

Det juridiske fakultet

Muligheten for å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen

AV: *BENEDICTE DAHL HOAAS*

—

JUR-3902 Høst 2013

Liten masteroppgave i rettsvitenskap høst 2014

1	Innledning	4
1.1	Tema for avhandlingen.....	4
1.2	Bakgrunn for valg av tema.....	5
1.3	Avgrensning.....	5
1.4	Fremstillingen videre.....	6
2	Rettskilder	7
2.1	Rettskilder og metode.....	7
3	Generelt om Barnekonvensjonen	8
3.1	Historisk utvikling.....	8
3.2	Nærmere om innholdet i barnekonvensjonen.....	9
3.3	Gjennomføring og rapportering.....	10
3.4	Barnekonvensjonens betydning i norsk rett.....	11
4	Fastsettelsesdom	13
4.1	Generelt om fastsettelsesdom.....	13
4.2	Rettsvirkningene av å få fastsettelsesdom.....	15
4.3	Søksmålsbetingelsene i tvisteloven § 1-3.....	15
4.4	Fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP.....	19
5	Fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen i lys av Rt-2012-2039	20
5.1	Innledning.....	20
5.2	Nærmere om sakens faktum.....	21
5.3	Flertallets syn på saken.....	23
5.3.1	Problemstillingene flertallet reiser.....	23
5.3.2	Muligheten for fastsettelsesdom ut fra folkerettslige forpliktelser.....	23

5.3.3	Muligheten for fastsettelsesdom ut fra norsk intern rett	31
5.4	Mindretallets syn på saken	33
5.4.1	Problemstillingene mindretallet reiser	33
5.4.2	Vurdering av om BK art. 3 nr. 1 er «håndhevbar».....	35
5.4.3	Vurdering av om BK art. 3 nr. 1 er «selvkraftig»	38
5.4.4	Mindretallets konklusjon.....	43
5.5	Oppsummering	44
6	Avsluttende bemerkninger	45
6.1	Bør det være mulig å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen	45
6.1.1	Rettsvirkninger som kan oppstå ved fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen	50
7	Litteraturliste	52
	Lover:.....	52
	Forarbeider:	52
	Rettspraksis:.....	53
	Praksis fra FNs Barnekomité/ folkerettslige kilder:	55
	Litteratur:	55
	Elektroniske kilder:.....	57

1 Innledning

1.1 Tema for avhandlingen

Avhandlingens tema er adgangen til å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen, for norske domstoler. Avhandlingen berører således både menneskerettigheter og intern norsk rett.

Fastsettelsessøksmål er et sivilt søksmål som går ut på å få dom for at et rettsforhold eller en rettighet eksisterer eller ikke eksisterer. Fastsettelsesdom for brudd på en inkorporert menneskerettighetsbestemmelse vil således fastslå at en krenkelse har funnet sted. Som følge av en slik dom må krenkelsen opphøre og ikke gjentas i fremtiden.

FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen/ BK) hører til grunnstammen av menneskerettighetskonvensjoner.¹ Den er utarbeidet med tanke på barnets særlige behov, og er den konvensjonen med det bredeste spektret av vern og rettigheter.² Konvensjonen dekker både sivile og politiske rettigheter, samt økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

Barnekonvensjonen er ratifisert av tilnærmet alle land. Det er kun USA og Somalia som ikke har tilsluttet konvensjonen.³ Konvensjonen har hatt stor betydning i Norge, både for lovgivning og praksis.⁴ Det er imidlertid usikkert hvorvidt barnekonvensjonen gir adgang til å kreve fastsettelsesdom ved konvensjonsbrudd.⁵ Spørsmålet i det følgende blir derfor om det er mulig å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen, og hvilken betydning det vil ha å kunne få slik dom.

Denne masteroppgaven vil i det følgende omhandle både prosessuelle og materielle spørsmål. Muligheten for fastsettelsesdom vil være av prosessuell karakter, mens rettsvirkningene av å få, eventuelt ikke få, fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen vil bero på en nærmere avklaring av det materielle innholdet.

¹ FNs konvensjon for barns rettigheter av 20. november 1989 (Barnekonvensjonen).

² Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 22.

³ Høstmølingen (2012) s. 5.

⁴ Se punkt 3.4 om barnekonvensjonens betydning i norsk rett.

⁵ Se eksempelvis Rt-2012-2039 som var en plenumsdom med dissens på 11-8 vedrørende spørsmålet.

1.2 Bakgrunn for valg av tema

Høyesterett avsa den 21. desember 2012 en dom i plenum, Rt-2012-2039. Saken omhandlet gyldigheten av et vedtak fra utlendingsnemnda som nektet en familien fra Bosnia-Hercegovina opphold i Norge.⁶ Et av spørsmålene som kom på spissen var nettopp muligheten for å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen.

Plenumsdommen er nylig avsagt og det kan hevdes at spørsmålet vedrørende fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen er avklart. Således kan grunnlaget for avhandlingen synes å falle bort. Det var imidlertid en klar dissens i Høyesterett angående dette spørsmålet. Videre er det slått fast som utvilsomt at det er mulig å få fastsettelsesdom for brudd på Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)⁷. Barnekonvensjonen er inkorporert på lik linje med EMK og SP, med forrang foran norsk rett, jf. menneskerettighetsloven § 3, jf. § 2.⁸ Dette gir samlet grunnlag for å drøfte spørsmålet om adgang til fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen.

1.3 Avgrensning

Det spørsmål som skal behandles er adgangen private personer har for å kreve fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen. Selv om Rt-2012-2039 omhandlet flere spørsmål, vil jeg ikke behandle hele dommen da de resterende spørsmålene er av liten betydning for muligheten til å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen.⁹

Imidlertid bør det nevnes at samme dag som overnevnte avgjørelse kom, avsa Høyesterett ytterligere en plenumsdom, Rt-2012-1985. Disse to dommene henger tett sammen ved at begge avgjørelsene tar opp spørsmål om gyldigheten av avslag på søknad om opphold på humanitært grunnlag.¹⁰ Rt-2012-1985 omhandlet en iransk familie med barn som hadde bodd lenge i Norge uten lovlig opphold. Familien ønsket asyl og opphold på humanitært grunnlag.

⁶ Sakens faktum redegjøres for under punkt 5.2.

⁷ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK) og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP).

⁸ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven).

⁹ Se punkt 5.2 for de resterende spørsmålene som ble tatt opp til drøftelse av Høyesterett.

¹⁰ I Rt-2012-2039 avsnitt 18 påpekes det at avgjørelsen behandles i sammenheng med sak Rt-2012-1985.

De prinsipielle spørsmålene som Høyesterett måtte ta standpunkt til var forståelsen av utlendingsloven § 38 og hensynet til barnets beste, herunder hvilken kompetanse domstolene har ved overprøving av slike vedtak. Videre var det spørsmål om domstolene ved prøving av vedtak i utlendingssaker, kunne ta i betraktning nytt faktum som var kommet til etter at forvaltningen traff sitt vedtak.

Spørsmålene er interessante, men ikke for det tema som behandles i denne avhandlingen. I tillegg var det kun en av dommene som behandlet spørsmålet om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen. Rt-2012-1985 vil derfor ikke behandles i det følgende.

1.4 Fremstillingen videre

I den videre fremstilling vil jeg i punkt 2.1 ta for meg rettskilder og metode. Det vil her redegjøre for hvilken metode og hvilke rettskilder som vil være av betydning for avhandlingen. Relevante metodiske særegenheter vil også belyses.

Deretter vil jeg i kapittel 3 gi en oversikt over barnekonvensjonen og dens betydning i norsk rett. Dette vil bidra til å sette barnekonvensjonen i kontekst med den videre behandlingen av muligheten for å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen.

I kapittel 4 vil jeg redegjøre nærmere for hva fastsettelsesdom er, og hvordan en slik dom kan oppnås gjennom søksmålsbetingelsene i tvisteloven (tvl.) § 1-3.¹¹ I forbindelse med redegjørelsen av fastsettelsesdom, vil jeg belyse søksmålsadgangen EMK og SP har ved konvensjonsbrudd.

Kapittel 5 vil være en av avhandlingens mest sentrale del. Jeg vil her vurdere muligheten for fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen i lys av Rt-2012-2039. Gjennom dommen vil flertallets og mindretallets syn på saken drøftes, for deretter å oppsummere hva som ble avgjort gjennom dommen.

Avslutningsvis vil jeg foreta en vurdering av om dagens tilstand er en rimelig og fornuftig rettstilstand, og om det burde være mulig å få fastsettelsesdom for brudd på

¹¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

barnekonvensjonen. Til slutt vil jeg ta for meg noen aktuelle rettsvirkninger som kan oppstå ved en eventuell søksmålsadgang ved brudd på barnekonvensjonen.

2 Rettskilder

2.1 Rettskilder og metode

Fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen er ikke særskilt lovregulert.

Høyesterettsavgjørelsen, Rt-2012-2039 behandlet imidlertid dette spørsmålet, og dommen vil således være av vesentlig betydning. Redegjørelsen av spørsmålet vil hovedsakelig foretas gjennom en analyse av dommen.

Tvisteloven vil også være en relevant rettskilde da den inneholder betingelsene for å reise sak for domstolene. Imidlertid er tvisteloven, og da nærmere bestemt tvl. § 1-3 en generell bestemmelse for muligheten til å reise sak. Bestemmelsen hjemler ikke uttrykkelig søksmålsadgang ved konvensjonsbrudd. Hva tvl. § 1-3 hjemler kan bedre forstås gjennom forarbeider, tidligere rettspraksis og litteratur. Disse vil være relevante kilder gjennom avhandlingen.

I tillegg til norsk intern rett, bygger avhandlingen på folkerett. Barnekonvensjonen vil her være en sentral rettskilde. Ved anvendelse av konvensjonen kan det oppstå noen metodiske særegenheter som bør nevnes. Dette vil særlig gjelde ved anvendelse av de generelle kommentarene, «General Comment» fra FNs Komité for barnets rettigheter (Barnekomitéen). De generelle kommentarene vil bli berørt flere ganger i avhandlingen.

Ved tolkning av artiklene i barnekonvensjonen er utgangspunktet en naturlig språklige forståelsen av ordene.¹² Imidlertid er mange av konvensjonens artikler preget av å være lite presise.¹³ De generelle kommentarene spiller her en sentral rolle ved tolkning og utfylling av artiklene, og vil være den sentrale rettskilden ut over konvensjonsteksten.¹⁴ Uttalelsene fra

¹² Smith (2012) s. 24.

¹³ Smith (2012) s. 24.

¹⁴ Søvig (2009) s. 32 og Smith (2012) s. 25.

Barnekomitéen er imidlertid ikke rettslig bindende for statene, og hvor stor vekt nasjonale domstoler skal tillegge kommentarene er ikke avklart.¹⁵

Høyesterett drøftet betydningen av de generelle kommentarene i Rt-2009-1261, hvor de blant annet siterte forarbeidene til endringer i barnelova med:

*«De generelle kommentarene som FNs barnekomité utgir er verdifulle retningslinjer for tolkingen og anvendelsen av konvensjonen. FNs barnekomité er det ekspertorgan som tolker barnekonvensjonen. Det bør derfor legges relativt stor vekt på disse uttalelsene ved tolking og anvendelse av konvensjonens bestemmelser i praksis».*¹⁶

Lovgiver la til grunn at de generelle kommentarene skulle ha «relativt stor vekt». Høyesterett tolket imidlertid sitatet slik at uttalelsene fra Barnekomitéen skulle ha en «viss betydning». Det avgjørende ville være hvor klar uttalelsen var, og om det var en tolkningsuttalelse eller en mer veiledende uttalelse.¹⁷ Høyesterett påpekte videre at det så må vurderes om uttalelsen vil passe på det aktuelle faktum og rettsområde.

Det vesentlige her er at de generelle kommentarene fra Barnekomitéen ikke er rettslig bindende, men at Høyesterett har slått fast at de skal tillegges en viss betydning. Dette er av interesse fordi flertallet og mindretallet i plenumsavgjørelse, Rt-2012-2039 hadde to forskjellige syn på de generelle kommentarene fra Barnekomitéen. Dette vil jeg redegjøre for under punkt 5.

3 Generelt om Barnekonvensjonen

3.1 Historisk utvikling

Folkeforbundet vedtok i 1924 en erklæring om barnets rettigheter.¹⁸ Erklæringen ga uttrykk for viktige prinsipper, men den var ikke juridisk bindende for statene. Det ble derfor viktig å utarbeide en konvensjon for barnets rettigheter som ville forplikte medlemsstatene.

¹⁵ Smith (2012) s. 25, og blant annet Rt-2009-1261 avsnitt 41.

¹⁶ Rt-2009-1261 avsnitt 43, jf. Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 26.

¹⁷ Rt-2009-1261 avsnitt 44.

¹⁸ Declaration of the Rights of the Child (the 1924 Declaration of Geneva).

Barnekonvensjonen ble vedtatt av FNs Generalforsamling 20. november 1989 og trådte i kraft 2. september 1990. Norge ratifiserte konvensjonen 8. januar 1991, og inkorporerte den i norsk lov med virkning fra 1. oktober 2003. Barnekonvensjonen ble gitt forrang foran annen norsk lovgivning på linje med de allerede inkorporerte menneskerettighetskonvensjonene, jf. menneskerettsloven § 3, jf. § 2.¹⁹

Beslutningen om å utarbeide en egen konvensjon for barn møtte en del motstand, da det allerede fantes to FN konvensjoner om menneskerettigheter. Innvendingene ble således at en konvensjon for barn kun ville bli en gjentakelse av allerede eksisterende menneskerettigheter.²⁰ På den andre side ble det argumentert for at barn står i en særstilling på grunn av fysisk og mental umodenhet og trenger ekstra beskyttelse. Sistnevnte argumentasjon vant frem og arbeidet med barnekonvensjonen kunne begynne.

3.2 Nærmere om innholdet i barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen består av tre deler fordelt på 54 artikler. Del I beskriver barns rettigheter. Del II tar for seg hvordan konvensjonen skal følges opp, og del III inneholder bestemmelser om ratifisering og endring av konvensjonen.

Det er innholdet i barnekonvensjonen som skaper rettighetene. Hvem som er beskyttet av disse rettighetene følger av BK art. 1 som slår fast at rettighetssubjektet er barn under 18 år.²¹ Videre er det staten som er pliktsubjektet, og pålegges til å oppfylle forpliktelsene etter konvensjonen, jf. BK art. 4.

Barnekonvensjonen inneholder som nevnt både sivile, politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. De sivile og politiske rettigheten har karakter av absolutte rettigheter,

¹⁹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven), Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966 (ØSK), FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner av 18. desember 1979 (Kvinnekonvensjonen).

²⁰ Grøslund (1993) s. 13.

²¹ BK art. 1 gjelder ethvert barn under 18 år, hvis ikke barnet blir myndig tidligere etter den lovgivning som gjelder for barnet.

som eksempelvis retten til liv, jf. BK art. 6 og retten til å bli hørt, jf. artikkel BK 12. De økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene har en mer velferdsmessig karakter. Dette er eksempelvis BK art. 26 om retten til sosiale trygdeytelser, og BK art. 27 om retten til en tilstrekkelig levestandard. I motsetning til de absolutte rettighetene er disse rettighetene satt som minstestandard for de forpliktete landene, jf. BK art. 4 annen setning. Dette gjør at også u-land kan slutte seg til konvensjonen ved at landene måles ut i fra de ressursene de har tilgjengelige.

Barnekomitéen har selv framhevet at konvensjonen, som alle andre menneskerettslige konvensjoner må betraktes som et levende instrument som må være gjenstand for en dynamisk tolkning over tid.²² Konvensjonen må således tolkes som en helhet, og særlig med fokus på fire av artiklene i konvensjonen. Disse fire er artikkel 2 om retten til ikke-diskriminering, artikkel 3 nr. 1 om barnets beste, artikkel 6 om retten til liv og utvikling og artikkel 12 om retten til å bli hørt. Barnekomitéen har erklært disse artiklene for grunnleggende prinsipper eller grunnpilarer.²³ Dette innebærer at de fire artiklene inngår i tolkningen både av hver enkelt rettighet, og av konvensjonen som helhet.²⁴

I tillegg til artiklene består barnekonvensjonen av tre tilleggsprotokoller. De to første tilleggsprotokollene som Norge har inkorporert omhandler barn i væpnet konflikt, og salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi. Den tredje tilleggsprotokollen ble vedtatt i 2011 av FNs Generalforsamling. Protokollen opprettet en individuell klageadgang slik at enkeltsaker om brudd på barnekonvensjonen kan klages inn for FNs Barnekomité. Norge har ikke ratifisert den tredje tilleggsprotokollen, noe jeg vil komme tilbake til under punkt 6.1.

3.3 Gjennomføring og rapportering

Når en stat har forpliktet seg etter konvensjonen, må staten *«treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak for å gjennomføre de rettigheter som anerkjennes i denne konvensjon»*, jf. BK art. 4. Norge må altså påse at konvensjonens bestemmelser overholdes. I forlengelsen av dette må de forpliktete partene også synliggjøre rettighetene i

²² General Comment No. 8 (2006) avsnitt 20. Uttalelsen fra Komitéen svarer til Wien- konvensjonen art. 31 som Norge er folkerettslig forpliktet av, se. blant annet NOU 2003: 7 s. 51.

²³ General Comment No. 5 (2003) avsnitt 38, jf. avsnitt 12, og eksempelvis Smith (2012) s. 19.

²⁴ Smith (2012) s. 19.

konvensjonen, slik at barn og andre som arbeider med barn kjenner til konvensjonens rettigheter, jf. BK art. 42. Dette er en forutsetning for at konvensjonen kan gjennomføres.

Statenes gjennomføring av barnekonvensjonen kontrolleres gjennom periodiske rapporter til Barnekomitéen, jf. BK art. 44.²⁵ Komitéens gjøremål er nedfelt i BK art. 43-45, og dens sammensetning reguleres av BK art. 43.

På bakgrunn av rapportene gir Barnekomitéen tilbakemeldinger til statene både i form av avsluttende merknader og generelle kommentarer, jf. BK art. 45 (d).²⁶ Disse tilbakemeldingene og forslagene er imidlertid ikke rettslig bindende for statene.²⁷ Etterlevelse av konvensjonen beror derfor på lojalitet til konvensjonsforpliktelsen, politisk vilje og statenes resurser.²⁸

Barnekomiteen mottar også såkalte skyggerapporter fra statenes sivile samfunn, jf. BK art. 45 (a). Disse skyggerapportene er et supplement utarbeidet av blant annet frivillige organisasjoner og Barneombudet.²⁹ Ved at komiteen behandler skyggerapporter øker dette informasjonstilgangen for komiteen, og komiteen kan komme med konstruktive anbefalinger.

3.4 Barnekonvensjonens betydning i norsk rett

Barnekonvensjonen fikk gjennom inkorporeringen en sterk stilling i norsk rett. Konvensjonen ble inntatt i menneskerettighetsloven med forrangsbestemmelse, og gjelder som norsk lov, jf. mnskrl. § 3, jf. § 2. Inkorporeringen førte til en rekke lovendringer for og synliggjøre bestemmelsene i konvensjonen.³⁰ Blant annet fikk barnelova og barnevernloven en mer konkretisert bestemmelse om barnas uttalerett. Aldersgrensen til barnets rett til å uttale seg i saker som angår barnet selv ble senket fra 12 til 7 år. En slik regel samsvarer bedre med BK art. 12.³¹

²⁵ Nærmere om rapporteringssystem i eksempelvis Smith (2012) s. 22, og Søvig (2009) s. 18-20

²⁶ For betydningen av de generelle kommentarene fra Barnekomitéen se under punkt 2.1.

²⁷ Smith (2012) s. 23.

²⁸ Smith (2012) s. 23.

²⁹ <http://barneombudet.no/for-voksne/vare-publikasjoner/supplerende-rapport-til-fns-komite-for-barns-rettigheter-2009/> (sist lest 21.09.13).

³⁰ Smith (2012) s. 27-28 og Søvig (2009) s. 20-28.

³¹ For mer om synliggjøringen av BK art. 12 i norsk rett se eksempelvis Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) kap. 5.

Lovendringer har også kommet på bakgrunn av kritikk fra Barnekomitéen. Norge ble i den første rapporten fra Komitéen kritisert for opplæringssystemet, og en endring ble foretatt i blant annet opplæringsloven slik at alle barn, inkludert de uten lovlig opphold kan få opplæring, jf. opplæringsloven § 2-1.³²

Barnekonvensjonen har i tillegg hatt innvirkning på samspillet mellom lovgiver og rettspraksis. I en sak omhandlende avstraffelse av barn la Høyesterett til grunn at «lette klapps» ikke ble rammet som vold mot barn.³³ Uttalelsen vakte stor diskusjon fordi den ble ansett å gi et for svakt vern etter statens forpliktelse. Barneombudet krevde en avklaring fra justisdepartementet.³⁴ Etter at kjennelsen var avlagt kom Barnekomitéen med en generell kommentar om barnets vern mot kroppslig avstraffelse. Den påpekte at også milde former for refselsler bør forbys.³⁵ På bakgrunn av diskusjonene ble regjeringen bedt om å komme med forslag til ny barnelov § 30. I april 2010 trådte den nye barneloven § 30 i kraft med den følge at all fysisk eller psykisk vold mot barn er forbudt, også i oppdragelses øyemed.

Barnekonvensjonen anvendes og påberopes med jevne mellomrom for domstolene.³⁶ Høyesterett har ved flere anledninger tatt stilling til konvensjonen ved drøftelsen av det aktuelle spørsmålet i saken.³⁷ Lovendringene og anvendelsen av konvensjonen for domstolene viser at konvensjonen har hatt innflytelse på norsk lovgivning. Gjennom en redegjørelse av barnekonvensjonens stilling i norsk rett fremholdt Lucy Smith at den norske løsningen med både inkorporasjon og synliggjøring har vært vellykket.³⁸

Smith påpekte videre at barns interesser i større utstrekning har kommet på den offentlige agendaen.³⁹ Dette kan belyses gjennom innvirkningen barnekonvensjonen har hatt på et mer samfunnsmessig nivå. Blant annet har fylkeskommunene arbeidet med et prosjekt som heter sjumilssteget. Sjumilssteget et løft for å iverksette barnekonvensjonen i kommunene, slik at den kan implementeres i den daglige praksis i alle Norges kommuner.⁴⁰

³² Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova). Se mer om denne lovendringen i blant annet NOU:1995:18 s. 382.

³³ Rt-2005-1567 avsnitt 21.

³⁴ Ot.prp. 104 (2008–09) s. 29.

³⁵ General Comment no. 8 (2006), avsn. 31 og 33

³⁶ Ved et søk på lovdata, per november 2013, hadde barnekonvensjonen vært påberopt eller anvendt som argumentasjonskilde for Høyesterett 103 ganger.

³⁷ Se blant annet Rt-2013-588, Rt-2013-449, Rt-2001-1006, Rt-2005-229, Rt-2009-1261 og Rt-2010-1313.

³⁸ Smith (2012) s. 27.

³⁹ Smith (2012) s. 27.

⁴⁰ <http://www.sjumilssteget.no/> (sist lest 12.12.13)

Barneombudet fikk også et klart mandat etter en lovendring i 1998 hvor ombudet skal overse at norsk rett og forvaltningspraksis samsvarer med de forpliktelsene staten har etter konvensjonen.⁴¹ Det kan påpekes at Norge var det første landet i verdenen som i 1981 etablerte et barneombud, og ti år senere fikk Norge verdens første barneminister.⁴²

Barnekonvensjonen har hatt, og har betydning i norsk rett. Lucy Smith påpekte at barnekonvensjonen gjennom inkorporasjonen fikk større gjennomslagskraft og tyngde.⁴³ Imidlertid kan det synes noe usikkert hvor stor gjennomslagskraft barnekonvensjonen skal ha i norsk rett. Her kan Rt-2012-2039 være illustrerende. Dette vil jeg komme tilbake til under kapittel 5.

4 Fastsettelsesdom

4.1 Generelt om fastsettelsesdom

Det vil i det følgende redegjøres for hva fastsettelsesdom er, samt rettsvirkningene av en slik dom.

Fastsettelsesdom inngår som nevnt i et sivilt søksmål som går ut på å få fastsatt ved dom at et rettsforhold eller en rettighet eksisterer eller ikke eksisterer. Formålet med fastsettelsessøksmål er å fastslå hva som er rett i forholdet mellom partene.⁴⁴ Et klassisk eksempel på fastsettelsessøksmål er søksmål om eiendomsrett, eller retten til å bruke eiendommen i sin helhet eller på en bestemt måte. Det er altså den reelle rettsuvissheten mellom partene som må avklares, og at det vil ha aktuell betydning for saksøker å oppnå avklaring.⁴⁵

Ved fastsettelsessøksmål vil søksmålstidspunktet være av betydning. Den som hevder seg krenket av en inkorporert menneskerettighet kan ikke vente for lenge før søksmål reises.⁴⁶ Spørsmålet må tas opp innen rimelig tid etter at forholdet opphørte, eller at det ble anledning

⁴¹ Se Lov 6. mars 1981 nr. 5 om barneombud (barneombudsloven) § 3 (b).

⁴² <http://barneombudet.no/2013/11/04/verdens-forste-barneombud-er-dod/> (sist lest 12.12.13).

⁴³ Smith (2012) s. 27.

⁴⁴ Skoghøy (2010) s. 337.

⁴⁵ Rt-2008- 873 avsnitt 22.

⁴⁶ Skoghøy (2010)

til å prøve spørsmålet for domstolen for at saksøker kan anses å ha et reelt behov for avklaring.⁴⁷

I tvisteløsning har det vært vanlig å skille mellom tre hovedtyper av søksmål. Disse tre er fastsettelsessøksmål, fullbyrdelsessøksmål og rettsendringssøksmål.⁴⁸

Fullbyrdelsessøksmål er søksmål hvor saksøkeren normalt legger ned påstand om at saksøkte skal foreta noe, unnlate noe eller tåle noe. Saksøker ønsker at saksøkte dømmes til å oppfylle et av disse rettskravene.⁴⁹ I motsetning til fastsettelsessøksmål vil en virkning av fullbyrdelsessøksmål være at dommen kan gjennomføres ved tvangsfullbyrdelse. Det er altså tvangsgrunnlaget som skiller seg ut ved fullbyrdelsesdom.

Ved rettsendringssøksmål legges det gjerne ned påstand om at et rettsforhold skal opphøre, stiftes, endres eller oppheves. Typiske eksempler på slike dommer er opphør av ekteskap, umyndiggjøring og barnefordeling.⁵⁰ Den lov som gir hjemmel for rettsendringsdom vil normalt oppgi fra hvilket tidspunkt dommen får virkning.⁵¹ Spesielt for denne type dom er at det er selve dommen som endrer rettsstillingen mellom partene.

Av disse tre hovedformene for søksmål er det fastsettelsessøksmål som er antatt å være den rette typen ved søksmål om brudd på inkorporerte menneskerettigheter.⁵² Formålet med et slikt søksmål vil være å få konstatert konvensjonsbruddet. Dette er ikke et krav som lar seg tvangsfullbyrde slik som eksempelvis et pengekrav. Likevel vil også en dom uten tvangsgrunnlag få rettsvirkninger, dette vil jeg komme tilbake til under punkt 4.2.

⁴⁷ Rt-2005-1104 avsnitt 35 og Rt-2009-447 avsnitt 23.

⁴⁸ Skoghøy (2010) s. 337.

⁴⁹ Schei (2013) s. 16

⁵⁰ Her må som regel de alminnelige søksmålsbetingelsene i tvl. § 1-3, suppleres med de konkrete lovbestemmelsene for denne type søksmål. Eksempelvis kan nevnes Lov 4. juli 1991 nr. om ekteskap (ekteskapsloven) §§ 30, 30a som innsnevrer hvem som kan være part i saken.

⁵¹ Schei (2013) s. 17.

⁵² Se punkt 4.4 hvor fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP belyses.

4.2 Rettsvirkningene av å få fastsettelsesdom

Ved fastsettelsesdom kan det konstateres om det består noe rettsforhold, og hvilke rettigheter som eventuelt består.⁵³ I forarbeidene til tvisteloven ble betydningen av fastsettelsesdom for brudd på en inkorporert menneskerettighet drøftet, og det ble påpekt at:

*«Det har en selvstendig og ikke uvesentlig symbolsk verdi at konstateringen av krenkelse i alle tilfelle kommer til uttrykk i domsslutningen. Det påpekes også at en mer direkte vil kunne ta hensyn til utfallet i forhold til sakskostnadsspørsmålet...Blant annet vises det til at en dom for konvensjonskrenkelse har en oppreisnings- og kontrollfunksjon».*⁵⁴

Det er i dag sikker rett at rettslige karakteristikk kan være et rettsforhold. I Rt-2001-1505 slo Høyesterett fast at påstanden om at noe var urettmessig angikk et rettsforhold. I Rt-2008-362 ble bruken av rettslig karakteristikk videreført, og Høyesterett fastslo at kravet om at noe var «ulovlig» eller «rettsstridig» kunne være et rettsforhold.

Til dette påpekte Høyesterettsdommer Skoghøy i sin bok tvisteløsning, at rettsvirkningene av fastsettelsesdom for at en inkorporert menneskerettighetskonvensjon er krenket, vil ha tilsvarende rettsfølgene som en dom for at noe er ulovlig eller rettsstridig.⁵⁵ Dette innebærer at fastsettelsesdom som konstaterer konvensjonsbrudd vil ha betydning for saksøkeren. Krenkelsen må opphøre, og saksøkeren vil i mange tilfeller kunne kreve krenkelsen gjenopprettet. Avgjørelsen må være rettskraftig før rettsvirkningene trer i kraft.⁵⁶

4.3 Søksmålsbetingelsene i tvisteloven § 1-3

Tvisteløsning er domstolene sin fremste oppgave, og gjennom tvisteløsning kan fastsettelsesdom avsies.⁵⁷ Imidlertid er det søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3 som regulerer adgangen til å reise sak for domstolene. Dersom søksmålsbetingelsene er oppfylt kan saken reises, og en eventuell fastsettelsesdom kan fastslås. Jeg vil likevel bare redegjøre for de vilkårene i tvl. § 1-3 som er av størst betydning for muligheten til å reise

⁵³ Skoghøy (2010) s. 337

⁵⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 152-153.

⁵⁵ Skoghøy (2010) s. 363.

⁵⁶ For inngående beskrivelse av rettskraftsreglene se eksempelvis Skoghøy (2001) kap. 17.

⁵⁷ Skoghøy (2010) s. 3.

fastsettelsessøksmål ved brudd på barnekonvensjonen. Dette vil således ikke være en uttømmende redegjørelse av søksmålsbetingelsene.

Innledningsvis kan det påpekes at tvl. § 1-3 må ses i sammenheng med tvl. §§ 1-4 og 1-5. Førstnevnte bestemmelse regulerer søksmålsadgang for organisasjoner, foreninger og offentlige forvaltningsorganer ved representative søksmål. Det vil si søksmål som ikke gjelder deres egne rettigheter eller plikter, men søksmål om ivaretagelse av de formål eller interesser foreningen m.fl. skal ivareta.⁵⁸ Hvorvidt det vil være aktuelt for en organisasjon å reise fastsettelsessøksmål uten at den krenkende selv er part vil jeg ikke gå inn på, da jeg tar for meg søksmålsadgangen for private personer. Imidlertid kan det påpekes at organisasjoner m.fl. har mulighet til å opptre som partshjelper for saksøker, jf. tvl. § 15-7. Dette var Rt-2012-2039 et eksempel på, hvor Norsk Organisasjon for Asylsøkere fikk tillatelse til å opptre som partshjelper for saksøker.⁵⁹

Tvl. § 1-5 regulerer hvilken myndighet søksmål om gyldigheten av offentlige vedtak skal rettes mot. Søksmål der et offentlig vedtak hevdes å krenke en konvensjonsbestemmelse rettes mot et offentlig organ.

Jeg vil i det følgende kun se nærmere på tvl. § 1-3. Bestemmelsen er en absolutt prosessforutsetning som betyr at domstolene på eget initiativ skal påse at vilkårene er oppfylt. Tvl. § 1-3 knesetter en rettslig standard.⁶⁰ Dette innebærer at domstolen skal foreta en helhetsvurdering av vilkårene før de fatter en avgjørelse. Dette vil spesielt være viktig i tvils- og grensetilfeller.

Forarbeidene til tvisteloven påpekte at den rettslige standarden i § 1-3 en dynamisk regel som er ment å praktiseres slik at innholdet i bestemmelsen kan endres over tid og med samfunnsutviklingen.⁶¹ Justisdepartementet uttalte at ved utformingen av søksmålsbetingelsene var det viktig at disse samlet sett ga en rimelig og hensiktsmessig

⁵⁸ NOU 2001: 32 Bind B s. 652. Representative søksmål anlagt av organisasjoner må ses i sammenheng med tvl. § 2-1 annet ledd om partsevne for sammenslutninger. Se mer om dette i Skoghøy (2010) kap. 5.

⁵⁹ For nærmere beskrivelse av sakens faktum se punkt 5.2.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 363-364.

⁶¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s.140. Forarbeidene viser med dette en parallell til uttalelsene fra Barnekomitéen om at barnekonvensjonen må betraktes som et levende instrument som må være gjenstand for en dynamisk tolkning over tid. Mer om dette under punkt 2.1.

regulering av søksmålsadgangen.⁶² Ved at bestemmelsen er utformet og ment praktisert slik, kan den lettere gi rom for søksmål med nye avklaring behov. Derimot kan en mer spesifikk bestemmelse øke forutberegneligheten, men desto mer detaljert den blir desto færre saker kan behandles.⁶³

Det er rettspraksis som i all hovedsak har utformet innholdet av søksmålsbetingelsene.⁶⁴ Høyesterett beskrev søksmålsvilkårene slik, i Rt-2008-513 avsnitt 33:

*«As påstand er utformet som et krav om en fastsettelsesdom, og etter tvistemålsloven § 54 må da tre kumulative hovedvilkår være oppfylt: Partene må ha tilstrekkelig tilknytning til søksmålsobjektet, saken må gjelde et rettsforhold eller en rettighet, og saksøker må ha rettslig interesse i å få dom i det forhold saken gjelder – han må ha et reelt behov for en avklaring».*⁶⁵

De tre kumulative vilkårene går i dag under betegnelsen søksmålsobjekt, partstilknytning og søksmålsobjekt i tvl. § 1-3. Dersom søksmålsvilkårene ikke er oppfylt må saken avvises.⁶⁶

Tvl. § 1-3 lyder:

Søksmålsobjekt, partstilknytning og søksmålsobjekt

(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.

⁶² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s.140

⁶³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s.140

⁶⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 140.

⁶⁵ Før tvisteloven trådte i kraft, var det tvistemålsloven av 1915 som gjaldt. Tvistemålsloven opererte med to søksmålsbestemmelser, §§ 53 og 54, disse ble byttet ut med tvl. § 1-3. Under tvistemålsloven ble ordlyden «rettslig interesse» brukt i tvml. § 54 som vilkår for søksmålsadgang. Denne formuleringen ble byttet ut med at saksøkeren må ha et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Selv om «rettslig interesse» er tatt ut av tvistemålsloven innebærer dette ikke noen realitetsendring. Rettspraksis fra tvistemålsloven er således ennå relevant. Se nærmere om dette i Skoghøy (2010) s. 335.

⁶⁶ Tvisteloven har ingen konkret bestemmelse om avvisning som følge av manglende søksmålskompetanse men det kan blant annet utledes av tvl. § 9-6 tredje ledd.

Ordlyden søksmålgjenstand henviser til vilkåret «rettskrav». Vilkåret innebærer at det krav som ønskes oppfylt må reguleres av rettsregler, altså kravet må være underlagt rettslig regulering.⁶⁷ Høyesterett har i tillegg påpekt at den interessen som saksøkeren søker håndhevd gjennom søksmålet, må være beskyttet av de regler som kravet er basert på.⁶⁸

Videre ligger det i vilkåret «rettskrav» at kravet må være basert på faktiske forhold, slik at domstolen kan løse den konkrete rettsvisten. Dette innebærer at interessetvister, faktiske omstendigheter og faglige vurderinger ikke kan gjøres til gjenstand for søksmål, men mindre de har helt klare økonomisk eller vesentlig velferdsmessig betydning.⁶⁹ Søksmål om brudd på en inkorporert menneskerettighetskonvensjon må således være basert på en reell krenkelse for at saken kan reises.

I tillegg til kravet om søksmålgjenstanden, oppstiller tvl. § 1-3 annet ledd krav til søksmålssituasjon og partstilknytning. Forarbeidene fremhevet at kriteriet søksmålssituasjon kommer til uttrykk ved ordlyden «reelt behov» for å få kravet avgjort «i forhold til saksøkte», hvor sistnevnte refererer til tilknytningskravet.⁷⁰

For spørsmålet om muligheten til å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen er det vilkårene «rettskrav» og «reelt behov» som er mest sentralt. Det var også disse to vilkårene Høyesterett behandlet i Rt-2012-2039.⁷¹ Kravet til søksmålssituasjonen viser hen til aktualitetskravet for søksmålet, og omtales gjerne som at forholdet mellom partene må ha tilspisset seg på en slik måte at saksøker har et reelt behov for avklaring ved en domstol.⁷²

Vilkåret partitilknytning er like relevant som de to øvrige betingelsene, men det vil sjeldent være problematisk ved krave om fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd. Dette fordi den som hevder seg krenket av staten som regel kan påvise en reell tilknytning. Tvisteloven inneholder i tillegg en bestemmelse som gir domstolen adgang til å avvise saken dersom den utvilsomt ikke vil ha et fornuftig formål og er anlagt av en person som misbruker rettsapparatet ved gjentatte ganger å ha anlagt slike saker, jf. tvl. § 2-2 femte ledd. Dette begrenser meningsløse søksmål.

⁶⁷ Skoghøy (2010) s. 340.

⁶⁸ Se mer inngående om dette i eksempelvis Rt-2005-534 avsnitt 36 og Rt-1986-1173.

⁶⁹ Se eksempelvis Rt-1979-468, Rt-1995-1111, Rt-1998-607, Rt-1992-1351 og Rt-1986-308.

⁷⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 365.

⁷¹ Se sakens faktum under punkt 5.2.

⁷² Skoghøy (2010) s. 379.

4.4 Fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP

Det er i dag uomtvistet og lagt til grunn at fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP kan kreves. I Rt-2011-1666 uttalte Høyesterett i avsnitt 32 at:

«Det er sikker rett at det kan reises fastsettelsessøksmål med krav om dom for at det foreligger brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon, jf. Rt-2003-301 avsnitt 39.»

Saken omhandlet et vedtak om innleggelse av en pasient til tvungen observasjon. Pasienten hevdet at helseforetaket brøt saksbehandlingsreglene i psykisk helsevernloven gjennom vedtaket, og at innleggelsen var i strid med EMK artikkel 5 nr. 1.⁷³ Pasienten fikk ikke medhold i sitt krav, men retten til fastsettelsesdom ved konvensjonsbrudd ble konstatert.

Søksmålsadgangen for særskilt prøving av konvensjonsbrudd for EMK og SP har imidlertid ikke alltid vært klar. I Rt-1994-1244 kom Høyesterett frem til at tvistemålsloven § 54 ikke ga grunnlag for fastsettelsessøksmål med krav om at EMK og SP var krenket. Høyesterett påpekte at hensynene bak EMK art. 13 og SP art. 2 ville være tilstrekkelig ivaretatt dersom retten tok standpunkt til de anførte krenkelsene gjennom premissene til erstatningsspørsmålet. Dette synpunktet er nå forlatt, noe Høyesterett bekreftet i Rt-2003-301 avsnitt 39, med uttalelsen:

«Den tvil om adgangen til å kreve dom for konvensjonsstrid som forelå i Rt-1994-1244, kvinnefengselsaken, må ansees avklart i og med vedtagelsen av menneskerettsloven og dens forrangsbestemmelse i § 3.»

Søksmålsadgangen for særskilt prøving av konvensjonsbrudd på EMK og SP er rettslig forankret i konvensjonens innhold.⁷⁴ Både EMK og SP inneholder uttrykkelige bestemmelser som pålegger statene domstolsadgang ved brudd. EMK art. 6 og SP art. 14 nr. 1 oppstiller begge krav om retten til en rettferdig rettergang. EMK art. 13 og SP art. 2 nr. 3 pålegger

⁷³ Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven).

⁷⁴ Se nærmere om søksmålsadgangen for EMK og SP i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 151-155.

statene å stille til rådighet effektivt nasjonalt rettsmiddel ved konvensjonsbrudd.⁷⁵ Det er etter dagens rett fastslått at søksmålsadgangen følger direkte av konvensjonsteksten.

Kravet om effektivt rettsmiddel betyr at det på nasjonalt nivå må være tilgjengelig en instans som kan håndheve den påståtte krenkelsen.⁷⁶ Det vesentlige er at prøvingsretten er effektiv og at instansen har kompetanse til å gjenopprette krenkelsen.⁷⁷ Barnekonvensjonen har ingen uttrykkelig bestemmelse om effektivt rettsmiddel. Videre er det en pågående uenighet om hvorvidt barnekonvensjonen pålegger statene å stille til rådighet et effektivt nasjonalt rettsmiddel ved konvensjonsbrudd. Dette behandles nærmere under kapittel 5.

5 Fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen i lys av Rt-2012-2039

5.1 Innledning

Spørsmålet om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen kom opp til votering i Rt-2012-2039. Spørsmålet ble sett på som så prinsipielt viktig å avklare at det ble avsagt i plenum.

Jeg har valgt å redegjøre for problemstillingen gjennom en analyse av dommen. Dette fordi det er et faktum at avgjørelsen foreligger og det kunne blitt kunstig om avgjørelsen kun ble trukket inn i argumentasjonen som en av mange rettskilder. Jeg vil gjennom analysen også få mulighet til å trekke inn andre aktuelle kilder som ikke ble behandlet i dommen. Flertallet og mindretallet hadde et så forskjellig syn på saken at det best belyses gjennom en suksessiv behandling av drøftelsene, hvor flertallets synspunkt behandles først. Avslutningsvis vil jeg foreta en kort oppsummering for å redegjøre hva som ble avgjort gjennom dommen.

⁷⁵ Se Rt-2012-2039 avsnitt 94 og 95 hvor Høyesterett påpekte at søksmålsadgangen ved brudd på EMK og SP er knyttet opp mot konvensjonens krav om effektivt rettsmiddel.

⁷⁶ Elgesem (2012) s. 37.

⁷⁷ Elgesem (2012) s. 37.

5.2 Nærmere om sakens faktum

Saken omhandlet gyldigheten av et vedtak som nektet en familie fra Bosnia-Hercegovina opphold i Norge. Familien besto av mor, far og to døtre. Det eldste barnet hadde på vedtakelsestidspunktet bodd i Norge i mer enn syv år, og på utsendelsestidspunktet i mer enn åtte år. Paret kom til Norge 28. februar 2003 uten gyldige reisedokumenter. Samme dag søkte paret asyl, og de ble boende på et asylmottak. Paret fikk to døtre under oppholdet på asylmottaket henholdsvis i 2003 og 2012.

Den 18. november 2003 avslo Utlendingsdirektoratet asylsøknaden i to separate vedtak, og utreisen ble satt til 2. desember 2003. Vedtakene ble påklaget, men klagen ble ikke tatt til følge da den ble behandlet den 1. februar 2005. Utlendingsnemnda gjentok familiens plikt til frivillig å forlate landet.

Paret forlot imidlertid ikke Norge, og søkte igjen om omgjøring av vedtaket fra Utlendingsnemnda. I 2006 ble saken stilt i bero på grunn av at departementet arbeidet med en endring i utlendingsforskriften som kunne få betydning for familien. Forskriften trådte i kraft 1. juni 2007, og etter ny behandling 10. september 2007 ble familien på ny bedt om å forlate landet. Familien ble værende i Norge og søkte 18. februar 2010 på nytt omgjøring av avslaget på oppholdstillatelsen. Nemnda avslo begjæringen 15. mai 2010 og viste til at familien opphold seg ulovlig i landet.

Etter dette varslet familien at søksmål ville bli reist for å prøve gyldigheten av vedtaket. På bakgrunn av dette ble vedtaket behandlet og avgjort i nemndsmøte 15. desember 2010. Utlendingsnemnda besluttet her ikke å ta omgjøringsbegjæringen til følge, og utreisefristen ble satt til 17. januar 2011.

Familien begjærte midlertidig forføyning ved Oslo tingrett, men begjæringen ble ikke tatt til følge. I hovedsøksmålet for tingretten la familien ned påstand om at vedtakene datert 15. mai og 15. desember 2010 skulle kjennes ugyldige. Både for tingretten og lagmannsretten ble staten frifunnet, og vedtakene ble kjent gyldige.

Familien ble uttransportert til Bosnia- Hercegovina 26. mars 2012.

Avgjørelsen fra lagmannsretten ble anket til Høyesterett. Anken gjaldt blant annet lagmannsrettens rettsanvendelse av utlendingsloven § 38 jf. BK art. 3, samt at vedtaket bygget på feil faktum.

Ankeutvalget ga ved kjennelse 10. oktober 2012 tillatelse for Norsk Organisasjon for Asylsøkere (NOAS) til å opptre som partshjelpere for de ankende parter. I tillegg ønsket de ankende parter å fremme to nye krav. Ankeutvalget tillot kravene fremmet ved beslutning 1. november 2012. Således ble det lagt ned påstand om fastsettelsesdom for at utsendelsen av den eldste datteren var i strid med EMK artikkel 8 og BK art. 3.

Den ankende part la ned påstand om at utsendelsen av den eldste datteren var i strid med BK art. 3. Kravet om fastsettelsesdom ble begrunnet ut fra en tolkning av forarbeidene til menneskerettighetsloven hvor det fremkom at Norge tar konvensjonsforpliktelsene på alvor. I tillegg ble det begrunnet med at hensynet til et effektivt vern tilsa at slik fastsettelsesdom kunne gis.

Staten v/Utlendingsnemnda hevdet på sin side at det ikke kunne gis fastsettelsesdom for brudd på BK art. 3. Dette begrunnet staten i at bestemmelsen kun var et prinsipp som utelukkende bruktes som retningslinje for skjønnsutøvelse, og at bestemmelsen ikke ga individuelle rettigheter. Derfor hevdet staten at vilkårene til rettskrav etter tvl. § 1-3 ikke var oppfylt.

Dommens resultat ble at det ikke kunne gis fastsettelsesdom for brudd på BK art. 3, og kravet ble avvist. Dommen var imidlertid ikke enstemmig. Elleve dommere kom til at det ikke var adgang til å kreve fastsettelsesdom ved brudd på BK art. 3 nr. 1. Åtte dommere kom til at kravet om fastsettelsesdom kunne fremmes.

Jeg skal i det følgende vurdere flertallets argumentasjon, før jeg går over på mindretallets syn på saken. Påstandene vedrørende de resterende spørsmålene i dommen vil jeg ikke ta for meg, da de ikke har betydning for drøftelsen av fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen.

5.3 Flertallets syn på saken

5.3.1 Problemstillingene flertallet reiser

Flertallets syn på saken fremgår av dommens avsnitt 88 til avsnitt 104. Her reises det to hovedproblemstillinger av betydningen for muligheten til å få fastsettelsesdom ved brudd på barnekonvensjonen. For det første ble det reist spørsmål ved om søksmålsadgangen kunne kreves på bakgrunn av folkerettslige forpliktelser. For det andre ble det drøftet hvorvidt slik fastsettelsesdom kunne kreves ut i fra intern norsk rett.

Ved spørsmålet om adgangen kunne kreves på bakgrunn av norsk intern rett ble det reist to underspørsmål. Det ble for det første drøftet om søksmåls gjensvaret oppfylte vilkåret «rettskrav», og for det andre om vilkåret «reelt behov» var oppfylt. Drøftelsen knytter seg til tvl. § 1-3 første og annet ledd.

Flertallets vurdering av folkerettslige forpliktelser behandles først. Deretter redegjøres det for flertallets drøftelse av norsk intern rett.

5.3.2 Muligheten for fastsettelsesdom ut fra folkerettslige forpliktelser

Det ble av flertallet lagt til grunn at:

«Etter mitt syn kan det ikke av våre internasjonale forpliktelser utledes noe krav om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3».⁷⁸

Det kan synes noe underlig at dette ble slått fast med en setning. Imidlertid foretok flertallet en inngående drøftelse av hvor langt de folkerettslige forpliktelserne strakk seg gjennom norsk intern rett. Barnekonvensjonen eller andre folkerettslige kilder ble ikke nevnt av flertallet.

Ved vurderingen av om det kunne kreves fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen, syntes flertallet å foreta en sammenligning av søksmålsadgangen EMK og SP har. Det ble her argumentert for hvorfor barnekonvensjonen stiller seg i et annet lys enn EMK og SP.

⁷⁸ Se dommens avsnitt 89.

Gjennom forarbeidene til tvisteloven la flertallet til grunn at de folkerettslige forpliktelsene ikke oppstilte noe generelt krav om søksmålsadgang i menneskerettighetssaker. Det ble derfor vist til en vurdering foretatt av tvistemålsutvalget som omhandlet forholdet til internasjonale konvensjoner.⁷⁹ Utvalget drøftet prøving av konvensjonsbrudd særskilt for de inkorporerte menneskerettighetene, som på tidspunktet var EMK, SP og ØSK. Flertallet siterer følgende forarbeider fra tvisteloven:

*«[h]vilken myndighet, og hvilken form rettsmidlet skal ha, er det i utgangspunktet opp til hver konvensjonsstat å avgjøre, ... Det stilles altså ikke noe generelt krav om domstolsadgang i menneskerettighetssaker, ... ».*⁸⁰

Disse uttalelsene ble gjort med utgangspunkt i EMK art. 13 og SP art. 2 tredje ledd, som i motsetning til barnekonvensjonen begge inneholder uttrykkelige bestemmelser om effektivt rettsmiddel. Flertallet viste også til tidligere rettspraksis, Rt-2003-301 avsnitt 28 og 29, hvor Høyesterett kom frem til at det kunne kreves fastsettelsesdom for brudd på EMK.

Flertallet presiserer at en slik adgang kun var mulig fordi konvensjonen stiller krav om effektivt nasjonalt rettsmiddel.⁸¹ Drøftelsen fortsatte med en gjennomgang av forarbeidene til tvisteloven som la til grunn at:

*«På den annen side forekommer det tilfeller hvor det ikke finnes noe annet rettsmiddel til å få prøvd menneskerettsstrid enn søksmål for domstolene. Departementet anser det som utvalget klart at det må være adgang til å få fremmet et slikt søksmål når den aktuelle menneskerettskonvensjon stiller krav om et effektivt rettsmiddel, slik EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 gjør... Departementet er enig med utvalget i at dette hensiktsmessig kan oppnås innenfor rammen av den alminnelige regel om søksmålsbetingelsene i lovforslaget § 1-3.»*⁸²

Av sitatet kan det synes som om flertallet oppstilte en tese om at fastsettelsesdom for brudd på EMK og SP kunne kreves grunnet konvensjonenes innhold. Flertallet påpekte deretter at selv om barnekonvensjonen var inkorporert da disse forarbeidene ble utarbeidet nevnte ikke

⁷⁹ NOU 2001: 32 Bind A.

⁸⁰ Rt-2012-2039 avsnitt 90, jf. NOU 2001: 32 s. 161.

⁸¹ Se definisjon av effektivt nasjonalt rettsmiddel under punkt 4.4.

⁸² Ot.prp nr. 51 (2004-2005) s. 154.

forarbeidene fastsettelsesdom ved brudd på barnekonvensjonen. Flertallet syntes å tolke dette som at barnekonvensjonen ikke oppstilte krav om effektivt nasjonalt rettsmiddel.⁸³

Flertallet oppstilte en regel om at det for EMK og SP var mulig å få fastsettelsesdom ved konvensjonsbrudd, men at dette ikke lot seg gjøre ved brudd på barnekonvensjonen. Flertallet begrunnet her indirekte uttalelsen om at det ikke kunne utledes noe krav om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3 etter våre folkerettslige forpliktelser.

For ytterligere å klargjøre forskjellen mellom EMK, SP og BK viste flertallet til tidligere praksis hvor det ble fastslått at fastsettelsesdom kan kreves ved konvensjonsbrudd.⁸⁴ Her ble søksmålsadgangen knyttet opp mot det konkrete kravet konvensjonene oppstiller til effektivt nasjonalt rettsmiddel.⁸⁵ Flertallet påpekte at den tidligere praksisen ikke hadde kommet i en annen rettsstilling, fordi kravet det den gangen gjaldt omhandlet brudd på EMK.

Etter Rt-2011-1666 syntes søksmålsadgangen åpen ved konvensjonsbrudd, nettopp fordi Høyesterett ikke tok forbehold mot barnekonvensjonen. Adgangen var for alle inkorporerte menneskerettighetskonvensjonene. Det synes derfor som om flertallet tok en eksisterende åpen søksmålsadgang og innsnevret denne.

Flertallet viste også til tvisteloven sin kommentarutgave, som blant annet tok for seg søksmålsvilkårene og menneskerettighetskonvensjonene.⁸⁶ Henvisningen synes å understreke at det også i teorien er enighet om at det er de eksplisitte bestemmelsene om effektivt rettsmiddel som hjemler søksmålsadgangen for EMK og SP. Flertallet påpekte at barnekonvensjonen ikke nevnes.

Kommentarutgaven til tvisteloven henviser imidlertid videre til forarbeidene. Det som fremkommer her er at fastsettelsessøksmål må kunne fremmes dersom den aktuelle menneskerettighetskonvensjonen stiller krav til effektivt nasjonalt rettsmiddel.⁸⁷ Selv om tvistelovens kommentarutgave ikke nevner barnekonvensjonen kan ikke dette bety at den stenger for søksmålsadgang ved konvensjonsbrudd. Kommentarutgaven må forstås slik at

⁸³ Se Rt-2012-2039 avsnitt 96.

⁸⁴ Flertallet viste til Rt-2003-301 og Rt-2011-1666. Se punkt 4.4 for relevansen av dommene.

⁸⁵ For en nærmere redegjørelse av dette se eksempelvis Rt-2003-301 avsnitt 28 og 29.

⁸⁶ Se dommens avsnitt 97 med videre henvisning til Schei mfl., Tvisteloven, Kommentarutgave, 2007, s. 39-40.

⁸⁷ Schei (2007) s. 54.

adgangen kan fremmes der hvor konvensjonen krever det, og det er som nevnt uenigheter ved hvordan barnekonvensjonen skal forstås på dette punktet.⁸⁸

I dommens avsnitt 99 synes flertallet å komme til enighet om at det er kravet til effektivt rettsmiddel og subsidiaritetsprinsippet som begrunner søksmålsadgangen for EMK og SP. Flertallet utdyper ikke hva de legger i subsidiaritetsprinsippet.

Subsidiaritetsprinsippet innebærer at Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) først kan behandle en klage når alle nasjonale rettsmidler er uttømt, jf. EMK art. 35. Dette fordi det er statene selv, og ikke EMD som skal ha det primære ansvaret for å sikre menneskerettighetene.⁸⁹ Prinsippet har sammenheng med statens skjønnsmargin.⁹⁰

Barnekonvensjonen inneholder ingen tilsvarende regel som EMK art. 35. Flertallet påpekte det ikke, men ved å vise til konkrete bestemmelser i EMK som sikrer prøvingsrett forsterker dette at barnekonvensjonen ikke inneholder slike uttrykkelige bestemmelser.

Gjennom drøftelsen om hvor langt de folkerettslige forpliktelsene strakk seg, drøftet som nevnt flertallet ikke folkerettslige kilder. Høyesterett har tidligere vist til og brukt barnekonvensjonen og uttalelser fra Barnekomitéen i sin praksis.⁹¹ Det savnes derfor en vurdering av folkerettslige kilder. Spesielt gjelder dette en vurdering av barnekonvensjonen, nettopp fordi den er inkorporert som norsk rett med forrangsbestemmelse, jf. mnskrl. § 3, jf. § 2.

Høyesterettsdommer Skoghøy fremstilte en teori om flertallets utelatelse av folkerettslige kilder i artikkelen, «Den nødvendige dissensen».⁹² Her hevdet Skoghøy at de samme dommerne som utgjorde flertallet i Rt-2012-2039, har ved tidligere praksis tillagt Barnekomitéens uttalelser vekt. Skoghøy mente derfor at da flertallet ikke argumenterte mot mindretallets bruk av kommentarene måtte dette forstås som at de var enige om uttalelsens relevans. Samtidig hevdet Skoghøy at da flertallet ikke nevnte de generelle kommentarene

⁸⁸ Rt-2012-2039 illustrerer denne uenigheten hvor flertallet og mindretallet er uenige ved hvorvidt barnekonvensjonen stiller krav til effektivt nasjonalt rettsmiddel.

⁸⁹ Emberland (2013), http://www.idunn.no/ts/lor/2013/08/effektivisering_av_subsidiaritet_i_emk (sist lest 29.11.13).

⁹⁰ Emberland (2013), http://www.idunn.no/ts/lor/2013/08/effektivisering_av_subsidiaritet_i_emk (sist lest 29.11.13).

⁹¹ Se blant annet Rt-2009-1261, Rt-2010-1313, Rt-2001-1006 og Rt-2012-146.

⁹² Skoghøy (2013) s. 52.

kunne dette vanskelig forklares på annen måte enn at de tolket betydningen av disse annerledes enn mindretallet.⁹³ Skoghøy var en mindretalls dommerne.

Barnekonvensjonen og de generelle kommentarene kan være til hjelp ved redegjørelsen av hvor langt de folkerettslige forpliktelsene strekker seg. Jeg vil derfor belyse noen kilder som kunne vært aktuelt for spørsmålet om søksmålsadgang ved brudd på barnekonvensjonen.

Barnekonvensjonen artikkel 4 pålegger statene å overholde konvensjonen og iverksette nødvendige tiltak for å virkeliggjøre rettighetene i konvensjonen. BK art. 4 første setning lyder:

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

Et spørsmål som kan reises på bakgrunn av BK art. 4 er om bestemmelsen pålegger statene å åpne for domstolsprøving ved konvensjonsbrudd. Hvis barnekonvensjonen oppstiller et slikt krav må statene etterkomme dette.

Ordlyden i BK art. 4 pålegger staten en plikt, men ordlyden er taus vedrørende søksmålsadgang ved konvensjonsbrudd. Det kan derfor synes vanskelig å utlede en slik adgang for staten dersom en isolert ser på ordlyden. For dypere forståelse av BK artikkel 4 og andre relevante artikler i konvensjonen bør disse suppleres med uttalelser fra Barnekomitéen. Som tidligere nevnt er ikke uttalelsene fra Komitéen rettslig bindende, men det er enighet om at disse bør tillegges vekt.⁹⁴

I General Comment nr. 5 drøftet Barnekomitéen betydningen av statenes gjennomføring av konvensjonens. Komitéen la til grunn at ved inkorporering skulle alle artiklene i konvensjonen være direkte anvendelige for domstolene, og skulle ved motstrid gå foran norsk rett.⁹⁵ Barnekomitéen påpekte videre at:

⁹³ Skoghøy (2013) s. 52.

⁹⁴ Se punkt 2.1 for relevansen av de generelle kommentarer.

⁹⁵ General Comment No. 5 (2003) avsnitt 20.

“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. .. These should include... 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.”⁹⁶

Barnekomitéen la med dette til grunn at barnekonvensjonen må ses i sammenheng med de andre menneskerettighetskonvensjonene, og at som de andre menneskerettskonvensjonene er plikten til effektivt rettsmiddel implisitt i konvensjonen. Barnekomitéen synes her å fastslå at retten til effektivt rettsmiddel er en implisitt del av barnekonvensjonen, samt at en rimelig kompensasjon bør finne sted ved brudd.

I General Comment no. 9 (2006) avsnitt 9 (b) anbefalte Barnekomitéen at barn med nedsatt funksjonsevne burde ha tilgang til effektive rettsmidler ved krenkelse. Komitéen krevde derimot ikke at rettsmiddelet måtte være en domstol.

Også i General Comment no. 11 (2009) som omhandler urfolksbarn og deres rettigheter gjennom konvensjonen, fremhevet Barnekomitéen i avsnitt 23 at:

“... In order to effectively protect children from discrimination, it is a State party obligation to ensure that the principle of non-discrimination is reflected in all domestic legislation and can be directly applied and appropriately monitored and enforced through judicial and administrative bodies. Effective remedies should be timely and accessible ...”

Barnekomitéen fortsatte videre med sine anbefalinger om rettsmiddel i General Comment no. 12 (2009) avsnitt 46-47, jf. avsnitt 39. Anbefalingen omhandler hovedsakelig barnets rett til å bli hørt jf. BK art. 12. Barnekomiten uttalte her at:

« Legislation is needed to provide children with complaint procedures and remedies when their right to be heard and for their views to be given due weight is disregarded and violated. ...If the right of the child to be heard is breached with regard to judicial and administrative

⁹⁶ General Comment No. 5 (2003) avsnitt 24.

proceedings (art. 12, para. 2), the child must have access to appeals and complaints procedures which provide remedies for rights violations. Complaints procedures must provide reliable mechanisms to ensure that children are confident that using them will not expose them to risk of violence or punishment.”

Uttalelsene fra Barnekomitéen synes å oppstille en regel om at effektivt nasjonalt rettsmiddel må være tilgjengelig ved konvensjonsbrudd. Det var etter Komitéen en forutsetning for at rettighetene i konvensjonen kunne ha aktualitet.⁹⁷ Dette legger Skoghøy også til grunn i den overnevnte artikkelen, «Den nødvendige dissensen». Her hevdet han at uttalelsene fra Barnekomitéen ikke var til å misforstå, nemlig at BK art. 4 omfatter plikten til å stille til rådighet effektivt nasjonalt rettsmiddel ved konvensjonskrenkelse.⁹⁸

Motsetningsvis ble det i en utredning foretatt for Barne- og likestillingsdepartementet konkludert med at barnekonvensjonen ikke oppstiller krav til domstolsadgang ved konvensjonsbrudd. Karl Harald Søvig utarbeidet rapporten, og problemstillingen om hvorvidt barn eller noen på deres vegne har tilsvarende adgang til fastsettelsesdom ved krenkelse som eksempelvis EMK har ble tatt opp.⁹⁹

I utredningen ble det også vist til Barnekomitéens uttalelse i General Comment no. 5 (2003) avsnitt 24 om effektivt rettsmiddel eller «access to ... the courts». Utredningen påpekte at dersom det var gitt at rettigheten fulgte direkte av konvensjonsteksten, var det overaskende at Barnekomitéen brukte et så kortfattet resonnement for å etablere rettigheten om effektivt rettsmiddel. Utredningens konklusjon ble derfor at rettskildematerialet var for snevert til å oppstille en generell regel om søksmålsadgang ved konvensjonsbrudd. Søvig hevdet at uttalelsene fra Barnekomitéen kunne brukes som tolkningsmoment. Søvig-rapporten syntes å støtte flertallets syn på saken.

Denne rapportens vekt kan imidlertid diskuteres, da Barnekomitéen som vist overfor ved flere anledninger har uttalt seg om behovet for effektivt rettsmiddel ved konvensjonsbrudd. Kommentarene synes på den andre siden ikke å forutsette at rettsmiddelet må være en domstol. Det vesentlige vil være at barnets interesser og rettigheter ivaretas og gjenopprettes ved brudd. Det kan i denne sammenhengen påpekes at domstolene, og da spesielt i siste

⁹⁷ General Comment No. 5 (2003) avsnitt 24.

⁹⁸ Skoghøy (2013) s. 52.

⁹⁹ Søvig (2009) s. 40-41.

instans vil være den mest kompetente til å avgjøre et slikt spørsmål. Det kan derfor argumenteres for at det effektive rettsmiddelet bør være ved en domstol.

Gjennom drøftelsen flertallet foretok ble det skapt et skille mellom barnekonvensjonen og de andre inkorporerte menneskerettighetskonvensjonen. Dette er ifølge forarbeidene et uønsket skille. Det ble i disse påpekt at:

*«En inkorporering av barnekonvensjonen uten... forrangsregel, vil føre til et uheldig skille mellom de allerede inkorporerte konvensjoner og barnekonvensjonen. Det kan oppfattes som et signal om at barnekonvensjonen ikke er like viktig som disse... En inkorporasjon vil også føre til at barnekonvensjonen får samme formelle rettsstilling som de allerede inkorporerte konvensjonene. Dersom det skulle oppstå motstrid eller konflikt mellom barnekonvensjonen og de andre inkorporerte konvensjoner, vil de ha samme rang for norske domstoler».*¹⁰⁰

Lovgiver har med dette gitt et signal om at barnekonvensjonen bør behandles likt med de øvrige inkorporerte menneskerettighetskonvensjonene. Bestemmelsene i barnekonvensjonen og de øvrige konvensjonene skulle ha lik rang.

Det ble av flertallet ikke særskilt vist til det overnevnte sitatet. Imidlertid ble det påpekt at konvensjonen ved inkorporering ville komme på lik linje med de allerede inkorporerte menneskerettighetskonvensjonene.¹⁰¹ Flertallet viste til et annet utdrag fra forarbeidene hvor det fremgikk at norske myndigheter ved å inkorporere konvensjonen viste at den tas på alvor, og at staten formelt sett oppfylte konvensjonens krav.¹⁰² Videre ble det påpekt at konvensjonen ville bli direkte anvendelig i norsk rett. Bestemmelsene kunne i følge forarbeidene lettere leses i sammenheng, og loven ville gi en mer helhetlig oversikt over barns rettigheter. Det ble uttrykkelig påpekt at inkorporasjon ville medføre at barnekonvensjonen i seg selv fremsto som en «rettighetskatalog» i norsk lov.¹⁰³

Etter flertallets vurdering av forarbeidene ble det lagt til grunn at det likevel ikke var noen holdepunkter i forarbeidene som tilsa særskilt søksmålsadgang ved brudd på barnekonvensjonen. Inkorporeringen var etter deres syn en generell inkorporering. Hva flertallet la i uttrykket «generell inkorporering» synes ikke klar. Det ble imidlertid hevdet at

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 25.

¹⁰¹ Se dommens avsnitt 92.

¹⁰² Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 25.

¹⁰³ Se dommens avsnitt 91, jf.Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 25.

forarbeidene ga god mening selv om den ikke ga prosessuell konsekvens som søksmålsadgang. Det kan også synes som om flertallet la vekt på at forarbeidene ikke særskilt drøftet effektivt rettsmiddel eller søksmålsadgang for brudd på barnekonvensjonen.

Forarbeidene til inkorporeringen av barnekonvensjonen var imidlertid, slik flertallet påpekte, taus vedrørende søksmålsadgang for brudd på barnekonvensjonen. Derimot stengte forarbeidene heller ikke for søksmålsadgang. Lovgiver påpekte nettopp at konvensjonen skulle være direkte anvendelig i norsk rett. Dette kan forstås som et moment for at barnekonvensjonen skal kunne anvendes som selvstendig rettsgrunnlag for domstolen.

Etter vurderingen av rettskildene kom imidlertid flertallet frem til at det ikke kunne utledes noe krav om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen etter våre folkerettslige forpliktelser. Spørsmålet ble så om adgangen kunne utledes gjennom norsk intern rett.

5.3.3 Muligheten for fastsettelsesdom ut fra norsk intern rett

Ved vurderingen av kravet om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen kunne utledes ut fra norsk intern rett, foretok flertallet en vurdering av søksmålsvilkårene i tvl. § 1-3.¹⁰⁴ Det ble som nevnt vurdert om vilkårene «rettskrav» og «reelt behov» var oppfylt.

Flertallet slo kort fast at det ikke var tale om noe egentlig «rettskrav» eller noe «reelt behov». Begrunnelsen flertallet la til grunn var:

«...En ren konstatering av at en bestemt løsning er til barnets beste ikke avgjørende. Jeg kan dermed uansett vanskelig se at det da kan 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. Og jeg kan heller ikke se at det er noe « reelt behov » for at domstolene særskilt skal prøve dette spørsmålet».

Tvl. § 1-3 første ledd slår fast at det kan reises sak for domstolene om rettskrav. For at kravet om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen skal anses oppfylt må konvensjonen

¹⁰⁴ Se punkt 4.1 for ordlyden til tvl. § 1-3.

være underlagt rettslig regulering.¹⁰⁵ Barnekonvensjonen består av rettigheter og plikter, og det kan således hevdes at kravet er underlagt rettslig regulering.

I tillegg må det kunne hevdes at barnekonvensjonen beskytter de interesser kravet er basert på, da BK art. 3 ivaretar hensynet til barnets beste. Ut i fra en slik vurdering synes svaret rimelig klart, nemlig at barnekonvensjonen er underlagt rettslig regulering og oppfyller kravet til søksmålgjenstanden. Imidlertid er det ikke så enkelt.

Flertallet konkluderte med at det ikke var tale om noe egentlig rettskrav. Hva flertallet la i «egentlig rettskrav» synes uklart. Jeg har litt vanskelig for å følge flertallets argumentasjon. Dette fordi flertallet i sin vurdering av «rettskrav» syntes å gå noe utenfor vilkårets anvendelsesområde. Drøftelsen flertallet foretok av «rettskrav» virket å nærme seg en materiell drøftelse av innholdet av BK art. 3, heller enn en prosessuell drøftelse av søksmålsbetingelsene.

En del av kjernen i tvisteløsning er å finne en rimelig og hensiktsmessig regulering av søksmålsadgangen.¹⁰⁶ Dersom flertallet hadde ansett vilkåret «rettskrav» for å være oppfylt kunne domstolen realitetsbehandlet saken, og kontrollert om forvaltningen faktisk foretok den påkrevde behandling av prinsippet barnets beste.

Høyesteretts flertall kom imidlertid til at kravet om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3 ikke tilfredstilte vilkåret «rettskrav».¹⁰⁷ Etter denne konklusjonen kunne domstolen ha avvist kravet uten videre behandling av søksmålsvilkårene.¹⁰⁸ Flertallet påpekte likevel at det ikke forelå noe «reelt behov» for at domstolene særskilt skulle prøve dette spørsmålet. Uttalelsen ble derimot ikke nærmere utdypet.

Vilkåret «reelt behov» i tvl. § 1-3 annet ledd fastslår at den som reiser sak, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte.¹⁰⁹ Høyesteretts ankeutvalg har i tidligere praksis uttalt at behovskravet skal avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og

¹⁰⁵ Under punkt 4.1 redegjøres det for søksmålsvilkårene.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s.140

¹⁰⁷ Se dommens avsnitt 100.

¹⁰⁸ Tvl. § 1-3 inneholder tre kumulative vilkår. Dersom domstolene kommer til at vilkåret rettskrav ikke foreligger er dette nok til å avvise saken.

¹⁰⁹ Se nærmere om søksmålsvilkårene under punkt 4.3.

partenes tilknytning til det.¹¹⁰ Forholdet mellom partene må altså ha tilspisset seg på en slik måte at saksøker har et reelt behov for avklaring ved en domstol.¹¹¹

Familien var allerede utsendt da kravet om at utsendelsen av den eldste datteren krenket BK art. 3 nr. 1, kom opp til Høyesterett. Familien hevdet at det forelå en krenkelse, de hadde altså en reell rettsusikkerhet som de hadde behov for å få avklart. Kravet synes i tillegg aktuelt ved at familien faktisk ble utsendt og ikke kunne returnere.

Flertallet konkluderte med at vilkåret «reelt behov» ikke var oppfylt.

Selv om kravet om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen ble avvist, syntes det som om flertallet fant det nødvendig å påpeke at domstolene likevel ville ivareta konvensjonen. Dette fordi konvensjonsbrudd måtte prøves i tråd med det generelle utgangspunktet i norsk rett hvor rettslige spørsmål vurderes i dommens premisser som ledd i prøving av tvistegjenstanden.¹¹² Flertallets vurdering synes å være at barnekonvensjonen ikke kunne utgjøre et selvstendig rettsgrunnlag, altså at den ikke kan anvendes direkte for domstolene.

Flertallet avsluttet med at kravet om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen måtte avvises. Etter deres syn fremsto avvisning av kravet som mest lojal, fordi det var vanskelig å overskue hvilke konsekvenser det ville ha om det ble åpnet for søksmålsadgang ved brudd på BK art. 3.¹¹³

5.4 Mindretallets syn på saken

5.4.1 Problemstillingene mindretallet reiser

Mindretallet fastslo at søksmålsadgangen ved konvensjonsbrudd fulgte av intern norsk rett. Rettsgrunnlaget for påstanden var for det første at vilkåret «rettskrav» i tvl § 1-3 gir rett til domstolsadgang, og at vilkåret også omfattet tvist om noe er «lovlig» eller «rettsstridig».¹¹⁴

¹¹⁰ Rt-2013-1127 avsnitt 16.

¹¹¹ Skoghøy (2010) s. 379.

¹¹² Se dommens avsnitt 101.

¹¹³ Se punkt 6.1.1 for redegjørelse av rettsvirkninger som kan oppstå ved slik fastsettelsesdom.

¹¹⁴ Se punkt 4.2 om rettskrav begrunnet i at noe er «rettsstridig» eller «ulovlig».

For det andre ble det påpekt at tidligere rettspraksis har fastslått at det er sikker rett at det kan reises fastsettelsessøksmål med krav om dom for at det foreligger brudd på en inkorporert menneskerettighet.¹¹⁵

Mindretallet synes etter dette å ta det for gitt at søksmålsadgangen ved konvensjonsbrudd fulgte av norsk intern rett, og at denne adgangen også omfattet barnekonvensjonen. Problemstillingen om hvorvidt barnekonvensjonen stiller krav om søksmålsadgang ved konvensjonsbrudd ble derfor ikke særskilt drøftet av mindretallet.

Det som imidlertid ble sett på som problematisk var hvorvidt BK art. 3 nr. 1 etter sitt innhold var egnet for særskilt domstolsbehandling. Mindretallet reiste to spørsmål, om normen, hensynet til barnets beste i BK art. 3 nr. 1 var «håndhevbar» og «selvkraftig».

Benevnelsene har ikke et skarpt skille, men håndhevbar innebærer om en traktatbestemmelse kan håndheves ved domstolene.¹¹⁶ For at bestemmelsen skal kunne håndheves ved domstolene må den være selvkraftig. Dette innebærer at konvensjonsbestemmelsen etter sitt innhold må være egnet for direkte anvendelse for nasjonal rett. Domstolene og andre rettsanvendere skal være i stand til å konkretisere de plikter og rettigheter som konvensjonen setter.¹¹⁷

Før mindretallets vurdering av normen, hensynet til barnets beste, i BK art. 3 nr. 1 belyses, bør det påpekes at mindretallet delte seg i to grupper. En gruppe på fem dommere med dommer Bårdsen i spissen, og en gruppe på tre med dommer Matheson i spissen. Begge gruppene stemte for at kravet om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen art 3 nr. 1 kunne fremmes.

Gruppen på tre dommere stemte imidlertid for frifinnelse av staten. Bortsett fra votering om frifinnelse var dommer Matheson i det vesentlige enige med dommer Bårdsen. Der vurderingene likevel skiller seg ut vil jeg påpeke dette. Drøftelsen starter i avsnitt 113 til avsnitt 130 for gruppen på fem dommere, og fra avsnitt 139 til avsnitt 146 for gruppen på tre dommere.

¹¹⁵ Se dommens avsnitt 114.

¹¹⁶ <http://snl.no/selvkraft> (sist lest 19.11.13).

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 3 (1998-99) avsnitt 3.1. Se nærmere om forholdet mellom folkeretten og nasjonal rett i eksempelvis Rt-2001-1006 s. 115, Smith (2012) s. 24 og Søvig (2009) s. 28-31.

I det følgende vil det først redegjøres for mindretallets vurdering av «håndhevbar». Deretter belyses mindretallets vurdering av om bestemmelsen er «selvkraftig».

5.4.2 Vurdering av om BK art. 3 nr. 1 er «håndhevbar»

Ved vurderingen av om BK art. 3 nr. 1 var håndhevbar foretok mindretallet først en generell redegjørelse av hvorvidt konvensjonen i seg selv påla statene konkrete plikter. Deretter ble drøftelsen innsnevret for å konkretisere innholdet i BK art. 3 nr. 1.

Gjennom en tolkning av barnekonvensjonen samt de generelle kommentarene fra Barnekomitéen, hevdet mindretallet at det var hevet over enhver tvil at konvensjonen tok sikte på individuelle rettigheter for det enkelte barn.¹¹⁸ Det ble påpekt at barnekonvensjonen i seg selv fastsetter «the Rights of the Child».¹¹⁹

Som videre grunnlag for påstanden ble det vist til BK art. 4 og BK art. 2. Begge artiklene faststslår statenes plikt til å respektere, «*the rights recognized in the present Convention*» og «*the rights set forth in the present Convention to each child*». Dette innebærer at artikkel 4 og artikkel 2 legger til grunn at konvensjonen inneholder rettigheter for barnet som staten plikter å overholde.

Imidlertid er artiklenes ordlyd tause vedrørende hvor langt det materielle innholdet i BK art. 3 nr. 1 strekker seg. BK art. 4 omhandler som nevnt statens plikt til å treffe alle egnede tiltak for å gjennomføre de rettigheter som anerkjennes i konvensjon.¹²⁰ BK art. 2 omhandler hovedsakelig diskrimineringsforbud. Ordlyden i artiklene kan således synes som en generell veiledning da den ikke nevner hvilke bestemmelser som inneholder konkrete rettigheter. Derimot kan ordlyden «rettighetene i denne konvensjonen» tolkes som at alle artiklene i konvensjonen inneholde konkrete rettigheter.

Til dette presiserer mindretallet viktigheten av konvensjonens grunnprinsipper, artikkel 2, 3, 6 og 12 som alle har betydning for tolkningen av konvensjonens øvrige bestemmelser. Det kan

¹¹⁸ Se dommen avsnitt 117.

¹¹⁹ Se dommens avsnitt 117.

¹²⁰ BK art. 4 er omtalt under punkt 5.3.2.

således synes som at mindretallet tolket BK art. 3 nr. 1 i lys av BK art. 2, og at de rettighetene artikkel 2 fastslår implisitt gjelder for artikkel 3. Mindretallet viste ikke til Barnekomitéens uttalelse om at konvensjonen må tolkes som om en helhet, men påpeker dette indirekte gjennom uttalelsen.¹²¹

Videre ble det vist til de generelle kommentarene fra Barnekomitéen for å presisere at barnekonvensjonen inneholdt rettigheter for det enkelte barnet.¹²² Det fremgikk av de generelle kommentarene at konvensjonen anerkjenner barnet som et subjekt for rettigheter, og at den tilnærmet universelle ratifiseringen av konvensjonen understreker denne statusen. Mindretallet tolket kommentaren dit hen at konvensjonen uten tvil tok sikte på individuelle rettigheter for det enkelte barn.

Den generelle kommentaren utdypet likevel ikke innholdet av BK art. 3 nr. 1. Mindretallet syntes derfor å finne det nødvendig å konkretisere innholdet i den påberopte bestemmelsen for å vurdere om den var håndhevbar.

Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 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”.

Ordlyden var etter mindretallets syn vag og generell, men samtidig var dette ikke uvanlig i menneskerettslig sammenheng. Etter deres syn var staten forpliktet etter normen selv om denne var vagt utformet, nettopp fordi den ga anvisning på avveining mellom motstridende hensyn og interesser.

Det syntes som om mindretallet her foretok en sammenligning av EMK art. 8 om retten til privat- og familielivet og BK art. 3, fordi EMK art. 8 også inneholder også avveiningsmomenter.

¹²¹ Se General Comment No. 5 (2003) avsnitt 38, jf. avsnitt 12, hvor Barnekomitéen presiserte de fire grunnpilarene.

¹²² General Comment nr. 12 (2009) avsnitt 18.

Det mindretallet imidlertid ikke påpekte var at EMK art. 8 nr. 2 inneholder konkrete vilkår som må være oppfylt for at staten kan gripe inn retten til privat- og familielivet. Etter EMK art. 8 nr. 2 må inngrep være i samsvar med loven, ha et legitimt formål og være nødvendig i et demokratisk samfunn. BK art. 3 nr. 1 oppstiller motsetningsvis som vilkår kun at, ved alle handlinger som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Begge artiklene pålegger statene plikter, men pliktene i EMK art. 8 nr. 2 synes noe mer konkret. Rettighetene i EMK kan således lettere betraktes som håndhevbar. I tillegg foretar EMD tolkningen av artiklene i EMK. Tolkningene fra EMD er rettslig bindende for Norge, i motsetning til uttalelsene fra Barnekomitéen som ikke er rettslig bindende for statene.¹²³ En sammenligning av bestemmelsene kan etter dette synes lite heldig.

Dommer Matheson fremhevet at det ikke var grunn til å forskjellsbehandle barnekonvensjonen, EMK og SP i spørsmålet om adgangen til å få fastsettelsesdom.¹²⁴ En slik uttalelse kan stemme overens med formålet til inkorporeringen av barnekonvensjonen. Inkorporeringen skulle som nevnt skape samme formelle rettsstilling for barnekonvensjonen som de øvrige inkorporerte menneskerettighetskonvensjonene.

Mindretallet påpekte videre at staten var forpliktet til å overholde BK art. 3. Som grunnlag for dette ble det vist til at det ikke var noen konvensjonsrettslige kilder som tilsier at bestemmelsen ikke skulle være forpliktende. De generelle kommentarene fremholdt nettopp at konvensjonen består av mange artikler, inkludert art. 2, 3, 6 og 12 som inneholder elementer av sivile og politiske rettigheter.¹²⁵ Selv om mindretallet ikke påpekte det, kom det frem i de generelle kommentarene at de økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, så vel som de sivile og politiske rettigheter, bør betraktes som håndhevbare.¹²⁶

Uttalelsen fra Barnekomitéen støtter klart opp under mindretallets syn om at BK art. 3 skal være håndhevbar. De generelle kommentaren påpekte at BK art. 3 omfattes av sivile og politiske rettigheter, samt at disse rettighetene må være håndhevbare. I tillegg kan en ordlydsfortolkning av BK art. 3 nr. 1 støtte opp under mindretallets vurdering. Ordlyden

¹²³ Under punkt 2.1 er det redegjort for vekten uttalelsene fra Barnekomitéen skal ha.

¹²⁴ Se dommens avsnitt 140.

¹²⁵ General Comment nr. 5 (2003) avsnitt 6

¹²⁶ General Comment nr. 5 (2003) avsnitt 25, jf. avsnitt 6.

påpeker blant annet «the best interest of the child». Etter en naturlig forståelse kan dette tolkes som individuelle rettigheter for det enkelte barnet.

Mindretallet forutsatte etter vurderingen av BK art. 3 nr. 1 at bestemmelsen påla statene konkrete plikter, altså at den var håndhevbar. Imidlertid gjensto en viktig del av vurderingen hvor mindretallet måtte foreta en vurdering av om bestemmelsen var «selvkraftig».¹²⁷ Dersom bestemmelsen ikke var selvkraftig kunne den ikke rettslig håndheves for domstolene. Det ble derfor viktig for mindretallet å drøfte hvilken stilling BK art 3 nr. 1 hadde i norsk rett.

5.4.3 Vurdering av om BK art. 3 nr. 1 er «selvkraftig»

En konvensjonsbestemmelse er som nevnt selvkraftig når teksten i bestemmelsen er utformet slik at den egner seg for direkte anvendelse for domstolene. For å vurdere hvilken rettsstilling BK art. 3 nr. 1 hadde i norsk rett foretok mindretallet en vurdering både av folkerettslige kilder og norske interne kilder.

Barnekomitéen har lagt til grunn at:

*«States parties need to ensure, by all appropriate means, that the provisions of the Convention are given legal effect within their domestic legal systems... Of particular importance is the need to clarify the extent of applicability of the Convention in States where the principle of “self-execution” applies and others where it is claimed that the Convention “has constitutional status” or has been incorporated into domestic law”.*¹²⁸

Mindretallet viste til sitatet men utdypet det ikke nærmere. Imidlertid ble samme sitatet fra Komitéen drøftet i den nevnte Søvig- rapporten som tok opp spørsmålet om konvensjonens selvkraft.¹²⁹

Søvig tolket sitatets første del som en påminnelse fra Barnekomitéen om statenes generelle gjennomføringsforpliktelse etter BK art. 4.¹³⁰ Sitatets siste del ble videre tolket som en

¹²⁷ Høyesterett har tidligere drøftet hvorvidt artiklene i ØSK var anvendelige for domstolen (håndhevbar og selvkraftige) i Rt-2001-1006 på s. 1015.

¹²⁸ General Comment nr. 5 (2003) avsnitt 19.

¹²⁹ Søvig (2009) s. 28-29.

¹³⁰ Søvig (2009) s. 29.

oppfordring til statene om å foreta en vurdering av selvkraft for de ulike bestemmelsene i barnekonvensjonen da den var inkorporert.

Lorange Backer, tidligere ekspedisjonssjef i Justisdepartementets lovavdeling, oppfordret nettopp til en slik avklaring av konvensjonens bestemmelser.¹³¹ Oppfordringen ble ikke fulgt opp. Forarbeidene påpekte i stedet at Norge har liten erfaring med å løse spørsmål om selvkraft for konvensjonsbestemmelser.¹³² Etter departementets vurdering burde derfor domstoler være varsomme med å overprøve lovgivers tolkning av konvensjonen. Dette ville spesielt gjøre seg gjeldende der bestemmelsene var vage, bygget på verdiprioriteringer eller der lovgiver vurderte bestemmelsen og la til grunn at det ikke forelå motstrid.¹³³

Mindretallet brukte forarbeidene til inkorporeringen av barnekonvensjonen for å påpeke at det var på det rene at problematikken om selvkraft ikke hadde vært ukjent.¹³⁴ Likevel ble det ikke tatt noen reservasjoner mot at enkelt bestemmelser ikke skulle ha direkte internrettslige virkninger. Etter mindretallet skulle konvensjonen i sin helhet gjelde som norsk lov, altså omfattet dette også BK art. 3 nr. 1.

Selv om mindretallet ikke påpekte det, ble det i forarbeidene drøftet selvkraft for noen enkelt bestemmelser i konvensjonen hvor det fremkom at:

Bestemmelsene er gjennomgående formulert slik at de setter krav om tiltak fra myndighetenes side. Noen av rettighetene er åpenbart ikke «selvkraftige», se f.eks. art. 24 og art. 27. Andre bestemmelser er utelukkende rettet til landets myndigheter, se f.eks. art. 17, art. 18 og art. 19.¹³⁵

Selvkraft ble imidlertid ikke vurdert særskilt for BK art. 3. Dette kan støtte opp under mindretallets vurdering av at BK art. 3 nr. 1 skal anes som selvkraftig. Mindretallet påpekte videre at barnekonvensjonen ved inkorporeringen skulle være «direkte anvendelig» for norske domstoler.¹³⁶ Inkorporering skulle gi samme formelle rettsstilling som de allerede inkorporerte menneskerettighetskonvensjonene. Lovgiver påpekte at det var uønsket å skille

¹³¹ Sjøvig (2009) s. 29-30.

¹³² Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) s. 16.

¹³³ Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) s. 16.

¹³⁴ Se dommens avsnitt 124, jf. Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) s. 16 og 26, jf. Innst. O. nr. 92 (2002-2003) s. 3.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 23.

¹³⁶ Se dommens avsnitt 123, jf. Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) s. 25.

mellom konvensjonene. Et skille kunne skape en oppfatning om at barnekonvensjonen ikke var like viktig som de øvrige inkorporerte konvensjonene.¹³⁷ Mindretallet utdypet ikke hvordan de tolket forarbeidene, men ved at de viste til disse må det legges til grunn at det var mindretallets syn på sakens som fremkom.

For barnekonvensjonens vedkommende har lovgiver ikke fastslått hvordan domstolsadgang ved brudd på konvensjonen skal reguleres. Imidlertid viste mindretallet til tidligere praksis, Rt-2011-1666 avsnitt 32 som fastslo at det kan gis fastsettelsesdom for brudd på en inkorporert menneskerettighet. Etter deres syn var søksmålsadgangen ved konvensjonsbrudd en alminnelig og etablert ordning, som også omfattet barnekonvensjonen. Mindretallet synes således å likestille søksmålsadgang for barnekonvensjonen og de øvrige inkorporerte menneskerettighetskonvensjonene.¹³⁸

Et moment som kan støtte mindretallets vurdering er at søksmålsadgangen ved konvensjonsbrudd ble lagt til grunn som sikker rett i Rt-2011-1666. Det ble av Høyesterett den gang ikke tatt noen forbehold mot at søksmålsadgangen ikke skulle gjelde for barnekonvensjonen. Adgangen syntes tvert imot å omfatte alle inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner.

Dersom lovgiver hadde fulgt opp oppfordringen fra Barnekomitéen og foretatt en vurdering av selvkraft for de ulike bestemmelsene i barnekonvensjonen kunne mye av problematikken vært løst. Det ble i forarbeidene til tvisteloven drøftet om det burde innføres en særregel for krav om fastsettelsesdom for brudd på menneskerettskonvensjoner.¹³⁹ Vurderingen ble hovedsakelig foretatt med utgangspunkt i EMK og SP fordi konvensjonene inneholdt uttrykkelige bestemmelser om effektivt rettsmiddel. Forarbeidene fremholdt derimot at kravet hensiktsmessig kunne prøves innenfor rammen av den alminnelige regel om søksmålsbetingelsene i lovforslaget § 1-3.¹⁴⁰ En særregel ble således ikke ansett nødvendig.

¹³⁷ Se dommens avsnitt 123, jf. Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) s. 25.

¹³⁸ Det kan påpekes at søksmålsadgangen ved konvensjonsbrudd synes etter Rt-2012-2039 kun sikker for EMK og SP. I likhet med barnekonvensjonen er søksmålsadgangen for ØSK- konvensjonen og Kvinne- konvensjonen ikke avklart, se blant annet Rt-2011-304 og Rt-2009-1389.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 151-155.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 151-155.

Mindretallet påpekte at kravet til «rettslig interesse» i tvl. § 1-3 ville begrense søksmålsadgangen der BK art. 3 nr. 1 ikke var egnet til særskilt prøving. Det var etter deres syn ikke nødvendig å begrense adgangen i denne konkrete saken.

Mindretallet innledet som nevnt med søksmålsvilkåret «rettskrav», hvor de forutsatte at vilkåret var oppfylt. Fraksjonen på tre dommere hadde imidlertid en nærmere begrunnelse på hvorfor de hevdet at BK art. 3 nr. 1 var et «rettskrav».¹⁴¹ Høyesterettsdommer Matheson påpekte at BK art. 3 nr. 1 måtte ses på som et «rettskrav» fordi forvaltningen må behandle barnets beste som et grunnleggende hensyn. Matheson uttalte videre at på denne måten kan domstolen få prøvd om forvaltningen faktisk foretok den påkrevde vurderingen. På den andre siden påpeker han at den konkrete vurderingen av barnets beste må foretas innenfor de rammene som gjelder prøving av vedtak omhandlende oppholdstillatelse. Matheson synspunkt ble så at domstolsprøving ved krenkelse bør kunne prøves, men i begrenset omfang innenfor rammene av forvaltningens frie skjønn.

Det ble i tillegg fremhevet at familien måtte reise ut av landet i mars 2012, uten mulighet til retur. Mindretallet var derfor av den oppfatningen at familien på bakgrunn av dette hadde «rettslig interesse» i å få prøvd om utsendelsen krenket BK art. 1 nr. 3.¹⁴² Uttalelsen fra mindretallet viste at de anså søksmålsvilkårene i tvl. § 1-3 for å være oppfylt.

Mindretallet påpekte så at BK art. 3 nr. 1 skulle være direkte anvendelig for domstolene, og at konvensjonen i sin helhet skulle være anvendelig. Imidlertid oppstilte mindretallet et skille mellom de sivile og politiske rettighetene, og de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene i barnekonvensjonen.¹⁴³ Det fremkommer at ØSK-rettighetene i barnekonvensjonen bør suppleres med nasjonalt rettsgrunnlag, jf. BK art.4 andre punktum.¹⁴⁴

BK art. 4 andre punktum setter som nevnt en minstestandard for gjennomføringen av konvensjonens mer materielle rettigheter. For Norge som er et ressurssterkt land kan det stilles spørsmål ved om det er behov for å skille mellom søksmålsadgangen for sivile og politiske rettigheter, og de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene. I utredningen til Utenriksdepartementet om barnekonvensjonen tredje tilleggsprotokoll, kom det frem at

¹⁴¹ Se dommens avsnitt 141.

¹⁴² Se dommens avsnitt 127.

¹⁴³ Se mer om rettighetene i barnekonvensjons under punkt 3.2.

¹⁴⁴ Se dommens avsnitt 125.

Finnland anser de sivile og politiske rettighetene, og de økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter som likeverdig rettigheter som utfyller hverandre.¹⁴⁵

Barnekomitéen har påpekt at inkorporering av barnekonvensjonen bør bety at bestemmelsene kan påberopes direkte for domstolene.¹⁴⁶ Mindretallet viste ikke til denne uttalelsen, men uttalelsen støtter likevel opp under mindretallets vurdering av hvilken gjennomslagskraft konvensjonen skal ha i norsk rett.

Selv om mindretallet ikke foretok en inngående vurdering av hvorvidt barnekonvensjonen stiller krav til effektivt nasjonalt rettsmiddel, viste de likevel til de generelle kommentarene.¹⁴⁷ Her fremgikk det at statene må stille til rådighet effektivt rettsmiddel ved konvensjonsbrudd for at rettighetene kan ha betydning.

Fraksjonen på tre dommere, med Matheson i spissen fant det nødvendig å utdype dette nærmere. Det ble vist til at barnekonvensjonen ikke inneholder en uttrykkelig bestemmelse om retten til effektivt rettsmiddel, men lojal oppfølging av konvensjonsforpliktelsen tilsier prøvingsrett ved krenkelse.¹⁴⁸

Således legger begge mindretallsgruppene til grunn at barnekonvensjonen stiller krav om effektivt rettsmiddel. Det kan synes som om begge mindretallsgruppene finner støtte for sitt syn i de generelle kommentarene fra Barnekomitéen. Ved at mindretallet gjennomgående i sin drøftelse anvender de generelle kommentarene tyder dette på at mindretallet legger betydelig vekt på uttalelsene fra Komitéen.

Etter mindretallets gjennomgang av de overnevnte rettskildene ble mindretallets syn at BK art. 3 nr. 1 kunne anvendes direkte for domstolene, altså at bestemmelsen var selvkraftig.

¹⁴⁵ Elgesem (2013) s. 65.

¹⁴⁶ General Comment nr. 5 (2003) avsnitt 20.

¹⁴⁷ General Comment nr. 5 (2003) avsnitt 24.

¹⁴⁸ Se dommens avsnitt 140.

5.4.4 Mindretallets konklusjon

Fraksjonen på fem dommere hevdet at staten hadde krenket BK art. 3 nr. 1 og viste til de overnevnte kildene. Det ble her uttrykkelig nevnt at tidligere rettspraksis har fastslått søksmålsadgang ved krenkelse. I tillegg viste mindretallet til at krenkelsen ble forsterket da den eldste datteren ikke ble hørt i forbindelse med utsendelsen, slik BK art. 12 etter deres syn krevde.

Etter BK art. 12 plikter staten å la barnet uttale seg i alle forhold som angår barnet. Barnets synspunkter skal tillegges behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet. Mindretallet reiste derfor kritikk mot UNE da de ikke formaliserte en ny samlet vurdering av datterens situasjon i forbindelse med utsendelsen. På bakgrunn av dette var mindretallet i tvil om UNE hadde behandlet BK art. 3 nr. 1 så grunnleggende som konvensjonen krever. Vedtaket ble derfor anset ugyltig.

Mindretallsgruppen på tre dommere stemte motsetningsvis for at staten i dette konkrete tilfelle skulle frifinnes. Vedtaket ble vurdert gyldig med grunnlag i at den tiden som hadde gått fra vedtaket ble fattet til utsendelsen var en realitet, ikke tilsa ny særskilt prøving av barnets beste. Fraksjonen på tre dommere syntes således å ha et annet syn på BK art. 12 i denne konkrete saken.

Imidlertid stiller BK art. 12 et konkret krav til staten om at barnet skal høres. Formålet med bestemmelsen er nettopp å ivareta hensynet til barnets integritet.¹⁴⁹ Det er således berettiget å stille spørsmål om formålet er oppfylt.

Formålet med tvisteløsning fremgår av tvl. § 1-1 som blant annet fremhever at rettergangen skal være rettferdig og tillitsvekkende. Formålsbestemmelsen utleder ikke konkrete rettigheter og plikter, men gir veiledning på hva som burde oppnås ved søksmålet. Dersom datteren hadde fått uttalt seg kunne rettergangen syntes mer tillitsvekkende for datterens vedkommende.

¹⁴⁹ Sandberg (2012) s. 90.

Begge mindretallsgruppene konkluderer imidlertid med at fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen kan gis.

5.5 Oppsummering

En viktig del av domsanalyse er å finne dommens prejudikatsverdi, samt hva som ble avgjort i dommen. Prejudikatsverdi innebærer at det resultatet som dommerne kom frem til i den konkrete saken, tjener som rettledning for fremtidig lignende saker.¹⁵⁰ Imidlertid er det ikke alltid like klart hvor stor verdi avgjørelsen skal tillegges eller hva som konkret ble avgjort gjennom dommene.

Rt-2012-2039 avgjorde først og fremst at det ikke kan reises fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen art. 3 nr.1. Det som derimot kan synes noe uklart er om avgjørelsen satte skranker for hele barnekonvensjonen eller kun for den enkelte artikkelen.

Denne uklarheten kom til uttrykk i dommens avsnitt 101 hvor flertallet påpekte at:

«Gjennomgangen av forarbeidene gir, som jeg allerede har understreket, ikke holdepunkter for at lovgiver har tatt sikte på å åpne for at det kan kreves særskilt fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen. Etter min mening følger dette heller ikke av rettspraksis».

Uttalelsen blir i tillegg utdypet med at den påståtte krenkelsen må vurderes i dommens premisser som ledd i prøving av søksmålgjenstanden.¹⁵¹ I følge denne uttalelsen egner barnekonvensjonen seg ikke som selvstendig rettsgrunnlag.

Flertallet synes med dette å gå lengere i sin vurdering av kravet enn hva som var nødvendig. Kravet omfattet kun BK art. 3 nr. 1, men flertallet kommenterte søksmålsadgangen for hele konvensjonen. En slik uttalelse kan by på tvil om hva som egentlig ble avgjort. I en utredning foretatt på oppdrag for Utenriksdepartementet ble det lagt til grunn at flertallets begrunnelse

¹⁵⁰ Se blant annet Nygaard (2004) kap. 3 og Eckhoff (2001) kap. 7.

¹⁵¹ Se dommens avsnitt 101.

var så pass generell at det foreløpig må legges til grunn at det mest sannsynlig ikke i noe tilfelle kan kreves fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen.¹⁵²

Dommen var en dissensavgjørelse, men det er likevel flertallets konklusjon som slår fast dommens resultat.¹⁵³ Høyesterettsdommen var imidlertid den første som særskilt behandlet spørsmålet om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen. Selv om Høyesterett har behandlet spørsmålet om fastsettelsesdom for brudd på andre inkorporerte menneskerettighetskonvensjonen, foreligger det ingen entydig praksis for barnekonvensjonen. Dette kan tale for at et lignende tilfelle i fremtiden kan få et annet utfall. Spesielt kan dette være aktuelt dersom Norge tilslutter den tredje tilleggsprotokollen, fordi den gir barn individuell klageadgang ved konvensjonsbrudd.¹⁵⁴

Imidlertid ble dommen avsagt i plenum og den er en ny dom fra 2012. Dette taler for at rettsstillingen er klarlagt, og at avgjørelsen vil ha betydelig prejudikatsverdi for etterfølgende forhold. Altså at det ikke kan kreves fastsettelsesdom for brudd på BK art. 3 nr. 1. Flertallet slo også fast at barnekonvensjonen ikke pålegger statene å stille til rådighet effektivt nasjonalt rettsmiddel. Dette tilsier at ingen av artiklene i konvensjonen kan særskilt prøves for domstolene.

6 Avsluttende bemerkninger

6.1 Bør det være mulig å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen

Gjennom Rt-2012-2039 ble det fastslått at det ikke kan kreves fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3. Som tidligere nevnt syntes dette også å gjelde for hele konvensjonen. Jeg vil under dette avsnittet først vurdere om dagens rettsstilstand er en rimelig og hensiktsmessig tilstand. Deretter vil jeg vurdere om det bør være mulig å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen. Her vil betydningen av en eventuell ratifisering av konvensjonens tredje tilleggsprotokoll nevnes. Til slutt vil jeg redegjøre for rettsvirkninger som kan oppstå ved en eventuell søksmålsadgang ved brudd på barnekonvensjonen.

¹⁵² Elgesem (2013) s. 18. Se også Schei (2013) s. 30-31 hvor det fremstår som at søksmålsadgangen for brudd på barnekonvensjonen kun ble avskåret for BK art. 3 nr. 1.

¹⁵³ Schei (2013) s. 30.

¹⁵⁴ Se nærmere om den tredje tilleggsprotokollen under punkt 6.1.

Formålet med inkorporeringen av barnekonvensjonen var blant annet å synliggjøre og sikre barns rettsstilling i Norge.¹⁵⁵ På mange områder har norske myndigheter gjennomført de krav konvensjonen pålegger.¹⁵⁶ Imidlertid kan det diskuteres om rettstilstanden som ble fastslått av i Rt-2012-2039 gir barna det vernet barnekonvensjonen ved inkorporeringen var ment å gi.

Barnekonvensjonen skulle ved inkorporeringen få samme formelle rettsstilling som de øvrige inkorporerte menneskerettighetskonvensjonene. Slik rettstilstanden er i dag har ikke barnekonvensjonen den samme formelle rettsstillingen som eksempelvis EMK og SP.

Barnekonvensjonen kan derfor oppfattes som en mindre viktig konvensjon.

Etter forarbeidene er dette et uheldig skille, nettopp fordi barn utgjør en særlig utsatt og sårbar gruppe, som har behov for et ekstra sterkt vern.¹⁵⁷ Inkorporeringen skulle bidra til å styrke barns rettsstilling, fordi konvensjonen i seg selv ville fremstå som en «rettighetskatalog» i norsk rett.¹⁵⁸

Disse rettighetene skulle ved inkorporeringen være direkte anvendelige i norsk rett.¹⁵⁹

Lovgiver syntes, gjennom forarbeidene, å gi barnekonvensjonen en sterk rettsposisjon. Høyesterett på sin side anså ikke barnekonvensjonen for å være direkte anvendelig, og fremholdt at konvensjonen ikke har tilstrekkelig gjennomslagskraft i norsk rett.¹⁶⁰ Det kan ut i fra dette synes som at lovgiver og Høyesterett ikke har kommet til enighet vedrørende gjennomslagskraften barnekonvensjonen skal eller bør ha. Dagens rettstilstand kan antyde at barnas vern etter konvensjonen har blitt svekket.

Rettstilstanden som i dag er etablert gjør at barn eller noen på deres vegne ikke kan få prøvd særskilt om konvensjonsrettighetene er brutt. Barnas rettigheter og interesser etter konvensjonen synes ikke tilstrekkelig ivaretatt, og rettstilstand fremstår derfor ikke som rimelig og hensiktsmessig.

Spørsmålet blir så om det bør være mulig å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen. En mulig søksmålsadgang kan tenkes både ut i fra norsk intern rett, og ut i fra folkerettslige forpliktelser. Sistnevnte vil være høyst aktuell dersom Norge ratifiserer

¹⁵⁵ Ot.prp nr. 45 (2002-2003) s. 25.

¹⁵⁶ Punkt 3.4 tar for seg barnekonvensjonens betydning i norsk rett.

¹⁵⁷ Ot.prp nr. 45 (2002-2003) s. 25.

¹⁵⁸ Ot.prp nr. 45 (2002-2003) s. 25.

¹⁵⁹ Ot.prp nr. 45 (2002-2003) s. 25.

¹⁶⁰ Se Rt-2012-2039.

konvensjonens tredje tilleggsprotokoll, som gir barn individuell klageadgang ved konvensjonskrenkelse.

Den 19. desember 2011 vedtok FNs Generalforsamling barnekonvensjonens tredje tilleggsprotokoll.¹⁶¹ Formålet med protokollen er både å styrke nasjonale klagemekanismer for barn og den nasjonale gjennomføringen av konvensjonen.¹⁶² Protokollen er åpen for undertegning, men har ennå ikke trådt i kraft. Den trer i kraft når ti land har ratifisert den, jf. protokollens art. 19, og så langt har kun fire land ratifiser den.¹⁶³

Norge har ikke undertegnet den tredje tilleggsprotokollen, men stortinget ba om en utredning som skulle synliggjøre fordeler og ulemper ved en eventuell ratifisering.¹⁶⁴ Stortinget viste med dette en interesse for protokollen, men om den vil bli ratifisert på bakgrunn av utredningen er ennå usikkert. Norge har vært varsom under utviklingen av den tredje tilleggsprotokollen.¹⁶⁵ Dette kan tenkes fordi protokollen vil medføre nye utfordringer og forpliktelser.¹⁶⁶ Avgjørelsene fra komitéen vil ikke være rettslig bindende for statene, men Norge har alltid fulgt opp avgjørelsene fra FNs individ klageordninger.¹⁶⁷ Tilslutning av den tredje tilleggsprotokollen vil derfor ikke være uten rettslig betydning.

Det er flere indikasjoner som taler for at søksmålsadgang ved brudd på barnekonvensjonen bør være mulig. Staten vil ved en eventuell ratifisering sende ut signaler om at konvensjonen tas på alvor. Dette signalet kan i seg selv ha symbolsk vekt, og staten kan være et godt forbilde for andre parter som vurderer å ratifisere. Forarbeidene til inkorporeringen av barnekonvensjonen påpekte at det vil være lettere å stille krav til andre stater når vi selv har inkorporert konvensjonen.¹⁶⁸ Dette vil også gjelde ved en eventuell tilslutning av den tredje tilleggsprotokollen.

¹⁶¹ Se blant annet Elgesem (2013) s. 4 og Kjørholdt (2012) kapittel. 17 for mer om barnekonvensjonens tredje tilleggsprotokoll.

¹⁶² Elgesem (2013) s. 67.

¹⁶³ Bolivia, Tyskland, Gabon og Thailand har ratifisert protokollen, og 36 stater har signert protokollen. Se mer om dette i Elgesem (2013) s. 4 og s. 70.

¹⁶⁴ Elgesem (2013) s. 4.

¹⁶⁵ Kjørholdt (2012) s. 358.

¹⁶⁶ Se mer om rettsvirkningene av en eventuell tilslutning av protokollen under punkt 6.1.1.

¹⁶⁷ Se Elgesem (2013) s. 19, som også påpekte at ingen av FNs individklageordning er folkerettslig bindende, i motsetning til avgjørelser fra EMD.

¹⁶⁸ Ot.prp nr. 45 (2002-2003) s. 25.

Et annet viktig argument er at konvensjonen inneholder mange rettigheter særskilt tilpasset barn, og som ikke finnes i de andre inkorporerte menneskerettighetskonvensjonene. Disse rettighetene er blant annet retten til å bli hørt, retten til omsorg og retten til beskyttelse mot alle typer overgrep.¹⁶⁹ Dersom barn ikke får tilgang på en individuell klageordning etter barnekonvensjonen kan ikke disse rettighetene særskilt påklages.¹⁷⁰

Dersom staten ratifiserer den tredje tilleggsprotokollen kan dette styrke rettighetene i konvensjonen, fordi rettighetene kan påklages. Barnekomitéen påpekte at rettslig håndheving av konvensjonen må være tilgjengelig for at rettighetene skal ha en realitet.¹⁷¹ Protokollens art. 7 (e) slår fast at nasjonale rettsmidler må uttømmes før saken kan bringes inn for Komitéen. Dette gjelder likevel ikke dersom rettsmiddelet ikke er effektivt, da kan saken klages direkte inn for klageorganet. Ved en ratifisering av den tredje tilleggsprotokollen må statene vurdere egne interne klageordninger.¹⁷² Det er statene selv som har det primære ansvaret for å sikre at menneskerettighetene overholdes.¹⁷³

Norge er allerede forpliktet av barnekonvensjonen, og BK art. 3 stiller krav om at alle offentlige handlinger som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. En ratifisering av protokollen vil styrke barnas rettsstilling, og vil således være til barnets beste. Dette synes som et tungtveiende moment for at staten bør ratifisere, og inkorporere den tredje tilleggsprotokollen.

I utredningen til Utenriksdepartementet ble det gjort forslag til lovendringer som bedre ville samsvare med en tilslutning av protokollen. Det ble blant annet fremholdt at tvl. § 1-3 burde gis et tillegg hvor det uttrykkelig fremgår at det kan reises sak med krav om fastsettelsesdom for brudd på en inkorporert menneskerettighetskonvensjon.¹⁷⁴

¹⁶⁹ Kjørholdt (2012) s. 353.

¹⁷⁰ Kjørholdt (2012) s. 353.

¹⁷¹ General Comment No. 5 (2003) avsnitt 24, se også eksempler på Barnekomitéens uttalelser vedrørende effektivt rettsmiddel under punkt 5.3.2.

¹⁷² Elgesem (2013) s. 67.

¹⁷³ Dersom Norge ratifiserer protokollen uten å stille til rådighet effektivt nasjonalt rettsmiddel, vil barn kunne klage saken direkte inn for Komitéen. Dette vil av begge parter være en uønsket situasjon da statene først skal få sjansen til å «rydde opp i eget hus». Se mer om dette i Elgesem (2013) s. 36.

¹⁷⁴ Se Elgesem (2013) s. 71 hvor han påpekte fire endinger som kunne være aktuell ved en eventuell ratifisering av den tredje tilleggsprotokollen.

En slik lovendring vil styrke barnekonvensjonens gjennomslagskraft i norsk rett. Samtidig mener jeg at Norge, uavhengig av en eventuell tilslutter av protokollen, bør innføre en særregel som kan sikre søksmålsadgang ved krenkelse.¹⁷⁵ Etter mindretallets oppfatning i Rt-2012-2039 fulgte søksmålsadgangen ved konvensjonsbrudd allerede etter intern norsk rett, og som tidligere påpekt kan domstolene avvise saken dersom søksmålet åpenbart er grunnløst.¹⁷⁶

Ved vurderingen av om det bør være mulig å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen kan det være hensiktsmessig å undersøke hvordan andre stater har løst spørsmålet om søksmålsadgang ved brudd på barnekonvensjonen.

Finland har implementert barnekonvensjonen i finsk rett og den gjelder som nasjonal lov.¹⁷⁷ Alle artiklene i konvensjonen kan påberopes for finske domstoler. Finland har også signert den tredje tilleggsprotokollen.¹⁷⁸

Tyskland har gitt barnekonvensjonen status som føderal lov.¹⁷⁹ Konvensjonen kan påklages til nasjonale domstoler, men artiklene som påklages må inneholde subjektive rettigheter. Domstolene vurderer anvendeligheten etter artikkelens innhold, hensikt og hvor klar ordlyden er formulert.

Danmark og Sverige har ikke inkorporert barnekonvensjonen. Sammenligningen med Norge vil derfor ikke være representativt. Danmark har derimot en tilnærmet løsning som Tyskland har. Artiklene kan påberopes og domstolene vurderer hvorvidt de er anvendelige.¹⁸⁰ Imidlertid foreligger det ingen rettspraksis i Danmark vedrørende en ikke inkorporert konvensjon og dansk rett.¹⁸¹

Etter avhandlingens gjennomgang mener jeg at det foreligger tilstrekkelige rettslige holdepunkter for at det bør være mulig å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen.

¹⁷⁵ På denne måten kan søksmålsadgangen sikres for alle inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner, og ikke bare for EMK og SP som inneholder uttrykkelige bestemmelser om effektivt rettsmiddel.

¹⁷⁶ Se NOU 2001: 32 bind B s. 661 første spalte hvor betydningen av tvl. § 2-2 (5) utdypes.

¹⁷⁷ Elgesem (2013) s. 65.

¹⁷⁸ Elgesem (2013) s. 65.

¹⁷⁹ Elgesem (2013) s. 64.

¹⁸⁰ Elgesem (2013) s. 64.

¹⁸¹ Elgesem (2013) s. 64.

6.1.1 Rettsvirkninger som kan oppstå ved fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen

En sentral rettsvirkning som vil oppstå ved fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd er at konvensjonsbruddet konstateres. Dette vil i seg selv utløse en del rettsvirkninger.

Som tidligere nevnt vil fastsettelsesdom for brudd på en inkorporert menneskerettighetsbestemmelse ha tilsvarende virkninger som dom for at noe er ulovlig eller rettsstridig.¹⁸² Rettsvirkningen vil være at bruddet som er rettsstridig må opphøre. For den krenkende part vil dommen klart kunne ha en selvstendig symbolsk verdi.¹⁸³ I tillegg kan en slik dom gi krav på erstatning og annen form for gjenoppretting.¹⁸⁴ Ved at den krenkende part får medhold i sitt krav vil dette også ha betydning for tilkjenning av saksomkostningene, jf. tvl. § 20-2.

Dersom søksmålsadgang for brudd på barnekonvensjonen gis, kan domstolen utøve en kontrollerende og opprettende funksjon.¹⁸⁵ Eksempelvis var kravet i Rt-2012-2039 at utsendelsen av den eldste datteren utgjorde et brudd på BK art. 3 nr. 1. Dersom familien hadde fått medhold i kravet altså at utsendelsen var rettsstridig, måtte bruddet ha opphørt. På bakgrunn av dette kunne familien ha vendt til bake til Norge.

Eksemplet over inneholder imidlertid utfordringer fordi avveiningen mellom barnets beste og foreldrenes lovbrudd består av både moralske og etiske dilemmaer. Dersom familien som hadde oppholdt seg ulovlig i landet fikk returnere, kunne dette vist en aksept av lovbrudd.¹⁸⁶ På den andre siden blir spørsmålet om barn skal lide for foreldrenes handlinger. Avveiningen vil ikke være lett.

Likevel mener jeg at det er viktig at domstolen behandler spørsmål om brudd på barnekonvensjonen, nettopp fordi bruddet bør prøves særskilt. Dersom spørsmålet ikke prøves kan dette resulterer i at den krenkende part til enhver tid lever i rettsuvisshet. Hensynet

¹⁸² For mer om rettsvirkningene av fastsettelsesdom se under punkt 4.2.

¹⁸³ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 152-153.

¹⁸⁴ Elgesem (2013) s. 30.

¹⁸⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 152-153. I tillegg kan det påpekes at dersom søksmålsadgangen for brudd på barnekonvensjonen fastslås, kan lovgiver eller Høyesterett utpensle i hvor stor grad domstolene skal kunne kontrollere forvaltningsavgjørelser.

¹⁸⁶ Se mer om faktum i saken under punkt 5.2.

bak tvisteløsning og rettskraftsreglene tilsier prøvingsrett, da formålet med tvisteløsning er at partene kan legge usikkerheten bak seg, og gå videre.¹⁸⁷

Flertallet i Høyesterettsdommen uttalte at det fremsto som vanskelig å overskue hvilke konsekvenser det ville ha om det ble åpnet for søksmålsadgang ved brudd på barnekonvensjonen.¹⁸⁸ Uttalelsen viser at rettsvirkningene kan være mange og uoversiktlige.¹⁸⁹ Imidlertid bør dette hensyn ikke være avgjørende. Barnekonvensjonen bør på lik linje med EMK og SP få samme prosessuelle og materielle rettsstilling. Det vil, etter mitt syn, være den beste og muligens den eneste måten for ivaretagelse av barns rettigheter etter konvensjonen.

¹⁸⁷ Ot.prp.nr. 51 (2004–2005) s. 254.

¹⁸⁸ Se dommens avsnitt 101.

¹⁸⁹ Hvilke prosessuelle utfordringer søksmålsadgang for brudd på barnekonvensjonen kan reise, vil være neste steg i prosessen og ligger utenfor avhandlingen. Imidlertid behøver ikke rettsvirkningene å bli så omfattende at søksmålsadgang ikke vil være gjennomførbar.

7 Litteraturliste

Lover:

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

LOV 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett med vedlegg 1, 3, 5, 7 og 9.

Lov 4. juli 1991 nr. om ekteskap (ekteskapsloven)

Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven).

Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova)

Se Lov 6. mars 1981 nr. 5 om barneombud (barneombudsloven)

Forarbeider:

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

NOU 2003: 7 Tilleggsskatt m.m.

NOU:1995:18 Ny lovgivning om opplæring, «... og for øvrig kan man gjøre som man vil»

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

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

Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) Om lov om endringer i barnelova mv.

Ot.prp. nr. 3 (1998-99) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Innst. O. nr. 92 (2002-2003) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av Barnekonvensjonen i norsk lov)

Rettspraksis:

Rt-2013-1127

Rt-2013-558

Rt-2013-449

Rt-2012-1985

Rt-2012-2039

Rt-2012-146

Rt-2011-1666

Rt-2011-304

Rt-2010-1313

Rt-2009-1261

Rt-2009-1389

Rt-2009-447

Rt-2008-513

Rt-2008- 873

Rt-2008-362

Rt-2005-1567

Rt-2005-1104

Rt-2005-534

Rt-2005-229

Rt-2003-301

Rt-2001-1505

Rt-2001-1006

Rt-1998-607

Rt-1995-1111

Rt-1994-1244

Rt-1992-1351

Rt-1986-1173

Rt-1986-308

Rt-1979-468

Praksis fra FNs Barnekomité/ folkerettslige kilder:

General Comment No. 5 (2003)

General Comment No. 8 (2006)

General Comment No. 9 (2006)

General Comment No. 11 (2009)

General Comment No. 12 (2009)

Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, United Nations, Treaty Series vol. 1155 s. 339

Geneva Declaration of the Rights of the Child, Adopted 26 September, 1924, League of Nations

Litteratur:

Søvig, Karl Harald, «Barnets rettigheter på barnets premisser, utfordring i møte mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett», *en utredning gjort på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet*, Bergen (2009)

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

Smith, Lucy, «FNs konvensjon om barnets rettigheter», i *Barnekonvensjonen- Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholdt, Kirsten Sandberg (red), 2. utgave (Oslo 2012)

Kjørholdt, Elin Saga, «FNs barnekonvensjon tredje tilleggsprotokoll om individuell klagerett», i *Barnekonvensjonen- Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholdt, Kirsten Sandberg (red), 2. utgave (Oslo 2012)

Høstmælinge, Njål mfl., «Forord», i *Barnekonvensjonen- Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholdt, Kirsten Sandberg (red), 2. utgave (Oslo 2012)

Sandberg, Kirsten, «Barnets rett til å bli hørt», i *Barnekonvensjonen- Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholdt, Kirsten Sandberg (red), 2. utgave (Oslo 2012)

Skoghøy, Jens Edvin A., «Den nødvendige dissensen», *Corpus juris 1963-2013, 50- års festskrift*

Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning, Domstoler, søksmål, saksbehandling og bevis*, (Oslo 2010)

Skoghøy, Jens Edvin A., *Twistemål*, 2. utgave, (Oslo 2001)

Grøslund, Anne Margrete, Redd Barna, *Barnekonvensjonen, Rettigheter for barn i Norge*, (Trondheim 1993)

Schei, Tore mfl., *Twisteloven, Kommentartutgave*, 2. utgave, Bind I, (Oslo 2013)

Schei, Tore mfl., *Twisteloven, Kommentartutgave*, Bind I, (Oslo 2007)

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve (Bergen 2004)

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

Elektroniske kilder:

http://www.idunn.no/ts/lor/2013/08/effektivisering_av_subsidiaritet_i_emk ,Emberland, Marius, Effektivisering av subsidiaritet i EMK, idunn.no - tidsskrifter på nett / Lov og Rett / 2013 / Nr. 08 / Effektivisering av subsidiaritet i EMK

<http://snl.no/selvkraft>

<http://barneombudet.no/for-voksne/vare-publikasjoner/supplerende-rapport-til-fns-komite-for-barns-rettigheter-2009/>

<http://barneombudet.no/2013/11/04/verdens-forste-barneombud-er-dod/>

<http://www.sjumilssteget.no/>

Antall ord i avhandlingen: 16043