

## Innlegg på Lucy Smiths barnerettighetsdag

5. november 2014

### **Hvilke nasjonale rettsmidler bør finnes for barn i Norge?**

Advokat Frode Elgesem

I vår familie – som alle andre familier – kommer barnas rettigheter av og til på spissen. En dag for mange år siden kom vår da 5 år gamle sønn og erklærte at han ville ha hanekam – og det skulle være rødt hår på den ene side og grønt hår på den andre. Hans foreldre var ikke særlig begeistret, men guttens mormor – Lucy – slo klart fast at dette lå innenfor barnets selvbestemmelsesrett. Og det bar av gårde til frisøren!

Så når det gjelder hvilke klageordninger barn bør ha, så er mitt enkle svar at i grunnen burde alle barn ha en bestemor som Lucy.

Men så god er verden dessverre ikke, så vi må se litt nærmere på jussen.

Spørsmålet som jeg skal si litt om er hvilke rettsmidler vi bør ha i Norge *dersom* staten ratifiserer den tredje tilleggsprotokollen til barnekonvensjonen.

Denne protokollen etablerer en individuell klagerett til barnekomiteen for personer som hevder å være offer for en krenkelse av noen av rettighetene i barnekonvensjonen. En klager vil ofte være et barn, men det sentrale er likevel om krenkelsen skjedde mens vedkommende var barn, slik at klageren – når klagen sendes – i noen saker kan være over 18 år. Jeg skal særlig konsentrere meg om situasjonen der det er et barn som ønsker å klage.

Et grunnleggende vilkår for å kunne ta en klage under behandling i komiteen er at nasjonale rettsmidler er uttømt. Dette følger av protokollens artikkel 7, bokstav e, hvor det heter at en klage skal avvises dersom:

*“All available domestic remedies have not been exhausted. This shall not be the rule where the application of the remedies is unreasonably prolonged or unlikely to bring effective relief;”*

Et slikt krav om uttømming av nasjonale rettsmidler finnes i alle internasjonale konvensjoner som gir individuell klagerett: Det er et viktig prinsipp at nasjonalstaten skal få anledning til å ordne opp i saken ved bruk av sitt nasjonale rettssystem før klagen behandles av det internasjonale klageorganet.

Kravet om uttømming av nasjonale rettsmidler innebærer som oftest et vilkår om *først å forfølge sitt krav om at konvensjonen er krenket gjennom det nasjonale rettssystemet*, d.v.s. at offeret for en krenkelse må utnytte muligheten til å reise sak for domstolene og utnytte alle ankemuligheter før den internasjonale domstolen eller komiteen kan behandle en klage. Det vil også gjelde i saker hvor barns rettigheter er krenket og barnet ønsker å klage til barnekomiteen.

Der det er mulig, må altså barnet forfølge sitt krav om at barnekonvensjonen er krenket ved å anlegge sak for domstolene og barnet kan kun sende klage til barnekomiteen dersom han eller hun ikke vinner frem der. Et kompliserende element her er at barnet for så vidt kan være part i saken, men barnet kan ikke reise sak på egen hånd. Barnet må representeres ved stedfortreder, d.v.s. ved verge. Jeg skal straks komme tilbake til dette.

Men la oss først se litt nærmere på de to forbeholdene som vi finner i protokollen artikkel 7, bokstav e og som kan fritta klager fra plikten til å uttømme nasjonale rettsmidler.

Disse forbeholdene er ikke særegne for klageordningen til barnekomiteen, men er slike som gjelder også for andre klageordninger i FN-systemet: For det første må den nasjonale klageprosedyren – med norske ord – ikke være *“urimelig langvarig”* og for det andre må det ikke være *“usannsynlig”* at den vil gi klageren et *“effektivt rettsmiddel”*.

*Hva som er “urimelig langvarig”* må vurderes annerledes for barn enn for voksne. Et barn er i rask utvikling og har behov for beskyttelse av sine rettigheter *under oppveksten*, og ikke gjennom en dom som kommer når barnet er blitt voksen.

Jeg mener derfor *for det første* at saker om barns rettigheter – i alle fall der retts sak og dom må til for å sikre en *nødvendig endring* i barnets situasjon – må behandles temmelig raskt i de nasjonale rettssystemene for å tilfredsstille konvensjonens krav om at prosessen ikke skal være urimelig langvarig. Dette kan for eksempel være i saker hvor barnet for tiden ikke får nødvendig helsehjelp, skolegang eller hvor et flyktningbarn er sendt ut av landet men fortsatt mener å ha krav på beskyttelse i Norge.

*Det andre forbeholdet* gjelder situasjoner hvor det er "usannsynlig" at saksanlegg vil gi klageren et "effektivt rettsmiddel".

Her har vi fått en spesiell situasjon i Norge etter plenumsdommen i Rt. 2012 s. 2039. Dette var plenumsaken om oppholdstillatelse for lengeværende asylbarn.

Her uttalte flertallet helt generelt at det ikke var adgang til å få fastsettelsesdom for at barnekonvensjonen var krenket. Dette står i skarp kontrast til det faktum at man i dag kan få fastsettelsesdom for krenkelse av bl.a. EMK og SP. Men det gjelder altså ikke for saker om brudd på barnekonvensjonen.

Dette er uheldig fordi en fastsettelsesdom i noen tilfeller kan være et effektivt og tilstrekkelig rettsmiddel. Dette gjelder særlig i de sakene hvor krenkelsen har opphørt og det heller ikke er noe erstatningskrav å fremme. Da vil barn i en del saker ikke ha noe effektivt rettsmiddel. Konsekvensen er at barnet kan sende klage direkte til barnekomiteen.

Uttalelsen høyesterettsdommen har en generell form som gjør at den for en stor del kan regnes som et *obiter dictum*. Jeg tror denne rettsoppfatningen kan utfordres i nye saker.

Men hvis vi så dreier oppmerksomheten mot saker der det er et krav som kan fremmes for norske domstoler og det altså finnes et nasjonalt rettsmiddel som kan uttømmes, så er det som nevnt slik at barnet ikke kan reise sak på egen hånd. Det må gjøres gjennom vergen. Dette unntar nok ikke barnet fra kravet om å uttømme nasjonale rettsmidler. Og der barnet på denne måten får prøvd sin sak så langt det kommer i det norske rettsvesenet, vil barnet også ha uttømt nasjonale rettsmidler. Et typisk eksempel vil være en *asylsak* hvor barnet er part i sak mot staten alene eller sammen med sin familie og krever beskyttelse mot utsendelse. Når denne saken

er behandlet ferdig i Høyesterett og staten har vunnet slik den ofte gjør i disse sakene, da – og først da – er veien klar for klage til barnekomiteen.

I andre saker kan det være motsetningsforhold mellom barnet og vergen: Vergen nekter å gå til sak og barnet får dermed ikke prøvd sin sak i nasjonal rett. Vergemålsloven har regler om uenighet mellom vergen og barnet. Barnet skal selvfølgelig høres og dersom barnet er uenig med vergens avgjørelse kan barnet bringe spørsmålet inn for fylkesmannen, jf vergemålsloven § 17 femte ledd.

Her står vi imidlertid overfor systemer som kan være tidkrevende og tungroddet – og som altså kan gjøre det *vanskeligere* for barn å reise saken enn det er for voksne. *Det burde vært omvendt!*

Og er det slik at barnet ikke får reist sak for norske domstoler fordi vergen nekter, ja da blir det spørsmål om barnet kan klage direkte til barnekomiteen. Det er et vanskelig og uavklart spørsmål. Mye kan nok tale for at vergens – foreldrenes – syn bør respekteres i slike tilfeller, men det kan ikke gjelde ubetinget.

Der barnet for eksempel ikke har vært hørt, vergen har hatt egeninteresse i å avskjære adgangen til å gå til sak eller det for øvrig åpenbart ikke finnes noen saklig grunn til å avskjære barnets uttrykkelige ønske om å gå til sak, må barnekomiteen likevel kunne anse at barnet har gjort det som med rimelighet kan kreves for å uttømme nasjonale rettsmidler. Det må da være åpning for at barnets klage likevel *ikke* avvises under henvisning til at nasjonale rettsmidler ikke er uttømt.

Jeg tror også ellers at det i saker om klager fra barn vil være utilstrekkelig å måle effektiviteten til nasjonale rettsmidler med samme målestokk som vi bruker i saker om voksnes rettigheter. Når spørsmålet stilles om kravet om å uttømme nasjonale rettsmidler er oppfylt, må vi forvente at komiteen ser hen til om den innklagede staten har oppfylt de krav som barnekonvensjonen generelt setter til statenes implementering av rettighetene, jf. konvensjonens artikkel 4.

Barnekomiteens General Comments No 2 og 5 gir anvisninger på det nærmere innholdet i statenes plikt til gjennomføring av rettighetene i barnekonvensjonen.

I General Comment No 5 heter det at statene må påse at det er tilgang på barnevennlig klageprosedyrer, rådgivning og støtte. For å sikre barns tilgang til uavhengige klageprosedyrer eller til domstolene, skal det gis både nødvendig rettshjelp og annen støtte. Når det finnes brudd på rettighetene skal det ytes tilfredsstillende gjenoppretting.

I General Comment No 2 heter det at nasjonale menneskerettsinstitusjoner skal ha kompetanse til å behandle individuelle klager fra barn og sikre at barn har tilgang til effektive rettsmidler i tilfeller av brudd på rettighetene. Nasjonale menneskerettsinstitusjoner skal også støtte barn i å reise rettssaker.

Dersom staten ikke har oppfylt forpliktelsen til å gjennomføre rettighetene på denne måten, d.v.s. ved å etablere barnevennlige og effektive klageordninger og ved å gi nødvendig støtte, kan det lett tenkes at barnekomiteen *i konkrete saker* trekker dette faktum inn i vurderingene av om et barn *må* uttømme nasjonale rettsmidler eller om barnet kan klage direkte til komiteen uten å gå veien om nasjonale rettsmidler.

Den beste måten å motvirke en slik situasjon på er etter min mening å styrke Barneombudet, slik at det kan fylle noen av de rollene som en uavhengig menneskerettsinstitusjon for barn skal ha. Jeg mener derfor at Barneombudet blant annet bør få den muligheten som Sivilombudsmannen har, nemlig å anbefale søksmål i konkrete saker – og da med den virkning at det også innvilges fri sakførsel for barnet.

Dersom man styrker Barneombudet ved å gi ombudet kompetanse til å behandle klagesaker om brudd på barnekonvensjonen og til å sikre støtte og rettshjelp til barn i rettssaker, ville man både styrket rettsvernet for barn betraktelig og dessuten sikre at vi på det nasjonale plan har rettsmidler som komiteen vil akseptere som tilstrekkelig effektive.

Dette ville være en fordel både for barna, for staten og for barnekomiteen – et slags barnerettslig kinderegg. Det anbefaler jeg.

Takk for oppmerksomheten!