

# EMD-bulletin

## – nytt fra menneskerettsdomstolen i Strasbourg

---

Nr. 1 År 2021 Dato 12. mars Utgiver Norsk senter for menneskerettigheter

Siden forrige EMD-bulletin er det blitt avsagt 19 avgjørelser mot de nordiske landene, herunder fire avgjørelser mot Norge.

Under følger sammendrag av totalt fire saker. For det første finnes det sammendrag av en barnevernssak mot Norge. Saken gjaldt tvangsadopsjons av klagerens datter, og det ble konstatert krenkelse av artikkel 8. For det andre finnes det sammendrag av en sak mot Polen, der det ble konstatert flere krenkelser, blant annet av artikkel 3. Saken gjaldt polske myndigheters behandling av flere tsjetsjenske familier ved den polske grensen og den videre håndteringen av asylsøknadene familiene dels faktisk innga og dels forsøkte å inngi. For det tredje finnes det sammendrag av en sak mot Tyskland der domfellelse etter politiprovokasjon ble ansett å utgjøre en krenkelse av artikkel. Til sist finnes det sammendrag av en sak mot Belgia, der EMD kom til at det forelå krenkelse av Konvensjonen artikkel 13 om retten til et effektivt rettsmiddel og Protokoll 1 artikkel 3 om rett til frie valg. Spørsmålet i saken var om det faktum at parlamentet selv skal vurdere innsigelser mot valgresultatet i et parlamentsvalg oppfylte kravene til upartiskhet og uavhengighet, og i tillegg om denne prosessen utgjorde en effektiv prøvingsrett.

## M.L. v. Norway

---

**INSTANS:** Menneskerettsdomstolen – Domstol (femte seksjon) - Dom

**TITTEL:** M.L. v. Norway

**AVSIGELSESDATO:** 22/12/2020

**SAKSNR.:** 64639/16

**VIKTIGHETSNIVÅ:** 3

**KLAGER:** M.L.

**INNKLAGET:** Norge

**INTERNETTPUBLISERING:** <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207017>

**KONKLUSJON:** Krenkelse av artikkel 8 – Retten til respekt for privatliv og familieliv (Artikkel 8-1 – Respekt for familieliv)

**VOTUM:** Ikke separat votum

**ARTIKLER:**

8

8-1

**STIKKORD:**

(Art. 8) Right to respect for private and family life

(Art. 8-1) Respect for family life

/

(Art. 8) Rett til respekt for privatliv og familieliv

(Art. 8-1) Respekt for familieliv

## RETTSPRAKSIS:

### Saken omhandler

Saken gjaldt spørsmålet om klagerens rett til respekt for sitt familieliv etter artikkel 8 var krenket ved at hun ble fratatt foreldreansvaret for sin datter, og ved at det ble gitt samtykke til at datteren ble adoptert.

### Fakta

Klageren er en norsk kvinne født i 1975.

I 2010 ble klageren gravid med barnet saken gjelder. En jordmor som behandlet klageren under svangerskapet, sendte i desember samme år inn en bekymringsmelding til barneverntjenesten. Av meldingen fremgikk blant annet at klageren hadde en sønn fra før, som bodde med sin far, og at klageren hadde fått behandling for postnatal depresjon etter at gutten ble ødt. Gjennom jordmorens bekymringsmelding og videre kontakt med klagerens fastlege ble barneverntjenesten også kjent med øvrige psykiske utfordringer klageren hadde hatt.

I april 2011 ble klagerens datter født. Barneverntjenesten informerte da klageren om at det ville bli fattet et akuttvedtak om plassering av jenta med mindre moren samtykket til et opphold på et barne- og familiesenter der klagerens omsorgsevne kunne bli kartlagt. Klageren samtykket til oppholdet. Under oppholdet på senteret uttrykte de ansatte at det var utfordrende å samarbeide med klageren, og at de opplevde henne som paranoid. Klageren ble beskrevet å ha betydelige utfordringer med å ta være på datteren sin, blant annet hva gjaldt hygiene, omsorg og sikkerhet. Det ble også beskrevet å være lite samspill mellom mor og datter. Klageren ble videre beskrevet som hjelpeløs og uforutsigbar, og ifølge de ansatte evnet hun ikke å beskytte datteren sin mot sitt eget sinne og aggresjon.

På bakgrunn av de ansattes beskrivelser konkluderte barneverntjenesten etter om lag én ukes opphold på senteret at hjelpetiltakene ikke hadde vært vellykkede, og at det var nødvendig å fatte et akuttvedtak. Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker godtok ved foreleggelse vedtaket.

Senere samme måned klagde klageren til fylkesnemnda over akuttvedtaket. Etter å ha hørt saken besluttet fylkesnemnda i mai 2011 å opprettholde akuttvedtaket i det den fant at det hadde vært en risiko for at barnet ville blitt vesentlig skadelidende dersom det hadde flyttet hjem med moren. Fylkesnemnda viste i den forbindelse blant annet til erfaringene fra

oppholdet på senteret, og til hvor viktig denne fasen var for jentas videre utvikling. Etter nemndas syn var vilkårene for å fatte et akuttvedtak oppfylt både da barneverntjenesten fattet vedtaket og på tidspunktet for nemndas egen avgjørelse. Nemnda opprettholdt også det den selv beskrev som en restriktiv samværsordning, hvorefter klageren skulle få ha kontakt med datteren sin én gang hver tredje uke. Nemnda besluttet i tillegg at klageren ikke skulle ha rett til å vite hvor barnet var.

I mai 2011 begjærte barneverntjenesten omsorgen overtatt for barnet. Etter å ha hørt saken i september samme år besluttet fylkesnemnda at omsorgen skulle overtas, og at jenta skulle plasseres i fosterhjem. Alle nemndsmedlemmene fant at klagerens praktiske omsorg var tilstrekkelig, men et flertall mente at klagerens emosjonelle omsorgsevner ikke var gode nok, og at hjelpetiltak heller ikke kunne avhjelpe klagerens utfordringer. Flertallet uttalte også at det etter deres syn trolig ville være tale om en langvarig plassering. Klageren ble gitt adgang til samvær fire ganger årlig, med en varighet på to timer per samvær.

Klageren brakte deretter fylkesnemndas vedtak inn for tingretten til rettslig overprøving. Ved tingrettens dom i januar 2012 ble fylkesnemndas vedtak i det vesentlige opprettholdt, likevel slik at varighetene på samværene i 2012 ble redusert til én time per samvær. Klageren anket over tingrettens dom til lagmannsretten, som ikke gav samtykke til at anken ble fremmet. Klageren anket forjeves til Høyesterett over lagmannsrettens ankenektelse.

I oktober 2012 krevde klageren at vedtaket om omsorgsovertakelse skulle oppheves og datteren tilbakeføres, men fylkesnemnda fattet i april 2013 vedtak der omsorgsovertakelsen ble opprettholdt. Samværet forble også uendret.

Klageren brakte også dette vedtaket inn for tingretten til rettslig overprøving. Ved tingrettens dom i juli 2014 ble fylkesnemndas vedtak opprettholdt, med vesentlig samme begrunnelse. I tilknytning til spørsmålet om samvær uttalte tingretten at fordi plasseringen var langvarig så var formålet ikke å bygge en relasjon mellom klageren og datteren som kunne legge til rette for gjenforening.

I mai 2015 begjærte barneverntjenesten klagerens foreldreansvar fratatt med sikte på å få fylkesnemndas samtykke til at fosterforeldrene kunne adoptere jenta. Etter å ha hørt saken konkluderte nemnda med at klageren skulle fratras foreldreansvaret, og det ble gitt samtykke til at jenta ble adoptert av fosterforeldrene. Nemnda viste i den forbindelse til at jenta, som nå var fire år gammel, hadde bodd med fosterforeldrene siden hun var ni dager gammel. Nemnda viste også til at jenta hadde all sin tilknytning til fosterforeldrene, samt at hun etter nemndas syn var særlig sårbar. Etter nemndas syn ville det også medføre alvorlige konsekvenser for jenta dersom hun skulle bli flyttet fra fosterhjemmet. Nemnda mente videre at det ikke var skjedd som noen endringer etter tingrettens dom i juli 2014 da klagerens

omsorgsevner ble ansett utilstrekkelige, og at det samlet sett ville være til barnets beste å bli adoptert.

Klageren brakte igjen fylkesnemndas vedtak inn for tingretten til rettslig overprøving. Ved dom av desember 2015 ble fylkesnemnds vedtak opprettholdt, med langt på vei samme begrunnelse. Tingretten fant, som fylkesnemnda, at klageren var ute av stand til å gi datteren forsvarlig omsorg, samt at det kunne føre til alvorlige problemer for barnet om det ble flyttet fra fosterhjemmet. Adopsjon ble også av tingretten ansett å være til barnets beste. Tingretten viste under barnets beste-vurderingen blant annet til at jenta oppfattet fosterforeldrene som sine egne foreldre, og at hun hadde en god relasjon til sine fosterbrødre. Det ble også vist til at klageren ikke virket å akseptere at hun aldri ville være i stand til å ha omsorgen for datteren, og at det derfor var grunn til å tro at det kunne bli mange tilbakeføringskrav dersom jenta ikke ble adoptert. Tingretten uttalte at det biologiske prinsipp måtte tillegges betydelig vekt, men viste samtidig til at relasjonen mellom klageren og datteren var svak. Fosterforeldrene hadde ikke samtykket til besøkskontakt etter adopsjon, men tingretten uttalte at den la til grunn at fosterforeldrene ville muliggjøre kontakt med moren dersom jenta senere ønsket det.

Klageren anket over tingrettens dom til lagmannsretten, men lagmannsretten ga ikke samtykke til at anken ble fremmet. Klageren anket forgjeves til Høyesterett over lagmannsrettens ankenektelse.

Klageren innga klage til Domstolen i oktober 2016.

## Anførsler

Klageren anførte at avgjørelsen om frata henne foreldreansvaret for datteren og om å gi samtykke til at datteren ble adoptert av fosterforeldrene utgjorde en krenkelse av klagerens rett til respekt for familieliv etter artikkel 8. Hun mente at nasjonale myndigheter aldri hadde utredet og vurdert realistiske alternativer til adopsjon. Myndighetene hadde ikke tatt hensyn til at adopsjon er en meget inngripende løsning.

Staten imøtegikk klagerens anførsler.

Staten var enig i at adopsjonsvedtaket var et inngrep i morens rett til familieliv, men at dette inngrepet var hjemlet i annet ledd i artikkel 8. Det var i samsvar med lov og forfulgte et legitimt formål, det var nødvendig i et demokratisk samfunn og var proporsjonalt. Staten sluttet seg til de generelle prinsippene som er uttrykt i *Strand Lobben* [no. 37283/13]<sup>1</sup>, men hevdet at hensynene til barnets beste bør utvikles videre av Domstolen. Særlig bør Domstolen vurdere hvordan man skal forene statens positive plikt til å legge til rette for familiegjening med statens plikt til å forhindre at barnet skades av foreldrene. Staten hevdet videre at den avveiningen mellom konflikterende interesser som Domstolen la til grunn i *Strand Lobben* ikke

hadde tatt tilstrekkelig høyde for at barnets beste er den overordnede verdi, noe som følger av statens plikter i henhold til FN's Barnekonvensjon.

I det konkrete tilfellet som saken angikk, hevdet Staten at man nettopp sto overfor «svært spesielle omstendigheter», slik Domstolen har etablert som et kriterium for å bryte familiebåndene med moren. Endelig fremholdt Staten at avgjørelsene hele veien hadde blitt truffet basert på trygge faglige vurderinger.

## Domstolens vurdering

Domstolen slo kort fast at det ikke forelå noen forhold som tilsa at saken skulle avvises, og gikk derfor raskt over til sakens materielle spørsmål.

Domstolen poengterte innledningsvis at det var avgjørelsen om å frata klageren foreldreansvaret og om å gi samtykke til adopsjon som var gjenstand for klagen. Dette innebar at de tidligere prosessene, om omsorgsovertakelsen og om klagerens tilbakeføringskrav, ikke var en del av klagen. Domstolen tydeliggjorde samtidig at den like fullt kunne ta hensyn til forhold fra denne perioden i den grad klageren mente at disse prosessene hadde forhåndsbestemt eller hang tett sammen med utfallet av adopsjonsavgjørelsen.

Domstolen viste til at partene var enige om at fratakelsen av foreldreansvaret og samtykket til adopsjon utgjorde et inngrep i familielivet etter artikkel 8. Partene var også enige om at inngrepet var i samsvar med nasjonal lovgivning og at det forfulgte et legitimt formål i form av å beskytte datterens helse eller moral og hennes rettigheter. Det gjenstod dermed for Domstolen å avgjøre om inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn.

Domstolen redegjorde først for de generelle prinsippene av betydning for saken.

Domstolen pekte på at disse prinsippene var veletablerte i Domstolens egen praksis. Domstolen viste til at prinsippene var grundig gjennomgått i *Strand Lobben*-avgjørelsen [no. 37283/13], samt at de samme prinsippene hadde blitt gjentatt og anvendt i flere avgjørelser etter *Strand Lobben*, som *K.O. and V.M. v. Norway*, 64808/16, §§ 59-60, *A.S. v. Norway*, 60371/15, §§ 59-61, *Pedersen and Others v. Norway*, 39710/15, § 60-62, og *Hernehult v. Norway*, 14652/16, § 61-63.

Domstolen viste blant annet til at det er bred enighet, også i folkeretten, om at barnets beste er av overordnet («paramount») betydning i avgjørelser som angår et barns familieliv. Domstolen viste også til at den har uttalt at barnets beste må komme foran alle andre betraktninger i saker som gjelder omsorg for barn og kontaktrestriksjoner, jf. *Strand Lobben*, § 204.

---

Domstolen gjentok også at hensynet til familieenhet og til gjenforening er iboende hensyn i retten til respekt for familieliv etter artikkel 8. I tråd med dette hviler det en positiv plikt på staten til å iverksette tiltak for å legge til rette for familiegjenforening så snart det rimelig lar seg gjøre. I tillegg kreves det at alle tiltak i tilknytning til omsorgsovertakelsen bør være forenelige med den endelige målsetningen om at barn og foreldre skal gjenforenes. Domstolen viste også til at statens positive plikt til å iverksette tiltak med sikte på gjenforening blir sterkere med tiden, likevel slik at denne plikten alltid må avveies mot plikten til å ta hensyn til barnets beste. Relasjonen mellom familiemedlemmene – og utsiktene til gjenforening – blir uunngåelig svekket dersom det finnes hindre for enkel og regelmessig kontakt og samvær mellom barn og foreldre. Det er derfor viktig at samværsordningen, uten at den utsetter barnet for urimelig belastning, støtter gjenforeningsmålsetningen frem til myndighetene – etter en grundig vurdering hvor man også tar hensyn til statens positive plikt til å arbeide for gjenforening – er rettfærdiggjort i å konkludere med at gjenforening ikke lenger er forenelig med barnets beste. Domstolen viste også til *K.O. og V.M.-avgjørelsen*, og uttalelsen der om at det normalt ikke kan forventes at gjenforeningsmålsetningen støttes tilstrekkelig dersom det går uker, eller til og med måneder, mellom hvert samvær.

Domstolen viste videre til at der hensynet til barnet og foreldrene kommer i konflikt, så kreves det etter artikkel 8 at myndighetene treffer en rimelig balanse mellom disse. I denne balanseringsprosessen må det legges særlig vekt på barnets interesser og barnets beste, som etter omstendighetene kan overstyre foreldrenes interesser. I tillegg kan familieband bare helt unntaksvis («very exceptional circumstances») brytes.

Domstolen uttalte at statens skjønnsmargin vil variere ut ifra sakens art og hvor sentrale interesser saken reiser spørsmål om. Domstolen gjentok uttalelser fra tidligere saker om at statene nyter en større skjønnsmargin ved vurderingen av om det er nødvendig å overta omsorgen for et barn, mens EMDs prøvingsintensitet er strengere der det er tale om andre begrensninger utover omsorgsovertakelse som på effektivt vis hindrer samvær. Dette skyldes at slike ytterligere begrensninger innebærer en fare for at familierelasjonene mellom foreldrene og et ungt barn hindres på effektivt vis.

Domstolen gikk deretter over til å vurdere den konkrete saken opp mot disse generelle utgangspunktene.

Domstolen så først på beslutningsprosessen frem mot avgjørelsen fra Høyesteretts ankeutvalg som innebar at fratakelsen av foreldreansvaret og samtykket til adopsjon ble endelig. Domstolen pekte i denne forbindelse blant annet på klagerens muligheter til å fremføre sin sak og til å føre vitner, at det hadde vært sakkyndighet under på både behandlingen for fylkesnemnda og tingretten samt på klagerens muligheter til overprøving av avgjørelsene. Etter Domstolens syn var den nasjonale behandlingen av spørsmålet grundig, og prosessen gav klageren den nødvendige beskyttelsen av interessene sine. Domstolen uttalte også at den

var overbevist om at de nasjonale myndighetene hadde foretatt en inngående vurdering av de forhold som var relevante for saken.

Etter dette gikk Domstolen over til å vurdere om begrunnelsen de nasjonale myndighetene hadde gitt for tiltakene var relevant og tilstrekkelig.

Domstolen viste i denne forbindelse igjen til at klagen kun rettet seg mot adopsjonsprosessen, men at den, slik det ble slått fast i *Strand Lobben*-avgjørelsen, må plassere denne prosessen i sin rette kontekst. Dette innebærer at Domstolen likevel i en viss grad må ta hensyn til de tidligere prosessene og avgjørelsene. Domstolen viste til at vurderingen av om begrunnelsen er tilstrekkelig må vurderes i lys av saken i sin helhet. Domstolen viste videre til at det var tingrettens avgjørelse av adopsjonsspørsmålet som ble den siste avgjørelsen hvor spørsmålet ble fullt ut prøvd, og uttalte at den derfor ville ta utgangspunkt i denne avgjørelsen.

Domstolen gjennomgikk deretter tingrettens begrunnelse for at mor ble ansett varig ute av stand til å gi datteren tilstrekkelig omsorg, vurderingen av datterens tilknytning til fosterhjemmet, samt tingrettens vurdering av spørsmålet om adopsjon ville være til barnets beste. Domstolen pekte blant annet på at tingretten hadde funnet at mangler ved klagerens kognitive funksjon, sammen med andre svakheter i omsorgsevnen, gjorde det sannsynlig at mor var varig ute av stand til å gi datteren forsvarlig omsorg. Tingretten hadde også funnet at datteren, på grunn av tilknytningen til fosterhjemmet, kunne få alvorlige problemer dersom hun ble tilbakeført til mor. Hva gjaldt barnets beste hadde tingretten funnet at jenta hadde et sterkt behov for at omsorgssituasjonen ble avklart. Tingretten hadde vist til at jenta var sensitiv og sårbar, og at hun hadde fått sterke reaksjoner etter samvær med mor. Tingretten hadde også lagt vekt på at klageren ikke virket å akseptere at hun ikke ville få tilbake omsorgen for datteren sin. I forlengelsen av dette hadde tingretten også uttalt at det var grunn til å tro at klageren ville sette i gang ytterligere rettsprosesser om tilbakeføring og samværsmengde dersom adopsjon ikke skjedde nå. Tingretten hadde i sin avgjørelse lagt vekt på det biologiske prinsippet, men samtidig funnet at relasjonen mellom klageren og datteren var svært begrenset.

Etter Domstolens syn var denne begrunnelsen relevant, og Domstolen gikk derfor over til å vurdere om den også var tilstrekkelig.

Domstolen pekte først på at den tradisjonelt har avstått fra å forsøke å løse opp alle motstridende hensyn som ligger iboende i spørsmålet om det er adopsjon eller langvarig fosterhjemsplassing som er til barnets beste i den enkelte sak. Domstolen uttalte at den ikke så grunn til å vurdere dette annerledes i saken her. Domstolen fant likevel grunn til å understreke at adopsjon innebærer et brudd på familiebandene som etter Domstolens egen praksis kun kan tillates helt unntaksvis («very exceptional circumstances»). Dette skyldes at det ligger i adopsjonsvedtakets natur at det ikke finnes noen reelle utsikter til gjenforening,

og at det i stedet er til barnets beste å bli en permanent del av en ny familie. Dette er også grunnen til at det kreves en strengere prøvingsintensitet («stricter scrutiny») når Domstolen vurderer avgjørelser om adopsjon.

Domstolen foretok deretter den konkrete vurderingen av om begrunnelsen var tilstrekkelig. Den uttalte først at den ikke hadde noe grunnlag for å betvile tingrettens vurdering om at jenta var særlig sårbar eller vurderingen om at hun hadde funnet seg til rette i fosterhjemmet. Domstolen påpekte likevel at tingretten ikke hadde gitt noen som helst indikasjon på at disse forholdene var så eksepsjonelle at de kunne begrunne det fullstendige bruddet på familiebåndene som adopsjonen innebar.

Domstolen viste også til tingrettens vurdering av det biologiske prinsippet og uttalelsene om at relasjonen mellom klageren og datteren var svak. Domstolen viste i denne forbindelse til at jenta kun var ni dager da hun ble flyttet fra moren, og at det hadde vært meget omfattende samværsrestriksjoner mens datteren var i fosterhjem. Etter Domstolens syn hadde klageren og datteren derfor aldri fått muligheten til å utvikle noen reell tilknytning. Domstolen pekte i denne forbindelse særlig på at fylkesnemnda i forbindelse med omsorgsovertakelsen hadde fastsatt samværet til fire timer årlig, med en varighet på kun to timer per samvær. Dette samværet hadde i tillegg blitt ytterligere redusert etter at saken ble behandlet av tingretten. Både fylkesnemnda og tingretten hadde basert vurderingen på at det trolig var tale om en langvarig plassering.

Domstolen uttalte også at det slik den så det ikke var noen indikasjoner på at myndighetene hadde gjort noen revurdering av de meget omfattende restriksjonene mens jenta var i fosterhjemmet. Domstolen viste til at da klageren tok skritt for å få samværsordningen vurdert på nytt, hadde fylkesnemnda og tingretten igjen basert vurderingen på en antakelse om at det var tale om en langvarig plassering. Etter Domstolens syn var det heller ikke indikasjoner på at myndighetene hadde foretatt seg noe annet for å hindre en permanent fremmedgjøring av mor og datter fra hverandre. Domstolen gjentok deretter at myndighetene, etter en grundig vurdering hvor det også tas hensyn til den positive plikten for å legge til rette for tilbakeføring, kan være rettfærdiggjort i å konkludere med at gjenforeningsmålsetningen ikke lenger er til barnets beste. Slik Domstolen så det var gjenforeningsmålsetningen imidlertid nærmest forlatt allerede ved fylkesnemndas vedtak om omsorgsovertakelse i 2011. Det begrensede samværet, som etter Domstolens syn virket å være en ren følge av at fylkesnemnda antok at plasseringen ville bli langvarig, og mangelen på positive tiltak fra myndighetene for øvrig, hadde etter Domstolens syn gjort det umulig for klageren og datteren å utvikle en meningsfull relasjon.

Domstolen uttalte videre at den også hadde reservasjoner hva gjaldt tingrettens uttalelser om at klageren trolig ville komme til å benytte seg av rettsmidler for å få revurdert spørsmålet om tilbakeføring og samvær i fremtiden, særlig gitt de restriksjonene som hadde fantes så langt.

Domstolen uttalte at det kan finnes tilfeller der en forelders bruk av slike rettsprosesser kan skade barnet og derfor være et relevant hensyn, men viste samtidig til Strand Lobben-avgjørelsen og uttalte at foreldres bruk av rettsmidler ikke automatisk kan være et argument for adopsjon. Domstolen viste i forlengelsen av dette til at foreldres prosessuelle rettigheter, som retten til å ha tilgang til rettsmidler for å få vurdert spørsmål om tilbakeføring eller samværsrestriksjoner, er en sentral del av retten til respekt for familieliv etter artikkel 8.

Domstolen uttalte deretter at adopsjonsavgjørelsen bygget på en vurdering av barnets beste fremover der det var det faktum *at* relasjonen mellom mor og datter var svak – og ikke *hvorfor* relasjonen var svak – som dannet grunnlaget for fratakelsen av foreldreansvaret og samtykket til adopsjon. Domstolen viste til Høyesteretts uttalelser i HR-2020-661-S om at spørsmålet i en slik situasjon, der det ikke er fremmet noe krav om tilbakeføring, altså er om adopsjon skal tre i stedet for fortsatt fosterhjemsplassing.

I forlengelsen av dette uttalte Domstolen at den ikke hadde noe grunnlag for å tvile på den generelle observasjonen om at en svak relasjon ofte vil medføre at de negative faktiske og følelsesmessige konsekvensene av en adopsjon blir mindre omfattende, både for barnet selv og for foreldrene. Domstolen mente samtidig at det begrensede samværet og det totale fraværet av andre tiltak som kunne forhindre risikoen for at familien ble brutt opp, medførte at de nasjonale myndighetene ikke kunne basere adopsjonsvedtaket i saken her på det faktum at relasjonen mellom mor og datter var svak.

Avslutningsvis uttalte Domstolen at den var bevisst på at dens egen tilnærming, om å vurdere saken i sin kontekst og helhet og i retrospekt, kan skille seg klart fra tilnærmingen til barneverntjenesten og domstolene. Disse er i stedet nødt til å vurdere hva man skal gjøre med barnet og familiesituasjonen der og da, og da ofte med fokus på hvordan situasjonen vil bli fremover. Domstolen viste til at dette skillet i tilnærming er en konsekvens av de ulike rollene; Domstolens oppgave er å vurdere, innenfor rammene av den klagen som er inngitt, om staten har overholdt forpliktelsene sine etter EMK. Domstolen uttalte at den på denne bakgrunn var helt enig i Høyesteretts uttalelser i HR-2020-661-S, om at det er av avgjørende betydning at barneverntjenesten, fylkesnemnda og deretter domstolene allerede fra første stund tar alle forhold som etter artikkel 8 er relevante i betraktning, slik at man unngår feil og forsømmelser som ikke lett kan repareres på et senere tidspunkt.

På bakgrunn av de forhold den tidligere hadde gjennomgått, konkluderte Domstolen med at det i prosessen som ledet frem til fratakelsen av klagerens foreldreansvar og samtykket til datterens adopsjon ikke ble lagt tilstrekkelig vekt på målsetningen om at en omsorgsovertakelse skal være midlertidig og at en familie skal gjenforenes. Domstolen konkluderte også med at det i samme prosess heller ikke ble tatt tilstrekkelig hensyn til statens positive plikt til så langt det med rimelighet lar seg gjøre å bevare familiebandene. Domstolen

konkluderte på denne bakgrunn med at det forelå en krenkelse av klagerens rett til familieliv etter artikkel 8.

Klageren ble tilkjent 25 000 euro som erstatning for ikke-økonomisk skade.

## M.K. and others v. Poland

---

**INSTANS:** Menneskerettsdomstolen – Domstol (første seksjon) - Dom

**TITTEL:** M.K. AND OTHERS v. POLAND

**AVSIGELSESDATO:** 23/07/2020

**SAKSNR.:** 40503/17, 42902/17, 43643/17

**VIKTIGHETSNIVÅ:** 1

**KLAGER:** M.K. med flere

**INNKLAGET:** Polen

**INTERNETTPUBLISERING:** <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203840>

**KONKLUSJON:**

Krenkelse av artikkel 3 – Forbud mot tortur (Artikkel 3 – Nedverdiggende behandling

Umenneskelig behandling

Tortur

Utvisning) (Materielle aspekt)

Krenkelse av artikkel 13+3 – Retten til et effektivt rettsmiddel (Artikkel 13 – effektivt rettsmiddel) (Artikkel 3 – Forbud mot tortur

Nedverdiggende behandling

Umenneskelig behandling

Tortur

Utvisning)

Krenkelse av artikkel 34 – Individklager (Artikkel 34 – Hindre utøvelsen av retten til individklage)

Krenkelse av tilleggsprotokoll 4 artikkel 4 – Forbud mot kollektiv utvisning av utlendinger-  
{generell} (Tilleggsprotokoll 4 artikkel 4 – Forbud mot kollektiv utvisning av utlendinger)

Erstatning for ikke-økonomisk skade – tilkjent (Artikkel 41 – Ikke-økonomisk skade

Rimelig erstatning

**VOTUM:** Dissens

**ARTIKLER:**

3

13

13+3

34

41

P4-4

**STIKKORD:**

(Art. 3) Prohibition of torture

(Art. 3) Degrading treatment

(Art. 3) Expulsion

(Art. 3) Inhuman treatment

(Art. 3) Torture  
(Art. 13) Right to an effective remedy  
(Art. 13) Effective remedy  
(Art. 34) Individual applications  
(Art. 34) Hinder the exercise of the right of application  
(Art. 41) Just satisfaction-{general}  
(Art. 41) Just satisfaction  
(Art. 41) Non-pecuniary damage  
(P4-4) Prohibition of collective expulsion of aliens-{general}  
(P4-4) Prohibition of collective expulsion of aliens

/

(Art. 3) Forbud mot tortur  
(Art. 3) Nedverdiggende behandling  
(Art. 3) Utvisning  
(Art. 3) Umenneskelig behandling  
(Art. 3) Tortur  
(Art. 13) Retten til et effektivt rettsmiddel  
(Art. 13) Effektivt rettsmiddel  
(Art. 34) Individklager  
(Art. 34) Hindre utøvelsen av retten til individklage  
(Art. 41) Rimelig erstatning-{generell}  
(Art. 41) Rimelig erstatning  
(Art. 41) Ikke-økonomisk skade  
(P4-4) Forbud mot kollektiv utvisning av utlendinger-{generell}  
(P4-4) Forbud mot kollektiv utvisning av utlendinger

#### **RETTSPRAKSIS:**

A.E.A. v. Greece, no. 39034/12, 15 March 2018  
Abdulkhakov v. Russia, no. 14743/11, § 222, 2 October 2012  
Aleksanyan v. Russia, no. 46468/06, §§ 228-32, 22 December 2008  
Al-Skeini and Others v. the United Kingdom [GC], no. 55721/07, §§ 133-37, ECHR 2011  
Amirov v. Russia, no. 51857/13, 27 November 2014  
Assanidze v. Georgia [GC], no. 71503/01, § 139, ECHR 2004-II  
Assenov and Others v. Bulgaria, 28 October 1998, § 93, Reports of Judgments and Decisions 1998 VIII  
Banković and Others v. Belgium and Others (dec.) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001 XII  
Bati and Others v. Turkey, nos. 33097/96 and 57834/00, § 136, ECHR 2004 IV (extracts)  
Chahal v. the United Kingdom, 15 November 1996, § 79, Reports 1996 V  
Čonka v. Belgium, no. 51564/99, ECHR 2002 I  
Drozd and Janousek v. France and Spain, 26 June 1992, § 91, Series A no. 240  
El Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia [GC], no. 39630/09, § 163, ECHR 2012  
F.G. v. Sweden [GC], no. 43611/11, ECHR 2016  
Gebremedhin [Gaberamadhien] v. France, no. 25389/05, ECHR 2007 II  
Georgia v. Russia (I) [GC], no. 13255/07, §§ 167-171, ECHR 2014 (extracts)  
Hassan v. the United Kingdom [GC], no. 29750/09, § 74, ECHR 2014  
Hirsi Jamaa and Others v. Italy [GC], no. 27765/09, ECHR 2012  
Ilașcu and Others v. Moldova and Russia [GC], no. 48787/99, §§ 311-14, ECHR 2004 VII  
Ilias and Ahmed v. Hungary [GC], no. 47287/15, § 124, 21 November 2019

Iulian Popescu v. Romania, no. 24999/04, § 33, 4 June 2013  
Jabari v. Turkey, no. 40035/98, § 50, ECHR 2000 VIII  
Khlaifia and Others v. Italy [GC], no. 16483/12, 15 December 2016  
Kudła v. Poland [GC], no. 30210/96, § 157, ECHR 2000 XI  
Labita v. Italy [GC], no. 26772/95, § 119, ECHR 2000 IV  
M.A. v. Cyprus, no. 41872/10, ECHR 2013 (extracts)  
M.A. and Others v. Lithuania, no. 59793/17, 11 December 2018  
M.N. and Others v. Belgium (dec.) [GC], no. 3599/18, §§ 102-109 and 120, 5 March 2020  
M.S.S. v. Belgium and Greece [GC], no. 30696/09, ECHR 2011  
Mamatkulov and Askarov v. Turkey [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-I  
Müslim v. Turkey, no. 53566/99, §§ 72-76, 26 April 2005  
N.D. and N.T. v. Spain [GC], nos. 8675/15 and 8697/15, 13 February 2020  
Paladi v. Moldova [GC], no. 39806/05, §§ 88-92, 10 March 2009  
Saadi v. Italy [GC], no. 37201/06, ECHR 2008  
Selmouni v. France [GC], no. 25803/94, § 95, ECHR 1999 V  
Shamayev and Others v. Georgia and Russia, no. 36378/02, § 448, ECHR 2005 III  
Sharifi and Others v. Italy and Greece, no. 16643/09, 21 October 2014  
Soering v. the United Kingdom, 7 July 1989, § 88, Series A no. 161  
Sultani v. France, no. 45223/05, §§ 81-84, ECHR 2007 IV (extracts)  
T.I. v. the United Kingdom (dec.), no. 43844/98, ECHR 2000 III  
Tanrikulu v. Turkey [GC], no. 23763/94, § 131, ECHR 1999-IV  
Üner v. the Netherlands [GC], no. 46410/99, § 54, ECHR 2006 XII  
Vilvarajah and Others v. the United Kingdom, 30 October 1991, § 108, Series A no. 215

## Saken

## omhandler

Saken gjelder spørsmålet om hvorvidt polske myndigheters behandling av flere tsjetsjenske familier ved den polske grensen og den videre håndteringen av asylsøknadene familiene dels faktisk innga og dels forsøkte å inngi, utgjorde en krenkelse av artikkel 3, Tilleggsprotokoll 4 artikkel 4, artikkel 13 eller artikkel 34.

## Fakta

Saken stammer fra tre separate klager inngitt i juni 2017. Klagerne er totalt 13 russiske statsborgere.

Klageren i sak 40503/17 er herr M.K. I perioden mellom juli 2016 og juni 2017 dro M.K. til den polsk-hviterussiske grenseovergangen ved Terespol omtrent 30 ganger. Han hevdet at han hver gang han oppsøkte grenseovergangen eksplisitt uttrykte sitt ønske om å inngi en søknad om internasjonale beskyttelse, samt at han ved flere anledninger fremla søknaden i skriftlig form. M.K. hevdet også at han ved én anledning i denne perioden ble nektet å møte advokaten sin som var til stede ved grenseovergangen.

I følge M.K. hadde han under samtaler med grensevaktene forklart at han fryktet for sin egen sikkerhet. M.K. hadde fortalt at han opprinnelig var fra Tsjetsjenia, og at han flere ganger

hadde blitt anholdt uten at det var grunnlag for det. M.K. viste videre til at han ved en anledning var blitt torturert og fremla dokumentasjonen som bekreftet dette, samt at han hadde utviklet posttraumatisk stresslidelse (PTSD) som følge av dette. M.K. gav uttrykk for at han ikke kunne forbli i Hviterusland siden visumet hans var utløpt, og at han heller ikke kunne søke om internasjonal beskyttelse der. Grensevaktene avviste like fullt M.K., og sendte ham dermed tilbake til Hviterusland.

Hver gang M.K. oppsøkte grenseovergangen ble det fattet administrative avgjørelser om å sende han vekk fra den polske grensen. Avgjørelsene ble begrunnet med at M.K. ikke hadde dokumenter som ga han adgang til Polen, og at han ikke hadde hevdet at han ville bli utsatt for forfølgelse i sitt hjemland, men at han heller ønsket å emigrere av økonomiske eller personlige grunner.

Ved minst én anledning anket M.K. over de administrative avgjørelsene. Avgjørelsen ble imidlertid stadfestet av sjefen for Den Nasjonale Grensevakten. M.K. anket videre over stadfestingsavgjørelsen, men anken var ikke avgjort av forvaltningsdomstolen i Warszawa da Domstolen avsa avgjørelse i saken.

Da M.K. oppsøkte grenseovergangen i juni 2017 innga hans advokat – sammen med en alminnelig klage – en forespørsel til Domstolen etter artikkel 39 om midlertidige tiltak i Domstolens reglement («Rules of Court»). I forespørselen ble det vist til at det ikke var noen reell mulighet for M.K. til å få internasjonal beskyttelse i Hviterusland, og at han derfor løp en risiko for å bli utvist til Tsjetsjenia hvor han risikerte tortur eller andre former for umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

Samme dag besluttet vakthavende dommer («duty judge») i Domstolen å anvende artikkel 39 i Domstolens reglement. Det ble derfor indikert overfor Polen at M.K. ikke skulle returneres til Hviterusland de neste femten dagene. Polske myndigheter ble orientert om det midlertidige tiltaket, men M.K. ble like fullt returnert til Hviterusland samme dag. M.K. anket forgjeves over avgjørelsen til sjefen for Den Nasjonale Grensevakten. M.K. anket videre over også denne avgjørelsen, men heller ikke denne anken var avgjort av forvaltningsdomstolen i Warszawa da Domstolen avsa avgjørelse.

Da M.K. oppsøkte grenseovergangen på nytt få dager senere forsøkte polske myndigheter å få det midlertidige tiltaket løftet. Polen hevdet at M.K. aldri hadde inngitt noen søknad om internasjonal beskyttelse, at grensevaktene aldri hadde sluppet han inn på polsk territorium slik at han rettslig sett aldri egentlig hadde vært i Polen og dermed ikke kunne returneres derfra, samt at klageren misbrakte det midlertidige tiltaket til å legge press på grensevaktene til å slippe han inn.

Det midlertidige tiltaket ble imidlertid videreført av Domstolen, men denne gangen på

ubestemt tid. Domstolen klargjorde i tillegg at det midlertidige tiltaket var å forstå slik at dersom M.K. oppsøkte en grenseovergang og innga asylsøknad så skulle søknaden videresendes til de kompetente myndighetene og M.K. ikke returneres til Hviterussland mens søknaden ble behandlet og vurdert.

M.K. oppsøkte grenseovergangen ytterligere tre ganger, men han ble avvist hver gang.

På et tidspunkt etter dette forlot M.K. Hviterussland i frykt for å bli deportert. Da Domstolen avsa avgjørelse bodde klageren i Sibir i Russland.

Klagerne i sak 42902/17 er herr og fru M.A., som er gift, samt deres fem mindreårige barn.

I april 2017 oppsøkte familien ved to anledninger den nevnte grenseovergangen ved Terespol. I henhold til familien gav de begge ganger uttrykk for at de ønsket å søke om internasjonal beskyttelse. De informerte grensevaktene om at de var fra Tsjetsjenia, og at de fryktet for egen sikkerhet. Herr M.A. viste til at hans slektninger hadde deltatt i den andre tsjetsjenske krigen, og at han som en konsekvens av dette blant annet hadde blitt torturert. På samme måte som M.K. forklarte familien at de ikke kunne forbli i Hviterussland fordi familiens visa hadde utløpt og fordi det ikke var reelle muligheter til å få internasjonal beskyttelse der. Grensevaktene avviste til tross for dette familien.

Hver gang familien oppsøkte grensen ble det fattet administrative avgjørelser om å sende dem vekk fra den polske grensen, med omtrent samme begrunnelse som for M.K. Familien anket ikke over avgjørelsene.

Samtidig forsøkte familien å få opphold i Litauen. Uenigheten mellom familien og Litauen ble gjenstand for en egen klage til Domstolen, som ble avgjort i desember 2018, se M.A. and Others v. Lithuania, no. 59793/17.

Da familien oppsøkte grenseovergangen til Polen igjen i juni 2017 ble det inngitt en alminnelig klage og en forespørsel om midlertidige tiltak til Domstolen. Forespørselen ble tatt til følge og vakthavende dommer indikerte overfor polske myndigheter at familien ikke skulle returneres i løpet av de neste 14 dagene. Samme klargjøring som etter hvert ble gitt for M.K. ble gitt da de midlertidige tiltakene ble besluttet. Familien ble like fullt avvist og returnert samme dag, til tross for at myndighetene var gjort kjent med de midlertidige tiltakene før familien ble returnert.

Også overfor klagerne i denne saken forsøkte polske myndigheter forgjeves å få løftet de midlertidige tiltakene. Tiltakene ble i stedet forlenget, i første omgang til juli 2017, men senere på ubestemt tid.

Familien oppsøkte grenseovergangen minst tre ganger til mellom august og desember 2017, men de ble avvist hver gang.

Da familien i desember 2017, etter å ha blitt avvist ved grenseovergangen, var på vei til et tog som skulle ta dem tilbake til Hviterussland, falt fru M.A. og skadet seg. Fru M.A., som på tidspunktet var i syvende eller åttende måned av et svangerskap, ble fraktet til et sykehus i Polen.

Som følge av dette ble det inngitt en ny forespørsel etter artikkel 39 i Domstolens reglement, hvor det ble bedt om at 1) fru M.A. ikke ble returnert til Hviterussland, 2) polske myndigheter ikke skulle forhindre at fru M.A. søkte om asyl og 3) fru M.A. og fosteret ble undersøkt av en kompetent lege og ellers fikk best mulig medisinsk behandling.

Vakthavende dommer avsto forespørselen hva gjaldt punkt 3. Hva gjaldt de øvrige punktene ble det vist til de tidligere besluttede midlertidige tiltakene som fortsatt var virksomme.

To dager etter fallet ble fru M.A. uskrevet fra sykehuset. Hun ble deretter returnert til Hviterussland. Fru M.A. anket over avgjørelsen som nektet henne adgang til Polen, men denne anken var ikke behandlet da Domstolen avsa avgjørelse i saken.

I perioden oktober til desember 2017 hadde herr M.A. sine slektninger i Tsjetsjenia mottatt en rekke innkallinger hvor her M.A. ble bedt om å møte for politiet. Disse innkallingene ble i desember 2017 levert til Brest i Hviterussland, der familien på dette tidspunktet bodde. Herr M.A. ble da innkalt av det lokale politiet i Brest og informert om at han og resten av familien måtte forlate landet. Familien dro da til Smolensk i Russland, hvor herr M.A. ble pågrepet av politiet og etter sigende transportert til Grozny i Tsjetsjenia.

Fru M.A. dro etter dette sammen med barna tilbake til Hviterussland for å forsøke atter en gang å søke om internasjonal beskyttelse i Polen. Etter å ha søkt forgjeves én gang ble søknadene i januar 2018 tatt imot av grensevaktene og videresendt til sjefen for Utlendingskontoret. Fru M.A. og barna ble etter dette plassert i et asylmottak.

I mai 2018 informerte familiens advokat Domstolen om at herr M.A. i februar samme år var blitt løslatt i Tsjetsjenia. Ifølge advokaten var herr M.A. ikke kjent med hvor han hadde blitt holdt, men han påstod at personalet i interneringsanlegget hadde slått ham. Herr M.A. la frem bilder som viste alvorlige blåmerker for å underbygge dette. I mars hadde herr M.A. forlatt Tsjetsjenia og dratt til Polen for å søke om internasjonal beskyttelse. Herr M.A. hadde etter dette blitt plassert sammen med resten av familien i asylmottaket.

I mai 2018 forlot familien av egen vilje asylmottaket for å dra til Tyskland. Behandlingen av

søknadene deres i Polen ble etter dette avsluttet. Tyske myndigheter innga i juni 2018 forespørsler om å transportere familien tilbake til Polen, i tråd med EU-forordning 604/2013. Senere samme måned godtok imidlertid sjefen for det tyske Utlendingskontoret å behandle familiens søknader om internasjonal beskyttelse. Familien hadde ikke blitt returnert til Polen fra Tyskland da Domstolen avsa avgjørelse i saken.

Etter søknad fra polske myndigheter hevet presidenten for Domstolens første seksjon i august 2018 de midlertidige tiltakene rettet mot Polen.

Klagerne i sak no. 43643/17 er herr M.K. og fru Z.T., som er gift, samt deres tre mindreårige barn.

Mellom september 2016 og juli 2017 oppsøkte familien den nevnte grenseovergangen ved Terespol totalt 12 ganger. I henhold til familien ga de hver gang uttrykk for at de ønsket å søke om internasjonal beskyttelse. Ved minst én anledning fremla de også søknaden i skriftlig form. Familien hevdet videre at de ved én anledning i denne perioden hadde blitt nektet å møte advokaten sin som var til stede ved grenseovergangen. Familien påstod i tillegg at de hadde informert grensevaktene om at de var fra Tsjetsjenia, og at de fryktet for egen sikkerhet. Herr M.K. fortalte grensevaktene at for ham ukjente personer hadde kidnappet, anholdt og torturert han i Tsjetsjenia.

Familien fortalte også at hadde flyktet først til Polen og deretter videre til Østerrike før de så hadde blitt deportert til Russland. Herr M.K. hadde da gått i skjul, mens fru Z.T. og barna hadde returnert til Tsjetsjenia. I Tsjetsjenia hadde fru Z.T. blitt kidnappet, trakassert, truet, utspurt om mannens anliggender m.m. Klagerne fremla også dokumentasjon på at både herr M.K. og fru Z.T. hadde utviklet posttraumatisk stresslidelse (PTSD) som følge av disse hendelsene.

Familien forklarte også at de ikke kunne forbli i Hviterussland fordi familiens visa hadde utløpt og fordi det ikke var reelle muligheter til å få internasjonal beskyttelse der.

Til tross for dette avviste grensevaktene familien.

Hver gang familien oppsøkte grensen ble det fattet administrative avgjørelser om å sende den vekk fra den polske grensen, med omtrent samme begrunnelse som for klagerne i de andre sakene. Familien anket over minst én av avgjørelsene, men avgjørelsen ble stadfestet av sjefen for Den Nasjonale Grensevakten. Den videre anken over denne avgjørelsen var ikke avgjort av forvaltningsdomstolen i Warszawa da Domstolen avsa avgjørelse i saken.

Da familien oppsøkte grenseovergangen til Polen i juni 2017 ble det inngitt en alminnelig klage og en forespørsel om midlertidige tiltak til Domstolen. Forespørselen ble tatt til følge og vakthavende dommer indikerte overfor polske myndigheter at familien ikke skulle returneres

i løpet av de neste 14 dagene. Familien ble like fullt avvist og returnert samme dag, til tross for at myndighetene var gjort kjent med de midlertidige tiltakene før familien ble returnert.

Polske myndigheter forsøkte kort tid etter å få de midlertidige tiltakene løftet, men tiltakene ble i stedet forlenget, først til juli 2017 og senere på ubestemt tid.

Mellom juni og september 2017 oppsøkte familien grenseovergangen minst syv ganger til, men de ble avvist hver gang. Ved to anledninger anket familien over avgjørelsene om å nekte dem adgang, men ankene var fortsatt ikke behandlet av sjefen for Den Nasjonale Grensevakten da Domstolen avsa avgjørelse i saken.

På et ikke angitt tidspunkt forlot familien Hviterusland, i frykt for å bli deportert. Familien gjorde gjeldende at de forble i skjul i en ikke angitt region for å unngå å bli funnet av tsjetsjenske myndigheter.

## Anførsler

Klagerne anførte for det første at de ved å bli returnert til Hviterusland hadde blitt utsatt for en risiko for tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling i strid med artikkel 3, siden de sannsynligvis ville bli sendt videre fra Hviterusland til Russland og Tsjetsjenia. Videre anførte klagerne at det forelå en krenkelse av retten til et effektivt rettsmiddel etter artikkel 13 og av forbudet mot kollektiv utvisning av utlendinger i Tilleggsprotokoll 4 artikkel 4. Klagerne anførte også at manglende etterlevelse av de midlertidige tiltakene utgjorde en krenkelse av artikkel 34.

Staten imøtegikk klagerne anførsler. Staten anførte samtidig at saken måtte avvises på flere grunner.

## Domstolens vurdering

Domstolen besluttet innledningsvis å forene klagerne til felles behandling, gitt at de etter Domstolens syn gjaldt liknende faktum og reiste identiske spørsmål under Konvensjonen.

Domstolen gikk så over til å vurdere statens anførte avvisningsgrunner, aller først jurisdiksjonsspørsmålet under artikkel 1.

Domstolen viste til at konvensjonspartene etter artikkel 1 skal «sikre» de konvensjonsfestede frihetene og rettighetene innen sitt myndighetsområde. At det er tale om hendelser innenfor en stats myndighetsområde er dermed en nødvendig forutsetning for at stater skal kunne holdes ansvarlige for handlinger eller unnlater som kan gi grunnlag for en påstand om at disse rettighetene eller frihetene er krenket. Under henvisning til tidligere praksis uttalte Domstolen at «myndighetsområde» i artikkel 1's forstand i realiteten er et territorielt konsept, og at det er en presumpsjon for at den jurisdiksjonsutøvelsen som ligger i artikkel 1 normalt

utøves innenfor statens territorium. Domstolen viste til at den i tråd med dette bare i helt eksepsjonelle tilfeller har ansett forholdet for å ligge innenfor en stats myndighetsområde når det er tale om handlinger som har vært utført, eller medført følger, utenfor statens eget territorium. Det ble videre vist til Domstolens praksis og lære om at når en stat, gjennom myndighetspersoner som operer utenfor statens territorium, utøver kontroll og myndighet over et individ, vil dette anses for å være innenfor statens myndighetsområde slik at staten har en plikt til å sikre individets konvensjonsrettigheter.

Domstolen anvendte deretter disse utgangspunktene på den konkrete saken. Domstolen viste til at det var uomstridt at handlingene i saken gjaldt hadde skjedd på jernbanegrenseposten ved Terespol – og ved en anledning – ved grenseposten ved Czeremcha-Połowce. Domstolen viste videre til at begge grensepostene lå ved grensen mot nabostaten og ble betjent av den polske Grensevakten, slik at presumpsjonen nevnt over gjaldt alle handlinger som ble foretatt i forbindelse med at klagerne oppsøkte grenseovergangene. Det ble også vist til saken gjaldt prosedyrene for grensekontroll og for å gi eller nekte klagerne adgang til Polen, samt prosedyrene for å ta klagerens søknader om internasjonal beskyttelse til behandling. Alt dette var prosedyrer som var håndtert utelukkende av polske tjenestemenn og som var regulert av polsk rett og av EU-retten. Etter Domstolens syn var det derfor klart at handlingene klagerne hadde klaget over kunne tilordnes Polen og at kravet til «myndighetsområde» i artikkel 1 var oppfylt.

Domstolen behandlet deretter statens anførsel om at nasjonale rettsmidler ikke var uttømt. Innledningsvis i redegjørelsen for de generelle prinsippene viste Domstolen til at regelen om uttømming av nasjonale rettsmidler bygger på en presumpsjon – som også kommer til uttrykk i artikkel 13, som regelen henger sammen med – om at det fantes et effektivt rettsmiddel tilgjengelig i relasjon til den påståtte krenkelsen. Artikkel 13 garanterer for tilgjengeligheten av et slikt rettsmiddel, på det nasjonale plan. Domstolen uttalte også at rettsmiddel må være effektivt også i praksis, men at effektiviteten av rettsmiddelet ikke er avhengig av at det er sikkerhet for et for klageren positivt utfall. Det er heller ikke et krav om at den nasjonale myndigheten artikkel 13 omtaler må ha rettslig myndighet, men dersom den ikke har det vil hvilken myndighet organet har være relevant for å avgjøre om organet kan anses å være effektivt.

Domstolen viste til at den i tidligere praksis, på grunn av den særlige vekten den har lagt på artikkel 3 og på grunn av den irreversible skaden som kan oppstå dersom en risiko for tortur eller mishandling materialiserer seg, blant annet har uttalt at det kreves en uavhengig og nøye granskning av enhver påstand om at det foreligger grunnlag for å frykte en reell risiko for behandling i strid med artikkel 3, se *Jabari v. Turkey*, no. 40035/98, § 50, ECHR 2000-VIII. Det ble også vist til *Čonka v. Belgium*, no. 51564/99, §§ 81-83, ECHR 2002-I; *Gebremedhin [Gaberamadhien] v. France*, no. 25389/05, ECHR 2007-II) § 66; *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, § 293, ECHR 2011; and *A.E.A. v. Greece*, no. 39034/12, 15 March 2018 § 69, og i den forbindelse uttalt at det også kreves at man skal ha tilgang til et rettsmiddel som

automatisk har oppsettende virkning. Domstolen viste også til at den har kommet til liknende konklusjoner i relasjon til Tilleggsprotokoll 4 artikkel 4. Det ble vist til *Čonka* § 79, og *Hirsi Jamaa and Others* § 199, og uttalelser om at et rettsmiddel mot påståtte krenkelser av denne bestemmelsen ikke møter kravet til effektivitet dersom det ikke har oppsettende virkning, samt at det er et krav for at rettsmiddelet skal være effektivt at det kan forhindre gjennomføringen av tiltak som er i strid med konvensjonen og som kan ha potensielt irreversible virkninger.

Domstolen anvendte så disse utgangspunktene på den konkrete saken. Domstolen viste til at alle klagerne klager, som var knyttet opp til flere bestemmelser i Konvensjonen og i Tilleggsprotokoll 4, gjaldt de samme faktiske forholdene, nemlig at klagerne ble returnert fra den polske grensen og sendt tilbake til Hviterussland uten at det ble satt i gang noen prosess for å behandle asyløknadene deres. Effektiviteten av eventuelle rettsmidler måtte etter Domstolens syn derfor undersøkes med henblikk til gjennomføringen av dette tiltaket – retur uten søknadsbehandling – for alle klagens punkter.

Domstolen viste videre til at klageren hadde muligheten til å anke over den enkelte avgjørelsen om å nekte dem adgang til Polen innen 14 dager fra de ble informert om avgjørelsen. Det var imidlertid ikke bestridt at en slik anke ikke ville ha oppsettende virkning på returprosessen. Det fulgte av dette at klagerne ikke hadde tilgang til en prosedyre hvor det kunne gjøres en uavhengig og grundig vurdering av klagernes personlige forhold før de ble returnert til Hviterussland. Siden klagerne klage i saken gjaldt påstander om at returneringen av dem ville utsette dem for en reell risiko for behandling i strid med artikkel 3 fant Domstolen at det faktisk at en anke over avgjørelsen ikke ville hatt oppsettende virkning i seg selv ga grunnlag for å konkludere med at en slik anke – og eventuelle videre anker – ikke utgjorde et effektivt rettsmiddel. Anførselen om manglende uttømming av nasjonale rettsmidler ble derfor avvist, og Domstolen gikk over til å vurdere de materielle spørsmålene i saken.

Det første spørsmålet Domstolen tok stilling til i denne delen var om artikkel 3 var krenket. Domstolen delte vurderingen av artikkel 3 opp i to spørsmål; For det første hvorvidt det forelå en krenkelse av artikkel 3 fordi klagerne ble nektet adgang til prosedyrene for å søke asyl og dermed ble utsatt for en risiko for umenneskelig og nedverdiggende behandling og tortur i Tsjetsjenia, og for det andre hvorvidt grensevaktene behandlet klagerne i seg selv medførte en krenkelse av artikkel 3.

Domstolen gikk først gjennom de generelle prinsippene av betydning for det første av spørsmålene under artikkel 3.

Domstolen viste til at den mange ganger har uttalt at torturforbudet i artikkel 3 er en av de mest grunnleggende verdiene i demokratiske samfunn. Det ble også vist til at forbudet i motsetning til en rekke andre materielle bestemmelser i konvensjonen er absolutt. Domstolen viste så til at den ved en rekke anledninger har anerkjent betydningen av *non-refoulement*-prinsippet. Det ble videre vist til at Domstolen i saker om utvisning av asyløkere har vært

særlig opptatt av «hvorvidt det foreligger effektive garantier som beskytter klageren mot vilkårlig *refoulement*, direkte eller indirekte, til landet vedkommende har flyktet fra». Samtidig viste Domstolen til at konvensjonspartene etter folkeretten har rett, med de begrensninger som ligger i deres øvrige folkerettslige forpliktelser, herunder Konvensjonen, til selv å kontrollere og regulere utlendingers adgang til riket, bosetting av utlendinger samt utvisning av utlendinger. Utvisning kan imidlertid reise spørsmål under artikkel 3. Dersom det foreligger et tilstrekkelig sterkt grunnlag til å tro at personen saken gjelder, hvis returnert, kan bli utsatt for behandling i strid med artikkel 3, vil artikkel 3 innebære en positiv plikt for staten til ikke å returnere vedkommende til det aktuelle landet.

Domstolen viste deretter til at den i saker om asylsøkere ikke foretar en egen vurdering av asylsøknaden, men at den som nevnt heller fokuserer på hvorvidt det foreligger effektive garantier som beskytter klageren mot vilkårlig *refoulement*, direkte eller indirekte, til landet vedkommende har flyktet fra. Domstolens vurdering av om det foreligger en reell risiko for behandling i strid med artikkel 3 må nødvendigvis være inngående, og nasjonale myndigheter – og i tur Domstolen selv – må gjøre en vurdering av forholdene i mottakslandet opp mot artikkel 3. Selv om det i utgangspunktet er asylsøkeren som må inngi en søknad, begrunne den og tilby bevis for at det foreligger en risiko for slik behandling, medfører den utsatte situasjonen asylsøkere er i at det ofte er nødvendig å la tvilen komme dem til gode hva gjelder troverdigheten av deres egne utsagn og av dokumentene de fremlegger. Vurderingen som gjøres må etter tidligere praksis fokusere på de overskuelige konsekvensene av å returnere klageren, både i lys av den generelle situasjonen i hjemlandet og klagerens personlige forhold.

Det ble i tillegg vist til at det nøyaktige innholdet i den returnerende statens forpliktelser kan variere noe avhengig av om det er tale om å sende personen til hjemlandet eller til et tredjeland. Dersom en person utvises til et tredjeland er dette uten betydning for forpliktelsen til ikke å returnere personer dersom det foreligger grunnlag for å tro at returen til tredjelandet vil medføre at de utsettes for behandling i strid med artikkel 3, enten direkte (i tredjelandet) eller indirekte (i hjemlandet eller et annet land). Av den grunn har Domstolen uttalt at det avgjørende for de nasjonale myndighetene i tilfeller hvor de ønsker å returnere en asylsøker til et tredjeland uten selv å foreta en materiell vurdering av søknaden, er hvorvidt asylsøkeren vil få tilgang til en tilstrekkelig asyloprosedyre i tredjelandet. Dette fordi den nasjonale myndigheten i et slikt tilfelle handler under den forutsetning at det er tredjelandet som skal foreta den materielle vurderingen av asylsøknaden. Hvorvidt tredjelandet er medlem av EU eller har tiltrådt EMK er i denne sammenheng ikke av betydning.

Domstolen gikk så over til å vurdere den konkrete saken opp mot disse prinsippene.

Domstolen viste til at staten hadde bestridt at klagerne hadde uttrykt et ønske om å søke om internasjonal beskyttelse eller kommunisert frykt for egen sikkerhet da de oppsøkte grenseovergangen. Domstolen tillot imidlertid klagerens saksfremstilling mer vekt i det den fant at denne fremstillingen ble støttet av en rekke andre vitneprov nasjonale menneskerettighetsinstitusjoner, især Barneombudet, hadde samlet inn. Domstolen mente

at disse institusjonenes rapporter indikerte at det fantes en systematisk praksis for å gi en uriktig fremstilling av asylsøkeres forklaringer i de offisielle notatene som grensevaktene utarbeider. Domstolen uttalte at den også fant støtte for dette i praksis fra den høyeste forvaltningsdomstolen i Polen. Det ble også vist til fysiske kopier av asylsøknader klagerne hadde fremlagt og til det faktum at klagerne hadde fått juridisk bistand til utformingen av søknaden. Domstolen uttalte at den ikke fant det sannsynlig at klagerne hadde hatt disse dokumentene med seg uten å forsøke å fremlegge dem for grensevaktene som skulle avgjøre hvorvidt de skulle slippes inn i Polen eller returneres. Domstolen viste til at disse søknadene under enhver omstendighet ble oversendt til staten i forbindelse med de midlertidige tiltakene i juni og juli 2017, og at Domstolen da hadde informert staten om at den i lys av disse dokumentene mente at klagerne hadde søkt om internasjonal beskyttelse. Domstolen mente at staten fra dette tidspunktet var kjent med klagernes klage(r) og dokumentene som underbygget dem, og dermed var forpliktet til å ta hensyn til dette når de vurderte klagernes situasjon.

På denne bakgrunn uttalte Domstolen at den ikke kunne godta statens anførsel om at klagerne ikke hadde fremlagt noe bevis på at de løp en risiko for å bli utsatt for behandling i strid med artikkel 3. Klagerne hadde pekt på individuelle forhold som – etter deres egen mening – underbygget søknadene om internasjonal beskyttelse. Klagerne hadde også fremlagt en rekke dokumenter som underbygget søknadene ytterligere, samt fremsatt påstander om at å returnere dem til Hviterussland ville medføre en risiko for «kjede-*refoulement*». Disse påstandene ble også støttet av statistikk som indikerte at asylprosedyrene i Hviterussland ikke var effektive for russiske statsborgere.

Domstolen uttalte at den av disse grunner var overbevist om at klagerne med rette kunne hevde at det ikke fantes tilstrekkelige garantier for at deres asylsøknader ville bli undergitt en seriøs vurdering av hviterussiske myndigheter. Det samme gjaldt påstanden om at en retur til Tsjetsjenia kunne krenke artikkel 3. Vurderingen av disse påstandene skulle vært gjort av polske myndigheter, i tråd med statens prosessuelle forpliktelser under artikkel 3. Polske myndigheter var i tillegg forpliktet til å sikre klagernes sikkerhet, særlig ved å la dem forbli innenfor det polske myndighetsområdet frem til klagernes påstander hadde blitt behørig undersøkt av kompetente nasjonale myndigheter.

Videre mente Domstolen at det må finnes garantier for at en person som søker internasjonal beskyttelse ikke returneres til hjemlandet sitt før vedkommendes klager er grundig vurdert for at statens forpliktelser under artikkel 3 skal effektivt oppfylles.

Domstolen vurderte etter dette statens anførsel om at de gjennom å avvise klagerne (kun) hadde opptrådt i tråd med statens EU-rettslige forpliktelser. Domstolen viste til at EU-retten klart bygger på prinsippet om *non-refoulement*, slik det er vernet gjennom Genevekonvensjonen. Etter en kort gjennomgang av de relevante EU-reglene viste Domstolen til at polske myndigheter kunne ha avstått fra å returnere klagerne til Hviterussland hvis de heller

hadde godtatt å ta asylsøknadene til behandling. Domstolen mente derfor at de aktuelle tiltakene falt utenfor statens internasjonale forpliktelser.

Domstolen understreket til sist i vurderingen at den veldig nærliggende risikoen for behandling i strid med artikkel 3 i saken også ble underbygget av de påståtte hendelsene med herr M.A. i sak 42902/17 etter at han ble returnert, først til Hviterussland, og så til Russland, hvor han påstod å bli pågrepet og torturert.

I lys av dette fant Domstolen at klagerne ikke hadde hatt tilgang til effektive garantier som kunne beskytte dem fra en reell risiko for å bli utsatt for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller tortur. Det faktum at det aldri ble iverksatt noen prosess der klagerens søknader om internasjonal beskyttelse kunne bli vurdert utgjorde en krenkelse av artikkel 3. Videre hadde polske myndigheter ved ikke å la klagerne forbli på polsk territorium mens søknadene ble behandlet utsatt klagerne for en alvorlig risiko for kjede-*refoulement* og behandling i strid med artikkel 3.

Domstolen konkluderte etter dette med at det forelå en krenkelse av artikkel 3.

Domstolen gikk så over til å vurdere det andre spørsmålet under artikkel 3, nemlig hvorvidt grensevaktens behandling av klagerne i seg selv medførte en krenkelse av artikkel 3. Til dette uttalte Domstolen kort at den i lys av konklusjonen over – krenkelse av artikkel 3 fordi klagerne ble utsatt for risiko for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller tortur – ikke fant det nødvendig å vurdere om det også forelå en krenkelse av artikkel 3 på grunn av måten grensevaktene behandlet klagerne under grensekontrollene.

Domstolen gikk så over til å vurdere om det forelå en krenkelse av forbudet mot kollektiv utvisning i Tilleggsprotokoll 4 artikkel 4, og gjennomgikk først de generelle prinsippene av betydning for saken.

Domstolen viste under henvisning til *Sultani v. France*, no. 45223/05, § 81, ECHR 2007-IV (extracts) og *Georgia v. Russia (I)* [GC], no. 13255/07, § 167, ECHR 2014 (extracts) til at kollektiv utvisning skal forstås som «ethvert tiltak som tvinger utlendinger, som en gruppe, til å forlate et land, med unntak av tilfeller hvor et slikt tiltak tas på bakgrunn av en rimelig og objektiv vurdering av saken til den enkelte utlending i gruppen». Dette betyr imidlertid ikke at bakgrunnen for gjennomføringen av utvisningen er uten betydning for om det foreligger en krenkelse der det er gjort en slik individuell vurdering.

Domstolen viste videre til at begrepet utvisning er blitt ansett å ramme alle tiltak som kan karakteriseres som en formell beslutning eller handling som kan tilordnes staten, og som innebærer at en utlending tvinges til å forlate den aktuelle statens territorium. Om handlingen eller beslutningen har en annen betegnelse i nasjonal rett, eksempelvis «nektelse av tilgang med tilhørende fjerning», er ikke av betydning.

Det ble i tillegg uttalt at ordlyden i Tilleggsprotokoll 4 artikkel 4, i motsetning til Tilleggsprotokoll 4 artikkel 1 og Tilleggsprotokoll 7 artikkel 1, ikke referer til vedkommendes rettslige stilling. Av merknadene til utkastet til Tilleggsprotokoll 4 følger det blant annet at artikkel 4 ikke bare gjelder utlendinger som lovlig oppholder seg eller bor på statens territorium, men også flyktninger eller personer som kun passerer gjennom staten. I tråd med denne tolkningen har Domstolen anvendt artikkel 4 i alle tilfeller hvor personer har kommet til territoriet til en stat, for så å bli stoppet og sendt tilbake til staten de kom fra, uavhengig av om de ankom staten lovlig eller ikke.

Domstolen pekte på at formålet med Tilleggsprotokoll 4 artikkel 4 er å forhindre stater fra å returnere et bestemt antall utlendinger uten å undersøke den enkeltes personlige forhold. På denne måten sikres man at hvert individ kan sette frem de argumentene de måtte ha mot den nasjonale myndighetenes avgjørelser. For å avgjøre om vurderingen har vært tilstrekkelig individualisert må det tas hensyn til forholdene i den enkelte saken og så vurderes om avgjørelsen om å returnere en utlending tok hensyn til de spesielle forholdene ved den berørte utlendingen. I tillegg må det tas hensyn til de særlige forholdene rundt utvisningen og til den generelle konteksten på det aktuelle tidspunktet. Det faktum at flere utlendinger har fått liknende avgjørelser rettet mot seg er ikke i seg selv tilstrekkelig for å konkludere med at det foreligger en krenkelse på Tilleggsprotokoll 4 artikkel 4 så lenge hver person har hatt muligheten til å sette frem eventuelle argumenter mot sin utvisning til de kompetente myndighetene. Domstolen viste til at den i tidligere praksis har sett på om utvisningsvedtakene henviser til vedkommendes asylsøknadsprosess, om tiltakene har skjedd under forhold hvor det var svært vanskelig for vedkommende å kontakte en advokat, samt om relevante politiske organ hadde annonsert at denne typen tiltak ville skje. I tillegg har Domstolen sett på om klagerne hadde en effektiv mulighet for å søke asyl før de ble utsatt for «automatiske returer».

Domstolen viste også til at den har tatt hensyn til klagerens opptreden når den skal vurdere graden av beskyttelse under Tilleggsprotokoll 4 artikkel 4, slik at det ikke foreligger en krenkelse når fraværet av en individuell utvisning kan forklares i opptreden. Særlig kan mangel på samarbeid eller bruk av uautoriserte og klart forstyrrende metoder for å komme seg inn på statens område føre til at man må godta at den enkelte klagerens personlige forhold ikke ble undergitt en individuell vurdering.

Domstolen gikk så over til å vurdere de konkrete forholdene i saken.

Domstolen slo først kort fast at avgjørelsene om å nekte klagerne tilgang til Polen var å regne som utvisning i Tilleggsprotokoll 4 artikkel 4s forstand. Domstolen viste i denne forbindelse til vurderingen av liknende spørsmål i *Hirsi Jamaa and Others* § 180 og *N.D. and N.T. v. Spain* § 187, og i tillegg til at klagerne på det aktuelle tidspunktet var innenfor polsk territorialjurisdiksjon.

Domstolen vurderte deretter om utvisningen var kollektiv.

Domstolen viste til statens anførsel om at klagerne hadde blitt intervjuet av grensevaktene og fått individuelle avgjørelser rettet mot seg hver gang de hadde oppsøkt grenseovergangen. Domstolen viste tilbake til uttalelsene under spørsmålet om artikkel 3 om at det i denne prosessen ble sett vekk fra klagernes ønske om å søke om internasjonal beskyttelse og at den enkelte avgjørelsen ikke i tilstrekkelig grad reflekterte de grunnene klageren hadde oppgitt for at vedkommende fryktet å bli forfulgt. Domstolen pekte også på at klagerne ikke hadde muligheten til å konsultere en advokat – og i visse tilfeller ble nektet å se advokaten sin selv om advokaten var til stede og krevde å få møte klientene sine. Domstolen understreket også at klagerne (kun) forsøkte å benytte seg av prosedyren for å akseptere søknader om internasjonal beskyttelse som etter nasjonal rett skulle vært tilgjengelig for dem. Klagerne forsøkte videre å krysse grensen på lovlig vis, brukte en grenseovergang og godtok de grensekontrollene som kreves. Mangelen på en nærmere vurdering av søknadene kunne derfor ikke tilskrives klagernes egen opptreden.

Domstolen trakk etter dette igjen frem de uavhengige rapportene fra diverse menneskerettslige organer. Etter Domstolens syn disse indikerte disse rapportene at klagernes situasjon var et eksempel på en bredere politikk om å nekte utlendinger som kom fra Hviterussland adgang, uavhengig av om de var økonomiske migranter eller uttrykte frykt for forfølgelse i hjemlandet sitt. Disse rapportene viste en praksis med svært kortvarige intervjuer hvor man ofte så bort fra utlendingenes uttalelser, og heller fokuserte på argumenter for å kategorisere personene som økonomiske migranter. Konklusjonen om at det fantes en slik politikk ble etter Domstolens syn også støttet av uttalelser fra innenriksministeren – som også hadde ansvar for Grensevakten – hvor det ble uttrykt en klar motvilje mot å akseptere migranter fra Tsjetsjenia.

Domstolen konkluderte på denne bakgrunn med at det ikke ble tatt tilstrekkelig hensyn til den enkeltes individuelle forhold i avgjørelsene om å nekte adgang. Domstolen mente også at dette skjedde som et ledd i en politikk om ikke å ta imot søknader om internasjonal beskyttelse fra personer som oppsøkte den polsk-hviterussiske grensen, men heller å returnere dem til Hviterussland, i strid med både nasjonal rett og folkeretten. Disse avgjørelsene var dermed å anse som kollektiv utvisning i strid med Tilleggsprotokoll 4 artikkel 4.

Det forelå derfor en krenkelse av Tilleggsprotokoll 4 artikkel 4.

Domstolen gikk så over til å vurdere om det forelå en krenkelse av artikkel 13, jf. artikkel 3 eller Tilleggsprotokoll 4 artikkel 4.

Domstolen viste til at den allerede hadde konkludert med at det forelå krenkelser av artikkel 3 og Tilleggsprotokoll 4 artikkel 4. Klagernes klager var derfor «diskutable» («arguable») i artikkel 13's forstand. Domstolen viste videre til at den hadde funnet at en anke mot vedtakene som nektet klagerne adgang – og eventuelle videre anker – ikke var effektive rettsmidler i Konvensjonens forstand siden de ikke hadde automatisk oppsettende virkning. Siden Domstolen ikke hadde indikert noen andre tiltak eller rettsmidler som potensielt kunne

oppfylle kravene etter artikkel 13 forelå det en krenkelse av artikkel 13 jf. artikkel 3 og Tilleggsprotokoll 4 artikkel 4.

Domstolens vurderte så om det forelå en krenkelse av EMK artikkel 34 på grunn av manglende etterlevelse av de midlertidige tiltakene etter artikkel 39 i Domstolens reglement.

Domstolen viste til at konvensjonspartene etter artikkel 34 er forpliktet til å avstå fra enhver handling eller unnlattelse som kan hindre effektiv utøvelse av retten til individklage. Dette har gjennomgående blitt ansett som en grunnsten i konvensjonssystemet. Selv om kjernen av artikkel 34 er å beskytte individet mot vilkårlige inngrep fra staten krever artikkel 34 ikke bare at staten avstår fra slike inngrep. Det ligger også positive forpliktelser for staten i artikkel 34, som krever at staten gjør alt som kreves for å muliggjøre passende og effektiv vurdering av klager. De positive forpliktelsene under artikkel 34 er særlig aktuelle i saker hvor klagerne er særlig sårbare.

Domstolen uttalte videre at manglende etterlevelse av midlertidige tiltak i blant annet *Mamatkulov and Askarov*, § 125; *Abdulkhakov v. Russia*, no. 14743/11, § 222, 2 October 2012 og *Paladi v. Moldova* [GC], no. 39806/05, § 88, 10 March 2009 er blitt ansett som en krenkelse av retten til individklage etter EMK artikkel 34. Dette henger sammen med at de midlertidige tiltakene som er hjemlet i artikkel 39 i Domstolens reglement brukes for å sikre effektiviteten av retten til individklage.

Domstolen viste også til at den særlige betydningen midlertidige tiltak har underbygges av at Domstolen kun benytter dem i eksepsjonelle tilfeller, og da på grunnlag av en inngående vurdering av alle relevante omstendigheter. I de fleste av disse sakene er det tale om klager som er utsatt for en reell trussel for liv, med den tilhørende risikoen for alvorlig og irreversibel skade i strid med kjernebestemmelsene i Konvensjonen. De midlertidige tiltakenes avgjørende betydning i konvensjonssystemet underbygger ikke bare at tiltakene er rettslig bindende, men medfører også at spørsmålet om hvorvidt statene etterlever tiltakene er svært viktig. Enhver svekkelse ved vurderingen av dette spørsmålet vil medføre en uakseptabel svekkelse av kjernerettighetene i Konvensjonen og være uforenelig med Konvensjonens verdier og ånd.

Domstolen poengter at det ligger i disse tiltakenes natur at det ofte må fattes en avgjørelse om hvorvidt slike tiltak skal besluttes innen et svært begrenset tidsrom, og med sikte på å forhindre at en nært forestående mulig skade inntreffer. Sakens fullstendige faktum vil derfor ofte ikke være fast bestemt før gjennom Domstolens materielle vurdering av klagen som tiltakene knytter seg til. Det er nettopp for at Domstolen skal ha mulighet til å avsi en avgjørelse etter en effektiv vurdering av klagen at slike midlertidige tiltak besluttes. Frem til den endelige avgjørelsen kan det imidlertid hende at det fattes tiltak basert på en forståelse av sakens faktum som, til tross for at den ved første øyekast virker å gi grunnlag for tiltakene, senere kan oppstå tvil om det var grunnlag for. Som en konsekvens av dette er det imidlertid ikke adgang for den aktuelle staten til å sette til side Domstolens vurdering av om det foreligger en reell risiko for umiddelbar og irreversibel skade til klageren til fordel for sin egen

vurdering av samme spørsmål. Staten må heller, dersom den mener å ha grunnlag for det, inngi eventuelt materiale eller bevis som kan overbevise Domstolen om å annullere tiltakene. Domstolen viste også til at konvensjonspartene når som helst kan inngi en forespørsel om at tiltakene skal løftes.

Domstolen uttalte deretter at utgangspunktet for spørsmålet om staten har etterlevd tiltakene er selve ordlyden i tiltaket. Det foreligger en krenkelse av artikkel 34 dersom staten ikke har tatt alle skritt som med rimelighet kunne blitt tatt for å etterleve tiltaket, slik det etter ordlyden er å forstå. Det påligger videre staten å vise Domstolen at dette er gjort. Domstolen poengter også at den, i tråd med praksis, ved vurderingen av dette spørsmålet ikke skal ta stilling til om den tidligere avgjørelsen om å beslutte de aktuelle tiltakene var korrekt.

Domstolen vurderte så sakens faktum opp mot disse utgangspunktene.

Domstolen påpekte at de aktuelle tiltakene hadde inneholdt instruksjoner om at staten måtte avstå fra å returnere klagerne til Hviterussland. For to av de tre innkomne klagerne presiserte i tillegg tiltakene at de var å forstå slik at dersom klagerne oppsøkte en polsk grenseovergang så skulle asylsøknadene deres tas imot og registreres av Grensevakten, og deretter sendes til de kompetente myndighetene. Det ble også presisert at klagerne ikke skulle sendes tilbake til Hviterussland før søknadene var vurdert. Til tross for dette ble klagerne sendt tilbake til Hviterussland – ikke bare på de aktuelle dagene hvor tiltakene ble besluttet – men også minst et par ganger etter dette. Domstolen viste også til at klagerne ved flere anledninger hadde med seg kopier av brevene som informerte dem om de midlertidige tiltakene og til at klagerens advokater hadde sendt kopier av disse brevene direkte til Grensevakten.

Domstolen påpekte også hvordan staten gjennomgående hadde utfordret muligheten for å etterleve tiltakene, blant annet ved å indikere – også etter at Domstolen hadde forklart hvordan tiltakene skulle forstås – at klagerne aldri hadde vært lovlig i Polen og dermed heller ikke kunne returneres. Domstolen viste også til andre måter Polen hadde bestridt tiltakene på, blant annet ved å hevde at de ikke hadde tilstrekkelig støtte i sakens faktum, og at dette hadde fortsatt også etter at Domstolen hadde avvist anførselene ved å avslå statens forespørsel om å løfte tiltakene.

Domstolen konkluderte etter dette med at staten hadde forsømt sine forpliktelser under artikkel 34. Dette gjaldt for klagerne i alle sakene – og dermed også for klagerne i sak 42902/17 – hvor klagerne i 2018 omsider slapp inn i Polen. Domstolen viste i denne forbindelse til at dette først hadde skjedd etter betydelig forsinkelser som hadde ført til at klagerne løp en risiko for den typen behandling tiltakene var ment å beskytte dem mot.

Det forelå dermed en krenkelse av artikkel 34.

Domstolen viste til sist til at avgjørelsen den nå avsa etter artikkel 44 § 2 ikke ville bli endelig før ett av vilkårene i a–c ble oppfylt. Domstolen fant at de midlertidige tiltakene i sak 40503/17

og sak 43643/17 derfor måtte forbli virksomme frem til avgjørelsen ble endelig eller til Domstolen fattet ytterligere avgjørelser om dette.

Det ble tilkjent 34 000 euro i erstatning for ikke-økonomisk skade i hver av de tre klagen, til felles fordeling mellom de personene den enkelte klage gjaldt.

## Akbay and others v. Germany

---

**INSTANS:** Menneskerettsdomstolen – Domstol (Femte seksjon) – Dom

**TITTEL:** AKBAY AND OTHERS v. GERMANY

**AVSIGELSESDATO:** 15/10/2020

**SAKSNR.:** 40495/15, 37273/15, 40913/15

**VIKTIGHETSNIVÅ:** 1

**KLAGER:** Akbay med flere

**INNKLAGET:** Tyskland

**INTERNETTPUBLISERING:** <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-204996>

**KONKLUSJON:**

Preliminære innsigelser avvist (Art. 34) Individklager

(Art. 34) Offer

Preliminære innsigelser behandlet sammen med realiteten og avvist (Art. 34)

Individklager (Art. 34) Offer

Krenkelse av Artikkel 6 – Retten til rettferdig rettergang (Artikkel 6 – Straffesak

Artikkel 6-1 – Rettferdig høring)

Ingen krenkelse av Artikkel 6 – Retten til rettferdig rettergang (Artikkel 6 – Straffesak

Artikkel 6-1 – Rettferdig høring)

Ikke-økonomisk skade – tilkjent (Artikkel 41 – Ikke-økonomisk skade

Rimelig erstatning)

**VOTUM:** Ikke separat votum

**ARTIKLER:**

6

6-1

34

41

**STIKKORD:**

Art. 6) Right to a fair trial

(Art. 6) Criminal proceedings

(Art. 6-1) Fair hearing

(Art. 34) Individual applications

(Art. 34) Victim

(Art. 41) Just satisfaction-{general}

(Art. 41) Just satisfaction

(Art. 41) Non-pecuniary damage

/

(Art. 6) Retten til rettferdig rettergang

(Art. 6) Straffesak

(Art. 6-1) Rettferdig høring  
(Art. 34) Individklager  
(Art. 34) Offer  
(Art. 41) Rimelig erstatning-{generell}  
(Art. 41) Rimelig erstatning  
(Art. 41) Ikke-økonomisk skade

**RETTSPRAKSIS:**

Bannikova v. Russia, no. 18757/06, 4 November 2010  
Biç and Others v. Turkey, no. 55955/00, 2 February 2006  
Burden v. the United Kingdom [GC], no. 13378/05, § 33, ECHR 2008  
Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania [GC], no. 47848/08, ECHR 2014  
Ciprian Vlăduț and Ioan Florin Pop v. Romania, nos. 43490/07 and 44304/07, 16 July 2015  
Direkçi v. Turkey (dec.), no. 47826/99, 3 October 2006  
Edwards and Lewis v. the United Kingdom [GC], nos. 39647/98 and 40461/98, ECHR 2004 X  
Fairfield and Others v. the United Kingdom (dec.), no. 24790/04, ECHR 2005 VI  
Furcht v. Germany, no. 54648/09, § 64, 23 October 2014  
Grădinar v. Moldova, no. 7170/02, 8 April 2008  
Grba v. Croatia, no. 47074/12, 23 November 2017  
İlhan v. Turkey [GC], no. 22277/93, § 52, ECHR 2000 VII  
Kaburov v. Bulgaria (dec.), no. 9035/06, §§ 53 and 58, 19 June 2012  
Karner v. Austria, no. 40016/98, § 25, ECHR 2003 IX  
Khudobin v. Russia, no. 59696/00, ECHR 2006 XII (extracts)  
Lacadena Calero v. Spain, no. 23002/07, § 30, 22 November 2011  
Lagutin and Others v. Russia, nos. 6228/09 and 4 others, § 117, 24 April 2014  
Lalas v. Lithuania, no. 13109/04, 1 March 2011  
Makri and Others v. Greece (dec.), no. 5977/03, 24 March 2005  
Marie-Louise Loyen and Bruneel v. France, no. 55929/00, 5 July 2005  
Matanović v. Croatia, no. 2742/12, 4 April 2017  
Medvedyev and Others v. France [GC], no. 3394/03, § 81, ECHR 2010  
Micallef v. Malta [GC], no. 17056/06, ECHR 2009  
N.V. v. the Netherlands (dec.), no. 57602/09, 4 October 2011  
Nassau Verzekering Maatschappij N.V. v. the Netherlands (dec.), no. 57602/09, 4 October 2011  
Nölkenbockhoff v. Germany, no. 10300/83, 25 August 1987, Series A no. 123  
Pyrgiotakis v. Greece, no. 15100/06, 21 February 2008  
Ramanauskas v. Lithuania (no. 2), no. 55146/14, 20 February 2018  
Ramanauskas v. Lithuania [GC], no. 74420/01, ECHR 2008  
Ressegatti v. Switzerland, no. 17671/02, § 26, 13 July 2006  
Sanles Sanles v. Spain (dec.), no. 48335/99, ECHR 2000 XI  
Scholer v. Germany, no. 14212/10, § 90, 18 December 2014  
Shannon v. the United Kingdom (dec.), no. 67537/01, ECHR 2004 IV  
Teixeira de Castro v. Portugal, no. 25829/94, 9 June 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998 IV  
Vanyan v. Russia, no. 53203/99, 15 December 2005  
Varnava and Others v. Turkey [GC], nos. 16064/90 and 8 others, § 111, ECHR 2009  
Veselov and Others v. Russia, nos. 23200/10 and 2 others, § 92, 2 October 2012

## Saken omhandler

Saken gjaldt spørsmålet om strafforfølgelse og dom for narkotikaforbrytelser, som var provosert frem av politiet, utgjorde en krenkelse av Konvensjonen artikkel 6.

## Fakta

Den første klageren er ektefellen til en av tre tiltalte i en større narkotikasak i Tyskland. Den andre og tredje klageren er medtiltalte i den samme saken.

Den første klagerens ektefelle og andre og tredje klager ble alle straffedømt i en større narkotikasak som gjaldt innførsel av narkotiske stoffer.

Da saken gikk for nasjonale domstoler, fant retten at den første klagerens ektefelle, heretter omtalt som N.A., samt den andre klageren var offer for politiprovokasjon, i det politiet hadde tilskyndet forbrytelsene. Retten fant at dette ikke var tilfellet for den tredje klageren. N.A. og den andre klageren hadde følgelig fått en betydelig strafferabatt, men de ble likevel straffedømt.

Klagerne brakte saken inn for Domstolen i juli og august 2015.

## Anførsler

Klagerne anførte at rettsprosessen mot dem hadde vært urettferdig. De viste til at de hadde blitt straffet for handlinger som politiet hadde fremprovosert. Klagerne viste særlig til Konvensjonen artikkel 6 §1 og anførte at de ikke hadde fått en rettferdig høring for nasjonale domstoler.

Staten imøtegikk klagerens anførsler. Staten anførte videre at saken, i forhold til den første klageren, skulle avvises etter Konvensjonen artikkel 34. Den første klageren var ektefellen til en av de straffedømte, som hadde avgått ved døden før klagen ble inngitt til Domstolen, og følgelig ikke selv var offer for en krenkelse. I relasjon til Konvensjonen artikkel 6 anførte staten at selv om det opprinnelig forelå en krenkelse av bestemmelsen, var ikke lenger klagerne offer, fordi klagerne hadde blitt tilstrekkelig kompensert gjennom den betydelige strafferabatten de hadde fått av nasjonale domstoler.

## Domstolens vurdering

Domstolen vurderte innledningsvis om den første klageren var «offer» slik dette fremgår i Konvensjonen artikkel 34, og om vedkommende derfor kunne fremme klage.

Domstolen uttalte innledningsvis at den første klageren ikke var den som hadde vært utsatt

for en menneskerettskrenkelse. Spørsmålet var følgelig om det forelå slike ekstraordinære omstendigheter at klageren likevel kunne anses som offer. Dette spørsmålet måtte avgjøres på grunnlag av om klageren hadde slik moralsk og materiell interesse i saken at klagen kunne tillates.

Domstolen vurderte først om klageren hadde en moralsk interesse i saken. I foreliggende sak gjaldt ikke spørsmålet bare rene prosessuelle feil begått av staten. Selve sakens kjerne var at den første klagerens ektefelle hadde blitt straffedømt i en sak som var fremprovosert av politiet. Dette i seg selv tilsa at saken reiste særlige moralske spørsmål. Videre var N.A. en nær slektning av klageren. Domstolen la derfor til grunn at klageren hadde en moralsk interesse i å få saken avgjort.

Domstolen vurderte deretter om klageren hadde en materiell interesse i saken. Domstolen slo her kort fast at den første klagerens erstatningsrettslige interesse ikke var av en slik karakter at den første klageren selv kunne fremme en sak på vegne av N.A. Domstolen la derfor til grunn at den første klageren ikke hadde en materiell interesse i saken.

Domstolen uttalte til slutt at det også var omstendigheter i saken som reiste spørsmål om den generelle interessen knyttet til respekt for menneskerettigheter. I foreliggende sak hadde politiet provosert frem en sak og deretter hadde flere personer blitt straffedømt for dette. Domstolen la til grunn at dette reiste særlige spørsmål knyttet til rettssystemet og rettssikkerhet som sådan.

Etter en helhetsvurdering, med særlig vekt på klagerens moralske interesse og de generelle menneskerettslige spørsmålene saken reiste, kom Domstolen til at den første klageren hadde særlige interesser i å få saken avgjort. Det forelå følgelig ekstraordinære omstendigheter som talte for at den første klageren skulle tilkjennes status som offer i saken.

Domstolen gikk deretter over til å vurdere om det forelå en krenkelse av Konvensjonen artikkel 6.

Domstolen vurderte først bestemmelsens materielle innhold og om det forelå en krenkelse av dette.

Domstolen uttalte innledningsvis at N.A. hadde hatt direkte kontakt med politimannen under dekke, mens den andre og tredje klager bare hadde hatt indirekte kontakt med vedkommende. Domstolen uttalte at også personer som var i indirekte kontakt med politiet kunne falle inn under bestemmelsen, men at dette måtte begrense seg til tilfeller hvor personens involvering kunne knyttes direkte til politiets fremprovosering av det straffbare forholdet.

I relasjon til N.A. uttalte Domstolen at han ikke hadde et nettverk for tilegnelse og importering av narkotiske stoffer. Det var følgelig politiets direkte fremprovosering som hadde vært årsak til at han hadde deltatt i innførselen. Videre hadde den andre og tredje klageren blitt rekruttert av N.A. Den andre klageren hadde heller aldri vært involvert i narkotikaforbrytelser før foreliggende sak. Domstolen uttalte videre at det hadde vært mulig for politiet å forutse at N.A. kom til å kontakte andre for å bidra til narkotikainnførselen. Årsaken til at den andre og tredje klageren hadde deltatt i innførselen var N.A.'s lovnader om at det var en trygg importkanal. Dette hadde politiet selv konstruert.

Domstolen la til grunn at verken N.A. eller den andre klageren ville involvert seg i narkotikaforbrytelser dersom politiet ikke hadde vært involvert. Politiet hadde direkte fremprovosert de straffbare handlingene, og handlingene ville aldri vært begått uten politiets involvering.

Hva gjaldt den tredje klageren hadde han sagt ja til å hente og transportere narkotikaen fra havnen og til en leilighet. Domstolen la til grunn at politiet ikke hadde hatt noen direkte involvering i denne transporten av narkotikaen. Følgelig reiste det seg ikke spørsmål om det forelå noen krenkelse av Konvensjonen artikkel 6 i forhold til den tredje klageren.

Domstolen konkluderte etter dette med at det forelå en krenkelse av det materielle aspektet i artikkel 6 i relasjon til N.A. og den andre klageren.

Domstolen gikk deretter over til å vurdere det prosessuelle aspektet ved artikkel 6.

Domstolen slo innledningsvis fast at i relasjon til N.A. og den andre klageren hadde de nasjonale domstolene verken avskåret bevis eller stanset straffesaken etter at de ble gjort oppmerksom på fremprovoseringen fra politiet. Domstolen viste til at det foreligger et prejudikat i tysk rett som slår fast at alt bevis som er fremskaffet som følge av politiprovokasjon skal avskjæres.

I foreliggende sak hadde domstolene brukt de ulovlig fremskaffede bevisene, særlig gjaldt dette vitnemålet til politimannen som hadde vært under dekke. Videre hadde dette vitnemålet vært direkte årsak til at N.A. og den andre klageren hadde erkjent forholdene i saken. Domstolen uttalte at både vitnemålet fra politimannen og erkjennelsen til N.A. og den andre klageren skulle vært avskåret i straffesaken, da disse bevisene var fremskaffet ved ulovlig politiprovokasjon.

I forholdet til N.A. og den andre klageren forelå det derfor også en krenkelse av det prosessuelle aspektet i artikkel 6.

Domstolen konkluderte etter dette med at det forelå en krenkelse av Konvensjonen artikkel 6 om retten til rettferdig rettergang.

Den første klageren krevde ikke erstatning.

Den andre klageren ble tilkjent 18 000 euro i erstatning for ikke-økonomisk skade.

## Mugemangango v. Belgium

---

**INSTANS:** Menneskerettsdomstolen – Domstol (Storkammer) - Dom

**TITTEL:** CASE OF MUGEMANGANGO v. BELGIUM

**AVSIGELSESDATO:** 10/07/2020

**SAKSNR.:** 310/15

**VIKTIGHETSNIVÅ:** 1

**KLAGER:** Germain Mugemangango

**INNKLAGET:** Belgia

**INTERNETTPUBLISERING:** <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203885>

**KONKLUSJON:** Krenkelse av Protokoll 1 Artikkel 3 – Rett til frie valg-*{generell}* (Protokoll nr. 1 – Stille til valg)

Krenkelse av Artikkel 13+P1-3 Retten til et effektivt rettsmiddel (Artikkel 13 – Effektivt rettsmiddel) (Protokoll nr. 1 Artikkel 3 – Rett til frie valg-*{generell}*)

Stille til valg)

Ikke-økonomisk skade – tilkjent (Artikkel 41 – Ikke-økonomisk skade Rimelig erstatning)

Økonomisk skade – krav avvist (Artikkel 41 – Økonomisk skade Rimelig erstatning)

**VOTUM:** Separat votum

**ARTIKLER:**

13

13+P1-3

41

P1-3

**STIKKORD:**

(Art. 13) Right to an effective remedy

(Art. 13) Effective remedy

(Art. 41) Just satisfaction-*{general}*

(Art. 41) Just satisfaction

(Art. 41) Non-pecuniary damage

(Art. 41) Pecuniary damage

(P1-3) Right to free elections-*{general}*

(P1-3) Stand for election

Foreseeability

Margin of appreciation  
Positive obligations  
Safeguards against abuse  
/

(Art. 13) Retten til et effektivt rettsmiddel

(Art. 13) Effektivt rettsmiddel

(Art. 41) Rimelig erstatning-{generell}

(Art. 41) Rimelig erstatning

(Art. 41) Ikke-økonomisk skade

(Art. 41) Økonomisk skade

(P1-3) Rett til frie valg-{generell}

(P1-3) Stille til valg

Forutberegnelighet

Skjønnsmargin

Positive forpliktelser

Vern mot misbruk

#### **RETTSPRAKSIS:**

Abdalov and Others v. Azerbaijan, nos. 28508/11 and 33773/18, § 108, 11 July 2019

Amuur v. France, 25 June 1996, § 50, Reports 1996-III

Babenko v. Ukraine (dec.), no. 43476/98, 4 May 1999

Berlusconi v. Italy (striking out) (dec.) [GC], no. 58428/13, 27 November 2018

Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania [GC], no. 47848/08, §§ 148-49, ECHR 2014

Cernea v. Romania, no. 43609/10, § 40, 27 February 2018

Chahal v. the United Kingdom, 15 November 1996, § 152, Reports 1996 V

Cheminade v. France (dec.), no. 31599/96, ECHR 1999-II

Čonka v. Belgium, no. 51564/99, § 83, ECHR 2002-I

Davydov and Others v. Russia, no. 75947/11, 30 May 2017

De Tommaso v. Italy [GC], no. 43395/09, 23 February 2017

Denisov v. Ukraine [GC], no. 76639/11, § 63, 25 September 2018

G.K. v. Belgium, no. 58302/10, 21 May 2019

Gahramanli and Others v. Azerbaijan, no. 36503/11, 8 October 2015

Georgian Labour Party v. Georgia, no. 9103/04, § 108, ECHR 2008

Grosaru v. Romania, no. 78039/01, ECHR 2010

Hirst v. the United Kingdom (no. 2) [GC], no. 74025/01, § 61, ECHR 2005-IX

I.Z. v. Greece, no. 18997/91, Commission decision of 28 February 1994, Decisions and Reports 76-A, p. 65

İlhan v. Turkey [GC], no. 22277/93, § 97, ECHR 2000-VII

Karácsony and Others v. Hungary [GC], nos. 42461/13 and 44357/13, §§ 138-47, 17 May 2016

Kart v. Turkey [GC], no. 8917/05, ECHR 2009 (extracts)

Kerimova v. Azerbaijan, no. 20799/06, 30 September 2010

Khlaifia and Others v. Italy [GC], no. 16483/12, § 268, 15 December 2016

Kovach v. Ukraine, no. 39424/02, §§ 54-55, ECHR 2008

Kudła v. Poland [GC], no. 30210/96, § 157, ECHR 2000 XI

Magyar Kétfarkú Kutya Párt v. Hungary [GC], no. 201/17, § 99, 20 January 2020

Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, 2 March 1987, §§ 47-54, Series A no. 113

Micallef v. Malta [GC], no. 17056/06, § 98, ECHR 2009,

Muršić v. Croatia [GC], no. 7334/13, § 111, 20 October 2016  
N.D. and N.T. v. Spain [GC], nos. 8675/15 and 8697/15, § 240, 13 February 2020  
Namat Aliyev v. Azerbaijan, no. 18705/06, §§ 77-81 et seq., 8 April 2010  
Paunović and Milivojević v. Serbia, no. 41683/06, 24 May 2016  
Petkov and Others v. Bulgaria, nos. 77568/01 and 2 others, § 63, 11 June 2009  
Pierre-Bloch v. France, 21 October 1997, §§ 51 and 53-59, Reports of Judgments and Decisions 1997-VI  
Podkolzina v. Latvia, no. 46726/99, ECHR 2002-II  
Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal [GC], nos. 55391/13 and 2 others, § 149, 6 November 2018  
Riza and Others v. Bulgaria, nos. 48555/10 and 48377/10, 13 October 2015  
Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece [GC], no. 42202/07, §§ 63-66, ECHR 2012  
Tănase v. Moldova [GC], no. 7/08, ECHR 2010  
Ždanoka v. Latvia [GC], no. 58278/00, ECHR 2006-IV

## Saken omhandler

Saken gjaldt Konvensjonen Protokoll 1 artikkel 3 om rett til frie valg og Konvensjonen artikkel 13 om retten til et effektivt rettsmiddel. Spørsmålet var for det første om prosedyren for granskning av klager på valgresultater i forbindelse med et regionalt parlamentsvalg medførte en krenkelse av retten til frie valg. For det andre var det spørsmål om denne prosedyren utgjorde en effektiv prøvingsrett etter artikkel 13.

## Fakta

Klageren er en belgisk mann født i 1973. Han er bosatt i Charleroi, i Hainaut-provinsen i den autonome belgiske regionen Vallonia.

Klageren var formann i det belgiske arbeiderpartiets («PTB») lokallag i Hainaut-provinsen. Han stod på liste som toppkandidat til parlamentet i Vallonia ved valget 25. mai 2014 for PTB-GO!'s liste i Charleroi valgkrets.

PTB-GO! fikk 16 554 stemmer i valget, og kom dermed over grensen på 5 % for gyldig registrerte stemmer i Hainaut-provinsen. For å være kvalifisert til å benytte systemet med «listeforbund», der en liste kan overta enhver stemme som ikke er benyttet av et listeforbund i en annen valgkrets i samme provins, måtte en liste få minst 16 567,83 stemmer i Charleroi valgkrets. PTB-GO!'s liste manglet dermed 14 stemmer på å få et sete i det vallonske parlamentet ved hjelp av dette systemet. I så fall ville setet ha gått til toppkandidaten på listen, som i dette tilfellet var klageren. I tillegg til dette ble 21 385 stemmer erklært blanke, ugyldige eller omtvistede.

I juni 2014 fremmet klageren en klage til det vallonske parlamentet. Han begjærte en reeksaminasjon av stemmene som ble erklært enten blanke, ugyldige eller omtvistede, og at

stemmer som urettmessig ble erklært ugyldige skulle telles på nytt. Som støtte for sine påstander gjorde klageren gjeldende at tallrike «uregelmessigheter» hadde kommet opp under stemmeopptellingen. Klageren gjorde gjeldende at disse uregelmessighetene kunne ha påvirket fordelingen av mandater mellom de forskjellige valglistene, og at dette kunne ha medført at PTB-GO! ikke fikk noen mandater i parlamentet.

Klagen ble behandlet av det vallonske parlamentets kontrollkomite, som kom til at klagen var velbegrunnet og kunne behandles. Komiteen presenterte saken for parlamentet i plenum og foreslo at det vallonske parlamentet ikke skulle godkjenne valgresultatet for Hainaut-provinsen, og beordret ny opptelling av de relevante stemmesedlene. Komiteens presentasjon var supplert med et dokument som fastslo at mandatfordelingen i flere tenkte scenarioer kunne forandres ved en gjenopptelling av stemmene.

Klagen ble deretter behandlet av parlamentet i plenum. Representantene stemte over rapporten komiteen hadde presentert. Alle representantene var til stede ved avstemningen, inkludert de fra klagerens valgkrets. Parlamentet erklærte at klagen kunne behandles, men var ubegrunnet, og la vekt på at det ikke fantes avgjørende bevis for uregelmessigheter i stemmeopptellingen. Samme dag vedtok parlamentet å godkjenne alle de valgte representantene, uten å beordre gjenopptelling av stemmene.

Klageren tok saken inn for Domstolen i desember 2014. Kammeret som var satt til å behandle saken i Domstolens andre seksjon besluttet i juni 2019 å avstå jurisdiksjon til fordel for Storkammeret i samsvar med Konvensjonen artikkel 30 og regel 72 i Domstolens Reglement.

## Anførsler

Klageren anførte at staten ikke hadde oppfylt sin forpliktelse til å avholde frie valg, fordi det vallonske parlamentet ikke hadde opptrådt upartisk i saken. Han gjorde gjeldende at hans parti med fjorten ekstra stemmer ville ha fått et mandat i parlamentet, og at han selv ville ha blitt valgt til representant. Videre gjorde han gjeldende at det faktum at stemmene ikke hadde blitt opptalt på nytt, hadde skapt usikkerhet om velgernes vilje ble respektert.

Klageren gjorde i tillegg gjeldende at han bare hadde fått anledning til å reise sine innsigelser for kontrollkomiteen, som kun var bemyndiget til å komme med en uttalelse. Det vallonske parlamentet var det eneste organet med beslutningsmyndighet, og ingen rettslig prøvingsrett hadde vært tilgjengelig. Han gjorde gjeldende at parlamentets medlemmer hadde personlig interesse i sakens utfall. Som følge av dette hadde hans innsigelser blitt behandlet av et organ som både var part og dommer i saken, og som ikke hadde gitt noen garantier for sin upartiskhet. Til slutt gjorde klageren gjeldende at den eneste tilgjengelige prøvingsretten, som i dette tilfellet var å inngi klage til det vallonske parlamentet, ikke kunne regnes som effektiv på grunn av parlamentets manglende upartiskhet.

Klageren anførte at disse forholdene utgjorde krenkelse av Konvensjonen Protokoll 1 artikkel 3 og Konvensjonen artikkel 13.

Staten imøtegikk klagerens anførsler.

## Domstolens vurdering

Domstolen bemerket innledningsvis at rettighetene i Protokoll 1 artikkel 3 er avgjørende for å sikre et meningsfullt demokrati og derfor har betydelig vekt i Konvensjonens system. Bestemmelsen inneholder ingen plikt for staten til å avstå fra å gjøre inngrep i rettigheten, men derimot en forpliktelse til å vedta positive tiltak for å organisere demokratiske valg til den lovgivende forsamling. Artikkel 3 inneholder heller ingen plikt til å innføre et bestemt system. Bestemmelsen krever kun at det skal holdes «frie valg» med «rimelige mellomrom» «ved hemmelig avstemning» og «under forhold som sikrer at folket fritt får uttrykke sin mening ved valget av den lovgivende forsamling». Dessuten inneholder den en positiv prosessuell forpliktelse til å sikre et nasjonalt system for undersøkelse av individuelle klager i saker om valgrettigheter.

For at undersøkelsen av slike klager skal være effektiv, må beslutningsprosessen ledsages av hensiktsmessige og tilstrekkelige garantier for å unngå enhver form for vilkårlighet. Avgjørelsene i saken må fattes av et organ som kan gi tilstrekkelige garantier for sin upartiskhet. Dette organets autonomi kan ikke være overdreven, men må begrenses med tilstrekkelig klarhet. Endelig må prosedyren være av en slik art at den sikrer en rettferdig, objektiv og tilstrekkelig begrunnet avgjørelse.

Domstolen understreket at den i samsvar med subsidiaritetsprinsippet skal være tilbakeholden med å påta seg de nasjonale myndighetenes oppgave med å fastslå faktum i saken. Det er ikke Domstolens oppgave å vurdere om påståtte uregelmessigheter i valget innebærer brudd på nasjonal rett, men derimot å avgjøre hvorvidt kravene i Protokoll 1 artikkel 3 er overholdt. En enkelt feil eller uregelmessighet i valgprosessen innebærer ikke i seg selv at valget er urettferdig dersom de generelle prinsippene om likhet, gjennomsiktighet, upartiskhet og uavhengighet er overholdt. Domstolen understreket at statens skjønnsmargin på dette området er vid og enhver valglovgivning må vurderes i lys av den politiske utvikling i staten det gjelder. Elementer som vil anses som uakseptable i ett land kan dermed være berettiget i et annet.

Domstolen minnet deretter om prinsippet om parlamentarisk autonomi, slik det ble beskrevet i avgjørelsen *Karácsony and Others*. Etter dette prinsippet har parlamentet rett til å regulere sine interne anliggender. Reglene om parlamentets interne funksjonsmåte faller i prinsippet innenfor statens skjønnsmargin. Parlamentets handlefrihet må likevel være i samsvar med rettsstatlige prinsipper, slik at velgernes tillit til organet ivaretas.

Domstolen vurderte deretter klagerens sak. Den bemerket at klageren kun hadde begjært en gjenopptelling av de omstridte stemmene, ikke at valget skulle erklæres ugyldig. Domstolen minnet om at prinsippet om frie valg bare vil bli satt på spill hvis det finnes bevis på overtredelser som ville være i stand til å hindre at «folket fritt får uttrykke sin mening ved valget av den lovgivende forsamling», og hvor klager på slike overtredelser ikke får noen effektiv behandling på det nasjonale plan. På bakgrunn av dette måtte Domstolen bringe på det rene om klagerens påstander var tilstrekkelig seriøse og prosedable, og om de fikk en effektiv undersøkelse.

Domstolen bemerket at kontrollkomitéen hadde fastslått at i mandatfordelingen i flere av de tenkte scenarioene ville endres dersom de relevante stemmene, erklært enten blanke, ugyldige eller omtvistede, ble erklært som gyldig avgitte stemmer. Det kunne derfor ikke utelukkes at klageren kunne ha blitt valgt etter en gjenopptelling av stemmene. Følgelig kunne det ikke hevdes at de påståtte uregelmessighetene ikke undergravde resultatenes pålitelighet.

Domstolen konkluderte på bakgrunn av det ovennevnte med at klageren hadde fremsatt tilstrekkelig seriøse og prosedable påstander. Dette innebar likevel ikke nødvendigvis at det vallonske parlamentet skulle ha godkjent klagerens anmodning om gjenopptelling. Domstolen bemerket at den kunne ikke fastsette nøyaktig hvilke handlinger de nasjonale myndigheter skulle ha foretatt seg, men at den kunne vurdere hvorvidt klagerens påstander fikk en effektiv undersøkelse. For å kunne avgjøre dette, måtte Domstolen bringe på det rene om den nasjonale prosedyren oppstilte hensiktsmessige og tilstrekkelige garantier for å unngå vilkårlighet.

Domstolen vurderte først objektivitetsgarantiene oppstilt av den lovgivende forsamling. Den bemerket at organene som var ansvarlig for å granske klagerens påstander skulle ha gitt tilstrekkelige garantier for sin upartiskhet. Slike garantier skal sikre at avgjørelsen som tas utelukkende er basert på faktiske og rettslige hensyn, ikke på politiske hensyn. Domstolen understreket at undersøkelsen av klager om valgresultater ikke må bli et forum for kamp mellom ulike politiske partier. I den forbindelse har Domstolen uttalt at medlemmer av parlamentet per definisjon ikke kan være «politisk nøytrale». Følgelig må det i et system som det belgiske, hvor parlamentet er den eneste som tar stilling til valget av dets representanter, tas særlig hensyn til objektivitetsgarantiene oppstilt i den nasjonale rett.

Domstolen viste til Venezia-kommisjonens «Code of Good Practice in Electoral Matters». Venezia-kommisjonen uttaler at klager til parlamentet kan føre til politiske avgjørelser og at slike klager kan aksepteres ved førsteinstansen, men at en rettslig klage må være mulig i siste instans. Videre må det finnes tilstrekkelige institusjonelle og prosessuelle garantier mot politiske og partiske avgjørelser.

Spørsmålet var derfor om det belgiske systemet oppstilte tilstrekkelige garantier for upartiskhet. Domstolen bemerket i den forbindelse at klagen innledningsvis ble undersøkt av kontrollkomiteen, som bestod av syv medlemmer fra det vallonske parlamentet. De to av komiteens medlemmer som kom fra samme valgkrets som klageren, hadde ikke deltatt i undersøkelsen i komiteen. De hadde til gjengjeld deltatt da klagen ble behandlet av parlamentet i plenum. Disse representantene hadde interesser som sto i direkte motsetning til klagerens. Dette var i strid med Venezia-kommisjonens anbefalinger.

Domstolen bemerket at risikoen for at det ble fattet politiske avgjørelser ikke var avverget i den foreliggende saken. Avgjørelsen om klagerens påstander ble truffet av et alminnelig flertall. Et slikt flertallskrav tillot den fremtidige majoriteten å påtvinge parlamentet sitt eget syn. Følgelig var regelen om avstemning ved alminnelig flertall ute av stand til å beskytte klageren mot en partisk avgjørelse, i strid med Venezia-kommisjonens anbefalinger.

Domstolen konkluderte etter dette med at klagerens påstander ble undersøkt av et organ som ikke tilbød tilstrekkelige garantier for upartiskhet.

Domstolen vurderte deretter beslutningsorganets autonomi. I den foreliggende saken inneholdt verken loven eller parlamentets forretningsorden noen prosedyre for å behandle klager om valgets gyldighet. Kriteriene parlamentet kunne anvende i avgjørelsen av slike klager var ikke fastsatt med tilstrekkelig klarhet. Virkningene av avgjørelser om å opprettholde en klage var heller ikke spesifisert. Domstolen konkluderte på bakgrunn av det foregående med at parlamentets autonomi ikke var begrenset med tilstrekkelig klarhet.

Domstolen vurderte etter dette garantiene for en rettferdig, objektiv og tilstrekkelig begrunnet avgjørelse. Den fremhevet at personer som klager på valgets gyldighet må få mulighet til å legge frem sine meninger og til å fremme ethvert argument de mener er relevant for å forsvare deres synspunkt. I tillegg må det må det fremgå av begrunnelsen fra beslutningsorganet at klagerens argumenter har blitt undergitt en reell vurdering og gitt et hensiktsmessig svar.

Domstolen bemerket at i den foreliggende saken inneholdt verken Grunnloven, de alminnelige lovreglene eller parlamentets forretningsorden en forpliktelse til å sikre slike garantier under undersøkelsesprosessen.

Klagebehandlingen hadde imidlertid i praksis hatt enkelte prosessuelle garantier, ettersom klageren og hans advokat ble hørt i en offentlig høring og komiteen og parlamentet hadde begrunnet sine konklusjoner. Domstolen anså likevel at disse garantiene ikke var tilstrekkelige. I fravær av en regelfestet prosedyre, var garantiene et resultat av ad hoc skjønsmessige avgjørelser truffet av komiteen og parlamentet i plenum. De var verken tilgjengelige eller forutberegnelige. Videre var flere av dem bare tilbudt under behandlingen hos

kontrollkomitéen, som ikke hadde noen beslutningsmyndighet og hvis konklusjoner ikke ble fulgt av parlamentet.

Domstolen konkluderte på bakgrunn av dette med at klagerens påstander ikke hadde vært gjenstand for en prosedyre som tilbød garantier som var tilstrekkelige til å utelukke vilkårlighet og sikre en reell undersøkelse av påstandene. Det forelå dermed krenkelse av Protokoll 1 artikkel 3.

Domstolen vurderte til slutt om klageren hadde hatt en effektiv prøvingsrett i samsvar med Konvensjonens artikkel 13, ettersom eneste klagemulighet var å fremme klage til parlamentet. Den bemerket innledningsvis at den når det gjelder tvister om valgresultater har skilt mellom tilfeller hvor påstandene blir undersøkt av et rettslig organ, og tilfeller hvor påstandene blir undersøkt av et politisk organ. I tilfeller hvor påstandene ikke har blitt undersøkt av et rettslig organ på det nasjonale plan, har Domstolen foretatt en separat vurdering av klagen etter artikkel 13. Ettersom klagerens innsigelser i den foreliggende saken ikke hadde blitt gransket av et rettslig organ, besluttet Domstolen å foreta en særskilt vurdering av overensstemmelse med denne artikkelen.

Domstolen bemerket at artikkel 13 garanterer en prøvingsrett for Konvensjonens rettigheter og friheter på det nasjonale plan, uansett hvordan de måtte være sikret i det nasjonale rettssystemet.

Rekkevidden av artikkel 13 varierer med karakteren av klagerens krav. Imidlertid må prøvingsretten være effektiv både rettslig og i praksis. Prøvingsrettens effektivitet avhenger ikke av hvorvidt klageren er garantert et gunstig utfall eller ikke. «Myndigheten» det refereres til i bestemmelsen må heller ikke nødvendigvis være en rettslig myndighet, men hvis den ikke er det, er dens kompetanse og de garantier den tilbyr relevante i avgjørelsen av om prøvingsretten er effektiv. Det avgjørende er om prøvingsretten som helhet er effektiv, ikke den enkelte prøvingsrettens effektivitet.

Domstolen bemerket at siden den hadde konstatert krenkelse av Protokoll 1 artikkel 3, kunne det konkluderes ut fra dette med at klageren hadde et «prosedabelt» krav. Dette medførte at han hadde krav på en effektiv prøvingsrett og å bli tilkjent en passende oppreisning.

Spørsmålet ble derfor om den tilgjengelige prøvingsretten var «effektiv» i den forstand at den enten kunne ha forhindret den påståtte krenkelsen eller dens fortsettelse, eller gitt klageren passende oppreisning for krenkelsene som allerede hadde funnet sted. Domstolen bemerket at det ikke fantes noe annet tilgjengelig rettsmiddel i slike saker enn å inngi klage til parlamentet, og at parlamentet hadde eksklusiv domsmyndighet i disse sakene.

Domstolen minnet om at den hadde konkludert med at prosedyren med klager for parlamentet ikke ga tilstrekkelige og hensiktsmessige garantier som sikret en reell granskning av slike klager. I fravær av slike garantier, kunne denne prøvingsretten heller ikke anses som «effektivt» i artikkel 13s forstand.

Dette var tilstrekkelig for Domstolen til å konkludere med at det forelå krenkelse av Konvensjonen artikkel 13, sammenholdt med Protokoll 1 artikkel 3.

Etter å ha konstatert krenkelse av artikkel 13, bemerket Domstolen at den i tidligere avgjørelser har fremholdt at «myndigheten» det refereres til i artikkel 13 ikke nødvendigvis må være en rettslig myndighet i snever forstand. I saker om klager på valgresultater og mandatfordeling, er det nødvendig og tilstrekkelig at det kompetente organet tilbyr tilstrekkelige garantier for sin upartiskhet, at dets handlefrihet er begrenset med tilstrekkelig klarhet av bestemmelser i den nasjonale rett og at prosedyren tilbyr tilstrekkelige garantier for en rettferdig, objektiv og tilstrekkelig begrunnet avgjørelse.

Domstolen viste til subsidiaritetsprinsippet og mangfoldet av valgsystemer i Europa, og uttalte at det ikke var Domstolens oppgave å fastsette hva slags prøvingsrett som skulle tilbys for å oppfylle Konvensjonens krav. Dette spørsmålet er tett knyttet til maktfordelingsprinsippet, og faller innenfor den skjønnsmargin statene er tildelt med hensyn til organiseringen av sitt valgsystem. Domstolen bemerket like fullt at en prøvingsrett som er rettslig eller av rettslig art, enten dette er ved første instans eller ved klage på en avgjørelse fattet av et ikke-rettslig organ, i prinsippet vil oppfylle kravene i Protokoll 1 artikkel 3.