

# REGJERINGSADVOKATEN

Utenriksdepartementet  
post@mfa.no  
seksjon.for.menneskerettigheter.og.demokrati@mfa.no

Deres ref

Vår ref  
2013-0467

Dato  
23.09.2013

## HØRINGSUTTALELSE – VALGFRI PROTOKOLL TIL FNS BARNEKONVENSJON OM EN KLAGEMEKANISME

### 1 INNLEDNING

Det vises til Utenriksdepartementets høringsbrev 19. juni 2013, vedlagt utredningen foretatt av advokat Elgesem om mulige fordeler og ulemper ved tilslutning til FNs barnekonvensjons tilleggsprotokoll om en individklageordning (protokollen). Etter avtale med departementet leveres vår uttalelse noen dager etter høringsfristens utløp.

Regjeringsadvokaten har ingen konklusjon i denne høringsuttalelsen med hensyn til om Norge bør slutte seg til en individklageordning under Barnekonvensjonen. Et slikt standpunkt må bero på en bredere politisk vurdering.

Det er en rekke argumenter som kan tale for å ratifisere den valgfrie tilleggsprotokollen. Argumentene er trukket frem i utredningen fra advokat Elgesem og vi antar også at de vil bli grundig belyst i øvrige høringsuttalelser. I vår uttalelse vil vi derfor vie plassen til forhold som det må antas vil bli mindre belyst i det øvrige materialet.

Regjeringsadvokaten har betydelig praktisk erfaring med anvendelse av Barnekonvensjonen, og individklageordninger i de nasjonale og internasjonale domstoler og håndhevingsorganer. På bakgrunn av disse erfaringene finner vi grunn til å peke på enkelte viktige forhold som bør tas i betraktning før beslutning om tiltredelse treffes.

Enkelte grunnleggende betenkeligheter som generelt kan reises mot en tilslutning til individklageordninger av den type vi står overfor, har de senere år hatt sitt utspring i den mer overordnede debatten om maktforskyvning og rettsliggjøring, og om en individklageadgang vil innebære en innsnevring av politiske myndigheters handlingsrom i takt med konvensjonsorganenes dynamiske konvensjonsfortolkning. Regjeringsadvokaten har redegjort for sitt syn på disse mer overordnede spørsmål i brev til departementet av 22.10.2009 vedrørende tilslutning til en individklageordning under ØSK. De generelle synspunktene redegjort for i nevnte brev vil i noen grad også være relevante ved vurderingen av en individklageadgang etter Barnekonvensjonen.

## 2 KORTE BEMERKNINGER TIL UTREDNINGEN

Mandatet er begrenset til en "juridisk analyse". Det kan stilles spørsmål ved om en slik avgrensning er godt egnet til å få frem kompleksiteten i spørsmålet om tiltredelse. Mange av de spørsmål som eventuell tiltredelse reiser, forutsetter kunnskap utover rene studier av rettslige normers innhold. Det gjelder blant annet samfunnsvitenskapelig kunnskap om organisasjoners dynamikk og internasjonale beslutningsprosesser. Med tiden har det vokst frem et betydelig erfaringsgrunnlag om eksisterende klageordninger. Dette tilsier at det ved denne korsveien foretas en mer omfattende analyse av fordeler og ulemper ved menneskerettslige individklageordninger.

For å ta standpunkt til ratifikasjonen av individklageordningen, er det ønskelig med en grundigere gjennomgang av konvensjonens materielle bestemmelser, med sikte på å klargjøre rettighetene som vil være gjenstand for individklageordningen. Herunder etterlyser vi en vurdering av de mange spørsmål som reiser seg i lys av utformingen av bestemmelsene i konvensjonen, direkte av betydning for individklageadgangen og hvordan denne skal fungere i praksis.

Kildegrunnlaget for utredningen er begrenset. Generelt savner vi henvisninger til nyere forskning, herunder internasjonale studier, på området.<sup>1</sup> Nye og vesentlige dokumenter fra FNs barnekomité er ikke gjennomgått som ledd i analysen, og det kunne vært nyttig med en vurdering av det reformarbeid som pågår i FN-regi for å styrke menneskerettighetskomiteenes arbeid, og som er kommet så vidt langt at det ville være behov for også å inkludere slike forhold i de vurderinger som gjøres.

Det er så langt 6 stater som har ratifisert protokollen; Albania, Bolivia, Gabon, Tyskland, Spania og Thailand<sup>2</sup>. Imidlertid omfatter ratifikasjonen fra både Albania og Tyskland etter det vi forstår kun statsklageadgangen, og således ikke individklageordningen. Denne er så langt bare ratifisert av 4 stater. Det bør på denne bakgrunn være anledning til å foreta en grundigere vurdering av tiltredelsesspørsmålet for Norges del enn den foreliggende utredningen.

## 3 BETYDNINGEN AV RATIFIKASJON – INNSNEVRING AV POLITISK HANDLINGSROM?

Utredningen redegjør i punkt 2 for eksisterende individklageordninger under FN- konvensjonene og redegjør herunder for praksis i saker anlagt mot Norge. I punkt 2.2 oppsummeres det med at det totale antallet klagesaker mot Norge så langt har vært meget beskjedent, og at det bare er konstatert krenkelse i seks saker. De viktigste sakene, KRL-saken og restauratørsaken er omtalt.

Regjeringsadvokaten er enig i utredningens innledningsvise påpekning om at det er meget vanskelig å forutsi om, og på hvilke områder, en tilslutning til protokollen vil lede til en rettsutvikling som vil innsnevre norske myndigheters handlingsrom fremover. Dette vil bero blant annet på hvilken praksis Barnekomiteen vil utvikle ved tolkningen av konvensjonens materielle bestemmelser, graden av dynamisk fortolkning og vektleggingen av Komiteens praksis i nasjonale domstoler. Det er videre vanskelig å forutse i hvilken grad og på hvilke rettsområder klageordningen rent faktisk vil bli benyttet.

Det bør av samme grunner etter vårt syn legges liten vekt på at det så langt har vært et begrenset antall klagesaker rettet mot Norge for de komiteene der det i dag eksisterer klageadgang (CCPR, CAT, CERD og CEDAW). I utredningens oppsummering i punkt 13, er

<sup>1</sup> For eksempel Keller og Ulfstein (red.): UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy (Cambridge 2012).

<sup>2</sup> Iht opplysninger på <http://treaties.un.org/Pages/> pr 24.09.2013.

## REGJERINGSADVOKATEN

konklusjonen at det er grunn til å tro at klageretten vil bli benyttet i praksis. Analysen på dette punkt støttes etter vårt syn også av at Barnekonvensjonen i stadig større grad påberopes på ulike saksfelt i norske domstoler, både i sivile saker og straffesaker. Antakelig vil utviklingen i bruken av klagemekanismene under FN-konvensjonene, etter hvert kunne bli sammenlignbar med den vi har erfart vedrørende EMK. Som kjent var individklageordningen etter EMK lite brukt de første tiårene. Fra 1990-tallet har det vært en voldsom økning i klagesaker til EMD og i anvendelsen konvensjonen har vært gitt internt i norsk rett. Bruken av klagemekanismene i praksis varierer også mellom sammenlignbare land. Som en illustrasjon kan nevnes at Sverige i motsetning til Norge har hatt et betydelig antall klagesaker for Torturkomiteen. I perioden frem til og med mai 2013 har Komiteen i henhold til opplysninger i praksisbasen på Komiteens hjemmeside behandlet rundt 75 saker mot Sverige.<sup>3</sup>

Sentralt i vurderingen av om norske myndigheters handlingsrom vil innsnevres som følge av en individklageordning, står etter vårt syn spørsmålet om i hvor stor utstrekning Barnekomiteen vil anlegge en dynamisk fortolkning av konvensjonsrettighetene til grunn i sin praksis i enkeltsaker, og hvilken rettskildemessig vekt Komiteens praksis vil tillegges av norske domstoler i neste omgang. Utredningen har oppstilt to forutsetninger som den mener må foreligge, dersom man skal kunne konkludere med at handlingsrommet for norske myndigheter vil bli innsnevret. For det første at man må kunne forutse at barnekomiteen i større grad enn norske domstoler kommer til å overprøve myndighetenes vurdering av barns rettigheter, og for det andre at norske domstoler fullt ut kommer til å følge barnekomiteens tolkninger i individklagesaker.

Vil Barnekomiteen i større grad enn norske domstoler komme til å overprøve myndighetenes vurderinger av barns rettigheter? Etter vårt syn er det liten tvil om Barnekomiteen vil lede an rettsutviklingen av konvensjonen. Det må legges til grunn at Komiteen selv vil følge sine egne Generelle kommentarer ved rettsanvendelsen i enkeltsaker. Det er også vår vurdering at det fremstår som sannsynlig at Barnekomiteen vil benytte kompetansen til å avgjøre enkeltsaker til en fortsatt dynamisk utvikling av konvensjonsrettighetene, på linje med utviklingen Komiteen har stått for gjennom utviklingen av Generelle kommentarer, og konkluderende merknader under landrapporteringsprosedyren.

Spørsmålet av direkte betydning for "konsekvensene for handlingsrommet" vil derfor i realiteten være hvorvidt norske domstoler (og øvrige myndigheter) vil følge opp Barnekomiteens avgjørelser i enkeltsaker, og for øvrig bygge på den konvensjonstolkning som etter hvert vil komme til uttrykk gjennom praksis fra Komiteen.

Fra et mer politisk ståsted antar vi at et hovedpoeng med å gi tilslutning til klageordningen er å derved styrke barns rettigheter og det ligger da i dette en forutsetning om at avgjørelser fra Komiteen om at konvensjonen er krenket i saker mot Norge må følges opp nasjonalt, i praksis som om de var folkerettslig bindende. Er dette ikke siktemålet, fremstår det som mer lojalt å la være å ratifisere klageordningen.

Rettslig sett er spørsmålet om Høyesterett fremover vil tilnærme seg Komitéuttalelser fra Barnekomiteen i enkeltsaker på samme måte som Komitéuttalelser i individklagesaker fra Menneskerettskomiteen. Det er enkelte forskjeller mellom komiteene mv., som gjør at det ikke er helt opplagt hvordan Høyesterett vil vurdere betydningen av enkeltuttalelser, som rettslig sett

---

<sup>3</sup> Søk på [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en). Inkluderer alle saker uavhengig av utfall.

# REGJERINGSADVOKATEN

ikke er bindende<sup>4</sup>, men det er likevel etter vår vurdering vanskelig å tenke seg at Høyesterett vil legge seg på en markert annen tolkningslinje enn Barnekomiteen, men den konsekvens at nasjonale avgjørelser påklages til Barnekomiteen, med påfølgende konstatering av krenkelse. Subsidiaritetshensyn vil veie tungt når den rettskildemessige vekten skal fastlegges, og dette hensynet tilsier at domstolene vil følge den tolkning Barnekomiteen gir uttrykk for, i alle fall i saker mot Norge. Spørsmålet er kanskje noe mer åpent, dersom det dreier seg om avgjørelser/praksis rettet mot andre land, der likhet i rettsforholdene mv. vil kunne spille inn.

De to forutsetningene som utredningen selv oppstiller for å kunne konkludere med at handlingsrommet for norske myndigheter innsnevres, er således etter vår vurdering klart oppfylt.

## 4 BARNEKOMITEEN SAMMENSETNING OG ARBEIDSMÅTE

### 4.1 Komiteens bakgrunn, sammensetning og arbeidsmåte

Utredningen omtaler meget kort Barnekomiteen og dens arbeid i punktene 7.4 og 9, og gir herunder en oversikt/presentasjon av dagens komitémedlemmer, og deres fagbakgrunn mv. Det kan være grunn til enkelte suppleringer.

Barnekomiteen ble ikke primært opprettet for å forfølge konvensjonskrenkelser i medlemsstatene, men for å følge medlemsstatenes stadige fremskritt i å realisere og effektivisere konvensjonsrettighetene. Det var et bevisst valg å ikke opprette en individklageordning ved fremforhandlingen av konvensjonen. NGOene ønsket et håndhevingssystem som kunne danne grunnlag for en konstruktiv dialog med statene, se for eksempel Verheyde m.fl., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Articles 43-45*The UN Committee on the Rights of the Child (2006)<sup>5</sup>.

*“As far as the kind of the procedure is concerned, the drafters of the CRC clearly opted for a monitoring mechanism, based on a reporting obligation for the States and excluded the development of a complaints procedure. They did not consider it appropriate to develop a chastising and reprimanding control system. The stances taken by the NGOs, organised in an Ad Hoc Group, had a lot to do with this. The NGO Ad Hoc Group indeed wished to create a 'positive atmosphere' surrounding implementation. The monitoring system had to be based on the idea of constructive continuous dialogue, mutual help, support and cooperation. The CRC Committee that was founded for this purpose consequently does not only act in a controlling but also in an advising way.”*

Komiteens opprinnelige rolle og formål lå til grunn for den sammensetning Komiteen fikk, jf. konvensjonen artikkel 43 nr. 2<sup>6</sup>;

*2. Komiteen skal bestå av atten sakkyndige med høy moralsk anseelse og med anerkjent kompetanse på det området som omfattes av konvensjonen. Komiteens medlemmer skal velges av partene blant deres statsborgere, og de skal tjenestegjøre i personlig egenskap, idet det tas hensyn til en rettferdig geografisk fordeling så vel som til de viktigste rettsystemer.*

Sammensetningen skiller seg fra Menneskerettskomiteen der SP art 28 nr. 2 som angir MRKs sammensetning;

---

<sup>4</sup> Henning Harborg drøfter de rettskildemessige spørsmål i sin rapport, og antyder i sin konklusjonen at rettstilstanden bør tas opp til diskusjon.

<sup>6</sup> Kvinnekomiteens sammensetning har et lignende utgangspunkt.

## REGJERINGSADVOKATEN

*2. Komiteen skal bestå av statsborgere av de stater som er parter til denne konvensjon. De skal være personer av høy moralsk karakter og med anerkjent sakkunnskap i menneskerettighetsspørsmål. Det skal legges vekt på betydningen av at noen av Komiteens medlemmer har juridisk erfaring.*

Det har siden 1999 pågått diskusjoner om opprettelse av en individklageordning under Barnekonvensjonen. Verheyde m.fl. (2006) side 9, note 29 gir henvisninger til folkerettslig litteratur hhv til støtte for og med skepsis til en individklageordning under denne konvensjonen. Det hadde vært ønskelig at utredningen hadde gått inn på den juridiske debatten vedrørende klageordningen i folkerettslitteraturen, som ledd i sin juridiske analyse.

Legitimiteten for komiteen og dens arbeid, herunder dens uttalelser, er nært knyttet til komiteens sammensetning og arbeidsmåte. Dette er i liten grad behandlet og problematisert i utredningen. Det kan etter vårt syn reises spørsmål ved om Barnekomiteens sammensetning bør gjøres til gjenstand for diskusjon, dersom først Komiteens arbeidsområde skal endres i lys av en individklageadgang, der de spørsmål som skal avgjøres – med stor rettskildevirkning nasjonalt – er om medlemsstatene har brutt sine folkerettslige forpliktelser etter konvensjonen. Komiteens sammensetning synes ikke å sammenfalle med et slikt oppdrag.

Det savnes en fremstilling av hvordan komiteen faktisk arbeider og innenfor hvilke rammebetingelser komiteen virker. Kvaliteten på komiteens arbeid vil være knyttet ikke bare til det enkelte komitémedlems kompetanse, men også hvilke ressurser komiteen besitter og kan dra nytte av på sekretariatsiden. Omfanget av saksutredning før vedtakelsen av endelige dokumenter har etter vårt syn også direkte betydning for legitimiteten av komiteens arbeid.

Det kan også være grunn til å være oppmerksom på det forhold at komiteen er satt til å fremme interessene under én konvensjon, som er viktige interesser, uten samtidig å skulle avveie dem mot andre interesser. Det er en vesentlig forskjell mellom komiteen og en domstol som for eksempel Den europeiske menneskerettsdomstolen. Problemstillingen kan illustreres av den tilsvarende komité under FNs konvensjon mot rasediskriminering. Konvensjonens bestemmelser om komiteens sammensetning (artikkel 8) tilsvarer Barnekonvensjonen artikkel 43 nr. 2. Kinander, Jussens Venner 2013 s. 117, på s. 119, påpeker at komiteen bl.a. har kritisert Danmark for ikke å straffe Jyllandsposten for publisering av Muhammed-karikaturene og Frankrike for å støtte opp under rasehat ved å tillate utgivelsen av Rushdies *Sataniske Vers*. Ut fra vår vektlegging av ytringsfrihet virker disse komitéuttalelsene nokså fremmede.

### **4.2 Noen forhold ved Komiteens vurdering av enkeltsaker – saksbehandlingstid mv.**

I mange sakstyper som angår barn spiller tiden som går en sentral rolle for saksutfallet. Lang samlet saksbehandlingstid, er dessuten sjelden til barnets beste. Saksbehandlingstiden for de øvrige FN-komiteene er lang, flere år for enkelte av komiteene.

Både EMD og MRK legger i sin praksis til grunn at de prøver saken slik den står for domstolen/komiteen på avgjørelsestidspunktet, og ser altså hen til faktiske omstendigheter som har inntrådt etter at saken ble behandlet av nasjonale domstoler. Det er uklart hvordan Barnekomiteen vil tilnærme seg dette ved prøving av en klagesak i Komiteen.

Protokollen artikkel 10 nr. 1 tyder på at også Barnekomiteen vil prøve saken fullt ut, på grunn av fakta slik de forligger for komiteen på avgjørelsestidspunktet.

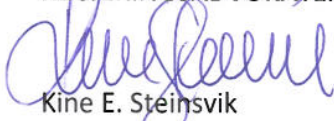
Dersom Barnekomiteen skal foreta tilsvarende "nå-vurderinger" for eksempel av spørsmålet om hva som er til beste for barnet når saken er til behandling i Komiteen, er det uklart hvilket faktisk grunnlag Komiteen skal bygge på. Protokollen gir ikke nærmere regler om saksutredning, om det skal være rom for noen form for direkte bevisførsel, sakkyndigoppnevning mv. Det er vanskelig å

## REGJERINGSADVOKATEN

se at komiteen skal kunne lene seg på det tidligere faktagrunnlaget i saker der det har gått flere år siden saken ble behandlet av nasjonale domstoler.

Med hilsen

**REGJERINGSADVOKATEN**



Kine E. Steinsvik  
advokat