

UiO : **Det juridiske fakultet**

Rett til egen sak

Barns rett til å fremme krav om krenkelse av egne rettigheter etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon når en forelder utvises.

Kandidatnummer: 570

Leveringsfrist: 25.04.2022

Antall ord: 17957



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Problemstillingen	1
1.2	EMK artikkel 8 og barn i utvisningssaker	2
1.3	Metode for avhandlingen	4
1.4	Fremstillingen videre	5
2	FORHOLDET MELLOM BARNETS KRAV OG DEN UTVISTES KRAV	6
2.1	Prosessforutsetninger generelt	6
2.2	Prosessforutsetninger må vurderes individuelt for hvert krav og for hver part	6
2.3	Spørsmålet om hva som er ett og samme krav.....	7
2.4	Kritikk av Djibouti-kjennelsen – det skilles ikke mellom kravene.....	8
3	BRUDD PÅ EMK SOM EGET KRAV.....	10
3.1	Innledning	10
3.2	EMK-brudd som rettskrav	10
3.2.1	Generelt og hensynene bak.....	10
3.2.2	Er rettskravsvilkåret oppfylt for barns krav om EMK-brudd?	11
3.2.3	Avvises barnas EMK-krav i Djibouti-kjennelsen fordi det ikke oppfylte rettskravsvilkåret?.....	13
3.3	Tilknytningskrav i fastsettelsessøksmål for EMK-brudd.....	14
3.3.1	Tilknytningsvilkåret generelt og hensynene bak	14
3.3.2	Er tilknytningsvilkåret oppfylt for barns krav om EMK-brudd?.....	15
3.3.3	Tilknytningsvurderingen i ugyldighetskravet.....	16
3.3.4	Avvises barnas EMK-krav i Djibouti-kjennelsen på grunn av manglende tilknytning?.....	17
3.4	Aktualitetsvilkåret.....	17
3.4.1	Om aktualitetsvilkåret og hensynene bak.....	17
3.4.2	Om fortidighet og fremtidighet.....	18
3.4.3	Behovskravet	19
3.4.4	Endres kravets aktualitet når det er et prejudisielt spørsmål for et annet krav?.....	20
3.4.5	Hva kan utgjøre et konkret behov for barna?	22
3.4.6	Avvises barnas EMK-krav i Djibouti-kjennelsen på grunn av manglende aktualitet?.....	26
3.5	Oppfyller barns EMK-krav vilkårene i § 1-3?.....	27
4	EMK ARTIKKEL 13.....	27

4.1	Innledning	27
4.2	Hensynene bak artikkel 13	28
4.3	Innholdet i EMK artikkel 13	28
4.3.1	Hvem kan påberope seg EMK artikkel 13.....	28
4.3.2	Må en rettighet være krenket?	29
4.3.3	Innholdet i en effektiv prøvingsrett	29
4.3.4	«Effective remedy» er en rettighet som tilfaller individet.....	30
4.3.5	Det gjøres en konkret vurdering av totaliteten av den nasjonale prøvingen	31
5	KREVER EMK ARTIKKEL 13 AT BARNAS FASTSETTELSESSØKSMÅL FREMMES?	31
5.1	Situasjoner hvor EMK artikkel 13 krever at barnas søksmål fremmes.....	31
5.2	Krever EMK artikkel 13 at barn får fremme eget EMK-krav når foreldrene går til ugyldighets søksmål?	33
5.2.1	Høyesteretts vurdering i Djibouti-kjennelsen.....	33
5.2.2	Vil prejudisiell prøving i forelderens ugyldighets søksmål «deal with the substance» av barns EMK-krav?	34
5.2.3	«Personal right to compel»	36
5.2.4	Mindretallets argumenter.....	39
5.3	Oppsummering og konklusjon	40
5.4	EMK artikkel 13 som tolkningsmoment i tvl. § 1-3	41
6	AVSLUTTENDE REFLEKSJONER	42
7	KILDER.....	44
7.1	Litteratur.....	44
7.2	Lover og forskrifter	46
7.3	Forarbeider	46
7.4	Rettspraksis	46
7.4.1	Høyesterettspraksis	46
7.4.2	Underrettspraksis	47
7.5	Internasjonale rettskilder.....	47
7.5.1	Traktater og konvensjoner	47
7.5.2	EMD-dommer.....	48
7.5.3	Annet	49

1 Innledning

1.1 Problemstillingen

Denne avhandlingen skal undersøke om barn, ved utvisningen av en forelder, har adgang til å få fastsettelsesdom for at effektivering av utvisningsvedtaket krenker barnets egne rettigheter etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8.

Vi kan tenke oss at et barn har statsborgerskap og lovlig opphold i Norge, hvor så en eller begge foreldrene blir utvist fra landet. I en slik sak vil den utviste forelderens ofte klage på vedtaket, og dersom det ikke fører frem, gå til et ugyldighetssøksmål mot utvisningsvedtaket. Det hører til sjeldenheten at et barn som ikke selv blir utvist får være part i ugyldighetssøksmålet.¹ Det er ingen tvil om at en utvisning av en eller begge foreldre vil kunne krenke barnets egne menneskerettigheter.² Barnets rett til familieliv, barnets rett til egen identitet og statsborgerskap er nærliggende.³ Spørsmålet avhandlingen søker å besvare er om barnet i en slik situasjon kan sikre at dets egne rettigheter blir behandlet og avklart av domstolen ved å fremme en påstand om at egne rettigheter etter EMK artikkel 8 krenkes ved utvisningen.

Om barnet skal ha adgang til å prøve sine rettigheter for domstolene i en situasjon som den beskrevne, har vært gjenstand for sprikende behandling i Høyesterett. I Maria-saken tillot Høyesterett at barnet fikk være part i ugyldighetssaken for domstolen og fremme eget krav om at barnets rettigheter etter EMK artikkel 8 ble krenket.⁴ Høyesterett kom til motsatt resultat i Djibouti-kjennelsen, HR-2017-1130-A.⁵ Det er dermed uklarhet rundt hva som er gjeldende rett.⁶

Om barns påstand om brudd på egne EMK-rettigheter i utvisningssaker skal behandles av domstolene, kan følge av to alternative hjemler. For det første kan det følge av tvisteloven av 2005

¹ Vangnes (2021) § 1-3 note 5 med videre henvisninger til høyesterettspraksis. Hva gjelder muligheten til å være part i forvaltningsprosessen er det i lovendringen foreslått i Prop.6 L (2021-2022) og vedtatt som utlendingsloven § 80 a (ikke tredd i kraft per 25.04.2022) åpnet for utvidelse av partstatus i forskrift. I Prop.6 L på s. 21 punkt 8.1.5 vises det til at dette kun vil være en mulighet i spesielle situasjoner hvor barnet må være representert av en annen verge enn forelderens.

² Maria-saken, Rt. 2015 s. 93 avsnitt 54 og følgende, Nunez mot Norge avsnitt 70, Kaplan mfl. mot Norge avsnitt 90.

³ Eksempelvis Rt. 2015 s. 93 avsnitt 77.

⁴ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 58.

⁵ HR-2017-1130-A konklusjonen til flertallet i avsnitt 56.

⁶ Spørsmålet har i ettertid vært gjenstand for sprikende behandling i lagmannsretten hvor LB-2018-7516 i et obiter uttaler seg imot Djibouti-kjennelsen, samme syn i LB-2017-74948-1 mens motsatt syn i LB-2017-75840, TOSLO-2016-100528-2 og Schei (2022) kommentar til § 1-3, punkt 3.3 avsnitt 5.

§ 1-3. Alternativt kan det være at EMK artikkel 13 og retten til effektiv prøvingsrett av konvensjonsrettighetene krever at barnas krav fremmes.⁷

1.2 EMK artikkel 8 og barn i utvisningssaker

Avhandlingen skal undersøke barns adgang til å fremme krav om at deres menneskerettigheter etter EMK artikkel 8 krenkes. Det reiser spørsmål om hvorfor det er av betydning om denne type søksmål kan fremmes. Menneskerettighetene, herunder EMK artikkel 8, er rettigheter alle har i kraft av å være menneske. Som det fremgår av EMK artikkel 1 gjelder menneskerettighetene for «enhver». Menneskerettighetene har en særlig viktig funksjon ved at de verner svake parter. Det menneskerettslige vernet av barn står derfor særlig sterkt, som vist ved at FN har vedtatt en særskilt konvensjon for å beskytte deres rettigheter og at denne er inntatt i menneskerettsloven med forrang for annen lovgivning.⁸

Som fremhevet i en rekke avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) er det av avgjørende betydning at menneskerettighetene kan håndheves effektivt og ikke kun forblir illusoriske.⁹ Adgangen til en effektiv prøving av ens menneskerettigheter, herunder domstolsbehandling, er derfor helt sentralt.

EMK artikkel 8 sier at «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv». Samtidig har bestemmelsen, som en rekke av de andre EMK-rettighetene, en unntaksbestemmelse i andre ledd. Det er ingen tvil om at et utvisningsvedtak kan krenke både retten til familieliv og privatliv. Dette kan skje ved at det ikke er mulig å opprettholde det eksisterende familielivet, eller ved at familielivet må opptas et annet sted som kan utfordre den pårørendes rett til privatliv. Særlig for barn vil EMK artikkel 8 kunne bli krenket ved utvisning av en forelder. Selv om hensynet til barnets beste ikke fremgår eksplisitt av bestemmelsen, er det lagt til grunn i rettspraksis at hensynet til barnet er av «paramount importance».¹⁰

⁷ Den norske oversettelsen ble endret fra «effektivt rettsmiddel» til «effektiv prøvingsrett» i artikkelens tekst. Overskriften lyder fortsatt «effektivt rettsmiddel» men i avhandlingen vil jeg på norsk omtale det som retten til en effektiv prøvingsrett som oversettelse av «effective remedy». Se NOU 1993:18 s. 18 siste avsnitt og vedlegg 2b.

⁸ FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989. At barns utsatte stilling kan stille særlige krav til prøvingsretten fremheves i Menneskerettskomiteen (2004) punkt 15.

⁹ I tråd med Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 31 første ledd vektlegges «the object and purpose» ved konvensjonstolkningen, se Wemhoff mot Tyskland avsnitt 8 under «as to the law». EMD går imidlertid lenger enn dette ved å betrakte konvensjonen som et «levende dokument», første gang i Tyrer mot Storbritannia avsnitt 31. Om effektive og ikke illusoriske rettigheter, se Airey mot Irland avsnitt 24 med videre henvisninger.

¹⁰ Se storkammeravgjørelsen Üner mot Nederland avsnitt 58.

Det er videre et viktig poeng at rettighetene etter artikkel 8, herunder retten til familieliv, tilfaller hvert enkelt individ og ikke familien som en gruppe.¹¹ Selv om vurderingen i realiteten ofte kan bli lik for de forskjellige familiemedlemmene, er det ikke nødvendigvis slik.¹² Særlig barn i forskjellig alder kan ha ulike forutsetninger for å kunne ivareta familielivet dersom familien splittes.¹³ Hvert barn er også et selvstendig rettssubjekt prosessuelt. Selv om barn etter tvl. § 2-2 tredje ledd ikke kan representere seg selv i en rettslig prosess, vil de gjennom en stedfortreder kunne opptre som part og få sine krav rettskraftig avgjort. Selv om barn er selvstendige rettighetshavere, ser man ofte at barna følger med som nissen på lasset i vurderinger knyttet til foreldrene.¹⁴

Staten ved Utlendingsdirektoratet (UDI) fatter hvert år et stort antall utvisningsvedtak,¹⁵ hvorav det store flertallet er for brudd på utlendingsloven.¹⁶ Når et utvisningsvedtak fattes, har den utviste adgang til å klage på vedtaket til Utenledningsnemnda (UNE), jf. utlendingsloven (utlendl.) § 76.¹⁷ I forvaltningsprosessen er det kun den utviste som er part.¹⁸ I den grad barnets rettigheter vurderes, er det kun som et ledd i foreldrenes prosess.¹⁹

Det er grunn til å sette spørsmålstegn ved om Norge evner å ivareta hensynet til barna i utvisningssaker godt nok. Regjeringen oppnevnte i 2021 en arbeidsgruppe ledet av lagdommer Baumann som har hatt i oppdrag å undersøke om hensynet til barnets beste ivaretas i utvisningssaker. I en rapport fra januar 2022, konkluderer flertallet med at «Likevel kan det sies å ha etablert seg over tid en streng praksis som kan skape noe tvil om barnets rettigheter - etter Grunnloven, EMK og barnekonvensjonen – i tilstrekkelig grad løftes frem i avveiningen av henholdsvis statens og barnets interesser.»²⁰ Arbeidsgruppen fremmer en rekke forslag for å forsøke å bedre situasjonen, herunder at foreldre med småbarn ikke skal utvises for brudd på utlendingsloven.²¹

¹¹ Artikkelen ordlyd «everyone» på engelsk og «enhver» på norsk.

¹² Eksempelvis Trandum-saken, LB-2016-8370 punkt 5.8 hvor lagmannsretten kom til at artikkel 5 og 3 var krenket hva gjaldt barna, men ikke foreldrene.

¹³ Se Kawkye-nti og Dufie mot Nederland hvor det ble vektlagt at to av barna hadde blitt myndige.

¹⁴ Trandum-saken, LB-2016-8370. Her ble fem barn internert i fengsel sammen med sine foreldre uten nevneverdig vurdering av barnas særlige rettigheter. Se dommens punkt 5.2.4 og 5.2.5 for lagmannsrettens kritikk av dette.

¹⁵ 1883 utvisningsvedtak i 2020 jf. UDI <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2020>.

¹⁶ Ibid. 1101 av 1883.

¹⁷ UNE endret 15 prosent av vedtakene i 2020 og 20 prosent i 2021. <https://www.une.no/sakstyper/utvisning>.

¹⁸ Utlendingsforskriften § 17-1. I Prop. 6 L (2021-2022) ble det foreslått å flytte hjemmelen til utlendingsloven § 80 a. Som nevnt i note 1 kan det i forskrift åpnes for at barn unntaksvis kan få partsstatus, men kun i helt spesielle situasjoner.

¹⁹ Sikres gjennom bestemmelser som utlendingsloven §§ 70 og 49 og utlendingsforskriften § 17-1a.

²⁰ Justisdepartementet (2022) «Terskelen for utvisning i saker som berører barn» s. 156.

²¹ Justisdepartementet (2022) s. 157.

Arbeidsgruppens mandat har vært begrenset til den materielle retten. Spørsmålet i denne avhandlingen er om EMK artikkel 8 og barnets beste i større grad kan sikres gjennom et prosessuelt virkemiddel, nemlig ved å tillate fastsettelsessøksmål om barnets egne EMK-rettigheter.

1.3 Metode for avhandlingen

Forskningsspørsmålet er av rettsdogmatisk art og løses med alminnelig juridisk metode. Spørsmålet er om barns krav om at EMK artikkel 8 krenkes kan fremmes for domstolene.²² Ved en utvisning kan en rekke rettigheter bli krenket, herunder rettigheter etter FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og FNs konvensjon om barns rettigheter (BK). Jeg har imidlertid valgt å undersøke adgangen til å fremme krav om brudd på EMK da dette gir muligheten til ikke bare å undersøke hva som følger av tvl. § 1-3, men også hva som er gjeldende rett etter EMK artikkel 13, som krever en effektiv prøvingsrett for konvensjonsrettighetene. BK har ikke noen bestemmelse om en effektiv prøvingsrett.²³ SP har en slik bestemmelse i artikkel 2 (3), men den er betydelig mindre utviklet enn EMK artikkel 13, og er dårligere egnet for en de lege lata-drøftelse.²⁴ Avhandlingen avgrenses naturlig mot EMK artikkel 6 da hverken utvisningsaker eller krav om EMK-brudd utgjør «civil rights and obligations» og det ikke er omfattet av artikkel 6 sitt virkeområde.²⁵

Oppgaven fokuserer derfor på de to bestemmelsene i tvisteloven § 1-3 og EMK artikkel 13. Ordlyden er knapp i begge tilfeller, men er utpenslet i detalj gjennom rettspraksis.²⁶

De sentrale rettskildene for tvl. § 1-3 er dens forarbeider, høyesterettspraksis, samt sentrale hensyn i sivilprosessen. Etersom tvistelovens § 1-3 er en videreføring av tvistemålsloven §§ 53 og 54 har også rettskildesøkene inkludert disse bestemmelsene. Jeg har gjennomgått samtlige 172 kjennelser og dommer fra Høyesterett hvor vilkårene i § 1-3 er behandlet, med et særlig fokus på de sakene der det nedlegges EMK-påstand, samt de sakene hvor det bes om fastsettelsesdom for et prejudisielt forhold. I tillegg er et utvalg underrettsavgjørelser gjennomgått. Disse er primært valgt ut ved å gjennomgå samtlige underrettsavgjørelser som nevner de sentrale høyesterettsavgjørelsene. Det er særlig nyere praksis som er av interesse for å undersøke hvordan underrettene har forholdt seg til de seneste høyesterettsavgjørelsene. Vilårene i tvl. § 1-3

²² Avhandlingen begrenses til spørsmålet om barna og deres rettigheter, men vil i det store være gjeldende også for ektefeller og andre i nær familie som kan få sin rett til familieliv krenket ved utvisningen.

²³ Høyesterett avviste muligheten for fastsettelsesdom for brudd på BK i Lengeværende barn II Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 102 (dissens). Se kritikk av standpunktet i Skoghøy (2017) s. 406 i petit.

²⁴ I Skoghøy (2016) s. 2 fremheves det at dette kan skyldes EMDs egne fortolkningslære som kan beskrives som evolutiv.

²⁵ Møse (2017) note 52 siste avsnitt.

²⁶ Det fremheves av departementet i Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 142 at det er ønskelig at § 1-3 «utvikles og nyanteres videre gjennom rettspraksis». Hva gjelder artikkel 13 er det nettopp EMDs evolutive tolkningslære som stadig utpensler nye sider av rettighetene.

ble under tvistemålsloven omtalt som rettslig interesse, og blir i undertiden fortsatt det. Jeg vil heller omtale det som vilkårene i § 1-3 uten at meningsinnholdet er noe annerledes.

Innholdet i EMK artikkel 13, må fastlegges etter den metode EMD anvender.²⁷ Vurderingen av hvilke krav som følger av artikkel 13 vil derfor primært forankres i EMDs egne avgjørelser.²⁸ Det er avsagt over 3000 avgjørelser fra EMD hvor artikkel 13 blir anført. Det sier seg selv at en fullstendig gjennomgang av disse kildene ikke er mulig. Jeg har her benyttet Michael Reiertsens doktorgradsavhandling og avhandlingens henvisninger til sentrale avgjørelser for spørsmålene jeg behandler.²⁹ Ettersom avhandlingen ble levert høsten 2016, har jeg gjort egne søk på relevant praksis etter den tid. Dette er gjort ved å hente ut alle avgjørelser som er markert med artikkel 13 i HUDOCs database. Søket var begrenset til avgjørelser som forelå på engelsk. I tillegg til disse nyere avgjørelsene er også de 93 eldre avgjørelsene hvor EMD nevner både artikkel 13 og artikkel 8 gjennomgått.

Jeg vil i avhandlingen benytte formuleringer som barnas krav på dom for EMK-brudd, barnas EMK-krav, barnas adgang til å fremme EMK-kravet for domstolene m.m. I alle tilfeller beskrives det samme, hvorvidt barna har adgang til å fremme et krav om at EMK artikkel 8 krenkes for domstolene eller om det skal avvises.

Å skrive en avhandling med fokus på prosessuelle spørsmål har også gjort det tydelig for meg at det er en viss svakhet i hvordan kjennelser skrives. Det byr på utfordringer når påstandspostene partene har nedlagt ofte ikke inntas i kjennelsene. Det har i en rekke saker krevet en del arbeid å bringe på det rene hvilke påstander som har vært nedlagt. Uklarheten i Djibouti-kjennelsen om hvilke påstandsposter den behandlet har nok skapt ytterligere usikkerhet når underrettene i ettertid har anvendt den som rettskilde.³⁰

1.4 Fremstillingen videre

Jeg vil i kapittel 2 og 3 vurdere om barnas krav på fastsettelsesdom for brudd på EMK oppfyller vilkårene i tvl. § 1-3. Selve vurderingen av vilkårene i § 1-3 gjøres i kapittel 3. Før vilkårene kan drøftes må det fastlegges noen grunnleggende regler for hvordan prosessforutsetninger vurderes. Dette gjøres i kapittel 2 hvor det på den bakgrunn rettes kritikk mot den nyeste høyesterettsdommen som vurderer tvl. § 1-3 og barns krav om fastsettelsesdom.³¹

²⁷ Rt. 2000 s. 996 nederst på s. 1007 og Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

²⁸ Det følger av Wienkonvensjonen artikkel 31 at konvensjonspraksis er relevant. Det er også trukket frem av EMD selv, som i Hermann mot Tyskland avsnitt 78.

²⁹ Reiertsen (2017) «The European Convention on Human Rights Article 13 – Past, present, future».

³⁰ Se praksis vist til i fotnote 6, hvor det ser ut til at underretten tolker kjennelsen forskjellig.

³¹ Djibouti-kjennelsen, HR-2017-1130-A.

I kapittel 4 og 5 vurderes det om kravene til effektiv prøvingsrett etter EMK artikkel 13 krever at barns krav på fastsettelsesdom for EMK-brudd må fremmes. Jeg vil først redegjøre for de relevante delene av artikkel 13 i kapittel 4 før jeg i kapittel 5 vurderer om de oppfylles ved den ordning Høyesterett la til grunn i Djibouti-kjennelsen eller om artikkel 13 krever at barnas EMK-krav behandles av domstolen.

I kapittel 6 vil jeg komme med noen avsluttende refleksjoner.

2 Forholdet mellom barnets krav og den utvistes krav

2.1 Prosessforutsetninger generelt

Vilkårene i tvl. § 1-3 utgjør noen av prosessforutsetningene som må være oppfylt for at sivile søksmål skal kunne anlegges. Før disse vilkårene drøftes, er det nødvendig å se på hvordan domstolen vurderer og avgjør spørsmål om prosessforutsetningene er oppfylt.

Prosessforutsetninger begrenser hvilke saker som slipper inn til domstolsbehandling. Samtidig sikrer de også adgang til domstolene. Dersom prosessforutsetningene er oppfylt har man krav på å få saken sin behandlet. Prosessforutsetninger kan være relative eller absolutte. Absolutte prosessforutsetninger medfører at retten selvstendig må ta stilling til om prosessforutsetningen er oppfylt uansett om partene har anført avvisning eller ei.³² Dersom en absolutt prosessforutsetning ikke er oppfylt, skal domstolene alltid avvise kravet uansett hva partene gjør gjeldende.³³ Dette medfører at dersom barns krav om dom for EMK-brudd ikke oppfylder vilkårene i tvisteloven § 1-3 skal domstolen alltid avvise barnas krav, uavhengig av om partene gjør det gjeldende.

2.2 Prosessforutsetninger må vurderes individuelt for hvert krav og for hver part

Som nevnt innledningsvis, vil barnets krav om at effektivering av utvisningsvedtaket krenker deres rettigheter etter EMK artikkel 8, gjerne fremmes i foreldrenes ugyldighetssøksmål. I en sak med flere parter eller flere krav, må retten vurdere om prosessforutsetningene, herunder vilkårene i § 1-3, er oppfylt for hver part og for hvert krav.

Vilkåret «rettskrav» i § 1-3 har sammenfallende betydning med «krav» i § 15-1 (1).³⁴ Dersom det etter § 15-1 fremsettes flere krav i én og samme sak, må det vurderes for hvert krav om det oppfylder vilkårene om rettskrav, aktualitet og tilknytning. Ordlyden i tvl. § 1-3 andre ledd angir

³² Dette viser Høyesterett i Rt. 2015 s. 93 avsnitt 37 «Staten har ikke påstått avvisning av gyldighetssøksmålet. Domstolene må imidlertid av eget initiativ ta stilling til om det foreligger rettslig interesse.»

³³ Skoghøy (2017) s. 73.

³⁴ HR-2020-35-A avsnitt 38.

at saksøker må «påvise et reelt behov for å få *kravet* avgjort i forhold til saksøkte» (min kursivering). Dersom det er flere krav som fremmes må det påvises behov for hvert av kravene.

Det samme gjelder også for parter. Etter tvl. § 15-2 kan flere parter opptre både som saksøker og som saksøkt. Vilkårene i tvl. § 1-3 må være oppfylt for alle saksøkere og saksøkte. Det følger av § 1-3 andre ledd at hvorvidt «reelt behov» for å få kravet avgjort avgjøres etter en samlet vurdering av «kravets aktualitet og partenes tilknytning til det». Ordet «det» peker tilbake på «kravet» og det må altså vurderes om hver part har en tilstrekkelig tilknytning til «kravet». Dette vurderes for hver part. Er det flere krav vil tilknytningen også måtte vurderes for hvert enkelt krav.

2.3 Spørsmålet om hva som er ett og samme krav

Ettersom vilkårene i § 1-3 skal vurderes individuelt for hvert krav, blir det av betydning hva som utgjør ett krav og hva som er to forskjellige krav. Dette er et mye diskutert emne i sivilprosessen.³⁵ Sentralt for vurderingen av om noe utgjør ett og samme krav er om det er kvalitativt ulike rettsvirkninger, om påstandene baserer seg på de samme faktiske vilkår og rettslig grunnlag og hvilke interesser rettsreglene beskytter.³⁶

I saker hvor foreldre og barn går til søksmål og nedlegger to påstander, utvisningsvedtaket er ugyldig og effektivering av vedtaket krenker EMK artikkel 8, er det et spørsmål om hvor mange krav som fremmes for retten. Hva gjelder EMK-påstanden er det klart at den inneholder like mange krav som det er parter som hevder at egne rettigheter har blitt krenket. EMK artikkel 8 sin rett til familieliv tilfaller hver enkelt. Hvis den utviste forelderen anfører at sine egne rettigheter krenkes og barnet anfører at sine egne rettigheter krenkes, er det to forskjellige krav i samme påstand.

Det finnes en rekke eksempler fra Høyesterettspraksis som viser at selv om et krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK også utgjør et prejudisielt forhold i et ugyldighets- eller erstatningssøksmål er det fortsatt to forskjellige krav som fremmes.³⁷ I Maria-saken nedla barnet påstand om at morens utvisningsvedtak var ugyldig, og egen påstand om krenkelse av EMK artikkel 8. Høyesterett vurderte det tydelig som to forskjellige krav som ble fremsatt og vurderte for hvert krav om vilkårene i tvl. § 1-3 var oppfylt.³⁸

³⁵ Se NOU 2001:32 punkt 14.2.3.5.7 flg. Skoghøy (2017) s. 1080 flg. Backer (2020) s. 379 flg.

³⁶ Skoghøy (2017) s. 1081.

³⁷ Høyesterett gjennomfører forskjellige vurderinger av EMK-kravet og erstatnings- eller ugyldighetskravet i bl.a. HR-2021-1345-A avsnitt 83, HR-2016-2178-U avsnitt 2 og 13 flg. og Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 66.

³⁸ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 36-42.

Dersom barnet fremmer påstand om ugyldighet og påstand om at EMK artikkel 8 krenkes, vil det være to forskjellige krav som også i avvisningsomgangen må vurderes individuelt. Selv om EMK artikkel 8 vil være et mulig rettslig grunnlag for ugyldighetskravet, er det sjeldent det vil være det eneste som anføres. Videre er det riktig nok en likhet i de to påstandenes virkning, da en dom for at effektivering av vedtaket krenker EMK artikkel 8 har svært like virkninger som at vedtaket er ugyldig. Men det er prinsipielt to forskjellige ting om et vedtak er ugyldig og om det strider mot menneskerettighetene å effektuere det.

En annen viktig forskjell mellom de to påstandene er hvilke rettsfakta domstolen kan vurdere. I et ugyldighetssøksmål skal domstolen vurdere rettsfakta som forelå på tidspunktet for vedtaket.³⁹ Ved et fastsettelsessøksmål for brudd på EMK skal domstolen legge til grunn situasjonen på domstidspunktet.⁴⁰ Dette medfører at når barnets krav om ugyldighet på grunn av EMK artikkel 8 vurderes, legges situasjonen på vedtakstidspunktet til grunn, mens når barnets krav om fastsettelsesdom på at effektivering av vedtaket krenker EMK artikkel 8, kan domstolen hensynta rettsfakta helt opp til domstidspunktet.⁴¹ At forskjellig rettsfakta kan vektlegges tilsier at det er forskjellige krav. Det er dermed klart at en påstand om ugyldighet og en påstand om at effektivering av utvisningsvedtaket krenker EMK er to forskjellige krav. Videre er det klart at hvert individ som hevder at egne rettigheter etter EMK er krenket, fremmer et eget krav for domstolene.

2.4 Kritik av Djibouti-kjennelsen – det skilles ikke mellom kravene

I Djibouti-kjennelsen var det anket over en avvisningskjennelse. Mor, E, hadde blitt utvist fra Norge og forvaltningsrettslige klager hadde ikke ført frem. E sammen med far, F, og barna A, B, C og D innga stevning til Oslo tingrett med påstand om at utvisningsvedtaket var ugyldig. Det ble også nedlagt påstand om at utvisningen krenket familiemedlemmenes rett til familieliv etter EMK artikkel 8. Begge krav ble avvist hva gjaldt A, B, C, D og F i alle instanser. I Høyesterett deler dommerne seg i et flertall på 4 og et mindretall på 1. Mindretallet har en noe annen begrunnelse, men samme resultat, at begge kravene avvises hva gjelder familiemedlemmene. Dette ble vurdert etter både tvl. § 1-3 og EMK artikkel 13. Utgangspunktet er dermed at det foreligger et prejudikat som avgjør det spørsmålet denne avhandlingen reiser og således skulle

³⁹ Det ble flertallets konklusjon i lengeværende barn I Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 98.

⁴⁰ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 83. Kritisert i Holdø (2015) som mener uttalelsen er et obiter og at den uten grunnlag henter støtte i Rt. 2012 s. 2039. Holdø mener det kun er sikkert at HR la til grunn krenkelsestidspunktet. Der kravet er at effektivering av et vedtak krenker menneskerettigheter vil imidlertid denne forskjellen ikke få betydning da krenkelsestidspunktet og domstidspunktet er sammenfallende. At det er forskjellig tidspunkt for faktumsvurderingen anses som sikker rett i Skoghøy (2018) s. 290-291.

⁴¹ Dette fremheves som noe paradoksalt av mindretallsvotaene i Rt. 2012 s. 1985, Bårdsen, avsnitt 181, og Skoghøy, avsnitt 229.

ytterligere drøftelse være unødvendig. Det er imidlertid flere svakheter ved kjennelsen som reiser spørsmålet om den må fravikes for fremtiden.

Høyesterett måtte vurdere både hvorvidt vilkårene i tvl. § 1-3 var oppfylt, og om de pårørende måtte få saken fremmet etter EMK artikkel 13. En nærmere vurdering av Høyesteretts behandling av disse spørsmålene kommer i avhandlingens del 4 og 5. Rent prosessuelt er det fire spørsmål Høyesterett måtte ta stilling til hva gjelder de pårørendes krav. For det første er det et spørsmål om vilkårene i § 1-3 er oppfylt for familiemedlemmenes krav om partsstatus i ugyldighetssøksmålet og for deres krav om fastsettelsesdom for EMK-brudd. Videre er det spørsmål om EMK artikkel 13 krever at familiemedlemmene får være parter i ugyldighetssøksmålet eller om EMK artikkel 13 krever at de får fremme egen påstand om fastsettelsesdom for EMK-brudd.

Hverken flertallet eller mindretallet skiller på noe tidspunkt i sine vurderinger av vilkårene i tvl. § 1-3 mellom kravet om ugyldighet og kravet om fastsettelsesdom for EMK-brudd.⁴² Som redegjort for under punkt 2.3, er det klart at dette utgjør to forskjellige krav. Følgelig må vilkårene i § 1-3 vurderes for hvert av kravene. I avsnitt 30 angir førstvoterende at sakens vurderingstema er «om familiemedlemmene har tilstrekkelig tilknytning til utvisningsvedtaket». Dette er riktig vurderingstema for spørsmålet om partsstatus i ugyldighetssøksmålet, men det er ikke riktig problemstilling for om fastsettelsessøksmålet skal fremmes. Mindretallet bemerker helt riktig at avvisningskjennelsen gjelder både «påstanden fra familiemedlemmene at utvisningsvedtaket av mora skulle kjennast ugyldig, og at det var i strid med EMK artikkel 8», men det tas ikke hensyn til at det er to forskjellige krav.⁴³

Det er ikke grunn til å tro at Høyesterett med dette har tatt et bevisst valg om å fravike grunnleggende sivilprosessuell metode. Det er mer nærliggende at spørsmålet ikke har vært synlig for Høyesterett og at retten ikke har hatt en bevisst holdning til hvordan spørsmålet skal løses for fastsettelsessøksmål om EMK-rettigheter. I materielle spørsmål trenger ikke domstolen å ta stilling til andre spørsmål og anførsler enn det partene anfører, i tråd med disposisjonsprinsippet. Men som nevnt i punkt 2.1, er vilkårene i § 1-3 absolutte prosessforutsetninger og ansvaret for korrekt vurdering påhviler domstolen uavhengig av hva partene anfører.

Prima facie ser det ikke ut til at Høyesterett gjør noen selvstendig vurdering av om vilkårene i § 1-3 er oppfylt for påstanden om krenkelse av familiemedlemmenes egne rettigheter etter EMK

⁴² At det i saken også rent faktisk var nedlagt påstand om egen fastsettelsesdom for EMK-brudd fremgår indirekte flere steder i Høyesteretts kjennelse samt direkte fra anførselene for lagmannsretten hvor ankende part anfører «Det er også krevd fastsettelsesdom for krenkelse av EMK artikkel 8, som beskytter hele familien.»

⁴³ Dommer Utgård i avsnitt 67.

artikkel 8. Jeg vil i det følgende gå gjennom vilkårene i § 1-3 og vurdere om de vil være oppfylt for denne type søksmål.

3 Brudd på EMK som eget krav

3.1 Innledning

Det ligger i saken at vilkårene i § 1-3 må vurderes for hver enkelt sak som fremmes for domstolene. Det er allikevel mulig å si mye om hvorvidt barns søksmål om egne EMK-rettigheter typisk vil oppfylle vilkårene. Det er videre av interesse å undersøke hva som eventuelt vil være avgjørende for om et slikt krav oppfyller vilkårene i § 1-3 eller ikke.

3.2 EMK-brudd som rettskrav

3.2.1 Generelt og hensynene bak

Av tvl. § 1-3 første ledd følger det at det kun kan reises sak om «rettskrav» og det retter seg mot søksmålgjenstanden. Fra ordlyden alene kan det utledes at det må fremmes noe som kan karakteriseres som «krav» og at det må være underlagt rettslige regler, *rettskrav*.

At domstolene er begrenset til en behandling av rettslige krav kan fremstå som innlysende. Domstolsystemet er organisert for best mulig å kunne svare på rettslige spørsmål. Dommerne er utdannede jurister og utnevnes primært på denne bakgrunn.⁴⁴ De er ikke nødvendigvis noe mer moralske enn innbyggerne for øvrig og er heller ikke utnevnt på grunn av politisk teft.⁴⁵ Det er dermed en naturlig konsekvens at det ikke fremmes saker av primært moralsk eller politisk art for domstolene. De er ikke egnet til å løse disse spørsmålene, og det ville nok gitt mange gale avgjørelser og svekket domstolens kredibilitet i samfunnet.⁴⁶

Med rettskravbegrepet har det også skjedd en avgrensning i hva som kan fremmes for domstolene ved kravdelen av begrepet. Domstolen er i utgangspunktet begrenset til å behandle saker hvor det kreves en viss virkning.⁴⁷ Det finnes nok av kranter om hva som er rett og galt og lovlig og ulovlig. Hadde det vært lov å gå til domstolen ens ærend for å få avgjort at man har rett og den andre tar feil, kunne domstolen blitt overlesset av saker. Ettersom domstolen har begrensede ressurser, er det ønskelig å begrense mengden saker.

⁴⁴ Etter domstolloven § 54 må alle dommere ha «juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap» og videre fra § 55 bør det kun utnevnes personer som «tilfredsstillende høye krav til faglige kvalifikasjoner.»

⁴⁵ Høyesterett avsto i Rt. 2010 s. 880 fra å behandle et spørsmål som ble hevdet var regulert av en moralsk metafysisk norm, om likekjønnet ekteskap krenket andre ekteskap.

⁴⁶ Dette har også en side mot maktfordelingsprinsippet og de andre statsmaktens sfære, fremhevet i Backer (2020) på s. 226.

⁴⁷ Høyesterett vurderte et grensetilfelle i Naturbetong I, Rt. 2008 s. 362 hvor det var fremmet krav om at bygging i strid med negativ servitutt var rettsstridig. HR vurderer i avsnitt 52-55 om rettsvirkningen var for usikker til at søksmålet skulle anses for å angå et «rettsforhold» (begrepsbruken ble endret til rettskrav ved innføringen av tvisteloven, og denne saken gikk etter tvistemålsloven).

Det er videre ønskelig med en konkret vurdering. Når et konkret faktum forelegges retten, er det kun dette den trenger å ta standpunkt til.⁴⁸ Dersom en kunne bringe mer abstrakte eller rene juridiske spørsmål inn, ville domstolens arbeidsmengde i saken øke drastisk da den måtte ta stilling til en rekke eventualiteter.⁴⁹ Leser en forarbeider til en lov vil det ofte være et svært omfattende utredningsarbeid, mye mer omfattende enn en dom. Dette er delvis fordi en i denne prosessen må utrede generelt og abstrakt. Domstolens virksomhet blir betydelig mer fokusert ved at det kun er konkrete «krav» som behandles. Det samme hensynet har fått gjennomslag ved at saksøker må kunne påvise et «reelt behov» for å få kravet avgjort overfor motparten. Dette avgrenser ytterligere mot de rent teoretiske og abstrakte forhold.

3.2.2 Er rettskravsvilkåret oppfylt for barns krav om EMK-brudd?

Adgangen til å få dom for at noe er «ulovlig» eller «rettstridig» har vært begrenset i norsk rett.⁵⁰ Før inkorporeringen av EMK i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven (mrl.) i 1999 anså ikke Høyesterett det nødvendig å tillate søksmål med påstand om at en menneskerettighetskonvensjon var krenket.⁵¹ Etter vedtakelsen av menneskerettsloven ble det imidlertid klart at kravet til en effektiv prøvingsrett etter EMK artikkel 13 kunne kreve at denne type påstander ble tillatt fremmet for domstolene, selv om kravet skulle vært avvist etter forgjengeren til tvl. § 1-3, tvistemålsloven §§ 53 og 54.⁵²

Norsk rett måtte tilpasse seg de nye kravene etter EMK artikkel 13. Dette kunne vært gjort på to forskjellige måter. Praktiseringen av vilkårene i § 1-3 kunne fortsatt som før og som utgangspunkt ikke anse påstander om menneskerettighetsbrudd som rettskrav. Når man i en sak kommer til at menneskerettighetspåstanden ikke er et rettskrav og derfor ikke skal fremmes, må det så vurderes om EMK artikkel 13 allikevel krever at kravet fremmes for domstolen. Dersom det er tilfellet, må kravet tillates, i tråd med menneskerettslovens forrangsbestemmelse i § 3. Dette vil i det følgende omtales som minimumsoppfyllelse. Denne form for minimumsoppfyllelse la departementet opp til ved innføringen av tvisteloven:

⁴⁸Skoghøy (2017) s. 396.

⁴⁹ Dette hensynet står fortsatt sterkt, men har blitt nyansert siden Rt. 1984 s. 1488 hvor Høyesterett avviste prøving av en forskrift. Eksempelvis ble det i ACER-kjennelsen HR-2021-41-P avsnitt 172 åpnet for et søksmål av mer generell karakter.

⁵⁰ NOU 2001:32 A pkt 5.4.6. første avsnitt s. 200.

⁵¹ I kvinnefengsel-saken, Rt. 1994 s. 1244 uttaler førstvoterende på s. 1249 «Som påpekt av lagmannsretten, har man imidlertid i rettspraksis vært meget restriktiv når det gjelder å akseptere krav om dom for at et bestemt forhold er rettsstridig. Utgangspunktet er at det som det kan kreves dom for, er virkningene av at det foreligger rettsstrid».

⁵² Ot.prp.nr.3 (1998-1999) s. 54 se også Rt. 2003 s. 301 avsnitt 39.

Et krav om særskilt dom for at et forhold er rettstridig fordi en bestemmelse i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) er overtrådt, utgjør et rettskrav etter første ledd når konvensjonsmessigheten ikke kan bli prøvd på annen måte, se også RT-2003-301.⁵³

Alternativet ville vært alltid å anse påstand om menneskerettighetsbrudd som rettskrav. Det ville fortsatt vært adgang til å begrense søksmål med påstand om fastsettelsesdom for menneskerettsbrudd, men det vil da måtte gjøres med de øvrige vilkårene i § 1-3 og gjennom de andre prosessforutsetningene. Dette var løsningen Tvistemålsutvalget mente var den beste, og som de foreslo «Et krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK må etter utvalgets mening anses for å gjelde et rettskrav etter bestemmelsen.»⁵⁴

Videre begrunner Tvistemålsutvalget sitt synspunkt slik:

Slik Tvistemålsutvalget ser det, er det imidlertid ikke hensiktsmessig å bygge på en minimumsoppfyllelse av konvensjonene i forbindelse med ugyldighets- eller erstatningssøksmålene. Tillater man først at det avsies fastsettelsesdom for krenkelse i situasjoner der ugyldighets- eller erstatningssøksmål er uegnet, fremstår det som lite konsekvent, og unødig formelt, å stenge for at spørsmålet om krenkelse også avgjøres i domsslutningen der det i tillegg er krevd dom for ugyldighet eller er krevd erstatning.⁵⁵

Tvistemålsutvalgets holdning ble imidlertid ikke delt av departementet og følgelig var det en minimumsoppfyllelse som var gjeldende rett ved vedtakelsen av tvisteloven. Spørsmålet er om dette fortsatt er gjeldende rett 17 år etter vedtakelsen av tvisteloven.⁵⁶

I plenumsavgjørelsen Lengeværende barn II var det et spørsmål om det kunne fremmes eget krav om at barnets rettigheter etter EMK artikkel 8 ble krenket ved utsendelsen av barnet.⁵⁷ Barnet var også part i ugyldighetssøksmålet mot utvisningsvedtaket. Flertallet uttaler kort «De ankende parter har krevd fastsettelsesdom for at utsendelsen av C krenker EMK artikkel 8 om retten til privatliv. Jeg er enig i at det er prosessuell adgang til eventuelt å avsi en slik dom».⁵⁸ Retten delte seg i et flertall på 11 med en delvis dissens på 3 og en mer fullstendig dissens på

⁵³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 364.

⁵⁴ NOU 2001:32 B del III s. 652.

⁵⁵ NOU 2001:32 A del II s. 201.

⁵⁶ Usikkerheten rundt hva som ville bli gjeldende rett, departementets syn eller Tvistemålsutvalget, reises av Robberstad (2007) på s. 92 i petit.

⁵⁷ Rt. 2012 s. 2039.

⁵⁸ Ibid. avsnitt 66.

5. De dissenterende vota var imidlertid ikke uenige i at det er prosessuell adgang for fastsettelsesdom for EMK-brudd også i en sak hvor EMK-kravet behandles prejudisielt i et ugyldighets-søksmål.⁵⁹ Høyesterett fravek her den minimumsoppfyllelse departementet hadde foreslått da de behandlet EMK-kravet i en sak hvor EMK artikkel 13 ikke krevde det.

I Rt. 2015 s. 921 skulle Høyesterett ta stilling til om en innsatt som hadde blitt overført til et fengsel med høyere sikkerhetsnivå kunne fremme krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK, i en sak hvor han også hadde fremmet et ugyldighetskrav. Førstvoterende uttaler «Om et slikt krav skal tas til behandling, beror på om kravet til rettslig interesse er oppfylt, jf. tvisteloven § 1-3. Det er ikke tvilsomt at vi her har å gjøre med et rettskrav som det potensielt kan avsies dom for.»

Det samme synet har blitt lagt til grunn i flere høyesterettsavgjørelser både i forkant og i etterkant.⁶⁰ Basert på denne høyesterettspraksis legger jeg til grunn at departementets uttalelser i forarbeidene ikke lenger kan anses som gjeldende rett, og at det naturlige utgangspunktet må være at et krav om fastsettelsesdom for menneskerettighetsbrudd utgjør rettskrav, også om det kan prøves på andre måter.

Barns krav om dom for EMK-brudd må dermed anses som et rettskrav og det første vilkåret i § 1-3 er oppfylt.

3.2.3 Avvises barnas EMK-krav i Djibouti-kjennelsen fordi det ikke oppfylte rettskravsvilkåret?

Som nevnt i punkt 2.4 er det utfordrende å forstå Høyesteretts rasjonale i HR-2017-1130-A for avvisning av kravet om dom for EMK-brudd. Det er derfor nødvendig å stille spørsmål om det er holdepunkter i deres kjennelse for at de faktisk har vurdert EMK-kravet særskilt og avviste det fordi et av vilkårene i § 1-3 ikke var oppfylt.

Ut over at de har gjengitt ordlyden i tvisteloven § 1-3, er ikke «rettskrav» nevnt i kjennelsen og det er heller ikke anført av partene eller nevnt i underinstansenes avgjørelser. Høyesterett gjør i kjennelsen en grundig vurdering av om EMK artikkel 13 krever at de pårørendes søksmål skal fremmes.⁶¹ Hadde minimumstilnærmingen departementet foreslo fortsatt vært gjeldende rett, kunne dette ha vært en indirekte måte å si at de ikke anser EMK-kravet for å utgjøre et rettskrav. Hvis så, hadde det vært åpenbart at kravet måtte avvises etter tvl. § 1-3 og det eneste som hadde

⁵⁹ Tvert imot mente begge mindretallsvotaene at det også måtte kunne fremmes krav om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen, se Bårdens votum avsnitt 113-126 og Mathesons votum avsnitt 139-142.

⁶⁰ Se også HR-2016-2178-U avsnitt 13 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 42 og avgjørelser Høyesterett viser til i det siterte, «Rt-2011-1666 avsnitt 32, Rt-2012-2039 avsnitt 66 og Rt-2015-93 avsnitt 42».

⁶¹ HR-2017-1130-A avsnitt 41-56.

vært nødvendig å vurdere, var om EMK artikkel 13 krevde en annen løsning. Etter som minimumsbetraktningen har blitt fraveket av Høyesterett i en rekke avgjørelser, herunder i plenum, er det imidlertid ikke nærliggende å tolke kjennelsen slik.⁶²

Det må derfor være trygt å slutte at Høyesterett ikke avviste EMK-kravet fordi det ikke utgjorde et rettskrav.

3.3 Tilknytningskrav i fastsettelsessøksmål for EMK-brudd

3.3.1 Tilknytningsvilkåret generelt og hensynene bak

Etter tvisteloven § 1-3 andre ledd er det et vilkår at saksøker «må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte».⁶³ Etter bestemmelsens andre punktum skal vurderingen bestå av en «samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.»

Tilknytningskravet gjelder både for saksøker og saksøkte, og omtales ofte som henholdsvis kravet til aktiv og passiv tilknytning.⁶⁴ Tilknytningskravet må ses i lys av ønsket om riktige avgjørelser. Det forutsettes at det er de som er nærmest saken som kjenner den best og dermed best kan bidra til sakens opplysning.⁶⁵ Dersom domstolen kunne bli tvunget til å ta stilling til faktiske hendelser som ingen av partene i nevneverdig grad kan bidra til å få klarhet i, ville rettens avgjørelser oftere bli feil. Videre følger det av tvl. § 19-15 at en dom kun er bindende for partene. Det er derfor av stor betydning at dommen binder dem det er nødvendig å binde for at saken skal bli avgjort.

Kravet om tilknytning for at det skal foreligge et «reelt behov» er av betydning for den saksøkte. Det å være saksøkt kan være en stor påkjenning da det kan være tidkrevende og belastende både emosjonelt og økonomisk. Det gir derfor mening å begrense når noen kan tvinges inn i en slik rolle.⁶⁶ Å være saksøkt er ikke frivillig. Det er derfor det også kreves at «reelt behov» delvis avgjøres på grunn av partenes tilknytning til kravet. Dersom saksøktes tilknytning er svak, er det mindre grunn til å tvinge dem inn i en belastende rolle.⁶⁷

⁶² Lengeværende barn II, Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 66, Rt. 2015 s. 93 og Rt. 2015 s. 921 avsnitt 82.

⁶³ Denne formuleringen er uheldig språklig sett da «i forhold til» normalt skal leses som «sammenlignet med». Det skal ikke skje en sammenligning av saksøkers og saksøktes behov for å få dom for kravet, men derimot må saksøker påvise et behov for å få kravet avgjort overfor den saksøkte.

⁶⁴ Hov (2017) s. 114 og s. 124.

⁶⁵ Tvl. § 21-4 første ledd forankrer at vi ikke har en inkvisitorisk domstol i Norge, men at partene har ansvaret for å opplyse saken, se også NOU 2001:32 A s. 181 og 182.

⁶⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 137.

⁶⁷ Backer (2020) s. 222.

Tilknytningskravet for saksøker er også viktig fra et autonomiperspektiv.⁶⁸ Det er et grunnleggende syn at hvert individ er autonomt og har rett til selvbestemmelse. Det er derfor naturlig at det kun er den som er innehaver av et krav som kan fremme det for retten. Andre skal ikke kunne råde over det som tilfaller deg uten særlige grunner.

3.3.2 Er tilknytningsvilkåret oppfylt for barns krav om EMK-brudd?

Spørsmålet er om vilkåret om tilknytning er oppfylt i saker hvor barn går til fastsettelsessøksmål for å få dom for at sine egne rettigheter etter EMK er brutt.

Hva gjelder passiv tilknytning, vil dette være oppfylt så lenge det er staten som er saksøkt.⁶⁹ Etter EMK artikkel 1 og Grunnloven (Grl.) § 92 påhviler det staten å sikre menneskerettighetene.⁷⁰

Hva gjelder aktiv tilknytning tilsier ordlyden at vilkåret åpenbart må være oppfylt. «Kravet» det skal vurderes «partenes tilknytning» til er barnets egne menneskerettigheter. Tidligere høyesterettsdommer Gunnar Aasland har uttalt om den aktive søksmålstilknytningen at «Spørsmål om rettslig interesse vil vanligvis ikke engang oppstå når saksøkeren pretenderer en subjektiv rett for seg selv.»⁷¹ Vårt typetilfelle gjelder barns egne rettigheter etter EMK artikkel 8. Som nevnt innledningsvis anses enhver som håndhever av egne rettigheter, og tilknytningsvilkåret vil normalt alltid være oppfylt.

Høyesteretts avgjørelse i Maria-saken viser dette tydelig. Datteren hadde fremmet krav både om ugyldighet hva gjaldt morens utvisningsvedtak og om at egne rettigheter etter EMK ble krenket. Høyesterett vurderte først om datteren skulle få fremme ugyldighetspåstanden og drøftet i all hovedsak om det forelå tilstrekkelig tilknytning.⁷² Retten gikk så over til å vurdere om datteren fikk fremme kravet om EMK-brudd. Her drøftes både vilkårene rettskrav og aktuelt behov, men tilknytning blir ikke berørt.⁷³ Det ligger i EMK-kravets natur at det er en selvfølge at tilknytningsvilkåret er oppfylt.

Det finnes dog et eksempel fra underrettspraksis som er av interesse, da det kan se ut til at tilknytningsvilkåret ble benyttet som avvisningsgrunnlag.⁷⁴

⁶⁸ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 265.

⁶⁹ Rt. 2011 s. 1666 avsnitt 33.

⁷⁰ Etter utlendingsloven § 79 er det også Staten som er riktig saksøkte ved et ugyldighets søksmål. Det er således samme saksøkte jf. tvl. § 15-1 første ledd.

⁷¹ Aasland (2015) s. 462.

⁷² Rt. 2015 s. 93 avsnitt 37-39.

⁷³ Ibid. avsnitt 41 og 42.

⁷⁴ LB-2016-193160.

3.3.3 Tilknytningsvurderingen i ugyldighetskravet

Som nevnt innledningsvis kan ofte pårørende ønske å være part i ugyldighetssøksmålet til den utviste, samtidig som de krever dom for at deres egne rettigheter etter EMK er krenket. Et slikt sakskompleks ble forelagt lagmannsretten i Djibouti-kjennelsen.⁷⁵ Denne kjennelsen ble anket til Høyesterett og er drøftet mye videre i denne avhandlingen. Det er dog interessant å se hva lagmannsretten gjør, da de løser avvisningsspørsmålet annerledes enn Høyesterett.

Lagmannsretten begynner med vurderingen av partsstatus i ugyldighetssøksmålet og uttaler «Dette kan formuleres som et spørsmål om familiemedlemmene er berørt av avgjørelsene i en slik grad at det er "naturlig" å gi dem adgang til å reise sak om forholdet for domstolene». Etter en drøftelse av rettskildene og den konkrete saken konkluderer lagmannsretten med at ektefellen og barna ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til at vilkårene i § 1-3 er oppfylt. Det skrives videre:

Lagmannsrettens konklusjon omfatter begge påstandspostene i stevningen. Det er en nær indre sammenheng mellom postene i den forstand at spørsmålet om utvisning er et uforholdsmessig inngrep i familielivet og krenker EMK artikkel 8, inngår i begge postene. Det taler for at løsningen av spørsmålet om partsstatus må være den samme for begge påstandspostene

Her avviser lagmannsretten barnas krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK på grunnlag av en vurdering av barnas tilknytning til ugyldighetskravet. Det er feil. Barnets krav om å være part i ugyldighetskravet kan nektes grunnet manglende tilknytning, da det argumenteres for at et så personlig vedtak som et utvisningsvedtak kun bør kunne overprøves av den utviste.⁷⁶ Dette argumentet er kritisert i teorien.⁷⁷

Det er uansett noe helt annet å si at barnet ikke har tilknytning til å reise søksmål om sin egen rettighet etter EMK. Riktig nok vil barnets rett etter EMK behandles i utvisningsspørsmålet, men det er uvedkomment for *tilknytningsvilkåret*. Skal denne type påstander avvises, må det være på annet grunnlag. Lagmannsretten ser ut til å vurdere saken slik at kravene er så like at de må vurderes likt. Det kan være adgang til å behandle to påstandsposter likt hvis begge deler er ett krav. Det er imidlertid klart at ugyldighetskravet og EMK-kravet ikke er det samme

⁷⁵ LB-2016-193160.

⁷⁶ Dette er Høyesteretts begrunnelse i Rt. 1995 s. 139 hvor en samboer ble nektet å anke.

⁷⁷ Pedersen (2020) s. 118. Hvis et utvisningsvedtak kjennes ugyldig, blir ikke den utviste pålagt å være i landet. Det vil heller ikke være adgang for andre enn den utviste å gå til søksmål mot et vedtak som gir opphold da påstandsgrunnlaget som gir familiemedlemmene «reelt behov» for å gå til sak er at EMK artikkel 8 krenkes. Det er vanskelig å anføre at det foreligger «reelt behov» dersom familiemedlemmet får bli i Norge.

kravet.⁷⁸ Det er dermed ikke adgang til å gjøre slik lagmannsretten gjør og tilknytningsvilkåret må vurderes særskilt for EMK-kravet.

3.3.4 Avvises barnas EMK-krav i Djibouti-kjennelsen på grunn av manglende tilknytning?

Det er et spørsmål om Høyesterett i HR-2017-1130-A avviser familiemedlemmenes EMK-krav fordi de ikke anser tilknytningsvilkåret for å være oppfylt. Det kan se ut som en nærliggende lesing av kjennelsen, da flertallet innledningsvis i avsnitt 30 skriver «Spørsmålet i denne saken er om familiemedlemmene har tilstrekkelig *tilknytning* til utvisningsvedtaket». Vurderingen som følger, knytter seg utelukkende til ugyldighetskravet. Flertallet gjør ikke som lagmannsretten og uttaler at EMK-kravet må løses likt, eller på noe tidspunkt tilslutter seg lagmannsrettens vurderinger. Det er dermed ingenting som tilsier at barnas EMK-krav er avvist for manglende tilknytning.

3.4 Aktualitetsvilkåret

3.4.1 Om aktualitetsvilkåret og hensynene bak

Det andre vurderingstemaet under «reelt behov» er kravets aktualitet, som angår kravets tids- og nyttedimensjon.⁷⁹ Dette kan formuleres som at «Avgjørelsen av kravet må være av aktuell betydning».⁸⁰ Aktualitetskravet har en avgrensende funksjon mot fortidige og fremtidige krav. For det første sikrer aktualitetskravet at saker legges frem for domstolen på riktig tidspunkt. Selv om det har gått lang tid siden noe har skjedd, betyr det ikke at partene nødvendigvis har lagt det bak seg. Det kan imidlertid bli betydelig vanskeligere å føre bevis for hendelser som er svært gamle. Hensynet til sakens opplysning tilsier da at det må settes en grense for hvor fortidig et forhold kan være. Det handler også om forutsigbarhet for saksøkte. En viss tid etter at noe har skjedd bør saksøkte kunne legge til grunn at en hendelse hører historien til.⁸¹

Aktualitetskravet begrenser også adgangen til å få dom for fremtidige forhold. Domstolen tar stilling til konkrete tvister typisk basert på kjensgjerninger som allerede har inntruffet. Fremtiden er som kjent usikker, og skulle domstolen i utstrakt grad behandle saker som baseres på at visse begivenheter skal inntreffe ville det gjort et stort innhugg i hvor opplyst saken kan bli og hvor sikkert avgjørelsesgrunnlag retten kan bygge på.⁸²

⁷⁸ Se drøftelsen av dette under punkt 2.3.

⁷⁹ Backer (2020) s. 220.

⁸⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 365.

⁸¹ Robberstad (2013) s. 93 punkt 8.3.1.

⁸² Hov (2017) s. 109 som også påpeker en mulig tendens mot å i større grad tillate krav om fremtidige forhold.

Det ville også rokke ved endeligheten av en rettskraftig avgjørelse dersom de forutsetninger retten har lagt til grunn viser seg ikke å inntreffe. Domstolsbehandling tjener i dag en funksjon som en tilnærmet endelig avgjørelse av et krav. Denne funksjonen ville blitt svekket om fremtidige krav ble behandlet i utstrakt grad. Også hensynet til riktig resultat taler imot å behandle fremtidige forhold av denne grunn.⁸³ Resultatets riktighet vil avhenge av en rekke forhold som kanskje ikke inntreffer. Ettersom fremtiden rommer flere muligheter enn hva faktisk materialiserer seg, ville en behandling av fremtidige krav også mangedoblet antallet saker som kunne blitt bragt inn for domstolen.

Man må ha en aktuell interesse, i motsetning til en rent teoretisk interesse, i å få dom i tråd med sin påstand. Hvordan retten formulerer dette, varierer. De kan spørre om det er bevist et «reelt behov» eller «konkret behov».⁸⁴ Det ser imidlertid ut til å være den samme vurderingen retten anlegger uavhengig av ordbruk. Spørsmålet er om konsekvensene av å få kravet idømt er tilstrekkelig til at domstolen bør befatte seg med det. Hensynet bak denne begrensningen kan primært forankres i domstolens begrensede ressurser.⁸⁵ Dersom interessen i en dom kun er av teoretisk eller abstrakt art, anses det som mindre viktig enn der en dom vil ha konkrete følger. Det har også en side mot saksøkte. Å være saksøkt er ikke valgfritt og man bør i utgangspunktet spares for den belastningen der rettssaken er uten konkret betydning.

3.4.2 Om fortidighet og fremtidighet

I utlendingssakene generelt, og adgangen til dom for at utvisningsvedtak vil krenke EMK spesielt, vil aktualitetsvilkårets tidsbegrensning få betydning for at det ikke kan reises søksmål før utvisningsvedtaket er fattet.⁸⁶ Selv om det anses som sannsynlig at vedtaket kan komme, og familiemedlemmer derfor kan ønske at det fastslås at vedtaket vil krenke EMK, vil det ikke være adgang til å gå til sak.

Påstandsutformingen vil gjerne være «effektivering av utvisningstaket krenker barnets rett på familieliv etter EMK artikkel 8» eller lignende. Det kreves med dette dom for et fremtidig forhold da utvisningen ennå ikke har skjedd. Men så lenge det foreligger et gyldig og gjeldende utvisningsvedtak når EMK-kravet fremmes vil det måtte sies å foreligge et «aktuelt behov for å få avklart et rettslig spørsmål».⁸⁷ At utvisningen vil skje er ikke et hypotetisk spørsmål, men svært nært sikkert.⁸⁸ Dersom en person blir utvist, er ikke dette en diskresjonær adgang for

⁸³ Robberstad (2007) s. 86.

⁸⁴ HR-2021-1345-A avsnitt 85, Rt-2015-921 avsnitt 82 og HR-2021-1345-A avsnitt 86.

⁸⁵ Aasland (2015) s. 452.

⁸⁶ Om søksmål om fremtidige forhold, se Skoghøy (2017) s. 415.

⁸⁷ Rt. 1994 s. 959 på side 962.

⁸⁸ Høyesterett har i flere saker tillatt søksmål om fremtidige myndighetsutøvelse, se Schei (2022) kommentar til § 1-3, punkt 4.2 avsnitt 3 med videre henvisninger.

forvaltningen å velge og iverksette vedtaket eller ikke - forvaltningen er bundet til å iverksette vedtaket. De hensynene som gjør seg gjeldende mot å behandle fremtidige krav knytter seg primært til usikkerheten om fremtidige hendelser og de konsekvenser det får for avgjørelsers endelighet og deres riktighet. Ettersom det her ikke foreligger nevneverdig usikkerhet, gjør ikke disse hensynene seg gjeldende.

Dersom utvisingen allerede er et faktum, er det i utgangspunktet ikke noe som burde stenge for at barna fremmer EMK-krav om at utvisningsvedtaket krenker deres rettigheter etter EMK artikkel 8. Kravet er i behold så lenge familielivet nektes. Dersom det ved utvisningsvedtaket blir ilagt et innreiseforbud på for eksempel to år, blir det et spørsmål om barna kan gå til søksmål etter at denne toårsperioden er over. Krenkelsen har da opphørt, men det hindrer ikke at kravet kan fremmes så lenge det skjer innen rimelig tid etter opphøret.⁸⁹ Det vil da måtte avgjøres basert på om det fortsatt foreligger et aktuelt behov.⁹⁰

3.4.3 Behovskravet

Dersom barna får medhold i at effektueringen av et utvisningsvedtak krenker deres rettigheter etter EMK artikkel 8, vil det være rettsstridig å iverksette vedtaket overfor barna. Dom for kravet vil således kunne ha konkrete virkninger og ha en nytte for barna.⁹¹ Dette tilsier at det kan foreligge et «reelt behov». Det beror imidlertid på en konkret vurdering om det foreligger «reelt behov» for å behandle kravet. Av den grunn er det nødvendig å fastlegge i hvilken situasjon barnas EMK-krav blir fremmet, for at det skal kunne vurderes om vilkåret om «reelt behov» er oppfylt.

Som redegjort for innledningsvis vil barna som regel fremme sin påstand om brudd på EMK artikkel 8 i samme søksmål som den utviste forelderen nedlegger ugyldighetspåstand. Barna vil som regel ikke få være part i ugyldighetskravet. Spørsmålet er om det i disse sakene foreligger et «reelt behov» basert på EMK-kravets aktualitet. At utvisingen krenker barnets rettigheter etter EMK artikkel 8 vil også utgjøre et av påstandsgrunnlagene for foreldrenes krav om ugyldighet. EMK-kravet er således et prejudisielt rettsforhold i ugyldighetskravet. Det må derfor først klarlegges hvorvidt det at EMK-krav også behandles prejudisielt i ugyldighetskravet påvirker barnas behov for å fremme EMK-kravet.

At det gjøres en vurdering av «konkret behov» som fokuserer på om virkningen av søksmålet er tilstrekkelig, har som premiss at et fastsettelsessøksmål for EMK-brudd ofte ikke har

⁸⁹ HR-2016-12178-U avsnitt 14.

⁹⁰ Det er ikke uvanlig at krav fremmes etter at krenkelsen har opphørt. Det blir da et spørsmål om det fortsatt foreligger et aktuelt behov se Rt. 2015 s. 921 avsnitt 82.

⁹¹ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 42.

tilstrekkelig nytte i seg selv.⁹² Dette kan ses som en videreføring eller en omsubsumering av det som før var argumentet for at krav om fastsettelsesdom for EMK-brudd ikke oppfylte rettskravsvilkåret.⁹³ Som redegjort for under punkt 3.2.2 er praksis i dag at rettskravsvilkåret alltid anses oppfylt. Men at virkningsaspektet vurderes under begrepet «reelt behov» åpner for en mer skjønnsmessig vurdering enn den absolutte avvisningen som ligger i at det ikke utgjør et rettskrav.⁹⁴

3.4.4 Endres kravets aktualitet når det er et prejudisielt spørsmål for et annet krav?

Høyesterett har i en rekke saker tatt stilling til om det skal tillates at et krav om fastsettelsesdom for EMK-brudd fremmes når det også utgjør et prejudisielt forhold i et annet krav. I Maria-saken drøftet Høyesterett først om de skulle la datteren fremme ugyldighetskravet. Etter å ha konkludert bekreftende på spørsmålet gikk de over til å vurdere om hun også skulle få nedlegge påstand om EMK-brudd. Førstvoterende uttalte:

At et eventuelt konvensjonsbrudd – etter omstendighetene – også vil kunne komme til å utgjøre et prejudisielt rettsforhold i et parallelt gyldighetssøksmål, reduserer ikke den rettslige interessen som hun i utgangspunktet har i håndhevelsessøksmålet.⁹⁵

Førstvoterende skriver at EMK-kravets aktualitet ikke reduseres ved at det også behandles som et prejudisielt spørsmål i et annet krav. Samme synspunkt fremgår av en avgjørelse i utvalg fra 2016 hvor en pasient hadde blitt holdt tilbake ved tvang etter legeundersøkelse. Det ble i etterkant fremmet et erstatningskrav hvor det også ble nedlagt påstand om fastsettelsesdom for brudd på EMK. Førstvoterende uttalte:

Den omstendighet at et menneskerettsbrudd utgjør et prejudisielt rettsforhold for et erstatningskrav, kan klart ikke medføre at den rettslige interessen i å få fastsettelsesdom

⁹² Aall (1998) på s. 53 mener dette harmonerer svært dårlig med EMDs syn, hvor nettopp konvensjonskrenkelsen er hovedpoenget og svært viktig å få vurdert.

⁹³ Den nære koblingen fremgår eksempelvis fra Regjeringsadvokatens innspill til Tvistemålsutvalgets NOU slik det fremgår i ot.prp.nr.51 (2004-2005) punkt 11.8.3 s. 153 hvor de skriver «Regjeringsadvokatens standpunkt til dette spørsmålet innebærer videre at man unngår en lempning av kravet til rettsforhold/rettskrav og aktuell søksmålsinteresse/'reelt behov', som innebærer et vilkår om at avgjørelsen må få konkret betydning for saksøkerens rettsstilling i dag».

⁹⁴ Robberstad (2013) uttaler seg på s. 91 kritisk til det hun omtaler som «behovsprøving» av retten til domstolsbehandling. Hun argumenterer for at «reelt behov» kun bør være utvidende, og ikke en adgang til å innskrenke hvilke søksmål som kan reises.

⁹⁵ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 42. Det førstvoterende her omtaler som «håndhevelsessøksmålet» er påstanden om brudd på EMK.

for menneskerettsbruddet faller bort eller blir redusert dersom det også blir krevd erstatning.⁹⁶

Selv om prejudisiell behandling ikke reduserer det «reelle behovet» i å få dom for EMK-kravet, fremgår det fra flere avgjørelser at saksøker må kunne vise til et konkret behov for å få dom for EMK-kravet ut over nytten av kravet hvor EMK-kravet behandles prejudisielt.

I en avdelingsavgjørelse fra 2015 skulle Høyesterett ta stilling til om et vedtak om å overføre en innsatt til et fengsel med høyere sikkerhetsnivå var ugyldig.⁹⁷ Den innsatte nedla også påstand om fastsettellesdom for krenkelse av EMK artikkel 6.2. Førstvoterende uttalte «Men kravet til aktualitet i tvisteloven § 1-3 andre ledd må være oppfylt. Jeg kan ikke se at A har påvist noe reelt behov for å få særskilt dom her.»⁹⁸ Det er ikke tvilsomt i den nevnte saken at vedtaket ville vært ugyldig dersom den innsatte fikk dom for at overføringen krenket hans rett etter EMK artikkel 6.2. Høyesterett mente at det måtte være et behov ut over hva som allerede oppnås gjennom det andre kravet.

Samme synspunkt fremgår i en nyere avgjørelse fra 2021.⁹⁹ UNE hadde avvist en søknad om familiegjenforening, og det ble nedlagt påstand om at vedtaket var ugyldig og at det krenket EMK artikkel 8. Høyesterett kom til at vedtaket var ugyldig på internrettslig grunnlag. De går så over til å vurdere hvorvidt de skal behandle påstanden om at vedtaket krenket EMK artikkel 8. De avviser dette kravet under den begrunnelse at «Dei ankande partane har ikkje peikt på noko konkret behov for dom for konvensjonsbrot som går ut over kravet om å kjenne UNES vedtak ugyldig.»¹⁰⁰

Det ser ut til å være motstrid mellom disse avgjørelsene. De to førstnevnte ser ut til å holde fast på at et EMK-krav ikke mister aktualitet av at det også behandles som et prejudisielt spørsmål, mens de to sistnevnte ser ut til å etterlyse ytterligere behov for at EMK-kravet skal fremmes. I utvalgsavgjørelsen fra 2016 sluttet dog Høyesterett seg til vurderingen som var gjort i den tilsynelatende motstridende avdelingsavgjørelsen fra 2015.¹⁰¹ De uttaler:

Denne tilnærmingen [tilnærmingen til Høyesterett i Rt. 2015 s. 921, min anmerkning] er etter ankeutvalgets oppfatning prinsipielt riktig. Den omstendighet at et rettskrav

⁹⁶ HR-2016-2178-U.

⁹⁷ Rt. 2015 s. 921.

⁹⁸ Ibid. avsnitt 82.

⁹⁹ HR-2021-1345-A.

¹⁰⁰ HR-2021-1345-A avsnitt 86.

¹⁰¹ HR-2016-2178-U og Rt. 2015 s. 921.

utgjør et prejudisielt forhold for et annet krav i saken, er ikke tilstrekkelig for å tillate fastsettelsessøksmål om det prejudisielle forholdet.¹⁰²

Noe som kanskje kan forklare denne tilsynelatende sprikende praksisen, er Høyesteretts formulering i den sist siterte saken hvor de skriver «Dei ankande partane har ikkje peikt på noko». I dette ligger det at det påhviler partene å vise til hvilket behov de mener de har for et krav. Som redegjort for i punkt 2.1, er vilkårene i § 1-3 absolutte prosessforutsetninger i betydning at retten alltid må ta stilling til om de er oppfylt. Men rettens plikt ligger i å alltid vurdere vilkårene, ikke lete etter grunner til at aktualitetsvilkåret kan være oppfylt. Rettens prøving skjer innenfor rammene av partenes anførsler. En saksøker må derfor pretendere et behov for et søksmål, og retten må vurdere om dette tilsier at lovens krav til aktualitet og «reelt behov» er oppfylt.

Konklusjonen blir med det at hvorvidt EMK-kravet utgjør et prejudisielt spørsmål i et annet krav ikke øker det «reelle behovet» for å få fremme EMK-kravet. Men det skal heller ikke utelukke muligheten. Saksøker må kunne peke på et «reelt behov» for å få EMK-kravet særskilt pådømt.

3.4.5 Hva kan utgjøre et konkret behov for barna?

Dersom det legges til grunn at barna må peke på et konkret behov for å få sitt EMK-krav fremmet ut over ugyldighet, blir spørsmålet hva som kan utgjøre et konkret behov for barna i disse sakene.

I en del saker har det konkrete behovet vært et ønske om reparasjon i form av at menneskerettskrenkelsen fremgår av domsslutningen.¹⁰³ Dette blir imidlertid kun aktuelt der krenkelsen allerede har skjedd. Barna fremmer normalt sitt krav om EMK-brudd før selve krenkelsen kan sies å ha inntruffet, nemlig at familieliv har blitt krenket ved at forelderen ikke får være i Norge. Den moralske oppreisning som ligger i at menneskerettsbruddet fastslås i domsslutningen blir dermed ikke aktuell i vårt scenario.

Det er derimot et spørsmål om barnas behov for forutsigbarhet tilsier at menneskerettighetskrenkelsen fremmes som egen påstand. I familiegjenforeningsaken fra 2021 var det ikke pekt på noe ytterligere behov for EMK-kravet og retten «hoppet over gjerdet der det var lavest» og ga medhold til moren på internrettslig grunnlag, som var et av morens påstandsgrunnlag. Høyesterett tok ikke stilling til et annet av morens påstandsgrunnlag, nemlig at utvisningsvedtaket var ugyldig fordi EMK var krenket, og avviste EMK-kravet da de mente moren ikke hadde vist

¹⁰² HR-2016-2178-U avsnitt 20.

¹⁰³ HR-2018-1909-A avsnitt 66 og HR-2016-2178-U avsnitt 16.

til noe konkret behov for å få det behandlet.¹⁰⁴ Det er imidlertid en viktig forskjell mellom utvisningssaker og familiegjenforeningssaker som kan illustreres med denne dommen.

I 2021-avgjørelsen kom Høyesterett til at UNEs vedtak om å ikke omgjøre UDIs vedtak var ugyldig.¹⁰⁵ UNE hadde begrunnet sitt vedtak i ordre public-forbeholdet i ekteskapsloven, men Høyesterett var uenig i UNEs vurdering. Høyesterett hadde dermed ryddet av banen den eneste grunnen til å nekte familiegjenforeningen og i praksis sikret gjenforeningen. Ved at vedtaket om familiegjenforening omgjøres bringes saken ut av verden. Det er ikke aktuelt at spørsmålet om familiegjenforening kan oppstå igjen da det allerede er innvilget opphold. Familiemedlemmenes interesse i å få dom for et særskilt EMK-krav blir dermed rent teoretisk eller moralsk. De vil ikke ha noe behov for å få slått fast at en nektelse av gjenforening kan krenke EMK da det aldri er aktuelt å søke gjenforening igjen.

Dette skiller seg fra utvisningssaker. Et utvisningsvedtak kan bli kjent ugyldig av en lang rekke grunner. Dersom utvisningsvedtaket for eksempel blir kjent ugyldig av domstolene på grunn av saksbehandlingsfeil, er det nærliggende at utlendingsforvaltningen vil fatte et nytt vedtak, denne gangen uten saksbehandlingsfeilen. I motsetning til et vedtak om opphold, er ugyldighet av et utvisningsvedtak kun et vern mot utsendelse frem til neste utvisningsvedtak foreligger. Barna må sies å ha en særlig interesse her, ikke bare i å sikre seg mot dette konkrete utvisningsvedtaket, men i større grad mot at utvisning av forelderen skal kunne skje overhodet.

Som vist til i HR-2021-1345-A er det ingen garanti at domstolen vil behandle alle påstandsgrunnlagene for et ugyldighetskrav. I en sak med alternative påstandsgrunnlag kan retten «hoppe over gjerdet der det er lavest» og kun vurdere ett påstandsgrunnlag dersom det er tilstrekkelig til å gi saksøker medhold.¹⁰⁶ Dette synet fremmet departementet i forarbeidene, hvor de skriver:

Gjør en saksøker gjeldende flere forskjellige rettslige grunnlag til støtte for en påstand, forekommer det ofte at det er klart at ett grunnlag fører fram, men mer tvilsomt om andre gjør det. I slike tilfeller vil domstolene etter vanlige prosessregler – som videreføres i lovforslaget – kunne gi saksøkeren medhold på det grunnlaget som framstår som klart, og unnlate å bruke tid på å vurdere de øvrige grunnlagene.¹⁰⁷

¹⁰⁴ HR-2021-1345-A avsnitt 83-86.

¹⁰⁵ HR-2021-1345-A konkluderer i avsnitt 81.

¹⁰⁶ HR-2021-1345-A avsnitt 81, samt Schei (2022) til § 1-3 punkt 2.8 tredje avsnitt.

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 154.

Det er kun dersom barna får fremme sitt EMK-krav at de er sikret at domstolen vil ta stilling til EMK-spørsmålet, prejudisielt eller ei.¹⁰⁸ Selv om spørsmålet om EMK-brudd skulle være tvilssomt og det er klart at utvisningsvedtaket lider saksbehandlingsfeil og derfor er ugyldig, er det åpenbart at barna har et behov for å få fastslått at en utvisning av mor eller far krenker EMK. Dersom domstolen kommer til et slikt resultat, vil det være vesentlig vanskeligere for forvaltningen senere å skulle fatte et nytt utvisningsvedtak. Hensynet til rettsavklaring mellom partene og forutsigbarhet for barna tilsier at det foreligger et behov.

Departementet begrunnet sitt synspunkt for ikke å behandle samtlige påstandsgrunnlag med effektivitetshensyn.¹⁰⁹ Dette er et legitimt hensyn å vektlegge når det kommer til hvorvidt domstolen må ta stilling til samtlige påstandsgrunnlag, men er det relevant ved vurderingen av om det foreligger «reelt behov» for å få avgjort et krav? Vurderingen av reelt behov knytter seg til partenes behov for avklaring, og ikke hvorvidt det er merarbeid for domstolen å ta stilling til det. Det er en ensidig vurdering av partenes behov og ikke en interesseavveining mellom domstol og partene. Det kan også diskuteres om det faktisk er «effektivt» å ikke behandle samtlige krav i et sakskompleks i samme sak. Selv om Staten er saksøkt og man normalt ville vurdert belastningen saksøkte må gjennomgå som et relevant hensyn ved «reelt behov»-vurderingen, er situasjonen på mange måter motsatt her. Selv om den utviste og eventuelt barna er saksøker, er det klart de som har den største belastningen ved å måtte gjennomgå gjentatte forvaltnings- og rettsprosesser. Hensynet til å verne saksøkte mot unødvendig belastning gjør seg dermed ikke gjeldende med normal styrke i disse sakene.

Det er også andre grunner som taler for at det foreligger «reelt behov» for å behandle EMK-kravet og at det ikke kun tas stilling til prejudisielt. I utvalgsavgjørelsen fra 2016 fremhevet Høyesterett «Utvalget viser i denne forbindelse for det første til at det standpunkt retten inntar til prejudisielle rettsspørsmål, ikke kan påankes særskilt» og videre at «Spørsmålet om det foreligger konvensjonskrenkelse, kan bare bli effektivt prøvd gjennom flere instanser dersom det blir gjort til selvstendig søksmålsgjenstand.»¹¹⁰

For barna kan dette være av særlig betydning i utvisningssaker da en behandling av ugyldighetskravet kan komme til at EMK ikke er brutt, men at vedtaket er ugyldig på annet grunnlag. Som påpekt over, har barna et behov for rettslig avklaring av EMK-spørsmålet, herunder at det kan ankes og behandles i flere instanser. Barna og foreldrene vil ikke kunne anke EMK-

¹⁰⁸ Tvl. § 19-3 tredje ledd hjemler at det skal stemmes særskilt over hvert krav.

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 154.

¹¹⁰ HR-2016-2178-U avsnitt 18.

spørsmålet hvis det kun fremgår av domsgrunnene.¹¹¹ Videre tilsier også behovet for rettslig avklaring for samfunnet at disse spørsmålene kan behandles særskilt. Dette vil gjøre det mulig å anke kun EMK-spørsmålet til Høyesterett og kan bidra til rettsavklaring og enhet i hele landet.

Avgjørelsene som hittil har blitt gjennomgått skiller seg fra vårt typetilfelle, da det er samme part som fremmer ugyldighets- eller erstatningskrav og EMK-kravet. I vårt typetilfelle vil som hovedregel barna ikke få opptre som part i ugyldighetssøksmålet, men kun som partshjelp.¹¹² Med mindre de får fremme eget krav om brudd på EMK, vil de ikke få noen bindende avgjørelse for seg. At dette kan utgjøre et «konkret behov», fremhevet Høyesterett i Maria-saken:

Spørsmålet om konvensjonsbrudd har åpenbart også aktuell interesse for B, ettersom en dom i hennes favør innebærer at det ville være rettstridig overfor henne å effektivere vedtakene, jf. Grunnloven § 92.¹¹³

Høyesterett hadde allerede her gitt datteren partsstatus i ugyldighetssøksmålet så effektivisering av vedtaket ville allerede være rettstridig overfor datteren dersom vedtaket ble kjent ugyldig. Høyesterett mente altså at det forelå et ytterligere «reelt behov» ved at en dom for at utvisningen krenker EMK ville gjøre det rettstridig etter Grl. § 92 å effektivere vedtaket, og ikke bare etter forvaltningsretten.¹¹⁴ I vårt scenario er barna avhengige av å få fremme sitt EMK-krav for at det i det hele tatt skal bli rettstridig overfor dem å effektivere vedtaket. Dette taler for at det foreligger «reelt behov» for å behandle kravet.

Mer grunnleggende kan man stille spørsmålet om barna ikke har «reelt behov» i å få håndhevet sine rettigheter. Som det har blitt vist i en rekke avgjørelser blir det spurt om man kan vise til noe ytterligere enn ugyldighetskravet man har fått fremme. Barna har dog ikke fått fremmet noe krav. De risikerer at spørsmålet om deres egne menneskerettigheter avgjøres prejudisielt i en sak de ikke er part i. Det er vanskelig å tenke seg en annen partskonstellasjon hvor den holdningen at en må ta til takke med at ens krav behandles prejudisielt i en annen parts søksmål ville blitt godtatt. At ditt krav har blitt tatt stilling til prejudisielt i en annens søksmål er ikke bindende for deg, og det vil etter rettskraftsreglene ikke være adgang til å nekte et nytt søksmål hvor dette kravet fremmes.

¹¹¹ Dette poenget gjør seg også gjeldende for staten i erstatningssaker hvor brudd på EMK utgjør ansvarsgrunnlaget. Der vil domstolen kunne komme til at EMK er krenket, men at et annet erstatningsvilkår mangler. Staten vil således kunne bli frifunnet for erstatning, men ha en dom hvor det i premissene hevdes de har krenket EMK. Kun ved at EMK-spørsmålet skilles ut som eget krav og påstandspost kan staten ha mulighet til å anke i en slik situasjon. Dette poenget fremheves i HR-2016-2178-U avsnitt 18.

¹¹² HR-2017-1130-A avsnitt 55 og 56.

¹¹³ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 42.

¹¹⁴ Ibid. avsnitt 42. «ettersom en dom i hennes favør innebærer at det ville være rettstridig overfor henne å effektivere vedtakene, jf. Grunnloven § 92».

Som det fremgår av ordlyden i § 1-3 skal reelt behov «avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det». Dette peker mot at man skal se de to vilkårene i sammenheng. Når vi her har vurdert barnas aktuelle behov for avgjørelse av kravet må det ses i lys av deres tilknytning til det. Barnas tilknytning er absolutt. Det er snakk om å kreve sine egne menneskerettigheter. Dette kan tilsi en lempeligere tolkning av hvilke krav man skal sette til det konkrete behovet barna må påvise.

Konklusjonen må bli at det normalt vil foreligge tilstrekkelig «reelt behov» for barna til å få sitt EMK-krav avgjort. Aktualitetsvilkåret vil derfor normalt være oppfylt.

3.4.6 Avvises barnas EMK-krav i Djibouti-kjennelsen på grunn av manglende aktualitet?

Spørsmålet er så om det er grunnlag for å anse HR-2017-1130-A som et prejudikat for at aktualitetsvilkåret ikke er oppfylt for barn som fremmer EMK-krav i samme sak som en forelders ugyldighetssøksmål.

I flertallets konklusjon begrunnes avvisningen av barnas krav med «Ved vurderingen har jeg lagt særlig vekt på at en eventuell krenkelse av deres menneskerettigheter, vil bli prøvd fullt ut i saken som E [moren, min anmerkning] har anlagt for domstolene.»¹¹⁵

Dette kunne ha pekt mot at det var gjort en vurdering av behovet for at søksmålet ble fremmet, men at det ikke forelå tilstrekkelig behov. Drøftelsen flertallet har gjort av at barnas krav blir prøvd i den foresattes søksmål gjøres imidlertid under en vurdering av EMK artikkel 13, ikke tvisteloven § 1-3.¹¹⁶

Videre ble det i punkt 3.4.4 redegjort for omfattende høyesterettspraksis som sier at om et spørsmål behandles prejudisielt ikke reduserer behovet for at det behandles som særskilt krav. Og i tråd med de behov påpekt i punkt 3.4.5 ville Høyesteretts resonnement harmonisert dårlig med de særskilte behov barna har får å få fremmet sitt krav. Til Høyesteretts forsvar kan det påpekes at det ikke fremgår av partenes anførsler som er gjengitt i kjennelsen at det er påpekt noe særskilt behov for EMK-kravet.¹¹⁷

¹¹⁵ HR-2017-1330-A avsnitt 56.

¹¹⁶ HR-2017-1130-A avsnitt 48-52.

¹¹⁷ HR-2017-1130-A avsnitt 14-18.

Det er derfor mest nærliggende å legge til grunn at Høyesterett for aktualitetsvilkåret ikke har gjort en egen vurdering av barnas EMK-krav i Djibouti-kjennelsen, og den bør følgelig ikke leses som noe prejudikat for spørsmålet.

3.5 Oppfyller barns EMK-krav vilkårene i § 1-3?

Basert på det ovenfor gjennomgåtte fremstår det som klart at vilkårene i § 1-3 som regel vil være oppfylt der barna fremmer krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK artikkel 8 i samme sak som en forelder fremmer ugyldighetskrav. Behovet for å få sitt krav behandlet i en sak de er part i, og som vil ha bindende virkning for dem, tilsier at kravet fremmes.

Selv om kravet nektes i Djibouti-kjennelsen, er det ikke holdepunkter i dommen for at retten faktisk har vurdert spørsmålet. Det bør da heller være Maria-saken og Høyesteretts vurdering der som er det gjeldende prejudikat for dette spørsmålet.

4 EMK artikkel 13

4.1 Innledning

EMK artikkel 13 krever at det foreligger en effektiv prøvingsrett for brudd på rettighetene i konvensjonen. Det er en aksessorisk rettighet i likhet med artikkel 14 som skal sikre konvensjonens materielle rettigheter. Dersom denne prøvingsretten kun kan realiseres ved domstolsprøving i et konkret spørsmål, kan ikke vilkårene i tvl. § 1-3 og prosessforutsetningene for øvrig praktiseres slik at de nekter en effektiv prøvingsrett slik det forstås i konvensjonen, jf. menneskerettslovens forrangsbestemmelse i § 2.

EMK artikkel 13 lyder:

Art 13. Right to an effective remedy

Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity

EMK artikkel 13 gir «Everyone» en rett på en «effective remedy before a national authority». Det følger av EMK artikkel 1 at staten er pålagt å sikre sine innbyggere enhver rettighet som følger av konvensjonen, herunder retten til en «effective remedy» etter artikkel 13. Som nevnt innledningsvis, følger det av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 2 at dersom det er strid mellom regelen som følger av norsk rett og av EMK, må den EMK-rettslige regelen gå foran den norske.

Spørsmålet er om EMK artikkel 13 krever at barna får fremme et krav om at egne rettigheter etter EMK artikkel 8 krenkes ved utvisningen, eller om barnas rettigheter etter EMK artikkel 13 kan oppfylles uten at eget søksmål tillates.

4.2 Hensynene bak artikkel 13

EMK artikkel 13 krever en nasjonal prøvingsrett og gir, sammen med artikkel 35 (1) om uttømming av nasjonale rettsmidler, uttrykk for subsidiaritetstankegangen. Dersom det ikke var krav om en nasjonal prøvingsrett, ville det resultert i et svært høyt antall krav måtte bli fremmet direkte for EMD. Dette ville vært umulig for domstolen å håndtere og utfordre EMKs eksistens.¹¹⁸ Det ville også fratatt statene det primære ansvaret for å sikre etterlevelsen av menneskerettighetene.¹¹⁹ Det er derfor et krav om at rettighetene etter EMK må kunne prøves effektivt nasjonalt.¹²⁰

Subsidiaritetsprinsippet betyr imidlertid ikke at EMD ikke skal drive kontroll av den nasjonale oppfyllelsen av rettighetene, herunder retten til en effektiv prøvingsrett.¹²¹ EMK artikkel 13 eksisterer for å sikre at de øvrige rettighetene håndheves effektivt i medlemslandene. Som EMD selv ofte uttaler «it should be reiterated that the Convention is intended to guarantee not theoretical or illusory rights, but rights that are practical and effective.»¹²²

4.3 Innholdet i EMK artikkel 13

4.3.1 Hvem kan påberope seg EMK artikkel 13

Bestemmelsen gjelder «Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated». Dette betyr at det kun er de som har rettigheter og friheter etter konvensjonen som har krav på et effektivt rettsmiddel etter artikkel 13. Det følger av EMK artikkel 1 at de kontraherende parter skal sikre rettighetene og frihetene i konvensjonen for «everyone within their jurisdiction». Under utarbeidelsen av bestemmelsen var det først foreslått teksten «all persons residing within the territories of the signatory states», men dette ble endret til «everyone within their jurisdiction» da «residing» kunne innsnevre hvem som ble ansett beskyttet av konvensjonen.¹²³

¹¹⁸ Kudla mot Polen avsnitt 155.

¹¹⁹ Kudla mot Polen avsnitt 152.

¹²⁰ I Bertelsen (2011) settes det spørsmålsteget ved hvorvidt statene har hatt klare strategier for hvordan de nasjonale prøvingsinstansene skal beskytte konvensjonsrettighetene, se s. 342. Samme syn i Jacobs (2010) s. 142.

¹²¹ Scordino mot Italia avsnitt 192.

¹²² Ibid.

¹²³ Reiertsen (2017) s. 177-178 med henvisning til M.S.S. mot Belgia og Hellas.

4.3.2 Må en rettighet være krenket?

Videre angir ordlyden at kravet om effektiv prøvingsrett inntreer når rettigheter «are violated». I konvensjonens tidlige år ble det reist spørsmål om dette medførte at en kun hadde krav på en effektiv prøvingsrett i de tilfeller hvor det de facto forelå en krenkelse av en rettighet.¹²⁴ En slik tolkning ville gitt svært uheldige utslag da poenget med artikkel 13 er å få prøvet om det foreligger en krenkelse. Dersom den rettigheten først ville eksistere der det er fastslått at det foreligger en krenkelse forsvinner mye av poenget. Dette er i strid med den teologiske tolkningslære EMD har lagt til grunn.

Det ble allerede i Klass mfl. mot Tyskland avvist at krenkelsen må være konstatert for at EMK artikkel 13 skal gi krav om nasjonal prøvingsrett.¹²⁵ Dette ble senere nyansert til å gjelde enhver «arguable claim».¹²⁶ En parallell kan trekkes til EMK artikkel 35 (3) bokstav a hvor EMD ikke behøver å ta en klage til behandling, dersom de anser den for å være «manifestly ill-founded». På samme måte vil EMD sjeldent anse at det foreligger en «arguable claim» hvis den er «manifestly ill-founded».¹²⁷

Dersom en person som er omfattet av konvensjonen har en «arguable claim» om at ens rettigheter er krenket inntreer det et krav om en «effective remedy».

4.3.3 Innholdet i en effektiv prøvingsrett

Fra ordlyden til «effective remedy before a national authority» kan det utledes at det ikke er et absolutt krav om domstolsbehandling. En kan se ordlyden i artikkel 13 opp mot ordlyden i artikkel 6 som derimot angir et krav om prøving ved en «independent and impartial tribunal established by law». Det primære kravet til den nasjonale myndigheten er at den kan sies å utgjøre en «effective remedy» for det menneskerettslige kravet.

Kravene til en effektiv prøvingsrett kan deles inn i to deler «access to justice» og «redress».¹²⁸ Hva gjelder sistnevnte stilles det krav til at prøvingsretten kan løse rettighetskrenkelsen som behandles. For at en prøvingsrett skal anses som «effective» må den enten kunne hindre eller reparere krenkelsen, EMD formulerte det slik «'effective' in the sense either of preventing the alleged violation or its continuation, or of providing adequate redress for any violation that had

¹²⁴ Reiertsen (2017) s. 183 med henvisning til Swedish Engine Drivers' Union mot Sverige avsnitt 50.

¹²⁵ Klass mfl. mot Tyskland avsnitt 64.

¹²⁶ Silver mot Storbritannia avsnitt 113.

¹²⁷ For norske domstoler finnes en hjemmel for å avvise tilsvarende «manifestly ill-founded»-søksmål i tvl. § 9-8. Om uholdbare krav, se Aasland (2015) s. 475.

¹²⁸ Reiertsen (2017) s. 213.

already occurred.»¹²⁹ Hvilken form for «redress» som må være tilgjengelig kan avhenge av hva slags menneskerettighetsbrudd som pretenderes.¹³⁰

I «access to justice» ligger det flere krav. Før det første stilles det visse krav til den instans som skal behandle klagen, samt visse prosessuelle krav som åpenhet og kontradiksjon.¹³¹ Videre stilles det krav til at prøvingsinstansen må kunne «deal with the substance of the relevant Convention complaint».¹³² Dette betyr for det første at det ikke er et krav om at det man må kunne fremme et særskilt menneskerettslig krav, så lenge prøvingsinstansen tar stilling til substansen i klagen. Samtidig kreves det at prøvingsinstansen kan ta stilling til både de rettslige og faktiske forhold som anføres som grunnlag for krenkelsen.¹³³

4.3.4 «Effective remedy» er en rettighet som tilfaller individet

I likhet med alle de andre rettighetene i konvensjonen, inneholder EMK artikkel 13 en individuell rettighet. Det følger av bl.a. Neshkov mfl. mot Bulgaria at rettigheten etter EMK artikkel 13 er en «personal right for the person concerned to obtain redress».¹³⁴ I dette ligger det at man har et personlig krav på å få hevdet sine rettigheter og at prøvingsretten må være effektiv overfor den enkelte. Dette kan stille krav både til tilgangen til prøvingsinstansen samt at prøvingsinstansen må kunne reparere forholdet for den som pretenderer at sin rettighet er krenket.

I saken Petkov mfl. mot Bulgaria vurderte EMD om kandidater til nasjonalforsamlingen hadde hatt en effektiv prøvingsrett mot en myndighetsavgjørelse som hindret dem fra å stille til valg. De nasjonale prøvingsmulighetene var mangelfulle av en rekke grunner, herunder at:

The latter, in turn, stems from the limitation on the persons and bodies who may refer a case to the Constitutional Court (...) parliamentary candidates may challenge the elections before that court, it stipulates that they may not do so directly, but only through the limited category of persons or bodies who are entitled to refer a matter to it. **This means that candidates – or, indeed, any other participant in the electoral process – cannot directly compel the institution of proceedings before that court.**¹³⁵ (min utheving).

¹²⁹ Kudla mot Polen avsnitt 158.

¹³⁰ Öneriyildiz mot Tyrkia avsnitt 147.

¹³¹ Reiertsen (2017) s. 234-249.

¹³² Soering mot Storbritannia avsnitt 120.

¹³³ Chiragov mfl. mot Armenia avsnitt 118 og 214.

¹³⁴ Neshkov mfl. mot Bulgaria avsnitt 212.

¹³⁵ Petkov mfl. mot Bulgaria avsnitt 82.

Kandidatene hadde ikke selv direkte adgang til en effektiv prøvingsrett, men var avhengig av at kravet ble fremmet for den konstitusjonelle domstolen av en begrenset gruppe med kompetanse til å iverksette sak.¹³⁶

4.3.5 Det gjøres en konkret vurdering av totaliteten av den nasjonale prøvingen

Som nevnt i punkt 4.2 tilsier subsidiaritetsprinsippet at det primært påhviler statene å sikre rettighetene etter konvensjonen. I artikkel 13 gis det ikke noen konkret løsning på hvordan en effektiv prøvingsrett skal sikres, men det er opp til statene å gjennomføre det i sitt territorium.¹³⁷ EMD vil derfor vurdere om den ordningen staten har valgt oppfyller kravene etter EMK artikkel 13.

Ettersom EMDs prøving knytter seg til et individs påståtte rettighetskrenkelse, jf. punkt 4.3.4, vil det ved vurderingen av hvorvidt EMK artikkel 13 er krenket bli foretatt en konkret vurdering av den enkelte sak.¹³⁸ Det gjennomføres ikke noen abstrakt kontroll om Statens prøvingsmiddel generelt er tilstrekkelig, men om individets rett til en effektiv prøvingsrett har blitt oppfylt i det enkelte tilfellet.¹³⁹ Den konkrete vurderingen må også hensynta totaliteten av prøvingsmulighetene som har vært tilgjengelige for klageren.¹⁴⁰

5 Krever EMK artikkel 13 at barnas fastsettelsessøksmål fremmes?

5.1 Situasjoner hvor EMK artikkel 13 krever at barnas søksmål fremmes

Statene har en gjennomføringsfrihet ved hvordan «effective remedy» sikres og artikkel 13 angir derved ikke en konkret løsning. Derimot vil det måtte vurderes konkret i hver enkelt sak basert på dens juridiske og faktiske sider om EMK artikkel 13 sine krav til «effective remedy» er overholdt. Det kan dermed ikke sies sikkert på generelt grunnlag om barns EMK-krav må fremmes. Ettersom EMK artikkel 13 viser hen til en konkret vurdering vil forskjellige typetilfeller måtte bli vurdert hver for seg.

¹³⁶ Det fremgår av EMDs avgjørelse at det i denne saken var «(i) a fifth of the two hundred and forty MPs, (ii) the President, (iii) the Council of Ministers, (iv) the Supreme Court of Cassation, (v) the Supreme Administrative Court and (vi) the Prosecutor-General» dommens avsnitt 35.

¹³⁷ Statene har også her en viss «margin of appreciation», se Budayeva mfl. mot Russland avsnitt 190 og Kjølbrot (2020) s. 1282 andre avsnitt.

¹³⁸ Eksempelvis kommisjonsavgjørelsen i Colozza og Rubinat mot Italia, s. 146 og 147.

¹³⁹ ECHR (2021) punkt 35 og Peck mot Storbritannia avsnitt 102 «However, the Court's task is not to review the relevant law or practice in the abstract but rather to confine itself, without overlooking the general context, to examining the issues raised by the case before it (...) and, in particular, to considering only those remedies which could have some relevance for the applicant.»

¹⁴⁰ Sürmeli mot Tyskland avsnitt 98 «even if a single remedy does not by itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided for under domestic law may do so.» Samme syn i Čonka mot Belgia avsnitt 75.

Den vanligste situasjonen er at barna fremmer et krav om fastsettelsesdom for EMK-brudd samtidig som den utviste fremmer et krav om ugyldighet. Før den situasjonen vurderes, er det to andre tenkelige situasjoner som kort skal bli redegjort for.

Det første alternativet er de situasjonene hvor den utviste forelderen ikke angriper utvisningsvedtaket. Hvorvidt en utvisning krenker barnets rettigheter etter EMK endres ikke ved at den utviste ikke kjemper mot vedtaket. Det vil med andre ord fortsatt foreligge en «arguable claim» for at barnas rettigheter etter konvensjonen krenkes. Det kreves således en effektiv prøvingsrett. Barna har normalt ikke vært part i en eventuell forvaltningsrettslig klageprosess og står da uten klagemulighet.

Det eneste alternativet er at de får fremme et søksmål for domstolene. Hvorvidt dette søksmålet må være et krav om at EMK krenkes eller om de kan fremme et ugyldighetssøksmål i eget navn gir ikke EMK artikkel 13 noe svar på, da begge deler vil sikre en behandling som «deals with the substance» av klagen. Høyesterett har holdt muligheten åpen for hvilken form et slikt søksmål må ta, men det kan ikke være tvil om at EMK artikkel 13 krever at barna må få fremme et søksmål i en eller annen form.¹⁴¹

En annen situasjon er der den utviste har blitt utvist og barnet i ettertid går til sak og hevder at deres rettigheter etter EMK artikkel 8 krenkes ved at det er umulig å opprettholde familielivet. Her vil «redress» kunne omfatte både at utvisningen av forelderen må opphøre, men også at barnet som har fått sine rettigheter krenket blir tilkjent erstatning for menneskerettsbruddet.

Det er vanskelig å se for seg en annen løsning enn at barnet får fremme et krav om fastsettelsesdom for EMK-brudd eller et erstatningssøksmål hvor EMK-spørsmålet behandles prejudisielt. At et slikt søksmål må tillates ble lagt til grunn i en avgjørelse av lagmannsretten i 2018.¹⁴² Selv om forelderen skulle forsøke å sikre familielivet igjen ved å for eksempel gå til ugyldighetssøksmål mot utvisningsvedtaket og barnet da hadde erklært partshjelp, er det kun ved at barnet får fremme sitt eget krav at det kan tilkjennes erstatning. Dersom erstatning er nødvendig for at det skal foreligge tilstrekkelig «redress» vil barnets rett til en effektiv prøvingsrett kreve at det får fremme et krav for domstolen.

¹⁴¹ I HR-2017-1130-A avsnitt 58 holder Høyesterett døren åpen for en slik løsning, men etter EMK-retten må en slik løsning være klar.

¹⁴² LB-2018-7516.

5.2 Krever EMK artikkel 13 at barn får fremme eget EMK-krav når foreldrene går til ugyldighetssøksmål?

5.2.1 Høyesteretts vurdering i Djibouti-kjennelsen

Den mest praktiske situasjonen er at et krav om fastsettelsesdom for EMK-brudd fra barna, fremmes samtidig som foreldrenes ugyldighetssøksmål. Spørsmålet er om det i disse sakene kreves etter EMK artikkel 13 at barnas søksmål fremmes eller om det kan oppfylles på en annen måte.

Høyesterett tok stilling til spørsmålet i HR-2017-1130-A. Ektefelle og fire barn krevde både å være part i den utvistes ugyldighetssøksmål samt at det ble fremmet krav om dom for at utvisningen krenket deres egne rettigheter etter EMK artikkel 8. Førstvoterende sier seg enig med de pårørende at de er å anse som «victims» etter EMK artikkel 34 og således har klagerett til EMD og at dette tilsier at de også har krav på en «effektiv prøvingsrett» etter artikkel 13.¹⁴³

Videre legger flertallet til grunn to rettslige utgangspunkter for sin vurdering. De fastslår først at det viktige er «at kravet til et effektivt rettsmiddel kan oppfylles på ulike måter så lenge det skjer en reell prøving av kravet.»¹⁴⁴ Videre fastslår de at det ikke kreves «at en klager personlig kan utnytte et rettsmiddel, dersom det kan skje indirekte.»¹⁴⁵

Det gjøres så en konkret vurdering. Flertallet vurderer det slik at utlendl. § 70 og utlendingsforskriften § 17-3 garanterer at EMK artikkel 8 og hensynet til de pårørende vil bli prøvd fullt ut.¹⁴⁶ Videre trekkes det frem at de pårørende vil kunne erklære partshjelp etter tvl. § 15-7 tredje ledd siste punktum og at de slik vil kunne påvirke saken gjennom bevisførsel og prosedyre for retten.¹⁴⁷

Høyesterett vurderte saken slik at ettersom rettighetene til ektefelle og barn er garantert å bli prøvet prejudisielt i den utvistes ugyldighetssøksmål, og at de kan få være med i denne prosessen ved å erklære partshjelp, er de krav EMK artikkel 13 stiller oppfylt i saken. Mindretallet kom til samme konklusjon med samme begrunnelse, men gjør en egen gjennomgang av rettskilder.¹⁴⁸

I punkt 2.4 ble det rettet kritikk mot Høyesteretts resonnement for å ikke skille mellom familiemedlemmenes krav om ugyldighet og deres krav om fastsettelsesdom for EMK-brudd. Det

¹⁴³ HR-2017-1130-A avsnitt 41-45.

¹⁴⁴ Ibid. avsnitt 47.

¹⁴⁵ Ibid. avsnitt 47.

¹⁴⁶ Ibid. avsnitt 49-52.

¹⁴⁷ Ibid. avsnitt 53-55.

¹⁴⁸ Ibid. avsnitt 71-78.

ser ikke ut til at Høyesterett skiller i sin vurdering mellom om ugyldighetskravet må fremmes og om EMK-kravet må fremmes, men hva gjelder EMK artikkel 13 er det mindre problematisk. Høyesterett vurderer om familiemedlemmenes rett til en effektiv prøvingsrett vil bli oppfylt i saken. Det er først dersom en skulle komme til at en effektiv prøvingsrett ikke foreligger at det må vurderes hvordan dette skal sikres. Hadde det skjedd, ville Høyesterett måtte ta stilling til om barna skulle få være part i ugyldighetssøksmålet eller fremme EMK-kravet sitt.

5.2.2 Vil prejudisiell prøving i forelderens ugyldighetssøksmål «deal with the substance» av barns EMK-krav?

For at prøvingsretten skal anses for å «deal with the substance» må den kunne behandle klagens *juridiske sider*.¹⁴⁹ Høyesterett konkluderte med at prejudisiell prøving i forelderens ugyldighetssøksmål oppfyller kravene etter EMK artikkel 13. Høyesteretts vurdering tok utgangspunkt avvisningskjennelsen I.D. mot Norge.¹⁵⁰ Der hadde en mor mistet omsorgsretten for sin datter grunnet sviktende mental helse.¹⁵¹ Moren gikk til søksmål og krevde omplasseringsvedtaket kjent ugyldig. Vedtaket ble opprettholdt i tingretten og senere søksmål for å få det omgjort førte heller ikke frem. I.D. klagde forholdet inn til EMD. Primært ble det anført at deres rett til familieliv ble krenket. I.D. anførte også at det utgjorde et brudd på EMK artikkel 13 at retten ikke særskilt hadde avgjort spørsmålet om det anførte EMK-bruddet ved fastsettelsesdom.

Dette fikk hun ikke medhold i. Retten konstaterer kort at både nemnda og tingretten hadde vurdert hennes rettigheter etter konvensjonen i premissene og at dette var tilstrekkelig.¹⁵² Det er verdt å bemerke at EMD anser klagen som «manifestly illfounded» etter EMK artikkel 35 (3) og følgelig ikke engang tar den til behandling.

Det er følgelig ikke tvilsomt at prejudisiell behandling av konvensjonskrav oppfyller kravene etter EMK artikkel 13 der det er samme part som fremmer EMK-kravet og ugyldighetskravet.

Videre argumenterer Høyesterett for at det eksisterer vilkår i utlendl. § 70 og utlendingsforskriften § 17-3 som garanterer at barnets rettigheter etter EMK vil bli prøvet i ugyldighetssøksmålet. Dette kan tale for at det skjer en substansiell prøving av det menneskerettslige kravet, selv om barnet ikke er part i saken.

Det er likevel et spørsmål om dette er tilstrekkelig. Riktignok oppnås det barnet ønsker gjennom ugyldighetssøksmålet, nemlig at forelderens får bli i landet. Behandlingen er således «'effective'»

¹⁴⁹ Reiertsen (2017) s. 248.

¹⁵⁰ HR-2017-1130-A avsnitt 47.

¹⁵¹ I.D. mot Norge.

¹⁵² Ibid. avsnitt 69.

in the sense ... of preventing the alleged violation». Ugyldighet av utvisningsvedtaket vil utvilsomt oppnå dette målet. Domstolen står imidlertid fritt til å «hoppe over gjerdet der det er lavest» og dersom det for eksempel foreligger enkle saksbehandlingsfeil som domstolen avgjør ugyldighetsspørsmålet på, vil det ikke bli vurdert om barnets rett etter EMK artikkel 8 ville vært krenket ved utvisningen.¹⁵³ Det er kun ved at det fremmes eget EMK-krav at barnets krav er garantert å bli behandlet.

Videre vil ikke en avgjørelse av ugyldighetsspørsmålet gi barnet noen bindende avgjørelse for sitt krav. Det vil få en avgjørelse som rent faktisk gjør det som ønskes, men den er ikke juridisk bindende for barnet. Denne konklusjonen kom lagmannsretten til i en sak hvor de i et lenger obiter dictum konkluderer med «Som partshjelper får han [ektefellen til den utviste, min anmerkning] ingen bindende avgjørelse av sitt krav, og han får heller ingen personlig rett til reparasjon».¹⁵⁴ Av den grunn kom lagmannsretten til at EMK artikkel 13 ikke vil være oppfylt av at man erklærer partshjelp.

Kravene EMK artikkel 13 stiller til prøvingens innhold angår ikke bare de juridiske anførselene, men også at prøvingsinstansen kan ta stilling til sakens *faktiske sider*, herunder alt av faktum slik det foreligger på domstidspunktet. Dette følger av EMDs praksis. I Maslov mot Østerrike vurderte EMD om en mindreårig bulgarsk statsborger kunne utvises etter en rekke lovbrudd. De uttaler:

In this connection the Court would point out that its task is to assess the compatibility with the Convention of the applicant's actual expulsion, not that of the final expulsion order. (...) Consequently, in such cases it is for the State to organise its system in such a way as to be able to take account of new developments.¹⁵⁵

Når EMD skal vurdere om en utvisning krenker menneskerettighetene, legges situasjonen ved selve utvisningen til grunn og ikke situasjonen da utvisningsvedtaket ble fattet. Statene må følgelig sørge for at en slik vurdering kan skje for å oppfylle EMK artikkel 13.

Høyesterett har i Djibouti-kjennelsen sagt at partshjelpsstatus for barna i foreldrenes ugyldighetsspørsmål er tilstrekkelig til å oppfylle EMK artikkel 13. I norsk rett er det klart at det ved ugyldighetsspørsmål kun er rettsfakta som forelå på vedtakstidspunktet som kan vurderes. Dette ble avklart i Lengeværende barn I avgjørelsen hvor flertallet konkluderte med at:

¹⁵³ Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 154.

¹⁵⁴ LB-2018-7516. Forfatteren av avgjørelsen er Michael Reiertsen som har skrevet doktorgrad om EMK artikkel 13. Det fremgår ikke av avgjørelsen, men er bekreftet i samtale med Reiertsen 24. mars 2022.

¹⁵⁵ Maslov mot Østerrike avsnitt 93.

Konklusjonen er dermed at domstolenes prøving av et forvaltningsvedtaks gyldighet også i saker som berører menneskerettigheter, herunder utlendingssakene, må knytte seg til faktum på vedtakstidspunktet.¹⁵⁶

Dette har skapt en noe interessant rettssituasjon da det ikke kan være tvilsomt at det i et fastsettelsessøksmål om brudd på menneskerettigheter må være adgang til å vektlegge rettsfakta helt opp til domstidspunktet, eventuelt krenkelsestidspunktet om det er et fortidig forhold.¹⁵⁷

I samme sak vurderte Høyesterett om EMK artikkel 13 krevde at det kunne tas hensyn til rettsfakta som forelå på utsendelsestidspunktet i et ugyldighetssøksmål.¹⁵⁸ Konklusjonen deres var at det ikke var nødvendig etter EMK artikkel 13, da de kravene artikkel 13 stiller til nåtidsbehandling kan ivaretas på andre måter. I utvisningssakene viste Høyesterett til at den utviste kan begjære omgjøring til UNE for de fleste menneskerettslige anførsler som det hevdes har endret seg etter utvisningsvedtaket ble fattet. Videre anser domstolen det som sikkert at prøvingen hos UNE oppfyller kravene til en effektiv prøvingsrett etter EMK artikkel 13. Derfor mente flertallet at forholdet til EMK artikkel 13 var i orden.

Det samme synspunktet er imidlertid ikke treffende for barnas situasjon. Dersom barna ikke får fremme sin EMK-påstand, men begrenses til partshjelperstatus i ugyldighetssøksmålet til foreldrene, vil de ikke få en nåtidsvurdering av kravet sitt i domstolen. Barna har imidlertid ingen adgang til å begjære omgjøring av foreldrenes utvisningsvedtak overfor UNE. Det har vært streng praksis på at det kun er den utviste selv som er forvaltningspart.¹⁵⁹ Det foreligger dermed ingen adgang for barna til å få sitt «arguable claim» nåtidsbehandlet av en effektiv prøvingsinstans.

Under dagens rettstilstand, hvor barna ikke har adgang til noe annen prøvingsinstans enn domstolene, må søksmål med påstand om EMK-brudd fremmes for domstolene for å kunne oppfylle barnas rettigheter etter EMK artikkel 13.

5.2.3 «Personal right to compel»

Det er videre et spørsmål om at barnas krav behandles prejudisielt i et søksmål de ikke er part i, men kun partshjelper, oppfyller andre krav etter EMK artikkel 13. Herunder kravet om en «personal right to compel».

¹⁵⁶ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 98.

¹⁵⁷ Denne forskjellen fremheves som paradoksal av mindretallsvotaene i Rt. 2012 s. 1985, Bårdsen, avsnitt 181, og Skoghøy, avsnitt 229.

¹⁵⁸ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 82-98.

¹⁵⁹ Som nevnt tidligere ble dette vurdert endret i Prop.6 L (2021-2022) men avvist av departementet, s. 20.

Det ble fremhevet ovenfor at EMK artikkel 13 er en «personal right for the person concerned to obtain redress» og at dette stiller krav både til tilgangen til prøvingsmiddelet og til dets mulige virkninger. Høyesteretts løsning står i et spenningsforhold til dette prinsippet da barna ikke er direkte part i saken. De har ikke hatt en «personal right to compel» men har vært avhengige av at deres krav behandles prejudisielt i forelderens sak. Som fremhevet i Petkov mfl. mot Bulgaria la EMD vekt på at klagerne «cannot directly compel the institution of proceedings before that court.» og at dette bidro til at deres prøvingsrett ikke ble ansett som effektiv.

Høyesteretts resonnement hva gjelder dette spørsmålet begynner i avsnitt 47 hvor de slår fast at:

Det kreves ikke at en klager personlig kan utnytte et rettsmiddel, dersom det kan skje indirekte. Om dette heter det i Kjølbros, på side 1131, at artikkel 13 vil være oppfylt for et barn dersom det gjennom en forelder har mulighet til å utnytte et eksisterende rettsmiddel, som for eksempel å anlegge søksmål.

Høyesterett henter her støtte i en teoriuttalelse fra Kjølbros, som etter sigende skal tilsi at en indirekte behandling, i betydningen et søksmål man ikke selv er part i, og som ikke direkte avgjør ditt krav, oppfyller EMK artikkel 13. Henvisningen som gjøres er til et lengre avsnitt fra Kjølbros hvor han skriver:

Det er ikke nødvendigvis et krav, at klager personlig kan udnytte et rettsmiddel, idet det kan være tilstrækkelig, at klager indirekte kan udnytte et rettsmiddel. Hvis klager f.eks. er et mindreårigt barn, vil artikkel 13 være oppfylt, selv om barnet ikke har mulighet for selv at udnytte et rettsmiddel, hvis barnet gjennom f.eks. foreldremyndighedsindehaveren har mulighet for at udnytte et eksisterende rettsmiddel, f.eks. anlægge retssag.¹⁶⁰

Kjølbros utsagn er tvetydig. En mulig tolkning er den Høyesterett har lagt til grunn, at «indirekte» og «gennem f.eks. foreldremyndighedsindehaveren» betyr at EMK artikkel 13s krav er tilfredsstilt ved at barnets rettigheter prøves prejudisielt gjennom en annens søksmål. Men det kan like gjerne forstås som at det med «f.eks. foreldremyndighedsindehaveren» siktes til en verge som kan opptre som stedfortreder etter tvl. § 2-4. Det kan også tolkes som at EMK artikkel 13 ikke stiller krav om at et barn personlig skal kunne gå til søksmål, så lenge barnet kan gå til søksmål i sitt navn representert ved en stedfortreder.

¹⁶⁰ Kjølbros (2017) s. 1131 (s. 1258 og 1259 i 2020-utgaven).

I det siterte avsnittet fra Kjølbro vises det, i en fotnote, til en dom fra EMD som støtte for synspunktet, Margareta og Roger Andersson mot Sverige.¹⁶¹

Dommen handler om en mor og et barn i Sverige, hvor moren ble fratatt barnet og det ble satt hos en fosterfamilie. Moren angrep både omplasseringsvedtaket, og øvrige vedtak som begrenset kommunikasjonen mellom de to. Etter en rettsprosess i Sverige, hvor moren ikke fikk medhold, klagde hun og sønnen saken inn til EMD. Det ble anført at deres rett til familieliv etter EMK artikkel 8 var brutt, samt at deres rett til «effective remedy» var brutt. Før behandlingen i domstolen trakk moren anførselen om artikkel 13 hva gjaldt henne selv.

I avsnitt 98 til 104 vurderer førstvoterende om sønnens rettigheter etter artikkel 13 var blitt krenket. Morens anførsel gikk ut på at hun som en følge av kommunikasjonsforbudet ikke hadde mulighet til å representere sin sønn og hans rettigheter i rettsaken, da hun ikke visste tilstrekkelig om hans situasjon og følgelig om hans rettigheter ble krenket.¹⁶² Flertallet skriver:

It was common ground that Article 13 (art. 13) did not require that a 12 year-old child be able to institute and conduct such proceedings on his own; it was sufficient for the purposes of this provision [artikkel 13, min anmerkning.] that a legal representative was able to do so on the child's behalf.¹⁶³

Flertallet slår så fast at denne muligheten forelå etter svensk rett.¹⁶⁴ De mener videre at det rent faktisk var tilstrekkelig kontakt mellom mor og sønn til at mor kunne utøve muligheten til å forfølge saken rettslig i sønnens navn.¹⁶⁵ Retten delte seg i dette spørsmålet i et flertall på 5 dommere og et mindretall på 4 dommere. Mindretallet mente at det ikke hadde vært tilstrekkelig kommunikasjon til at sønnen de facto kunne være representert ved sin mor som stedfortreder og at hans rettigheter etter EMK artikkel 13 var krenket.¹⁶⁶

Det dommen sier, er at artikkel 13 ikke setter krav om at et barn skal kunne initiere saker for retten og representere seg selv. Artikkel 13 vil være oppfylt så lenge barnet har muligheten til å gjøre dette gjennom en stedfortreder. Det var i saken sikret gjennom en tilsvarende bestemmelse i svensk rett som den vi har i tvisteloven § 2-4.

¹⁶¹ Kjølbro (2017) s. 1131 fotnote 54.

¹⁶² Margareta og Roger Anderson mot Sverige avsnitt 102.

¹⁶³ Ibid. avsnitt 101.

¹⁶⁴ Ibid. avsnitt 101.

¹⁶⁵ Ibid. avsnitt 103.

¹⁶⁶ Ibid. unummerert. To siste avsnitt på siste side.

Dette avklarer hvordan Kjølbrots utsagn skal forstås. Når han skriver «det kan være tilstrækkelig, at klager indirekte kan udnytte et retsmiddel.» Må det forstås som at det skjer gjennom en verge/stedfortreder, men med klager som part. Det er noe helt annet enn at klagers rettigheter prøves indirekte ved at deres rettigheter er et prejudisielt spørsmål i en annen parts søksmål. Høyesteretts forståelse av Kjølbro fremstår som direkte feil og det er følgelig ikke rettskildemessig dekning for førstvoterendes utsagn om at «Det kreves ikke at en klager personlig kan utnytte et retsmiddel, dersom det kan skje indirekte.»¹⁶⁷

I veiledningen utgitt av EMD, tolkes dommen dithen at det er et faktisk krav i saker som angår barn at en rettslig verge kan fremme søksmål på deres vegne, «In cases involving minors, a legal representative must be capable of bringing proceedings on their behalf.»¹⁶⁸ Dette utsagnet tilsier ikke at det er tilstrekkelig at barnets rettigheter prøves prejudisielt, men taler derimot for at artikkel 13 krever at barn, gjennom stedfortreder, kan gå til søksmål om egne rettigheter. Det stemmer også godt med domstolens egne uttalelser om at indirekte prøving ikke er godt nok. I *Petkov m. fl. mot Bulgaria*, som ble omtalt i punkt 4.3.4, påpekte retten avslutningsvis at «According to the Court's settled case-law, a remedy can be considered effective only if the applicant is able to initiate the procedure directly.»¹⁶⁹

I håndhevelsessøksmål om EMK-rettigheter knyttet til utvisningssaker vil barn som regel være representert ved sin forelder som deres stedfortreder, jf. tvl. § 2-4 første avsnitt, enten av foreldrene i fellesskap eller av én av dem, jf. vergemålsloven § 18. I en del saker vil det da være den samme forelder som er part i ugyldighetssøksmålet som vil være barnets stedfortreder. Vesensforskjellen er at barnet fortsatt er part i saken og vil få en rettskraftig avgjørelse av sitt menneskerettslige krav.

Dette taler med styrke for at den løsning Høyesterett kom til i Djibouti-kjennelsen ikke oppfyller kravene til en effektiv prøvingsrett etter EMK artikkel 13.

5.2.4 Mindretallets argumenter

Som nevnt i punkt 5.2.1 er mindretallet enige med flertallet, men gjør en egen gjennomgang av enkelte rettskilder. Når min konklusjon var at flertallet ikke har rettskildemessig dekning for sitt standpunkt, blir det et spørsmål om mindretallet har det. Mindretallet går gjennom flere saker fra EMD og konkluderer med at «EMD har aldri hatt merknader til denne manglende partsposisjonen for familiemedlemmene for nasjonale forvaltningsorgan og nasjonale

¹⁶⁷ HR-2017-1130-A avsnitt 47.

¹⁶⁸ ECHR guide on article 13 (2021) s. 15 pkt. 39.

¹⁶⁹ *Petkov mfl. mot Bulgaria* avsnitt 82.

domstolar i disse sakene». ¹⁷⁰ Dersom det stemmer at EMD aldri har hatt noen innvendinger mot at familiemedlemmer til den utviste, herunder barn, ikke har hatt partsstatus i saker om deres egne rettigheter etter EMK for nasjonale domstoler, vil det tilsi at den løsning både flertallet og mindretallet kommer til er god nok.

Mindretallet har rett i at i begge sakene som nevnes, vurderer EMD kun om artikkel 8 er krenket og har ingen innvendinger til at familiemedlemmene til den utviste ikke har hatt partsposisjon i den nasjonale prosessen. Det følger imidlertid av den enkle grunn at klagen kun omfatter brudd på artikkel 8. ¹⁷¹ I ingen av disse sakene er familiemedlemmenes personlige rett til en effektiv prøvingsrett etter artikkel 13 bragt inn for EMD. EMD tar stilling til klagen slik den er fremmet etter artikkel 34. ¹⁷² Selv om EMD praktiserer prinsippet *jura novit curia*, og på den bakgrunn kan omsubsumere et innklaget forhold under en annen artikkel enn den anførte, står domstolen ikke fritt til å vurdere andre faktiske forhold enn det innklagede. ¹⁷³ En klage over at artikkel 8 er krenket baserer seg på en vurdering av om familielivet kan opprettholdes ved en utvisning og om inngrepet er proporsjonalt. En vurdering av artikkel 13 vil knytte seg til helt andre kjensgjerninger og må klart anses å ligge utenfor domstolens kompetanse i de sakene mindretallet gjennomgår. ¹⁷⁴ Det er derfor intet grunnlag for å trekke den slutning som mindretallet gjør på bakgrunn av disse dommene og de gir ikke støtte til et standpunkt om at barnas rettigheter EMK artikkel 13 ivaretas ved prejudisiell prøving i foreldrenes ugyldighetskrav.

5.3 Oppsummering og konklusjon

Basert på gjennomgangen over, fremstår det som klart at dagens ordning med prejudisiell prøving i foreldrenes ugyldighetssøksmål hvor barnet kun får være partshjelp ikke oppfyller kravene etter EMK artikkel 13. Det er, som nevnt tidligere, ikke slik at EMK artikkel 13 angir en konkret løsning. Selv om dagens ordning ikke oppfyller kravene etter EMK artikkel 13, betyr ikke det nødvendigvis at domstolsprøving av EMK-kravet fra barna er den eneste mulige løsning.

¹⁷⁰Hva gjelder partsposisjon og artikkel 13 er det Kaplan mfl. mot Norge og Antwi mfl. mot Norge det vises til. Sitatet er fra kjennelsens avsnitt 74.

¹⁷¹ Dette påpekes i LB-2018-7516. Innholdet i klagen fremgår i Antwi avsnitt 56 og i Kaplan avsnitt 59.

¹⁷² Bårdsen (1999) s. 275 omtaler det som «Den omfatter kontroll med om den påklage handling, avgjørelse, tilstand eller unnløst er konvensjonsmessig eller ikke.»

¹⁷³ Se Bårdsen (1999) s. 433-435 og Dolenc mot Kroatia avsnitt 127 «the Court notes that it is the master of the characterisation to be given in law to the facts of the case; it does not consider itself bound by the characterisation given by an applicant or a government. A complaint is characterised by the facts alleged in it and not merely by the legal grounds or arguments relied on». Se også Powell og Rayner mot Storbritannia avsnitt 29.

¹⁷⁴ Dersom EMD av eget initiativ skulle felt en dom over et slikt forhold ville det vært en krenkelse av Statens rett til kontradiksjon samt at det ville ha krevd en egen vurdering av om saken oppfyller EMDs prosessforutsetninger i artikkel 34 og 35

Som nevnt i drøftelsen anses UNEs behandling for å oppfylle kravene etter EMK artikkel 13. Problemet for barna er at de ikke får være part i forvaltningsprosessen. Dersom denne praksisen endres og barn får være part i foreldrenes utvisningssak der deres rettigheter etter EMK kan bli krenket, er det vanskelig å se at EMK artikkel 13 ikke vil være oppfylt. Denne løsningen er imidlertid mer omfattende enn å bare tillate barna å fremme sitt EMK-krav for domstolen. Dersom barna blir part i forvaltningssaken, vil de mest sannsynlig også anses for å være naturlige parter i et ugyldighetssøksmål. Det vil være en mindre omlegging å bare tillate at EMK-søksmålene til barna fremmes.¹⁷⁵

Selv om Høyesterett ikke er den endelige autoritative fortolker av EMK, da den er underlagt EMD, kan det ikke være tvil om at de normalt er autoritativ tolker overfor underrettene. Det finnes eksempler på at underinstanser har fraveket prejudikater fra Høyesterett etter EMD-praksis, men skillet i disse sakene er gjerne at EMDs praksis har kommet etter Høyesteretts avgjørelse.¹⁷⁶ Selv om terskelen for å fravike prejudikater fra Høyesterett er høy, fremheves det i teorien at terskelen bør være lavere der det er snakk om en menneskerettslig norm med forrang foran annen lov.¹⁷⁷ Dette fordi et prejudikat på et slikt rettsområde ikke kan endres like enkelt av lovgiver og ikke minst at praktiseringen av en menneskerettslig norm i strid med EMK vil utgjøre et menneskerettsbrudd overfor befolkningen. Dette tilsier at underrettene ikke bør vente på at Høyesterett snur, men derimot tolke EMK artikkel 13 slik EMD selv gjør.

5.4 EMK artikkel 13 som tolkningsmoment i tvl. § 1-3

Skulle konklusjonen bli motsatt, at en isolert tolkning av EMK artikkel 13 ikke tilsier at de pårørendes krav må fremmes, kan det være et spørsmål om de ovennevnte synspunktene skal være relevante ved tolkningen av tvl. § 1-3.¹⁷⁸

I Brennpunkt-kjennelsen var det et spørsmål om Høyesterett skulle tillate et kjæremål om en sak som hadde mistet mye av sin aktualitet.¹⁷⁹ NRK hadde blitt pålagt en midlertidig forføyning som innebar at de ikke skulle vise et program. Før ankebehandlingen av spørsmålet valgte NRK allikevel å vise programmet. Det var således et spørsmål om man skulle tillate en anke som skulle vurdere om man skulle stoppe visningen av et program som allerede hadde blitt vist.

¹⁷⁵ Det er også et poeng at endring i partsstatus ble vurdert og avvist av departementet i Prop.6 L (2021-2022) på s. 20.

¹⁷⁶ Skoghøy (2018) fremhever på s. 155 Zolotukhin-saken og Rt. 2006 s. 1409 som Riksadvokaten i et rundskriv avfeide som ikke lenger gjeldende rett. Et annet eksempel er TAHER-2000-2654 hvor tingretten fravek Bøhler-dommen, Rt. 2000 s. 996. Tingrettens dom fikk til slutt støtte av et flertall i Høyesterett i Rt. 2002 s. 557.

¹⁷⁷ Skoghøy (2018) s. 147 og 148.

¹⁷⁸ Schei (2022) kommentar til § 1-3, punkt 1.3 siste avsnitt.

¹⁷⁹ Rt. 2006 s. 460.

Etter å ha vurdert hvilken løsning som følger etter tvistemålsloven § 54, nå tvl. § 1-3, går førstvoterende over på en vurdering av hva EMK artikkel 13 tilsier.¹⁸⁰ Førstvoterende kommer til at de kravene EMK artikkel 13 stiller var oppfylt ved byfogdens behandling. Allikevel mener førstvoterende at

Jeg kan vanskelig se det annerledes enn at det må være et tungtveiende hensyn ved praktiseringen av den rettslige standard som ligger i begrepet rettslig interesse etter tvistemålsloven § 54, at det legges til rette for en effektiv nasjonal rettslig prøving av spørsmål om konvensjonsbrudd: i vår sak forholdet til EMK artikkel 10.

Høyesterett benytter her hensynene bak EMK artikkel 13, retten til en effektiv prøvingsrett, til å tolke tvistemålsloven § 54, nå vilkårene i tvl. § 1-3, utvidende. Som førstvoterende skriver, må det være et «tungtveiende hensyn» ved praktiseringen av § 54 i tvistemålsloven, nå tvl. § 1-3. Skulle man anse at det er usikkert hvilken løsning som følger av EMK artikkel 13 kan den benyttes som et «tungtveiende hensyn» ved vurderingen av om vilkårene i § 1-3 er oppfylt.

6 Avsluttende refleksjoner

Som redegjort for er min konklusjon at barns krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK artikkel 8 som regel må tillates både etter intern norsk rett og etter EMK artikkel 13. Uklarheten rundt dette spørsmålet skyldes nok til dels at adgangen til å fremme krav om fastsettelsesdom for EMK-brudd generelt har vært et omdiskutert tema med mye frem og tilbake.¹⁸¹ Videre er det fort slik at barn ofte anses som noe aksessorisk til foreldrene, og de evner i mindre grad å sette sine egne krav på agendaen. Og ettersom barnet som regel vil være representert av sin forelder i retten har man kanskje ikke sett den store forskjellen mellom at barnet selv er part med forelderen som rettslig stedfortreder og at forelderen er den eneste parten.

Jeg mener videre at det ikke er nødvendig å avvente noen avklaring av dette spørsmålet fra Høyesterett, men at det er tilstrekkelig rettskildemessig forankring til at underrettene bør tillate disse kravene fremmet i dag.¹⁸² Djibouti-kjennelsen bør, som drøftet i avhandlingen, ikke ses på som noe prejudikat for en annen løsning, eventuelt bør den ses på som et prejudikat med

¹⁸⁰ Rt. 2006 s. 460 avsnitt 38.

¹⁸¹ Schei (2021) til § 1-3 note 2.8.

¹⁸² Det fremheves av Høgberg (2019) på s. 282 at dersom alvorlige grunner taler for å fravike en avgjørelse fra Høyesterett vil det være anakronistisk å hevde at dette må avvente en avklaring fra Høyesterett selv. Motsatt syn i Skoghøy (2018) s. 154. Samtidig møter Skoghøys argument seg selv i døren i denne saken da han i neste setning uttaler «Tilsvarende gjelder for prejudikater av internasjonale domstoler. Som hovedregel bør det overlates til domstolen selv å endre kurs.» I vår sak kan det argumenteres for at det er Høyesterett som har fraveket et prejudikat fra en overordnet domstol.

svakere rettskildemessig vekt enn Maria-dommen. Det er uansett tvilsomt om en kjennelse fra Høyesterett skal anses som et prejudikat for riktig tolkning av EMK når den tolker EMK-kildene feil. EMD er den autoritative fortolker av EMK og en konsekvens av dette er at dommere ved anvendelse av EMK artikkel 13 må tillate disse søksmålene fremmet, uavhengig av om Høyesterett skulle ha sagt noe annet.¹⁸³

¹⁸³ Dette gjøres av lagmannsretten i LB-2017-74948-1 og er det som kommuniseres i lagmannsrettens obiter dictum i LB-2018-7516.

7 Kilder

7.1 Litteratur

- Aall (1998) Aall, Jørgen. «Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetssaker» i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1998, nr. 1, s. 1-181.
- Aasland (2015) Aasland, Gunnar. «Rettslig interesse, et område for domstolskapt rett» i *Lov, sannhet, rett, Norges Høyesterett 200 år*. Tore Schei, Jens Edvin A Skoghøy og Toril M. Øie red. 1. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2015, s. 446-477.
- Backer (2020) Backer, Inge Lorange. *Norsk sivilprosess*. 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2020.
- Bårdsen (1999) Bårdsen, Arnfinn. *Krenkelser og klager*. 1. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 1999.
- Bertelsen (2011) Bertelsen, Tor Ehlers. *EMK kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*. 1. utgave, Bergen: Gyldendal Akademisk, 2011.
- Høgberg (2019) Høgberg, Alf Petter. «Domstolpraksis som rettskildefaktor» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red. 1. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 259-292.
- Holdø (2015) Holdø, Håvard H. og Tore Stabell. «Faktumtidspunktet ved 'håndhevelsessøksmål' - omkamp om plenumsdommen i Rt. 2012 s. 1985?» i *Lov og Rett*, 2015, årgang 54, nr. 4 s. 250-257.
- Hov (2017) Hov, Jo. *Rettergang i sivile saker*. 3. utgave, Oslo: Papinian, 2017.
- Jacobs (2010) White, Robin og Clare Ovey, *The European convention on human rights* 5. utgave, Oxford: Oxford university press, 2010.
- Justisdepartementet (2022) Arbeidsgruppe nedsatt av Justisdepartementet ledet av Baumann, Elizabeth. *Terskelen for utvisning i saker som berører barn*. Oslo: 2022. <https://www.regjeringen.no/contentassets/dfd8b5b1d1e245139598a2d7437ac141/rapport.pdf>

- Kjølbro (2017) Kjølbro, Jon Fridrik. *Den europeiske menneskerettigheds-konvention for praktikere*. 4. utgave, København: Jurist og Økonomiforbundets forlag, 2017.
- Kjølbro (2020) Kjølbro, Jon Fridrik. *Den europeiske menneskerettigheds-konvention for praktikere*. 5. utgave, København: Jurist og Økonomiforbundets forlag, 2020.
- Møse (2017) Møse, Erik, Jørgen Aall og Ragnar Nordeide. «Kommentar til menneskerettsloven». I *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata (2017)* hentet 23.04.2022.
- Pedersen (2020) Pedersen, Jussi og Jens Edvin A. Skoghøy. *Grunnleggende sivilprosess*. 1. utgave, Oslo: Universitetsforlaget. 2020.
- Reiertsen (2017) Reiertsen, Michael. *The European Convention on Human Rights Article 13 Past, present and future*. Universitetet i Oslo, Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, No. 106, 2017.
- Robberstad (2009) Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. 1. utgave, Oslo: Fagbokforlaget, 2009.
- Robberstad (2013) Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. 2. utgave, Oslo: Fagbokforlaget, 2013.
- Schei (2022) Schei, Bårdsen, Nordén mfl. «Tvisteloven, Kommentarutgave.» I *juridika.no 2022* hentet 13.03.2022.
- Skoghøy (2016) Skoghøy, Jens Edvin A. *Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?* Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar, 2016. tilgjengelig på <https://www.domstol.no/no/hoyesterett/om/statistikk/artikler/skoghoey/fns-menneskerettskomite-og-fns-barnekomite-som-rettskilder/>
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning*. 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og rettsanvendelse*. 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Vangnes (2021) Vangnes, Jørgen. «Merknad til § 1-3» i *Lovdata Pro (2021)* hentet 17.04.2022.

7.2 Lover og forskrifter

1814	Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814.
1915	Lov 13. august nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven).
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven).
2008	Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).
2009	Forskrift 15. oktober nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften).

7.3 Forarbeider

NOU 1993:18	<i>Lovgivning om menneskerettigheter.</i>
Ot.prp.nr.3 (1998-1999)	<i>Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).</i>
NOU 2001:32 A og B	<i>Rett på sak - Lov om tvisteløsning (tvisteloven).</i>
Ot.prp.nr.51 (2004-2005)	<i>Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).</i>
Prop.6 L (2021–2022)	<i>Endringer i utlendingsloven (partsbegrepet mv. i utlendingssaker).</i>

7.4 Rettspraksis

7.4.1 Høyesterettspraksis

Rt. 1984 s. 1488 (Burhøns I)
Rt. 1994 s. 959
Rt. 1994 s. 1244 (Kvinnefengsel)
Rt. 1995 s. 139
Rt. 2000 s. 996 P (Böhler)

Rt. 2002 s. 557
Rt. 2003 s. 301
Rt. 2005 s. 833 P
Rt. 2006 s. 460
Rt. 2008 s. 362
Rt. 2010 s. 880
Rt. 2011 s. 1666
Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I)
Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II)
Rt. 2015 s. 93 (Maria)
Rt. 2015 s. 921
HR-2016-2178-U
HR-2017-1130-A (Djibouti)
HR-2018-1909-A
HR-2020-35-A
HR-2021-41-P (Acer)
HR-2021-1345-A

7.4.2 Underrettspraksis

TAHER-2000-2654
TOSLO-2016-100528-2
LB-2016-8370 (Trandum)
LB-2017-74948-1
LB-2017-75840
LB-2018-7516

7.5 Internasjonale rettskilder

7.5.1 Traktater og konvensjoner

EMK

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950.

SP	<i>Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter med protokoller</i> , New York 15. desember 1966.
Wienkonvensjonen	<i>Wienkonvensjonen om traktatretten</i> , Wien 23. mai 1969.
Barnekonvensjonen	<i>FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller</i> , New York, 20. November 1989.

7.5.2 EMD-dommer

Swedish Engine Drivers' Union mot Sverige	<i>Case of Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden</i> , no. 5614/72, 06.02.1976.
Klass m. fl. mot Tyskland	<i>Case of Klass and others v. Germany</i> , no. 5029/71, 06.09.1978.
Colozza og Rubinat mot Italia	<i>Case of Colozza and Rubinat v. Italy</i> , no. 9024/80 og 9317/81 (joined), 09.07.1982, Decision on the admissibility of the applications.
Silver mfl. mot Storbritannia	<i>Case of Silver and others v. The United Kingdom</i> , no. 5947/72, 25.03.1983.
Soering mot Storbritannia	<i>Case of Soering v. the United Kingdom</i> , no. 14038/88, 07.07.1989.
Margareta og Roger Andersson mot Sverige	<i>Case of Margareta and Roger Andersson v. Sweden</i> , no. 12963/87, 25.02.1992.
Kudla mot Polen	<i>Case of Kudla v. Poland</i> , no. 30210/96, 26.10.2000.
Kwaky-Nti og Dufie mot Nederland	<i>Case of Kwaky-Nti and Dufie v. the Netherlands</i> , no. 31519/96, 07.11.2000.
Čonka mot Belgia	<i>Čonka v. Belgium</i> , no. 51564/99, 05.02.2002.
Peck mot Storbritannia	<i>Case of Peck v. the United Kingdom</i> , no. 44674/98, 28.01.2003.
Öneryildiz mot Tyrkia	<i>Case of Öneryildiz v. Turkey</i> , no. 48939/99, 30.11.2004.
Scordino mot Italia	<i>Case of Scordino v. Italy (No.1)</i> , no. 36813/97, 29.03.2006.
Sürmeli mot Tyskland	<i>Case of Sürmeli v. Germany</i> , no. 75529/01, 08.06.2006.
Üner mot Nederland	<i>Case of Üner v. the Netherlands</i> , no. 46410/99, 18.10.2006.

Budayeva mfl. mot Russland	<i>Case of Budayeva and others v. Russia</i> , no. 15339/02, 20.03.2008.
Maslov mot Østerrike	<i>Case of Maslov v. Austria</i> , no. 1638/03, 23.06.2008.
Dolenec mot Kroatia	<i>Case of Dolenec v. Croatia</i> , no. 25282/06, 26.11.2009.
Petkov mfl. mot Bulgaria	<i>Case of Petkov and others v. Bulgaria</i> , no. 77568/01, 11.06.2009.
M.S.S. mot Belgia og Hellas	<i>Case of M.S.S v. Belgium and Greece</i> , no. 30696/09, 21.01.2011.
Nunez mot Norge	<i>Case of Nunez v. Norway</i> , no. 55597/09, 28.06.2011.
Antwi mfl. mot Norge	<i>Case of Antwi and others v. Norway</i> , no. 26940/10, 14.02.2012.
Hermann mot Tyskland	<i>Case of Hermann v. Germany</i> , no. 9300/07, 26.06.2012.
Kaplan mfl. mot Norge	<i>Case of Kaplan and others v. Norway</i> , no. 32504/11, 24.07.2014.
Neshkov mfl. mot Bulgaria	<i>Case of Neshkov and others v. Bulgaria</i> , no. 36925/10, 27.01.2015.
Chiragov mfl. mot Armenia	<i>Case of Chiragov and others v. Armenia</i> , no. 13216/05, 12.12.2017.
I.D. mot Norge	<i>Case of I.D. v. Norway</i> , no. 51374/16, 04.04.2017.

7.5.3 Annet

ECHR (2021)	European Court of Human rights. <i>Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights</i> . Oppdatert 31.12.2021. Hentet 18.04.2022 på https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_13_ENG.pdf .
Menneskerettskomiteen (2004)	Menneskerettskomiteen. <i>General comment no. 31: The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant</i> . CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004) hentet 18.04. 2022 på: https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html