oppfylt.¹²³ Hvis ikke ville situasjonen, slik jeg ser det, lignet en grunnløs forskjellsbehandlingen av barnekonvensjonen, i forhold til SP og EMK. Og hadde Høyesterett kommet til at vilkåret om ”rettskrav” var oppfylt, kan jeg vanskelig se at Høyesterett på samme måte kunne ha slått fast at det ikke var noe ”reelt behov” for dom. I stedet måtte Høyesterett da eventuelt gått inn på den alminnelige ”reelt behov”-vurderingen i tvisteloven § 1-3 andre ledd, og da vurdert om det forelå tilstrekkelig partstilknytning og aktualitet i den konkrete saken. Dette i likhet med tvister som gjelder søksmålsadgang ved påstand om brudd på EMK og SP.¹²⁴

¹²³ Da hadde imidlertid blant annet spørsmålet om den påberopte bestemmelse var selvkraftig og håndhevbar, vært aktuelt, se kapittel 1.4 ovenfor.

¹²⁴ Jf. eksempelvis Rt. 2011 s. 1666 A (avsnitt 32).

5 Håndhevelse av barnekonvensjonen – er dagens rettstilstand heldig?

5.1 Innledning

Gjennom dommen inntatt i Rt. 2012 s. 2039 P er det fastslått at det ikke er adgang til å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Som nevnt tilsier Høyesteretts generelle begrunnelse for nektelse av søksmålsadgang, at det foreløpig må legges til grunn at dette gjelder for alle bestemmelsene i konvensjonen. I dette kapitlet skal det redegjøres for om dagens rettstilstand er heldig, sett ut fra et håndhevelsessynspunkt.

5.2 Behovet for å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen for å oppfylle kravet om effektive rettsmidler

Som det fremkommer av punkt 4.3.2, stiller barnekonvensjonen nødvendigvis ikke noe krav om domstolsprøving, og heller ikke at det skal være mulig å få særskilt dom for menneskerettsstrid.¹²⁵ Imidlertid kan konvensjonen, etter min oppfatning, forstås slik at den oppstiller et krav om at staten må stille til rådighet effektive rettsmidler på nasjonalt plan, jf. punkt 4.3.7. Spørsmålet er da om det, for å oppfylle kravet om effektive rettsmidler på nasjonalt nivå, kan være behov for noen ganger å tillate søksmål med påstand om konvensjonsbrudd.

Det kan forekomme tilfeller hvor domstolen er det eneste organ som kan ta stilling til spørsmålet om barnekonvensjonen er krenket. Dette vil eksempelvis gjelde på områder hvor det ikke er mulig å få spørsmålet om krenkelse prøvd på administrativt nivå, det vil si i forvaltningen, ved for eksempel klageordninger. I slike tilfeller vil adgang til domstolen være eneste måte å få prøvd spørsmålet om konvensjonen er blitt brutt. Videre kan det tenkes at et barn har vært utsatt for en konvensjonskrenkelse, som ikke lar seg knytte til et annet krav. Dermed kan ikke spørsmålet om konvensjonsbrudd alltid prøves i premissene for et annet krav heller. I slike tilfeller vil en fastsettelsesdom være den eneste måten å få prøvd spørsmålet om konvensjonskrenkelse. På denne bakgrunn kan det argumenteres for at retten til et effektivt rettsmiddel fordrer at det, i tilfeller hvor konvensjonsmessigheten ikke kan prøves på annen måte, må være søksmålsadgang ved brudd på barnekonvensjonen. Dette

¹²⁵ Som presisert i kapittel 1.4 ovenfor, behandles heller ikke dette spørsmålet nærmere her.

tilsier at dagens rettstilstand om at fastsettelsessøksmål nektes ikke er heldig, ettersom det kan føre til at Norge ikke alltid overholder sin forpliktelse om å stille til rådighet effektive rettsmidler på nasjonalt plan.

5.3 Lojal oppfølging av konvensjonsforpliktelsene

Forutsatt at barnekonvensjonen ikke stiller krav om effektivt nasjonalt rettsmiddel, blir spørsmålet om det ut fra et håndhevelsessynspunkt uansett *bør* være adgang til å gå til søksmål ved brudd på barnekonvensjonen, på grunnlag av en lojal oppfølging av konvensjonsforpliktelsene.¹²⁶

Ved å tillate søksmål om brudd på barnekonvensjonen, sikrer staten at den som mener at rettighetene etter konvensjonen er krenket, får dette prøvd. Dette er viktig for å sikre at barn faktisk får oppfylt de rettigheter de har i henhold til konvensjonen. Ved å tillate fastsettelsessøksmål om brudd på barnekonvensjonen, sikres barn at de har noen å henvende seg til ved spørsmål om krenkelse. Ettersom en fastsettelsesdom for konvensjonskrenkelse, som utgangspunkt vil innebære at den konvensjonsstridige handling må stanses eller opphøre, kan en slik dom dessuten ha stor betydning.¹²⁷ På denne måten kan staten sørge for en best mulig oppfyllelse av konvensjonen. Dermed tilsier en lojal oppfølging av konvensjonsforpliktelsene søksmålsadgang ved påstand om brudd på barnekonvensjonen, i alle fall i de tilfeller hvor spørsmål om brudd ikke lar seg prøve på annen måte.

Videre er det slik at Norge, ved å ikke ratifisere barnekonvensjonens tredje tilleggsprotokoll om individuell klageadgang, har valgt å ikke åpne for at norske barn skal kunne påklage brudd på sine rettigheter etter barnekonvensjonen, til barnekomiteen. Når Norge altså ikke har villet tillate internasjonal klageadgang, kan det argumenteres for at en lojal oppfølging av konvensjonsforpliktelsene tilsier at staten i alle fall bør sikre nasjonal domstolsadgang, slik at barn i det minste får muligheten til å få spørsmål om konvensjonskrenkelse prøvd. Imidlertid må det påpekes at det på tilsvarende vis hadde vært et argument for domstolsadgang, også for det tilfelle at Norge faktisk hadde ratifisert tredje tilleggsprotokoll om individuell klageadgang. Da ville det imidlertid vært subsidaritetsprinsippet som hadde talt for en slik løsning, og ikke hensynet til en lojal oppfølging av konvensjonsforpliktelsene som da altså gjør seg gjeldende her.

¹²⁶ Tredjevoterende i Rt. 2012 s. 2039 P ser ut til å resonnerer slik, se avsnitt 140 i dommen.

¹²⁷ Jens Edvin A. Skoghøy, *Twisteløsning*, 3. utgave s. 405.

Sett i lys av at rettighetene etter barnekonvensjonen i noen tilfeller ikke lar seg håndheve på annen måte enn ved fastsettelsessøksmål, tilsier dette at dagens rettstilstand om at søksmålsadgang ikke foreligger, vurdert ut fra et håndhevelsessynspunkt, ikke alltid er heldig.

Det er også et paradoks at barnekonvensjonen er ment å gi barn særlig beskyttelse, fordi de er en sårbar gruppe.¹²⁸ Vernet er ikke tilstrekkelig når rettighetene etter konvensjonen ikke alltid lar seg håndheve. Når søksmålsadgang ved påstand om brudd på barnekonvensjonen nektes, gjør dessuten tanken på forskjellsbehandling i forhold til SP og EMK seg raskt gjeldende. Begrunnelse for nektelse av søksmålsadgang i Rt. 2012 s. 2039 P, om at barnekonvensjonen ikke oppstiller et krav om effektive rettsmidler kan i og for seg hevdes å gi en legitim grunn til forskjellsbehandling. Likevel er det ikke til å unngå at tanken om forskjellsbehandling melder seg. Når søksmålsadgang nektes for barnekonvensjonen, men ikke for SP og EMK, kan det gi et signal om at barnekonvensjonen er mindre viktig enn de andre menneskerettskonvensjonene.

Etter min mening fremstår det dermed som lite heldig at fastsettelsessøksmål om brudd på barnekonvensjonen skal nektes, og det kan vanskelig sies å være en lojal oppfyllelse av våre forpliktelser etter barnekonvensjonen.

¹²⁸ Jf. kapittel 1.3 ovenfor.

6 Nye rettskilder – bør Høyesterett snu?

6.1 Innledning

Som det ovenstående viser er det, etter mitt skjønn, flere holdepunkter for at Høyesteretts konklusjon og fremgangsmåte i Rt. 2012 s. 2039 P verken fremstår som heldig eller korrekt.¹²⁹ Likevel er det slik at avgjørelser fra Høyesterett gjerne tjener som mønstre for senere avgjørelser for domstolene om samme spørsmål, jf. den såkalte prejudikatslæren.¹³⁰ Den vanlige oppfatning her til lands er at Høyesteretts prejudikater er nær bindende for alle andre enn Høyesterett selv.¹³¹ Dette må som utgangspunkt innebære at dersom spørsmålet om adgangen til å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen skulle komme opp for underrettene, må avgjørelsen i Rt. 2012 s. 2039 P følges. Det er i utgangspunktet intet i veien for at Høyesterett selv fraviker sin avgjørelse i Rt. 2012 s. 2039 P.¹³² Likevel skal det gode grunner til for at Høyesterett velger å fravike sine tidligere avgjørelser. Spørsmålet om hvorvidt Høyesterett bør gjøre så beror på en kompleks og sammensatt vurdering.¹³³ Det faktum at avgjørelsen i Rt. 2012 s. 2039 P var avsagt under sterk dissens, samt at flertallets standpunkter kan hevdes å være uriktige og lite heldige, kan trekke i retning av at fravikelse bør finne sted.¹³⁴ Et moment som imidlertid med enda større styrke kan tale for fravikelse er regelendringer, det vil si nye rettskilder og et endret rettskildebilde.¹³⁵

Etter dommen i 2012 har det kommet flere nye rettskilder – nye grunnlovsbestemmelser, ny generell kommentar fra barnekomiteen og ny rettspraksis. Spørsmålet under dette punktet er om disse rettskildene trekker i retning av at spørsmålet om søksmålsadgang for brudd på barnekonvensjonen bør bli vurdert annerledes enn i Rt. 2012 s. 2039 P, dersom spørsmålet kommer opp for Høyesterett på ny.

¹²⁹ Jf. drøftelsene i kapittel 4 og 5.

¹³⁰ Jf. Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001, s. 159.

¹³¹ Jf. Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave s. 160.

¹³² Se Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave s. 182 og Jens Edvin A. Skoghøy, ”I hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes?” i *Lov sannhet rett: Norges Høyesterett 200 år*, Oslo 2015 s. 269.

¹³³ Se Jens Edvin A. Skoghøy, ”I hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes?” i *Lov sannhet rett: Norges Høyesterett 200 år*, s. 269 flg.

¹³⁴ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave s. 182 flg.

¹³⁵ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, ”I hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes?” i *Lov sannhet rett: Norges Høyesterett 200 år*, s. 269.

6.2 De nye grunnlovsbestemmelsene

I forbindelse med Grunnlovens 200-års jubileum i 2014 vedtok Stortinget den største grunnlovsreformen siden 1814. Hensikten var blant annet å modernisere og utvide menneskerettsvernet i Grunnloven.¹³⁶ I denne forbindelse hadde grunnlovsgiver særlig i tankene at Grunnloven måtte ”understreke at det påligger staten å sikre, verne og garantere” menneskerettighetene.¹³⁷ På denne bakgrunn fikk Grunnloven del E en ny innledende bestemmelse, jf. § 92. I bestemmelsen heter det at:

”Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norges bindende traktater om menneskerettigheter”.

Bestemmelsen gir uttrykk for en konstitusjonell plikt for ”statens myndigheter” – herunder lovgiver, forvaltningen og domstolen - til å ”respektere og sikre” ”for Norges bindende traktater om menneskerettigheter”.¹³⁸ Barnekonvensjonen er utvilsomt blant de ”for Norges bindende traktater om menneskerettigheter”, som ”statens myndigheter” dermed er pålagt å ”respektere og sikre” i henhold til bestemmelsen i § 92.¹³⁹

Ordlyden ”respektere og sikre” tilsier at statens myndigheter ikke skal gripe inn i konvensjonsrettighetene (”respektere”), samt at de er pliktig til å foreta seg noe aktivt for at rettighetene skal oppfylles (”sikre”).¹⁴⁰

En viktig side av statens *sikringsplikt* må være at konvensjonsrettighetene kan håndheves tilstrekkelig. I forlengelsen av dette er det i rettspraksis blitt presisert at sikringsplikten

¹³⁶ Jf. Arnfinn Bårdsen, ”De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett”, Nordisk høyesterettsdommerseminar, Stockholm 23. og 24 mars 2015 s. 4.

<https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/nordiske-konstitusjonsdomstoler---stockholm-mars-2015.pdf> (1. mai 2017).

¹³⁷ Jf. Innst. 186 S (2013-2014) s. 21.

¹³⁸ Se også Arnfinn Bårdsen, ”De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett”, Nordisk høyesterettsdommerseminar, Stockholm 23. og 24 mars 2015 s.

6 <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/nordiske-konstitusjonsdomstoler---stockholm-mars-2015.pdf> (1. mai 2017).

¹³⁹ Jf. også menneskerettsloven § 2.

¹⁴⁰ Jf. også Vibeke Blaker Strand og Kjetil Mujezinovic Larsen, *Menneskerettigheter i et nøtteskall* s. 90, med videre henvisninger.

innebærer at brudd på menneskerettene må bringes til opphør.¹⁴¹ På denne bakgrunn er det etablert som et utgangspunkt i flere juridiske fremstillinger, at Grunnloven § 92 pålegger staten en generell forpliktelse til å prøve og til å reparere menneskerettsbrudd.¹⁴²

En fastsettelsesdom vil, som nevnt, i noen tilfeller være den eneste måte å prøve om brudd på barnekonvensjonen har funnet sted, og dermed det eneste som kan gi grunnlag for opphør og reparasjon.¹⁴³ Iblant vil en fastsettelsesdom også kunne være tilstrekkelig til reparasjon. Dette taler for at fastsettelsessøksmål om brudd på barnekonvensjon i noen tilfeller må tillates i medhold av Grunnloven § 92, og således uavhengig av om barnekonvensjonen selv pålegger statene å stille til rådighet effektive rettsmidler.

Dermed kan den generelle forpliktelse til å prøve og til å reparere menneskerettsbrudd i henhold til Grunnloven § 92, tilsa at spørsmålet om søksmålsadgang ved brudd på barnekonvensjonen må løses annerledes nå enn i Rt. 2012 s. 2039 P, nettopp som følge av vedtakelsen av Grunnloven § 92.

I forbindelse med grunnlovsrevisjonen i 2014 kom også en grunnlovsbestemmelse i Grunnloven § 104 om barnets særlige menneskerettigheter. Stortingets kontroll og konstitusjonskomité fremholdt at det var en svakhet ved den norske grunnloven at den ikke speilet det særlige vern barn har.¹⁴⁴ Komiteen fremhevet at barn er en sårbar gruppe, som dessuten er i en særstilling.¹⁴⁵ Dette fordi de står i en ”spesiell avhengighetsstilling, og det i en særlig formativ fase av det liv de skal kunne bruke til å utøve de friheter og rettigheter som tilkommer alle.”¹⁴⁶ Derav behov for å synliggjøre barns selvstendige og særlige menneskerettigheter.

Bestemmelsen i Grunnloven § 104 lyder:

¹⁴¹ Jf. Rt. 2014 s. 1105 A (avsnitt 61). Se også Rt. 2014 s. 1105 A, Rt. 2014 s. 1292 A og Rt. 2015 s. 93 P.

¹⁴² Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, s. 406, Vibeke Blaker Strand og Kjetil Mujezinovic Larsen, *Menneskerettigheter i et nøtteskall*, s. 90 og Jens Edvin A. Skoghøy, ”Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven”, *Lov og rett* 04/2015 s. 195-196.

¹⁴³ Jf. drøftelsen i punkt 5.2 ovenfor.

¹⁴⁴ Innst. 186 S (2013-2014) s. 29.

¹⁴⁵ Innst. 186 S (2013-2014) s. 29.

¹⁴⁶ Innst. 186 S (2013-2014) s. 29.

”Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling.

Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Barn har rett til vern om sin personlige integritet. Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie.”

Grunnloven § 104 er en omfattende bestemmelse, med en rekke elementer av ulik art og med til dels betydelig rekkevidde.¹⁴⁷ I Rt. 2015 s. 93 P karakteriserer Høyesterett § 104 andre ledd om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, som ”bærebjelken i bestemmelsen”.¹⁴⁸ I dommen pekes det videre på at regelen har sin parallell i barnekonvensjonen artikkel 3. nr. 1.

Et særlig interessant spørsmål i denne sammenheng er hvorvidt det er søksmålsadgang ved påstand om brudd på Grunnlovens menneskerettsbestemmelser. Høyesterett har så langt ikke tatt stilling til spørsmålet. I juridisk teori fremholdes det imidlertid at det etter vedtakelsen av Grunnloven § 92 i 2014 ”neppe kan være tvil om” at fastsettelsessøksmål med påstand om brudd på Grunnlovens menneskerettsbestemmelser må aksepteres.¹⁴⁹

Imidlertid vil det, slik jeg ser det, føre til dårlig harmoni i rettssystemet dersom Høyesterett tillater søksmål om brudd på Grunnloven, men ikke for de tilsvarende bestemmelser i barnekonvensjonen. Dette gjelder særlig dersom begrunnelsen for en eventuell søksmålsadgang ved brudd på Grunnlovens menneskerettsbestemmelser, er statens

¹⁴⁷ Jf. også Arnfinn Bårdsen, *Barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis*, Barnerettsdagen JUS, Oslo 1. november 2016 s. 8 <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/barnerettsdagen-2016.pdf> (1. mai 2017).

¹⁴⁸ Jf. Rt. 2015 s. 93 P (avsnitt 63), jf. også Arnfinn Bårdsen, *Barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis*, Barnerettsdagen JUS, Oslo 1. november 2016 s. 8 <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/barnerettsdagen-2016.pdf> (1. mai 2017).

¹⁴⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Twisteløsning*, 3. utgave s. 406.

forpliktelse til å ”respektere og sikre” menneskerettighetene, etter Grunnlovens § 92. Dette fordi denne forpliktelsen også gjelder for barnekonvensjonen.

Spørsmålet om det er søksmålsadgang ved brudd på Grunnlovens menneskerettsbestemmelser, er imidlertid fortsatt uavklart. Det kan bli interessant, dersom spørsmålet skulle komme opp for Høyesterett, og Høyesterett da kommer til at søksmålsadgang foreligger i tråd med betraktninger som er gjort gjeldende i juridisk teori.

Etter min mening vil dette være et moment som gjør at spørsmålet om søksmålsadgang ved brudd på barnekonvensjonen bør bli vurdert annerledes enn i Rt. 2012 s. 2039 P.

6.3 Ny generell kommentar fra barnekomiteen

Etter dommen i 2012 har barnekomiteen nok en gang fremholdt at barnekonvensjonen gir barn rettigheter, og at det forutsettes at staten må stille til rådighet effektive rettsmidler på nasjonalt plan, jf. Generell kommentar nr. 14 punkt 6, punkt 15 bokstav c og punkt 98.

Vedtakelsen av den nye generelle kommentaren er et moment som trekker i retning av at Høyesteretts standpunkt i Rt. 2012 s. 2039 P om at barnekonvensjonen ikke oppstiller krav om effektive rettsmidler, ikke er korrekt. Etter min mening hviler dermed standpunktet om at barnekonvensjonen ikke oppstiller et krav om effektive rettsmidler, og at søksmålsadgang dermed må nektes, på et enda tynnere grunnlag i dag enn det gjorde i 2012. Dette er således et moment som kan trekke i retning av at spørsmålet om søksmålsadgang, må vurderes annerledes dersom spørsmålet kommer opp for Høyesterett på ny.¹⁵⁰

6.4 Maria-saken

I Rt. 2015 s. 93 P, den såkalte Maria-saken, kom Høyesterett med noen interessante uttalelser om barnekomiteens generelle kommentarer.

I saken var det blant annet spørsmål om et utvisningsvedtak var ugyldig fordi det krenket menneskerettighetene, herunder barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 om barnets beste. I

¹⁵⁰ Det må imidlertid påpekes at generell kommentar nr. 14, som nevnt, gjelder enkelt bestemmelsen i artikkel 3 nr. 1 om barnets beste, og har således som utgangspunkt ikke et generelt anvendelsesområde. Imidlertid er barnets beste utpekt som et generelt prinsipp som skal gjelde ved tolkningen av hele konvensjonen, jf. generell kommentar nr. 5, se også kapittel 2.2 ovenfor. Dette kan tilsi at generell kommentar nr. 14 om barnets beste må få et utvidet anvendelsesområde.

forbindelse med fortolkningen av bestemmelsen gikk Høyesterett inn i generell kommentar nr. 14, og uttalte at:

”I *General Comment No. 14* (2013) «on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration» [GC-2013-14-CRC], har FNs Barnekomité redegjort for regelens bakgrunn og funksjon, og foretatt en konsoliderende gjennomgang av en rekke tolkningsspørsmål. Det Barnekomiteen gir uttrykk for her, utgjør etter mitt syn et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av artikkel 3 nr. 1”.¹⁵¹

Når Høyesterett uttaler at den generelle kommentaren er et ”naturlig utgangspunkt” ved tolkningen av konvensjonsbestemmelsen, tyder dette på at Høyesterett utvilsomt er av den oppfatning at de generelle kommentarene kan være viktige rettskilder med tung vekt.¹⁵²

Imidlertid er det slik at kvaliteten av de generelle kommentarene varierer. Dermed kan det ikke være slik at alle de generelle kommentarene barnekomiteen har avgitt, kan brukes som et ”naturlig utgangspunkt” ved fortolkningen av bestemmelsene i barnekonvensjonen, jf. også betraktningene i Rt. 2009 s. 1261 A, Rt. 2012 s. 1985 P og Rt. 2015 s. 1388 P, hvor det fremgår at vekten av de generelle kommentarene vil variere.¹⁵³ Men i de tilfeller hvor de generelle kommentarenes karakter tilsier det, må altså disse tillegges stor vekt, jf. Høyesteretts uttalelser i Rt. 2015 s. 93 P. I Rt. 2015 s. 93 P, presiseres det således at de generelle kommentarene kan være viktige rettskilder.

All den tid Høyesterett er klare på at de generelle kommentarene kan være viktige rettskilder, gir det for meg lite mening om de generelle kommentarene ikke skal undersøkes og benyttes i løsningen av spørsmålet om barnekonvensjonen oppstiller et krav om effektive rettsmidler. Som nevnt er flere av de generelle kommentarene tydelige på at barnekonvensjonen oppstiller et slikt krav. Dermed kan dette også tilsi at svaret på spørsmålet om barnekonvensjonen

¹⁵¹ Jf. Rt. 2015 s. 93 P (avsnitt 64).

¹⁵² Høyesterett var for øvrig også av den oppfatning at den generelle kommentaren også utgjorde et naturlig utgangspunkt ved fortolkningen av bestemmelsen i Grunnloven § 104, jf. Rt. 2015 s. 93 P avsnitt 64. Dette fordi Grunnloven § 104 ifølge Høyesterett har sin parallell i Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, jf. Rt. 2015 s. 93 P (avsnitt 63 flg.) Se også kapittel 6.2 ovenfor.

¹⁵³ Jf. kapittel 4.3.5.1 ovenfor.

oppstiller et krav om effektive rettsmidler, stiller seg annerledes hvis man benytter de generelle kommentarene ved rettsanvendelsen.

Det er også et poeng at akkurat den generelle kommentaren Høyesterett benytter i Rt. 2015 s. 93 P som et ”naturlig utgangspunkt” ved tolkningen av bestemmelsen i artikkel 3 nr. 1, som nevnt uttaler at konvensjonen må forstås slik at den oppstiller et krav om effektive rettsmidler.¹⁵⁴ Når Høyesterett anvender generell kommentar nr. 14 som et utgangspunkt ved rettsanvendelsen, og som en rettskilde med tung vekt, må det bety at Høyesterett er av den oppfatning at den generelle kommentaren er av en slik karakter at den må tillegges stor vekt. Derfor bør kommentaren, etter mitt syn, også benyttes som en rettskilde i spørsmålet om barnekonvensjonen er å forstå slik at den oppstiller et krav om effektive rettsmidler. Også dette kan trekke i retning av spørsmålet om søksmålsadgang må vurderes annerledes, dersom spørsmålet skulle komme opp for Høyesterett på ny.

Som gjennomgangen i kapittel 6 viser, er det flere holdepunkter i nye rettskilder som tilsier at Høyesterett bør snu. For det første gjelder dette vedtakelsen av Grunnloven § 92, som tilsier at fastsettelsessøksmål med påstand om brudd på barnekonvensjonen noen ganger må fremmes, uavhengig av om konvensjonen oppstiller et krav om effektive rettsmidler. For det andre gjelder dette barnekomiteens generell kommentar nr. 14, hvor det nok en gang fremholdes at barnekonvensjonen er å forstå slik at den oppstiller et krav om effektive rettsmidler. Høyesteretts standpunkt i Rt. 2012 s. 2039 P om at barnekonvensjonen ikke oppstiller et krav om effektive rettsmidler, lar seg dermed enda vanskeligere forsvare i dag enn i 2012. Høyesteretts uttalelser angående barnekomiteens generelle kommentarer i Rt. 2015 s.93 P, kan dessuten tilsi at de generelle kommentarene må anvendes ved løsningen av spørsmålet om barnekonvensjonen oppstiller et krav om effektive rettsmidler. Ettersom flere av de generelle kommentarene, inkludert generell kommentar nr. 14 som Høyesterett benytter i Rt. 2015 s. 93 P, er klare på et slikt krav, tilsier dette dessuten at svaret på spørsmålet kan stille seg annerledes når man benytter de generelle kommentarene ved tolkningen.

På denne bakgrunn kan det argumenteres for at spørsmålet om søksmålsadgang ved brudd på barnekonvensjonen bør løses annerledes dersom spørsmålet kommer opp for Høyesterett på ny.

¹⁵⁴ Jf. Generell kommentar nr. 14 punkt 98.

7 Kildeliste

(a) Litteratur

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave, (Oslo 2001).

Elgesem, Frode, ”Vurdering av fordeler og ulemper ved eventuell norsk tilslutning til FNs barnekonvensjons tilleggsprotokoll om individuell klagerett – en juridisk analyse avgitt til utenriksdepartementet”, 3. juni 2013.

Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave (Oslo 2016).

Kjørholt, Elin Saga, ”FNs barnekonvensjons tredje tilleggsprotokoll om individuell klagerett” i *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) (Oslo 2016) s. 373-383.

Møse, Erik, *Menneskerettigheter* (Oslo 2002).

Robberstad, Anne ”Viljen til å skape lov og Grunnlov”, *Lov og rett*, 01/2016 s. 49-64.

Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 3. utgave (Oslo 2015).

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave (Oslo 2011).

Schei, Tore m.fl., *Twisteloven kommentarutgave Bind I*, 2. utgave (Oslo 2013).

Skoghøy, Jens Edvin A., ”Den nødvendige dissens”, *Jussens Venner*, 03/2014, s. 162-183.

Skoghøy, Jens Edvin A., ”I hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes?” i *Lov sannhet rett: Norges Høyesterett 200 år* (Oslo 2015).

Skoghøy, Jens Edvin A., ”Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven”, *Lov og rett*, 04/2015 s. 195-196.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning*, 2. utgave (Oslo 2014).

Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning*, 3. utgave (Oslo 2017).

Smith, Lucy, ”FNs konvensjon om barnets rettigheter” i *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) (Oslo 2016) s.17-30.

Strand, Vibeke Blaker og Kjetil Mujezinović Larsen, *Menneskerettigheter i et nøtteskall* (Oslo 2015).

Vangsnes, Jørgen, *Sivilprosess i et nøtteskall* (Oslo 2015).

(b) Elektroniske kilder

Bårdsen, Arnfinn, ”Barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis”, *Barnerettsdagen JUS*, Oslo 1. november 2016 <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/barnerettsdagen-2016.pdf> (1. mai 2017).

Bårdsen, Arnfinn, ”De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett”, *Nordisk høyesterettsdommerseminar*, Stockholm 23. og 24 mars 2015 <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/nordiske-konstitusjonsdomstoler---stockholm-mars-2015.pdf> (1. mai 2017).

Kvalø, Kirsten Kolstad, *Å ha rett eller å få rett. Gir norsk rett effektive rettsmidler ved krenkelser av FNs barnekonvensjon?*, Liten masteravhandling i rettsvitenskap UiO, Oslo 2014
<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/42901/616.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
(1. mai 2017)

Skoghøy, Jens Edvin A, ”Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?”, *Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar*, Oslo 14.-15. mars 2016 <http://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/betydningen-av-uttalelser-av-menneskeretts--og-barnekomiteen---foredrag.pdf> (1. mai 2017).

(c) Norske lover

Kongeriket Norges Grunnlov gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814 (Grunnloven).

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

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

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

(d) Norske forarbeider

Innst. O. nr. 51 (1998-1999) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

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

Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.

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

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

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

Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov).

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

(e) Rettspraksis

Rt. 1985 s. 498 U.

Rt. 1994 s. 1244 A.

Rt. 2001 s. 1505 A.

Rt. 2003 s. 301 A.

Rt. 2009 s. 1261 A.

Rt. 2009 s. 477 U.

Rt. 2011 s. 1666 A.

Rt. 2012 s. 1985 P.

Rt. 2012 s. 2039 P.

Rt. 2014 s. 1105 A.

Rt. 2014 s. 1292 A.

Rt. 2015 s. 1388 P.

Rt. 2015 s. 93 P.

HR-2016-2178-U.

(f) Traktater og konvensjoner

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950.

International Covenant on Civil and Political rights, 16 December 1966.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966.

Vienna Convention on the Law of treaties (VCLT), 23 May 1969.

Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989.

Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict, United Nations 25 May 2000.

Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, United Nations 25 May 2000.

Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, United Nations 19 December 2011.

(g) Generelle kommentarer fra FNs barnekomité

General Comment no. 1 (2001), The aims of education (UN doc. CRC/GC/2001/1).

General Comment no. 2 (2002), The role of independent human rights institutions in the promotion and protection of the rights of the child (UN doc. CRC/GC/2002/2).

General Comment no. 5 (2003), General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (UN doc. CRC/GC/2003/5).

General Comment no. 14 (2013), The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (UN doc. CRC/C/GC/14).

(h) Andre internasjonale kilder

United Nations, *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: Vol. 1.* (New York 2007) (HR/PUB/07/1).

United Nations, *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: Vol. 2.* (New York 2007) (HR/PUB/07/1).