

Mona Martnes

BARNETS BESTE

Rettighetens innhold i saker
om opphold på humanitært
grunnlag og utvisning

Barnets beste

Mona Martnes

Barnets beste

Rettighetens innhold i saker om opphold på humanitært
grunnlag og utvisning

Universitetsforlaget

© Mona Martnes 2021

Boken ble første gang utgitt i 2021 på Universitetsforlaget.

Materialet i denne publikasjonen er utgitt som Open Access / Åpen tilgang og er omfattet av åndsverklovens bestemmelser og Creative Commons-lisens CC BY 4.0.

Lisensen Creative Commons CC BY 4.0 gir tillatelse til å kopiere, distribuere og spre verket i hvilket som helst medium eller format og til fritt å bearbeide materialet for hvilket som helst formål, inkludert kommersielle. Lisensgiver kan ikke kalle tilbake disse frihetene så lenge du respekterer disse lisensvilkårene. For slik spredning og bearbeiding gjelder følgende vilkår: Du må oppgi korrekt kreditering og en henvisning til lisensen, samt indikere om endringer er blitt gjort. Du kan gjøre dette på enhver rimelig måte, så lenge det ikke kan forstås som at lisensgiver godkjenner deg eller din bruk av verket. Du kan ikke på noen måte hindre andre i å gjøre noe som lisensen tillater.

Boken er utgitt med støtte fra publiseringsfondet og Det juridiske fakultet ved UiT Norges arktiske universitet.

ISBN trykt utgave: 978-82-15-04407-1

ISBN elektronisk utgave: 978-82-15-04999-1

DOI: 10.18261/9788215049991-2021

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

post@universitetsforlaget.no

www.universitetsforlaget.no

Omslag: Universitetsforlaget

Sats: Tekstflyt AS

Sammendrag Barn har rett til å få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn i alle saker som berører dem selv. I denne boken diskuteres den iboende spenningen i utlendingsloven § 1, som pålegger norske utlendingsmyndigheter å ivareta både innvandringspolitiske hensyn og internasjonale menneskerettslige forpliktelser. Politiske hensyn og spenningen mellom barnets og statens interesser utgjør en risiko for at barns rettigheter og interesser blir oversett. Forfatteren klarlegger innholdet i barnets beste i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, og tar opp hvordan barnets beste gir, eller bidrar til å gi, barnet eller dets nærmeste familie rett til opphold eller til å ikke bli utvist, og når barnets beste gir en slik rett. Boken gir en grundig fremstilling av sentrale uttalelser fra FNs barnekomité. I tillegg omfattes analyser av praksis fra Høyesterett og Den europeiske menneskerettsdomstolen.

Nøkkelord barnets beste | barnekonvensjonen | opphold på humanitært grunnlag | utvisning

Abstract The author examines the contents and function of the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration in expulsion cases and cases concerning residence permit on humanitarian grounds in Norway. This right is articulated in Article 3 no. 1 of the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC) and Section 104 (2) of the Norwegian Constitution. The right applies in “all actions concerning children”, and in cases concerning expulsion and residence permits on humanitarian grounds. The author investigates when and how the best interests of the child can give a child and its nearest family a right to stay in Norway. It contains a thorough analysis of sources from the United Nations Committee on the Rights of the Child and judgments from the Supreme Court of Norway and the European Court of Human Rights.

Keywords best interest of the child | CRC | residence permit | expulsion

Innhold

1. Introduksjon	11
1.1 Temaet	11
1.2 Spenningen mellom barnets beste og innvandringspolitikken	13
1.3 Temaets kompleksitet	14
1.4 Overordnede problemstillinger og struktur	17
1.5 Avgrensinger og presiseringer	19
2. Perspektiv og metode	21
2.1 Innledning	21
2.2 Perspektiv	21
2.3 Hovedtrekk ved den rettsvitenskapelige metoden i boken	23
2.4 Tolkning av sentrale rettskilder	25
3. Opphold på humanitært grunnlag og utvisning	43
3.1 Innledning	43
3.2 Opphold og utvisning fra fremmedloven og til i dag	43
3.3 Nærmere om innvandringspolitikken rolle	47
3.4 Opphold på humanitært grunnlag	51
3.5 Utvisning	64
3.6 Virkning av avslag på opphold og vedtak om utvisning	77
3.7 Utgangspunktet for implementeringen av barnets beste	78
3.8 Land som ofte er representert i de to sakstypene	79
4. Barnets beste som prinsipp, rettighet og et sett prosessuelle regler ...	82
4.1 Innledning	82
4.2 Barnets bestes utvikling fra de første deklarasjonene og til i dag	83
4.3 Barnets beste som et generelt prinsipp	88
4.4 Barnets beste som materiell rettighet	102
4.5 Barnets beste som et sett prosessuelle regler	120
4.6 Veien videre	135
5. Andre sentrale rettigheters forhold til barnets beste	136
5.1 Innledning	136
5.2 Barns rett til å ikke bli diskriminert	137
5.3 Barns rett til liv, overlevelse og helhetlig utvikling	149
5.4 Barns rett til å bli hørt og få sin mening tillagt vekt	157
5.5 Barns rett til familie- og privatliv	177
6. Vurderingen og vektningen av hva som er i barnets beste interesser ...	199
6.1 Innledning	199
6.2 Utgangspunktet for vurderingen	201

6.3	Utgangspunktet for vektingen	212
6.4	Barnets mening	214
6.5	Alder og modenhet	217
6.6	Risiko for å bli diskriminert	223
6.7	Tilknytning	226
6.8	Skadelige skikker	231
6.9	Levestandard, helse og utdanning	235
6.10	Adskillelse mellom barn og foreldre	248
6.11	Sårbarhet	262
6.12	Avsluttende betraktninger	276
7. Statens interesser og avveiningen mot hva som tjener barnets interesser best		
	interesser best	278
7.1	Innledning	278
7.2	Hvilke krav må gjelde?	279
7.3	De ulike kravene til statens interesser	284
7.4	Identifisering mellom foreldre og barn	300
7.5	Vektingen av statens interesser	307
7.6	Avveiningen	313
8. Prøvingsintensitet ved domstolskontroll av barnets beste		
		321
8.1	Innledning	321
8.2	Dagens domstolskontroll av vedtaks gyldighet	322
8.3	Hvor inngående må domstolskontrollen av barnets beste være?	333
8.4	To tilnærminger til prøvingen	345
9. Avsluttende vurderinger		
		350
9.1	Innledning	350
9.2	Inkonsekvensen i domstolspraksis	350
9.3	Mulige årsaker	356
9.4	Avslutning	360
Kilder		
		362
	Litteratur	362
	Lover	375
	Konvensjoner, traktater og tilleggsprotokoller	376
	Forskrifter	377
	Deklarasjoner	377
	Barnekomiteens General Comments	377
	Andre General Comments	379
	Barnekomiteens avsluttende merknader til statsrapporter	379
	Andre avsluttende merknader til statsrapporter	381
	Klagesaker fra barnekomiteen	381
	Klagesaker fra menneskerettskomiteen	381

Proposisjoner, utredninger og innstillinger	381
Dommer og beslutninger fra EMD	382
Kommunikasjonssaker	385
Dommer fra ICJ og EU-domstolen	385
Høyesterettsdommer	385
Høyesterettskjennelser og beslutninger	386
Lagmannsrettsdommer og kjennelser	386
Tingrettsdommer	387
Andre kilder	387



1. Introduksjon

1.1 TEMAET

Barn har samme menneskerettigheter som voksne.¹ I tillegg har barn særskilte rettigheter som kun gjelder for dem. Barns rett til å få sitt beste vurdert og vektlagt som en grunnleggende del av en avgjørelse (barnets beste) er en slik særrettighet. I denne boken behandles barnets beste i to typer utlendingsrettslige saker, saker om opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket (opphold på humanitært grunnlag) og utvisning.

Barnets beste følger av både internasjonal og nasjonal rett og kommer til uttrykk i blant annet konvensjoner, lover og rettspraksis. Av særlig betydning for temaet i boken er FNs barnekonvensjon (BK) art. 3 nr. 1, Norges Grunnlov (Grl.) § 104 annet ledd og utlendingsloven (utlendl.) §§ 38 tredje ledd, 49 første ledd og 70 første ledd.² Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) inneholder ikke en egen bestemmelse om barnets beste.³ Barnets beste anvendes likevel av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).⁴ Rettighetene i BK og EMK er en del av norsk rett og skal ved motstrid med annen lov ha forrang, jf. menneskerettsloven (mrl.) §§ 2 og 3.⁵

Barnets beste gjelder «[i]n all actions concerning children» / «ved alle handlinger og avgjørelser som berører barn», jf. BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 annet ledd.⁶ Altså også ved faktiske handlinger. Rettigheten er med det vidtrekkende og gjelder

- 1 Med «barn» menes personer under 18 år. Dette er i tråd med hovedregelen i United Nations Convention on the Rights of the Child 20. november 1989 art. 1.
- 2 Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1814 og lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.
- 3 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 4. november 1950.
- 4 Domstolen er opprettet i kraft av EMK del II. Del II i konvensjonen regulerer også domstolens virke og sammensetning, se EMK art. 19–51.
- 5 Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.
- 6 Menneskerettsdomstolen har benyttet litt ulike begreper, herunder BK terminologi, «concerning children», EMDs storkammerdom 3. oktober 2014, *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109. På samme sted uttaler domstolen også «[w]here children are involved». Anvendelsesområdet til barnets beste vil imidlertid bli snevrere enn etter BK og Grl. fordi det er en forutsetning at en av de øvrige rettighetene i EMK kommer til anvendelse.

blant annet innenfor alle rettsområder hvor det treffes avgjørelser som *berører barn*. De barna som blir berørt av saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, har ofte verken norsk statsborgerskap eller oppholdstillatelse. Av BK art. 2 følger det at staten skal respektere og sikre rettighetene i konvensjonen til «each child within their jurisdiction», uten diskriminering. Av GrL § 92 følger det også en plikt for staten til å «respektere og sikre» menneskerettighetene Norge er bundet av, og av § 98 følger det at «alle» er like for loven. Statens myndigheter er følgelig forpliktet til å respektere og sikre rettighetene til barn i Norge, herunder barnets beste, uavhengig av hvilke statsborgerskap barnet har, eller om det har lovlig opphold.⁷ Barnets beste har derfor betydning i alle saker om opphold på humanitært grunnlag og ved utvisning som berører barn. Barn som blir berørt av slike saker, kan være i ulike situasjoner. Felles er spørsmålet om barnet, eller noen som står det nær, *må forlate Norge, eller om de må få bli*. Det er dette spørsmålet analysene i boken retter seg mot.

Reglene om beskyttelse er i utgangspunktet ikke gjenstand for analyse i boken. Vilkårene for beskyttelse følger av utlendl. § 28 første ledd. Utlendingen må enten ha «en velbegrunnet frykt for forfølgelse» eller stå «i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff» ved en retur. Opphold på humanitært grunnlag skal vurderes når disse vilkårene *ikke* er oppfylt.⁸ Er vilkårene for beskyttelse oppfylt, kan heller ikke en utlending utvises.⁹ Utenfor de tilfellene hvor vilkårene for beskyttelse er oppfylt, er hovedregelen at det er et politisk spørsmål hvor mange det skal innvilges oppholdstillatelse til, og hva som må til for at opphold skal innvilges. I saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning har staten i utgangspunktet frihet til å ivareta sine interesser, herunder interesser av politisk karakter, gjennom å avslå opphold eller å vedta utvisning. Menneskerettighetene, slik som barnets beste, kan imidlertid innskrenke denne friheten i enkeltsaker.¹⁰

I motsetning til de menneskerettslige og folkerettslige forpliktelsene som ligger bak retten til beskyttelse, er ikke barnets beste en absolutt rettighet.¹¹ Mens absolute rettigheter setter klare grenser for staten, åpner barnets beste for at det kan

7 Se Committee on the Rights of the Childs Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 14, *The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), 29. mai 2013 avsnitt 21 om betegnelsen «children» i art. 3 nr. 1.

8 Jf. § 28 syvende ledd.

9 Jf. utlendl. § 73.

10 Det følger av utlendl. § 3 at loven «skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling», slik både BK og EMK har.

11 Se bokens kapittel fire punkt 4.2.2.3.

foretas en avveining mellom barnets beste og statens interesser. For å avgjøre om barnet eller familien må få bli i Norge, er det dermed ikke nok å vurdere om noen gitte vilkår er oppfylt. Vurderingen er noe mer kompleks. Barnets beste stiller krav til statens vurderinger, herunder hva som må vektlegges, og til avveiningen mellom barnets og statens interesser. I denne boken behandler jeg når – og på hvilken måte – barnets beste stenger for å avslå opphold på humanitært grunnlag eller å utvise et barn eller noen av dets nærmeste. Av betydning for dette spørsmålet er de spenningene som eksisterer innenfor utlendingsretten.

1.2 SPENNINGEN MELLOM BARNETS BESTE OG INNVANDRINGSPOLITIKKEN

Bestemmelsene i utlendingsloven skal sørge for regulering og kontroll av utlendingers opphold i riket i samsvar med *både* norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser, jf. utlendl. § 1. Mellom innvandringspolitikken og de internasjonale menneskerettslige forpliktelsene er det en spenning. Innvandringspolitikken søker å ivareta statens generelle interesser, blant annet interesser som går ut på å håndheve og begrense innvandringen. Menneskerettighetene, herunder barnets beste, prioriterer derimot enkeltindividets interesser. Slike interesser kan for eksempel være et behov for å bli i Norge på grunn av forholdene i hjemlandet, relasjoner til andre personer eller en sterk tilknytning til landet.

Spenning mellom individets og statens interesser er til stede i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Etter utlendl. §§ 38 eller 49 kan det innvilges opphold dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket. Mens § 38 er generelt utformet, gjelder § 49 i saker om familieinnvandring. Jeg behandler hovedsakelig § 38.¹² Betegnelsen humanitære grunner fremgår verken av ordlyden i §§ 38 eller 49, men har fulgt med fra da grunnlaget vokste frem gjennom utlendingsmyndighetens praksis. Humanitær betyr menneskevennlig, menneskekjærlig eller veldedig.¹³ Betegnelsen illustrerer at regelen er ment å ivareta individets sterke interesser i å få bli i Norge. Både utlendl. §§ 38 og 49 åpner for en avveining mellom individets og statens interesser. Det samme gjør utlendl. § 70, som inneholder et krav om at en utvisning må være forholdsmessig. Avveiningene kan resultere i at enkeltmenneskers interesser må bli avgjørende.

12 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.4.3 om forholdet mellom de to bestemmelsene og hvorfor jeg hovedsakelig behandler § 38.

13 Se Store norske leksikon, humanitær, <https://snl.no/humanit%C3%A6r> (side sist besøkt 15. august 2018).

Nærvær av politiske hensyn og spenningen mellom barnets og statens interesser utgjør en risiko for at barns rettigheter og interesser blir oversett. Barn har i utlendingssaker liten mulighet til å påvirke utformingen av politikken eller situasjonen de er i. Avhengig av alder og modenhet er barn mer eller mindre avhengige av voksne for å fremme sin sak.¹⁴ Barn kan ha vansker med å bli hørt og å få sine interesser vurdert og prioritert. I tillegg er det ikke alltid vilje hos beslutningshavere til å prioritere barns interesser eller tilpasse innholdet i avgjørelsene til deres behov.¹⁵ En rettighet som barnets beste er derfor nødvendig. Skal barnets beste fungere effektivt, må imidlertid rettighetens innhold være klarlagt så langt det er mulig.

1.3 TEMAETS KOMPLEKSITET

Temaet i boken er komplekst, stadig aktuelt og omhandler saker av stor betydning for enkeltbarn.

Barnets beste er ikke bare vidtrekkende, rettigheten har et forholdsvis høyt generalitetsnivå og henger sammen med verdier. Ingen av disse karaktertrekkene er problematiske i seg selv, men det gir behov for grundige analyser. Det eksisterer en mengde rettskilder som er av betydning for analyser knyttet til barnets beste. I norsk rett er det både rettskilder med internasjonal forankring og konstitusjonell forankring. I tillegg kommer dommer fra EMD og Høyesterett og uttalelser fra The Committee on the Rights of the Child (heretter barnekomiteen eller komiteen)¹⁶ Videre er lovbestemmelser, forarbeider og forskriftsbestemmelser av betydning for temaet. De ulike rettskildene befinner seg på ulike nivåer, men gir alle føringer på innholdet i retten. Mange av rettskildene trekker i ulike retninger. For å klarlegge innholdet i barnets beste er det nødvendig å

14 Se BK art. 5 om barns gradvise utvikling og Committee on the Rights of the Childs, General Comment nr. 7, *Implementing child rights in early childhood*, 20. september 2006 avsnitt 13.

15 Å innta barns rettigheter i Grunnloven ble av menneskerettsutvalget ansett som viktig blant annet for å fungere «som skranke for lovgiver, for eksempel slik at lovgiver ved utforming av lover ikke kan velge å se bort fra barns behov for gode oppvekstvilkår og beskyttelse mot overgrep», Dok. 16 (2011–2012) s. 189.

16 Norge er dømt for krenkelse av EMK art. 8 i flere utlendingssaker hvor barn har vært berørt, se EMDs dom 4. desember 2012, *Butt mot Norge*, EMDs dom 28. juni 2011, *Nunez mot Norge* og EMDs dom 24. juli 2014, *Kaplan med flere mot Norge*. Det er andre utlendingssaker mot Norge hvor EMD har kommet til at det ikke forelå krenkelse. Høyesterett har behandlet barnets beste i saker om opphold på humanitært grunnlag i tre plenumsdommer: Rt. 2012 s. 1985 *plenumsdom I*, Rt. 2012 s. 2039 *plenumsdom II* og Rt. 2015 s. 1388 *plenumsdom III*. Om barnekomiteens uttalelser, se denne bokens kapittel 2 punkt 2.4.3.

behandle kildene i sammenheng og å foreta harmoniseringer og avveininger der det er behov. Barnets bestes karakter og rettskildetilfanget gjør temaet kompleks.

Temaet er av barnerettslig og menneskerettslig karakter, og samtidig av forvaltningsrettslig og utlendingsrettslig karakter. Hvert av disse rettsområdene hviler på ulike verdier, skal oppfylle ulike formål og balansere ulike interesser. Barnets beste må implementeres i utlendingsretten på en måte som balanserer disse verdiene, formålene og interessene.

Under høringen ved behandlingen av Norges femte og sjette rapport til barnekomiteen i mai 2018 fikk Norge flere spørsmål om rettsstillingen til enslige barn og andre barn som søker opphold i Norge. I de avsluttende merknadene til Norge ble asylsøkende barn og flyktningbarn nevnt under overskriften «[m]ain areas of concern and recommendations».¹⁷ Deres rettsstilling ble trukket frem som et område hvor «urgent measures must be taken».¹⁸ Komiteen anbefalte staten å «strengthen its efforts to [...] [e]stablish clear criteria regarding the best interests of the child for all those authorities that have to take decisions affecting children».¹⁹ I forbindelse med Norges fjerde rapport i 2010 uttrykte komiteen bekymring for at «the principle of primary consideration of the best interests of the child is not yet applied in all areas affecting children, such as [...] immigration cases, and that those responsible for taking the child's best interest into account are not always sufficiently trained to conduct a thorough case-by-case assessment of the best interests of the affected child».²⁰ Temaet har altså over en lengre periode vakt bekymring hos komiteen. Dette kan tyde på at norsk rett ikke har lyktes med å balansere de ulike verdiene som skal ivaretas, og at det er behov for grundige analyser av barnets beste i en utlendingsrettslig kontekst.

Inntrykket av et behov for grundige analyser av barnets beste forsterkes av Høyesteretts tre plenumsdommer fra 2012 og 2015 om barnets beste i saker om opphold på humanitært grunnlag.²¹ I alle tre dommene er det flere dissenser. I tillegg til disse dommene er barnets beste behandlet i flere andre dommer om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. I en del av disse kommer det frem forskjellige syn på rettskildene, barnets bestes karakter og statens forplik-

17 Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic report of Norway*, 1. juni 2018 (CRC/C/NOR/CO/5-6) avsnitt 4.

18 CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 4.

19 CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 13 (a).

20 Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the fourth periodic report of Norway*, 29. januar 2010 (CRC/C/NOR/4) avsnitt 22.

21 Rt. 2012 s. 1985, Rt. 2012 s. 2039 og Rt. 2015 s. 1388.

telser. Samlet gir høyesterettspraksis inntrykk av at domstolens medlemmer har nokså ulike oppfatninger om tematikken i denne boken.

Saker hvor barn har vært lenge i Norge, uten å få oppholdstillatelse, har tidligere fått en del oppmerksomhet.²² Når barn har bodd flere år i Norge, noen ganger hele sitt liv, opparbeider de normalt en sterk tilknytning til landet. Barn som er berørt i denne typen saker, har vært omtalt som «asylbarn» eller «lengeværende barn».²³ Saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning kan imidlertid berøre barn i mange ulike situasjoner, for eksempel barn som kommer fra områder med konflikter eller humanitære kriser. I andre tilfeller kan det være at barnet er født i Norge.²⁴ Noen barn ankommer Norge alene, uten følge av foreldre eller andre omsorgspersoner.²⁵ Det hender at barnevernet overtar omsorgen for barn av foreldrene uten oppholdstillatelse. Noen utvisningsvedtak retter seg mot en forelder som har hatt omsorgen alene eller har hatt et betydelig ansvar for barnets omsorg, mens vedtaket i andre saker retter seg mot en som har hatt en mindre betydelig rolle barnets liv.²⁶ Det forekommer at barnet har norsk statsborgerskap, mens en eller begge foreldrene ikke har det.²⁷ Uavhengig av variasjonene så vil som oftest utfallet av saken ha stor betydning for det berørte barnet.

I likhet med menneskerettigheters generelle verdigrunnlag er et sentralt formål med barnets beste å sikre at barns interesser ikke blir ofret for samfunnets interesser, med mindre disse er legitime og tungtveiende. For at dette formålet skal ivaretas, er det nødvendig at innholdet i rettigheten klarlegges. Et formål med analysene i boken er å bidra til at barns interesser ikke overses, men løftes frem og vektlegges i tråd med de føringene rettskildene gir i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.

22 Problemstillinger knyttet til lang oppholdstid ble behandlet blant annet i plenumsdom I og plenumsdom II.

23 Se Einarsens definisjon i Terje Einarsen, «Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn?», *Jussens Venner*, 2013 s. 287–319 (s. 290). Einarsen benytter «asylbarn» og «lengeværende barn» synonymt. Han definerer asylbarn som «lengeværende barn av foreldre med avslag på asyl». Hva som kvalifiserer til lengeværende, er ikke helt klart, men han legger til grunn at «barnet da må ha bodd i Norge i minst tre år (regnet fra fødsel, ankomst, asylsøknad eller opphold på asylmottak [...])».

24 Se for eksempel Rt. 2012 s. 667, plenumsdom I og plenumsdom II.

25 Slik som gutten i saken inntatt i Rt. 2009 s. 1261.

26 Se Nunez mot Norge.

27 Se som eksempel Rt. 2012 s. 667, hvor sønnen i familien hadde norsk statsborgerskap, mens hans mor, far og søster hadde srilankisk statsborgerskap. Se også Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen*, hvor barnet hadde norsk statsborgerskap, mens moren hadde kenyansk statsborgerskap.

Barnets beste er omfattende behandlet i både norsk og internasjonal juridisk litteratur.²⁸ Det finnes en avhandling fra Sverige om barnets beste og den «reglerede innvandringen».²⁹ Det er også artikler som tar for seg barnets beste i saker om opphold og utvisning i norsk rett.³⁰ Noen analyse med dybden, vinklingen og tematikken som i denne boken er imidlertid ikke foretatt.

1.4 OVERORDNEDE PROBLEMSTILLINGER OG STRUKTUR

I boken analyserer jeg barnets rett til å få hva som best tjener dets interesser, lagt til grunn som en grunnleggende del av avgjørelsen i saker om opphold på huma-

-
- 28 Se Jason M. Pobjoy, «The Best Interests of the Child Principle as an Independent Source of International Protection», *International and Comparative Law Quarterly*, 2015 s. 327–363, Jason M. Pobjoy, *The Child in International Refugee Law*, Cambridge 2017, Margrite Kalverboer, Daan Beltman, Carla van Os og Elianne Zijlstra, «The Best Interests of the Child in Cases of Migration», *The International Journal of Children's Rights*, 2017 s. 114–139 og Daan Beltman, Margrite Kalverboer, Elianne Zijlstra, Carla van Os og Daniëlle Zevulun, «The Legal Effect of Best-Interests-of-the-Child Reports in Judicial Migration Proceedings: A Qualitative Analysis of Five Cases», i *The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*, Leiden 2017 s. 655–680 og denne bokens kapittel 4, hvor mye internasjonal litteratur behandles.
- 29 Louise Dane, *Den reglerede innvandringen och barnets bästa. Barns rätt till familjeliv och privatliv enligt barnkonventionen, Europakonventionen, EU-rätten och svensk utläningslagstiftning*, Stockholms universitet 2019, <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1343690/FULLTEXT02.pdf> (nettside sist besøkt 28.10.2020).
- 30 Lena Renate L. Bendiksen og Trude Haugli, «Hvor ble det av gutten», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2010 s. 60–80, Jan Fridthjof Bernt, «Høyesterett som politisk arena – Noen refleksjoner med utgangspunkt i to Høyesterettsdommer om norsk utlendingspolitikk», *Jussens Venner*, 2013 s. 320–329, Jan Fridthjof Bernt, «Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøving» i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Bergen 2015 s. 27–47, Arnfinn Bårdsen, «Norges Høyesterett og 'barnets beste' som konvensjonsforpliktelse og grunnlovsnorm» i *Rettsavklaring og rettsutvikling, festskrift til Tore Schei*, Oslo 2016 s. 243–268, Einarsen (2013), Karl Harald Søvig, «Hensynet til barna ved utvisning av foreldrene», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2011 s. 281–301, Trude Haugli og Elena Shinkareva, «The Best Interests of the Child Versus Public Safety Interests: State Interference into Family Life And Separation of Parents and Children in Connection with Expulsion/Deportation in Norwegian and Russian Law», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2012 s. 351–377, Kirsten Sandberg, «Plenumsdommen fra 2015 – en barnerettslig kommentar», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2016 s. 101–105, Kirsten Sandberg, «Best Interests of the Child in Norwegian Constitution» i *Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Leiden 2019 s. 134–158 og Kirsten Sandberg, «Asylsøkende barns rettigheter» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utgave Oslo 2020 s. 334–366.

nitært grunnlag og utvisning. Den overordnede problemstillingen som behandles, er *hvordan barnets beste gir, eller bidrar til å gi, barnet eller dets nærmeste familie rett til opphold eller til å ikke bli utvist*. For å svare på dette er det blant annet nødvendig å undersøke rettighetens karakter, hvilket innhold rettigheten har i disse sakstypene, og hvilke overordnede føringer den gir på myndighetsutøvelsen. Jeg retter først og fremst oppmerksomhet mot den materielle rettigheten, men vil også i noen grad trekke inn prosessuelle rettigheter og regler.

Bokens *kapittel en til tre* er av innledende karakter. Det første kapittelet gir en introduksjon til temaet. Kapittel to behandler hvilket perspektiv som ligger til grunn for analysene i boken, og metoden som benyttes for å svare på problemstillingene. I kapittel tre behandles utgangspunktet for når utlendingsforvaltningen kan innvilge opphold på humanitært grunnlag, og når utvisning kan vedtas. I kapittelet beskrives reglene særtrekk, og det klargjøres hvordan barnets beste innvirker på reglene.

Sammen med BK art. 2 nr. 1 om ikke-diskriminering, art. 6 om liv, overlevelse og utvikling og art. 12 nr. 1 anses art. 3 nr. 1 om barnets beste å gi uttrykk for et generelt prinsipp.³¹ I tillegg til å gi uttrykk for et generelt prinsipp har barnekomiteen slått fast at art. 3 også angir en materiell rettighet og et sett med prosessuelle regler, og med det har tre sider.³² Temaet for *kapittel fire* er disse tre sidene. Her diskuterer jeg hvilken betydning det har at barnets beste er – eller anses å være – et generelt prinsipp og en materiell rettighet. Videre tar jeg stilling til hvilke prosessuelle regler det kan utledes av kilder knyttet til barnets beste. Et sentralt spørsmål er hvordan barnets bestes tre sider gjør seg gjeldende for temaet i boken. Kapittelet presenterer noen premisser for analysene i de etterfølgende kapitlene.

Ettersom de enkelte menneskerettighetene ikke kan betraktes isolert, men må tolkes i lys av andre rettigheter, er temaet i *kapittel fem* andre sentrale rettigheters forhold til barnets beste. Her behandles forholdet mellom barnets beste og retten til henholdsvis ikke-diskriminering, liv, overlevelse og utvikling, å bli hørt og til familie- og privatliv. Analysene av rettighetenes innhold går ikke lenger enn det som er nødvendig for å undersøke forholdet mellom dem. Tematikken i kapittelet henger sammen med kapittel seks.

I det sjette og syvende kapittelet analyserer jeg innholdet i barnets rett til å få hva som best tjener dets interesser, lagt til grunn som et grunnleggende hensyn i saker

31 Se Karl Hanson og Laura Lundy, «Does Exactly What it Says on the Tin? A Critical Analysis and Alternative Conceptualisation of the So-Called 'General Principles' of the Convention on the Rights of the Child», *International Journal of Children's Rights* 2017 s. 285–306 (s. 287–291) for en grundig gjennomgang av hvordan de fire artiklene ble utpekt som generelle prinsipper.

32 Se General Comment nr. 14 avsnitt 6.

om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. I *kapittel seks* behandler jeg vurderingen og vektingen av barnets beste. En problemstilling er hvilke overordnede krav som stilles til vurderingen og vektingen. En annen er på hvilken måte ulike elementer kan innvirke på vurderingen og vektingen i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. De to sakstypene berører ofte barn i en sårbar situasjon. Noen barn er i en mer sårbar situasjon enn andre, enten på grunn av forhold ved barnet selv eller omstendighetene rundt det. Hvordan barns sårbarhet innvirker på vurderingen og vektingen av barnets beste, behandles også i *kapittel seks*. I *kapittel syv* behandler jeg hvilke samfunnsinteresser som er legitime i en avveining mot barnets beste, hvilke krav som må stilles til disse, og hvilke overordnede føringer som gjelder for avveiningen mellom barnets beste og de legitime samfunnsinteressene.

I *kapittel åtte* behandler jeg domstolskontrollen av barnets beste innenfor de to sakstypene, og jeg vurderer om dagens prøvingsintensitet må økes, eller om den er tilstrekkelig for å sikre barnets rettighet.

Kapittel ni inneholder avsluttende vurderinger. Her tar jeg blant annet opp EMDs og Høyesteretts anvendelse av barnets beste i saker om opphold og utvisning. Kapittelet inneholder også en konklusjon på bokens hovedproblemstilling.

1.5 AVGRENSINGER OG PRESISERINGER

Av ordlyden i art. 3 nr. 1 følger det at i alle handlinger som berører «*children (...)* the best interests of *the child* shall be a primary consideration» (min utheving). Bestemmelsen nevner både barn i flertall og i bestemt form entall. Dette har blitt tolket slik at det i generelle avgjørelser – slik som ved lovgivning, utforming av budsjetter og retningslinjer – må tas stilling til barns beste generelt.³³ I konkrete saker må det beste til det enkelte barnet vurderes.³⁴ Ordlyden i GrL § 104 annet ledd nevner både «barn» og «barnet». I forarbeidene er det ikke kommentert om barnets beste er ment å både inneholde en kollektiv og en individuell rett.³⁵ Hvor-

33 Committee on the Rights of the Child's General Comment nr. 13, *The right of the child to freedom from all forms of violence*, 18. april 2011 avsnitt 6 (a), og 17, 19 og 23, Trude Haugli, «Hensynet til barnets beste» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utgave, Oslo 2020 s. 55–78 (s. 59).

34 General Comment nr. 14 avsnitt 6 a og 17, 19 og 23 og Haugli (2020) s. 59.

35 Forarbeidene har derimot uttrykkelig lagt til grunn at retten til å bli hørt, som kommer til uttrykk i § 104 første ledd andre setning, kun er ment å være en individuell rett, Dok. 16 (2011–2012) s. 191. Når det samme ikke er lagt til grunn om barnets beste, tyder det på at annet ledd også kan forstås som en kollektiv rett, på samme måte som BK art. 3 nr. 1.

vidt § 104 må anses å gi uttrykk for både en kollektiv og en individuell rettighet, er ikke av så veldig stor betydning, ettersom BK er en del av norsk rett og dermed forplikter staten. I boken behandles barnets rett i to typer konkrete saker. Dermed er det barnets individuelle rettighet som er relevant og behandles. Når flere barn blir berørt i samme sak, har *alle* en individuell rett til å få *sitt* beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn.

At boken behandler to typer utlendingssaker i sammenheng, skyldes at innholdet i barnets beste har klare likhetstrekk i begge. Dette henger sammen med at i begge sakene er det overordnede spørsmålet om barnet eller noen av dets nærmeste må forlate Norge. En rekke rettskilder knyttet til barnets beste er felles for de to sakstypene. Å behandle den ene uten å komme inn på rettskilder knyttet til den andre er derfor ikke mulig. I tillegg er en fordel med å behandle disse i sammenheng at det muliggjør en sammenligning hvordan barnets beste er implementert i de to sakstypene, herunder om det er forskjeller som ikke kan forklares ut fra saks-typenes karakter.

I asylsaker, og følgelig også i saker om opphold på humanitært grunnlag, kan det være tvil om søkeren er over eller under 18 år. Ved en avgjørelse av om en asylsøker er over eller under 18 år, har Høyesterett lagt til grunn at det gjelder et alminnelig beviskrav, altså et krav om sannsynlighetsovervekt.³⁶ Som Høyesterett er inne på, kan det imidlertid være saker hvor spørsmålet om alder inngår som en integrert del av vurderingen av beskyttelsesbehovet.³⁷ Dermed kan det måtte gjøres unntak for hovedregelen om et alminnelig beviskrav ved aldersfastsetting: Når beskyttelsesvurderingen er direkte knyttet til statusen som barn, gjelder et dempet beviskrav. Dommen belyser at det også finnes argumenter for et generelt dempet beviskrav ved aldersfastsetting.³⁸ Alderstesting og beviskrav behandles imidlertid ikke nærmere i denne boken.

36 HR-2019-2344-A.

37 HR-2019-2344-A avsnitt 86.

38 Se også Manfred Nowak, *The United Nations Global Study on Children Deprived of Liberty*, november 2019 s. 480, hvor det legges til grunn at en aldersvurdering «should afford the benefit of the doubt `such that if there is a possibility that the individual is a child, s/he should be treated as such».



2. Perspektiv og metode

2.1 INNLEDNING

I dette kapittelet redegjør jeg for de *perspektivene* analysene i boken bygger på. Med perspektiv sikter jeg særlig til måten tematikken betraktes på. Videre redegjør jeg for hovedtrekkene ved den *rettsvitenskapelige metoden* som benyttes. Til sist behandler jeg enkelte spørsmål knyttet til *tolkningen av sentrale rettskilder* for fastleggingen av innholdet i barnets beste. Også disse spørsmålene er av metodisk karakter, men tematikken er mer konkret rettet mot tolkninger av kilder knyttet til barnets beste, enn i punktet om den rettsvitenskapelige metoden.

2.2 PERSPEKTIV

2.2.1 Barnerettslig perspektiv

Bokens overordnede perspektiv er barnerettslig.³⁹ Hva et barnerettslig perspektiv innebærer, er ikke enkelt å definere entydig eller klart.⁴⁰ Etter min mening er det sentralt at problemstillingene drøftes ut fra et syn på barn som selvstendige rettighetshavere, og at analysene gjøres i tråd med en «child rights approach».⁴¹ Videre innebærer et barnerettslig perspektiv at det er regler og rettigheters innhold, når de berører barn, som er *gjenstand for analyse*. Perspektivet har dermed betydning for *hva* som behandles, og *i* noen grad *hvordan* det behandles, herunder vinklingen av drøftelsene og hvilke problemstillinger som reises. Det påvirker følgelig

39 I avhandlinger som omhandler barnerettslige temaer, benyttes både uttrykket barnerettslig perspektiv og barnerettslig perspektiv. Se blant annet Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003 s. 23–24, Elisabeth Gording Stang, *Det er barnets sak. Barnets rettsstilling i sak om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4*, Oslo 2007 s. 20–21 og Lena L.R. Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer – foreldreansvar og adopsjon*, Bergen 2008 s. 77–81.

40 Se Lena L.R. Bendiksen og Trude Haugli, «Barnerettslig perspektiv i rettsvitenskapelig forskning», *Retfærd*, 2011 s. 79–99 (s. 80).

41 Se Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 13, *The right of the child to freedom from all forms of violence*, 18. april 2011 avsnitt 59 og Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 21, *on children in street situations*, 21. juni 2017 avsnitt 10–11 om en rettighetsbasert tilnærming.

hvor dybdeanalysene gjøres. For eksempel er det en rekke interessante prosessrettslige, forvaltningsrettslige og utlendingsrettslige problemstillinger som kunne vært reist og drøftet, men som ikke blir behandlet i dybden her.

Perspektivet henger sammen med formålet med tolkningene, drøftelsene og analysene i boken. Et sentralt mål er å avdekke *innholdet i barns rettigheter*, og da først og fremst barns rett til å få hva som best tjener sine interesser lagt til grunn som et grunnleggende hensyn, i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.

Valget av perspektiv er begrunnet i forskningsinteresse, et syn på barns rettigheter som en sentral verdi i en rettsstat og at et slikt perspektiv gir et godt utgangspunkt for en grundig behandling av et komplekst tema, hvor det er behov for avklaringer.

Betydningen av perspektivet skal ikke overdrives. Rettskildene er i stor grad de samme som også måtte blitt behandlet ved et annet perspektiv, men med ellers samme tema. Perspektivet påvirker i størst grad diskusjonene og hvor det gjøres dybdeanalyser, og i mindre grad utvalget av rettskildene.⁴²

2.2.2 Andre perspektivvalg

Barns rettigheter, herunder barnets beste, må sikres av en rekke organer, slik som Utlendingsdirektoratet (UDI), Utlendingsnemnda (UNE), nasjonale domstoler og EMD. Disse organene er bundet av forskjellige prosessuelle regler som kan ha betydning for hvor inngående vurderinger som gjøres i tilknytning til barnets beste, og for hva som prøves. Det er for eksempel forskjell på hva norske domstoler anser seg kompetent til å prøve i saker om opphold på humanitært grunnlag sammenlignet med utvisningssaker.⁴³ Dette har påvirket domstolenes prøvingsintensitet av barnets beste.⁴⁴ Prosessuelle regler som kan begrense domstolenes kompetanse ved prøving av vedtak etter utlendl. § 38 eller etter utvisningsreglene, påvirker ikke *dybden* på analysene av innholdet i barnets beste i denne boken. Å se bort fra prosessuelle regler som innvirker på domstolens prøvingsintensitet ved analyse av innhold i barnets beste, gir en mer fullstendig fremstilling av rettighetens innhold.

Rettskildene som er av betydning for temaet i boken, er dels internasjonale og dels nasjonale. Barnets beste er en internasjonal menneskerettighet, som er en del av norsk rett, og som her tolkes i en norsk utlendingsrettslig kontekst. Tolkningene

42 Se også dette kapittelets punkt 2.3.

43 Se denne bokens kapittel 8.

44 Som for eksempel i Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 77.

påvirkes av at de sentrale konvensjonene er gjort til norsk rett med forrang gjennom mrl. §§ 2 og 3, av grunnlovsrettighetene og av at problemstillingene som behandles, er knyttet til norske regler og norske forhold. Jeg tolker *internasjonale kilder* i en norsk kontekst. Slutningene er derfor ikke nødvendigvis, uten en nærmere vurdering, gyldige for andre lands rett.

2.3 HOVEDTREKK VED DEN RETTSVITENSKAPELIGE METODEN I BOKEN

Boken er et rettsvitenskapelig arbeid.⁴⁵ Analysene og fremstillingen av retten er basert på tolkninger av rettskilder, med formålet å komme frem til innholdet i barnets beste, altså hvordan en rettighet må forstås. Metoden i boken er følgelig rettsdogmatisk.⁴⁶ Deler av arbeidet kan også betegnes som rettsanalytisk, som følge av større innslag av dybdeanalyse, vurderinger og bruk av teori.⁴⁷

I tolkninger ligger det *normative* elementer.⁴⁸ Tolkningene er ikke rent deskriptive. Dette er nødvendig. Høgberg skriver om normativ og deskriptiv tilnærming at «det er vanskelig å vite hvordan retten ‘er’, løsrevet fra vurderingen av hvordan retten ‘bør være’».⁴⁹ Videre legger hun til at dette i særlig grad gjelder for dynamiske regler, der regelens materielle innhold endres over tid. Menneskerettigheter, og herunder barnets beste, er dynamiske.⁵⁰ At tolkninger inneholder normative elementer, kan gjøre at målet må bli å komme frem til *hvordan retten best kan forstås*.⁵¹ Abramson er inne på noe som gjør at normativitet kan bli særlig fremtredende ved tolkning av menneskerettigheter. Han skriver at rettigheter er verktøy

45 Forskningsobjektet er følgelig retten.

46 Om rettsdogmatikken, se Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene», *Jussens Venner*, 2004 s. 329–342, hvor uttrykket rettsdogmatikk benyttes om «rettsvitenskap som tar sikte mot systematisk fremstilling av gjeldende rett», s. 329 og Hans Petter Graver, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2008 s. 149–178, hvor rettsdogmatikken beskrives som en gren/undersjanger av rettsvitenskapen, 156–157.

47 Se Claes Sandgren, «Framtidens doktoravhandling i rettsvitenskap», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2007 s. 388–407 (s. 403–404) og Graver (2008), som etter en henvisning til Sandgren presiserer at han benytter begrepet rettsdogmatikk om rettanalytiske arbeid, s. 157.

48 Peczenik beskriver rettsdogmatikken som *deskriptivnormativ*, Se Aleksander Peczenik, «Juridikens allmänna läror», *Svensk juristtidning*, 2005 s. 249–272 (s. 250).

49 Benedikte Moltumyr Høgberg, *Forbud mot tilbakevirkende lover*, Oslo 2010 s. 44. Se i lignende baner Vibeke Blaker Strand, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse, Hvor langt rekker individvernet?* Oslo 2012 s. 68–69.

50 Se dette kapittelets punkt 2.4.5.

51 Høgberg (2010) s. 44–45.

samfunnet benytter for å «promote the well-being of its members, and each right contributes to both the individual's welfare and the collective welfare in particular ways».⁵² Han mener at tolkning av en rettighet må ta i betraktning både dens funksjon og *de verdiene* den bygger på. Abramson anfører videre at «a legal analysis is simply a structured presentation of the reasons for accepting an opinion that law should be read in a particular way».⁵³ Han understreker at å kalle noe «'an opinion' is not a trivialization: all of our facts, all of our knowledge in life, boil down to beliefs, to opinions.»⁵⁴

Allerede ved mitt valg av et barnerettslig perspektiv ligger det et normativt element og en bestemt oppfatning.⁵⁵ Det barnerettslige perspektivet hviler på et verdipremiss om at det er et gode for både samfunnet og barn at barn behandles som rettighetshaver med enkelte særrettigheter som sikrer og verner deres interesser. At boken har et barnerettslig perspektiv, innvirker dermed til en viss grad på det normative elementet i tolkningene. Utover dette påvirker perspektivet imidlertid ikke hvilke standpunkt jeg kommer til. Dette normative elementet er i tillegg utledet av retten selv, og i stor grad positive rettskilder. For eksempel viser grunnlovfesting av barns menneskerettigheter fra 2014 at det i dag er ønskelig å gi barns rettigheter og interesser et særskilt vern.⁵⁶

Verdier og oppfatninger kan innvirke på fastsettelsen av innholdet i barnets beste.⁵⁷ Det kan også påvirke hvilken betydning barnets beste må gis i konkrete saker. Både ulike verdier, ulike oppfatninger om politiske spørsmål og politikkenes forhold til jussen, ulike syn på hva som er god juridisk metode, på internasjonale kilders rolle og på hvor stor frihet staten må gis, har betydning.⁵⁸

Selv om det er normative komponenter i rettsdogmatikken, er den rettslige argumentasjonen bundet av visse normer. Som Mæhle skriver, er den rettslige

52 Bruce Abramson, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 2. The Right of Non-Discrimination*, Leiden 2008 s. 3.

53 Abramson (2008) s. 3.

54 Abramson (2008) s. 3.

55 Se Synne Sæther Mæhle, «Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk – i lys av grunnleggende forskningsverdier», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2015 s. 126–157 (s. 143–145) om valg av metodologisk innfallsvinkel/perspektiv ved rettsforskning.

56 Se også denne bokens kapittel 4 punkt 4.3.5.

57 Som fremhevet i Trude Haugli «Det mangfoldige barnets beste» i *Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup*, 70 år, Oslo 2002 s. 313–327 (s. 313).

58 Om uenighet knyttet til Høyesteretts bruk av Grunnloven og internasjonale kilder, se Anne Robberstad, «Viljen til å skape lov og Grunnlov» *Lov og Rett*, 2016 s. 49–64, Morten Kinander, «Fra tilbakeholdenhet til aktivisme – Nyere utviklingslinjer i forholdet mellom rett og politikk i Høyesterett», *Lov og Rett*, 2016 s. 141–164 og Anine Kierulf, «Grunnloven som irrelevant rettskilde», *Lov og rett*, 2016 s. 185–189.

argumentasjonen innenfor rettsdogmatikken «basert på og bestemt av visse normer som angir hva det juridiske kommunikative fellesskap anerkjenner som akseptabel eller holdbar rettslig argumentasjon i rettslige sammenhenger».⁵⁹ I tillegg må rettsdogmatikken ha en kritisk komponent, i den forstand at den må inneholde en «egeninitiert løpende kritisk evaluering av det som oppfattes som gjeldende rett».⁶⁰ Graver skriver at *ett* syn på rettsforskerens rolle er «som kritisk gransker av grunnlaget for rasjonell argumentasjon».⁶¹ En *kritisk komponent* er til stede i mine tolkninger av rettskilder, i vurderinger av argumentasjonen i dommer og i undersøkelser av innholdet i retten for øvrig.

De kritiske og normative elementene i metoden henger sammen med at noe av rettsforskningens rolle kan, som Graver skriver, være et «redskap for utvidelse av forestillingsevnen, evnen til å se muligheter og til fornyelse».⁶² For min del gjøres dette ved å peke på hvordan jeg mener kildene må tolkes, hvorfor barnets beste må forstås som en materiell rettighet, hvordan innholdet i barnets beste best må forstås ut fra de relevante rettskildene og de verdiene som må balanseres, og hvordan rettigheten må implementeres i norsk rett. I prosessen inngår tydeliggjøringer mellom ulike verdier, vurderinger, balanseringer og avveininger.

2.4 TOLKNING AV SENTRALE RETTSKILDER

2.4.1 Utgangspunktet

Barns rettigheter, herunder barnets beste, er både folkerettslig og konstitusjonelt forankret. For BK art. 3 nr. 1 og andre konvensjonsbestemmelser må det tas utgangspunkt i *ordlyden* og videre konteksten og formålet slik de må forstås etter en tolkning i god tro, jf. Wien-konvensjonen om traktattolkning art. 31 nr. 1.⁶³ Også for tolkning av barnets beste i Grl. § 104 annet ledd må ordlyden være

59 Mæhle (2004) s. 329.

60 Mæhle (2004) s. 334.

61 Hans Petter Graver, «Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2011 s. 230–249 (s. 247).

62 Graver (2011) s. 247. Se også Abramson (2008), som har som mål med sin kommentar å «empower people to make up their own minds about the meaning of the rights recognized in Article 2, grounding their opinions in an understanding of CRC rights as *rights* under international law, rather than mere rhetoric», s. 3.

63 Vienna Convention on the Law of Treaties 23. mai 1969 art. 31 regnes som internasjonal sedvane og anvendes derfor i utgangspunktet ved tolkning av alle traktater, se for eksempel den internasjonale domstolens uttalelser i ICJ, *Arbitral Award, 31. juli 1989, Guinea-Bissau mot Senegal*, 12. november 1991 avsnitt 48. Se også punkt 2.4.4 i dette kapittelet.

utgangspunktet. Både BK art. 3 nr. 1 og GrL. § 104 er noe vagt utformet. Som for mange andre rettigheter og regler er en rekke rettskilder med ulik forankring relevante for fastleggingen av innholdet i barnets beste.

For temaet i boken er BK og kilder tilknyttet denne helt sentrale. Barnekomiteen er opprettet med hjemmel i BK art. 43 nr. 1 og er autorativ fortolker av rettighetene i BK. Komiteen skal vurdere statenes fremskritt i å virkeliggjøre barns rettigheter, jf. art. 43 nr. 1, og er, som Sigurdsen skriver, en «ekspertkomite som har høy anseelse, ettersom medlemmene har anerkjent kompetanse på konvensjonens fagområde og har høy moralsk anseelse».⁶⁴ I de følgende punktene tar jeg opp enkelte sentrale spørsmål for tolkning av rettskilder tilknyttet BK art. 3 nr. 1, herunder barnekomiteens kilders betydning. Deretter tar jeg opp forholdet mellom disse rettskildene, GrL. § 104 og andre internasjonale konvensjoner av relevans for temaet her. I samme punkt kommer jeg også inn på forholdet mellom ulike rettigheter som tilkommer barn, ettersom dette henger sammen med forholdet mellom ulike rettskilder. Til sist behandles dynamisk tolkning.

2.4.2 Barnekonvensjonens særstilling

For fastlegging av innholdet i barns rettigheter, herunder barnets beste, står BK delvis i en særstilling. Dette skyldes flere forhold. Ved at BK er ratifisert av alle verdens land med unntak av USA, har konvensjonen global oppslutning.⁶⁵ Tilnærmet alle stater i verden er forpliktet til å respektere, sikre og oppfylle rettighetene i BK.⁶⁶ Konvensjonen har følgelig bred formell legitimitet.⁶⁷ Videre inneholder BK en samlet og helhetlig fremstilling av barns rettigheter, herunder de rettighetene som kun tilkommer barn. Dette i motsetning til generelle menneskerettskonvensjoner, som for eksempel EMK og SP⁶⁸.

64 Randi Sigurdsen, «Den rettskildemessige betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer», *Retfærd*, 2014 s. 43–59 (s. 47).

65 Se oversikt med kart på <http://indicators.ohchr.org/>, som viser hvilke land som har sluttet seg til FNs ulike konvensjoner, herunder BK (side sist besøkt 14. desember 2017). Ifølge kartet har USA signert, men ikke ratifisert BK.

66 Om staters plikt til å respektere, sikre og oppfylle rettighetene, se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.2.2.

67 Med formell legitimitet menes her at statenes tilslutning til konvensjonen rettfærdiggjør dens rolle som rettskilde. Mæhle skriver at formell legitimitet dreier seg om å rettfærdiggjøre retten på bakgrunn av lov, grunnlov eller i de beslutningsprosedyrene lov og grunnlov treffes i henhold til, se Synne Sæther Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn. Om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*, Oslo 2005 s. 20.

68 United Nations International Covenant on Civil and Political rights, 16. desember 1966.

Rettighetene i BK har siden vedtakelsen hatt stor betydning. I EMDs dommer vises det til art. 3 nr. 1 og enkelte andre artikler.⁶⁹ Grunnloven § 104 er basert på enkelte rettigheter i BK, herunder art. 3 nr. 1.⁷⁰ Både EUs charter art. 24 annet ledd og Dublin III-forordningen art. 6 er også basert på bestemmelser i BK.⁷¹ At BK benyttes som modell og anvendes av andre internasjonale organer, bidrar til å gi konvensjonen en særskilt rolle ved tolkning, implementering og anvendelse av barns rettigheter, herunder barnets beste. I tillegg tyder det at BK benyttes som modell, på at konvensjonen har materiell legitimitet, noe som er like viktig som dens formelle legitimitet.⁷²

Barnekonvensjonens særstilling, herunder dens formelle og materielle legitimitet, taler for å ta utgangspunkt i konvensjonen ved fastlegging av innholdet i barnets beste. Ettersom alle menneskerettighetene Norge er forpliktet av, må overholdes etter Grl. § 92, er det ikke nødvendig å rangere konvensjoner eller praksis fra ulike kontrollorganer. Hvilke konvensjon det tas utgangspunkt i, kan imidlertid ha betydning, særlig ved at det kan påvirke hvilke problemstillinger som avdekkes.

I norsk rett har EMK og praksis fra EMD stor betydning. Som Ulfstein skriver, har Høyesterett anvendt en aktiv tolkningsstil ved tolkning av EMK.⁷³ Aall sammenfatter begrunnelsen for at EMDs praksis står «særlig sterkt» med stikkordene «organets formelle kompetanse og saksbehandling, og dommernes formelle kompetanse og renommé».⁷⁴ Dette er viktige poeng. Fordi EMK ikke inneholder noen særskilte rettigheter for barn, må imidlertid disse innfortolkes i de generelle rettighetene i konvensjonen, slik som retten til familie- og privatliv. Barn har en rekke særrettigheter som er gjensidig avhengige av hverandre og likeverdige.⁷⁵ Å kun behandle *en* bestemmelse vil ikke alltid være tilstrekkelig for å respektere og sikre

69 Se blant annet EMDs storkammerdom 6. juli 2010, *Neulinger og Shuruk mot Sveits* avsnitt 49–55 og 131–138, Nunez mot Norge avsnitt 84 og EMDs storkammerdom 26. november 2013, *X mot Latvia* avsnitt 37–39. I *X mot Latvia* presenterer domstolen også barns rettigheter i EU-charteret i avsnitt 41–42.

70 Dok. 16 (2011–2012) s. 186–195. Utformingen av § 104 var også inspirert av andre lands konstitusjoners rettighetsbestemmelser, se Dok. 16 (2011–2012) s. 190.

71 EU-domstolen, 6. juni 2013, sak C-648/11 (preliminary ruling) og betraktningene i Dublin III-forordningen avsnitt 13, som begge viser til BKs betydning innenfor EU-retten.

72 Med materiell legitimitet menes at innholdet i rettighetene i konvensjonen rettferdiggjør dens tyngde. Se Mæhle (2005) s. 21.

73 Geir Ulfstein, «Den europeiske menneskerettighetsdomstolen og Høyesteretts juridiske metode», i *Menneskerettighetene og Norge, Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Oslo 2017 s. 239–254 (s. 252).

74 Jørgen Aall, «EMKs betydning etter grunnlovsrevisjonen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2017 s. 407–432 (s. 219–220).

75 General Comment nr. 14 avsnitt 4.

barnets rettigheter. Å ta utgangspunkt i BKs rettighetsregister kan bidra til å sikre en helhetlig tilnærming til barns rettigheter. I tillegg har barnets beste et langt videre anvendelsesområde enn EMK art. 8, hvor barnets beste er innfortolket. Å ta utgangspunkt i EMK blir dermed for snevert for temaet i boken.

Ettersom barnets beste er kodifisert i Grunnloven, kunne Grl. § 104 vært et aktuelt utgangspunkt fremfor BK. Det er imidlertid bare et fåtall av barns særrettigheter som er inntatt i Grunnloven. Når disse er utformet etter mønster fra BK, og bestemmelsen i begrenset grad benyttes som selvstendig rettskilde i høyesterettspraksis, er det begrenset hvor mye som kan utledes av § 104 alene.⁷⁶

Det avgjørende blir at BK art. 3 nr. 1 gir uttrykk for den grunnleggende kodifiseringen av barnets beste i sin generelle form, som de øvrige kodifiseringene og tolkningene hviler på. Dermed danner BK, som hovedregel, utgangspunktet ved tolkningene i boken. Med utgangspunkt sikter jeg til at tolkninger og analyser starter i BK og kilder tilknyttet denne konvensjonen. Hvilken betydning de ulike rettskildene har, varierer likevel. Det må vurderes konkret ut fra de ulike problemstillingene. Bestemmelser i EMK og Grunnloven må, sammen med andre kilder, tolkes, trekkes inn og vektlegges i de analysene hvor de er relevante. For noen av problemstillingene som reises, er det andre rettskilder enn de som er tilknyttet BK, som er mest sentrale, og som dermed får en fremtredende plass i analysen.

2.4.3 Kilder fra barnekomiteen

2.4.3.1 Tre typer kilder

Barnekomiteen utformer hovedsakelig *tre typer dokumenter* som gir uttrykk for hvordan rettighetene i konvensjonen må forstås. Disse er «Concluding Observations», heretter *avsluttende merknader* til statsrapportene, «General Comments», heretter *generelle kommentarer* og *avgjørelser i individklagesaker*.⁷⁷ Rettighetene i

76 Se Trude Haugli, «Constitutional Rights for Children in Norway», i *Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries*, 2019 s. 39–57 (s. 54).

77 Se BK art. 44 om *statenes rapporter*. Også ikke-statlige organisasjoner, såkalte NGO-er, kan komme med rapporter om hvordan barns rettigheter ivaretas, jf. BK art. 45. Rapportene blir diskutert i et offentlig møte i Genève. Se nærmere om dette i komiteens dokumenter om egne arbeidsmetoder, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/WorkingMethods> (side sist besøkt 6. desember 2017). Se også Committee on the rights of the child, *Rules of procedure*, 18. mars 2015, (CRC/c/4/Rev.4). Av del to i prosedyreregelen følger oppgaver knyttet til rapporter og informasjon etter art. 44 og 45. Etter regel 77 kan komiteen «prepare general comments based on the articles and provisions of the Convention with a view to promoting its further implementation and assisting States parties in fulfilling their reporting obligations». De *generelle kommentarene* er utarbeidet ut fra denne regelen. Optional Protocol to the Convention on

BK er ikke er statiske, og flere av bestemmelsene har vag ordlyd. For å komme frem til rettighetenes folkerettslige innhold er det ofte nødvendig å trekke inn kilder fra barnekomiteen.⁷⁸ Norske myndigheter er forpliktet til å respektere og sikre rettighetene i BK, jf. Grl. § 92 og mrl. §§ 2 og 3. Som Skoghøy har gitt uttrykk for, er ikke inkorporasjonen «begrenset til konvensjonsbestemmelsenes ordlyd, men gjelder konvensjonenes folkerettslig forpliktende innhold».⁷⁹ Bårdsen har fastslått at dette nettopp var noe av formålet med vedtakelsen av menneskerettsloven.⁸⁰ Problemstillingene i boken medfører at det folkerettslige innholdet i barnets beste må klarlegges. Dermed er barnekomiteens arbeid i utgangspunktet av stor betydning.

2.4.3.2 Nærmere om betydningen av komiteens uttalelser

Verken de avsluttende merknadene, generelle kommentarene eller individklagesakene er folkerettslig *bindende* på samme måte som en EMD-dom mot Norge.⁸¹ Hvis det komiteen gir uttrykk for må anses å være dekkende for rettighetens folkerettslige innhold, vil imidlertid staten, ved å legge til grunn en annen tolkning, kunne krenke rettigheten. Uttrykt på en annen måte så kan komiteens generelle uttalelser om hvordan en rettighet må forstås, innvirke på fastleggingen av innholdet i rettigheten og dermed innebære en klarlegging av statens forpliktelser i konkrete saker. At en rettskilde ikke er bindende, er ikke særegent.⁸² Rettskilder må tolkes. Noen gir sterke føringer, mens andre gir mindre sterke føringer på innholdet i rettsrege-

the Rights of the Child on a communications procedure, vedtatt 19. desember 2011 (tilleggsprotokoll om kommunikasjonsprosedyre), gir statene adgang til å slutte seg til en *individklageordning* hvor klagen behandles av barnekomiteen. For en grundig fremstilling av FN-komiteenes arbeid, se Thom Arne Hellerslia, «Uttalelser fra FN-komiteene – En strukturell Analyse». *Jussens Venner*, 2018 s. 71–11.

- 78 Arnfinn Bårdsen, «Barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis», *Barnerettsdagen* JUS, Oslo 1. november 2016 s. 3.
- 79 Jens Edvin A. Skoghøy, «Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?», *Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar*, Oslo 14.–15. mars 2016 (s. 7). Som også fremhevet i Bårdsen (2016b) s. 3 og Arnfinn Bårdsen, «Betydningen i norsk rett av FN-komiteens uttalelser i individuelle klagesaker», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2017 s. 160–187 (s. 176–177).
- 80 Bårdsen (2016b) s. 3 og Innst. O. nr. 51 (1998–1999) punkt 5 og 8.
- 81 Både av Høyesterett og i juridisk litteratur er det fremhevet at rettskilder fra barnekomiteen ikke er folkerettslig bindende. Se Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 40–41, Rt. 2015 s. 1388 på avsnitt 151, Sigurdson (2014) s. 45, Bårdsen (2017) s. 3 og i Karl Harald Søvig, «FNs barnekonvensjon i Høyesterett», i *Lov, liv og lære. Festskrift til Inge Lorange Backer*, Oslo 2016 s. 533–547 (s. 535).
- 82 Forarbeider er for eksempel ikke bindende som sådanne, men vektlegges likevel. I visse tilfeller kan til og med ordlyden i en lovbestemmelse måtte tolkes innskrenkende, selv om bestemmelsen i seg selv er bindende.

len, eller rettigheten. De kan måtte tillegges mer eller mindre vekt. Et spørsmål er om de generelle kommentarenes, individuelle klagesakenes og de avsluttende merknadenes karakter eller funksjon innvirker på vekten de kan måtte gis ved fastleggelsen av innholdet i barnets beste? Vekten av komiteens uttalelser, og særlig uttalelser i de generelle kommentarene, er omfattende og grundig behandlet tidligere.⁸³ Jeg går derfor ikke inn på alle argumentene som er trukket frem.⁸⁴

Høyesterett behandlet betydningen av barnekomiteens generelle kommentarer i Rt. 2009 s. 1261. Her siterer flertallet fra forarbeidene til barnelova, hvor det legges til grunn at komiteens uttalelser må tillegges «relativt stor vekt».⁸⁵ Videre presiseres det at avgjørende for uttalelsens betydning må være «hvor klart den må anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene».⁸⁶ Det legges til at det særlig må vurderes om det er en «tolkningsuttalelse, eller mer som en tilråding om optimal praksis», og om «uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde».⁸⁷ Annenvoterende peker på sin side på at det synes å være en alminnelig oppfatning i folkerettslig litteratur at tolkningsuttalelser fra FN's håndhevingsorganer må tillegges «betydelig vekt».⁸⁸ I Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* ble det lagt til grunn at enkelte uttalelser i General Comment nr. 14 utgjør et «naturlig utgangspunkt» ved tolkning av BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 annet ledd.⁸⁹ Dommen gjaldt utvisning og avslag på opphold for en mor som

83 Se Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 35–44 og 92–93, Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 136, Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 150–152 og 271–272, Philip Alston, «The historical origins of the concept of 'General Comments' in human rights law» i *The international system in quest of equity and universality, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Hague 2001 s. 763–776 (s. 766), Bendiksen og Haugli (2010), Helen Keller og Leena Grover, «General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy», i *UN Human Treaty Bodies, Law and Legitimacy*, Cambridge 2012 s. 116–194, Sigurdson (2014), Skoghøy (2016), Søvig (2016), Bårdson (2016b), Bårdson (2017), Stig H. Solheim, «Internasjonale menneskerettigheters gjennomslagskraft i norske domstoler», i *Rettsvitenskap under nordlys og midnattssol. Festskrift ved det Juridiske fakultets 30-års jubileum. UIT Norges arktiske universitet*, Bergen 2018 s. 323–344 og Hellerslia (2018).

84 Flere har trukket frem komiteens sammensetning, og da at den ikke bare består av jurister, som et mulig argument mot å tillegge uttalelser stor vekt. Se Bårdson (2016b) s. 11, Sigurdson (2014) s. 47 med videre henvisninger og Meld. St. 39 (2015–2016) punkt 7.9 s. 49. Ettersom komiteen er et ekspertorgan som er bredt sammensatt, med overvekt av uavhengige jurister, går jeg ikke noe nærmere inn på dette. Om utvalget av komiteemedlemmer, se Keller og Grover (2012) s. 168–169.

85 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 43.

86 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44.

87 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44.

88 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 88. Dommen er behandlet av Bendiksen og Haugli, som sier seg enige med annenvoterendes syn på de generelle kommentarenes betydning, Bendiksen og Haugli (2010) s. 66.

89 Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen* avsnitt 64.

hadde omsorgen for sin datter alene. Her er altså holdningen lite reservert.⁹⁰ I plenumsdom III hadde imidlertid flertallet en mer reservert holdning. Førstvoterende viste til flertallet i 2009-dommen og ser også ut til å kreve at komiteens tolkninger er forankret i konvensjonsteksten.⁹¹

Forsøk på å begrense kommentarenes rettskildemessige betydning forekommer, ifølge Alston, i flere land.⁹² Han mener dette er en av flere teknikker stater benytter for å forsøke å begrense innvirkningen fra internasjonale konvensjoner.⁹³ Argumentasjonen i regjeringens vurdering av om Norge burde slutte seg til individklageordningen, kan tyde på et ønske om å begrense konvensjonens innvirkning.⁹⁴ Også måten flertallet i plenumsdom III vektlegger barnekomiteens uttalelsene på, kan tyde på et ønske om å begrense kommentarenes innvirkning. Solheim har pekt på at en grunn til Høyesteretts tilbakeholdenhet i bruk av barnekomiteens kommentarer kan skyldes et ønske om å hindre for vidtrekkende konsekvenser og begrensninger av det politiske handlerommet.⁹⁵

De innvendingene Høyesterett har rettet mot å tillegge komiteens arbeid stor vekt, er både knyttet til kildenes form og innhold. Høyesterett har innvendt at de generelle kommentarene ikke bare inneholder tolkningsuttalelser, men også retningslinjer, målsettinger og policys.⁹⁶ Det kan legges til at enkelte uttalelser også knytter seg til forskningsbaserte, faktiske opplysninger.⁹⁷ Det er imidlertid nok så

90 Se kommentarer til dommen i Bårdsen (2016a) s. 255. Bårdsen var for øvrig førstvoterende i Maria-dommen.

91 Førstvoterende viste til Rt. 2009 s. 1261 om at det avgjørende må være hvor klart uttalelsen anses å gi uttrykk for komiteens oppfatning, Rt. 2015 s. 1288 *plenumsdom* III avsnitt 151–152. Førstvoterende la liten eller ingen vekt på uttalelsene i kommentarene, blant annet med begrunnelsen om at han ikke kunne se at komiteens tolkninger var begrunnet i konvensjonsteksten, avsnitt 153–154 og 185. Om kravet til forankring i konsesjonsteksten, se Solheim (2018) s. 337–338.

92 Alston (2001) s. 766.

93 Andre teknikker han blant annet nevner, er vide reservasjoner, insistering på at traktatbestemmelser ikke er selvkraftige, mislykkede implementeringer og avvisning av en dynamisk tilnærming, Alston (2001) s. 766.

94 Meld. St. 39 (2015–2016) punkt 7.9 s. 49–51. Disse tendensene er i så fall fanget opp av barnekomiteen, som muntlig tok opp regjeringens og Høyesteretts argumentasjon i innledningen til høringen Genève i forbindelse med Norges femte og sjette rapport til komiteen i mai 2018.

95 Solheim (2018) s. 342–343.

96 I Rt. 2009 s. 1261 nevnte førstvoterende at det må skilles mellom tolkningsuttalelser og tilrådinger om optimal praksis, avsnitt 48. I Rt. 2015 s. 1388 vektla ikke førstvoterende en uttalelse i General Comment nr. 14 fordi han synes det er «vanskeleg å seie om dette er uttrykk for ei oppfatning av gjeldande rett eller som eit siktemål», avsnitt 185.

97 Se blant annet General Comment nr. 4, *Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child*, og General Comment nr. 7.

lett å skille ut tolkningsuttalelsene. Her kan det trekkes en parallell til norske forarbeider, hvor det også kan forekomme ulike typer uttalelser.⁹⁸ At kommentarene også inneholder faktaopplysninger, er ikke nødvendigvis en svakhet. Disse kan være argumenter for en bestemt forståelse av rettigheten eller for bestemte standpunkt i konkrete saker. Anbefalinger og målsettinger kan på sin side være relevante ved en evaluering av implementeringen eller som grunnlag for kritikk mot hvordan rettigheten anvendes. I likhet med andre rettskilder kan det imidlertid forekomme uklare eller tvetydige uttalelser, noe som kan innvirke på uttalelsens betydning.

Søvig har tatt opp forskjellene i håndhevingssystemet til barnekomiteen og EMD.⁹⁹ Han viser til at mens EMD fatter bindende dommer med både tolkninger og subsumsjon, så avgir barnekomiteen i kommentarene uttalelser om rettstilstanden, men uten å foreta en subsumsjon. Søvig argumenterer for at rettsanvenderen bør se på det samlede «rettskildematerialet som fremkommer av komiteens praksis».¹⁰⁰ Det er jeg enig i er ideelt. Det samlede rettskildematerialet er imidlertid omfattende. Som påpekt av annenvoterende i 2009-dommen bygger kommentarene «på komiteens samlede erfaring og innsikt – herunder fra behandlingen av statsrapporter – og rettes til alle konvensjonsstatene».¹⁰¹ Dermed bidrar de generelle kommentarene til å gjøre hovedtrekkene lettere tilgjengelige. Annenvoterende trakk også frem at uttalelsene i kommentarene normalt kommer i stand «på grunnlag av samarbeid med andre organisasjoner, og er basert på brede høringsprosesser».¹⁰² Han avsluttet med å fastslå at de derfor uttrykker «en forankret og gjennomarbeidet konvensjonstolkning, som er bygget på en helhetlig forståelse av reglene i lys av konvensjonens og de enkelte rettighetens gjenstand og formål».¹⁰³ Annenvoterende i plenumsdom III fremhevet at kommentarene tillegges vekt av EMD og andre domstoler.¹⁰⁴ At uttalelsene er et resultat av en grundig prosess, ikke bygger på ensidige vurderinger og vektlegges av blant annet EMD, er argumenter for å gi dem stor vekt.

98 De generelle kommentarene skiller seg imidlertid klart fra forarbeider ved at de er en del av folkeretten og legitimert på andre måter enn forarbeider.

99 Søvig (2016) s. 537.

100 Søvig (2016) s. 537.

101 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 89. Se også annenvoterendes uttalelse i Rt. 2015 s. 1388 *plenumsdom III* avsnitt 272.

102 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 89. Se også Keller og Grover (2012) om «public participation» ved utarbeidelsen av kommentarene, 185.

103 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 89.

104 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 271.

I Rt. 2009 s. 1261, som gjaldt oppholdstillatelse for en enslig gutt, nevnte flertallet at «av særlig betydning ved generelle uttalelser som ikke er knyttet til enkeltsaker eller landrapporter [...]», er om uttalelsen passer til det aktuelle faktum og rettsområdet.¹⁰⁵ Det samme må gjelde for EMD-dommer som retter seg mot andre land enn Norge. Generalitetsnivået til kommentarene er ikke så ulikt uttalelser i norske forarbeider, hvor det også forekommer generelle uttalelser om tolkningene. Selv om forarbeider er generelle, uten subsumsjon og konklusjon, er det nokså uproblematisk å tilpasse og vurdere betydningen av dem i konkrete saker. Det kan innvendes at kommentarene nødvendigvis må være enda mer generelle enn forarbeider, fordi de er utformet for alle medlemslandene. At dissenser mellom komiteens medlemmer ikke er synlige utad, kan nok også påvirke generalitetsnivået. Generalitetsnivået er imidlertid ikke så høyt at de ikke er egnet til tolkning av rettighetene i konvensjonen. For eksempel er det flere uttalelser i General Comment nr. 6 og General Comment nr. 3/22 som er svært treffende for anvendelsen av barnets beste etter norske oppholds- og utvisningsregler.¹⁰⁶

Alle de tre typene kilder gir uttrykk for komiteens forståelse av innholdet i rettighetene i BK, herunder barnets beste. Å tillegge uttalelsene stor vekt kan, som Bårdsen har nevnt, fremme likebehandling og forutberegnelighet, bidra til felles internasjonal forståelse og muliggjøre kursendringer ved endrede oppfatninger i samfunnet.¹⁰⁷ Et spørsmål er imidlertid om det er noen prinsipielle forskjeller mellom de tre typene kilder som har betydning for deres vekt.

De avsluttende merknadene er basert på en grundig behandling av statenes rapporter og en dialog mellom statene og komiteen. De generelle kommentarene bygger blant annet på komiteens samlede erfaringene fra statsrapportene.¹⁰⁸ At de er generelle i sin utforming, kan medføre at de ikke alltid gir like mye veiledning i konkrete saker. I andre tilfeller kan det være at uttalelsene må nyanseres og harmoniseres med de øvrige rettskildene som gjør seg gjeldende. Uttalelsene i de individuelle klagesakene er derimot rettet mot en bestemt sak og dermed rettighetens innhold i konkrete saker. Norge har ikke sluttet seg til tilleggsprotokollen om kom-

105 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44.

106 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 6, *Treatment of Unaccompanied and Separated Children outside their Country of Origin*, 1. september 2005 avsnitt 86 og Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families og Committee on the Rights of the Child General Comment nr. 3/22, *Joint general comment on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration*, 16. november 2017 avsnitt 33. Se denne bokens kapittel 7 punkt 7.3.1.

107 Bårdsen (2016b) s. 10.

108 Se uttalelsene General Comment nr. 6 avsnitt 3–4. Se også Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 89.

munikasjonsprosedyre og kan foreløpig ikke klages inn.¹⁰⁹ Et spørsmål blir om den manglende tilslutningen må få betydning for uttalelsene i klagesakenes vekt ved fastleggelsen av innholdet i barnets beste.

I vurderingen av om Norge skulle slutte seg til klageordningene, kom det uttalelser som tydet på at det å la være kan gi større politisk frihet innenfor enkelte rettsområder.¹¹⁰ Mangel på presise føringer fra barnekomiteen i form av behandling av klagesaker *mot Norge* endrer imidlertid ikke innholdet i rettighetene. Uttalelsene i klagesakene vil uansett kunne ha betydning for å klarlegge det folkerettslige innholdet i barnets beste. Norske myndigheter er forpliktet til å respektere og sikre rettigheten slik den må forstås etter folkeretten, og må følgelig vektlegge relevant praksis fra barnekomiteen.¹¹¹ Uttalelser i klagesaker kan derfor måtte tillegges stor vekt, uavhengig av Norges tilslutning.¹¹² Som Bårdsen trekker frem, vil imidlertid Norges manglende tilslutning kunne gi færre saker med direkte overføringsverdi til norske forhold.¹¹³ Igjen mener jeg det kan trekkes en parallell til EMD-dommer, hvor mange er rettet mot land som er ulike Norge. Overføringsverdien må vurderes konkret i hver sak. Generelle uttalelser om rettighetenes innhold kan være relevante selv ved større forskjeller, men her kan generalitetsnivået innvirke på hvor mye veiledning uttalelsene gir. Det er i tillegg land hvor forholdene og/eller sakene er sammenlignbare med Norge eller norske saker.¹¹⁴ Bårdsen trekker også frem at regjeringens og Stortingets negative holdning kan bidra til å svekke grunnlaget for å sidestille barnekomiteens uttalelser med menneskerettskomiteens.¹¹⁵ Det vil i så fall utgjøre en risiko for at rettighetene ikke anvendes i tråd med folkeretten.

At Norge ikke er tilsluttet klageordningen, setter altså ikke uttalelsene i individklagesakene i en prinsipielt annen stilling enn uttalelser i avsluttende merknader og generelle kommentarer. Forskjellen er at uttalelser i klagesaker ofte er rettet mot

109 Begrunnelsen for dette er ifølge Meld. St. 39 (2015–2016) punkt 1 «at det knytter seg betydelig usikkerhet til konsekvensene av norsk tilslutning». Det er blant annet vektlagt «om de aktuelle konvensjonsorganenes sammensetning, arbeidsmetoder, ressurser og tolkningsmetode er egnet til å sikre en forsvarlig behandling av klagene, om konvensjonenes bestemmelser egner seg for internasjonal individklagebehandling og om tilslutning til individklageordningene vil medføre økt rettsliggjøring av politiske spørsmål og begrense norske myndigheters handlingsrom – blant annet muligheten til å bestemme økonomiske og sosiale prioriteringer».

110 Meld. St. 39 (2015–2016) punkt 7.9.

111 Skoghøy (2016) s. 7 og Bårdsen (2017) s. 162 og 176.

112 Som også lagt til grunn i Søvig (2016) s. 537 og Skoghøy (2016) s. 7.

113 Bårdsen (2017) s. 176.

114 Se for eksempel saken som ble behandlet i Committee on the Rights of the Child, *A.Y mot Danmark*, 9. august 2018, CRC/C/78/D/7/2016.

115 Bårdsen (2017) s. 176.

rettighetenes innhold i konkrete saker, og følgelig mot rettighetens konkrete nivå.¹¹⁶

De tre typene kilder *utfyller hverandre*. De avsluttende merknadene bygger på en dialog med statene. De generelle kommentarene har sin styrke i at de bygger på komiteens samlede erfaringer og inneholder nokså grundige tolkninger av rettigheten på et generelt nivå. Klagesakene inneholder konkrete tolkninger og subsumsjoner.

2.4.3.3 Bruk av komiteens uttalelser

Hovedvekten av tolkningsuttalelsene som er benyttet i denne boken, stammer fra de generelle kommentarene. Dette skyldes to forhold. For det første at det foreløpig er behandlet et *begrenset antall klagesaker*. De fleste går ikke særlig dypt inn i drøftelsene.¹¹⁷ For temaet i boken er det uttalelser om barnets beste, og da hovedsakelig i en utlendingsrettslig kontekst, som er relevant. Dermed er det kun noen av klagesakene som er relevante her. For det andre gjør de avsluttende merknadens karakter at de ikke gir like mye veiledning i tolknings spørsmål som de generelle kommentarene. Som Hellerslia har påpekt, inneholder merknadene som oftest komiteens bekymringer om faktiske forhold som påvirker barns rettigheter i det aktuelle landet, og de tolkningsuttalelsene som finnes, er gjerne ikke inngående begrunnet.¹¹⁸ Mange kommentarer retter seg mot land hvor barns rettsstilling er svært ulik fra i Norge. Når det er nokså få generelle betraktninger om rettighetenes innhold, gir det ikke spesielt mye veiledning for fastleggningen av innholdet i barnets beste.¹¹⁹ Jeg benytter likevel merknadene, men da først og fremst der det er aktuelt å trekke inn vurderinger av hvordan barns rettigheter ivaretas. I tillegg til merknadene til Norge benytter jeg særlig merknader til land som ofte er representert i norske saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.¹²⁰

Jeg tillegger i utgangspunktet de relevante kildene fra barnekomiteen *stor vekt*.¹²¹ Dette særlig fordi en slik vektlegging av rettskildene utgjør et nødvendig bidrag for å fastlegge det folkerettslige innholdet i barnets beste. Kildenes betydning må imidlertid vurderes konkret i de enkelte drøftelsene. Dette blant annet

116 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4. om rettigheters konkrete og abstrakte nivå.

117 Rui påpeker at det har vært saker hvor menneskerettskomiteen er svært kortfattet i behandlingen av de materielle spørsmålene i klagesaken, se Jon Petter Rui, «FNs menneskerettslige traktatorganer og betydningen i norsk rett», *Lov og rett*, 2016 s. 393–394 (s. 394).

118 Hellerslia (2018) s. 79.

119 Som påpekt av Keller og Grover (2012) forekommer det sjelden, s. 166.

120 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.8.

121 Noe også Høyesterett har gjort, se HR-2020-661-S avsnitt 80.

fordi det ikke kun er kilder tilknyttet BK som må tolkes og vektlegges. En rekke kilder er relevante og må harmoniseres. For noen av problemstillingene er kilder fra komiteen mer sentrale enn for andre. I tillegg har uttalelsene til komiteen varierende karakter. Noen er godt begrunnet og entydige. Andre er knapt begrunnet og vidtrekkende, eller tvetydige. At kildene tillegges stor vekt, innebærer altså ikke at de alltid er avgjørende, og heller ikke at de alltid har like stor vekt.

2.4.4 Sammenhengen mellom ulike rettigheter og rettskilder

I tillegg til kilder fra barnekomiteen er en rekke andre rettskilder relevante for temaet i boken. Det er heller ikke bare kilder knyttet til barnets beste som er av betydning. Det overordnede utgangspunktet er at staten er forpliktet til å respektere og sikre *alle* relevante rettigheter, jf. Grl. § 92. Hvis flere rettigheter blir berørt i en sak, må følgelig alle respekteres og sikres. Menneskerettigheter er i tillegg «universal, indivisible, interdependent and interrelated».¹²² Det er en indre sammenheng mellom rettighetene i BK. De binder sammen, forsterker, støtter seg til og utfyller hverandre.¹²³ I tillegg til at alle relevante rettigheter må respekteres og sikres, kan dermed rettighetene innvirke på hverandres innhold. Analysene i boken bygger på et syn på barns rettigheter som helhetlige, udelelige og innbyrdes avhengige av hverandre. Innholdet i barnets beste må fastlegges i et helhetlig perspektiv, hvor andre rettigheter inngår.

Det er en mengde EMD-dommer av betydning for temaet. Om tolkning av rettighetene i EMK har EMD uttalt at:

The Convention cannot be interpreted in a vacuum but must be interpreted in harmony with the general principles of international law. Account should be taken, as indicated in Article 31 § 3 (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”, and in particular the rules concerning the international protection of human rights.¹²⁴

122 Se Vienna Declaration and Programme of Action, 25. juni 1993 punkt 5 og Daniel J. Whelan, *Indivisible Human Rights: A History*, University of Pennsylvania Press, 2010. Se videre General Comment nr. 16, *on State obligations regarding the impact of the business sector on children’s rights*, avsnitt 12. Se også Kirsten Sandberg, «Children’s Rights to Protection Under the CRC» i *Human Rights in Child Protection Implications for Professional Practice and Policy*, London 2018 s. 15–37 (s. 15).

123 General Comment nr. 1, *The Aims of Education (article 29)*, 17. april 2001 avsnitt 6.

124 Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 131, EMDs storkammerdom 22. mars 2001 *Streletz, Kessler og Krenz mot Tyskland* avsnitt 90 og EMDs storkammerdom 21. november 2001 *Al-Adsani mot Storbritannia* avsnitt 55.

At barnets beste trekkes inn i tolkningen og anvendelsen av rettighetene i EMK art. 8, er i tråd med dette utgangspunktet. I den forbindelse er også de generelle kommentarene fra barnekomiteen en relevant kilde.¹²⁵

Artikkel 31 nr. 3 bokstav c i Wien-konvensjonen regnes som internasjonal sedvane og gir følgelig føringer på tolkningen av alle konvensjonsfestede rettigheter.¹²⁶ Heller ikke BK eller andre konvensjoner kan følgelig tolkes i et vakuum. En innvirkning fra andre rettigheter må imidlertid ikke svekke rettighetsvernet eller gjøre det mindre effektivt. At rettighetene i BK er tilpasset barns særskilte behov, gjør at en innvirkning fra rettigheter i andre konvensjoner kan ha en slik virkning. Benyttes BK for å tilpasse rettighetene i for eksempel EMK til barns behov, vil det gi et mer effektivt vern. Benyttes derimot generelle rettigheter ved tolkning av BK, må det gjøres med aktsomhet, ettersom barn ofte har andre behov enn voksne, og rettighetene i BK nettopp er tilpasset dette. For tolkning av barns rettigheter vil det derfor først og fremst være rettighetene i BK som innvirker på andre rettigheter.

Et annet spørsmål er i hvilken grad rettskilder tilknyttet BK eller andre folkerettslige kilder er relevante ved tolkning av Grl. § 104 annet ledd, hvor barnets beste er inntatt.

Etter Grl. § 92 skal statens myndigheter respektere og sikre menneskerettighetene både i Grunnloven og «i for Norge bindende traktater om menneskerettighetene».¹²⁷ Ordlyden får frem at menneskerettighetene i traktater, slik som BK, må respekteres og sikres, men får ikke frem i hvilken grad internasjonale kilder er relevante ved tolkningen av grunnlovsrettighetene. Hva som er til barns beste, påvirkes ikke av om rettskildene er nasjonalt eller internasjonalt forankret. For vurderingssiden av barnets beste må alle kilder som kan kaste lys over elementer av betydning, være relevante.¹²⁸ Også

125 Jeunesse mot Nederland avsnitt 74.

126 Müller skriver at det fremgår av FNs folkerettskomisjon (International Law Commission) at folkerettslig sedvane ble kodifisert i Wien-konvensjonen, Amrei Müller, «En kort innføring i folkerettslig traktatstolkning», *Jussens Venner*, 2017 s. 222–259 (s. 226–227), International Court of Justices dom, *Oil Platforms, Iran mot USA*, 6. november 2003 avsnitt 41 og EMDs dom 21. februar 1975, *Golder mot Storbritannia*, avsnitt 29.

127 Bestemmelsen er egnet til å skape noe forvirring, se Benedikte Moltumyr Høgberg, «Betydningen av internasjonale rettskilder i norsk statsforfatningsrett», i *Menneskerettighetene og Norge, Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Oslo 2017 s. 215–227 (s. 225–226) om ulike tolkningsalternativer.

128 Om barnets bestes to sider, se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4. Vurderingssiden behandles hovedsakelig i kapittel seks. Om elementene som inngår i vurderingen, se punkt 6.2.1 og 6.2.2.

utover vurderingen av barnets beste kan internasjonale kilder være relevante.¹²⁹

Grunnloven § 104 annet ledd ble utformet etter mønster av BK art. 3 nr. 1 og EUs Charter art. 24 nr. 2.¹³⁰ I Dok. 16 (2011–2012) drøftes ulike forslag ved utformingen av ordlyden i § 104. Utvalget ga der uttrykk for at den formuleringen som lå nærmest opp til den endelige ordlyden, ville fange opp gjeldende rettstilstand, herunder det som følger av BK og charteret.¹³¹ Etter utvalgets mening innebar det at «praksis relatert til disse bestemmelsene, i likhet med tidligere norsk praksis på området, vil være nyttige bidrag til fortolkningen».¹³² Dette viser et ønske om harmonisering mellom de internasjonale og nasjonale kildene. Harmonisering er en fordel. Det bidrar til å unngå ulike parallelle tolkninger av barnets beste. Veldig stor betydning har det som Høgberg påpeker, likevel ikke.¹³³ Begge rettighetssettene må etter § 92 respekteres og sikres.

Forholdet mellom Grunnloven og internasjonale menneskerettigheter Norge er forpliktet av, ble behandlet i Maria-dommen. Her uttalte førstvoterende om Grl. § 102 at rettigheten «skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene».¹³⁴ Videre utdypet han at det «er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».¹³⁵ Det ble slått fast at det samme må gjelde for Grl. § 104.¹³⁶ Sammenholdt med uttalelsen i forarbeidene er det altså klart at internasjonale håndhevingsorganers praksis er relevant ved tolkning av § 104.¹³⁷

129 I likhet med Høgberg er jeg av den oppfatningen at alle rettskilder som kan belyse en rettsregels innhold, er relevant ved tolkning av rettsregelen, se Høgberg (2017) s. 220 med henvisning til andre med samme oppfatning. Det kan imidlertid diskuteres i hvor stor grad og på hvilken måte internasjonale kilder kan innvirke på tolkningen av Grunnlovens rettighetsbestemmelser. Se Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati. Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 4. utgave, Bergen 2017 s. 327–332.

130 Dok. 16 (2011–2012) s. 192.

131 Dok. 16 (2011–2012) s. 192.

132 Dok. 16 (2011–2012) s. 192.

133 Høgberg (2017) s. 226.

134 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

135 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

136 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64.

137 Det er blitt fremhevet at det går et prinsipielt skille i tid mellom internasjonal tolkningspraksis fra tiden før vedtakelsen av de nye grunnlovsbestemmelsene og etter, Bårdsen (2017) s. 77 og Smith (2017) s. 331. Tanken bak er at det er konstitusjonelt uproblematisk å vektlegge eldre rettspraksis, ettersom Stortinget vedtok de nye grunnlovsbestemmelsene under en forutsetning av at eldre praksis fra internasjonale organer skulle være relevant, Bårdsen (2017) s. 77.

I Maria-dommen uttalte førstvoterende om General Comment nr. 14 at «[d]et Barnekomiteen gir uttrykk for her, utgjør etter mitt syn et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av art. 3 nr. 1 – og dermed også ved tolkningen av Grunnloven § 104 andre ledd».¹³⁸ Sammenlignet med andre uttalelser om kommentarens rettskildemessige vekt kan det se ut til at Høyesterett her gikk noe langt.¹³⁹ At kommentaren skal utgjøre et naturlig utgangspunkt, innebærer imidlertid ikke at den alltid blir avgjørende. I tillegg rettet uttalelsen seg mot en bestemt kommentar som er helt sentral ved tolkning av art. 3 nr. 1. Det kan likevel problematiseres om flertallet i plenumsdom III anga en kursendring for tolkning av Grl. § 104.¹⁴⁰ På grunn av prosessuelle regler ble ikke rettighetsbestemmelsene i Grunnloven behandlet, og dermed tok ikke retten stilling til kommentarens betydning for tolkning av § 104.¹⁴¹ Når flertallet la så liten vekt på uttalelsene i kommentaren ved tolkning av BK art. 3 nr. 1 og 12, tyder det imidlertid på at den neppe ville blitt ansett for å danne utgangspunkt ved tolkning av § 104. I så tilfelle ville flertallet måtte lagt større vekt på kommentarene ved tolkning av Grl. § 104 enn ved tolkning av BK art. 3 nr. 1. I HR-2020-661-S uttalte imidlertid Høyesterett at «Høyesterett har anvendt barnekonvensjonen i mange saker, og det er lagt stor vekt på Barnekomiteens generelle kommentarer, blant annet nr. 14 ‘on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration’».¹⁴² Igjen ser det altså ut til at det er en utvikling.

Utgangspunktet er at praksis fra internasjonale organer er relevant for tolkningen av § 104, men hvor stor vekt slike kilder må tillegges, må vurderes i sammenheng med den aktuelle problemstillingen. Hvis de relevante kildene peker i samme retning, kreves det mindre grundige vurderinger. Hvis andre kilder peker mot en annen tolkning, må det foretas en harmonisering eller avveining. Som Høgberg skriver, er ikke løsninger som legges til grunn av «internasjonale organer [...] automatisk retningsgivende for den nasjonale tolkningen av Grunnlovens rettighetsbestemmelser».¹⁴³ Å tolke Grl. § 104 løsrevet fra de internasjonale kildene vil imidlertid være vanskelig. Bestemmelsen ser ikke ut til å tillegges større selvstendig innhold i nyere høyesterettspraksis.¹⁴⁴ Dermed er det først og fremst ordlyden og

138 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64.

139 Se dette kapittelets punkt 2.4.3.2.

140 Se dette kapittelets punkt 2.4.3.2.

141 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 162.

142 HR-2020-661-S avsnitt 80.

143 Høgberg (2017) s. 223.

144 Se for eksempel HR-2017-2376-A, hvor § 104 kun nevnes i forbindelse med at barnets skulle vært hørt, og uten at bestemmelsen tolkes, se avsnitt 43. Se også Haugli (2019) s. 54 og Sandberg (2019).

forarbeidene som gir veiledning, og disse kildene gir ikke noe mer substans til rettigheten enn ordlyden i BK art. 3 nr. 1. For øvrig har Høyesterett kort slått fast at «Grunnloven § 102 om rett til respekt for familielivet og § 104 om barns rettigheter skal tolkes i lys av de tilsvarende konvensjonsbestemmelsene og gir ikke her noe utvidet vern sammenlignet med konvensjonsbestemmelsene».¹⁴⁵ Det kan være at den viktigste funksjonen til § 104 er å bidra til å støtte og forsterke BKs syn på barn som selvstendige rettighetshavere, med særrettigheter i tillegg til de generelle.

EUs charter om grunnleggende rettigheter har begrenset betydning for de sidene av norsk utlendingsrett jeg behandler.¹⁴⁶ Ettersom menneskerettigheter er gjensidig avhengige av hverandre og det er lagt til grunn at § 104 annet ledd skal tolkes i lys av internasjonal praksis, herunder praksis etter charteret, kan likevel tolkninger av charteret være relevante. Fordi barnets beste her tolkes i en norsk utlendingsrettslig kontekst, temaet er omfattende og rettskildetilfanget likeså, har jeg begrenset bruken av kilder tilknyttet charteret. For temaet i boken er det andre kilder som krever mer omfattende behandling.

2.4.5 Dynamisk tolkning

Menneskerettigheter er dynamiske.¹⁴⁷ For at rettigheten skal gi effektivt vern av de interessene de skal beskytte, er det nødvendig å tolke kildene knyttet til dem, i samsvar med endringer i samfunnet, eller som Schabas skriver, «of the ideas prevailing in democratic States today».¹⁴⁸ Om BK har Doek uttalt at «is a living instrument and its interpretation should reflect new developments that may arise in the area of children`s rights».¹⁴⁹ Som Bendiksen og Haugli skriver, må BK «utvikles som

145 HR-2019-2286-A med videre henvisning til HR-2018-2133-A avsnitt 47, som igjen viser til HR-2017-2376-A avsnitt 53.

146 Se Halvard Haukland Fredriksen, «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», *Jussens Venner*, 2013, s. 371–399 og David Thór Björgvinsson, «Fundamental Rights in EEA Law», i *The EEA and the EFTA Court. Decentred Integration*, Oxford 2014 s. 263–280 om charterets betydning for tolkning av EØS-retten..

147 Om BK, se for eksempel Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 8, *The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia)*, 2. mars 2007 avsnitt 20 og Lucy Smith, «FNs konvensjon om barns rettigheter» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utgave, Oslo 2020 s. 18–33 (s. 28–29). Om EMK og UNs Universal Declaration of Human Rights, se William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, Oxford 2015 s. 47–49.

148 Schabas (2015) s. 48.

149 Jaap Doek, *A Commentary on the United Nations Conventions on the Rights of the Child. Article 8. The Right to Preservation of Identity. Article 9. The Right Not to Be Separated from His or Her Parents*, Boston 2006 s. 3.

en dynamisk kilde gjennom et samvirke mellom komiteen og nasjonale myndigheter». ¹⁵⁰ Barnets beste kan ikke være et unntak. ¹⁵¹ Endringer i samfunnet, og også i retten, innvirker på tolkninger av rettskildene, og dermed på rettighetens innhold. Innholdet i barnets beste er følgelig ikke statisk. Barnekomiteen har også presisert at barnets beste «encompasses various issues which are continuously evolving». ¹⁵² Dette kan forklares med at heller ikke elementene som inngår i vurderingen av barnets beste, har en statisk karakter. ¹⁵³

Det kan være ulemper med en dynamisk tolkning. Beveger tolkningene seg langt bort fra ordlyden i konvensjonsbestemmelsen, kan avviket bli stort fra det statene opprinnelig ble enige om. Det kan etter hvert gi utslag i større ulikheter i praksis fra land til land. Det er også en balansegang for å unngå at rettigheter legger for stort bånd på de folkevalgte som følge av en *for* dynamisk tolkning. ¹⁵⁴ Dynamiske tolkninger bidrar imidlertid til et effektivt rettighetsvern. Gradvise endringer i takt med samfunnsendringene vil normalt gi en rettighet som er i tråd med någjeldende oppfatninger av de verdiene som ligger til grunn for rettigheten. I en del tilfeller kan det se ut til at endringene skjer forholdsvis raskt. Det trenger ikke nødvendigvis å skyldes at synet på det bestemte temaet endret seg mye og brått, men at retten ikke har holdt tritt med samfunnsutviklingen. Et annet poeng er at ikke alle nye rettskilder som kommer til, skyldes en dynamisk tolkning. Mange tolkninger kan utledes av ordlyden eller andre kilder og innebærer kun nødvendige presiseringer og klargjøringer for å sikre et effektivt vern. Det er heller ikke slik at en dynamisk tolkning drives frem av konvensjonens overvåkningsorgan alene. En dynamisk tolkning inspireres gjerne av statspraksis, slik som når EMD henviser til en bred konsensus om at barnets beste skal være av overordnet betydning. ¹⁵⁵

Når Høyesterett har gitt uttrykk for at vektleggingen av uttalelser i de generelle kommentarene blant annet beror på «hvor godt de er forankret i konvensjonstek-

150 Bendiksen og Haugli (2010) s. 64.

151 I tråd med det generelle utgangspunktet for menneskerettigheter har barnekomiteen understreket at barnets beste er et *dynamisk konsept*, se General Comment nr. 14 avsnitt 1, hvor uttalelsen knytter seg til hele art. 3 nr. 1, og 11, hvor uttalelsen ser ut til å knytte seg til kun «the best interests of the child».

152 General Comment nr. 14 avsnitt 11.

153 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.

154 Dette ble det uttrykt bekymring for i Meld. St. 39 (2015–2016) punkt 7.9, hvor det ble vurdert om Norge burde slutte seg til tilleggsprotokollen om kommunikasjonsprosedyre.

155 Se for eksempel Jeunesse mot Nederland avsnitt 109. Se også Müller (2017) s. 250, hvor det legges til grunn at en dynamisk fortolkning er sterkt knyttet til tolkning i lys av etterfølgende praksis, og at EMD gjerne knytter sin dynamiske fortolkning opp mot en europeisk konsensus.

sten», blir det vanskelig for domstolen å følge med i utviklingen av det folkerettslige innholdet i rettighetene.¹⁵⁶ Denne holdningen gjør at det kan oppstå et avvik mellom rettighetenes folkerettslige innhold og Høyesteretts praktisering av dem. Ordlyden til artiklene er statisk. Den endres ikke, selv om samfunnets oppfatninger, herunder verdier, endres. Det er særlig gjennom uttalelser fra internasjonale håndhevingsorganer at innholdet i rettighetene kan tilpasses samfunnsutviklingen. De generelle kommentarene er derfor av stor betydning. Hvis uttalelsene i kommentarene kun vektlegges når de har en klar forankring i ordlyden, kan sentrale sider av rettighetens någjeldende innhold overses. Dermed kan høyesterettsdommer gi mindre veiledning ved tolknings spørsmål knyttet til bestemmelser som springer ut av og må tolkes i lys av folkerettslige kilder, som utlendl. §§ 38 tredje ledd og 70, jf. utlendl. § 3, mrl. §§ 2, jf. 3 og GrL. § 92, enn av hva dommene ofte ellers gjør. Noe annet er at samvirket mellom statspraksis og internasjonale organer kan vanskeliggjøres dersom nasjonale domstoler i liten grad forholder seg til de internasjonale organenes uttalelser, herunder muligheten til å komme med korrigerende signaler dersom de nasjonale domstolene synes utviklingen i de internasjonale organene går for langt.

Tolkninger av rettskilder må baseres på barnets bestes dynamiske karakter. Dette påvirker høyesterettspraksis' betydning for enkelte av problemstillingene som behandles. I tillegg innebærer rettighetens dynamiske karakter at rettskilder som for en tid tilbake syntes å gi klare svar, kan være av mindre betydning i dag. Samtidig kan også dagens rettskildebilde og de tolkningene som er forankret i rettskildene, endres.¹⁵⁷ Dette forsterkes noe av at også utlendingsretten er gjensstand for endring. At utlendingsretten heller ikke er statisk, bidrar til at de spenningene jeg tok opp innledningsvis, både kan øke og minske, avhengig av hvilken retning utviklingen av barns rettigheter og utlendingsretten tar.¹⁵⁸

156 Se HR-2018-2090-A avsnitt 14 og Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 151.

157 Se likevel denne bokens kapittel 4 punkt 4.3.4.1 om prinsippet om barnets bestes grunnleggende karakter.

158 Se denne bokens kapittel 1 punkt 1.2.



3. Opphold på humanitært grunnlag og utvisning

3.1 INNLEDNING

Reglene om opphold på humanitært grunnlag og utvisning har enkelte særtrekk. Disse særtrekkene har betydning for en del av problemstillingene i boken og behandles derfor i dette kapittelet. Ettersom det er saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning som danner konteksten for analysene av barnets beste, er det av betydning hva som følger av reglene som regulerer disse sakstypene. Jeg kommer derfor også inn på reglenes innhold her.

Reguleringen av opphold og utvisning har gjennomgått store endringer siden den første fremmedloven ble vedtatt. Jeg starter med en historisk oversikt over reglene om opphold og utvisning. Deretter behandler jeg innvandringspolitikken innvirkning på tolkning og praktiseringen av reglene. Videre behandler jeg de overordnede føringene på når utlendingsmyndighetene kan innvilge opphold og vedta utvisning. Etter det tar jeg opp virkningen av avslag på opphold på humanitært grunnlag og vedtak om utvisning. Deretter redegjør jeg for utgangspunktet for implementeringen av barnets beste i reglene. Til sist tar jeg opp hvilke land som ofte er representert i de to sakstypene.

3.2 OPPHOLD OG UTVISNING FRA FREMMEDLOVEN OG TIL I DAG

Fra den første fremmedloven ble vedtatt i 1901, har reguleringen av innvandringen og kontrollen med innreise og bosetning vært i konstant, men gradvis utvikling.¹⁵⁹ Utviklingen har gått fra en svært begrenset til en stadig mer detaljert regulering og kontroll av hvem som får komme til Norge. Krav for å få oppholdstillatelse og adgangen til utvisning bidrar til slik regulering og kontroll.

Som et ledd i kontrollen av innvandringen anga fremmedloven 1901 en plikt for nye borgere til å melde seg til ankomstedets politimester. Så fremt utlendingen

159 Lov 4. mai 1901 om Anmeldelse af Reisende og Fremmede (fremmedloven 1901) § 3.

ikke tidligere hadde vært utvist, eller det var grunnlag for utvisning, skulle det da utstedes en oppholdsbok.¹⁶⁰ Utgangspunktet var altså at utlendinger generelt hadde adgang til å bosette seg i Norge. Lovens § 6 anga imidlertid ulike grunnlag for utvisning av personer uten norsk statsborgerskap.¹⁶¹ Dette ga en viss mulighet for regulering av innvandring. Muligheten var likevel langt mindre enn med dagens detaljregulering.

Den begrensede reguleringen av innvandringen varte frem til første verdenskrig.¹⁶² I løpet av krigen vokste det frem et ønske om større mulighet for både kontroll og regulering. Dette ønsket skyldtes blant annet samfunnsutviklingen med flyktningstrømmer fra krigen, vansker i økonomien og et ønske om å følge trenden i andre europeiske land.¹⁶³ I tillegg var det et ønske om å hindre innvandring fra grupper som av ulike grunner ble betraktet som uønskede.¹⁶⁴

I 1927 ble det vedtatt en ny generell fremmedlov som skulle bidra til å begrense innvandring og regulere hvem som skulle få bosette seg i Norge.¹⁶⁵ Loven fra 1927 slo fast at enhver som ønsket å komme til riket for å arbeide, måtte søke arbeidstillatelse på forhånd, jf. § 2. Med lovens § 6 ble det innført regler om oppholdstillatelse. Loven ga også flere detaljerte grunnlag for utvisning.¹⁶⁶ I tråd med lovens formål var det følgelig større adgang til regulering og kontroll av innvandringen enn etter loven fra 1901.

160 Fremmedloven 1901 § 3 annet ledd.

161 Blant annet kunne utlendingen utvises dersom meldeplikten ved ankomst etter § 3 ikke var overholdt, eller utlendingen i utlandet var dømt til frihetsstraff over fem år i utlandet, for en straffbar handling som ikke ble regnet som politiske forbrytelser, jf. § 6 bokstav a og b. Utlendingen kunne også utvises dersom han henga seg «til ørkesløshet eller omkringdriven uten at kunne paavise lovlig erhverv [...], jf. § 6 bokstav b».

162 Espen Thorud, *Norsk innvandringspolitikk 1860–1969*, Oslo 1989 s. 21–52 og Øyvind Dybvik Øyen, «Oversikt over utlendingsretten», i *Lærebok om utlendingsrett*, Oslo 2018 s. 23–30 (s. 25).

163 Thorud (1989), s. 55–57, 59 og 92–93, Ot.prp. nr. 11 (1926) s. 2–5 og Øyen (2018a) s. 25.

164 Ot.prp. nr. 11 (1926) s. 2–5, Øyen (2018a) s. 25 og Thorud (1989) s. 92–93. Se også fremmedloven § 3 tredje ledd, som fastslo at «Sigøinere [...] som ikke godtgjør å ha norsk statsborgerskap skal nektes adgang til riket». Adgangen til å avvise sigøynere ble opphevet ved lov 27. juli 1956 om utlendingers adgang til riket m.v.

165 Lov 22. april 1927 om utlendingers adgang til riket (fremmedloven 1927).

166 Utvisning kunne vedtas dersom reglene om å søke oppholdstillatelse, meldeplikt og identifisering i lovens §§ 5, 7, 9 og 10 ikke var overholdt, ved nektet oppholdstillatelse, når utlendingen ikke kunne sørge for seg eller sin familie, dersom han ikke kunne påvise lovlig erverv eller ved brudd på ulike forbrytelser eller forhold som falt under løsgjenger- eller rusdrikkløvgivningen, jf. § 16 første ledd bokstav a til f. Utvisning kunne også besluttes av kongen ut fra hensynet til rikets sikkerhet eller interesser for øvrig overfor enhver som ikke var norsk statsborger.

I 1956 ble det igjen vedtatt en ny fremmedlov. I 1951 ratifiserte Norge flyktningkonvensjonen.¹⁶⁷ Dette påvirket innholdet i den nye fremmedloven. Loven inneholdt i tråd med konvensjonen regler om asyl for politiske flyktninger og vern mot tilbakesending etter non refoulement-prinsippet.¹⁶⁸ I tillegg til å regulere innvandringen skulle loven altså sørge for at de som hadde behov for beskyttelse, fikk det. For øvrig regulerte ikke fremmedloven direkte hva som skulle til for å få innvilget oppholdstillatelse. Den inneholdt ingen bestemmelse om opphold på humanitært grunnlag. Gjennom praksis hadde det likevel vokst frem et slikt oppholdsgrunnlag. Årlig var det flere som fikk opphold av humanitære grunner, enn med grunnlag i asylretten.¹⁶⁹

Også fremmedloven 1956 inneholdt bestemmelser om utvisning. Utvisning kunne blant annet vedtas hvis utlendingen hadde unnlatt å melde seg eller legitimere seg i tråd med lovens krav. Videre kunne utvisning vedtas ved lediggang og i enkelte tilfeller når utlendingen var ilagt straff for forbrytelser eller overtredelse av løsgjengerlovgivningen.¹⁷⁰ Loven inneholdt ikke noe forholdsmessighetskrav slik som i någjeldende utlendl. § 70. Etter § 13 annet ledd var utlendinger som var født i Norge og senere hadde bodd her uavbrutt, vernet mot utvisning.

Fremmedloven var en fullmaktslov. Regelverket var nokså komplekst med mange forskrifter, rundskriv og retningslinjer.¹⁷¹ Praksisen endret seg vesentlig fra vedtakelsen i 1956 og frem til vedtakelsen av utlendingsloven i 1983. Frem til 1971 var det forholdsvis lett å få oppholds- og arbeidstillatelse.¹⁷² Fra 1971 ble praksis for å gi arbeidstillatelse strammet inn, og i 1975 ble det foretatt en ytterligere innstramming. Innstrammingene var særlig begrunnet med at de sosiale forholdene til innvandrerne i mange tilfeller var dårlig.¹⁷³ Tanken var at en begrensning ville gjøre det mulig å bedre forholdene for innvandrerne som allerede var i Norge.

Arbeidet med en ny lov som skulle være tilpasset de faktiske endringene, ivareta utlendingenes interesser og samtidig kunne tilpasses «innvandringspolitikken til enhver tid», ble startet på begynnelsen av 80-tallet.¹⁷⁴ Utlendingsloven 1988 skulle gi grunnlag for kontroll av inn- og utreise og av utlendingers opphold Norge, i samsvar med norsk innvandringspolitikk.¹⁷⁵ I tillegg skulle rettssikkerheten til

167 Geneva Convention relating to the status of refugees, 28. juli 1951.

168 Fremmedloven 1956 §§ 2 og 17 tredje ledd.

169 NOU 1983: 47 s. 161.

170 Jf. fremmedloven 1956 § 13.

171 NOU 1983: 47 s. 37.

172 NOU 1983: 47 s. 35.

173 NOU 1983: 47 s. 35–36.

174 NOU 1983: 47 s. 38–39.

175 Lov 24. juni 1988 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven 1988).

utlendinger ivaretas, og loven skulle gi grunnlag for vern mot forfølgelse, jf. § 2. Koblingen til innvandringspolitikken kom dermed direkte frem av lovens formålsparagraf.

Også utlendingsloven 1988 var en fullmaktslov. Loven inneholdt likevel mer detaljert regulering av innvandringen enn de eldre lovene.¹⁷⁶ Adgangen til å innvilge opphold på humanitært grunnlag fulgte av lovens § 8 annet ledd. Loven inneholdt også detaljerte regler om utvisning. En viktig endring fra fremmedloven 1956 var kravet om forholdsmessighet ved utvisning, jf. § 29 annet ledd.¹⁷⁷

Da arbeidet med ny lov ble igangsatt i 2001, var det skiftende faktiske og rettslige forhold som skapte behovet for endringer.¹⁷⁸ Det var blant annet behov for å vurdere på hvilken måte internasjonale menneskerettigheter, herunder barns rettigheter, skulle innarbeides i loven.¹⁷⁹ Det var også behov å vurdere forpliktelsene etter EØS-avtalen, Schengen-samarbeidet og de ulike FN-konvensjonene.¹⁸⁰ Resultatet av arbeidet ble någjeldende utlendingslov fra 2008.

Utlendingsloven 2008 er mer detaljert enn 1988-loven, og den overlater noe mindre skjønn til forvaltningen. Dette var også intensjonen.¹⁸¹ Målet var også å flytte de mest sentrale sidene av reguleringen fra forskriften til loven. I tråd med målet inneholder loven de overordnede føringene for regulering av innvandringen.¹⁸² Endringer av de overordnede føringene krever følgelig relativt bred demokratisk støtte. I arbeidet med loven ble det likevel erkjent at det fortsatt vil være behov for omfattende forskriftsverk og smidighet, for at innvandringspolitiske hensyn skulle kunne ivaretas. Innvandringspolitikken er skiftende. En regulering som er egnet til å ivareta politiske endringer, krever at det overlates noe skjønn til forvaltningen. Loven inneholder derfor både fullmakter og skjønnsmessige bestemmelser.¹⁸³ Likevel er det tydelig at det fra de første fremmedlovene har skjedd en utvikling hvor lovgivningen er blitt mer detaljert og overlater noe mindre skjønn til forvaltningen.

Utviklingen har ikke stoppet etter 2008. Den kraftige økningen av asylsøkere til Europa høsten 2015 førte til materielle og prosessuelle endringer i lov og for-

176 Se lovens kapittel to og tre om oppholdstillatelse, hvor det blant annet angis når oppholdstillatelse kan gis.

177 Kravet om forholdsmessighet gjaldt etter ordlyden ikke ved utvisning etter alternativet «når hensynet til rikets sikkerhet gjør det nødvendig» etter § 29 første ledd bokstav d, jf. annet ledd.

178 NOU 2004: 20 s. 17–19.

179 NOU 2004: 20 s. 17–18.

180 NOU 2004: 20 s. 17–18.

181 NOU 2004: 20 s. 24.

182 NOU 2004: 20 s. 24.

183 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) punkt 3.1.3.

skrift.¹⁸⁴ Lovendringene var ment å skulle minske innvandringen og øke effektiviteten til forvaltningen.¹⁸⁵ Endringene bygde på et politisk ønske om å stramme inn adgangen til opphold så langt menneskerettighetene tillater.¹⁸⁶ Noen av virkemidlene var økt bruk av midlertidig oppholdstillatelse og fjerning av rimelighetsvurderingen som tidligere gjaldt ved henvisning til internflukt etter utlendl. § 28 femte ledd.¹⁸⁷ I tillegg ble det gjort innstramminger i adgangen til familieetablering og familiegjenforening.¹⁸⁸ Disse endringene rammer barn så vel som voksne. Det ble også gjort endringer for å effektivisere saksbehandlingen for noen typer saker, blant annet ved å redusere klagefristen, forenkle saksbehandlingsreglene og unnlate realitetsbehandling.¹⁸⁹

I tillegg til innstramminger som var ment å gjøre at færre innvilges oppholdstillatelse, ble altså flere saksbehandlingsregler som skal sikre rettssikkerhet, endret til ulempe for individene. Endringene tydeliggjør at *spenningen* mellom individets rettigheter og interesser og de politiske interessene, herunder ønsket om effektiv regulering og kontroll, har økt. Det samme gjelder for forholdet mellom effektiv regulering og kontroll på den ene siden og rettssikkerhet på den andre.

3.3 NÆRMERE OM INNVANDRINGSPOLITIKKENS ROLLE

Som jeg var inne på allerede i innledningen, påvirkes tolkning og praktiseringen av bestemmelsene i utlendingsloven, herunder utlendl. §§ 38 og 70, av den rådende innvandringspolitikken. Innvandringspolitikken har to sider. En side knytter seg til integrasjon og rettigheter til utlendinger med opphold i landet, mens en annen har å gjøre med hvem og hvor mange som skal få opphold. De to sidene henger noe sammen. Ivaretagelse av de økonomiske og kulturelle rettighetene kan gi økt økonomisk belastning ved innvandring.¹⁹⁰ Dette kan igjen påvirke hvor mange oppholdstillatelser det er ønskelig å innvilge.¹⁹¹ Når jeg henviser til innvandringspolitikk, er det særlig politiske vurderinger knyttet til hvem og hvor mange som skal få oppholde seg i Norge, det siktes til, ettersom dette er mest relevant for temaet her.

184 Lov 20. november 2015 nr. 94 om endringer i utlendingsloven (innstramminger).

185 Høringsnotat desember 2015 snr. 15/8555, Høringsnotat – endringer i utlendingsloven.

186 Se for eksempel høringsnotat desember 2015 snr. 15/8555.

187 Høringsnotat desember 2015 snr. 15/8555 og lov 17. juni 2016 nr. 58 om endringer i utlendingsloven mv. (innstramminger II) §§ 28 femte ledd og 34 annet ledd.

188 Høringsnotat desember 2015 snr. 15/8555 og innstramminger II §§ 41 og 51.

189 Se utlendl. § 32 om tilfeller hvor søknader kan nektes realitetsbehandles. Annet og tredje ledd i tidligere § 32 som slo fast tilfeller hvor saker likevel må realitetsbehandles, er fjernet. Egen klagefrist ved «åpenbart grunnløse asylsøknader» følger nå av utlendl. § 94 a.

190 NOU 2004: 20 s. 42.

191 NOU 2004: 20 s. 42.

Utvisning regulerer først og fremst *hvem* som skal få oppholde seg i Norge. Strengere regler for opphold fungerer som et virkemiddel både for å unngå at flere enn det som er ønskelig, i et innvandringspolitisk perspektiv, får opphold, og hvem som får opphold. Vurderinger av hvem som skal få oppholdstillatelse, kan for eksempel være at sårbare grupper bør prioriteres, hvilke typer sårbarhet som kvalifiserer for opphold, og hvilke grupper som ikke bør prioriteres. En annen vurdering av politisk karakter er om noen handlinger taler mot at den som har utført disse, skal få oppholde seg i Norge, og i så fall hvilke handlinger det gjelder. Som jeg er inne på i den historiske fremstillingen, har svaret på hvor mange som skal få innvilget opphold, vært at adgangen skal være begrenset, og i nyere tid sterkt begrenset.

I forarbeidene til § 38 er forholdet til innvandringspolitikken nevnt.¹⁹² Departementet la blant annet til grunn at regelverket bør sikre at praksis i «vesentlige trekk gjenspeiler de generelle politiske målsettinger».¹⁹³ Videre ble det lagt til grunn at terskelen «for opphold på humanitært grunnlag berører klare politiske avveininger og har betydning for den samlede innvandringen».¹⁹⁴ De politiske målsettingene det siktes til, er sannsynligvis at terskelen for opphold skal være høy, og at for personer som har handlet i strid med utlendingslovens regler, er terskelen enda høyere. Dette gjenspeiles av bestemmelsens utforming, med strenge kriterier og adgang til å vektlegge «innvandringsregulerende hensyn» etter § 38 fjerde ledd.¹⁹⁵

Når det i § 38 fjerde ledd står *innvandringsregulerende* istedenfor *innvandringspolitiske* hensyn, som i utlendl. § 1, kommer det frem at det er den delen av politikken som knytter seg til regulering, som særlig er relevant her. Noen skarp avgrensing innebærer likevel ikke formuleringen i § 38 fjerde ledd. Regulering er en nokså vid betegnelse, og kontroll er uttrykkelig nevnt som et relevant hensyn i fjerde ledd bokstav c. Paragraf 1 gjør at også andre innvandringspolitiske hensyn kan være saklige å vektlegge i skjønnsutøvelsen som bestemmelsen åpner for.

For at utvisning skal vedtas, må utlendingen ha begått ulike lovbrudd, som hovedregel enten brudd på straffeloven eller utlendingslovgivningen, jf. utlendl. §§ 66–68. Utlendingsloven § 70 slår fast at en utlending ikke kan utvises «dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene». I vurderingen av «forholdets alvor» etter utlendl. § 70 er en del av de samme innvandringsregulerende hensynene som er nevnt i § 38, relevante. To av hensynene som følger av § 38 fjerde ledd, er «hensynet til kontroll» og «hensynet

192 NOU 2004: 20 s. 264 og Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

193 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

194 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

195 Se dette kapittelets punkt 3.4 i.

til respekten for lovens øvrige regler». Vilkårene i § 66 første ledd bokstav a, som gjelder for utvisning uten oppholdstillatelse, hviler nettopp på ønsket om kontroll og respekt for lovens øvrige regler. Hvis en utvisning er begrunnet i noen av disse vilkårene, er det handlingen som gjør at de er oppfylt, som utgjør forholdets alvor. Koblingen til denne delen av innvandringspolitikken er dermed lik for §§ 38 og 70. Ved utvisning begrunnet i andre vilkår i §§ 66–68 er det ikke *bare* innvandringspolitikk som skal ivaretas, men også hensyn av strafferettslig karakter.¹⁹⁶ Ettersom utvisningen er et verktøy for å regulere hvem som får oppholde seg i landet, er det likevel et element av innvandringspolitikk også her.

Innvandringspolitikken er skiftende og stadig under debatt. Tolkningen og praksisen knyttet til §§ 38 og 70 kan på ulike måter endres eller justeres ved politiske omprioriteringer av utlendl. § 75 første ledd følger at Stortinget skal godkjenne hovedprinsippene for reguleringen av innvandring. De overordnede føringene på innvandringspolitikken skal være fastsatt i *lov*.¹⁹⁷ Begrunnelsen er et ønske om demokratisk forankring.¹⁹⁸ Større endringer krever følgelig bred politisk støtte. Dette forelå da loven ble endret i 2015 og 2016. I § 66 om utvisning ble det da gjort enkelte mindre justeringer, mens § 38 ikke ble endret.¹⁹⁹ Endringene som ble gjort andre steder i loven, kan likevel ha innvirket på praktiseringen av § 38.²⁰⁰ I tillegg kan endringer og innstramminger sende signaler som innvirker på tolkningen og praktiseringen av skjønnsmessige bestemmelser, slik som § 38. Generelle innstramminger kan nok også påvirke praktiseringen av utvisningsreglene, ettersom forvaltningen har en skjønnsfrihet i valget om adgangen til å utvise skal benyttes.²⁰¹ I tillegg kan endringer påvirke den generelle oppfatningen av behovet for kontroll eller andre hensyn, som igjen påvirker hvor alvorlig ulike brudd på utlendingsloven vurderes, og dermed forholdsmessighetsvurderingen.

Justeringer kan også, innenfor lovens rammer, gjøres gjennom *forskrift*. Etter utlendl. § 70 annet ledd kan det gis forskrift om forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning, jf. § 70 første ledd.²⁰² Utlendingsloven § 38 femte ledd gir hjemmel til å fastsette nærmere regler i forskrift, noe som er gjort i utlendingsforskriftens

196 Se dette kapittelets punkt 3.5.1.

197 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 45.

198 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 45.

199 Innstramminger II.

200 Særlig gjelder det for endringen i § 28 femte ledd, hvor et tidligere rimelighetsvilkår ved henvisning til internflukt ble fjernet.

201 Slik det kommer frem av ordlyden i §§ 66–68 første ledd, hvor det står at utvisning «kan» vedtas.

202 Slik forskrift er kun gitt for utvisning på grunn av ulovlig opphold eller ulovlig arbeid når utlendingen har barn i riket. Se forskrift 15. oktober 2009 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) § 14-1.

kapittel 8. Av relevans for bokens tema er særlig § 8-5. Bestemmelsene omhandler henholdsvis vurderingen av sterke menneskelige hensyn ved søknad om oppholdstillatelse for barn og omgjøringsbegjæring fremmet fra utlandet i saker med barn som har lang oppholdstid i Norge. Utformingen av § 8-5 kom til i 2014, under politiske forhandlinger og debatt. Selv om bestemmelsene var ment å presisere kravene som følger av barns menneskerettigheter, er det ikke tvil om at til dels motstridende politiske interesser påvirket utformingen.²⁰³

Politiske prioriteringer kan også i noen grad påvirke tolkning og praksis gjennom *instruksjonsadgangen*.²⁰⁴ I saker om opphold fatter UDI vedtak, jf. utlend. § 65 første ledd. Vedtak om utvisning forberedes av politiet og treffes av UDI, jf. § 72. Klageorgan er etter § 76 første ledd UNE, som er ment å være et uavhengig organ. Justis- og beredskapsdepartementet har ansvaret for å utforme statens flyktning- og innvandringspolitikk og har en generell instruksjonsadgang overfor UDI, mens en mer begrenset overfor UNE.²⁰⁵ I utlend. § 76 annet ledd vises det til den alminnelige instruksjonsadgangen i sammenheng med en presisering om at det ikke er adgang til å instruere i enkeltsaker.²⁰⁶ Departementet kan instruere UDI i lovtolkning og skjønnsutøvelse, men ikke UNE, jf. § 76 annet ledd annet punktum.²⁰⁷ Om prioritering av saker, jf. § 76 annet ledd tredje punktum, herunder om bestemte saker skal stilles i bero, og om saksbehandlingen, kan departementet like-

203 Forskriftsendringen fra 8. desember 2014 ble til etter forhandlinger mellom regjeringspartiene Høyre og FRP og støttepartiene KRF og Venstre.

204 Instruksjonsadgangen kan endres gjennom ordinær lovendring, og det har også vært gjort midlertidig. Endringer i instruksjonsadgangen er nok mest praktisk hvis det er behov for hurtige endringer av praksis. Utlendingsloven § 76 ble endret midlertidig i november 2015, lov 20. november 2015. Endringen var begrunnet at politiske styringssignaler i situasjoner hvor endring av forskrift eller lov var antatt å være mindre egnet og det var behov for raske avklaringer og justeringer av praksisen, også skulle gjelde overfor UNE, Prop. 16 L (2015–2016) s. 10.

205 Når det i loven henvises til «departementet», siktes det til «det departementet som har hovedansvaret for utlendingsforvaltningen, med mindre annet uttrykkelig fremgår», jf. utlendingsforskriften § 16-1 annet ledd. For tiden er det Justis- og beredskapsdepartementet som har ansvaret for innvandring.

206 I forarbeidene vises det til det alminnelige utgangspunktet i forvaltningsretten, som er at det overordnede departementet har instruksjonsadgang med mindre denne er innskrenket, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 436.

207 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 437. Selv om UDI ikke kan instrueres i enkeltsaker, kan likevel departementet beslutte at et vedtak truffet av UDI, som er til gunst for utlendingen, skal overprøves av UNE jf. § 76 tredje ledd. Dette vil sende et signal om at departementet er uenig i vedtaket. Slike saker skal avgjøres i stornemnd, jf. utlendingsforskriften § 16-4 første ledd. Det er videre utvidet instruksjonsadgang i saker som kan berøre «grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn», jf. utlend. § 128.

vel instruere UNE om.²⁰⁸ Berostillelse kan benyttes hvis politikerne ønsker å endre reglene, og at sakene skal behandles etter nye regler.

Den 7. mai 2015 oppnevnte regjeringen i statsråd et utvalg som skulle utrede blant annet en forvaltningsdomstol for utlendingssaker. En del av utvalgets mandat var å vurdere om UNE bør erstattes av en forvaltningsdomstol.²⁰⁹ I utvalgets vurdering ble effektivitet, rettsikkerhet, legitimitet og muligheten for politisk styring vektlagt.²¹⁰ Det ble ikke anbefalt å etablere en forvaltningsdomstol for utlendingssaker.²¹¹ Anbefalingen var basert på en avveining av hensynene til effektivitet, rettsikkerhet, legitimitet og politisk styring.²¹² Det ble vektlagt at en forvaltningsdomstol ikke ville kunne underlegges samme politiske styring som UNE.²¹³ Til tross for at UNE bare i begrenset grad kan instrueres, var altså muligheten til politisk styring et argument for å ikke opprette en egen forvaltningsdomstol.²¹⁴ Dette illustrerer den skiftende politikkenes nærhet til rettsområdet.

3.4 OPPHOLD PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG

3.4.1 Formål

Helt fra regelen om opphold på humanitært grunnlag først vokste frem gjennom praksis under fremmedloven og til dag, har formålet vært at den skal ivareta rimelighetshensyn og sørge for en humanitær innvandringsforvaltning.²¹⁵ Dette er formål som springer ut fra individers interesser.

En rekke ulike tilfeller hvor individer har sterke interesser i å få opphold, er ment å fanges opp av utlendl. § 38.²¹⁶ Et eksempel som tradisjonelt ble omfattet, var ved usikkerhet om det forelå en forfølgelsessituasjon.²¹⁷ Det vil si for å sikre at perso-

208 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 437.

209 NOU 2017: 8 s. 15.

210 NOU 2017: 8 s. 17.

211 NOU 2017: 8 s. 351.

212 NOU 2017: 8 s. 344.

213 I tillegg ble det vektlagt at på grunn av stor saksmengde måtte en utlendingdomstol nødvendigvis blitt en stor domstol. Dette ville kreve en egen prosessordning, noe som kunne medført vansker med å oppnå samme grad av tillit som de ordinære domstolene nyter. Til sist argumenterte utvalget for at rettsikkerhet i samme grad kan oppnås hos UNE som hos en utlendingdomstol, NOU 2017: 18 s. 351.

214 I deler av perioden hvor utvalget jobbet med spørsmålet, var instruksjonsadgangen utvidet.

215 NOU 2004: 20 s. 263, NOU 1983: 47 s. 161 og s. 293, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 226 og HR-2017-2376-A avsnitt 40.

216 Slik det også er lagt til grunn i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

217 NOU 1983: 47 s. 161 og NOU 2004: 20 s. 262–263.

ner som risikerer forfølgelse, ikke får avslag på opphold basert på feilvurderinger av situasjonen i hjemlandet. I dag er § 28, hvor det blant annet gjelder et dempet beviskrav, ment å skulle fange opp disse typene saker.²¹⁸ Et annet eksempel hvor § 38 er relevant, er hvis det foreligger en blanding av beskyttelsesbehov og andre grunner, men vilkårene for beskyttelse etter § 28 ikke er oppfylt.²¹⁹ Det kan også være at det utelukkende foreligger humanitære grunner, som for eksempel alvorlig sykdom eller svært lang oppholdstid i Norge.²²⁰ Bestemmelsen er også ment å fange opp tilfeller hvor utlendingen har oppholdt seg lenge i Norge og dermed har opparbeidet seg en sterk tilknytning til landet.²²¹

Selv om det er individers interesser som er begrunnelsen for at det er adgang til å innvilge opphold på humanitært grunnlag, gjør utlendingslovens overordnede formål, slik de kommer til uttrykk i utlendl. § 1, seg gjeldende her. I bestemmelsen er både innvandringspolitikk, internasjonale forpliktelser og rettssikkerhet nevnt. At det i dag er et mål om en strengt regulert og begrenset adgang til innvandring og bosetning i Norge, har betydning for praktiseringen av oppholdsgrunnlaget.²²² Samtidig er det i forarbeidene uttalt at «[m]ålet må være at Norge skal føre en human, solidarisk og rettssikker innvandrings- og flyktningpolitikk».²²³ Disse to målene er ikke enkle å balansere. Hva som er humant og solidarisk, er heller ikke statiske målestokker. Når innvandringspolitikken blir gradvis strengere og mer begrenset, kan det påvirke vurderingen av hva som er tungtveiende humanitære grunner. En skjønsmessig regel om opphold som skal ivareta humanitære hensyn og solidaritet, er ingen garanti i seg selv for at individers interesser blir ivaretatt. Målet om en strengt regulert og begrenset adgang til innvandring kan innvirke på praktiseringen av regelen og begrense hvor effektivt individers interesser vernes.

Menneskerettighetene motvirker noe av ulempene med en vag og skjønsmessig regel. I tråd med formålsbestemmelsen i § 1 har regelen om opphold på humanitært grunnlag også som formål å ivareta forpliktelser som følger av menneskerettighetene. I plenumsdom I ble det lagt til grunn at «§ 38 er et viktig virkemiddel [...] både for å ivareta de innvandringsregulerende hensynene og våre internasjo-

218 Om beviskravet, se Rt. 2011 s. 1481 avsnitt 45, Rt. 2015 s. 1388, *plenumsdom III* avsnitt 129 og Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 88 og 414.

219 NOU 1983: 47 s. 161 og NOU 2004: 20 s. 262–263.

220 NOU 2004: 20 s. 262–263.

221 Slik vilkåret «særlig tilknytning til riket» i § 38 første ledd får frem.

222 Se Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153, hvor departementet slutter seg til utvalget om at det ikke er noen «farbarvei vei å innvilge oppholdstillatelse til vesentlig flere av dem som lykkes i å ta seg til Norge enn det vi gjør i dag».

223 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

nale forpliktelser, som barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1». ²²⁴ At § 38 er et virkemiddel for å ivareta de innvandringsregulerende hensynene, er imidlertid ikke helt treffende. Utlendingsloven generelt, herunder de strenge kravene for å få opphold, er et virkemiddel for dette formålet. Paragraf 38 er først og fremst et virkemiddel for å sikre individers rettigheter og interesser når den strenge reguleringen rammer for hardt eller skjevt. Bestemmelsen er utformet for at de innvandringspolitiske hensynene også skal kunne ivaretas. Ettersom disse hensynene stort sett alltid taler for å avslå en søknad om opphold, ville de imidlertid fått enda større gjennomslagskraft uten en adgang til opphold på humanitært grunnlag. Det ville imidlertid hatt store humanitære kostnader og i enkeltsaker ført til krenkelse av menneskerettighetene.

Når det gis avslag på opphold etter utlendl. § 28 om beskyttelse, har utlendingsmyndighetene plikt til, av eget tiltak, å *vurdere* om opphold skal innvilges etter § 38, jf. § 28 syvende ledd. Det er viktig for ivaretagelse av regelens formål. Noe tilsvarende er ikke slått fast for utlendl. § 49 om opphold på humanitært grunnlag i familieforeningssaker. Det er i imidlertid liten grunn til at utlendingsmyndighetene skal stå friere til å ikke vurdere opphold på humanitært grunnlag i familieforeningssaker, enn i beskyttelsessaker. Også her er bestemmelsen sentral for å sørge for humanitære avgjørelser og hindre menneskerettsbrudd.

Behovet for å innvilge opphold på humanitært grunnlag påvirkes av andre regler. Snevres retten til opphold inn, øker behovet for en skjønnsmessig adgang til å innvilge opphold for å ivareta menneskerettigheter og humanitære hensyn. Saker som tidligere ble fanget opp av urimelighetskriteriet i utlendingsloven § 28 femte ledd, må for eksempel vurderes etter § 38. Det er imidlertid en risiko for at når adgangen til å få opphold blir snevrere etter de øvrige bestemmelsene, så påvirker det også, enten tilsiktet eller utilsiktet, vurderingene etter § 38. I så fall kan det være at menneskerettighetene blir det eneste reelle vernet individer har.

3.4.2 Struktur og vurderingstema

3.4.2.1 Todelt vurdering

Ved spørsmål om det skal innvilges opphold på humanitært grunnlag, må det først vurderes om det foreligger «sterke menneskelige hensyn» eller «særlig tilknytning til riket», jf. utlendl. § 38 første ledd. I § 38 annet ledd angis relevante momenter for vurderingen av om det foreligger «sterke menneskelige hensyn». Det slås fast at det må foretas en totalvurdering av saken. Hvis vilkårene er oppfylt, blir spørsmå-

224 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 109.

let om tillatelse *bør* innvilges, jf. ordlyden «kan» i første ledd. I vurderingen av om opphold *bør* innvilges, følger det av forarbeidene at det som taler for at opphold gis, må veies mot hensynet til en regulert og kontrollert innvandring (innvandringsregulerende hensyn).²²⁵ Fjerde ledd angir enkelte innvandringsregulerende hensyn som kan vektlegges i avveiningen.

Vurderingen av om det skal innvilges opphold på humanitært grunnlag, kan følgende sies å være todelt.²²⁶ I tillegg er det en avveiningsregel som i utgangspunktet ikke er rettslig forpliktende.²²⁷

I § 38 tredje ledd slås det fast at i saker som «berører barn skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Bestemmelsen skal ivareta BK art. 3 nr. 1.²²⁸ Videre følger det av tredje ledd, annet punktum at barn kan gis oppholdstillatelse selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at opphold ville blitt innvilget til en voksen. I forarbeidene er det presisert at barns sårbarhet gjør at kriteriene i første ledd lettere vil være oppfylt for barn og barnefamilier, enn i saker med bare voksne.²²⁹ Implementeringen av barnets beste tydeliggjør at hva som er til det berørte barnets beste, er et sentralt vurderingstema for om det skal innvilges opphold. I formuleringen «et grunnleggende hensyn» ligger det at barnets beste skal være tungtveiende. Denne føringen påvirker igjen avveiningen av om det *bør* innvilges opphold. Vurderingstemaet slik det følger av vilkårene i første ledd, endres altså noe, samtidig som terskelen for å innvilge opphold blir lavere. Barnets beste passer dermed godt inn i den todelte strukturen til regelen i § 38.

Utlendingsloven § 49 er en forenklet versjon av § 38. Av § 49 første ledd følger det at det «kan» gis opphold dersom «sterke menneskelige hensyn» tilsier det. Etter annet ledd kan innvandringsregulerende hensyn vektlegges i vurderingen av om opphold *bør* innvilges. Tredje ledd slår fast at barnets beste skal være grunnleggende, men sier ikke på samme måte som § 38 tredje ledd at terskelen for å innvilge opphold skal være lavere for barn, enn for voksne. At barnets beste skal være grunnleggende, påvirker imidlertid avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn og innebærer at opphold må innvilges i en del tilfeller hvor det ellers ikke

225 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

226 I Rt. 2008 s. 681 avsnitt 43 omtales vurderingen etter utlendingsloven 1988 § 8 annet ledd som en «helhetsvurdering». Øyvind Dybvik Øyen, «Opphold på humanitært grunnlag», i *Lærebok om utlendingsrett*, Oslo 2018 s. 301–318 (s. 302) og Paula Tolonen og Øyvind Dybvik Øyen, «Adgang til opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket» i *Utlendingsloven kommentarutgave*, Oslo 2010 s. 302–324 (s. 306) beskriver § 38 på samme måte, men får også frem at det er en todelt vurdering.

227 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

228 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159–160.

229 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 160.

ville vært tilfellet. En annen forskjell fra § 38 er at § 49 ikke gir noen retningslinjer for vurderingen av «sterke menneskelige hensyn».

3.4.2.2 Sterke menneskelige hensyn og særlig tilknytning til riket

Av de to kriteriene for opphold etter § 38 første ledd er «sterke menneskelige hensyn» videst. Det dekker i utgangspunktet også tilfeller hvor det foreligger en «særlig tilknytning til riket». Kriteriet «særlig tilknytning til riket» er likevel ment å ha selvstendig betydning. Det klargjør at tilknytning alene kan være nok for å få opphold.²³⁰

Hva som ligger i *menneskelige* hensyn, er ikke selvforklarende, men det får frem at det er hensyn tilknyttet individer som er relevante. Humanitære grunner brukes ofte som et synonym. Menneskelige hensyn gir assosiasjoner til begrepet menneskeverd.²³¹ Menneskeverd regnes som et grunnleggende verdimeslig utgangspunkt for menneskerettighetene.²³² Menneskeverd bygger blant annet på at *alle* mennesker har enkelte sterke interesser de har rett til å få vernet og kan hevde. I § 38 annet ledd a til d er det nevnt en rekke momenter som er relevante i vurderingen av om vilkåret er oppfylt. Disse momentene er alle av en slik karakter at de i noen tilfeller kan utløse beskyttelse fra ulike menneskerettigheter. Det er forhold som ofte gir tungtveiende og beskyttelsesverdige interesser for individet til å bli i Norge.

Når det står «*sterke* menneskelige hensyn» (min utheving), viser det at det skal noe til for å nå opp til terskelen. I tråd med at utgangspunktet er en høy terskel, er alle forholdene som er nevnt i § 38 annet ledd, av nokså alvorlig karakter. Om det foreligger sterke menneskelige hensyn, må etter annet ledd avgjøres etter en «totalvurdering». Det innebærer at flere mindre alvorlige forhold samlet kan gjøre at kriteriet er oppfylt.²³³ Samtidig tyder kravet om en totalvurdering på at alle forhold av humanitær karakter må tas i betraktning, og dermed at det ikke må gjøres en for streng relevansvurdering av hva som skal vektlegges.

Beskyttelseshensyn som gjør seg gjeldende, er helt klart relevant i vurderingen.²³⁴ Andre momenter er blant annet søkerens helse, de humanitære og sosiale

230 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154 og 421. På s. 420 er det lagt til grunn at vilkårene ofte vil overlape hverandre, men at de også kan ha selvstendig betydning.

231 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.2.3, 5.3.1 og 5.4.3 om menneskeverdet.

232 Randi Sigurdson, “Children’s Right to Respect for Their Human Dignity” in *Children’s Constitutional Rights in the Nordic Countries*, 2019, 19–36 (s. 24) og Christopher McCrudden, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *The European Journal of International Law* 2008 655–724 (s. 680).

233 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154–155 og 421.

234 NOU 2004: 20 s. 265 og Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154–155.

forholdene ved retursituasjonen og om søkeren har vært utsatt for menneskehandel, jf. § 38 annet ledd bokstav b, c og d. Helsemomentet er formulert strengt ved at det må foreligge «tvingende helsemessige forhold», jf. bokstav b. At søkeren er «enslige mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur», er også nevnt, jf. bokstav a. I forarbeidene pekes det på mange ulike momenter av varierende vekt som kan gjøre seg gjeldende.²³⁵

Det er også relevant om søkeren har en sterk tilknytning til Norge enten gjennom familie og/eller botid. For at tilknytning til Norge alene skal kunne gi opphold, må det etter ordlyden i § 38 første ledd foreligge en spesielt sterk tilknytning, jf. begrepet «særlig». Det er tilknytning til riket, det vil si Norge, og ikke til familie eller andre personer som oppholder seg i landet, som er det primære vurderingsmaet etter vilkåret.²³⁶ Hvis andre momenter også taler for opphold, trenger ikke tilknytningen være like sterk som hvis det er eneste grunnlag.

Tilknytning til familie med oppholdstillatelse eller norsk statsborgerskap kan være et moment i helhetsvurderingen etter § 38. Hvis § 49 skal benyttes istedenfor § 38, må familietilknytning være det sentrale i vurderingen. Utlendingsforskriften § 9-7 nevner tilfeller hvor tilknytning til referanseperson kan gi oppholdstillatelse etter § 49. Med referanseperson menes den «som søkeren ønsker å bli gjenforent med eller å etablere familieliv med», jf. § 39. Det følger ikke av ordlyden i § 49 at det må foretas en totalvurdering. Vurdering av om det foreligger sterke menneskelige hensyn, er imidlertid av en slik karakter at ulike momenter må vektlegges. Et eksempel som har blitt vektlagt i praksis, er vanskelige forhold i søkerens hjemland.²³⁷

Etter § 49 er hovedregelen at opphold skal vurderes ut fra søkerens situasjon, ikke ut fra referansepersonens.²³⁸ Forarbeidene åpner likevel for at avgjørende vekt, i visse tilfeller, kan legges på hensyn som knytter seg til andre enn søkeren.²³⁹ Et eksempel er i tilfeller hvor familiemedlemmer som er bosatt i Norge, er i behov for pleie ved sykdom.²⁴⁰ Å legge stor vekt på hensyn knyttet til andre enn søkeren kan også være nødvendig for å sikre rettighetene til barn som blir berørt. Høyesterett har, i tråd med ordlyden, lagt til grunn at når § 49 tredje ledd slår fast at barnets

235 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 420.

236 Hvis det kun foreligger tilknytning til familie som oppholder seg i Norge, skal opphold vurderes etter § 49. Se Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 158.

237 Se Borgarting lagmannsrett LB-2012-106104.

238 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 227.

239 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 227.

240 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 226.

beste skal være et grunnleggende hensyn, må vurderingen knyttes til det berørte barnets situasjon.²⁴¹

I tråd med at kravene som stilles til at vilkårene er oppfylt, er mindre strenge når saken berører barn, angir utlendingsforskriften § 8-5 eksempler som er av en mindre alvorlig karakter, enn de som kommer til uttrykk i § 38 annet ledd. Overskriften til forskriftens § 8-5 «ved søknad om oppholdstillatelse fra barn» tyder på at bestemmelsen kun regulerer saker som direkte retter seg mot barn. Momentene i bestemmelsen er imidlertid sentrale også i saker som retter seg mot foreldrene eller andre omsorgspersoner. Også i slike saker skal barnets beste være grunnleggende, og bestemmelsen kan gi veiledning for vurderingen.

3.4.3.2 Innvandringsregulerende hensyn

Etter utlendl. §§ 38 fjerde ledd og 49 annet ledd «kan» innvandringsregulerende hensyn vektlegges i vurderingen av om oppholdstillatelse skal gis. I forarbeidene legges det til grunn at utgangspunktet er at de *skal* vektlegges, så fremt de gjør seg gjeldende i den konkrete saken.²⁴² At formuleringen «kan» likevel ble valgt, var fordi hensynene i en del saker i liten grad gjør seg gjeldende.²⁴³ Dermed synliggjøres det at det ikke er en plikt til å vektlegge hensynene i slike tilfeller.

I § 38 fjerde ledd angis «mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag», «de samfunnsmessige konsekvensene» og «hensynet til kontroll og respekt for lovens øvrige regler» som innvandringsregulerende hensyn. Myndighetene må vurdere og vektlegge hvordan det å innvilge opphold kan innvirke på noen av disse hensynene. Hensynenes karakter tyder på at formålet med å vektlegge disse kan være å regulere antallet oppholdstillatelser, styre atferd eller effektivisere regler.²⁴⁴ Ettersom det i forarbeidene er presisert at §§ 38 og 49 må ses i sammenheng, er nok samme hensyn relevante etter sistnevnte.²⁴⁵

Begrepet «innvandringsregulerende hensyn» tydeliggjør hvordan enkelte av de konkrete hensynene som ramses opp i fjerde ledd, skal forstås. For eksempel er «de samfunnsmessige konsekvensene» i bokstav b nokså vage. At de skal forstås som innvandringsregulerende hensyn, gjør det klart at det særlig siktes til de samfunnsmessige konsekvensenes betydning *for reguleringen av innvandring*. Hensyn-

241 HR-2017-2376 avsnitt 40.

242 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 422. Se også Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 116.

243 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 155.

244 Se også Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154–155 om de innvandringsregulerende hensynenes formål.

245 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 420.

nene i fjerde ledd har imidlertid flere formål enn regulering. De skal ivareta praktiske hensyn, som for eksempel om opphold i en type saker medfører ressurskrevende forvaltning.²⁴⁶ Altså effektivitetshensyn. Det er også et mål at vektleggingen av hensynene skal ha en preventiv effekt, og med dette hindre overtredelser av loven.²⁴⁷

Hvorvidt hensynene gjør seg gjeldende, og hvor tungtveiende de i så fall er, må vurderes fra sak til sak.²⁴⁸ I utlendingsforskriften § 8-5 tredje og fjerde ledd er det imidlertid konkretisert enkelte hensyn som kan vektlegges i saker som gjelder barns oppholdstillatelse, og hvor tungtveiende de må anses å være. Etter tredje ledd skal «blant annet om barnets foreldre aktivt har motarbeidet avklaring av egen identitet etter ankomst til landet, og om de har begått alvorlige straffbare handlinger», regnes som tungtveiende.²⁴⁹ Formuleringen «blant annet» klargjør at oppstillingen ikke er uttømmende. Ulovlig opphold, oversittet utreisefrist og at barnets foreldre ikke har klart å sannsynliggjøre egen identitet, skal regnes som mindre tungtveiende. jf. 8-5 fjerde ledd.

Etter at det er klarlagt hvilke, om noen, innvandringsregulerende hensyn som gjør seg gjeldende, og hvor tungtveiende de anses å være, må det foretas en avveining mot individets interesser. I forarbeidene er det uttalt at «[j]o mer tungtveiende de menneskelige hensyn eller tilknytningen til Norge er, jo sterkere må også de innvandringsregulerende hensyn være for å avslå en søknad».²⁵⁰ Berører saken barn, må de innvandringsregulerende hensynene i utgangspunktet være mer tungtveiende for at de skal kunne tillegges avgjørende vekt, enn ellers.²⁵¹

3.4.3 Forholdet mellom §§ 38 og 49

Etter utlendl. § 38 første ledd kan det gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i «loven» ikke er oppfylt. Bestemmelsen gjelder dermed generelt for oppholdssaker. Utlendingslovens § 49 gjelder i saker om familieinnvandring. Ordlyden i § 49 første ledd begrenser adgangen til å gi oppholdstillatelse til to typer

246 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154.

247 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154.

248 Se Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 117, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154–155 og 421 og Tolonen og Øyen (2010) s. 322. Se også Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 131–132 om regjeringens sonndring mellom aktiv og passiv motstand mot utlendingsmyndighetens arbeid med retur.

249 Dette er i tråd med hvilke forhold som regnes som særlig alvorlige etter forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning, se dette kapittelets punkt 3.5.6.3.

250 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 422.

251 Se Høyesteretts uttalelser om avveiningen i Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 134, 139 og 190 flg.

saker. Det er hvor avslaget skyldes at søker ikke faller inn under gruppen av familiemedlemmer som omfattes av §§ 40 til 53, og hvor vilkår knyttet til referansepersonens status ikke er oppfylt.²⁵² Anvendelsesområdet til § 38 er altså generelt, mens § 49 er en særvariant. Nøyaktig når § 49 skal benyttes, er likevel ikke helt klart.²⁵³

I § 49 er det kun vilkåret «sterke menneskelige hensyn» som følger direkte av ordlyden. Et spørsmål er om tilknytningen til riket kan være et moment i vurderingen. I forarbeidene legges det til grunn at § 49 er ment å tilsvare forskriften til utlendingsloven 1988 § 24.²⁵⁴ Forskriftsbestemmelsen var gitt i medhold av 1988-lovens § 8 annet ledd og fastslo blant annet at opphold kunne gis til utlendinger med særlig tilknytning til riket, jf. forskriftens § 24 første ledd.²⁵⁵ I forarbeidene til § 49 legger departementet til grunn at personer med langvarig botid i Norge er naturlig å vurdere etter § 38 om opphold på grunn av tilknytning til riket.²⁵⁶ På samme sted trekker likevel departementet frem tilfeller hvor det etter den eldre loven og forskriften ble ansett å foreligge en særlig tilknytning til riket, og legger til grunn at dette er relevant for § 49.²⁵⁷ Grensen ser altså ikke ut til å være helt skarp. Er det primære vurderingstemaet tilknytningen til riket, og ikke tilknytning til familiemedlemmer, er det imidlertid § 38 som må benyttes.

I tillegg til at § 49 har et snevrere anvendelsesområde og vurderingstema enn § 38, er det en annen forskjell. Tillatelse gitt etter § 49 følger de samme særreglene som gjelder for familieinnvandring etter utlendl. kapittel 7. Midlertidige tillatelser gitt etter § 49 gjelder følgelig med de samme begrensningene som for referansepersonens tillatelse, jf. § 60 fjerde ledd.²⁵⁸

I boken benyttes først og fremst § 38, ettersom denne bestemmelsen har det videste anvendelsesområdet og vurderingstemaet, og følgelig regulerer flere ulike

252 Med referanseperson menes etter utlendingsloven § 39 den personen som søkeren ønsker å bli gjenforent med, eller å etablere familieliv med.

253 Utlendingsforskriften § 9-7 angir konkret hvilke grupper som kan få opphold etter § 49, men det kommer ikke frem av ordlyden om opplistingen er uttømmende. Furuseth legger til grunn at listen over familiemedlemmer i § 9-7 ikke er uttømmende, men at det skal mye til for andre å få opphold, se Andreas Furuseth, «Familieinnvandring», i *Lærebok om utlendingsrett*, Oslo 2018 s. 114–156 (s. 146).

254 Forskrift 21. desember 1990 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften 1990).

255 Av § 24 annet ledd fulgte det at opphold kunne gis utenom de tilfellene som var angitt i første ledd dersom «sterke menneskelige hensyn» talte for det.

256 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 226.

257 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 226. Se også utlendingsforskriften 1988 § 24 første ledd.

258 Avhengigheten til referansepersonens tillatelse fremkommer også av § 60 første ledd.

typer saker. Å ta utgangspunkt i § 38 fremfor § 49 gir en bredere analyse av barnets beste.

3.4.4 Forholdet mellom § 38 og retten til beskyttelse i § 28

Flyktninger har rett til beskyttelse, jf. utlendl. § 28 annet ledd. I § 28 første ledd bokstav a og b er det angitt hvilke tilfeller som gir rett til beskyttelse. Bokstav a gjelder ved «forfølgelse» på grunn av «etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning». Oppramsingen tilsvare flyktningdefinisjonen i flyktningkonvensjonen art. 1 a (2).²⁵⁹

Handlinger som enkeltvis – eller på grunn av gjentakelser – utgjør *alvorlige menneskerettighetskrenkelser*, anses som forfølgelse etter utlendl. § 28, jf. § 29 første ledd bokstav a. Det samme gjør «forskjellige tiltak, herunder krenkelser av menneskerettigheter, som til sammen er så alvorlige at de berører et menneske på en måte som kan sammenlignes med situasjonen beskrevet i bokstav a», jf. § 29 første ledd bokstav b. Ulike måter forfølgelsen kan ta form på, er videre oppramset i § 29 annet ledd.

Bokstav b i § 28 gjelder for personer som ikke er i en situasjon som beskrevet i bokstav a, men som «likevel står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet». Bestemmelsen fanger opp situasjoner som faller inn under blant annet EMK art. 3 og BK art. 37.

Under arbeidet med utlendingsloven 2008 ble skillet mellom opphold av beskyttelsesgrunner og av humanitære grunner forsøkt utformet så klart som mulig.²⁶⁰ Det ble likevel erkjent at det ikke er mulig å rendyrke skillet.²⁶¹ I forarbeidene ble det lagt til grunn at «[i] mange saker vil et visst beskyttelsesbehov, som imidlertid ikke er sterkt nok til å begrunne oppholdstillatelse som flyktning, være kombinert med sykdom eller andre forhold av en art som gjør det nærliggende å overveie opphold på humanitært grunnlag».²⁶² I tilfeller hvor det foreligger en *kombinasjon av grunnlag*, gjør vurderinger som i utgangspunktet hører under utlendl. § 28, også seg gjeldende i vurderingen etter § 38. Et annet eksempel hvor § 38 er relevant selv om vurderinger knyttet til forfølgelse gjør seg gjeldende, er når utlendingen *tidli-*

259 Geneva Convention relating to the status of refugees, 28. juli 1951 og Protocol Relating to the Status of Refugees 31. januar 1967.

260 NOU 2004: 20 s. 22.

261 NOU 2004: 20 s. 22.

262 NOU 2004: 20 s. 22.

gere har vært i en situasjon som ville blitt fanget opp av § 28. Traumatiske opplevelser i opprinnelseslandet kan da inngå i vurderingen etter § 38.

Hvis søkeren er et barn, skal det tas hensyn til i vurderingen etter § 28 første ledd, jf. tredje ledd. Det er lavere terskel for å innvilge opphold til barn.²⁶³ Flyktningkonvensjonens bestemmelser gjelder for barn så vel som for voksne. Bestemmelsene i flyktningkonvensjonen må suppleres av andre menneskerettigheter, herunder rettighetene i BK. I BK er det flere rettigheter av betydning for beskyttelsessaker.²⁶⁴ Barnekomiteen har fremhevet at det må foretas en «[c]hild-sensitive assessment» av enslige mindreårige asylsøkeres beskyttelsesbehov.²⁶⁵ Også ved asylsøknader fra barn som er i følge med familiemedlemmer, må vurderingen av barnets sak være barnesensitiv.²⁶⁶

Den lavere terskelen er begrunnet i barns sårbarhet og er en følge av barnets beste.²⁶⁷ Terskelen for «hva som skal anses som forfølgelse eller umenneskelig eller nedverdige behandling mv., vil kunne være lavere for barn enn for voksne».²⁶⁸ En lavere terskel kan også gjenfinnes i EMDs praksis knyttet til EMK art. 3.²⁶⁹ En lavere terskel gjør at § 28 kan fange opp flere tilfeller hvor opphold ellers måtte blitt innvilget etter § 38 for å unngå krenkelse av barns rettigheter.

263 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 93.

264 Se som et utgangspunkt oppramsingen i UDI 2010-094 Kvalitetsstandard for vedtak om enslige mindreårige asylsøkere punkt 2.1.

265 General Comment nr. 6 del (d).

266 UNHCR 22. desember 2009, *Guidelines on International Protection: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (UNHCR Guidelines) s. 3 flg. og General Comment nr. 3/22 avsnitt 11. Se videre Pobjoy (2017) s. 37 flg. om tolkning av flyktningkonvensjonen i sammenheng med BK. Se også FNs barnekomité, General Comment nr. 13, *The right of the child to freedom from all forms of violence*, (CRC GC 13) avsnitt 44 (i). Om EMK art. 3, se EMDs storkammerdom 4. november 2014, *Tarakhel mot Sveits* avsnitt 99 og 118–119.

267 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 93 og 415. Se også Terje Einarsen, «Barnekonvensjonens status og rolle og asylsaker», *Mennesker og rettigheter*, 1998 s. 157–163 om barnekonvensjonen og barnets bestes betydning i asylsaker (en del av artikkelen omhandler spørsmål som var særlig aktuelle før BK ble tatt inn i norsk lov gjennom menneskerettsloven) og Elisabeth Gording Stang, «Barn, tortur og retur – Den rettslige betydningen av barnespesifikk tortur, umenneskelig og nedverdige behandling i asylsaker, herunder barns returvern», *Institutt for offentlig retts skriftserie*, nr. 4/2008, s. 1–145, Elisabeth Gording Stang, «Rett til returvern og rehabilitering etter FNs barnekonvensjon for mindreårige asylsøkere utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdige behandling», *Kontur* nr. 15 2009 s. 12–19 for en behandling av barns rett til vern mot retur som følge av frykt for eller tidligere opplevd tortur, umenneskelig eller nedverdige behandling.

268 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 414.

269 *Tarakhel mot Sveits* avsnitt 119 og Stang (2009) s. 16.

En måte forfølgelse kan ta form på, er ved handlinger særlig rettet mot barn, jf. utlendl. § 29 annet ledd bokstav f. I tillegg til at barn kan bli utsatt for samme handlinger som voksne, kan de altså bli utsatt for *barnespesifikk forfølgelse*. Barn kan bli utsatt for forfølgelse som en følge – eller påvirket av – deres alder, manglende modenhet eller sårbarhet.²⁷⁰ Forfølgelsesbegrepet må tolkes slik at det tas hensyn til «the particular motives for, and forms and manifestations of, persecution experienced by children».²⁷¹

Utgangspunktet på utlendingsrettens område er at det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt gjelder.²⁷² I beskyttelsessaker gjelder det imidlertid et unntak. Det gjelder et dempet beviskrav ved vurderingen av om asylsøkeren står i fare for forfølgelse ved retur til hjemlandet.²⁷³ Høyesterett har uttalt at asylforklaringen skal legges til grunn så langt den er «nokolunde sannsynleg, og søkeren dessutan har medverka til å opplyse saka så langt det er rimeleg og mogleg».²⁷⁴ I forarbeidene presiserer departementet at «[n]år det gjelder hva som ligger i vilkåret om en 'velgrunnet frykt for forfølgelse', må det opereres med en betydelig lavere terskel enn et krav om sannsynlighetsovervekt».²⁷⁵

I tillegg har det betydning for bevisvurderingen etter § 28 om søkeren er barn. Av UNHCR er det lagt til grunn at selv om «the burden of proof usually is shared between the examiner and the applicant in adult claims, it may be necessary for an examiner to assume a greater burden of proof in children's claims, especially if the child concerned is unaccompanied».²⁷⁶ Videre utdypes at hvis faktum i saken ikke kan fastslås, eller barnet ikke er i stand til å gi uttrykk for sitt krav, så må myndighetene treffe en avgjørelse ut fra «all known circumstances, which may call for a liberal application of the benefit of the doubt. Similarly, the child should be given the benefit of the doubt should there be some concern regarding the credibility of parts of his/her claim.»²⁷⁷ Tvilen skal altså komme barnet til gode.

Utgangspunktet er følgelig at § 28 skal tolkes i et barneperspektiv, og at vurderingen etter bestemmelsen skal være barnesensitiv, og dermed at barn med behov for beskyttelse skal få innvilget opphold etter denne bestemmelsen.

Etter utlendingsloven § 28 femte ledd gjelder ikke retten til beskyttelse dersom utlendingen kan få «effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet enn det områ-

270 UNHCR Guidelines s. 9.

271 General Comment nr. 6 avsnitt 74. Se også UNHCR, 2009, Guidelines s. 4.

272 Rt-2006-1657 avsnitt 33 og HR-2019-2344-A avsnitt 36.

273 HR-2019-2344-A avsnitt 36.

274 Rt. 2015 s. 1388, *plenumsdom III* avsnitt 129. Se også Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 414.

275 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 88.

276 UNHCR Guidelines s. 27.

277 UNHCR Guidelines s. 27.

det søkeren flyktet fra», såkalt *internflukt*. Det må foreligge et egnet og tilgjengelig område som er trygt. Uten et slikt område kan det vanskelig sies å være mulig med «effektiv beskyttelse». Frem til 2016 var det også et vilkår at henvisning til internflukt ikke ville være «urimelig». I forarbeidene var det lagt til grunn at forholdene ved retur skulle være avgjørende i vurderingen av om internflukt ville være urimelig.²⁷⁸ Høyesterett kom i plenumsdom III til at dette også gjaldt i saker som berører barn.²⁷⁹ Hvordan det skulle være mulig å vurdere hva som var til barnets beste utelukkende ut fra forholdene ved retur, avklares ikke i dommen. Forarbeidene åpner imidlertid for at forhold knyttet til individet kan påvirke vurderingen.²⁸⁰ I tillegg må også vurderingene etter § 28 femte ledd gjøres i et barneperspektiv. I tråd med de føringene barnets beste gir, må det tas utgangspunkt i det *konkrete barnets behov*, og at det må legges stor vekt på disse i vurderingen av om barnet kan gis effektiv beskyttelse i form av internflukt til et trygt og tilgjengelig sted.²⁸¹ I tillegg er det av grunnleggende betydning hvordan barnets rettigheter vil bli sikret ved en henvisning til internflukt.

For at internflukt skal anses som trygt, må barnets *rettigheter sikres effektivt* ved en retur. Det må vurderes om staten både er i stand til og villig til å beskytte barnet.

Innvandringsregulerende hensyn skulle ikke vektlegges etter den tidligere rimelighetsvurderingen, ettersom § 28 angir en *rett* til opphold med mindre vilkårene i femte ledd er oppfylt.²⁸² Ettersom urimelighetsvurderingen nå er fjernet fra § 28, må tilfeller hvor søkeren kan få effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet, men det av ulike grunner vil være urimelig, fanges opp av § 38. Dette følger av loven, ved at også ved avslag på opphold etter § 28 under henvisning til internflukt skal § 38 vurderes subsidiært, jf. § 28 syvende ledd. Når rimelighetsvurderingen må gjøres etter § 38, er det en risiko for at vektlegging av innvandringsregulerende hensyn fører til at det ikke blir innvilget opphold i saker hvor det isolert sett er urimelig med internflukt. En annen ulempe er at domstolskontrollen er mer begrenset for vedtak etter § 38 enn den var for rimelighetsvurderingen etter § 28.²⁸³ I plenumsdom III kom et flertall til at domstolene kunne prøve om henvisning til internflukt ville være urimelig, men at domstolene

278 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 99.

279 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 81, 209 og 286.

280 Individuelle forhold som påvirker rimelighetsvurderingen, kan blant annet være alder, sårbarhet, familiesituasjon og språkferdigheter, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 99.

281 Se denne bokens kapittel 4.

282 Slik lagt til grunn av annenvoterende i plenumsdom III, som tilhørte flertallet under spørsmålet hvor rettighetskarakteren ble drøftet, Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 229–230 og 243. Se også Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 99.

283 Se plenumsdom III og denne bokens kapittel 8 punkt 8.2.2.

burde vise tilbakeholdenhet i prøvingen.²⁸⁴ Endringen har følgelig svekket individers, herunder barns vern noe.

Utgangspunktet er altså at barn som har behov for beskyttelse, skal innvilges opphold etter § 28, men skillet er ikke likevel ikke helt skarpt. Risiko for rettighetskrenkelser som ikke er alvorlige nok til å anses som forfølgelse etter utlendl. § 29, kan være av betydning i en vurdering etter § 38. I tillegg er § 38 relevant ved henvisning til internflukt. Dermed kan elementer som vanligvis hører under vurderinger etter § 28, og barnets beste i denne typen saker, likevel være relevante for vurderingen og vektingen av barnets beste i saker etter § 38, og følgelig for temaet i boken.

3.5 UTVISNING

3.5.1 Formål

Utvisningsreglene skal regulere hvilke utlendinger som får oppholde seg i Norge, hindre overtredelser av utlendingsregelverket og beskytte (det norske) samfunnet mot alvorlige lovbrutere. Grunnlagene for utvisning kan deles inn i noen hovedgrupper: utvisning som reaksjon på overtredelse av utlendingslovgivningen, utvisning som følge av straffbare handlinger og utvisning av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser. Utvisning eller nektelse av oppholdstillatelse av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser og utenrikspolitiske hensyn følger av utlendl. § 126. Dette grunnlaget behandles ikke nærmere her.²⁸⁵

Trusselen om utvisning med grunnlag i overtredelser av *bestemmelser i utlendingsloven* skal sørge for en effektiv etterlevelse av utlendingslovens bestemmelser, altså en allmennpreventiv effekt.²⁸⁶ Dette utdypes av departementet på følgende måte:

Det kan undergrave respekten for regelverket og virke urettferdig overfor alle de som er lovydige, dersom grove eller gjentatte brudd på utlendingsloven ikke kan få konsekvenser. Fordi en søknad vil bli avslått uansett dersom utlendingen ikke fyller vilkårene for opphold i Norge, vil et negativt vedtak i seg selv ikke være en reaksjon ved uriktige opplysninger. Departementet mener derfor at det

284 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 246–247.

285 Utvisning etter § 126 vil sjelden være uforholdsmessig, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 435. Utvisning etter dette grunnlaget har få paralleller til saker om opphold på humanitært grunnlag.

286 NOU 2004: 20 s. 303.

er viktig av allmennpreventive grunner å kunne reagere med utvisning ved grove/gjentatte overtredelser av utlendingsloven.²⁸⁷

Som med allmennprevensjon generelt kan det være usikkert hvor effektiv en trussel om utvisning er. Et avslag på opphold er en nokså merkbar reaksjon. Slik § 38 er bygd opp, hvor det etter tredje ledd skal vektlegges om bestemmelser i loven er overtrådt, er også avslag på opphold ment å ha allmennpreventiv effekt.²⁸⁸ Hvilken økt allmennpreventiv effekt en utvisning har, fremstår noe usikkert. I begge tilfeller må utlendingen forlate landet. Dersom utlendingen ikke oppfyller vilkårene for opphold, slik departementet trekker frem i uttalelsen, ville resultatet bli avslag på opphold uansett. Utlendingen har da ofte lite å tape på å bryte reglene i utlendingsloven. Hovedforskjellen er at utvisning gjør det vanskelig å reise inn i landet igjen.²⁸⁹ Departementet trekker også frem hensynet til rettferdighet. Kanskje er det et viktigere hensyn enn allmennprevensjon, til tross for dets vaghet.

Utvisningsreglene med grunnlag i *overtredelser av straffeloven* har blant annet som formål å verne borgerne mot kriminalitet og å forhindre kriminalitet. I forarbeidene uttales at utvisning blant annet gjøres for å «å beskytte samfunnet mot personer som kan utgjøre en samfunnsfare, og for å bidra til respekt for norske lover og regler».²⁹⁰ Videre trekkes det frem at:

Det er en grunnleggende del av innvandringsreguleringen å kunne holde utenfor landets grenser personer som er uønsket her på grunn av kriminalitet eller visse andre forhold. Det ville videre kunne stride mot den alminnelige rettsfølelse og svekke folks tillit til utlendingspolitikken dersom det ikke var rom for å utvise utlendinger som begår kriminalitet eller som truer grunnleggende nasjonale interesser. [...] Adgang til utvisning kan også ha en allmennpreventiv effekt. Trusselen om utvisning kan i seg selv forebygge uorden og kriminalitet.²⁹¹

Her blir altså individualprevensjon, allmennprevensjon og den alminnelige rettsfølelsen trukket frem. Det norske samfunnet skal beskyttes mot personer som kan

287 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 290.

288 Dette kommer klart frem av formuleringen «hensynet til respekten for lovens øvrige regler», jf. § 38 fjerde ledd.

289 Ved utvisningen følger et innreiseforbud av varierende lengde, jf. utlendingsloven § 71 annet ledd.

290 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 288.

291 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 288.

være farlige.²⁹² Ulempen er at et annet land vil måtte håndtere personen. Rimeligheten av dette kan diskuteres og avhenger av forholdene i den konkrete saken, herunder den utvistes tilknytning til Norge og landet den utviste vil måtte bosette seg i.

Hvorvidt trusselen om utvisning for brudd på straffelovgivningen har en allmennpreventiv effekt, kan muligens vurderes på lignende måte som ved trusler om fengsel eller andre alminnelige straffereaksjoner.²⁹³ For overtredelsen av straffelovgivningen følger imidlertid trussel om utvisning *i tillegg* til en trussel om straff. Spørsmålet blir da om det har en økt effekt å true både med utvisning og straff. Det er et interessant, men kanskje ikke veldig viktig spørsmål, ettersom utvisningsreglene også er begrunnet i andre hensyn enn allmennprevensjon.

Adgangen til utvisning skal altså ivareta en rekke hensyn og regnes sammen med reglene om oppholdstillatelse som sentrale for regulering og kontroll av innvandringen. Av betydning for temaet i boken er også hvilke *formål forholdsmessighetskravet* i utlendl. § 70 skal ivareta. Etter ordlyden i utlendl. § 70 må det foretas en avveining mellom alvoret av det forholdet som begrunner utvisningen på den ene siden, og utlendingens tilknytning til riket, hensynet til utlendingen og vedkommendes familie på den andre siden. Grunnlaget for utvisning og de hensynene disse hviler på, er en del av forholdsmessighetsvurderingen. Dermed kan ikke formålet med utvisningen og formålet med forholdsmessighetskravet betraktes helt løsrevet fra hverandre. Spørsmålet her blir hva som særskilt er formålet med et krav om forholdsmessighet.

Forholdsmessighetskravet skal sørge for at de samfunnsmessige behovene og interessene ikke i for stor grad går på bekostning av enkeltindividers rettigheter og interesser. Som Graver formulerer det: «[F]orvaltningen bør bare bruke sin skjønnsmessige kompetanse der det er nødvendig, og bare der de samlede fordeler overstiger ulempene.»²⁹⁴ Et krav om forholdsmessighet har altså som formål å hindre en slik ubalanse. Det utgjør en materiell skranke for myndighetens kompetanse. Som Bernt er inne på, er rimelighet mellom målet og middelet viktig for myndighetsutøvelsen og rettens legitimitet.²⁹⁵ For å legitimere en handlemåte må det vises at handlemåten

292 Ønsket om en individualpreventiv effekt var noe av grunnen til at kravene for å utvise utlendinger med arbeids- eller oppholdstillatelse i utlendingsloven 1988 ble lempet ved lov 2. juli 2004, for blant annet å beskytte de som blir utsatt for vold og trakassering av en utlending, NOU 2004: 20 s. 306.

293 For en drøftelse av straffens allmennpreventive effekt, se Johs. Andenæs' artikler i *Straff, almenprevensjon og kriminalpolitikk*, 1990 og Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave, Oslo 2003 s. 87–91.

294 Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utgave, Oslo 2019 s. 137.

295 Bernt (2015) s. 28.

har gunstig effekt, og at denne gunstige effekten har en slik karakter og styrke at det rettferdiggjør den skaden eller ulempen den medfører.²⁹⁶ Utvisningen må altså kunne begrunnes i så tungtveiende interesser at de overgår inngrepets virkning på den utvistes rettigheter og interesser. Mens de ulike utvisningsgrunnlagene skal ivareta hensyn som springer ut av statens interesser, skal forholdsmessighetskravet sørge for en balanse mellom individets og statens interesser.

3.5.2 Grunnvilkårene for utvisning

Det er kun utlendinger som kan utvises, jf. utlendl. §§ 66 (1), 67 (1) og 68 (1).²⁹⁷ Med utlending menes «enhver som ikke er norsk statsborger», jf. utlendl. § 5 første ledd. At norske statsborgere ikke kan utvises, følger også direkte av § 69 og av EMKs tilleggsprotokoll 4 art. 2. Et barn som er født i Norge, blir norsk statsborger ved fødsel dersom faren eller moren er det, jf. statsborgerloven § 4.²⁹⁸ En som er født i Norge, er også vernet mot utvisning hvis vedkommende har hatt bopel i landet sammenhengende siden fødsel, jf. § 69. Det er ellers ikke et absolutt forbud mot å utvise barn. Dersom utlendingen var mindreårig da lovbruddet ble begått, må BK art. 3 nr. 1 legges til grunn. I tillegg er BK art. 40 relevant. Etter EMD-praksis må utvisning av mindreårige være siste utvei.²⁹⁹ Selv om barn i prinsippet kan utvises etter norsk rett, skjer det svært sjelden. Som oftest blir barn berørt ved at utvisningssaken retter seg mot en av foreldrene.

Utvisningsreglene har likhetstrekk med straff. Størst likhet er det ved utvisning som en reaksjon på straffbare forhold.³⁰⁰ Reaksjonen regnes likevel ikke som straff.³⁰¹ At reaksjonen ikke regnes som straff, innebærer at det er adgang til å utvise utilregnelige personer.³⁰²

Vil en utvisning føre til at utlendingen havner i en situasjon som gir rett til beskyttelse etter § 28 første ledd bokstav a eller b, gjelder det et absolutt vern mot utvisning, jf. § 73 første og annet ledd.³⁰³

296 Bernt (2015) s. 28.

297 Med utlending menes «enhver som ikke er norsk statsborger», jf. utlendl. § 5.

298 Lov 10. juni 2005 nr. 51 om norsk statsborgerskap (statsborgerloven).

299 Maslov mot Østerrike avsnitt 83 og EMDs dom 20. september 2011, A.A mot Storbritannia avsnitt 60. Se også dommens avsnitt 254.

300 NOU 2004: 20 s. 311.

301 Utvisning regnes imidlertid ikke som straff. Se EMDs storkammerdom 5. oktober 2000, *Maouia mot Frankrike* avsnitt 35. Se også utvalgets drøftelse om utvisning bør klassifiseres som straff i NOU 2004: 20 s. 311–312.

302 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 289.

303 Dette vernet har imidlertid enkelte unntak, jf. § 73 første ledd bokstav a og b.

Vilkårene for utvisning er ulike for utlendinger med oppholdstillatelse, med midlertidig oppholdstillatelse og med permanent oppholdstillatelse, jf. §§ 66, 67 og 68. Begrunnelsen er en presumsjon om at utlendinger med oppholdstillatelse har en sterkere tilknytning til Norge, enn de uten, og det skal derfor mer til for å utvise en som har oppholdstillatelse.³⁰⁴ Vilkårene er basert på objektive vurderinger og ikke den reelle tilknytningen eller det konkrete lovbruddets alvorlighetsgrad. Den reelle tilknytningen til Norge og lovbruddets alvorlighetsgrad er sentralt i forholdsmessighetsvurderingen.³⁰⁵

3.5.3 Utvisning av utlendinger uten oppholdstillatelse

En utlending uten oppholdstillatelse «kan» utvises etter utlendl. § 66 hvis ett av de alternative utvisningsgrunnlagene i *første ledd* bokstav a til g er oppfylt. Bokstav a gir adgang til utvisning ved overtredelser av utlendingslovgivningen. Bokstav b, c og e gjelder forhold som har medført straff etter straffelovgivningen, mens bokstav d gjelder ved bortvisning eller utvisning truffet i andre schengenland. Bokstav f gjelder ved søknad om beskyttelse som er nektet realitetsbehandlet, og bokstav g gjelder når utlendingen er – eller vil bli – utelukket fra rett til anerkjennelse som flyktning. I § 66 *annet ledd* er det angitt visse tilfeller hvor utlendingen «skal» utvises, med mindre det vil være uforholdsmessig.³⁰⁶ Her overlater ikke ordlyden noe hensiktsmessighetsskjønn til utlendingsmyndighetene. Et tilfelle som faller inn under annet ledd, er når en utreisefrist som er gitt etter lovens § 90 sjettede ledd, ikke er overholdt. En utreisefrist gis for å iverksette vedtak som innebærer at utlendingen må forlate Norge, herunder vedtak om avslag på opphold på humanitært grunnlag. I det videre utdypes de av vilkårene i første ledd, som er mest relevante for temaet her. Hovedvekten ligger på bokstav a, hvor vilkårene inneholder flest skjønnsmessige vurderinger.

Etter første ledd bokstav a kan utvisning vedtas når utlendingen «grovt eller gjentatte ganger» har overtrådt en eller flere bestemmelser i utlendingsloven. Det samme gjelder når utlendingen «forsettlig eller grovt uaktsomt» har gitt «vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger» i en sak, eller unndrar seg gjennomføringen av et vedtak som innebærer en plikt til å forlate Norge. Etter ordlyden er det førstnevnte grunnlaget videre og kan også omfatte forhold som nevnt i de to sistnevnte. Av ordlyden «grovt», «forsettlig eller uaktsomt» og «unndrar seg» ser det ut til at det foreligger et krav om skyld ved enkeltstående krenkelser av loven.

304 Se NOU 2004: 20 s. 314.

305 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 291.

306 Annet ledd gjennomfører EUs direktiv 2008/115/EF (returdirektivet) art. 11 (1).

For vilkåret «grovt [...] overtrådt» har imidlertid Høyesterett lagt til grunn at det ikke innebærer et absolutt krav om subjektiv skyld.³⁰⁷ Retten la til grunn at vurderingen av om overtredelser av utlendingsloven er grove, må foretas ut fra objektive forhold knyttet til overtredelsen. Disse forholdene er karakteren av bestemmelsen som er overtrådt, formålet med regelen og hvor vesentlig den er for formålene med utlendingsloven.³⁰⁸

For det andre alternative utvisningsgrunnlaget i bokstav a gjør ordlyden det klart at det gjelder krav om subjektiv skyld. At subjektiv skyld kreves, følger av begrepene «forsettlig» eller «grovt uaktsom». Det må være gitt «vesentlige uriktige» eller «åpenbart villedende opplysninger» i en sak. Utvisningsgrunnlaget ble tatt inn i bestemmelsen ved en lovendring i 2009.³⁰⁹ Både av Høyesterett og i forarbeidene er det lagt til grunn at alternativet ikke innebar noen endring i rettstilstanden.³¹⁰ Med det siktes det til at første alternativ i bokstav a ville omfattet slike tilfeller. Det innebærer likevel ikke at det er uproblematisk å benytte første alternativ på denne typen lovbrudd dersom skylden er mindre enn kravene i annet alternativ. At lovgiver har valgt å fastsette et relativt strengt krav til subjektiv skyld, taler for at uten slik skyld kan ikke uriktige eller villedende opplysninger regnes som grove overtredelser av utlendingsloven. Annet alternativ presiserer altså hva som skal til for at denne typen overtredelser av utlendingsloven gir grunnlag for utvisning.

Det siste alternativet i bokstav a er at utlendingen «unndrar seg gjennomføringen av et vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket». Det gjelder typisk saker der det foreligger et endelig avslag på opphold. Ordlyden «unndrar seg» gjennomføring av vedtaket tilsier at utlendingen må ha foretatt seg noe for å unngå effektivisering av vedtaket. Til tross for ordlyden har bestemmelsen blitt tolket slik at også ved passivitet kan det foreligge unndragelse.³¹¹

For at utlendingen skal kunne utvises som følge av straffbare forhold, stilles det enkelte, men ikke særlig strenge, krav til lovbruddets alvorlighetsgrad.³¹² Etter bokstav b kan en utlending som har sonet eller er ilagt straff i utlandet for mindre

307 Rt. 2012 s. 1943 avsnitt 41.

308 Rt. 2012 s. 1943 avsnitt 42. Se også HR-2019-2286-A.

309 Lov 19. juni 2009 nr. 41 om endringer i utlendingsloven og enkelte andre lover.

310 Rt. 2012 s. 1943 avsnitt 44 og Ot.prp. nr. 97 (2008–2009) s. 15.

311 Arild Humlen, «Utvisning», i *Utlendingsloven kommentarutgave*, Oslo 2010 s. 422–447 (s. 427). Det er heller ikke nødvendig at det i vedtaket uttrykkelig er fastsatt en utreiseplikt, se Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 66–72.

312 Kravene i § 66 ble endret ved lov 18. desember 2015 nr. 127 om endringer i utlendingsloven (som følge av endrede strafferammer i straffeloven 2005 m.m.) for å tilpasses strafferammene i straffeloven 2005.

enn fem år siden, for et lovbrudd som kan medføre fengselsstraff etter norsk rett, utvises. En utlending kan også utvises dersom vedkommende er ilagt straff eller særreaksjon i Norge, for et forhold som kan medføre fengselsstraff, jf. bokstav c. Tilsvarende gjelder for brudd på bestemte bestemmelser i straffeloven, jf. bokstav c. Utvisning kan også gjøres ved overtredelse av straffeloven kapittel 18 om terrorhandlinger og terrorrelaterte handlinger. Det samme gjelder hvis vedkommende har gitt trygt tilholdssted til noen som utlendingen kjenner til at har begått et slikt lovbrudd, jf. bokstav e.

3.5.4 Utvisning av utlendinger med midlertidig oppholdstillatelse

De alternative grunnvilkårene for utvisning av utlendinger med midlertidig oppholdstillatelse er færre og strengere enn for utlendinger uten oppholdstillatelse. Utlendingsloven § 67 første ledd bokstav a har samme innhold som § 66 første ledd bokstav b, med unntak av det straffbare forholdet må kunne føre til fengsel i mer enn ett år etter norsk rett. Etter § 67 første ledd bokstav b kan en utlending som, for mindre enn ett år siden, «har sonet eller er ilagt straff eller særreaksjon for et forhold som kan føre til fengselsstraff i mer enn ett år», utvises. Det samme gjelder for brudd på nærmere angitte bestemmelser i straffeloven, jf. bokstav c. Utlendingsloven § 67 første ledd bokstav d inneholder samme vilkår som i § 66 første ledd bokstav e. I tillegg angir § 67 første ledd bokstav e at utlendinger som er – eller vil bli – utelukket fra rett til anerkjennelse som flyktning, kan utvises. Bokstav f angir en eller flere alvorlige overtredelser av vegtrafikkloven som utvisningsgrunn.

Dersom de straffbare handlingene fant sted før utlendingen fikk midlertidig oppholdstillatelse, gjelder § 66 første ledd bokstav b og c tilsvarende, jf. § 67 annet ledd.

3.5.5 Utvisning av utlendinger med oppholdstillatelse

For utvisningen av utlendinger med oppholdstillatelse er adgangen enda snevrere enn ved midlertidig oppholdstillatelse. For utvisning som følge av generelle lovbrudd må utlendingen være dømt til straff eller særreaksjon for et straffbart forhold som kan medføre fengselsstraff i to år eller mer, jf. § 68 første ledd bokstav a og b. Bokstav c har samme innhold som §§ 66 første ledd bokstav e og 67 første ledd bokstav d. Også etter § 68 kan utvisning vedtas ved utelukkelse fra retten til å anerkjennes som flyktning.

Dersom lovbruddene fant sted før utlendingen fikk permanent oppholdstillatelse, skal utvisning vurderes etter vilkårene i § 67 første ledd bokstav a og b istedenfor § 68 første ledd bokstav a og b, jf. § 68 annet ledd.

3.5.6 Forholdsmessighetsvurderingen

3.5.6.1 Koblingen til menneskerettighetene

Innholdet i forholdsmessighetsvurderingen henger nær sammen med menneskerettighetene. Her gis det kun en kort introduksjon. Nærmere analyser av relevante rettigheter og avveiningen som må foretas i saker som berører barn, følger av bokens øvrige kapitler.

En utvisning kan gripe inn i flere ulike menneskerettigheter, herunder retten til familie- og privatliv og barnets rett til å få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn. Som analysene i boken viser, må det i konkrete saker, herunder ved utvisning som berører barn, foretas en avveining mellom barnets interesser og statens interesser, jf. BK art. 3 nr. 1, Grl. § 104 annet ledd og praksis fra EMD.³¹³ Et krav om forholdsmessighet gjelder videre ved inngrep og ved unnlattelse av å sikre rettighetene i EMK art. 8.³¹⁴ Grunnloven inneholder ingen inngreps hjemmel, men det er innfortolket av Høyesterett. Inngrep i retten til familie- og privatliv etter Grl. § 102 kan gjøres dersom det «har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig».³¹⁵

Høyesterett har lenge trukket inn retten til familie- og privatliv i vurderingen av om utvisningen er forholdsmessig. Allerede i 1996 uttalte retten etter en gjennomgang av dommer fra EMD at det «[a]vgjørende er om utvisningen på det grunnlag den har, står i et rimelig forhold til de negative virkninger den har for privatliv og familieliv».³¹⁶ Først i Rt. 2005 s. 229 la Høyesterett til grunn at barnets beste, som en konsekvens av BK art. 3 nr. 1, måtte trekkes inn i vurderingen.³¹⁷ I Maria-dommen ble også andre rettigheter behandlet i sammenheng med forholdsmessighetsvurderingen, herunder BK art. 7 og 8. Størst plass ble likevel viet til retten til familie- og privatliv og barnets beste. Etter å ha redegjort for sentrale bestemmelser uttalte førstvoterende at det som følger av kilder tilknyttet Grl. § 102 og § 104 og EMK art. 8, jf. BK art. 3 nr. 1, også virker styrende for forholdsmessighetsvurderingen etter utlendl. § 70.³¹⁸ Det ble altså lagt til grunn at rettighetene innvirker på forholdsmessighetsvurderingen i en slik grad at *de blir styrende*. En slik harmonisering er nødvendig for å unngå krenkelse av rettighetene og er i tråd med Grl. § 92 og pålegget i mrl. § 3. I Maria-dommen innvirker flere rettigheter, i ulik grad, inn

313 Se denne bokens kapittel 7.

314 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.4 og 5.5.5.

315 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60. Se også Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28.

316 Rt. 1996 s. 551 s. 558.

317 Rt. 2005 s. 229 avsnitt 39.

318 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 68.

på forholdsmessighetsvurderingen. Mens noen virket styrende, påvirket andre vekten av barnets interesser.

Uttalelsene i HR-2019-2286-A er ikke like prinsipielle og entydige som i Maria-dommen, men også her behandler domstolen de internasjonale forpliktelsene og benytter flere dommer fra EMD. Domstolen slår imidlertid fast at noen «absolutte terskler eller normer som styrer forholdsmessighetsvurderingen, er det ikke grunnlag for å stille opp», uten at det er helt klart nøyaktig hva det siktes til.³¹⁹ At både EMDs praksis og barnets beste innvirker på forholdsmessighetsvurderingen, er uansett klart, også i denne dommen.

3.5.6.2 De ulike elementene i vurderingen

Forholdsmessighetsvurderingen anses vanligvis for å inneholde flere elementer.³²⁰ Havre beskriver det som en tretrinnsstest.³²¹ Graver, som beskriver et generelt, materielt krav om forholdsmessighet i forvaltningsretten, legger til grunn at det inneholder tre elementer.³²² For det første er det et krav om at inngrepet, her utvisningen, må være *egnet* til å realisere de formål det skal ivareta. For det andre er det et krav om at utvisningen må være *nødvendig* i det enkelte tilfellet. For det tredje er det et krav om at fordelene ved inngrepet overstiger ulempene ved det, altså en snever forholdsmessighetsvurdering. Rui beskriver samme elementer i forholdsmessighetskravet som gjelder ved inngrep i grunnlovsrettighetene, men han starter med et krav om at inngrepet må forfølge et legitimt formål, og ender dermed opp med fire elementer.³²³ At et inngrep må forfølge et legitimt formål, er klart.³²⁴ Spørsmålet er om det skal regnes som en del av forholdsmessighetsvurderingen eller ikke. Etter min mening er det mest nærliggende å regne det som et element i

319 HR-2019-2286-A avsnitt 105.

320 Se blant annet Graver (2015) s. 128–129 om forholdsmessighetskravet i forvaltningsretten, Jørgen Aall, Forholdsmessighet som vilkår for inngrep i EMK-rettigheter, i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Bergen 2015 s. 75–110 (s. 81) og Jon Petter Rui, «Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved inngrep i grunnlovsfestede menneskerettigheter», *Lov og Rett*, 2018 s. 129–130. Gravers fremstilling diskuteres i Bernt (2015) s. 37–40. Se likevel uttalelsen i HR-2019-2286-A avsnitt 105 som er sitert i punktet over.

321 Merete Havre, «Domstolens prøving av forvaltningsvedtaks forholdsmessighet i menneskerettslig sammenheng», *Retfærd*, 2015 s. 102–119 (s. 103). Hun utfyller med at middelet som benyttes for å nå målet må være egnet, det må være behov for å benytte akkurat dette middelet, og forvaltningens inngrepsbehov må stå i rimelig samsvar til inngrepsintensiteten i saken.

322 Graver (2015) s. 128–129.

323 Rui (2018) s. 129. Se også Christian Børge Sørensen, «Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMK – prosessuell rasjonalitet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2014 s. 348–283 (s. 368–369).

324 Se denne bokens kapittel 7 punkt 7.3.1.

forholdsmessighetsvurderingen, ettersom det er så nær koblet til de øvrige elementene.³²⁵

En inndeling i fire elementer bidrar til å konkretisere vurderingen. Formålet det aktuelle utvisningsgrunnlaget skal ivareta, må være legitimt. Utvisningen må videre være egnet til å ivareta dette formålet. Utvisningen må være nødvendig. I det ligger at mindre inngrep ikke må ha samme effekt.³²⁶ Til sist må det foretas en snever forholdsmessighetsvurdering hvor det tas stilling til om fordelene ved utvisningen overstiger byrdene/skaden det har for den som utvises, og hans eller hennes familie.

3.5.6.3 Forholdets alvor

Ordlyden «forholdets alvor» peker på den handlingen som aktualiserer utvisningsgrunnlaget i §§ 66 til 68. Det utvisningsgrunnlaget som er relevant i saken, og *alvorlighetsgraden* til handlingene som er foretatt, er sentrale for alle elementene i forholdsmessighetsvurderingen. Utvisningsgrunnlaget med dets formål og alvorligheten av de handlingene som begrunner anvendelsen av dette, danner utgangspunkt for om utvisningen forfølger et legitimt formål, er egnet for å ivareta formålet og om den er nødvendig. Disse vurderingene kan likevel ikke gjøres helt løst fra utlendingen og familiens interesser, herunder tilknytningen til Norge.

Alvoret i handlingene som aktualiserer utvisningsgrunnlaget, må altså vurderes. Ved brudd på straffelovgivningen gis det i forarbeidene uttrykk for at både utmålt straff eller særreaksjon og strafferammen må tas i betraktning.³²⁷ Det nevnes også enkelte typer lovbrudd som normalt må regnes som alvorlige.³²⁸ Videre nevnes også at det må ses hen til hensynene bak utvisningsinstituttet, hvor allmennprevensjonen nevnes spesielt. Dette er momenter/hensyn av nokså generell karakter. Individuelle momenter må imidlertid også tas i betraktning. For eksempel må tiden som har gått fra lovbruddet og frem til endelig vedtak, og utlendingens atferd i denne perioden vektlegges.³²⁹

325 Se denne bokens kapittel 7.

326 Her er det relevant å problematisere om det har en økt effekt å utvise en utlending som uansett må forlate landet på grunn av avslag på opphold, og som heller ikke har noen utsikter til å få innvilget opphold. Slike vurderinger er imidlertid vanskelige.

327 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 291.

328 Dette er familievold eller annen grov vold, gjentatt kriminalitet, alvorlig narkotikakriminalitet, grov ranskriminalitet, organisert kriminalitet, menneskehandel, overgrep mot barn og terrorvirksomhet, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 291.

329 EMDs storkammerdom 18. oktober 2006, *Üner mot Nederland* avsnitt 57. Tidsmomentet og at det ikke var blitt begått noen nye lovbrudd, ble også vektlagt i Kaplan med flere mot Norge.

Dette er rimelig, for når det har gått lang tid uten nye lovbrudd, gjør ikke individualpreventive hensyn seg lenger gjeldende. I tillegg vil det ofte virke urimelig og tyngende å vedta utvisning lenge etter lovbruddet. Ettersom tiden går, øker også utlendingens tilknytning til Norge. Motsatt nevnes det i forarbeidene at det kan vektlegges om utlendingen fremdeles utgjør en trussel mot noen i Norge.³³⁰

Sundsdal har tatt stilling til i hvilken grad Høyesterett ser ut til å dele saker hvor utvisningsgrunnlaget er en straffbar handling, opp i de to kategoriene alvorlig kriminalitet og meget alvorlig kriminalitet. Videre har han vurdert om det kan fastlegges relativt faste terskler for om utvisningen er uforholdsmessig.³³¹ Han kommer til at høyesterettspraksis heller legger opp til en glidende skala, og at praksisen går i retning av nyansering og relativisering, hvor en rekke argumenter er rettslig relevante.³³² En glidende skala må være best egnet til å fange opp hvor alvorlig den straffbare handlingen i den konkrete saken er, og gir nok dermed et mest mulig korrekt utgangspunkt for forholdsmessighetsvurderingen.

Alvorligheten av overtredelsen har også betydning når utvisningen er begrunnet i overtredelser av utlendingslovens regler.³³³ Sammenlignet med strafferettslige lovbrudd fremstår de fleste overtredelser av utlendingsloven som mindre alvorlige.³³⁴ I Rt. 2009 s. 534, som gjaldt utvisning av en mor til to små barn, la både flertallet og mindretallet til grunn at vurderingen av alvorlighetsgraden hovedsakelig må gjøres ut fra et forvaltningsrettslig perspektiv, ikke et strafferettslig.³³⁵ Flertallet trakk i den forbindelse frem utlendingslovens formål. Videre ble behovet for tillit til at opplysningene som gis, er riktige, og at utlendingen for øvrig forholder seg lojalt til lovens regler, trukket frem.³³⁶ Lovbrudd som i høy grad rammer de kontrollhensynene som loven skal ivareta, måtte etter flertallets mening karakteriseres som meget alvorlige.³³⁷ Også mindretallet trakk frem formålet med loven. Saken ble behandlet av EMD i Nunez mot Norge, hvor Norge ble dømt for krenkelse av EMK art. 8. I Rt. 2010 s. 1430, som gjaldt utvisning av en far

330 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 292.

331 Anders Sundsdal, «Forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning av utlendinger i utlendingsloven § 70», i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Bergen 2015 s. 261–290 (s. 271).

332 Sundsdal (2015) s. 271–272.

333 Se for eksempel Rt. 2011 s. 948 avsnitt 38 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 80.

334 Se Sundsdal (2015) s. 279–280, som drøfter om vurderingen av overtredelser av utlendingsloven skal gjøres i et strafferettslig eller forvaltningsrettslig perspektiv, og hvilke lovbrudd som rammer de kontrollhensynene utlendingsloven skal ivareta, og dermed må betraktes som alvorlige.

335 Rt. 2009 s. 534 avsnitt 49 og 86.

336 Rt. 2009 s. 534 avsnitt 49.

337 Rt. 2009 s. 534 avsnitt 51.

til tre barn, hvorav ett med særskilte behov, bygges det videre på det som er lagt til grunn i dommen fra 2009. Det ble lagt til grunn at de aktuelle bruddene på utlendingsloven, som i høy grad rammer de kontrollhensynene loven hviler på, må regnes som «særs alvorlige tilhøve». Også denne saken ble behandlet av EMD, i Kaplan med flere mot Norge, hvor domstolen enstemmig kom til at det forelå krenkelse av EMK art. 8.

Ettersom disse to dommene begge endte med domfellelse, kan det tyde på at norske myndigheter la for stor vekt på lovbruddets alvor i forholdsmessighetsvurderingen. I HR-2019-2286-A uttalte retten om dette at når EMD i Nunez og Kaplan kom til at det forelå en krenkelse av art. 8, var det ikke fordi «domstolen hadde et annet syn på betydningen av forholdets alvor og utvisning som sanksjon enn de norske rettsinstansene», men EMD vurderte de konkrete omstendighetene annerledes.³³⁸ At de konkrete omstendighetene ble vurdert annerledes, er muligens et poeng, men ettersom den endelige konklusjonen til EMD er at det ikke foreligger en «fair balance between [...] public interest in ensuring effective immigration control, on the one hand, and the applicant's need to be able to remain in Norway in order to maintain her contact with her children in their best interests, on the other hand», kan det tyde på et behov for å også nyansere vektingen av lovbruddets alvor.³³⁹

I Rt. 2011 s. 948, som gjaldt utvisning av en mor til to gutter, nyanseres vurderingene noe, og retten uttaler følgende:

Overtredelser av utlendingsloven er i seg selv et betydelig samfunnsproblem, som medfører store kostnader for samfunnet og har en rekke andre negative konsekvenser. Det er av allmennpreventive grunner nødvendig med reaksjoner som i det enkelte tilfellet kan fremstå som urimelig strenge. Dette forhindrer likevel ikke at overtredelser av utlendingsloven kan ha svært ulik karakter [...].³⁴⁰

Videre uttales det at det må foretas en konkret vurdering av de aktuelle overtredelsene, og i hvilken grad de vanskeliggjør myndighetenes arbeid.³⁴¹ Også subjektive forhold, slik som graden av skyld, kan etter omstendigheten trekkes inn i vurderingen.³⁴² Dette er i tråd med at forholdsmessighetsvurderingen skal fange opp

338 HR-2019-2286 avsnitt 55.

339 Nunez mot Norge avsnitt 84.

340 Rt. 2011 s. 948 avsnitt 35.

341 Rt. 2011 s. 948 avsnitt 38 og 47.

342 Rt. 2011 s. 948 avsnitt 46.

alle relevante momenter. I den konkrete vurderingen vil lovens formål, og hvordan overtredelsen innvirker på dette, være relevant, men det kan ikke være det eneste som vurderes. Skulle kontrollhensynet som utledes av formålet, alltid være avgjørende og det eneste som ble vektlagt, ville ikke vurderingen av overtredelsens alvor skille seg noe større fra den objektive vurderingen i § 66.

I dommen fra 2011 legges det videre til grunn at ulovlig opphold, arbeid og innreise ikke er blant de bruddene på utlendingsloven som i størst grad utfordrer kontrollmuligheten.³⁴³ Lovbrudd som «å unnlate å oppgi identitet, å gi uriktige opplysninger og å benytte falske dokumenter» antas i størst grad å utfordre kontrollmuligheten.³⁴⁴ De sistnevnte lovbruddene vil derfor typisk anses som meget alvorlige.³⁴⁵ Dette samsvarer med hva som følger av utlendingsforskriften § 8-5, hvor det regnes som tungtveiende innvandringsregulerende hensyn om barnets foreldre aktivt har motarbeidet avklaring av egen identitet.

3.5.6.4 Tilknytning til riket og forhold knyttet til utlendingens familie

Av utlendl. § 70 følger det at utvisning ikke kan vedtas dersom det ut fra «forholdets alvor og *utlendingens tilknytning til riket* vil være et uforholdsmessig tiltak» (min utheving). Ordlyden får frem at ulike momenter av betydning for hvor tette bånd utlendingen har til Norge, må vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen. Tilknytningen til Norge sammenholdt med tilknytningen til opprinnelseslandet, alder ved ankomst til Norge, grunnlag for opphold, språk og familietilknytning, herunder om utlendingen har barn, utlendingens helse og om utlendingen går på skole eller arbeider, er særlig relevant.³⁴⁶ Utlendinger som har vært i landet fra de var barn, vil som hovedregel ha en sterk tilknytning til Norge.³⁴⁷ Vekten av de ulike momentene varierer og avhenger av de konkrete omstendighetene i saken.³⁴⁸

Utvisningen må etter ordlyden i § 70 ikke være uforholdsmessig overfor utlendingen selv eller *de nærmeste familiemedlemmene*. Hvordan en utvisning innvirker på utlendingen og familiemedlemmene, vil variere. I Rt. 1996 s. 551 ble det uttalt følgende:

343 Rt. 2011 s. 948 avsnitt 46.

344 Rt. 2011 s. 948 avsnitt 46.

345 Se HR-2019-2286-A.

346 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 292, Üner mot Nederland avsnitt 57, Maslov mot Østerrike avsnitt 68–71 og Rt. 1996 s. 551 s. 559.

347 Slik Høyesterett har lagt til grunn i Rt. 1996 s. 551 på s. 559 og av EMD i Maslov mot Østerrike avsnitt 73.

348 Maslov mot Østerrike avsnitt 70.

Retten til familieliv veier tyngst hvis en utvisning vil innebære at familien må splittes. Men selv om det i og for seg vil være mulig at familiemedlemmene følger med utlendingen til hans statsborgerstat, vil familiemedlemmenes ønske om å bli i Norge eller deres problemer av språklig eller kulturell art i forbindelse med å flytte til utlandet, måtte tillegges betydning.³⁴⁹

At vansker med å følge den utviste ut av landet skal vektlegges, gjelder både for barn og voksne familiemedlemmer.³⁵⁰ Hvis det er utelukket at familien, herunder barn, kan følge med den utviste, er det tungtveiende.³⁵¹

En utvisning er til hinder for senere innreise til Norge og innebærer med det et innreiseforbud, jf. utlendl. § 71 annet ledd. Innreiseforbudet kan etter den samme bestemmelsen være tidsubegrenset eller av begrenset varighet. Utlendingsforskriften § 14-2 tredje til femte ledd gir enkelte føringer på fastsettelsen av innreiseforbudet når utlendingen har barn. Hvor lenge innreiseforbudet varer, kan påvirke forholdsmessigheten av vedtaket. Et langvarig innreiseforbud kan, sammen med andre faktorer, gjøre at utvisningen blir uforholdsmessig.³⁵² Særlig gjelder det hvis utvisningen gjøres tidsubegrenset.³⁵³

3.6 VIRKNING AV AVSLAG PÅ OPPHOLD OG VEDTAK OM UTVISNING

Ved avslag på opphold er virkningen at utlendingen ikke har rett til å oppholde seg i Norge. Vedkommende kan som hovedregel heller ikke jobbe i landet, jf. utlendl. § 55. Iverksetting av vedtaket kan igangsettes etter utlendl. § 90. Etter bestemmelsens femte ledd iverksettes vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket med et pålegg om å reise innen en bestemt frist. Vanligvis er fristen på mellom syv og tretti dager, jf. § 90 femte ledd. Dersom fristen ikke overholdes, kan politiet føre utlendingen ut av landet, jf. § 90 sjette ledd. At utreisefristen ikke overholdes, er grunnlag for utvisning etter § 66 andre ledd.

Ved endelig vedtak om utvisning opphører enhver gyldig oppholdstillatelse, jf. utlendl. § 71 første ledd. Utvisning er til hinder for senere innreise, så lenge innrei-

349 Rt. 1996 s. 551 s. 559.

350 Se *Üner mot Nederland* avsnitt 58.

351 Se nærmere om dette i denne bokens kapittel 6 punkt 6.10.3. Se også HR-2019-2286-A avsnitt 117.

352 Sundsdal (2015) s. 266.

353 Se EMDs dom 22. april 2004, *Radovanovic mot Østerrike* avsnitt 37, hvor det ble lagt til grunn at en tidsubegrenset utvisning var for streng og dermed innebar en krenkelse av EMK art. 8.

seforbudet varer, jf. § 71 annet ledd. Innreiseforbudet kan ikke være kortere enn ett år, jf. utlendl. § 71 annet ledd. Utvisning av en utlending uten oppholdstillatelse kan effektueres straks, jf. § 90 første ledd.

De faktiske virkningene ved avslag på opphold og utvisning er altså i første omgang de samme. Utlendingen må forlate riket. I begge tilfellene kan utlendingen måtte forlate familie, venner, hjem og arbeidsplass. Ved utvisning følger det i tillegg et innreiseforbud som enten er varig eller for en bestemt periode. Innreisefristen kan vanskeliggjøre kontakt med familie og venner som har blitt igjen i Norge. Kontakt må da opprettholdes ved at de som har blitt igjen, reiser til den som er utvist. Det kan være vanskelig, enten av økonomiske eller andre årsaker. De færreste har uansett mulighet til å opprettholde hyppig kontakt i form av reiser. Utvisning kan dermed ha store følger for et familieliv. Særlig tyngende kan det være for barn.³⁵⁴

Et avslag på opphold kan også være tyngende. Familier som har vært i Norge lenge, kan måtte reise fra sitt hjem og livet de har skapt her. Dette var for eksempel tilfellet i sakene som ble behandlet i plenumsdom I og II, som begge gjaldt familier som hadde bodd lenge i Norge.³⁵⁵ I noen saker blir deler av familien igjen. Saken som ble behandlet i Rt. 2012 s. 667, er et slikt eksempel.³⁵⁶ Her var det ikke aktuelt for gutten i familien å følge med sine foreldre og søster tilbake til Sri Lanka ved et avslag på opphold.³⁵⁷ Gutten hadde norsk statsborgerskap. I slike tilfeller medfører et avslag store vansker for praktiseringen av familielivet.

3.7 UTGANGSPUNKTET FOR IMPLEMENTERINGEN AV BARNETS BESTE

Både utlendl. §§ 38 og 70 inneholder en vurderingsdel, hvor forhold knyttet til individet er sentralt, og en avveiningsdel, hvor individets interesser må avveies mot statens interesser. Også barnets beste inneholder en vurderingsside og en avveiningside.³⁵⁸ Hvis saken gjelder opphold på humanitært grunnlag etter § 38, blir spørsmålet om det er til barnets beste at slikt opphold innvilges, slikt at barnet og/eller noen av dets nærmeste får bli i Norge. Etter det blir det spørsmål om hvor

354 Se for eksempel Nunez mot Norge og Kaplan med flere mot Norge.

355 Rt. 2012 s. 1985 og Rt. 2012 s. 2039. Det eldste barnet i plenumsdom I hadde bodd i Norge i åtte år og det yngste hele sitt liv da saken ble behandlet av Høyesterett. I plenumsdom II hadde det eldste barnet bodd i Norge i over åtte år da familien ble uttransportert.

356 Rt. 2012 s. 667 og LB-2012-81191.

357 LB-2012-81191.

358 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4.

tungtveiende barnets interesser i å få bli i Norge er, og hva som taler mot, det vil si om noen innvandringsregulerende hensyn gjør seg gjeldende i den konkrete saken. Hvis innvandringsregulerende hensyn gjør seg gjeldende, må det foretas en avveining, hvor barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. I forholdsmessighetsvurderingen i § 70 må det, sammen med vurderingen av den utvistes tilknytning til riket og situasjonen til familien, inngå en vurdering av hva som er til barnets beste i den konkrete saken, og hvor tungtveiende barnets interesser er. I den snevre forholdsmessighetsvurderingen må barnets beste være et element av grunnleggende betydning. I begge typer saker må også situasjonen til eventuelle andre som vedtak retter seg mot eller direkte gjelder, som oftest barnets familie, tas i betraktning.³⁵⁹

3.8 LAND SOM OFTE ER REPRESENTERT I DE TO SAKSTYPENE

Vurderingen og vektingen av barnets beste avhenger av hvilke land barnet og eventuelt dets familie må bosette seg i dersom de må forlate Norge.³⁶⁰ Levestandard, kultur, språk og helsestandard er eksempler på forhold som kan være av betydning for hva som er til et barns beste, og som i enkelte land kan avvike mye fra forholdene i Norge.

De siste årene har det kommet relativt få asylsøkere til Norge. I 2018 ble det innvilget opphold på humanitært grunnlag i 68 vedtak, mens i 2019 var det totale antallet 95.³⁶¹ Til sammen 548 fikk avslag på opphold etter søknad om beskyttelse i 2018, mens det totale antallet i 2019 var 589. Mens søkere fra enkelte land som oftest får innvilget vedtak etter reglene om beskyttelse, er det noen land, slik som Afghanistan, hvor det i en god del saker innvilges opphold etter utlendl. § 38, noe som kan tyde på at forholdene i landet gjør det nødvendig. Det ble innvilget 26 vedtak om opphold på humanitært grunnlag og 40 vedtak etter reglene om beskyttelse til personer fra Afghanistan i 2018. I tillegg fikk fire enslige barn begrensede oppholdstillatelser. I 2019 var tallene 58 (beskyttelse) og 40 (opphold etter § 38), i tillegg til to barn med begrenset oppholdstillatelse. Det ble også innvilget opphold på humanitært grunnlag til personer fra Iran, Bosnia-Hercegovina, Burundi,

359 Se fvl. § 2 første ledd bokstave om hvem som er parter.

360 Se denne bokens kapittel 6.

361 <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylvedtak-etter-statsborgerskap-og-utfall-2018/> (side sist besøkt 11. mars 2019) og <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylvedtak-etter-statsborgerskap-og-utfall-20182/> (side sist besøkt 20. november 2020).

Etiopia, Irak, Kamerun, Kasakhstan, Nigeria, Pakistan, Russland, Somalia, Sri Lanka og Tanzania i 2018. I 2019 ble det innvilget opphold etter denne regelen til statsborgere fra Colombia, Dem. Rep, Kongo, Eritrea, Etiopia, India, Irak, Iran, Nigeria, Romania, Russland, Sentralafrikanske republikk, Somalia, Sudan, Syria, Usbekistan, Venezuela og statsløse.

I 2018 ble det truffet 134 avgjørelser etter søknad om beskyttelse fra enslige barn, mens det totale antallet i 2019 var 167.³⁶² Av disse ble det i 2019 gitt 17 oppholdstillatelser på humanitært grunnlag, og 94 ble gitt beskyttelse. I 2019 var tallene 27 (§ 38) og 118 (beskyttelse). Det var kun barn fra Afghanistan (13), Pakistan (1), Sri Lanka (1) og USA (1) som fikk innvilget opphold på humanitært grunnlag, mens de som fikk avslag i 2018, kom fra Afghanistan, Albania, Irak og Somalia. I 2019 ble det innvilget opphold etter § 38 til barn fra Afghanistan, Kongo, Etiopia, Irak, Russland og statsløse, mens de som fikk avslag, kom fra Afghanistan, Albania, Bosnia-Hercegovina, Jordan, Moldova, Marokko, Russland, Sør-Afrika og Ukraina.

I 2018 ble det totalt *utvist* 3438 utlendinger fra Norge, mens tallet i 2019 var 2926.³⁶³ Av disse i 2018 var 670 begrunnet i brudd på straffelovgivningen, 1923 brudd på utlendingsloven og 845 var begrunnet i EØS-regelverket. I 2019 var tallene 502 (straff), 1721 (utlendingsregelverket) og 703 (EØS). Jeg behandler utvisning begrunnet i brudd på straffe- og utlendingslovgivningen, og det er følgelig utvisning begrunnet i disse to forholdene som er relevant. Den største andelen av vedtakene var altså begrunnet i brudd på utlendingslovgivningen og en mindre andel i straffelovgivningen.

Land som er relevante, hvor det ble utvist over hundre utlendinger til i 2018, er Afghanistan, Ukraina, Albania, Irak, Somalia, Kina, Nigeria og Etiopia. Majoriteten av saker som er relevante for temaet her, var til land som skiller seg fra Norge på flere måter, herunder i levestandard. Tallene i 2019 var lavere, land det var over 50 utvisninger til, var Afghanistan (67), Albania (133), Etiopia (64), Filippinene (86), India (55), Irak (82), Iran (58), Kina (157), Nigeria (69), Pakistan (69), Thailand (53) og Ukraina (164).

362 <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylvedtak-etter-statsborgerskap-og-utfall-for-enslige-mindrearige-asylosokere-2018/> (side sist besøkt 11. mars 2019) og <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylvedtak-etter-statsborgerskap-og-utfall-for-enslige-mindrearige-asylosokere-20182/> (side sist besøkt 20. november 2020).

363 <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2017/> (side sist besøkt 7. november 2018) og <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2018/> (siden sist besøkt 11. mars 2019).

De siste to årene har altså Afghanistan vært representert i en nokså stor andel av saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Jeg benytter derfor forholdene for barn i dette landet som eksempel i en del vurderinger. I tillegg trekkes enkelte andre land som er representert både i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, inn under enkelte problemstillinger. Siden jeg mangler kunnskap om forholdene i disse landene, støtter jeg meg på barnekomiteens vurderinger.³⁶⁴ Komiteens vurderinger er basert på etterrettelige kilder, og fakta-grunnlagene har vært gjenstand for dialog mellom komiteen og myndighetene i landet.³⁶⁵

364 De siste avsluttende merknadene til Afghanistan er fra 2011, og det er heller ingen nyere fra komiteene for økonomiske, sosiale eller kulturelle rettigheter eller sivile og politiske rettigheter. De nyeste avsluttende merknadene er fra Committee against Torture (CAT) fra 2017, Committee against Torture, *Concluding observations on the second periodic report of Afghanistan*, vedtatt 12. juni 2017 (CAT/C/AFG/CO/2). Her tas enkelte spørsmål som er særskilt knyttet til barn, opp. I tillegg er det enkelte relevante uttalelser i Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding observations on the combined initial and second periodic reports of Afghanistan*, vedtatt 30. juli 2013 (CEDAW/C/AFG/CO/1-2).

365 Se denne bokens kapittel 2 punkt 2.4.3.

4. Barnets beste som prinsipp, rettighet og et sett prosessuelle regler

4.1 INNLEDNING

Barnekomiteen har lagt til grunn at barnets beste har tre sider: et generelt prinsipp, en materiell rettighet og et sett med prosessuelle regler.³⁶⁶ Barnets beste har også blitt omtalt og behandlet som blant annet et hensyn og en retningslinje.³⁶⁷ Som det kommer frem allerede av innledningen, bygger boken på at barnets beste er en rettighet. I dette kapittelet behandler jeg barnets bestes ulike sider, med utgangspunkt i barnekomiteens inndeling. Formålet er å avklare hvilke karakter og egenskaper barnets beste har, og danne rammene og klargjøre premissene for de konkrete problemstillingene i de etterfølgende kapitlene. Problemstillingene jeg behandler her, er derfor av nokså generell og overordnet karakter. Barnets beste har i kraft av sitt brede anvendelsesområde, vide ordlyd og globale oppslutning stor praktisk betydning. Analyser av barnets bestes betydning i retten, herunder av egenskaper og funksjoner, kan derfor ha betydning utover enkelte rettsområder, og følgelig temaet i boken.

Jeg starter med en oversikt over utviklingen av barnets bestes rettslige forankring og karakter. Deretter foretar jeg en analyse av barnets beste som generelt

366 General Comment nr. 14 avsnitt 6.

367 Se for eksempel Knut Lindboe, «Hensynet til barnets beste i barnevernsaker», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2003 s. 115–126 (s. 115), Elisabeth Gording Stang, «Barnets rett til deltakelse i barnevernssaker», *Kritisk Juss*, 2007 s. 36–56 (s. 39) og Marius Stub, «Noen kommentarer til Rt. 2015 s. 1388», *Jussens Venner*, 2016 s. 92–118 (s. 96). I andre sammenhenger brukes bare betegnelsen «barnets beste», som er nøytral om normens karakter, se Cecilia Dinardi, «Barn som rettighetsbærere – i et barnevernsrettslig perspektiv», *Lovdata Pro*, 2016 punkt 3.4. En annen betegnelse som ikke er helt nøytral, men som likevel unngår spørsmålet om rettighetskarakteren, er «regler om barnets beste», se for eksempel Senteret for europarett, «Utvisning», *Eurorett nr. 3*, 2015. Stub legger til grunn at barnets beste i art. 3 nr. 1 «utgjør en *retningslinje* for tolkingen av de bestemmelser saken gjelder og den skjønnsutøvelse som disse i tilfelle gir grunnlag for» (forfatters utheving), Stub (2016) s. 106.

prinsipp, hvor en overordnet problemstilling er hvilken betydning det har at barnets beste er et prinsipp. Etter dette behandler jeg rettighetskarakteren, og her tas det blant annet stilling til hva det innebærer at barnets beste er en materiell rettighet, og hvilken betydning det har. Til slutt tar jeg stilling til i hvilken grad det kan utledes prosessuelle regler eller rettigheter ut fra kildene knyttet til barnets beste.

4.2 BARNETS BESTES UTVIKLING FRA DE FØRSTE DEKLARASJONENE OG TIL I DAG

Barnets beste har, som internasjonale menneskerettigheter generelt, vokst gradvis frem og utviklet seg i takt med samfunnet. Utviklingen har skjedd parallelt med fremveksten av barns særskilte rettigheter for øvrig.

Fremveksten av barns rettigheter startet kort tid etter første verdenskrig. Med formålet å hjelpe særlig barn som led etter krigen, startet Eglantyne Jebb stiftelsen Redd Barna i mai 1919.³⁶⁸ Sammen med andre utarbeidet hun en deklarasjon om barns rettigheter. I 1924 ble denne deklarasjonen – Geneva Declaration on the Rights of the Child – enstemmig vedtatt av medlemmene av League of Nations.³⁶⁹ Deklarasjonen inneholdt ingen uttrykkelige formuleringer om barnets beste. Ut fra dens fortale og de ulike punktene er det likevel klart at den bygger på at barn og enkelte av deres interesser må gis et særlig vern. Innledningsvis fastslås det at «men and women of all nations, recognizing that mankind owes to the Child the best that it has to give». Videre følger fem punkter om plikter overfor alle barn, uavhengig av «considerations of race, nationality or creed». Alle punktene bygger på barns behov for vern, omsorg og støtte, noe som viser at deklarasjonen bygger på et syn på barn som sårbare og avhengige av voksne.³⁷⁰ Deklarasjonen var vag og lite forpliktende, men utgjorde likevel et viktig steg i anerkjennelsen av at barn har behov for beskyttelse etter internasjonal rett.

368 Jaap Doek, «The Human Rights of Children: An Introduction», i *International Human Rights of Children*, Sveits 2019 s. 3–29 (s. 5).

369 League of Nations Geneva Declaration in the Rights of the Child 26. september 1924 (Genève-deklarasjonen).

370 Arbeidet med deklarasjonen og dens utforming var påvirket av hvor sårbare barn hadde vist seg å være under første verdenskrig, se Dominique Marshall, «The construction of children as an object of international relations: The Declaration of Children's Rights and the Child Welfare Committee of League of Nations, 1900–1924» *The International Journal of Children's Rights*, 1999 s. 103–147 (s. 133 og 145) og Michael Freeman, «Article 3 The Best Interests of the Child», i *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Nederland 2007 s. 11.

Van Bueren har delt fremveksten av barns internasjonale menneskerettigheter inn i tre stadier.³⁷¹ Det første stadiet var det internasjonale samfunnets erkjennelse av at alle, også barn, «were objects of international law requiring international legal protection».³⁷² Deklarasjonen fra 1924 kan altså sies å være det første steget i utviklingen av egne, internasjonale rettigheter for barn. Det andre stadiet har hun beskrevet som «the granting of substantive rights to individuals». Det tredje er at for å sikre rettighetene, barn «must be acknowledged to possess the necessary procedural capacity to exercise and claim these rights and freedoms».³⁷³ Etter andre verdenskrig startet det andre stadiet av utviklingen.

I 1948 kom FNs Universal Declaration of Human Rights, som inneholdt enkelte rettigheter av betydning for barn.³⁷⁴ Av større betydning var det at FN i 1959 vedtok en ny deklarasjon om barns rettigheter.³⁷⁵ Deklarasjonen fra 1959 uttrykte seg i nokså forpliktende vendinger ved å fastslå at barn «shall enjoy all the rights set forth in this Declaration» (min utheving).³⁷⁶ Videre sto det at «[e]very child, without any exception whatsoever, shall be entitled to these rights» (min utheving).³⁷⁷

Deklarasjonen fra 1959 var det første internasjonale dokumentet hvor det var inntatt en formulering om barnets beste:

The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, *the best interests of the child shall be the paramount consideration.*³⁷⁸ (Min utheving)

Barnets beste knyttes her opp til behovet for beskyttelse for en helhetlig utvikling.³⁷⁹ Det nevnes likevel at beskyttelsen skal være i overensstemmelse med frihet og verdighet. Til tross for denne presiseringen fremgår det av ordlyden at barnets

371 Van Bueren, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child*, Nederland 1998 s. 1.

372 Van Bueren (1998) s. 1.

373 Van Bueren (1998) s. 1.

374 United Nations Universal Declaration of Human Rights 10. desember 1948. Se art. 25 nr. 2 og 26 nr. 1. I tillegg følger det av ikke-diskrimineringsprinsippet i art. 2 at alle rettigheter skal gjelde uten noen form for diskriminering.

375 United Nations Declaration of the Rights of the Child 20. november 1959 (Deklarasjonen om barns rettigheter).

376 Deklarasjonen om barns rettigheter prinsipp 1.

377 Deklarasjonen om barns rettigheter prinsipp 1.

378 Deklarasjonen om barns rettigheter prinsipp 2.

379 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.3 om retten til en helhetlig utvikling i BK art. 6 nr. 2.

beste knyttes opp mot velferdsbetraktninger, i likhet med deklarasjonen for øvrig.³⁸⁰ Fordi deklarasjonen ikke bare ga uttrykk for barn som passive mottakere av støtte, men som «subject of international law recognised as being able to ‘enjoy the benefits of specific rights and freedoms», var den et viktig ledd i fremveksten av barns rettigheter.³⁸¹

Allerede før vedtakelsen av deklarasjonen i 1959 eksisterte det et prinsipp om barnets beste i ulike lands nasjonale rett.³⁸² I norsk rett kom det tidlig til uttrykk i høyesterettspraksis og lovgivning, men med ulike formuleringer og styrke.³⁸³ For eksempel fulgte det av barnevernloven 1953 § 17 annet ledd at når «helse- og sosialstyret skal avgjøre hvilke åtgjerder som skal tas, skal det holde seg barnets beste for øye».³⁸⁴ At det lenge har vært et rettslig prinsipp som i ulike varianter prioriterer barns interesser, har nok sammenheng med verdier. Både barns særskilte rettigheter generelt og barnets beste har nær sammenheng med moralske grunner til å prioritere barns interesser og behandle barn ulikt voksne. Freeman spør for eksempel «[w]hy the best interests?» og kommer med en rekke svar som har sammenheng med moralske argumenter.³⁸⁵ En måte prinsipp kan vokse frem på i internasjonal rett, er gjennom naturrettslige teorier.³⁸⁶ Det innebærer at eksisterende moralske normer utvikles til rettslige prinsipp og menneskerettigheter.³⁸⁷ Barnets beste gir altså uttrykk for en moralsk norm, slik også mange andre menneskerettigheter gjør.

380 Se Claire Breen, *The Standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition in International and Comparative Law*, Nederland 2002 s. 16, hvor det gis uttrykk for at prinsippet opprinnelig var en paternalistisk norm.

381 Van Bueren (1998) s. 12.

382 LeAnn LaFave, «Origins of the Evolution of the ‘Best Interests of the Child’ Standard», *South Dakota law review*, 1989 s. 459 (s. 467–468) og Van Bueren (1998) s. 45.

383 Rt. 1953 s. 1132, Rt. 1958 s. 664 på s. 666, Rt. 1982 s. 1687 på s. 1692, lov 2. april 1917 nr. 1 om adoption § 21 annet ledd, som slår fast at adoptivforholdet kan oppheves kun når det er ønskelig av hensyn til «barnets tarv», lov 17. juli 1953 nr. 14 om barnevern § 17. I tillegg til § 17 inneholdt loven flere bestemmelser som løfter frem barnets interesser som vurderingsnorm, se § 4 a fjerde ledd og § 6 som angir en plikt til å vurdere konkrete forhold knyttet til barnet og dets miljø, og § 27 om barnets velferd og lov 21. desember 1956 nr. 9 om born i ekteskap § 8 annet ledd.

384 Bestemmelsen ble noe endret ved lov 12. juni 1987 nr. 70 om kommunale helse- og sosialstyre m.v., men også før denne endringen var det et krav om å ha barnets beste for øye. Se for eksempel Rt. 1982 s. 764 på s. 765 og Rt. 1982 s. 1687 på s. 1693.

385 Freeman (2007b) s. 40–41.

386 Marti Koskenniemi, «General principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International Law» i *Sources of international law*, Dartmouth 2000 s. 359–402 (s. 364) og Christina Voigt, «The Role of General Principles in International Law and their Relationship to treaty Law», *Retfærd*, 2008 s. 3–25 (s. 8–9).

387 Koskenniemi (2000) s. 364 og Voigt (2008) s. 9.

Da BK ble vedtatt i 1989, eksisterte det følgelig ulike versjoner av et prinsipp om barnets beste. I tråd med dette behandler juridisk teori vedtakelsen av art. 3 nr. 1 som en kodifisering av et allerede eksisterende prinsipp.³⁸⁸ Freeman skriver at fordi prinsippet var kjent fra mange av delegatenes nasjonale rett, var det ingen diskusjon om konsekvensene av å inkludere det i BK art. 3 nr. 1.³⁸⁹ Dette til tross for den vidtrekkende ordlyden i artikkelen. At prinsippet også gir uttrykk for en moralsk norm, kan nok også ha bidratt til at det ikke ble noe større diskusjon.

Vedtaket av BK medførte en endring i synet på barn. Van Bueren har uttalt at konvensjonen «is concerned with the four 'P's: the participation of children in decisions affecting their own destiny; the protection of children against discrimination and all forms of neglect and exploitation; the prevention of harm to children; and the provision of assistance for their basic needs».³⁹⁰ Hun understreker at alle disse sidene er like nødvendige.

Konvensjonen bygger på et syn på barn som aktive deltakere i samfunnet og som innehavere av rettigheter de kan medvirke i håndhevelsen av. Synet på barn som deltakende individer kommer frem gjennom retten til å bli hørt i art. 12. Også rettighetene i art. 13, 14, 15 og 17 er med på å fremme barns muligheter til å aktivt delta i samfunnet. Samtidig gir konvensjonen også uttrykk for barns behov som følge av deres sårbarhet og avhengighet til voksne og bryter dermed ikke direkte med tidligere oppfatninger.³⁹¹ Synet på barn og barns rettigheter BK bygger på, påvirker også innholdet i barnets beste, ettersom art. 3 nr. 1 må tolkes i overensstemmelse med konvensjonens øvrige prinsipp, rettigheter og syn på barn.

Etter vedtakelsen av BK har anerkjennelsen av at barn må gis beskyttelse gjennom internasjonal rett, og da gjennom materielle rettigheter, økt. Barnets beste er nå inntatt i flere konvensjoner, men som nevnt innledningsvis ikke i EMK.³⁹² Rettighetene i EMK gjelder «everyone», jf. EMK art. 1, altså både barn og voksne.³⁹³

388 Se blant annet Freeman (2007b) s. 27, Philip Alstone, «The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights» i *The Best Interests of the Child*, Oxford 1994 s. 1–25 (s. 1) og Jean Zermatten, «The best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function», *International Journal of Children's Rights*, 2010 s. 483–499 (s. 484).

389 Freeman (2007b) s. 27.

390 Van Bueren (1997) s. 13.

391 I fortalen til konvensjonen vises det til de to forutgående deklarasjonene. Fortalen inneholder også en rekke andre henvisninger til barns sårbarhet og behov for støtte og beskyttelse.

392 The Charter of Fundamental Rights of the European Union 18. desember 2000 art. 24 (2), The European Convention on the Exercise of Children's Rights, 25. januar 1996 art. 1 (2) og The African Charter on the Rights and Welfare of the Child, juli 1990 art. 4 nr. 1.

393 Enkelte rettigheter nevner likevel unge spesielt. Artikkel 5 nr. 1 bokstav d gjelder «the detention of a minor [...]», og art. 6 nr. 1 nevner at «where the interests of juveniles [...] so requier» kan offentligheten utelukkes fra domstolsbehandlingen.

At EMK ikke inneholder særskilte rettigheter for barn, utgjør risiko for at deres rettigheter og interesser blir nedprioritert. Denne ulempen kan motvirkes noe av EMDs dynamiske tolkningsprinsipp og at domstolen også anvender andre konvensjoner, herunder BK.³⁹⁴ Kilkelly har nevnt at blant annet ikke-diskrimineringsprinsippet, skjønnsmarginen, kravet om forholdsmessighet, målet om effektiv beskyttelse og positive forpliktelser spiller en viktig rolle for å beskytte barns rettigheter.³⁹⁵ Hun har lagt til grunn at disse sammen gjør at «despite the limitations of the text, the Strasbourg institutions have already begun to apply the Convention in a positive way so as to extend its protection explicitly to children».³⁹⁶ Freeman har på sin side vært mer kritisk. Han mener at ved å behandle barnets interesser i art. 8 nr. 2 har EMD «failed to recognise that the child is a person with rights», og at dette har den uheldige følgen at nasjonale domstoler følger samme tilnærming.³⁹⁷

Menneskerettsdomstolen har trukket inn BK og løftet frem og anvendt barnets beste i flere saker.³⁹⁸ Barnets beste innfortolkes da i rettighetene i EMK. Domstolen har fremhevet at det er en bred overensstemmelse, også i internasjonal rett, om at i saker som berører barn, må barnets beste være av «paramount importance».³⁹⁹ Denne brede overensstemmelsen kan i stor grad spores tilbake til BK og statenes tilslutning til denne. Barnets bestes vide anvendelsesområde og innhold gjør rettigheten til et viktig verktøy for å tilpasse generelle rettigheter, slik som i EMK, til barns behov. Så lenge barnets beste innfortolkes i andre rettigheter, blir imidlertid vernet av barnets interesser noe mindre effektivt enn når den selvstendige rettigheten i BK anvendes. Dette særlig fordi de fleste andre rettigheter har et snevrere anvendelsesområde. I tillegg gir det en risiko for at barnet ikke anerkjennes som en person med egne rettigheter, men at vernet av dets interesser påvirkes av foreldrenes handlinger og rettsstilling.

I EU-charteret om fundamentale rettigheter følger barns særrettigheter av art. 24. Rettighetene kommer i tillegg til de øvrige rettighetene i charteret, som tilkommer alle, også barn.⁴⁰⁰ Artikkelen 24 er plassert under kapittel III, som har tittelen

394 Se Ursula Kilkelly, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Surrey 1999 s. 4, som trekker frem ulike faktorer som gjør at konvensjonen nå tolkes og anvendes av EMD på en måte som beskytter barn og deres rettigheter i større grad enn tidligere.

395 Kilkelly (1999) s. 4–16.

396 Kilkelly (1999) s. 17.

397 Freeman (2007b) s. 14.

398 Se for eksempel *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109 og 115–123 og *Tarakhel mot Sveits* avsnitt 99, 119 og 122.

399 *Neulinger og Shuruk mot Sveits* avsnitt 135, *X mot Latvia* avsnitt 96 og *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109.

400 Pier Francesco Lotito, «Article 24 – The Rights of the Child», i *Human Rights in Europe*, Durham, North Carolina 2010 s. 147–157 (s. 147).

«Equality», sammen med ikke-diskrimineringsprinsippet og andre rettigheter som skal sørge for reell likestilling. Det tyder på at barns rettigheter i art. 24 har som formål å utjevne styrkeforhold og tilpasse retten til de særlige forholdene knyttet til barn, slik som sårbarhet og avhengighet. Bestemmelsen angir både positive og negative forpliktelser og medfører at rettsakter i strid med barnets rettigheter etter art. 24 ikke skal anvendes.⁴⁰¹ Barnets beste kommer til uttrykk i art. 24 nr. 2.

I de siste årene har *innholdet* i barnets beste i større grad blitt klarlagt, blant annet gjennom barnekomiteens arbeid. Dette kan igjen gjøre at det i enda større grad kan bidra til å sikre at barn behandles som rettighetshavere, og at deres interesser prioriteres. I hvilken grad det har skjedd en utvikling knyttet til det tredje stadiet i fremveksten av særskilte menneskerettigheter for barn, er imidlertid uklart. I barnekomiteens General Comment nr. 14 fremheves det at art. 3 nr. 1 inneholder prosessuelle regler, og at det er mulig å håndheve rettigheten for en domstol.⁴⁰² Barns rett til å bli hørt og få sin mening tillagt vekt vil kunne være sentral for en videre utvikling av dette stadiet.

I fremstillingen av utviklingstrekkene har jeg vekslet mellom uttrykket barnets beste og *prinsippet om barnets beste*. Dette er bevisst. I perioder har det vært prinsippkarakteren som har vært mest fremtredende. De siste årene har rettighetskarakteren fått mer oppmerksomhet. I de følgende punktene behandler jeg barnets beste som prinsipp, rettighet og uttrykk for prosessuelle regler.

4.3 BARNETS BESTE SOM ET GENERELT PRINSIPP

4.3.1 Innledning

Ordlyden i BK art. 3 nr. 1 inneholder ikke noe prinsippbegrep. Det gjør heller ikke ordlyden i Grl. § 104. De generelle prinsippene i BK ble først introdusert av barnekomiteen i «guidelines for initial report».⁴⁰³ At barnets beste regnes som et prinsipp, har siden vært relativt ubestridt, og det er lagt til grunn både av barnekomiteen, EMD og i nasjonal rett.⁴⁰⁴ Hva prinsippstatusen innebærer, er imidlertid ikke klart. Denne uklarheten henger sammen med at det ikke er enighet om hva prinsipp er, og hvilke funksjoner de har, verken i nasjonal eller internasjonal rett.

401 Lotito (2010) s. 150.

402 Se nærmere om de prosessuelle reglene i dette kapittelets punkt 4.5.

403 Committee on the Rights of the Child, *General Guidelines regarding the form and content of initial reports to be submitted by states Parties under Article 44 paragraph 1(a), of the Convention*, 15. oktober 1991.

Hvilke egenskaper og funksjoner prinsipp anses å ha, har sammenheng med synet på retten.⁴⁰⁵ Prinsipp tillegges ulike funksjoner og egenskaper i ulike teorier. Det er for eksempel store forskjeller fra teorier som er orientert mot den skandinaviske rettsrealismen, til Dworkins arbeid eller til Tuoris fremstilling av kritisk positivisme.⁴⁰⁶ Prinsipp har også ulik betydning og funksjon innenfor forskjellige rettsområder. Eksempler på rettsområder hvor prinsipp er viktige og har et normativt innhold, er EU- og EØS-retten og miljøretten.⁴⁰⁷

Den overordnede problemstillingen her er hvilken betydning det har at barnets beste er et prinsipp, og herunder hvilke egenskaper og funksjon det har. Det er altså ikke det materielle innholdet i barnets beste som er gjenstand for analyse, men innholdet i prinsippbegrepet og betydningen av prinsippstatusen. Temaet berører både teoretiske og metodiske spørsmål. Jeg starter med prinsippbegrepet. Deretter går jeg nærmere inn på ulike funksjoner og egenskaper som er tillagt prinsipp. Til sist kommer jeg inn på betydningen av prinsippstatusen til barnets beste.

4.3.2 Prinsippbegrepet

Begrepet prinsipp kommer fra det latinske uttrykket *principium* og sikter til noe grunnleggende, som en begynnelse eller et utgangspunkt.⁴⁰⁸ I tråd med dette ser enkelte rettsforskere på rettsprinsipp som noe som hører til rettens kjerne eller hviler på en grunnleggende verdi.⁴⁰⁹ Voigt beskriver «Fundamental Principles» i internasjonal rett som fundamentene for det internasjonale rettssystemet og gir uttrykk for

404 Se for eksempel General Comment nr. 1 avsnitt, Committee on the Rights of the Child General Comment nr. 12, *The right of the child to be heard*, 1. juli 2009 avsnitt 12, General Comment nr. 14, CRC/C/NOR/CO/4 del C punkt 3, CRC/C/NOR/CO/5-6 del III B og Jeunesse mot Nederland avsnitt 109, som står under punktet «Relevant principles». I forarbeidene til GrL § 104 benyttes også begrepet prinsipp, Dok. 16 (2011–2012) s. 192.

405 Se Jørgen Dalberg-Larsen, «Hvad udgør rettens kjerne – retsafgørelser, retsregler eller retsprinsipper?» i *Om retsprinsipper*, København 2004 s. 11–48.

406 Av de som orienterer seg mot rettsrealismen, beskrives ofte prinsipp som retningslinjer, og denne oppfatningen har tradisjonelt stått ganske sterkt i norsk rett. Se Torstein Eckhoff, «Retningslinjer og ‘tumregler’», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1980 s. 145–163, Svein Eng, «Sondring mellom regler og retningslinjer» i ... *den urett som ikke rammer deg selv. Festskrift til Anders Bratholm, 70 år*, Oslo 1990 473–483. Om Dworkins syn på prinsipp, se Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1978. Tuori skriver om prinsippers rolle blant annet i Kaarlo Tuori, *Critical Legal Positivism*, Surrey 2002 s. 177–183.

407 Se for eksempel Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave Bergen 2018 s. 35–38 om prinsipp innenfor EØS-retten og Hans Chr. Bugge, *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 4. utgave, Oslo 2015 kapittel tre og fem om prinsipp innenfor miljøretten.

408 Anders Nes, Store norske leksikon, Prinsipp, <https://snl.no/prinsipp/opphav> (side sist besøkt 16. mai 2019).

at de kan være en forutsetning for traktatretten og dens effektivitet.⁴¹⁰ Prinsippbegrepet benyttes imidlertid om en rekke ulike fenomener. Det foreligger ikke en entydig definisjon. I sin analyse av høyesterettspraksis fant Frøberg at alle unntatt ett av prinsippbegrepene som ble benyttet, enten angikk grunnlaget for eller kjennetegnet ved et argument.⁴¹¹ Som kjennetegn ved et argument beskriver prinsipp utgangspunkt, norm med høyt generalitetsnivå, grunnleggende verdi eller norm med retningslinjestruktur.⁴¹² Når prinsipp beskrives ut fra argumentets grunnlag, legges det til grunn at de stammer fra en avveining av reelle hensyn, praksisbasert norm, normekspresiv generalisering og en del av det norske samfunnets ideologiske grunnlag.⁴¹³ Den siste kategorien er prinsipp som upresis henvisning.⁴¹⁴ Frøbergs analyse viser at bare i høyesterettspraksis benyttes begrepet på en rekke ulike måter.

Det hender at andre betegnelser enn «rettsprinsipp» eller «prinsipp» benyttes med lignende meningsinnhold. Eksempler på slike uttrykk er rettslig standard, alminnelige rettsgrunnsetninger og grunnrettigheter.⁴¹⁵ Breen benytter uttrykket «standard» om barnets beste, uten at det nødvendigvis innebærer noe annet, enn det som legges i prinsippbegrepet.⁴¹⁶

De ulike oppfatningene av rettsprinsipp kan deles inn i deskriptive og normative syn.⁴¹⁷ I et deskriptivt syn forstås «prinsipp» som et fremstillingsmessig begrep.⁴¹⁸ Begrepet benyttes for å sammenfatte, beskrive og organisere normer som benyttes i juridisk argumentasjon.⁴¹⁹ Når prinsipp beskrives normativt, blir de sett på som

409 Dalberg-Larsen (2004) s. 11. Dalberg-Larsen konkluderer med at rettens kjerne ikke kan finnes i et enkelt rettslig fenomen slik som rettsprinsipp. Se også Hans Petter Graver, «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2006 s. 189–221 (s. 193) og Thomas Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Oslo 2014 s. 137.

410 Voigt (2008) s. 12–13.

411 Frøberg (2014) s. 327.

412 Frøberg (2014) s. 328–329. Normer med retningslinjer er også beskrevet av Eckhoff (1980), Eng (1990), Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004 og Graver (2006).

413 Frøberg (2014) s. 328–329.

414 Frøberg (2014) s. 329.

415 Nygaard (2004) s. 260–261, Graver (2006) s. 189 og Frøberg (2014) s. 30.

416 Se Breen (2002).

417 Se Marti Koskeniemi, «General principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International law» i *Sources of international law*, Dartmouth 2000 s. 359–402. Koskeniemi (2000) 360–402. I fremstilling av norsk forvaltningsrett er Eckhoffs og Smiths fremstilling et eksempel på en deskriptiv tilnærming, mens Graver ser ut til å benytte prinsippbegrepet ut fra en normativ tilnærming, se Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 2018 s. 46–47, Graver (2015) s. 77–78. Se også Abramson (2008) s. 65 om BKs prinsipp som «trainer-wheels».

418 Mæhle (2005) s. 87.

419 Koskeniemi (2000) s. 361. Se også Eckhoff og Smith (2018) s. 46–47.

et fenomen med særlig normativ kraft, som kan skilles fra andre normer.⁴²⁰ De forstås som normer som kan gi løsning på normative problemer.⁴²¹ Koskenniemi fremhever at i en deskriptiv fremstilling *beskriver* prinsipp normer, mens i en normativ fremstilling *er* prinsipp normer.⁴²² Ved et deskriptivt syn vil det være mulig å beskrive normen uten å benytte prinsippbegrepet.⁴²³ Fredriksen trekker frem tre ulike oppfatninger av prinsipp.⁴²⁴ Den første er prinsipp som substansielle størrelser, som tilfører retten et innhold den ellers ikke ville hatt.⁴²⁵ Den andre som en sammenfatning av forskjellige regler under *en* betegnelse.⁴²⁶ Den tredje er at begrepet benyttes for å tilsløre rettsanvenderens vurderinger av rettens innhold.⁴²⁷ Et syn på prinsipp som substansielle størrelser bygger på en normativ beskrivelse av prinsipp. Synet på et prinsipp som en sammenfatning av ulike regler og som tilsløring av vurderinger ser ut til å gi uttrykk for en deskriptiv oppfatning.

Hvis det legges til grunn en forståelse av et prinsipp som en substansiell størrelse, eller et normativt fenomen, som kan skilles fra andre normer slik som rettigheter, har det betydning at barnets beste er et prinsipp. Spørsmålet blir hvilken betydning det har. Legges det til grunn at prinsipp beskriver normer, blir spørsmålet hva *prinsippet* om barnets beste beskriver? Disse spørsmålene drøftes i de følgende punktene.

4.3.3 Barnekomiteens omtale av prinsippet

Barnekomiteen beskriver ofte barnets beste, sammen med BK art. 2, 6 og 12, som uttrykk for «general principles».⁴²⁸ Formuleringen «general» kan tyde på at bar-

420 Mæhle (2005) s. 88 og Koskenniemi (2000) s. 367.

421 Koskenniemi (2000) s. 361.

422 Koskenniemi (2000) s. 366.

423 Se Eckhoff og Smith (2018) s. 46–47, hvor det forutsettes at prinsippbegrepet kan unngås ved å gå rett på argumentene som det legges til grunn at begrepet beskriver.

424 Steinar Fredriksen, «Noen betraktninger om rettsprinsippers betydning i norsk rett» *Jussens Venner*, 2011 s. 37–64 (s. 38).

425 Fredriksen (2011) s. 38.

426 Se Fredriksen s. 38 og Graver (2006) s. 193. Som eksemplet nevner Fredriksen prinsippet om at forvaltningen ikke må misbruke sin myndighet, som igjen kan deles opp i ulike regler.

427 Se også Graver (2006) s. 220 med videre henvisninger.

428 Se blant annet i Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 5, *General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)*, 27. november 2003 avsnitt 12, General Comment nr. 12 avsnitt 17, 68 og 74, General Comment nr. 14 avsnitt 1 og 9, CRC/C/NOR/CO/4 del C punkt 3, Committee on the Rights of the Child, *Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Concluding observations: Nigeria*, vedtatt 21. juni 2010. (CRC/C/NGA/CO/3-4) avsnitt 30, Committee on the Rights of the Child, *Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Concluding observations: Turkey*, vedtatt 20. juli 2012

nets beste betraktes som allmenngyldig eller universell, at det gjelder i alle typer saker, på alle områder og må legges til grunn av ulike beslutningstakere. Abramson nevner at komiteen benytter formuleringen for å gi uttrykk for ideen om overgripende prinsipp som bør leses sammen med alle rettighetene i BK.⁴²⁹ Selv benytter Abramson terminologien «umbrella provision» om denne typen normer.⁴³⁰ Komiteens terminologi varierer imidlertid. Begrepene «fundamental [...] principle»,⁴³¹ «Guiding principle», «interpretative legal principle»⁴³² og «principle»⁴³³ benyttes også. I juridisk teori varierer begrepsbruken mellom «principle of interpretation»,⁴³⁴ «general guiding principle»,⁴³⁵ bare «general principles»⁴³⁶ og i enkelte tilfeller «universal principle»⁴³⁷. På norsk er det omtalt som prinsipp⁴³⁸, tolkningsprinsipp⁴³⁹ og generelt prinsipp⁴⁴⁰. Begrepet «prinsipp» benyttes altså gjennomgående, samtidig som ulike andre begrep legges til for å beskrive dets karakter eller funksjon.

Variasjonen i terminologien antyder at det knyttes ulike funksjoner til prinsippet. Variasjonen kan imidlertid også springe ut av ubevisst begrepsbruk eller skyldes at komiteen ikke bygger på *en* forståelse av barnets beste, men på flere forskjellige. Som Abramson har påpekt i sin kritikk av at BK art. 2 fremheves som prinsipp, er ikke komiteen «a human being with single minds of its own».⁴⁴¹ Heller ikke i omtalen av art. 2 er komiteen konsistent.⁴⁴²

(CRC/C/TUR/CO/2-3) del C, Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of the Islamic Republic of Iran*, 14. mars 2016 (CRC/C/IRN/CO/3-4) del C, Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the fifth periodic report of Pakistan*, 11. juli 2016 (CRC/C/PAK/CO/5) del C, Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Iraq*, 3. mars 2015 (CRC/C/IRQ/CO/2-4) del C, CRC/C/NOR/CO/5-6 del III B.

429 Abramson (2008) s. 66.

430 Abramson (2008) s. 66. Se også Hanson og Lundy (2017) s. 301.

431 General Comment nr. 14 avsnitt 6 b.

432 General Comment nr. 14 avsnitt 6 b. Se også General Comment nr. 3/22 avsnitt 27.

433 General Comment nr. 5 avsnitt 12.

434 Van Bueren (1998) s. 46 og Breen (2002) s. 16.

435 Freeman (2007b) s. 5.

436 Freeman (2007b) s. 1.

437 Breen (2002) s. 1.

438 Haugli (2020) s. 55.

439 Lucy Smith (2020) s. 21.

440 Haugli (2020) s. 55 og Lucy Smith (2020) s. 21.

441 Abramson (2008) s. 66.

442 Abramson (2008) s. 66.

Variasjonen i måten prinsippene omtales på, kan også skyldes at det har funnet sted en utvikling, og at det kanskje enda finner sted en utvikling av hvilke funksjoner og egenskaper prinsippene har og bør ha. En forståelse av prinsippene som ikke statiske er i tråd med at menneskerettighetene er dynamiske. En ulempe er imidlertid at det kan være uklart hvilke funksjoner barnets beste (og de øvrige prinsippene i BK) er ment å ha. Et fundamentalt og grunnleggende prinsipp kan ha helt andre karaktertrekk og funksjoner enn for eksempel et veiledende eller fortolkende prinsipp. I det følgende går jeg nærmere inn på ulike funksjoner og egenskaper prinsipp kan ha, for å undersøke om noen av disse er treffende for barnets beste, og om funksjonene og egenskapene kan forklare betydningen av at barnets beste er et prinsipp.

4.3.4 Ulike typer funksjoner og egenskaper

4.3.4.1 *Fundamentalt og grunnleggende*

Om barnets beste har barnekomiteen uttalt at prinsippet gir uttrykk for «one of the fundamental values of the Convention».⁴⁴³ I så tilfelle synes det treffende å omtale det som et grunnleggende prinsipp. At barnets beste kan sies å være et grunnleggende prinsipp, støttes av at det hviler på en *grunnleggende verdi* som ligger til grunn for barns rettigheter generelt. At barn har særrettigheter, er blant annet fordi deres interesser må løftes frem og vernes særskilt for å ikke bli oversett. Samtidig har det i lang tid vært ansett moralsk riktig å løfte frem og beskytte barns interesser.⁴⁴⁴ At barnets beste hviler på en grunnleggende verdi, støttes videre av hvordan prinsippet anvendes og er implementert i nasjonal og internasjonal rett, herunder måten prinsippet omtales på og anvendes av EMD.⁴⁴⁵ At barnets beste nå er nedfelt i Grunnloven, tyder også på at verdien det gjenspeiler, er grunnleggende.⁴⁴⁶ Koskenniemi legger til grunn at prinsipp har en viktig funksjon som normer som gjenspeiler verdier og mål i samfunnet, og dermed også i retten.⁴⁴⁷ Prinsippene er dermed viktige for å gi underliggende verdier normativ kraft og

443 General Comment nr. 14 avsnitt 1.

444 Se dette kapittelets punkt 5.2.

445 Se for eksempel *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109.

446 I *Convention on the Rights of the Child, General Guidelines for periodic reports*, 20. november 1996 er prinsippene skilt ut i et eget punkt, hvor det fremgår hvilke opplysninger statene skal gi om gjennomføringen av disse. Her bes det om at opplysninger om art. 3 nr. 1 kommer til uttrykk i landenes konstitusjoner, noe som viser at barnekomiteen ser verdien av en kodifisering i grunnlovsform.

447 Koskenniemi s. 380–381 og 396–397.

med det påvirke retten.⁴⁴⁸ En slik funksjon kan barnets beste sies å ha hatt i lang tid.

En annet argument for at betegnelsen grunnleggende er dekkende, er barnekomiteen inne på når det fremheves at barnets beste er sentral for utviklingen av et *barnerettslig perspektiv*.⁴⁴⁹ Komiteen har uttalt at de fire såkalte generelle prinsippene er av betydning for å utvikle «a children's rights perspective», både hos den lovgivende, utøvende og dømmende makt.⁴⁵⁰ Komiteen har også benyttet uttrykket «Child rights approach», som er koblet til «the human rights based approach».⁴⁵¹ Etter komiteens syn er en helhetlig tilnærming til barns rettigheter, med det mål å sørge for ivaretagelse av rettighetene på alle rettsområder, sentralt for en «Child rights approach».⁴⁵² Komiteen har uttalt at:

A child rights approach is one which furthers the realization of the rights of all children as set out in the Convention by developing the capacity of duty bearers to meet their obligations to respect, protect and fulfil rights (art. 4) and the capacity of rights holders to claim their rights, guided at all times by the rights to non-discrimination (art. 2), consideration of the best interests of the child (art. 3, para. 1), life, survival and development (art. 6), and respect for the views of the child (art. 12).⁴⁵³

De generelle prinsippene skal altså gi veiledning i en «Child rights approach».

I Casseses beskrivelse av fundamentale prinsipp funksjon sammenligner han dem med prinsipp nedfelt i lands konstitusjoner og uttaler at:

Principles are the pinnacle of the legal system and are intended to serve as basic guidelines for the life of the whole community. Besides imposing general obligations, they also set out the policy lines and the basic goals of State agencies.

448 Koskenniemi s. 397.

449 I General Comment nr. 5 om generelle tiltak til gjennomføring av konvensjonen om barnets rettigheter nevner barnekomiteen de fire generelle prinsippene som særlig viktige for å utvikle et barnerettsperspektiv, avsnitt 12.

450 General Comment nr. 5 avsnitt 12.

451 General Comment nr. 13, *The right of the child to freedom from all forms of violence*, 18. april 2011 avsnitt 59, General Comment nr. 21 avsnitt 11, UNICEF, *Child Rights Education Toolkit: Rooting Child Rights in Early Childhood Education, Primary and Secondary Schools* (2014) s. 21 og UNSDG, *The Human Rights Based Approach to Development Cooperation Towards a Common Understanding Among UN Agencies* (2003).

452 General Comment nr. 13 avsnitt 59.

453 General Comment. nr. 13 avsnitt 59.

Furthermore, they can be drawn upon for the construction of legal provisions, whenever rules in interpretation prove insufficient.⁴⁵⁴

Han peker her på en rekke egenskaper som, hvis de overføres til prinsippet om barnets beste, kan bidra til å ivareta barns rettigheter.

Hvis barnets beste anvendes ved utforming av lover og politikk og ved tolkning i enkeltsaker, løfter det frem barns interesser, og kan dermed bidra til å sikre at barns rettigheter blir sett, tatt i betraktning og vektlagt. En ulempe med å fremheve prinsippkarakteren i for stor grad er imidlertid at det gir en risiko for at det ikke legges til grunn et rettighetsbasert perspektiv ved anvendelsen av barnets beste.⁴⁵⁵ Fremheves derimot rettighetskarakteren, vil barnets beste kunne bidra til en barnerettslig tilnærming i konkrete saker. Når prinsippkarakteren kan være viktig for å fremme et rettighetsperspektiv utover enkeltsaker, tyder det på at prinsippiden og rettighetsiden til barnets beste er gjensidig avhengige av hverandre.

I spørsmålet om hvilken betydning det har at barnets beste er et prinsipp, og betydningen av dets fundamentale karakter kan Kaarlo Tuoris teori om kritisk positivisme og en lagdelt rett være relevant. I kritisk positivisme er det et grunnleggende utgangspunkt at selv om retten i stor grad angis i positivrettslige kilder, er det mulig å kritisere den normativt, ut fra en tanke om at retten er inndelt i tre ulike nivåer.⁴⁵⁶ Om retten og dens nivå har Tuori uttalt:

‘mature’ modern law does not consist merely of regulations that can be read in the collections of statutes or court decisions to be found in law reports. It also includes deeper layers, which both create preconditions for and impose limitations on the material at the *surface level*. I call these sub-surface levels the *legal culture* and *deeper structure of the law*. (Original utheving)⁴⁵⁷

Det første nivået er altså det synlige overflatenivået, som av Tuori omtales som «the turbulent surface of law».⁴⁵⁸ Nivået består av rettsregler som stammer fra tolkning av positivt angitte kilder som lover og rettspraksis, herunder konkrete høyesterettsdommer og uttalelser fra barnekomiteen.⁴⁵⁹ Dette nivået er i konstant

454 Antonio Cassese, *International Law*, 2. utgave, Oxford 2004 s. 46.

455 Se kritikk mot å betrakte BK art. 2 som et generelt prinsipp i Abramson (2008) på s. 64–67.

456 Kaarlo Tuori, «Från idelogikritikk till kritisk positivism», *Retfærd* 1999 nr. 85 s. 5–18 (s. 15 og 16) og Kaarlo Tuori, *Critical Legal Positivism*, Surrey 2002 s. 147.

457 Tuori (2002) s. 147.

458 Tuori (2002) s. 154.

459 Tuori (1999) s. 11.

endring som følge av nye lover, rettsavgjørelser og andre rettskilder.⁴⁶⁰ Det første nivået kan kritiseres og evalueres ved hjelp av det andre og tredje nivået. Det andre nivået er det rettskulturelle nivået. Her befinner «methodical elements», «general doctrines as elements», «the conceptual elements» og «general legal principles» seg.⁴⁶¹ Det siste nivået er dypstrukturen, hvor det er snakk om en felles kjerne til tross for ulikheter på overflatenivået og det rettskulturelle nivået.⁴⁶²

Tuori finner rettens normativitet i dypstrukturen av retten selv. Peczenik er enig i at retten er tredelt, men han har et litt annet syn på hva som befinner seg i dypstrukturen.⁴⁶³ Han mener at i dypstrukturen befinner samfunnsmoralen seg. Han skriver at gjennom «att betona att all moral har social karaktär kan jag uppfatta djupstrukturen som moralisk, trots att den innefattar sedimenterade delar av rätten». Han presiserer likevel at forskjellen «mellan Tuoris teori och min egen ligger alltså på moralteoretiskt plan, medan ingenting väsentligt skiljer de respektive teorierna på den juridiska argumentationens område».⁴⁶⁴ Jeg tror det er vanskelig å se rettens dypstruktur helt løsrevet fra moralen. I dypstrukturen befinner elementer av retten seg som er universelle og/eller grunnleggende og relativt faste. Disse er i stor grad sammenbundet med universelle og/eller grunnleggende verdier i samfunnet. Spørsmålet blir på hvilket nivå barnets beste befinner seg på.

Fordi barnets beste er kodifisert i konvensjoner, Grunnloven, lover, forskrifter, dommer og generelle kommentarer, befinner barnets beste i alle fall seg på rettens *overflatenivå*.

Når barnekomiteen stadig fremhever barnets bestes status som et generelt og grunnleggende prinsipp, kan det være et tegn på at komiteen anser det som en del av rettens dypere nivå. Det samme kan EMDs omtale av barnets beste tyde på. I X mot Latvia og Neulinger og Shuruk mot Sveits behandler EMD barnets beste. Her viste domstolen til deklarasjonen om barns rettighet fra 1959, barnekomiteens generelle kommentar nr. 7 og det redegjøres for den brede forankringen prinsippet har i internasjonal rett.⁴⁶⁵ Dette leder til EMDs uttalelse om at «there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance».⁴⁶⁶ Røtter tilbake til deklarasjonen fra 1959, den brede konsensusen og måten barnets

460 Tuori (2002) s. 155.

461 Tuori (2002) s. 166, 169, 174 og 177.

462 Tuori (2002) s. 183.

463 Peczenik (2005) s. 271.

464 Peczenik (2005) s. 272.

465 X mot Latvia avsnitt 37–39 og Neulinger og Shuruk avsnitt 49–55.

466 Jeunesse mot Nederland avsnitt 109 og X mot Latvia avsnitt 96.

beste innvirker på andre rettigheter på, tyder på at prinsippet i alle fall befinner seg på det *rettskulturelle nivået*.⁴⁶⁷ Det gir føringer på tolkninger og har en sterk og bred forankring i internasjonal og nasjonal rett.⁴⁶⁸ Endringer på dette nivået skjer gradvis. Ikke gjennom en dom eller lovbestemmelse, men gjennom en langsom utvikling i takt med samfunnet ellers. Barnets beste befinner seg altså også på det rettskulturelle nivået. Når barnets beste i tillegg gir uttrykk for en grunnleggende, universell verdi, gir det etter min mening dekning for å si at det også befinner seg i dypstrukturen.

Etter min mening befinner altså *barnets beste seg på alle de tre nivåene*. Som generelt *prinsipp*, som gjenspeiler en grunnleggende verdi innenfor retten, befinner barnets best seg på det rettskulturelle nivået og i dypstrukturen.⁴⁶⁹ Det har dermed en meget stabil kjerne. Det er ikke utsatt for hyppige endringer, slik som de sidene av barnets beste som kommer til uttrykk på overflatenivået. Prinsippet sørger for en nødvendig link mellom grunnleggende verdier og rettens overflatenivå, og det kan bidra til koherens innenfor rettssystemet.⁴⁷⁰ De tre nivåene kan bidra til en forklaring på hvorfor barnets beste omtales med ulike egenskaper og funksjoner. Egenskapene og funksjonene vil variere ut fra om det er prinsippet i dypstrukturen, på det rettskulturelle nivået eller de ulike kildene som befinner seg på overflatenivået, som beskrives.

4.3.4.2 Fortolkende, meklende, veiledende og evaluerende

At prinsippet om barnets beste skulle ha en *fortolkende funksjon*, ble foreslått av Alston i 1994. Han mente det kunne benyttes for å støtte, rettferdiggjøre eller klargjøre en bestemt tolkning ved problemstillinger reist under BK.⁴⁷¹ Barnekomiteen har fremhevet at «[i]f a legal provision is open to more than one interpretation, the interpretation which most effectively serves the child's best interests should be chosen».⁴⁷² Komiteen har flere ganger vært inne på at barnets beste har en tolkningsfunksjon.⁴⁷³

467 Se denne bokens kapittel 5 om hvordan barnets beste innvirker på enkelte utvalgte rettigheter.

468 Se punkt 4.2.

469 Tuori skiller mellom prinsipp som «discursively formulated, surface-level normative phenomena» og de som er «elements of legal culture», Tuori 2002 s. 178.

470 Se Tuori (2002) s. 179, hvor han legger til grunn at «[t]he general legal principles of various fields of law gather together substantive normative premises common to individual regulation», og s. 181 om prinsipp og moral.

471 Alston (1994) s. 15–16.

472 General Comment nr. 14 avsnitt 6 (b).

473 Se General Comment nr. 5 avsnitt 12, General Comment nr. 12 avsnitt 2 og General Comment nr. 14 avsnitt 1, hvor barnekomiteen legger til grunn at prinsippet skal bidra til «interpreting and implementing all the rights of the child».

I EMDs praksis ser det ut til at en tolkningsfunksjon kan gjenfinnes. Som EMD gir uttrykk for, må rettighetene i EMK tolkes i harmoni med generelle prinsipper i internasjonal rett, og i den forbindelse nevnes barnets beste.⁴⁷⁴ Når barnets beste er trukket inn i rettighetene i EMK art. 8, kan det betraktes som et eksempel hvor det fungerer som et tolkningsprinsipp. I slike sammenhenger benyttes imidlertid prinsippet som noe mer enn et fortolkende prinsipp. Det har en *dobbel funksjon* ved å angi en føring for tolkningen, og samtidig trekkes rettighetssiden av normen inn i vurderingen og legger materielle føringer på retten. En tolkningsfunksjon kan bidra til at regler som i utgangspunktet ikke var tilpasset barn, tolkes på en måte som ivaretar barnets rettigheter. Det forutsetter imidlertid et samvirke med rettighetssiden av barnets beste og at rettighetssidens innhold er tilstrekkelig utpenslet gjennom en tolkning av rettskildene.

Sandberg legger til grunn at et av barnets bestes funksjoner i kraft av å være et prinsipp er at det skal benyttes ved lovtolkning.⁴⁷⁵ Hun stiller spørsmålet om «barnets beste skal gå foran de vilkårene den aktuelle loven stiller opp».⁴⁷⁶ I norsk rett har barnets beste forrang, og som Sandberg skriver, innebærer det at hvis det ikke er mulig å harmonere lovbestemmelsen og barnets beste, må barnets beste gå foran. At barnets beste har forrang, forsterker altså tolkningsfunksjonen og gir i tillegg større rom for å tilpasse retten barns behov og interesser.

Prinsippstatus trenger ikke å være en forutsetning for at barnets beste skal innvirke på tolkningen av rettigheter og lover. Alle menneskerettigheter er gjensidig avhengige av hverandre, de må respekteres og sikres, jf. blant annet Grl. § 92, og forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven gjelder for alle rettighetene i BK, ikke bare de fire som regnes som prinsipper.⁴⁷⁷

Alston nevner at barnets beste kan fungere som et *meklende* prinsipp, hvor det benyttes for å løse konflikter mellom rettigheter innenfor BK.⁴⁷⁸ I Voigts beskrivelse av internasjonale prinsipper nevner hun «Interpretation and Conflict Principles».⁴⁷⁹ Denne typen prinsipper mener hun har en funksjon hvor de benyttes for å tolke traktater, løse konflikter mellom ulike tolkninger og avgjøre vekten til ulike normer som kolliderer.⁴⁸⁰ Altså en meklende eller harmoniserende funksjon.

474 Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 131 flg.

475 Kirsten Sandberg, «Barnets beste som rettighet» i *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Oslo 2016 s. 57–83 (s. 63).

476 Sandberg (2016b) s. 63.

477 Se denne bokens kapittel 2 punkt 2.4.4.

478 Alston (1995) s. 15–16.

479 Voigt (2008) s. 21.

480 Voigt (2008) s. 21.

En meklende funksjon ser ut til å rette seg mot tilfeller hvor det foreligger en konflikt. En meklende og harmoniserende funksjon er viktig for et prinsipp som ligger på et dypere nivå av retten, enn overflatenivået. Disse funksjonene bidrar til at grunnleggende verdier trekkes inn i harmoniseringen. Heller ikke disse funksjonene er imidlertid avhengige av prinsippstatus. Rettigheter må harmoniseres med hverandre, og andre regler må harmoniseres med rettigheter for å hindre krenkelse.

En *veiledende* funksjon er mer generell enn en fortolkende, harmoniserende og meklende funksjon. Barnekomiteen har omtalt de fire generelle prinsippene som «guiding principles».⁴⁸¹ Komiteen har lagt til grunn at prinsippet om barnets beste gir veiledning utover enkelttilfeller, på et overordnet plan, slik som i lovgivningsprosesser.⁴⁸² I de avsluttende merknadene til statene er prinsippene skilt ut under en egen overskrift, og komiteen fremhever gjerne betydningen av å integrere prinsippet i alt arbeid, herunder lovgivning, politikk og programmer som er relevante for barn.⁴⁸³ Integreres barnets beste i alt arbeid som berører barn, vil prinsippet ha en veiledende funksjon. En veiledende funksjon kan ikke nødvendigvis utledes av alle rettigheter. Voigt har lagt til grunn prinsipp som særlig veileder lovgiver og bidrar til å «outline a policy path».⁴⁸⁴ Noe som ligner på denne funksjonen, og som også ser ut til å rette seg mot en mer generell vurdering, er en *evaluerende* funksjon. Parker har nevnt at på alle områder som ikke er «governed by positive rights in the Convention, article 3 (1) will be the basis for evaluating the laws and practices of the States Parties».⁴⁸⁵ Han ser ut til å sikte til en funksjon hvor prinsippet benyttes ved evaluering av lover og statspraksis.

Forskjellen i den veiledende og evaluerende funksjonen ligger vel først og fremst i at veiledning skjer under et pågående arbeid, som under utarbeidelsen av en lov, mens en evaluering retter seg mot noe som allerede eksisterer, som et eksisterende regelverk. En evaluering ved hjelp av prinsippene i BK kan også ta sikte på å under-

481 General Comment nr. 15 avsnitt 3.

482 General Comment nr. 5 avsnitt 12.

483 Se for eksempel CRC/C/IRQ/CO/2-4 avsnitt 22, Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of the Marshall Islands*, 27. februar 2018, CRC/C/MHL/CO/3-4, avsnitt 15 og CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 13 (b), som alle inneholder tilnærmet samme formulering.

484 Voigt (2008) s. 13.

485 Stephen Parker, «The Best Interests of the Child – Principles and Problems», i *The Best Interests of the Child*, Oxford 1994 s. 26–41 (s. 27). Parker fokuserer på prinsippets ubestemthet og hva som kan hjelpe i arbeidet med å gi det et fastere innhold. Han anfører at for å kunne benytte prinsippet ved vurdering av staters praksis er det nødvendig å forstå prosessene som kan gi det et innhold. Dersom man lykkes i å komme frem til et mer bestemt innhold, kan prinsippet benyttes for å vurdere om statens praksis er god, eller om det er grunnlag for kritikk.

søke progresjonen i implementeringen eller realiseringen av barns rettigheter i samfunnet og retten.⁴⁸⁶

Antageligvis vil de to funksjonene kunne flyte noe sammen. Både en veiledende og en evaluerende funksjon er viktig for en helhetlig tilnærming til barns rettigheter. Det gjør det mulig å kritisere lover og praksis som berører barn, og gir samtidig bidrag ved forslag om forbedringer. Ved å benytte barnets beste for å rette kritikk mot gjeldende rettstilstand og politikk, og som veiledning i utforming av ny, kan prinsippet bidra til at de verdene barns beste hviler på, ivaretas. Uten å fylle prinsippet med et konkret innhold er det likevel en grense for hvor mye veiledning det kan gi.

4.3.4.3 Utviklende

Prinsipp kan bidra til en utvikling av retten tilpasset utviklingen i samfunnet. Voigt nevner "Evolutionary Principles" som normer som tilfører et dynamisk element, ved å hjelpe traktaretten å tilpasse seg nye samfunnsmessige utfordringer.⁴⁸⁷ Hun understreker at det må skilles mellom tolkningsprinsippene (slik som prinsippet om at rettighetene må tolkes dynamisk), som legger ned fundamentene for en dynamisk tolkning, og de som gir en dynamisk tolkning *substans*. De sistnevnte er gjerne vage og dermed egnet til å tilføre retten nye, moderne elementer. Som eksempel trekkes forholdsmessighetsprinsippet frem.⁴⁸⁸

Prinsippet om barnets beste har likhetstrekk med forholdsmessighetsprinsippet, kan nok bidra til å gi en dynamisk tolkning substans. Det er vel også slik prinsippet dels har fungert i EMDs tolkning av rettighetene i EMK art. 8. Her har prinsippet blitt trukket inn i forholdsmessighetsvurderingen. Etter hvert har praksisen utviklet seg slik at prinsippet om barnets beste trekker inn flere ulike elementer i forholdsmessighetsvurderingen, som gjør at barns interesser vurderes og vektlegges.⁴⁸⁹ Skal barnets beste bidra til et rettighetsperspektiv, er det imidlertid nødvendig å trekke inn barnets bestes rettighetsside og harmonisere rettighetene i EMK art. 8 med denne. Det må altså på et eller annet stadium skje et skifte fra prinsippens til rettighetssiden, slik jeg har vært inne på i punktet ovenfor.

4.3.4.4 Høyt generalitetsnivå

Prinsippet om barnets beste har, i likhet med mange andre prinsipp, et høyt generalitetsnivå. Dette er både en svakhet og en styrke. At et prinsipp har et høyt generalitetsnivå.

486 Se Hanson og Lundy (2017) s. 302.

487 Voigt (2008) s. 19.

488 Voigt (2008) s. 20.

489 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.5.

tetsnivå, er noe som ofte fremheves.⁴⁹⁰ Jørgen Dalberg-Larsen og Bettina Lemann Kristiansen slår fast at rettsprinsipp oppfattes som en form for rettsnormer, som ved deres generelle karakter adskiller seg fra andre mer presise normer.⁴⁹¹ Synne Sæthre Mæhle tar utgangspunkt i at begrepet rettsprinsipp benyttes om «et verdimessig premiss av generell karakter som er tillatt i rettslige overveielser».⁴⁹²

Prinsipp inneholder ofte vesentlige elementer av skjønn. Dette er delvis tilfelle for barnets beste. Generalitetsnivået gjør at barnets beste, i likhet med andre rettslige normer, må tolkes for å klarlegge innholdet. Samtidig bidrar generalitetsnivået til at barnets beste kan ivareta dets ulike funksjoner. Tuori har lagt til grunn at prinsipp «coherence-creating task [...] explains the characteristic of generality».⁴⁹³ Det er vel også andre sider ved prinsipp som forklarer høyt generalitetsnivå, for eksempel at grunnleggende verdier gjerne har det, men egenskapen bidrar til at barnets beste kan bidra til å skape koherens i rettssystemet, eller innenfor konkrete rettsområder.

4.3.5 Betydningen av prinsippstatusen

Barnets beste ser altså ut til å ha flere funksjoner og egenskaper som ofte tillegges prinsipp. Ikke alle disse er likevel særskilte for prinsipp. Hvis barnets beste kun kunne tillegges de funksjonene og egenskapene som gjelder uavhengig av om rettigheter også anses å være prinsipp, ville det ikke vært noe poeng å fremheve prinsippiden. Tvert imot kunne det vært en ulempe, ettersom det kan tilsløre rettighetskarakteren.⁴⁹⁴ Når jeg ovenfor har argumentert for at barnets beste kan sies å tilhøre de dypere nivåene av retten, er det imidlertid et poeng å fremheve prinsippiden, og da er betegnelsen grunnleggende prinsipp nokså treffende. Som Doek trekker frem, tjener identifiseringen av prinsippene i BK «the purpose of highlighting to States the fundamental values underlying the Convention, of ensuring a common philosophical approach to the broad spectrum of areas addressed by the Convention».⁴⁹⁵ Hanson og Lundy foreslår å benytte betegnelsen «cross-cutting standards» om prinsippene i BK (som etter deres mening bør være art. 2, 3, 5 og 12) og slår fast at deres hovedfunksjon er «to provide a framework to interpret the CRC as well as to assess progress with

490 Se for eksempel Graver (2006) s. 194 og Frøberg (2014) s. 131.

491 Dalberg-Larsen s. 2.

492 Mæhle (2005) s. 86.

493 Tuori (2002) s. 179.

494 Se Abramson (2008) s. 53.

495 Doek (2005) s. 17.

the implementation of the Convention as a whole». ⁴⁹⁶ Etter min mening kan disse to funksjonene bidra til å realisere de grunnleggende verdiene i BK.

Et grunnleggende prinsipp vil gjerne ha mange av de egenskapene og funksjonene som er trukket frem ovenfor, slik som høyt generalitetsnivå og en fortolkende funksjon. I enkeltsaker er det imidlertid rettighetssiden som er særlig sentral, blant annet fordi den gir konkrete plikter for staten. Det innebærer at når jeg skal ta stilling til innholdet i barnets beste innenfor et rettsområde hvor det treffes konkrete avgjørelser som berører barn, er det først og fremst rettighetssiden jeg fokuserer på.

4.4 BARNETS BESTE SOM MATERIELL RETTIGHET

4.4.1 Innledning

Barnekomiteen har fremhevet at art. 3 nr. 1 angir en «substantive right», altså en materiell rettighet. ⁴⁹⁷ Komiteen anser følgelig barnets beste for å ha rettighetskarakter og et *bestemt innhold*. Komiteen understreker i denne sammenhengen at art. 3 nr. 1 «creates an intrinsic obligation for States, is directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court». ⁴⁹⁸ Anførselen om at art. 3 nr. 1 angir forpliktelser, er direkte anvendelig og kan håndheves for en domstol, henger sammen med en rettighetskarakter med et bestemt innhold. ⁴⁹⁹ En vag norm hvor det ikke lar seg fastlegge et klart innhold, eller som ikke er av forpliktende karakter, kan vanskelig ha samme egenskaper.

Komiteen er klar og entydig i sitt standpunkt til rettighetskarakteren og virkningen av denne. ⁵⁰⁰ Som nevnt i innledningen har barnets beste også blitt omtalt i

496 Hanson og Lundy (2017) s. 302.

497 General Comment nr. 14 avsnitt 6 (a).

498 General Comment nr. 14 avsnitt 6 (a).

499 En rettighet gir normalt et «rettskrav» som faller inn under lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 1-3, og kan håndheves ved søksmål for en norsk domstol. Se for eksempel uttalelsene om den foreslåtte rettighetsbestemmelsen i ny barnevernlov i NOU 2016: 16, *Ny barnevernslov – Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse*, s. 15.

500 Rettighetsbegrepet benyttes nokså konsekvent etter utgivelsen av General Comment nr. 14, se for eksempel CRC/C/MHL/CO/3-4 avsnitt 15 og Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Spain*, 5. mars 2018 (CRC/C/ESP/CO/5-6) avsnitt 16, hvor det også vises til den generelle kommentaren. Før 2013 er det eksempel på at komiteen bare benytter prinsippbegrepet i tilknytning til barnets beste, se Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined third and fourth periodic report of Canada*, 6. desember 2012 (CRC/C/CAN/CO/3-4) avsnitt 35 og Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations, Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Iceland*, 23. januar 2012 (CRC/C/ISL/CO/3-4) avsnitt 27.

andre vendinger. Van Bueren har lagt til grunn at art. 3 nr. 1 ikke «create rights or duties, it is only a principle of interpretation».⁵⁰¹ Parker har slått fast at «[i]t is hard to see how, practically, the article can have anything other than a collective focus».⁵⁰² I nyere juridisk teori ser imidlertid den rådende oppfatningen ut til å være at barnets beste er en rettighet, selv om det er enkelte unntak.⁵⁰³ I høyesterettspraksis kommer det til uttrykk ulike syn. I Rt. 2009 s. 1261, plenumsdom I, plenumsdom II og plenumsdom III, som alle gjaldt opphold på humanitært grunnlag, ser det ut til at et flertall i Høyesterett først og fremst behandler barnets beste som et hensyn.⁵⁰⁴ Det kommer blant annet frem når domstolen har tatt stilling til domstolskontrollen av utlendl. § 38, og innholdet i bestemmelsens tredje ledd som gir uttrykk for barnets beste.⁵⁰⁵

At synet på barnets beste har variert, kan skyldes at det har vært ulike oppfatninger knyttet til barn som rettighetshavere. Spørsmålet om barn er rettighetshavere, og om en rettighetsbasert tilnærming er i barns interesser, har blitt behandlet i stor utstrekning.⁵⁰⁶ Barnekonvensjonen bygger på et rettighetsperspektiv. Ettersom BK er bindende for tilnærmet alle stater i verden, herunder Norge, er det åpenbart at barn har egne rettigheter. Det gjelder selv om konvensjonenes gjennomslagskraft varierer i ulike land. Spørsmålet om barn har rettigheter, behandler jeg derfor ikke. En slik diskusjon må anses foreldet.

Fordi det har vært, og i noen grad enda er, ulike synspunkter på barnets bestes karakter, er det nødvendig å argumentere for mitt standpunkt om rettighetskarak-

501 Van Bueren (1995) s. 46. Alston og Freeman har uttalt seg i lignende vendinger, Alston (1994) s. 15–16 og Freeman (2007b) s. 4.

502 Parker (1994) s. 28.

503 At barnets beste er en substansiell rettighet, legges til grunn blant annet i Zermatten (2010) s. 485, Karl Harald Søvig, «Overordnede rettslige normer – hvilke skranker setter menneskerettighetene?», *NOU 2008:9 – Med barnet i fokus*, 2008 s. 111–127 (s. 114), Kirsten Sandberg, «The Role National Courts in Promoting Children`s Rights», *The international Journal of Children`s Rights* Volume 22 2014 s. 1–20 (punkt 3.3, 3.4.3 og 3.6), Sandberg (2016b) s. 57–83, Haugli (2020) s. 57, Einarsen (2013) og Arnfinn Bårdsen, «Norges Høyesterett og «barnets beste» som konvensjonsforpliktelse og grunnlovsnorm» i *Rettsavklaring og rettsutvikling, festskrift til Tore Schei*, Oslo 2016 s. 243–268 (s. 255). I Stub (2016) kommer det derimot frem et syn på barnets beste som en retningslinje.

504 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 31 og 76–77. I avsnitt 76 benyttes formuleringen «dette hensynet». Se videre Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 111, 121, 123–124, 128, 130, 134–137 og 146–150, Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 40, 52, 54, 64 og 100 og Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 179, 182–187 og 194. I Rt. 2012 s. 2039 ble barnets beste omtalt som et «sentralt, men ikke nødvendigvis avgjørende, *moment ved en helhetsvurdering*» (min utheving) av flertallet, avsnitt 100. Se også avsnitt 49–64 i samme dom om hvordan «hensynet til barnets beste» må være behandlet i vedtaket og vurderingen av det konkrete vedtakets vurdering i denne sammenheng.

505 Om domstolskontroll av barnets beste, se denne bokens kapittel 8.

ter. Dette blir gjort her. Formålet med fremstillingen er, i tillegg til å begrunne og legitimere standpunktet, å vurdere hva det innebærer, og hvilken betydning det har at barnets beste er en materiell rettighet. Jeg starter med å behandle hva rettigheter er. Deretter begrunner jeg mitt standpunkt om at barnets beste er en materiell rettighet. Til sist drøfter jeg hvilken betydning det har at barnets beste er en slik rettighet. Det er flest kilder av betydning for spørsmålet om rettighetskarakter i tilknytning til art. 3 nr. 1. Ettersom både Grl. § 104 annet ledd og utlendl. §§ 38 tredje ledd og 70 må tolkes i lys av art. 3 nr. 1, har hvordan art. 3 nr. 1 forstås, betydning også for disse bestemmelsene.⁵⁰⁷

4.4.2 Rettigheter

4.4.2.1 Rettighetsteorier

Hva rettigheter er, forsøkes ofte å besvares ved hjelp av ulike rettighetsteorier. To mye anvendte teorier er vilje/valgteorien og interesse teorien.⁵⁰⁸ De to teoriene har

506 Se for eksempel Neil MacCormick, «Children`s Rights: A Test-case for Theories of Right», i *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, New York 1982 s. 155–166, Harry Brighouse, «What Rights (if Any) do Children Have?» i *The Moral and Political Status of Children*, New York 2002 s. 31–52, Julia Köhler-Olsen, *Barnets rett til selvbestemmelse i forhold til religiøse normer*, Oslo 2011 s. 169–185, Matías Cordero Arce, «Towards an Emancipatory Discourse of Children`s Rights», *International Journal of Children`s Rights*, 2012 s. 365–421, Lucinda Ferguson, «Not Merely Rights for Children but Children`s Rights: The Theory Gap and Assumption of the Importance of Children`s Rights», *International Journal of Children`s Rights*, 2013 s. 177–208, Hamish Ross «Children`s Rights and Theories of Rights», *International Journal of Children`s Rights*, 2013 s. 679–704, John Tobin, «Justifying Children`s Rights», *The International Journal of Children`s Rights*, 2013 s. 395–441, Van Bueren (1998) xix og xx og Michael Freeman, «Why It Remains Important to Take Children`s Rights Seriously», *International Journal of Children`s Rights*, 2007 s. 5–23. Om rettigheter er i barns interesser generelt, se Katherine Hunt Federle, «Rights, Not Wrongs», *International Journal of Children`s Rights*, 2009 s. 321–329. Se også Randi Sigurdson, «Rett til barnevernstjenester» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2015 s. 316–346, hvor det diskuteres om det er i barns interesser med en rettighetsfesting i barnevernloven.

507 Se denne bokens kapittel 2 punkt 2.4.4. Hvis art. 3 nr. 1 ikke behandles som en substansiell rettighet, er det en risiko at heller ikke de øvrige bestemmelsene gjør det. Se for eksempel Stub (2016) s. 92–118, hvor det legges til grunn at Grl. § 104 «ikke skal ha noe annet innhold enn FNs barnekonvensjon artikkel 3», og hvor det også ser ut til å legges til grunn at art. 3 ikke inneholder en substansiell rettighet.

508 Nærmere om rettighetsteorier, se for eksempel Joseph Raz, «Legal Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1984 s. 1–21, Köhler-Olsen (2011) s. 172–177, Randi Sigurdson, *Tvangsplassering og tilbakehold av barn med utfordrende atferd. En sammenligning av regler i barnevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven og psykisk helsevernloven*, Bergen 2015 s. 79–82 og Ross (2013).

røtter både i juridisk, moralsk og politisk filosofi og teori. Begge teoriene er presentert med en rekke ulike formuleringer, men hvor hovedtrekkene ser ut til å ligge fast.

Vilje/valgteorien stammer i stor grad fra rettsfilosofen Hart. Etter denne teorien innebærer det å ha en rettighet at rettighetshaveren kan velge å håndheve de korresponderende pliktene.⁵⁰⁹ En rettighet forutsetter da at rettighetshaveren har mulighet til å ha en vilje og til å foreta et valg.⁵¹⁰ Etter interesse teorien springer rettigheter ut av interesser som det er behov for å respektere og sikre.⁵¹¹ I Raz sin formulering av teorien tar han utgangspunkt i at en persons rettighet følger av at hun eller han har en interesse som tilstrekkelig begrunner andres forpliktelser.⁵¹²

Av de to teoriene er det interesse teorien som er mest forenelig med et syn på barn som rettighetshavere. Det er fordi ikke alle barn har samme mulighet til selv å fremsette krav og ha vilje bak disse kravene, slik vilje/valgteorien i utgangspunktet forutsetter.⁵¹³ Det kan imidlertid argumenteres for at det er i barns sterke interesse at deres vilje får komme til uttrykk, og slik sett er det en viss sammenheng mellom teoriene.⁵¹⁴

Eekelaar, som bygger sin fremstilling av barns rettigheter på interesse teorien, understreker at de interessene som er forutsetningen for en rettighet, må være mulig å isolere fra andre interesser.⁵¹⁵ I denne sammenheng legger han til grunn at «we should be careful to understand that when we talk about rights as protecting interests, we conceive as interests only those benefits which the subject himself or herself might plausible claim in themselves».⁵¹⁶ Dette er et viktig poeng ettersom barns rettigheter er utformet av voksne, oftest uten medvirkning fra barn. Freeman skriver at «[r]ights are an affirmation of the Kantian basic principle that we are ends in ourselves, and not means to the ends of others».⁵¹⁷ Dette begrunner han med at rettigheter er viktige for å påvirke og innvirke på avgjørelser i sitt eget liv.⁵¹⁸ Nettopp dette er noe barn kan ha vanskeligheter med, og det gir et behov for særrettigheter for barn.

509 Raz (1984) s. 4, MacCormick (1982) s. 154–155 og Köhler-Olsen (2011) s. 172.

510 Sigurdsen (2015a) s. 79.

511 MacCormick (1982) s. 154–155 og Sigurdsen (2015a) s. 81.

512 Raz (1984) s. 5 og Köhler-Olsen (2011) s. 174.

513 MacCormick (1982) s. 154–158 og 163 og Michael Freeman, «Taking Children`s Rights More Seriously», *International Journal of Law and the Family*, 1992 s. 52–71 (s. 58).

514 Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand «Introduksjon» i *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Oslo 2016 s. 17–33 (s. 29).

515 John Eekelaar, «The Emergence of Children`s Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1986 s. 161–182 (s. 169).

516 Eekelaar (1986) s. 169.

517 Freeman (2007a) s. 7.

518 Freeman (2007a) s. 8.

4.4.2.2 Plikter

Rettigheter og plikter henger nær sammen. Etter menneskerettighetene er det hovedsakelig staten som er pliktsubjekt. Etter BK art. 2 er staten forpliktet til å «respect and ensure» rettighetene i konvensjonen, uten diskriminering.⁵¹⁹ I Grl. § 92 er det presisert at staten skal respektere og sikre rettighetene i Grunnloven og andre traktater Norge er bundet av. En plikt til å respektere og sikre innebærer både positive og negative forpliktelser. I forarbeidene til Grl. § 92 nevnes at fordelene med formuleringen er at det får frem at myndighetene ikke må gå for langt i å begrense den enkeltes rettigheter, og at myndighetene må sørge for eventuell lovgivning og andre tiltak for å gi effektivt vern, også overfor private aktører.⁵²⁰ Også EMK inneholder både negative og positive forpliktelser, herunder en plikt til å beskytte mot inngrep fra private eller, i en del tilfeller, juridiske personer.⁵²¹ De positive forpliktelsene skal bidra til at rettighetsvernet blir effektivt og praktisk, ikke teoretisk.⁵²²

Statens forpliktelser deles vanligvis i tre: Staten må *respektere* (respect), det vil si ikke gjøre inngrep i rettigheten, plikten til å *beskytte* (protect) ved å ta aktive skritt for å forhindre tredjeparts inngrep og plikten til å *oppfylle* (fulfil) ved å ta aktive skritt og iverksette ulike tiltak for at rettigheter skal realiseres fullt ut.⁵²³ Statens plikter kan også deles i fire, ved å legge til «promote», som henger nær sammen med plikten til å oppfylle.⁵²⁴ Med «promote» siktes det særlig til å skape bevissthet og øke kunnskapen om rettighetene, i tillegg til å gjøre dem tilgjengelige. De ulike sidene av statens forpliktelser er sentrale egenskaper ved rettigheter.

519 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.2 om rettigheten i BK art. 2 nr. 1.

520 Dok. 16 (2011–2012) s. 66.

521 Se for eksempel EMDs dom 24. februar 1998, *Botta mot Italia* avsnitt 33 og EMDs dom 10. mai 2001, *Z med flere mot Storbritannia*. Se også David Harris med flere, *Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave Oxford 2018 s. 510 flg.

522 EMDs dom 9. oktober 1979, *Airey v. Irland* avsnitt 24, *Botta mot Italia* avsnitt 33 og EMDs dom 9. juni 1998, *McGinley og Egan mot Storbritannia* avsnitt 98. Se også Harris med flere (2018) s. 511 flg.

523 Se FN's menneskerettskomites *General Comment nr. 31 The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13 (2004) avsnitt 7, Committee on the Rights of the Child's *General Comment nr. 17, on the right of the child to rest, leisure, play, recreational activities, cultural life and the arts (art. 31)*, 17. april 2013 avsnitt 54, Manfred Nowak, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 6. The Right to life, Survival and Development*, Leiden 2005 s. 18 flg. og 38, Samantha Besson og Eleonor Kleber, *The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary*, Oxford 2019 s. 50 og Ikdahl og Strand (2016) s. 25.

524 Se Julia Sloth-Nielsen, «Monitoring and Implementation of Children's Rights», i *International Human Rights of Children*, Sveits 2019 s. 31–64 (s. 32).

Barnekomiteen har lagt til grunn at staten er forpliktet til å gjennomgå all lovgivning og administrativ veiledning (som veiledning til forvaltningen), for å sikre full overholdelse av rettighetene, altså å realisere dem.⁵²⁵ Komiteen har uttalt at «[t]he review needs to consider the Convention not only article by article, but also holistically, recognizing the interdependence and indivisibility of human rights».⁵²⁶ Dette er en omfattende forpliktelse, som samtidig overlater mye skjønn til staten. Staten er imidlertid forpliktet til å overholde alle rettighetene, og de er gjensidig avhengige av hverandre. Lovgivning og veiledning må tilpasses dette for å gjøre rettighetsvernet effektivt. I de avsluttende merknadene til statene ser komiteen ut til å uttrykke seg mindre forpliktende. Her benyttes uttrykk som «recommendation» og «recommends» når det tas opp behovet for lover og administrative reguleringer for implementering av rettighetene.⁵²⁷ At komiteen kommer med anbefalinger og ikke pålegg, skyldes nok mye *formen* til de avsluttende merknadene, hvor det nokså gjennomgående benyttes anbefalinger. En slik form er nyttig for å fremme dialogen med statene, men kan gi begrenset veiledning når statens forpliktelser skal fastlegges. Forpliktelsene ligger imidlertid fast, noe som følger allerede av ordlyden i BK art. 2 og 4.

Rettigheter kan altså betraktes som normer som skal ivareta ulike interesser. Abramson uttrykker det som at rettigheter er «social constructions for protecting the interests of people».⁵²⁸ Barnets beste skal beskytte barns interesser.⁵²⁹ Videre gir rettigheter plikter for staten. At barnets beste er en materiell rettighet, innebærer i grove trekk at staten er forpliktet til å respektere, sikre og oppfylle det som følger av rettigheten.

4.4.2.3 Absolutte rettigheter og rettigheter som kan begrenses

Menneskerettigheter kan deles inn i absolutte rettigheter og rettigheter som kan begrenses.⁵³⁰ Finnis skriver at det er «some absolute human (or natural) rights,

525 General Comment nr. 5 avsnitt 18.

526 General Comment nr. 5 avsnitt 18.

527 Se for eksempel. CRC/C/ESP/CO/5-6 avsnitt 5 og avsnitt 16, Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the fifth periodic report of Denmark*, 26. oktober 2017 (CRC/C/DNK/CO/5) avsnitt 7 (a) og Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Serbia*, 7. mars 2017 (CRC/C/SRB/CO/2-3) avsnitt 7.

528 Abramson (2008) s. 26.

529 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.

530 Se oppramsingen av ulike rettigheter som regnes som absolutte i Dok. 16 (2011–2012) s. 74–76.

because there are some kinds of acts that everyone has an infeasible, exceptionless moral duty of justice not to choose and do». ⁵³¹ Han legger til grunn at «all those kinds of act are properly defined or specified by reference to the intentions with which the act is chosen and done». ⁵³² Blir de spesifisert bredere, vil rettighetene bli «morally incoherent and if legally enforced will result in injustice, sometimes at least as grave». ⁵³³ Dette viser han ved å analysere EMD-dommer knyttet til EMK art. 3 i utlendingssaker, og herunder dommer om utsending av alvorlig syke utlendinger. ⁵³⁴ Abramson har i lignende baner trukket frem at en absolutt rett til liv vil være «a self-contradictory notion». ⁵³⁵

Med en absolutt rettighet faller tilfellet i saken enten innenfor eller utenfor. Det er nødvendig at noen klart definerte og avgrensede rettigheter behandles som absolutte, men med bare slike rettigheter ville vernet av individers sterke interesser vært nokså svakt for mange personer. Av EMD ble EMK art. 3 tidligere tolket slik at i saker med alvorlig syke utlendinger var det bare de som lå på dødsleiet, som var vernet mot utsending. ⁵³⁶ Praksis er myknet noe opp, men det er fremdeles en nokså høy terskel for at en utlendings helse medfører at utlendingen ikke kan utvises. ⁵³⁷ Andre nyter i utgangspunktet ikke noe vern og risikerer å bli sendt ut av landet selv om de er syke. ⁵³⁸ Rettigheten er altså skarpt avgrenset, men gir et absolutt vern for de få som faller innenfor dens anvendelsesområde. For rettigheter som kan begrenses etter en avveining, trengs det ikke en like skarp avgrensning. Hvis staten har behov for å være mer restriktiv i å innvilge opphold, for eksempel på grunn av masseinnvandring og store økonomiske utfordringer som følge av det, har staten en åpning for det i begrensingsadgangen. ⁵³⁹ Vide rettigheter, som åpner for en begrensning i konkrete saker, gir mulighet for et sterkt vern for de som trenger det, og et svakere for de med mindre tungtveiende interesser. Ulempen er at en avveining ofte blir skjønnsmessig.

531 John Finnis, «Absolute Rights: Some Problems Illustrated», *The American Journal of Jurisprudence*, 2016 s. 195–215 (s. 195).

532 Finnis (2016) s. 195.

533 Finnis (2016) s. 195.

534 Se kapittel seks punkt 6.9.3 og EMDs storkammerdom 27. mai 2008, *N. mot Storbritannia*. For øvrig slår Finnis fast at «[i]n short, art. 3 is not an absolute. Except when the court says it is. The ECtHR's premier venture in legislation—its art. 3 law of asylum and immigration protection—incoherent», Finnis (2016) s. 213.

535 Abramson s. 35.

536 Se *N. mot Storbritannia*.

537 Se EMDs storkammerdom 13. desember 2016, *Paposhvili mot Belgia og Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention. For Praktikere*, København 2020 s. 382–387.

538 Se kapittel seks punkt 6.9.3.

539 Se Finnis (2016) s. 209 om arbeidet med flyktningkonvensjonen og «mass influx».

4.4.3 Begrunnelsen for barnets bestes rettighetskarakter

Barnekonvensjonen inneholder en rekke individuelle og kollektive rettigheter som staten er forpliktet til å respektere, sikre og oppfylle for ethvert barn innenfor dens jurisdiksjon, jf. art. 2 nr. 1. Barnets beste står i BKs del I, sammen med de øvrige individuelle og kollektive rettighetene. I Grunnloven befinner barnets best seg i del E om menneskerettigheter. Det er ikke noe i forarbeidene til Grl. § 104 som tilsier at barnets beste var ment å ha en annen karakter enn de øvrige rettighetene. Tvert imot. Utvalgets foreslåtte bestemmelse om begrensninger i menneskerettighetene var ment å omfatte også rettighetene i § 104 og dermed barnets beste.⁵⁴⁰ Hvis barnets beste ikke var ment å være en rettighet, hadde det ikke vært nødvendig med noen begrensningshjemmel. Forslaget viser at barnets beste ble betraktet på *samme måte* som de øvrige rettighetene i Grunnloven.

I General Comment nr. 14 er synet på barnets beste som materiell rettighet gjennomgående.⁵⁴¹ Av kommentarens formål følger det at:

The main objective of this general comment is to strengthen the understanding and application of the *right* of children to have their best interests assessed and taken as a primary consideration or, in some cases, the paramount consideration [...]. Its overall objective is to promote a *real change in attitudes* leading to *the full respect of children as rights holders*. (Min utheving)⁵⁴²

I de videre analysene utdypes innholdet i rettigheten og hvilke plikter den pålegger staten. Det er tydelig ut fra uttalelsene og sammenhengen mellom disse at det er et uttrykk for hva komiteen mener er *gjeldende rett*, og ikke anbefalinger.⁵⁴³ Samtidig har komiteen som mål å påvirke holdninger, slik at barn fullt ut respekteres som rettighetshavere. Barnets beste er altså koblet sammen med synet på barnet som rettighetshaver generelt. I nyere avsluttende merknader benytter komiteen nokså gjennomgående uttrykket «right» om barnets beste.⁵⁴⁴ Selv om rettighetskarak-
 teren ikke er like tydelig fremhevet i eldre merknader, er ikke synet på rettighets-

540 Dok. 16 (2011–2012) s. 74–76.

541 Se uttalelsene i General Comment nr. 14 avsnitt 1, 6 (a), 12, 13 og 15 (c).

542 General Comment nr. 14 avsnitt 12.

543 Blant annet i General Comment nr. 14 avsnitt 6.

544 Se for eksempel CRC/C/ESP/CO/5-6 avsnitt 16, Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Seychelles*, 5. mars 2018 (CRC/C/SYC/CO/5-6) avsnitt 18, Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the fourth periodic report of Georgia*, 9. mars 2017 (CRC/C/GEO/CO/4) avsnitt 16 og Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland*, 26. februar 2015 (CRC/C/CHE/CO/2-4) avsnitt 27.

karakteren nødvendigvis ny.⁵⁴⁵ Når formålet er å lede til en holdningsendring, tyder det imidlertid på at ikke alle medlemsland behandler barnets beste som en rettighet eller fullt ut anerkjenner barn som rettighetshavere.

En problemstilling er hvorfor barnets beste skulle være noe annet enn en rettighet. Et spørsmål i denne sammenhengen er om *prinsippkarakteren* innebærer at barnets beste ikke kan være en rettighet.

De øvrige tre prinsippene i BK er også rettigheter.⁵⁴⁶ Prinsippstatusen er altså ikke nødvendigvis et argument mot rettighetskarakter. I General Comment nr. 5 uttalte barnekomiteen om de fire prinsippene at «it is clear that many other articles, including articles 2, 3, 6 and 12 of the Convention, contain elements which constitute civil/political rights».⁵⁴⁷ At art. 3 nr. 1 ikke skulle være en rettighet, slik som de øvrige prinsippene, synes derfor fremmed. Tvert imot er bestemmelsen tatt med i uttalelsen. Det er imidlertid noe uklart hva komiteen sikter til med «elements». Etersom uttalelsen knytter seg til alle fire artiklene, og det er klart at art. 2, 6 og 12 ikke kun inneholder elementer fra rettigheter, men *er* rettigheter, siktes det antageligvis til at rettighetene inneholder elementer fra *både* sivile og politiske rettigheter og økonomiske, kulturelle og sosiale rettigheter. Det støttes av at det i samme kommentar gis uttrykk for at statene må sørge for at konvensjonens «principles and provisions can be directly applied».⁵⁴⁸ Anførselen henger sammen med en rettighetskarakter.⁵⁴⁹

Et annet spørsmål er om det er noe med barnets bestes *karakter* eller *utforming* som utelukker rettighetskarakter.

Ordlyden i BK art. 3 og GrL § 104 annet ledd kan muligens gi inntrykk av at barnets beste er *vag* og *generell*. Som slått fast ovenfor har barnets beste et nokså høyt generalitetsnivå. Som påpekt av annenvoterende i plenumsdom II er det imidlertid vanlig at menneskerettigheter er vage og generelle.⁵⁵⁰ Særlig gjelder det for rettigheter som ikke er absolutte. I tillegg er ikke barnets beste så vag som førsteinntrykket muligens tilsier. Som andre rettigheter må innholdet i barnets beste utpensles gjennom en tolkning av relevante kilder.⁵⁵¹ Tolkningen konkretiserer rettigheten

545 Når det i General Comment nr. 5 avsnitt 1 ble det uttalt at statene må sørge for at prinsippene i BK kan «directly applied», tyder det på at prinsippene også var ment å ha rettighetskarakter.

546 Se denne bokens kapittel 5. Se også Abramson (2008) s. 53, som påpeker at en vanlig misforståelse knyttet til rettigheten i BK art. 2 nr. 1 er at den forstås som et prinsipp.

547 General Comment nr. 5 avsnitt 6. Uttalelsen er også vist til i Rt. 2012 s. 2039, *plenumsdom II* avsnitt 119.

548 General Comment nr. 5 avsnitt 1.

549 Se denne bokens kapittel 8 punkt 8.4.3.

550 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 118.

551 Se denne bokens kapittel 6 og 7 om innholdet i barnets beste.

og klarlegger dens innhold. Jeg er derfor enig med Søvig når han legger til grunn at art. 3 nr. 1 har et høyt presisjonsnivå og klart rettighetshetspreg.⁵⁵²

I plenumsdom II ble spørsmålet om det er adgang til å få fastsettelsesdom for krenkelse av BK art. 3 nr. 1, behandlet. Et flertall på 11 dommere kom til at det ikke var adgang til å få slik dom. Som en del av begrunnelsen ble det slått fast at fordi en ren konstatering av at en bestemt løsning er til *barnets beste, ikke er avgjørende for saken*, kan det vanskelig «være tale om noe egentlig 'rettskrav'». ⁵⁵³ Det utdypes videre at barnets beste kun vil være et sentralt, men ikke avgjørende «moment ved en helhetsvurdering». ⁵⁵⁴ Ut fra utsagnene ser det ikke ut til at barnets beste ble betraktet som en rettighet. Annenvoterende, som tilhørte mindretallet, la derimot til grunn at barnets beste er rettslig forpliktende, selvkraftig og at det kan gis dom for krenkelse av art. 3 nr. 1. ⁵⁵⁵ Også tredjevoterende, som for øvrig var enig med flertallet, sluttet seg til annenvoterende på dette punktet og la til at art. 3 nr. 1 gir et rettskrav både på at en barnets beste vurdering blir foretatt, og at «konvensjonens norm respekteres ved selve bedømmelsen». ⁵⁵⁶ I alt tilhørte åtte dommere mindretallet på dette punktet.

Det ser altså ut til at flertallet mener at barnets beste ikke kan være en rettighet, siden det må gjøres en avveining. Svært mange rettigheter inneholder imidlertid avveiningsnormer og vil følgelig ikke være avgjørende i alle saker. De er altså ikke absolutte. Det er praktiske og nødvendige. ⁵⁵⁷ Det er overhodet ikke til hinder for rettighetskarakter. I så tilfelle ville en rekke av rettighetene i blant annet EMK ikke kunne vært rettigheter. ⁵⁵⁸ Barnets beste legger opp til en avveining mellom barnets interesser og samfunnets mer generelle interesser, altså statens interesser. ⁵⁵⁹ Avveiningssiden hindrer at rettigheten griper for langt inn i statens mulighet til å ivareta sine interesser. Det gjør rettigheten praktisk og anvendbar i konkrete saker til tross for sitt vide anvendelsesområde.

552 Karl Harald Søvig, «Overordnede rettslige normer – hvilke skranker setter menneskerettighetene?», NOU 2008: 9 – Med barnet i fokus, 2008 s. 111–127 (s. 114).

553 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 100.

554 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 100.

555 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 118–126.

556 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 141.

557 Behovet for generelle avveiningsregler for de rettighetene som ikke er utformet som en avveiningsregel, kom tydelig frem da det ikke ble vedtatt noen bestemmelse om rettighetsbegrensning til rettighetene i Grunnloven, og Høyesterett måtte innfortolke et krav om lovhjæmmel, legitimt formål og forholdsmessighet for å gjøre inngrep i rettighetene, Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28.

558 Slik som rettighetene i EMK art. 8, se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.4.

559 Se denne bokens kapittel 7.

At barnets beste ikke er absolutt, gjør ikke rettigheten lite forpliktende for staten. Av ordlyden i BK art. 3 nr. 1 og GrL. § 104 annet ledd følger det at hva som er i barnets beste interesser, «shall» / «skal» være «a primary consideration» / «et grunnleggende hensyn». Ordlyden gjør det klart at staten har forpliktelser. Også EMD har kommet med en formulering som er nokså forpliktende i sin form.⁵⁶⁰ At ordlydene inneholder begrepet «consideration» og «hensyn», kan muligens gi inntrykk av at barnets beste er nettopp et hensyn. Leses ordlyden i sammenheng, blir det imidlertid klart at «consideration» ikke beskriver normens karakter, men *hvilken betydning* hva som er i det berørte barnets interesser, skal ha i konkrete saker. Av EMD er det uttalt at «in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance».⁵⁶¹ Her mangler begrepet, uten at det endrer karakteren.⁵⁶²

Verken av BK art. 3 nr. 1 eller GrL. § 104 annet ledd fremgår det imidlertid uttrykkelig at barnet har en rett eller rettighet. Det gjør det for øvrig heller ikke av BK art. 6 nr. 2, men barn har likevel rett til overlevelse og utvikling.⁵⁶³ Heller ikke BK art. 2 nr. 1 sier uttrykkelig at barnet har rett til å ikke bli diskriminert, selv om bestemmelsen inneholder en rettighet.⁵⁶⁴

Også formålet til barnets beste, og forholdet til de øvrige rettighetene, taler for en rettighetskarakter. Ifølge barnekomiteen skal barnets beste bidra til at barn effektivt kan utnytte alle sine rettigheter og ivareta «the holistic development of the child».⁵⁶⁵ Dette krever, etter komiteens mening, at barnets beste betraktes som et dynamisk konsept, hvor ulike rettigheter, hensyn og momenter inngår.⁵⁶⁶ Et slikt syn er en følge av at alle rettighetene er udelelige, gjensidig avhengige av hverandre og henger sammen.⁵⁶⁷ Rettigheter gir et sterkere vern og større forpliktelser for staten enn hensyn og retningslinjer. De innvirker også i større grad på andre regler, noe som kan være litt av grunnlaget for uenigheten om barnets bestes karakter. For staten kan det være en ulempe om barnets beste griper for langt inn i friheten til å begrense og kontrollere innvandringen, eller i andre interesser staten ønsker å iva-

560 Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

561 Også EUs charter art. 24 nr. 2 inneholder begrepet «consideration». Den danske oversettelsen slår fast at i alle saker som vedrører barn, «skal barnets tarv komme i første rekke». Her benyttes altså ikke begrepet hensyn.

562 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.

563 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.3.2.

564 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.2.

565 General Comment nr. 14 avsnitt 4 og 51. Om barnets helhetlige utvikling, se denne bokens kapittel 5 punkt 5.3.2.

566 General Comment nr. 14 avsnitt 51.

567 Se denne bokens kapittel 2 punkt 2.4.4 og General Comment nr. 14 avsnitt 16 (a).

reta. Denne ulempen motvirkes imidlertid av at barnets beste åpner for en avveining mellom barnets og statens interesser.

Barnekomiteen har også lagt til grunn at «[t]he full application of the concept of the child's best interests requires the development of a rights-based approach, engaging all actors, to secure the holistic physical, psychological, moral and spiritual integrity of the child and promote his or her human dignity».⁵⁶⁸ Det legges altså til grunn at det er nødvendig med et rettighetsperspektiv for å fremme barnets menneskeverd. I GrL. § 104 første ledd er det slått fast at barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. Etter forarbeidene er dette ment å få frem at barnet har de samme rettighetene som voksne og har krav på å bli behandlet i tråd med dette.⁵⁶⁹ Å betrakte barnets beste som en rettighet er viktig i denne sammenhengen. Barnets beste skal videre sørge for at barns rettigheter ikke overses.⁵⁷⁰ Som komiteen har understreket, er barnets beste sentralt for implementeringen av barns rettigheter.⁵⁷¹ Dette lar seg lettere gjennomføre med forpliktelser til staten enn med hensyn eller retningslinjer.

Barnets beste skal også fremme barnets autonomi og sørge for «empowerment», noe som komiteen setter i sammenheng med full respekt for alle rettighetene.⁵⁷² Den nære forbindelsen mellom art. 3 nr. 1 og art. 12 er viktig her.⁵⁷³ I plenumsdom III var prøvingen av barnets beste begrenset og omfattet hovedsakelig spørsmålet om begrunnelse. Spørsmålet om rettighetskarakter ble ikke behandlet direkte. Argumentasjonen til flertallet tyder imidlertid på at barnets beste ikke ble betraktet som en rettighet. I tolkningen av art. 3 nr. 1 legges det liten vekt på barnekomiteens uttalelser.⁵⁷⁴ Betegnelsen «omsynet til barnets beste» blir benyttet, samtidig som barnets beste også *behandles* som et hensyn og ikke som en forpliktende rettighet.⁵⁷⁵ At barnet ikke var hørt direkte, fikk ikke følger for vedtakets gyldighet. Det kan ha en sammenheng med manglende rettighetsperspektiv knyttet til barnets beste. I alle fall kan det se slik ut hvis førstvoterendes begrunnelse og standpunkt sammenlignes med annen- og tredjevoterendes.

Annenvoterende, som tilhørte mindretallet på dette punktet, la blant annet til grunn komiteens uttalelse om at begrunnelsen må forklare hvordan barnets *rettig-*

568 General Comment nr. 14 avsnitt 5.

569 Dok. 16 (2011–2012) s. 190.

570 Se Sandberg (2016b), som nevner signalfunksjon som en begrunnelse for barns rettigheter på s. 59.

571 General Comment nr. 14 avsnitt 1.

572 General Comment nr. 14 avsnitt 83.

573 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.4.4.

574 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 119 og 169.

575 For eksempel i Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 119.

heter har blitt respektert.⁵⁷⁶ Annenvoterende fikk klarere frem at barnets beste inneholder forpliktelser, enn førstvoterende og indirekte at BK bygger på et rettighetsperspektiv.⁵⁷⁷ Tredjevoterende sluttet seg til det annenvoterende sa om «normen» i BK art. 3 nr. 1».⁵⁷⁸ For øvrig fokuserer tredjevoterende i hovedsak på barnets rett til å bli hørt. Måten denne retten ble behandlet i sammenheng med barnets beste, tyder på at tredjevoterende la til grunn et rettighetsperspektiv.⁵⁷⁹

De ulike votaene i plenumsdom III kan tyde på at når flertallet ikke behandlet barnets beste som en rettighet, henger det sammen med synet på barns rettigheter mer generelt.⁵⁸⁰ Dette kan da også innvirke på barns mulighet for å få ivarettatt andre rettigheter, slik som retten til å bli hørt, og understreker nødvendigheten av en *rettighet* som barnets beste. At barnets beste kommer til anvendelse i alle saker som berører barn, kan bidra til at andre rettigheter også blir behandlet som rettigheter, ved at barnets beste forplikter staten til å vurdere og vektlegge det *individuelle barnets* interesser. Barnets beste kan gi en pedagogisk innføring til en rettighetsbasert tilnærming i saker som berører barn. Samtidig er det ikke nok å bare anvende barnets beste, også barnets rett til å bli hørt og eventuelle andre rettigheter som gjør seg gjeldende i den konkrete saken, må respekteres, beskyttes og oppfylles.

Når barns rettigheter møter motstand, vil neppe et hensyn eller en retningslinje hjelpe noe større. Det som trengs, er en overgripende rettighet med vidt anvendelsesområde som forplikter staten, men som ikke nødvendigvis alltid blir avgjørende. Barnets beste er nettopp en slik rettighet.

4.4.4 Barnets bestes to sider og to nivåer

Barnet beste er verken klart definert eller skarpt avgrenset, slik som en absolutt rettighet. Rettighetens funksjon er å sikre at barns rettigheter og interesser ikke overses, at de vurderes, og at de vektlegges, ikke at de alltid blir avgjørende.

I BK art. 3 nr. 1 er det fastslått at i alle avgjørelser som gjelder barn, «*the best interests of the child shall be a primary consideration*» (min utheving). Av GrL § 104 annet ledd følger det at ved «*handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn*» (min utheving). Ordlyden i de to bestem-

576 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 270.

577 Dette uten at det ble brutt med det som ble lagt til grunn i de eldre plenumsdommene, men slik at det som der ble lagt til grunn, utfylles og tilpasses barnekomiteens senere presiseringer.

578 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 287.

579 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 290 og 292.

580 Det samme inntrykket gir i grunnen de øvrige to plenumsdommene.

melsene får frem at hva som er i et barns beste interesser, er et sentralt vurderingstema, men at det ikke nødvendigvis er det eneste som vektlegges. I forarbeidene til § 104 er det presisert at barnets beste «bærer i seg en forholdsmessighetsvurdering, der barnets interesser veier tyngre desto mer alvorlig beslutningen er for barnet».⁵⁸¹ Både etter BK og Grunnloven åpnes det følgelig for en avveining mot interesser som taler for et annet resultat enn barnets interesser. I konkrete saker kan det dermed måtte foretas en avveining mellom hva som er i barnets beste interesser, på den ene siden, og statens eller andre interesser på den andre. Av EMDs formulering av barnets beste følger det samme.⁵⁸²

For å kunne foreta en avveining mellom hva som best tjener barnets interesser, og statens interesser, er det helt nødvendig å vurdere hva som er i et barns beste interesser.⁵⁸³ Det sikrer at avveiningen ikke blir overfladisk og generell, men tar utgangspunkt i det konkrete barnets interesse og tyngden av disse. Barnets beste har altså en *todelt struktur*, hvorav en *vurderingsside* og en *avveiningsside*.⁵⁸⁴

For å forklare karakteren til rettigheter som åpner for en avveining, på engelsk omtalt som «context dependent»-rettigheter, forklarer Abramson at de eksisterer på *to nivåer*, et abstrakt og et konkret.⁵⁸⁵ Han beskriver det abstrakte nivået av rettigheten som «the statement of the right as contained in the text of the treaty».⁵⁸⁶ Her har alle barn samme rettighet. Rettigheten kan imidlertid bare *anvendes* i konkrete situasjoner eller saker. Det konkrete nivået beskriver han som «what a person is actually entitled to enjoy in a real-life situation, and that legal entitlement is determined by a balancing of competing interests».⁵⁸⁷ Rettigheten er på det konkrete nivået «context dependent» eller på norsk kontekstavhengig.⁵⁸⁸ Dens gjennomslagskraft er avhengig av de nærmere omstendighetene i saken, herunder individets og statens interesser. Barnets beste er nettopp en slik rettighet.

Jeg har funnet det nødvendig å behandle barnets beste på to nivåer. Temaet gjør det nødvendig å befinne seg på det abstrakte nivået for å klarlegge rettighetens

581 Dok. 16 (2011–2012) s. 192.

582 Se Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

583 Som påpekt i Arnfinn Bårdsen, «Norges Høyesterett og «barnets beste» som konvensjonsforpliktelse og grunnlovsnorm» i *Rettsavklaring og rettsutvikling, festskrift til Tore Schei*, Oslo 2016 s. 243–268 (s. 257).

584 Denne strukturen er beskrevet i juridisk litteratur. Se for eksempel Haugli (2020) s. 57, Bårdsen (2016a) s. 257, Louise Dane, «Europadomstolen och barnets bästa», *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, 2015 s. 193–225 (s. 193), Pobjoy (2015) s. 346 og Sandberg (2016b) s. 58.

585 Abramson (2008) s. 35.

586 Abramson (2008) s. 35.

587 Abramson (2008) s. 35.

588 Abramson (2008) s. 35–36.

abstrakte innhold. Samtidig er temaet rettighetens innhold innenfor et bestemt rettsområde og to bestemte sakstyper. Det gjør det nødvendig å trekke analysen noe ned fra det abstrakte nivået og mot det konkrete nivået. Når jeg ikke behandler en konkret sak, er det likevel ikke mulig å ta analysene helt ned på et konkret nivå. Jeg vil derfor delvis befinne meg på det abstrakte nivået og delvis på et mellomnivå, mellom det abstrakte og det konkrete.

4.4.5 Betydningen av at barnets beste er en materiell rettighet

4.4.5.1 Klare forpliktelser

En følge av rettighetskarakteren er at rettigheten, med dens innhold, må respekteres, sikres og oppfylles, i tråd med sikringsplikten som følger av BK art. 2 nr. 1 og GrL. § 92.⁵⁸⁹ For temaet her er det sentralt hvordan rettighetskarakteren pålegger staten forpliktelser i *konkrete saker*.

Barnekomiteen har understreket at art. 3 nr. 1 «creates an intrinsic obligation for States».⁵⁹⁰ I en felles kommentar med komiteen for beskyttelse av arbeidsmigranter og deres familie er barnets beste grundig behandlet.⁵⁹¹ Her uttales blant annet følgende:

States parties are obliged, in line with article 3 of the Convention on the Rights of the Child, to ensure that any decision to return a child to his or her country of origin is based on evidentiary considerations on a case-by-case basis and pursuant to a procedure with appropriate due process safeguards, including a robust individual assessment and determination of the best-interests of the child.⁵⁹²

Komiteene slår altså fast at staten er *forpliktet* til å sikre at enhver avgjørelse om å returnere et barn er basert på grundige, individuelle vurderinger, herunder av hva som er i barnets beste interesser.⁵⁹³ I tillegg må det foreligge prosessuelle rettssikkerhetsgarantier. I en annen felles kommentar legges det til grunn at «[w]here the expulsion of parents is based on criminal offences, their children's rights, including the right to have their best interests be a primary consideration and their right to

589 Slik staten er forpliktet til å gjøre med alle rettighetene i BK, se General Comment nr. 14 avsnitt 16 (d).

590 General Comment nr. 14 avsnitt 6 (a).

591 General Comment nr. 3/22 avsnitt 27–33.

592 General Comment nr. 3/22 avsnitt 33.

593 Uttalelsen har noen likhetstrekk med EMDs uttalelse i Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

be heard and have their views taken seriously, should be ensured».⁵⁹⁴ Her nevnes også sikring av rettigheten, men samtidig benyttes begrepet «should». Det gjør uttalelsen noe tvetydig. Det er uklart om det er en plikt eller en sterk anbefaling. Nå er det imidlertid klart at barnets beste er en rettighet, og det er samtidig klart at staten er forpliktet til å sikre rettighetene i BK. At begrepet «should» benyttes, kan derfor ikke være avgjørende. Det foreligger en forpliktelse. Når foreldre blir utvist, *må* barnets rettigheter, herunder barnets beste, sikres.

I samme uttalelse nevnes at i tillegg til sikringen av barnets beste må proporsjonalitetskravet og andre menneskerettigheter tas i betraktning.⁵⁹⁵ Her har komiteene et perspektiv som skiller seg fra EMDs.⁵⁹⁶ Hos EMD inngår barnets beste i de øvrige rettighetene. Som førstvoterende i Maria-dommen uttrykker det, har barnets beste «en helt sentral plass i proporsjonalitetsvurderingen under EMK art. 8 nr. 2».⁵⁹⁷ Det kan likevel være et godt grep å ta utgangspunkt i barnets beste. Komiteenes uttalelse er imidlertid noe upresis. Andre rettigheter må ikke bare tas i betraktning. Så fremt andre rettigheter kommer til anvendelse, må også disse *respekteres* og eventuelt *beskyttes*.

Selv om barnets beste bare inngår i forholdsmessighetsvurderingen som hører under EMK art. 8, gir EMD uttrykk for at barnets beste angir forpliktelser for staten. I storkammerdommen *Jeunesse mot Nederland* ble det slått fast at «the Court considers that they [the domestic authorities] fell short of what is *required* in such cases» (min utheving, domstolens innskudd).⁵⁹⁸ Saken gjaldt spørsmålet om et avslag på oppholdstillatelse innebar en krenkelse av EMK art. 8. Avslaget var rettet mot en mor som hadde mann og barn i Nederland. Med «such cases» siktes det til utlendingssaker hvor avgjørelsen kan innebære en splittelse mellom barnet og forelderen.⁵⁹⁹ Sammen med enkelte andre omstendigheter i saken bidro barnas interesser til at det forelå krenkelse av EMK art. 8.⁶⁰⁰ I sin behandling av saken slo EMD også fast *hva* staten burde ha gjort, og gjør følgelig forpliktelsen tydelig og

594 Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families og Committee on the Rights of the Child, *Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return*, 16. november 2017 (General Comment nr. 4/23) avsnitt 29.

595 General Comment nr. 4/23 avsnitt 29.

596 Se denne boken kapittel fem punkt 5.5.

597 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 67.

598 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 120.

599 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 120.

600 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 121–122.

håndgripelig.⁶⁰¹ I *Guliyev og Sheina mot Russland* viste EMD til *Jeunesse mot Nederland* og la til grunn at staten «*have a duty to assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality [...]*» (min utheving) for å sikre barnets beste.⁶⁰²

At statens forpliktelser etter barnets beste kan konkretiseres, bidrar til å gi rettigheten substans. Det bidrar også til at de ulike vurderingene som følger av rettighetene, kan konkretiseres noe nærmere. I tillegg kan klare forpliktelser barnet kan påberope seg, bidra til at formålet om «full and effective enjoyment of the rights recognized in the Convention on the Rights of the Child, and the holistic development of the child» kan realiseres.⁶⁰³

4.4.5.2 En fast kjerne?

Barnets beste har som allerede nevnt et høyt generalitetsnivå, og innholdet i rettighetens konkrete nivå påvirkes av forhold knyttet til barnet og saken.⁶⁰⁴ Både vurderingssiden og avveiningssiden av rettigheten kan imidlertid konkretiseres nærmere, og visse elementer ligger fast.⁶⁰⁵ På den måten kan det sies at rettigheten har en kjerne, som kan klarlegges og er mer eller mindre stabil. Et spørsmål blir hvilken betydning en slik kjerne har.

Tanken om at rettigheter har en kjerne som ikke må overskrides er nevnt i forarbeidene til rettigheten i Grunnloven.⁶⁰⁶ Der ble det tatt opp at en begrensningshjemmel måtte oppstille et vilkår om at begrensningen «må respektere kjernen i rettigheten».⁶⁰⁷ Presiseringen er ment å få frem at begrensningen ikke kan være så omfattende at det i realiteten blir tale om å fravike rettighetene.⁶⁰⁸ Av EMD er det lagt til grunn at inngrep eller innskrenkninger «must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired».⁶⁰⁹ Uttalelsen se ut til å bygge på at rettigheter har en kjerne det ikke kan gripes inn i, selv om det i utgangspunktet er adgang til å begrense dem. Hvis kjernen ikke respekteres eller sikres i konkrete saker, foreligger det en krenkelse av rettigheten.

601 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 120.

602 EMDs dom 17. april 2018, *Guliyev og Sheina mot Russland* avsnitt 50. Også i EMDs dom 12. juni 2018, *Gaspar mot Russland* avsnitt 39, EMDs dom 17. april 2018 og EMDs dom 12. juni 2018, *Zezev mot Russland* avsnitt 34 vises det til *Jeunesse mot Nederland*.

603 General Comment nr. 3/22 avsnitt 28.

604 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.

605 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2 og kapittel 7.

606 Dok. 16 (2011–2012) s. 73.

607 Dok. 16 (2011–2012) s. 73. Se også denne bokens kapittel 7 punkt 7.2.

608 Dok. 16 (2011–2012) s. 73.

609 EMDs storkammerdom 30. juli 1998, *Sheffield og Horsham mot Storbritannia*, avsnitt 66.

Letsas legger i lys av interesseteorien til grunn at «[t]he 'core' of a right can be interpreted as the importance that certain liberties have for the promotion of certain vital interests, for instance those linked to autonomy».⁶¹⁰ Forholdsmessighetsvurderinger og lignende avveininger som må gjøres når det skal tas stilling til om en rettighet er krenket i konkrete saker, inneholder ofte en god del skjønn. For at sterke interesser skal sikres et vern, er det nødvendig med en ukrenkelig kjerne. Spørsmålet blir hvordan fastlegge en slik kjerne i barnets beste?

For å fastlegge en kjerne i barnets beste har ordlyden i bestemmelsene hvor rettighetene er inntatt, betydning. Barnets beste er imidlertid noe spesielt. Rettigheten skal ikke verne en enkelt eller en avgrenset gruppes interesser. Barnets beste verner barns *interesser*.⁶¹¹ I vurderingen og fastsettelsen av barnets beste må også de øvrige rettighetene respekteres, i den grad de gjør seg gjeldende i saken.⁶¹² Disse skal ivareta avgrensede interesser, slik rettigheter oftest skal. Alle rettighetene i BK er ansett å være til barns beste. Rettigheter som er relevante i saken, må trekkes inn i vurderingen av barnets beste og kan innvirke på avveiningen.⁶¹³ At disse respekteres og sikres, må sies å høre til kjernen av barnets beste. Barnets rett etter art. 12 står i en særstilling ettersom den henger nær sammen med barnets beste og har betydning for alle sidene av de vurderingene som må gjøres.⁶¹⁴ I slike tilfeller vil imidlertid også de andre relevante rettighetene kunne være krenket, slik som art. 12. Etter min mening må barnets beste også kunne sies å ha en selvstendig kjerne. Denne henger sammen med andre rettigheter, men det er ikke en forutsetning at andre rettigheter kommer direkte til anvendelse i den konkrete saken. Noen *interesser* er så viktige for barn at de må sies å høre til kjernen av barnets rett til å få hva som best tjener sine interesser, lagt til grunn som et grunnleggende hensyn. Det innebærer at de ikke kan overses. De må vurderes og vektlegges, og etter omstendighetene kan de være så tungtveiende at statens interesser ikke kan gå foran, uten at rettigheten er krenket. Denne tematikken utforsker jeg nærmere i de videre kapitlene.

At barnets beste, i likhet med andre rettigheter, har en kjerne, innebærer altså at det gjelder noen faste føringer på vurderings- og avveiningssiden, og at det ikke kan gripes inn i kjernen uten å krenke rettigheten. Videre bidrar kjernen til å gi ret-

610 George Letsas, «Two Concepts of the Margin of Appreciation», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006 s. 705–732 (s. 718). Rettigheters kjerne nevnes også på s. 714.

611 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.

612 Jeg behandler forholdet mellom barnets beste og de øvrige prinsippene og enkelte rettigheter nærmere i kapittel fem.

613 General Comment nr. 14 avsnitt 32, 41–45, 53–74, 77 og 79.

614 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.4 og General Comment nr. 14 avsnitt 43–45 og 53–54.

ten et innhold. Den er følgelig sentral for at barnets beste må forstås som en *materiell* rettighet.

4.4.5.3 Kan gi barnet eller dets nærmeste familie rett til å bli i Norge

At barnets beste er en materiell rettighet, med klare plikter og en fast kjerne, innebærer at barnet, eller dets nærmeste familie, i enkeltsaker kan måtte få bli i Norge. Et spørsmål i forlengelsen av dette blir hvordan barnets beste gir, eller bidrar til å gi, barnet eller dets nærmeste familie rett til opphold eller til å ikke bli utvist. Dette behandles nærmere i kapittel 6 og 7.

4.5 BARNETS BESTE SOM ET SETT PROSESSUELLE REGLER

4.5.1 Innledning

Til nå har jeg behandlet to sider av barnets beste, nemlig prinsippet og rettigheten. Barnekomiteen har imidlertid lagt til grunn at barnets beste også er «[a] rule for procedure».⁶¹⁵ Verken i BK art. 3 nr. 1 eller i GrL. § 104 annet ledd får ordlyden uttrykkelig frem noen prosessuelle forpliktelser for staten. Heller ikke i forarbeidene til GrL. § 104 annet ledd er det nevnt at barnets beste inneholder en prosessuell side. Det eksisterer imidlertid en rekke ulike prosessuelle regler og rettigheter. Disse kan være av stor betydning for individers mulighet til å håndheve sine rettigheter. Her behandler jeg i hvilken grad det kan utledes prosessuelle regler av kilder tilknyttet barnets beste. Ettersom jeg behandler to typer forvaltningssaker, drøftes spørsmålet særlig med sikte på denne typen saker. Spørsmål som gjelder domstolskontroll, behandles særskilt i kapittel 8. Dette fordi domstolskontrollen henger sammen med rettighetens karakter og innhold, som behandles nærmere i kapittel 6 og 7.

4.5.2 Skillet mellom den subjektive rettigheten og den prosessuelle siden

Plikten til å sikre rettigheter medfører at det må stilles enkelte prosessuelle krav til statene. Når komiteen omtaler barnets beste som «[a] rule for procedure», kan det imidlertid se ut til at hele rettigheten anses å være av prosessuell karakter. Ettersom

⁶¹⁵ General Comment nr. 14 avsnitt 6 (c).

barnets beste har et materielt innhold, må det i så fall være slik at en prosessuell regel kommer i tillegg til den materielle rettigheten. I komiteens nærmere beskrivelse av barnets beste er det imidlertid ikke helt enkelt å skille mellom det som sies om den materielle rettigheten, og den prosessuelle regelen. Når den materielle rettigheten omtales, legger komiteen til grunn at den også omfatter «the *guarantee* that this right will be implemented whenever a decision is to be made concerning a child, a group of identified or unidentified children or children in general» (min utheving).⁶¹⁶ Et krav til garanti kunne også vært kategorisert under den prosessuelle siden av normen. Under avsnittet om den prosessuelle regelen legger komiteen til grunn følgende:

Whenever a decision is to be made that will affect a specific child, an identified group of children or children in general, the decision-making process must include an evaluation of the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children concerned.⁶¹⁷

Disse vurderingene kunne også vært knyttet til den materielle rettigheten.⁶¹⁸ Muligens er dette poenget. En materiell rettighet og en prosessuell regel for hvordan en beslutningstaker må gå frem for å sikre rettigheten, må nødvendigvis henge nær sammen og stemme overens med hverandre.⁶¹⁹

I utgangspunktet er det mulig å skille klart mellom materielle og prosessuelle regler/rettigheter.⁶²⁰ Materielle regler og rettigheter regulerer, stiller krav og/eller angir rettigheter knyttet til *innholdet* i vedtak og andre avgjørelser. Prosessuelle regler og rettigheter skal sørge for materielt riktig resultat. Det kan være ulike rettsikkerhetsgarantier som setter krav til *hvordan* vedtak eller andre avgjørelser skal fattes, og som sikrer at individer eller andre kan vurdere hvordan avgjørelsen er truffet, eller til å overprøve avgjørelsen. Syse legger til grunn at selv om det i utgangspunktet er et klart skille mellom bestemmelser med et materielt og et prosessuelt innhold, er det enkelte bestemmelser som fremstår som prosessuelle, som

616 General Comment nr. 14 avsnitt 6 (a).

617 General Comment nr. 14 avsnitt 6 (c).

618 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.6.

619 Slik Sandberg (2016b) er inne på på s. 57.

620 En del prosessuelle regler i forvaltningsretten inneholder rettigheter og kan omtales som partsrettigheter eller prosessuelle rettigheter. Mange prosessuelle regler gir individet en rett. Partsrettigheter har de som er part etter lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker § 2 første ledd bokstav e. Partsrettigheter er for eksempel innsynsretten, rett til forhåndsvarsel, uttalerett, klagerett og rett til begrunnelse med et bestemt innhold, se Bernt og Rasmussen (2009) s. 175.

likevel har et materielt preg.⁶²¹ Han sikter da særlig til medvirkningsbestemmelser som legger føringer på hvordan rettsanvendelsen skal skje. Hvis det ikke bare er snakk om en uttalerett, men at meningen til den som uttaler seg, også skal øve innflytelse på vedtakets innhold, har retten et materielt preg.⁶²²

Beskrivelsen av medvirkningsretten kan være relevant for barnets beste. Den delen av barnets beste som innvirker på vedtakets innhold, må anses å ha et materielt preg og følgelig hører til den materielle rettigheten. Samtidig angir barnets beste også regler av betydning for fremgangsmåten ved avgjørelser som berører barn, og som dermed har et prosessuelt preg. Når barnets beste omtales som en prosessuell regel, er det nærliggende å tolke det slik at det er føringene på fremgangsmåten i saker som berører barn, det siktes til.

4.5.3 Fremgangsmåte for å treffe en avgjørelse i saker som berører barn

Ordlyden i BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 annet ledd angir rammen og gir føringer på hva som må vurderes og vektlegges i saker som berører barn, og er dermed av betydning for fremgangsmåten for *hvordan* beslutningstakeren må gå frem for å treffe en avgjørelse. Fremgangsmåten må være slik at innholdet i rettigheten blir respektert og sikret. Uttrykt på en annen måte så gir de materielle vurderingene føringer på prosessen. Et eksempel er når EMD har slått fast at myndighetene «should, in principle, *advert to and assess evidence* in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any removal of a non-national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it».⁶²³ En slik fremgangsmåte EMD her beskriver, kan være nødvendig for at avgjørelsen skal få et materielt riktig innhold i saker som berører barn.

Barnekomiteen har utdypet med at staten må «put in place formal processes, with strict procedural safeguards, designed to assess and determine the child's best interests for decisions affecting the child, including mechanisms for evaluating the results».⁶²⁴ Noe lignende er påpekt av Lotito om EUs charter art. 24 annet ledd om barnets beste.⁶²⁵ Lotito skriver at «[i]n reality, Article 24, paragraph 2, appears to

621 Aslak Syse, «En tradisjonell forståelse av materielle rettigheter i velferdsretten» i *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Oslo 2016 s. 36–56 (s. 41).

622 Syse (2016) s. 41.

623 Jeunesse mot Nederland avsnitt 109 og 120.

624 General Comment nr. 14 avsnitt 87.

625 Lotito (2010) s. 154.

contain more than an identification of an object to be protected (“the child’s best interests”), but rather an indication of a method to follow and a result to be obtained when any action is taken». Han fastslår videre at artikkelen forplikter til en bestemt metode i alle avgjørelser som berører barn.

En annen føring kan leses ut av ordlyden i BK art. 3 nr. 1 og GrL. § 104 annet ledd. At barnets beste skal være av «primary»/«grunnleggende» betydning, sier hovedsakelig noe om vekten det skal tillegges i en avveining mot motstridende interesser. Samtidig har det betydning for fremgangsmåten når det skal treffes en avgjørelse. I Maria-dommen ble det presisert at «[b]arnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen».⁶²⁶ For at barnets beste skal behandles slik, er det nødvendig at fremgangsmåten i avgjørelser sikrer dette. Barnets interesser må komme inn i prosessen på en slik måte at de kan danne utgangspunktet. Dette er retten inne på i Maria-dommen når det legges til grunn at det følger av GrL. § 104 og BK art. 3 nr. 1 «at også Høyesterett må starte sin vurdering med [barnet] og hva som er i hennes interesse».⁶²⁷

Å starte med barnets beste-vurderingene kan være nyttig for å løfte disse frem. Det kan bidra til å sikre at barnets beste blir en grunnleggende del av avgjørelsen, og ikke bare en sjekkliste som gjennomgås til slutt, etter at andre vurderinger er foretatt. Det kan også hindre at andre regler eller terskler gis et slikt innhold og så stor gjennomslagsplass at barnets beste ikke kan sies å bli behandlet som et grunnleggende hensyn. For eksempel har Høyesterett oppstilt en regel om «uvanlig store belastninger» for barna for at en utvisning av en forelder når familielivet ble etablert på et tidspunkt da oppholdsgrunnet var usikkert, skal være uforholdsmessig.⁶²⁸ I denne sammenhengen vurderes og vektet barnets beste helt til slutt, etter at terskelen er satt meget høyt for at utvisningen skal være uforholdsmessig. I lys av de øvrige rettskildene er det ikke en overraskende tilnærming, men det medfører at det blir uklart om barnets beste virkelig er behandlet som et grunnleggende hensyn, eller kun som et siste hensyn, av en lang rekke tungtveiende hensyn som taler for et annet resultat enn det som er best for barna.

Avhengig av saken og hvilke spørsmål som er tvilsomme, vil det nok likevel ikke alltid være nødvendig å starte med barnets beste. Det viktigste er at vurderingen, vektingen og avveiningen blir gjort i tråd med de kravene som gjelder, herunder at barnets beste behandles som et grunnleggende element.

Barnets beste gir altså føringer på *hvordan* beslutningstakeren må gå frem for å vurdere hva som er i et konkret barns beste interesse, vektingen av disse interes-

626 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65.

627 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 72.

628 Se HR-2019-2286-A avsnitt 91 flg.

sene og til sist hvordan foreta en avveining mellom barnets og statens interesser. Det legges dermed føringer på hvem som må høres, hvilken informasjon som må innhentes, og hva som må undersøkes nærmere. Disse føringene er nær knyttet til den materielle rettigheten. Det er derfor ikke merkelig at det kan være vanskelig å skille barnekomiteens uttalelser om rettighetssiden, fra uttalelser om de prosessuelle reglene som kan utledes av rettigheten.

4.5.4 Konkrete prosessuelle regler

4.5.4.1 Krav til begrunnelse

Individets krav til begrunnelse ved enkeltvedtak er en sentral rettssikkerhetsgaranti som sikrer etterprøvbarehet.⁶²⁹ Et krav til begrunnelse knyttet særskilt til barnets beste kan ikke utledes alene av ordlyden i BK art. 3 nr. 1 eller GrL § 104 annet ledd, men barnekomiteen har lagt til grunn at:

Whenever a decision is to be made that will affect a specific child, an identified group of children or children in general, the decision-making process must include *an evaluation of the possible impact* (positive or negative) of the decision on the child or children concerned. Assessing and determining the best interests of the child require procedural guarantees. Furthermore, *the justification of a decision* must show that *the right has been explicitly taken into account*. In this regard, States parties shall *explain how the right has been respected* in the decision, that is, what has been considered to be in the child's best interests; what criteria it is based on; and how the child's interests have been weighed against other considerations, be they broad issues of policy or individual cases. (Min utheving)⁶³⁰

Komiteen fremhever altså at vurderingen av barnets beste krever prosessuelle garantier, og det stilles *konkrete krav til begrunnelsen* i avgjørelser som berører barn. Begrunnelsen må etter komiteens mening få frem de materielle vurderingene som må gjøres, og utformes nokså detaljert.⁶³¹

I plenumsdom III la førstvoterende, som tilhørte flertallet, til grunn at det er vanskelig å se om uttalelsen fra barnekomiteen om at beslutningsprosessen må inneholde en evaluering av «the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children concerned», og hvordan «the child's interests have

629 Se Sandberg (2020b) s. 353.

630 General Comment nr. 14 avsnitt 6 (c).

631 Se General Comment nr. 14 avsnitt 97.

been weighed against other considerations», er et uttrykk for gjeldende rett eller en målsetting.⁶³² Ettersom komiteen har benyttet uttrykkene «must» og «shall», må det imidlertid antas å gi uttrykk for en oppfatning av gjeldende rett.⁶³³ Nå det gjelder den første delen av barnekomiteens uttalelse, kan den imidlertid se ut til å sikte mer til utredningen enn til begrunnelsesplikten. Ettersom en evaluering av en avgjørelses innvirkning på barnet må sies å være en sentral del av vurderingen av hva som er til det beste for barnet, vil det likevel på en eller annen måte måtte gjenspeiles av begrunnelsen.

Ut fra barnekomiteens uttalelse må altså en avgjørelse som berører barn, inneholde en forklaring på hvordan barnets beste har blitt respektert i avgjørelsen. Begrunnelsen må beskrive hva som antas å være til barnets beste, hvilke kriterier denne vurderingen er basert på, og hvordan barnets beste har blitt avveid mot motstridende interesser, herunder innvandringsregulerende hensyn.⁶³⁴

Begrunnelse er nødvendig for at en part skal kunne vurdere klage eller søksmål. Et skjerpet krav til begrunnelse er nødvendig for å rette oppmerksomheten mot barnets interesser og rettigheter, slik at risikoen for at disse overses, minskes. Dette er i tråd med et av formålene med barnets beste. I tillegg kommer det at begrunnelsen er en sentral del av domstolskontrollen, og dermed et påkrevet ledd i sikringen av retten.⁶³⁵ Begrunnelse skal følgelig sikre at barnets beste vurderes og vektlegges, og at vurderingene er etterprøvbare.

Et krav om en detaljert begrunnelse kan påvirke effektiviteten til utlendingsforvaltningen. I forarbeidene til utlendingsloven understreket imidlertid departementet «viktigheten av at forvaltningen foretar en grundig vurdering av alle sider ved barnets situasjon som kan ha betydning for saken, og at vurderingen fremkommer tydelig av vedtaket».⁶³⁶ Videre ble det uttalt at det «er særlig viktig at vedtakene synliggjør hvilke vurderinger som har vært foretatt i forhold til barns rettigheter, herunder barnets beste etter barnekonvensjonen art. 3, og hvordan hensynet til barnet er vurdert i forhold til eventuelle motstridende hensyn».⁶³⁷ Uttalelsene viser at rettssikkerhet og behovet for å sikre barns rettigheter ble vurdert å ha større betydning enn hensynet til effektivitet. Dette er nødven-

632 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 185.

633 General Comment nr. 14 avsnitt 6 (c).

634 Også etter EMDs praksis knyttet til EMK art. 8 kommer det frem at et inngrep i barnets rett må begrunnes i tilstrekkelig tungtveiende interesser, se Kaplan med flere mot Norge avsnitt 97.

635 Som det legges til grunn i Eckhoff og Smith, kan begrunnelsen ha verdi for andre myndigheter, slik som overordnede forvaltningsorgan og domstolene som overprøver vedtaket, Eckhoff og Smith (2018) s. 287. Om domstolskontroll av barnets beste, se denne bokens kapittel 8.

636 Ot.prp. nr. 75 avsnitt (2006–2007) s. 331.

637 Ot.prp. nr. 75 avsnitt (2006–2007) s. 331.

dig. Vedtak om opphold på humanitært grunnlag og utvisning griper langt inn i enkeltpersoners skjebner. Hvordan barn påvirkes, er ofte styrt av voksens valg, handlinger og generelle politiske mål. Dermed er det nødvendig med prosessuelle krav for sikring av barns rettigheter og interesser. Uten slike krav kan forpliktelsene som følger av barnets beste, lettere omgås.⁶³⁸ Strenge krav til begrunnelse er heller ikke ugjennomførbart. Annenvoterende i plenumsdom III minnet om at effektivitet gjør at det ikke kan stilles urealistiske krav til begrunnelsen, men at nyere praksis fra UNE viser at de kravene som er oppstilt, ikke er vanskelige å oppfylle.⁶³⁹

Kravene til begrunnelse ved enkeltvedtak følger av forvaltningsloven § 25. Forvaltningsloven gjelder ved vedtak om opphold på humanitært grunnlag og utvisning så fremt ikke annet følger av utlendingsloven, jf. utlendl. § 80. Som hovedregel skal det vises til de reglene og faktiske forholdene vedtaket bygger på, jf. fvl. § 25 første og annet ledd. Etter tredje ledd «bør» de hovedhensynene som har vært avgjørende for utøvingen av forvaltningsskjønnet, nevnes, men er det gitt retningslinjer for skjønnet, vil en alminnelig henvisning til disse være tilstrekkelig. Kravene som stilles, er ikke spesielt strenge. Utlendingsforskriften § 17-1a inneholder imidlertid et skjerpet kravet til begrunnelse. Etter § 17-1a første ledd skal vedtak som berører barn, få frem «hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vurdert», jf. bokstav a. Det skal også fremgå «hvilke innvandringsregulerende hensyn som er vurdert», og «avveiningen som er foretatt mellom eventuelle motstridende hensyn», jf. bokstav b og c.

Begrunnelseskravet i § 17-1a første ledd følger hovedsakelig oppbygningen av barnets beste. Av annet ledd følger det at slik begrunnelse kan unnlates hvis det «anses åpenbart unødvendig fordi hensynet til barnet uansett ikke har betydning for vedtaket, for eksempel fordi det gis oppholdstillatelse på annet grunnlag». At det må anses «åpenbart unødvendig», er et strengt krav. Etersom hva som best tjener barnets interesser, skal være grunnleggende, er det imidlertid litt uklart når barnets interesser ikke har hatt betydning. Det er jo et krav om at barnets beste skal ha hatt betydning, i en eller annen grad. Annet ledd må antageligvis forstås å gjelde der barnets beste ikke har hatt *avgjørende* betydning, men vedtaket likevel er i tråd med barnets beste. Det kan for eksempel være fordi det er innvilget opphold av en annen grunn. Det forutsetter imidlertid at det å innvilge opphold var det beste for barnet, noe det svært ofte vil være.

638 Som Sandberg skriver om art. 3 nr. 1, Sandberg (2016b) s. 69.

639 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 275.

I alle de tre plenumsdommene var det dissenser om begrunnelsen var i tråd med de kravene som gjelder.⁶⁴⁰ Da de to første plenumsdommene ble avsagt, var utlendingsforskriften § 17-1a knappere og mindre detaljert enn den någjeldende bestemmelsen.⁶⁴¹ Begrunnelse knyttet til barnets beste kunne unnlates hvis det ble ansett «unødvendig». Endringen som ble gjort, var ment som en presisering av rettstilstanden.⁶⁴² Til tross for presiseringene var det altså uenighet om kravet til begrunnelse var oppfylt i plenumsdom III.

Etter en gjennomgang av nasjonale rettskilder og barnekomiteens uttalelser oppsummerte annenvoterende, som tilhørte mindretallet i plenumsdom III, kravene til begrunnelse slik:

Det må fremgå at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn. Barnets interesser må derfor være identifisert og beskrevet, og det må foretas en vurdering av de sider ved barnets situasjon som kan ha betydning for saken. Vedtaket må vise hvordan barnets beste er avveid mot andre hensyn.⁶⁴³

En begrunnelse som oppfyller kravene som her formuleres, muliggjør en domstolkontroll som kan bidra til å sikre barnets beste.

Førstvoterende, som tilhørte flertallet, så ut til å mene at begrunnelsen kan utfylles med generelle tolkningsuttalelser. Han la til grunn når «grunngivinga skal prøvast, må det takast omsyn til forvaltningspraksis i opphaldssaker etter § 38», og viste til en rapport fra UNE.⁶⁴⁴ Vedtaket etter § 38 inneholdt ikke noe om hva som var til barnets beste. Førstvoterende mente imidlertid at «det er tilstrekkeleg at dette let seg påvise gjennom ei tolking av vedtaket».⁶⁴⁵ Han la også til grunn at de økonomiske og humanitære forholdene i Norge er så mye bedre enn i Kabul, at det ikke er nødvendig å ta inn i begrunnelsen at det er til barnas beste å bli i Norge.⁶⁴⁶ I den forbindelse viste han til både flertallets og mindretallets argumentasjon i ple-

640 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 156 (flertallet) og 211 (mindretallet), Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 44–64 (flertallet) og 108–112 (mindretallet) og Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 186–202 (flertallet) og 259–283 (mindretallet).

641 Utlendingsforskriften § 17-1a ble endret 8. desember 2014. Før endringen sto det «[i] vedtak som berører barn, skal det fremkomme hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vektlagt, med mindre det anses unødvendig».

642 Se Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 264.

643 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 273.

644 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 186.

645 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 192.

646 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 195.

numnsdom I. Vedtaket i plenumsdom I inneholdt imidlertid flere konkrete momenter knyttet til barnet.⁶⁴⁷ I vedtaket som ble behandlet i plenumsdom III, fremgikk ingen konkrete opplysninger om barna. Under flertallet i UNEs vurderinger står det at «at barnas tilknytning til riket i dette tilfellet ikke er tilstrekkelig sterk til å kunne tillegges særlig vekt ved vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn, jf. forskriften § 8-5».⁶⁴⁸ Formuleringen kan tyde på at det ble lagt til grunn at det ikke er nødvendig å vurdere hva som er til barnas beste, fordi de ikke har spesielt sterk tilknytning til Norge. Denne formuleringen, og at vedtaket er så knapt, gjør at det er uklart om det hviler på riktig forståelse av barnets beste.

I HR-2017-2376 ble det lagt til grunn at førstvoterende i plenumsdom III gir uttrykk for et relativt begrunnelseskrav.⁶⁴⁹ Det ble utdypet at begrunnelsen må tilpasses sakens art og de konkrete omstendighetene.⁶⁵⁰ Det kan nok være en regel som bidrar til effektivitet. Det er imidlertid ikke helt i tråd med hva som ble lagt til grunn i forarbeidene til utlendingsloven, hva som følger av forskriften, eller de kravene barnekomiteen har oppstilt.

Verken vurderingen, fastsettingen eller avveiningen av barnets beste kan gjøres uten å gå inn på de individuelle forholdene knyttet til barna og de konkrete forholdene i saken.⁶⁵¹ Dermed kan heller ikke konkret begrunnelse utelates til fordel for utfylling ved hjelp av generelle observasjoner om praksis fra UNE eller andre generelle antagelser. En begrunnelse som må leses i lys av generelle og ofte for partene lite tilgjengelige uttalelser om praksis, ivaretar heller ikke de hensynene en begrunnelse skal ivareta. Der er følgelig redegjørelsen til annenvoterende i plenumsdom III om hvilke krav som må stilles til begrunnelsen, som er dekkende for det som følger av de øvrige rettskildene, og som i tillegg ivaretar de hensynene en begrunnelse i saker som berører barn, skal ivareta.

I begrunnelser som berører barn, må det komme frem hvilke av de mulige utfallene av avgjørelsen som vil ivareta barnets interesser best. Videre må det forklares hvordan hva som er i det berørte barnets beste interesser, er vurdert, og i det ligger det hvilke kriterier eller momenter denne vurderingen er basert på. Videre må det fremgå hvilke innvandringsregulerende hensyn som er vurdert, og hvordan barnets beste har blitt avveid mot motstridende interesser, herunder innvandringsregulerende hensyn.

647 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 205.

648 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 189.

649 HR-2017-2376 avsnitt 48.

650 HR-2017-2376 avsnitt 48.

651 Se denne bokens kapittel 6 og 7.

Fordi barnets beste må vurderes konkret i hver sak, med utgangspunkt i det berørte barnets situasjon, må begrunnelsen også være konkret. Standardformuleringer/tekster kan ikke benyttes i en begrunnelse knyttet til barnets beste.

4.5.4.2 Når er barnet part i saken?

I likhet med begrunnelseskravet sier ikke ordlyden i BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 noe om når et barn må anses som part. Partsrettighetene som følger av forvaltningsloven, er avgrenset til de som må anses som part etter lovens § 2 første ledd bokstav e. Her følger det at en «part» er den som en avgjørelse «retter seg mot», eller som «saken ellers direkte» gjelder. Ettersom utlendingsloven ikke inneholder en egen bestemmelse om hvem som er part, reguleres det i utgangspunktet av fvl. § 2.⁶⁵² I utlendingsforskriften § 17-1 er det presisert at hvis vedtaket beror på en søknad, gjelder forvaltningslovens partsbegrep. I saker som «ikke beror på søknad», vil det imidlertid kun være den «som saken retter seg mot», som anses som part, jf. forskriftens § 17-1 første ledd annet punktum. Når vedtaket ikke beror på en søknad, er følgelig partsbegrepet ment å være noe snevrere enn ellers. Saker etter § 38 beror på søknad om opphold, mens utvisningssaker igangsettes etter initiativ fra myndighetene. Spørsmålet er når barn må regnes som part i de to sakstypene.

Et vedtak vil «rette seg mot» barnet hvis det inneholder en avgjørelse av om barnet får bli i Norge, eller ikke. I hvilke situasjoner et «vedtak direkte gjelder» et barn, er ikke like lett å fastslå. Hvis vedtaket innebærer en adskillelse mellom barnet og dets hovedomsorgspersoner, gjelder det direkte barnets rettigheter og sterke interesser. Et slikt vedtak gjelder barnet direkte. Problemet er at de fleste saker hvor det er risiko for adskillelse mellom barnet og dets hovedomsorgspersoner, er utvisningssaker, hvor det er barnets foreldre vedtaket retter seg mot. Etter forskriftsbestemmelsene er det i slike saker ikke nok at saken direkte gjelder barnet, for at det skal anses som part.

Det skjerpede kravet til begrunnelse gjelder i saker som «berører barn», og påvirkes følgelig ikke av partsstatus. Hvis barnet ikke blir ansett som part, kan det imidlertid være uklart hvilke andre prosessuelle rettigheter det har. Det er kun parter som har rett til forhåndsvarsel etter fvl. § 16, og i utgangspunktet bare parter som skal få gi uttrykk for sitt syn etter fvl. § 17. Etter utlendingsforskriften § 17-3 er det imidlertid nok at saken «vedrører» barnet, for at det skal ha rett til å bli hørt.⁶⁵³ For øvrig er det klart at barn etter BK art. 12 og Grl. § 104 første ledd har

652 Se utlendingsforskriften § 17-1.

653 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.4.4.2 om anvendelsesområdet til barns rett til å bli hørt.

rett til å bli hørt selv om de ikke er part.⁶⁵⁴ Vedtak kan påklages av personer som er part eller har «rettslig klageinteresse», jf. fvl. § 28 første ledd. Det er derfor i utgangspunktet ikke avgjørende om barnet har partsstatus, men partsstatus gjør at det ikke er nødvendig å drøfte det mer skjønsmessige kriteriet «rettslig klageinteresse». Samlet skulle det derfor tilsi at det ikke nødvendigvis har så stor praktisk betydning om barnet ikke anses som part. Samtidig vil barnet gjennom partsstatusen være synliggjort, noe som minsker risikoen for at dets interesser overses. I tillegg har Høyesterett i en kjennelse fra 2017 klart å komme til at barnet heller ikke har rettslig interesse (selvstendig søksmålsinteresse) i en forelders utvisningssak, noe som ser ut til å henge sammen med forskriftsbestemmelsen om partsstatus.⁶⁵⁵ Hadde barna blitt regnet som part i utvisningssaken, ville de helt klart ha hatt selvstendig søksmålsinteresse.⁶⁵⁶ Samtidig er gruppen av personer som har «rettslig klageinteresse» og selvstendig søksmålsinteresse videre enn partsbegrepet, noe som gjør at Høyesterett, uavhengig av forskriftsbestemmelsen, kunne kommet til at barna hadde søksmålsinteresse.

I Maria-dommen var det anført at Maria skulle vært behandlet som part i utvisningsvedtaket som rettet seg mot moren. Retten slo fast at utvisningsvedtaket rettet seg direkte mot moren, men at det grep inn i Marias familieliv.⁶⁵⁷ Videre ble det lagt til grunn at:

Det utfordrer dessuten omsorgssituasjonen på en måte som kan få helt grunnleggende betydning for Bs oppvekst og fremtid. Hun befinner seg derfor i en slik situasjon som lovens ordlyd beskriver - saken gjelder B direkte. Og hun er, så vidt jeg kan forstå dette, også berørt slik man må ha hatt i tankene da forvaltningslovens partsdefinisjon ble utformet.

Retten hadde allerede kommet til at Maria hadde rettslig interesse i saken, og det ble argumentert for at hun derfor burde hatt partsrettigheter allerede i starten av saken.⁶⁵⁸

I 2017-kjennelsen ble det uttalt følgende om Maria-dommen og partsstillingen til familiemedlemmer:

Saken gjaldt imidlertid et særegent tilfelle, der barnet ville stå uten omsorgsperson i Norge om moren ble utvist. Utlendingsforskriften § 17-1 om parts-

654 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.4.2.2.

655 HR-2017-1130-A.

656 HR-2017-1130-A avsnitt 31.

657 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 45.

658 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 46.

begrepet er ikke nærmere drøftet. Sett i lys av sakens helt spesielle faktum, sammenholdt med uttalelsene i Ot.prp.nr.75 (2006–2007) side 323 om at tidligere praksis skulle videreføres, samt det foreliggende forslaget om å lovfeste partsbegrepet i utlendingsloven § 80, kan ikke avgjørelsen i Maria-saken tas til inntekt for et generelt endret syn på reglene om hvem som er part i en utlendings-sak for forvaltningen.⁶⁵⁹

At Maria-dommen var spesiell, er kanskje riktig, men lignende saker eller problemstillinger kan dukke opp igjen. Poenget er jo at barnet rammes hardt og direkte og har sterke interesser i avgjørelsen.⁶⁶⁰ At individer selv kan håndheve rettighetene sine, er viktig. Det er derfor problematisk at forskriften avgrenser partsstatus i utvisningssaker til de vedtaket retter seg mot. Særlig gjelder det for barn fordi det ofte er barna som rammes hardest av utvisningsvedtaket. Også hvis vedtaket griper inn i andre rettigheter, kan barnet ha behov for å håndheve rettigheten sin, og med det ha behov for partsstatus. En relevant rettighet i utlendingsaker er retten til privatliv. Det er nok likevel retten til familieliv som er mest praktisk i utlendingsaker.

Barnets beste gjelder i alle saker «concerning children»/«som berører» barn, jf. art. 3 nr.1 og § 104 annet ledd.⁶⁶¹ Samme anvendelsesområde som etter BK og Grunnloven følger av EMDs praksis.⁶⁶² Barnet kan bli berørt også av vedtak som ikke retter seg mot det eller direkte gjelder barnet. Partsstatusen er følgelig snevrere enn anvendelsesområdet til barnets beste.

Ettersom barnet har en rett til å få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn, kan det stilles spørsmål om barn *bør* ha partsstatus i alle saker de blir berørt av? Et barn kan imidlertid bli berørt i nokså ulik grad. I noen saker kan vedtaket gripe langt inn barnets livssituasjon og dets interesser, mens det i andre så vidt berører dets interesser. Å gi barn partsstatus i alle sakene de blir berørt av, er neppe mulig og kunne ha hatt flere ulemper. For det første vil det innvirke på forvaltningens effektivitet. Å utvide kretsen av parter skaper merarbeid når alle partsrettighetene må overholdes. At forvaltningen ikke overbelastes, er viktig både for individer og forvaltningen selv. For det andre kunne det vært en ulempe for andre personer som vedtaket retter seg mot eller direkte gjelder. For eksempel hvis barn

659 HR-2017-1130-A avsnitt 35.

660 Se også argumentasjonen i Graver (2019) s. 401–402.

661 I EUs charter art. 24 er ordlyden litt annerledes. Her er ordlyden «[in] all actions relating to children».

662 Se for eksempel Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 135, Nunez mot Norge avsnitt 84 og Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

som kun blir lettere berørt, skulle hatt klagerett. Det er heller ikke sikkert det ville vært positivt for barn å bli gjort til part i vedtak som i liten grad berører dem selv. Dersom et barns rettigheter eller svært sterke interesser blir berørt, bør det derimot gis partsstatus.⁶⁶³

På grunn av barns sårbarhet, herunder at de risikerer at deres interesser og rettigheter blir oversett, kan de ha et stort behov for prosessuelle rettigheter. Det gjelder også når de ikke oppfyller kravene til å være part. Det er derfor positivt at barnets beste også gir føringer på prosessen og skjerper kravet til begrunnelse. Det kan bidra til å lempe på ulempene ved manglende partsstatus, blant annet i utvisningsaker.⁶⁶⁴ Når barnets beste har et videre anvendelsesområde enn partsbegrepet, innebærer det at for de prosessuelle reglene som henger sammen med rettigheten, utvides anvendelsesområdet til å gjelde også for barn som ikke anses som part.

4.5.4.3 Utlendingsmyndighetens utredningsplikt

For å kunne vurdere hva som er til et barns beste, må, som Haugli skriver, fakta-grunnlaget for avgjørelsen innhentes.⁶⁶⁵ I saker etter utlendl. § 38 og ved utvisning gjelder forvaltningsloven § 17, jf. utlendl. § 80.⁶⁶⁶ Forvaltningsorganet «skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes», jf. § 17 første ledd.

Høyesterett har lagt til grunn at utredningsplikten er relativ.⁶⁶⁷ Det innebærer at plikten er «avhengig av karakteren av saka og kva som er dei relevante spørsmåla i saka». Utredningsplikten «må tilpassast dei konkrete omstenda i saka».⁶⁶⁸ Videre har domstolen knyttet omfanget av plikten til «til vilkåra i dei aktuelle heimlane i utlendingslova».⁶⁶⁹ Det er ikke overraskende, ettersom hva som er relevant i saken, ofte avhenger av hvilken hjemmel som er aktuell. Som et generelt utgangspunkt er dette også relevant i saker som berører barn. Dette utgangspunktet må imidlertid

663 Se kapittel seks om barns sterke interesser.

664 I NOU 2019: 5 om ny forvaltningslov § 6 (3) er partsbegrepet formulert noe annerledes enn i dagens lov. Etter forslaget regnes en person som «et enkeltvedtak eller annen individuell avgjørelse kan rette seg mot», «som kan få sine rettigheter eller plikter endret som følge av en slik avgjørelse» og «som en slik avgjørelse kan innebære vesentlige ulemper eller skadevirkninger for», som part.

665 Haugli (2020) s. 62.

666 I tillegg er det presisert i utlendingsloven § 93 fjerde ledd at utlendingsmyndighetene har et «selvstendig ansvar for å innhente nødvendige og tilgjengelige opplysninger før avgjørelsen blir truffet». Bestemmelsen er plassert under overskriften «Særskilte regler for søknader om beskyttelse (asylsaker)».

667 HR-2017-2376-A avsnitt 36.

668 HR-2017-2376-A avsnitt 36.

669 HR-2017-2376-A avsnitt 37.

tilpasses at barnets beste skal være en grunnleggende faktor i avgjørelsen. At saken er så godt opplyst som mulig, er helt nødvendig for å kunne avgjøre hvilken løsning som best ivaretar barnets interesser. Utredningen må være tilstrekkelig til å sikre at rettigheten respekteres og sikres, herunder at vurderingen kan gjøres i tråd med de kravene som gjelder. I tillegg må vurderingstemaet i hjemmelen tilpasses barnets beste. Hvor grundig utredningen må gjøres, kan derfor ikke først og fremst avgjøres ut fra hjemmelen i utlendingsloven, men ut fra hva som skal til for at barnets beste respekteres og sikres. Denne vurderingen er nær knyttet til barnets situasjon og behov, altså forhold i den konkrete saken. Pobjoy er inne på at barnets beste kan skjerpe utredningsplikten når han slår fast at BK art. 3 i noen tilfeller «will require a decision-maker to look beyond the claim and/or evidence formally put forward by the applicant».⁶⁷⁰

I General Comment nr. 3/22 uttales det følgende:

The best-interests assessment should be carried out by actors independent of the migration authorities in a multidisciplinary way, including a meaningful participation of authorities responsible for child protection and welfare and other relevant actors, such as parents, guardians and legal representatives, as well as the child.⁶⁷¹

At det innhentes kunnskap og vurderinger fra uavhengige aktører når det skal tas stilling til hva som er til et barns beste, kan være en fordel. Skal det gjøres i alle saker, vil det imidlertid kunne gå på bekostning av utlendingsmyndighetens effektivitet og bli kostbart. Eventuelle ulemper ved at det ikke er en uavhengig aktør som foretar vurderingen, kan avhjelpes av at barnets beste er en rettighet, med et bestemt innhold og som pålegger staten konkrete plikter. Når disse pliktene utpensles gjennom tolkninger rettet mot konkrete sakstyper, gir det er vern til barnets interesser, selv om den som foretar vurderingene, ikke er uavhengig.

Under henvisning til § 17 uttales det i forarbeidene til utlendingsloven at for å ta stilling til barnets beste må myndighetene vurdere behovet for å innhente supplerende opplysninger.⁶⁷² Videre legges det til grunn at UDI og UNE må vurdere om det er behov for å innhente uttalelser fra eksterne, og her nevnes helsefaglige uttalelser, barnevern og skole som eksempler.⁶⁷³ I tillegg nevnes barnets rett til å bli hørt.⁶⁷⁴

670 Pobjoy (2015) s. 345.

671 General Comment nr. 3/22 avsnitt 32 (c).

672 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159.

673 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159.

674 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159.

Barnet rett til å bli hørt må respekteres og sikres i alle saker. I § fvl. 17 første ledd er det presisert at det må påses at mindreårige har fått uttrykt sitt syn. Barnets mening skal altså bidra til at saken blir så godt opplyst som mulig. Når det i vurderingen av hva som er til barnets beste, skal tas utgangspunkt i det berørte barnet, er dette helt nødvendig. I tråd med dette følger det av utlendingsforskriftens 17-3 at barnets mening må være en del av faktagrunnlaget for at saken skal være tilstrekkelig opplyst.⁶⁷⁵

I HR-2017-2376 ble det at faren og sønnen ikke hadde motstridende interesser, trukket frem som et argument for at det ikke var en mangel ved utredningen at barnet ikke var hørt.⁶⁷⁶ I en barnets beste-vurdering kan imidlertid ikke dette være av særlig stor betydning. Hvorvidt barnet har samme interesser som foreldrene, kan ikke vurderes uten å ta stilling til hvilke interesser barnet har. I tillegg må det, uavhengig av foreldrenes interesser, tas stilling til hva som best tjener barnets interesser, og hvor tungtveiende interesser barnet har. Barnets mening vil være sentral selv om det i utgangspunktet ikke ser ut til å være motstridende interesser hos barn og forelder.

Barnekomiteen har også nevnt at tidsperspektivet er viktig, og at saken må behandles effektivt.⁶⁷⁷ Det er et viktig poeng. Lang saksbehandlingstid kan være mer belastende for barn enn for voksne. Effektivitet er positivt også for utlendingsmyndighetene. Samtidig kan grundig utredning ta tid. Det kan påvirke saksbehandlingstiden. Det kan også andre forhold, herunder hvordan barnets foreldre bidrar til sakens opplysning og sakens karakter.

Et annet poeng er at faktagrunnlag ikke kan fastsettes en gang for alle. Haugli har trukket frem at fordi «innholdet i barnets beste, hvilke behov og interesser barn har, forandrer seg og ikke er gitt en gang for alle, bør det stilles krav til innhenting av *aktuell forskning, studier, statistikk og kartlegging på området*» (min utheving).⁶⁷⁸ Dane har i lignende baner fremhevet at en vurdering av hva som er til barnets beste, skal baseres på beviste erfaringer samt kunnskap og forskning.⁶⁷⁹ Hun presiserer at kunnskapen må søkes utenfor rettskildene, og at det vil forekomme endringer i takt med ny forskning og kunnskap.⁶⁸⁰ Det er jeg enig i. Retten kan ikke fungere løsrevet fra samfunnet. Rettskildene må være tilpasset at vurde-

675 Bestemmelsen er gitt med hjemmel i utlendl. § 81 annet ledd, som slår fast at «[k]ongen skal gi regler i forskrift om barns rett til å bli hørt i saker som vedrører det etter utlendl., jf. fvl. § 17 første ledd og BK art. 12».

676 HR-2017-2376-A avsnitt 43.

677 General Comment nr. 14 avsnitt 93.

678 Haugli (2020) s. 62.

679 Dane (2015) s. 193 og 197. Se også Kalverboer med flere (2017).

680 Dane (2015) s. 197.

ringen ikke kan styres fullt og helt av nettopp rettskilder. For temaet her er det også et poeng at situasjonen i landene barnet risikerer å måtte bosette seg i, kan endres, noen ganger til det verre, og andre ganger til det bedre. Det vil kunne påvirke vurderingen av hva som er til dets beste.

Mine tolkninger bygger på en helhetlig, rettighetsbasert tilnærming, ettersom det er det jeg som rettsforsker særlig kan bidra med. I konkrete saker kan vurderingen måtte utfylles ved hjelp av andre fag og forskning, slik som for eksempel medisin. Utlendingsmyndighetene må også legge til grunn oppdatert landinfo.

4.6 VEIEN VIDERE

Barnets beste har, som det følger av punktene ovenfor, tre sider: et generelt prinsipp, en materiell rettighet og angir et sett prosessuelle regler. I de neste tre kapitlene er det hovedsakelig den materielle rettigheten som behandles. Det er imidlertid en nær sammenheng mellom de ulike sidene av barnets beste, slik at også de andre to sidene berøres i noen grad.

5. Andre sentrale rettigheters forhold til barnets beste

5.1 INNLEDNING

Menneskerettighetene er gjensidig avhengige av hverandre. De forsterker, støtter seg til og utfyller hverandre.⁶⁸¹ Tidvis må de avveies mot hverandre. Slik er også forholdet mellom barnets beste og andre menneskerettigheter. Det foregår en *gjensidig påvirkning* mellom barnets beste og andre rettigheter. Denne vekselvirkningen er temaet her.

Selv innenfor avgrensede sakstyper, slik som opphold på humanitært grunnlag og utvisning, kan en rekke ulike rettigheter være relevante. Alle rettigheter kan ikke behandles her. Det er følgelig nødvendig å velge ut noen for nærmere behandling. Her har jeg valgt ut rettigheter som er sentrale fordi de, på ulike måter, er *grunnleggende*, og *ofte relevante* i de to sakstypene jeg behandler.⁶⁸² Rettighetenes grunnleggende karakter kommer jeg tilbake til i den videre fremstillingen.⁶⁸³ Jeg starter med de rettighetene, som sammen med barnets beste, regnes som generelle prinsipper av barnekomiteen.⁶⁸⁴ Dette er barns rett til ikke-diskriminering, rett til liv, overlevelse og utvikling og rett til å bli hørt og få sin mening tillagt vekt.⁶⁸⁵ Til sist behandler jeg barns rett til familie- og privatliv.

681 Se denne bokens kapittel 2 punkt 2.4.4.

682 Noen av de rettighetene som behandles her, er såkalte paraplyrettigheter, hvor det å innvirke på andre rettigheters vern av interesser er en sentral funksjon. Noen av rettighetene jeg behandler i dette kapittelet, kan spaltes opp i flere ulike selvstendige rettigheter, for eksempel retten til privatliv, hvor retten til å få bevare sin identitet og herunder statsborgerskap, kan innfortolkes. Se Rt. 2015 s. 93 avsnitt 70, Kjølbros (2020) s. 859 og 872–783 og Karin De Vries, «Right to Respect for Private and Family Life», i *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave, Mortsels 2017 s. 667–734 (s. 680).

683 Hvilke rettigheter som må regnes som grunnleggende rettigheter eller grunnrettigheter, kan varieres og avgrenses på ulike måter. Se for eksempel Bendiksen (2008) s. 97–99 om formell og materiell avgrensning.

684 Om barnets beste som generelt prinsipp, se denne bokens kapittel 4 punkt 4.3.

685 Også art. 5 kunne fortjent en nærmere behandling, se Hanson og Lundy (2017) og Elaine E. Sutherland, «The Enigma of Article 5 of the United Nations Convention on the Rights of the Child», *International Journal of Children's Rights*, 2020 s. 447–470 (s. 449). Når det ikke er gjort, skyldes det at for hovedproblemstillingene i denne avhandlingen er de fire prinsippene i art. 2, 3, 6 og 12 av større betydning.

Flere av rettighetene finnes, med noen nyanseforskjeller, i ulike konvensjoner og i Grunnloven. En fremstilling av alle vil bli omfattende og generell. For mitt tema er det mest interessant å se på de versjonene av rettighetene som gjelder særskilt for barn. Hovedvekten av fremstillingen ligger derfor på rettighetene slik de følger av BK, med unntak av retten til familie- og privatliv. Ettersom EMD har dømt Norge for krenkelse av retten til familieliv i flere utlendingssaker som berørte barn, er det nødvendig å gå noe nærmere inn på rettighetene slik de følger av EMK art. 8.

Rettighetene som her behandles, kan, i likhet med andre rettigheter, påvirke vurderingen og vektingen av hva som er barnets beste interesser i konkrete saker, slik som saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Denne innvirkningen behandles i kapittel 6. Der er det vurderingen og vektingen av barnets beste som er gjenstand for analyse, og de øvrige rettighetene anvendes i analysen.

5.2 BARNES RETT TIL Å IKKE BLI DISKRIMINERT

5.2.1 Innledning

Retten til å ikke bli diskriminert springer ut av et grunnleggende internasjonalt prinsipp og er i ulike former kodifisert både i internasjonale konvensjoner og nasjonale lover.⁶⁸⁶ BK art. 2 nr. 1 slår fast at statene «shall respect and ensure *the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind*, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status».⁶⁸⁷ Ordlyden får frem at barn har rett til å få sine konvensjonsfestede rettigheter, og følgende barnets beste, respektert og sikret, uten diskriminering av noe slag. I SP er art. 2 nr. 1 og art. 26 relevant. Førstnevnte artikkel har nesten lik ordlyd som BK art. 2 nr. 1, mens art. 26 slår fast at alle er like for loven. I EMK art. 14 er det med lignende ordlyd som i BK og SP fastslått at «[t]he *enjoyment of the rights and freedoms*

686 Se BK art. 2, GrL. § 98, EMK art. 14, SP art. 2, 3, 24 nr. 1 og 26, ØSK art. 2 nr. 2 og 3, EUs charter art. 21, 22 og 26, Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women 18. desember 1979 (konvensjonen for avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner) og lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering. Menneskerettskomiteen har uttalt at «[n]on-discrimination, together with equality before the law and equal protection of the law without any discrimination, constitute a *basic and general principle relating to the protection of human rights*» (min utheving), Human Rights Committee, General Comment nr. 18, *Non-discrimination*, 10. november 1989 avsnitt 1.

687 I BK art. 2 nr. 2 er det slått fast ytterligere forpliktelser for staten.

set forth in this Convention shall be *secured without discrimination* on any ground [...]». Ordlyden er svært lik BK art. 2 nr. 1.⁶⁸⁸

Likheten mellom de ulike ikke-diskrimineringsrettighetene innebærer at for eksempel rettskilder knyttet til SP art. 2 nr. 1 kan være relevante ved tolkningen av BK art. 2 nr. 1. Imidlertid retter BK seg særskilt mot barn som risikerer ulike typer barnespesifikk diskriminering.⁶⁸⁹ Som Besson og Kleber skriver, kan derfor ikke art. 2 «be conflated with a general non-discrimination clause in a general human rights instrument».⁶⁹⁰ I noen sammenhenger viser likevel barnekomiteen til kilder knyttet til andre menneskerettighetskonvensjoner, noe som antageligvis henger sammen med at en del spørsmål vil være like. For noen sider av ikke-diskrimineringsretten er det derfor klart at rettskildene har overføringsverdi.

Ordlyden i Grl. 98 skiller seg fra BK art. 2 nr. 1 og EMK art. 14. Av § 98 først ledd følger det at «[a]lle er like for loven». I annet ledd står det at ingen «må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». Bestemmelsen verner altså mot forskjellsbehandling som er usaklig eller uforholdsmessig. Vernet knyttes ikke opp mot andre rettigheter og er følgelig generelt. Ordlyden i BK art. 2 nr. 1 og EMK angir på sin side såkalte aksessoriske diskrimineringsforbud. Her knyttes ikke-diskrimineringsretten opp mot de øvrige rettighetene i konvensjonene.⁶⁹¹ Også etter BK og EMK er vernet mot diskriminering vidtrekkende, blant annet fordi konvensjonene inneholder en lang rekke ulike rettigheter.

5.2.2 Diskriminering etter BK art. 2 nr. 1

Diskriminering sikter til at noen er blitt behandlet mindre gunstig enn andre i en lignende situasjon, altså at det har funnet sted en negativ forskjellsbehandling.⁶⁹²

688 Se imidlertid Abramson (2008) s. 55–64 om EMDs praksis.

689 Samantha Besson og Eleonor Kleber, «The Right to Non-Discrimination», i *The UN Convention on The Rights of the Child. A Commentary*, Oxford 2019, s. 41–72 (s. 46).

690 Besson og Kleber (2019) s. 48.

691 Se Dok. 16 (2011–2012) s. 141 og Frøydis Heyerdahl, «Retten til ikke-diskriminering» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utgave, Oslo 2020 s. 34–54 (s. 39). Etter art. 2 nr. 2 skal staten sikre barnet mot «all forms of» diskriminering eller straff som følge av forhold knyttet til foreldre, verge eller familiemedlemmer. I BK art. 2 nr. 2 gis det altså et *generelt* vern mot diskriminering innenfor anvendelsesområdet til dette leddet.

692 Se Menneskerettskomiteens General Comment nr. 18 avsnitt 6–7, EMDs storkammerdom 24. mai 2016, *Biao mot Danmark* avsnitt 89, Katre Luhamaa, Marit Skivenes og Karl Harald Søvig, «Discrimination Against Children», i *Child Rights and International Discrimination Law. Implementing Article 2 of the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Routledge 2019 s. 1–22 (s. 1) med videre henvisninger og Menneskerettskomiteens General Comment nr. 18 avsnitt 6–7.

Diskriminering omfatter normalt «any distinction, exclusion, restriction or preference or other differential treatment that is directly or indirectly based on the prohibited grounds of discrimination and which has the intention or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of Covenant rights».⁶⁹³ Altså ikke bare forskjellsbehandling i snever betydning, men også utelukkelse eller utestengelse, begrensning og begunstigelse som er basert på noen av diskrimineringsgrunnlagene. En slik forståelse gir et vern som er i tråd med at staten har både negative og positive forpliktelser.

Ordlyden i BK art. 2 nr. 1 inneholder ikke noe uttrykkelig krav om diskriminerende *hensikt*. Menneskerettsdomstolen har lagt til grunn at art. 14 også indirekte diskriminering, «which does not necessarily require a discriminatory intent», omfattes.⁶⁹⁴ Dette er viktig for at rettigheten effektivt skal sikres, ettersom det kan være vanskelig å bevise en diskriminerende hensikt. Hvis tilfeller hvor det ikke er enkelt å bevise en diskriminerende hensikt, omfattes, vil rettigheten i større grad kunne sikre at barn ikke blir utsatt for skjult diskriminering.⁶⁹⁵

Som det fremgår av ordlyden i BK art. 2 nr. 1, inneholder diskriminering flere elementer enn at det er funnet sted en forskjellsbehandling. Ordlyden knytter forskjellbehandlingen til statens plikt til å «respect and ensure» rettighetene i konvensjonen. Rettighetene i konvensjonen må respekteres, beskyttes og oppfylles uten diskriminering. De positive forpliktelsene innebærer også at staten har en plikt «to take affirmative action in order to diminish or eliminate conditions which cause or help to perpetuate discrimination prohibited by the Covenant».⁶⁹⁶ Positiv forskjellsbehandling for å oppnå likebehandling er lovlig og kan være påkrevd.⁶⁹⁷ Som barnekomiteen har uttalt, må staten «ensure effective equal opportunities for

693 Konvensjonen for avskaffelse av alle former for vold mot kvinner art. 1, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment nr. 20, *Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 2. juli 2009 (ØSK-komiteens General Comment nr. 20) avsnitt 7 og menneskerettskomiteens General Comment nr. 18 avsnitt 7. Se også Abramsons diskusjon om begrepene «distinction» og «discrimination» i Abramson (2008) s. 24–25.

694 Biao mot Danmark avsnitt 103. I dommen uttales det at ettersom regelen hadde en indirekte diskriminerende effekt, var det opp til danske myndigheter å «put forward compelling or very weighty reasons unrelated to ethnic origin if such indirect discrimination is to be compatible with Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention», avsnitt 114. Se også General Comment nr. 21 avsnitt 26, ØSK-komiteens General Comment nr. 20 avsnitt 12.

695 Abramson beskriver «covert discrimination» i Abramson (2008) s. 50.

696 Menneskerettskomiteens General Comment nr. 18 avsnitt 10, se også kommentarens avsnitt 8. Barnekomiteen har fremhevet at «the application of the non-discrimination principle of equal access to rights does not mean identical treatment». General Comment nr. 5 avsnitt 12.

697 General Comment nr. 5 avsnitt 12, General Comment nr. 6 avsnitt 18 og Dok. 16 (2011–2012) s. 142.

all children to enjoy the rights under the Convention. This may require positive measures aimed at redressing a situation of real inequality.»⁶⁹⁸ For eksempel kan barn som av ulike grunner er sårbare, behandles annerledes for å sikre deres særskilte behov.⁶⁹⁹ Som Van Bueren skriver, må art. 2 nr. 1 omfatte både forskjellsbehandling mellom barn og voksne, og mellom barn.⁷⁰⁰

Videre er forskjellbehandlingen knyttet opp mot ulike diskrimineringsgrunnlag. I BK er følgende diskrimineringsgrunnlag uttrykkelig nevnt: «[T]he child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth.» Ordlyden «or other status» (min utheving) viser at opplistingen ikke er uttømmende. Formuleringen annen «status» ser ut til å peke tilbake på de grunnlagene som er listet opp, ettersom de omfatter forhold knyttet til barnets eller forelderens «status».⁷⁰¹ Det tilsier at lignende grunnlag er relevante. Abramson slår fast at ikke ethvert mulig grunnlag kan oppfattes, ettersom det ville ført til absurde resultat, men at det må vurderes i sammenheng med opplistingen i bestemmelsen.⁷⁰² Han legger til at «[n]ew grounds can thus be added through the process of interpretation, on the condition that they bear a sufficient similarity to the specified characteristics».⁷⁰³ Tolkningen hans er i tråd med ordlyden og egnet til å fange opp eventuelle utviklingstrekk i samfunnet og retten, og følgelig i tråd med at rettighetene må tolkes dynamisk. Noen grunnlag barnekomiteen har trukket frem, som er særlig relevante for temaet i boken, er «the status of a child as being unaccompanied or separated, or as being a refugee, asylum-seeker or migrant».⁷⁰⁴

Basert på ordlyden i BK art. 2 nr. 1 og en uttalelse fra FNs menneskerettskomite kommer Abramson med følgende definisjon på diskriminering:⁷⁰⁵ «A distinction based on the grounds of race, colour, sex [etc.], which impairs the enjoyment of rights.»⁷⁰⁶ Han får med det frem at diskriminering etter BK art. 2 nr. 1 inneholder *tre elemen-*

698 General Comment nr. 14 avsnitt 41.

699 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.11 om sårbarhet.

700 Van Bueren (1998) s. 40.

701 Menneskerettsdomstolen har benyttet begrepene «identifiable characteristic» eller «status». Generelt har «other status» blitt tolket vidt, se *Bia mot Danmark* avsnitt 89, hvor det også legges til grunn at diskrimineringsgrunnlaget ikke trenger å være «characteristics which are personal in the sense that they are innate or inherent».

702 Abramson (2008) s. 27–28.

703 Abramson (2008) s. 28.

704 General Comment nr. 6 avsnitt 18.

705 Menneskerettskomiteens General Comment nr. 18 avsnitt 7. Også Van Bueren anser menneskerettskomiteens kommentarer relevante i fravær av kommentarer fra barnekomiteen, Van Bueren (1998) s. 40.

706 Abramson (2008) s. 19. For en litt annen tilnærming til elementene, se Besson og Kleber (2019) s. 60.

ter. Det er noe uenighet om det eksisterer et fjerde element.⁷⁰⁷ Et fjerde element vil innebære at retten til å ikke bli diskriminert ikke er absolutt, men at det åpnes for en avveining/forholdsmessighetsvurdering og/eller en saklighetsvurdering.

Ordlyden til art. 2 gir ikke alene holdepunkter for et fjerde element. Som Abramson påpeker, kan heller ingen av de andre måtene som FN benytter for å markere at en rettighet ikke er absolutt, gjenfinnes i tilknytning til art. 2 nr. 1.⁷⁰⁸

Barnekomiteen har kommet inn på ikke-diskrimineringsretten i tilnærmet alle sine kommentarer. I de fleste uttalelsene kommer likevel ikke komiteen direkte inn på hva som regnes som diskriminering. I General Comment nr. 1 uttalte komiteen at «[d]iscrimination on the basis of any of the grounds listed in article 2 of the Convention, whether it is overt or hidden, offends the human dignity of the child».⁷⁰⁹ Videre har komiteen uttalt at «[s]tates parties have the obligation to ensure that all human beings below 18 enjoy all the rights set forth in the Convention without discrimination».⁷¹⁰ Uttalelsene kan tyde på at rettigheten anses å være absolutt. Om enslige barn har komiteen imidlertid uttalt følgende under overskriften «Non-discrimination (art. 2)»:

Policing or other measures concerning unaccompanied or separated children relating to public order are only permissible where such measures are based on the law; entail individual rather than collective assessment; comply with the principle of proportionality; and represent the least intrusive option». (Min utheving)⁷¹¹

Her blir altså proporsjonalitet nevnt. Uttalelsen kan forstås som at det åpnes for en avveining, altså at rettigheten ikke er absolutt. Den er imidlertid ikke entydig.

707 Se Abramson (2008) s. 19, 20, 25 og 30, som er av den oppfatning at det ikke er et fjerde element. Andre har trukket frem at en forskjellbehandling kun utgjør diskriminering når den mangler et legitimt formål og ikke er basert på rimelige og objektive kriterier, se for eksempel Kirsten Sandberg, «Barnekonvensjonens vern mot sammensatt diskriminering», i *Like rettigheter – ulike liv. Rettslig kompleksitet i kvinne-, barne- og innvandringsperspektiv*, Oslo 2014 s. 69–149 (s. 69 og 72) og Heyerdahl (2020) s. 41. I EMDs praksis er det slått fast at forskjellsbehandling i noen tilfeller kan forsvares etter en nærmere vurdering av saklighet og proporsjonalitet, se for eksempel Biao mot Danmark avsnitt 90. Ettersom ordlyden i EMK art. 14 og BK art. 2 nr. 1 er svært lik og EMDs praksis ofte tillegges stor autoritet, kan det være at det fjerde elementet stammer fra EMDs tolkning av art. 14.

708 Abramson (2008) s. 41.

709 General Comment nr. 1 avsnitt 10.

710 General Comment nr. 4 avsnitt 6. Se også uttalelsene i Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 15, *on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24)*, 17. april 2013 avsnitt 56 og General Comment nr. 4/23 avsnitt 60.

711 General Comment nr. 6 avsnitt 18.

Uttalelsen omhandler ikke direkte hva som er diskriminering, men når det kan gjøres ulike tiltak overfor enslige barn for å ivareta offentlig orden. I slike tilfeller vil ofte retten til privatliv eller andre rettigheter berøres, og etter mange av rettighetene gjelder det et krav om forholdsmessighet ved begrensninger. Når komiteen slår fast at slike tiltak utelukkende må være basert på individuelle vurderinger, vil tiltaket oftest ikke være basert på et diskrimineringsgrunnlag. Er ikke tiltaket basert på et diskrimineringsgrunnlag, foreligger ikke diskriminering etter BK art. 2.

I General Comment nr. 20 er komiteen derimot noe tydeligere. Her uttales det at «[s]tates are reminded that not every differentiation of treatment will constitute discrimination, if the criteria for such differentiation are *reasonable* and *objective* and *if the aim is to achieve a purpose that is legitimate* under the Convention». ⁷¹² Kriteriene begrunnes eller drøftes ikke nærmere. ⁷¹³ Hvilke legitime formål det siktes til, er ikke helt klart. Antageligvis er det de formål som er ramset opp i enkelte artiklers begrensningshjemler. ⁷¹⁴ Komiteen har i en nyere kommentar uttalt at «[a]ny differential treatment of migrants shall be *lawful* and *proportionate*, in *pursuit of a legitimate aim* and *in line with the child's best interests* and *international human rights norms* and standards» (Min utheving). ⁷¹⁵ Her benyttes andre formuleringer, og i tillegg er det føyd til to kriterier. At alle avgjørelser som berører barn, må være i tråd med barnets beste, er klart, jf. BK art. 3 nr. 1. I tillegg må, som ellers, andre menneskerettigheter overholdes. Videre uttalte komiteen i den etterfølgende setningen at «[s]imilarly, States parties should ensure that migrant children and their families are integrated into receiving societies through the effective realization of their human rights and access to services in an equal manner with nationals». ⁷¹⁶ Her er det ikke tatt noen forbehold. Komiteen har altså i to uttalelser kommet inn på at ikke all forskjellsbehandling er diskriminering, og da trukket inn et krav om proporsjonalitet og andre kriterier.

Abramson har pekt på at å behandle rettigheten i BK art. 2 som absolutt, harmonerer best med dens funksjon. ⁷¹⁷ I tillegg har han trukket frem rettighetens karakter av å være en «umbrella right». Som det fremgår av ordlyden, knyttes rettigheten opp mot vernet av de øvrige rettighetene i konvensjonen. Abramson har lagt til grunn at hvis det skulle være tillatt med en avveining, ville det medføre at staten i utgangspunktet kunne gjøre inngrep i alle rettigheter, basert på rase, kjønn osv.

712 General Comment nr. 20 avsnitt 21.

713 I en note henvises det til en uttalelse fra menneskerettskomiteen.

714 Se for eksempel BK art. 13 nr. 2 (a) og (b) og 14 nr. 3.

715 General Comment nr. 3/22 avsnitt 22.

716 General Comment nr. 3/22 avsnitt 22.

717 Abramson (2008) s. 42–43.

Abramson har nevnt noe lignende i tilknytning til barnets beste. Han skriver at BK art. 3 nr. 1 ikke kan være en materiell rettighet, fordi «then it will function as a derogation clause to all of the sectoral rights, including freedom from torture».⁷¹⁸

Jeg er ikke enig i at å åpne for en avveining vil innebære en adgang til å gjøre inngrep i alle rettigheter. Jeg er heller ikke enig i at barnets beste, som inneholder en avveiningsside, av samme grunn ikke kan anses å være en materiell rettighet. Menneskerettigheter er *gjensidig* avhengige av hverandre, de må tolkes i lys av hverandre, og det ikke er noe hierarki mellom dem. Det er ikke slik at en paraplyrettighet, med en avveiningskarakter, innvirker på en absolutt rettighet slik at den ikke lenger er absolutt. Her må paraplyrettigheten tolkes i lys av den absolutte rettigheten. Den rettigheten som gir barnets interesser *sterkest* og mest effektivt vern i form av å være absolutt, må bli avgjørende. Ettersom absolutte rettigheter nødvendigvis må være klarere avgrenset enn rettigheter med en avveiningsside, vil sistnevnte rettighet ofte verne barnets interesser i saker hvor de absolutte ikke kommer til anvendelse. Vernet kan være svakere, ved at statens interesser etter en avveining kan bli avgjørende, men det rekker videre. Uavhengig av om det er rom for en forholdsmessighets- og saklighetsvurdering, så vil ikke staten kunne forskjellsbehandle et barn på en slik måte at en absolutt rettighet ikke respekteres eller sikres.

FNs menneskerettskomité har uttalt følgende om SP art. 2 nr. 1 og art. 26: «[T]he Committee observes that not every differentiation of treatment will constitute discrimination, *if the criteria for such differentiation are reasonable and objective* and if the *aim is to achieve a purpose which is legitimate under the Covenant*» (min utheving).⁷¹⁹ Det spesifiseres ikke i om uttalelsen knytter seg til SP art. 2, art. 26 eller til begge. Uttalelsen fra barnekomiteen som er sitert ovenfor, er altså hentet nokså ordrett fra menneskerettskomiteens kommentar.

Komiteen for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter har uttalt at «[d]ifferential treatment based on prohibited grounds will be viewed as discriminatory unless the justification for differentiation is reasonable and objective».⁷²⁰ Komiteen har videre utdypet at dette «will include an assessment as to whether the aim and effects of the measures or omissions are legitimate, compatible with the nature of the Covenant rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society».⁷²¹ Også her legges det altså til grunn at forskjellsbehandling kan rettfærdiggjøres etter nærmere kriterier.

718 Abramson s. 66, note 90.

719 Menneskerettskomiteens General Comment nr. 18 avsnitt 13.

720 ØSK-komiteens General Comment nr. 20 avsnitt 13.

721 ØSK-komiteens General Comment nr. 20 avsnitt 13.

At ikke all forskjellsbehandling er i strid med retten i BK art. 2 nr. 1, er klart. Det er kun den forskjellsbehandlingen som inneholder alle elementene i rettigheten, som omfattes. For noen av diskrimineringsgrunnlagene angitt i artikkelen kan vanskelig en negativ forskjellsbehandling være saklig eller forholdsmessig, for eksempel rase, hudfarge og etnisk opprinnelse. En negativ forskjellsbehandling basert på et slikt grunnlag er usaklig og uforholdsmessig. Her er det altså ikke rom for avveining. Oppramsingen i BK art. 2 inneholder imidlertid mange ulike grunnlag og er heller ikke uttømmende. Absolutte rettigheter forutsetter i utgangspunktet en skarp avgrensing. Noen slik avgrensing har ikke BK art. 2. Noen av grunnlagene kan i gitte situasjoner anses å være objektive, og følgelig legitime. I så tilfelle kan forholdsmessighetskravet bidra til å sikre individets sterke interesser. I en slik vurdering er det av betydning om forskjellsbehandlingen berører en absolutt rettighet. Absolutte rettigheter stenger for inngrep uavhengig av objektivitet og forholdsmessighet. I det følgende behandles forholdet mellom art. 2 og andre rettigheter noe nærmere.

5.2.3 Forholdet mellom artikkel 2 og andre rettigheter

Som nevnt kobler ordlyden i BK art. 2 ikke-diskrimineringsretten til statens plikt til å respektere og sikre de øvrige rettighetene i konvensjonen. Menneskerettskomiteen har lagt til grunn at diskriminering omfatter forskjellsbehandling basert på et diskrimineringsgrunnlag «which has *the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise*» av rettighetene og frihetene.⁷²² Det er altså snakk om et *svekket rettighetsvern*, enten i tilknytning til statens positive eller negative forpliktelser. Begrepet «impairing» viser at komiteen ikke anser det som et krav at rettigheten må være krenket. Også i EMDs praksis er det lagt til grunn at «[t]he application of Article 14 does not necessarily presuppose the violation of one of the substantive rights guaranteed by the Convention».⁷²³ Det er «necessary

722 Menneskerettskomiteens General Comment nr. 18 avsnitt 6.

723 Biao mot Danmark avsnitt 88. Domstolen har uttalt at: “The application of Article 14 does not necessarily presuppose the violation of one of the substantive rights guaranteed by the Convention. The prohibition of discrimination in Article 14 thus extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms which the Convention and Protocols require each State to guarantee. It applies also to those additional rights, falling within the general scope of any Article of the Convention, for which the State has voluntarily decided to provide. It is necessary but it is also sufficient for the facts of the case to fall within the ambit of one or more of the Convention Articles [...]”, Biao mot Danmark avsnitt 88 med videre henvisninger. Det er følgelig tilstrekkelig at forskjellsbehandlingen rammer et saksområde som er beskyttet av konvensjonen. Heyerdahl legger til grunn at det samme må gjelde for BK art. 2, Heyerdahl (2020) s. 40.

but it is also sufficient for the facts of the case to fall within the ambit of one or more of the Convention Articles». ⁷²⁴

Når det i BK art. 2 nr. 1 står at staten skal «respect and ensure the rights [...]» (min utheving), tydeliggjøres statens positive forpliktelser, noe som taler for at det ikke er krav om krenkelse av en annen rettighet. Statens plikt til å sikre og oppfylle rettighetene er en progressiv plikt. Plikten er fremtidsrettet. ⁷²⁵ Hvis art. 2 nr. 1 skulle blitt tolket slik at en annen rettighet isolert sett måtte vært krenket, ville det gjort rettigheten mindre effektiv og vanskeliggjort en oppfyllelse av sikringsplikten. Et annet poeng er at mange av rettighetene i BK inneholder en avveiningsside og følgelig ikke er absolutte. Det må foretas en avveining mellom individets og statens interesser før det kan konkluderes med at rettigheten er overtrådt i en konkret sak. Ikke-diskrimineringsretten kan innvirke på den avveiningen, slik at det foreligger krenkelse, selv om staten i utgangspunktet hadde mulighet til å vektlegge egne interesser. Artikkel 2. nr. 1 innebærer at enkelte interesser ikke er legitime i en avveining. ⁷²⁶

I tillegg er det, som Abramson skriver, mer presist å benytte uttrykket *interesser* fremfor rettigheter. Abramson slår fast at diskriminering er en forskjellsbehandling basert på et diskrimineringsgrunnlag, slik som rase og kjønn, som «imparing an interest [...] that is protected by a sectoral right». ⁷²⁷ Som han påpeker, skal rettigheter ivareta interesser, og han benytter begrepet for å «refer to the particular aspect of human dignity that is being injured» som følge av forskjellsbehandlingen. ⁷²⁸ Et skifte til vern av interesser beskyttet av rettigheter gjør at ikke-diskrimineringsretten kan fungere effektivt også for rettigheter som åpner for en avveining mellom individets og statens interesser.

Med interessebegrepet kommer koblingen til barnets beste klart frem. Barnets beste verner interesser og er en subjektiv rettighet som er kodifisert i BK. Alle rettighetene i konvensjonen, og de interessene de skal verne, er i utgangspunktet til barns beste. Rettigheten i BK art. 3 nr. 1 gjør det klart at en eller flere av de andre rettighetene i konvensjonen ikke trenger å være konstatert krenket for at ikke-

724 Biao mot Danmark avsnitt 88.

725 I General Comment nr. 4/23 avsnitt 60 uttales det for eksempel at «the principle of non-discrimination obliges States to provide available services to every child without discrimination on the basis of their migration status or other prohibited ground» (min utheving). Barnekomiteen har også vist til en uttalelse fra menneskerettskomiteen om «the importance of taking special measures in order to diminish or eliminate conditions that cause discrimination» (min utheving), General Comment nr. 5 avsnitt 12.

726 Dette behandler jeg nærmere i kapittel syv punkt 7.3.2.

727 Abramson (2008) s. 26.

728 Abramson (2008) s. 26.

diskrimineringsretten skal kobles inn. Det er tilstrekkelig at de *interessene* rettighetene skal ivareta, blir skadet eller ikke ivaretatt på lik linje med i andre lignende tilfeller fordi staten vektlegger et eller flere diskrimineringsgrunnlag. Det er dermed nok at de rettighetsvernede interessene gjør seg gjeldende i den konkrete saken.

Det er kun ulovlig diskriminering når forskjellsbehandlingen har en negativ konsekvens for barnet. Som Abramson skriver, må forskjellsbehandlingen «prejudice the welfare of the right-holder».⁷²⁹ Ettersom alle rettigheter i konvensjonen i utgangspunktet er til barns beste, er det klart at en forskjellsbehandling som svekker muligheten for at de interessene som rettighetene bygger på, blir ivaretatt, også normalt påvirker velferden til barnet.

5.2.4 Nærmere om forholdet til barnets beste

Både barnets beste og ikke-diskrimineringsretten er paraplyrettigheter. De forsterker vernet andre rettigheter gir, både sammen og alene, og kan beskytte og forsterke hverandre. Ettersom ikke-diskrimineringsretten har betydning for alle rettighetene i BK og barnets beste kan bidra til at alle rettighetene respekter og beskyttes, samtidig som andre rettigheter har betydning i vurderingen og vektningen av barnets beste, er ikke denne siden av forholdet mellom dem unikt.

Noe som kan være sentralt for forholdet mellom barnets beste og ikke-diskrimineringsretten, er de to rettighetenes funksjon. Barnets bestes funksjoner er behandlet i kapittel fire.⁷³⁰ Spørsmålet her er hvilke funksjoner ikke-diskrimineringsretten har, og hvordan disse påvirker barnets beste.

Ikke-diskrimineringsrettigheten er nær knyttet til *menneskerettighetens verdifundament*, som på engelsk er «dignity» eller på norsk: menneskeverdet.⁷³¹ Abramson legger til grunn at en av funksjonene til ikke-diskrimineringsretten er

729 Abramson (2008) s. 23.

730 Se punkt 4.3.4 om funksjoner som kan knyttes til prinsippiden og 4.4 om rettigheten. Også funksjoner i egenskap av prinsippkarakteren kan være relevante for den substansielle rettigheten. De to sidene av barnets beste er nær sammenknyttet.

731 I BKs fortale går begrepet «dignity» igjen, og det nevnes i art. 37 første ledd bokstav c og art. 40 nr. 1. Fortalene til UNs Universal Declaration of Human Rights 10. desember 1948, ØSK, SP og barnekonvensjonen innledes alle med å understreke alle menneskers iboende verdighet. Barnekomiteen legger i General Comment nr. 1 avsnitt 1 til grunn at «the human dignity innate in every child and his or her equal and inalienable rights» hører til konvensjonens kjerneverdi. Se også Randi Sigurdson, «Barns krav på respekt for sitt menneskeverd», i *Rettsvitenskap under nordlys og midnattssol. Festskrift ved det Juridiske fakultets 30-års jubileum. UIT Norges arktiske universitet*, Bergen 2018 s. 289–306 (s. 294–295).

å beskytte «human dignity».⁷³² Han skriver at diskriminering «of these characteristics assault the inner being of personhood of the individual in profound but inexpressible ways, and it is this sense of violation that international human rights law tries to capture by the notion of 'human dignity'».⁷³³ I Grl. § 104 første ledd første punktum er det slått fast at barn har krav på respekt for sitt «menneskeverd». I forarbeidene til § 104 drøftes det om bestemmelsen eksplisitt bør gi uttrykk for at likhets- og ikke-diskrimineringsprinsippet gjelder for barn.⁷³⁴ Menneskerettsutvalget la imidlertid til grunn at den valgte formuleringen i § 104 første ledd best gir uttrykk for at barn ikke har mindre verdi enn voksne, og at de øvrige menneskerettighetene også gjelder for dem.⁷³⁵ Sigurdsen legger til grunn at faren for at barns rettigheter skal komme i skyggen av voksnes, gjør at det er grunn til å fremheve det åpenbare verdifundamentet.⁷³⁶ Særrettighetene barn har, skal blant annet sørge for et rettighetsvern som er tilpasset deres behov for omsorg, og dermed bidra til å sikre reell likebehandling. Også barnets beste skal sørge for at barns interesser ikke kommer i skyggen av voksnes eller statens interesser. Mens § 104 første ledd minner om det grunnleggende verdifundamentet som barns rettigheter hviler på, bidrar barnets beste til å støtte opp under dette.

Abramson nevner også at rettigheten «affirms the ethical norm that race, sex, religion, etc. discrimination is morally wrong, a serious offence to human dignity».⁷³⁷ Rettigheten reflekterer en moralsk verdi, som også ligger til grunn for menneskerettighetene generelt.⁷³⁸ Det er med på å bidra til at rettigheten, i likhet med barnets beste, hører til rettens dypstruktur og ikke bare kan gjenfinnes på overflatenivået.⁷³⁹

En annen funksjon Abramson trekker frem, er at ikke-diskrimineringsretten skal fungere som en «trump» on the political process that would otherwise produce discriminatory laws».⁷⁴⁰ I de sakene som behandles i boken, er statens interesser nær knyttet til innvandringspolitikken.⁷⁴¹ I utlendingssaker blir barn med ulike «national, ethnic or social origin», som alle er uttrykkelig nevnte diskrimineringsgrunnlag i BK art. 2 nr. 1, behandlet annerledes enn andre barn. Slik for-

732 Abramson (2008) s. 32.

733 Abramson (2008) s. 33.

734 Dok. 16 (2011–2012) s. 190.

735 Dok. 16 (2011–2012) s. 190.

736 Sigurdsen (2015a) s. 67.

737 Abramson (2008) s. 39.

738 Van Bueren (1998) s. 38.

739 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.3.4.1.

740 Abramson (2008) s. 33.

741 Se denne bokens kapittel 1 punkt 1.2 og kapittel 3 punkt 3.3.

skjellsbehandling er normalt ikke basert på diskrimineringsgrunnlagene, men nærheten til diskrimineringsgrunnlagene gir en risiko for forskjellsbehandling som omfattes av diskrimineringsforbudet.⁷⁴² Som slått fast i kapittel fire åpner barnets beste for en avveining mellom barnets interesser og statens interesser, herunder de som er av politisk karakter.⁷⁴³ Ikke-diskrimineringsretten har betydning for hvilke interesser staten kan vektlegge. *Avveiningssiden* til barnets beste og ikke-diskrimineringsrettens betydning for statens interesser i denne sammenheng utdypes nærmere i bokens kapittel syv.

I tillegg til å innvirke på avveiningssiden påvirker ikke-diskrimineringsretten også *vurderingssiden av barnets beste*. Interesser som er vernet av rettigheter, må legges til grunn i vurderingen av hva som er i barnets beste interesser, uten diskriminering. I Maria-dommen ble det lagt til grunn at barnet som var norsk statsborger, med en mor som ikke er av norsk opprinnelse og heller ikke hadde opphold, hadde samme rett til opphold og beskyttelse i Norge som andre barn med norsk statsborgerskap.⁷⁴⁴ Det ble presisert at barnet hadde rett til å «utvikle sin norske identitet – språklig, kulturelt, sosialt og følelsesmessig».⁷⁴⁵ Disse rettighetene måtte inngå i vurderingen og vektingen av barnets beste og innvirket med det på den endelige avveiningen mot statens interesser. Hadde morens opprinnelse blitt benyttet som argument for å ikke vektlegge barnets rett å utvikle sin norske identitet, ville barnets mulighet til å få sine rettighetsbeskyttede interesser ivaretatt, vært svakere enn andre norske barns mulighet. Dommen illustrerer også samvirket mellom de to paraplyrettighetene. Barnets beste sørget for at ikke rettighetsvernedede interesser ble ivaretatt. Disse interessene ble vektlagt uten diskriminering basert på morens status.

At barnets beste også må legges til grunn ved tolkning og anvendelse av retten til å ikke bli diskriminert, kan ha betydning på flere måter. Et av formålene med barnets beste er å tilpasse menneskerettighetene til barns behov, herunder behov de har som følge av sin sårbarhet, sammenlignet med voksne. At barn er mer sårbare, kan innvirke på hvor langt statens positive forpliktelser til å sikre at barnet ikke blir diskriminert, går. For eksempel ved å innvilge opphold hvis barnet risikerer diskriminering i landet det eventuelt må reise til ved et avslag. Barn har en sterk interesse i å ikke bli diskriminert, og det påvirker vurderingen og vektingen av hva som er i dets beste interesser. Dette behandler jeg nærmere i kapittel seks.⁷⁴⁶

742 Slik Biao mot Danmark illustrerer.

743 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4.

744 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 77.

745 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 77.

746 Se kapittel seks punkt 6.6.

Som en oppsummering kan det slås fast at barnets beste blant annet skal sørge for at barns rettigheter og interesser ikke overses, mens ikke-diskrimineringsprinsippet skal hindre at barn diskrimineres, herunder sikre at *alle* barn, uavhengig av deres eller foreldrenes status, får sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn. Sammen kan de to rettighetene bidra til et reelt og effektivt rettighetsperspektiv. Påvirkningen er gjensidig. De forsterker, støtter seg til og utfyller hverandre.

5.3 BARNES RETT TIL LIV, OVERLEVELSE OG HELHETLIG UTVIKLING

5.3.1 Innledning

Etter BK art. 6 første ledd har barn «the inherent right to life». Av annet ledd følger det at staten skal «to the maximum extent possible» sikre barnets «survival and development». Artikkel 6 angir uttrykkelig en *rett* til liv, mens staten etter ordlyden har en *plikt til å sikre* overlevelse og utvikling. Barnekomiteen har i nyere kommentarer behandlet første og annet ledd i sammenheng.⁷⁴⁷ Også overlevelse og utvikling behandles som *rettigheter*.⁷⁴⁸ At annet ledd angir rettigheter, ikke bare plikter for staten, harmonerer med at barnet har meget tungtveiende interesser i overlevelse og utvikling. At interessene er tungtveiende, illustreres blant annet av at flere andre rettigheter skal sikre nettopp dette.⁷⁴⁹ Som Nowak har uttalt, så fungerer art. 6 «as a kind of umbrella clause, which is further defined and elaborated upon in many other provisions of the Convention».⁷⁵⁰ Artikkelen angir det generelle og prinsipielle utgangspunktet som kan forsterke vernet andre rettigheter gir. Artikkel 6 nr. 1 og nr. 2 er innbyrdes forbundet og avhengige av hverandre.⁷⁵¹

Av GrL. § 93 første ledd følger det at ethvert menneske har rett til liv. Av fjerde ledd følger det at myndighetene skal beskytte retten til liv, og presiserer med det statens sikringsplikt. I EMK er retten til liv slått fast i art. 2 nr. 1. Også SP og EUs charter inneholder en rett til liv.⁷⁵²

Hanson og Lundy tar opp at art. 6 skiller seg fra de øvrige artiklene som anses som generelle prinsipper i BK. De uttaler at «it is difficult to understand the added

747 General Comment nr. 12 avsnitt 68 og General Comment nr. 14 avsnitt 42.

748 General Comment nr. 12 avsnitt 68 og General Comment nr. 14 avsnitt 42.

749 Se punkt 5.3.3 om forholdet til barnets beste.

750 Nowak (2005) s. 5.

751 Nowak (2005) s. 14, hvor det vises til travaux préparatoires.

752 SP art. 6 nr. 1, EUs charter art. 2 nr. 1.

value of attributing to this provision a cross-cutting role: it is a provision that is fundamentally important but fortunately not always relevant to the implementation of other CRC provisions». ⁷⁵³ Det er et godt poeng, og jeg er enig i at bestemmelsen skiller seg noe fra de øvrige generelle prinsippene. For temaet i denne boken er imidlertid bestemmelsen relevant og behandles derfor nærmere. Og som Nowak legger til grunn, kan retten til liv sies å være den mest fundamentale av alle menneskerettighetene. ⁷⁵⁴ Han utdyper med at «without the respect and adequate protection and fulfilment of the right to life, all other rights of the Convention become meaningless». ⁷⁵⁵ Retten til liv er en faktisk forutsetning for å kunne nyte godt av de øvrige rettighetene. Barnekomiteen har trukket inn respekten for «human dignity» i sin redegjørelse for forholdet mellom barnets beste og retten til liv, overlevelse og utvikling. ⁷⁵⁶ I likhet med ikke-diskrimineringsretten har altså retten til liv, overlevelse og utvikling koblinger til vernet av menneskeverdet. ⁷⁵⁷ Respekt for menneskeverd understreker blant annet hvert enkelt individs egenverdi. Denne koblingen markerer rettighetens grunnleggende karakter.

Også barns behov for utvikling nyter beskyttelse etter Grunnloven. Av Grl. § 104 tredje ledd annet punktum følger det at staten «skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet». Videre følger barns rett til vern om sin personlige integritet. Begrepet integritet sikter særlig til personers ukrenkelighet og uavhengighet. I forarbeidene til § 104 drøftes barns behov for beskyttelse mot vold, overgrep, utnyttelse og omsorgssvikt i tilknytning til begrepet integritet. ⁷⁵⁸ Dette er forhold som er skadelig for barnets utvikling, og i verste fall for liv og overlevelse.

I det følgende punktet behandler jeg barnets rett til liv, overlevelse og helhetlig utvikling nærmere. Deretter drøfter jeg hvilke forhold det er mellom disse rettighetene og barnets beste. Ettersom Grl. § 104 annet og tredje ledd er basert på BK art. 3 nr. 1 og art. 6, og det kun er art. 6 som angir en rett til liv, overlevelse og helhetlig utvikling, samlet og særskilt for barn, ligger hovedvekten av fremstillingen på rettighetene i BK. ⁷⁵⁹

753 Hanson og Lundy (2017) s. 301.

754 Nowak (2005) s. 1 og 14.

755 Nowak (2005) s. 1.

756 General Comment nr. 14 avsnitt 42.

757 I EUs charter er både retten til menneskeverd, liv og integritet plassert sammen under tittelen «DIGNITY». Sammenhengen kommer også frem i General Comment nr. 14 avsnitt 42.

758 Dok. 16 (2011–2012) s. 192–193.

759 Dok. 16 (2011–2012) s. 194.

5.3.2 Retten til liv, overlevelse og helhetlig utvikling

Når ordlyden i BK art. 6 nr. 1 slår fast at barn har «inherent right to life», fremstår retten som absolutt. Heller ikke etter ordlyden i Grl. § 93 gjelder det noen unntak.⁷⁶⁰ Som Nowak påpeker, er retten til liv den eneste rettigheten i BK som beskrives som «inherent».⁷⁶¹ Han trekker frem flere følger av rettighetens iboende karakter, herunder en streng sikringsplikt for staten, at den ikke kan fravikes, heller ikke ved kriser, og at den regnes som jus cogens i internasjonal rett.⁷⁶² Begrepet «inherent» kan imidlertid også sikte til rettighetens karakter av å være iboende til hvert individ, og ikke konstruert og tildelt av samfunnet.⁷⁶³

En rett til overlevelse kan betraktes som en forlengelse av retten til liv. En tolkning av «liv» kan også romme overlevelse, selv om «survival» har et mer langsiktig og fremtidsrettet perspektiv. I forarbeidene til Grl. § 93 legges det til grunn at retten til liv skal tolkes vidt og ses i sammenheng med retten til best mulig helse, trygge arbeidsforhold og sosial sikkerhet.⁷⁶⁴ I tillegg nevnes blant annet retten til et sunt miljø og forskjellig lovgivning som skal sikre helse, sosial trygghet og fysisk sikkerhet.⁷⁶⁵ Dette tyder på at overlevelse etter grunnlovsbestemmelsen ligger implisitt i retten til liv. I mange sammenhenger kan det uansett være vanskelig å skille skarpt mellom retten til liv og overlevelse, de to rettighetene henger svært nær sammen.⁷⁶⁶ Som Peleg og Tobin har uttalt om art. 6, «the right to survival should be understood as entitlement to all appropriate measures, both positive and negative, that will contribute to the survival of a child».⁷⁶⁷

Formuleringen «development of the child» ser ut til å peke på barnets utvikling, altså endring, modning og vekst, på både det fysiske og psykiske plan. Også voksne kan ha behov for å utvikle seg, men for barn er behovet av en annen og mer grunnleggende karakter, i lys av at barn nettopp er i en fase hvor de hele tiden utvikles. I tillegg skjer

760 Rettingen var heller ikke ment å være omfattet av den generelle begrensningshjemmelen som var foreslått til grunnlovsrettighetene, se Dok. 16 (2011–2012) s. 74–75.

761 Nowak (2005) s. 17.

762 Nowak (2005) s. 18. Se imidlertid Noam Peleg og John Tobin, «The Rights to Life, Survival and Development» i *The UN Convention on The Rights of the Child. A Commentary*, Oxford 2019 s. 186–236 (s. 189).

763 Peleg og Tobin (2019) s. 193–194. Se også formuleringen i BK art. 37 bokstav (c) om «the inherent dignity» til enhver person.

764 Dok. 16 (2011–2012) s. 102. Også barnekomiteen legger opp til en vid tilnærming til retten til liv. Se Committee on the Rights of the Child's General Comment nr. 11, *Indigenous children and their rights under the Convention*, 12. februar 2009 avsnitt 34, General Comment nr. 13 avsnitt 62 og General Comment nr. 15 avsnitt 16.

765 Dok. 16 (2011–2012) s. 102.

766 Se Peleg og Tobin (2019) s. 221.

767 Peleg og Tobin (2019) s. 221.

barns utvikling raskt, og den er samtidig sårbar for ytre påvirkning i negativ retning eller manglende omsorg og støtte fra voksne. En rekke forhold som i ytterste konsekvens kan true et barns liv, er i mindre alvorlige tilfeller skadelige for dets utvikling. For eksempel kan manglende nødvendig helsehjelp hindre overlevelse i de mest alvorlige tilfellene og være skadelig for den fysiske eller psykiske utviklingen i andre.

I den norske oversettelsen av BK art. 6 benyttes ikke begrepet utvikling. Det står at staten skal sikre at barnet «vokser opp». At staten må sikre, så langt som mulig, at barnet vokser opp, følger imidlertid av begrepet «survival». Det gjelder i alle fall hvis det leses som at staten må sikre at barnet rent fysisk vokser opp. Utvikling omfatter mer enn å vokse opp. Den norske oversettelsen synes følgelig ikke treffende. Oversettelsen medfører også at koblingen mellom art. 6 nr. 2 og de andre rettighetene som skal ivareta barns sterke interesse i en utvikling, blir svakere. I BKs autentiske tekst benyttes begrepet «development» i art. 18 nr. 1, 23 nr. 3, 27 nr. 1 og 2, 29 nr. 1, 32 nr. 1, som alle har en nær sammenheng med art. 6 nr. 2.⁷⁶⁸ Enda mindre treffende blir den norske oversettelsen når det tas i betraktning at «development» har en egen betydning i menneskerettslig sammenheng.⁷⁶⁹

Barnekomiteen har fokusert på barns individuelle rett til utvikling og har lagt til grunn at barnet må sikres en rett til en «holistic development».⁷⁷⁰ Utvikling må tolkes vidt og i et helhetlig perspektiv, i sammenheng med de øvrig rettighetene.⁷⁷¹ Det er dette som gjør at det er dekkende å omtale det som en rett til *helhetlig* utvikling, selv om ordlyden bare inneholder begrepet «development».⁷⁷²

Barns helhetlige utvikling var ikke et nytt fenomen ved vedtakelsen av BK. Allerede i FNs deklarasjon om barns rettigheter fra 1959 ble barnets behov for en helhetlig utvikling trukket frem.⁷⁷³ Barnets «physically, mentally, morally, spiritually and socially» utvikling ble der nevnt.⁷⁷⁴ Barnekomiteen har uttalt at statene må

768 Formuleringen «vokser opp» benyttes kun i oversettelsen av art. 6 nr. 2. Begrepet utvikling dukker på sin side opp i art. 5 og 14, som ikke inneholder begrepet i den autentiske, engelske teksten, hvor formuleringen «evolving capacities» er benyttet.

769 Se om «human development» i Nowak (2005) s. 2.

770 General Comment nr. 14 avsnitt 42 og General Comment nr. 5 avsnitt 12.

771 General Comment nr. 14 avsnitt 42 og General Comment nr. 5 avsnitt 12. Se også General Comment nr. 7 avsnitt 10, hvor det uttales at «the right to survival and development can only be implemented in a holistic manner, through the enforcement of all the other provisions of the Convention».

772 I Elin Saga Kjørholt, «Prinsippet om barnets rett til liv, overlevelse og optimal utvikling» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utgave, (Oslo 2020) s. 79–97 benyttes terminologien «optimal utvikling», se s. 85 flg.

773 Se Deklarasjon om barns menneskerettigheter prinsipp 2. Prinsippet er sitert i sin helhet i punkt 6.3.3.

774 Deklarasjon om barns menneskerettigheter prinsipp 2.

tolke utvikling slik at barnets «physical, mental, spiritual, moral, psychological and social development» omfattes av retten.⁷⁷⁵ Formuleringene er nokså like dem som følger av BK art. 27 nr. 1 om barnets rett til adekvat levestandard og art. 32 om retten til å bli beskyttet mot økonomisk utnyttning og skadelig arbeid, med den forskjellen at komiteen har føyd til «psychological». Dette elementet ser ut til å være omfattet av de øvrige presiseringene i oppramsingen og innebærer neppe noen utvidelse. Også etter Grl. § 104 tredje ledd er «utvikling» ment å tolkes vidt, ved å favne om «opplæring, utdanning, helsetjenester, gode oppvekstvilkår, økonomisk og sosial trygghet, samt omsorg og tilhørighet til familien».⁷⁷⁶ De ulike kildene viser at det ikke er snakk om bare en rett til å vokse opp, men til en helhetlig utvikling. Som Peleg legger til grunn, er det imidlertid behov for mer forskning på innholdet i retten til utvikling for en bedre forståelse og implementering av rettigheten.⁷⁷⁷

Staten har plikt til å respektere den enkeltes rett ved å ikke ta liv eller gjøre inngrep som er skadelige for overlevelse og utvikling, og samtidig beskytte og oppfylle den enkeltes rett, jf. § BK art. 6 jf. art. 2, Grl. § 93, jf. § 92, EMK art. 2 nr. 1 og SP art. 6 nr. 1.⁷⁷⁸ Av BK art. 6 nr. 2 følger det at staten skal sikre retten til overlevelse og helhetlig utvikling «to the maximum extent possible». Formuleringen «maximum» viser at staten må strekke seg langt. Når «possible» er lagt til, skyldes det nok en erkjennelse av at det ikke er mulig å sikre at alle barn overlever og/eller utvikler seg. Ikke all sykdom eller skader kan unngås eller kureres. I § 104 fremgår det at staten skal «legge forholdene til rette for barnets utvikling». Bestemmelsen har dermed en mindre forpliktende utforming enn BK art. 6 nr. 2.⁷⁷⁹ Ettersom formuleringen etterfølges av en konkretisering av forhold staten må «sikre», blir statens plikt likevel relativt streng. At § 104 tredje ledd er ment å gi klare forpliktelser for staten, støttes av forarbeidene. Der legges det til grunn at hvorvidt barnet får «den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet», er ment å kunne prøves for domstolene.⁷⁸⁰

5.3.3 Forholdet til barnets beste

Utgangspunktet for forholdet mellom retten til liv, overlevelse og utvikling og barnets rett til å få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn er det samme

775 General Comment nr. 5 avsnitt 12.

776 Dok. 16 (2011–2012) s. 194.

777 Noam Peleg, «Developing the Right to Development», *International Journal of Children's Rights*, 2017 380–395 (s. 391).

778 Dok. 16 (2011–2012) s. 102.

779 Dette er også intensjonen, se Dok. 16 (2011–2012) s. 194.

780 Dok. 16 (2011–2012) s. 194.

som for andre rettigheter. De er gjensidig avhengige av, forsterker, støtter seg til og utfyller hverandre.⁷⁸¹ Uten en rett til liv, overlevelse og utvikling ville barns mulighet til å nyte godt av barnets beste vært illusorisk. Barnets beste innebærer på sin side at barn har rett til å få vurdert sine interesser når de blir berørt. Det kan bidra til at barns behov belyses i større grad og ikke blir usynlige. Med det bidras det til at det avdekkes om det berørte barnets rett til utvikling (og liv og overlevelse) kommer til anvendelse i saken, og i så fall at den blir respektert og beskyttet. Dersom rettigheten ikke kommer direkte til anvendelse, kan barnets beste sørge for at de interessene rettighetene skal ivareta, blir vurdert og vektlagt. Ideelt skulle rettighetene blitt vurdert uavhengig av barnets beste, ettersom det jo er selvstendige rettigheter, men tradisjonelt har barn risikert usynlighet i utlendingssaker, noe som gjør en rettighet som barnets beste viktig for sikring av andre rettigheter.⁷⁸²

At retten til liv, overlevelse og utvikling etter ordlyden er absolutt, fører til at den fullt ut må respekteres og ivaretas ved vurdering og fastsetting av barnets beste. Forutsetningen er at rettighetene kommer til anvendelse i saken. Barnekomiteen har fremhevet at staten «[i]n the assessment and determination of the child's best interests, [...] must ensure full respect for his or her inherent right to life, survival and development».⁷⁸³ Det er i overensstemmelse med at staten er forpliktet til å respektere og sikre *alle* menneskerettigheter som Norge er bundet av.

Barnets rett til en helhetlig utvikling er relevant i svært mange saker som berører barn. Rettigheten er overgripende og egnet til å fange opp en rekke av barns særskilte interesser. Dette gjør at rettigheten ofte kan innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Retten til liv og overlevelse har derimot et smalere anvendelsesområde, men er på sin side så tungtveiende at den gir seg utslag i enkelte absolutte skranker for når opphold kan avslås eller utvisning kan vedtas.

Non refolement-prinsippet stenger for å sende barn til et land «where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion».⁷⁸⁴ Barnekomiteen har utdypet dette med at barn ikke kan sendes til land hvor det er «substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm to the child, such as, but by no means limited to, those contemplated under articles 6 and 37 of the Conven-

781 Se denne bokens kapittel 2 punkt 2.4.4.

782 Se Pobjoy (2017) s. 3 og 46 flg., som gjelder flyktningbarn. Også i utvisningssaker ser barn ut til å risikere usynlighet, se denne bokens kapittel 8.

783 General Comment nr. 14 avsnitt 42.

784 Flyktningkonvensjonen art. 33 nr. 1. Forbudet finnes med ulike formuleringer i en rekke andre dokumenter.

tion».⁷⁸⁵ Komiteen har videre lagt til grunn at slike forpliktelser «apply irrespective of whether serious violations of those rights guaranteed under the Convention originate from non-State actors or whether such violations are directly intended or are the indirect consequence of action or inaction».⁷⁸⁶ Det er i tråd med at BK art. 6 pålegger staten en streng sikringsplikt. Barnekomiteen har også fastslått at risikovurderingen «should be conducted in an age and gender-sensitive manner and should, for example, take into account the particularly serious consequences for children of the insufficient provision of food or health services».⁷⁸⁷

Utlendingsloven §§ 28 og 73 omfatter saker som faller inn under non refoulement-prinsippet.⁷⁸⁸ Når vilkårene i disse bestemmelsene er oppfylt, er ikke §§ 38 eller 70 relevante. Barnet må få bli i Norge. Retten til beskyttelse og vern mot utvisning gjelder ved en velbegrunnet frykt for forfølgelse eller når utlendingen står i en reell fare for å bli utsatt for dødsstraff eller enkelte andre alvorlige handlinger, jf. § 28 bokstav a og b. Det stilles krav til bevis og risiko for at slik trussel foreligger.⁷⁸⁹ I en vurdering etter § 28 første ledd skal det tas hensyn til om søkeren er barn, jf. § 28 tredje ledd.⁷⁹⁰ Det kan likevel tenkes tilfeller hvor det er en risiko for forfølgelse eller andre forhold som truer barnets liv og overlevelse, uten at vilkårene i §§ 28 eller 73 er oppfylt. Det kan foreligge andre trusler mot barnets liv og overlevelse enn trusler direkte relatert til forfølgelse. Som eksempel kan nevnes sykdom og manglende helsehjelp, humanitære kriser, mangel på mat og vann eller høy barnedødelighet. I slike tilfeller må retten til liv ivaretas ved at det gis opphold eller unnlates å utvise etter §§ 38 eller 70. Barnets meget sterke interesse i liv og overlevelse vil være svært tungtveiende i vurderingen og vektingen av barnets beste. I noen tilfeller, blant annet avhengig av risikoens størrelse, vil barnets *rett* til liv medføre at det ikke blir rom for en avveining. En vurdering av barnets beste kan bidra til å avdekke om et avslag på opphold truer barnets liv eller overlevelse, og om det innebærer at hva som er i barnets beste interesser, må bli avgjørende, uavhengig av statens interesser.

Barnekomiteen har fremhevet at et formål med barnets beste er å sikre at barnet nyter godt av alle sine rettigheter. *og at dets helhetlige utvikling sikres.*⁷⁹¹ I deklarasjonen om barns rettigheter fra 1959 kommer det frem at:

785 General Comment nr. 6 avsnitt 27.

786 General Comment nr. 6 avsnitt 27.

787 General Comment nr. 6 avsnitt 27.

788 Se utlendingsloven § 28 b. Trusler fra ikke statlige aktører når staten unnlater å treffe rimelige tiltak for å forhindre forfølgelse, faller inn under § 28, jf. § 29 annet ledd bokstav c.

789 Utlendingsloven § 29 annet ledd og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414.

790 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.4.4.

791 General Comment nr. 14 avsnitt 4.

The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to *develop physically, mentally, morally, spiritually and socially* in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, *the best interests of the child shall be the paramount consideration.* (Min utheving)⁷⁹²

Sammenhengen kom altså frem før barnekomiteens uttalelse. Spørsmålet blir hvordan barnets beste kan sikre barnets helhetlig utvikling. Et annet spørsmål blir om det ikke er nok at staten på selvstendig grunnlag har en plikt til å sikre rettigheten i BK art. 6 nr. 2.

Som jeg har vært inne på i kapittel fem, er et av formålene med barnets beste å bidra til at de øvrige rettighetene i BK respekteres og sikres. Barnets helhetlige utvikling er som nevnt av en slik karakter at rettigheten er relevant i svært mange avgjørelser som berører barn, samtidig som barnet har en tungtveiende interesse av en helhetlig utvikling. Rettigheten, slik den kommer til uttrykk i art. 6 nr. 2, er imidlertid noe vag og kan være vanskelig å anvende i konkrete saker.⁷⁹³ Rettighetens innhold må konkretiseres, og det må klargjøres når den kommer til anvendelse, og hvordan den kan innvirke på konkrete saker.

Når det gjelder innholdet i rettigheten, henger den nær sammen med flere andre rettigheter i BK som skal bidra til å ivareta barnets helhetlige utvikling. Flere rettigheter i BK støtter opp og utfyller retten til en helhetlig utvikling i art. 6 nr. 2, og også i noen grad retten til liv og overlevelse. Barnekomiteen har trukket frem retten til «health, adequate nutrition, social security, an adequate standard of living, a healthy and safe environment, education and play (arts. 24, 27, 28, 29 and 31)».⁷⁹⁴ I tillegg er statens plikt til å beskytte barnet mot vold og utnyttning av betydning.⁷⁹⁵ At retten til best mulig helse og adekvat levestandard, herunder sosial sikkerhet, har nær sammenheng med barnets utvikling, fremgår også av Grl. § 104 tredje ledd.⁷⁹⁶ Disse rettighetene bidrar til å konkretisere rettighetene i art. 6, og særlig retten til en helhetlig utvikling, til håndfaste behov barn har. I likhet med retten til en helhetlig utvikling er det imidlertid ikke helt klart hvordan disse konkrete ret-

792 Prinsipp 2.

793 Som Kjørholt påpeker, kan det være vanskelig å vite hva man skal tolke inn i et slikt overordnet prinsipp som det som kommer til uttrykk i art. 6, Kjørholt (2020a) s. 85. Se også Peleg (2017).

794 General Comment nr. 7 avsnitt 10.

795 BK art. 19 og General Comment nr. 6 avsnitt 23.

796 Det er også lagt til grunn i Dok. 16 (2011–2012) s. 102 og 104.

tighetene innvirker på statens forpliktelser i konkrete saker, herunder saker om opphold på humanitært grunnlag eller utvisning.⁷⁹⁷ Hvilke forpliktelser staten har overfor konkrete barn, kan være nærmere konkretisert i lovgivningen. I tillegg har barnets beste betydning.

Barnets beste gir en åpning og ramme for å vurdere og vektlegge barnets helhetlige utvikling og de øvrige konkrete rettighetene som skal bidra til å sikre denne utviklingen, i alle saker som berører barn.⁷⁹⁸ Dette uavhengig av om noen av de andre konkrete rettighetene i BK kommer direkte til anvendelse, eller om statens forpliktelser er konkretisert nærmere i lovgivningen. Barnets beste, sammen med de øvrige rettighetene i BK som utfyller art. 6, bidrar til at barnets helhetlige utvikling ikke overses, konkretiseres og får betydning i enkeltsaker hvor barn blir berørt. Et grunnleggende spørsmål i avgjørelser som berører barn, må følgelig være hvordan avgjørelsen vil påvirke barnets helhetlige utvikling, og hva er i barnets beste interesser i denne sammenheng?

Å gi barnets rett til en helhetlig utvikling en fremtreden plass i vurderingen og vektingen av barnets beste harmonerer godt med at staten må sikre barnets helhetlige utvikling «to the maximum extent possible», jf. ordlyden i BK art. 6 nr. 2. I tillegg bidrar det til at også retten til liv og overlevelse sikres effektivt, ettersom liv og overlevelse henger sammen med barnets helhetlige utvikling. Hvis noe er skadelig for barnets liv og overlevelse, er det helt klart også skadelig for barnets utvikling.

5.4 BARNES RETT TIL Å BLI HØRT OG FÅ SIN MENING TILLAGT VEKT

5.4.1 Innledning

Etter BK art. 12 nr. 1 skal staten «assure to the child who is capable of forming his or her own views the *right to express those views freely* in all matters affecting the child, the views of the child being given *due weight* in accordance with the age and maturity of the child» (min utheving). Barnets rett til å bli hørt og få sin mening tillagt vekt, heretter barns rett til å bli hørt, følger også av GrL § 104 første ledd

797 Dette henger noe sammen med spørsmålet om rettigheter er *selvkraftige*. Se denne bokens kapittel 8 punkt 8.4.3.

798 Barnets beste kan også bidra til å sikre andre økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, som ikke alltid blir ansett å være *selvkraftige*.

annet punktum og EUs charter art. 24 nr. 1.⁷⁹⁹ Disse bestemmelsene er begge utformet etter mønster fra BK art. 12 nr. 1.⁸⁰⁰ Barns rett til å bli hørt har ingen direkte paralleller i de generelle menneskerettighetene som også gjelder for voksne.⁸⁰¹ EMK inneholder ikke særrettigheter for barn og følgelig ikke en rett for barn til å bli hørt. Som et moment i vurderingen av om det foreligger krenkelse av art. 8, har EMD i enkelte saker etter art. 8 likevel lagt vekt på at barnet ikke var blitt hørt.⁸⁰²

I den videre fremstillingen kommer jeg først inn på innholdet i rettigheten. Deretter behandler jeg rettighetens funksjon. Til sist drøfter jeg forholdet mellom de to rettighetene.

799 Det kan diskuteres hvilke uttrykk som er mest dekkende og egnet for å omtale barnets rett til å bli hørt og få sin mening lagt til grunn. Det er fordeler og ulemper både med uttrykket «barns rett til å bli hørt», «barns medbestemmelsesrett» og «medvirkningsrett». Uttrykkene «barns medbestemmelsesrett» og «medvirkningsrett» får frem at barnets mening skal tillegges vekt. De får imidlertid ikke klart frem at barn skal involveres uavhengig av om meningen skal inngå i et beslutningsgrunnlag. I forarbeidene til Grunnloven § 104 benyttes begrepet «medbestemmelsesrett» (Dok. 16 (2011–2012) s. 190). Barns «rett til å bli hørt» får ikke helt klart frem at barnet også skal få mulighet til å øve innflytelse på avgjørelsen. Å høre noen innebærer at man tar personen på alvor, og kan også omfatte en vektlegging av deres mening. Barnekomiteen benytter i sin generelle kommentar om art. 12 formuleringen «[t]he right of the child to be heard». Jeg benytter «retten til å bli hørt» som en betegnelse på barns rett til å bli hørt og å få sin mening tillagt vekt. «Hørt» forstås da vidt, til også å omfatte retten til å medvirke i spørsmål som gjelder en selv, og ikke bare å få gi uttrykk for sin mening. At jeg benytter formuleringen «retten til å bli hørt», skyldes at det får frem at retten ikke bare skal involveres når beslutninger skal tas for å belyse beslutningsgrunnlaget. Se også Sandbergs drøftelse i Kirsten Sandberg, «Barns rett til å bli hørt» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utgave, Oslo 2020 s. 98–130 (s. 99).

800 Dok. 16 (2011–2012) s. 190–191.

801 Retten til privatliv etter EMK art. 8 omfatter imidlertid den personlige autonomi, herunder en rett til å ta enkelte valg som kan være skadelige for en selv. Se for eksempel EMDs dom 29. april 2002, *Pretty mot Storbritannia*, avsnitt 61.

802 EMDs dom 26. februar 2002, *Kutzner mot Tyskland*, avsnitt 77 og 81, hvor det at barna ikke var blitt hørt, var et av flere elementer som gjorde at et inngrep i familielivet ikke var forholdsmessig. Se også dissenterende dommer Marustes uttalelse i EMDs dom 25. januar 2000, *Ignaccolo-Zenide mot Romania*, hvor han fremhever betydningen av barns rett til å bli hørt, og at de har selvstendige rettigheter. I *Osman mot Danmark* avsnitt 72 trekkes det frem at klageren kun var hørt personlig *en* gang. For øvrig legges det nokså gjennomgående vekt på hennes syn. I sine analyser av et utvalg dommer fra EMD, herunder dommer om utvisning, har imidlertid ikke Dane funnet noen tilfeller hvor barnets mening trekkes inn i vurderingen av barnets beste, Dane (2015) s. 207. Det tyder på at EMD kun unntaksvis har kommet inn på barnets mening.

5.4.2 Retten til å bli hørt

I BK art. 12 angis «the child» som rettighetssubjekt. Ordlyden tyder på at bestemmelsen angir en individuell rett. I § 104 først ledd slås det fast at «de», altså barn, har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og at «deres» mening skal tillegges vekt. Ordlyden er ikke helt klar. I forarbeidene understrekes det at bestemmelsen ikke angir en kollektiv rett, kun en individuell.⁸⁰³ At barn har en individuell rett til å bli hørt, er klart. Om de har en kollektiv rett, er et spørsmål det ikke er nødvendig å behandle for temaet i denne boken, og drøftes derfor ikke nærmere.⁸⁰⁴

Etter BK art. 12 nr. 1 skal staten sikre barn «who is capable of forming his or her own views», en rett til å bli hørt. Det er følgelig en forutsetning at barnet er i stand til å danne seg en mening. Barnekomiteen har gitt uttrykk for at også svært små barn er i stand til å danne seg en mening og kan gi uttrykk for sitt syn på et spørsmål.⁸⁰⁵ Dette allerede før de kan uttrykke seg verbalt.⁸⁰⁶ Også unge barn må betraktes «as an active participant in the promotion, protection and monitoring of their rights».⁸⁰⁷ Komiteen har videre uttalt at formuleringen i art. 12 «should not be seen as a limitation, but rather as an obligation for States parties to assess the capacity of the child to form an autonomous opinion to the greatest extent possible».⁸⁰⁸ Staten kan ikke starte med en antagelse om at et barn er «incapable of expressing her or his own views».⁸⁰⁹ Komiteen mener altså at statene er forpliktet til å *vurdere konkret* om barnet er i stand til å gi uttrykk for sin mening.⁸¹⁰ Det er fornuftig. Heller ikke bare alder har betydning. Enkelte barn kan ha vansker med å danne seg en mening ved komplekse spørsmål på grunn av manglende moden-

803 Dok. 16 (2011–2012) s. 191. Her legges det til grunn at barns medbestemmelsesrett etter GrL § 104 kun er en individuell rettighet, men at barns mening bør tas hensyn til i saker som særskilt berører denne gruppen.

804 Barnekomiteen har understreket at art. 12, på samme måte som art. 3 nr. 1, inneholder *både* en individuell og en kollektiv rettighet, General Comment nr. 12 avsnitt 9. Dette selv om ordlyden i art. 3 nr. 1 i større grad åpner for å gjelde barn som gruppe. Smith mener det er overraskende «at særlig UNICEF tilsynelatende har lagt størst vekt på retten for barn til å bli hørt som gruppe» og ser ut til å mene det er den individuelle retten som er mest sentral, Lucy Smith, «Nyere utvikling i barneretten», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2008 s. 83–93 (s. 89).

805 General Comment nr. 12 avsnitt 21 og General Comment nr. 7 avsnitt 14. Komiteen har vist til en undersøkelse som bekrefter sitt synspunkt, se note 6 i General Comment nr. 12.

806 General Comment nr. 12 avsnitt 21 og General Comment nr. 7 avsnitt 14.

807 General Comment nr. 7 avsnitt 14. I kommentaren foreslås en arbeidsdefinisjon på «young children» som barn under åtte år, se kommentarens avsnitt 4.

808 General Comment nr. 12 avsnitt 20.

809 General Comment nr. 12 avsnitt 20.

810 Se også Sandberg (2020a) s. 109.

het som følge av sykdom eller funksjonsnedsettelse av kognitiv eller psykisk karakter. Samtidig kan enkelte barn som har levd med særlige utfordringer, ha økt evne til å sett seg inn i komplekse spørsmål knyttet til egen helse.⁸¹¹

I Grl. § 104 er det ikke tatt inn en alders- og modenhetsbegrensning.⁸¹² I de tilfellene barnet ikke er i stand til å gi uttrykk for sin mening, kan det naturligvis ikke kreves at staten skal sikre at barnet blir hørt etter Grunnloven, like lite som etter BK. Noen realitetsforskjell mellom de to rettighetsbestemmelsene blir det følgelig ikke.

I utlendingsforskriften § 17-3 er det fastslått at barn «som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter», skal bli hørt.⁸¹³ Selv om ordlyden får frem at yngre barn også skal høres, kan utformingen gi inntrykk av at det må argumenteres for at yngre barn har evne til å danne seg synspunkter. I saken som ble behandlet i plenumsdom III, hadde UNE avslått å høre ei jente på nesten seks år, blant annet ut fra alder. Førstvoterende, som tilhørte flertallet, hadde ingen innvendinger mot dette. Tredjevoterende la derimot til grunn at lav alder alene ikke kan være avgjørende, men at det må foretas en konkret vurdering, hvor det avgjørende er om barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter.⁸¹⁴ Videre uttalte han at det må «være temmelig klart at et barn i denne alderen normalt kan formidle synspunkter og informasjon av betydning om forhold som helt konkret er knyttet til barnets egen livssituasjon og erfaringer».⁸¹⁵ Det var heller ingen holddepunkter for at jenta ikke var moden nok til å ha en mening om de relevante vurderingene i saken.⁸¹⁶ Tredjevoterendes standpunkt er i tråd med ordlyden i BK art. 12, Grl. § 104 første ledd og barnekomiteens uttalelser.

Hvis det først skal benyttes en aldersanvisning, kombinert med krav om modenhet, synes syv år noe høyt.⁸¹⁷ Vanligvis er barn i stand til å danne seg en mening tid-

811 Se Aoife Daly, «Assessing Children's Capacity. Reconceptualising our Understanding through the UN Convention on the Rights of the Child», *International Journal of Children's Rights*, 2020, s. 471–499 (s. 491).

812 Heller ikke forvaltningsloven § 17 første ledd inneholder noen angivelse av en konkret alder hvor barnet presumeres å være i stand til å danne seg en egen mening.

813 Både lov 8. april. 1981 nr. 7 om barn og foreldre § 31 annet ledd og lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester § 6-3 første ledd inneholder også en slik 7-årsregel, samtidig som det åpnes for at yngre barn skal høres om de er modne nok. Det er også andre lover som inneholder aldersbegrensninger, se lov 13. juni 1969 nr. 25 om trdomssamfunn og ymist anna § 6 fjerde ledd, lov 7. juni 1996 nr. 31 om den norske kirke § 3 nr. 6, lov 7. juni 2002 nr. 19 om personnavn § 12 og lov 16. juni 2017 nr. 48 om adopsjon § 9 første ledd.

814 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 291.

815 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 292.

816 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 293.

817 Slik aldersanvisning er også benyttet barnelova § 31 annet ledd. Forvaltningsloven § 17 inneholder imidlertid ikke en aldersangivelse. Det gjør heller ikke barnevernloven § 1-6.

ligere enn ved syv år, slik tredjevoterende er inne på. Så lenge det er poengtert at også yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal bli hørt, er det likevel ikke nødvendigvis problematisk. At flertallet i dommen ikke så på det som problematisk at barnet ikke var hørt, så ikke ut til å skyldes barnets alder. Det ser mer ut til at barnets mening ble ansett å ikke kunne endre på de vurderingene som var gjort av barnets situasjon.⁸¹⁸ I plenumsdom III hadde UNE dels begrunnet et avslag på å høre barnet direkte for nemnda med at det ikke var grunn til å tro at det å høre barnet direkte kunne påvirke saken.⁸¹⁹ Førstvoterende la til grunn at:

Det sentrale i dei munnlege forhandlingane var å få klarlagt om foreldra si asylhistorie kunne leggjast til grunn. Det var ikkje omtvista i møtet at C hadde hel-seproblem; heller ikkje at ho gjerne ville bu i Noreg.⁸²⁰

Selv om han ikke kommenterte nemndas begrunnelse direkte, ser det ut til han la til grunn at barnet ikke kom til å bidra med opplysninger av betydning for utfallet. Tredjevoterende fremhevet derimot at synspunktene og informasjonen barnet kunne ha kommet med, ikke alene har betydning for «informasjonsinnholdet, men også for vekten av de forhold som knytter seg til barnets situasjon».⁸²¹ Videre legges det til grunn at ved å ikke høre barnet så «forskutterte nemndslederen hva som ville komme ut av barnets uttalelse og derved fratok han henne muligheten til å opplyse saken, og hennes utøvelse av en grunnleggende partsrettighet».⁸²² Her er fokuset på partsrettigheten, men det kommer samtidig klart frem av tolkningen og drøftelsen at tredjevoterende ser på retten som noe mer enn bare et middel til sakens opplysning. De ulike synspunktene på retten til å bli hørt som fremkommer i dommen, samsvarer i stor grad med de ulike fraksjonenes syn på barnets beste. Mens flertallet ser ut til å betrakte barnets beste som et hensyn, legger mindretallet i større grad til grunn et rettighetsperspektiv. Det kan tyde på at det er en underliggende forskjell i syn på barns rettigheter som ligger til grunn for uenigheten. Lignende tankegang ser ut til å finnes hos flertallet i de to eldre plenumsdommene.⁸²³ En presisering av at barnet har *rett* til å bli hørt, *uavhengig* av i hvilken grad dets mening er antatt å tilføre nye opplysninger til saken, synes derfor av større betydning enn hvilken alder som er nevnt i bestemmelsen.

818 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 164.

819 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 143.

820 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 164.

821 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 292.

822 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 293.

823 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 158 og Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 57.

Ordlyden i BK og Grl. avviker fra hverandre på flere punkter. Barn som er i stand til å danne seg en mening, har etter BK art. 12 nr. rett til å «express those views freely». Av Grl. § 104 første ledd følger det at barn har rett til «å bli hørt». I BK kommer det altså frem at barnet fritt skal få gi uttrykk for sin mening, og får med det frem at forholdene må legges til rette slik at barnet ikke blir hindret i å komme med sine synspunkter. Det kan for eksempel være at det ikke har nok informasjon til å danne seg en fri mening, at spørsmålene blir altfor konkrete, eller at det foreligger fysiske hindringer. I *fritt* ligger også at barnet ikke har plikt til å gi uttrykk for sin mening.⁸²⁴ At barnet ikke har en plikt, følger også av at både art. 12 og Grl. § 104 gir uttrykk for rettigheter og plikter for staten, ikke for barn. Videre kan det som Sandberg presiserer, også utledes av ordlyden «the right» i art. 12 nr. 1 og «the opportunity» i art. 12 nr. 2.⁸²⁵ Videre har barnet rett til å få gi uttrykk for sin mening fritt, uten press fra foreldre eller andre.⁸²⁶ I § 104 er det ikke tatt inn at barnet «fritt» må få gi uttrykk for sin mening, men her kommer et annet element frem. Mens BK slår fast at barnet skal få *gi uttrykk* for sin mening, slår Grl. § 104 fast at barnet skal bli *hørt*. I «hørt» ligger et krav om at beslutningstakeren må lytte og ta barnets mening på alvor.

Begge bestemmelsenes ordlyd får frem i hvilke tilfeller barnet skal bli hørt. Av BK art. 12 nr. 1 følger det at barnet skal høres «in all matters affecting the child». Formuleringen tyder på at barnet skal høres om *spørsmål eller forhold som gjelder det*. Det er ikke krav om en sak eller avgjørelse. Barnekomiteen har uttalt at «the child must be heard if the matter *under discussion* affects the child. This basic condition has to be *respected and understood broadly*» (min utheving).⁸²⁷ Komiteen får her frem at det avgjørende er om forholdene som diskuteres eller behandles, vedrører barnet. I Grl. § 104 slås det fast at retten gjelder «i spørsmål som gjelder dem selv». Heller ikke her nevnes en sak. Det avgjørende er at det som diskuteres, eller spørsmålet, gjelder barnet. Når det er spørsmål om det skal innvilges opphold på humanitært grunnlag og eller vedtas utvisning, foreligger det en sak. Det er imidlertid ikke alltid saken gjelder barnet, ofte kan den være rettet mot foreldrene.⁸²⁸

Om vektleggingen av barnets mening følger det av art. 12 nr. 1 at barnets mening skal gis «due weight in accordance with the age and maturity of the child». Vekten

824 Se Sandberg (2020a) s. 108.

825 Sandberg (2020a) s. 108.

826 Barn har etter utlendingsloven rett til å gi uttrykk for sin mening selv om foreldrene ikke samtykker og uten at foreldrene er til stede, jf. utlendl. § 81 tredje ledd. Dette for å sikre at en rett til å bli hørt i tråd med BK art. 12, se Sandberg (2020a) s. 108 og 120–121 og Sandberg (2020b) s. 343.

827 General Comment nr. 12 avsnitt 26.

828 Se dette kapittelets punkt 5.4.4.2.

avhenger følgelig av både alder og *modenhet*.⁸²⁹ Ordlyden gjør det klart at barn ikke har selvbestemmelsesrett, men rett til medbestemmelse. I Grl. § 104 første ledd er formuleringen at «deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og *utvikling*» (min utheving). Utvikling sikter i utgangspunktet til en endring av noe slag. Modenhet benyttes gjerne om økning av evner og erfaringer, frem mot ferdig utvikling. Det er ingen motsetning mellom begrepene. Det er imidlertid neppe helt tilfeldig at BK art. 12 ikke inneholder begrepet «development». Som det følger av punktene ovenfor, har barn etter BK 6 nr. 2 rett til en helhetlig utvikling. Dette er en grunnleggende rettighet som skal ivareta noen av barns sterke interesser. Utviklingsbegrepet går igjen i en rekke bestemmelser.⁸³⁰ Modenhet er, som jeg vil vise i kapittel seks, et moment som innvirker på hvordan rettigheter og interesser gjør seg gjeldende for barnet.⁸³¹ Når begrepene modenhet og utvikling benyttes i BK, har de altså noe ulik karakter. I fvl. § 17 første ledd annet punktum og utlendingsforskriften § 17-3 tredje ledd benyttes også begrepet «modenhet». Ettersom Grl. § 104 første ledd bygger på BK art. 12, er nok «utvikling» ment å svare til modenhet. Dette støttes av forarbeidene, hvor «modenhet» og «utvikling» benyttes om hverandre.⁸³²

Barnekomiteen har uttalt at «[m]aturity refers to the ability to understand and assess the implications of a particular matter».⁸³³ Videre har komiteen utdypet at modenhet «in the context of article 12, [...] is the capacity of a child to express her or his views on issues in a reasonable and independent manner».⁸³⁴ Komiteen anser det ikke som et statisk begrep og legger til at «[t]he greater the impact of the outcome on the life of the child, the more relevant the appropriate assessment of the maturity of that child».⁸³⁵ I lignende baner slås det fast i forarbeidene til § 104 at det kan være store personlige variasjoner i barns modenhet, og at barnets medbestemmelse nødvendigvis må variere fra sak til sak.⁸³⁶ For noen barn, for eksempel barn med sterk funksjonsnedsettelse av kognitiv art, vil modenheten kunne bli avgjørende selv ved høy alder.⁸³⁷ Når modenhet refererer til barnets evne til forstå og vurdere forholdene i saken, kan sakens karakter og hvilke rettigheter, interesser

829 Se General Comment nr. 12 avsnitt 29.

830 Se BK art. 5, 6, 18, 20, 23 nr. 3, 24, 27, 28, 29, 31 og 39. Se også General Comment nr. 5 avsnitt 12 og General Comment nr. 14 avsnitt 4 og denne bokens punkt 6.3.

831 Denne bokens kapittel 7, punkt 7.5.

832 Dok. 16 (2011–2012) s. 191.

833 General Comment nr. 12 avsnitt 30.

834 General Comment nr. 12 avsnitt 30.

835 General Comment nr. 12 avsnitt 30.

836 Dok. 16 (2011–2012) s. 191.

837 Se kapittel seks punkt 6.5. Se også punkt 6.11 om betydningen av at et barn er sårbart.

og momenter som gjør seg gjeldende, påvirke vurderingen. Her har formen på spørsmålsstillingen betydning. Kan spørsmålene formuleres på en så ukomplisert måte at også små barn klarer å forstå vurderingene som må gjøres, åpner det for å tillegge barnets syn større vekt, enn hvis spørsmålene er mer komplekse. Selv om saken er komplisert, kan det ofte være mulig å stille spørsmål på en lettfattelig måte. Her har det betydning at barnet skal høres om spørsmål som *angår det*, og dette kan ofte konkretiseres til forhold barnet har forutsetning til å mene noe om. Som Sandberg skriver, trenger i tillegg barnet bare å ha evne til å mene noe om noen av spørsmålene, ikke nødvendigvis på det spørsmålet som saken skal avgjøre.⁸³⁸

Som en foreløpig oppsummering har altså barn rett til å bli lyttet til, deres mening skal tas på alvor, og den skal vektlegges i tråd med barnets alder og modenhet. Et spørsmål som er av betydning for behandlingen av forholdet mellom barnets beste og retten til å bli hørt, er om det er adgang til å begrense sistnevnte.

Verken av art. 12 nr. 1 eller § 104 første ledd følger det en adgang til å begrense rettigheten.⁸³⁹ Det er heller ingen generell begrensningshjemmel i BK eller Grunnloven.⁸⁴⁰ I art. 12 nr. 2 er det presisert at for formålet å høre og vektlegge barnets mening, skal barnet «in particular be provided the opportunity to be heard in any judiciary and administrative proceedings affecting the child [...] in a manner consistent with the procedural rules of national law». Når barnet skal høres på en måte som er i tråd med nasjonale regler, kan det problematiseres om dette innebærer en adgang til å begrense retten til å bli hørt gjennom nasjonal lovgivning.⁸⁴¹ Ordlyden tyder imidlertid ikke på at det er en slik adgang, men ser ut til å sikte til *gjennomføringen* av rettigheten. En slik tolkning støttes av at barnekomiteen har presisert at:

This clause should not be interpreted as permitting the use of procedural legislation which restricts or prevents enjoyment of this fundamental right. On the contrary, States parties are encouraged to comply with the basic rules of fair proceedings, such as the right to a defence and the right to access one's own files.⁸⁴²

838 Sandberg (2020a) s. 108.

839 Om den foreslåtte generelle begrensningshjemmelen til grunnlovsrettighetene, se kapittel syv punkt 7.2. Hjemmelen var i utgangspunktet ment å gjelde for § 104 i sin helhet, men ble ikke vedtatt. En eventuell adgang til å begrense rettigheten i § 104 første ledd vil uansett ikke gjelde for BK art. 12.

840 Se for øvrig denne bokens kapittel 7 punkt 7.2 om ulike begrensningshjemler.

841 Abramson nevner at en måte å markere at en rettighet ikke er absolutt på, som benyttes av FNs organer, er formuleringer som for eksempel «in accordance with their national laws», Abramson (2008) s. 41.

842 General Comment nr. 12 avsnitt 38.

I tillegg til det som allerede er nevnt, taler rettighetens karakter imot en adgang til å begrense den. For det første fordi den har en grunnleggende karakter. Dette behandles nærmere i neste punkt. For det andre fordi det ikke er krav om at barnets mening må tillegges avgjørende betydning. Barnets mening skal kun *vektlegges* i spørsmål som gjelder det. Det er derfor vanskelig å se et behov for å begrense rettigheten.⁸⁴³ Konklusjonen må bli at det i utgangspunktet ikke er adgang til å begrense barnets *rett* til å bli hørt. I forlengelsen av dette blir det imidlertid et spørsmål om det alltid vil være til barnets beste å bli hørt, og hvis ikke, hvilken betydning har det i så fall.⁸⁴⁴ Det kommer jeg inn på i punkt 5.4.4.3.

5.4.3 Funksjon

Retten til å bli hørt har sammenheng med enkelte andre rettigheter og prinsipper, herunder ytringsfriheten og kontradiksjonsprinsippet.⁸⁴⁵ Den som blir berørt av en avgjørelse, skal motta informasjon og få gi uttrykk for sin mening. Barnets mening kan være sentral for sakens opplysning.⁸⁴⁶ Retten til å bli hørt har flere funksjoner, hvor enkelte er grunnleggende, i den forstand at de kan kobles til menneskerettighetens verdifundament.⁸⁴⁷ Lundy, Tobin og Parkes beskriver rettigheten som «one of the most significant rights in the convention».⁸⁴⁸ De slår videre fast at rettigheten «demands a shift in the perception and treatment of children from that of passive objects in need of adult protection to active participants in decision-making processes affecting them at all levels of society».⁸⁴⁹ Denne grunnleggende funksjonen har betydning for rettighetens forhold til andre rettigheter, herunder barnets beste.

Som nevnt ovenfor i punktet om ikke-diskrimineringsrettens funksjon er et av menneskerettighetenes grunnleggende verdifundament «dignity», eller menneske-

843 Frem til nå ser det uansett ikke ut til at det har vært for mye høring av barn, men heller at vedtak hvor barnets rett ikke er overholdt, likevel blir betraktet som gyldige. Se Rt. 2009 s. 1261 og flertallets oppfatning i Rt. 2012 s. 1985, Rt. 2012 s. 2039 og Rt. 2015 s. 1388.

844 Se HR-2019-2301-A.

845 General Comment nr. 12 avsnitt 68 og Sharon Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Haag 1999 s. 218–219.

846 Sandberg (2020a) s. 101.

847 Se Sandberg (2020a) s. 98 og Anna Nylund, «Children`s Right to participate in Decision-Making in Norway: Paternalism and Autonomy» i *Children`s Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Leiden 2019 s. 201–224 (s. 202).

848 Laura Lundy, John Tobin og Aisling Parkes «The Right to Respect for the Views of the Child», i *The UN Convention on the Rights of the Child*, Oxford 2019 s. 397–434 (s. 398).

849 Lundy, Tobin og Parkes (2019) s. 398.

verdet. I § 104 første ledd fremgår både barns krav på respekt for sitt menneskeverd og retten til å bli hørt. At menneskeverdet og retten til å bli hørt følger av samme ledd, tyder på en sammenheng. Dette bekreftes av forarbeidene, hvor det legges til grunn at barns medbestemmelse gir uttrykk for dets menneskeverd og autonomi.⁸⁵⁰ At autonomi ble nevnt i forarbeidene til § 104, kunne tydet på at rettigheten var ment å ivareta barnets selvbestemmelse. Det ble imidlertid slått fast at retten gir uttrykk for barns menneskeverd og autonomi, ved at barnet har rett til «å bli hørt og til å øve innflytelse på de beslutninger som angår barnet selv».⁸⁵¹ Altså ikke en rett til selvbestemmelse. At medbestemmelse betraktes som sentralt for menneskeverdet, er ikke overraskende. Å høre på noens mening og gi dem mulighet til å øve innflytelse i spørsmål som angår dem selv, gjør at individet behandles som et rettighetsbærende subjekt som gis innflytelse på eget liv, og fremmer verdighet. Nylund gir uttrykk for at aktiv «participation is a quintessential element in respecting human dignity of the child».⁸⁵² Hun utdyper med at «[i]t empowers and teaches children self-determination and decision-making skills».⁸⁵³

I General Comment nr. 13 settes barnets *menneskeverd* i sammenheng med «[a] child rights-based approach».⁸⁵⁴ Når retten til å bli hørt henger nær sammen med menneskeverdet, er den også nær knyttet til et syn på barn som innehavere av selvstendige rettigheter, med mulighet til å forvalte disse. Hvis retten til å bli hørt, settes i sammenheng med et rettighetsperspektiv, trekkes det inn et element av selvbestemmelse, ettersom det å kunne forvalte egne rettigheter i utgangspunktet er en viktig del av det å ha en rettighet. Som Freeman legger til grunn, er «participation [...] a fundamental human right. It enables us to demand rights.»⁸⁵⁵

I rettighetsteorier står medbestemmelse sentralt. I vilje/valgteorien er individets vilje i sentrum. Medbestemmelse er etter denne teorien sentralt for å kunne forvalte sine rettigheter, noe som skiller rettigheter fra rene plikter.⁸⁵⁶ Også etter interesseteorien har medbestemmelse en viktig plass.⁸⁵⁷ Fortin legger til grunn at

850 Dok. 16 (2011–2012) s. 191.

851 Dok. 16 (2011–2012) s. 191.

852 Nylund (2019) s. 202. Se også Sigurdson (2019) s. 27 flg. om menneskeverd og autonomi.

853 Nylund (2019) s. 202.

854 General Comment nr. 13 avsnitt 3 (b). Se også General Comment nr. 1 avsnitt 1.

855 Freeman (2007a) s. 8.

856 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.2.1 om de to rettighetsteoriene.

857 Freeman (2007a) s. 18, Jane Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge 2009 s. 14 og Ferguson (2013) s. 195. I debatten om barn som rettighetshaver har barns mulighet til aktiv deltakelse og medbestemmelse ved håndheving av rettigheter vært trukket frem, blant annet har Ferguson nevnt enkelte barns mangler evne til deltakelse og medbestemmelse som en sentral innvending mot vilje/valgteorien. Se også Brighouse (2002), Ross (2013) og Tobin (2013).

barn «have an interest *in* choice, as they develop an ability to reach choices».⁸⁵⁸ Barnet har både en sterk interesse i medbestemmelse, samtidig som det gjør at barnet kan delta aktivt i «the promotion, protection and monitoring» av sine rettigheter.⁸⁵⁹ Sammenhengen mellom retten til å bli hørt og et rettighetsperspektiv støtter opp under barnekomiteens standpunkt om at retten til å bli hørt og tatt alvorlig er en av de fundamentale verdiene konvensjonen hviler på.⁸⁶⁰

5.4.4 Forholdet til barnets beste

5.4.4.1 Innledning

I likhet med de øvrige artiklene i BK som gir uttrykk for både rettigheter og prinsipper, har art. 12 betydning ved tolkning og implementering av de øvrige rettighetene, herunder barnets beste.⁸⁶¹ Barnekomiteen har fremhevet at art. 3 nr. 1 og 12 er gjensidig avhengige av hverandre.⁸⁶² Innvirkningen er følgelig ment å gå begge veier. Ettersom alle menneskerettigheter er gjensidig avhengige av hverandre, er dette ikke noe særskilt fenomen. Skillet mellom tolkning og subsumsjon er ikke alltid helt klart. Særlig ikke for en rettighet hvor det må tas utgangspunkt i det berørte barnet og den konkrete saken, slik som for barnets beste. Av barnekomiteens uttalelser fremgår det at art. 12 innvirker på innholdet i art. 3 nr. 1 i konkrete saker.⁸⁶³ Det er en nødvendig konsekvens av innvirkningen på tolkningen. Spørsmålet blir *hvordan* retten til å bli hørt innvirker på tolkningen og innholdet i barnets beste.

Med rettighetskarakteren følger statens plikt til å respektere og sikre at barn blir hørt, jf. BK art. 2 og Grl. § 92. Artikkel 12 fastslår at staten skal «assure» at rettigheten blir overholdt. Barnekomiteen har uttalt at «‘Shall assure’ is a legal term of special strength, which leaves no leeway for State parties’ discretion», og understreker med det at forpliktelsen er streng.⁸⁶⁴ Den strenge sikringsplikten inne-

858 Fortin (2009) s. 14. Se også Ferguson, som skriver følgende: «[w]hen choices are protected, they are valued not for contributing to the best outcome for the child, objectively understood, but also subjectively», Ferguson (2013) s. 195.

859 General Comment nr. 7 avsnitt 14.

860 General Comment nr. 12 avsnitt 2.

861 General Comment nr. 12 avsnitt 2 og 17. I forarbeidene til Grl. § 104 nevnes det at retten til å bli hørt kan benyttes ved tolkning av annen lovgivning, Dok. 16 (2011–2012) s. 191.

862 General Comment nr. 12 avsnitt 74 og General comment nr. 14 avsnitt 43.

863 General Comment nr. 14 avsnitt 43 og 53.

864 General Comment nr. 12 avsnitt 19. At det uttrykkelig fastslås en slik sikringsplikt, tyder på at et strengt ansvar er nødvendig for en effektiv sikring. Den strenge sikringsplikten kan nok også forklares med rettighetens grunnleggende karakter.

bærer at rettigheten kan gi sterke føringer på barnets beste og gjennomføringen av rettigheten. Hvis begge rettighetene har samme anvendelsesområde, må barnets beste tolkes slik at sikringsplikten overholdes i alle saker. Et sentralt spørsmål for forholdet mellom de to rettighetene er derfor om de har felles anvendelsesområde. Dette tar jeg stilling til i det følgende punktet. Deretter drøfter jeg hvordan de to rettighetene kan harmoniseres. I forlengelsen av det tar jeg opp hva barnet må høres om i en vurdering av barnets beste. Til sist kommer en sammenfatning av forholdet mellom rettighetene.

5.4.4.2 Har barnets beste og retten til å bli hørt felles anvendelsesområde?

At barnets *rett* til å bli hørt skal inngå i barnets beste, forutsetter i utgangspunktet at rettighetene har samme anvendelsesområde. Selv om retten til å bli hørt ikke kommer direkte til anvendelse, vil de interessene den skal ivareta, kunne være relevante i vurderingen og vektingen. Det er likevel av betydning om rettighetene har samme anvendelsesområde, ettersom rettighetskarakteren inneholder klare *forpliktelse*r for staten, og det kunne ha andre virkninger at en rettighet ikke er overholdt, enn hvis det kun er interesser som er oversett.

Anvendelsesområdet til de to rettighetene er fastslått ut fra barnets *tilknytning* til spørsmålet, handlingen eller avgjørelsen som behandles. Det må derfor tas stilling til hvilken tilknytning som må foreligge for at barnet skal ha rett til å bli hørt, og om kravene til tilknytning er sammenfallende med når barnets beste skal legges til grunn.

Ordlyden i BK art. 3 nr. 1 og 12 og Grl. § 104 første og annet ledd angir ulik tilknytning for når barnets beste og retten til å bli hørt kommer til anvendelse. Barnets beste skal etter ordlyden i art. 3 nr. 1 og § 104 annet ledd være et grunnleggende hensyn «in all actions concerning children»/«alle handlinger og avgjørelser som berører barn». Når et barn blir berørt, må avgjøres ut fra om avgjørelsen griper inn i dets interesser.⁸⁶⁵ Ordlyden «concerning»/«berører» i BK art. 3 nr.1 og Grl. § 104 annet ledd tyder på at hovedregelen må være at det skal lite til før barnets beste kommer til anvendelse. I vurderingen kan det være av betydning om det er rettighetsvernede interesser som blir berørt, eller lite tungtveiende interesser. Er det rettighetsvernede interesser, taler det med tyngde for at barnets beste kommer til anvendelse. For eksempel er det helt klart at barnet blir berørt av en sak som retter seg mot dets foreldre, ettersom avgjørelsen da vil kunne gripe inn i sterke interesser barnet har. Hvis saken retter seg mot barnets besteforeldre eller andre

865 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.2 og 6.2.3.

slektninger, må det foretas en nærmere vurdering av på hvilken måte barnets interesser blir berørt.

Etter art. 12 skal barnet høres «in all matters affecting the child», mens GrL. § 104 første ledd fastslår at barn skal høres i «spørsmål som gjelder dem selv».⁸⁶⁶ De ulike formuleringene kan tyde på at det kreves en noe løsere tilknytning mellom spørsmålene/handlingene/avgjørelsene og barnet for at barnets beste kommer til anvendelse, enn for retten til å bli hørt. Et barn kan være *berørt* uten at avgjørelsen *gjelder* eller *vedrører* det. Dette støttes av en uttalelse i forarbeidene til § 104, hvor utvalget legger til grunn følgende om forslagene til ordlyd:

For øvrig innebærer de alternative forslagene at det bare er i saker som «gjelder» eller «angår» barnet at barnet har rett til medbestemmelse. Dette for å tydeliggjøre at barn ikke har rett til å bli hørt eller har rett til medbestemmelse i saker hvor de *kan* være berørt, men som primært omhandler andre personer.⁸⁶⁷

Dette kan muligens tilsi at i oppholds- og utvisningssaker som gjelder barnets foreldre, er det ikke opplagt at barnet har rett til å bli hørt. Slike saker kan imidlertid ikke sies å primært omhandle andre personer, ettersom barnets situasjon og følgende interesser, som oftest, påvirkes av foreldrenes sak. Som nevnt ovenfor følger det av ordlyden i § 104 første ledd at retten til å bli hørt ikke avhenger av barnets tilknytning til *handlinger* eller *avgjørelser*, slik som barnets beste, men *spørsmålet som behandles*. Ordlyden tyder på det er nok at barnet blir berørt når saken reiser spørsmål som gjelder det, og ikke at selve avgjørelsen og dermed saken, direkte må gjelde barnet. Dette støttes ytterligere av at BK art. 12, som bestemmelsen er ment å gjenspeile, gjelder «in all matters» som vedrører barnet.

Saker som *berører* barn, reiser nesten alltid spørsmål som *vedrører* barnet, som hva som er til det beste for det. Etter ordlyden i BK art. 12 og GrL. § 104 første ledd har barnet da rett til å bli hørt ved avgjørelsen av spørsmålene knyttet til barnets beste, men ikke nødvendigvis om hele saken.

I motsetning til barnets beste er ikke retten til å bli hørt implementert direkte i utlendingsloven. Av utlendl. § 81 følger det at «[k]ongen skal gi regler i forskrift om barns rett til å bli hørt i *saker* som vedrører det etter utlendingsloven, jf. fvl. § 17 og BK art. 12» (min utheving). I forarbeidene til utlendingsloven og utlendingsforskriften § 17-3 første ledd benyttes også «sak».⁸⁶⁸ Forvaltningsloven slår fast at

866 Den norske oversettelsen til BK art. 12 nr. bruker uttrykket «alle forhold».

867 Dok. 16 (2011–2012) s. 191.

868 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 327.

forvaltningsorganet skal påse at mindreårige som er *part*, får mulighet til å gi uttrykk for sitt syn, og knytter da retten opp til dem som har partsstatus etter fvl. § 2 e.⁸⁶⁹

Begrepet «sak» er ikke synonymt med «spørsmål», «forhold» eller «problemstillinger». Ofte peker «sak» eller «saken» på det underliggende forholdet et enkeltvedtak springer ut fra og forstås gjerne som den aktuelle forvaltningssaken.⁸⁷⁰ Begrepet er ikke definert i forvaltningsloven, men ser ut til å benyttes nettopp som det underliggende forholdet vedtaket hviler på.⁸⁷¹ Det er også koblet til partsbegrepet.⁸⁷² At retten til å bli hørt knyttes opp mot saken, kan gi en risiko for at retten til å bli hørt betraktes som en ren partsrettighet eller saksbehandlingsregel, som skal ivareta kontradiksjon og sakens opplysning, på samme måte som i fvl. 17 første ledd. En slik forståelse av rettigheten vil innebære en feiltolkning av dens karakter, funksjon og innhold. Det kan medføre at barnet ikke blir hørt hvis det ikke er part i saken, eller *bare* blir hørt når det er antatt å ha betydning for sakens opplysning. Det forekommer uttalelser i rettspraksis hvor barnets mening kun betraktes som en mulig kilde til sakens opplysning. For eksempel i plenumsdom I og II, hvor førstvoterende vektlegger at barnets mening neppe ville påvirket innholdet i vedtaket.⁸⁷³ Annenvoterende i plenumsdom II så annerledes på rettigheten og minnet under henvisning til General Comment nr. 12 om at rettigheten «gjelder uavhengig av om myndighetene antar at barnet har lite å bidra med».⁸⁷⁴

I HR-2017-2376-A, som gjaldt spørsmålet om et avslag på opphold på humanitært grunnlag etter utlendl. § 49 var gyldig, viste førstvoterende til flertallet i plenumsdom III og la til grunn at det ikke var en mangel ved vedtaket at et barn på 5 og et halvt år ikke var hørt. Begrunnelsen var at barnet ikke var part, at det sentrale temaet var om det forelå sterke menneskelige hensyn, og at barnet og faren ikke hadde motstridende hensyn.⁸⁷⁵ Det sentrale i saken var imidlertid om farens samvær med barnet talte for å innvilge opphold etter utlendl. § 49. Barnet ble berørt av

869 Når et barn må regnes som part, er behandlet nærmere i denne bokens kapittel 4 punkt 4.5.4.2.

870 Barnelova § 31 om barns rett til å bli hørt ved spørsmål om foreldreansvar og fast bosted er annerledes utformet. Bestemmelsen får noe klarere frem at barnet har rett til å bli hørt i *ulike spørsmål og forhold som vedrører* det. I barnevernloven § 6-3 er retten knyttet til «sak som berører» barnet. Her benyttes altså uttrykket *berører* istedenfor *vedrører*.

871 Se for eksempel fvl. §§ 1, 2, 3, 16, 17 første ledd, § 18 første ledd og § 24 annet ledd. Begrepet benyttes gjennomgående i loven. I sivilprosessen benyttes begrepet om den bestemte saken som går for domstolen. Saken gjelder da det kravet/påstanden som er fremmet.

872 Partsbegrepet er definert i fvl. § 2 første ledd bokstav e.

873 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 158, Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 57.

874 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 108.

875 HR-2017-2376-A avsnitt 43.

farens avslag på opphold, og barnets beste skulle følgelig være et grunnleggende hensyn. Vurderingstemaet tilsa derfor at barnet hadde rett til å bli hørt. Argumentet om at barnet ikke var part, illustrerer risikoen for at rettigheten kun betraktes som en partsrettighet. At retten til å bli hørt knyttes til «saken», kan altså medføre at det godtas at barn ikke blir hørt i foreldrenes sak, ut fra en begrunnelse om at barnet ikke er part. For øvrig så trenger ikke det at vedtak er rettet direkte mot forelderen, å innebære at ikke barnet også skulle vært part.⁸⁷⁶ Partsstatus kan bidra til at barnet høres, men ser ikke ut til å sikre at retten til å bli hørt alltid legges til grunn.⁸⁷⁷ Dette til tross for at barnets rett å bli hørt, som uttalt i plenumsdom III, også er en «grunnleggende partsrettighet».⁸⁷⁸ At partsstatus ikke er nok til å sikre at barnet blir hørt, viser behovet for egne rettigheter for barn, med streng sikringsplikt. Behovet for selvstendige rettigheter med en streng sikringsplikt understrekes også av at barn ikke alltid anses som part, selv om saken gjelder deres egne rettigheter.⁸⁷⁹

Barnets beste og retten til å bli hørt har altså overlappende anvendelsesområder, selv om det ikke kommer helt tydelig frem av utlendingsloven og forskriften. Barnets beste gjelder i saker om opphold på humanitært grunnlag som berører barn, og barnets rett til å bli hørt gjelder i spørsmål som vedrører barn. Når saken direkte gjelder barnet, kan det være flere spørsmål som barnet har rett til å bli hørt i, enn i saker som gjelder andre, men berører barnet. I saker hvor kun enkelte spørsmål vedrører barnet, er det disse spørsmålene barnet har rett til å bli hørt i.

5.4.4.3 Hvordan kan rettighetene harmoniseres?

Når barnets beste og retten til å bli hørt har overlappende anvendelsesområder, blir spørsmålet hvordan harmonisere de to rettighetene. Dette har jeg allerede vært innom ovenfor. Her utdypes det noe.

De to rettighetenes karakter og funksjon harmoniserer godt med hverandre, noe som nok henger sammen med at det helt fra arbeidet med BK var ment å være et nært forhold mellom disse. Barnekomiteen har understreket at det er et nært forhold, og utdypet med at:

876 I Rt. 2015 s. 93 mente Høyesterett at barnets tilknytning til morens utvisningssak var «umiddelbar og sterk», avsnitt 39. Barnet hadde derfor rettslig interesse og skulle vært gjort til part i forvaltningssaken, avsnitt 38–40 og 44–47.

877 Se Rt. 2012 s. 1985, Rt. 2012 s. 2039 og Rt. 2015 s. 1388.

878 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 293.

879 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.5.4.2.

There is no tension between articles 3 and 12, only a complementary role of the two general principles: one establishes the objective of achieving the best interests of the child and the other provides the methodology for reaching the goal of hearing either the child or the children. In fact, there can be no correct application of article 3 if the components of article 12 are not respected. Likewise, article 3 reinforces the functionality of article 12, facilitating the essential role of children in all decisions affecting their lives.⁸⁸⁰

Rettighetene er gjensidig avhengige av hverandre, har komplementære roller og må tolkes i overensstemmelse med hverandre.⁸⁸¹ At art. 3 nr. 1 ikke kan *anvendes* korrekt uten at retten til å bli hørt er respektert og sikret, innebærer at barnet må få mulighet til å komme med sin mening, slik at den kan inngå i vurdering og fastsettning av hva som er til det beste for det berørte barnet. Komiteen har slått fast at «[a]ssessment of a child's best interests must include respect for the child's right to express his or her views freely and due weight given to said views in all matters affecting the child».⁸⁸² Videre har komiteen uttalt at «[a]ny decision that does not take into account the child's views or does not give their views due weight according to their age and maturity, does not respect the possibility for the child or children to influence the determination of their best interests».⁸⁸³ Dette støttes av at det er vanskelig å kunne se hvordan det skal være mulig å komme frem til hva som er til et barns beste, og samtidig overholde et rettighetsperspektiv, uten å ha hørt barnet.

Barnets mening må også vektlegges og kan dermed innvirke på hvilke løsning som anses å være i dets beste interesser, og også på hvor tungtveiende barnets interesser må anses å være. Samtidig går påvirkningen den andre veien. At barnekomiteen legger til grunn at barnets beste «reinforces», altså forsterker retten til å bli hørt funksjon, kan forklares med at rettigheten gir en ramme for når og hvordan barnets interesser, og herunder dets interesse i å bli hørt og få sin mening tillagt vekt, skal innvirke på avgjørelser som berører barnet.⁸⁸⁴ Uten barnets beste kan det være at spørsmål som vedrører barnet, overses. I en del saker vil det være barnets beste som sikrer barnets rett til å bli hørt, ved å danne et vurderingstema som vedrører barnet.

Selv om barnekomiteen har lagt til grunn at det ikke er noen spenning mellom retten til å bli hørt og barnets beste, kan det nok forekomme konkrete tilfeller hvor

880 General Comment nr. 12 avsnitt 74. Se også General comment nr. 14 avsnitt 43.

881 General Comment nr. 14 avsnitt 43.

882 General Comment nr. 14 avsnitt 43.

883 General Comment nr. 14 avsnitt 53.

884 Se også Sandberg (2020a) s. 101.

det kan problematiseres om det er til det beste for barnet å få muligheten til å bli hørt. Et eksempel er Rt. 2004 s. 811.⁸⁸⁵ Problemstillingen var om det var en saksbehandlingsfeil at barnet ikke var blitt spurt om han ville uttale seg i spørsmål om endring av samværsordningen.⁸⁸⁶ Det ble lagt til grunn at det ikke var til det beste for barnet å bli hørt. Dette standpunktet drøftes ikke nærmere her, ettersom det er på siden av bokens tema. Det som er uheldig med argumentasjonen i dommen, er at det ikke kommer frem at barnet har *rett* til å bli hørt. Isteden omtales rettigheten som «synspunktet», mens barnets beste omtales som et «grunnleggjande prinsipp».⁸⁸⁷ Dette skaper et inntrykk av at det er en ubalanse mellom de to rettighetene.

I HR-2019-2301-A var det sentrale spørsmålet om barnet hadde ubetinget rett til å bli informert og få å uttale seg i sak om endring av samvær. Spørsmålet ble presisert til om det kan gjøres unntak fra retten til å bli hørt i helt spesielle tilfeller, noe domstolen kom til. Domstolen kom til at det kunne gjøres unntak «i de tilfellene det ikke er forsvarlig å høre barnet», altså et unntak begrunnet i barnets beste.⁸⁸⁸ Haugli har kritisert kjennelsen.⁸⁸⁹ Jeg er enig med Haugli og mener at det må finnes løsninger hvor barnet gis informasjon og mulighet til å bli hørt som er i tråd med dets beste.

Hvis rettighetene ser ut til å stå mot hverandre i en konkret sak, må de forsøkes å harmoniseres. I noen tilfeller kan det være nødvendig å tilpasse hvordan barnet gis mulighet til å få uttrykke sin mening, og eventuelt hva det blir hørt om, på en slik måte at det er til dets beste å høre det. Saker om opphold og utvisning har en annen karakter enn for eksempel samværsaker. I saker om opphold er ofte utgangspunktet at barnet skal fortsette å være sammen med sine foreldre, og at barnet ikke trenger å uttale seg om forhold som kan medføre at det kommer i en lojalitetskonflikt. I enkelte tilfeller kan det likevel oppleves belastende for barnet å gi uttrykk for sin mening, enten generelt eller om noen sider av saken.⁸⁹⁰ Barnet kan være redd for å si noe som ikke samsvarer med foreldrenes forklaring, som påvirker saken negativt.

885 Dommen er kritisert i Lucy Smith, «Barnets beste og barnets uttalerett», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2004 s. 223–231. Også Bendiksen og Haugli, Backer og Kjøberg og Johannesen har behandlet dommen, se Lena L.R. Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 3. utgave, Oslo 2018 s. 88, Sandberg (2020a) s. 112, Inge Lorange Backer, *Barneloven: Kommentarutgave: Lov 8. april 1981 om barn og foreldre*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 297 og Gunn-Mari Kjøberg og Sigrid Redse Johannesen, *Barnfordelingstvister: håndbok i barnerettslige emner*, Oslo 2006 s. 201–202, hvorav de tre sistnevnte uttaler seg positive til dommen.

886 Samværsordningen var kort tid i forveien fastsatt ved dom.

887 Rt. 2008 s. 811 avsnitt 47.

888 HR-2019-2301-A avsnitt 94.

889 Haugli, Trude, «Kommentar til Høyesteretts kjennelse om hensynet til barnets beste og barns rett til å bli hørt», *Juridika innsikt*, 2019.

890 Se også Sandberg (2020b) s. 343.

Et annet eksempel kan være hvis barnet blir utsatt for vold, eller av andre grunner ikke har det bra hos sine foreldre eller med søsken. I slike saker vil det imidlertid være viktig at barnet gis mulighet til å uttale seg, slik at forholdene blir avdekket, og at vurderingen av barnets beste bygger på riktige forutsetninger.

Som hovedregel bør det være mulig å harmonisere de to rettighetene, for eksempel ved å fokusere på momenter knyttet til barnet og dets situasjon, fremfor foreldrenes. Noe annet er at barnet kan gi uttrykk for at andre interesser enn de som ellers vurderes å være til dets beste, er viktig for barnet. Det kan følgelig oppstå konflikter mellom de ulike interessene innad i vurderingen av hva som er dets beste. Her må de interessene harmoniseres, eventuelt avveies mot hverandre, før det tas endelig standpunkt til hva som er i barnets beste interesser. Ingen av rettighetene har forrang, men ettersom barnet ikke har rett til selvbestemmelse, kan de øvrige elementene i barnets beste i enkelte tilfeller måtte gå foran barnets mening.⁸⁹¹

Så fremt barnet ønsker det og er i stand til å gi uttrykk for sin mening, må dets mening inngå i vurderingen og vektingen av hva som best tjener barnets interesser. At barnets mening må inngå i vektingen av barnets beste, gjør at meningen også kan få betydning for avveiningssiden av barnets beste.

5.4.4.4 Hva må barnet få gi uttrykk for sin mening om?

Som allerede nevnt fastslår art. 12 nr. 1 at barnet skal bli hørt «in all matters», altså om alle *forhold* eller i alle *spørsmål* som gjelder det. Det samme følger av GrL § 104 første ledd. Problemstillingen jeg behandler her, er hva barnet må høres om i vurderingen av hva som er til dets beste, i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Hva barnet må høres om, beror i stor grad på innholdet i vurderingen av hva som er til det beste for barnet. Dette er vurderinger som varierer fra sak til sak. Her behandles derfor kun de overordnede føringene.

Formuleringen «all matters» og «spørsmål» i BK art. 12 og GrL § 104 er nokså vide og generelle angivelser. Ordlyden trekker ingen skarp grense. Under arbeidet med utformingen av art. 12 ble det reist spørsmål om meningen med «in all matters affecting the child».⁸⁹² Delegasjonen fra Japan ga uttrykk for at det måtte forstås som «affecting the rights of the child».⁸⁹³ Det ble foreslått å presisere dette i konvensjonsteksten.⁸⁹⁴ Delegasjonen fra Canada mente imidlertid at en slik ord-

891 Se diskusjonen i Sandberg (2016b) på s. 67.

892 UN Doc. E/CN.4/1989/WG.1/CRP.1/Add.1, p. 6, at 9. Artikkel 7 avsnitt 241. Detrick (1999) s. 218.

893 UN Doc. E/CN.4/1989/48 avsnitt 242 og 246. Detrick (1999) s. 218.

894 UN Doc. E/CN.4/1989/48 avsnitt 248. Detrick (1999) s. 218.

lyd utgjorde en risiko for at barnet ikke ville bli hørt i spørsmål som ikke ble dekket av noen rettigheter, men som likevel vedrørte det.⁸⁹⁵ En presisering ble dermed ikke gjort. Den generelle formuleringen som ble stående, taler imot å skille mellom spørsmål knyttet til rettigheter og andre spørsmål. At barnekomiteen har uttalt at barnets mening må få betydning i «the assessment of his or her best interests», har også betydning.⁸⁹⁶ Som komiteen har lagt til grunn, må vurderingen og avgjørelsen av hva som er barnets beste, ta i betraktning «all the elements necessary to make a decision in a specific situation for a specific individual child».⁸⁹⁷ Det skilles ikke mellom rettigheter, interesser og momenter.⁸⁹⁸

Barnet skal gis mulighet til å uttale seg om «all»/«alle» forhold eller spørsmål som gjelder det selv. Ved opphold på humanitært grunnlag er hovedspørsmålet om det skal eller ikke skal gis oppholdstillatelse. I utvisningssaker er det om det skal eller ikke skal treffes vedtak om utvisning.⁸⁹⁹ Hvis disse spørsmålene gjelder/vedrører det berørte barnet, må det gis mulighet til å uttale seg om dem. Spørsmålet om hvilke løsninger som er i barnets beste interesser, gjelder barnet, og dette må barnet følgelig gis mulighet til å si noe om. Interesser og momenter i en barnets beste-vurdering gjelder også barnet, og det må dermed gis mulighet til å si sin mening om disse. Det samme gjelder rettigheter som er av betydning i vurderingen og vektingen.

Innholdet i vurderingen av barnets beste gir altså føringer på hva barnet må høres om i den konkrete saken. Dette kommer ikke tydelig frem av verken utlendingsloven, forvaltningsloven eller utlendingsforskriften.⁹⁰⁰ Høring av barn er nærmere behandlet i UDI 2010-043 Høring av barn i utlendings saker – unntatt søknader om beskyttelse og UDI 2010-075 Høring av medfølgende barn i saker om beskyttelse. Forhold som kan være sentrale i høringen av barn i saker etter utlendl. § 38, er blant annet forholdet til omsorgspersoner i Norge og hjemlandet, helsesituasjon, skolegang, venner, bosted og hvordan barnet ser for seg sin situasjon etter avgjørelsen. I utvisningssaker kan det være et spørsmål om barnet kan følge med en utvist forelder, og i så fall må barnet gis mulighet til å bli hørt om dette.⁹⁰¹ I denne sammenhengen vil forhold i Norge og landet det eventuelt må reise til, kunne være sentralt. Det samme vil hva barnet opplever som vanskelig

895 UN Doc. E/CN.4/1989/48 avsnitt 253 og 264. Detrick (1999) s. 218.

896 General Comment nr. 14 avsnitt 43 og 44.

897 General Comment nr. 14 avsnitt 47 og 48.

898 Om rettigheter, interesser og momenter i vurderingen av hva som er i et barns beste interesser, se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.2 og 6.2.3.

899 I tillegg vil det ved utvisning være spørsmål knyttet til varigheten av innreiseforbudet.

900 Se utlendl. § 81 annet ledd, fvl. § 17 første ledd annet og tredje punktum og utlendingsforskriften § 17-3.

901 Se UDI 2010-043 Høring av barn i utlendings saker – unntatt søknader om beskyttelse 6.5.3.

med å måtte forlate Norge, være. Barnet må også gis mulighet til å uttale seg om en eventuell splittelse med forelderen dersom barnet vil bli igjen ved en utvisning.⁹⁰² I slike tilfeller vil også spørsmål knyttet til mulighet for samvær, herunder besøk eller andre løsninger, være relevant.

Opplistingen i utlendingsforskriften § 8-5 kan også tjene som eksempler på spørsmål som ofte kan være aktuelle i vurderingen av barnets beste, og dermed å høre barnets mening om.⁹⁰³ Bestemmelsen er ment å gjelde for saker om opphold på humanitært grunnlag. Flere av momentene er likevel også relevante for vurderingen av barnets beste ved utvisning, og dermed ved høring av barn i slike saker.⁹⁰⁴ Samlet gir utlendingsregelverket en del veiledning for høringen av barnet i forbindelse med vurderingen av barnets beste, selv om det mangler klare presiseringer i lovene og formskriften.

Mulighet til å stille spørsmål er viktig for barns mulighet til å delta i håndhevelsen av sine rettigheter.⁹⁰⁵ Barnet bør derfor også gis mulighet til å stille spørsmål.

I plenumsdommene kommer ikke flertallet inn på hva barnet må høres om, eller hvordan barnets mening kan innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste.⁹⁰⁶ Annenvoterende i plenumsdom II uttalte om barnets mulighet til medvirkning at «[d]et er på det rene at hun ikke på noe tidspunkt har fått mulighet til å formidle sine erfaringer, tanker og følelser til UNE».⁹⁰⁷ Uttalelsen knytter seg til UNEs vurdering av jentas situasjon og barnets beste. Annenvoterendes uttalelse kan tolkes slik at han legger til grunn at barnet ikke bare skal høres om hva det mener er den beste løsningen, men at det også skal få mulighet til å formidle sine *erfaringer, tanker og følelser* om spørsmål av betydning for vurderingen. Tredjevoterende i plenumsdom III la til grunn at barnet skulle fått formidlet synspunkter og informasjon om forhold knyttet til egen livssituasjon og erfaring.⁹⁰⁸ Han la til at barnets syn og informasjon om dets livssituasjon og erfaringer

902 Se UDI 2010-043 Høring av barn i utlendingssaker – unntatt søknader om beskyttelse 6.5.3.

903 I utgangspunktet gjelder forskriftsbestemmelsen bare ved opphold på humanitært grunnlag etter lovens § 38. Så langt disse gir uttrykk for vurderingstemaer som etter BK og Grl. er sentrale for å vurdere barnets beste, må de imidlertid også legges til grunn ved opphold på humanitært grunnlag etter § 49.

904 For eksempel barnets behov for stabilitet og kontinuitet i forskriftens første ledd bokstav a, barnets omsorgssituasjon i Norge og ved en retur til opprinnelseslandet etter bokstav e og f og den sosiale og humanitære situasjonen ved retur etter bokstav g.

905 Se FNs barnekomité, General Comment nr. 7, *Implementing child rights in early childhood* (CRC GC 7) avsnitt 14, som gir uttrykk for at barnet har en aktiv rolle for å fremme og håndheve sine egne rettigheter.

906 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 158, Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 57 og Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 143–164.

907 Høyesterettsdommer Bårdens votum i Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 108 og 128.

908 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 292.

ger har betydning for «informasjonsinnholdet», altså sakens opplysning og for vekten av de forholdene som knytter seg til barnet.⁹⁰⁹ Dette er i tråd med forholdet mellom barnets beste og retten til å bli hørt. Annenvoterende i plenumsdom II og tredjevoterende i plenumsdom III la følgelig opp til en bred høring av barnet, slik at dets mening knyttet til erfaringer, synspunkter og følelser kan inngå i vurderingen og vektleggingen. I disse dommene representerte dette synet mindretallet. Basert på flertallets vurderinger fikk det ingen konsekvenser at barna ikke var hørt direkte.

Ettersom hva som er til barns beste, må vurderes fra sak til sak, vil også hva barnet må gis mulighet til å si sin mening om, variere.⁹¹⁰ Dermed hadde en opplisting i lov eller forskrift vanskelig kunnet utformes med en uttømmende liste. Fordi det er grense for hvor mye tid og ressurser som kan benyttes på hver sak, kunne en svært omfattende opplisting gitt risiko for en springende og overfladisk vurdering. Det som derimot kunne vært en fordel å ha med i loven eller forskriften, er en presisering av sammenhengen mellom vurderingen og vektingen av barnets beste og høring av barnet. For det første fordi sammenhengen er viktig å få frem for at rettighetene skal sikres og respekteres. For det andre fordi barnets beste gir veiledning på vurderingen. God kunnskap om føringene på vurderingen og vektingen av barnets beste og hvilke rettigheter, interesser og momenter som ofte er relevante i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, kan bidra til en høring av barn i tråd med begge rettighetene.

5.5 BARNES RETT TIL FAMILIE- OG PRIVATLIV

5.5.1 Innledning

Retten til familie- og privatliv følger blant annet av BK art. 16, Grl. § 102, EMK art. 8 og SP art. 17.⁹¹¹ Fordi barn har behov for omsorg for å beskytte og fremme deres helhetlige utvikling, er familien normalt meget viktig.⁹¹² Familiens, og særlig foreldrenes viktige rolle i barnets liv, herunder for å sikre dets behov for omsorg, fanges opp av flere bestemmelser i BK.⁹¹³ Deler av barnets privatliv er også særskilt vernet gjennom flere artikler.⁹¹⁴

909 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 292.

910 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.3.

911 Se også EUs charter art. 7.

912 General Comment nr. 14 avsnitt 59. Dette kommer også til uttrykk i BK art. 5 og Grl. § 104 tredje ledd annet punktum.

913 Se BK art. 8 nr. 1, art. 9 nr. 1, art. 18 og art. 20.

914 Se BK art. 7 og art. 8.

Etter BK art. 16 og SP art. 17 gjelder et forbud mot «arbitrary or unlawful interference» i familie- eller privatlivet. Grunnloven § 102 første ledd er utformet etter mønster fra EMK art. 8 og SP art. 17 og slår fast at «[e]nhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv».⁹¹⁵ Høyesterett har lagt til grunn at § 102 har et sammenfallende innhold med EMK art. 8.⁹¹⁶ Av § 102 annet ledd følger det at staten skal «sikre et vern om den personlige integritet».⁹¹⁷ Med «vern om den personlige integritet» siktes det til personvern i vid forstand, som omfatter blant annet privatliv og familieliv.⁹¹⁸ Annet ledd er utelukkende ment å pålegge staten en sikringsplikt og behandles ikke nærmere.⁹¹⁹

Tetten til både familie- og privatliv er ofte relevant i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Retten til familie og familieliv blir berørt hvis vedtaket medfører en splittelse av barnets familie. Retten til privatliv kommer til anvendelse hvis vedtaket griper inn i barnets privatliv. Begge rettighetene kan komme til anvendelse i samme sak.⁹²⁰ Det er også noe overlapp mellom rettighetene. Forholdene i den aktuelle saken avgjør om det er mest nærliggende å fokusere på familieliv fremfor privatliv, motsatt eller på begge rettighetene.⁹²¹ I en vurdering og vektning av barnets beste må imidlertid alle relevante rettigheter, interesser og momenter tas i betraktning.⁹²² I enkeltsaker kan barnets privatliv og familieliv tale for ulike løsninger. Dette behandles nærmere i kapittel 6. Her behandler jeg først innholdet i de to rettighetene. Deretter behandler jeg retten til familie- og privatlivs forhold til barnets beste. Kun de sidene av rettighetene som er av særlig betydning for temaet i denne boken, trekkes frem.⁹²³

915 Dok. 16 (2011–2012) s. 178 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57. Ved tolkning av § 102 er derfor praksis fra EMD en viktig kilde, se Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57. Se nærmere om tolkningen av Grunnloven i denne bokens kapittel 2 punkt 2.4.4.

916 HR-2017-2015-A avsnitt 46 og HR-2017-2376-A avsnitt 53 med videre henvisninger. For en grundig behandling av barns rett til familieliv etter Grunnloven, se Lena R.L. Bendiksen, «Children's Constitutional Right to Respect for Family Life in Norway: Words or Real Effect?», i *Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Leiden 2019 319–337.

917 Dok. 16 (2011–2012) s. 177.

918 Dok. 16 (2011–2012) s. 177.

919 Dok. 16 (2011–2012) s. 177.

920 Se som et eksempel Rt. 2015 s. 93 avsnitt 70.

921 Se for eksempel Maslov mot Østerrike avsnitt 63 og Üner mot Nederland avsnitt 59.

922 Målet er å komme frem til hvilken løsning som samlet er i barnets beste interesser. Se denne bokens punkt 6.2.1.

923 Ettersom temaet i boken er barnets beste, tolkes og anvendes andre rettigheter kun så langt de er av betydning for barnets beste, i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.

5.5.2 Barns familie og familieliv

For at et vedtak skal komme i konflikt med barns rett etter BK art. 16, Grl. § 102 første ledd og EMK art. 8, må det kunne føre til en adskillelse mellom barnet og dets *familie*. Spørsmålet jeg behandler her, er *hvilke familierelasjoner* som faller inn under rettighetsvernet.

Mens BK art. 16 verner mot inngrep i noens «family», verner Grl. § 102 og EMK art. 8 «familieliv»/«family life». Etter ordlyden ser det ut til at BK verner familien som enhet, mens Grunnloven og EMK verner det praktiserte *familielivet*. Det kan tyde på at rettslige bånd er fremtredende etter BK, mens faktiske bånd er fremtredende etter EMK. Familielivet kan imidlertid ikke eksistere uten en familie, og en sentral del av å være en familie er å leve sammen. Dermed blir neppe forskjellen særlig stor. Dette støttes av at barnekomiteen har benyttet «family life» i sin omtale av art. 16.⁹²⁴ Kilkelly skriver imidlertid at når EMK art. 8 verner familieliv og ikke familien i seg selv, er «family relationship» ikke alltid nok til å falle inn under vernet.⁹²⁵ Hun presiserer at det avgjørende for om det foreligger et familieliv, er de faktiske forholdene i saken.⁹²⁶ En innvending mot denne tolkningen er at hvis familien ikke lever sammen, beror det oftest ikke på barnets valg. Det er derfor positivt at barns rettigheter etter BK ikke nødvendigvis er avgrenset til det praktiserende familielivet.

Familiebegrepet defineres ikke i noen av konvensjonene. Heller ikke Grl. § 102 eller forarbeidene inneholder en definisjon. En familie kan omfatte en rekke ulike relasjoner. Hvilke relasjoner som omfattes av rettighetsvernet, kan ikke angis uttømmende.⁹²⁷ Rettigheten må, som andre menneskerettigheter, tolkes *dynamisk*, i takt med sosiale og samfunnsmessige endringer, noe som påvirker hvilke relasjoner som omfattes til enhver tid.⁹²⁸ Barnekomiteen har lagt til grunn at *familie* må forstås *vidt*, og at en rekke relasjoner basert på biologiske, juridiske eller sosiale/emosjonelle bånd omfattes.⁹²⁹ Av EMD er det som et utgangspunkt lagt til grunn at eksistensen av et familieliv «is essentially a question of fact depending

924 General Comment nr. 14 avsnitt 59.

925 Kilkelly (1999) s. 188.

926 Kilkelly (1999) s. 188.

927 Se Kilkelly (1999) s. 188, Stéphanie Lagoutte, «Surrounding and Extending Family Life: The Notion of Family Life in the Case-law of the European Court of Human Rights», *Nordic Journal of Human Rights*, 2003 s. 292–306 (s. 294) og Bendiksen (2008) s. 113–114.

928 Se Kilkelly (1999) s. 188, Lagoutte (2003) s. 294, Bendiksen (2008) s. 113–114 og Harris med flere (2018) s. 505 om EMK art. 8. Også BK art. 16 må tolkes dynamisk. Det samme gjelder Grunnlovens rettigheter, som skal gjenspeile samfunnets verdigrunnlag, se Dok. 16 (2011–2012) s. 49. Se også Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

929 General Comment nr. 14 avsnitt 59.

upon the existence of close personal ties».⁹³⁰ Lagoutte har kommet til at EMD opererer med tre elementer/kriterier for vurderingen av om familieliv foreligger: «a biological element, a legal/judicial element and a social/emotional element (de facto family life)».⁹³¹ Hun mener at disse elementene, alene eller sammen, kan tilsi at relasjonen kvalifiserer som familieliv.⁹³² Som jeg utdyper i de følgende avsnittene, kan disse tre elementene gjenfinnes også i uttalelser fra barnekomiteen. Dermed kan en lang rekke relasjoner omfattes.

Båndet mellom *mindreårige barn og deres foreldre* hører til kjernen av det venede familielivet.⁹³³ Det kommer blant annet til uttrykk i BK art. 9, hvor barns kontakt med sine foreldre nyter et særskilt vern.⁹³⁴ I EMDs dommer er det gjentatte ganger uttalt at «the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life».⁹³⁵ Også andre enn de biologiske foreldrene, herunder fosterforeldre, kan omfattes.⁹³⁶ Barnekomiteen har lagt til grunn at foreldre kan omfatte «biological, adoptive or foster parents, or, where applicable, the members of the extended family or community as provided for by local custom».⁹³⁷ At det ikke kun er barnets bånd til sine biologiske foreldre som omfattes, er viktig i saker om opphold og utvisning. Dette fordi det i slike saker hender at andre enn de biologiske foreldrene ivaretar barnets behov for omsorg. *Søsken* er også familie.⁹³⁸ Også barnets bånd til den utvidede familien kan være vernet, slik som til *besteforeldre, tanter, onkler og søskenbarn*.⁹³⁹ Det avgjør-

930 EMDs storkammerdom 24. januar 2017, *Paradiso og Capanelli mot Italia* avsnitt 140 med videre henvisninger til eldre dommer.

931 Lagoutte (2003) s. 295.

932 Lagoutte (2003) s. 300.

933 Se BK art. 9, 18 og 20, General Comment nr. 14 avsnitt 58–66 og EMDs dom 19. september 2000 *Gnahoré mot Frankrike* avsnitt 50 og EMDs dom 12. oktober 2006 *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga mot Belgia/M.M og K.M mot Belgia* avsnitt 75.

934 Se også General Comment nr. 14 avsnitt 58, hvor det vises til art. 9, 18 og 20 i sammenheng med fastsettelsen av barnets beste når saken berører forholdet mellom barn og foreldre.

935 Se blant annet EMDs dom 22. juni 1989 *Eriksson mot Sverige* avsnitt 58, *Gnahoré mot Frankrike* avsnitt 50 og *M.M og K.M mot Belgia* avsnitt 75.

936 *Paradiso og Capanelli mot Italia* avsnitt 149, *Kjølbros* (2020) s. 878–879 og *Harris med flere* (2018) s. 506–507.

937 General Comment nr. 4/23 avsnitt 27.

938 General Comment nr. 14 avsnitt 65, General Comment nr. 4/23 avsnitt 27 og *Harris med flere* (2018) s. 507.

939 General Comment nr. 14 avsnitt 70, *Kjølbros* (2020) s. 879 og *Harris med flere* (2018) s. 507. Om besteforeldre, se EMDs dom 9. juni 1998 *Bronda mot Italia* avsnitt 51, EMDs beslutning 14. juli 1988 *Lawlor mot Storbritannia*, EMDs beslutning 25. november 2014 *Kruškić mot Kroatia* avsnitt 108, og EMDs dom 20. januar 2015 *Manuello og Nevi mot Italia*.

ende for om en relasjon faller inn under det vernede familielivet etter EMDs praksis, er om barnet har tilstrekkelig nære bånd til vedkommende.⁹⁴⁰

Hvor sterk beskyttelse familierelasjonen nyter, kan variere ut fra de faktiske forholdene i saken. Barnets bånd til sine foreldre nyter et nokså ubetinget sterkt vern generelt.⁹⁴¹ Vernet av båndene til den utvidede familien, herunder besteforeldre, tanter og onkler, er i større grad avhengig av de faktiske omstendighetene i saken.⁹⁴² Barnekomiteen har lagt til grunn at barnets bånd til den utvidede familien er spesielt relevant i saker hvor foreldrene ikke bor sammen.⁹⁴³ Uttalelsen ser ut til å sikte til når forholdet mellom foreldrene er brutt. Det samme må imidlertid gjelde hvis foreldrene bor i ulike land, selv om forholdet mellom dem ikke er opphørt. I noen tilfeller har barnet bodd hos, og fått omsorg av, andre enn foreldrene.⁹⁴⁴ Barnet vil kunne ha utviklet sterke bånd til slike omsorgspersoner.⁹⁴⁵ Har barnet bodd hos for eksempel sine besteforeldre eller tante og/eller onkel, er det en sterk indikasjon på nære familieband.⁹⁴⁶ Også hvis barnet har bodd sammen med storfamilien, inkludert en eller begge av foreldrene, kan båndene til de øvrige familiemedlemmene være sterke. At de har bodd sammen, er imidlertid ikke en forutsetning for at familieliv skal foreligge, men det kan innvirke på tyngden av barnets interesser i å få ivaretatt disse relasjonene.⁹⁴⁷

Det er ikke alltid nok at barnet har bodd sammen med noen for at det skal eksistere et familieliv. I storkammerdommen *Paradiso og Capanelli mot Italia* kom EMD til at det ikke eksisterte et familieliv mellom et par og et barn som var født ved hjelp av surrogati. Barnet hadde bodd sammen med paret fra fødsel og til det var omtrent åtte måneder. Ingen av de voksne hadde biologiske bånd til barnet. Det avgjørende for at EMD konkluderte med at det ikke eksisterte et familieliv, var «the absence of any biological tie between the child and the intended parents, the short duration of the relationship with the child and the uncertainty of the ties from a legal perspective».⁹⁴⁸ Saken falt imidlertid inn under retten til privatlivets

940 Se *Bronda mot Italia* avsnitt 51, *Lawlor mot Storbritannia*, *Kruškić mot Kroatia* avsnitt 108 og *Manuelleo og Nevi mot Italia*.

941 Se BK art. 9, 18 og 20.

942 Fordi forholdet mellom barn og besteforeldre, i normale situasjoner, har en annen karakter enn forholdet mellom barn og foreldre, har EMD imidlertid lagt til grunn at det kreves en mindre grad av beskyttelse, *Kruškić mot Kroatia* avsnitt 110.

943 General Comment nr. 14 avsnitt 70.

944 Slik som for eksempel i *Butt mot Norge*, hvor barna hadde bodd hos onkelen og tanten, se avsnitt 76.

945 General Comment nr. 14 avsnitt 59, 65 og 70.

946 *Bronda mot Italia* avsnitt 51 og *Kruškić mot Kroatia* avsnitt 108.

947 *Kruškić mot Kroatia* avsnitt 108 og denne bokens kapittel 6 punkt 6.10.

948 *Paradiso og Capanelli mot Italia* avsnitt 157.

anvendelsesområde.⁹⁴⁹ Resultatet ble likevel at art. 8 ikke var krenket. Også eldre saker viser at enkelte relasjoner, etter omstendighetene i den konkrete saken, kan nyte et vern gjennom retten til privatliv.⁹⁵⁰

Det hender at barn og foreldre oppholder seg adskilt for en lengre periode. For eksempel ved at et barn søker opphold mens foreldrene har blitt igjen i opprinnelseslandet, eller at barnet har blitt igjen i opprinnelseslandet uten foreldrene. Et spørsmål som er relevant, er derfor *om vernet av familien/familielivet kan opphøre som følge av slik adskillelse*.

Etter BK har barnet rett til å opprettholde kontakt med – og få opplysninger om – sine foreldre, selv om de er adskilt, jf. art. 9 nr. 3 og 4.⁹⁵¹ Hvis barnet og foreldrene oppholder seg i ulike land, har barnet rett til å opprettholde regelmessig og personlig kontakt med foreldrene, med mindre det foreligger «exceptional circumstances», jf. BK art. 10 nr. 2. Rettighetene i art. 9 og 10 viser at utgangspunktet er at barnets relasjon til sine foreldre er vernet, selv om de lever adskilt. Av EMD er det lagt til grunn at «the concept of family on which Article 8 is based embraces, even where there is no cohabitation, the tie between a parent and his or her child, regardless of whether or not the latter is legitimate».⁹⁵² Videre har domstolen lagt til grunn at selv om båndet kan bli brutt ved senere hendelser, kan det bare skje ved «exceptional circumstances».⁹⁵³ Dette gjelder også i utlendingssaker.⁹⁵⁴

Når båndet etter EMDs praksis bare kan brytes ved ekstraordinære omstendigheter, innebærer det at terskelen er høy. At foreldre reiser fra barnet til et annet land for å søke opphold, fører ikke alene til at vilkåret er oppfylt.⁹⁵⁵ I EMDs dom *Gül mot Sveits* hadde en far reist fra sin da tre måneder gamle sønn for å søke beskyttelse.⁹⁵⁶ Etter å ha fått opphold på humanitært grunnlag i Sveits søkte faren om tillatelse til å hente gutten, som var blitt seks år, men fikk avslag. Avslaget var begrunnet i at vilkårene for familiegjennforening ikke var oppfylt og foreldrenes oppholdstillatelse ikke var av en slik karakter at de hadde rett til familiegjenn-

949 *Paradiso og Capanelli mot Italia* avsnitt 164.

950 Retten til privatliv inkluderer personlige relasjoner mellom mennesker. Se *Botta mot Italia* avsnitt 32. Det innebærer at relasjoner mellom barn og andre omsorgspersoner enn familie kan omfattes av vernet.

951 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.10.5.1.

952 EMDs dom 7. august 1996, *C. mot Belgia* avsnitt 25.

953 *C. mot Belgia* avsnitt 25.

954 EMDs dom 19. februar 1996, *Gül mot Sveits* avsnitt 33.

955 *M.M og K.M mot Belgia* avsnitt 75, *Tuquabo-Tekle* med flere avsnitt 41 og *Gül mot Sveits* avsnitt 30–32.

956 *Gül mot Sveits* avsnitt 7. For å få tilstrekkelig medisinsk behandling måtte moren også reise fra gutten fire år senere, avsnitt 8 og 9.

forening. Domstolen kom til at det fremdeles eksisterte et familieliv mellom far og sønn.⁹⁵⁷ Det ble vektlagt at faren gjentatte ganger hadde søkt om opphold for sønnen og hadde besøkt han mange ganger i perioden.⁹⁵⁸ Å vektlegge at besøk *ikke* har funnet sted i vurderingen av om det eksisterer et familieliv, kan være problematisk. Det kan være ulike forhold som gjør det vanskelig å besøke barnet, for eksempel frykt for forfølgelse, manglende nødvendige papirer og økonomiske årsaker. I denne saken var imidlertid farens besøk et element som støttet opp om at det fremdeles forelå et familieliv. Til tross for at det eksisterte et familieliv, kom EMD likevel, under dissens, til at art. 8 ikke var krenket.

I Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland var adskillelsen enda lengre. I saken hadde en mor latt sin datter født i 1981 være igjen da hun flyktet fra Etiopia i 1989.⁹⁵⁹ I 1997 søkte moren og hennes nye mann om en «provisional residence visa» for datteren i Nederland. Søknaden ble avslått av myndighetene. Til tross for den lange tiden som var gått, var det ikke bestridt for EMD at familielivet fortsatt eksisterte.⁹⁶⁰ Av EMD ble det lagt til grunn at avslaget på opphold innebar en krenkelse av EMK art. 8.

Heller ikke etter BK opphører vernet av familien av lengre adskillelse mellom barn og foreldre. Tvert imot utløses det nye rettigheter, jf. BK art. 9 nr. 3 og 4 og 10 nr. 1 og 2.⁹⁶¹ Dette er viktig. Adskillelse mellom barn og foreldre i utlendingsaker kan ha en rekke ulike grunner. Ofte kan barnet ikke selv kontrollere situasjonen. Det gjelder uavhengig av om forelderen reiser fra opprinnelseslandet for å søke opphold, eller om det er barnet som reiser.⁹⁶²

Hvis barnet har vært adskilt over en lengre periode fra andre i sin familie enn foreldrene, er det mer uklart om familielivet må anses som brutt. Ofte vil det nok enda foreligge et familieliv, men terskelen for at dette familielivet innebærer en plikt for staten til å innvilge opphold for barnet eller familiemedlemmet, vil normalt være høyere enn når det er båndet mellom et barn og dets foreldre som berøres. Dette fordi barnets interesser i å leve med sine foreldre ofte er mer tungtveiende enn dets interesser i å leve med andre familiemedlemmer, blant annet på

957 Gül mot Sveits avsnitt 33.

958 Gül mot Sveits avsnitt 33.

959 Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 8–18.

960 Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 41. Domstolen kom til at avslaget innebar en krenkelse av rettigheten. Dommen er også behandlet i kapittel seks punkt 6.5 og 6.10.2.

961 På samme måte som for de øvrige rettighetene i konvensjonen har staten imidlertid bare plikt til å respektere og sikre art. 10 nr. 2 overfor barn som er under statens jurisdiksjon, jf. art. 2.

962 Det klare utgangspunktet er at det skal legges til rette for familiegjenforening for enslige barn som søker opphold. Unntaket er om det ikke er til det beste for barnet, jf. art. 9 og General Comment nr. 6 avsnitt 81–83. Se også Osman mot Danmark.

grunn av barnets behov for omsorg fra sine foreldre.⁹⁶³ Det kan likevel være saker hvor barnet har sterke interesser i å leve med andre familiemedlemmer, også om de har vært adskilt en lengre periode.

Ettersom retten til familie/familieliv ikke er absolutte rettigheter, er det ikke behov for noen skarp avgrensing av relasjoner som faller innenfor rettighetene. Rettighetene åpner for at andres rettigheter eller statens interesser, hvis de er legitime og tilstrekkelige tungtveiende, kan begrunne et inngrep eller unnlattelse av å sikre rettighetene. Dette kommer jeg tilbake til.

5.5.3 Barns privatliv

Etter BK art. 16 skal ingen barn bli utsatt for vilkårlige eller ulovlige inngrep i sitt «privacy». Også i SP art. 17 benyttes uttrykket «privacy». I EMK art. 8 er det slått fast at enhver har rett til respekt for sitt «private [...]life».⁹⁶⁴ Det samme følger av Grl. § 102, som benytter uttrykket «privatliv». I forarbeidene til Grl. § 102 behandles retten til privatliv under overskriften personvern og personopplysning, og det fremgår lite av betydning for temaet her.⁹⁶⁵ Videre legges det til grunn at hvor langt vernet rekker, må vurderes «*i lys av og suppleres med* det internasjonale konvensjonsvernet og med tidligere ulovfestet rett».⁹⁶⁶ I den forbindelse er EMK art. 8 sentral.⁹⁶⁷ Grunnloven gir altså lite veiledning alene. Her fokuseres det derfor først og fremst på kilder tilknyttet BK og EMK. Jeg redegjør kun for de sidene av privatlivet som er særlig relevante i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.

Privatliv kan forstås som den delen av livet som leves utenfor offentligheten og yrkeslivet. Dette er en vid tilnærming, men det er vanskelig å angi et mer konkret utgangspunkt.⁹⁶⁸ Privatlivet til både barn og voksne *knyttes til og formes av* landet de bor i, personene der og forholdene i lokalsamfunnet. Tilknytningen og påvirk-

963 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.10.4.

964 Schabas har lagt til grunn at den ulike begrepsbruken i SP og EMK ikke synes å ha noen rettslige konsekvenser, Schabas (2015) s. 369.

965 Dok. 16 (2011–2012) 168–180. I forarbeidene ser uttrykkene privatliv og «privatlivets fred» ut til å benyttes om samme fenomen. Bestemmelsen var ikke ment å endre gjeldende rett, og det ser ut til å legges opp til en vid forståelse, Dok. 16 (2011–2012) 168 og 175.

966 Dok. 16 (2011–2012) 175.

967 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

968 EMD har lagt til grunn at det verken er ønskelig eller mulig med en uttømmende definisjon av «private life», og bygger på en vid forståelse av rettighetens omfang. Se EMDs storkammerdom 16. desember 1992 *Niemietz mot Tyskland* avsnitt 29 og EMDs dom 28. januar 2003 *Peck mot Storbritannia* avsnitt 57. Se også De Vries (2017) s. 670–700 om de mange interessene som er vernet.

ningen gir sterke interesser i å kunne fortsette å bo i landet, og disse interessene nyter et vern gjennom retten til privatliv. På grunn av at saker om opphold og utvisning kan resultere i at barnet og/eller foreldrene kan måtte forlate landet, er denne siden av barns privatliv sentral for temaet her.

Tilknytningen til landet er i noen tilfeller formalisert og beskyttet gjennom statsborgerskap.⁹⁶⁹ I så fall er utvisning umulig etter norsk rett, med mindre vedtaket om statsborgerskap tilbakekalles.⁹⁷⁰ *Tilknytning gjennom lovlig opphold* nyter et nokså sterkt vern.⁹⁷¹ Tilknytning gjennom *ulovlig opphold* nyter et svakere vern, men også det kan være vernet.⁹⁷² I *Slivenko mot Latvia* hadde klagerne bodd i Latvia i henholdsvis 40 og 18 år, som var så å si hele deres liv, før de ble utvist.⁹⁷³ At klagerne måtte forlate landet «where they had developed, uninterruptedly since birth, the network of personal, social and economic relations that make up the private life of every human being», grep inn i deres rett etter EMK art. 8.⁹⁷⁴ Her nevnes altså personlige, sosiale og økonomiske relasjoner som sider av privatlivet som dannes, gjennom opphold i landet.⁹⁷⁵ Barn som bor i Norge, vil over tid utvikle sitt privatliv her ved at de får en tilknytning til landet, herunder kulturen og språket, og danner relasjoner til andre enn sin nærmeste familie.

Etter EMDs praksis skal det nokså *lang oppholdstid* til før tilknytningen gjennom ulovlig opphold nyter vern.⁹⁷⁶ Hvor lang tid det tar før barns tilknytning og herunder nære relasjoner dannes, trenger imidlertid ikke samsvare med hva som vil gjelde for en voksen. Barnekomiteen har, sammen med komiteen for beskyttelse av migrasjonsarbeidere og deres familiers rettigheter, anbefalt at:

States provide avenues for status regularization for migrants in an irregular situation residing with their children, particularly when a child has been born or has lived in the country of destination for an extended period of time, or when return to the parent's country of origin would be against the child's best interests.⁹⁷⁷

969 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.7.

970 Utlendl. § 69 første ledd og statsborgerloven § 26 annet ledd.

971 Se for eksempel Maslov mot Østerrike avsnitt 63 og 93 og *Üner mot Nederland* avsnitt 59.

972 Se for eksempel *Butt mot Norge*.

973 EMDs storkammerdom 9. oktober 2003, *Slivenko mot Latvia* avsnitt 97. Moren hadde bodd i Latvia fra hun var en måned, datteren på 18 hele sitt liv.

974 *Slivenko mot Latvia* avsnitt 96.

975 Om en rett til å etablere og utvikle relasjoner til andre mennesker, se *Niemietz mot Tyskland* avsnitt 29 og *Peck mot Storbritannia* avsnitt 57.

976 Se for eksempel *Slivenko mot Latvia* og *Butt mot Norge*. Se også punkt 5.5.4.

977 General Comment nr. 4/23 avsnitt 29.

Uttalelsen viser at komiteene er oppmerksomme på at lang oppholdstid gir barn sterk tilknytning til landet. At lang oppholdstid, også når den er ulovlig, tilsier at barna kan ha sterke interesser i å bli i landet, henger sammen med *barnets identitet*.

I EMDs praksis er retten til «identity» og «personal development» trukket inn i behandlingen av retten til privatliv og omfattes følgelig i utgangspunktet av art. 8.⁹⁷⁸ Barn har i tillegg en særskilt rett til å «preserve his or her identity, including nationality, name and family relations», jf. BK art. 8 nr. 1.⁹⁷⁹ Bestemmelsen i BK presiserer ulike sider av barnets *identitet*, hvor særlig nasjonalitet og familierelasjoner er av betydning for sakene som behandles her.

Det er et overlapp mellom forhold som omfattes av retten til privatliv, herunder tilknytning til land, kultur og personer, og de som omfattes av den snevrere retten til å bevare sin identitet. Mens privatliv i vid forstand kan oppfatte *ulike grader* av tilknytning, retter identitet seg i større grad mot personers indre liv og oppfatninger, herunder religiøs, kulturell etnisk og språklig tilhørighet.⁹⁸⁰ Tobin og Todres beskriver «identity» i BK art. 8 på følgende måte:

‘[I]dentity’ can be understood as a constellation of historical and evolving characteristic which can be attributed to and identified with, and by, an individual child. Collectively these characteristics provide children with an understanding of where they have come from, who they are, and the right to decide who they will become.⁹⁸¹

Tilknytning kan være en del av en persons oppfatninger av hvem de er, og kan påvirke identiteten. Skal de ulike forholdene som omfattes av den vide retten til privatliv, også omfattes av den snevrere retten til å bevare sin identitet, må de berøre barnet på en slik måte at det har betydning for dets syn på seg selv og/eller sin plass i samfunnet. Det er altså en gradforskjell. Det kan kreves større innvirkning fra ulike forhold slik som for eksempel sosiale relasjoner før det påvirker ens identitet, enn for at de utgjøre en del av privatlivet. Det kan for eksempel ta lengre tid, eller det kan måtte ses i sammenheng med andre momenter, slik som språk, kultur og tilhørighet til lokalsamfunnet. Barn påvirkes imidlertid på en annen måte enn voksne. De er ikke ferdig utviklet, og barndommen er en tid i livet hvor

978 EMDs storkammerdom 13. februar 2003 *Odievre mot Frankrike* avsnitt 29.

979 Se Doek (2006) s. 7–8 om bestemmelsens historiske opprinnelse og formål og Van Bueren (2008) s. 118–119. Formålet var først og fremst å hindre at barn forsvinner, og hvis det skjer, forplikte staten til å bidra til å oppspore dem og få dem hjem, Doek (2006) s. 8.

980 John Tobin og Jonathan Todres, «The Rights to Preservation of a Child’s Identity», i *The UN Convention on The Rights of the Child. A Commentary*, Oxford 2019 s. 281–306 (s. 283).

981 Tobin og Todres (2019) s. 285.

identiteten i stor grad utvikles. Dermed kan ulike faktorer påvirke barnet og dets identitet i større grad enn for voksne.⁹⁸² Ettersom barn både har rett til respekt for sitt privatliv og å bevare sin identitet, har muligens ikke nyanseforskjellene mellom den snevrere og den videre rettigheten så stor betydning. Det kan imidlertid argumenteres for at dersom barnet har fått bli så lenge i Norge at dets identitet er formet, gir det barnet sterke interesser i å bli i Norge. Det må dermed gi et sterkere vern enn hvis de ulike faktorene kun berører dets privatliv på en mer overfladisk måte. Verken retten til å bevare sin identitet etter BK art. 8 eller retten til privatliv etter BK art. 16 og EMK art. 8 er imidlertid absolutte.⁹⁸³

Som det fremgår av ordlyden i BK art. 8, omfatter retten til å bevare sin identitet også «family relations as recognized by law». Med begrepet «relations» favner dette nokså vidt. En uklarthet er hva som menes med «as recognized by law». Ut fra ordlyden er det også uklart om dette gjelder hele bestemmelsen eller bare *familierelasjoner*. Doek skriver at formuleringen kom av at «‘family identity’ was an unknown concept in most national legislation» da bestemmelsen ble utformet.⁹⁸⁴ I lys av dette legger han til grunn at formuleringen kun rettes mot familierelasjoner. Familierelasjoner som faller utenfor BK art. 8, kan likevel omfattes av den videre og mer generelle retten til privatliv.

Usikkerhet over lengre tid i forbindelse med adgangen til å få bli i et land kan også innebære et inngrep i retten.⁹⁸⁵ Usikkerhet over lengre tid kan være mer belastende for barn enn for voksne. I tillegg er barn som oftest avhengige av at foreldre eller andre omsorgspersoner sammen med utlendingsmyndighetene håndterer saken på en måte som skaper minst mulig usikkerhet, og avgjøres relativt hurtig. Det gjør at barn sjelden kan klandres for den usikkerheten de eventuelt måtte befinne seg i. En annen side av retten til privatliv, som kan være relevant i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, er vernet av personlig integritet. I *Pretty mot Storbritannia* uttalte EMD at retten til privatliv «covers the physical and psychological integrity of a person».⁹⁸⁶ I bokens kapittel seks behandles betydningen av en risiko for at barnet vil bli utsatt for skadelige skikker hvis det sendes ut av Norge.⁹⁸⁷ Skadelige skikker griper inn i barns personlige integritet, men vil også krenke andre rettigheter enn retten til privatliv.

982 Doek kommer så vidt inn på at «identity is a concept that develops in the course of the child’s development and that there are different age-related stages in that development», Doek (2006) s. 11.

983 Det følger av ordlyden i bestemmelsen hvor det i første ledd står at staten skal respektere rettigheten «[...] without unlawful interference», og i annet ledd benyttes begrepet «illegally».

984 Doek (2006) s. 13.

985 EMDs storkammerdom 15. januar 2017, *Sisojeva og andre mot Latvia* avsnitt 94.

986 *Pretty mot Storbritannia* avsnitt 61. Saken gjaldt «assisted suicide».

987 Se punkt 6.8.

Det er altså flere sider av retten til privatliv som er relevant i de sakene som her behandles. Retten til privatliv er relevant ved relasjoner som ikke omfattes av retten til familieliv. Ettersom familieliv omfatter nokså mange ulike relasjoner, vil relasjoner som hører under privatliv, kanskje være særlig relevante *i sammenheng med* tilknytningen til oppholdslandet, som her vil være Norge. I en del tilfeller er tilknytningen til landet og eventuelt personer her så sterk at den har formet barnets identitet. Retten til privatliv kan gjøre seg gjeldende i saker hvor barnet kan måtte forlate Norge sammen med familien, men kan også være relevant i sammenheng med saker hvor retten til familieliv kommer til anvendelse.⁹⁸⁸

5.5.4 Adgangen til å begrense rettighetene

Ikke ethvert avslag på opphold eller vedtak om utvisning som innvirker på barnets familie- og/eller privatliv, innebærer en krenkelse av rettighetene. Rettighetene er ikke absolutte. Adgangen til å begrense rettighetene har betydning for når de medfører at det må innvilges opphold eller ikke kan vedtas utvisning. Her behandler jeg vurderingen av om det foreligger krenkelse ved avslag på opphold eller utvisning.

Adgangen til å gjøre *inngrep* i familie- og privatliv følger av ordlyden i BK art. 16 nr. 1 og EMK art. 8 nr. 2.⁹⁸⁹ Høyesterett har innfortolket samme krav som etter EMK ved en begrensning av Grl. § 102.⁹⁹⁰ Ved inngrep kreves for det første lov- hjemmel, jf. BK art. 16 nr. 1, EMK art. 8 nr. 2 og Grl. 113.⁹⁹¹ Lovhjemmel er uproblematisk for de to sakstypene som her er temaet.⁹⁹² Etter EMK art. 8 nr. 2 må inngrepet være forankret i et av de legitime formålene som der er ramset opp, og det må være egnet til å ivareta dette formålet.⁹⁹³ Videre må inngrepet være «necessary

988 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.10.

989 Se også denne bokens kapittel 7 punkt 7.2 og 7.3.

990 Se for eksempel Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60 og Rt. 2015 s. 155 avsnitt 40 og 23.

991 Både EMD og Høyesterett har lagt til grunn at i tillegg til at loven formelt sett må være i orden, og at den etter alminnelige tolkningsprinsipp gir grunnlag for inngrep, er det et kvalitativt krav om at loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater, Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 30 og EMDs plenumsdom 26. april 1979 *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 49. Dette for at rettstilstanden skal være forutsigbar.

992 Hjemmel finnes i utlendl. §§ 38 og 66–68. Se også Darren Omoregie med flere mot Norge avsnitt 56.

993 Kravet om *egnet* kommer ikke så veldig klart frem i de sentrale dommene for temaet her, men det ligger implisitt i at formålet inngrepet er begrunnet i, må være relevant for å gjøre nettopp denne typen inngrep. Egnethetskravet får frem det åpenbare, at det må være sammenheng mellom inngrepet og dette formålet det skal ivareta. Se også HR-2018-104-A avsnitt 23, hvor det vises til EMDs dom 28. april 2005 *Buck mot Tyskland* avsnitt 44–45 og EMDs dom 2. april 2015 *Vinci Construction og GTM Génie Civil et Services mot Frankrike* avsnitt 79.

in a democratic society», jf. art. 8 nr. 2. Etter ordlyden må det være nødvendig eller påkrevd. I det ligger at andre, mindre inngripende løsninger ikke kan ivareta formålet.⁹⁹⁴ Av EMD er nødvendighetskravet videre utpenslet med «that is to say justified by a pressing social need and, in particular, proportionate to the legitimate aims pursued».⁹⁹⁵

Etter BK art. 16 nr. 1 er det et krav om at inngrep ikke må være «arbitrary», altså vilkårlig. Ordlyden er den samme i SP art. 17. Begrepet vilkårlig tyder på at inngrepet må være begrunnet i formål som gjør seg gjeldende i den aktuelle saken, og at det ikke rammer tilfeldig. Dette støttes av uttalelser i saken *Winata mot Australia*.⁹⁹⁶ Saken gjaldt oppholdstillatelse for en familie på tre, hvor et sentralt spørsmål menneskerettskomiteen tok stilling til, var om avslaget rammet vilkårlig. Komiteen tok stilling til om de interessene, herunder hensynet til effektiv innvandringskontroll, som staten hadde vektlagt, var legitime. Videre vurderte komiteen om det var forholdsmessighet mellom statens interesser på den ene siden og foreldrenes og barnets interesser på den andre siden. At et inngrep ikke må være «arbitrary», ser følgelig ut til å inneholde et krav om at det følger legitime interesser og er forholdsmessig.

Etter BK art. 9 nr. 1 kreves det at en adskillelse mellom barn og foreldre må være «necessary for the best interests of the child». Både av ordlyden «separation» og måten barnekomiteen har behandlet art. 9 nr. 1 på, ser det ut til at bestemmelsen regulerer tilfeller hvor beslutningen direkte går ut på å separere foreldre og barn.⁹⁹⁷ At det er adgang til å fatte andre avgjørelser som har som en utilsiktet følge at barnet blir adskilt fra sine foreldre, slik som utvisning og fengsling, følger forutsetningsvis av art. 9 nr. 4.⁹⁹⁸ Artikkel 9 nr. 1 kan følgelig ikke forstås som et generelt forbud mot avgjørelser som medfører at foreldre og barn blir adskilt.⁹⁹⁹

Kravene som følger av BK art. 16 og EMK art. 8 nr. 2, gjelder i utgangspunktet ved inngrep i barns rett til familie- eller privatliv. *Utvisning av utlendinger med oppholdstillatelse* utgjør klart et inngrep. For vurderingen av om utvisningen er nødvendig, og herunder «proportionate to the legitimate aim pursued», har EMD kommet med en rekke kriterier.¹⁰⁰⁰ Et av dem er at «the best interests and well-

994 Se for eksempel drøftelsen i *Nunez mot Norge* avsnitt 71.

995 *Darren Omoregie med flere mot Norge* avsnitt 56.

996 Menneskerettskomiteens Communication 26. juli 2001 nr. 930/2000 *Winata mot Australia*.

997 I General Comment nr. 14 avsnitt 58–70.

998 Se også *Doek* (2006) s. 23.

999 Så lenge barnet er separert fra foreldrene, har staten imidlertid ansvar for å sørge for kontakt mellom dem, jf. art. 9 nr. 3.

1000 *Üner mot Nederland* avsnitt 57–58. Disse kommer jeg inn på i denne bokens kapittel 6 punkt 6.10.2 og kapittel syv punkt 7.5.

being of the children, in particular the seriousness of the difficulties which any children of the applicant are likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled», må vektlegges.¹⁰⁰¹ Hvilke krav begrepet «well-being» tilføyer i tillegg til «the best interests», er ikke helt klart. Begrepet «well-being» finnes også i BK art. 3 nr. 2 i sammenheng med statens forpliktelser til å sørge for at barn gis beskyttelse og omsorg. Abramson definerer «well-being» som «the sum total of all of a persons` s interests put together».¹⁰⁰² Med en slik forståelse blir begrepet noe overflødig, sammen med et krav om at barnets interesser må vurderes og vektlegges. Barnets «well-being» ser ikke ut til å drøftes løsrevet fra hva som er i barnets beste interesser, og i flere saker som gjelder opphold eller utvisning av utlendinger uten oppholdstillatelse, drøftes det ikke i det hele tatt, slik at det antageligvis er overflødig.¹⁰⁰³

Ikke alle saker som behandles her, kan uten videre regnes som inngrep etter EMK eller BK. Av EMD har det generelle utgangspunktet om at «a State is entitled, as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, to control the entry of aliens into its territory and their residence there», blitt fremhevet en rekke ganger.¹⁰⁰⁴ Verken EMK eller andre konvensjoner Norge er forpliktet av, gir en generell rett for utlendinger til å reise inn eller bosette seg i landet.¹⁰⁰⁵ Utover forfølgelsestilfellene står staten relativt fritt. Å avslå søknad om opphold fra utlending som ikke tidligere har hatt tillatelse, utgjør ikke nødvendigvis et inngrep, selv om tillatelsen griper inn i et familie- og/eller privatliv. Å utvise en utlending som aldri har hatt lovlig opphold, utgjør heller ikke nødvendigvis et inngrep. Spørsmålet blir dermed hvilke krav som i så fall gjelder.

Artikkel 16 i BK slår fast at ingen barn skal bli utsatt for «[...] interference» i sitt familie- og privatliv. Av art. 8 nr. 1 følger det at alle har rett til «respect» for sitt familie- og privatliv, mens i nr. 2 står det at «[t]here shall be no interference» foruten om etter nærmere angitte vilkår. I GrL. § 102 er det slått fast at enhver har rett til «respekt» for sitt privatliv og familieliv. Bestemmelsens ordlyd kan gi inntrykk av at de kun inneholder negative forpliktelser, altså krav om at staten må respektere rettighetene ved å unnlate å gjøre inngrep. Selv om verken barnet eller familien har opphold, kan en avgjørelse som umuliggjør eller vesentlig vanskeliggjør opprett-

1001 Üner mot Nederland avsnitt 58.

1002 Abramson (2008) s. 26.

1003 Se for eksempel Salem mot Danmark avsnitt 74, Jeunesse mot Nederland og Nunez mot Norge.

1004 Se for eksempel Nunez mot Norge avsnitt 66 med videre henvisinger.

1005 Se Nunez mot Norge avsnitt 66. Menneskerettskomiteen har uttalt om utlendingssaker at «there is significant scope for States parties to enforce their immigration policy and to require departure of unlawfully present persons. That discretion is, however, not unlimited and may come to be exercised arbitrarily in certain circumstances», Winata mot Australia avsnitt 7.3.

holdelsen av familielivet, sies å utgjøre et inngrep i barnets familie- eller privatliv. Det er imidlertid ikke nødvendig at avgjørelsen kan defineres som et inngrep. Staten må både respektere og sikre rettighetene, jf. BK art. 2, EMK art. 1 og GrL. § 92, og har følgelig også positive forpliktelser. Dette har betydning for rekkevidden i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.

Å trekke et skarpt *skille mellom de positive og negative* forpliktelsene er ikke lett. Av EMD er det ofte fremhevet at statens «positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition».¹⁰⁰⁶ Domstolen unngår ofte å ta stilling til om saken gjelder statens positive eller negative forpliktelser under begrunnelsen av at «[i]n both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole».¹⁰⁰⁷ Særlig saker om utvisning av utlendinger som ikke har hatt lovlig opphold, eller som har hatt opphold basert på feilgitte opplysninger, er vanskelige å kategorisere. Disse kan ha oppholdt seg lenge i landet, kanskje har barna lovlig opphold, mens forelderen ikke har det. Utvises forelderen, griper det inn i barnets rett til familieliv. Innreiseforbudet forsterker avgjørelsens inngripende karakter overfor barnet. Betraktes avgjørelsen fra barnets side, og barnet har opphold, er det etter min mening mest nærliggende å kategorisere avgjørelsen til å falle under statens negative forpliktelser.

I enkelte dommer har EMD uttrykkelig presisert at saken gjelder statens positive forpliktelser.¹⁰⁰⁸ I *Jeunesse mot Nederland* fremheves det at fordi den faktiske og rettslige situasjonen til «a settled migrant and that of an alien seeking admission to a host country [...] are not the same, the criteria developed in the Court's case-law for assessing whether a withdrawal of a residence permit of a settled migrant is compatible with Article 8 cannot be transposed automatically to the situation of the applicant».¹⁰⁰⁹ Med «settled migrants» menes «persons who have already been granted formally a right of residence in a host country».¹⁰¹⁰ Etter uttalelsen ble det presisert at saken gjaldt spørsmålet om staten hadde feilet i å ivareta sine positive forpliktelser.¹⁰¹¹ Et spørsmål om staten har plikt til å innvilge oppholdstillatelse til noen som ikke har hatt det tidligere, faller altså etter EMDs tolkning under statens positive forpliktelser. I slike tilfeller blir kriteriene for om det foreligger en rettfer-

1006 Se for eksempel *Nunez mot Norge* avsnitt 68.

1007 *Nunez mot Norge* avsnitt 68.

1008 Se *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 105 og *Ejimson mot Tyskland* avsnitt 54.

1009 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 105.

1010 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 104.

1011 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 105.

dig balanse noe ulik sammenlignet med saker som anses å gjelde statens negative forpliktelser.

En annen forskjell mellom saker som utgjør inngrep, og de som gjelder statens positive forpliktelser, som kommer frem av EMDs praksis, er at en utvisning av en «settled migrant» alltid innebærer et inngrep i privatlivet, enten alene eller i tillegg til et inngrep i familielivet.¹⁰¹² Hvis utlendingen derimot ikke regnes som «settled migrant», er terskelen for at privatlivet som er dannet i landet, skal gi grunnlag for opphold, som et utgangspunkt høy.¹⁰¹³ Vurderingen ser ut til å bli om det foreligger «exceptional circumstances».¹⁰¹⁴ I *Butt mot Norge* la EMD til grunn at de to klagerne ikke kunne regnes som «settled migrants», men de hadde likevel utviklet «strong family- and private life ties to Norway».¹⁰¹⁵ Saken gjaldt spørsmål om tilbakekall av oppholdstillatelse/utvisning av to søsken innebar en krenkelse av EMK art. 8. Samtidig som lang oppholdstid i Norge bidrar til at utlendingen utvikler et familie- og privatliv her, svekkes gjerne båndene til opprinnelseslandet.¹⁰¹⁶ Sammen med andre momenter kan dette etter omstendighetene medføre at utlendingens interesse må gå foran statens, slik tilfellet var i *Butt mot Norge*.

Terskelen for at det skal foreligge krenkelse, er også høy hvis familielivet ble «created», altså opprettet, når utlendingen viste at «immigration status in the country was such that the persistence of that family life would [...] be precarious».¹⁰¹⁷ Også da må det foreligge «exceptional circumstances».¹⁰¹⁸ Antageligvis er formuleringen ment å gi uttrykk for at statens interesser i slike saker normalt er tungtveiende, og dermed skal det mye til før familiens, herunder barnets, interesser bli avgjørende. Det er imidlertid svært sjelden det er barnet som har opprettet familielivet eller har valgt å bosette seg i et land hvor det er usikkert om familien vil få bli. Formuleringen synes derfor ikke særlig egnet som et utgangspunkt i avveiningen som må foretas for å kunne avgjøre om *barnets* rett til familieliv er krenket.¹⁰¹⁹ I vurderingen av om det foreligger slike usuedvanlige omstendigheter, er barnets beste sentral, noe som kan jevne ut noe av den ubalansen som skapes

1012 Üner mot Nederland avsnitt 59.

1013 Butt mot Norge avsnitt 79–80.

1014 Butt mot Norge avsnitt 79–80.

1015 Butt mot Norge avsnitt 87.

1016 Slik domstolen er inne på i Butt mot Norge avsnitt 88. Se også Üner mot Nederland avsnitt 58.

1017 Jeunesse mot Norge avsnitt 108 og EMDs dom 31. januar 2006, *Rodrigues Da Silva og Hoogkamer mot Nederland* avsnitt 39. I sistnevnte dom beskrives dette som en «important consideration».

1018 Butt mot Norge avsnitt 79. Jeunesse mot Norge avsnitt 108 og Rodrigues Da Silva and Hoogkamer mot Nederland avsnitt 39.

1019 Se denne bokens kapittel 7 punkt 7.4 om identifisering mellom barn og foreldre.

når det tas utgangspunkt i foreldrenes valg og handlinger. Hvordan barnets beste innvirker på avveiningen, behandles nærmere under de følgende to punktene om forholdet til barnets beste.

5.5.5 Forholdet til barnets beste

5.5.5.1 Utgangspunktet for forholdet

Det er i utgangspunktet ingen motsetning mellom barnets beste og retten til familie- og privatliv. I likhet med hva som gjelder for andre rettigheter, herunder de øvrige som er behandlet i dette kapittelet, er det normalt til det beste for barn at dets rett til familie- og privatliv respekteres.¹⁰²⁰ Retten til familie- og privatliv har imidlertid en litt annen karakter enn de andre rettighetene som er behandlet i dette kapittelet. Retten til familie- og privatliv er ikke fullt så overgripende. De to rettighetene er like fullt grunnleggende for barn. Barn har sterkt behov for omsorg og sunn tilknytning til sin familie, og særlig til omsorgspersonene. Barnets privatliv og særlig dets identitet henger nær sammen med flere sider av dets helhetlige utvikling. I tillegg griper saker om opphold eller utvisning ofte inn i disse rettighetene, og/eller de interessene de skal ivareta. Dette gjør at i noen saker blir interessene rettighetene skal ivareta, nærmest styrende for vurderingen og vektingen av barnets beste.¹⁰²¹

Hvis et vedtak om utvisning eller avslag på opphold kommer i konflikt med barnets familie eller privatlivet, må rettighetene respekteres og sikres på lik linje med barnets beste. I konkrete saker må rettighetene harmoniseres med barnets beste. Det kan gjøres på to måter. Det *første* er å trekke barnets beste i vurderingen av om retten til familie- eller privatliv er krenket. Det er dette som gjøres i praksis fra EMD.¹⁰²² At EMD har valgt denne tilnærmingen, er ikke overraskende, ettersom EMK ikke inneholder en egen artikkel om barnets beste. Høyesterett har på sin side lagt til grunn at det er nær sammenheng mellom barnets beste og retten til familie- og privatliv, de er komplementære, og barnets interesser må inngå som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen etter Grl. § 102.¹⁰²³ At rettighetene er komplementære, kan forstås som at de utfyller hverandre. Så fremt saken har en slik karakter at begge rettighetene kommer til anvendelse, kan ikke den ene tolkes og anvendes i sin helhet uten at den andre er ivaretatt. Den *andre*

1020 Se General Comment nr. 14 avsnitt 58–70.

1021 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.7 og 6.10.

1022 Nunez mot Norge avsnitt 84, Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 134–135, Kaplan med flere mot Norge avsnitt 88 og 98 og Jeunesse mot Nederland avsnitt 109, 118 og 120.

1023 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 66. Se også avsnitt 79 om betydningen av dette i den konkrete saken.

varianten er å implementere retten til familie- og privatliv inn i vurderingen av barnets beste og i avveiningen mellom barnets beste og statens generelle interesser.¹⁰²⁴

Uansett hvilken løsning som velges, må alle berørte rettigheter respekteres og sikres, og det må dermed foretas en harmonisering.¹⁰²⁵ I punktet under behandles EMDs og Høyesteretts tilnærming, hvor barnets beste innvirker på begrensingsadgangen. I resten av boken er det barnets beste som danner utgangspunkt for analysene, ikke retten til familie- og privatliv. Fordi barnets sterke interesser i å få ivareta sitt familie- og privatliv ofte blir berørt av saker om opphold på humanitært grunnlag, kommer jeg likevel tilbake til flere sider av rettighetene i analysene av barnets beste.

5.5.5.2 Barnets bestes innvirkning på begrensingsadgangen

Menneskerettsdomstolen har lagt til grunn at når barn blir berørt, er deres beste «of paramount importance» i vurderingen av om det foreligger en «fair balance [...] between the competing interests of the individual and of the community as a whole».¹⁰²⁶ Som nevnt har Høyesterett lagt til grunn at hva som best tjener barnets interesser, må inngå som et *tungtveiende element* i forholdsmessighetsvurderingen etter GrL § 102.¹⁰²⁷

I vurderingen av om retten til familie- eller privatliv er krenket etter BK art. 16, kan barnets beste inngå som et tungtveiende element i vurderingen av om en sak *vilkårlig* griper inn i retten. Ettersom barnets beste er en selvstendig rettighet etter BK, kan det istedenfor tas utgangspunkt i art. 3 nr. 1. Å ta utgangspunkt i BK art. 16 har den fordelen at det klargjør at barnets rett til familie- og/eller privatliv er mest sentralt i saken. Det kan være en fordel i de mindre komplekse sakene. I mer komplekse saker kan barnet ha en rekke ulike interesser, og de kan overses hvis det tas utgangspunkt i art. 16 fremfor art. 3 nr. 1. De samme betraktningene gjør seg gjeldende for forholdet mellom GrL §§ 102 og 104. Hvilken rettighet det tas utgangspunkt i, må trolig avgjøres ut fra sakens karakter. Som Høyesterett har lagt til grunn, er rettighetene komplementære og skal dermed kunne ivaretas uavhengig av hvilken det tas utgangspunkt i.

1024 General Comment nr. 14 avsnitt 58–70 om rettigheter knyttet til familien i vurderingen av barnets beste.

1025 Med mindre de er overlappende og dermed konsumerer hverandre, slik enkelte sider av retten til familie- og privatliv gjør.

1026 Se *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109 sammenholdt med avsnitt 106.

1027 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 66. Se også avsnitt 79 om betydningen av dette i den konkrete saken.

Tilbake til EMK er imidlertid løsningen fast. Barnets beste inngår i EMK art. 8. Dermed følger de generelle utgangspunktene jeg har redegjort for ovenfor, med. I Nunez mot Norge uttalte domstolen at den ville «examine whether particular regard to the children's best interest would nonetheless upset the fair balance».¹⁰²⁸ Det overordnede spørsmålet blir altså om det foreligger en *rettferdig balanse* mellom individets interesser, herunder barnets på den ene siden og statens interesser på den andre. Hvis familielivet ble opprettet da det var usikkert om familiemedlemmene ville kunne bo sammen i landet, inngår barnets beste i vurderingen av om det foreligger *usedvanlige omstendigheter*. Er det særlige forhold knyttet til barnet som taler for at utlendingen og familien må bli i Norge, må de usedvanlige omstendighetene knytte seg til det.¹⁰²⁹ I Kaplan med flere mot Norge uttalte EMD for eksempel at hvorvidt det «removal of the first applicant from Norway was incompatible with Article 8 [...] on account of exceptional circumstances pertaining in particular to the best interests of the youngest child».¹⁰³⁰ Både i Nunez-dommen og Kaplan-dommen kom EMD til at det forelå usedvanlige omstendigheter. I begge sakene var forhold knyttet til de berørte barna av stor betydning for resultatet.¹⁰³¹ Barna i de to sakene hadde konkrete og tungtveiende interesser i å få bli i Norge.¹⁰³² Også i Jeunesse mot Nederland hadde barna nokså tungtveiende interesser i å få bli i landet, og domstolen kom til at det ikke var lagt tilstrekkelig vekt på deres interesser.¹⁰³³

I Jeunesse mot Nederland utdypes kravene til statens *vurderinger* av hva som er til barnets beste.¹⁰³⁴ Det gjøres med det klart at det ikke bare er avveiningsiden av barnets beste som må implementeres i spørsmålet om det er foretatt en rettferdig balansering, men også vurderingssiden.¹⁰³⁵ Slik må det være ettersom de to sidene av barnets beste er uløselig knyttet til hverandre.

Som jeg var inne på ovenfor, har EMD ved utvisning av «settled migrants» lagt til grunn at «the best interests and well-being of the children» må vektlegges i proposjonalitetsvurderingen.¹⁰³⁶ Barnets beste er nevnt som *ett* av en rekke kriterier,

1028 Nunez mot Norge avsnitt 78.

1029 Som i Nunez mot Norge og Kaplan med flere mot Norge.

1030 Kaplan med flere mot Norge avsnitt 88.

1031 Nunez mot Norge avsnitt 84 og Kaplan med flere mot Norge avsnitt 97.

1032 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.5, 7.7 og 6.10.4.

1033 Jeunesse mot Nederland avsnitt 120.

1034 Jeunesse mot Nederland avsnitt 109. Se også Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 135 og X mot Latvia avsnitt 96.

1035 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4 og kapittel seks punkt 6.2.

1036 Üner mot Nederland avsnitt 58. Formuleringen er senere gjentatt, blant annet i EMDs dom 16. april 2013, *Udeh mot Sveits* avsnitt 45.

og det sies ikke uttrykkelig noe om vekten av barnets beste. At EMD i etterfølgende storkammerdommer har lagt til grunn at barnets beste skal være av «paramount importance», og at «such interests certainly must be afforded significant weight», skulle det tilsi at barnets beste må være tungtveiende også i saker hvor utlendingen har begått alvorlige lovbrudd.¹⁰³⁷ Domstolen har imidlertid uttalt i *Salem mot Danmark* at i saker hvor utlendingen har begått alvorlige lovbrudd, «the decision first and foremost concerns the offender».¹⁰³⁸ Hva dette innebærer for vurderingen av barnets beste, fremstår noe uklart. Videre ble det presisert at «the nature and seriousness of the offence committed or the offending history may outweigh the other criteria to take into account».¹⁰³⁹ Formuleringen «the offending history» viser at vekten av statens interesse påvirkes av om det har funnet sted flere lovbrudd.¹⁰⁴⁰ Videre er karakteren og alvorligheten av lovbruddet av betydning for hvor tungtveiende statens interesser i å utvise lovbrøtteren er. I *Unuane mot Storbritannia* ble det presisert at «crimes of violence and drug-related offences as being at the most serious end of the criminal spectrum».¹⁰⁴¹ Samtidig fastslo domstolen at «the offence committed by an applicant was at the more serious end of the criminal spectrum is not in and of itself determinative of the case».¹⁰⁴² Det er «just one factor which has to be weighed in the balance, together with the other criteria».¹⁰⁴³ Saken viser hvordan barnets beste også ved alvorlige lovbrudd behandles som et grunnleggende hensyn.¹⁰⁴⁴

Når det er *barnet selv som er utvist*, skal også barnets beste være av grunnleggende betydning.¹⁰⁴⁵ I *Maslov mot Østerrike* tok domstolen opp utvisning ved lovbrudd begått av en mindreårig.¹⁰⁴⁶ Her la EMD til grunn at «where expulsion measures against a juvenile offender are concerned, the obligation to take the best interests of the child into account includes an obligation to facilitate his or her reintegration», og viste til BK art. 40.¹⁰⁴⁷ Etter EMDs mening vil ikke reintegrering «be achieved by severing family or social ties through expulsion».¹⁰⁴⁸ Utvisning må

1037 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109 med videre henvisninger.

1038 EMDs dom 1. desember 2016, *Salem mot Danmark* avsnitt 76.

1039 *Salem mot Danmark* avsnitt 76 og EMDs dom 23. oktober 2018, *Assem Hassan Ali mot Danmark* avsnitt 56.

1040 Se for eksempel EMDs dom 14. september 2017, *Ndidi mot Storbritannia* avsnitt 81.

1041 EMDs dom 24. november 2020, *Unuane mot Storbritannia* avsnitt 87 med videre henvisninger.

1042 *Unuane mot Storbritannia* avsnitt 87.

1043 *Unuane mot Storbritannia* avsnitt 87.

1044 *Unuane mot Storbritannia* avsnitt 88–90.

1045 *Maslov mot Østerrike* avsnitt 82.

1046 Det avgjørende, i tråd med BK, er om lovbruddet ble begått mens utlendingen var et barn.

1047 *Maslov mot Østerrike* avsnitt 83.

1048 *Maslov mot Østerrike* avsnitt 83.

følgelig «remain a means of last resort in the case of a juvenile offender».¹⁰⁴⁹ Domstolen understreker også at den «sees little room for justifying an expulsion of a settled migrant on account of mostly non-violent offences committed when a minor».¹⁰⁵⁰ Uttalelsene tyder på at kun svært alvorlige, voldelige lovbrudd kan kvalifisere for utvisning ved lovbrudd begått av mindreårige.

Jakupovic mot Østerrike gjaldt utvisning av en 16-åring, med ti års innreiseforbud.¹⁰⁵¹ Gutten hadde mor og søsken i Østerrike. Faren var blitt igjen i Bosnia, men han var rapportert savnet etter konfliktene i landet. Flertallet i EMD uttalte at «that very weighty reasons have to be put forward to justify the expulsion of a young person (16 years old), alone, to a country which has recently experienced a period of armed conflict with all its adverse effects on living conditions and with no evidence of close relatives living there».¹⁰⁵² Lovbruddene gutten hadde begått, var ikke-voldelige. Resultatet ble krenkelse. Tre av syv dommere dissenterte imidlertid.¹⁰⁵³ Dommen ble avsagt før storkammerdommen Maslov mot Østerrike. Det er vanskelig å se for seg at utvisning i Jakupovic mot Østerrike i dag skulle blitt ansett forholdsmessig. Sammenlignet med utvisning av voksne skal det langt mer tungtveiende interesser til fra statens side for at utvisning av barn skal være proporsjonalt.

I motsetning til hva som gjelder ved utvisning av barn, ser det ut til at staten har større frihet i å *avslå opphold* for barn som har foreldrene sine i landet hvor de søker opphold.¹⁰⁵⁴ Det må i så fall begrunnes i at hensynet til reintegrering her ikke gjør seg gjeldende. Likevel er det vanskelig å se hvorfor staten skal ha sterke interesser i å avslå opphold til et barn når foreldrene allerede har opphold. Derimot vil barnet ofte ha sterke interesser i å få leve med sine foreldre. Det samme gjelder i saker hvor det er den voksne som må forlate landet. Statens interesser anses imidlertid ofte å være tungtveiende *både* i saker hvor utlendingen har hatt oppholdstiltalelse, men har begått straffelovbrudd, og i saker hvor utlendingens familieliv ble stiftet på et tidspunkt hvor det var usikkert om de ville kunne leve i landet sammen som familie. Foruten om i saker hvor det er barnet selv som er utvist, tar vurderingen utgangspunkt i foreldrenes handlinger og/eller valg. I tillegg til at barnet oftest ikke har kunne påvirket foreldrenes handlinger eller unnlatelser, rammes barnet

1049 Maslov mot Østerrike avsnitt 83.

1050 Maslov mot Østerrike avsnitt 84.

1051 EMDs dom 6. februar 2003, *Jakupovic mot Østerrike*. Se også A.A mot Storbritannia.

1052 Jakupovic mot Østerrike avsnitt 29.

1053 Jakupovic mot Østerrike Joint Dissenting Opinion of Judges Caflich, Kūris and Ress.

1054 Se for eksempel EMDs dom 30. juli 2013 *Berisha mot Sveits*, hvor barna ikke fikk opphold. Se likevel Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland for motsatt resultat.

ofte hardest. Barnet kan ha bodd hele sitt liv i landet og dermed ha en sterk tilknytning til det, for så måtte flytte til et for barnet nokså fremmed land. En rekke av barnets sterke interesser kan bli rammet hardere enn en voksens ville blitt.

Av det som er trukket frem her, følger det at barnets beste innvirker på begrensingsadgangen, ved at det må legges større vekt på barnets interesser under spørsmålet om det foreligger en rettferdig balansering av de motstridende interessene, enn hvis saken bare berører voksne. I noen saker medfører det at rettigheten er krenket. Barnets beste løfter det berørte barnets interesser frem. Ved at barnets interesser må vurderes og vektlegges, gis de et sterke vern enn de ellers ville hatt. Dermed bidrar barnets beste til å lempe på urimeligheten ved at det oftest er foreldrenes handlinger og valg som definerer hvor tungtveiende statens interesser anses å være.

Her er bare et utvalg dommer trukket frem. Flere av disse inngår, sammen med andre dommer, i analysene i kapittel 6. En mer fullstendig analyse kunne nok fått frem flere nyanser i forholdet mellom barnets beste og retten til familie- og privatliv. Det er imidlertid ikke retten til familie- og privatliv som er temaet i boken, men barnets beste, og dermed konsentreres de videre analysene om sistnevnte rettighet. At det er et samspill mellom rettighetene, er imidlertid helt klart.

6. Vurderingen og vektingen av hva som er i barnets beste interesser

6.1 INNLEDNING

Barnets rett til å få hva som best tjener dets interesser lagt til grunn som et grunnleggende hensyn, er en tosidet rettighet.¹⁰⁵⁵ Rettigheten inneholder en vurderingsside og en avveiningside. I dette kapittelet er temaet vurderingssiden. Avveiningsiden behandles i kapittel syv. Vurderingen og vektingen av hva som er i barnets beste interesser, hører inn under vurderingssiden. At vektingen hører under denne siden av rettigheten og ikke under avveiningsiden, skyldes at hvor tungtveiende interesser barnet har, henger uløselig sammen med hvilke interesser det har i sakens utfall. Samtidig henger vurderings- og avveiningsiden sammen. At jeg behandler de to sidene av rettigheten i to kapittel, er derfor først og fremst av pedagogiske grunner.¹⁰⁵⁶

Utgangspunktet er alltid en konkret vurdering av hva som er i det berørte barnets beste interesser i den konkrete avgjørelsen, og hvor tungtveiende disse er. Når det, slik som her, ikke tas utgangspunkt i en konkret avgjørelse, men i to sakstyper, er det en grense for hvor langt det er mulig å gå i å redegjøre for rettighetens innhold, og herunder vurderingssiden. Analysene i kapittelet befinner seg derfor på rettighetens abstrakte (og generelle) nivå, og på et mellomnivå mellom dens abstrakte og konkrete nivå.¹⁰⁵⁷ Det er på rettighetens abstrakte nivå de overordnede føringene på vurderingen og vektingen hører til. På mellomnivået er det mulig å kartlegge hvilke rettigheter, interesser og momenter som ofte innvirker på vurderingen i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.¹⁰⁵⁸ Fordi

1055 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4.

1056 For det første for å markere at barnets og statens interesser må holdes fra hverandre frem til avveiningen. For det andre for å kunne fremstille det omfattende rettskildematerialet og analysene på en mest mulig ryddig og oversiktlig måte.

1057 Om rettigheters abstrakte og konkrete nivå, se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4.

1058 Forholdet mellom rettigheter, interesser og momenter behandles nærmere i punkt 6.2.1 og 6.2.2.

analysene berører to nivåer av rettigheten, er det *to overordnede problemstillinger* i kapittelet. Den ene er hvilke overordnede krav som stilles til vurderingen og vektingen. Den andre er på hvilken måte ulike rettigheter, interesser og momenter kan innvirke på vurderingen og vektingen.

Fordi hver sak og hvert barn er ulike, kan en rekke ulike rettigheter, interesser og momenter være relevante i vurderingen og vektingen av de to sakstypene som behandles i boken. Sammenlignet med i en konkret sak får vurderingssiden følgende en mer omfattende karakter. Det kan gi et bilde av at utlendingsmyndighetene må foreta en lang rekke krevende vurderinger i hver eneste sak. Selv om noen saker kan være komplekse, vil normalen være at langt fra alle rettigheter, interesser og momenter vil være relevante i enkeltsaker.

Noen av rettighetene jeg behandlet i kapittel fem, benyttes i kapittel seks. Her bygger jeg videre på analysene av forholdene mellom rettighetene og barnets beste. Rettighetene og interessene de hviler på, *anvendes* i analysene. I tillegg trekkes andre rettigheter inn. Rettigheter som ikke er behandlet i kapittel fem, introduseres kort før jeg drøfter hvordan de kan innvirke på vurderingen og vektingen.¹⁰⁵⁹ Utvalget av rettigheter, interesser og momenter er ikke uttømmende.¹⁰⁶⁰ Det tas heller ikke stilling til alle måter de kan gjøre seg gjeldende på. Det er tilnærmet umulig, selv innenfor to avgrensede sakstyper.

Jeg starter med utgangspunktene for vurderingen av hva som er til det berørte barnets beste, altså de overordnede føringene. Etter det redegjør jeg for utgangspunktet for vektingen. Deretter behandles hvordan et utvalg rettigheter, interesser og momenter kan innvirke på vurderingen og vektingen. Her skifter jeg følgelig over til den andre problemstillingen i kapittelet. Før avslutningen behandler jeg hva som kan gjøre at et barn er sårbart eller er i en sårbar situasjon, og hvilken betydning sårbarhet kan ha for vurderingen og vektingen.

Analysene i kapittel seks dekker sammen med analysene av avveiningssidene i kapittel syv innholdet i den materielle rettigheten. Fremstillingen er avgrenset til de to sakstypene opphold på humanitært grunnlag og utvisning. De to kapitlene

1059 Når noen rettigheter introduseres her, mens andre ble behandlet i kapittel fem, kan det gi et inntrykk av at kapittel fem er overflødig. Det stemmer ikke. For det første fordi de rettighetene som der ble behandlet, i noen grad står i en særstilling, noe som krever grundige analyser. For det andre fordi et av mine formål med denne boken er å bidra til noen generelle avklaringer knyttet til barnets beste. Her er forholdet til andre rettigheter helt sentralt. For det tredje fordi analysene i kapittel fem delvis danner en ramme for tilnærmingen til andre rettigheter som trekkes inn i kapittel seks. Analysene har altså i noen grad en overføringsverdi.

1060 Utvalget er i stor grad basert på hvilke rettigheter, interesser og momenter som ut fra dokumenter fra barnekomiteen og dommer fra EMD og Høyesterett ser ut til å være relevante i vurderingen av barnets beste og i de to sakstypene jeg behandler.

er følgelig ment å svare på en av hovedproblemstillingene i boken, nemlig hvordan barnets beste kan gi barnet en rett til opphold eller til ikke å bli utvist selv, eller få sine foreldre utvist.

6.2 UTGANGSPUNKTET FOR VURDERINGEN

6.2.1 Hva som tjener barnets interesser best

Etter BK art. 3 nr. 1 skal det vurderes hva som er i «the best *interests* of the child» (min utheving). Av EMD er det slått fast at «in all decisions concerning children, their best *interests* are of paramount importance» (min utheving).¹⁰⁶¹ Også EUs charter art. 24 nr. 2 inneholder interessebegrepet. I Grl. § 104 annet ledd og oversettelsen av BK art. 3 nr. 1 står det at «barnets beste» skal være et grunnleggende hensyn.¹⁰⁶² Den norske versjonen mangler interessebegrepet. Dette aktualiserer et spørsmål om hvilken betydning det har at interesser er vernet etter BK og EMDs praksis, men ikke etter ordlyden i Grl. § 104 og den norske oversettelsen av BK. Et annet spørsmål som må behandles, er hva som menes med «interests», altså interesser.

Det er konvensjonens autentiske tekster som er folkerettslig bindende. Ved tolkning av BK må det følgelig tas utgangspunkt i de språkene den ble vedtatt på. Også i den franske, spanske og russiske art. 3 nr. 1 benyttes begrepet interesse (*intérêt/intérés/интересов*).¹⁰⁶³ Den norske versjonen av BK art. 3 nr. 1 er en oversettelse. Hvis ordlyden i en oversettelse ikke treffer helt, endrer ikke det de folkerettslige forpliktelsene. Fullt så enkelt er det ikke for Grl. § 104 annet ledd. Bestemmelsen er imidlertid basert på, og må tolkes i lys av, BK art. 3 og EMDs praksis.¹⁰⁶⁴ Ordlyden og innholdet i barnets beste var ikke ment å avvike fra BK. I tråd med ordlyden i BK art. 3 nr. 1 uttalte førstvoterende i Maria-dommen om Grl. §§ 104 og 102 at «barnets *interesser* inngår som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen» (min utheving).¹⁰⁶⁵ At Grl. § 104 annet ledd må forstås på samme måte som BK art. 3, støttes av at det ikke er noen motstrid mellom ordlydene i de to bestemmelsene. I den norske formuleringen av barnets beste er riktignok ordet «hensyn» benyttet. Ordet benyttes imidlertid istedenfor «consideration»

1061 Se for eksempel *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109, *Neulinger og Shuruk mot Nederland* avsnitt 135 og *X mot Lativa* avsnitt 96.

1062 Det samme følger av utlendl. §§ 38 tredje ledd og 70.

1063 På grunn av manglende språkkunnskap og pålitelige oversettelsesprogram er jeg usikker på hvilke begrep som benyttes i den arabiske.

1064 Se denne bokens kapittel 2 punkt 2.4.4 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 66. Se også avsnitt 65, 72 og 79.

1065 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 66. Se også avsnitt 65, 72 og 79.

i BK art. 3 og «importance», som benyttes i noen av EMDs dommer, og ikke istedenfor «interests».¹⁰⁶⁶ I GrL § 104 annet ledd mangler det altså en presisering av *hva* som må vurderes. Ordlyden mangler en nyanse. Denne nyansen er viktig.

Begrepet *interesser* omfatter faktiske eller forestilte *behov* som søkes tilfredsstilt.¹⁰⁶⁷ Både individer, herunder barn, grupper og staten, har interesser. På vurderingssiden av barnets beste er det barnets interesser som må vurderes og vektes. På avveiningsiden må statens interesser vektes før det foretas en avveining mellom barnets og statens interesser. Interessebegrepet er følgelig relevant for begge sidene av rettigheten og gir den en indre koherens. Barns interesser har likevel en annen karakter enn statens interesser.

Individens interesser kan, som interesseteorien får frem, være vernet av materielle rettigheter.¹⁰⁶⁸ Det er følgelig en nær sammenheng mellom rettigheter og interesser. Rettigheter skal ivareta sterke interesser enkeltindivider har. Rettigheter er definert og avgrenset, av voksne. Ikke alle sterke interesser faller inn under en konkret rettighet. Uten en rett som barnets beste kunne dermed barns sterke behov i mange tilfeller stått helt uten et rettighetsvern. Når barn har rett til å få sine interesser prioritert, gir det deres interesser et utvidet rettighetsvern. Et generelt vern av interesser, altså behov, omfatter langt flere interesser enn de som er vernet gjennom andre rettigheter. Som Van Bueren skriver, «interest arguably being a broader concept and precondition of rights».¹⁰⁶⁹ Når barnets beste gir vern til interesser, trenger ikke andre konkrete rettigheter å være overtrådt i saken for at barns interesser skal nyte et vern. Et slikt vern av interesser harmonerer godt med formålet med egne rettigheter for barn, herunder barnets beste.¹⁰⁷⁰

En annen grunn til at det er viktig at det er interesser som er vernet, er at selv om interesser er et vidt begrep, gir det veiledning for hva som må vurderes. Behov kan være en nokså håndfast størrelse. Slik begrepet interesser benyttes i dagligtale, kan nok det synes noe videre, og muligens som en mer subjektiv størrelse, enn behov. Behov kan altså bli en noe snever kategori, særlig hvis det tolkes som rent

1066 I *Jeunesse mot Nederland* benyttes begrepet «importance» (se for eksempel avsnitt 109), mens i *Neulinger og Shuruk* er formuleringen «their best interests must be paramount» (avsnitt 135). Forskjellen ser ut til å være at i noen typer saker, som ved barne bortføring, skal hva som best tjener barnets interesser, være overordnet, mens i andre, slik som saker om opphold og utvisning, skal det være av overordnet betydning. I det siste ligger en åpning for at andre interesser også kan måtte tillegges stor vekt.

1067 Dag Einar Thorsen, *Store norske leksikon*, interesse, <https://snl.no/interesse> (side sist besøkt 22. oktober 2018).

1068 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.2.1.

1069 Van Bueren (1998) s. 47.

1070 General Comment nr. 14 avsnitt 4, Freeman (2007b) s. 40 og Van Bueren (1998) XX.

fysiske behov. Ettersom interesser ikke bare rommer fysiske behov, må også andre typer behov dekkes. Det blir tydeligere hvis interesser knyttes opp mot behov og *andre rettigheter*. Barn har for eksempel rett til hvile, fritid og lek, som dekker mer enn bare fysiske behov.¹⁰⁷¹ Behov sammenholdt med andre rettigheter gir klarere rammer og sterkere føringer på innholdet i vurderingssiden. Som vist i kapittel seks er det et nært forhold mellom barnets beste og andre rettigheter barn har. I tillegg er alle rettigheter i utgangspunktet til barns beste.¹⁰⁷² Det må gjelde også de interessene rettighetene hviler på. Koblingen mellom interesser og rettigheter gjør også at barnets beste bidrar til å sikre andre rettigheter. I Maria-dommen uttalte førstvoterende at barnets «interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen».¹⁰⁷³ Når barnets interesser, som kan være vernet av andre konkrete rettigheter, løftes frem, vurderes og vektlegges, gir det mindre risiko for at andre rettigheter overses.

Når barnets behov vurderes i en konkret sak og samtidig ses i sammenheng med menneskerettighetene og de interessene de skal verne, gir det nokså klar føring og veiledning på hva som må vurderes i den aktuelle saken. I tillegg gir barnets beste et vern til sterke interesser som går utover de definerte rammene til andre rettigheter.¹⁰⁷⁴ At det er interesser som må vurderes, er følgende viktig.

Etter ordlyden «[t]he best interests of the child» i BK art. 3 nr. 1 må det vurderes hva som er i barnets *beste* interesser. Det er ikke nok å vurdere hva som er bra for barnet, eller hva som er i dets interesser. At det er det beste som er vurderingstemaet, følger også av ordlyden i Grl. § 104 annet ledd, EUs charter, EMD-dommer, utlendl. § 38 tredje ledd og § 70 første ledd annet punktum.¹⁰⁷⁵ Vurderingstemaet innebærer at det må foretas et *valg*. Barnekomiteen har fastslått at oppmerksomheten må «be placed on identifying possible solutions which are in the child's best interests».¹⁰⁷⁶ I en av de to felleskommentarene fra 2017 er det videre fremhevet at ulike løsninger må vurderes.¹⁰⁷⁷ I avgjørelser om opphold eller utvisning som

1071 BK art. 31 nr. 1.

1072 Som påpekt i General Comment nr. 14 avsnitt 4.

1073 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65.

1074 At begrepet *kan* benyttes her, er fordi vernet vil avhenge av hvor sterke og tungtveiende interesser barnet har samlet sett, og hvor tungtveiende statens interesser er. Se denne bokens kapittel 7.

1075 For eksempel storkammerdommene Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 135, X mot Latvia avsnitt 96 og Jeunesse mot Nederland avsnitt 109, hvorav sistnevnte gjaldt opphold. I en del eldre dommer innenfor utlendingsretten er ikke domstolen like tydelig. Et eksempel er Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland, hvor det ikke sies uttrykkelig at hva som tjener barnets interesser best, skal være grunnleggende, selv om enkelte interesser og momenter vurderes (avsnitt 44).

1076 General Comment nr. 14 avsnitt 33.

1077 General Comment nr. 3/22 avsnitt 32 (j) og 33.

retter seg mot et barn, må barnets beste vurderes ut fra spørsmålet om barnet må få bli i Norge, reise tilbake til sitt opprinnelsesland eller i noen tilfeller et annet land, ofte med foreldrene, men i noen tilfeller uten. Som Pobjoy har fastslått, vil «the human rights conditions in the destination country» være sentralt i en slik vurdering.¹⁰⁷⁸ Når avgjørelsen retter seg mot barnets foreldre, må hva som er til det beste for barnet, vurderes ut fra om foreldrene må få bli igjen i Norge sammen med barnet, eller om de må forlate landet, og om barnet i så fall skal følge med. Det overordnede spørsmålet blir *hvilke av løsningene som best tjener barnets interesser*.

6.2.2 Rettigheter, interesser og momenter som elementer i vurderingen

Ordlyden i BK art. 3 nr. 1 er «interests», følgelig angis interesser i flertall. Det samme gjør EMD og EUs charter art. 24 nr. 2.¹⁰⁷⁹ Det er i tråd med at en rekke ulike interesser sammen kan peke ut den løsningen som best bidrar til å ivareta det berørte barnets interesser. Det er altså klart at *interesser* er et sentralt element i vurderingen. I tillegg kan rettigheter være sentrale. Staten er forpliktet til å respektere og sikre barns rettigheter. Andre *rettigheter*, hvis de gjør seg gjeldende, må derfor harmoniseres med barnets beste. Kommer en rettighet til anvendelse, gir den sterke føringer på både vurderings- og avveiningsiden av barnets beste.¹⁰⁸⁰

Barnekomiteen har angitt en liste med «elements» som må tas i betraktning i vurderingen av hva som er i barnets beste interesser.¹⁰⁸¹ Disse er barnets syn, barnets identitet, vern av familiemiljøet og bevaring av relasjoner, omsorg, beskyttelse og sikkerhet for barnet, sårbarhetssituasjoner, barnets rett til helse og barnets rett til utdanning.¹⁰⁸² Elementene har ulik karakter. Bare to er formulert som en rettighet, men alle er enten rettigheter, interesser eller momenter som springer direkte ut av rettigheter. Med *moment* sikter jeg her til en faktor eller omstendighet som kan måtte tas med i vurderingen, men som ikke er formulert som en interesse. I tillegg har komiteen en annen opplisting. Denne er av «circumstances relate to the individual characteristics».¹⁰⁸³ Denne opplistingen mener komiteen det må

1078 Pobjoy (2015) s. 352.

1079 Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 135, X mot Latvia avsnitt 96 og Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

1080 Hvis en absolutt rettighet kommer til anvendelse, er det ikke rom for en avveining.

1081 General Comment nr. 14 avsnitt 52 flg.

1082 General Comment nr. 14 avsnitt 52 flg.

1083 General Comment nr. 14 avsnitt 48.

tas utgangspunkt i når det skal vurderes hva som er i et barns bestes interesser.¹⁰⁸⁴ Her er blant annet alder, modenhet og kjønn nevnt.¹⁰⁸⁵

Om EMDs behandling av barnets beste legger Dane til grunn følgende:

Først och främst kan konstateras att Europadomstolen inte på samma vis som FN:s barnrättskommitté uttrycker sig i termer som faktorer. Domstolen resonerar istället något mer fritt kring vad den anser vara viktig för ett barn. Domstolens terminologi är inte heller alltid enhetlig.¹⁰⁸⁶

Med «faktorer» tolker jeg det slik at hun sikter til det komiteen betegner som «elements». Jeg er enig i at EMDs terminologi ikke er enhetlig og at det tidvis kan synes noe tilfeldig hvilke momenter som blir behandlet. Domstolen benytter imidlertid enkelte nokså faste momenter i utlendingsaker, hvorav ett er *alder*.¹⁰⁸⁷ To andre er *språk* og *omsorgssituasjonen*.¹⁰⁸⁸ Aldersmomentet henger ofte sammen med hvor sterke barnets interesser er, og kan dermed innvirke på andre rettigheters konkrete nivå.¹⁰⁸⁹ Andre momenter, slik som omsorgssituasjonen, ser ut til å springe ut av rettigheter og interesser. Slike momenter kan være en omformulering av en interesse, som kan være vernet av en rettighet. Språkmomentet kan antageligvis plasseres under begge typene momenter.¹⁰⁹⁰ Om et moment henger sammen med barnets interesser eller er en omformulering av en interesse, er ikke så viktig. Det er vanskelig å kategorisere en del av momentene i den ene eller andre kategorien. Poenget er at slike momenter ikke utvider statens forpliktelser knyttet til hva som må vurderes. De er presiseringer av hva som ofte må vurderes, for å komme frem til hva som best tjener barnets interesser.

Det er altså *tre typer elementer* som kan måtte vektlegges i vurderingen. Det er *rettigheter, interesser og momenter*.

1084 General Comment nr. 14 avsnitt 48.

1085 General Comment nr. 14 avsnitt 48.

1086 Dane (2015) s. 206.

1087 Se punkt 6.5.

1088 Også i høyesterettspraksis kommer det frem enkelte momenter, slik som at tilknytning og omsorgssituasjonen vil være sentral i vurderingen. Se for eksempel Rt. 2009 s. 534, Nunez mot Norge, hvor annenvoterende kommer inn på tilknytningen i sin vurdering, plenumsdom II om tilknytning og Maria-dommen om omsorgssituasjonen. Både i dommer om opphold på humanitært grunnlag og om utvisning ser det imidlertid ofte ut til å fokuseres mest på avveiningssiden av barnets beste. Se for eksempel Rt. 2009 s. 534, Rt. 2009 s. 1261 og plenumsdom I. For øvrig kan enkelte av momentene i utlendl. § 38 annet ledd være relevante, og utlendingsforskriften § 8-5 første ledd inneholder en opplisting over momenter.

1089 Om rettigheters konkrete nivå, se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4.

1090 Se punkt 6.7 og 6.10.3.

Sammenhengen mellom rettigheter, interesser og momenter setter noen nødvendige grenser for hva som er relevant i vurderingen. I forarbeidene til utlendl. § 38 uttales det at det ikke generelt kan «legges til grunn at det alltid vil være til barnets beste om barnet (og familien) innvilges opphold i Norge».¹⁰⁹¹ Det begrunnes med at det er «tydelige verdier knyttet til å vokse opp et sted hvor røttene, nettverkene og tilhørigheten er sterk», selv når «velferds- og sikkerhetssituasjonen er betydelig bedre i Norge».¹⁰⁹² Som departementet selv skriver, er det i mange tilfeller likevel til det beste for barnet å bli i Norge.¹⁰⁹³ Her berøres så vidt et stort tema som er nokså omfattende drøftet av Freeman under tittelen «Best Interests and Culture».¹⁰⁹⁴ Som Haugli skriver, er ikke en vurdering av hva som er til et barns beste, upåvirket av *rettsanvenderens ståsted og kulturelle tilhørighet*.¹⁰⁹⁵ Det gjelder nok mye rettsanvendelse hvor verdier gjør seg gjeldende. Å ta for mye hensyn til kultur er ikke alltid i barnets interesse.¹⁰⁹⁶ Når momenter som trekkes inn i vurderingen av hva som er til et barns beste, betraktes i sammenheng med barnets øvrige rettigheter og interesser, kan de evalueres ut fra rettighetene og interessene de skal beskytte. Dette er langt mer objektive faktorer enn rettsanvenderens verdier og kulturelle tilhørighet alene. Som Pobjoy beskriver, reduseres risikoen for «subjective arbitrariness» betraktelig når barnets beste tolkes og anvendes i tråd med de øvrige rettighetene i BK.¹⁰⁹⁷

At rettigheter, interesser og momenter som er relevante i barnets beste-vurderingen, henger nær sammen, gjør at vurderingen verken er verken fri eller subjektiv. Som mange andre vurderinger hvor verdier spiller inn, er det likevel vanskelig å komme helt unna enkelte skjønnsmessige elementer.

6.2.3 Det berørte barnets interesser, utgangspunkt og vurderingstema

Ordlyden til art. 3 nr. 1 får frem at det må vurderes hva som er til det beste for «the child», mens Grl. § 104 annet ledd slår fast at «barnets» beste skal være grunnleggende. Når ordlyden angir barnet i bestemt form, gjøres det klart at det er *det berørte barnets* interesser som er relevante.

1091 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159.

1092 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159. Se også NOU 2004: 20 s. 268.

1093 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159.

1094 Freeman (2007b) s. 33 flg. Se også Altson (1994), Van Bueren (1998) s. 47 og Haugli (2020) s. 56.

1095 Haugli (2020) s. 56.

1096 Freeman (2007b) s. 33.

1097 Pobjoy (2015) s. 350.

Barnekomiteen har, i tråd med ordlyden, lagt til grunn at barnets beste er «flexible and adaptable», og videre at «[i]t should be adjusted and defined on an individual basis, according to the specific situation of the child or children concerned, taking into consideration their personal context, situation and needs».¹⁰⁹⁸ Komiteen har også presisert at:

Assessing the child's best interests is a unique activity that should be undertaken in each individual case, in the light of the specific circumstances of each child [...] These circumstances relate to the individual characteristics of the child or children concerned [...].¹⁰⁹⁹

Komiteen har utdypet dette med at beslutningstakeren bør starte med en vurdering av de spesielle omstendighetene som gjør barnet «unique».¹¹⁰⁰ Begrepet «unik» kan lede tankene mot utelukkende positive egenskaper ved barnet som gjør det enestående/uvanlig. Også sider ved barnet som ikke nødvendigvis regnes som positive, er imidlertid relevante i vurderingen. Det trenger heller ikke være særlig uvanlige omstendigheter. Det kommer frem av den ikke-uttømmende opplistingen til komiteen, hvor blant annet alder, modenhet, kjønn og sosial og kulturell kontekst er tatt med.¹¹⁰¹ En del momenter vil, på ulik måte, være relevante i nesten alle saker.

Begrepet unik ser ut til å samsvare med formuleringen «individuelle forhold». Menneskerettsdomstolen har uttalt at barnets «best interests, from a personal development perspective, will depend on a variety of individual circumstances, in particular his age and level of maturity, the presence or absence of his parents and his environment and experiences [...]».¹¹⁰² Som følge av disse variasjonene «those best interests must be assessed in each individual case».¹¹⁰³ Å ta utgangspunkt i det berørte barnet og de individuelle forholdene er helt nødvendig. Barns interesser er ulike fordi barn er ulike. I tillegg er både saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning forskjellige. Momentene som barnekomiteen og EMD har trukket frem, kan gi veiledning, men i enkelte saker kan andre momenter være like eller mer sentrale. Som Jerkø har påpekt, er det nødvendig

1098 General Comment nr. 14 avsnitt 32. Se også Committee on the Rights of the Child, *C.E mot Belgia*, 22. september 2018, CRC/C/79/D/12/2017 avsnitt 8.3.

1099 General Comment nr. 14 avsnitt 48.

1100 General Comment nr. 14 avsnitt 49.

1101 General Comment nr. 14 avsnitt 48.

1102 EMDs dom Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 138.

1103 EMDs dom Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 138.

å tolke barnets beste bokstavelig, slik at det avgjørende i vurderingen blir «barnets egne interesser».¹¹⁰⁴

6.2.4 Opplisting av elementer

Som jeg har vært inne på ovenfor, har barnekomiteen utformet en liste over individuelle forhold knyttet til barnet og en mer generell liste over relevante elementer for vurderingen av barnets beste.¹¹⁰⁵ Komiteen har uttalt at den sistnevnte listen inneholder en opplisting over elementer som «could be included in a best-interests assessment», og at «[a]ll the elements of the list must be taken into consideration and balanced in light of each situation».¹¹⁰⁶ Komiteen må nok tolkes slik at myndighetene må ta stilling til om elementene er relevante, og hvis de er relevante, må de med i vurderingen. Også i utlendingsforskriften er det utformet en liste. Den er for vurderingen av barnets situasjon i saker om opphold på humanitært grunnlag.¹¹⁰⁷

Opplisting av interesser og momenter som skal anvendes i en konkret vurdering av hva som er i et barns beste interesser, er krevende. Slike lister kan vanskelig gjøres uttømmende. Barnekomiteens liste er lang, og i tillegg kan andre elementer enn de som er nevnt, gjøre seg gjeldende. I utlendingsforskriftens opplisting er noe så sentralt som barnets mening utelatt. En lang liste over elementer som ofte er sentrale, kan medføre en risiko for at det som er relevant for akkurat *det* berørte barnet, overses fordi det ikke sto på listen. Det er nok enklere å utforme lister for konkrete sakstyper, men heller ikke disse kan utformes uttømmende. Lister kan likevel være nyttige hjelpemidler. Elementene barnekomiteen har ramset opp, er ofte relevante og sentrale i en vurdering av barnets beste. Det samme gjelder for listen i utlendingsforskriften. Ordlyden i BK, GrL eller EUs charter inneholder imidlertid ingen opplisting. Det gjør heller ikke utlendingsloven. Ordlyden, og de vanskene det er med å utforme dekkende lister for en så konkret vurdering, taler for at vurderingen først og fremst må styres av formålet med barnets beste.

1104 Markus Jerkø, «Skal ikke barnets beste leses bokstavelig. – En kritikk av HR-2017-2015-A 'Jakob-saken'», *Lov og Rett*, 2018 s. 112–127 (s. 123). Se også blant annet Freeman (2007) s. 51 flg., Haugli (2020) s. 57–58, Sandberg (2020b) s. 340 og Sandberg (2018) s. 31.

1105 General Comment nr. 14 avsnitt 48 og 52 flg.

1106 General Comment nr. 14 avsnitt 50.

1107 I utlendingsforskriften § 8-5 første ledd nevnes barnets behov for stabilitet og kontinuitet, språk, psykisk og fysisk helsesituasjon, tilknytning til familie, venner og nærmiljø i Norge og i hjemlandet, omsorgssituasjon i Norge og ved retur og den sosiale og humanitære situasjonen ved retur.

I Jeunesse mot Nederland ser det ut til at EMD legger opp til en formålsorientert tilnærming. Her presiserer domstolen hva staten må vurdere «in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it».¹¹⁰⁸ Barnekomiteen har på sin side lagt til grunn at «when adding elements to the list, the ultimate purpose of the child's best interests should be to ensure the full and effective enjoyment of the rights recognized in the Convention and the holistic development of the child».¹¹⁰⁹ Momenter som står i motsetning til rettighetene i BK, skal ikke trekkes inn i vurderingen.¹¹¹⁰ Også komiteen ser følgelig ut til å mene at formålet er sentralt. Komiteens formulering har mye for seg. Samtidig gjør den komiteens egen liste over elementer noe overflødig. Det finnes jo allerede en oppstilling, nemlig rettighetskatalogen i BK. Dette er Haugli inne på når hun skriver at den omfattende rettighetskatalogen i BK i alle fall gir et «utgangspunkt for å skille barns viktigste interesser (i form av rettigheter) fra andre interesser».¹¹¹¹ Å se hen til barns øvrige rettigheter er i tråd med prinsippet om «internal and external system coherence».¹¹¹²

De interessene som er ivaretatt gjennom rettighetene i BK, er til barns beste. For mange rettigheter skal det en del til før rettighetsvernet utløses. For eksempel må det lang oppholdstid til før retten til privatliv, slik den tolkes av EMD, kommer til anvendelse hvis barnet ikke har hatt lovlig opphold i landet. Interessene rettigheten skal verne, er likevel ofte helt sentrale i vurderingen av barnets beste i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Rettighetene er sentrale enten de kommer direkte til anvendelse, og må respekteres og sikres, eller de interessene de skal verne, er av betydning.

Å skulle ta stilling til hele rettighetskatalogen ved vurderingen av barnets beste kan bli overveldende og tidkrevende. Det er en grense for hvor lang tid og mye ressurser utlendingsmyndighetene kan benytte på hver sak. Det vil imidlertid ikke være nødvendig å vurdere alle rettigheter og interesser i hver enkelt sak. Det bør være nok å ha grunnleggende god kunnskap om rettighetene. Tas det utgangspunkt i det konkrete barnet og saken, vil det komme frem om det gjør seg gjeldende noen særskilte omstendigheter som innebærer at for eksempel retten til helse eller de interessene rettigheten hviler på, må vurderes nærmere. En god opp-

1108 Jeunesse mot Nederland avsnitt 109 og 120. Se også Gaspar mot Russland avsnitt 39, Guliyev og Sheina mot Russland avsnitt 50, Salem mot Danmark avsnitt 75 og Zezev mot Russland avsnitt 34.

1109 General Comment nr. 14 avsnitt 51.

1110 General Comment nr. 14 avsnitt 51. Se også punkt 6.6 og 6.8.

1111 Haugli (2020) s. 61.

1112 John Eekelaar og John Tobin, «The Best Interests of The Child», i *The UN Convention on The Rights of the Child. A Commentary*, Oxford 2019 s. 73–107 (s. 87).

læring i barns rettigheter vil bidra til en effektiv vurdering. At forvaltningen har kjennskap til rettighetene i BK, må kunne forventes. De er forpliktet til å respektere og sikre rettighetene. Rettigheter i eventuelle andre konvensjoner Norge er forpliktet av, og i Grunnloven, står ikke i en annen stilling. Disse rettighetene vil imidlertid sjelden overses om BK benyttes som utgangspunkt, ettersom BK inneholder de fleste sentrale menneskerettighetene og i tillegg er tilpasset barn.

Barnekomiteen er ikke bare inne på BK generelt, men nevner også barnets helhetlige utvikling.¹¹¹³ Denne rettigheten er sentral i vurderingen av barnets beste. Å vurdere om barnet i saken har noen behov av betydning for sin helhetlige utvikling, kan gjøre det lettere å identifisere relevante rettigheter og interesser. Mange av rettighetene i BK bidrar til å sikre barnets sterke interesser i en helhetlig utvikling.¹¹¹⁴

Oppsummert må det tas utgangspunktet i det konkrete barnet. For å komme frem til hva som er i dets beste interesser, er det nødvendig å starte med forhold rundt barnet, dets situasjon og formålet med vurderingen, nemlig å sørge for at barns interesser beskyttes og gis tilstrekkelig vekt, sørge for at barnet nyter godt av sine rettigheter og bidra til en helhetlig utvikling. De konkrete forholdene knyttet til det berørte barnet innvirker på hvordan interessene og eventuelt rettighetene gjør seg gjeldende. Skal noen momenter fremheves i en egen liste, bør det derfor være slike som *innvirker på det konkrete barnets interesser*, det vil si individuelle forhold eller momenter, som alder, modenhet og ulike typer identitet osv.

6.2.5 Harmonisering av elementene

Selv om alle rettighetene i utgangspunktet er til barns beste, kan det oppstå konflikter mellom rettigheter eller de interessene de bygger på. Også mellom andre interesser og momentene som inngår i en barnets beste-vurdering, kan det oppstå konflikt. Mens enkelte taler for opphold, kan andre tale for en oppvekst i opprinnelseslandet. Ved en slik konflikt må det foretas en harmonisering.¹¹¹⁵ Barnekomiteen har understreket at ettersom det må foretas en helhetlig vurdering av barnets beste, vil vekten av de ulike elementene være avhengig av hverandre.¹¹¹⁶ Analysene i kapittel seks og syv støtter dette standpunktet, selv om noen av elementene er mer overgripende enn andre. Barnets mening har en overgripende

1113 Om barns helhetlige utvikling, se denne bokens kapittel 5 punkt 5.3.

1114 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.3.3.

1115 General Comment nr. 14 avsnitt 46 (a) og 80–84.

1116 General Comment nr. 14 avsnitt 46 (a) og 80.

karakter. Det samme har barnets helhetlige utvikling.¹¹¹⁷ Både barnets mening og helhetlige utvikling er i tillegg relevant i svært mange saker. Begge disse er egnet til å harmonisere andre momenter. Alder og modenhet henger også sammen med mange andre sentrale elementer. Disse to momentene er likevel ikke egnet til å harmonisere andre elementer i like stor grad som barnets mening og behovet for en helhetlig utvikling.

Vektingen av elementene henger sammen med vurderingen av hva som er i barnets beste interesser. Harmoniseringen henger sammen med vektingen og vurderingen. Utover barnets mening og helhetlige utvikling vil det derfor først og fremst være forholdene knyttet til det berørte barnet som styrer vektingen og harmoniseringen av de ulike elementene.

6.2.6 Fremtidsrettet karakter

Når det skal tas stilling til hva som er til et barns beste i en avgjørelse, har vurderingen en fremtidsrettet karakter. Barnekomiteen har lagt til grunn at «the decision-making process must include an evaluation of the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children concerned».¹¹¹⁸ Blikket må nødvendigvis rettes fremover mot konsekvensene av avgjørelsen.

Pobjoy skriver at også virkninger av avgjørelsen som finner sted etter at barnet er fylt 18, må tas i betraktning.¹¹¹⁹ Hvis barnet nærmer seg 18 år, er nok det nødvendig. Hvis barnet er svært ungt når det eventuelt må forlate Norge, kan det imidlertid være vanskelig å foreta en slik vurdering. For strenge krav til hvor langt frem blikket må rettes, kan gi upålitelige vurderinger og bli meget ressurskrevende. Selv uten et langsiktig perspektiv kan det være krevende å vurdere hvilken innvirkning avgjørelsen vil ha på barnets interesser. I tillegg kan barnets interesser endre seg etter som det blir eldre, og ut fra forholdene rundt det. Utviklingen er uforutsigbar. Det går derfor en grense for hvor langt fremover vurderingen kan strekkes. Først og fremst er det *effektene avgjørelsen vil ha på barnets interesser*, som må vurderes. Det som kan skjerpe kravet til den fremtidsrettede vurderingen, er at enkelte interesser i seg selv har en fremtidsrettet karakter. Et eksempel er barnets helhetlige utvikling, helse og retten til utdanning. Relevante rettigheter og interesser må

1117 Barnekomiteen har lagt til grunn at utgangspunktet må være å komme til et resultat hvor alle rettighetene som gjør seg gjeldende, ivaretas, samtidig som barnets helhetlige utvikling tas i betraktning, General Comment nr. 14 avsnitt 46 (a) og 81.

1118 General Comment nr. 14 avsnitt 6 (c). Se også General Comment nr. 3/22 avsnitt 32 (c), (j) og (k).

1119 Pobjoy (2015) s. 347.

vrurderes i tråd med sin karakter. Hvis for eksempel barnet er sykt og kan få et økende medisinsk behov etter som tiden går, må blikket rettes lenger frem enn i en del andre tilfeller. Dette kan også betraktes som at hvis barnet har tungtveiende interesser, skjerpes utredningsplikten.¹¹²⁰

Den fremtidsrettede karakteren gjør at regelen om at domstolene kun tar i betraktning faktum fra vedtakstidspunktet, kan komplisere vurderingen.¹¹²¹ Domstolen kan måtte se bort fra nyere faktum som kan gi sikrere, fremtidsrettede vurderinger. En nåtidsvurdering med et fremtidsrettet perspektiv vil kunne sikre barnets rettighet mer effektivt. Når domstolen ikke kan prøve nytt faktum, må saken vurderes av utlendingsmyndighetene. Dette kan ta tid, og dermed kan andre interesser barnet har, forsterkes. Domstolskontroll, herunder hvilke faktum som legges til grunn, behandles noe nærmere i bokens kapittel ni.

6.3 UTGANGSPUNKTET FOR VEKTINGEN

Barnets beste er ikke en absolutt rettighet.¹¹²² Fordi det i tillegg til en vurdering må foretas en avveining mellom barnets og statens interesser, er det nødvendig å vurdere hvor tungtveiende barnets interesser er. Hvor tungtveiende barnets interesser må anses å være, henger uløselig sammen med vurderingen av barnets interesser, og hvilke løsninger de ulike elementene peker ut som den beste for barnet. Vektingen må, i likhet med vurderingen, gjøres konkret med utgangspunkt i forholdene knyttet til det berørte barnet.¹¹²³ Rettskildene gir likevel føringer.

Etter ordlyden i BK art. 3 nr. 1 skal barnets beste være «a primary consideration».¹¹²⁴ Det skal følgelig være en grunnleggende del av beslutningsgrunnlaget. Dette er av betydning for vektingen. Det som er grunnleggende, veier tungt. Barnekomiteen har uttalt at formuleringen «means that the child's best interests may not be considered on the same level as all other considerations».¹¹²⁵ Dette rettfer-

1120 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.5.4.3.

1121 Se denne bokens kapittel 8 punkt 8.2.4.

1122 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4.

1123 Slik det også er påpekt i Sandberg (2020b) på s. 350.

1124 Under arbeidet med konvensjonen var formuleringen «the paramount consideration» opprinnelig foreslått, altså *det styrende eller overordnede hensynet*. Se Detrick (1999) s. 131 flg. Se også Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 31–32. I EUs charter art. 24 nr. 2 er samme formulering som i BK benyttet. Ruth Lamont, «The Rights of the Child» i *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, London 2014 s. 661–692 (s. 687) legger til grunn at ordlyden i charteret får frem at barnets beste «is one of several 'primary' factors amongst other legitimate factors». Se også Eekelaar og Tobin (2019) s. 95–96.

1125 General Comment nr. 14 avsnitt 37.

diggjøres av «the special situation of the child: dependency, maturity, legal status and, often, voicelessness».¹¹²⁶ Barnets interesser skal gis «high priority and are not just one of several considerations».¹¹²⁷ At barnet ofte ikke har kunnet påvirke situasjonen det er havnet i, taler også for å gi dets interesser høy prioritet.

Grunnloven § 104 annet ledd inneholder formuleringen «et grunnleggende hensyn».¹¹²⁸ Ordlyden tyder på, i likhet med ordlyden i BK, at barnets beste skal være et fundamentalt hensyn og dermed må gis vesentlig vekt. I EMDs praksis er en litt annen formulering benyttet. I *Jeunesse mot Nederland* ble det uttalt at «[w]here children are involved, their best interests must be taken into account».¹¹²⁹ Formuleringen «taken into account» er noe vag og gir inntrykk av at barnets beste bare er et av mange momenter. Domstolen presiserte imidlertid at i alle saker som berører barn, «their best interests are of paramount importance».¹¹³⁰ Barnets beste skal etter det være av overordnet betydning. Overordnet synes å være et sterkere uttrykk enn grunnleggende. Formuleringen kan derfor gi inntrykk av at EMD mener barnets beste må tillegges større vekt, enn hva som følger av ordlyden i BK og Grl. Domstolen har imidlertid utdypet at barnets interesser ikke alene kan være avgjørende, men at «such interests certainly must be afforded significant weight».¹¹³¹ Også ordlyden i BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 annet ledd får frem at barnets interesser likevel ikke alltid blir avgjørende. Kildene harmonerer følgelig godt med hverandre.

I tråd med de internasjonale kildene uttalte førstvoterende i *Maria-dommen* at «ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnets beste ha stor vekt – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering, men skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen».¹¹³² *Maria-dommen*

1126 General Comment nr. 14 avsnitt 37. Se også Haugli (2020) s. 61.

1127 General Comment nr. 3/22 avsnitt 28.

1128 I Dok. 16 (2011–2012) s. 192 er flere alternativer med vagere ordlyd nevnt. Disse er: «Beslutninger som gjelder barn, skal ivareta hensynet til barnets beste», «Beslutninger som gjelder barn, skal ivareta barnets interesser», «Avgjørelser skal treffes i samsvar med hensynet til barnets beste» og «Ved avgjørelser som berører barn, skal hensynet til barnets interesser være ivaretatt» (mine uthevinger).

1129 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109 med videre henvisninger til andre EMD-dommer.

1130 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109 med videre henvisninger til andre EMD-dommer.

1131 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109 og 118 med videre henvisninger.

1132 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65 og Rt. 2015 s. 155, *Rwanda-kjennelsen* avsnitt 47. I *Rwanda-kjennelsen* tilføyes det også at «Høyesterett [i *Maria-dommen*] bekrefter her det som – på noe ulikt vis – tidligere har vært uttrykt i Rt-2009-1261 avsnitt 85, Rt-2010-1313 avsnitt 13 og Rt-2012-1985 avsnitt 187», Rt. 2015 s. 155 avsnitt 48. Dommene det her vises til, var fra før vedtakelsen av Grunnloven. Avsnittene i Rt. 2012 s. 1261 og Rt. 2012 s. 1985 tilhørte mindretallet. Flertallet uttrykte seg litt annerledes. I plenumsdom III, som kom etter *Maria-dommen*, behandles ikke Grunnloven § 104. For øvrig legges det til grunn at barnets beste skal være grunnleggende, Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 84.

gjaldt utvisning. At barnets beste skal tillegges stor vekt også ved avveininger etter § 38, er klart.¹¹³³ I plenumsdom I slo førstvoterende fast at vekten kan variere; «jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjen uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende».¹¹³⁴ Dette er sentralt. Vekten avhenger av hvilke interesser barnet har i de mulige utfallene, og hvor tungtveiende disse interessene er.

Utgangspunktet er altså at hva som best tjener barnets interesser, må vurderes konkret, og at barnets beste må tillegges betydelig vekt. I de følgende punktene går jeg over til å se nærmere på konkrete elementer som ofte gjør seg gjeldende i vurderingen av hva som er i et barns beste interesser i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.

6.4 BARNETS MENING

Ettersom barnet har *rett* til å bli hørt i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning i spørsmål som gjelder eller vedrører det, og rettighetens anvendelsesområde faller inn under barnets beste, *må* barnets mening inngå i vurderingen av hva som er til dets beste.¹¹³⁵ Dette gjelder så fremt barnet ønsker å gi uttrykk for sin mening. Det nære forholdet mellom retten til å bli hørt og barnets beste er nærmere behandlet i kapittel seks. Her behandler jeg kun to spørsmål. Det første spørsmålet er hvordan barnets mening kan innvirke på vurderingen av hva som er til dets beste. Det andre spørsmålet er hvordan barnets mening kan innvirke på vektingen av barnets beste.

Som jeg er inne på i kapittel seks, må barnet få mulighet til å gi uttrykk for sin mening om de ulike rettighetene, interessene og momentene i vurderingen av barnets beste, ettersom dette er forhold som vedrører barnet.¹¹³⁶ Fordi barnets mening *skal vektlegges*, kan dets mening innvirke på *alle* sidene av vurderingen og vektingen.

Noen av momentene som ofte må inngå i vurderingen og vektingen, er av nokså *objektiv karakter*, slik som alder. Aldersmomentet henger imidlertid sammen med

1133 I plenumsdom I uttalte førstvoterende etter å ha gjennomgått forarbeidene til utlendingsloven § 38 at «[s]amlet sett viser forarbeidene – og etterarbeidet i Meld. St. 27 (2011–2012) – at hensynet til barnets beste skal veie tungt», Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134.

1134 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134. Se også HR-2019-2286-A avsnitt 59–64.

1135 Se kapittel fem punkt 5.4.4. Se videre for eksempel Eekelaar og Tobin (2019) s. 85 og Sandberg (2019) s. 137.

1136 Kapittel fem punkt 5.4.4.4.

en rekke andre momenter som barnet kan ha en mening om. Det er mange elementer som ofte er sentrale i vurderingen, som er nær knyttet til barnets oppfatninger, og med det *subjektive vurderinger*. Interesser som skal ivaretas av retten til privatliv, herunder retten til å bevare sin identitet som ofte er relevant i de to sakstypene som her behandles, er nær knyttet opp til barnets indre oppfatninger. Barnet er nærmest til å si noe om hvilke og hvor sterke interesser det har i denne sammenheng. Hvis barnet ikke er hørt om denne typen rettigheter og interesser, er det en risiko for feilvurderinger, eller at rettigheter, interesser eller momenter av betydning overses.¹¹³⁷

Et eksempel på at barnets mening kan avdekke og avklare dets interesser, er saken som ble behandlet i LB-2012-81191.¹¹³⁸ Saken gjaldt oppholdstillatelse til to foreldre og ett av deres to barn, en jente på 12 år. Sønnen på 15 år hadde oppholdstillatelse og etter hvert norsk statsborgerskap. Av UNE ble det lagt til grunn at gutten ville følge med familien hvis de fikk avslag, og at vedtaket derfor ikke berørte familielivet. Lagmannsretten la på sin side til grunn at gutten ville bli i Norge. Retten vektla at gutten selv anså seg som «98–99% norsk», og uttalte videre at «[h]ans lange norske skolegang, norske nettverk, egne ønsker og det faktum at han er norsk statsborger, innebærer at han ikke vil komme til å flytte».¹¹³⁹ Guttens mening var av stor betydning for vurderingen og vektingen av hans beste. Det kom frem at han mente det beste var å bli i Norge, hvorfor det var viktig for han, og hvor sterke interesser han hadde i å få bli. Når gutten ville bli i Norge, innebar et avslag på opphold at familien ville bli splittet. Opplysningene gutten kom med, bidro til at retten til familieliv ikke ble oversett. Dommen illustrerer at barnets mening også er sentral for å bedømme hvor viktige, og følgelig hvor tungtveiende elementene som gjør seg gjeldende i vurderingen av barnets beste, er.

Samspillet mellom retten til å bli hørt, hva som er i barnets beste interesser, og å behandle barn som rettighetshavere kommer frem i *Osman mot Danmark*.¹¹⁴⁰ Her hadde en jente fått avslag på oppholdstillatelse i Danmark, hvor hun tidligere hadde bodd og enda hadde nær familie. Spørsmålet for EMD var om avslaget krenket hennes rettigheter etter EMK art. 8. Jenta hadde blant annet anført at hun var sendt ut av Danmark mot sin vilje, og at utsendingen ikke var til hennes

1137 At barnet ikke er hørt om slike rettigheter og interesser som er nær knyttet til dets oppfatning, når de er relevant, er derfor en feil som lett kan virke inn på vedtakets innhold, og som følgelig lett kan føre til ugyldighet.

1138 Saken var tidligere behandlet i Borgarting lagmannsrett LB-2011-64941. I Rt. 2012 s. 667 ble den første dommen fra lagmannsretten opphevet.

1139 LB-2012-81191.

1140 Det er også kommentarer knyttet til om barnet er blitt hørt, eller til hva barnet mener, i *Kutznier mot Tyskland* avsnitt 77 og 81 og i dissensen i *Ignaccolo-Zenide mot Romania*.

beste.¹¹⁴¹ Hennes syn kommer tydelig frem i dommen.¹¹⁴² Domstolen trakk frem at «the applicant's *view* that her father's decision to send her to Kenya for so long had been against her will and *not in her best interest*», og «applicant's *view on her right* to respect for family life» var blitt avist av myndighetene.¹¹⁴³ Myndighetene mente at foreldrene hadde rett til å bestemme over barnet i kraft av «parental rights». Til det uttalte EMD at «in respecting parental rights, the authorities cannot ignore the child's interest including its own right to respect for private and family life».¹¹⁴⁴ Det kommer frem at jentas syn var nær knyttet sammen med hennes rettigheter og interesser. Disse måtte staten respektere og sikre, uavhengig av foreldrenes handlinger.¹¹⁴⁵

Temaet som berøres i dommen fra EMD, er viktig. Det kan være at foreldre handler ut fra hva de mener er til et barns beste, for eksempel ved å sende barnet til opprinnelseslandet for å bli kjent med kulturen der. I en del tilfeller er det ikke sikkert foreldrene anser handlingen for å være til barnets beste, men heller viktig av andre grunner. Det hender foreldre blir beskyldt, direkte eller indirekte, for å påberope seg barnets interesser og sårbarhet for å fremme egne interesser.¹¹⁴⁶ Ved å vektlegge barnets mening blir det vanskelig for foreldre eller andre å påberope barnets interesser og sårbarhet til støtte for egne interesser. At barnets mening vektlegges, kan være avgjørende for at vurderingen skal gjøres ut fra *barnets interesser* og på en måte som respekterer og sikrer dets rettigheter, og ikke ut fra foreldrenes oppfatning.

Barnets mening kan også påvirke *forholdet mellom* rettighetene, interessene og momentene i vurderingen. Barn kan ha interesser som taler for forskjellige utfall av avgjørelsen. At barnets mening vektlegges, utelukker likevel ikke at det kan være behov for harmonisering. For eksempel kan barnets mening tale for at en løsning er til barnets beste, mens en annen rettighet taler for en annen løsning. Er ikke harmonisering mulig, må det foretas en avveining. Som følge av at retten til å bli hørt er av grunnleggende betydning for en rettighetsbasert tilnærming, må barnets mening også tillegges vekt ved harmonisering og en eventuell avveining mellom ulike elementer. At barnets mening vektlegges, er også i seg selv til barnets beste.¹¹⁴⁷

1141 Osman mot Danmark avsnitt 70.

1142 Osman mot Danmark avsnitt 70, 73 og 74.

1143 Osman mot Danmark avsnitt 73 og 74.

1144 Osman mot Danmark avsnitt 73.

1145 Se denne bokens kapittel 7 avsnitt 7.4.

1146 Se Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 114 og 133, Butt mot Norge avsnitt 79, Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 20, 34 og 80 om ankerbarn-argumentet og UNEs argumentasjon knyttet til ankerbarn i LB-2011-64941 og LB-2012-81191.

1147 General Comment nr. 12 avsnitt 74 og General Comment nr. 14 avsnitt 4 og 43.

Hvordan barnets mening innvirker på vektingen av barnets beste, påvirkes av de føringene barnets *rett* til å bli hørt, gir.¹¹⁴⁸ Når barnets mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med dets alder og modenhet, vil det *varierte* i hvor stor grad dets mening innvirker på vurderingen og vektingen av barnets beste. Barnekomiteen har imidlertid presisert at «[t]he fact that the child is very young or in a vulnerable situation (e.g. has a disability, belongs to a minority group, is a migrant, etc.) does not deprive him or her of the right to express his or her views, nor reduces the weight given to the child's views in determining his or her best interests».¹¹⁴⁹ Dette henger sammen med ikke-diskrimineringsretten.¹¹⁵⁰ Myndighetene er forpliktet til å sikre barnet «full participation in the assessment of their best interests».¹¹⁵¹ Et sted må likevel grensen gå. Er barnet svært ungt eller av andre grunner i liten grad i stand til å sette seg inn i spørsmålene og danne seg en mening, vil dets mening i mindre grad kunne innvirke på vurderingen, enn ellers. Selv om et barn ikke er modent nok til å forstå de mest komplekse spørsmålene, kan det likevel være andre elementer det er i stand til å si noe om. Innvirkningen på vurderingen av de ulike elementene kan da variere i en og samme sak.

Ønsker ikke barnet å uttale seg om elementene i vurderingen, blir innvirkningen fra barnets mening fraværende. Det kan da bli utfordrende å vurdere hvordan de enkelte elementene, slik som barnets interesser i å bevare sin identitet, gjør seg gjeldende. Det må likevel vurderes.

6.5 ALDER OG MODENHET

Alle under 18 år har, med unntak av noen særrettigheter for enkelte grupper barn, samme rettigheter. Barn har også en rekke felles interesser, uavhengig av deres alder. Ettersom det er forskjeller på et spedbarns, en syvårings og syttenårings behov, kan det likevel variere hvordan rettighetene og interessene gjør seg gjeldende. Dermed kan barnets alder innvirke på vurderingen og vektingen av hva som er i dets beste interesser.¹¹⁵² Barn utvikler seg ulikt. Arv, miljø og om barnet

1148 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.4.4.

1149 General Comment nr. 14 avsnitt 54.

1150 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.2 og punkt 6.6 i dette kapittelet.

1151 General Comment nr. 14 avsnitt 54.

1152 Se General Comment nr. 14 avsnitt 48 og Berisha mot Sveits avsnitt 51, Nunez mot Norge avsnitt 19 og Jeunesse mot Nederland avsnitt 118. Dane har analysert dommer fra EMD for å undersøke hvordan domstolen ser på barnets beste, blant annet i relasjon til EMK art. 8. Hun kommer til at alder er en faktor som går igjen i alle sakstypene hun har sett på («utvisning, vårdnad, faststøllande av föräldraskap, adoption, tvångsomhändertaganden samt bortföranden av barn»), Dane (2015) s. 206.

er sykt eller har nedsatt funksjonsevne, kan innvirke. Alder må derfor suppleres med modenhet.¹¹⁵³ Forskjellen fra alder er at modenhet må vurderes mer konkret. Modenhet er særlig relevant hvis barnets modenhet avviker fra hva alderen tilsier. Spørsmålet jeg behandler her, er på hvilken måte alder og modenhet kan innvirke på vurderingen og vektingen av hva som er i barnets beste interesser.

Barnekomiteen har utformet en kommentar om implementering av barns rettigheter i tidlig barndom, som retter seg mot barn *under 8 år*.¹¹⁵⁴ Her fremheves små barns sårbarhet.¹¹⁵⁵ Komiteen har også utformet en kommentar om barns rettigheter i ungdomstiden, som retter seg mot barn *fra rundt ti år* og oppover.¹¹⁵⁶ Her nevnes det at ungdomstiden er en periode karakterisert av «significant vulnerability».¹¹⁵⁷ Når komiteen nevner at barn under åtte og fra rundt ti år er sårbare, er det vanskelig å ikke stille spørsmålet: Hva med barn mellom åtte og ti år? Er det en spesielt robust alder? Barnekomiteen er tydelig på at en aldersinndeling av barn er vanskelig.¹¹⁵⁸ Å fremheve en aldersgruppe kan skygge for en annen gruppes behov. Som Van Bueren trekker frem, kan det også oppstå vilkårigheter ved å «sub-dividing childhood».¹¹⁵⁹ Med forbehold om ulike grader av modenhet kan det likevel være nyttig å fremheve enkelte særtrekk som ofte gjør seg gjeldende for eldre barn, og andre som ofte gjelder for yngre. Særtrekkene kan påvirke hvordan barnets rettigheter og interesser gjør seg gjeldende.¹¹⁶⁰

Barnekomiteen har trukket frem ungdommers behov for å bli *hørt* og at deres «evolving capacities» må tas i betraktning når det skal tas stilling til hva som er til deres beste.¹¹⁶¹ Også yngre barn har imidlertid rett til og en sterk interesse av å bli hørt. Ettersom det kommer frem allerede av ordlyden i BK art. 12 at eldre barns mening i økende grad må vektlegges, er det kanskje vel så viktig å fremheve yngre

1153 Barnekomiteen har fremhevet at «the implementation of rights should take account of children's development and their evolving capacities», Committee on the Rights of the Child's General Comment nr. 20, *on the implementation of the rights of the child during adolescence*, 6. desember 2016 avsnitt 1. Se også General Comment nr. 7 avsnitt 13, hvor barnets «evolving capacities» nevnes i forbindelse med barnets beste. Uttrykket benyttes også i andre sammenhenger av komiteen. Se også BK art. 5.

1154 General Comment nr. 7 avsnitt 4.

1155 General Comment nr. 7 blant annet i avsnitt 2 bokstav (c) og (f) og avsnitt 36.

1156 General Comment nr. 20 avsnitt 5.

1157 General Comment nr. 20 avsnitt 2.

1158 Komiteen unnlater derfor å definere hva som menes med «adolescence», General Comment nr. 20 avsnitt 5.

1159 Van Bueren (1998) s. 32 om vilkårlig oppdeling av barndom og upresise definisjoner.

1160 Å få frem slike særtrekk er noe av formålet med barnekomiteens kommentarer om implementering av unge barns rettigheter, General Comment nr. 7 avsnitt 2 (d).

1161 General Comment nr. 20 avsnitt 22.

barns rett og behov for å bli hørt. Særlig ettersom komiteen har understreket at deres rett ofte overses.¹¹⁶²

Barn har et særskilt *behov for omsorg* sammenlignet med voksne. Hvilke typer omsorg barn har behov for, kan variere med alderen. Barnekomiteen har fremhevet at barn opptil åtte år har sterke bånd til sine foreldre eller andre omsorgspersoner, og at deres trivsel, fysiske og psykiske trygghet og utvikling er avhengig av omsorgen fra disse.¹¹⁶³ Det samme gjelder likevel ofte for eldre barn, selv om behovet vil kunne være ulikt yngre barns.¹¹⁶⁴ Barns behov for omsorg fra sine foreldre eller andre hovedomsorgspersoner kan innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.¹¹⁶⁵ Spørsmålet er i hvilken grad alder og eventuelt modenhet kan påvirke vurderingen og vektingen i denne sammenheng.

Som barnekomiteen har trukket frem, har små barn dårlige forutsetninger for å forstå omstendighetene rundt en adskillelse fra foreldrene/omsorgspersoner.¹¹⁶⁶ Brutte relasjoner som følge av tvungen adskillelse er blant noe av det som har mest negative følger for små barn.¹¹⁶⁷ Også manglende modenhet kan medføre at barnet har vansker med å forstå omstendighetene rundt en adskillelse. I Nunez mot Norge var barna ett og to år da utvisningsvedtaket ble fattet, og seks og et halvt og åtte år da EMD behandlet saken.¹¹⁶⁸ I Høyesteretts behandling av saken tok annenvoterende opp barnas alder. Hun pekte at det ikke hadde «vært bevisføring om virkningene for små barn av at deres primære omsorgsperson gjennom tidlig barndom blir borte fra barnet i lengre tid».¹¹⁶⁹ Hun viste også til barnekomiteens uttalelse om unge barns sårbarhet ved adskillelse fra foreldrene.¹¹⁷⁰ Annenvoterende tilhørte mindretallet. Flertallet tok ikke opp barnas alder. Av EMD ble det vektlagt at barna ville ha problemer med å forstå begrunnelsen for adskillelse fra moren.¹¹⁷¹ Alderen, sammenholdt med andre momenter, bidro til at barna ble ansett som sårbare.¹¹⁷² Barnas alder var et av momentene som innvirket på hvor

1162 General Comment nr. 7 avsnitt 14.

1163 General Comment nr. 7 avsnitt 4, 6 (b), 8 og 16.

1164 Se for eksempel Berisha mot Sveits Dissenting Opinion of Judges Jočienė og Karakaş, avsnitt 5, hvor myndighetenes vektlegging av barnas alder kritiseres.

1165 Se punkt 6.10.4.

1166 General Comment nr. 7 avsnitt 18.

1167 General Comment nr. 7 avsnitt 18.

1168 Dommen er grundig behandlet i Søvig (2011b).

1169 Rt. 2009 s. 534 avsnitt 88.

1170 Rt. 2009 s. 534 avsnitt 88.

1171 Nunez mot Norge avsnitt 81.

1172 Nunez mot Norge avsnitt 81.

sterke interesser de hadde i at moren ikke ble utvist, og dermed på vekten av barnets beste.

I Rt. 2005 s. 229 la retten til grunn at barna på fire, åtte og ni år ville lide under en utvisning av faren, som var en viktig omsorgsperson for dem.¹¹⁷³ Barnas alder var et moment som bidro til at utvisning med to års innreiseforbud ble ansett å være uforholdsmessig.¹¹⁷⁴ I en nyere sak ble det trukket frem at utvisningen av en mor ville føre til en «tilsidesettelse av de små barnas sterke interesse i å få fortsette å vokse opp sammen med sin hovedomsorgsperson» (min utheving).¹¹⁷⁵ Barna var da fem år og tre og et halvt år gamle. Barnets beste ble ikke nevnt uttrykkelig i de to dommene. Dommene viser likevel at både før og etter at Norge ble dømt for krenkelse av EMK art. 8 i Nunez mot Norge, har Høyesterett vektlagt barnas alder i utvisningssaker. Hvorfor flertallet ikke behandlet barnas alder i Nunez-saken, er ikke klart. Måten EMD vektla det på, og de to andre dommene fra Høyesterett som her er trukket frem, viser at aldersmomentet kan være viktig og må vurderes.

Små barns behov for omsorg og vansker med å forstå omstendighetene rundt en adskillelse kan altså innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste i saker om utvisning. Behovet for omsorg er oftest mest relevant i saker hvis et av utfallene ved avgjørelsen er at barnet blir adskilt fra en hovedomsorgsperson. Det forekommer også saker om opphold på humanitært grunnlag hvor det er risiko for adskillelse. En forskjell fra utvisningssaker er at det der gjelder et innreiseforbud. I Nunez mot Norge ble det trukket frem at en adskillelse på to år var veldig lenge for barn i denne alderen.¹¹⁷⁶ Korteste innreiseforbud som kan vedtas i norske saker, er ett år, jf. utlendl. § 71 annet ledd. Hvis den som har fått avslag på opphold kan reise tilbake til Norge raskt, slik at adskillelsen blir kort, kan det innvirke på vektingen av barnets beste. Det kan imidlertid være at det heller ikke ved en ny innreise innvilges opphold. Dermed vil en adskillelse kunne bli langvarig også i oppholdssaker. Kjernen i vurderingen av barnets beste er uansett om barnet og foreldrene må få bo sammen i Norge eller ikke, og det kan ikke omgås ved at det legges til grunn at foreldrene bare kan søke om opphold på nytt.¹¹⁷⁷

Et eksempel på en sak om *opphold* hvor alder vektlegges, er Şen mot Nederland. Barnet var *ni år* da foreldrene søkte om familiegjenforening med henne. Hennes alder ble vektlagt som et moment for at staten hadde en forpliktelse til å innvilge

1173 Rt. 2005 s. 229 avsnitt 49–50.

1174 Rt. 2005 s. 229 avsnitt 55.

1175 Rt. 2011 s. 948 avsnitt 63.

1176 Nunez mot Norge avsnitt 81.

1177 Se for eksempel Jeunesse mot Nederland.

søknaden.¹¹⁷⁸ I Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland var jenta 15 år, altså en del eldre. I saken tok EMD opp at hennes alder «constitutes such a material difference that the present case ought, for that reason, to be distinguished from Şen, and lead to a different outcome».¹¹⁷⁹ Domstolen kom til at den 15 år gamle jenta var mer avhengig av moren nå, enn tidligere. Dette skyldtes at bestemoren, i tråd med tradisjonen i hjemlandet, hadde tatt jenta ut av skolen, og at hun var kommet i den alderen hvor hun kunne bli giftet bort.¹¹⁸⁰ Hvis jenta ikke fikk opphold, kunne ikke moren forhindre at hun ble giftet bort. Alderen tilsa dermed ikke et annet resultat enn i Şen.¹¹⁸¹ Alderen tilsa at hun hadde behov for den beskyttelsen hennes mor kunne gi henne.

I saker hvor det ikke er et mulig utfall at barnet vil bli adskilt fra sine foreldre eller andre omsorgspersoner, er det ikke relevant om barnets alder eller modenhet gjør det sårbart for en adskillelse. Det er andre typer rettigheter, interesser og momenter som er sentrale i vurderingen og vektingen av barnets beste. Alder og modenhet kan også innvirke på retten til *privatliv* og å *ivareta sin identitet* og en del av de interessene disse rettighetene skal ivareta.

I Jeunesse mot Nederland uttalte EMD at barnas «relatively young age» var med på å gjøre at «there would appear to be no insurmountable obstacles for them to settle in Suriname».¹¹⁸² Barna var da 13, 8 og 3 år. Alder ble brukt som et argument for at det ikke var umulig for barna å følge med moren hvis hun fikk avslag på opphold. I Üner mot Nederland uttalte EMD at barna «were still very young – six and one and a half years old respectively – and thus of an adaptable age».¹¹⁸³ I Omojudi mot Storbritannia la domstolen til grunn at to av klagerens barn på rundt 16 og 17 år *ikke* var i en «adaptable age and would likely encounter significant difficulties if they were to relocate to Nigeria».¹¹⁸⁴ Yngre barn anses altså å være mer *tilpasningsdyktige* hvis de må følge med en forelder, enn eldre. Når barnets alder tilsier at det er lite tilpasningsdyktig, er ikke klart. Barn på 13 år som har bodd hele sitt liv i et

1178 EMDs dom 21. desember 2001, *Şen mot Nederland* avsnitt 10, 13 og 40.

1179 Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 48.

1180 Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 50. Se også punkt 6.8, hvor skadelig praksis, og herunder barneekteskap, behandles, og punkt 6.9.4 om barns rett og interesse i utdanning.

1181 Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 50.

1182 Jeunesse mot Nederland avsnitt 117.

1183 Üner mot Nederland avsnitt 64. Se også Darren Omoregie med flere mot Norge avsnitt 66 og Dane (2015) s. 209.

1184 EMDs dom 24. november 2009 *Omojudi mot Storbritannia* avsnitt 46. Barna ble født i oktober 1991 og september 1992. Da EMD avsa dom, 24. november 2009, var de altså akkurat fylt 17 og 18 år. Det står ikke hvor gamle de var da saken ble behandlet, men ettersom det vanligvis tar noe tid fra domsbehandling til domsavsigelse, er det nærliggende å legge til grunn at deres alder må ha vært 16 og 17 år da saken ble behandlet.

land, slik som i Jeunesse mot Nederland, har vanligvis etablert relasjoner til andre enn foreldrene, snakker språket og formet sin identitet.¹¹⁸⁵ Det vil også kunne gjelde yngre barn. Allerede i løpet av de første leveårene kan grunnlaget for barns kulturelle og personlige identitet legges.¹¹⁸⁶ Landet de bor i, kan derfor ha innflytelse lenge før skolealder. Uten en nærmere vurdering av andre momenter kan alder alene gi et ufullstendig bilde av hvor tilpasningsdyktig barnet er.

I utlendingsforskriften trekkes det en parallell mellom barnets *alder* og *tilknytning* til Norge. Av § 8-5 første ledd annet punktum følger det at «lengden av barnets opphold, sammenholdt med barnets alder, skal være et grunnleggende hensyn». Ordlyden ser ut å legge opp til en vurdering som tar *utgangspunkt* i lengden på opphold og alder.¹¹⁸⁷ Hva som tjener barnets interesser best, fremgår ikke direkte som et vurderingstema, men i sjettede ledd står det at et avslag må være «forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste». Et rundskriv følger opp med en skjematisk vurdering, hvor oppholdstid på om lag 4,5 år og at barnet har gått minst ett år på skole, anses å gi tilstrekkelig tilknytning for å få opphold.¹¹⁸⁸ Alder gis altså stor betydning. Dette kan forklares med at forskriftsbestemmelsen ble til etter mye fokus på saker hvor barn hadde vært i Norge i flere år, uten lovlig opphold. Det er positivt at bestemmelsen får frem at barn kan ha så sterk tilknytning til Norge at de må gis opphold, og at barnets alder her kan ha betydning. Det er imidlertid uheldig at det ikke kommer tydeligere frem at vurdering av hva som er til barnets beste, må foretas konkret, og at alder kun er ett av flere momenter som kan ha betydning for tyngden av barnets interesser.

Alder kan altså innvirke på om barnet må anses som sårbart, dets omsorgsbehov og på tilpasningsdyktighet og tilknytning. Det samme kan modenhet. Alder og

1185 Språk og skolegang har også blitt vektlagt av EMD i vurderingen av om barnet kan følge med sine foreldre ut av landet, se punkt 6.7 og 6.9.4.

1186 Se General Comment nr. 7 avsnitt 6 (e).

1187 Bestemmelsen er litt kronglete formulert ved at den er ment å regulere vurderingen av sterke menneskelige hensyn i saker som berører barn, og da hovedsakelig tilknytningen til riket ut fra ordlyden i første ledd. Samtidig skal den regulere vurderingen og vektleggingen av barnets beste, men dette kommer ikke tydelig frem av ordlyden. At den regulerer vurderingen og vektleggingen, må utledes av formålet med bestemmelsen, de momentene den angir at skal vektlegges, og av ordlyden i § 38 tredje ledd, jf. første ledd.

1188 Justis- og beredskapsdepartementets rundskriv, *Ikraftttredelse av endringer i utlendingsforskriften – varig ordning for lengeværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn*, 8. desember 2014, (G-06/2014) avsnitt 1.2. Det er også presisert at «yngre» barn anses å ha mest tilknytning til sin familie, mens «eldre» barn i større grad har et nettverk utenfor familien, «gjennom barnehage, skolegang, fritidsaktiviteter etc.». Se også plenumsdom III, hvor førstvoterende viser til at det etter praksis er et alminnelig utgangspunkt at oppholdstid på fire og et halvt år og ett års skolegang tilsier en tilknytning som kan gi opphold etter § 38, Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 186.

modenhet kan også innvirke på hvilke andre interesser barnet har, og hvor tungtveiende de er. Eksempelvis kan alder og modenhet innvirke på hva som er en adekvat levestandard for barnet, behovet for vern mot skadelige skikker og om behovet for ulike typer helsehjelp gjør seg gjeldende. Disse interessene behandles nærmere i punktene under. Ved at barnets alder og modenhet innvirker på dets interesser, innvirker det også på vurderingen og vektingen av barnets beste. Betydningen av alder og modenhet må imidlertid ikke overdrives. Vurderingen av barnets beste må gjøres konkret, og det må også tas i betraktning andre relevante forhold knyttet til det berørte barnet.

6.6 RISIKO FOR Å BLI DISKRIMINERT

Alle barn har rett til å få sine rettigheter respektert og sikret, uten diskriminering.¹¹⁸⁹ Her behandler jeg hvordan risikoen for å bli diskriminert kan innvirke på vurderingen og vektingen av hva som er i barnets beste interesser.

Risikoen for å bli diskriminert kan vanskelig elimineres helt. I likhet med i andre land forekommer det diskriminering i Norge.¹¹⁹⁰ I sin avsluttende merknad til Norge fra 2018 har barnekomiteen blant annet uttrykt bekymring for at barn «with an immigrant background are exposed to discrimination and often face difficulties at school, which teaching staff are insufficiently trained to address».¹¹⁹¹ Karakteren av den diskrimineringen som risikeres i en del andre land, har imidlertid en mer *alvorlig* og *omfattende karakter*. Med det siktes det til at diskrimineringen ofte fører til at det gripes inn i grunnleggende rettigheter, og at den har stor innvirkning på barnets helhetlige utvikling, og i noen tilfeller også liv og overlevelse.¹¹⁹² Ut fra barnekomiteens avsluttende merknader til Afghanistan, Iran, Irak, Nigeria, Pakistan og Tyrkia er *jenter* særlig utsatt for alvorlig diskriminering.¹¹⁹³ At jenter ikke har samme mulighet til å nyte godt av sin rett til utdanning som gutter, går igjen i disse landene. I Pakistan er det høyere spedbarnsdødelighet blant jenter, de risike-

1189 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.2.

1190 Se CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 11–12. Komiteen har kommet med flere anbefalinger i den forbindelse.

1191 CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 11. Komiteen har også trukket frem at jenter noen ganger er «represented in an oversexualized and objectifying manner in the media», og at barn som ikke passer inn i «gender stereotypes», er «subjected to discrimination, bullying and intimidation, and violence», CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 11.

1192 Se for eksempel CEDAW/C/AFG/CO/1-2 avsnitt 22–26.

1193 CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 25, CRC/C/IRN/CO/3-4 avsnitt 29, CRC/C/IRQ/CO/2-4 avsnitt 17, CRC/C/NGA/CO/3-4 avsnitt 28, CRC/C/PAK/CO/5 avsnitt 18, 22 og 27 og CRC/C/TUR/CO/2-3 avsnitt 28.

rer å bli giftet bort og utsatt for vold, seksuelle overgrep og drap begrunnet i ære.¹¹⁹⁴ Slike drap forekommer også i Afghanistan, Irak, Tyrkia og Iran.¹¹⁹⁵ I Irak hender det at jenter blir presset til å begå selvmord.¹¹⁹⁶ Risikoen for slike alvorlige former for diskriminering kan medføre at flere andre rettigheter enn barnets beste kommer til anvendelse og stenger for et avslag eller en utvisning.

Barnekomiteen har trukket frem at diskriminering av jenter «is a serious violation of rights, affecting their survival and all areas of their young lives as well as restricting their capacity to contribute positively to society».¹¹⁹⁷ Det utdypes på følgende måte:

They may be victims of selective abortion, genital mutilation, neglect and infanticide, including through inadequate feeding in infancy. They may be expected to undertake excessive family responsibilities and deprived of opportunities to participate in early childhood and primary education.¹¹⁹⁸

Slik diskriminering kan altså gi en risiko for barns liv, overlevelse og helhetlige utvikling. Hvis barnet ved en utsending står i en reell fare for å bli utsatt for diskriminering som griper inn i rettigheter som faller inn under utlendl. § 28 første ledd bokstav b, blir det ikke rom for en avveining mot statens interesser.¹¹⁹⁹ Det samme gjelder hvis diskrimineringen må regnes som forfølgelse etter § 28 første ledd bokstav a. At diskriminering i noen tilfeller gir rett til opphold og vern mot utvisning, er nødvendig for å ivareta sikringsplikten i BK art. 2, GrL. § 92 og EMK art. 1.¹²⁰⁰ Risiko for diskriminering av mindre alvorlig karakter som ikke alene gir rett til opphold, eller risiko som ikke er stor nok til å falle inn under retten til opphold og vernet mot utvisning i §§ 28 første ledd og 73, må inngå som et tungtveiende element i vurderingen og vektingen av barnets beste i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. At risikoen for diskriminering som hovedregel må være tungtveiende, skyldes at diskriminering innebærer en negativ påvirkning på barnets rettighetsvernede interesser.¹²⁰¹

1194 CRC/C/PAK/CO/5 avsnitt 18, 22 og 27.

1195 CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 55, CRC/C/IRQ/CO/2-4 avsnitt 25 CRC/C/TUR/CO/2-3 avsnitt 32 og CRC/C/IRN/CO/3-4 avsnitt 37.

1196 CRC/C/IRQ/CO/2-4 avsnitt 25.

1197 General Comment nr. 7 avsnitt 11 bokstav (b) punkt (i).

1198 General Comment nr. 7 avsnitt 11 bokstav (b) punkt (i).

1199 Se punkt 6.8.

1200 Se utlendl. § 28 første ledd bokstav b, som gjelder ved en reell fare for de mest alvorlige typene handlinger.

1201 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.2.2.

Plenumsdom III gjaldt gyldighet av vedtak om avslag på opphold etter utlendl. §§ 28 og 38. I Afghanistan, hvor familien kom fra, risikerer jenter å bli utsatt for alvorlig diskriminering.¹²⁰² Av UNE var det kort bemerket at barna var jenter.¹²⁰³ Førstvoterende, som tilhørte flertallet i Høyesterett, mente dette ikke hadde betydning for om internflukt var urimelig.¹²⁰⁴ Videre nevnte han at familien ikke hadde «trekt fram særlege omstende ved D sin situasjon, som var annleis enn det som vil måtte gjelde for alle små jenter i Kabul».¹²⁰⁵ I en vurdering og vekting av hva som er i barnets beste interesse, kan det imidlertid ikke ses bort fra rettigheter eller interesser som er relevante fordi mange vil være i samme situasjon. Det må tas utgangspunktet i risikoen i den konkrete saken og hvilke interesser som kan bli skadelidt. Jo høyere risikoen er for det berørte barnet, jo mer tungtveiende må det være i vurderingen og vektingen. Barnekomiteen har fremhevet at ikke-diskrimineringsretten «when properly understood, does not prevent, but may indeed call for, differentiation on the basis of different protection needs such as those deriving from age and/or gender».¹²⁰⁶ Alder og kjønn, og andre risikofaktorer, kan gjøre at hva som er i barnets beste interesse, blir meget tungtveiende.

Barnekomiteen har også trukket frem at *unge barn* «are especially at risk of discrimination because they are relatively powerless and depend on others for the realization of their rights».¹²⁰⁷ Lav alder kan dermed innvirke på hvor tungtveiende barnets interesser er, og følgelig på vurderingen og vektingen av barnets beste. Komiteen har imidlertid også trukket frem at *ungdomstiden* kan være «a source of discrimination».¹²⁰⁸ At både små barn og ungdom er trukket frem, kan forklares med at risiko for diskriminering kan foreligge for alle aldersgrupper, men at ulike typer diskrimineringsgrunnlag kan være relevante. Interessene som blir skadelidt, kan også variere ut fra alder. Det samme kan barnets sårbarhet.

Diskriminering som følge av *nasjonalitet* og *språk* er uttrykkelig nevnt i BK art. 2 nr. 1 og kan være relevant i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvis-

1202 Som nevnt i Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 254. Se for øvrig CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 25 om kjønnsdiskriminering. Her legges det til grunn at det forekommer fra jenters «earliest stages of life, and through their childhood». Se også CEDAW/C/AFG/CO/1-2, som viser at landet har massive problemer, og at dette i høy grad berører barn. Det gjelder først og fremst jenter, men også gutter, se CAT/C/AFG/CO/2 avsnitt 35 og 36 (b).

1203 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 174.

1204 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 174.

1205 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 176.

1206 General Comment nr. 6 avsnitt 18. Se også General Comment nr. 3/22 avsnitt 21–26 om ikke-diskrimineringsretten.

1207 General Comment nr. 7 avsnitt 11 (a).

1208 General Comment nr. 20 avsnitt 21, hvor dette utdypes noe mer.

ning. Blant andre diskrimineringsgrunnlag kan nevnes *statsborgerskap, oppholdsstatus, etnisitet og seksualitet*.¹²⁰⁹ I den avsluttende kommentaren til Tyrkia nevnes diskriminering av barn av kurdisk opprinnelse, barn med *nedsatt funksjonsevne og asylsøkende barn*.¹²¹⁰ Diskriminering av barn med nedsatt funksjonsevne ser ut til å være utbredt og alvorlig i flere av landene som ofte er representert i oppholds- og utvisningssaker.¹²¹¹

I noen saker kan det være at risikoen for diskriminering ikke er høy for barnet, selv om risikoen i landet generelt er høy, for eksempel hvis foreldrene kan sørge for at barnet ikke blir diskriminert. I land hvor det er systematisk diskriminering, for eksempel med sharialovgivning og/eller hvor de som begår overgrep, utøver vold og drap, i praksis kan gå fri, kan det imidlertid være vanskelig for foreldre, særlig for enslige mødre, å beskytte barnet.¹²¹² Dermed kan det ikke uten videre legges til grunn at foreldre kan beskytte barnet.¹²¹³

6.7 TILKNYTNING

Barn har flere rettigheter som skal ivareta dets sterke interesse i å opprettholde relasjoner, ivareta sin identitet og respektere dets tilknytning til land og lokalsamfunn.¹²¹⁴ Ettersom det overordnede spørsmålet i de to sakstypene som her behandles, er om barnet og/eller dets foreldre må forlate landet, er de interessene som henger sammen med barnets tilknytning til Norge og opprinnelseslandet til barnet/familien, særlig interessant. Tilknytning omfatter i denne sammenheng også de bånd barnet har knyttet til andre personer enn familien.

1209 Statsborgerskap som diskrimineringsgrunnlag er diskutert i forarbeidene til GrL. § 98, se Dok. 16 (2011–2012) s. 142. Ulike diskrimineringsgrunnlag, herunder etnisitet, er nærmere drøftet på s. 150. I denne boken legges det til grunn at uttrykket etnisitet omfatter nasjonal eller etnisk opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk, se Dok. 16 (2011–2012) s. 150. Se også Heyerdahl (2020) s. 43–50 om ulike diskrimineringsgrunnlag. Om diskriminering av barn med nedsatt funksjonsevne, se barnekomiteens uttalelse i General Comment nr. 7 avsnitt 11 bokstav (b) punkt (ii) og i Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 9, *The rights of children with disabilities*, 27. februar 2007 særlig avsnitt 8–10.

1210 CRC/C/TUR/CO/2-3 avsnitt 28.

1211 Se barnekomiteens avsluttende merknader til Nigeria, Irak og Pakistan CRC/C/NGA/CO/3-4 avsnitt 28, CRC/C/IRQ/CO/2-4 avsnitt 58 og CRC/C/PAK/CO/5 avsnitt 45.

1212 Se for eksempel barnekomiteens avsluttende kommentar til Iran, CRC/C/IRN/CO/3-4 avsnitt 57, hvor det fremkommer at seksuelle overgrep mot barn ikke er kriminalisert, og kvinner og jenter er forpliktet til å tilfredsstillere sin manns seksuelle behov til enhver tid. Se samme merknad avsnitt 37 om straff ved drap begrunnet i ære.

1213 Se punkt 6.8, hvor tematikken berøres noe nærmere.

1214 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.3, EMK art. 8 og BK art. 8 og 16.

Barnekomiteen har uttalt at «[a] determination of what is in the best interests of the child requires a clear and comprehensive assessment of the child's identity, including her or his nationality, upbringing, ethnic, cultural and linguistic background [...]».¹²¹⁵ Uttalelsen gjelder enslige barn som søker opphold, men er av en slik karakter at de også er relevant for andre.¹²¹⁶ Momentene i uttalelsen påvirkes av barnets *tilknytning* til de relevante landene. Momentene springer ut av barnets rettigheter og sterke interesser og gir en tilknytningsvurdering som tar utgangspunkt i individuelle forhold knyttet til det berørte barnet, i tråd med det generelle utgangspunktet for vurderingen av hva som er i et barns beste interesser.

At barnets tilknytning til Norge er sentralt for om opphold skal innvilges eller utvisning skal vedtas, kommer frem av ordlyden i utlendl. §§ 38 og 70. En sterk tilknytning til opprinnelseslandet kan svekke interessen for å bli i Norge og er følgelig også relevant. Dette støttes av uttalelser i forarbeidene.¹²¹⁷ I forarbeidene nevnes også enkelte andre momenter av betydning for vurderingen av tilknytningen, herunder «grunnlag og status for tidligere opphold i Norge, botid i Norge, tilknytning ved avstamning, slekt, arbeid mv.».¹²¹⁸ Etersom EMD skiller mellom «settled migrants» og andre utlendinger, vektlegger også domstolen grunnlaget for tidligere opphold.¹²¹⁹ Skal *grunnlaget for tidligere opphold* være relevant i vurderingen og vektingen av barnets beste, må det imidlertid være av betydning for hva som er i det berørte barnets beste interesser. Barnets *faktiske tilknytning* er normalt av langt større betydning for hva som er i dets beste interesser, enn det formelle grunnlaget for opphold. Dette kommer i noen grad frem av utlendingsforskriften § 8-5, hvor det er presisert at lengden på barnets opphold skal være et grunnleggende hensyn. Jo lengre oppholdstid i Norge, jo sterkere blir vanligvis barnets identitet formet av forholdene i landet. Både lovlig og ulovlig opphold kan ha betydning for tilknytningen og må følgelig telle med når tidsmomentet skal vurderes.¹²²⁰ Noe annet er at den faktiske tilknytningen kan påvirkes av graden av integrering i samfunnet, og integreringen kan igjen påvirkes av grunnlaget for oppholdet. Utover denne mer indirekte påvirkningen må grunnlag og status for tidligere opphold trekkes inn og vektlegges som en del av statens interesser.

1215 General Comment nr. 6 avsnitt 20.

1216 Se punkt 6.11.3 om enslige barn som søker opphold eller står i fare for å bli utvist.

1217 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 158.

1218 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 158.

1219 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.4.

1220 Slik det følger av EMDs praksis hvor også ikke «settled migrants» kan ha en så sterk tilknytning til riket at EMK art. 8 krenkes ved en utsendelse, se for eksempel Butt mot Norge. Se også annenvoterendes grundige behandling av temaet i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 193–195, 199 og 208.

Hvilke *språk* barnet snakker, kan ha betydning for barnets interesser og herunder dets tilknytning.¹²²¹ At barnet ikke kan språket i landet foreldrene er utvist til, har blitt trukket frem av EMD som et moment som gjør det vanskelig for barna å følge med forelderens.¹²²² Høyesterett har også vektlagt det at barnet kun snakker norsk, som et moment som gjør det urealistisk at det vil følge med forelderens.¹²²³ Jo lenger barnet oppholder seg i Norge, jo mer befestet blir normalt språket, og å kunne språket åpner for ytterligere tilknytning til landet, lokalsamfunnet og andre personer enn familien og påvirkning fra kulturen. Hvor lang tid det tar å lære et nytt språk, kan variere fra barn til barn.

I Berisha mot Sveits var problemstillingen om et avslag på opphold for tre barn krenket retten til familieliv. Foreldrene hadde opphold i Sveits. Da EMD behandlet saken, var barna henholdsvis nitten, sytten og ti år. De hadde bodd om lag fire år i Sveits.¹²²⁴ Domstolen la til grunn at «they must still have solid social and linguistic ties to their home country where they grew up and went to school for many years».¹²²⁵ Uttalelsen om skolen må ha vært rett mot de to eldste barna. Barnet på ti år kan bare ha vært rundt seks år da hun kom til Sveits, og hadde neppe gått mange år på skole før det. Domstolen trakk også frem at perioden de hadde vært i Sveits, ikke var «long enough for them to have completely lost their ties with their country of origin».¹²²⁶ Det er nok riktig at fire år ikke er så lenge at båndene til opprinnelseslandet er helt brutt, men her kan nok alder og hvor sterk tilknytning som i utgangspunktet forelå, ha mye å si. Dommer viser imidlertid at språk også kan vektlegges som et moment for at barnet fremdeles har sterk tilknytning til opprinnelseslandet.

Som nevnt i kapittel fem omfatter retten til privatliv også *tilknytning til personer*. Av utlendingsforskriften § 8-5 første ledd bokstav d følger det at «barnets tilknytning til familie, venner og nærmiljø i Norge og i hjemlandet» skal vektlegges. Forhold på skolen og i barnehagen, venner og fritidsaktiviteter kan påvirke tilknytning

1221 Barnekomiteen har som nevnt innledningsvis trukket frem barnets «linguistic background» som relevant i en vurdering av hva som er til dets beste. I utlendingsforskriften § 8-5 første ledd bokstav b er «hvilke språk barnet snakker» nevnt som et moment som skal vektlegges i vurderingen av sterke menneskelige hensyn i saker som berører barn.

1222 Se for eksempel EMDs dom 31. januar 2006, *Sezen mot Nederland* avsnitt 46–47, hvor domstolen presiserte at barna snakker nederlandsk og kurdisk, ikke tyrkisk. I dommen trekkes også barnas kulturelle tilhørighet til Nederland frem, avsnitt 47. Se også EMDs dom 6. desember 2007, *Chair og J.B mot Tyskland* avsnitt 66 og denne bokens punkt 8.9.4 om utdanning.

1223 Rt. 2005 s. 229 avsnitt 47 og Rt. 2011 s. 948 avsnitt 55.

1224 Ytterligere ett ble barn født i Sveits.

1225 Berisha mot Sveits avsnitt 60.

1226 Berisha mot Sveits avsnitt 60.

gen. Komiteen har presisert at «[a]s they move through their second decade, children begin to explore and forge their own individual and community identities on the basis of a complex interaction with their own family and cultural history, and experience the creation of an emergent sense of self».¹²²⁷ Igjen er altså alder av betydning. Fordi barnets identitet også formes i løpet av de første leveårene, sikter nok komiteen til at barnet blir mer bevisst og aktivt i utviklingen av sin identitet med alderen.¹²²⁸ Samtidig er foreldre eller andre hovedomsorgspersoner viktige for barnets utvikling av sin identitet, særlig i de tidlige leveårene.¹²²⁹ Dermed kan det likevel være at tilknytningen til landet først for alvor skyter fart etter at barnet har blitt noe eldre. Det vil nok kunne avhenge noe av hvor sterk tilknytning barnets omsorgspersoner har til landet.

Barnets *statsborgerskap* har betydning for dets identitet. Statsborgerskap har vært definert som «det rettslige båndet mellom en person og en stat».¹²³⁰ Som det fremgår av Maria-dommen, hvor det vises til utlendl. § 69, Grl. § 106, EMK protokoll 4 art. 3, BK art. 7 og 8, er statsborgerskap viktig for barn, i likhet med for voksne.¹²³¹ Når barn har fått innvilget norsk statsborgerskap, er det fordi det har noen faktiske bånd, altså tilknytning til Norge, som gir utslag i en rettslig formalisering av disse. Statsborgerskap kan samtidig bidra til ytterligere tilhørighet og at barnet identitet fortsettes å formes av kulturen og verdiene. I Maria-dommen uttales det at statsborgerskap utgjør «et grunnleggende rettslig, sosialt og psykologisk bånd, som kan være av avgjørende betydning for et menneskes identitet og utvikling gjennom hele livet, fra fødsel til død».¹²³² Her knyttes statsborgerskap nær opp til barnets identitet, i tråd med det som kommer til uttrykk i BK art. 8 nr. 1. Om barnet uttalte førstvoterende at:

Som andre norske barn har hun rett til å utvikle sin norske identitet – språklig, kulturelt, sosialt og følelsesmessig. B har i det hele, som norsk statsborger, rett til å få nyte godt av å vokse opp og etter hvert virke i det norske samfunnet, med alt hva det innebærer av muligheter og tilgang til sosialt sikkerhetsnett, velferds- og helsetilbud. Utvisningsvedtaket vil i realiteten avskjære B fra alt dette i minimum fem identitetsformende år, i praksis kanskje for alltid.¹²³³

1227 General Comment nr. 20 avsnitt 10.

1228 Det støttes av at komiteen trekker frem hvordan barn ofte gir uttrykk for denne utviklingen, General Comment nr. 20 avsnitt 10.

1229 General Comment nr. 7 avsnitt 16 om små barn.

1230 Ot.prp. nr. 41 (2004–2005) s. 21.

1231 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 75.

1232 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 76.

1233 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 77.

Barnet var ved domstolsbehandlingen fem år. Som Høyesterett trekker frem, ville nok de neste fem årene bli viktige for utviklingen av hennes identitet. Her kommer altså alder igjen inn. I tillegg rettes oppmerksomheten fremover. Statsborgerskapet gir barnet en rett til å fortsette å *utvikle* sin norske identitet.

Selv om statsborgerskapet gir en rett til å oppholde seg i Norge, trenger ikke det at barnets forelder utvises eller gis avslag på opphold, å komme direkte i konflikt med barnets rett. Maria-dommen viser imidlertid at de interessene statsborgerskapet hviler på, likevel vil være sentrale i en vurdering og vektning av barnets beste. Disse interessene vil ofte tale for at det beste for barnet er få bli i Norge.¹²³⁴ Det Høyesterett gir uttrykk for i Maria-dommen, er i tråd med hva barnekomiteen har trukket frem om barn under åtte år. Komiteen har uttalt at «[y]oung children's earliest years are the foundation for their physical and mental health, emotional security, cultural and personal identity, and developing competencies».¹²³⁵ Som nevnt i punktet om alder og modenhet ble barnas alder i Jeunesse mot Nederland vektlagt til støtte for at det ikke ville være «insurmountable obstacles» for familien å bosette seg i Surinam.¹²³⁶ Barnekomiteens uttalelse tyder på at i alle fall det eldste barnet sannsynligvis hadde fått formet og utviklet sin identitet i Nederland. Også EMD var inne på at barna nok ville opplevd «a degree of hardship» hvis de ble tvunget til å flytte.¹²³⁷ I tillegg vektla EMD at både barna og faren var nederlandske statsborgere.¹²³⁸ Samlet var derfor vurderingen av barnas alder og tilknytning egnet til å fange opp barnas behov i å få ivaretatt og utviklet sin identitet.

En tilknytningsvurdering kan være nokså kompleks. En rekke interesser og momenter kan etter omstendighetene være relevante i vurderingen. Tilknytningsvurderingen må fange opp, ivareta og suppleres av retten til privatliv, identitet og statsborgerskap og de øvrige interessene barnet har i å bli i Norge.¹²³⁹ I denne sammenhengen kan, som jeg her har vært inne på, blant annet alder, språk og lengde på opphold være sentrale momenter for hvordan barnets rettigheter og interesser gjør seg gjeldende.

1234 Se Rt. 2015 s. 93 avsnitt 50–53 og 70, 75–77.

1235 General Comment nr. 7 avsnitt 6 bokstav (e).

1236 Se for eksempel Jeunesse mot Nederland avsnitt 117.

1237 Jeunesse mot Nederland avsnitt 117.

1238 Jeunesse mot Nederland avsnitt 119.

1239 Slik barnekomiteen også fremhever i General Comment nr. 14 avsnitt 55.

6.8 SKADELIGE SKIKKER

Kulturell tilhørighet er en viktig del av barnets identitet. Det finnes imidlertid enkelte typer kulturelle, religiøse og/eller tradisjonelle skikker som aldri er til barnets beste, og som barnet må vernes mot, såkalt «harmful practices».¹²⁴⁰ Slike skikker er blant annet «[f]emale genital mutilation», «[a]mputations, binding, scarring, burning and branding» og «[f]orced marriage and early marriage».¹²⁴¹ En del skadelige skikker er skadelige både for barnets helhetlige utvikling og for dets liv og overlevelse.¹²⁴² Statene er forpliktet til å treffe alle tiltak for å avskaffe skadelige skikker, jf. BK art. 24 nr. 3. Av GrL § 104 tredje ledd første setning følger det at barn har rett til vern av sin «personlige integritet». Ordlyden er vid nok til å romme både psykisk og fysisk integritet. Forarbeidene til grunnlovsbestemmelsen viser til straffelovens bestemmelser og til barnelova § 30 tredje ledd, som slår fast at barnet ikke må bli utsatt for vold som skader dets psykiske eller fysiske helse.¹²⁴³ Barnet er altså beskyttet gjennom lovgivning.¹²⁴⁴ I tillegg er det i Norge ikke tradisjon for den typen skikker som er nevnt ovenfor. Problemet oppstår hvis barnet risikerer å bli utsatt for skadelige skikker utenfor Norge. Spørsmålet jeg behandler her, er hvordan en slik risiko innvirker på vurderingen og vektingen av barnets beste.

Det er to faktorer som er av vesentlig betydning for hvordan en risiko for at barnet vil bli utsatt for skadelige skikker, innvirker på barnets beste. For det første hvilke handlinger og alvorlighetsgraden av de handlingene det er risiko for at barnet blir utsatt for. For det andre hvor stor risiko det er for at barnet blir utsatt for disse handlingene.

Til den første faktoren blir det et spørsmål om hva som omfattes av skadelige skikker. Innledningsvis har jeg nevnt noen typer. I en felles kommentar har kvinnekommisjonen og barnekomiteen beskrevet skadelige skikker slik:

1240 General Comment nr. 14 avsnitt 57. Barnekomiteen har kommet med en ikke-uttømmende liste over skadelig praksis i General Comment nr. 13 avsnitt 29 og har, sammen med komiteen for å avskaffe diskriminering av kvinner, kommet med en egen kommentar om skadelig praksis, Committee on the Elimination of Discrimination against Women og Committee on the Rights of the Child nr. 31/18, *Joint general recommendation on harmful practices*, 14. november 2014. I den sistnevnte kommentarens avsnitt 15–16 behandles kriteriene for å avgjøre om en praksis er skadelig. Se også Freeman (2007b) s. 33–40 for en grundig diskusjon om kultur og barnets beste.

1241 General Comment nr. 13 avsnitt 29 (b), (c) og (e), General Comment nr. 31/18 avsnitt 19 og Freeman (2007b) s. 35.

1242 Nowak (2005) s. 31.

1243 Dok. 16 (2011–2012) s. 193.

1244 Se også Ragnhild Hennum, «Retten til beskyttelse mot vold overgrep og utnyttelse» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utgave, Oslo 2020 s. 367–396 (s. 372–379) om hvordan retten til vern mot omsorgssvikt og overgrep etter BK art. 19 er ivarettatt i norsk rett.

Harmful practices are persistent practices and forms of behaviour that are grounded in discrimination on the basis of, among other things, sex, gender and age, in addition to multiple and/or intersecting forms of discrimination that often involve violence and cause physical and/or psychological harm or suffering. The harm that such practices cause to the victims surpasses the immediate physical and mental consequences and often has the purpose or effect of impairing the recognition, enjoyment and exercise of the human rights and fundamental freedoms of women and children. There is also a negative impact on their dignity, physical, psychosocial and moral integrity and development, participation, health, education and economic and social status.¹²⁴⁵

Av beskrivelsen kommer det frem at skadelige skikker kan ha en meget alvorlig karakter.

I flere land som ofte er representert i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, forekommer det ulike former for skadelige skikker. I sin siste avsluttende merknad til Iran uttrykte barnekomiteen bekymring for at «although female genital mutilation is criminalized by article 663 of the Islamic Penal Code, it continues to be performed on large numbers of girls» i en rekke områder av landet.¹²⁴⁶ Også i Irak er dette et problem, selv om det er forbudt.¹²⁴⁷ Barneekteskap er et stort problem i Afghanistan, og det har en rekke meget alvorlige følger for barn.¹²⁴⁸ Det er også et problem i Iran, Irak, Nigeria, Pakistan og Tyrkia.¹²⁴⁹

Flere typer skadelige skikker innbefatter vold. Dersom barnet risikerer å bli utsatt for vold, truende og/eller intimiderende atferd hvis det må forlate Norge, taler det naturlig nok for at det ikke er til dets beste. Vold mot barn forekommer dessverre i alle land, men i noen land er forekomsten langt høyere enn i andre.¹²⁵⁰ I en del tilfeller er det statens myndigheter som utgjør trusselen, eller myndighetene viser liten vilje til å forhindre volden.¹²⁵¹

En rekke rettigheter skal ivareta barnets sterke interesser i å ikke bli utsatt for skadelig praksis. I BK art. 19 er det også slått fast at staten skal «take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent

1245 General Comment nr. 31/18 avsnitt 15.

1246 CRC/C/IRN/CO/3-4 avsnitt 59.

1247 CRC/C/IRQ/CO/2-4 avsnitt 46.

1248 CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 55, CEDAW/C/AFG/CO/1-2 avsnitt 22 og CAT/C/AFG/CO/2 35.

1249 CRC/C/IRN/CO/3-4 avsnitt 59, CRC/C/IRQ/CO/2-4 avsnitt 48, CRC/C/NGA/CO/3-4 avsnitt 65, CRC/C/PAK/CO/5 avsnitt 38 og CRC/C/TUR/CO/2-3 avsnitt 56.

1250 Se for eksempel barnekomiteens uttalelse i CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 39–40.

1251 Se for eksempel barnekomiteens uttalelse i CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 35.

treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse». Slik handlinger er skadelige for barnets helhetlige utvikling og åpenbart ikke til dets beste.¹²⁵² Retten til privatliv etter EMK art. 8 omfatter en rett til fysisk og psykologisk integritet.¹²⁵³ Alvorlige krenkelser eller unnlatelse av å sikre en persons fysiske og psykiske integritet kan også falle inn under BK art. 37a, Grl. § 97, EMK art. 3, og SP art. 7.¹²⁵⁴ Som nevnt er også Grl. § 104 tredje ledd av betydning.

Fordi handlinger som omfattes av skadelige skikker griper inn i rettigheter og skader interesser som er viktige for barnets helhetlige utvikling, og i noen tilfeller liv og overlevelse, må de normalt være tungtveiende i en barnets beste-vurdering og -vekting. Hvor tungtveiende må vurderes konkret, og her vil *risikoens størrelse* ha stor betydning.

I en del land hvor det er høy forekomst av ulike typer skadelig praksis, kan det være en vedvarende risiko for enkelte grupper barn, for eksempel de som oppholder seg i bestemte deler av landet, eller for jenter. Det trenger ikke innebære at risikoen er høy i enkeltsaker, men den kan være der. Høy risiko gir *rett til opphold*, uten noen avveining opp mot statens interesser. I saker hvor «det er reell fare for» at barnet bli utsatt for handlinger som omfattes av EMK art. 3, og BK art. 37 a, SP art. 7 og Grl. § 93 annet ledd, har barnet rett til opphold etter § 28 annet ledd og kan ikke sendes ut av Norge, jf. § 73 annet ledd. Dermed kommer ikke utlendl. §§ 38 og 70 til anvendelse. At barnet i slike saker har rett til opphold, viser at dets interesser i ikke å bli sendt ut, er meget tungtveiende. Når barnet har rett til opphold som følge av absolutte rettigheter, har det et sterkere vern enn det barnets beste alene gir.

Kjønnslemlestelse er en skadelig skikk som krenker BK art. 6 og 37 a, Grl. § 93 annet ledd, EMK art. 3 og SP art. 7.¹²⁵⁵ I Somalia risikerer en høy andel av kvinner og jentebarn å bli utsatt for kjønnslemlestelse.¹²⁵⁶ I individklagesaken *K.Y.M mot Danmark* la barnekomiteen til grunn at å sende ut en ung jente, sammen med sin mor, fra Danmark til Puntland i Somalia, innebar en risiko for at hun ville bli utsatt for kjønnslemlestelse.¹²⁵⁷ Under spørsmålet om rettighetene i BK art. 3. nr. 1 og 19 var krenket, la komiteen til grunn at myndighetene skulle ha undersøkt «the spe-

1252 General Comment nr. 13 avsnitt 2, 15, 61 og 62.

1253 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.3.

1254 Kjølbro (2020) s. 873. Menneskerettskonvensjonen art. 3 inneholder et absolutt forbud mot utsending i mange tilfeller. Selve rettigheten omtales også som absolutt, men som Finnis viser, er det problemer med å betrakte rettigheter som absolutte, Finnis (2016) s. 213.

1255 Kjølbro (2020) s. 382.

1256 Committee on the Rights of the Child, *K.Y.M mot Danmark*, 8. mars 2018, CEC/C/77/D/3/2016 (*K.Y.M mot Danmark*) s. 10 avsnitt 11.5 og 11.6.

1257 *K.Y.M mot Danmark* s. 11.

cific and personal context». Videre uttalte komiteen at rettighetene i art. 19 «cannot be made dependent on the mother's ability to resist family and social pressures and that State parties should take measures to protect children from all forms of physical or mental violence, injury or abuse in all circumstances, even where the parent or guardian is unable to resist social pressure».¹²⁵⁸ Forpliktelsene til staten anses følgelig å være strenge. Om risikovurderingen ble det uttalt at:

The evaluation of the risk that a child may be subjected to an irreversible harmful practice such as female genital mutilation in the country to which he or she is being deported should be carried out following the principle of precaution and, where reasonable doubts exist that the receiving State cannot protect the child against such practices, State parties should refrain from deporting the child.¹²⁵⁹

Konklusjonen ble at staten ikke hadde respektert og sikret rettighetene BK art. 3 nr. 1 og 19.¹²⁶⁰ Barnet og moren kunne ikke sendes til Somalia. Her ble barnets beste benyttet i sammenheng med art. 19. Sammen stengte de to rettighetene for utsending. Det viser hvor tungtveiende interesser barn har i å ikke bli utsatt for slike skikker. I tillegg viser saken at barnekomiteen mener det ikke kan stilles for høye krav til risikoens størrelse. Som komiteen viser til, kan det ikke uten videre legges til grunn at foreldrene kan beskytte barnet, hvis det innebærer at de må stå imot press fra familien og samfunnet. Staten er forpliktet til å sikre rettighetene. Hvis det dreier seg om land eller regioner med mindre utbredt omfang av skadelige skikker, slik at presset ikke vil bli så høyt på familien, og de synes i stand til å beskytte barnet, kan situasjonen være annerledes. Risikoen må, som komiteen er inne på, vurderes konkret.

En risiko for at barnet vil bli utsatt for skadelige skikker, er altså tungtveiende i vurderingen og vektingen av barnets beste. I saker hvor det er høy risiko, blir det ikke rom for en avveining. Kravet til risiko kan, i lys av hvor inngripende og skadelige handlinger det er snakk om, ikke stilles for høyt. En risiko for at barnet kan bli utsatt for skadelige skikker, har altså stor betydning i en barnets beste-vurdering. Siden andre absolutte rettigheter kan komme til anvendelse, kan det imidlertid være at barnet har rett til opphold, uavhengig av barnets beste.

1258 K.Y.M mot Danmark s. 11 avsnitt 11.8 (a) og (b).

1259 K.Y.M mot Danmark s. 11 avsnitt 11.8 (c).

1260 K.Y.M mot Danmark s. 11 avsnitt 11.9 og 11.10.

6.9 LEVESTANDARD, HELSE OG UTDANNING

6.9.1 Innledning

Barn har rett til, og sterke interesser i, en levestandard som ivaretar deres øvrige behov, helsehjelp og utdanning.¹²⁶¹ I saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning er det ofte spørsmål om barnet må forlate Norge og bosette seg i land hvor levestandarden, muligheten til helsehjelp og utdanning skiller seg vesentlig fra forholdene i Norge. Her behandles hvordan levestandard, helse og utdanning kan innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste i slike saker.

6.9.2 Levestandard

Av BK art. 27 nr. 1 følger det at «[s]tates Parties recognize the right of every child to a standard of living adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development». Begrepet «adequate» tyder på at levestandarden må være tilfredsstillende eller fyllestgjørende.¹²⁶² Ordlyden gjør det klart at det er en sammenheng mellom retten til en helhetlig utvikling og en tilfredsstillende levestandard.¹²⁶³ Dermed må hva som er «adequate», tolkes i lys av barnets behov for en helhetlig utvikling. Levestandard må følgelig være egnet til å sikre barnets fysiske, psykiske, åndelige, moralske og sosiale utvikling. Retten til tilfredsstillende levestandard henger også sammen med BK art. 31.¹²⁶⁴ Av art. 31 følger det at barn har rett til «rest and leisure, to engage in play and recreational activities appropriate to the age of the child and to participate freely in cultural life and the arts». Dette er nødvendig for barnets psykiske, åndelige, moralske og sosiale utvikling, altså flere sider av barnets helhetlige utvikling.¹²⁶⁵ *Lek, fritid og deltakelse i kulturelle aktiviteter* er vanskelig for barn som ikke har en tilfredsstillende levestandard.¹²⁶⁶

1261 Se BK art. 24, 26, 27, 28 og 29. Se også denne bokens kapittel 5 punkt 5.3.2.

1262 Se Mons Oppedal, «Retten til materiell velferd» i Barnekonvensjonen. *Barns rettigheter i Norge*, 4. utgave, Oslo 2020 s. 268–287 (s. 273) om de norske oversettelsene av begrepet «adequate» i BK og International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. desember 1966 (ØSK).

1263 Bestemmelsen skiller seg på dette punktet fra art. 11 i ØSK, hvor det følger at enhver har rett til «an adequate standard of living for himself and his family». Barns helhetlige utvikling er nærmere behandlet i denne bokens punkt 5.3.2.

1264 General Comment nr. 17 avsnitt 26.

1265 General Comment nr. 17 avsnitt 8–10 og 13. Se også Anne Trine Kjørholt, «Retten til lek og fritid», i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utgave, Oslo 2020 s. 316–333 (s. 320–321) om lek i et utviklings- og utdanningsperspektiv.

1266 General Comment nr. 17 avsnitt 26.

Levestandard omfatter videre blant annet behovet for *mat, rent vann, klær, helse og bolig*. For at den skal være tilfredsstillende, må levestandarden dekke disse behovene. For å oppnå en tilfredsstillende levestandard er det nødvendig med *økonomiske midler*. Barn har rett til «benefit from social security» etter BK art. 26.¹²⁶⁷ Av GrL § 104 annet ledd annet punktum følger det at staten «skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske [...] trygghet». Både BK og GrL gir følgelig staten ansvar for barnets økonomiske trygghet. Det er altså mange rettigheter som er av betydning for temaet. Hvor langt de rekker, krever en omfattende tolkning, og dette behandles derfor ikke her. Spørsmålet jeg behandler, er hvilken betydning levestandard har for vurderingen av barnets beste i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.

I Norge har staten ressurser til å sikre barn en tilfredsstillende levestandard.¹²⁶⁸ I noen av landene som ofte er representert i de to sakstypene, er situasjonen en annen. Flere har store problemer med å sikre en tilstrekkelig levestandard til befolkningen.¹²⁶⁹ I 2011 påpekte barnekomiteen at en tredjedel av alle barn i Afghanistan levde i absolutt fattigdom, mange manglet rent vann, og to tredjedeler var kronisk underernært.¹²⁷⁰ Kombinert med at staten ikke hadde noen klar politikk for å ta imot internflyktninger, heller ikke barn og barnefamilier, er det klart at levestandarden var, og sannsynligvis enda er, svært mangelfull.¹²⁷¹

Etter utlendl. § 38 annet ledd bokstav c er et av momentene som kan vektlegges for å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn, om det «foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse».¹²⁷² I forarbeidene er det trukket frem at «økonomisk

1267 Se også ØSK art. 9 og Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment nr. 19, *The right to social security (art. 9)*, 4. februar 2008. Både BK art. 26 og 27 faller inn under gruppen økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og dermed inn under ressursforbeholdet i BK art. 4. Etersom Norge er et land med mye ressurser, er ikke denne mulige begrensingsadgangen av særlig betydning for norske myndigheter.

1268 Se likevel CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 30, hvor barnekomiteen anbefaler staten å øke mulighetene for barn med svak økonomi, barn med nedsatt funksjonsevne, barn med minoritetsbakgrunn og barn fra isolerte religiøse samfunn til å nyte godt av «safe, accessible, inclusive spaces for play and recreational activities». Komiteen har også påpekt at det er vesentlige forskjeller mellom mottakssenterene, «centres in terms of living conditions, such as access to adequate food and nutrition», CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 31 (d).

1269 CRC/C/IRN/CO/3-4 avsnitt 75, CRC/C/IRQ/CO/2-4 avsnitt 70, CRC/C/PAK/CO/5 avsnitt 59 og 67 om internflyktninger og CRC/C/TUR/CO/2-3 avsnitt 60 om flyktninger.

1270 CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 57 og 51 (b).

1271 Enkelte grupper ble også trukket frem som særlig utsatte, CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 62.

1272 Utlendingsloven § 70 inneholder ingen formuleringer av denne typen.

nød, boligmangel, mangel på infrastruktur mv., kan som klar hovedregel ikke i seg selv danne grunnlag for opphold».¹²⁷³ Uttalelsen sikter imidlertid til hva som generelt skal til for å innvilge opphold, ikke hva som må tas i betraktning i vurderingen og vektingen av barnets beste. Det er heller ikke problematisert i forarbeidene hvilke føringer barnets rett til tilfredsstillende levestandard gir. Av utlendingsforskriften følger det at den sosiale og humanitære situasjonen er et moment som «skal» vektlegges, jf. § 8-5 første ledd bokstav g. I § 38 er formuleringen «forhold ved retursituasjonen». Det kan gi inntrykk av at det er selve *retursituasjonen* som er relevant. Formuleringen er imidlertid ment å gjelde også forholdene i landet.¹²⁷⁴ Det er i tråd med at barnets beste-vurderingen er fremtidsrettet. Det er ikke nok å vurdere om reisen og den første uken kommer til å gå greit, dersom barnet etter det står uten bolig og rent vann.

Når tilfredsstillende levestandard er av stor betydning for barns helhetlige utvikling, har barn normalt sterke interesser i å ikke bli sendt til land hvor levestandarden er lav. Behov er så tungtveiende at store mangler ved levestandarden alene kan bli avgjørende. I EMDs dom *Tarakhel mot Sveits* kom EMD til at for å kunne returnere en barnefamilie måtte det kreves individuell garanti fra førsteankomstlandet Italia om at familien ville bli møtt med tilfredsstillende mottaksforhold og ikke ville bli splittet. Uten individuell garanti ville EMK art. 3 bli krenket.¹²⁷⁵ I dommen presiseres det at asylsøkende barn har spesielle behov og er ekstremt sårbarere, også når de er i følge med sine foreldre.¹²⁷⁶ Deres sårbarhet innebærer at «the reception conditions [...] must be adapted to their age, to ensure that those conditions do not ‘create ... for them a situation of stress and anxiety, with particularly traumatic consequences’».¹²⁷⁷ Kommer en utsending i konflikt med EMK art. 3, kan ikke barnet sendes ut.¹²⁷⁸ I så alvorlige tilfeller er det dermed andre rettigheter enn barnets

1273 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 157.

1274 Uttalelsene i forarbeidene viser at momentet omfatter en nokså langsiktig vurdering, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 156–157. På samme sted uttales det også at forvaltningen ikke har mulighet til å føre kontroll med hvem som er uten arbeid og bolig ved retur. Det er likevel klart at Norge i hvert fall ikke kan returnere et enslig barn uten å sikre seg at barnet har en plass å bo. Det er for så vidt vanskelig å se at Norge kan returnere eller sende ut barnefamilier uten at de har et system som møter dem og sikrer dem bolig.

1275 Se også M.M og K.M mot Belgia om leveforhold som krenker art. 3.

1276 *Tarakhel mot Sveits* avsnitt 119, med videre henvisning til EMDs dom 19. januar 2012, *Popov mot Frankrike* avsnitt 91.

1277 *Tarakhel mot Sveits* avsnitt 119.

1278 Utlendingsloven § 73 annet ledd, jf. § 28 første ledd bokstav b. I § 28 står det riktignok at utlendingen ikke kan sendes til «hjemlandet», men det må være klart at utlendingen heller ikke kan sendes til andre land hvis det innebærer en reell fare for «dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff».

beste som blir avgjørende. Dommen er likevel av betydning her. Den viser hvor tungtveiende barnets behov for en tilfredsstillende levestandard kan være.

I Tarakhel mot Sveits ble aldersmomentet nevnt. Når levestandarden skal ivareta barnets helhetlige utvikling, kan barnets alder innvirke på hvilke og hvor tungtveiende behov det har. Samtidig vil det både for eldre og yngre barn være skadelig for utviklingen å leve under en utilfredsstillende levestandard.¹²⁷⁹

Dommen fra EMD gjaldt tilbakesending til førsteankomstlandet, altså ikke til landet familien opprinnelig kom fra. I slike tilfeller kan familien ha større behov for hjelp fra myndighetene enn hvis de returneres til hjemlandet, hvor de kan ha familie, nettverk, snakker språket og/eller har bolig.¹²⁸⁰ En situasjon som kan ligne retur til førsteankomstland, er ved *henvisning til internflukt*, hvor familien kan være avhengig av myndighetens hjelp for en tilfredsstillende levestandard. I en del land klarer ikke myndighetene å ivareta internflyktninger, noe som medfører at barn i slike situasjoner kan ha en levestandard med alvorlige mangler.¹²⁸¹ Det er derfor viktig at levestandard vurderes nøye i saker om opphold på humanitært grunnlag, hvor barn og barnefamilier er henvist til internflukt.

I saken som ble behandlet i plenumsdom III, var familien henvist til internflukt i Afghanistan, hvor myndighetene har hatt store problemer med å sikre barn en tilfredsstillende levestandard.¹²⁸² Førstvoterende, som tilhørte flertallet, uttalte at det er så åpenbart at de økonomiske og humanitære forholdene er så mye bedre i Norge enn i Kabul, at det ikke trengtes å sies i UNEs vedtak.¹²⁸³ I en barnets beste-vurdering må det imidlertid vurderes og vektlegges. Barnas behov for en tilfredsstillende levestandard skulle vært vurdert nøye og antageligvis tillagt stor vekt. I plenumsdom I var vedtaket som ble prøvd for retten, mer detaljert enn vedtaket i plenumsdom III. Her hadde UNE trukket frem at familien hadde nettverk i hjemlandet som kunne gi hjelp og støtte.¹²⁸⁴ Nettverk kan være viktig, og det kan bidra til at barnets interesser ivaretas i større grad enn ved manglende nettverk.

1279 Se for eksempel General Comment nr. 20 avsnitt 66 om hvordan fattigdom påvirker større barn og ungdom.

1280 Se Tarakhel mot Sveits avsnitt 121 om enkelte sider av levestandarden som er viktig når barnefamilier kommer til en plass hvor de er avhengige av myndighetenes hjelp for en tilfredsstillende levestandard.

1281 Se for eksempel CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 62, CRC/C/IRQ/CO/2-4 avsnitt 74, CRC/C/PAK/CO/5 avsnitt 67.

1282 CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 62.

1283 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 195.

1284 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 164. Se også plenumsdom II, hvor UNE trakk frem at det fremdeles var en rekke «samfunnsmessige utfordringer» i familiens hjemland, men ikke anså at disse var så alvorlige at retur ikke var forsvarlig, Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 55.

I Maria-dommen, som gjaldt utvisning, er vurderingene av levestandarden langt grundigere enn i dommene om opphold på humanitært grunnlag.¹²⁸⁵ Førstvotende trakk frem følgende:

Muligheten for at mor og datter ender opp i Nairobis slumområder er reell, med de vidtrekkende konsekvenser dette må forventes å få for Bs sikkerhet, utdanning og velferd. En realistisk tilnærming tilsier at Bs fremtid i Kenya trolig vil bli barsk, risikofylt og i alle fall høyst uviss.¹²⁸⁶

At moren vil ha vansker med å forsørge datteren, trekkes også frem. I den forbindelse nevnes det at bidragsforskudd bare ytes til barn som bor og oppholder seg i Norge, og at jenta dermed vil stå uten forsørgelse fra faren.¹²⁸⁷ Det gjøres altså en nokså grundig vurdering av levestandarden som vil møte jenta dersom moren blir utvist. Også i Rt. 2005 s. 229 var retten inne på levestandarden barna vil møte hvis de forlater Norge, men her foretas det ikke uttrykkelig en barnets beste-vurdering.¹²⁸⁸ Forskjellen i prøvingsintensiteten i saker om opphold og utvisning kan være en del av forklaringen på at barnets behov for tilfredsstillende levestandard kommer så tydelig frem i Maria-dommen.¹²⁸⁹

Generelt er ikke barns behov i saker om opphold på humanitært grunnlag ulikt barns behov i utvisningssaker. Statens interesser kan derimot være ulike, men det må komme inn i avveiningsiden av barnets beste. I vurderingssiden er barnets behov for tilfredsstillende levestandard relevant i begge typene saker. Ettersom levestandarden har stor betydning for barnets helhetlige utvikling, må utgangspunktet være at mangler ved den er tungtveiende i vurderingen og vektingen av barnets beste.¹²⁹⁰ Utilstrekkelig levestandard kan også få konsekvenser for barnets liv og overlevelse. Hva som utgjør en tilfredsstillende levestandard avhenger, i tråd med utgangspunktene for vurderingen og vektingen av barnets beste, av det berørte barnets behov.

1285 Se plenumsdom I, II og III.

1286 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 78.

1287 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 78.

1288 Se Rt. 2005 s. 229 avsnitt 47.

1289 Se likevel HR-2019-2286-A avsnitt 117, hvor levestandarden ikke vies oppmerksomhet (kun «kulturforskjeller, økonomiske forhold og ektefellens arbeidssituasjon» nevnes). Antageligvis skyldes det at det ikke var en realistisk mulighet at barna skulle følge med moren ved en utvisning av henne.

1290 Som fremhevet av barnekomiteen i General Comment nr. 17 avsnitt 17 om hvile, fritid, deltakelse i lek og fritidsaktiviteter og deltakelse i kulturliv og kunstnerisk virksomhet.

6.9.3 Helse

6.9.3.1 Innledning

Etter BK art. 24 nr. 1 har barn rett til å nyte «the highest attainable standard of health and to facilities for the treatment of illness and rehabilitation of health», heretter omtalt som retten til høyest oppnåelig helsestandard.¹²⁹¹ I ØSK art. 12 finnes en lignende rettighet.¹²⁹² Med ordlyden «highest attainable» angis strenge krav til staten. Rettigheten og kravene som er nærmere utpenslet i art. 24 nr. 2, reflekterer at barn har sterke interesser i en god helse. Rettigheten har en nær sammenheng med retten til liv, overlevelse og utvikling i BK art. 6.¹²⁹³ Av GrL. § 104 tredje ledd kommer det frem at staten «skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige [...] helsemessige trygghet».

Begrepet «health» har blitt definert på ulike måter. WHO's definisjon er «a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity».¹²⁹⁴ Artikkel 24 i BK bygger på denne definisjonen.¹²⁹⁵ Definisjonen omfatter både fysisk og psykisk helse. Retten til høyeste oppnåelige helsestandard er omfattende og bygger på en helhetlig tilnærming til helse.¹²⁹⁶ Alle sider av rettigheten kan ikke behandles her. Spørsmålet her er hvordan barnets rett til, og sterke interesse i, høyest oppnåelig helsestandard kan innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste.¹²⁹⁷

6.9.3.2 Barnets helse

Etter utlendl. § 38 annet ledd «kan» det legges vekt på «tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold». Formuleringen «tvingende» og «behov for opphold» viser at terskelen er ment å være høy. Av forarbeidene følger det at hovedregelen er et krav om at adekvat behandling ikke kan oppnås i hjemlandet.¹²⁹⁸

1291 Her er jeg inspirert av barnekomiteens terminologi, se General Comment nr. 15.

1292 Se også ØSK art. 12 nr. 2 bokstav a.

1293 Dette fremgår først og fremst av rettighetens karakter, men er også presisert av barnekomiteen, General Comment nr. 15 avsnitt 2, 13 og 18.

1294 <http://www.who.int/about/mission/en/> (side sist besøkt 5. november 2018). Definisjonen til WHO er vid og har vært kritisert for å være nokså uoppnåelig.

1295 Van Bueren (1998) s. 297.

1296 General Comment nr. 15 avsnitt 2 og Van Bueren (1998) 297.

1297 Spørsmålet om barn uten oppholdstillatelse sin rett til helsehjelp i Norge er litt på siden av temaet her og behandles derfor ikke, se imidlertid fremstillingen av temaet i Henriette Sinding Aasen og Marit Halvorsen, «Barns rett til den høyest oppnåelige helsestandard» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utgave, Oslo 2020 s. 208–230 (s. 220–222).

1298 NOU 2004: 20 s. 266.

Det understrekes også at det er nødvendig å føre en restriktiv praksis, fordi de fleste land asylsøkere kommer fra, har dårligere helsetilbud enn i Norge.¹²⁹⁹ Terskelen for å innvilge opphold for *barn* av medisinske årsaker er ment å være lavere.¹³⁰⁰ Av utlendingsforskriften § 8-5 første ledd følger det at «barnets psykiske og fysiske helsesituasjon» skal vektlegges i spørsmålet om det foreligger sterke menneskelige hensyn. Ordlyden gjør det klart at alle sider ved barnets helsesituasjon er relevante. Det åpnes altså for en helhetlig vurdering av hvordan barnets helse- og omsorgssituasjon påvirkes ved et avslag på opphold på humanitært grunnlag. Selv om det ikke kommer frem av § 70, må det samme gjelde i vurderingen av barnets beste i utvisningssaker.

Helsemomentet kan komme inn i vurderingen selv om barnet i utgangspunktet er friskt. Barnedødelighet og spedbarnsdødelighet et alvorlig helseproblem. Staters plikt til bekjempelse av spedbarns- og barnedødelighet er nevnt i BK art. 24 nr. 2 (a), jf. også BK art. 6.¹³⁰¹ Manglende sykdomsforebygging og feilernæring, herunder underernæring, kan true små barns liv, overlevelse og utvikling.¹³⁰² Statene har en plikt til å jobbe for å redusere slike forhold. Van Bueren har slått fast at stater med høy risiko er forpliktet til å ha effektive «programmes aimed at preventing lifethreatening diseases for children».¹³⁰³ Dette er arbeid statene først og fremst må gjøre på sitt territorium, selv om bistandsarbeid er viktig. Det kan likevel ikke ses bort fra høy risiko for barnedødelighet i vurderingen av det berørte barnets beste. I Norge er spedbarnsdødeligheten lav.¹³⁰⁴ Hvis et avslag på opphold eller en utvisning innebærer at et spedbarn må reise til et land hvor spedbarns- og/eller barnedødeligheten er høy, må det tas med i en vurdering og vekting. Det er imidlertid vanskelig å si noe generelt om hvor tungtveiende det vil være. Som Van Bueren trekker frem, kan ikke internasjonal rett sikre at hvert eneste barn vil overleve.¹³⁰⁵ Målet må være å redusere risikoen så langt det lar seg gjøre. I tråd med de overordnede føringene som gjelder for vurderingen av barnets beste, må det i konkrete saker tas utgangspunkt i *risikoen for det berørte barnet*.¹³⁰⁶

I plenumsdom III var høy barnedødelighet i Afghanistan nevnt i et av vedtakene.¹³⁰⁷ Høy barnedødelighet ble ikke ansett å være relevant under spørsmålet

1299 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 155.

1300 Utlendingsloven § 38 tredje ledd annet punktum og Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 155 og 421.

1301 Se også General Comment nr. 15 avsnitt 5 og 33–35 og Van Bueren (1998) s. 302–305.

1302 General Comment nr. 7 avsnitt 10.

1303 Van Bueren (1998) s. 303.

1304 Aasen og Halvorsen (2020) s. 223.

1305 Van Bueren (1998) s. 303.

1306 Se dette kapittelets punkt 6.2.3.

1307 Vedtaket er delvis sitert i Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 174.

om internflukt.¹³⁰⁸ Det fremkom heller ikke av begrunnelsen til vedtaket om opphold på humanitært grunnlag at det var vurdert. I 2011 uttrykte barnekomiteen bekymring for at spedbarnsdødeligheten i Afghanistan er blant de høyeste i verden, til tross for tiltak fra statens side.¹³⁰⁹ Dette er alvorlig og kan ikke ses bort fra, særlig ikke når det var spørsmål om internflukt. Som nevnt i punktet over viser komiteens avsluttende merknader at barn som er henvist til internflukt i landet, ofte lever under lite tilfredsstillende forhold, noe som igjen gir ytterligere risiko for barnets overlevelse og utvikling. Når det er vanskelig å se om så tungtveiende rettigheter og interesser var vurdert, illustrerer det viktigheten av at barnets beste *løftes frem og må stå i forgrunnen*, slik førstvoterende i Maria-dommen slo fast.¹³¹⁰ En helhetlig, rettighetsbasert vurdering av barnets beste vil også kunne avdekke ytterligere risikofaktorer, slik som omsorgssituasjonen, økonomi eller risiko for diskriminering.

Det ene barnet i saken som ble behandlet i plenumsdom III, hadde utviklet PTSD og var behandlingstrengende.¹³¹¹ Det ble ikke ansett å kunne gi grunnlag for opphold verken av UNE eller av førstvoterende.¹³¹² Som førstvoterende påpekte, skal terskelen for å innvilge barn opphold på grunn av sykdom, herunder psykisk sykdom, være lavere enn for voksne.¹³¹³ Førstvoterende sa imidlertid ikke noe om hvor terskelen ligger. Han nevnte kun det generelle utgangspunktet om at det bare er «alvorlige» sinnslidelser som kan gi opphold.¹³¹⁴ Det er derfor vanskelig å se om det faktisk ble lagt til grunn en lavere terskel for barnet. Det ser heller ikke ut til at barnets psykiske lidelse, sammen med andre interesser barnet hadde, ble tatt inn i en vurdering av barnets beste. Slike vurderinger er imidlertid viktige. Som Gording Stang har trukket frem, har barn i mindre grad enn voksne «erfaring og kunnskap til å bearbeide og sortere traumatiske og skremmende opplevelser».¹³¹⁵ Barn har behov for behandling av psykiske lidelser for en sunn utvikling. I mange land som ofte er representert i saker om opphold og utvisning, er det store mangler ved behandlingstilbudene, i tillegg til at svært mange barn har behov for

1308 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 174.

1309 CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 51. Norge er derimot på motsatt side av skalaen, se Malcolm Langford, Marit Skivenes, Karl Harald Søvig og Tori Loven Kirkebø, «Introduction: Implementing Child Rights», *I Children's Rights in Norway. An Implementation Paradox?*, Oslo 2019 s. 15–41 (s. 24).

1310 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65.

1311 Se Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 135.

1312 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 134, 137–140, 174 og 188–189. Se også annenvoterende, som legger til grunn det samme i avsnitt 256.

1313 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 138–139.

1314 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 188 sammenholdt med avsnitt 138–139.

1315 Stang (2008) s. 3.

hjelp.¹³¹⁶ Muligheten til behandling for psykiske lidelser ved en utsending kan derfor være et viktig moment i vurderingen og vektingen av barnets beste.

Også ved fysiske lidelser kan muligheten for behandling være sentral i vurderingen og vektingen. I plenumsdom I hadde det ene barnet i saken testet positivt på tuberkulose. For å fullføre behandlingen i Norge, i tråd med hva som ble ansett å være til barnets beste, fikk barnet og familien innvilget midlertidig oppholdstillatelse.¹³¹⁷ Når barnet er kvitt sykdommen, gjør ikke lenger dette helsemomentet seg gjeldende. Noe annet er at barnets tilknytning til riket kan ha økt, særlig ved langvarig behandling, slik annenvoterende i dommen er inne på.¹³¹⁸ Ved langvarig eller kronisk sykdom eller nedsatt funksjonsevne vil midlertidig opphold være lite aktuelt. Barn med slike lidelser er i utgangspunktet sårbare, og midlertidighet kan skape usikkerhet og ha negativ påvirkning på deres helhetlige utvikling.¹³¹⁹ Ved kroniske lidelser vil midlertidig opphold uansett ikke kunne løse behovet for behandling. I Rt. 2010 s. 1430 hadde barnet en kronisk og alvorlig diagnose.¹³²⁰ Verken barnets beste eller betydningen av lidelsen ble vurdert av Høyesterett.¹³²¹ I EMDs dom ble det lagt stor vekt på barnets sterke bånd til faren og betydelige omsorgsbehov. Domstolen kom til at barnets beste ikke var tillagt tilstrekkelig vekt.¹³²² Barnets tungtveiende behov som følge av sykdommen fikk altså stor betydning for vurderingen og vektingen av barnets beste. Barnets omsorgsbehov kan påvirkes av sykdom og innvirke på vektingen av barnets beste. Også i EMDs dom *Unuane mot Storbritannia* ble det ene barnets helse vektlagt.¹³²³

Barnets rett til og sterke interesse i høyest oppnåelig helsestandard kan altså innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste på ulike måter, og det kan i likhet med mange av de andre rettighetene og interessene som ofte gjør seg gjeldende, være tungtveiende. Særlig gjelder det ved spørsmål om barnet skal sendes til en land hvor helsestandarden lav. Barn som er syke eller har nedsatt funksjonsevne, vil ofte også være ekstra sårbare for en levestandard som ikke er tilfredsstillende.

1316 Se CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 51 (a) og (e), som riktignok er noen år nå. I enkelte land, som nevnt i denne merknaden, er det også en høy andel barn som trenger hjelp fordi de sliter med traumer fra krig. I de avsluttende merknadene til Iran trekkes det for eksempel frem at en høy andel av barna i landet har PTSD, CRC/C/IRQ/CO/2-4 avsnitt 64–65.

1317 Se gjengivelse av deler av vedtaket i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 161, 163, og 209.

1318 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 208 og 210–211.

1319 Se dette kapittelets punkt 6.11.2 og 6.11.3.4.

1320 Nøyaktig hvilken er litt uklart ut fra høyesterettsdommen, se Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 89. Men-skerettsdomstolen ser ut til å legge til grunn at diagnosen er barneautisme.

1321 Det konstatertes kun at diagnosenavnet var noe endret, uten at det spesifiseres hvilken betydning det har, Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 89.

1322 Kaplan med flere mot Norge avsnitt 98.

1323 *Unuane mot Storbritannia* avsnitt 89.

6.9.3.3 Sykdom hos en forelder

En utsending av en alvorlig syk utlending kan krenke EMK art. 3.¹³²⁴ Terskelen etter EMDs praksis er svært høy.¹³²⁵ I *N. mot Storbritannia* kom EMD til at det kreves «very exceptional circumstances, where the humanitarian grounds against the removal are compelling».¹³²⁶ Saken endte med at N., som var HIV-positiv, ble sendt ut av Storbritannia og døde etter kort tid. Saken *S.J mot Belgia* gjaldt spørsmålet om å nekte opphold og å utvise en HIV-syk mor med tre små barn ville krenke EMK art. 3 og art. 8.¹³²⁷ Barna hadde bodd hele livet i Belgia, to av dem gikk på skole, og familien hadde ingen nettverk i morens opprinnelsesland. Saken ble behandlet av domstolen i avdeling. Et flertall la til grunn at en utsending «would not result in their separation as a family», ettersom barna måtte følge med moren.¹³²⁸ Videre ble det uttalt at «[t]he risk that the applicant may die prematurely, and the impact this might have on her children’s family life following their return to Nigeria, cannot give rise to an obligation for the Belgian State to grant the applicant a right of residence in Belgium».¹³²⁹ Barnas beste ble nevnt, men ikke vurdert. Saken ble innbrakt for storkammer, men før realitetsbehandling fikk moren og barna innvilget opphold begrunnet i «strong humanitarian considerations».¹³³⁰ Ettersom partene var enige, ble saken strøket av listen over saker for storkammerbehandling.¹³³¹ Det synes klart at barna i denne saken hadde meget sterke og dermed tungtveiende interesser i å få bli i Belgia.

I storkammerdommen *Paposhivili mot Belgia* var problemstillingen på nytt oppe.¹³³² Her uttalte domstolen følgende:

The Court considers that the “other very exceptional cases” within the meaning of the judgment in *N. v. the United Kingdom* (§ 43) which may raise an issue

1324 Se *Kjølbros* (2020) s. 382–387.

1325 *N. mot Storbritannia* avsnitt 42. Se også *Kjølbros* (2020) s. 382–387.

1326 *N. mot Storbritannia* avsnitt 42.

1327 EMDs dom 19. mars 2015, *S.J. mot Belgia* (utstryking fra listen over saker for storkammerbehandling).

1328 EMDs dom 27. februar 2014, *S.J mot Belgia i avdeling* avsnitt 145 (dommen er ikke rettskraftig, se dommen fra 19. mars 2015).

1329 *S.J mot Belgia* i avdeling avsnitt 145.

1330 *S.J mot Belgia* avsnitt 56.

1331 Seksten dommere stemte for dette, mens én dissenterte under begrunnelsen om et sterkt behov for å få nyansert den høye terskelen i *N. mot Storbritannia*, se *Dissenting Opinion of Judges Pinto De Albuquerque*. I dissensens første avsnitt vises det til ytterligere en dissens i EMDs dom 20. desember 2011, *Yoh-Ekale Mwanje mot Belgia*.

1332 Se også EMDs dom 16. april 2013, *Aswat mot Storbritannia*.

under Article 3 should be understood to refer to situations involving the removal of a seriously ill person in which substantial grounds have been shown for believing that he or she, although not at imminent risk of dying, would face a real risk, on account of the absence of appropriate treatment in the receiving country or the lack of access to such treatment, of being exposed to a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy.¹³³³

Vilkåret som ble stilt opp i *N. mot Storbritannia*, ble med det presisert og innholdet noe justert.

Til tross for denne justeringen illustrerer EMDs behandling av *S.J mot Belgia* at når terskelen for krenkelse av EMK art. 3 er så høy, og EMK art. 8 ikke antas å komme til anvendelse når barna vil følge med moren, blir barns sterke interesser ikke ivaretatt i det hele tatt. Dette fordi barnets beste ikke er en selvstendig rettighet etter EMK, og barns interesser blir følgelig ikke vurdert og vektlagt uten at andre rettigheter som tilkommer barna, kommer til anvendelse. Et annet poeng er at hvis en utsending vil føre til at foreldrene vil dø på grunn av manglende helsehjelp, så vil familielivet opphøre, uavhengig av om barnet følger med foreldrene. En fremtidsrettet vurdering av retten til familieliv i sammenheng med barnets beste kan da sikre at barnets rett til, og sterke interesser i å nyte omsorg fra sine foreldre, ivaretas også etter EMK.

Som *Tarakhel mot Sveits* viser, kan ikke terskelen etter EMK art. 3 være lik for barn og voksne, og det skal dermed mindre til for krenkelse hvis et sykt barn må forlate landet.

I norsk rett, hvor barnets beste er en selvstendig rettighet, blir vurderingen en annen enn den EMD la opp til i *S.J mot Belgia*. I forarbeidene til utlendl. § 38 er det lagt til grunn at det må tillegges stor betydning hvis foreldrenes sykdom gjør at de er ute av stand til å gi sine barn forsvarlig omsorg.¹³³⁴ Dette er nødvendig for å ivareta barnets rett etter BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 annet ledd. At norsk rett i større grad kan se ut til å ivareta barnets interesser i denne typen saker, kommer frem av *Maria-dommen*, hvor moren var HIV-positiv. Hennes sykdom ble vektlagt som et argument for at moren og barnet vil få det meget tøft i Kenya, og at det var til barnets beste å bli i Norge, sammen med sin mor.¹³³⁵ I Norge, hvor medisiner er tilgjengelige, kan en som er smittet med HIV, ha en god helse. I enkelte land er ikke medisiner tilgjengelige.¹³³⁶ Diskriminering på grunn av smitten kan fore-

1333 *Paposhivili mot Belgia* avsnitt 183.

1334 *Ot.prp. nr. 75 (2006–2007)* s. 156 og 421.

1335 *Rt. 2015* s. 93 avsnitt 78.

1336 Se *Kjølbro (2020)* 384 om EMDs vurdering av utvisning av utlendinger som er HIV-positive.

komme.¹³³⁷ Barnekomiteen nevner også risiko for «mother-to-child transmission of HIV».¹³³⁸ Hvis slike risikoer foreligger, må risikoen vurderes.

Sykdom hos en forelder må altså vurderes og vektlegges og kan etter omstendighetene påvirke også andre interesser og momenter i vurderingen av barnets beste, slik som behovet for en tilfredsstillende levestandard og omsorg fra sine foreldre. I noen tilfeller kan forelderens sykdom gjøre at barnet har svært tungtveiende interesser i å få bli i Norge, med forelderen.

6.9.4 Utdanning

Barnekonvensjonen art. 28 og 29 om utdanning inneholder flere krav til statene. I Grl. § 109 første ledd slås det fast at «[e]nhver har rett til utdanning», og at barn har rett til å motta «grunnleggende opplæring». Det er videre presisert at opplæringen «skal ivareta den enkeltes evner og behov».¹³³⁹ Dette er i tråd med synet på barn som barnets beste bygger på, nemlig at barn er ulike og har ulike behov. Av BK art. 29 nr. 1 fremgår det blant annet at undervisningen skal rettes mot «[t]he development of the child's personality, talents and mental and physical abilities to their fullest potential». Barns mulighet til å delta i undervisning er viktig for dets helhetlige utvikling, herunder for å kunne ta kunnskapsbaserte valg for seg selv. Barn har altså tungtveiende interesser i å få grunnleggende undervisning, noe som kan innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste på ulike måter.

Alle barn har sterke interesser i å delta i undervisning, men langt fra alle får behovet dekket. Det kan være flere grunner til at behovet ikke ivaretas. Ut fra barnekomiteens avsluttende merknader kan det trekkes frem noen eksempler. Diskriminering kan føre til at barn ikke får tilgang til undervisning.¹³⁴⁰ Krig eller terror kan ha ødelagt skolebygninger.¹³⁴¹ I land hvor barn ikke får ivaretatt sitt behov for tilstrekkelig levestandard, kan det mangle skolebygninger og/eller at skolegang koster penger.¹³⁴² Andre barn må jobbe istedenfor å gå på skole.¹³⁴³

Alle barn som fyller seks år det aktuelle kalenderåret, og som oppholder seg mer enn tre måneder i Norge, har rett til grunnskoleopplæring, jf. opplæringslova § 2-1

1337 General Comment nr. 15 avsnitt 8.

1338 General Comment nr. 15 avsnitt 34 og 54.

1339 Opplæringen skal videre «fremme respekt for demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene», jf. § 109 første ledd annen setning.

1340 Se punkt 6.6.

1341 Se for eksempel CRC/C/PAK/CO/5 avsnitt 61(e).

1342 CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 59 og CRC/C/TUR/CO/2-3 58 (e) om skjulte kostnader.

1343 Se for eksempel CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 66.

annet og tredje ledd.¹³⁴⁴ For videregående opplæring er det et vilkår at barnet har lovlig opphold i Norge, jf. oppl. § 3-1 tolvte ledd.¹³⁴⁵ Oppholdstillatelse gir altså barnet rett til grunnskoleopplæring og videregående opplæring. Undervisningen i Norge har som hovedregel høy kvalitet.¹³⁴⁶ *Tilgjengeligheten* av og *kvaliteten* på undervisning gjør at barnets behov for undervisning dekkes i Norge, og vil kunne tale for at barnet innvilges opphold. Hvor tungtveiende dette vil være, avhenger av om det er mangler ved undervisningen i landet barnet vil måtte bosette seg i, ved en utsending. Hvis barnet ikke vil kunne delta i undervisning, må det veie tungt.

Det er ikke bare tilgjengeligheten og kvaliteten på undervisningen som er relevant. I saken som ble behandlet i Kelles mot Tyskland, var en far utvist til Tyrkia. Familien hadde fire barn. Alle hadde tyrkisk statsborgerskap. Av EMD ble det trukket frem at «the applicant's four sons – who were, at the time the expulsion order had been issued, between six and thirteen years of age – had been born in Germany respectively entered Germany at a very young age where they received all their school education».¹³⁴⁷ Videre ble det utdypet at selv om barna «should have knowledge of the Turkish language, they would necessarily have to face major difficulties with regard to the different language of instruction and the different curriculum in Turkish schools».¹³⁴⁸ Både annet *språk* og annet *pensum* ville kunne påvirke barnas utdanning negativt.¹³⁴⁹ Disse momentene kan ha betydning for barnets interesser og dermed for vurderingen og vektingen av dets interesser.

I saker om opphold kan det tenkes at barnet har gått flere år på skole før det kom til Norge. Hvis barnet i tillegg ikke snakker eller forstår norsk, kan det være vanskelig for barnet å nyttiggjøre seg av undervisningen.¹³⁵⁰ Så fremt det aktuelle landets undervisning vil være tilgjengelig for barnet, ivaretar barnets behov og er i

1344 Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova eller oppl.).

1345 Det slås imidlertid fast at «[u]ngdom som oppheld seg lovleg i landet i påvente av å få avgjort søknad om opphaldsløyve, har likevel berre rett til vidaregåande opplæring etter denne paragrafen når dei er under 18 år og det er sannsynleg at dei skal vere i Noreg i meir enn tre månader» jf. oppl. §§ 3-1 tolvte ledd annet punktum.

1346 Særlig hvis den måles ut fra de momentene som er trukket frem i BK art. 29 nr. 1.

1347 EMDs dom 27. oktober 2005, *Keles mot Tyskland* avsnitt 64.

1348 *Keles mot Tyskland* avsnitt 64.

1349 Se også Rt. 2005 s. 229 avsnitt 47, hvor retten legger til grunn at blant annet barnas skolegang og språkproblemer gjør det urealistisk å legge til grunn at de skal følge far ved en utvisning. Se videre HR-2019-2286-A avsnitt 117.

1350 En annen sak er at EMD har trukket frem at en gutt på 16 år som var utvist fra Østerrike, hadde gått på skole i opprinnelseslandet tidligere og derfor måtte være godt kjent med språket og kulturen der, *Jakupovic mot Østerrike* avsnitt 28. Her inngår imidlertid ikke momentet i vurderingen av hva som var til hans beste.

tråd med de krav som er fremhevet i BK art. 29 nr. 1, kan det være at det er i barnets interesse å fortsette undervisningen der.¹³⁵¹ Andre momenter kan likevel tale med tyngde for at motsatt løsning er til det beste for barnet totalt sett.

6.10 ADSKILLELSE MELLOM BARN OG FORELDRE

6.10.1 Innledning

Som redegjort for i kapittel seks hører forholdet mellom et mindreårig barn og dets foreldre til kjernen av retten til familieliv.¹³⁵² Selv om barnets familieliv omfatter langt flere relasjoner, fokuserer jeg her kun på denne siden.

Hvis det er spørsmål om hele familien skal innvilges opphold i Norge, eller om hele familien må reise hjem, griper normalt ikke vedtaket inn i familielivet, og dermed utløses ikke rettighetsvernet. Det hender likevel at familien risikerer å splittes selv om de sendes ut sammen. Et eksempel er hvis en utsending medfører at en forelder vil oppnå en forverring i helsen og dermed ikke klarer å ta seg av barnet, og/eller i verste fall vil dø.¹³⁵³ Et annet eksempel som barnekomiteen er inne på i de avsluttende merknadene til Afghanistan, er at barn som har mistet sin far, kan bli betraktet som foreldreløse. Da kan de bli adskilt fra sin mor. En slik risiko foreligger særlig hvis mor ikke går med på å gifte seg med et mannlig medlem av sin avdøde manns familie.¹³⁵⁴ Selv om det ikke er sikkert at slike forhold blir ansett å falle inn under statens plikt til å sikre retten til familieliv, er det absolutt relevant i vurderingen og vektingen av barnets beste. Barnet har, så fremt det er til dets beste, en sterk interesse i å leve sammen med sine foreldre. For øvrig har staten også en plikt til å forebygge at foreldre og barn blir adskilt, jf. BK art. 9 nr. 1, jf. art. 2.¹³⁵⁵

I neste punkt behandles utgangspunktet for vurderingen av barnets beste ved en risiko for adskillelse mellom barn og foreldre. Deretter behandles tre momenter som ofte er sentrale i vurderingen og vektingen i denne typen saker.

1351 I Norge har imidlertid barn som får videregående opplæring, rett til «særskild norskopplæring til dei har tilstrekkeleg dugleik i norsk til å følgje den vanlege opplæringa i skolen», jf. opplæringslova §§ 2-8 første ledd og 3-12.

1352 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.2.

1353 Se dette kapittelets punkt 6.9.3 om helse.

1354 CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 41. Et slikt syn på foreldrenes ansvar er for øvrig i strid med BK art. 18 nr. 1.

1355 Se også General Comment nr. 14 avsnitt 60.

6.10.2 Utgangspunktet for vurderingen

Normalt vil en adskillelse mellom barn og foreldre være meget alvorlig for barnet. Av EMD er det uttalt at «the protection of the child's best interests involves [...] keeping the family together, as far as possible».¹³⁵⁶ Uttalelsen er fra en sak om frihetsberøvelse. Som barnekomiteen får frem, gjelder imidlertid dette utgangspunktet generelt.¹³⁵⁷ Hvis myndighetenes avgjørelse kan føre til en adskillelse, må de «advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any removal of a non-national parent» for å gi effektiv beskyttelse og tilstrekkelig vekt til det berørte barnets «best interests».¹³⁵⁸ Staten må foreta en grundig undersøkelse av de *praktiske konsekvensene, gjennomførbarheten og forholdsmessigheten* av en utsending, med formålet å sikre at barnets beste gis en effektiv beskyttelse og tilstrekkelig vekt. Her er det de to førstnevnte delene av vurderingen som er relevante. Forholdsmessigheten er av betydning for avveiningssiden av barnets beste.¹³⁵⁹

Vurderingen er av EMD utdypet med at «in cases concerning family reunification, the Court pays particular attention to the circumstances of the minor children concerned, especially their *age*, their *situation in the country or countries concerned* and *the extent to which they are dependent on their parents*» (min utheving).¹³⁶⁰ De samme momentene ble trukket frem med en litt annen ordlyd i Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland.¹³⁶¹ I Boultif mot Sveits ble kriteriene ved utvisning av «settled migrants» begrunnet i straffbare forhold, utformet.¹³⁶² Av kriteriene var kun ett direkte relatert til barn; «whether there are children in the marriage and, if so, their age».¹³⁶³ Selv om EMD benyttet uttrykket «criteria», ser det ikke ut til å være vilkår som *må* være oppfylt. Det ser ut til å være elementer som, så fremt de gjør seg gjeldende, må vurderes og vektlegges. I Üner mot Nederland la EMD til to «criteria which may already be implicit in those identified in

1356 Popov mot Frankrike avsnitt 141.

1357 Barnekomiteen har uttalt at når «the child's relations with his or her parents are interrupted by migration (of the parents without the child, or of the child without his or her parents), preservation of the family unit should be taken into account when assessing the best interests of the child in decisions on family reunification», General Comment nr. 14 avsnitt 66. Se også avsnitt 58 og 60.

1358 Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

1359 Se denne bokens kapittel 7.

1360 Jeunesse mot Nederland avsnitt 118.

1361 Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 44. Se også Berisha mot Sveits avsnitt 51 og Şen mot Nederland avsnitt 40.

1362 EMDs dom 2. august 2001, *Boultif mot Sveits* avsnitt 48.

1363 Boultif mot Sveits avsnitt 48.

Boultif». ¹³⁶⁴ For det første at «the best interests and well-being of the children, in particular the seriousness of the difficulties which any children of the applicant are likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled». Dernest «the solidity of social, cultural and family ties with the host country and with the country of destination». ¹³⁶⁵ Når det gjaldt barnets beste, presiserte domstolen at det allerede var reflektert i tidligere praksis, og viste til Şen mot Nederland og Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland. ¹³⁶⁶ Henvisningen tyder på at vurderingen av hva som er til barnets beste, er ment å ta utgangspunkt i samme kriterier, både i saker om opphold og ved utvisning. ¹³⁶⁷

Hvis det er barnet som står i fare for å bli utvist eller få avslag på opphold, må vurderingen tilpasses at det er barnet som eventuelt må reise, ofte alene. Et sentralt spørsmål etter EMDs praksis blir om barnet vil oppleve *vansker* hvis det må forlate landet. Ved utvisning etter straffelovbrudd må muligheten for reintegrering tas i betraktning. ¹³⁶⁸ I tillegg blir det et spørsmål om foreldrene kan følge med barnet, og hvis ikke, hvordan omsorgssituasjonen vil bli.

Kriteriene til EMD har ulik karakter. Barnets beste er overordnet, mens de øvrige blir elementer i vurderingen. En rettighetsbasert tilnærming til barnets beste i tråd med BK art. 3 nr. 1 krever også at andre interesser og momenter tas i betraktning, så fremt de gjør seg gjeldende. I tillegg er ikke spørsmålet i utgangspunktet om barnet vil oppleve vansker hvis det må forlate Norge sammen med sin forelder, men *hvordan det innvirker på barnets interesser*, jf. BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104.

Fordelen med de kriteriene EMD har trukket frem, er at de løfter frem vurderinger som er særlig relevante i avgjørelser som kan føre til adskillelse mellom barn og foreldre. For det første *barnets situasjon i de relevante landene*. Herunder vansker barnet kan få hvis det må følge med forelderen ut av Norge, og de sosiale, kulturelle og familiære båndene i de to landene. For det andre barnets *avhengighet til sine foreldre, altså omsorgssituasjonen*. Disse vurderingene kan fange opp hvordan barnets interesser vil påvirkes. Det førstnevnte kriteriet, som vel egentlig er flere, kobler i noen grad sammen interesser som springer ut av retten til familie- og privatliv. Det får frem at noen av interessene rettighetene skal ivareta, kan tale for ulike resultat. Fokuset på spenningen mellom de interessene som skal ivaretas av retten til familie- og privatliv, er ikke overraskende, ettersom barnets beste er tolket

1364 Üner mot Nederland mot Nederland avsnitt 58.

1365 Üner mot Nederland mot Nederland avsnitt 58.

1366 Üner mot Nederland mot Nederland avsnitt 58.

1367 Se likevel uttalelsen i Salem mot Danmark avsnitt 76.

1368 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.5.2.

inn i de to rettighetene av EMD. Det fanger likevel opp noe av spenningen mellom interessene som kan gjøre seg gjeldende i denne typen saker. I de to neste punktene behandler jeg derfor først vurderingen av om barnet kan følge med hvis forelderen må forlate landet, herunder om det vil oppleve vansker i så tilfelle. Deretter behandler jeg barnets omsorgssituasjon, herunder graden av avhengigheten av forelderen. De to momentene henger nær sammen.

6.10.3 Vurderingen av om barnet kan følge med forelderen

Ofte er det klart hva som er til det beste for barnet i denne typen saker, nemlig å få bli i Norge med sine foreldre.¹³⁶⁹ Det som ikke nødvendigvis er like klart, er *hvor sterke interesser* barnet har i å få bli i landet sammen med sine foreldre. I vurderingen og vektingen av barnets beste er vansker barnet vil oppleve hvis det må forlate landet, relevante, selv om de ikke skulle være så alvorlige at de utelukker at barnet følger med forelderen. Det er nok at avgjørelsen innvirker på barnets interesser. Samtidig innvirker store vansker barnet vil oppleve, på vektingen av dets interesser og kan medføre at hva som best tjener barnets interesser, må veie tungt. Motsetningsvis er barnets interesser ofte ikke særlig tungtveiende hvis det er nokså uproblematisk for barnet å følge med forelderen/foreldrene ut av landet, selv om familien helst vil bli i Norge sammen. Slik sett gir kriteriet fra EMD noe veiledning.

Av § 38 fremkommer det ingen momenter som direkte retter seg mot en avgjørelse hvor avslag på opphold innebærer at barnet blir adskilt fra sine foreldre.¹³⁷⁰ Som i andre saker kan sosiale og humanitære forhold ved en retur vektlegges, jf. § 38 annet ledd bokstav c. Etter utlendingsforskriften § 8-5 første ledd bokstav a, b, d skal blant annet barnets behov for stabilitet og kontinuitet, hvilke språk barnets snakker og tilknytningen til familie, venner og nærmiljø i Norge og i hjemlandet, vektlegges. Disse momentene kan ha betydning for hvor sterk interesse barnet har i å bli i Norge, og dermed for om det kan følge med foreldrene. Behov for *stabilitet* og *kontinuitet* kan sikte både til stabilitet ved å bli boende på samme sted, i kjente omgivelser, og til stabilitet i omsorgssituasjonen. Stabilitet og kontinuitet kan være et underliggende moment hvis det legges til grunn at barnet ikke kan

1369 Som for eksempel i *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 119, hvor EMD uttalte at «it is obvious that their interests are best served by not disrupting their present circumstances by a forced relocation of their mother». I Rt. 2005 s. 229 avsnitt 50 legges det til grunn at utvisningen av en familiefar «åpenbart» ikke vil være til barnas beste.

1370 Hvis det eneste grunnlaget for opphold er at et avslag innebærer at barnet vil bli adskilt fra sine foreldre, er det først og fremst utlendl. § 49 som er ment å benyttes. I denne boken behandler jeg likevel kun § 38. Se bokens kapittel tre punkt 3.4.3.

følge med forelderen på grunn av utdanning, språk og sterk tilknytning til oppholdslandet.¹³⁷¹ Når utlend. § 70 også angir tilknytning som et sentralt moment, kan stabilitet og kontinuitet også her ha betydning.

Hva som skal til for at EMD legger til grunn at barna og eventuelt den andre forelderen ikke kan følge med den som må forlate landet, varierer. I EMDs dom Salem mot Danmark hadde «several of the eight children [...] serious problems, including of a psychological and educational nature», og barnas helse medførte at de ikke kunne følge med faren ved en utvisning av han.¹³⁷² Andre tungtveiende interesser gjorde imidlertid at utvisningen ikke innebar en krenkelse. I Amrollahi mot Danmark, som gjaldt utvisning av en far, ble det trukket frem at barnas mor aldri hadde vært i Iran, ikke snakket språket og ikke var muslim.¹³⁷³ Det ble lagt til grunn at selv om det ikke var umulig for moren og de to barna på seks og ett år å følge med faren, ville det gi dem åpenbare og alvorlige vansker. Vurderingen så langt knyttet seg først og fremst til moren. Moren hadde i tillegg et særkullsbarn, en tretten år gammel jente. Hun hadde bodd med moren siden hun ble født, og nektet å flytte.¹³⁷⁴ Dette ble tillagt vekt som ytterligere et moment som talte for at moren og barna ikke kunne flytte til Iran.¹³⁷⁵ Her ble dermed det ene *barnets mening vektlagt*. Når det er flere barn i familien, kan det tenkes at barna har ulik mening og ulike interesser. Ettersom det heller ikke var i de yngste barnas beste interesse å følge med faren, var ikke dette en problemstilling i denne saken.

Hvis den som er utvist, har begått vold eller overgrep mot den andre forelderen, er det neppe i barnets interesse å følge med den utviste. Et slikt eksempel er Huss-eini mot Sverige.¹³⁷⁶ Der ble det ikke drøftet om barna skulle følge med faren, som var utvist. Det var ikke aktuelt. Foreldrene var skilt, og mor og barn levde på hjemmelig adresse.¹³⁷⁷ Hvis forelderen er utvist som følge av vold og/eller overgrep mot barnet, er det også klart at det ikke er i barnets interesse følge med ved en utvisning.¹³⁷⁸ Om barnet skulle forlate Norge, måtte det eventuelt vært til en annen omsorgsperson. Det er en annen situasjon og krever en annen vurdering.

1371 Se dette kapittelets punkt 6.9.4 om utdanning og punkt 6.7 om tilknytning.

1372 Salem mot Danmark avsnitt 77.

1373 EMDs dom 11. juli 2002, *Amrollahi mot Danmark* avsnitt 41. Barnets beste ble ikke uttrykkelig nevnt i dommen.

1374 Amrollahi mot Danmark avsnitt 41.

1375 Amrollahi mot Danmark avsnitt 41. Resultatet i saken ble at en utvisning ville være uforholdsmessig og dermed krenke EMK art. 8, .

1376 EMDs dom 13. oktober 2011, *Husseini mot Sverige*.

1377 Husseini mot Sverige avsnitt 103–106.

1378 Slik situasjonen var i saken som ble behandlet i EMDs beslutning 10. april 2006, *Comert mot Danmark*.

Når foreldrene ikke er et par, er det vanskelig å se for seg at den som ikke er utvist, følger med den andre. I Nunez mot Norge hadde faren foreldreansvaret, og moren var utvist. Dermed var det uaktuelt at barna skulle følge med moren. Hvis det er uaktuelt at en forelder følger med, vil barnets familieliv bli berørt enten det blir med den utviste, eller det blir igjen i Norge med den andre forelder.

Har barnet norsk statsborgerskap, taler det for at barnet har sterke interesser i å ikke følge med forelder.¹³⁷⁹ Fordi samme momenter som ellers kan innvirke på vurderingen av barnets beste, blir vurderingen nokså lik den som må gjøres i saker hvor det ikke er risiko for adskillelse. Det kommer imidlertid et tillegselement inn, nemlig barnets rett til og sterke interesse i å leve med sin forelder. Dermed blir vurderingen og vektingen *tosidig*. På den ene siden må barnets interesser i å bli i Norge vurderes og vektes. På den andre siden må retten og behovet for å være sammen med sin forelder vurderes og vektes. Her må det tas hensyn til hvordan *barnets omsorgssituasjon* påvirkes ved en adskillelse. Disse to sidene må harmoniseres for å komme frem til hva som best tjener barnets interesser. Vurderingen vil bli tosidig også i andre saker hvor barnet har interesser i å bli i Norge, samtidig som dets forelder i utgangspunktet er pålagt å forlate landet. Det innebærer imidlertid ikke at det er konflikt mellom barnets interesser. Vurderingen blir kun tosidig i den forstand at det er to sentrale behov, som under forutsetning av at forelder må forlate landet, kan tale for ulike løsninger. Er disse interessene tungtveiende nok, kan det imidlertid være at forelder må få bli i Norge, sammen med barnet.

6.10.4 Omsorgssituasjonen

Barn i alle aldre har behov for omsorg for å oppnå en sunn og helhetlig utvikling. Denne interessen ivaretas ofte best av foreldrene. Barn har følgelig, i de fleste tilfeller, en sterk interesse i å nyte omsorg fra sine foreldre. Etter en analyse av utvalgte EMD-dommer kommer Dane frem til at vurderingen av familiesituasjonen til barnet varierer mye, også innenfor samme sakstyper, slik som utvisningssaker.¹³⁸⁰ Hun skriver at vurderingen er «något mycket individuellt».¹³⁸¹ Dette er jeg enig i. Praksis fra EMD viser at omsorgsmomentet i høy grad avhenger av de øvrige elementene som er relevante for vurderingen og vektingen av barnets beste. For eksempel alder og sårbarhet. En grundig behandling her vil derfor medføre dobbeltbehandling. Jeg nøyer meg følgelig med noen eksempler på hvordan omsorgssituasjonen kan innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste.

1379 Som i Maria-dommen og Jeunesse mot Nederland. Se denne bokens punkt 6.7.

1380 Dane (2015) s. 208.

1381 Dane (2015) s. 208.

Utlendingsforskriften § 8-5 første ledd bokstav e og f får frem at omsorgssituasjonen i Norge og ved en retur er relevant og må vektlegges i saker etter § 38 som berører barn. Selv om det ikke følger uttrykkelig av § 70, er det sentralt også i utvisningssaker.¹³⁸² Særlig relevant er omsorgssituasjonen når barnet har sterke interesser i å ikke forlate Norge, mens en eller begge foreldrene er utvist eller har fått avslag på opphold. Det samme gjelder hvis barnet er utvist eller har fått avslag på opphold, mens en eller begge foreldrene vil bli igjen i Norge. Ved sykdom hos forelderen kan omsorgssituasjonen påvirkes negativt, selv om barnet og forelderen sammen må forlate Norge.¹³⁸³

Hvordan omsorgssituasjonen påvirkes av en adskillelse, beror både på hvordan den har vært frem til vedtaket, og hvordan den vil bli etter vedtaket. Det er følgelig nødvendig å se både fremover og bakover. Et sentralt spørsmål er hvilken rolle forelderen eller foreldrene har hatt frem til avgjørelsen. I Nunez mot Norge startet EMD-vurderingen med morens forhold til barna.¹³⁸⁴ Det ble trukket frem at barna fra fødselen og frem til barnefordelingssaken hadde bodd sammen med moren. Hun hadde følgelig vært barnas *primære omsorgsperson*. Sammen med faren var hun den viktigste personen i barnas liv. Den mulige adskillelsen hadde allerede påvirket barna negativt, noe som ble vektlagt av domstolen.¹³⁸⁵ Hvis den utviste forelderen har hatt hovedansvaret eller mye av ansvaret for den daglige omsorgen for barnet, taler det ofte for at barnet har sterke interesser i fortsatt omsorg fra forelderen.¹³⁸⁶

I sin analyse av EMD-dommer har Dane funnet at domstolen legger liten vekt på små barns behov for *stabil og trygg tilknytning* til sine foreldre i utvisningssaker, sammenlignet med i enkelte andre typer saker.¹³⁸⁷ Som jeg er inne på i punktet om alder, fokuserer domstolen gjerne på om barnet er i en tilpasningsdyktig alder. Det er vanskelig å finne dommer i utlendingssaker hvor det uttrykkelig fokuseres på barnets behov for stabilitet i relasjonen til sine foreldrene. Stabilitet kan imidlertid være et underliggende moment når det vektlegges at barnet har behov for å ha forelderen i landet sammen med seg. Dette så ut til å være tilfellet i Nunez mot Norge og Kaplan med flere mot Norge.¹³⁸⁸

I Jeunesse mot Nederland ble det vektlagt at moren var den primære og faste omsorgspersonen for barna.¹³⁸⁹ Foreldrene bodde sammen, men faren jobbet full-

1382 Se Rt. 2011 s. 948 avsnitt 51, 58–59 og 63.

1383 Se punkt 8.3.3.

1384 Nunez mot Norge avsnitt 79.

1385 Nunez mot Norge avsnitt 84.

1386 Se for eksempel Rt. 2011 s. 948 avsnitt 51, 58–59 og 63.

1387 Dane (2015) s. 209.

1388 Slik som i Nunez mot Norge og Kaplan med flere mot Norge.

1389 Jeunesse mot Nederland avsnitt 119.

tid og i skift. Han var derfor borte en del, også på kveldstid.¹³⁹⁰ Både i Nunez mot Norge og Jeunesse mot Nederland hadde barna også fedre som kunne tatt seg av dem hvis mødrene måtte forlate landet. I begge sakene var barnas fedre viktige omsorgspersoner. Vurderingen knyttet seg følgelig ikke bare til barnets behov for omsorg på et fysisk plan. Dette kunne de også fått av den gjenværende forelder. Vurderingen så ut til å knytte seg vel så mye til de emosjonelle båndene, behovet for nærhet og tilknytning til forelder som risikerte å bli utvist. Det er viktig. Barnets sterke behov for omsorg omfatter ikke bare fysisk omsorg. Omsorg er viktig for barnets helhetlige utvikling. Stabil og trygg tilknytning er i barnets interesser i utlendingssaker, i likhet med i andre saker. Hvor tungtveiende barnets interesser i en stabil og trygg tilknytning er, kan variere, blant annet ut fra alder og sårbarhet.

I Kaplan med flere mot Norge, hvor det var faren som skulle utvises, la EMD til grunn at det yngste barnet i familien hadde sterke og nære bånd til faren, men at hun hadde tilbrakt mest tid med moren, ettersom faren jobbet.¹³⁹¹ Selv om moren hadde hatt en større andel av ansvaret for omsorgen, ble behovet for omsorg fra faren tillagt stor vekt. Her var det snakk om både et fysisk behov for omsorg begrunnet i at moren var utslitt, og at barnet hadde særskilte behov, og at hun hadde sterke bånd til faren.

Når forelder er alene om omsorgen, er ofte barnets behov for fortsatt omsorg tungtveiende. Hvor tungtveiende må som ellers vurderes konkret. Illustrerende er Maria-dommen, hvor retten uttalte følgende:

B er best tjent med å ha moren som sin viktigste omsorgsperson. Dette støttes ikke bare av den alminnelige presumsjonen for at barn har det best når de kan vokse opp med sine foreldre. Det materialet som har vært lagt frem for Høyesterett, tilsier at mor og datter er sterkt forbundet, og at A ivaretar sine omsorgsforpliktelser overfor B på den beste måte, forholdene tatt i betraktning. For B finnes det ikke noen alternativ til morens omsorg. Utvisning av moren alene, kombinert med at barnevernet overtar omsorgen for B, legger jeg i det videre til grunn som uaktuelt.¹³⁹²

Retten konkluderer etter en lengre drøftelse av mulige konsekvenser for barnet at «Bs interesser taler etter mitt syn klart og med stor tyngde for at B må bli værende i Norge og at moren, som hennes eneste omsorgsperson, ikke kan utvises».¹³⁹³ At

1390 Jeunesse mot Nederland avsnitt 119.

1391 Kaplan med flere mot Norge avsnitt 97.

1392 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 73.

1393 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 79.

moren var den eneste omsorgspersonen, veide tungt og ble ytterligere forsterket av det nære båndet til barnet.

I HR-2019-2286-A, som gjaldt utvisning av en mor, la retten vekt på at barnas far var en stabil omsorgsperson som barna var knyttet til, om enn ikke like sterkt som til moren. At utvisningen ville påvirke barnas omsorgssituasjon negativt, synes likevel klart. Høyesterett kom imidlertid til at utvisningen ikke ville krenke barnas rett til familieliv, men dommen er klaget inn for EMD.¹³⁹⁴

I de dommene jeg har behandlet her, har det vært forelderen som eventuelt måtte forlate landet. Vurderingen av omsorgsbehovets betydning vil kunne ha mange fellestrekk når det er barnet som eventuelt må reise. Hvis barnet er utvist etter et straffelovbrudd, må det imidlertid vurderes hvordan en endring i omsorgssituasjonen kan påvirket barnets reintegrering, i tråd med det som ellers gjelder ved utvisning av barn. Et spørsmål som gjør seg gjeldende både i saker hvor barnet eventuelt må reise ut av landet, og i saker hvor foreldrene må reise, er hvem som skal gi barnet omsorg i så tilfelle. Når forelderen har oppholdstillatelse, men ikke barnet, har barnet ofte fått omsorg fra andre familiemedlemmer i opprinnelseslandet. Behovet for omsorg fra foreldrene kan likevel veie tungt, slik som i Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland.¹³⁹⁵

I vurderingen av omsorgsbehovet må det tas utgangspunkt i at barn *normalt har et sterkt behov for omsorg fra sine foreldre*. Dette utgangspunktet gjelder både for yngre og eldre barn. I vurderingen av hvor tungtveiende interesser barnet har i få bli i Norge, sammen med forelderen eller foreldrene, vil interessene barnet har i få bli i Norge, spille inn. I tillegg har muligheten til å holde kontakt ved en eventuell adskillelse betydning.

6.10.5 Mulighet til å opprettholde kontakt med foreldrene ved en adskillelse

6.10.5.1 Rettigheter av betydning

Etter BK art. 9 nr. 3 skal staten «respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests».¹³⁹⁶ Barnet har følgelig rett til *regelmessig, og direkte kontakt* med begge sine foreldre.

¹³⁹⁴ Se EMDs kommunikasjonssak 11. mars 2020, Alleleh med flere mot Norge. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-202233%22%5D%7D>

¹³⁹⁵ Se punkt 6.5.

¹³⁹⁶ Se også BK art. 20 nr. 1 og 22 nr. 2 annen setning om andre forpliktelser staten har når barn og foreldre er adskilt.

Begrepet «relations» tyder på at barnet må gis mulighet til kontakt og samvær med sine foreldre. I «regular basis» ligger et krav om at kontakten ikke kan være for sporadisk eller sjelden. Regelmessighet er kanskje særlig viktig for yngre barn fordi de har behov for forutsigbarhet, men kan nok også være av stor betydning for eldre barn. Det kan skape forutsigbarhet ved en adskillelse som kan være krevende, hvor barnet i liten grad kan påvirke situasjonen. Kravet om «direct contact» innebærer at barnet må kunne møte foreldrene sine. Det utelukker bruk av telefon og internettløsninger som Skype og e-post alene, men slike løsninger kan være nyttige som et tillegg til direkte kontakt.

At det i art. 9 nr. 3 slås fast at staten skal «respect» rettigheten, innebærer, som Doek påpeker, ikke at staten bare har en negativ forpliktelse.¹³⁹⁷ Bestemmelsen må tolkes i overensstemmelse med BK art. 2. Doek eksemplifiserer statens positive plikt med at barnets må gis «adequate opportunities» til kontakt med en fengslet forelder. Eksemplet har paralleller til saker hvor en forelder har fått avslag på opphold og/eller er blitt utvist.

Av BK art. 10 nr. 2, som gjelder når barn og foreldre bor i forskjellige stater, følger det at barnet «shall have the right to maintain on a regular basis, save in exceptional circumstances personal relations and direct contacts with both parents». Unntak kan altså bare gjøres når det foreligger usedvanlige omstendigheter. Det tilsier at terskelen er høy, noe som sammen med art. 9 gjenspeiler barnets sterke interesser i å kunne møte sine foreldre jevnlig. Barnets sterke interesse gjenspeiles også i noen grad av EMK art. 8. I ordlyden «family life» ligger det at familien har rett til å *leve* sammen, og EMD har slått fast at «the mutual enjoyment by parent and child of each other's company» er en grunnleggende del av retten.¹³⁹⁸ Et inngrep eller en unnlattelse av å sikre retten kan bli mindre inngripende hvis barn og foreldre kan opprettholde personlig kontakt, noe som kan innvirke på forholdsmessighetsvurderingen.

Som art. 9 nr. 3 tar høyde for, kan det være unntak hvor det ikke er til barnets beste å ha kontakt med forelderen. Barnekomiteen har understreket at art. 9 nr. 3 «extends to any person holding custody rights, legal or customary primary caregivers, foster parents and persons with whom the child has a strong personal relationship».¹³⁹⁹

1397 Doek (2006) s. 28.

1398 Se uttalelsen i EMDs storkammerdom 13. juli 2000, *Elsholz mot Tyskland* avsnitt 43, som riktignok ikke er en utlendingssak. Barn kan selvsagt også ha en svært nær tilknytning til andre enn sine foreldre. Retten til familieliv kan gjelde også her. Dane har gode betraktninger rundt hvorfor vurderingene av muligheter for kontakt mellom barn og foreldre i utvisningssaker skiller seg fra andre typer saker, Dane (2015) s. 213.

1399 General Comment nr. 14 avsnitt 60.

Barnets mulighet til å ha kontakt med noen av de her nevnte, kan også være relevant i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Her fokuserer jeg likevel på forholdet mellom barn og foreldre.

De ulike rettighetene gjenspeiler at barnet har *sterke interesser i å kunne møte sine foreldre jevnlig*. Utgangspunktet er dermed at hvis barnet ikke kan følge med sine foreldre, vil det være til dets beste å ha mulighet til regelmessig og personlig kontakt. I det følgende punktet utdyper jeg noe nærmere hvordan barnets sterke interesse i å opprettholde personlig og regelmessig kontakt kan innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste.

6.10.5.2 Ulike måter barnet kan opprettholde kontakt med sin forelder på

Både i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning har barn normalt sterke interesser i personlig og regelmessig kontakt med sine foreldre. Fordi en utvisning vedtas med et innreiseforbud, må barn i slike saker kunne *besøke forelderen* hvis han eller hun er utvist, og motsatt hvis barnet er utvist, for å kunne ha personlig kontakt. Vurderingen blir da snevret inn til ett alternativ. Ved avslag på opphold stenger ikke et innreiseforbud for at barn og foreldre *besøker hverandre*. Det er imidlertid ikke sikkert at forelderen eller barnet vil få visum.¹⁴⁰⁰

På lignende måte som for omsorgsbehovet kan det ha betydning hvordan kontakten mellom barnet og forelderen var før avgjørelsen. I Joseph Grant mot Storbritannia hadde klageren fire barn, hvorav ett var mindreårig, en tolv år gammel jente.¹⁴⁰¹ Domstolen trakk frem at han aldri hadde bodd sammen med sine barn.¹⁴⁰² Det ble lagt til grunn at selv om en utsending nok ville ha en forstyrrende effekt på jenta, så ville det ikke ha samme innvirkning som hvis de hadde levd sammen som en familie.¹⁴⁰³ Videre ble det vektlagt at de kunne holde kontakt via telefon og e-post, og at det ikke var noe som hindret barnet å besøke faren.¹⁴⁰⁴ Barnets beste ble ikke uttrykkelig behandlet.¹⁴⁰⁵ Når faren aldri hadde bodd sammen med barnet, er det ikke overraskende at det ble vektlagt at kontakt kunne opprett-

1400 Se utlendl. §§ 9, 10 og 11.

1401 EMDs dom 8. januar 2009, *Joseph Grant mot Storbritannia*. Klageren ble født på Jamaica og kom til Storbritannia som fjortenåring for å bo sammen med sin mor. Han hadde levd store deler av livet sitt i Storbritannia da han ble utvist etter en rekke lovbrudd i en alder av 45.

1402 Joseph Grant mot Storbritannia avsnitt 40.

1403 Joseph Grant mot Storbritannia avsnitt 40.

1404 Joseph Grant mot Storbritannia avsnitt 40.

1405 Barnets beste er kun nevnt i et sitat over momenter domstolen må ta stilling til i vurderingen av om et inngrep er nødvendig i et demokratisk samfunn, Joseph Grant mot Storbritannia avsnitt 37.

holdes via telefon, e-post og besøk. Faren var ikke en sentral omsorgsperson for barnet.¹⁴⁰⁶ Har foreldereren hatt en mindre sentral rolle i barnets liv, kan det være barnet ikke har tungtveiende interesser i hyppig kontakt.¹⁴⁰⁷ Dette henger sammen med hvordan forelderens rolle i barnets liv er ment å være fremover.

Dersom barnet uansett utfall av saken ikke skal bo sammen med foreldereren, men kun ha *samvær*, kan det være at besøk dekker behovet for kontakt.¹⁴⁰⁸ I HR-2017-2376 var en problemstilling om et avslag på opphold etter utlendl. § 49 var ugyldig fordi det i strid med retten til familielivet.¹⁴⁰⁹ Mannen hadde et barn født i 2009, som hadde vært under barnevernets omsorg siden fødselen. Samvær var satt til to timer uten tilsyn, fire ganger i året. I sine vurderinger la UNE til grunn at «barnets beste i denne saken er at samværet gjennomføres og at klageren er i Norge de 4 gangene i året det er aktuelt med samvær».¹⁴¹⁰ Nemnda trakk frem størrelsen og hyppigheten av samværet og at «kontakten kan oppretthaldast via telefon og internett».¹⁴¹¹ Det begrensede samværet og at faren ikke var utvist, medførte at besøk var en gjennomførbar løsning som kunne ivareta barnets beste. I saken som ble behandlet i Udeh mot Sveits, hadde faren samvær med sine døtre minst en ettermiddag hver andre uke.¹⁴¹² Av EMD ble det lagt til grunn at det beste for barna ville være at faren fikk bli i Sveits, og det ble tillagt nokså stor vekt.¹⁴¹³ Hvor hyppig samværet skal være, er av betydning og kan nok gjenspeile hvordan relasjonen har vært frem til avgjørelsen.

Hvis barnet har et nært forhold til foreldereren, slik som i Nunez-dommen, kan det være at besøk i liten grad ivaretar barnets behov for fortsatt omsorg og direkte

1406 Hvis han hadde vært en sentral omsorgsperson, kunne resultatet fort blitt et annet. Se for eksempel Omjodi mot Storbritannia avsnitt 46, hvor det ser ut til at EMD la til grunn at kontakt gjennom brev og telefon ikke ville bøte tilstrekkelig på den negative effekten inngrepet i familielivet vil få.

1407 Et familieliv vil likevel normalt eksistere, men utvisningen blir mindre inngripende, og dermed kreves det heller ikke like hyppig kontakt for at den skal regnes som forholdsmessig. At familieliv eksisterer selv om barnet ikke bor sammen med foreldrene, er lagt til grunn i flere dommer fra EMD, for eksempel EMDs dom 24. april 1996, *Boughanemi mot Frankrike* avsnitt 35.

1408 Om samvær i utlendingssaker, se også Sandberg (2020b) s. 347.

1409 Oppholdstillatelse for foreldre som skal ha samvær med barn, er regulert i utlendl. § 45. Bestemmelsen gjelder kun når barnet «bor fast sammen med den andre av foreldrene i riket», jf. § 45 første ledd. I tillegg følger flere vilkår, herunder at det er utøvd samvær av et visst omfang. I saken var ikke vilkårene i § 45 oppfylt, og § 49 måtte følgelig vurderes. Høyesterett kom til at vedtaket var gyldig.

1410 HR-2017-2376 avsnitt 50.

1411 HR-2017-2376 avsnitt 51.

1412 Udeh mot Sveits avsnitt 50.

1413 Udeh mot Sveits avsnitt 52–55.

kontakt med forelderen. Da saken i Nunez-dommen ble behandlet av Høyesterett, la retten til grunn at barnas far ville sørge for at de fikk besøke moren, særlig i sommer- og juleferiene.¹⁴¹⁴ Til det uttalte EMD at barna uansett ville være separert fra moren i minst to år, og at det var lenge for barn i deres alder. Deres sårbarhet ble også nevnt.¹⁴¹⁵ Argumentasjonen tyder på at sporadiske besøk ikke ville være nok for å bøte på skadene en adskillelse ville medføre, og dermed hadde barna tungtveiende interesser i at moren fikk bli.¹⁴¹⁶ Et mindretall på to dommere vektla imidlertid at dagens kommunikasjon kan bidra til å gjøre en utvisning mindre byrdefull, enn et fengselsopphold.¹⁴¹⁷ Mindretallet tok ikke i betraktning barnas alder og sårbarhet, og vurderingene deres virket nokså generelle. At *moderne kommunikasjon* kan bidra til at foreldre og barn kan holde kontakt lettere enn før, er likevel et poeng. I Joseph Grant mot Storbritannia var det nok en løsning som kunne bidra til å ivareta barnets interesser. Når barna derimot hadde så stort behov for omsorg fra sin mor som i Nunez mot Norge, er det vanskelig å se at en slik løsning kunne vært tilstrekkelig til å ivareta barnas tungtveiende behov.

Sporadiske besøk, supplert med kontakt via telefon eller e-post, er ikke helt i tråd med BK art. 9. Barnekomiteen har fremhevet små barn «form strong emotional attachments to their parents or other caregivers, from whom they seek and require nurturance, care, guidance and protection».¹⁴¹⁸ Dette kan ikke gjøres via e-post eller Skype. Omsorg kan ikke utøves primært ved hjelp av e-post eller Skype, heller ikke for eldre barn. Veiledning, pleie, omsorg og beskyttelse krever at forelderen er *fysisk til stede* i barnets liv. Rettighetene som er gjennomgått i punktet over, viser at regelmessig og personlig kontakt mellom barn og foreldre er viktig, og noe staten er forpliktet til å legge til rette for. Dane har påpekt at EMD ikke vurderer konsekvensene av at barnet ikke har mulighet til å møte forelderen regelmessig, i utvisningssaker.¹⁴¹⁹ Hun påpeker at dette gjøres i andre sakstyper.¹⁴²⁰ Under henvisning til en rekke dommer har hun konstatert at EMD enten har vurdert det slik at utvisningen umuliggjør kontakt og følgelig krenker art. 8, eller så nøyer domstolen seg med å slå fast at besøk er mulig.¹⁴²¹ Et eksempel på det sistnevnte

1414 Nunez mot Norge avsnitt 81.

1415 Nunez mot Norge avsnitt 81.

1416 Se også Rodrigues Da Silva og Hoogkamer mot Nederland avsnitt 42. Her la EMD til grunn at å nekte moren opphold og å utvise henne ville bryte de tette båndene mellom moren og datteren, fordi det ville være umulig for dem å opprettholde regelmessig «regular» kontakt.

1417 Nunez mot Norge dissenterende dommer Miljovć og Gaetano avsnitt 6.

1418 General Comment nr. 7 avsnitt 6 bokstav (b). Se også avsnitt 18 i samme kommentar.

1419 Dane (2015) s. 215.

1420 Dane (2015) s. 215.

1421 Dane (2015) s. 215.

er Darren Omoregie med flere mot Norge. Saken gjaldt spørsmålet om en utvisning av en nigeriansk statsborger med familie i Norge, herunder ett barn, innebar en krenkelse av EMK art. 8. Her la EMD til grunn at den utviste kone og barnet kunne besøke faren i Nigeria.¹⁴²² Barnet var da under to år. Regelmessigheten ved slike besøk ble ikke problematisert. Den manglende problematiseringen skyldes muligens EMDs standpunkt om at barnet og moren kunne følge med faren.¹⁴²³ Det vies imidlertid lite oppmerksomhet til barnets interesser.

Å reise regelmessig kan være dyrt. I en del saker er det den utviste som har jobbet og gitt familien en fast inntekt.¹⁴²⁴ Det kan gi en *økonomi* som ikke tillater lange reiser. Et annet poeng er at barnets eller den gjenværende forelderens *helse* kan gjøre regelmessige reiser vanskelig. I Salem mot Danmark hadde den utviste åtte barn mellom fem og seksten år, hvorav «several of the eight children had serious problems, including of a psychological and educational nature».¹⁴²⁵ Det var lagt inn betydelig arbeid med å lære disse barna «normal social behaviour».¹⁴²⁶ Av EMD ble det slått fast at klageren «has not pointed to any obstacles for the children to visit him in Lebanon or for the family to maintain contact via the telephone or the internet».¹⁴²⁷ Ut fra det som kommer frem om barnas problemer, må det imidlertid kunne legges til grunn at å reise på besøk fra Danmark til Libanon må bli nokså strevsomt for både barna og moren. At dette ikke ble vurdert nærmere, kan imidlertid skyldes at faren ikke hadde underbygget at han hadde en sentral rolle i barnas liv, eller at utvisningen ville ha negativ innvirkning på barnas beste.

I Kaplan med flere mot Norge ville en utvisning av faren resultert i en fem års splittelse av familien. Den eneste måten barna kunne møte faren på, var ved å reise til Tyrkia.¹⁴²⁸ At et av barna var sykt, moren var utslitt og fungerte dårlig i hverdagen, og at det kun var faren som hadde vært i lønnet arbeid, var imidlertid forhold som talte for at det å reise kunne bli vanskelig. Høyesterett, som kom til at utvisningen ikke var uforholdsmessig, uttalte likevel flere ganger at familiekontakten kunne opprettholdes ved besøk til Tyrkia.¹⁴²⁹ Heller ikke EMD vurderte muligheten for besøk noe nærmere, men domstolen kom til at utvisningen ville være uforholdsmessig og dermed krenke art. 8.¹⁴³⁰ I Osman mot Danmark ble *praktiske* og

1422 Darren Omoregie med flere mot Norge avsnitt 66.

1423 Darren Omoregie med flere mot Norge avsnitt 66.

1424 Se for eksempel Kaplan med flere mot Norge avsnitt 97.

1425 Salem mot Danmark avsnitt 77.

1426 Salem mot Danmark avsnitt 77.

1427 Salem mot Danmark avsnitt 81.

1428 Kaplan med flere mot Norge avsnitt 97 med henvisninger til avsnitt 27 og 45.

1429 Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 88, 90 og 92.

1430 Domstolen nevner kun muligheten til besøk i én setning, Kaplan med flere mot Norge avsnitt 97.

økonomiske hindringer vektlagt. Danske myndigheter hadde vektlagt at jenta ikke hadde sett moren på fire år.¹⁴³¹ Til det uttalte EMD at «the fact that the applicant's mother did not visit the applicant in Kenya, or that mother and child apparently had very limited contact for four years, can be explained by various factors, *including practical and economical restraints*, and can hardly lead to the conclusion that the applicant and her mother did not wish to maintain or intensify their family life together» (min utheving).¹⁴³² Domstolens poeng her er viktig. I tillegg kommer at barn oftest er avhengige av at foreldrene legger til rette for besøk. Av disse grunnene bør det vurderes nøye hvorvidt det er gjennomførbart med besøk i saker hvor det er eneste mulighet for direkte kontakt mellom barnet og forelderen.

Hvis forelderen er utvist til et land hvor levestandarden er utilstrekkelig, kan det være at det ikke er til barnets beste å reise på besøk. Kombinert med et innreiseforbud for forelderen, slik at besøk til Norge er utelukket, blir det vanskelig for barn å opprettholde kontakten med foreldrene. Dersom det er forhold som gjør det vanskelig for barnet å besøke forelderen, må det være tungtveiende i vurderingen og vektingen av barnets beste. At barnet har rett til personlig og regelmessig kontakt, gjør at muligheten for dette må vurderes og vektlegges. Er det ikke mulig med personlig og regelmessig kontakt, må det normalt være meget tungtveiende i vurderingen og vektingen av barnets beste.

6.11 SÅRBARHET

6.11.1 Innledning

Barn er normalt mer sårbare enn voksne, noe som er en del av begrunnelsen for at de har egne rettigheter.¹⁴³³ Manglende psykisk og fysisk modenhet og avhengighet av omsorg, beskyttelse og opplæring for en helhetlig utvikling er faktorer som kan gjøre barn sårbare.¹⁴³⁴ Det er imidlertid store variasjoner i graden av avhengighet til andre og hvor sårbart et barn er, blant annet ut fra alder og modenhet. Som

1431 Osman mot Danmark avsnitt 74.

1432 Osman mot Danmark avsnitt 74. Se også denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.2.

1433 Se barnekonvensjonens fortale. Se videre for eksempel Van Bueren (1998) s. 1–6 og s. 15 og Dok. 16 (2011–2012) s. 186. Se imidlertid drøftelsen i Jonathan Herring, *Vulnerability, Childhood and the Law*, Sveits 2018. Se videre Jaap E. Doek, «The Human Rights of Children: An Introduction», i *International Human Rights of Children*, Sveits 2019 s. 3–29 (s. 12–13) for andre begrunnelser for en egen konvensjon, med egne rettigheter for barn.

1434 Dok. 16 (2011–2012) s. 186 og Sigurdson (2018) s. 297. Sigurdson påpeker at avhengighet til andre ikke trenger føre til sårbarhet, men at det alltid vil være knyttet usikkerhet til hvordan omsorgen for barnet gjennomføres, Sigurdson (2018) s. 297.

Sigurdson påpeker, er barn heller ikke sårbare i enhver sammenheng.¹⁴³⁵ At noen barn er mer sårbare enn andre, skyldes ikke alltid en vedvarende tilstand, men kan være situasjonsutløst og/eller midlertidig.¹⁴³⁶ Det kan skyldes ytre omstendigheter som truer barnet (external elements), eller det kan være forhold ved barnet som påvirker dets muligheter til å beskytte seg selv mot slike omstendigheter (internal elements).¹⁴³⁷

Sigurdson advarer mot at ved å fokusere på sårbarhet er det en risiko for å tilsløre barnets ressurser.¹⁴³⁸ Å fokusere på om barnet er i en sårbar situasjon, ikke om barnet er sårbart, kan redusere denne risikoen noe. Samtidig vil det å utelukkende fokusere på situasjonen barnet er i, tilsløre at barn har ulike behov. Når det i en barnets beste-vurdering må tas stilling til om barnet er sårbart eller i en sårbar situasjon, er det for å sørge for at barnet får ivaretatt sine rettigheter og interesser, tilpasset *sitt behov*. Om et barn må anses som sårbart, eller meget sårbart, må vurderes konkret med utgangspunkt i barnet og situasjonen det er i.

I de neste punktene behandler jeg forhold som kan medføre at et barn er sårbart eller er i en sårbar situasjon, og hvilken betydning det kan ha for vurderingen og vektingen av barnets beste. Enslige barn som søker opphold eller står i fare for å bli utvist, behandler jeg særskilt, siden det er særlig aktuelt for temaet i boken.

6.11.2 Ulike forhold som kan medføre at barnet er sårbart eller i en sårbar situasjon

Ifølge barnekomiteen er formålet med å vurdere barnets sårbarhet i sammenheng med barnets beste å sikre «full enjoyment of all the rights provided for in the Convention».¹⁴³⁹ Og videre å sikre «other human rights norms related to these specific situations, such as those covered in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the Convention relating to the Status of Refugees, among others».¹⁴⁴⁰ Alle barn har rett til å få sine rettigheter respektert og sikret, uavhengig av sårbarhet. Enkelte typer sårbarhet kan imidlertid gjøre at noen særskilte rettigheter kommer til anvendelse. Vurderingen av barnets beste må derfor gjøres på en måte som avdekker om noen særrettigheter kommer til anvendelse.

1435 Sigurdson (2018) s. 297.

1436 Barnekomiteen ser ut til å fokusere på om barnet er i en sårbar situasjon i General Comment nr. 14 avsnitt 75.

1437 Herring (2018) s. 10.

1438 Sigurdson (2018) s. 298.

1439 General Comment nr. 14 avsnitt 75.

1440 General Comment nr. 14 avsnitt 75.

Barn som *søker beskyttelse* eller av andre grunner *befinner seg i en migrasjonsprosess*, anses for å være i en sårbar situasjon.¹⁴⁴¹ Av EMD er det lagt til grunn at uavhengig av om barna følger med sine foreldre, er det «important to bear in mind that the child's extreme vulnerability is the decisive factor and takes precedence over considerations relating to the status of illegal immigrant».¹⁴⁴² Hva som regnes som «illegal migrant», er ikke helt klart. Familien i saken hvor EMD kom med formuleringen, var asylsøkere. Barn som søker beskyttelse eller av andre grunner er i en migrasjonsprosess, kan være sårbare både sammenlignet med andre barn og sammenlignet med voksne i samme situasjon. Som EMD har lagt til grunn, har barn «specific needs that are related in particular to their age and lack of independence, but also to their asylum-seeker status».¹⁴⁴³ Om asylsøkere generelt har EMD trukket frem at det er bred konsensus om at de er en underprivilegert og sårbar gruppe som trenger spesiell beskyttelse.¹⁴⁴⁴ I tråd med at asylsøkende barn anses som sårbare, er enkelte av deres interesser beskyttet etter BK art. 22.

I General Comment nr. 3/22 er det nevnt at alle stadier av en «migratory process a child's right to life and survival may be at stake».¹⁴⁴⁵ Det trekkes videre frem at migrasjonsprosessen «can pose risks, including physical harm, psychological trauma, marginalization, discrimination, xenophobia and sexual and economic exploitation, family separation, immigration raids and detention».¹⁴⁴⁶ Dette er forhold som kan skade barnets helhetlige utvikling, blant annet ved at de kan føre til vedvarende stress, psykisk sykdom eller traume. Barna kan ha opplevd en dramatisk og/eller krevende flukt, og ofte kommer de til et land hvor de verken kjenner språk, kultur eller har noen tilknytning. Foreldrene eller andre omsorgspersoner kan i tillegg være preget av hendelser i hjemlandet eller under flukten. Å vente på en avklaring av om barnet og/eller foreldrene får bli i Norge, kan også være en påkjenning, medføre stress og i verste fall psykisk sykdom hos både foreldre og

1441 General Comment nr. 12 avsnitt 123, General Comment nr. 14 avsnitt 75, General Comment nr. 3/22 avsnitt 3 og Tarakhel mot Sveits avsnitt 119. I tråd med dette inneholder BK en egen bestemmelse, art. 22, om asylsøkende barns rettigheter. Ettersom utlendl. § 38 er subsidiær til § 28 om asyl, er barn som blir berørt i en sak om opphold på humanitært grunnlag, oftest asylsøkere, eller har vært asylsøkere. De forholdene som gjør at asylsøkende barn regnes for å være i en sårbar situasjon, gjør seg derfor ofte også gjeldende ved en barnets beste-vurdering i et vedtak etter § 38. I en del utvisningssaker, og særlig der hvor den utviste ikke har oppholdstillatelse, kan situasjonen være nokså lik.

1442 Popov mot Frankrike avsnitt 91, M.M og K.M mot Belgia avsnitt 55 og Tarakhel mot Sveits avsnitt 99.

1443 Popov mot Frankrike avsnitt 91.

1444 Tarakhel mot Sveits avsnitt 97.

1445 General Comment nr. 3/22 avsnitt 40.

1446 General Comment nr. 3/22 avsnitt 40.

barn.¹⁴⁴⁷ Barn som blir berørt av vedtak etter utlendl. § 38, er enten selv eller nær knyttet til noen som er i en migrasjonsprosess. Også ved utvisning når barnet og/eller foreldrene ikke har opphold, kan barnet være i en migrasjonsprosess eller bli berørt av en. Hvorvidt det er treffende å beskrive utvisning av utlendinger med oppholdstillatelse som en migrasjonsprosess, kan diskuteres. Flere av risikofaktorene som er nevnt i kommentaren, kan uansett også gjøre seg gjeldende i utvisningssaker hvor barnet og/eller foreldrene har oppholdstillatelse. Barnet og/eller dets familie har i tillegg normalt vært i en migrasjonsprosess tidligere, før opphold ble innvilget.¹⁴⁴⁸

I tillegg til de som allerede er nevnt, er det i General Comment nr. 4/23 trukket frem andre *faktorer som kan øke sårbarheten*. Disse er at barna er «undocumented, stateless, unaccompanied or separated from their families».¹⁴⁴⁹ Dette kan gi økt risiko for ulike former for vold «including neglect, abuse, kidnapping, abduction and extortion, trafficking, sexual exploitation, economic exploitation, child labour, begging or involvement in criminal and illegal activities, in countries of origin, transit, destination and return».¹⁴⁵⁰ Slike forhold er åpenbart ikke i barns interesser, og noe de har behov for beskyttelse mot. Barnekomiteen har også trukket frem at om barnet tilhører en «minority group», har vært «victim of abuse» eller «living in a street situation», kan påvirke dets sårbarhet.¹⁴⁵¹

Graden av sårbarhet vil nok variere selv om slike forhold foreligger, blant annet ut fra hvilke land barnet befinner seg i, hvilke land det risikerer å måtte bosette seg i, alder og psykiske og fysiske helse.¹⁴⁵² Andre forhold som er antatt at kan innvirke på sårbarheten til barn spesifikt i migrasjonssituasjoner, er «gender; sexual orientation or gender identity; religion; disability; migration or residence status; citizenship status; age; economic status; political or other opinion; or other status».¹⁴⁵³ Mange av disse faktorene henger sammen med risikoen for diskriminering.¹⁴⁵⁴ *Diskriminering* setter barn i en sårbar situasjon, ettersom det innebærer at barn ikke får ivaretatt sine rettighetsbeskyttede interesser. De forholdene komiteen har trukket frem, kan innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste i saker om opphold og utvisning, blant annet fordi barn i slike saker ofte risikerer

1447 Se for eksempel Kaplan med flere mot Norge og Nunez mot Norge. Se også Rt. 2009 s. 534 avsnitt 90.

1448 Utvisning av noen som er født i Norge og senere har hatt fast bopel her, er ikke lov, jf. utlendl. § 69 annet ledd.

1449 General Comment nr. 4/23 avsnitt 39.

1450 General Comment nr. 4/23 avsnitt 39.

1451 General Comment nr. 14 avsnitt 75.

1452 Alder er blant annet trukket frem i Tarakhel mot Sveits avsnitt 99 og 119. Se også General Comment nr. 14 avsnitt 75–76 og General Comment nr. 3/22.

1453 General Comment nr. 3/22 avsnitt 3.

1454 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.2 og dette kapittelets punkt 6.6.

å måtte forlate Norge og reise til land hvor det kan være store mangler på ordninger som skal beskytte dem.¹⁴⁵⁵

Barn med *nedsatt funksjonsevne* anses å tilhøre en av de mest sårbare gruppene barn.¹⁴⁵⁶ Flere av komiteens avsluttende merknader viser at denne gruppen barn er svært sårbare, blant annet fordi disse barna i mange land blir utsatt for diskriminering.¹⁴⁵⁷ Sårbarheten til denne gruppen barn gjør at de har sterkere interesser på noe områder enn andre barn, og i tråd med dette har de enkelte særskilte rettigheter, blant annet i BK art. 23.¹⁴⁵⁸ I FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsett funksjonsevne art. 7 fremgår rettigheter til «Children with disabilities».¹⁴⁵⁹ Barnets beste følger av annet ledd, mens av tredje ledd følger retten til å bli hørt. Det er presisert at barnet må bli «provided with disability and age-appropriate assistance to realize that right». Dette er viktig. Sammen med ikke-diskrimineringsretten kan dette bidra til å utjevne noe av sårbarheten og hindre at velferdsrettsligperspektivet blir enerådende. At et barn har nedsatt funksjonsevne, kan innvirke på en rekke av de interessene som etter omstendighetene kan måtte inngå i en vurdering og vekting av barnets beste.

Barn kan anses å være sårbare eller i en sårbar situasjon selv om de ikke tilhører en gruppe som ofte regnes som sårbar. I Nunez mot Norge slo EMD fast at de to barna som ble berørt av utvisningsvedtaket mot moren, måtte regnes som «vulnerable».¹⁴⁶⁰ Dette fordi de hadde *opplevd stress*, var *små* og hadde *vansker med å forstå begrunnelsen* for en adskillelse fra sin mor.¹⁴⁶¹ At *individuelle forhold* slik som omsorgsbehov kan gjøre barn sårbare, fanges delvis opp av utlendingsforskriften § 8-5. Der er det slått fast at utlendingsmyndighetene skal vektlegge hvordan barnets omsorgssituasjon i Norge eller ved en retur vil bli.¹⁴⁶² Også behovet for stabi-

1455 Se for eksempel barnekomiteens bekymring for forholdene til barn som er flyktninger og internflyktninger i Pakistan, CRC/C/PAK/CO/5 avsnitt 65 og 67.

1456 General Comment nr. 9 avsnitt 9.

1457 CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 49, CRC/C/TUR/CO/2-3 avsnitt 50, CRC/C/PAK/CO/5 avsnitt 45 og CRC/C/IRQ/CO/2-4 avsnitt 58, hvor det fremgår av disse barnas rettigheter ikke respekteres og sikres tilstrekkelig. Se også dette kapittelets punkt 6.6.

1458 Barnekomiteen har også utformet General Comment nr. 9 om «The rights of children with disabilities».

1459 Norge har ratifisert Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 13. desember 2006 (CRPD). Konvensjonen er ikke tatt inn i menneskerettsloven, men bestemmelsene i utlendingsloven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som har til formål å styrke individets stilling, jf. utlendl. § 3.

1460 Nunez mot Norge avsnitt 81.

1461 Nunez mot Norge avsnitt 81. At barna var små, ble også vektlagt av mindretallet i Høyesterett, Rt. 2009 s. 534 avsnitt 88 med videre henvisning til General Comment nr. 7 avsnitt 18.

1462 Se utlendingsforskriften § 8-5 første ledd bokstav e og f.

litet og kontinuitet skal vektlegges.¹⁴⁶³ Dermed blir to momenter som kan gjøre barn sårbare, og som kan innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste, fanget opp.

Barn som blir berørt av saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, kan altså være i en sårbar situasjon som følge av at deres mulighet for opphold og/eller for å få leve sammen med sine foreldre er usikker. Videre innebærer migrasjonsprosessen risiko for en rekke forhold som kan skade barnets helhetlige utvikling. Samtidig kan de i likhet med andre barn være sårbare som følge av en rekke ulike individuelle forhold. Vurderingen og vektingen av barnets beste må gjøres på en måte som avdekker om og på hvilken måte barnet er sårbart eller i en sårbar situasjon. Sårbarhet er et forhold som påvirker de øvrige rettighetene, interessene og momentene i vurderingen og vektingen. Hvis andre rettigheter enn barnets beste gjør seg gjeldende, må også disse respekteres og sikres. En vurdering av om barnet er sårbart eller vil havne i en sårbar situasjon, er følgelig nødvendig for en helhetlig tilnærming til barns rettigheter.

6.11.3 Enslige barn som søker opphold eller står i fare for å utvises

6.11.3.1 Innledning

Som det fremgår av punktet over, anses barn som blir berørt av saker om opphold og utvisning, å være i en sårbar situasjon. Hvis barnet er adskilt fra sine foreldre eller andre hovedomsorgspersoner, er det et forhold som gjøre det ytterligere sårbart. At barnet er i et fremmed land, slik tilfellet ofte er i disse sakene, og at det er uten hovedomsorgspersoner, er to risikofaktorer som kan forsterke hverandre. Det som gjør barn som søker opphold eller står i fare for å bli utvist, sårbare, gjør seg ekstra sterkt gjeldende når barnet er adskilt fra sine hovedomsorgspersoner. Det som gjør et barn som er adskilt fra sine foreldre sårbart, kan forsterkes av at barnet er i et fremmed land. For eksempel kan behovet for omsorg og beskyttelse øke når barnet befinner seg i et fremmed land.¹⁴⁶⁴ I de følgende punktene diskuteres først begrepsbruken. Deretter behandler jeg hvilken betydning det har for vurderingen og vektingen av barnets beste at barnet er enslig.

1463 Utlendingsforskriften § 8-5 første ledd bokstav a.

1464 Barnekomiteen har trukket frem at barn i denne situasjonen «face greater risks of, inter alia, sexual exploitation and abuse, military recruitment, child labour (including for their foster families) and detention», og at de ofte blir utsatt for diskriminering, General Comment nr. 6 avsnitt 3.

6.11.3.2 Begrepsavklaring

I Norge benyttes terminologien «enslig mindreårig asylsøker» både i utlendingsloven, barnevernloven og av UDI.¹⁴⁶⁵ Terminologien «asylsøker» benyttes ikke her. For det første fordi fokuset her ikke er rettet seg mot asyl som oppholdsgrunnlag. For det andre er temaet her videre ved at også utvisning behandles. For det tredje er det langt fra bare enslige *asylsøkende* barn som kan være i en særlig sårbar situasjon. Barnekomiteens tilnærming i kommentaren om «Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin» omfatter flere barn enn de som søker asyl, og illustrerer at gruppen barn er mer omfattende.¹⁴⁶⁶

Jeg benytter heller ikke betegnelsen «mindreårige». Jeg benytter «barn» om alle under 18 år, på samme måte som i resten av boken. Dette først og fremst fordi jeg ikke ser noen grunn til å benytte et annen betegnelse om denne gruppen barn, enn om andre. Bruken av betegnelsen «mindreårige» skaper et unødvendig skille mellom enslige og andre barn.¹⁴⁶⁷ Det kan også rettes kritikk mot betegnelsen mindreårig. Van Bueren har trukket frem at «[m]inor, as opposed to major, is imbued with the notion that children are lesser or incomplete beings because they are not always able to determine and act in their own best interests, something arguably which they share with many adult».¹⁴⁶⁸ En slik forestilling forsvinner imidlertid ikke nødvendigvis ved å bytte terminologi eller ved å fokusere på sårbarhet.

Barnekomiteens generelle kommentar nr. 6 omhandler både barn som har vært uten omsorgsperson fra de forlot hjemlandet, og barn som senere blir adskilt fra sine hovedomsorgspersoner.¹⁴⁶⁹ Kommentaren er følgelig ment å gjelde hvis barnet er sammen med andre slektninger enn sine foreldre, som for eksempel en

1465 Utlendingsloven § 38 andre ledd bokstav a og UDIs definisjon: <https://www.udi.no/ord-og-begreper/enslig-mindrearig-asylsoker/> (side sist besøkt 17. oktober 2018) og barnevernloven kapittel 5A om omsorgssenter for mindreårige. Terminologien benyttes også i juridisk teori, se for eksempel Erik Røsæg, «Utvisning og bortvisning av mindreårige», *Lov og Rett*, 1997 s. 241–242, Karl Harald Søvig, «Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett», *Det juridiske fakultets skriftserie, UiB*, 2009 s. 37, Bendiksen og Haugli (2010) og Sigurdson (2014) s. 53 og er følgelig nok så innarbeidet.

1466 Se General Comment nr. 6 avsnitt 5, hvor det fremgår at den gjelder uavhengig av grunnen til at barnet befinner seg utenfor sitt opprinnelsesland. Komiteen har også benyttet den snevrere betegnelsen «unaccompanied asylum seekers», CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 50, muligens fordi det er denne terminologien norske myndigheter oftest benytter.

1467 De behandles også ulikt norske barn, ved at det (foreløpig) kun er enslige barn under 15 år som gis omsorg fra barnevernet, se bvl. kapittel 5A, og særlig § 5A-1 tredje ledd.

1468 Van Bueren (1998) s. 32.

onkel eller tante.¹⁴⁷⁰ En grunn til dette kan være at omsorg fra andre enn barnets hovedomsorgspersoner kan utgjøre en risiko for en ustabil omsorgssituasjon.¹⁴⁷¹ Dommen M.M og K.M mot Belgia er illustrerende for en type risiko som foreligger når barnet er i følge med andre enn sine hovedomsorgspersoner. Her var barnet opprinnelig i følge med sin onkel da de kom til Belgia, men de fikk ikke reise videre sammen, blant annet på grunn av manglende dokumenter som viste at onkelen «had parental authority».¹⁴⁷² De ble adskilt, og onkelen reiste videre til Nederland uten barnet. Graden av sårbarhet økte dermed betraktelig for barnet, som ble igjen i et fremmed land, uten noen omsorgspersoner.

I tråd med barnekomiteens definisjon sikter jeg med «enslige» til barn som ikke er sammen med sine hovedomsorgspersoner, herunder de som kommer til landet alene, og de som senere blir adskilt fra sine foreldre eller andre hovedomsorgspersoner.

6.11.3.3 Betydningen av at barnet er enslig

I BK art. 22 nr. 1 er det presisert at både enslige barn og de som har følge med sine omsorgspersoner, skal gis «appropriate protection and humanitarian assistance in the enjoyment of applicable rights» som følger av konvensjonen og andre internasjonale instrument.¹⁴⁷³ Begrepet «appropriate» gir uttrykk for at beskyttelsen må tilpasses situasjonen barnet er i, og dets behov. Er barnet enslig og følgelig sårbart, har det betydning for hvilken beskyttelse som er passende. Artikkelen er viktig, men gir ikke større veiledning til vurderingen og vektingen av barnets beste i de to sakstypene som her behandles.¹⁴⁷⁴

Når et barn er enslig, er det adskilt fra dem som vanligvis er nærmest til å dekke barnets sterke behov for omsorg. Et sentralt spørsmål i vurderingen og vektingen

1469 Dette fremgår allerede av kommentarens tittel, som er «*Treatment of Unaccompanied and Separated Children outside their Country of Origin*». Komiteen har presisert at med «separated children» menes barn «who have been separated from both parents, or from their previous legal or customary primary caregiver, but not necessarily from other relatives» (min utheving), General Comment nr. 6 avsnitt 8.

1470 Som presisert i General Comment nr. 6 avsnitt 8. Et eksempel på en slik sak er EMDs dom M.M og K.M mot Belgia.

1471 Se for eksempel Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 4 og 6, som illustrerer at barnets situasjon stadig endret seg.

1472 M.M og K.M mot Belgia avsnitt 11.

1473 Ingen av rettighetene i BK, GrL eller EMK gjelder særskilt for enslige barn som søker opphold.

1474 For en analyse av artikkelen, se Jason M. Pobjoy, «Article 22. Refugee Children» i *The UN Convention on The Rights of the Child. A Commentary*, Oxford 2019 s. 818–855.

av enslige barns beste vil derfor være hvordan avgjørelsen vil innvirke på dets omsorgssituasjon.

Etter utlendl. § 38 annet ledd bokstav a «kan det blant annet legges vekt på at utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur». Ordlyden «kan» tyder på at myndighetene kan velge å vektlegge omsorgssituasjonen ved retur. Bokstav a sikter til vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn, men dette kan ikke avgjøres løst fra barnets beste.¹⁴⁷⁵ Hvis barn blir berørt, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn, jf. BK art. 3 nr. 1, Grl. § 104 annet ledd og § 38 tredje ledd. I vurderingen av hva som er i barnets beste interesser, må *alle* relevante elementer tas i betraktning. Og hvis barnet er enslig, så er omsorgssituasjonen helt sentral og *skal* følgelig vurderes og vektlegges. Av utlendingsforskriften § 8-5 første ledd bokstav e og f kommer det frem at omsorgssituasjonen både i Norge og ved en retur må vurderes. I tillegg må andre elementer som gjør seg gjeldende i saken, vurderes og vektlegges i tråd med de føringene som gjelder for alle saker.¹⁴⁷⁶ Praksis etter utlendingsloven fra 1988 var å innvilge opphold når det ikke kunne legges til grunn at en «enslig mindreårig vil bli tatt hånd om av foreldre eller andre med omsorgsansvar ved retur».¹⁴⁷⁷ Etter forarbeidene til någjeldende lov var denne praksisen ment å videreføres.¹⁴⁷⁸ En slik praksis ser ut til å være nødvendig for å ivareta barnets rettigheter etter BK og EMK.

I tråd med at barnet har en tungtveiende interesse i å få ivaretatt sitt behov for omsorg, har barnekomiteen lagt til grunn at retur til opprinnelseslandet, hvis omsorg fra foreldre eller medlemmer av storfamilien ikke er mulig, bare kan skje når det på forhånd er sikret en konkret ordning for omsorgen og ansvaret for barnet i opprinnelseslandet.¹⁴⁷⁹ Det er viktig, ettersom det varierer mellom ulike land hvordan enslige barn ivaretas. Komiteen har for eksempel uttrykt bekymring for at «alternative are options, such as foster care remain underdeveloped which leads to excessive institutionalization» i Afghanistan.¹⁴⁸⁰ Det kan ikke uten videre legges til grunn at myndighetene i returlandet kan ivareta barnets interesser.

I dommen M.M og K.M mot Belgia var klagerne en mor og datter. Moren hadde flyktningstatus i Canada. Jenta hadde blitt igjen med sin bestemor i DR Kongo og ble senere fulgt til Belgia av sin onkel. Etter at jenta ble adskilt fra sin onkel, ble hun holdt på et transittsenter i Belgia, før hun ble returnert til DR Kongo. Ingen slekt-

1475 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.4.2.2 om vilkårene i § 38 første ledd.

1476 Se punkt 6.2.

1477 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 420–421.

1478 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 420–421.

1479 General Comment nr. 6 avsnitt 85.

1480 CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 43.

ninger ventet på henne ved ankomst. Domstolen beskrev situasjonen til jenta som «extremely vulnerable», blant annet fordi hun var «unaccompanied by her family from whom she had become separated so that she was effectively left to her own devices».¹⁴⁸¹ At hun ble returnert, uten å ha noen familie til å ta imot seg og uten at myndighetene la til rette for en gjenforening med moren, innebar at hennes rettigheter etter art. 3 og art. 8 var krenket.¹⁴⁸² I vurderingen av om returen krenket art. 3, uttalte domstolen at den «would state at the outset that it is struck by the failure to provide adequate preparation, supervision and safeguards for her deportation».¹⁴⁸³ Flere av forholdene som ble vektlagt, gjaldt selve gjennomføringen, men det er likevel klart at myndighetene er forpliktet til å undersøke og sikre at barnet blir ivaretatt ved ankomst.¹⁴⁸⁴ Barnet i denne saken var kun fem år, noe som ble vektlagt av domstolen.¹⁴⁸⁵ Det ble uttalt at utsendingen «in such conditions was bound to cause her extreme anxiety and demonstrated such a total lack of humanity towards someone of her age and in her situation as an unaccompanied minor as to amount to inhuman treatment».¹⁴⁸⁶

I en annen lignende sak hadde en ni år gammel jente blitt returnert uten at myndighetene hadde foretatt noen nærmere vurdering av omsorgssituasjonen og heller ikke sikret at noen kunne ta imot jenta.¹⁴⁸⁷ Domstolen rettet kritikk mot myndighetene, men kom likevel til at EMK art. 3 ikke var krenket.¹⁴⁸⁸ En dommer dissenterte og uttalte at handlingene «was above all, in my opinion, treatment that it is difficult to consider human».¹⁴⁸⁹ Saken er fra 1996, og siden da har det skjedd en utvikling i barns rettigheter, hvor vernet av barns interesser er styrket. Barnets beste ble ikke nevnt i dommen. Enslige barn uten forsvarlig omsorg ved en retur er utsatt for en rekke risikofaktorer, hvorav flere som kan skade barnets liv, overlevelse og utvikling.¹⁴⁹⁰ Det er ikke bare små barn som er utsatt for slike risikofaktorer, eller som har et sterkt behov for omsorg. Å returnere et ni år gammelt barn, eller et eldre, kan ikke gjøres uten at det på forhånd er sikret en omsorgssituasjon

1481 M.M og K.M mot Belgia avsnitt 55.

1482 M.M og K.M mot Belgia avsnitt 71 og 91. Oppholdet på transittmottaket innebar også en krenkelse av de to rettighetene, i tillegg til at jentas rettigheter etter EMK art. 5 var krenket (dommens avsnitt 59). Også morens rett etter art. 3 og 8 var krenket.

1483 M.M og K.M mot Belgia avsnitt 66.

1484 M.M og K.M mot Belgia avsnitt 66 og 69.

1485 M.M og K.M mot Belgia avsnitt 55 og 69.

1486 M.M og K.M mot Belgia avsnitt 69.

1487 EMDs dom 28. november, *Nsona mot Nederland* avsnitt 31 og 103.

1488 *Nsona mot Nederland* avsnitt 103.

1489 *Nsona mot Nederland* Dissenting Opinion of Judge De Meyer.

1490 General Comment nr. 4/23 avsnitt 39.

som er tilpasset barnets behov. Dette vil kunne krenke flere av barnets rettigheter, i tillegg til barnets beste. Både små og store barn har behov for omsorg, men ofte på litt ulike måter.¹⁴⁹¹ Alder kan derfor være relevant for *hvilke* ordninger som er sikret, men det må være sikret en ordning.

Hvis barnet kan *gjenforenes med sine foreldre* ved en retur, har dette betydning for vurderingen av barnets beste. Slik BK art. 9 bygger på, vil det ofte være til barns beste å vokse opp sammen med sine foreldre. Barnekomiteen har understreket at staten har en positiv forpliktelse, «where possible and if in the child's best interest, to reunify separated and unaccompanied children with their families as soon as possible».¹⁴⁹² Av BK art. 9 nr. 1 andre setning følger forhold som gjør at det ikke er til barnets beste å bo med sine foreldre. Oppramsingen er ment å gi veiledning også for vurderingen av spørsmålet om familiegjenforening.¹⁴⁹³ Vurderingen av om det er til barnets beste å gjenforenes med sine foreldre, må, som i andre saker, gjøres konkret, og barnets rett til å bli hørt må respekteres og sikres, jf. BK art. 12 og GrL § 104 første ledd.¹⁴⁹⁴ Hvis det er til barnets beste å gjenforenes med sine foreldre, må det søkes gjennomført.¹⁴⁹⁵ Selv om det ikke skulle være til barnets beste å bo sammen med sine foreldre, kan det likevel være til dets beste å bo i nærheten av dem, ha kontakt med dem, oppholde seg der det har sine røtter og ofte har utviklet sitt privatliv, herunder sin identitet. En absolutt forutsetning må i så fall være at barnet sikres forsvarlig omsorg fra andre. Uten at det er sikret forsvarlig omsorg, kan det ikke være til barnets beste å returneres. Det vil kunne krenke en rekke andre rettigheter, herunder EMK art. 3 og 8. At det kan sikres en forsvarlig omsorg ved retur, er heller ikke det samme som at det er til barnets beste med retur. Vurderingen av hva som er i barnets beste interesser, er ikke en forsvarlighetsvurdering.

Som for andre barn kan barnets identitet og herunder nasjonalitet «upbringing, ethnic, cultural and linguistic background, particular vulnerabilities and protection needs» være sentral i vurderingen og vektingen.¹⁴⁹⁶ At et barn er enslig, kan føre til at det knytter sterke bånd til sine omsorgspersoner i Norge. Det kan etter omstendighetene gi en tilknytning til omsorgspersoner i Norge som er så sterk at den omfattes av barnets rett til familie- eller privatliv.¹⁴⁹⁷ Selv om tilknytningen

1491 Se dette kapittelets punkt 6.5 om alder og modenhet.

1492 General Comment nr. 6 avsnitt 13.

1493 General Comment nr. 6 avsnitt 81.

1494 General Comment nr. 6 avsnitt 81.

1495 General Comment nr. 6 avsnitt 80.

1496 General Comment nr. 6 avsnitt 20.

1497 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.2 og 5.5.3.

ikke skulle være sterk nok til å omfattes av rettighetene, vil de interessene de skal verne, kunne være sentrale i vurderingen og vektingen av barnets beste.

Utvisning av barn fra Norge er svært sjelden aktuelt.¹⁴⁹⁸ Dette fordi barnets interesser ofte er meget tungtveiende og dermed stenger for utvisning gjennom forholdsmessighetsvurderingen i § 70.¹⁴⁹⁹ Ved lovbrudd begått av et barn er målet at barnet skal reintegreres i samfunnet.¹⁵⁰⁰ Ettersom en utvisning vanligvis griper inn i barnets familieliv, andre relasjoner og privatlivet for øvrig, vil en slik reaksjon gjøre reintegrering vanskelig. Det kan imidlertid være at noen enslige barn har langt sterkere tilknytning til opprinnelseslandet, enn til Norge. Som i andre saker med enslige barn må likevel omsorgssituasjonen vurderes nøye. Det kan også tenkes at en utvisning vil medføre at barnet blir enslig, slik som i Jakupovic mot Østerrike. Her hadde gutten all familie i Østerrike, foruten faren, som var savnet.¹⁵⁰¹ En utvisning ville dermed gjøre han enslig. Når barnet ufrivillig blir adskilt fra sin familie og omsorgspersoner, blir reintegrering vanskelig. Som BK art. 40 nr. 1 gjen-speiler, er reintegrering av barn som har begått lovbrudd, til barnets beste.¹⁵⁰² Hvis en avgjørelse vanskeliggjør reintegrering av barnet til samfunnet, må det veie tungt i vurderingen og vektingen av barnets beste.

Som ellers er en rekke momenter relevante i vurderingen og vektingen når barnet er enslig.¹⁵⁰³ På grunn av at barnet er enslig, og som andre barn har et sterkt behov for omsorg, vil likevel muligheten til å kunne gjenforenes med foreldre eller andre hovedomsorgspersoner, sammenholdt med hvordan barnets omsorgssituasjon vil være ved retur, normalt *danne utgangspunktet for vurderingen og vektingen*.¹⁵⁰⁴

1498 Det kan se ut til at barnekomiteen anser at det generelt er lite aktuelt. Utvisning av barn er ikke nevnt i General Comment nr. 6, og i General Comment nr. 3/22 og 4/24 nevnes bare barns rett ved utvisning av deres foreldre og ved utvisning av hele familien.

1499 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.5.2. Maslov mot Østerrike er et eksempel på utvisning som følge av lovbrudd begått da klager var barn. Jakupovic mot Østerrike er eksempel på utvisning av en 16-åring. Som med straff kan det være at tiden har gått, slik at når utvisningen iverksettes, er barnet blitt over 18. Utgangspunktet er likevel det samme. Målet er en reintegrering til samfunnet, blant annet fordi det er snakk om enn veldig ung voksen, og fordi stater ikke skal komme unna med å vente til den som har begått lovbrudd, er fylt 18 år, før straff eller særreaksjoner iverksettes, og dermed slippe unna de særreglene som gjelder for barn.

1500 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.5.2 og BK art. 40 nr. 1.

1501 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.5.2.

1502 Se også Committee on the Rights of the Child s General Comment nr. 10, *Children's rights in juvenile justice*, 25. april. 2007 avsnitt 10 og 71.

1503 Se også General Comment nr. 6 avsnitt 84, hvor komiteen trekker frem hvordan «safety, security and other conditions, including socio-economic conditions» vil være ved en retur.

1504 Saker hvor spørsmålet om beskyttelse er det sentrale, vil nødvendigvis ha en noe annen karakter.

6.11.3.4 Midlertidig oppholdstillatelse

Etter utlendingsforskriften § 8-8 første ledd kan det gis midlertidig oppholdstillatelse til «enslige, mindreårige asylsøkere som har fylt 16 år på vedtakstidspunktet og som ikke har annet grunnlag for opphold enn at norske myndigheter anser at søkeren er uten forsvarlig omsorg ved retur». Slik tillatelse kan ikke fornyes og danner ikke grunnlag for familiegjennforening, jf. forskriftens § 8-8 første ledd annet punktum. At enslige barn, hvis vilkårene er oppfylt, kan innvilges midlertidig opphold, innebærer at utgangspunktet for vurderingen og vektingen av barnets beste ikke er låst til alternativene å innvilge eller å avslå opphold. Det foreligger et tredje alternativ, midlertidig oppholdstillatelse.

Alle barn har behov for omsorg fra foreldre eller andre omsorgspersoner, men de kan likevel ha forskjellige behov, noe som kan påvirke hva som må anses som forsvarlig omsorg. I forarbeidene til utlendl. § 38 legger departementet til grunn at spørsmålet om barnet vil få forsvarlig omsorg ved retur, må løses ut fra en konkret vurdering av forholdene i den enkelte sak.¹⁵⁰⁵ Normalt vil det være «en forutsetning at barnet kan returneres til foreldrene eller til andre voksne som hadde den daglige omsorgen for barnet før utreisen».¹⁵⁰⁶

I General Comment nr. 3/22 fremheves det at flere mulige løsninger bør vurderes i saker som gjelder opphold for barn, herunder enslige barn.¹⁵⁰⁷ I utgangspunktet kan flere mulige løsninger være positivt for å finne en løsning som best ivaretar barnets interesser. Problemet er imidlertid at midlertidig oppholdstillatelse setter barn i en situasjon av usikkerhet og midlertidighet, og det kan gi dem mindre gode velferdstilbud enn andre barn.¹⁵⁰⁸ Som Pobjoy har

1505 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 157.

1506 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 157.

1507 General Comment nr. 3/22 avsnitt 32 (j). Se også General Comment nr. 4/23 avsnitt 34.

1508 Enslige barn over 16 år, som er den gruppen som kan få innvilget midlertidig oppholdstillatelse, gis ikke omsorg av barnevernet, slik barn under 15 år gjør. Barnekomiteen har uttrykt bekymring over «[s]ignificant variations among reception centres in terms of living conditions, such as access to adequate food and nutrition» i sin avsluttende kommentar til Norge fra 2018. Komiteen har også uttrykt bekymring over «[r]eports of children in reception centres being frequently absent from school and often suffering from mental health issues resulting in self-inflicted harm» og «[t]he insufficient care provided to unaccompanied children in some municipalities, and children 15 years of age and older not receiving the same quality of care as those under 15 years of age», CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 31 (d), (e) og (g). Mye av dette ble også tatt opp i 2010, CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 50 (f) og 51–52. Se også Karl Harald Søvig, «Barnekomiteens kritikk av Norge», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2011 s. 1–4. Søvig skriver at «[k]omiteen kunne etter mitt skjønn med fordel betont statens plikt etter BK artikkel 4 til å utnytte sitt eget ressursgrunnlag maksimalt for å sikre barn de rettighetene som følger av konvensjonen», s. 2. Det er jeg enig i at er et viktig poeng.

påpekt, medfører slik oppholdstillatelse at barn må leve med «the constant fear that they will be removed as soon as they reach adulthood».¹⁵⁰⁹ I barnekomiteens avsluttende merknader til Norge fra mai 2018 uttrykkes det bekymring for en økt bruk av midlertidig oppholdstillatelse.¹⁵¹⁰ Her fremheves det at midlertidig oppholdstillatelse gjør at enslige barn opplever frykt for at «applications for permanent residency will be denied, which is a significant reason for the relatively large number of children disappearing from reception centres».¹⁵¹¹ Videre nevner komiteen at barn som har forsvunnet fra mottakssenter, er «particularly vulnerable to becoming victims of trafficking in persons and prostitution».¹⁵¹² Midlertidig oppholdstillatelse kan følgelig øke sårbarheten til barn som allerede er sårbare.

Barnekomiteen anbefaler at Norge «[c]onsider establishing a system to automatically reassess temporary residency permits of unaccompanied children and issuing residence permits of a longer duration».¹⁵¹³ Dette er en nokså mild formaning. Komiteen synes heller ikke å utelukke bruken av midlertidig oppholdstillatelse i General Comment nr. 3/22, men ser tvert imot ut til å løfte det frem som en mulig løsning som må vurderes.¹⁵¹⁴ Staten har imidlertid forpliktelser. Å innvilge oppholdstillatelse, herunder midlertidig, til et barn er en avgjørelse som berører barn. Dermed skal hva som er i *barnets beste interesser*, være *grunnleggende*. Hvis det ikke er til barnets beste med retur, står valget mellom midlertidig oppholdstillatelse og permanent. Ut fra de negative virkningene midlertidig oppholdstillatelse har, er det vanskelig å se at det kan være til det beste for et barn. En permanent oppholdstillatelse tar ikke fra barnet muligheten til å returnere på et senere tidspunkt, men gir det mulighet til å se fremover, integreres i samfunnet og få utvikle sin identitet her, uten usikkerhet og midlertidighet.

Når midlertidig oppholdstillatelse i all hovedsak ikke er til denne gruppen barns beste, kan det bare være aktuelt når barnets interesser er for tungtveiende til at statens legitime interesser kan begrunne en retur, men samtidig ikke så tungtveiende at det må innvilges permanent opphold.¹⁵¹⁵ Hvilke interesser barnet har, hva de taler for at er til det beste for barnet, og hvor tungtveiende de er, må vurderes kon-

1509 Pobjoy (2015) s. 348.

1510 CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 31 a.

1511 CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 31 a. Også I 2010 ble det at barn forsvinner fra mottakssenter, tatt opp av komiteen, CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 50 (e).

1512 CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 31 (b).

1513 CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 32 (a).

1514 General Comment nr. 3/22 avsnitt 33.

1515 Se imidlertid denne bokens kapittel 7 punkt 7.3.1 om hvilke av statens interesser som er legitime i saker med enslige barn.

kret i hver enkelt sak. At enslige barn er sårbare, kan innvirke på hvilke rettigheter, interesser og momenter som gjør seg gjeldende.

6.12 AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER

Analysene i dette kapittelet viser at en rettighetsbasert tilnærming til vurderingen og vektingen av barnets beste gir føring og veiledning. Rettighetskatalogen i BK er sentral for en slik tilnærming. Samtidig må det alltid tas utgangspunktet i det konkrete barnet. Her er det en spenning. Hvis rettsadvokater som har stor autoritet, slik som EMD og Høyesterett, kommer med vidtrekkende og generelle uttalelser som er ment å gi føringer på vurderingen og vektingen, kan det gå på bekostning av de konkrete vurderingene. Samtidig er det en ulempe med for lite føringer. Det gir en risiko for at vurderingen i for stor grad blir avhengig av rettsanvenderens skjønn, og at sentrale rettigheter og interesser blir oversett. I dommer fra EMD og Høyesterett som er gjennomgått i dette punktet, er det nokså store variasjoner i hvordan de ulike interessene og momentene som kan være relevante, trekkes inn i vurderingen og vektlegges. I noen dommer mangler det uttalelser om barnets beste, mens i noen er vurderingen og vektingen snever og ufullstendig. Det tyder på at det er nødvendig å fremheve de føringene som ligger på vurderingen og vektingen, selv om disse føringene alltid må tilpasses det konkrete barnets behov.

To rettigheter som er helt sentrale i vurderingen og vektingen av barnets beste, er barns rett til å bli hørt og barns rett til en helhetlig utvikling. Disse må kunne sies å høre til kjernen av barnets beste.¹⁵¹⁶ De to rettighetene og interessene som springer ut av disse, vil på en eller annen måte være relevant i nesten alle saker som berører barn.¹⁵¹⁷ Hvordan vedtaket innvirker på barnets sterke interesser i en helhetlig utvikling, virker styrende for en rekke av de ulike andre rettighetene, interessene og momentene som kan måtte trekkes inn i vurderingen og vektingen.

Mengden av rettigheter, interesser og momenter som er gjennomgått i dette kapittelet, kan synes overveldende. Det kan nok anføres at det er for ressurskrevende for myndighetene å foreta så omfattende vurderinger i hver enkel sak. Elementene henger imidlertid nær sammen med hverandre og må ikke nødvendigvis vurderes hver for seg. Langt fra alle vil i tillegg gjøre seg gjeldende i hver enkelt sak.

1516 I Beltman med flere slås det avslutningsvis fast at når det gjelder den substansielle siden av barnets beste, må det tas «due account of the minor's well-being and social development», s. 677. Etter min mening vil disse to behovene falle inn under retten til en helhetlig utvikling. Se også Pobjoy (2015) s. 348–349 om barnets rett til å bli hørt i vurderingen av barnets beste.

1517 Skal barnets mening inngå i vurderingen og vektingen, er det imidlertid en forutsetning at barnet ønsker å gi uttrykk for sin mening og er i stand til det.

For barn med lang oppholdstid vil det ofte være barnets privatliv som blir det sentrale. Hvis avgjørelsen kan føre til en adskillelse mellom barnet og dets foreldre, er det gjerne dette som danner utgangspunktet for vurderingen. Risikerer barnet diskriminering ved at det ikke vil få gå på skole eller kan bli utsatt for skadelige skikker, blir det sentralt. Skulle det dukke opp en sak hvor svært mange av disse interessene, og kanskje også noen som ikke er trukket frem i dette kapittelet, gjør seg gjeldende, er det sannsynligvis ikke et tvilstilfelle, men klart at barnet har meget tungtveiende interesser i å få bli. I slike tilfeller vil barnet neppe kunne sendes ut, i alle fall ikke hvis alle interessene og momentene taler for at det er til dets beste å få bli i Norge. Dette leder over til neste kapittel, nemlig avveiningssiden av barnets beste.



7. Statens interesser og avveiningen mot hva som tjener barnets interesser best

7.1 INNLEDNING

Barnets beste er ikke en absolutt rettighet.¹⁵¹⁸ Hva som er i barnets beste interesser, må ved motstrid avveies mot andre eller andres rettigheter eller interesser. En avveining *mot* andres rettigheter er lite relevant for de sakstypene som her behandles. I dette kapitlet er temaet statens interesser og avveiningen mot hva som best tjener barnets interesser. Vurderingssiden, som var gjenstand for analyse i kapittel seks, og avveiningssiden henger nær sammen. Det er først etter at barnets beste er vurdert og fastsatt, at det er klart om det foreligger en konflikt mellom barnets og statens interesser, og dermed om det må foretas en avveining.¹⁵¹⁹ Rettigheter, interesser og momenter som inngår i vurderingen, innvirker på vektingen av hva som best tjener det berørte barnets interesser, og dermed også på hvor tungtveiende statens interesser må være hvis de skal kunne få avgjørende betydning.¹⁵²⁰

Hvis en avgjørelse kommer konflikt med andre rettigheter enn barnets beste, må også disse respekteres og sikres. Griper vedtaket inn i absolutte rettigheter, blir det ingen avveining.¹⁵²¹ Griper vedtaket inn i rettigheter som åpner for en avveining, må det foretas en harmonisering slik at avveining blir i tråd med de kravene som følger av *alle* de relevante rettighetene. Det kunne absolutt vært interessant å behandle denne tematikken nærmere. For å svare på problemstillingen om hvordan barnets beste kan gi rett til opphold, til å ikke bli utvist eller til å ikke få sine foreldre utvist, er det imidlertid nødvendig å se på barnets beste adskilt fra andre rettigheter. Analysene i dette kapitlet retter seg derfor særlig mot tilfeller hvor ikke andre rettigheter enn barnets beste kommer direkte til anvendelse.

1518 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4.

1519 General Comment nr. 14 avsnitt 39.

1520 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.1 og 6.2.2 om disse elementene.

1521 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.2.2.2.

Fordi avveiningen, i likhet med vurderingen av hva som best tjener barnets beste, må gjøres konkret, er det en grense for hvor langt den kan utpensles løserevet fra en konkret sak. Jeg kan følgelig ikke gå helt inn på det konkrete nivået av rettigheten, men må foreta analysene på det abstrakte nivået og mellomnivået mellom det abstrakte og det konkrete.¹⁵²² Jeg konsentrerer meg følgelig om hvilke overordnede føringer som gjelder, og hvordan de innvirker på avveiningen i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. I det følgende behandles dermed hvilke *krav* som må stilles til statens interesser, *hvilke interesser* staten kan påberope seg, de *overordnede føringene på vektingen* av statens interesser og enkelte *sentrale trekk ved avveiningen*.

7.2 HVILKE KRAV MÅ GJELDE?

Av BK art. 3 nr. 1, GrL § 104 annet ledd og EUs charter art. 24 nr. 2 følger det at barnets beste «shall be a primary consideration»/«skal [...] være et grunnleggende hensyn», men ordlyden sier ingenting om *hvilke andre interesser* som kan vektlegges. Ordlyden gir heller ikke klare føringer på avveiningen. I motsetning til en del andre konvensjoner inneholder BK ingen generell begrensningshjemmel med krav til eventuelle motstridende interesser og til avveiningen.¹⁵²³ For Grunnlovens del er det heller ikke, på nåværende tidspunkt, vedtatt en begrensningshjemmel.¹⁵²⁴ For at rettigheten skal fungere effektivt, og at avveiningen ikke skal uthule rettighetsvernet, er det nødvendig med enkelte krav til statens interesser og avveiningen. Noen føringer må foreligge. Spørsmålet blir hvilke krav som må gjelde.

Barnekomiteen har kommet inn på behovet for å foreta en avveining mot andre hensyn og andres interesser, herunder «other children, the public, parents».¹⁵²⁵

1522 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4 om rettigheters to nivåer og kapittel 6 punkt 6.1.

1523 EUs charter har en generell begrensningshjemmel som slår fast at enhver begrensning av rettighetene og frihetene «must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms», jf. art. 51 nr. 1. Videre følger det krav til forholdsmessighet, og herunder nødvendighet og formålmessighet, i likhet med etter en rekke andre begrensningshjemler. Også i ØSK er det *en* begrensningshjemmel for alle rettighetene i konvensjonen, se ØSK art. 4.

1524 Under arbeidet med Grunnlovens rettighetskatalog ble det foreslått en generell begrensningshjemmel som skulle gjelde for § 104 om barns rettigheter og herunder barnets beste, se Dok. 16 (2011–2012) s. 69–76. Denne ble ikke vedtatt. Et nytt forslag ble fremmet. Her er det foreslått at ny § 113 a første ledd skal lyde «[e]nhver begrensning av rettigheter i denne grunnlov må være fastsatt ved lov, være forholdsmessig og respektere kjernen i rettighetene», og videre i annet ledd at «[d]et kan ikke i noe tilfelle gjøres slike begrensninger i §§ 16 første punktum, 93, 94, 95, 96, 100 fjerde ledd første punktum og 105. Tilsvarende gjelder for § 97 ved spørsmål om straff», se Dok. 12:8 (2015–2016). Bestemmelsen ble ikke vedtatt.

1525 General Comment nr. 14 avsnitt 39.

Komiteen utdyper kun hvordan avveiningen må foretas ved konflikter mellom barnets beste og andre barns interesser eller andres rettigheter. Komiteen utdyper ikke hvordan en avveining mot offentlige interesser må foretas. I de to sakstypene som her behandles, er det som oftest det offentlige, mer konkret statens interesser, som barnets interesser må avveies mot.

Et spørsmål er hvorvidt den manglende veiledningen ordlyden i art. 3 nr. 1 gir om hvilke interesser som er relevante, hvilke krav som stilles til disse, og hvilke krav som stilles til avveiningen, er et tegn på at det ikke var ønskelig med strenge krav. Slik Freeman beskriver arbeidet med artikkelen og dens utforming, er det ikke noe som tyder på at avveiningen og hvilke krav som må stilles til statens interesser, i det hele tatt var et tema.¹⁵²⁶ I det første utkastet var det ikke lagt opp til noen avveining.¹⁵²⁷ Ordlyden ble endret etter at noen av delegatene uttrykte bekymring for en regel hvor hva som var i barnets beste interesser, skulle være avgjørende i alle sammenhenger.¹⁵²⁸ Det var ellers lite diskusjoner om ordlyden. Knappheten i bestemmelsen kan følgelig ikke tas til inntekt for at det ikke var ønskelig med strenge krav til avveiningen.

Mange menneskerettigheter åpner for inngrep eller unnlattelse av plikten til å sikre rettigheten i visse tilfeller, og gjerne etter en avveining. De kravene som gjelder for at staten skal kunne begrense rettigheten, altså kravene for å kunne gripe inn i den eller unnlate å sikre den, er ofte oppstilt i generelle eller konkrete *begrensningshjemler*. Fordi ordlyden i barnets beste åpner for en avveining, er det i utgangspunktet ikke nødvendig med en hjemmel for å kunne begrense rettigheten. Det kan likevel spørres om ulike begrensningshjemler inneholder noen *faste krav* som må gjelde generelt for rettigheter som ikke er absolutte, og som åpner for avveininger.

Av FNs deklarasjon om menneskerettigheter følger det en generell begrensningshjemmel av art. 29 nr. 2. Etter artikkelen må begrensninger være hjemlet i lov og «solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society». Det gjelder altså et lovkrav og et krav om at begrensningene utelukkende må gjøres for å ivareta de nærmere angitte formålene/interessene. Med formuleringen «just requirements» ser det også ut til å gjelde et rimelighetskrav. Lignende krav følger av en rekke andre konvensjonsbestemmelser, herunder flere i EMK.¹⁵²⁹ I EU-charterets generelle

1526 Freeman (2007b) s. 25–26.

1527 Freeman (2007b) s. 25.

1528 Freeman (2007b) s. 26.

1529 Se EMK art. 8 nr. 2, art. 9 nr. 2, art. 10 nr. 2 og art. 11 nr. 2.

begrensningshjemmel slås det fast at enhver begrensning av rettighetene og frihetene «must [...] respect the essence of those rights and freedoms», jf. art. 51 nr. 1. Hjemmelen gjelder også for barns rettigheter i art. 24. Også i forslaget til begrensningshjemmel for grunnlovsrettighetene var det tatt med at begrensningen skulle respektere rettighetens kjerne.¹⁵³⁰ Et krav om å respektere rettighetens kjerne følger ikke uttrykkelig av EMKs art. 8 nr. 2 eller av de øvrige artiklene som åpner for begrensninger, men kravet finnes i EMDs praksis.¹⁵³¹

Ettersom de øvrige bestemmelsene hvor barnets beste er angitt, og praksis fra EMD, bygger på BK, som er en FN-konvensjon, er det nærliggende å se til FNs menneskerettighetskonvensjoner. Problemet er at konvensjonene ikke inneholder *en*, men flere ulike typer terskler og hjemler for begrensninger.¹⁵³² Det er også forskjeller innenfor samme konvensjoner. Av den generelle begrensningshjemmelen i ØSK følger det at «the State may subject such rights only to such limitations as are determined by law *only in so far as this may be compatible with the nature of these rights* and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society» (min utheving), jf. art. 4. Begrensning må altså være forenelig med rettighetenes karakter. Dette kan tolkes på to måter. For det første at den relevante rettigheten må ha en karakter som gjør at den åpner for begrensninger, og for den andre at en begrensning ikke må gripe inn rettigheten slik at den uthules fullstendig, altså at det må gjenstå en kjerne.

At det ikke kan gjøres begrensninger som griper inn i rettighetens *kjerne*, må være en generell forutsetning for alle rettigheter, selv om det ikke følger uttrykkelig av alle begrensningshjemler eller ordlyden av bestemmelsene.¹⁵³³ I motsatt fall ville statene helt kunne uthulet vernet av interesser rettighetene skal ivareta. Hvor-

1530 Dok. 16 (2011–2012) s. 74.

1531 Se for eksempel Sheffield og Horsham mot Storbritannia avsnitt 66. I forarbeidene til grunnlovsbestemmelsen legges det også til grunn at et slikt krav harmonerer godt med praksis fra EMD og Høyesterett, Dok. 16 (2011–2012) s. 73.

1532 I SP og BK er det forskjellige begrensningshjemler og ingen generelle. For eksempel inneholder SP art. 12 nr. 3, 18, 19 og 22 og BK art. 13 nr. 2, 14 nr. 3 og 15 nr. 2 lignende hjemler som EMD og Høyesterett benytter blant annet ved inngrep i retten til familie- og privatliv. For positive forpliktelser er det mange steder brukt begrepet «appropriate», slik som for eksempel BK art. 8 nr. 2 og 22. nr. 1. Dette gir rom for enkelte tilpasninger i forpliktelsene. En annen variant er den som finnes i BK art. 16 og SP art. 17. Her følger det at ingen barn / ingen skal «be subjected to *arbitrary or unlawful* interference with his or her privacy, family, home or correspondence» (min utheving). Også EMK benytter begrepet «arbitrary» i noen sammenhenger. Domstolen har uttalt at «the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities», Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 42.

1533 Noe annet gjelder ved fravikelse av rettigheter i krisesituasjoner, der det er hjemmel for det, eller hvis det er tatt gyldige forbehold ved ratifiseringen av konvensjonen.

dan en slik kjerne skal forstås, er likevel ikke helt klart. I forarbeidene til grunnlovsreformen i 2014 legges det til grunn at det ikke kan gjøres så store begrensninger i en rettighet at den i realiteten er fraveket.¹⁵³⁴ Hvis staten ikke foretar en vurdering av hva som er til barnets beste eller ikke foretar en reell avveining, er det ikke en begrensning som er gjort, men en fravikelse. En reell avveining forutsetter at hva som er i barnets beste interesser, har vært vurdert og vektet. En korrekt vurdering og vektingen av barnets interesser er også helt nødvendig for at rettigheten skal oppfylle sine funksjoner og kunne gi et særlig vern til barns interesser. Fordi det ikke kan foretas en avveining uten en tilstrekkelig vurdering, og fordi vurderingen er helt sentral for å verne barns interesser, kan det ikke foretas en begrensning i vurderingssiden av rettigheten. En begrensning kan følgelig kun gjøres gjennom avveiningen.

Det som synes klart av ordlyden i BK art. 3 nr. 1 og GrL. § 104 annet ledd, er at når barnets beste skal være «a primary consideration»/«et grunnleggende hensyn», må eventuelle motstridende interesser ha en viss *tyngde* og *være relevante i den konkrete saken*. Skulle lite tungtveiende interesser av mindre betydning for avgjørelsen gå foran barnets beste, hadde ikke kravet om å behandle barnets beste som grunnleggende vært respektert. At de interessene eller hensynene som vektlegges, må være relevante i den aktuelle saken, er et krav som generelt må stilles til offentlig myndighetsutøvelse. Staten (og kommunene) kan ikke treffe avgjørelser basert på tilfeldige hensyn eller for å forfølge interesser som ikke er relevante og heller ikke nødvendige å vektlegge i saken. Det vil være vilkårlig.¹⁵³⁵ Skal en avgjørelse gå på bekostning av barnets interesser, må det altså være rettferdiggjort basert på relevante interesser med en tyngde som tilsier at de kan gå foran en grunnleggende faktor.

En måte å betrakte et krav om rettferdiggjøring på er å se det som et krav om legitimitet.¹⁵³⁶ Mæhle legger til grunn at det kan skilles mellom formell, materiell, faktisk og normativ legitimitet.¹⁵³⁷ Formell legitimitet kan betraktes som et spørsmål om hjemmelsgrunnlag.¹⁵³⁸ Av GrL. § 113 følger det at myndighetenes «inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Utvisning er et *inngrep*. Utvisningsvedtak fattes som en reaksjon på utlendingens handlinger og gjør at utlendingen må

1534 Se Dok. 16 (2011–2012) s. 73. Her kan det være en parallell til når EMD legger til grunn at staten har overtrådt det som ser ut til å være en materielle skjønnsmargin, se punkt 7.6.

1535 Om nøytralitets- og saklighetskrav i forvaltningen og forholdsmessighet, se Graver (2019) kapittel åtte og ni.

1536 Se Mæhle (2005) s. 20, som slår fast at som et utgangspunkt kan det sies at noe innehar legitimitet dersom det «kan rettferdiggjøres» eller «er rettferdiggjort».

1537 Mæhle (2005) s. 20–21.

1538 Mæhle (2005) s. 20–21.

forlate landet og ikke kan reise inn i det på nytt, enten for en periode eller for alltid. Vedtaket griper inn i faktiske og som oftest også rettslige forhold.

En sak om opphold på humanitært grunnlag kan skille seg fra en utvisnings-sak, men det trenger ikke være store forskjeller i hvordan individet rammes. I saker om opphold på humanitært grunnlag befinner utlendingen seg i de fleste tilfellene allerede i Norge. Vedtaket griper dermed inn i faktiske forhold og kan gripe inn i etablerte rettsforhold. Vedtaket får videre rettsvirkninger overfor den det retter seg mot. Utlendingen er forpliktet til å forlate Norge, og det kan etter nærmere vilkår benyttes tvangsmidler, herunder frihetsberøvelse «for å sikre iverksettingen av» vedtaket, jf. utlendl. §§ 99 annet ledd og 106.¹⁵³⁹ Selv om det ikke følger med et innreiseforbud ved et avslag på opphold, kan det ha stor betydning for utlendingen og eventuelt hans eller hennes familie.¹⁵⁴⁰ Menneskerettsutvalget la til grunn at for at det skal foreligge et inngrep, «må det foreligge kvalifiserte forhold som rammer den enkelte, for eksempel avslag på søknad om å reise bygninger på egen eiendom, pålegg om hvilken skole barnet skal gå på [...]».¹⁵⁴¹ Et avslag på opphold må sies å være et kvalifisert forhold som rammer den enkelte, og det vil ofte virke mer inngripende for den vedtaket rettet seg mot, enn de eksemplene som her er trukket frem. Både en utvisning og et avslag på opphold utgjør følgelig et inngrep.

En lovhjemmel er ikke videre problematisk for de sakene som her behandles. Det kan imidlertid ikke kun gjelde et formelt krav. Barnets bestes karakter av å være et grunnleggende prinsipp og rettighetens ordlyd gir *normative og materielle føringer* på rettsanvendelsen og retten.¹⁵⁴² Skal statens interesser gå foran barnets i enkelt saker, må de derfor oppfylle materielle krav, og for at de verdiane prinsippet hviler på, skal ivaretas, må det å vektlegge statens interesser kunne begrunnes normativt.¹⁵⁴³ Slik jeg ser det, er noe av det som skiller disse to ulike typene legitimitet, at de i noen grad opererer på ulike nivåer av retten. Når jeg her skal drøfte hvordan avveiningen må gjøres i saker om opphold på humanitært grunnlag og

1539 For barn gjelder det særlige regler for frihetsberøvelse, se utlendl. § 106 c.

1540 Se denne bokens kapittel 3, punkt 3.6.

1541 Dok. 16 (2011–2012) s. 247.

1542 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.3.4. Materiell legitimitet kan forstås som innholdsmessige krav til rettsreglene, mens normativ legitimitet «dreier seg om å rettferdiggjøre retten på moralsk eller annet verdimesig grunnlag», Mæhle (2005) s. 21.

1543 En mulig måte å drøfte den normative legitimiteten til å gi statens interesser prioritet på bekostning av barnets interesser på er ved å ta utgangspunkt i moralfilosofiske grunner for å prioritere flertallsinteresser på bekostning av enkeltindivider. Se Finnis' interessante drøfting av «common good», i John Finnis, *Natural Law & Natural Rights*, 2. utgave, New York 2011 s. 154–156 og 210–218.

utvisning, befinner jeg meg hovedsakelig på overflatenivået, og det er da den materielle legitimiteten som er mest interessant.

Å sikre materiell legitimitet i myndighetsutøvelsen kan gjøres gjennom rimelighetsvurderinger, interesseavveininger, proporsjonalitetsvurderinger og forbud mot vilkårlighet. Det er ingen skarp avgrensing mellom de ulike typene vurderinger. De inneholder mange av de samme komponentene.¹⁵⁴⁴ I de følgende punktene drøftes hvilke krav som må stilles til statens interesser for at disse skal ha materiell legitimitet. Dermed drøftes det hva som skal til for at disse kan vektlegges, og etter en nærmere vektning og avveining i enkeltsaker i noen tilfeller kunne gå foran hva som tjener barnets interesser best.

7.3 DE ULIKE KRAVENE TIL STATENS INTERESSER

7.3.1 Legitime interesser

I dette punktet drøfter jeg *hvilke* interesser som er legitime å vektlegge i en avveining mot barns interesser, i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Både forvaltningsretten og menneskerettighetene gir nærmere føringer av betydning for temaet.

Når myndighetene benytter sin kompetanse til å avslå eller innvilge opphold, eller til å utvise, har de kun kompetanse til å vektlegge *saklige* hensyn, altså søke å ivareta interesser som er relevante i saken.¹⁵⁴⁵ Hva som er saklig, avgjøres hovedsakelig ved en tolkning av hjemmelsloven, her utlendingsloven.

Formålet med bestemmelsene i utlendingsloven er å gi grunnlag for en regulert og kontrollert innvandring, i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser, jf. utlendl. § 1. De innvandringsregulerende hensynene utlendingsmyndighetene kan vektlegge etter utlendl. § 38 fjerde ledd bokstav a til d, er «mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag», «de samfunnsmessige konsekvensene», «hensynet til kontroll» og «hensynet til respekten for lovens øvrige regler». Som begrepet «innvandringsregulerende hensyn» i bestemmelsen viser, er dette presiseringer av hensyn som skal ivareta statens interesser i å regulere, og da hovedsakelig begrense innvandringen.¹⁵⁴⁶ I tillegg

1544 Dette illustreres av EMDs praksis, hvor det legges til grunn at unnløstelser av å sikre rettigheten eller å gjøre inngrep i dem ikke kan være vilkårlig, at inngrep må være proporsjonale, og at det avgjørende blir om det foreligger en rimelig balanse mellom de konkurrerende interessene.

1545 Graver (2019) s. 119 flg. og Erik Boe, «Hvor fritt er det frie forvaltningsskjønnet?», *Jussens Venner*, 1981 s. 37–57 (45–47).

1546 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.4.3.2.

skal de ivareta effektivitetshensyn og statens interesse i å kontrollere innvandringen.¹⁵⁴⁷ Utvisningsgrunnlagenes karakter i utlendl. § 66 første ledd bokstav a viser at behovet for kontroll og respekt for lovens øvrige regler også her er sentralt. De øvrige utvisningsgrunnlagene som behandles i denne boken, er av strafferettslig karakter og skal særlig ivareta allmenn- og individualprevensjon og rettferdighet.¹⁵⁴⁸ I tillegg har disse også en side til statens interesse i å regulere og kontrollere hvem som får oppholde seg i Norge. Interessene myndighetene kan søke å ivareta gjennom utlendl. § 38 og utvisningsbestemmelsene, er altså saklige. Spørsmålet blir dermed om de er legitime interesser etter de menneskerettslige kravene.

Ordlyden i BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 annet ledd gir ikke uttrykkelige føringer på hvilke interesser som er legitime å vektlegge i en avveining mot barnets interesser. I den foreslåtte begrensningshjemmelen til grunnlovsrettighetene var den vide kategorien «for å ivareta allmenne interesser» angitt.¹⁵⁴⁹ Flere rettigheter i BK og EMK inneholder oppramsinger av nokså vidtrekkende legitime statlige interesser.¹⁵⁵⁰ Av EMK art. 8 nr. 2 følger det at staten kan vektlegge «interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals». Regulering og kontroll av innvandring kan kategoriseres under offentlig trygghet, orden, økonomisk velferd og for å forebygge uorden eller kriminalitet.¹⁵⁵¹ Menneskerettsdomstolen har «on many occasions, accepted that *immigration control, which serves the general interests of the economic well-being of the country, pursued a legitimate aim*» (min utheving).¹⁵⁵² Utvisning begrunnet i brudd på straffelovgivningen anses å være i tråd med formålet om å forebygge «disorder or crime» i EMK art. 8 nr. 2.¹⁵⁵³

1547 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.4.3.2.

1548 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.5.1.

1549 Dok. 16. (2011–2012) s. 74. Det nye forslaget er videre og inneholder ingen formålsangivelse, Dok. 12:8 (2015–2016).

1550 For eksempel følger det av BK art. 13 nr. 2 bokstav (b) at en begrensning av yringsfriheten kan gjøres for «the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals». Lignende angivelser av interesser finnes i BK art. 14 nr. 3 og 15 nr. 2, men i art. 14 benyttes betegnelsen «order» istedenfor «public order». Retten til familie- og privatliv i BK art. 16 angir ikke hvilke formål som er legitime eller ikke vil være vilkårlige å vektlegge. I menneskerettscharteret art. 29 nr. 2 følger det at begrensninger i noens rettigheter eller friheter kan gjøres «solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society» (min utheving). I EUs charter art. 52 nr. 1 benyttes formuleringen «objectives of general interest recognised by the Union».

1551 Nasjonal sikkerhet behandles ikke i denne boken.

1552 Biao mot Danmark avsnitt 117.

1553 Boutlif mot Sveits avsnitt 44–45, Maslov mot Østerrike avsnitt 67 og Udeh mot Sveits avsnitt 42.

Ved avslag på opphold har ikke domstolen stilt like strenge krav til formålet avslaget er forankret i, som ved utvisning.¹⁵⁵⁴ Det må istedenfor foretas en helhetlig vurdering og avveining.¹⁵⁵⁵ Ettersom grensen mellom de positive og negative forpliktelsene ikke er klare og det også ved positive forpliktelser må foretas en avveining av de ulike interessene, har det likevel betydning hvilke formål avslaget er begrunnet i. Utgangspunktet er at de interessene som søkes ivaretatt i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, er legitime etter EMK art. 8 nr. 2. Hvorvidt interessene er legitime etter BK art. 3, krever en nærmere vurdering.

Selv om barnekomiteen har åpnet for at barnets beste kan avveies mot statens interesser, er det uttalelser som tyder på at ikke alle interesser anses å være legitime.¹⁵⁵⁶ Komiteen har i kommentaren om enslige barn utenfor sitt opprinnelsesland uttalt at «[n]on-rights-based arguments such as those relating to general migration control, cannot override best interests considerations».¹⁵⁵⁷ I en nyere kommentar om barns rettigheter ved internasjonal migrasjon blir det på lignende vis uttalt at «[c]onsiderations such as those relating to general migration control cannot override best-interests considerations».¹⁵⁵⁸ Spørsmålet blir om disse uttalelsene innebærer at generelle innvandringsregulerende hensyn ikke kan gå foran barnets interesser, og følgelig ikke er legitime i en avveining.

Formuleringen «best-interests considerations» er ikke entydig. Fordi det først etter at det er klart hva som er til barnets beste, er aktuelt å foreta en avveining mot andre interesser, som innvandringsregulerende hensyn, må det være denne avveiningen komiteen sikter til. I den førstnevnte uttalelsen, som altså retter seg mot enslige barn, gir altså komiteen uttrykk for at argumenter som *ikke er rettighetsbaserte*, herunder argumenter knyttet til innvandringskontroll, ikke kan gå foran hva som er i *enslige* barns beste interesser. Altså at det kun er andres rettigheter som er relevante i avveiningen, i denne konteksten. Når barn er *enslige*, er de normalt i en meget sårbar situasjon.¹⁵⁵⁹ Det gir en generell presumsjon for at barnets interesser er så tungtveiende at innvandringsregulerende hensyn ikke kan gå foran. Dette gjelder en avgrenset gruppe barn, hvor hva som er i deres interesser, må gis svært stor vekt, uavhengig av om det er til barnets beste med en retur eller å bli i Norge.

1554 Se for eksempel *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 104. Se også Kjølbros (2020) s. 887.

1555 Se for eksempel *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 104–105.

1556 Om utgangspunktet, se General Comment nr. 14 avsnitt 39 og General Comment nr. 3/22 avsnitt 28.

1557 General Comment nr. 6 avsnitt 86.

1558 General Comment nr. 3/22 avsnitt 33.

1559 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.11.3.

I Rt. 2009 s. 1261 forsto et flertall barnekomiteens uttalelse om enslige barn slik at «innvandringspolitiske hensyn ikke skal kunne gå foran barnets beste i situasjoner der barnet i utgangspunktet er i en situasjon som ikke tilsier retur». ¹⁵⁶⁰ Det ble tilføyd at det «er derimot ikke grunnlag for å forstå anbefalingen slik at innvandringspolitiske hensyn aldri kan tas i betraktning ved vurdering av søknad om oppholdstillatelse fra enslige mindreårige asylsøkere». ¹⁵⁶¹ I denne sammenheng trekkes det frem at det spesielt må gjelde hensyn som ikke er helt generelle. ¹⁵⁶² Helt generelle hensyn, som ikke gjør seg gjeldende i den konkrete saken, er imidlertid sjelden særlig tungtveiende, i den grad de er relevante. ¹⁵⁶³ Ved utvisning kommer det klart frem gjennom utvisningsgrunnlagene at utlendingen må ha handlet på en måte som aktualiserer disse. Det er også en forutsetning for flere av de innvandringsregulerende hensynene som fremgår av § 38, at utlendingen må ha handlet på en måte som gjør at de er relevante i den konkrete saken. ¹⁵⁶⁴

Annenvoterende i 2009-dommen kom til at innvandringsregulerende hensyn ikke kan begrunne en retur av et enslig barn, med mindre retur er i barnets beste interesser. ¹⁵⁶⁵ I plenumsdom I var et spørsmål om uttalelsen i General Comment nr. 6 var relevant også for barn som er i følge med sine foreldre. ¹⁵⁶⁶ Det ble ikke tatt direkte stilling til innholdet i uttalelsen, men førstvoterende, som tilhørte flertallet, la til grunn at enslige barn er «i en særlig sårbar situasjon som er vesensforskjellig fra tilfeller hvor barnet er sammen med sine foreldre». ¹⁵⁶⁷ At kommentaren må legges til grunn i saker med enslige barn, ser ut til å aksepteres. ¹⁵⁶⁸ Som annenvoterende i 2009-dommen viste til, har det liten praktisk betydning at slike hensyn ikke kan gå foran barnets beste. Retur til familie vil ofte være til barnets beste. ¹⁵⁶⁹ Hvis barnet ikke kan sikres forsvarlig omsorg ved retur, kan det ikke returneres. ¹⁵⁷⁰ Anses ikke innvandringsregulerende hensyn som legitime i en avveining mot enslige barns beste, innskrenkes følgelig statens mulighet til å ivareta sine interesser kun i to saker. Dette er saker hvor det ikke er til barnets beste å returneres til sin familie, og saker hvor barnet kunne fått forsvarlig omsorg ved

1560 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 62.

1561 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 62.

1562 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 62.

1563 Se dette kapittelets punkt 7.3.4 og 7.5.

1564 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 421 og dette kapittelets punkt 7.5.

1565 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 96.

1566 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 137 (flertallet).

1567 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 137.

1568 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 138.

1569 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 96.

1570 Se kapittel seks punkt 611.3.3.

retur, men det av andre grunner ikke er til dets beste å returneres. I slike saker har barnet ofte tungtveiende interesser i å få bli, som for eksempel behovet for en tilfredsstillende levestandard, beskyttelse mot vold eller helsehjelp. Innvandringsregulerende hensyn ville derfor sjelden vært tungtveiende nok til å gå foran barnets interesser uansett. Et ytterligere argument for at det har liten praktisk betydning, er at antallet enslige barn som søker opphold i Norge, ikke har vært særlig høyt den siste tiden.¹⁵⁷¹

Ettersom enslige barn er meget sårbare og deres interesser derfor er tungtveiende, må det være en presumsjon for at innvandringsregulerende hensyn ikke kan være tungtveiende nok til å gå foran barnets interesser. Slike hensyn er følgelig ikke relevante i en avveining mot enslige barns beste.

Den andre uttalelsen nevnt ovenfor har et videre anvendelsesområde og retter seg mot barn i migrasjonssaker generelt. Det slås uten videre fast at argumenter, «such as those relating to general migration control», ikke kan gå foran barnets beste.¹⁵⁷² Når det står «such as», ser det ikke ut til å være en uttømmende angivelse av hva som ikke kan gå foran hva som best tjener barnets interesser, som gis. Det klargjøres imidlertid ikke hvilke andre hensyn som ikke kan gå foran. At de motstridende interessene må være knyttet til andres rettigheter, nevnes ikke. Spørsmål blir om innvandringsregulerende hensyn ikke er legitime i migrasjonssaker som berører barn, uavhengig av hvor lite tungtveiende barnets interesser er.

Uttalelsen ser ut til å kun rette seg mot situasjoner hvor det er *spørsmål om å returnere et barn*.¹⁵⁷³ Det kan anføres gode grunner for å ikke vektlegge innvandringsregulerende hensyn i en avgjørelse om et barn skal få bli i et land eller sendes ut. I saker om opphold på humanitært grunnlag er det ofte foreldrenes valg, handlinger eller unnlatelser som aktualiserer de ulike interessene som må avveies mot hva som er i barnets beste interesser. Det samme gjelder også i utvisningssaker. Foreldrene kan for eksempel aktivt ha motarbeidet en avklaring av egen identitet etter ankomst til landet, begått straffbare handlinger, oppholdt seg ulovlig eller oversittet utreisefristen.¹⁵⁷⁴ I tillegg kan det være barnet som blir hardest rammet hvis disse handlingene vektlegges. En av grunnene til at barnet blir påført byrden, er for å forhindre at andre, ofte voksne, bryter reglene, altså for å fremme respekt for lovens øvrige bestemmelser, slik det er nevnt i utlendl. § 38 fjerde ledd. I noen saker rammes imidlertid barnet ikke videre hardt. Det kan for eksempel være til det beste for barnet å vokse opp i Norge med sin familie, men uten at det har veldig

1571 Se kapittel tre punkt 3.8.

1572 General Comment nr. 3/22 avsnitt 33.

1573 Se første og andre setning i avsnitt 33 i General Comment nr. 3/22.

1574 Slik det er nevnt i utlendingsforskriftens § 8-5 tredje og fjerde ledd.

sterke interesser i det. Samtidig kan stater i perioder ha et pressende behov for å regulere innvandringen. Hvis det kommer mange familier og andre som har behov for beskyttelse eller andre tungtveiende grunner til å få bli, kan det være behov for å prioritere. Å vektlegge innvandringsregulerende hensyn kan være en måte å gjøre det på.

Hvis innvandringsregulerende hensyn aldri kan gå foran barnets beste, kan det ha vidtrekkende konsekvenser for stater som allerede har store utfordringer. Barnekomiteen har tidligere nevnt at hva som er til et barns beste, kan komme i konflikt med interesser eller rettigheter til «other children, the public, parents, etc».¹⁵⁷⁵ Formuleringen «the public» er videre enn «general migration control» og kan omfatte hensyn knyttet til økonomi, ressurser og allmenn- og individualprevensjon. De samme innvendingene mot å vektlegge innvandringsregulerende hensyn kan rettes mot allmennprevensjon. Komiteen ser imidlertid ikke ut til å utelukke at allmennprevensjon kan vektlegges ved utvisning av foreldre som har begått brudd på straffelovgivningen.¹⁵⁷⁶ Noe annet er at enkelte innvandringsregulerende hensyn vil veie svært lite i en avveining og dermed sjelden kan gå foran barnets beste.¹⁵⁷⁷ Dette kommer jeg tilbake til i punktene under.

Ettersom behovet for og vekten av interessene varierer fra sak til sak, er en bedre løsning enn generelt å avskjære bestemte interesser å stille krav til at de er egnet til å ivareta statens interesser, og at de er nødvendige å vektlegge i den konkrete saken. Både etter praksis knyttet til EMK art. 8 og ved forholdsmessighetsvurderinger generelt gjelder det slike krav i tillegg til det generelle kravet om legitimitet.¹⁵⁷⁸ I tillegg er det en grense for hvor langt foreldres eller andre voksnes handlinger kan innvirke på barns rettigheter og interesser. Disse kravene og grensene behandles nedenfor. Slike krav og begrensninger bidrar til at statens interesser ikke griper inn i kjernen av barnets beste.

Oppsummert kan det altså ikke utelukkes at innvandringsregulerende hensyn kan være legitime å vektlegge generelt. Når barnet er enslig, kan imidlertid ikke statenes interesser begrunne en utsending. Det innebærer likevel ikke at barnet alltid må å få bli i Norge. Det kan være at det er til barnets beste å returnere til sine foreldre.

1575 General Comment nr. 14 avsnitt 39.

1576 Barnekomiteen har vært inne på utvisning av foreldre etter brudd på straffelovgivning og ser ut til å forutsette at det i denne sammenheng kan legges avgjørende vekt på andre interesser enn barnets, General Comment nr. 4/23 avsnitt 29.

1577 Dette ser det ut til at komiteene er inne på i General Comment nr. 4/23 avsnitt 29 første setning.

1578 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.5.6.2, Buck mot Tyskland avsnitt 44–45 og HR-2018-104-A avsnitt 23.

7.3.2 Ikke-diskriminerende

Diskriminering er forbudt etter BK art. 2 nr. 1.¹⁵⁷⁹ Spørsmålet jeg behandler her, er hvorvidt ikke-diskrimineringsretten innvirker på hva som er legitime interesser i en avveining, mot hva som best tjener barnets interesser.

En funksjon Abramson tillegger ikke-diskrimineringsretten i BK art. 2, er som «A Trump to Politics».¹⁵⁸⁰ Abramson påpeker at menneskerettighetene er sårbare for politiske prosesser.¹⁵⁸¹ Dette skyldes særlig at nesten alle menneskerettigheter «require the State to strike a balance between competing interests, and this is always a political judgement».¹⁵⁸² Barnets beste, som åpner for en avveining mellom individets og statens interesser, er absolutt sårbar for politiske prosesser. Denne sårbarheten er tydelig i saker om opphold på humanitært grunnlag.¹⁵⁸³ Abramson utdyper videre at uten «some kind of non-discrimination clause, law-makers would be free to use race, sex, etc. discrimination as a tool for governing society».¹⁵⁸⁴ I norsk forvaltningsrett gjelder et forbud mot usaklig forskjellsbehandling, som kan ivareta ikke-diskrimineringsretten i enkeltsaker.¹⁵⁸⁵

Forbudet mot diskriminering gjelder ikke bare for lovgiver, men også for forvaltningen. Staten, herunder forvaltningen, kan ikke diskriminere barn, «on the grounds of their race, sex, religion, etc. as a means for attaining political objectives, if the differential treatment will impair a right-holder`s enjoyment of a sectoral right».¹⁵⁸⁶ Som det følger av ordlyden i BK art. 2 nr. 1, kan staten heller ikke basere sine interesser på foreldrenes etnisitet, statsborgerskap eller andre diskrimineringsgrunnlag.

Utlendingsretten, herunder reglene om opphold og utvisning, er basert på et skille mellom mennesker ut fra statsborgerskap, hvorav skillet mellom norske statsborgere og andre er det mest sentrale. Etter BK art. 2 nr. 1 er «national, ethnic or social origin» diskrimineringsgrunnlag. Dette kan skape problemer. Spørsmålet blir hvilke interesser staten kan vektlegge i saker om opphold på humanitært grunnlag, uten å komme i konflikt med ikke-diskrimineringsretten.

1579 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.2.

1580 Abramson (2008) s. 33 flg.

1581 Abramson (2008) s. 33.

1582 Abramson (2008) s. 33. Se også s. 36–37, hvor Abramson utdyper svakheten ved rettigheter som åpner for en interesseavveining.

1583 Se denne bokens kapittel 1 punkt 1.2 og kapittel 3 punkt 3.3.

1584 Abramson (2008) s. 33, avsnitt 68.

1585 Se Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave, Bergen 2010 s. 98, Eckhoff og Smith (2018) s. 404–407 og Graver (2019) s. 119 flg.

1586 Abramson (2008) s. 38–39.

At regulering av innvandring kan komme i konflikt med ikke-diskrimineringsretten, illustreres av EMDs storkammerdom Biao mot Danmark. Det sentrale spørsmålet var om en bestemmelse som snevret inn adgangen til familiegjenforening for personer som fikk dansk statsborgerskap senere enn ved fødsel, var i strid med EMK art. 14 sammenholdt med art. 8. EMD baserer i stor grad sine vurderinger på en saklighets- og forholdsmessighetsvurdering.¹⁵⁸⁷ Det som er mest interessant med dommen for temaet her, er EMDs vurdering av formålet/interessene staten hevdet å forfølge.¹⁵⁸⁸ Om «[t]he legitimacy of the aim pursued» uttalte EMD at «immigration control measures, which may be found to be compatible with Article 8 § 2, including with the legitimate aim requirement, may nevertheless amount to unjustified discrimination in breach of Article 14 read in conjunction with Article 8».¹⁵⁸⁹ Etter å ha slått fast at bestemmelsen innebar en indirekte diskriminering, ble vurderingen om staten hadde «compelling or very weighty reasons unrelated to ethnic origin for the difference in treatment».¹⁵⁹⁰ Domstolen vurderte lovens begrunnelsen nøye og kom til at den var «based on rather speculative arguments».¹⁵⁹¹ Videre trakk EMD frem at lovbestemmelsen ikke egnet å fange opp utlendingens reelle og sterke tilknytning til riket. Det var flere dissenser i dommen, men resultatet ble at art. 14 i sammenheng med art. 8 var krenket. Selv om staten ikke uttrykkelig hadde basert loven på etnisk opprinnelse, forelå det diskriminering.

Dommen viser hvordan ikke-diskrimineringsretten kan innvirke på hvilke interesser staten kan forfølge. Staten kan ikke basere lovbestemmelser eller vedtak på interesser som i realiteten er basert på antagelser om enkelte grupper mennesker ut fra nasjonalitet, etnisitet eller andre diskrimineringsgrunnlag. Staten kan for eksempel ikke basere sine interesser på barnets eller foreldrenes nasjonalitet i en avveining mot barnets beste. Det vil svekke barnets mulighet til å få sine rettighetsbaserte interesser ivaretatt. At myndighetene ikke kan begrunne inngrep eller unnløtelser av å sikre rettigheter i noen av diskrimineringsgrunnlagene, innebærer, som Abramson skriver, at «the state must make distinction only according to personal merit, or other-non arbitrary criteria».¹⁵⁹² Staten kan vektlegge kon-

1587 Abramson har rettet sterk kritikk mot EMDs tolkning av ikke-diskrimineringsretten i EMK og mener domstolen i praksis har utslettet rettigheten og erstattet den med «the resonableness test», som han omtaler som «the lowest standard known to modern-day law», Abramson (2008) s. 56.

1588 Biao mot Danmark avsnitt 115–137.

1589 Biao mot Danmark avsnitt 118.

1590 Biao mot Danmark avsnitt 121.

1591 Biao mot Danmark avsnitt 125.

1592 Abramson (2008) s. 21, avsnitt 41.

krete forhold. Slike forhold kan for eksempel være at barnet kommer fra et land hvor levestandarden er grei, at tilknytningen til Norge er svak, eller at det er begått lovbrudd. I tillegg kan staten vektlegge generelle interesser, slik som et behov for å begrense innvandringen av økonomiske grunner og med det et behov for å prioritere dem som kommer fra land med uro og lav levestandard. Indirekte kan følgelig nasjonalitet ha betydning, så lenge det ikke er det staten baserer sine interesser på.

Som nevnt i kapittel seks er positiv forskjellsbehandling lov og kan være påkrevd.¹⁵⁹³ Å basere en oppholdstillatelse på risiko for å bli utsatt for diskriminering på grunn av etnisk tilhørighet er for eksempel lov. Å innvilge opphold kan også være påkrevd i slike saker.

Ikke-diskrimineringsretten innvirker altså på hvilke interesser som kan vektlegges i avveiningen. Interesser som innebærer diskriminering, er ikke legitime og kan følgelig ikke vektlegges i avveiningen mellom barnets og statens interesser.¹⁵⁹⁴

7.3.3 Egnen til å ivareta statens interesser

Som nevnt i kapittel fire må et *inngrep* være egnet til å ivareta de interessene det legitimeres i.¹⁵⁹⁵ Egnethetskravet henger sammen med nødvendighetskravet, som gjelder ved inngrep i blant annet EMK art. 8.¹⁵⁹⁶ Hvis en utvisning skal anses nødvendig for å ivareta statens interesser, må den være egnet til å ivareta nettopp disse interessene.¹⁵⁹⁷ I en forvaltningsrettslig kontekst har Graver trukket frem egnethetskravet som en del av kravet om forholdsmessighet ved inngrep.¹⁵⁹⁸ Det er fornuftig. Et inngrep kan neppe være forholdsmessig hvis det ikke er egnet til å ivareta

1593 Denne bokens kapittel 5 punkt 5.2.2.3.

1594 Ikke-diskrimineringsretten er nevnt i forarbeidene til utlendl. § 38. Departementet har uttalt at i vurderingen av om det å innvilge opphold kan ha betydning for terskelen for opphold og avslag, «skal det [...] anlegges et ikke-diskrimineringsprinsipp», og at om «en tillatelse skal innvilges på grunn av sterke menneskelige hensyn skal ikke bero på søkerens nasjonalitet eller etniske opphav som sådan», Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154.

1595 Se kapittel tre punkt 3.5.6.2. Se også EUs charter art. 52 nr. 1, hvor det følger at «limitations may be made only if they are *necessary and genuinely meet* objectives of general interest recognised by the Union [...]» (min utheving), og i forslaget til begrensningshjemmel for grunnlovsbestemmelsen fra 2014 var det tatt med et nødvendighetskrav. Også i BK art. 13 nr. 2, 14 nr. 3 og 15. nr. 2 følger det krav om nødvendighet. Se videre Høyesteretts redegjørelse i HR-2018-104-A avsnitt 23.

1596 Nødvendighetskravet behandles i neste punkt.

1597 EMDs plenumsdom 26. november 1991 *Observer og Guardian mot Storbritannia* er illustrerende for sammenhengen mellom egnethet og nødvendighet. Se særlig dommens avsnitt 66–70. Se også Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Bergen 2018 s. 154.

1598 Graver (2019) s. 137.

statens interesser. Bernt har lagt til grunn at kravet om egnethet kan «ses som en presisering eller mulig utvidelse av kravet om at forvaltningsskjønnet skal være basert på et ønske om å ivareta den typen formål vedkommende lov [...] er utformet med sikte på å ivareta».¹⁵⁹⁹

Ved utvisning gjelder det et lovfestet krav om forholdsmessighet, jf. § 70, og følgelig et egnethetskrav. Noe lovfestet forholdsmessighetskrav gjelder ikke etter utlendl. § 38, selv om det må foretas en avveining etter bestemmelsen. Spørsmålet blir om det gjelder et egnethetskrav ved avslag på opphold på humanitært grunnlag, slik at det i en avveining mellom barnets interesser og statens må være et krav om at de interessene staten søker å ivareta, kan ivaretas av avslaget.

Om det må gjelde et egnethetskrav generelt i saker etter § 38, er det ikke nødvendig å ta stilling til her. At hva som best tjener barnets interesser, skal være «a primary consideration»/«et grunnleggende hensyn», innebærer at hvis andre interesser skal kunne gå foran, må de være av grunnleggende karakter. I grunnleggende ligger det at interessene må være viktige i den konkrete saken. Interesser som avgjørelsen er uegnet til å ivareta, kan ikke samtidig være viktige. Å behandle barnets beste som grunnleggende forutsetter derfor at barnets interesser kun avveies mot interesser som kan ivaretas i den aktuelle saken. En avveining hvor barns behov befinner seg på den ene siden, mens det på den andre siden er helt generelle interesser som ikke kan ivaretas gjennom avgjørelsen, selv om de er aldri så viktige, vil være vilkårlig. Også i saker om opphold på humanitært grunnlag må interessene som vektlegges, kunne ivaretas gjennom avgjørelsen. I de følgende avsnittene behandler jeg egnethetskravet noe nærmere.

Graver skriver at egnethetsvurderingen vil i «første rekke være av faktisk, faglig karakter og ha sammenheng med situasjoner der forvaltningen skal realisere bestemte mål».¹⁶⁰⁰ Samtidig legger han til at vurderingen også kan «komme inn der det er verdier som skal beskyttes, snarere enn formål som skal realiseres».¹⁶⁰¹ Både ved utvisning og ved opphold på humanitært grunnlag søker forvaltningen å kontrollere og regulere, herunder begrense innvandringen og hvem som får oppholde seg i riket, jf. utlendl. § 1. Vurderingen av om et avslag på opphold eller en utvisning er egnet til å ivareta statens interesser, vil altså ofte være av innvandringspolitisk karakter og ikke nødvendigvis av faglig karakter. Selv med det politiske elementet er egnethetskravet et materielt krav til statens myndighetsutøvelse, men det politiske elementet kan innvirke på domstolenes prøvingsintensitet.¹⁶⁰²

1599 Bernt (2015) s. 37.

1600 Graver (2019) s. 137.

1601 Graver (2019) s. 137.

1602 Se denne bokens kapittel 8.

Vedtak kan virke på ulike måter, hvor noen er lettere å bedømme egenhetene av, enn andre. I den konkrete saken er det klart at vedtaket er egnet til å ivareta formålet om å begrense hvor mange, og eventuelt hvem som får bosette seg her. De som får avslag eller blir utvist, må forlate landet. Er formålet å ivareta økonomi eller ressurs hensyn, er det nok heller ikke så vanskelig å vurdere egnetheten. Å gi færre oppholdstillatelse vil for eksempel kunne spare staten for eventuelle kostnader med bosetning o.l. Her kan imidlertid nødvendighetskravet som behandles i neste punkt, være av betydning. Mange av de interessene som søkes ivaretatt med avslag på opphold og vedtak om utvisning, er av en litt annen karakter. At vedtaket skal bidra til å styre andres atferd, ser ut til å ligge i kjernen av de fleste av de innvandringsregulerende hensynene nevnt i § 38 fjerde ledd.¹⁶⁰³ Å påvirke andres atferd er også målet med utvisning etter straffelovbrudd. Utvisningen skal virke preventivt.¹⁶⁰⁴

I hvor stor grad vedtak er egnet til å sende signaler til andre enn de som vedtaket retter seg mot, eller som det ellers direkte gjelder, kan være vanskelig å måle. Det er ikke sikkert at noen som kommer fra land med lav levestandard eller krig og uroligheter, lar seg påvirke i større grad av om andre får avslag. Det kan være at de anser å ha lite å tape på å forsøke å få opphold eller å bli i landet. Dette selv om de i så fall opptrer i strid med utlendingslovens bestemmelser, for eksempel ved å unnlate å bidra til å avklare egen identitet eller å oversitte utreisefristen. Risikerer utlendingen å måtte forlate landet hvis identiteten blir klarlagt, er ikke trusselen om å få avslag på opphold for å ikke bidra til dette, nødvendigvis effektiv. Derfor er det positivt at verken å unnlate å avklare egen identitet eller å oversitte utreisefristen anses som tungtveiende innvandringsregulerende hensyn etter utlendingsforskriften.¹⁶⁰⁵

Et annet poeng er at spesielle saker, som ikke vil ha noen presedensvirkning, neppe er egnet til å sende signaler til andre. Målgruppen saken skal sende et signal til, blir i alle fall veldig snever, noe som taler for at statens interesser ikke kan være særlig tungtveiende. Det kan for eksempel være saker hvor et barn er sykt eller funksjonshemmet. I forarbeidene til utlendingsloven trekkes det imidlertid frem at ettersom de fleste land det kommer asylsøkere fra, har vesentlig dårligere helsetilbud enn i Norge, er det «nødvendig å føre en restriks-

1603 Se også Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154 og 421 om formålet med vektlegging av de innvandringsregulerende hensynene.

1604 Se for eksempel *Üner mot Nederland* avsnitt 56 og denne bokens kapittel 3 punkt 3.5.1.

1605 Av utlendingsforskriften § 8-5 fjerde ledd følger det at «[s]om mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn etter denne bestemmelsen regnes blant annet [...] at barnets foreldre ikke har klart å sannsynliggjøre egen identitet».

tiv praksis» for når det skal gis opphold av helsemessige grunner. Om det siktes til at det her må sendes et signal ved en streng praksis så ikke mange skal søke opphold med samme grunn, er ikke helt klart. Det som er klart, er at hvis barnet er født i Norge, vil saken ha minimalt med signaleffekt. Å få et sykt barn kan ikke planlegges.

Saken som ble behandlet i Kaplan med flere mot Norge, er derfor en sak som neppe var særlig egnet til å sende et signal. Her var datteren, som hadde alvorlig barnautisme, født etter at familien hadde vært i Norge en periode.¹⁶⁰⁶ Da saken ble behandlet av lagmannsretten, kom retten til at en utvisning av faren ville påføre barnet og hennes familien en «ekstraordinær påkjenning, som medfører at den blir uforholdsmessig».¹⁶⁰⁷ Videre mente retten at «verken allmennpreventive eller innvandringspolitiske hensyn [talte] med noen styrke mot et slikt resultat». Retten kom også inn på at den ekstraordinære situasjonen gjorde at avgjørelsen heller ikke ville være i strid med praksis i lignende saker med «lenge ventende» barn.¹⁶⁰⁸ Uttalelsene er illustrerende for hvordan spesielle saker kan medføre at de ikke er egnet til å ivareta innvandringsregulerende hensyn som er ment å ha en signal-funksjon. Til tross for sakens karakter kom Høyesterett til at en utvisning ville være forholdsmessig. Menneskerettsdomstolen kom imidlertid til at det forelå krenkelse av EMK art. 8.

På grunn av karakteren til statens interesser kan det være vanskelig å bedømme om en sak er helt uegnet til å ivareta disse. Virker saken mindre egnet til å ivareta statens interesser, kan det imidlertid påvirke vekten av disse.¹⁶⁰⁹

7.3.4 Nødvendig for å ivareta statens interesser

Et inngrep må være nødvendig for å ivareta de legitime interessene det er basert på.¹⁶¹⁰ I dette punktet behandler jeg hvorvidt det gjelder et nødvendighetskrav i avveiningen mellom statens og barnets interesser i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.

Enkelte konvensjonsbestemmelser angir uttrykkelig et nødvendighetskrav.¹⁶¹¹ Ved utvisning av utlendinger med oppholdstillatelse har EMD stilt opp et krav om at inngrepet må være «necessary in a democratic society», i tråd med ordlyden i

1606 Kaplan med flere mot Norge avsnitt 14–16.

1607 LB-2009-102660.

1608 LB-2009-102660.

1609 Se punkt 7.5.

1610 Se kapittel tre punkt 3.5.6.2.

1611 Se for eksempel EMK art. 8 nr. 2, EUs charter art. 52 nr. 1, BK art. 13 nr. 2, 14 nr. 3 og 1. nr. 2.

EMK art. 8 nr. 2.¹⁶¹² Kravet gjelder også ved utvisning av en utlending uten oppholdstillatelse.¹⁶¹³ Interesser som gjør seg gjeldende i de to typene utvisningssaker, kan være ulike, og dermed kan nødvendighetsvurderingen bli ulik. Ettersom karakteren og alvorlighetsgraden av straffelovbruddene og bruddene på utlendingsloven kan variere fra sak til sak, kan nødvendighetsvurderingen også bli ulik innenfor samme type utvisningssaker. Hvorvidt staten har en positiv forpliktelse til å *innvilge opphold* etter EMK art. 8, må vurderes ut fra om staten har «struck a fair balance between the applicants' interests on the one hand and its own interest in controlling immigration on the other».¹⁶¹⁴ Selv om en rettferdig balansering av interessene også er sentral i saker som gjelder statens negative forpliktelser, blir ikke vurderingen helt lik.¹⁶¹⁵ Dette fordi den faktiske og rettslige situasjonen til en «settled migrant» normalt er ganske ulik situasjonen til en som ikke faller inn under kriteriet.¹⁶¹⁶

Klagerne i *Butt mot Norge* ble ikke ansett som «settled migrants», ettersom de kun hadde hatt lovlig opphold i en mindre periode av deres totale tid i Norge.¹⁶¹⁷ EMD uttalte likevel at «in view of the unusually long duration of the applicants' unlawful stay in Norway, it was questionable whether general immigration policy considerations would carry sufficient weight to regard the refusal of residence 'necessary in a democratic society'».¹⁶¹⁸ Uttalelsen tyder på at nødvendighetskrav gjelder også i slike saker. Antageligvis hadde det vært vanskelig å komme til noe annet, særlig siden saker om utvisning og opphold på humanitært grunnlag ofte er ganske like hverandre. Det er ingen større prinsipielle forskjeller på saker hvor det avslås å innvilge opphold, eller hvor en utlending uten oppholdstillatelse utvises. I en del saker foreligger det også både avslag på opphold og utvisningsvedtak. I tillegg følger et nødvendighetskrav implisitt av avveiningen. Det er vanskelig å komme til at avgjørelsen bygger på en *rettferdig balanse*, hvis statens interesser kan ivaretas på mildere måter.

1612 Se for eksempel *Boultif mot Sveits* avsnitt 46 flg., *Üner mot Nederland* avsnitt 57 og *Maslov mot Nederland* avsnitt 68 flg., hvor det kommer klart frem at det både er et krav om nødvendighet og et proporsjonalitetskrav / snevert forholdsmessighetskrav. Det ser likevel ut til at nødvendighetsvurderingen og den snevre forholdsmessighetsvurderingen kan flyte noe sammen, ettersom de kriteriene som er oppstilt, ser ut til å gjelde i begge vurderingene.

1613 Se *Nunez mot Norge*, hvor EMD unnlot å ta stilling til om saken gjaldt statens positive eller negative forpliktelser, og likevel tok opp nødvendigheten av å utvise, avsnitt 69 og 71. Se også *Kaplan med flere mot Norge* avsnitt 83.

1614 *Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland* avsnitt 44 og *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 105 og 106.

1615 Som uttalt en rekke ganger, herunder i *Nunez mot Norge* avsnitt 68.

1616 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 105.

1617 *Butt mot Norge* avsnitt 78.

1618 *Butt mot Norge* avsnitt 85.

Hvis EMK art. 8 kommer til anvendelse, må følgelig avslaget på opphold eller utvisningen være nødvendig for å ivareta statens interesser. Spørsmålet blir om et nødvendighetskrav må gjelde når det *kun* er barnets beste som kommer til anvendelse, altså uavhengig av retten til familie- eller privatlivs betydning i saken.

Også etter norsk forvaltningsrett gjelder et nødvendighetskrav. Som Graver skriver, kan ikke forvaltningen «bruke sine fullmakter til å gripe inn den enkeltes rettigheter og interesser i større utstrekning enn nødvendig».¹⁶¹⁹ Hvis interessene kan nås på en mindre inngripende måte, er tiltaket uforholdsmessig.¹⁶²⁰ Overført til temaet her vil et vedtak som ikke nødvendig for å ivareta statens interesser, men likevel går foran hva som er i barnets beste interesser, være uforholdsmessig overfor barnet. I et uforholdsmessig vedtak er ikke hva som er i barnets beste interesser behandlet som grunnleggende, slik BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 krever.¹⁶²¹ Konklusjonen må derfor være at også når det kun er barnets beste som kommer til anvendelse, må avgjørelsen være nødvendig for å ivareta statens legitime interesser.

Noen av interessene som skal ivaretas ved et avslag, kan være vanskelig å ivareta på mindre inngripende måter. Har staten en interesse i å regulere innvandringen ved å gi færrest mulig oppholdstillatelse ut fra for eksempel økonomi- eller ressurs-hensyn, så er det ikke lett å finne mindre inngripende måter enn ved avslag på opphold. Annerledes er det ved spørsmål om utvisning av utlendinger uten oppholdstillatelse. I noen tilfeller kan tvangsretur ivareta statens interesser. Da kan det være utlendingen kan besøke familie og venner i Norge. Hvis utvisningen er begrunnet i grove eller gjentatte brudd på bestemmelsene i utlendingsloven, kan det imidlertid være en risiko for at det vil skje igjen, og da er det ikke sikkert en tvangsretur ivaretar statens interesser.

I Nunez mot Norge går EMD inn på nødvendigheten av å kunne reagere med utvisning ved alvorlige og/eller gjentatte brudd på utlendingsloven:

If serious or repeated violations of the immigration law were to be met with impunity, it would undermine the public's respect for that law. Since an application for a residence permit would be rejected in the event of failure to meet the conditions for residence, a refusal of such an application would not in itself constitute a sanction for the provision of false information. Therefore, the possibility for the authorities to react with expulsion would constitute an important means of general deterrence against gross or repeated violations of the Immigration Act.¹⁶²²

1619 Graver (2019) s. 137.

1620 Graver (2019) s. 137.

1621 Se i lignende baner Pobjoy (2015) s. 362.

1622 Nunez mot Norge avsnitt 71. Se også Antwi med flere mot Norge avsnitt 90.

Her er vises det altså til allmennpreventive hensyn, og behovet for å kunne utvise i slike saker kobles opp mot statens behov for å kunne påvirke atferden til andre utlendinger.

Et annet spørsmål er om det er nødvendig å utvise noen som har oppholdstiltalelse og har bodd i Norge i mange år, kanskje fra de var barn. Alternativet til utvisning i slike saker vil være å kun benytte straff. Strafferetten skal i utgangspunktet ivareta samme interesser som utvisning i slike saker. Hvorfor det skulle være nødvendig med ytterligere en trussel i slike tilfeller, er ikke åpenbart. Her kommer imidlertid rettferdighetsbetraktninger inn.¹⁶²³ Å vurdere nødvendigheten av å utvise for å ivareta rettferdighet er vanskelig fordi rettferdighet er en skjønnsmessig størrelse. Høyesterett har avvist at den «teoretiske muligheten for en straffereaksjon» kan få nevneverdig betydning for forholdsmessighetsvurderingen i en konkret sak.¹⁶²⁴ Domstolen har pekt på at det er en lovgiveroppgave å vurdere alternative reaksjoner.¹⁶²⁵ Ettersom også lovgiver er bundet av barnets beste, kan det etter min mening være grunn til å se nærmere på alternative reaksjoner som i mindre grad rammer barn, enn en utvisning av en for-elder gjør.

Til tross for at det i en del tilfeller kan rettes innvendinger mot nødvendigheten av å avslå opphold eller å utvise, er utgangspunktet at staten har en generell interesse i å regulere og kontrollere innvandring. For dette er utvisning og avslag på opphold ofte nødvendige virkemidler. Avslag på opphold og/eller vedtak om utvisning må imidlertid være nødvendig for å ivareta statens interesser *i den konkrete saken*. Det kan være forhold i saken som gjør at nødvendighetskravet likevel ikke er oppfylt. I Butt mot Norge uttalte EMD at «the Court cannot but note the observation made by the High Court (in 2008) that, in view of the unusually long duration of the applicants' unlawful stay in Norway, it was questionable whether general immigration policy considerations would carry sufficient weight to regard the refusal of residence 'necessary in a democratic society'». ¹⁶²⁶ Domstolen er inne på at *lang, uforklarlig passivitet* fra statens side kan tyde på at avslag på opphold / utvisning ikke er nødvendig for å ivareta statens interesser.¹⁶²⁷

¹⁶²³ Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.5.1.

¹⁶²⁴ HR-2019-2286-A avsnitt 102.

¹⁶²⁵ HR-2019-2286-A avsnitt 102.

¹⁶²⁶ Butt mot Norge avsnitt 85.

¹⁶²⁷ Se også Nunez mot Norge avsnitt 84 og Kaplan med flere mot Norge avsnitt 98, hvor det fremkommer at også i disse dommene vektla EMD at det hadde gått lang tid før utlendingsmyndighetene fattet vedtak om utvisning.

Også ved utvisning av utlendinger med oppholdstillatelse må «the time elapsed since the offence was committed and the applicant's conduct during that period», vurderes.¹⁶²⁸ Har det gått lang tid siden lovbruddet og utlendingen heller ikke har begått nye lovbrudd, tyder det på at utvisning ikke er nødvendig. Det er ikke bare statens passivitet som fanges opp av tidsmomentet, men også utlendingens etterfølgende atferd.¹⁶²⁹ Staten kan ikke hevde at tungtveiende interesser gjør det nødvendig å utvise en utlending, for så å forholde seg helt passiv over en lengre periode. Det er selvmotsigende. Hadde det vært nødvendig, skulle staten handlet raskere. Lang tid virker også inn på barnets interesser, men det fanges opp av vurderingssiden av barnets beste og vil kunne påvirke den endelige avveiningen.¹⁶³⁰

Emberland har drøftet EMDs vektlegging av lang tidsbruk fra myndighetene blir klar over lovbruddene, og til utvisningsvedtak blir truffet.¹⁶³¹ Han mener tidsbruken er et tegn på at myndighetene er imøtekommende og viser humanitet.¹⁶³² Om det er humant å la barn leve i uvisshet om en av deres foreldre vil bli utvist, over en periode på seks år som i Kaplan med flere mot Norge, eller nærmere fire år som i Nunez mot Norge, kan diskuteres.¹⁶³³ Barnekomiteen uttrykte i sin avsluttende merknad til Norge fra 2010 bekymring for den lange tiden som kunne gå før vedtak ble truffet i asylsaker.¹⁶³⁴ I tillegg til at tidsbruken kan tyde på at utvisning ikke er nødvendig, kan det være et tegn på at saken er spesiell.¹⁶³⁵ At en sak er spesiell, kan medføre at den ligger på grensen til når det kan avslås opphold eller vedtas utvisning uten å krenke rettigheter, og det kan medføre at det kreves en rekke avklaringer før staten kan fatte et vedtak. Dette kan se ut til å være tilfelle med Kaplan-saken, hvor det i tillegg til det ene barnets diagnose og særlige omsorgsbehov var andre forhold som gjorde at de humanitære grunnene var tungtveiende.

1628 Boultif mot Sveits avsnitt 48 og Maslov mot Østerrike avsnitt 68.

1629 Se for eksempel Omojudi mot Storbritannia, hvor domstolen uttaler «[f]inally, the Court turns to the conduct of the applicant following the commission of the offence on 1 November 2005. The applicant committed a driving offence during this period, having failed to provide a specimen for analysis. As a consequence, he was banned from driving for three years. The remainder of his conduct is difficult to assess as he spent most of the period from the conviction to his deportation in detention», avsnitt 47.

1630 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.7, Boultif mot Sveits avsnitt 48 og Maslov mot Østerrike avsnitt 68, hvor et moment er «the length of the applicant's stay in the country from which he or she is to be expelled».

1631 Marius Emberland, «Bordet fanger i EMD», *Lov og Rett*, 2014 s. 443–444.

1632 Emberland (2014) s. 443–444.

1633 Se Sandberg (2020b) s. 353 om lang botid på mottak etter endelig avslag.

1634 CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 50 (b).

1635 Se Jeunesse mot Nederland avsnitt 103 for et annet aspekt ved lang oppholdstid.

At saken er *spesiell*, er et moment som tyder på at utvisning ikke var nødvendig, slik Høyesteretts flertall var inne på i plenumsdom I.¹⁶³⁶

Utgangspunktet er følgelig at avslag på opphold eller utvisning ofte anses nødvendig for å ivareta statens legitime interesser. I konkrete saker kan det likevel være forhold som gjør at nødvendighetskravet ikke er oppfylt. Ved en vurdering av nødvendigheten er det inngrepet og statens interesser som er i sentrum. Interessene henger i mange tilfeller sammen med utledingens handlinger og unnlatelser. I saker hvor barn blir berørt, gjelder det oftest ikke barnets handlinger eller unnlatelser, men foreldrenes. Et spørsmål er derfor om foreldrenes handlinger og unnlatelser er relevante i den avveiningen som må gjøres etter barnets beste. Dette behandler jeg i det følgende punktet.

7.4 IDENTIFISERING MELLOM FORELDRE OG BARN

Både utformingen av utlendl. § 38, forarbeidene til utlendingsloven og praksis fra norsk Høyesterett og EMD åpner for at foreldrenes handlinger kan innvirke på barnets sak.¹⁶³⁷ Dette har vært omtalt som en identifikasjon mellom barnet og foreldrenes handlinger og har vært gjort på flere ulike måter i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.¹⁶³⁸

En type identifikasjon er når vedtaket retter seg direkte mot barnet, og foreldrens handlinger benyttes for å rettferdiggjøre at innvandringsregulerende hensyn gjør seg gjeldende i barnets sak, så vel som i foreldrenes.¹⁶³⁹ Foreldrenes handlinger kan da innvirke på barnets mulighet til å få sitt beste ivaretatt. En litt annen type er det når vedtaket direkte retter seg mot barnets foreldre eller andre hovedomsorgspersoner. Ettersom barnets beste gjelder i alle saker som berører barn, må rettigheten respekteres også i slike saker. Her blir det ikke en direkte, men snarere en indirekte identifikasjon. Foreldrenes handlinger eller unnlatelser har gjort at staten har legitime interesser som er egnede og nødvendige å vektlegge i

1636 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 119, hvor det uttales at «jo mindre konsekvenser en innvilgelse av en oppholdstillatelse får for andre saker, jo større rom vil det være for å legge vekt på individuelle hensyn. Hensynet til barnets beste vil derfor lettere kunne bli avgjørende i avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn der det er spesielle forhold knyttet til barnet, enn der barnet er i en normalsituasjon som ikke atskiller seg fra det som gjelder for barn flest som søker om opphold.»

1637 Utformingen av § 38 åpner for en slik innvirkning ved at innvandringsregulerende hensyn kan vektlegges etter fjerde ledd, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 160, Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 133 og Butt mot Norge avsnitt 79.

1638 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 133 og 193, Butt mot Norge avsnitt 79 og Einarsen (2013) s. 294.

1639 Som i Rt. 2012 s. 1985, som gjaldt både forelderens og barnets oppholdstillatelse.

saken mot dem. Fordi barnets beste er implementert i en avveiningsregel, enten avveiningen som må gjøres etter utlendl. §§ 38 eller 70, følger statens interesser med og innvirker på barnets rettighet.

Et tredje tilfelle av identifikasjon finnes i EMDs praksis. Domstolen har flere ganger uttalt:

Another important consideration is whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious [...]. Where this is the case the removal of the non-national family member would be incompatible with Article 8 only in exceptional circumstances [...].¹⁶⁴⁰

Vektleggingen av når familielivet oppsto, kan påvirke barns muligheter til å få ivarett sine interesser.¹⁶⁴¹ Et eksempel fremkommer av Udeh mot Sveits, hvor EMD uttalte følgende:

[T]he principal offence was committed by the first applicant after the two children had been conceived; in other words, his wife could not have been aware of it at the time when the family relationship was created, this being a factor of considerable importance in the assessment of the present case. However, as regards the first applicant's relationship with his new girlfriend and *the birth of a child* from that relationship, those facts cannot be taken into consideration in the Court's examination, given that they occurred at a time when his right to stay in Switzerland was already insecure. (Min utheving)¹⁶⁴²

I saken var det altså tre barn, hvorav den yngste etter EMDs resonnementet ikke ville få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn, på samme måte som de andre to. Også barnets rett til familieliv vil gis et svakere vern med et slikt resonnement. Dette fordi familielivet, som omfatter fødselen av et barn, ble opprettet da det var usikkert om barnets far ville få bli i landet. Barnet hadde naturlig nok ingen innvirkning på situasjonen. Denne typen identifisering som EMD har foretatt, har i utgangspunktet lite feste i norsk utlendingrett, i motsetning til de to førstnevnte typene identifisering.

1640 Her sitert fra Darren Omoregie med flere mot Norge avsnitt 57, som inneholder henvisninger til andre dommer.

1641 Se også Rodrigues da Silva og Hoogkamer mot Nederland, hvor det uttales om barnet at «Rachael was born from a genuine relationship», avsnitt 37.

1642 Udeh mot Sveits avsnitt 50.

Spørsmålet er om det er adgang til å la foreldres handlinger eller unnlaterse innvirke på barnets sak og rettigheter på slike måter som jeg har her nevnt.

Barn er selvstendige rettighetshavere, og foreldrenes handlinger endrer ikke dette.¹⁶⁴³ Uavhengig av hva foreldrene har gjort eller ikke har gjort, har barn rett til å få sitt beste vurdert og lagt til grunn som et grunnleggende hensyn i alle avgjørelser det blir berørt av. Noen direkte identifisering mellom foreldrene og barnet, på en måte som gjør at barnets rettigheter ikke respekteres eller sikres, er det ikke adgang til. En slik identifisering som i Udeh mot Sveits er følgelig ikke forenelig med barns rettigheter. Et annet eksempel finnes i plenumsdom I. I dommen var et spørsmål om tiknytningen barna hadde fått til Norge i perioden med ulovlig opphold, måtte ses bort fra.¹⁶⁴⁴ Det ville innebære at foreldrenes unnlattelse av å forlate landet kunne innvirket på barnets rett til å få ivarettatt sin identitet og statsborgerskap.¹⁶⁴⁵ Slik identifisering ville ikke vært i tråd med barns rettigheter eller et rettighetsperspektiv. Både flertallet og mindretallet kom også til at barnets tilknytning skal vektlegges, selv om den er opparbeidet mens barnet var ulovlig i Norge.¹⁶⁴⁶

Fordi barnets beste ikke er en absolutt rettighet, er det imidlertid ikke utelukket at foreldrenes handlinger kan innvirke på *avveiningen* som må gjøres i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, på andre måter. I plenumsdom I ble det lagt til grunn at det var behov for en restriktiv praksis med å innvilge opphold av *hensyn til andre barn*, enn de som blir berørt av vedtaket. Flertallet uttalte at «[v]ed vurderingen av om det skal gis oppholdstillatelse etter § 38, kan det altså legges vekt på hvilken konsekvens vedtaket vil kunne få for andre barn».¹⁶⁴⁷ Flertallet uttalte også at «[n]år barna ikke kan bedømmes isolert fra foreldrenes ulovlige opphold, har det sammenheng med at barn i så fall lett vil kunne bli brukt som «middel» fra foreldrenes side for å oppnå oppholdstillatelse ved å la være å følge opp plikten til å forlate landet, med de uheldige følger det kan få for andre barn».¹⁶⁴⁸ Hva som menes med «bedømmes», er noe uklart. Det ser ut til at konsekvensene vedtaket kan ha for andre barn, ikke er et selvstendig hensyn, men benyttes for å legitimere en identifikasjon mellom barnet og foreldrene, og med det rettferdiggjøre en vektlegging av innvandringsregulerende hensyn i barnets sak. Annenvoterende uttalte at innvandringsregulerende hensyn som ikke er helt gene-

1643 Som annenvoterende i Rt. 2012 s. 1985 er noe inne på i avsnitt 193.

1644 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 123–125, 134 og 185–199.

1645 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.7.

1646 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134 og 199.

1647 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 115.

1648 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 133.

relle, men er begrunnet i å beskytte andre barn, «har mer gjennomslag enn alminnelige håndhevings- og kontrollhensyn».¹⁶⁴⁹

Hensyn som er begrunnet i å beskytte andre barn, ser ut til å henge sammen med det som i § 38 er formulert som «mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag», og som i dommen ses i sammenheng med «likhetsprinsippet i norsk forvaltning».¹⁶⁵⁰ En forståelse av hensynet til andre barn i sammenheng med disse hensynene har nok sammenheng med at det er et mål å påvirke atferden til andre i lignende situasjoner, altså andre foreldre.

Noe som indikerer at det bør vises varsomhet ved å tillegge hensynet til andre barn selvstendig betydning, er at det er uklart hva det er de andre barna faktisk risikerer. De risikerer vel først og fremst at foreldrene tar dem med seg til Norge og forsøker å få opphold her. Utfallet kan da bli avslag, slik at familien må reise tilbake. Da kan det være en risiko for at foreldrene unnlater å returnere frivillig, noe som kan være belastende for barna. Sammenlignet med hva enkelte barn kan risikere ved å sendes til for eksempel Afghanistan, Iran og Irak for å hindre at andre barn kommer med sine foreldre til Norge, synes risikoene ved å ikke foreta en identifisering likevel mindre alvorlige.¹⁶⁵¹ Kanskje er det en risiko det er verd å ta, ettersom barnets interesser kan være så tungtveiende at det må gis oppholdstillatelse. Utfallet blir i så tilfelle at barnet får bli i et land hvor dets interesser ivaretas i større grad, enn i opprinnelseslandet.

I Butt mot Norge behandles argumentet om hensynet til andre barn. I den forbindelse uttalte EMD følgende:

[T]he Court has noted the general approach of the Borgarting High Court that strong immigration policy considerations would in principle militate in favour of identifying children with the conduct of their parents, failing which there would be a great risk that parents exploited the situation of their children in order to secure a residence permit for themselves and for the children (see paragraph 34 above). The Court, seeing no reason for disagreeing with this general approach [...].¹⁶⁵²

Domstolen godtar altså i utgangspunktet argumentasjonen. Den legger imidlertid til at «the need to identify children with the conduct of their parents could not always be a decisive factor; in the concrete case there had been no such risk of

1649 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 187.

1650 Utlendingsloven § 38 fjerde ledd bokstav a og Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 118.

1651 Se blant annet kapittel seks punkt 6.6 og 6.8.

1652 Butt mot Norge avsnitt 79.

exploitation as mentioned above since the applicants had reached the age of majority and their mother had died». ¹⁶⁵³ Det nevnes også at det uvanlige lange oppholdet, sammen med andre forhold i saken, «militate strongly against identifying the applicants' conduct with that of their mother and bringing them to bear adverse consequences from this state of affairs». ¹⁶⁵⁴ Argumentasjonen til domstolen tyder på at nødvendigheten av en slik *identifisering må vurderes nøye*. Det er sentralt om det er forhold i saken som taler for at foreldrene har skjøvet barnet fremfor seg. At hensynets relevans må vurderes nøye, snevrer det noe inn. Det er viktig. Hvis hensynet legges ukritisk til grunn, kan det benyttes for legitimere en økt vektlegging av statens interesser i å begrense innvandringen, selv om det er noe uklart hva som ligger i det, og selv om det er lite relevant i den konkrete saken.

I Butt mot Norge var moren død, og dermed var en identifisering mellom barna og moren i liten grad nødvendig. Et annet tilfelle hvor slik identifikasjon er unødvendig, er hvis moren eller faren til barnet allerede er sendt ut av landet som en reaksjon på brudd på utlendingsloven eller straffelovgivningen, mens barnet er under andres omsorg. I spørsmålet om barnet må innvilges oppholdstillatelse, kan det ikke da være nødvendig å identifisere barnet med foreldrenes handlinger og vektlegge disse som innvandringsregulerende hensyn som taler mot å gi barnet opphold. Disse handlingene har allerede fått konsekvenser for foreldrene. Noe annet er at det kan være til det beste for barnet å gjenforenes med foreldrene, og at dette kan påvirke avgjørelsen.

Som jeg har tatt stilling til i punktet om legitime formål, kan ikke innvandringsregulerende hensyn gå foran hva som er til det beste for *enslige barn* som søker opphold. Også i saker som gjelder enslige barn, finnes det imidlertid tendenser til identifisering mellom barn og foreldre. I Rt. 2009 s. 1261 var et innvandringsregulerende hensyn som ble trukket frem, «ønske om å unngå at barn sendes alene som såkalte 'ankerbarn'». ¹⁶⁵⁵ Hensynet ser ut til å henge sammen med tanken om at noen barn sendes til Norge alene for å få opphold, slik at familien kan komme etter og søke om familiegjenforening. ¹⁶⁵⁶ Formålet med å vektlegge dette som en begrunnelse for å gi avslag ville være å unngå at andre barn blir sendt alene. Det vil si å innvirke på andre barn sine foreldres atferd. Hensynet bygger dermed på en antagelse om hvorfor enslige barn kommer til Norge. I realiteten er det derimot lite som tyder på at barn sendes alene til et fremmed land med familiegjenforening

1653 Butt mot Norge avsnitt 79.

1654 Butt mot Norge avsnitt 86. Se også annenvoterendes behandling av dommen i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 194.

1655 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 34.

1656 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 34.

som hovedformål.¹⁶⁵⁷ Begrunnelsene for at barna reiser, er mange og ulike.¹⁶⁵⁸ Ankerbarn-teorien ser ut til å være lite treffende for et flertall av sakene. Dermed vil ikke slike hensyn være *egnet* til å ivareta statens interesse i å unngå at foreldre sender barn til Norge for å søke familiegjenforening. Ankerbarn-teorien utgjør en risiko for at et hensyn som ikke er egnet til å ivareta statens interesser, kan få gjennomslag på bekostning av svært sårbare barns sterke interesser. Derfor er det viktig at praksis retter seg etter barnekomiteens uttalelse om at innvandringsregulerende hensyn ikke kan gå foran enslige barns beste. I tillegg viser ankerbarn-teorien at det er viktig at egnetheten av statens interesser vurderes med et kritisk blikk.

Forutsatt at barn faktisk ble brukt som anker, er det også usikkert om det ville vært nødvendig å avslå opphold for barnet. Et mindre inngripende tiltak kunne vært å heller være restriktiv med familiegjenforeningen i noen typer saker. Generelle restriktive regler om familiegjenforening kan imidlertid også slå uheldig ut for barn. I *Osman mot Danmark* var saken utløst av at danske myndigheter hadde endret lovgivningen for å hindre foreldre å sende barna sine til opprinnelseslandet for «re-upbringing trips» for extended periods of time to be «re-educated» in a manner their parents consider more consistent with their ethnic origins.¹⁶⁵⁹ Myndighetene ønsket at barna skulle komme til Danmark så unge som mulig og tilbringe «as many of their formative years as possible» der.¹⁶⁶⁰ Det var derfor fastsatt regler om at oppholdstillatelsen opphørte etter en tid borte fra Danmark. I saken gjaldt en tolv måneders grense for opphold i utlandet og i tillegg en øvre aldersgrense på 15 år for å få innvilget familiegjenforening.¹⁶⁶¹ Om lovgivningen uttalte EMD at «[t]he Court does not question that the said legislation [...] pursued a legitimate aim».¹⁶⁶² Spørsmålet var om «*in the circumstances of the present case, the refusal to reinstate the applicant's residence permit was proportionate to the aim pursued*» (min utheving).¹⁶⁶³ Domstolens videre behandling av dette spørsmålet er av betydning for adgangen til å identifisere barn med sine foreldre, uten å krenke barnets rettigheter.

1657 Ada Engebriksen, «Forlatte barn, ankerbarn, betrodde barn... Et transnasjonalt perspektiv på enslige, mindreårige asylsøkere», *NOVA Rapport*, nr. 7 2002 s. 44–45. Jeg har ikke funnet nyere norsk forskning om temaet. Ankerbarn-teorien ser imidlertid ikke ut til å være særnorsk, se Pobjoy (2015) s. 361. Også Pobjoy viser i en note til litteratur om at stater ser ut til å stole på anekdotiske bevis for teorien (note 195).

1658 Engebriksen (2002) s. 44–45 og Meld. St. 27 (2011–2012), *Barn på flukt* s. 18.

1659 *Osman mot Danmark* avsnitt 66.

1660 *Osman mot Danmark* avsnitt 66.

1661 *Osman mot Danmark* avsnitt 28 og 66.

1662 *Osman mot Danmark* avsnitt 67.

1663 *Osman mot Danmark* avsnitt 67.

Domstolen fastslo at «that although the legislation at issue aimed at discouraging parents from sending their children to their countries of origin to be ‘re-educated’ in a manner their parents consider more consistent with their ethnic origins, the children’s right to respect for private and family life cannot be ignored».¹⁶⁶⁴ Jenta som var klager i saken, hadde anført at det var faren som hadde bestemt at hun måtte reise for å ta seg av bestemoren i en flyktningleir, at hun ikke ønsket det, og at det ikke var i hennes beste interesser.¹⁶⁶⁵ Til det anførte staten at om reisen var mot hennes ønske, var uten betydning «as [the applicant’s] parents had custody over her at the time of her departure» og kunne lovlige treffe «decisions about [her] personal circumstances».¹⁶⁶⁶ Domstolen slo imidlertid fast at «in respecting parental rights, the authorities cannot ignore the child’s interest including its own right to respect for private and family life».¹⁶⁶⁷ Sammenholdt med enkelte andre momenter ble konklusjonen dermed at jentas rettigheter etter art. 8 var krenket. Argumentasjonen til EMD underbygger at foreldres handlinger og unnlater kan falle inn under statens legitime interesser og dermed vektlegges i en avveining mot barns eller barnets interesser, både ved utforming av generell lovgivning og i enkeltsaker, *men barnets rettigheter må like fullt respekteres*.

Foreldrenes handlinger og unnlater kan kun komme inn i avveiningsiden av barnets beste, under statens interesser. Dette er nødvendig for at staten skal ivareta sin plikt til å respektere, sikre og oppfylle barns rettigheter. En annen side av forholdet mellom statens sikringsplikt og foreldrenes rolle er at rettighetene ikke kan gjøres avhengige av foreldrenes evne til å sikre dem. I barnekomiteens behandling av klagesaken K.Y.M mot Danmark legger komiteen til grunn at barnets rett etter BK art. 19 «cannot be made dependent on the mother’s ability to resist family and social pressures».¹⁶⁶⁸ Staten kan ikke overlate hele ansvaret til foreldrene, selv om også foreldre har et ansvar.

Foreldre kan ikke avskjære barnet fra å nyte godt av det vernet rettighetene gir, selv om de kan påvirke relevansen og vekten av statens interesser. Foreldrenes handlinger kan heller ikke tillegges så stor vekt at det i realiteten foretas en fravikelse av rettigheten. Rettighetens kjerne må respekteres. En eventuell identifisering mellom barn og foreldre kan dermed kun komme inn i avveiningsiden av barnets beste, som innvandringsregulerende hensyn. Dermed gjelder kravene om *egnethet og nødvendighet* for å ivareta statens interesser som springer ut av forel-

1664 Osman mot Danmark avsnitt 69.

1665 Osman mot Danmark avsnitt 70.

1666 Osman mot Danmark avsnitt 71.

1667 Osman mot Danmark avsnitt 73.

1668 K.Y.M mot Danmark avsnitt 11.8 (b).

drenes handlinger. Vekten av statens interesser må som ellers vurderes *konkret i den aktuelle saken*. At barnet ikke kan klandres for foreldrenes handlinger, er et moment som kan innvirke på vekten av statens interesser, der disse er knyttet opp mot foreldrenes handlinger eller unnlatelser.

7.5 VEKTINGEN AV STATENS INTERESSER

Vektingen av statens interesser kan ikke gjøres helt løsrevet fra kravene om egnethet og nødvendighet. I hvor stor grad avgjørelsen er egnet og nødvendig for å ivareta interessene, har betydning for hvor tungtveiende de er. Et eksempel er når saken er spesiell, men likevel ikke helt uegnet til å ivareta statens interesser. Interessene vil da ofte ikke være særlig tungtveiende.¹⁶⁶⁹ Hvis det er pressende å regulere innvandringen, for eksempel på grunn av store økonomiske utfordringer, må det være mer tungtveiende enn når en regulering er mindre påkrevd av slike hensyn.

Vektingen må nødvendigvis ta utgangspunkt i de interessene staten søker å ivareta ved avgjørelsen. Ved *utvisning* er det ofte behovet for å opprettholde ro, orden og hindre kriminalitet. Etter utlend. § 70 er «forholdets alvor» sentralt for å avgjøre om en utvisning vil være forholdsmessig. Av ordlyden i § 70 følger det at jo mer *alvorlig* forholdet er, jo sterkere interesser har staten i å utvise utlendingen. Utvisningsgrunnlaget og *graden av alvorlighet* i de handlingene som aktualiserer grunnlaget, er dermed sentralt for vekten av statens interesser. De to typene utvisningsgrunnlag som er relevant for temaet her, er brudd på straffelovgivningen og på utlendingslovens bestemmelser.¹⁶⁷⁰ Alvorlighetsgraden vil være sentral i begge typene saker, selv om brudd på utlendingsloven må vurderes på en annen måte enn brudd på straffelovgivningen. I utgangspunktet er det nærliggende at alvorligheten av straffelovbrudd vurderes på samme måte som når det i strafferetten tas stilling til forholdets alvor. Av EMD er det for eksempel lagt til grunn at ikke-voldelige forbrytelser er mindre tungtveiende enn voldelige.¹⁶⁷¹ Forbrytelser knyttet til narkotika er først og fremst alvorlige når det gjelder «those actively involved in the spread of this scourge».¹⁶⁷² Videre gir utvisningsgrunnlagene i utlend. §§ 66–68 noe veiledning, ettersom det skal mer alvorlige lovbrudd til for å utvise utlendinger med oppholdstillatelse, enn hvis utlendingen ikke har lovlig opphold.

1669 Se dette kapittelets punkt 7.3.3.

1670 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.5.6.3.

1671 Maslov mot Østerrike avsnitt 81.

1672 Maslov mot Østerrike avsnitt 80.

I utlendl. § 38 fjerde ledd følger de innvandringsregulerende hensynene som reflekterer statens interesser i saker om *opphold på humanitært grunnlag*. I bokstav c og d er «hensynet til kontroll» og «hensynet til respekten for lovens øvrige regler» angitt. Som ordlyden indikerer, er disse først og fremst relevante ved brudd på utlendingslovens bestemmelser.¹⁶⁷³ Hensynene har likhetstrekk med utvisningsgrunnlagene som kan benyttes ved utvisning av en utlending uten oppholdstillatelse.¹⁶⁷⁴ I likhet ved utvisning henger vekten sammen med alvorlighetsgraden av lovbrudd som er begått.¹⁶⁷⁵

Etter § 38 fjerde ledd bokstav a kan «mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag» vektlegges. Ordlyden ser ut til å sikte til hvor det å innvilge opphold på et bestemt grunnlag kan føre til en *økning av søknader* på samme grunnlag. I forarbeidene er det derimot understreket at hensynet også gjelder «konsekvenser for et antall saker som allerede ligger til behandling». Ettersom bokstav a omfatter omfanget av søknader, synes en slik type konsekvens å passe bedre under ordlyden i bokstav b. Etter bokstav b kan «de samfunnsmessige konsekvensene» vektlegges. Det er en nokså vid kategori. Samtidig er det vanskelig å se at å innvilge *en* søknad gir de helt store samfunnsmessige konsekvensene. I forarbeidene betraktes både bokstav a og b som konsekvenser «av prinsippet om likebehandling», altså at like tilfeller skal behandles likt.¹⁶⁷⁶ Forstås bokstav b som de samfunnsmessige konsekvensene ved å måtte innvilge flere søknader på lignende grunnlag, slik forarbeidene sikter til, er det lettere å se behovet for hensynet.¹⁶⁷⁷

Som jeg har lagt til grunn i kapittel tre, er § 38 fjerde ledd ment å tolkes slik at innvandringsregulerende hensyn *skal* vektlegges, *så fremt de gjør seg gjeldende*.¹⁶⁷⁸ I forarbeidene legger departementet til grunn at innvandringsregulerende hensyn skal vektlegges «der hvor de er aktuelle», men at i en del saker vil de «aktuelle innvandringsregulerende hensyn ha liten tyngde».¹⁶⁷⁹ Det gjør at sakens karakter og faktum er sentralt for om hensynene gjør seg gjeldende, og i så fall vekten. I motsetning til hva som gjelder for hensynene i § 38 fjerde ledd bokstav c, d og utvisningsgrunnlagene, ser det imidlertid ikke ut til at utlendingens handlinger eller unnlatelser er påkrevd for å aktualisere hensynene i bokstav a og b. At de er mer

1673 Se for eksempel utlendingsforskriften § 8-5 tredje og fjerde ledd.

1674 Se utlendl. § 66 føret ledd bokstav a.

1675 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.4.2.3 og 3.5.6.3.

1676 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 421.

1677 Forarbeidene trekker frem to måter likebehandlingsprinsippet kan gjøre seg gjeldende på; «enten fordi vedkommende sak kun er en av mange likeartede som skal behandles, eller fordi et positivt vedtak kan ventes å øke antall nye asylsøkere», Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 421.

1678 Kapittel tre punkt 3.4.2.3.

1679 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154.

generelt utformet og bygger på en likhetstankegang, tyder på at de ikke nødvendigvis krever klanderverdig atferd fra utlendingens side. Spørsmålet blir om hensynene i bokstav a og b kan vektlegges i alle typer saker som kan ha overføringsverdi til andre, og i så fall hvilken betydning det har for vektingen?

Et spørsmål av betydning for disse problemstillingene er hva likebehandlingsprinsippet innebærer. Bernt og Rasmussen legger til grunn at «likhetsprinsippet i forvaltningen» er nær beslektet med forbudet mot å ta utenforliggende hensyn og er «et krav om at like tilfeller skal behandles likt».¹⁶⁸⁰ I plenumsdom I uttales det om prinsippet at «[n]år det innvilges oppholdstillatelse i ett tilfelle, medfører det at det må innvilges oppholdstillatelse i andre tilsvarende tilfeller».¹⁶⁸¹ Som Bernt og Rasmussen slår fast, sier imidlertid et slikt prinsipp lite, og de stiller det betimelige spørsmålet «hva er egentlig likt?».¹⁶⁸² For temaet her er et spørsmål hvor like sakene om opphold eller utvisning som berører barn, er? Og hvor like må saker være for at forvaltningen må komme til samme resultat, slik det gis uttrykk for i plenumsdommen?

Uttalelsen i plenumsdommen ser ut til å basere seg på forarbeidene til utlendingsloven.¹⁶⁸³ Der står det at «det først og fremst er konsekvenser som kan knyttes til *terskelen for innvilgelse og avslag*, blant annet grunnet *likebehandlingsprinsipp*, som kan være av innvandringsregulerende betydning» (min utheving).¹⁶⁸⁴ Uttalelsen er ikke entydig. Terskelen må nødvendigvis bero på en tolkning av bestemmelsen i sin helhet, herunder hva som regnes som sterke menneskelige hensyn, og om barn blir berørt, jf. § 38 tredje ledd.¹⁶⁸⁵ Det er vanskelig å se hvordan en enkelt sak, hvor kriteriene i § 38 første ledd er oppfylt, påvirker terskelen. Ettersom departementet viser til likebehandlingsprinsipp, er det mulig det siktes til tilfeller hvor det må innvilges opphold i flere like saker, slik at dette samlet flytter terskelen. Det leder til spørsmålet om hvor lik sakene etter § 38 hvor barn blir berørt, oftest er? Analysene i kapittel syv viser imidlertid at sakene ofte ikke er spesielt like, dette fordi barn ofte har *ulike interesser*, som har *ulik tyngde*. At det i mange saker vil være til det beste for barna å få bli i Norge, sammen med sin familie, innebærer ikke at sakene er like, eller at hva som er i det berørte barnets beste interesser, er like tungtveiende. At barn har ulike interesser, med ulik tyngde, er saklige grunner for å behandle dem ulikt.

1680 Bernt og Rasmussen (2010) s. 97. Se også Graver (2019) s. 120 om «likhetsgrunnsetningen».

1681 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 118.

1682 Bernt og Rasmussen (2010) s. 97. Se også Eckhoff og Smith (2018) s. 66 om hva som er «likt».

1683 Førstvoterende viser til Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154, Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 117.

1684 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154.

1685 Under forbehold om at det er mulig å finne en generell terskel, slik det ser ut til at departementet mener i forarbeidene.

Menneskerettigheter skal sørge for at individers sterke interesser blir ivaretatt, og barnets beste skal sørge for at hvert barn behandles som et rettighetsbærende *individ*, og at dets *konkrete interesser* blir prioritert. Hvis likhetsbetraktninger tillegges stor vekt, kan det svekke vernet av barns interesser. Det er et paradoks at likhetsprinsippet, som i utgangspunktet ser ut til å skulle beskytte individet mot usaklig forskjellsbehandling og at det tas utenforliggende hensyn, i utlendingsretten benyttes som argument for ikke å ivareta barns ofte sterke og tungtveiende behov. Resultatet kan bli at barn som blir berørt i denne typen saker, ikke får ivaretatt sine behov, men likt blir det ofte ikke, ettersom deres behov ofte er ulike andre barns behov. Med det som bakteppe blir spørsmålet igjen om hensynene i bokstav a og b kan vektlegges i alle typer saker som kan ha overføringsverdi til andre, og i så fall hvilken betydning det har for vektingen.

Ordlyden tyder på at hensynene gjelder generelt og ikke trenger å aktualiseres av utlendingens handlinger eller unnlater. Ettersom departementet knytter likhetsprinsippet til terskelen for å innvilge opphold, og denne er høyere dersom utlendingen har brutt utlendingslovens regler, vil antageligvis hensynene likevel være mest relevante i slike tilfeller. Et krav ser det imidlertid ikke ut til å være. Av EMD er det uttalt at «whether there are factors of immigration control (for example, a history of breaches of immigration law) or considerations of public order» er sentralt i en avveining hvor avgjørelsen retter seg mot utlendinger uten oppholdstillatelse.¹⁶⁸⁶ Uttalelsen tyder på at slike forhold øker vekten av statens interesser, men at det ikke er en absolutt forutsetning.¹⁶⁸⁷

For at barns interesser skal nyte et effektivt vern, må hovedreglene være at jo mer generelle, vidtrekkende og lite etterprøvbare statens interesser er, jo mindre tungtveiende må de anses å være i møte med barnets interesser. Når det ikke foreligger grunnlag for å klandre utlendingen, må hovedregelen være at de innvandringsregulerende hensynene veier lite, etter min mening for lite for å alene kunne gå foran barns sterke interesser.¹⁶⁸⁸ At slike generelle innvandringsregulerende hensyn alene veier lite, støttes av at det er vanskelig å se nødvendigheten av å vektlegge dem kun ut fra en henvisning til likhetsprinsippet. Dersom landet har store økonomiske utfordringer på grunn av innvandring, blir det noe annet. Da vil dette kunne vektlegges og i noen tilfeller medføre at statens interesser blir tungtveiende, uten at det nødvendigvis innebærer at disse blir avgjørende i enkeltsaker.

1686 Jeunesse mot Nederland avsnitt 107.

1687 Butt mot Norge tyder også på at når avgjørelsen retter seg mot noen som ikke kan klandres for de bruddene som er begått, og det heller ikke er grunnlag for noen identifisering med den som har begått lovbruddet, kan ikke innvandringsregulerende hensyn tillegges noe større vekt.

1688 Se i lignende baner Pobjoy (2015) s. 360.

Av EMD er det utformet en liste over kriterier/momenter som inngår i forholdsmessighetsvurderingen når utlendingen regnes som «settled migrants», hvorav flere er av betydning for *hvor tungtveiende statens interesser* anses å være.¹⁶⁸⁹ Disse ser også ut til å være relevante i saker hvor utlendingen ikke har fått innvilget oppholdstillatelse tidligere, men kriteriene må da vurderes ut fra at saken i slike tilfeller står i en annen rettslig og faktisk stilling.¹⁶⁹⁰ Et av momentene er *lovbruddets karakter og alvorlighetsgrad*, som jeg allerede har vært kort inne på ovenfor.¹⁶⁹¹ Et annet er *tiden* som har gått siden lovbruddet, og utlendingens *etterfølgende atferd* i perioden frem til EMDs behandling.¹⁶⁹² Som nevnt ved behandlingen av nødvendighetskravet tyder lang tid på at avgjørelsen ikke er nødvendig for at staten skal kunne ivareta sine interesser. Selv om det ikke har gått så lang tid at det er unødvendig å utvise eller avslå opphold, taler lang tids passivitet fra statens side for at statens interesser ikke er særlig tungtveiende.¹⁶⁹³ Enda mindre tungtveiende blir de hvis utlendingen ikke har begått nye lovbrudd i perioden.

Et tredje moment er om ektefellen, hvor det er en ektefelle, *visste om lovbruddet* da forholdet ble inngått. I saker hvor barn er berørt, innebærer vektleggingen av argumentet en identifisering av barnet med sine foreldres atferd, som kan være i strid med barns rettigheter.¹⁶⁹⁴ Momentets karakter tyder på at det å gifte seg og stifte familie når det er begått et lovbrudd, er klanderverdig og gir staten en svakere plikt i til å sikre familielivet. Koblingen hadde imidlertid vært sterkere hvis familielivet ble stiftet på et tidspunkt hvor det var klart at det ville bli fattet vedtak om utvisning.

I saker hvor avgjørelsen retter seg mot en som ikke har fått innvilget oppholdstillatelse, har EMD formulert momentet som «whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious».¹⁶⁹⁵ Her er koblingen sterkere opp mot de interessene som ofte søkes ivareta i denne typen saker, i tillegg til at det synes noe mer

1689 Som nevnt i kapittel seks er det ikke kriterier av typen vilkår, men mer momenter som må tas i betraktning, og som er av betydning for vekten av de motstridende interessene, se punkt 6.10.2.

1690 Slik det fremgår av Jeunesse mot Nederland avsnitt 104 og 105.

1691 Ünner mot Nederland avsnitt 57 og Maslov mot Østerrike avsnitt 68. Se også Nunez mot Norge avsnitt 72, hvor domstolen sa seg enig i «the aggravated character of the applicant's administrative offences under the Immigration Act» og legger til at «the seriousness of her offences does not seem to have diminished with time». Lignende uttalelser finnes også i Kaplan med flere mot Norge avsnitt 83 og 96.

1692 Boultif mot Sveits avsnitt 48.

1693 I tillegg øker gjerne tyngden av barnets interesser ettersom tiden går.

1694 Se punkt 7.4 ovenfor.

1695 Jeunesse mot Nederland avsnitt 108 med videre henvisninger.

forutberegning for familien. Høyesterett har imidlertid tolket EMDs praksis slik at det ikke kan legges særlig vekt på at ektefellen til den utviste *ikke* visste om det usikre oppholdsgrunnlaget da ekteskapet ble stiftet.¹⁶⁹⁶

I begge tilfellene, både ved begått straffelovbrudd og ved andre grunner for usikkert oppholdsgrunnlag, ligger det et element av klander, og dette elementet gjør seg ikke gjeldende overfor barnet. Dette må etter min mening svekke vekten betraktelig.

Et fjerde moment EMD har trukket frem, og som ser ut til å ha betydning for vekten, er når det foreligger «fait accompli» / *tillitsbrudd*, altså hvor utlendingen på en eller annen måte har handlet i strid med den tilliten staten har vist. I Sheina mot Russland uttalte EMD at «[w]here confronted with a fait accompli the removal of the non-national family member by the authorities would be incompatible with Article 8 only in exceptional circumstances».¹⁶⁹⁷ Det ser følgelig ut til å anses tungtveiende. Igjen er det normalt ikke barnet som kan klandres, og dermed bør vekten også her svekkes i en avveining mot barnets interesser. Til tross for dette har Høyesterett i HR-2019-2286-A holdt fast ved et krav om at utvisningen av en forelder, dersom det foreligger et tillitsbrudd, kun er uforholdsmessig hvis utvisningen innebærer «uvanlig store belastninger» for barna.¹⁶⁹⁸ Domstolens argumentasjon bygger i stor grad på eldre høyesterettsdommer, i tillegg til praksis fra EMD. En svakhet ved dommen er at den ikke behandler kilder fra barnekomiteen, og det er derfor ikke gitt at tolkningen er i tråd med de kraven som følger av BK art. 3. I tillegg kommer at etter EMDs praksis kan flere elementer sammen utgjøre «exceptional circumstances», slik at en vurdering som utelukkende retter seg mot belastningen barna vil oppleve, kan bli for snevrer i enkelte saker.¹⁶⁹⁹

Av utlendingsforskriften § 8-5 fjerde ledd følger det at «[s]om mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn etter denne bestemmelsen regnes blant annet [...] at barnets foreldre ikke har klart å sannsynliggjøre egen identitet». Ordlyden ser ut å knytte seg til forelderens identitet. Å vektlegge manglende avklaringer av barns identitet kan være problematisk. I flere land som ofte er representert i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, er det manglende fødselsregistrering av barn.¹⁷⁰⁰ Manglende registrering ved fødsel utgjør en risiko for

1696 HR-2019-2286-A avsnitt 89 og 116.

1697 Guliyev og Sheina mot Russland avsnitt 56.

1698 HR-2019-2286-A avsnitt 91 flg.

1699 Se for eksempel Nunez mot Norge avsnitt 84, Kaplan med flere mot Norge avsnitt 98 og Jeunesse mot Nederland avsnitt 113–122.

1700 CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 33, hvor det kommer frem at i 2011 var majoriteten av barna uregistrert, CRC/C/IRN/CO/3-4 avsnitt 43, hvor det kommer frem at særlig barn av flyktninger og andre utlendinger ikke blir registrert ved fødsel, CRC/C/IRQ/CO/2-4 avsnitt 31 (c), CRC/C/NGA/CO/3-4 avsnitt 36, CRC/C/PAK/CO/5 avsnitt 28 og CRC/C/TUR/CO/2-3 avsnitt 36.

at barnet ikke får sine rettigheter respektert og sikret, og kan ha en rekke negative følger for barnet.¹⁷⁰¹ Barnet har en sterk interesse i å bli registrert ved fødsel, og de har rett til det etter BK art. 7 nr. 1. At det ikke er gjort, kan ikke barnet lastes for. Ofte kan heller ikke foreldrene det. Det er statene som har sviktet. Hvis barnet kommer fra et land hvor det er problemer med slik registrering, og som følge av dette ikke kan sannsynliggjøre sin identitet, må ikke dette brukes mot barnet.

Det er altså en rekke ulike forhold som kan innvirke på vekten av statens interesser. Felles er at ingen kan kobles direkte opp mot barnet og dets handlinger. Det taler for at de bør tillegges mindre vekt i en avveining mot barnets interesser, enn ved en avveining mot voksnes interesser. Det innebærer likevel ikke at barnets interesser alltid blir avgjørende. Hvorvidt barnets interesser må bli avgjørende, avhenger av tyngden av disse.

7.6 AVVEININGEN

Avveiningen er et resultat av vurderingen og vektingen av hva som best tjener barnets interesser, og vektingen av statens interesser, som begge må gjøres konkret, med utgangspunkt i det berørte barnet og forholdene i den aktuelle saken.¹⁷⁰² Dermed blir også avveiningen konkret. Her tar jeg derfor bare opp sentrale og generelle trekk ved avveiningen.

Hvilke føringer ordlyden i BK art. 3 nr. 1 og GrL § 104 annet ledd gir på vektingen av barnets beste, har jeg behandlet i kapittel syv.¹⁷⁰³ Utover at barnets beste skal være «a primary consideration»/«et grunnleggende hensyn», gir ordlyden i bestemmelsene liten føring på avveiningen. Barnekomiteen har uttalt følgende:

The expression 'primary consideration' means that the child's best interests may not be considered on the same level as all other considerations. This strong position is justified by the special situation of the child: dependency, maturity, legal status and, often, voicelessness.¹⁷⁰⁴

Barnets beste skal altså ha høy prioritet, slik det også kommer frem av ordlyden i art. 3 nr. 1.¹⁷⁰⁵

1701 General Comment nr. 4/23 avsnitt 20.

1702 Som EMD har uttalt i *Jeunesse mot Nederland* om saker om opphold, vil «the extent of a State's obligations to admit to its territory relatives of persons residing there [...] vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest», avsnitt 107.

1703 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.3.

1704 General Comment nr. 14 avsnitt 37.

1705 Som fremhevet av barnekomiteen i General Comment nr. 14 avsnitt 39.

Av EMD er det, som jeg var inne på i kapittel syv, lagt til grunn at staten må «advert to and assess evidence in respect of the [...] proportionality of any removal of a non-national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it».¹⁷⁰⁶ Staten må altså vurdere og undersøke *proporsjonaliteten* ved en eventuell utsending av en forelder, for å sikre tilstrekkelig vektlegging av barnets interesser. Samtidig er det etter EMDs praksis et sentralt spørsmål om det er foretatt en *rettferdig balanse* mellom individets, herunder barnets interesser på den ene siden og statens på den andre siden.¹⁷⁰⁷ Videre må barnets beste være et tungtveiende element i *forholdsmessighetsvurderingen* som må gjøres når Grl. § 102 kommer til anvendelse.¹⁷⁰⁸ Av utlendl. § 70 hvor barnets beste inngår, følger det at utvisningen ikke må være uforholdsmessig. Det benyttes altså flere ulike begreper. Det er likevel ingen motstrid. Alle begrepene sikter til en avveining mellom konkurrerende interesser.¹⁷⁰⁹

Utgangspunktet for avveiningen er at barnets interesser taler for et annet resultat enn statens. I motsatt fall er ikke en avveining nødvendig. I sakene som her behandles, vil motstrid foreligge hvis det er til barnets beste å bli i Norge, ettersom statens interesser etter dagens regelverk er av en slik karakter at de, så fremt de gjør seg gjeldende, taler for et avslag på opphold eller en utvisning. Skal staten interesser gå foran barnets, må de veie mer enn hva som *best tjener barnets interesser*. Graver beskriver forholdsmessighetsvurderingen som at statens fordel med inngrepet må overstige ulempene/skadene for individet, her barnet.¹⁷¹⁰ Hva som best tjener barnets interesser, er imidlertid av en *annen karakter* enn statens interesser i å regulere og kontrollere, herunder begrense innvandringen. Barnets interesser er ofte sentrale for å sikre dets helhetlige utvikling og andre konkrete behov. Statens interesser springer i stor grad ut av politiske målsettinger. En avveining mellom to så ulike størrelser skaper utfordringer.¹⁷¹¹ I tillegg kommer kravet om at hva som er i barnets beste interesser, skal være et grunnleggende element i avgjørelsen.

Graver legger til grunn at en forholdsmessighetsvurdering ofte vil bero på et verdibasert skjønn, med klare politiske overtoner.¹⁷¹² Sundsdal beskriver forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning som i grenseland mellom juss og politikk.¹⁷¹³ Abramson beskriver EMDs «principle of reasonableness»/«proportiona-

1706 Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

1707 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.5.2.

1708 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 66.

1709 Eller «motstående hensyn», Bernt (2015) s. 38.

1710 Se Graver (2019) s. 138.

1711 Som påpekt av Sundsdal (2015) s. 266.

1712 Graver (2019) s. 138.

1713 Sundsdal (2015) s. 266.

lity principle» som den laveste standarden og mest subjektive og vilkårlige testen som følger av menneskerettighetene.¹⁷¹⁴ Som jeg har vist i kapittel syv, er det normalt verken vilkårlig eller subjektivt hva som er i et barns beste interesser. Barnets beste er heller ikke politikk. Vektingen av barnets interesser avhenger av hvor tungtveiende behov barnet har i å få bli i Norge. Heller ikke det er politikk, selv om det nok kan ligge noe verdibasert skjønn i vektingen. Det som først og fremst kan bidra til å gjøre avveiningen vilkårlig, subjektiv eller påvirket av politikk, er statens interesser, særlig når de går ut på å styre andres atferd gjennom allmennprevensjon eller innvandringsregulerende hensyn. Som jeg har vært inne på i punktet over, gjelder det imidlertid konkrete føringer på hvilke interesser staten kan vektlegge, og hvor mye vekt de kan tillegges. Noe skjønn kan det likevel bli i avveiningen.

Et skjønn i avveiningen kan gjenfinnes i EMDs behandling av barnets beste i sammenheng med retten til familie- og privatliv. Både ved positive og negative forpliktelser har EMD tilkjent staten en skjønnsmargin i tilknytning til forholdsmessighetsvurderingen.¹⁷¹⁵ Domstolen har uttalt at «it is for the national authorities to make the initial assessment of the pressing social need in each case; accordingly, a margin of appreciation is left to them [...] However, their decision remains subject to review by the Court».¹⁷¹⁶ Det er ikke en *skjønnsfrihet*, men heller et slingsringsmonn. Skjønnsmarginen varierer etter hvilken rettighet saken gjelder, rettighetens karakter i saken og hvilke interesser avgjørelsen er begrunnet i.¹⁷¹⁷ Skjønnsmarginen henger sammen med EMDs subsidiære rolle og har betydning for forholdet mellom EMD og norske myndigheter.¹⁷¹⁸ Den gjelder ikke mellom norske dom-

1714 Abramson (2008) s. 56. Se også s. 36–37 om skjønn i avveiningen.

1715 Se for eksempel EMDs plenumsdom 7. desember 1976, *Handyside mot Storbritannia*, avsnitt 48, Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 42, Konstatinov mot Nederland avsnitt 46 og Nunez mot Norge avsnitt 68. Se videre Ndidi mot Storbritannia avsnitt 75–76 om EMDs prøvingsintensitet.

1716 EMDs dom 22. oktober 1981, *Dudgeon mot Storbritannia* avsnitt 52. Se også X mot Latvia avsnitt 101.

1717 Se *Dudgeon mot Storbritannia* avsnitt 52.

1718 Se *Handyside mot Storbritannia* avsnitt 48, Protokoll nr. 15, 24. juni 2013, Amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Signert av Norge den 24. juni 2013 og ratifisert den 17. juni 2014. Se Prop. 30 LS (2013–2014) om samtykke til ratifikasjon av protokoll nr. 15. Protokollen vil endre fortalen til konvensjonen ved at det føyes til et avsnitt. Av protokollen følger det at statene, i tråd med prinsippet om subsidiaritet, har hovedansvaret for å sikre rettighetene, og at de i denne sammenheng nyter en skjønnsmargin, jf. protokollens art. 1. Endringene trer i kraft når alle statene som er bundet av konvensjonen, har signert og ratifisert den. Ettersom den er noen år gammel nå, kan det imidlertid se ut til at arbeidet har stoppet litt opp.

stoler og forvaltningen, og dette forholdet er heller ikke temaet her.¹⁷¹⁹ Det som er interessant med skjønnsmarginen for temaet i dette punktet, er at den ser ut til å ha *to sider*.¹⁷²⁰

Letsas omtaler den første siden som «the substantive concept of the doctrine».¹⁷²¹ Den retter seg mot «the relationship between individual freedoms and collective goals».¹⁷²² Den andre omtaler han som «structural concept».¹⁷²³ Den retter seg mot «the limits or intensity of the review of the European Court of Human Rights in view of its status as an international tribunal».¹⁷²⁴ Sistnevnte side henger sammen med EMDs subsidiære rolle og at nasjonale domstoler ofte er nærmere til å foreta de konkrete vurderingene og avveiningene.¹⁷²⁵ Det er den førstnevnte som her er mest interessant. Denne siden ser Letsas ut til å mene benyttes istedenfor en mer presis begrunnelse for hvorfor en rettighet, til tross for at «there was ‘interference’», likevel ikke var krenket.¹⁷²⁶ Han mener formuleringen benyttes i mangel på et teoretisk fundament.¹⁷²⁷ Letsas uttaler at EMDs «balancing between the various conflicting interests takes place ad hoc, in the absence of a normative theory».¹⁷²⁸ Konklusjonen hans blir at «the substantive margin of appreciation must refer to a theory that explains the role of rights within a broader scheme of political morality that includes political values such as justice, legality and democracy».¹⁷²⁹

1719 Hvilke prøvingsintensiteter norske domstoler bør legges til grunn ved spørsmål om krenkelse av EMK, har vært behandlet i stor utstrekning. Se Jens Edvin A. Skoghøy, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK» *Lov og Rett*, 2011 s. 189–190 og Jens Edvin A. Skoghøy, «Nasjonal EMK-prøvning – svar til Bjørnar Borvik», *Lov og Rett*, 2012 s. 170–178, som argumenterer for at skjønnsmarginen bare gjelder i forholdet mellom EMD og medlemsstatenes myndighet. Se også Bjørnar Borvik, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK – replikk til Jens Edvin A. Skoghøy», *Lov og Rett*, 2011 s. 575–595, som ser ut til å ha et litt annet syn enn Skoghøy. Håkon Christian Nyhus, Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?, *Lov og Rett*, 2016 s. 364–390, argumenterer for at skjønnsmarginen EMD tilkjenner nasjonale myndigheter, ikke uten videre bør være bestemmende for norske domstoler ved spørsmål om lovgivning er forholdsmessig.

1720 Letsas har analysert dommer fra EMD og kommet til at skjønnsmarginen benyttes på to ulike måter, Letsas (2006). Se også Silje Holten, «Har Den europeiske menneskerettsdomstolen endret bruken av skjønnsmarginen i retning av en mer prosessuell kontroll?» *Jussens Venner*, 2018 s. 112–136, som bygger på Letsas analyser.

1721 Letsas (2006) s. 706.

1722 Letsas (2006) s. 706.

1723 Letsas (2006) s. 706.

1724 Letsas (2006) s. 706.

1725 Letsas (2006) s. 722.

1726 Letsas (2006) s. 710 flg.

1727 Letsas (2006) s. 713–715.

1728 Letsas (2006) s. 715.

1729 Letsas (2006) s. 716.

Når det trekkes frem at avveiningen/forholdsmessighetsvurderingen blir skjønnsmessig, basert på politikk og til og med kan bli vilkårlig kan forklaringen ligge i manglende bruk av normative teorier om rettigheter, og herunder politiske verdier. En av teoriene Letsas trekker frem, er *interesseteorien*. Denne mener han harmonerer med at en begrensning i rettigheten ikke kan gripe inn i rettighetens kjerne.¹⁷³⁰ Denne kjernen kan bli «interpreted as the importance that certain liberties have for the promotion of certain vital interests, for instance those linked to autonomy».¹⁷³¹ For barn må etter min mening kjernen også omfatte deres sterke interesse i liv, overlevelse og en helhetlig utvikling.¹⁷³² For helhetlig utvikling, som er svært vidtrekkende, må nok noe innvirkning på interessen tåles før kjernen anses berørt. Hvis derimot en utsending fra Norge utgjør en stor risiko for alvorlig skade på barnets helhetlige utvikling, må det kunne sies å falle inn under kjernen av barnets beste og BK art. 6 nr. 2.

En annen meget tungtveiende interesse barnet har, og som henger nær sammen med dets helhetlige utvikling, er barnets behov for omsorg fra sine foreldre. Barnekomiteens syn er at:

[T]he rupture of the family unit by the expulsion of one or both parents based on a breach of immigration laws related to entry or stay is disproportionate, as the sacrifice inherent in the restriction of family life and the impact on the life and development of the child is not outweighed by the advantages obtained by forcing the parent to leave the territory because of an immigration-related offence.¹⁷³³

At utvisning av en forelder på grunn av brudd på utlendingslovens regler kan være uforholdsmessig, er klart. Hvor tungtveiende interesser barnet vil ha i å bli igjen i landet, og i å ha sin forelder sammen med seg, vil imidlertid variere. I noen saker er det nokså uproblematisk for barnet å følge med forelderen fordi det ikke har tungtveiende interesser i å bli. I noen saker er det ikke til barnets beste å bo sammen med forelderen. Dermed har barnet ikke nødvendigvis tungtveiende interesser i at forelderen bor i landet. Dersom barnet kun skal ha samvær med forelderen, kan besøk dekke barnets behov. Hvis barnet derimot har *sterkt behov for omsorg fra forelderen*, slik barn ofte har, barnet har *sterke interesser i å bli i Norge*, og det er tvilsomt om barnet og forelderen kan opprettholde *personlig og regelmessig*

1730 Letsas (2006) s. 718.

1731 Letsas (2006) s. 718.

1732 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.3.

1733 General Comment nr. 4/23 avsnitt 29.

sig kontakt på en måte som ivaretar barnets behov, er situasjonen en annen. I slike tilfeller vil utvisningen gripe inn i barnets tungtveiende interesser og i kjernen av barnets rett til familieliv. Muligens er det slike tilfeller komiteen sikter til med formuleringen «The rupture of the family unit». I slike saker er jeg enig med komiteen i at brudd på utlendingsloven ikke kan være tungtveiende nok til å gå foran barnets interesse. Et slikt vedtak kan gripe inn i kjernen av barnets beste og dermed være uforholdsmessig uavhengig av grunnlaget for utvisningen.¹⁷³⁴

Å fremheve saker hvor det fremstår som klart at barnets interesser må gå foran statens, gir en risiko for at andre typer saker overses. Også i andre tilfeller hvor familielivet, eller andre sterke interesser taler for at barnet må få bli, kan det være barnets interesser må gå foran statens. Kjernen av barnets beste må fastlegges ut fra barnets øvrige rettigheter og interesser og kan neppe utformes for generelt. Det avgjørende må være om noen tungtveiende og grunnleggende interesser, eller rettigheter, gjør seg gjeldende. Når det vanskelig lar seg gjøre å fastlegge en generell kjerne, er det kanskje ikke nødvendig å fokusere så mye på akkurat denne tematikken. Et vedtak som griper inn i rettighetens kjerne, vil jo også være uforholdsmessig. Et stort fokus på kjernen vil kunne gi et inntrykk av at hvis den ikke blir berørt, kan statens interesser gå foran. Slik kan det imidlertid ikke være. Kjernen blir heller en sikkerhetsventil. En sikkerhetsventil er det behov for hvis statens interesser anses vanskelige å etterprøve på grunn av en politisk og abstrakt karakter.

Betydningen av at statens interesser er av en annen karakter enn barnets interesser, er ikke nødvendigvis så stor. Det er fullt mulig å foreta en vekting og avveining uten altfor mye skjønn. Maria-dommen er illustrerende. Etter først å ha vurdert hva som best tjener barnets interesser, slår førstvoterende fast at hennes interesser klart og med stor tyngde taler for at hun «må bli værende i Norge og at moren, som hennes eneste omsorgsperson, ikke kan utvises».¹⁷³⁵ Det legges til at det skal «svært gode og tungtveiende grunner til for å oppveie dette».¹⁷³⁶ Etter dette går førstvoterende over til å se på hvilke grunner som taler for utvisning, og alvorligheten av disse. Disse vurderes, og det kommer frem at det er ubestridt at disse legitime kvalifiserer til utvisning. Alvoret av handlingene vurderes så. Til sist foretas en avveining med utgangspunkt i barnets interesser og de grunnene som taler for utvisning av moren.¹⁷³⁷ Her uttales det følgende:

1734 Utlevering på grunn av svært alvorlige forbrytelser, slik som folkemord, står muligens i en særstilling, men dette temaet behandles ikke her. Se likevel Rt. 2015 s. 155.

1735 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 79.

1736 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 79.

1737 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 81.

Det er en åpenbar spenning mellom behovet for en effektiv og rettferdig utlendingsforvaltning på den ene siden, og kravet etter Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn på den andre siden. Jeg har imidlertid vondt for å se at de grunnene som uten tvil taler for at det reageres overfor A og hennes lovbrudd, i dette tilfellet har den tyngden som skal til for å oppveie de individuelle byrdene for B ved at moren utvises til Kenya. Det har for meg betydning ved den samlede avveiningen her at det er den aldeles uskyldige parten – B – som rammes hardest av sanksjonen.¹⁷³⁸

Selv om de overordnede hensynene som står i spenning til hverandre, nevnes, er avveiningen knyttet til forholdene i saken. Utover at det er noen nokså generelle innvandringsregulerende hensyn som kan være vektlagt i saker etter § 38, er det ingen prinsipielle forskjeller som vil gjør en avveining ved opphold på humanitært grunnlag, vanskeligere enn i utvisningssaker.

Variasjonene i barnets interesser og tyngden av disse kan være like stor innad i samme sakstyper som mellom saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Et innreiseforbud kan nok imidlertid ha betydning for vektingen av barnets interesser, men det kan også en rekke andre forhold som varierer fra sak til sak. At det ikke er noen prinsipielle forskjeller i en avveining mellom barnets og statens interesse i saker om opphold på humanitært grunnlag, sammenlignet med saker om utvisning, fikk betydning i Kaplan med flere mot Norge. I saken hadde moren, sammen med barna, fått innvilget opphold på humanitært grunnlag, mens det var fattet utvisningsvedtak rettet mot faren. EMD uttalte at:

[C]onsidering especially the immigration authorities' unexplained inactivity practically for the entire period of his illegal stay in Norway, the Court is not convinced that these offences against the national immigration rules, by reason of their nature and degree, meant that the interests of the respondent State in ensuring efficient immigration control weighed more heavily in respect of the *first applicant* than they did for the *second applicant* so as to justify a *differentiation between the parents* for the purposes of the present proportionality assessment. (Min utheving)¹⁷³⁹

1738 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 81.

1739 Kaplan med flere mot Norge avsnitt 96.

Her var det altså flere momenter, og særlig passivitetsmomentet, som talte for at staten ikke hadde tunge nok interesser i farens sak til at det skulle utgjøre noen større forskjell i interesseavveiningen.

At barnet er *sårbart* eller i en sårbar situasjon, kan i stor grad innvirke på avveiningen.¹⁷⁴⁰ Dette fordi barnets interesser ofte er meget tungtveiende. Ofte gjør barnets interesse i en helhetlig utvikling seg gjeldende med stor tyngde i denne typen saker. Dermed kan en vektlegging av statens interesser lett gripe inn i kjer-
nen av barnets beste.

Analysen av avveiningen kunne ha inneholdt enda mer dyptgående analyser av statens interesser, og gjerne i sammenheng med teorier om «political morality that includes political values such as justice, legality and democracy», slik Letsas har vært inne på. I denne boken er imidlertid fokuset først og fremst på barns interesser, og her ligger også tyngden av fremstillingen.¹⁷⁴¹

Selv om det i dette kapitlet er fokusert på *avveiningen mellom* barnets interesser og statens interesser, er ikke det at barnets beste gir barns interesser et særlig vern, bare et gode for barn. Det er også et gode for staten. Som Pobjoy er inne på, er å «promoting the best interests of children» også «an independent public interest».¹⁷⁴² At spenningen blir så stor innenfor utlendingsretten, skyldes først og fremst at staten innenfor dette rettsområdet og de to sakstypene jeg behandler, har en del interesser som er vanskelige å harmonere med barns interesser.

I dette kapitlet er tematikken behandlet uten hensyn til prosessuelle regler av betydning for en eventuelt prøvingsintensitet fra domstolens side. Hvor inngående domstolen går i prøvingen av barnets beste, kan ha stor betydning for om rettigheten sikres effektivt. I neste kapittel behandler jeg derfor domstolenes prøvingsintensitet.

1740 Se for eksempel Nunez mot Norge, Kaplan med flere mot Norge og Antwi med flere mot Norge avsnitt 100–101, hvor domstolen sammenligner saken med Nunez mot Norge.

1741 Se denne bokens kapittel 2 punkt 2.2.1.

1742 Pobjoy (2015) avsnitt 361.

8. Prøvingsintensitet ved domstolskontroll av barnets beste

8.1 INNLEDNING

Domstolskontroll er sentralt for at rettigheter skal sikres effektivt. Som nevnt i kapittel fem kan fremveksten av barns rettigheter deles i tre stadier, hvor det tredje er en anerkjennelse av at barn har den nødvendige «procedural capacity» til å påberope seg og håndheve rettighetene.¹⁷⁴³ For at barn skal kunne håndheve rettighetene sine, er det nødvendig med prosessuelle regler som sørger for effektiv sikring av disse. I denne sammenhengen er det av betydning hvor inngående domstolene kontrollerer om forvaltningen har respektert og beskyttet rettighetene, herunder hvor inngående prøvingen gjøres.

I dette kapittelet er temaet prøvingsintensitet ved domstolskontroll av barnets beste. Det er nasjonale domstolars behandling av barnets beste og de reglene som gjelder i denne sammenheng, som behandles. Disse reglene er i stor grad utformet av Høyesterett. Det gjelder imidlertid også enkelte krav til prøvingsintensiteten etter både BK, Grunnloven og EMK.

Som med andre forvaltningsvedtak er det i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning anledning til å gå til sak for domstolen med krav om at vedtaket må kjennes ugyldig. Domstolskontrollen er ulik i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Prøvingsintensiteten er høyest i utvisningssaker. Dette skyldes først og fremst at forvaltningen har forskjellig grad av *skjønn* etter reglene som regulerer de to typene vedtak.¹⁷⁴⁴ Dette kommer jeg nærmere inn på i punktene under, når jeg behandler i *hvilken grad* domstolen overlater skjønn til forvaltningen ved gyldighetskontroll av slike vedtak, og da særlig av bar-

1743 Van Bueren (1998) s. 1 og denne bokens kapittel 4 punkt 4.2.

1744 Dette henger noe sammen med at EMK art. 8 svært ofte kommer til anvendelse i utvisningssaker. Se Rt. 1998 s. 1795 og Frode Innjord, «Høyesterett og prøving av forvaltningsvedtak – hovedlinjer og utviklingstrekk» i *Lov, Sannhet, Rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år*, Oslo 2015 s. 617–649.

nets beste. Videre behandler jeg hvilke faktum som må legges til legges grunn av domstolene ved slik prøving. Deretter drøfter jeg *hvor inngående prøving* domstolen må foreta etter de kravene menneskerettighetene stiller til prøvingsintensiteten. Disse kravene må ikke nødvendigvis ivaretas gjennom kontroll av vedtakets gyldighet. Et annet alternativ er håndhevelsessøksmål. Dette kommer jeg kort inn på når jeg til sist behandler de to typene søksmål som er aktuelle for å få prøvd om barnets beste er respektert og sikret.

Kapittelet bygger på analysene i tidligere kapitler, men perspektivet er skiftet fra barnets bestes materielle innhold til hvordan dette innholdet må sikres av domstolene.¹⁷⁴⁵

8.2 DAGENS DOMSTOLSKONTROLL AV VEDTAKS GYLDIGHET

8.2.1 Forvaltningsskjønnet

Graver beskriver to tilnærminger til forvaltningsskjønnet, en materiell og en formell.¹⁷⁴⁶ Han skriver at den materielle «ser på forvaltningens skjønn som den myndighet forvaltningen har til å treffe avgjørelser på annet grunnlag enn anvendelsen av rettsregler».¹⁷⁴⁷ Forvaltningens vurderinger er med en slik forståelse styrt av andre normer enn de rettslige. Om den formelle skriver han at den «ser på forvaltningens skjønn som resultatet av en kompetansefordeling mellom forvaltningen og domstolene til å ta stilling til uklare, vage og åpne elementer i en kompetansebestemmelse».¹⁷⁴⁸ At domstolen ikke anses å ha kompetanse til å overprøve forvaltningens vurderinger, innebærer ikke at vurderingene automatisk kan defineres som ikke-juridiske.¹⁷⁴⁹ Jeg anser skjønnsfrihet for først og fremst å ha betydning for i hvilken grad domstolen anser seg kompetent til å prøve forvaltningens vurderinger. Selv om domstolene ikke prøver forvaltningens vurderinger, kan det foreligge rettslige føringer forvaltningen må forholde seg til. Sagt på en annen måte så blir ikke rettsregler borte, selv om domstolen av ulike grunner gir forvaltningen det siste ordet ved anvendelsen av dem.

1745 Se denne bokens kapittel 2 punkt 2.2 om perspektiv.

1746 Graver (2019) s. 252.

1747 Graver (2019) s. 252.

1748 Graver (2019) s. 252.

1749 Hvilke materielle føringer som ligger på vurderingen, varierer. Forvaltningens vurderinger må oppfylle visse materielle krav som følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler, og i noen tilfeller av menneskerettighetene. Om materielle krav som gjelder uavhengig av om det foreligger fritt skjønn, se for eksempel Rt. 2012 s. 1025 avsnitt 68.

Selv om forvaltningen nyter en skjønnsfrihet, er domstolen alltid kompetent til prøve om forvaltningens vurderinger er innenfor kravene til saklig og forsvarlig myndighetsutøvelse.¹⁷⁵⁰ Etter læren om saklig og forsvarlig myndighetsutøvelse kan domstolene prøve om et vedtak «ligger av en kompetansemangel, er truffet på grunnlag av uriktig faktum, er beheftet med saksbehandlingsfeil, ikke bygger på forsvarlig skjønn, er influert av usaklige hensyn, medfører usaklig forskjellsbehandling eller etter sitt innhold er åpenbart urimelig».¹⁷⁵¹ Inn under spørsmålet om vedtaket bygger på et forsvarlig skjønn, kan domstolen prøve om det faktiske grunnlaget for skjønnet er korrekt, om rettslige normer for hvordan skjønnet skal gjennomføres er fulgt, og om skjønnet som er utøvd, er tilstrekkelig bredt.¹⁷⁵²

Forvaltningens skjønn har to sider. Den første er skjønnsfrihet til å bestemme om og eventuelt på hvilken måte kompetanse skal brukes, heretter *hensiktsmessighetsskjønn*.¹⁷⁵³ Den andre er skjønnsfrihet til å avgjøre om de lovbestemte vilkårene er oppfylt, heretter *subsumsjonsskjønn*.¹⁷⁵⁴ Hvorvidt det foreligger hensiktsmessighetsskjønn eller subsumsjonsskjønn, beror på en tolkning av den aktuelle kompetansehjemmelen og er følgelig et lovtolknings spørsmål.

Hovedregelen er at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte.¹⁷⁵⁵ Dette er særlig begrunnet i rettssikkerhetshensyn.¹⁷⁵⁶ Unntak fra hovedregelen må særskilt begrunnes.¹⁷⁵⁷ Både en utvisning og et avslag på opphold griper normalt

1750 Tradisjonelt har samlebetegnelsen «læren om myndighetsmisbruk» eller «misbrukslæren» blitt brukt om denne læren. Disse begrepene har imidlertid blitt kritisert, se Graver (2019) s. 123, Eckhoff og Smith (2018) s. 410 og Erik Boe, «'Sterke menneskelige hensyn' – for sterke for Høyesterett?», *Kritisk Juss*, 2009 s. 9–31 (s. 10). Boe har benyttet betegnelsen «prinsippet om saklig og forsvarlig myndighetsutøvelse», mens Eckhoff og Smith har benyttet «myndighetsoverskridelse» om tilfeller hvor forvaltningen har gått utenfor sin materielle kompetanse.

1751 Rt. 2011 s. 304 avsnitt 55.

1752 Rt. 2012 s. 1025 avsnitt 68.

1753 Se Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 152–154. Når forvaltningen har myndighet til å avgjøre om vedtak skal treffes, benyttes begrepene «kan-skjønnet», «forvaltningens frie skjønn», «fritt skjønn», «diskresjonært skjønn», «hensiktsmessighetsskjønn» eller bare «forvaltningens skjønn». Se Bernt og Rasmussen (2010) s. 84–85, Boe (2009) s. 10–11, Eckhoff og Smith (2018) s. 374–375 og Graver (2019) s. 252–256 for beskrivelse og kritikk av begrepene. Jeg benytter hensiktsmessighetsskjønn fordi begrepet gjenspeiler at skjønnet ikke er helt fritt, men at forvaltningen er gitt en viss frihet til å avgjøre om et positivt vedtak er hensiktsmessig ut fra de relevante formålene og interessene som skal ivaretas.

1754 Se Graver (2019) s. 262.

1755 Rt. 1995 s. 1427 på s. 1433. Synet på domstolskontroll som førstvoterende her gir uttrykk for, er senere blitt gjentatt, blant annet i Rt. 2007 s. 1573 avsnitt 52. Se også Boe (2009) s. 12.

1756 Rt. 1995 s. 1427 på s. 1433.

1757 Rt. 1995 s. 1427 på s. 1433.

inn i faktiske forhold, og ofte også i individenes rettsstilling. Dette taler for at domstolen i alle fall kan prøve subsumsjonsskjønnet i de to sakstypene. Spørsmålet blir hva domstolene prøver?

8.2.2 Hva prøver domstolene?

Etter utlendl. §§ 66, 67 og 68 første ledd «kan» myndighetene vedta utvisning hvis vilkårene i utvisningsgrunnlagene er oppfylt. Utvisningsgrunnlagene i disse bestemmelsene utgjør imidlertid kompetanseskranker som domstolene kan prøve fullt ut. Også kravet i utlendl. § 70 er gjenstand for full overprøving fra domstolene, herunder prøves subsumsjonen.¹⁷⁵⁸ At forholdsmessighetsvurderingen må prøves, ble i tilknytning til utlendingsloven 1988 begrunnet slik av Høyesterett:

Den forholdsmessighetsvurdering som skal foretas etter disse bestemmelsene, er av typisk rettslig karakter [...] De grunner som taler mot overprøving av forvaltningsskjønn, gjør seg derfor ikke gjeldende her.

I tillegg kommer at domstolene i de tilfeller som omfattes av utlendingsloven § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd, uansett må foreta en prøving av om utvisningen er et brudd på EMK artikkel 8. Som Høyesterett har påpekt i Rt-1996-551, vil forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd, langt på veg være sammenfallende med den avveining som skal foretas etter denne artikkel. Også av denne årsak er det liten grunn til å anse forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd for å være unndratt overprøving av domstolene.¹⁷⁵⁹

Når forholdsmessighetsvurderingen er gjenstand for full overprøving, er det lite igjen av hensiktsmessighetsvurderingen.¹⁷⁶⁰

Etter utlendl. § 38 første ledd «kan» det gis opphold på humanitært grunnlag etter nærmere vurderinger. Begrepet «kan» klargjør at det er opp til utlendingsmyndighetene å avgjøre om opphold skal innvilges. Forvaltningen har et hensikts-

1758 Frem til Rt. 1998 s. 1795 var det noe uklart i hvilken grad forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning kunne prøves. Se Rt. 1998 s. 1795 på s. 1802 og 1803 for gjennomgang av eldre rettspraksis.

1759 Rt. 1998 s. 1795 på s. 1803.

1760 Se Sundsdal (2015) s. 262 note 4. Skjønnsfriheten ligger vel først og fremst i at forvaltningen kan unnlate å utvise, selv om slik utvisning vil være forholdsmessig.

messighetsskjønn.¹⁷⁶¹ Spørsmålet blir hva domstolene prøver ved gyldighetskontroll av vedtak etter utlendl. § 38.

Av ordlyden i § 38 første ledd følger det at opphold kan gis «*dersom* det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen har særlig tilknytning til riket» (min utheving). Ved at det står «*dersom*», tyder det på at de to alternativene grunnlagene for opphold etter første ledd er vilkår som må være oppfylt for at UDI eller UNE skal ha kompetanse til å innvilge opphold. I forarbeidene omtales de to alternativene som kriterium eller vilkår, som i noen tilfeller er overlappende.¹⁷⁶² Høyesterett har også benyttet betegnelsen «vilkår».¹⁷⁶³

I Rt. 2008 s. 681 la Høyesterett til grunn at «sterke menneskelige hensyn» eller «særlig tilknytning til riket» i utlendingsloven 1988 § 8 er unntatt domstolskontroll.¹⁷⁶⁴ Etter en gjennomgang av forarbeidene til utlendingsloven 1988 uttalte førstvoterende følgende:

Den foreslåtte ordlyd isolert sett må forstås slik at oppholdstillatelse på humanitært grunnlag skulle gis etter forvaltningens frie skjønn. Det følger av første ledd at særlig tilknytning til riket eller særlig sterke menneskelige hensyn skulle tillegges vekt som en del av «kan-skjønnet».¹⁷⁶⁵

Her ser det altså ut til at retten la til grunn at de to alternativene inngikk i hensiktsmessighetsskjønnet. Høyesteretts uttalelser i Rt. 2008 s. 681 er imidlertid ikke entydige. I sitt standpunkt uttalte retten at «§ 8 ikke kan forstås slik at andre ledd åpner for domstolskontroll med forvaltningens anvendelse av *vilkårene* 'sterke menneskelige hensyn' eller utlendingens 'særlige tilknytning til riket'» (min utheving).¹⁷⁶⁶ Uttalelsen tyder på at de to alternativene ble betraktet som vilkår, som var unntatt fra hovedregelen om at domstolene kan prøve subsumsjonen.¹⁷⁶⁷

Ordlyden i § 38 første ledd og bestemmelsens systematikk er noe ulik den eldre lovens § 8. I § 38 skilles det mellom momenter av betydning for vurdering av om

1761 Dette var det enighet om i Rt. 2008 s. 681, hvor retten tok stilling til om domstolene fullt ut skal prøve om vilkåret «sterke menneskelige hensyn» i utlendingsloven 1988 § 8 annet ledd var oppfylt, se dommens avsnitt 32.

1762 Se Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159.

1763 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 144.

1764 Rt. 2008 s. 681 avsnitt 46.

1765 Rt. 2008 s. 681 avsnitt 39.

1766 Rt. 2008 s. 681 avsnitt 46.

1767 Selv om nyere rettspraksis er knapp på dette punktet, er det uttalelser i nyere dommer som støtter en slik forståelse, se Rt. 2013 s. 449 avsnitt 41, hvor det slås fast at § 38 første ledd angir «når» det kan gis opphold. Plenumsdommene er derimot knappe på dette punktet.

alternativene i første ledd er oppfylt (i annet ledd), og momenter av betydning for vurderingen av om det skal innvilges opphold (i fjerde ledd). Hvis alternativene i første ledd var ment å være en del av hensiktsmessighetsskjønnet, hadde ikke et slikt skille vært nødvendig. Skulle vilkårene inngå i hensiktsmessighetsskjønnet, burde ordlyden vært en litt annen. *Sterke menneskelige hensyn* og *særlig tilknytning til riket* er følgelig ikke retningslinjer for skjønnet, men to alternative og dels overlappende vilkår. I Rt. 2012 s. 1985 ble det likevel lagt til grunn at § 38 må forstås på samme måte som den tidligere § 8.¹⁷⁶⁸ Subsumsjonen prøves følgelig heller ikke etter någjeldende utlendingslov. Det kan imidlertid, som Boe gjør, fremmes gode argumenter for at subsumsjonen *burde* underlegges domstolskontroll.¹⁷⁶⁹

Et poeng Boe trekker frem, er at vurderingene som vilkårene gir anvisning på, er en «juridisk/etisk/rettssikkerhetsmessig bedømmelse».¹⁷⁷⁰ Slike vurderinger anser domstolen seg som hovedregelen i stand til å foreta.¹⁷⁷¹ Motsetningsvis taler vilkår som gir anvisning på utpregede politiske, faglige eller svært skjønnspregede vurderinger, mot domstolskontroll.¹⁷⁷² Vilåret «sterke menneskelige hensyn» er nok noe skjønnspreget, men ses det i sammenheng med momentene i § 38 annet ledd, fremstår det mindre vagt.

Som tidligere nevnt innvirker innvandringspolitikken på vurderingen av om det skal innvilges opphold etter bestemmelsen.¹⁷⁷³ Politikken kommer imidlertid først og fremst inn i vurderingen av om opphold skal innvilges, gjennom de innvandringsregulerende hensynene i § 38 fjerde ledd. Hensynene gjør seg følgelig først gjeldende i hensiktsmessighetsskjønnet. Selv om politiske standpunkt og verdier kan innvirke på oppfatninger om rimelighet og hva som er en humanitær politikk, er ikke vilkårene i første ledd av utpreget politisk karakter. Heller ingen av momentene i annet ledd, som skal gi veiledning til vurderingen av om vilkårene er oppfylt, er av utpreget politisk karakter. Vilrårene er heller ikke i utgangspunktet av utpreget faglig karakter, men faglige vurderinger kan nok ha betydning i enkeltsaker. I så tilfelle kan domstolen vise tilbakeholdenhet ved prøving av *disse* vurderingene. Vilrårenes karakter stenger følgelig i utgangspunktet ikke for domstolskontroll. Noe som tvert imot taler *for* domstolskontroll, er bestemmelsens rolle som sikkerhetsventil for humane avgjørelser og for å hindre at feilvurderinger i asylsaker

1768 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 144.

1769 Boe (2009) se særlig s. 23–24 og 30–31.

1770 Boe (2009) s. 23–24.

1771 Boe (2009) s. 24 og Graver (2019) s. 264–265. Se også uttalelsen i Rt. 2007 s. 1573 avsnitt 49 og 52 om momenter av betydning for vurderingen av domstolens kompetanse til å prøve forvaltningens vurderinger og rettsanvendelse.

1772 Se Boe (2009) s. 24.

1773 Se denne bokens kapittel 1 punkt 1.2 og kapittel 3 punkt 3.3.

fører til at noen som er i behov for beskyttelse, gis avslag på opphold.¹⁷⁷⁴ Bestemmelsen er viktig for rettsikkerheten, på et rettsområde hvor avgjørelsene kan få stor betydning for utlendingen.¹⁷⁷⁵

Det ser imidlertid ut til å være en befestet oppfatning i rettspraksis at subsumsjonen under vilkårene ikke prøves. Høyesterett viser stort sett til Rt. 2008 s. 681, uten at behovet for domstolskontroll av vilkårene problematiseres nærmere.¹⁷⁷⁶ Domstolen prøver heller ikke avveiningen.

For temaet i boken er det først og fremst interessant hvor inngående domstolskontrollen gjøres når barn blir berørt og barnets beste kommer til anvendelse. Dette behandles derfor i det neste punktet.

8.2.3 Hva prøves når barn blir berørt?

Når barn blir berørt i utvisningssaker, prøves vurderingen og vektleggingen av barnets beste som en integrert del av forholdsmessighetsvurderingen.¹⁷⁷⁷ Domstolene anses kompetente til å prøve hva som er til barnets beste, vekten av statens interesser som begrunner utvisning, og om utvisning vil være forholdsmessig.¹⁷⁷⁸ Det ser imidlertid ikke ut til at domstolskontrollen alltid er like inngående i utvisningssaker.¹⁷⁷⁹ Hovedregelen er likevel at domstolen prøver både vurderingen og avveiningen. Det som krever en nærmere behandling, er hva som prøves når barn blir berørt av et vedtak etter utlendl. § 38.

I Rt. 2009 s. 1261 tok Høyesterett stilling til om det at barnets beste er forankret i BK, medfører at barnets beste må være gjenstand for «utvidet domstolsprøving».¹⁷⁸⁰ Til tross for at problemstillingen krever en drøftelse av hvilke krav som følger av BK, foretok ikke førstvoterende, som rettens øvrige medlemmer sluttet seg til, en slik drøftelse. Istedenfor nøyde hun seg med å vise til Einarsens kommentar til utlendingsloven 1988.¹⁷⁸¹ Førstvoterende kom til at:

1774 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.4.1.

1775 At bestemmelsen er viktig for rettsikkerheten, legges også til grunn av Høyesterett under henvisning til lovens forarbeider, se Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 109.

1776 Se Rt. 2009 s. 851 avsnitt 43, Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 75 om § 8 i utlendingsloven 1988 og Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 142–144 om någjeldende utlendingslov § 38.

1777 Som for eksempel i Rt. 2005 s. 229, Rt. 2009 s. 534, Rt. 2011 s. 948 og Rt. 2015 s. 93.

1778 Se for eksempel Rt. 2015 s. 93 avsnitt 72–81.

1779 Se Rt. 2010 s. 1440.

1780 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 76.

1781 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 76. Saken ble løst etter utlendingsloven 1988, ettersom den nye loven enda ikke var trådt i kraft.

Domstolenes oppgave blir [...] å kontrollere forvaltningens generelle forståelse av begrepet «barnets beste» på det aktuelle saksområdet, og at hensynet er forsvarelig vurdert og avvleid mot eventuelle motstående hensyn. Den konkrete vurderingen av barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen, hører derimot under forvaltningens frie skjønn.¹⁷⁸²

Den første setningen stammer fra Einarsen, mens siste setning har førstvoterende selv føyd til, uten nærmere presisering eller begrunnelse.¹⁷⁸³ Hvordan retten skal kunne kontrollere at barnets beste er forsvarelig avvleid mot motstående hensyn, uten å gå inn på interesseavveiningen, er ikke nærmere utdypet.¹⁷⁸⁴

Både flertallet og mindretallet i plenumsdom I slutter seg til standpunktet i 2009-dommen. Videre presiseres det i plenumsdom I «at det må fremgå av vedtaket at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn».¹⁷⁸⁵ Dette må gjøres gjennom en kontroll av vedtakets begrunnelse.¹⁷⁸⁶ Det ble lagt til grunn at en begrunnelse som ivaretok de kravene som fulgte av dagjeldende utlendingsforskrift § 17-1a, ville være tilstrekkelig for den kontrollen domstolen skulle foreta.¹⁷⁸⁷ Heller ikke i plenumsdommen vurderte flertallet BK og kilder tilknyttet konvensjonen, men forholdt seg til § 38 og kilder knyttet til utlendingsloven. Den begrensede prøvingen av barnets beste ble fulgt opp i plenumsdom II og III.¹⁷⁸⁸

Slik Høyesterett har tolket § 38, er altså prøvingen av barnets beste begrenset. Selv om barnets beste, på det abstrakte nivået og på mellomnivået, har samme innhold, formål og utforming i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, er følgelig prøvingsintensitet i dag forskjellig i de to sakstypene.¹⁷⁸⁹ Mens det i utvisningssaker er åpnet for en inngående kontroll av barnets beste som en del av forholdsmessighetsvurderingen, er prøvingsintensiteten i saker etter § 38 lav. I sistnevnte saker foretas det hovedsakelig en prosessuell kontroll av vedtakets begrunnelse.

1782 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 77.

1783 Terje Einarsen, *Utlendingsloven – med kommentarer*, Bergen 2008 s. 44.

1784 Se Sandberg (2020b) s. 337, som slår fast at det er diskutabelt om domstolene kan begrense seg til en slik kontroll.

1785 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 149.

1786 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 150.

1787 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 150. Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.5.4.1.

1788 Rt. 2012 s. 2039 og Rt. 2015 s. 1388.

1789 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4 om barnets bestes to nivå.

8.2.4 Hvilket faktum legges til grunn ved domstolskontrollen?

Et spørsmål som har blitt behandlet av Høyesterett og i juridisk litteratur, er hvilket faktum domstolene skal legge til grunn når de tar stilling til gyldigheten av et forvaltningsvedtak.¹⁷⁹⁰ Mer presist er det et spørsmål om domstolen ved gyldighets-søksmål skal legge til grunn faktum slik det var på vedtakstidspunktet eller på tidspunktet for domstolsbehandling. Spørsmålet om hvilke faktum som skal legges til grunn ved gyldighetskontroll, er relevant for begge typer saker som behandles i boken. I saker som berører barn, kan hvilke faktum som legges til grunn, være av stor betydning. Barn som oppholder seg i Norge, får ofte en sterkere tilknytning til landet i takt med at tiden går. Barnet blir eldre, knytter bånd til andre enn nærmeste familie, lærer språk og får sin identitet formet her. I tillegg kan andre endringer av betydning for hva som er til barnets beste, eller for hvor tungtveiende barnets interesser må være i en avveining mot innvandringsregulerende hensyn, finne sted.¹⁷⁹¹

Hvilket faktum som skal legges til grunn, er ikke lovregulert. I Rt. 2003 s. 460 U la kjæremålsutvalget til grunn at «[t]ingretten må [...] begrense prøvingen til forhold som forelå da vedtaket ble truffet i januar 2002».¹⁷⁹² Det presiseres at etterfølgende omstendigheter ikke kan trekkes inn, men det utdypes ikke hvorfor.¹⁷⁹³ I Rt. 2012 s. 667 ble spørsmålet behandlet grundigere. Her var det sentrale spørsmålet om domstolene ved prøving av «vedtakets gyldighet har adgang til å bygge på faktiske forhold som er kommet til etter at vedtaket ble truffet, der dette i tilfelle kan medføre en endring til gunst for søkerne». Fire dommere kom til at domstolen kunne bygge på faktiske forhold som er kommet til etter vedtakstidspunktet, mens en var uenig. To av dommerne i flertallet begrunnet standpunktet sitt i menneskerettighetene.¹⁷⁹⁴ De andre to løste spørsmålet mer generelt og mente at «domstolsprøving av forvaltningsvedtak hvis det ikke finnes særlig hjemmel for annet, [...] må skje på grunnlag av det faktum som foreligger på det tidspunkt saken tas opp

1790 Se Rt. 2012 s. 667 og Rt. 2012 s. 1985 fra avsnitt 46–98, 169–183 og 216–251. Gunnar O. Hæreid, «Tidspunkt for faktumvurderinga ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak – rettsstilstanden før mai 2012», *Lov og Rett*, 2012a s. 451–472, Gunnar O. Hæreid, «Tidspunkt for faktumvurderinga – rettsstilstanden etter mai 2012», *Lov og Rett*, 2012b s. 533– 551. Graver (2019) s. 554, Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave Oslo 2017 s. 27–28 og 1059, Håvard H. Holdø og Tolle Stabel, «Faktumstidspunkt ved 'Håndhevelsessøksmål' – omkamp om plenumsdom Rt. 2012 s. 1985», *Lov og Rett*, 2015 s. 250–257, Stub (2016) s. 93–96 og Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018.

1791 Dette var tilfellet i saken som ble behandlet i Rt. 2012 s. 667.

1792 Rt. 2003 s. 460 avsnitt 14.

1793 Rt. 2003 s. 460 avsnitt 14. Se Skoghøy (2018) s. 140 om kjennelsen.

1794 Rt. 2012 s. 667 avsnitt 27.

til doms». ¹⁷⁹⁵ Resultatet ble at lagmannsrettens dom ble opphevet, og saken måtte behandles på nytt. ¹⁷⁹⁶ I plenumsdom I ble spørsmålet igjen behandlet. Denne gangen mente et flertall at domstolen ikke kunne ta i betraktning faktum etter vedtakstidspunktet. ¹⁷⁹⁷ I plenumsdom III uttalte førstvoterende kort at det «har ikkje kome fram noko som gir grunnlag for å sjå annleis på dette spørsmålet enn det Høgsterett gjorde i disse plenumsdommane». ¹⁷⁹⁸

Høyesterett har altså lagt opp til at domstolene skal prøve vedtakets gyldighet ut fra faktum slik det forelå på vedtakstidspunktet. Eventuell økt tilknytning barnet har fått til Norge etter siste vedtak, vektlegges dermed ikke. Et annet eksempel er at hvis barna har fått norsk statsborgerskap etter at siste vedtak ble fattet, prøves ikke betydningen av dette av domstolen. ¹⁷⁹⁹ Et tredje eksempel er at hvis barnet er født etter siste vedtak, regnes det som et nytt faktum domstolen ikke kan ta i betraktning. ¹⁸⁰⁰ Nye bevisfakta må derimot trekkes inn i prøvingen av vedtaks gyldighet. ¹⁸⁰¹

Løsningen harmonerer med at domstolen kun prøver begrunnelsen til vedtaket etter utlendl. § 38. Det er imidlertid ikke gitt at en så begrenset prøving som domstolen foretar i dag, verken kan eller bør opprettholdes i saker hvor barn blir berørt. I utvisningssaker, hvor prøvingsintensiteten normalt er høy, blir løsningen kronglete. Forholdsmessighetsvurderingen etter § 70 vil kunne bli mangelfull hvis det ses bort fra faktum som har kommet til etter at utvisningen ble vedtatt.

Det er flere argumenter for at faktum på domstidspunktet bør legges til grunn. Som det ble trukket frem i Rt. 2012 s. 667, legger det til rette for et materielt riktig resultat og bidrar til at utlendingen kan håndheve sine rettigheter. ¹⁸⁰² Det bidrar også til en effektiv sikring av menneskerettighetene, noe det er behov for på et rettsområde hvor politikk har stor innvirkning. Som annenvoterende i plenumsdom I uttalte, kan det føre til «uoprettelige skader og rettsfornektelse» dersom domstolen ser bort fra konvensjonsrettslig relevant faktum fordi det har inn-

1795 Rt. 2012 s. 667 avsnitt 50.

1796 Borgarting lagmannsrett LB-2012-81191.

1797 Rt. 2012 s. 1985 fra avsnitt 46–98 (flertallet), 169–183 (annenvoterende og en del av flertallet i Rt. 2012 s. 667) og 216–251 (tredjevoterende og også en del av flertallet i Rt. 2012 s. 667).

1798 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 70.

1799 Borgarting lagmannsretts dom LB-2017-48169 punkt 1 under lagmannsrettens bemerkninger.

1800 LB-2017-48169 punkt 1 under lagmannsrettens bemerkninger.

1801 Med bevisfakta menes nye opplysninger om faktum på vedtakstidspunktet. Se tredjevoterendes votum i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 216, hvor det trekkes frem at skillet mellom «nye rettsfakta og nye bevisfakta kan være nokså subtilt».

1802 Rt. 2012 s. 667 avsnitt 29.

trådt etter at siste vedtak ble truffet.¹⁸⁰³ Han viser i den forbindelse til at EMD foretar en nåtidsvurdering.¹⁸⁰⁴

Nytt faktum må etter dagens gyldighetskontroll prøves av UNE. Nemnda har plikt til å besvare anmodninger om omgjøring.¹⁸⁰⁵ Hvis det er en reell risiko for menneskerettsbrudd, har UNE også plikt til å realitetsbehandle omgjøringskravet.¹⁸⁰⁶ Plikten er presisert i UNEs interne retningslinjer og er utledet av god forvaltningsskikk og rettssikkerhetshensyn.¹⁸⁰⁷ Retningslinjene viser til at forarbeidene til utlendingsforskriften § 8-5 om vurderingen av «sterke menneskelige hensyn i lovens § 38 ved søknad om oppholdstillatelse fra barn» forutsetter at omgjøringskravet i slike tilfeller skal realitetsbehandles.¹⁸⁰⁸ Plikten til realitetsbehandling av omgjøringsbegjæringer bidrar til at nye faktiske forhold blir vurdert. Vedtaket blir imidlertid behandlet av samme organ som har truffet avgjørelse i klagesaken, og i en del tilfeller også i forbindelse med flere tidligere omgjøringsbegjæringer. I tillegg er UNE ikke helt fri fra politisk styring.¹⁸⁰⁹ Disse forholdene gjør det nødvendig med domstolskontroll, slik det også er adgang til. Domstolkontrollen blir imidlertid ufullstendig hvis det har oppstått nye faktiske omstendigheter av betydning for saken. Dagens løsning kan i tillegg være tid- og ressurskrevende. En sak som behandles av en domstol, må tilbake til nemnda for å bli vurdert ut fra en nåtidsvurdering. Ofte er det også anført andre mangler ved vedtaket. Disse må behandles av domstolen, eventuelt vurderes av nemnda ut fra det nye faktumet, og så tilbake til domstolen igjen dersom utlendingen fremdeles mener det er mangler ved vedtaket.

For barn som blir berørt av vedtaket, kan det være belastende at det tar tid før endelig avklaring. Går det svært lang tid, kan det i tillegg krenke retten til privatliv.¹⁸¹⁰ At løsningen ofte er lite effektiv, er heller ikke heldig for forvaltningen. Etter hvert som tiden går, kan statens handlingsrom minske i takt med at individets interesser øker i vekt.¹⁸¹¹ Av tredjevoterende i plenumsdom II ble det fremhevet at «søksmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak har ikke karakter av noen teoretisk øvelse, men er en tvist om et reelt rettskrav – ofte av inngripende karakter

1803 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 172.

1804 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 172. Se også Butt mot Norge avsnitt 52.

1805 Utlendingsnemnda. UNE, *Interne retningslinjer. Saksbehandlingen i UNE*, 23.10.2017 (Interne retningslinjer i UNE) punkt 9 s. 22.

1806 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 88 og 177 og *Interne retningslinjer i UNE* punkt 9 s. 22.

1807 *Interne retningslinjer i UNE* punkt 9 s. 22.

1808 *Interne retningslinjer i UNE* punkt 9 s. 22.

1809 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.3.

1810 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.3.

1811 Se denne bokens kapittel 6 og 7.

eller av stor økonomisk eller velferdsmessig betydning for borgerne».¹⁸¹² Av det ble det sluttet at ved «nye rettslig relevante faktiske omstendigheter, bør borgerne i en rettsstat ha krav på at tvisten blir avgjort på grunnlag av faktum som foreligger under domstolsbehandlingen».¹⁸¹³ Det er jeg enig i. Saker om opphold og utvisning har stor velferdsmessig betydning. Det er da uheldig når helt sentrale forhold, som for eksempel betydningen av at et barn er født, og dets rettigheter, at et barn er blitt sykt, eller at et barn har fått norsk statsborgerskap, ikke prøves. Det gir unektelig karakter av en teoretisk øvelse. Når det ikke er positivt verken for dem saken direkte gjelder, barn som blir berørt, eller for staten at slike saker trekker ut og må behandles gjentatte ganger av UNE og eventuelt domstolene, taler det med tyngde for at løsningen ikke bør opprettholdes.

Skoghøy har argumentert for at Høyesterett i plenumsdom I burde ha kommet til at domstolen kan bygge på etterfølgende fakta. Han peker på at ettersom domstolskontrollen er utviklet i rettspraksis, har domstolen et særlig ansvar for å tilpasse den til samfunnsutviklingen og de behovene som gjør seg gjeldende.¹⁸¹⁴ Han trekker også frem at flertallets vurderinger i plenumsdommene er lite omfattende sammenlignet med mindretallets. Til sist peker han på at løsningen til flertallet medfører at «spørsmålet om det under domstolsbehandlingen kan påberopes etterfølgende omstendigheter vil stille seg forskjellig for gyldighets søksmål og håndhevelsessøksmål».¹⁸¹⁵ Håndhevelsessøksmål må prøves ut fra faktum på domstidspunktet, eventuelt utsendelsestidspunktet.¹⁸¹⁶

En dom fra Borgarting lagmannsrett fra 2017 illustrerer nok en uheldig side ved en domstolskontroll hvor det kun tas i betraktning faktum fra vedtakstidspunktet. I dommen var det anført at den utvistes døtre ville følge med til Somalia hvis moren måtte forlate Norge.¹⁸¹⁷ I Somalia ville det vært en risiko for at jentene ble utsatt for kjønnslemlestelse.¹⁸¹⁸ Kjønnslemlestelse krenker barns rett etter BK art. 6 og 37 a, Grl. § 93 annet ledd, EMK art. 3 og SP art. 7.¹⁸¹⁹ Staten har i denne sam-

1812 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 228.

1813 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 228.

1814 Skoghøy (2018) s. 140.

1815 Skoghøy (2018) s. 141.

1816 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 83, Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 218, Rt. 2012 side 2039 avsnitt 65 flg., Skoghøy (2017) s. 27–28, se også s. 1059, Bårdsen (2016a) s. 266. Skoghøy (2018) s. 141. Som Skoghøy skriver, kan det at de to typene søksmål ofte kombineres, samtidig som de nå må avgjøres på grunnlag av forskjellig faktum, føre til ganske underlige resultat, Skoghøy (2017) s. 28. Det er imidlertid ulike oppfatninger om dette, se Holdø og Stabel (2015) og Stub (2016).

1817 Borgarting lagmannsretts dom LB-2017-48169 punkt 1 under lagmannsrettens bemerkninger.

1818 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.8 om skadelige skikker.

1819 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.8 om skadelige skikker.

menhengen en streng sikringsplikt. Lagmannsretten tok ikke stilling til hvorvidt anførselene om at døtrene ville bli med moren, kunne prøves. Dette fordi retten mente det ikke kunne legges til grunn at jentene ville forlate Norge, blant annet fordi de manglet reisedokumenter. Retten mente også at risikoen for kjønnslemlestelse gjorde det «overveiende sannsynlig at A vil velge å la døtrene bli igjen i Norge ettersom dette vil være det som er til deres beste».¹⁸²⁰ Argumentasjonen til retten er merkelig. Når det trekkes inn argumenter for at jentene ikke ville følge med moren, tas det stilling til deler av det nye faktumet som er anført, uten en fullstendig vurdering. I lys av statens strenge sikringsplikt er den ufullstendige vurderingen uheldig.

En måte sikringsplikten kan overholdes på i saker hvor det er anført nye faktum som kan aktualisere rettigheter som ikke er behandlet i vedtaket, er ved håndhevelsessøksmål. Problemet er at flertallet i plenumsdom II kom til at det ikke er adgang til å gå til sak med krav om dom for krenkelse av BK art. 3 nr. 1.¹⁸²¹ Det er derimot mulig å gå til sak om krenkelse av EMK, herunder art. 8 og 3. En prøving av barnets beste kan imidlertid være avgjørende for at slikt faktum avdekkes. Barn har videre en rekke særrettigheter, tilpasset barns behov, som ikke følger av EMK, men av BK. I tillegg sender det et uheldig signal hvis barnets beste, som er en grunnleggende særrettighet, ikke kan prøves ved slikt søksmål. Etter min mening må barn enten kunne få prøvd barnets beste i et gyldighetssøksmål med et oppdatert faktum, eller gjennom et håndhevelsessøksmål.¹⁸²² Hvis ikke er det en risiko for at barns rettigheter krenkes.

8.3 HVOR INNGÅENDE MÅ DOMSTOLSKONTROLLEN AV BARNETS BESTE VÆRE?

8.3.1 Innledning

Hvor inngående norske domstoler må prøve om menneskerettighetene er overholdt, berører i utgangspunktet både forholdet mellom domstolene og lovgiver, og domstolene og forvaltningen. For temaet i boken er det forholdet mellom domstol og forvaltningen som er relevant. Problemstillingen i det følgende punktet er i hvilken grad norske domstoler *kan* overlate skjønn til utlendingsmyndighetene ved prøvingen av om barnets beste er krenket. Eller uttrykt på en annen måte, hvor

1820 Borgarting lagmannsretts dom LB-2017-48169 punkt 1 under lagmannsrettens bemerkninger.

1821 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 36 flg.

1822 Tvistelovens bestemmelser, herunder § 1-3, vil normalt hindre unødvendige søksmål eller at sakene gjøres mer omfattende enn nødvendig.

inngående må domstolskontrollen av barnets beste være? For å svare på dette er det sentralt hvilke krav til prøvingsintensitet som følger av menneskerettighetene. Jeg går derfor først nærmere inn på de overordnede kravene som gjelder for prøvingsintensiteten. Disse kravene er ikke statiske. I de etterfølgende punktene behandler jeg hvordan de ulike variablene som innvirker på prøvingsintensiteten, gjør seg gjeldende for barnets beste, innenfor de to sakstypene som behandles. Til sist vurderer jeg om prøvingsintensiteten må økes.

8.3.2 Overordnede krav

Både BK og Grunnloven stiller enkelte krav til domstolskontrollen, BK gjennom et krav om effektive rettsmidler og Grunnloven gjennom prøvingsretten og plikten.

Effektive rettsmidler, hvor det er mulig å få avgjort om en rettighet er krenket, er nødvendig for at rettigheter skal ha reell betydning.¹⁸²³ Et krav om effektive rettsmidler følger blant annet av EMK art. 13 og SP art. 2 nr. 3. Av BK art. 4 følger det at staten skal «undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention». I ordlyden ligger det en klar forpliktelse til å ta i bruk alle tiltak for å gjennomføre rettighetene i nasjonal rett. I General Comment nr. 13 utbroderes plikten i art. 4 til å omfatte en plikt til å sikre at barnet kan kreve disse rettighetene oppfylt.¹⁸²⁴ Etter art. 2 har staten også en sikringsplikt. I arbeidet med å gjennomføre rettighetene og effektivt sikre dem er domstolskontroll et nødvendig element. Hvis rettigheter bare i begrenset grad kan håndheves, vanskeliggjør det sikringen av dem. I General Comment nr. 5 er det lagt til grunn følgende:

For rights to have meaning, effective remedies must be available to redress violations. This requirement is implicit in the Convention and consistently referred to in the other six major international human rights treaties. Children's special and dependent status creates real difficulties for them in pursuing remedies for breaches of their rights. So States need to give particular attention to ensuring that there are effective, child-sensitive procedures available to children and their representatives. These should include the provision of child-friendly information, advice, advocacy, including support for self-advocacy, and access to independent complaints procedures and to the courts with necessary legal and other assistance.¹⁸²⁵

1823 Dok. 16 (2011–2012) s. 83.

1824 General Comment nr. 13 avsnitt 59.

1825 General Comment nr. 5 avsnitt 24.

Her bekreftes nødvendigheten av å kunne gå til domstolen med rettighetene. Det foreligger følgelig et krav om effektive rettsmidler etter BK.¹⁸²⁶ Dermed må det foreligge en adgang til å få prøvd rettighetene på en slik måte at de gjennomføres og sikres *effektivt*. Rettsmidlene må være egnet til å bøte på eventuelle krenkelser og til å sørge for at rettigheten respekteres. I motsatt fall kan det ikke sies å være effektivt.

Om EMK art. 13 er det lagt til grunn at det ikke trenger å være en domstol som utgjør rettsmiddelet.¹⁸²⁷ Også administrative organer kan fylle rollen. Hvis organet ikke er «a judicial authority, the Court makes a point of verifying its independence».¹⁸²⁸ At rettsmidlene må være *uavhengige* også etter BK, er barnekomiteen inne på i avsnittet som er sitert ovenfor.¹⁸²⁹ I tillegg har komiteen også understreket at barnets beste bør *vurderes* av et organ som er uavhengig av migrasjonsmyndighetene.¹⁸³⁰ Et organ som har truffet ett eller flere av vedtakene i saken tidligere, og i tillegg i noen grad er underlagt politisk styring, er i liten grad uavhengig.¹⁸³¹ Dermed kan ikke UNE fungere som eneste rettsmiddel. Av EMD er det imidlertid lagt til grunn at flere rettsmidler sammen kan regnes som effektive. Samlet kan muligens en prøving fra UNE og domstolen være effektiv.¹⁸³² Det forutsetter imidlertid at prøvingen samlet er inngående nok til at eventuelle krenkelser av barnets beste avdekkes og får slike følger at krenkelsen opphører og eventuelt rettes opp. Domstolskontrollen må videre være inngående nok til å bøte på UNEs manglende uavhengighet.

Etter *Grl.* § 89 har «domstolene rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven». Ordlyden får frem at domstolene er forpliktet til å prøve om et forvaltningsvedtak strider mot noen grunnlovsrettigheter.¹⁸³³ Et spørsmål er om «rett og plikt» innebærer at domstolen

1826 Slik lagt til grunn i Skoghøy (2017) s. 406. Se også General Comment nr. 5 avsnitt 25, hvor «the Committee emphasizes that economic, social and cultural rights, as well as civil and political rights, must be regarded as justiciable», og at det er «essential that domestic law sets out entitlements in sufficient detail to enable *remedies* for non-compliance *to be effective*» (min utheving).

1827 Se for eksempel EMDs storkammerdom 13. desember 2012, *De Souza Ribeiro mot Frankrike* avsnitt 79.

1828 Se for eksempel *De Souza Ribeiro mot Frankrike* avsnitt 79.

1829 General Comment nr. 5 avsnitt 24.

1830 General Comment nr. 3/22 avsnitt 32 (c). Se også Sandberg (2016b) s. 76.

1831 Se punkt 8.2.4 og kapittel tre punkt 3.3.

1832 I Prop. 16 L (2015–2016) la departementet til grunn at «adgangen til å påklage vedtak etter utlendingsloven til UNE og *videre til domstolene*, vil tilfredsstillende kravet til effektivt rettsmiddel under EMK artikkel 13», også ved en utvidet instruksjonsadgang overfor UNE, s. 10 (min utheving).

1833 Paragrafen ble vedtatt i 2015 og var ment å kodifisere gjeldende rett, Innst. 263 S (2014–2015) s. 5 flg.

må foreta en *full* prøving av relevante rettigheter, herunder barnets beste, også i vedtak hvor forvaltningen ellers har både hensiktsmessighets- og subsumsjons-skjønn.

Etter Grl. § 89 skal domstolen «prøve» vedtaket. Ordlyden regulerer ikke uttrykkelig hvor inngående prøvingen skal være. Begrepet «prøve» gjør det likevel klart at det må være et reelt gjennomsyn. Kontrollen kan ikke være så overfladisk at det ikke er dekkende å omtale det som prøving. Hadde ordlyden vært «kontrollere» eller noe annet som tydet på at det bare skal foretas et ettersyn, hadde det tydet på krav om mindre intensiv prøving.

Ifølge forarbeidene til Grl. § 98 beror prøvingsintensiteten på rettighetens karakter og utforming.¹⁸³⁴ Det er fastslått at for noen av de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene vil forvaltningen ha et videre skjønn, enn etter andre. Det understrekes imidlertid at «det vil like fullt være en kjerne i rettigheten som domstolene må ha adgang til å prøve».¹⁸³⁵ Som nevnt i kapittel fem har barnekomiteen lagt til grunn at art. 3 nr. 1 inneholder elementer «which constitute civil/political rights».¹⁸³⁶ I setningene over uttalelsen understreket komiteen at «[t]here is no simple or authoritative division of human rights in general or of Convention rights into the two categories».¹⁸³⁷ Til det kan det tilføyes at særlig rettighetene som har karakter av å være paraplyrettigheter, slik som barnets beste, er vanskelige å kategorisere. De inneholder gjerne, slik komiteen får frem, elementer av begge kategoriene. Som vist gjennom kapittel syv er dette tilfellet for barnets beste. At barnets beste inneholder en kjerne, er også klart.¹⁸³⁸

I innstillingen til Grl. § 98 viste komiteens flertall til at «prøvingens intensitet langt på vei vil avhenge av den enkelte rettighets innhold, formål og utforming, samt de faktiske forhold i hvert enkelt tilfelle».¹⁸³⁹ Domstolen må altså prøve om rettighetens kjerne er respektert og sikret. Utover det har *rettighetens karakter og utforming* betydning for prøvingsintensiteten. Hvordan de faktiske forholdene kan innvirke på prøvingsintensiteten, er ikke helt klart. Muligens siktes det til at i noen *faktiske forhold* er det forvaltningen som er nærmest til å vurdere, ofte på grunn av sin ekspertise på området. Dette henger i noen grad sammen med avgjørelsens

1834 Dok. 16 (2011–2012) s. 81 og Innst. 263 S (2014–2015) s. 6. For prøving av lovers grunnlovsmessighet er det rettspraksis hvor prøvingsintensitet varierer. Høyesterett har *tidligere* foretatt en tredeling av grunnlovbestemmelsene, se Innst. 263 S (2014–2015) s. 5, Rt. 1976 s. 1, *Kløfta-saken* og Smith (2017) s. 322–326.

1835 Dok. 16 (2011–2012) s. 81 og Innst. 263 S (2014–2015) s. 6.

1836 General Comment nr. 5 avsnitt 6. Se også denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.3.

1837 General Comment nr. 5 avsnitt 6.

1838 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.5.2, kapittel 6 punkt 6.12 og kapittel 7 punkt 7.6.

1839 Innst. 263 S (2014–2015) s. 11.

karakter. Havre har lagt til grunn at det kan være grunn til å differensiere prøvingsintensiteten mellom *ulike typer forvaltningsvedtak*, også når disse berører grunnleggende menneskerettigheter.¹⁸⁴⁰ Dette mener hun i så fall bør begrunnes med en avveining mellom «hensynet til rettssikkerhet og effektivitet, og at utgangspunktet bør tas i rettighetens karakter og inngrepets art».¹⁸⁴¹ Videre utdypes hun at inngrepets art bør suppleres med en vurdering av det totale rettssikkerhetsbildet i saken.¹⁸⁴²

I de følgende punktene behandler jeg tre spørsmål nærmere. Det ene er hvilken prøvingsintensitet barnets bestes karakter og utforming taler for. Det andre er hvilken prøvingsintensitet avgjørelsens karakter og de faktiske omstendighetene i sakene taler for. Selv om det kan være nokså store forskjeller innad i utvisningssaker og saker om opphold på humanitært grunnlag, ser jeg først og fremst på de to sakstypenes mer generelle karakter. Det tredje spørsmålet er om dagens domstolskontroll ivaretar kravene til den prøvingsintensiteten rettighetens og sakstypenes karakter taler for.

8.3.3 Betydningen av rettighetens utforming og karakter

Barnets bestes vurderings- og avveiningsside lar seg begge utpense gjennom en nærmere tolkning av rettskildene.¹⁸⁴³ Rettighetens *utforming* har klare likhetstrekk med andre menneskerettigheter som åpner for en avveining mot individets interesser, for eksempel retten til familieliv. Hvorvidt retten til familieliv er krenket, og herunder vurderingen av forholdsmessigheten, anser domstolen seg kompetent til å prøve inngående.¹⁸⁴⁴ Likheten til andre rettigheter hvor prøvingsintensiteten er høy, taler for at utformingen ikke er til hinder for slik prøving.

Som jeg har tatt opp ovenfor, er prøvingsintensiteten i de to sakstypene ulik, selv om barnets beste har samme utforming i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. I Maria-dommen var et spørsmål om utvisningsvedtaket var ugyldig fordi det krenket menneskerettighetene, herunder Grl. § 104 annet ledd og BK art. 3 nr. 1. Innledningsvis ble det påpekt at i utvisningssaker «har domstolene

1840 Havre (2015) s. 117.

1841 Havre (2015) s. 117.

1842 Havre (2015) s. 117.

1843 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2 og 6.3 og kapittel 7.

1844 Se for eksempel. Rt. 1998 s. 1795 og s. 1802–1804 og Rt. 2005 s. 229 avsnitt 54 og 55. Skoghøy har lagt til grunn at selv om det følger av reglene for domstolskontroll av forvaltningsvedtak at domstolen vil være tilbakeholden med å overprøve politisk eller faglig betont skjønn, er domstolen «imidlertid godt skikket til å foreta konkrete forholdsmessighetsvurderinger», Skoghøy (2011) s. 190.

full kompetanse, også når det gjelder de skjønnsmessige elementene».¹⁸⁴⁵ Under spørsmålet om rettighetene var krenket, startet førstvoterende med å slå fast at retten må starte i vurderingen av hva som er i barnets interesse.¹⁸⁴⁶ Høyesterett foretok selv en vurdering og vekting og kom i den forbindelse med en rekke materielle argumenter.¹⁸⁴⁷ Videre foretok retten en vurdering av utvisningsgrunnlaget, før forholdsmessighetsvurderingen ble gjort.¹⁸⁴⁸ I Maria-dommen var prøvingsintensiteten følgelig høy. Fullt så inngående prøving har ikke domstolen foretatt i alle dommer om utvisning, men det er flere eksempler på at det har blitt gjort.¹⁸⁴⁹ I enkelte dommer er barnets beste imidlertid knapt nevnt.¹⁸⁵⁰ Høyesterettpraksis viser likevel at *utforming* av rettigheten ikke hindrer en høy prøvingsintensitet.¹⁸⁵¹

Av betydning for rettighetens *karakter* er hvilke interesser og hvor sterke interesser den skal verne.¹⁸⁵² Hvis det er sterkere interesser som kan bli påført uopprettelig skade, slik som ved krenkelse av EMK art. 3, må prøvingsintensiteten være høy. Hvilke interesser barnet har, og hvor tungtveiende disse er, kan variere mye i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.¹⁸⁵³ Hvis barnet har sterke interesser i å bli i landet, slik som når en utsending kan skade dets helhetlige utvikling eller griper inn i andre tungtveiende rettighetsbeskyttede interesser, taler det for intensiv prøving av vurderingen, vektingen og avveiningen etter barnets beste. At barnet er enslig, og følgelig i en meget sårbar situasjon, taler også for høy prøvingsintensitet. En prøvingsintensitet som varierer ut fra interessenes tyngde i saken, er i tråd med at de avveiningene grunnlovsrettighetene legger opp til, skal

1845 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 43.

1846 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 72.

1847 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 72–79.

1848 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 80–81.

1849 I Rt. 2015 s. 155 var prøvingsintensiteten i utgangspunktet høy. Se særlig dommens avsnitt 62 og 74–76, men her hadde domstolen barnefaglige vurderinger som partene var enige om, til å støtte seg på. Kjennelsen gjaldt utlevering. Også i Rt. 2005 s. 229, særlig avsnitt 48–55, Rt. 2009 s. 534, særlig avsnitt 70–76 og 87–92 og Rt. 2011 s. 948, særlig avsnitt 55–63 er prøvingen nokså inngående. Se videre HR-2019-2286-A avsnitt 118 flg.

1850 Slik som i Rt. 2010 s. 1430, som senere resulterte i at EMD avsa dom for krenkelse av EMK art. 8. Også Rt. 2009 s. 705 er eksempel på en lite inngående prøving. Det kan ha noe med å gjøre at retten opererte med et krav om at utvisningen måtte «være uvanlig tyngende» for at konsekvensene for barna skulle føre til at vedtaket ville være uforholdsmessig, se dommens avsnitt 65.

1851 Rt. 2005 s. 229, Rt. 2009 s. 534 og Rt. 2011 s. 948.

1852 Av EMDs praksis ser den anførte krenkelsens karakter ut til å være sentral, se for eksempel De Souza Ribeiro mot Frankrike avsnitt 78 og 82.

1853 Se denne bokens kapittel 6.

fungere som en *materiell skranke mot inngrep*.¹⁸⁵⁴ En slik skranke er ikke statisk, men avhenger av forholdene i den konkrete saken.

På grunn av barnets bestes karakter er det altså en fordel om prøvingsintensiteten varierer etter hvor tungtveiende interesser barnet har, og ikke etter om saken gjelder opphold eller utvisning. Einarsen ser ut til å være inne på dette når han skriver «dersom hensynet til barnets beste med særlig tyngde konkret taler for oppholdstillatelse, vil rammen for det frie skjønnet i den påfølgende avveiningen innskrenkes».¹⁸⁵⁵ Det er imidlertid en risiko for at en mer overfladisk prøving ikke avdekker tungtveiende interesser hvis de er oversett av utlendingsmyndighetene. Muligens var det det som skjedde da Høyesterett behandlet saken som etter EMDs behandling ble kjent som Kaplan med flere mot Norge. I denne saken var Høyesterett så vidt innom barnets situasjon, mens EMD konstaterte krenkelse av EMK art. 8, blant annet på grunn av det yngste barnets særlige omsorgsbehov. Prøvingsintensiteten må alltid være så høy at den er egnet til å avdekke slike interesser.

Barnets bestes karakter forklarer ikke den generelle forskjellen ved prøvingsintensiteten i de to sakstypene jeg behandler. Ettersom det er forskjeller i prøvingsintensiteten i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, er et relevant spørsmål om dette kan skyldes forskjeller ved de to sakstypene, herunder inngrepets art og de faktiske forholdene sakstypene bygger på.

8.3.4 De to sakstypenes karakter

Som fremhevet flere ganger er det ikke generelt store forskjeller på et avslag om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, i alle fall ikke når utvisningen retter seg mot en utlending uten oppholdstillatelse.¹⁸⁵⁶ Det som kan gjøre utvisning noe mer inngripende enn et avslag, er innreiseforbudet.¹⁸⁵⁷ Samtidig er opphold på humanitært grunnlag en viktig sikkerhetsventil for å hindre at noen som har behov for beskyttelse, blir sendt ut av Norge på grunn av feilvurderinger.¹⁸⁵⁸ Eventuelle feilvurderinger kan få alvorlige konsekvenser for barnet og/eller dets foreldre. Det kan heller ikke gjenfinnes en markant forskjell mellom sakstypene i

1854 Se Rt. 2015 s. 93, HR-2018-104-A og Rui (2018) s. 129.

1855 Einarsen (2013) s. 313–314.

1856 Slik en stor andel utvisning har gjort de siste årene. Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.8, hvor det fremkommer at til de landene flest utvises til fra Norge, er den største andelen begrunnet i brudd på utlendingsloven. Det er kun utlendinger uten oppholdstillatelse som kan utvises på dette grunnlaget, se bokens kapittel 3 punkt 4.5.3.

1857 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.6.

1858 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.4.1.

EMDs praksis. I EMDs praksis skiller det klartest mellom utlendinger som regnes som «settled migrants», og andre utlendinger, og ikke mellom saker om opphold eller utvisning.¹⁸⁵⁹ Felles for sakstypene er også at vedtakene kan gripe inn i barnets – ofte sterke – interesser i å få bli i Norge. Disse fellestrekkene taler for samme prøvingsintensitet av barnets beste i de to sakstypene.

Noe som muligens kan begrunne en mindre inngående prøving av barnets beste ved vedtaket etter utlendl. § 38, enn i utvisningssaker, kan være førstnevnte saks-types *nærhet til innvandringspolitikken*.¹⁸⁶⁰ Vurderingen av hva som er i et barns beste interesser, påvirkes imidlertid ikke av innvandringspolitikken.¹⁸⁶¹ Statens interesser kommer først inn i *avveiningsiden* av barnets beste.¹⁸⁶² Dette selv om sakstypen henger sammen med innvandringspolitikken. En konkret vurdering og vektning av det berørte barnets beste er en forutsetning for at rettigheten skal bidra til et vern av barns interesser. Skulle statens interesser ha innvirket på denne siden av rettigheten, ville rettighetsvernet blitt uthulet. Statens interesser vil da ha grepet inn i kjernen av rettigheten. Når innvandringspolitikken ikke er relevant i vurderingssiden av rettigheten, kan den heller ikke begrunne en skjønnsfrihet i vurderingen og vektningen av barnets interesser. Innvandringspolitikk har følgelig ikke betydning for prøvingsintensiteten av vurderingssiden av rettigheten. Spørsmålet blir om domstolene kan og eventuelt bør vise tilbakeholdenhet ved *prøvingen av statens interesser* og vektleggingen av disse.

De innvandringsregulerende hensynene i saker om opphold på humanitært grunnlag er lovregulerte. Som det fremgår av kapittel syv, knytter de seg stort sett til å grovheten i eventuelle overtredelser av utlendingslovens regler og et ønske om en preventiv effekt. I tillegg bygger de på en likhetstankegang. At de skal vektlegges, så fremt de gjør seg gjeldende, er klart. Vektningen er noe skjønnsmessig. At hensynene er legitime, ikke-diskriminerende, egnede og nødvendige, er imidlertid krav som må være oppfylt, for at de ikke skal uthule rettighetsver-

1859 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.4 og 5.5.5.

1860 I Rt. 2008 s. 681 nevnes utlendingsloven 1988 § 8 annet ledd sin nærhet til innvandringspolitikken under spørsmålet om domstolen fullt ut kan prøve vilkåret «sterke menneskelige hensyn», dommens avsnitt 43. Nærhet til politikk ble også benyttet som et argument av flertallet i plenumsdom III, men da under spørsmål knyttet til domstolskontroll av det tidligere rimelighetskriteriet i § 28 femte ledd. Førstvoterende trakk der frem «overordna samfunnsmessige vurderingar og prioriteringar» som et argument for skjønnsfrihet til forvaltningen, Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 116. Førstvoterende tilhørte imidlertid ikke flertallet under dette spørsmålet, og resultatet ble at vilkåret kunne prøves. Uttalelsen illustrerer likevel at om et vedtak bygger på denne typen samfunnsmessige avveiningen, kan det tale for at det foreligger skjønnsfrihet for forvaltningen.

1861 Se denne bokens kapittel 6.

1862 Om barnets bestes to sider, se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4.

net.¹⁸⁶³ At vekten av de innvandringsregulerende hensynene nødvendigvis blir noe skjønnsmessig, gjør at disse kravene er viktige. Disse kravene må derfor domstolene prøve, også i saker om opphold på humanitært grunnlag. På grunn av de innvandringsregulerende hensynenes noe vage karakter kan nødvendighets- og egnethetsvurderingen imidlertid også bli noe skjønnsmessig. I enkelte saker kan det derfor være grenser for hvor inngående de kan prøves.

I plenumsdom III trekkes det frem at UNE gjennom et stort antall saker har opparbeidet seg betydelig erfaring og kompetanse, og at det gir mulighet til å se sakene i sammenheng, slik at likebehandling sikres.¹⁸⁶⁴ I denne sammenhengen vises det særskilt til landfaglig kompetanse. Problemet med likebehandlingsprinsippet er nevnt tidligere.¹⁸⁶⁵ Det som er interessant med uttalelsen, er de landfaglige vurderingene. Kanskje er disse, som utgjør en liten forskjell i saker om opphold på humanitært grunnlag, sammenlignet med i saker om utvisning. I utvisningssaker er ofte utlendingens tilknytning til Norge og hjemlandet, og ulempen ved å måtte forlate Norge, sentral. I saker etter § 38 kan det være ulike forhold i hjemlandet, slik som for eksempel lav levestandard og konflikter, som utgjør de humanitære grunnene. Det er imidlertid ikke alle saker det er kompliserte landfaglige vurderinger som ligger til grunn. At det andre alternative vilkåret i utlend. § 38 er «særlig tilknytning til riket», altså Norge, gjør at forskjellen til utvisningssaker kan bli liten. Videre kan det også i utvisningssaker være forhold i opprinnelseslandet som gjør at barnet ikke kan følge med forelderen eller selv utvises. Heller ikke utlendingsmyndighetenes landfaglige vurderinger taler derfor for en *generell* tilbakeholdenhet ved prøvingen i saker om opphold på humanitært grunnlag i større grad enn i utvisningssaker.

For øvrig skiller ikke vektingen av statens interesser, herunder de innvandringsregulerende hensynene, seg i større grad fra saker om utvisning begrunnet i brudd på utlendingsloven. Det er ikke markante forskjeller i de to sakstypene som taler for ulik prøvingsintensitet. Også i saker om opphold på humanitært grunnlag må domstolen være i stand til å ta stilling til alvorligheten av eventuelle overtredelser, hvor tungtveiende disse er, og foreta en avveining mot barnets interesser. I tillegg er det vanskelig å se hvorfor staten skal ha et mye større behov for frihet i saker hvor det gis avslag på opphold, enn hvor det vedtas utvisning av utlendinger uten oppholdstillatelse. Utvisning av utlendinger med oppholdstillatelse kan nok i en del tilfeller være mer inngripende overfor den utviste og hans familie, men her kan det være store variasjoner fra sak til sak.

1863 Denne bokens kapittel 7 punkt 7.3.

1864 Se Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 247.

1865 Se denne bokens kapittel 7 punkt 7.5.

Som nevnt ovenfor har Havre trukket frem effektivitet som et element av betydning for prøvingsintensiteten.¹⁸⁶⁶ Effektivitet et generelt mål og må gjelde for begge sakstypene. Dagens system med en begrenset prøving etter § 38 er imidlertid ikke nødvendigvis særlig effektivt. Særlig ikke dersom det skulle oppstå nye faktiske forhold av betydning.¹⁸⁶⁷ Også ved gyldighetskontroll av utvisningssaker kan nye faktiske forhold, med dagens system, svekke effektiviteten.

Et argument som kunne vært anført som støtte for mindre intensiv prøving av vurderingssiden av barnets beste, er at utlendingsmyndighetene har bedre erfaring med å vurdere barns interesser i de to sakstypene. Domstolene har imidlertid bred erfaring med å vurdere hva som er til barnets beste i andre typer saker, slik som samværssaker og barnevernssaker. Vurderingen av hva som er til et barns beste i en sak etter § 38 eller § 70, er ikke markant ulik vurderingen i andre typer saker. I tillegg er mange av interessene som ofte er relevante i vurderingen, interesser som er vernet av andre rettigheter.¹⁸⁶⁸ Rettigheter er domstolene velkjente med. Retten kan også støtte seg på barnefaglige vurderinger fra sakkyndige, slik som i Rt. 2015 s. 155.¹⁸⁶⁹ I kompliserte saker kan også utlendingsmyndighetene måtte støtte seg til sakkyndige.¹⁸⁷⁰ I tillegg kommer en uttalelse i generell kommentar nr. 3/22, hvor det slås fast at barnets beste bør vurderes av personer som er uavhengige fra utlendingsmyndighetene.¹⁸⁷¹ Når det hovedsakelig er utlendingsmyndighetene som vurderer barnets beste, gir det et behov for at vurderingen i det minste kan prøves av et uavhengig organ, som domstolene.

Oppsummert taler altså sakstypene i utgangspunktet for en høy prøvingsintensitet. Ettersom staten i utgangspunktet anses å ha en sterk interesse i å regulere og kontrollere innvandringen, er det oftest når barnets interesser er sterke, at domstolen må gå i dybden i prøvingen av statens interesser og avveiningen. Har barnet tungtveiende interesser i å få bli i landet, taler barnets interesser for høy prøvingsintensitet.

8.3.5 Må prøvingsintensiteten økes?

Som drøftet i punktene over er ikke rettighetens utforming og karakter, eller sakstypenes karakter, i veien for en høy prøvingsintensitet. Tvert imot taler rettighetens

1866 Se dette kapittelets punkt 8.3.2.

1867 Se dette kapittelets punkt 8.2.4.

1868 Se denne bokens kapittel 6.

1869 Se tvisteloven § 21-12 (1) jf. 25-5.

1870 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.5.4.3.

1871 General Comment nr. 3/22 avsnitt 32 (c).

og sakstypenes karakter for en høy prøvingsintensitet, særlig i saker hvor barnet har sterke interesser i å få bli i Norge. Ettersom prøvingsintensiteten i utvisningsaker i utgangspunktet allerede er høy, er det særlig relevant å vurdere om prøvingsintensiteten i saker etter § 38 må økes, eller om dagens kontroll av begrunnelsen ivaretar de kravene som følger av BK og Grunnloven.

Betraktes domstolskontrollen isolert, fremstår ikke prøvingen av begrunnelsen som egnet til å ivareta kravet om effektive rettsmidler, i alle fall ikke når det stilles så knappe krav til begrunnelsen som flertallet gjorde i plenumsdom III.¹⁸⁷² Det er en motsigelse i at Høyesterett godtar knappe begrunnelser når det samtidig legges til grunn at domstolskontrollen må foregå ved å vurdere begrunnelsen. Skal forvaltningen kunne skrive knappe begrunnelser, må domstolen utfylle med egne vurderinger for å sikre at rettigheten ikke blir krenket. I tillegg kommer kravet om kontroll av et uavhengig organ, som gjør at det må finne sted en materiell kontroll, og ikke bare en ren ytre prosessuell kontroll.

Et argument for at domstolen må foreta en nokså inngående materiell kontroll, er mangelen på andre, uavhengige organ barn kan rette seg mot for å få prøvd om deres rettigheter er respektert og sikret. Barnekomiteen har kritisert Norge for å *mangle uavhengige* institusjoner som kan behandle klager fra barn, og har i denne sammenhengen tatt opp at barneombudet mangler slik kompetanse. Komiteen anbefalte i mai 2018 Norge å «take measures to ensure that the Ombudsman for Children and/or the national human rights institution are entrusted with the mandate to receive, investigate and address complaints by children, in all areas that concern them, in a child-sensitive manner».¹⁸⁷³ Også i 2010 kom komiteen med en lignende anbefaling.¹⁸⁷⁴ I tillegg har, som nevnt i kapittel to, ikke Norge sluttet seg til tilleggsprotokollen som gir barn mulighet til å klage til barnekomiteen.¹⁸⁷⁵ Så lenge dette ikke er gjort, er en effektiv sikring av barns rettigheter i stor grad avhengig av norske domstoler.¹⁸⁷⁶ Dette er et sterkt argument for at domstolene må foreta en inngående prøving av barnets beste.

1872 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.5.4.1.

1873 CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 8.

1874 CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 13–14.

1875 Se også Langford med flere (2019) s. 23.

1876 Barn kan også klage til sivilombudsmannen. Dersom sivilombudsmannen mener forvaltningen har gjort feil, kan han eller hun i en uttalelse be forvaltningen om å se på saken på nytt. Uttalelsen er imidlertid ikke bindende. Se også Elin Saga Kjørholt, «FNs barnekonvensjons tredje tilleggsprotokoll om individuell klagerett» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utgave, Oslo 2020 s. 417–428 på s. 412–427 om behovet for å styrke barns rett til å klage i Norge.

Annenvoterende i plenumsdom III fastslo at når det foreligger folkerettslige forpliktelser, er det et argument for full overprøving.¹⁸⁷⁷ Videre ble det uttalt at det er et sikkert utgangspunkt at «domstolene også kan prøve den konkrete subsumsjonen hvor det er spørsmål om forholdet til våre menneskerettslige forpliktelser».¹⁸⁷⁸ Når lovgiver har vedtatt at BK, og herunder art. 3 nr. 1, skal gjelde som norsk lov, og ved motstrid med annen lov ha forrang, jf. mrl. §§ 2 og 3, støtter det opp om at domstolen må foreta en inngående prøving. Det kan ikke være slik at barn, som normalt er mer sårbare enn voksne og kan ha vansker med å håndheve sine rettigheter, kun i meget begrenset grad skal få prøvd sine rettigheter for domstolene. Sandberg argumenterer for at når Grl. § 104 og BK art. 3 krever at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle avgjørelser som berører barn, herunder domstolsavgjørelser, er det vanskelig å se at ikke dette pålegger domstolen en selvstendig plikt til å prøve barnets beste.¹⁸⁷⁹ Det er jeg enig i.

For å oppfylle kravet om effektive rettsmidler må domstolen foreta enkelte materielle vurderinger. Dermed må prøvingen være mer inngående enn dagens kontroll av begrunnelsen til vedtak etter § 38. De materielle vurderingene må være inngående nok til at det avdekkes om rettigheten er respektert og sikret i utlendingsmyndighetens vedtak. En prøvingsintensitet som sikrer at rettighetens kjerne er overholdt, i tråd med det som er lagt til grunn i forarbeidene til Grl. § 89, vil sammen med en begrunnelse som oppfyller kravene i utlendingsforskriften § 17-1a, kunne avdekke om rettigheten er overholdt. Prøvingsintensiteten i Mariadommen synes å være av en slik karakter.

I kjernen av rettighetens vurderingsside er en *individuell vurdering av barnets interesser*.¹⁸⁸⁰ En prøvingsintensitet som sikrer kjernen, kan tilpasses hvor tungtveiende interesser barnet har. For å avgjøre hvor sterke interesser barnet har i å få bli i Norge, må det foretas en konkret vurdering og vektning av barnets beste, i tråd med de kravene som følger av rettighetens vurderingsside. Dermed er det først og fremst prøvingsintensiteten i avveiningssiden som vil kunne varieres. *Høy prøvingsintensitet* i vurderingssiden, og en *relativ prøvingsintensitet i avveiningssiden*, kan balansere behovet for en effektiv kontroll av rettigheten mot noe frihet til forvaltningen. Det gir en mulighet til å forenkle prøvingen i mindre kompliserte saker. I enkelte mindre kompliserte saker kan det også være at prøvingen av vurderingssiden ikke blir særlig omfattende. For å avgjøre om barnet har flere ulike interesser, eller om vurderingen er nokså enkel, vil barnets rett til å bli hørt og bar-

1877 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 216.

1878 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 226.

1879 Sandberg (2014) s. 8–9 og Sandberg (2020b) s. 337–338.

1880 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.5.2.

nets rett til en helhetlig utvikling være et godt utgangspunkt.¹⁸⁸¹ En slik løsning vil sørge for at barnets interesser ikke overses, i tråd med et av de sentrale formålene med rettigheten.

8.4 TO TILNÆRMINGER TIL PRØVINGEN

8.4.1 Innledning

For å ivareta kravet om effektive rettsmidler må eventuelle krenkelser som avdekkes, få slike følger at krenkelsen opphører eller rettes opp.¹⁸⁸² Hvorvidt forvaltningens myndighetsutøvelse har krenket, eller ved effektivering vil krenke, barnets beste, kan i teorien prøves på to måter av domstolene. Spørsmålet om barnets beste er eller vil bli krenket, kan for det første prøves som et ledd i gyldighetskontroll av vedtaket, hvor mangler ved anvendelsen av barnets beste utgjør den påståtte ugyldighetsgrunnen. For det andre kan spørsmålet prøves gjennom et håndhevelsessøksmål med påstand om at avgjørelsen, eventuelt utsendingen, krenker barnets beste.¹⁸⁸³ I de følgende to punktene behandler jeg kort de to tilnærmingene for å vurdere hvorvidt de kan fungere som effektive rettsmidler i saker om opphold og utvisning.

8.4.2 Barnets beste som ugyldighetsgrunn

For at gyldighetskontroll av vedtak skal fungere som et effektivt rettsmiddel, må det få følger for vedtakets gyldighet hvis rettigheten ikke er respektert eller sikret i tråd med sitt innhold.

Hva som skal til for at et vedtak må anses ugyldig, avhenger av hvilken type mangel som foreligger. Mangler ved forvaltningens vedtak kan deles inn i *innholdsmangler* og *tilblivelsesmangler*.¹⁸⁸⁴ At et vedtak lider av en innholdsmangel, innebærer at det er innholdsmessig ulovlig eller mangler hjemmel.¹⁸⁸⁵ Forvaltning-

1881 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.5.2, kapittel 5 punkt 5.3.3 og 5.4.4 og kapittel 6 punkt 6.12.

1882 Se dette kapittelets punkt 8.3.2.

1883 Se Skoghøy (2017) s. 403–408 om adgangen til å få dom for krenkelse av inkorporerte menneskerettigheter.

1884 Se Eckhoff og Smith (2018) s. 463–467 og Bernt og Rasmussen (2009) s. 104–105.

1885 Eckhoff og Smith (2018) s. 463–465 og Bernt og Rasmussen (2009) s. 104–105. Graver benytter begrepet hjemmelsmangler. Han nevner to typetilfeller. Tilfeller som tradisjonelt regnes som hjemmelsmangler, er hvor forvaltningen mangler hjemmel til å treffe vedtak med det foreliggende innholdet, og tilfeller hvor det i utgangspunktet kan treffes slikt vedtak, men ikke under de foreliggende omstendighetene eller på de foreliggende grunnlagene, Graver (2019) s. 132.

gen manglet i så tilfelle materiell kompetanse til å fatte vedtaket, og feilen medfører nesten alltid at vedtaket må anses ugyldig.¹⁸⁸⁶ Ved tilblivelsesmangler foreligger det feil ved måten vedtaket ble til på.¹⁸⁸⁷ Det kan være saksbehandlingsfeil, personell kompetansemangel, skjønnsfeil og feil ved det faktum vedtaket hviler på. Slike feil trenger ikke å ha innvirket på vedtakets innhold, men kan ha gjort det. Hvis det ikke er grunn til å regne med at feilen kan ha innvirket på innholdet i vedtaket, er det normalt gyldig, til tross for feilen, jf. fvl. § 41.¹⁸⁸⁸ Når kravet om mulig innvirkning er oppfylt, må det foretas en nærmere vurdering av om vedtaket må anses ugyldig. Feilen fører følgelig bare til ugyldighet hvis det er grunn til å regne med at den kan ha innvirket på vedtakets innhold, og andre momenter taler for ugyldighet.¹⁸⁸⁹

At barnet har *rett* til å få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn, innebærer at rettigheten gir materielle føringer på innholdet i avgjørelser som berører barn. Som behandlet i kapittel fem kan det også utledes enkelte prosessuelle regler av rettskildene som er tilknyttet barnets beste.¹⁸⁹⁰ Hvilken type feil som foreligger, og hvilke følger feilen må få, avhenger av om det er mangler knyttet til den materielle rettigheten eller de prosessuelle reglene. Det er imidlertid ikke et helt skarpt skille mellom slike feil. Prosessuelle feil kan tyde på at det er mangler ved hvordan den materielle rettigheten er anvendt i saken. For eksempel kan mangler ved begrunnelser tyde på mangler ved vurderingene som ligger til grunn for vedtaket.¹⁸⁹¹ I utgangspunktet kan mangler knyttet til barnets beste betraktes som en tilblivelsesmangel, innholdsmangel eller begge deler, avhengig av hvilke konkrete feil som foreligger.¹⁸⁹²

Forvaltningen har ikke kompetanse til å fatte vedtak i strid med menneskerettighetene, herunder barnets best, jf. GrL. § 92, mrl. §§ 2 og 3 og utlendl. § 3. Hvis vedtaket er i strid med barnets *rett* til å få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn, har det en innholdsmangel.¹⁸⁹³ Forvaltningen har i slike tilfeller i

1886 Eckhoff og Smith (2018) s. 463–466 og Bernt og Rasmussen (2009) s. 104–105.

1887 Eckhoff og Smith (2018) s. 466–474.

1888 Forvaltningsloven § 41 gjelder kun direkte for saksbehandlingsfeil.

1889 Eckhoff og Smith (2018) s. 474–478 og Høyesteretts formulering i HR-2017-2376-A avsnitt 24–25.

1890 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.5.

1891 Eckhoff og Smith (2018) s. 469.

1892 Sandberg nevner for eksempel at det i en forvaltningsrettslig sammenheng er naturlig å se på kravene i art. 3 nr. 1, som krav til tilblivelsen, Sandberg (2016b) s. 80.

1893 Se Ruis leder om Høyesteretts tilnærming til Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved tolkningen av § 102, hvor han nevner at forholdsmessighetskravet vil få konsekvenser for forvaltningens myndighetsutøvelse, herunder myndighetsmisbruket i Rui (2018) s. 130 og Graver (2015) s. 131, som legger til grunn at man like gjerne kan si at myndigheten er overskredet, som at det foreligger utenforliggende hensyn, i en del tilfeller.

utgangspunktet hjemmel til å treffe vedtak, men ikke med *dette innholdet i den konkrete saken*. Når det er fattet et vedtak med et innhold forvaltningen ikke hadde adgang til å fatte, fører det direkte til ugyldighet. Hvis det kun er mangler ved de prosessuelle kravene som følger av barnets beste, er det derimot mer dekkende å betrakte feilen som en tilblivelsesmangel.¹⁸⁹⁴ Også slike mangler kan føre til ugyldighet, men først etter en nærmere vurdering.

Hvis barnet ikke kan sendes ut av Norge uten at barnets beste krenkes, vil altså vedtaket ha et innhold som gjør det ugyldig. Utlendingsmyndigheten må da treffe et nytt vedtak, med et annet innhold. Hvis barnets beste utelukkende skulle blitt betraktet som en tilblivelsesmangel, skaper det inntrykk av at det kun er noe galt med måten vedtaket ble til på. Da kommer det ikke frem at barnets beste, i enkelte tilfeller hvor barnet har sterke interesser i å få bli i Norge, stenger for å sende barnet og/eller dets familie ut av landet, uavhengig av hvor grundige vurderinger som gjøres, og hvor utfyllende begrunnelser som skrives. Hvis ikke det gjøres klart i domsgrunnene, er det en risiko for at det treffes et nytt vedtak med innhold i strid med barnets beste. Skal domstolskontrollene fungere som et effektivt rettsmiddel, må det derfor tydeliggjøres når det er den materielle rettigheten som medfører at vedtaket er ugyldig.

8.4.3 Håndhevelsessøksmål

Hovedregelen er at det er anledning til å gå til sak med krav om at en inkorporert menneskerettighet er krenket.¹⁸⁹⁵ Det kan for eksempel anlegges håndhevelsessøksmål med krav om dom for krenkelse av retten til familieliv.¹⁸⁹⁶ Som nevnt ovenfor kom imidlertid et flertall på 11 mot 8 dommere i plenumsdom II til at det ikke kan kreves dom for krenkelse av BK art. 3 nr. 1. Flertallet begrunnet hovedsakelig sitt standpunkt med at BK ikke inneholder noen bestemmelse som fordrer rett til et effektivt nasjonalt rettsmiddel.¹⁸⁹⁷ Som vist ovenfor gjelder det imidlertid et krav om effektive rettsmidler etter BK.¹⁸⁹⁸ Argumentasjonen til flertallet var imidlertid ikke bare knyttet til BK generelt. Flertallet tilføyde også at det på grunn av normen i art. 3 nr. 1 sin karakter av å være en avveiningsregel ikke kan være tale om noe «egentlig 'rettskrav'».¹⁸⁹⁹ Når EMK art. 8, som også inneholder en avvei-

1894 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.5 om de prosessuelle reglene.

1895 Rt. 2003 s. 301 avsnitt 39 og Skoghøy (2017) s. 403–407.

1896 Rt. 2003 s. 301 avsnitt 39.

1897 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 89. Begrepet «rettsmidler» benyttes om de midlene som står til rådighet for å få overprøvd en rettsavgjørelse, Dok. 16 (2011–2012) s. 83.

1898 Se dette kapittelets punkt 8.3.2.

1899 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 100.

ningsregel, kan prøves i et håndhevelsessøksmål, er ikke dette argumentet lett å følge.¹⁹⁰⁰

Det er vanskelig å se at karakteren av å være en avveiningsregel sperrer for at det tas stilling til om det foreligger krenkelse av barnets beste. Det legger også mindretallet i plenumsdom II til grunn.¹⁹⁰¹ At barnets bestes utforming og karakter ikke stenger for at rettigheten kan prøves i et fastsettelsessøksmål, støttes av barnekomiteens utsagn. Barnekomiteen har fremhevet at BK art. 3 nr. 1 angir plikter for staten, er selvkraftig og kan håndheves.¹⁹⁰² At en menneskerettighet er selvkraftig, innebærer at den er *egnet* til å benyttes som selvstendig grunnlag ved løsning av konkrete tvister i forvaltningen eller for domstolene.¹⁹⁰³ At en rettighet er håndhevbar, på engelsk «*justiciable*», betyr at den anses å angi konkrete *plikter* som rettighetshaveren kan *påberope seg for en domstol*.¹⁹⁰⁴ Barnekomiteen har anbefalt å behandle «economic, social and cultural rights, as well as civil and political rights [...] as justiciable». ¹⁹⁰⁵ Som jeg har nevnt ovenfor, inneholder barnets beste elementer fra begge de to typene rettigheter.

At barnets beste pålegger staten konkrete plikter overfor det enkelte barn, har jeg konkludert med i kapittel fem.¹⁹⁰⁶ Disse pliktene er videre klargjort gjennom kapittel syv og åtte. At pliktene kan klargjøres gjennom tolkninger av rettskildene, gjør rettigheten egnet til å benyttes som selvstendig rettsgrunnlag. Det skulle derfor ikke være noe i veien for at det kan gis dom for krenkelse av BK art. 3 nr. 1. Som påpekt av mindretallet i plenumsdom II vil «kravet om rettslig interesse i tvisteloven § 1-3 [...] fange opp søksmål der tolkningen og anvendelsen av barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 eventuelt ikke er egnet til særskilt avgjørelse». ¹⁹⁰⁷

1900 Også Solheim har påpekt at det er vanskelig å forstå hvorfor Høyesterett ikke har åpnet for håndhevelsessøksmål for brudd på BK på lik linje med hva som gjelder for EMK, Solheim (2018) s. 343. Se også behandling av temaet i Sandberg (2016b) på s. 76–83. I Haugli (2016) slås det fast at «man kan kreve fastsettelsesdom for brudd på artikkel 3 nr. 1», s. 53.

1901 Her blir det fremhevet at selv om ordlyden i art. 3 nr. 1 er vag og generell, så fratar det naturligvis ikke dens karakter av å være rettslig forpliktende overfor stater, Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 118.

1902 General Comment nr. 14 avsnitt 6 a.

1903 Spørsmål knyttet til selvkraft kan diskuteres både i et internasjonalt og et nasjonalt perspektiv. Om selvkraft, se Inge Lorange Backer, «Lovgivere og domstoler ved begynnelsen av det 21. århundre», *Jussens Venner*, 2006 s. 248–266 (s. 262), Søvig (2008) s. 114 og mindretallets votum i Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 120–125.

1904 Se mindretallets votum i Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 116–119, hvor det drøftes om art. 3 nr. 1 er håndhevbar. Se også Søvig (2009) s. 31–32 og Abramson (2008) s. 46–47.

1905 General Comment nr. 5 avsnitt 6 og 25.

1906 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.5.1.

1907 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 125.

Håndhevelsessøksmål kan være et viktig virkemiddel for å håndheve rettighetene dersom vedtaket blir effektivt før domstolsbehandling. Da kan det være mer nærliggende å ta utgangspunkt i at utsendelsen krenker rettigheten, enn at vedtaket var ugyldig, og at utsendelsen dermed var ulovlig. I tillegg er det en klar fordel at håndhevelsessøksmål prøves ut fra faktum på domstidspunktet.¹⁹⁰⁸ Dette i motsetning til dagens gyldighetskontroll. Dermed vil et håndhevelsessøksmål kunne fungere som et mer effektivt rettsmiddel enn gyldighetskontroll i enkelte typer saker.

1908 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 83, Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 218, Skoghøy (2017) s. 28 og Bårdsen (2016a) s. 266.

9. Avsluttende vurderinger

9.1 INNLEDNING

I de forutgående kapitlene har barnets bestes karakter og innhold blitt grundig behandlet. Jeg har behandlet en rekke rettskilder for å komme frem til rettighetens innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. I denne sammenhengen har jeg gjennomgått og analysert dommer fra EMD og Høyesterett av betydning for de to sakstypene. Analysene har avdekket variasjoner ved hvordan barnets beste *anvendes* i en del av disse dommene. Mens det i mange dommer kommer tydelig frem at barnets beste skal behandles som et grunnleggende element i avgjørelsen, er det likevel ikke like tydelig at dette gjøres i alle saker som berører barn. Det er følgelig ikke alltid samsvar mellom hva som uttrykkes om rettigheten, og hvordan den ser ut til å anvendes. De siste årene har de to domstolene også kommet med enkelte uttalelser om innholdet i barnets beste og de forpliktelsene som følger av rettighetene, som avviker fra tidligere uttalelser og det øvrige rettskildet bildet. Den inkonsekvensen som kan gjenfinnes i dommer fra EMD og Høyesterett, utdypes og drøftes noe nærmere i dette kapitlet. Videre kommer jeg inn på mulige årsaker til denne inkonsekvensen.

I innledningen stilte jeg opp spørsmålet om *hvordan barnets beste kan gi, eller bidra til å gi, barnet eller dets nærmeste familie rett til opphold i Norge eller til ikke å bli utvist fra landet*.¹⁹⁰⁹ Den inkonsekvensen som kan gjenfinnes i rettspraksis, underbygger behovet for at dette klarlegges. Avslutningsvis konkluderer jeg på dette spørsmålet.

9.2 INKONSEKVENSEN I DOMSTOLSPRAKSIS

Innledningsvis må jeg presisere at *problemet ikke er at resultatet* blir ulikt i ulike saker. Barn har ulike interesser. Vekten av disse interessene varierer. Det samme gjør vekten av statens interesser. Dette illustreres ved Maria-dommen, hvor resultatet ble at barnet og moren måtte få bli i Norge, og ved Rwanda-kjennelsen, hvor resultatet ble at faren kunne utleveres til tross for at barna hadde sterke interesser

¹⁹⁰⁹ Se denne bokens kapittel 1 punkt 1.4.

i at han skulle få bli i Norge.¹⁹¹⁰ I Rwanda-kjennelsen var faren tiltalt for folke-mord, og statens interesser i utlevering var følgelig meget tungtveiende. I Maria-dommen var statens interesser mindre tungtveiende. I tillegg var barnets interesser i at hun og moren skulle få bli i Norge, meget tungtveiende. Illustrerende er også Kaplan med flere mot Norge og Joseph Grant mot Storbritannia. Mens faren i Kaplan-dommen var en sentral omsorgsperson for et sårbart barn, hadde faren i Joseph Grant-dommen hatt en mindre sentral rolle i barnets liv. I de dommene som her er trukket frem, skyldtes resultatet følgelig ulike interesser og vekten av disse, både på barnets og statens side.

I kapittel fem påpekte jeg enkelte ulemper ved at EMK ikke inneholder noen særskilte rettigheter for barn, og jeg fremhevet Kilkelly og Freemans syn på hvordan EMDs praksis kan ivareta barns rettigheter.¹⁹¹¹ Som Kilkelly la til grunn allerede i 1999, altså for 20 års siden, har EMD utvidet konvensjonens beskyttelse av barn. Fra 1999 og til i dag har EMD avsagt dom i et nokså stort antall utlendings-rettslige saker hvor barn har vært berørt. I en del av sakene har EMD behandlet barn som rettighetshavere ved å løfte frem, vurdere og vektlegge barnets beste.¹⁹¹²

Det er imidlertid ikke alltid EMD nevner barnets beste, eller at hva som er til det konkrete barnets beste, vurderes og vektlegges uttrykkelig, selv om barnets interesser, i større eller mindre grad, vektlegges.¹⁹¹³ Dane har påpekt at EMDs barnets beste-vurdering ofte ikke er fullstendig.¹⁹¹⁴ Det er også mitt inntrykk. Selv om mange sentrale elementer i en barnets beste-vurdering kan gjenfinnes i domsmaterialet, er det langt fra alltid at en helhetlig vurdering av barnets beste kommer til uttrykk.¹⁹¹⁵ Det er selvsagt positivt at barns interesser løftes frem og vektlegges. En tilnærming hvor kun noen interesser vurderes og vektlegges, vil imidlertid gi lite eller ingen vern av andre interesser som kan være sentrale. Det gir også en større risiko for at andre rettigheter enn barnets beste overses, enn ved den helhetlige og systematiske tilnærmingen til vurderingen, vektingen og avveiningen som følger av barnets beste.

Det imidlertid enda mer problematisk at det er saker hvor interessene til et barn nærmest er usynlige, og i alle fall ikke ser ut til å gis et særskilt vern. I Jakupovic mot Østerrike kommenterte EMD den utviste guttens unge alder, men nevnte ikke

1910 Se Rt. 2015 s. 93 og Rt. 2015 s. 155.

1911 Denne bokens kapittel 4 punkt 4.2.

1912 Se for eksempel Jeunesse mot Nederland, Kaplan med flere mot Norge, Maslov mot Østerrike, Nunez mot Norge, Osman mot Danmark og Udeh mot Sveits særlig avsnitt 52–54.

1913 Som for eksempel i Amrollahi mot Danmark, Keles mot Tyskland og Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland.

1914 Dane (2015) s. 220.

1915 Som for eksempel i Keles mot Tyskland.

uttrykkelig at han var et barn.¹⁹¹⁶ Om guttens forhold til sin forlovede uttalte EMD følgende:

[T]he Court does not consider the applicant's relation to Mrs A.S. a weighty element to be taken into account when balancing the interests at issue, because the applicant has not argued that he had entered into this relationship before September 1995, when the residence prohibition was issued against him and after this time he must have been aware that his further stay in Austria was unlawful.¹⁹¹⁷

Domstolen ser ut til å stille samme krav til at han skulle handlet rasjonelt, som hvis han var voksen.¹⁹¹⁸ Gutten hadde et barn sammen med sin forlovede. Dette barnets interesser ble ikke synliggjort. Det er i grunn nødvendig å granske dommen for å se at det faktisk var *et barn til* som ble berørt av utvisningen. Det er også andre dommer hvor det er vanskelig å se om det berørte barnets interesser er vurdert og vektlagt.¹⁹¹⁹ Som påpekt i kapittel åtte er det i tillegg flere dommer hvor det ser ut til at de berørte barna behandles ulikt, ut fra når de ble unnfanget, og på en måte som har direkte betydning for barnets mulighet til å nyte godt av sine rettigheter.¹⁹²⁰ Dermed er det ikke alltid at barns rett til å få hva som best ivaretar deres interesser vektlagt som et grunnleggende element i avgjørelsen, blir respektert og sikret i saker som behandles av EMD.

Som det allerede kommer frem av mine analyser, varierer også Høyesteretts anvendelse av barnets beste. Som det fremgår av kapittel åtte, har Høyesterett kommet til at barnets beste kun i begrenset grad kan prøves i vedtak etter utlendl. § 38. Dette selv om prøvingsintensiteten av folkerettslige forpliktelser, herunder av rettighetene i EMK, oftest er høy. Videre mente flertallet i plenumsdom II at det ikke er anledning til å gå til håndhevelsessøksmål, også i motsetning til hva som gjelder for rettigheter i EMK.¹⁹²¹ I plenumsdom I, II og III mente flertallet at det ikke var mangler ved begrunnelsen til vedtakene.¹⁹²² Dette til tross for at begrunnelsene, i noe varierende grad, var knappe og det var vanskelig å lese ut av dem om barnets beste var vurdert og vektlagt i tråd med sitt innhold. Knappest var begrunnelsen

1916 Jakupovic mot Østerrike.

1917 Jakupovic mot Østerrike avsnitt 31.

1918 Resultatet ble likevel at art. 8 var krenket.

1919 Som for eksempel i flertallets begrunnelse i Darren Omoregie med flere mot Norge.

1920 Udeh mot Sveits, se særlig avsnitt 50. Uttalelsen i dommens avsnitt 50 er nærmere behandlet i denne bokens kapittel 7 punkt 7.4.

1921 Se denne bokens kapittel 8 punkt 8.2.4 og 8.4.3.

1922 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.5.4.1.

til vedtaket i plenumsdom III, hvor det ikke fremgikk noe om vurderingene og vektingen av de berørte barnas beste. Hvordan en så knapp begrunnelse skal kunne sikre at barnets beste er vurdert og vektlagt i tråd med de kravene som gjelder, er uforståelig.¹⁹²³ Mindretallenes votum i de tre plenumsdommene er i større grad egnet til å sikre at barnets beste anvendes i tråd med rettighetens folkerettslige innhold.

Det er flere utvisningssaker hvor barnets beste vurderes og vektlegges i tråd med de føringene rettigheten gir.¹⁹²⁴ Flertallets argumentasjon i Rt. 2009 s. 534 og argumentasjonen i Rt. 2010 s. 1430 viser imidlertid at også i utvisningssaker er det variasjoner i Høyesteretts tilnærming til barns rettigheter. HR-2019-2286-A synes å stå noe i en mellomstilling.¹⁹²⁵ Dommen inneholder grundige vurderinger, men terskelen for at utvisningen skal anses som uforholdsmessig, er satt svært høyt, uten at sentrale uttalelser fra barnekomiteen er vurdert.¹⁹²⁶ Det er litt vanskelig å se hvordan et krav om at barna må lide «uvanlig store belastninger», er helt i overensstemmelse med at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Høyesterett har ikke behandlet noen utvisningssaker i plenum. Kanskje ville en plenumsbehandling ha synliggjort at det er ulike syn innad i domstolen, på samme måte som i saker om opphold på humanitært grunnlag.

Noe som også går igjen i høyesterettspraksis, er at deler av Høyesterett legger liten vekt på at barnet som blir berørt av vedtaket, ikke er blitt hørt. I kapittel seks behandles den nære sammenhengen mellom barnets rett til å bli hørt og barnets beste.¹⁹²⁷ Barnets mening er, så fremt barnet ønsker å gi uttrykk for denne, helt sentral i vurderingen og vektingen av barnets interesser.¹⁹²⁸ Hvordan barnets rett til å bli hørt anvendes av Høyesterett, henger følgelig nær sammen med domstolens praktisering av barnets beste.

I vedtaket som var gjenstand for gyldighetskontroll i Rt. 2009 s. 1261, fremgikk det ikke av barnets beste-vurderingen hvordan guttens mening var vektlagt. Utover det som ble sagt i asylintervjuet i 2002, mer enn tre år før det siste vedtaket ble fattet, var guttens mening fraværende.¹⁹²⁹ Sentrale momenter i vurderingen av hva som var i guttens beste interesser, var omsorgssituasjonen ved retur, tilknytningen til Norge og Sri Lanka og guttens språk. Disse momentene er av en slik

1923 Se også kritikken i Sandberg (2016b) s. 75.

1924 Se for eksempel Rt. 2005 s. 229, Rt. 2011 s. 948 og Rt. 2015 s. 93.

1925 Avgjørelsen er diskutert av Trude Haugli og Mona Martnes, se <https://rett24.no/articles/hoyesterett-barnets-beste-og-politiske-hensyn> (side sist besøkt november 2020).

1926 Se særlig General Comment nr. 4/23 avsnitt 29.

1927 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.4.4.

1928 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.4.

1929 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 2 og 73.

karakter at barnets mening kan ha stor betydning. I gjennomgang av kilder tilknyttet barnets beste i BK art. 3 var førstvoterende, som tilhørte flertallet, innom BK art. 12 flere ganger.¹⁹³⁰ Innholdet i rettigheten ble likevel ikke utdypet. De gjentatte omgjøringsbegjæringene, søksmålet og argumentasjonen til gutten og hans verge tyder på at gutten hadde en sterk og vedvarende oppfatning om at han ville få det bedre i Norge, enn ved en retur. Likevel fikk det ikke følger for vedtakets gyldighet at gutten ikke var blitt hørt på mange år.

Heller ikke i plenumsdom I og II la flertallet til grunn at det var en mangel ved vedtaket at barna ikke var hørt. Barna var ikke hørt verken av UNE eller av domstolene.¹⁹³¹ Familiene hadde anført at UNEs manglende høring av barna var en saksbehandlingsfeil. Til denne anførselen uttalte førstvoterende, som tilhørte flertallet i plenumsdom I, at UNE måtte «forstås slik at det vil være til Fs beste å få bli i landet, og jeg kan ikke se at dette utgangspunktet eller vedtakets innhold ville blitt et annet om F hadde blitt hørt».¹⁹³² Videre ble det tilføyd at barnas interesser hadde vært ivaretatt av familiens advokat. Flertallets uttalelse i plenumsdom II hadde tilnærmet samme innhold.¹⁹³³ Det er uklart om flertallet mente at den manglende høringen ikke var en saksbehandlingsfeil, eller om det var en feil, men at feilen ikke kunne ha virket inn på vedtakets innhold. Uansett overses det at barnets mening ikke bare er sentral for å vurdere *hva* som er i barnets beste interesser, men også *vekten* av interessene, og at barnet har rett til å bli hørt. I plenumsdom III var det ene barnet ikke hørt direkte av UNE.¹⁹³⁴ I likhet med i de øvrige to plenumsdommene anså ikke flertallet dette som en mangel.

Problemet er altså at det er flere dommer som viser at barnets beste ikke blir anvendt i tråd med sitt innhold.

At det varierer hvordan barnets beste anvendes i praksis, kan tyde på at det er ulike syn på rettigheten innad hos EMD og Høyesterett. Inntrykket forsterkes av at det avsies dommer hvor barnets bestes innhold klarlegges og presiseres, og at vurderingen, vektingen og avveiningen er i tråd med de føringene som gjelder, før det så avsies nye dommer som avviker fra disse.

1930 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 52, 55 og 58.

1931 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 24, 55, 57 og 108.

1932 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 158. Verken annen- eller tredjevoterende, som tilhørte mindretallet, kom inn på betydningen av at barna ikke var hørt, men kom likevel til at vedtaket led av slike mangler knyttet til barnets beste at det var ugyldig.

1933 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 57. Mindretallet var av en annen oppfatning og vektla at barnet ikke var hørt i vurderingen av om vedtaket var gyldig, avsnitt 108 og 128.

1934 Se Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 145–165 (førstvoterende som tilhørte flertallet) og 287–302 (tredjevoterende som tilhørte mindretallet).

I storkammerdommen *Üner mot Nederland* fra 2006 ble det slått fast at «the best interests and well-being of the children» er relevant i vurderingen av om en utvisning vil krenke rettighetene i EMK art. 8 ved en utvisning begrunnet i straffelovbrudd.¹⁹³⁵ Vekten av barnets beste ble ikke utdypet. I *Tuquabo-Tekle* med flere mot Nederland fra 2005 ble ikke barnets beste en gang nevnt. Dette selv om det berørte barnets interesser ble vektlagt. Etter disse dommene ble det avsagt en rekke dommer i utlendingssaker hvor barnets beste ble anvendt, herunder *Nunez mot Norge* og *Kaplan* med flere mot Norge. Gradvis har innholdet og statens forpliktelser blitt utdypet, blant annet under henvisning til BK.

I storkammerdommen *Jeunesse mot Nederland* fra 2014 fikk EMD klart frem at de prinsipielle uttalelsene om barnets beste i *Neulinger* og *Shuruk* mot Sveits og *X* mot Latvia, også gjelder i utlendingssaker. I dommen fra 2014 ble det fremhevet at «there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance».¹⁹³⁶ Videre ble innholdet i statens forpliktelser tydeliggjort når domstolen fastslo at «national decision-making bodies should, in principle, advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any removal of a non-national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it».¹⁹³⁷

Det er eksempler på at den prinsipielle og forpliktende formuleringen om barnets beste i *Jeunesse mot Nederland* blir vist til i nyere dommer.¹⁹³⁸ I *Salem mot Danmark* uttalte imidlertid EMD følgende om uttalelsen:

Whilst this principle applies to all decisions concerning children, the Court notes that in the context of a removal of a non-national parent as a consequence of a criminal conviction, the decision first and foremost concerns the offender. Furthermore, as case-law has shown, in such cases the nature and seriousness of the offence committed or the offending history may outweigh the other criteria to take into account [...].¹⁹³⁹

Dermed ser det ut til at domstolen anser uttalelsen i *Jeunesse mot Nederland* for mest relevant i saker hvor det ikke er begått straffbare handlinger. Uttalelsen i

1935 *Üner mot Nederland* avsnitt 58.

1936 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109.

1937 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109. Dommen og uttalelsene i den behandles en rekke steder i denne boken.

1938 Se for eksempel *Gaspar mot Russland* avsnitt 39, *Guliyev og Sheina mot Russland* avsnitt 50, *Salem mot Danmark* avsnitt 75 og *Zezev mot Russland* avsnitt 34.

1939 *Salem mot Danmark* avsnitt 76.

Salem mot Danmark er gjentatt i flere nyere dommer.¹⁹⁴⁰ Samtidig er det klart at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn også i saker hvor det er begått alvorlige straffelovbrudd.¹⁹⁴¹

At alvorlige lovbrudd kan medføre at statens interesser må gå foran barnets, er klart. En utvisning av en far eller en mor berører barnet, uavhengig av hva som er utvisningsgrunnlaget. Plikten til å vurdere og vektlegge barnets beste er den samme. Dette selv om statens interesser kan være mer tungtveiende i saker hvor det er begått straffbare forhold. Istedenfor å stille opp et slik skille mellom sakstypene som gjøres i Salem, kunne EMD derfor ha understreket at alvorligheten av lovbruddet innvirker på avveiningen mellom individers, herunder berørte barns interesser, og statens interesser.¹⁹⁴²

Også Høyesterett har avsagt dommer hvor det er tydelig at hva som er i et barns beste interesser, behandles som grunnleggende, for så i ettertid avsi dommer hvor barnets interesser i liten grad vektlegges. Et klart eksempel på det førstnevnte er Maria-dommen, mens i plenumsdom III er førstvoterende, og dermed flertallets syn på barnets beste, ikke helt i overensstemmelse med en del internasjonale kilder og lite egnet til å gi barns interesser det vernet rettigheten krever. Et spørsmål som er nærliggende å stille, men vanskelig å besvare, er hva som er årsakene til denne variasjonen.

9.3 MULIGE ÅRSAKER

Gjennom den formelle forankringen av barnets beste i Grunnloven, utlendingsloven og utlendingsforskriften, i tillegg til i BK, ligger forholdene i utgangspunktet til rette for at barnets beste skal respekteres og sikres i saker om opphold og utvisning. Utlendingsforskriften § 8-5 har riktignok en litt kronglete utforming og mangler en presisering om betydningen av barnets mening. Intensjonen om å klarlegge noen momenter som ofte er sentrale i vurderingen av hva som er i et barns beste interesser, er imidlertid god. At det også er presisert i forskriften at det gjelder et skjerpet krav til begrunnelse i saker som berører barn, og at barn som er i stand til å danne seg synspunkter, skal gis anledning til å bli hørt, tyder på et ønske om å ivareta barns rettigheter innenfor utlendingsretten. Når barnets rettigheter har en så klar forankring i Grunnloven, BK, utlendingsloven og forskriften, kan det stilles spørsmål om hvorfor høyesterettspraksis gir et så varierende bilde.

1940 Se Assem Hassan Ali mot Danmark avsnitt 56 med videre henvisninger.

1941 Se for eksempel Unuane mot Storbritannia avsnitt 70–74 og 84–89.

1942 Slik for eksempel. Unuane mot Storbritannia illustrerer.

Også i internasjonal rett er det, som EMD selv har lagt til grunn, en bred konsensus om at barnets beste skal være grunnleggende. Et spørsmål er om variasjonen hos EMD, dissensene og den motviljen som ser ut til å eksistere hos flertallet, i de tre plenumsdommene og variasjonen i utvisningssakene skyldes de grunnleggende verdimeslige spenningene som gjør seg gjeldende i utlendingsaker som berører barn.

Som jeg tar opp i innledningen, er det en sterk spenning mellom barnets beste og innvandringspolitikken. Både utlendingsretten og barnets beste hviler på ulike verdier, som det kan være vanskelig å forene, og som det i tillegg kan være til dels stor uenighet om. Spenningen mellom barns interesser i å få bli i Norge, ofte sammen med sin nære familie, og statens interesse i å begrense hvem og hvor mange som får bli i Norge, ser ut til å springe ut av og forplante seg til andre spørsmål. Spenningen henger sammen med hva som skal være domstolens rolle, hvor stor frihet forvaltningen bør ha, hvor stor innvirkning politikken bør ha på jussen, og på hvor mye makt som skal ligge hos internasjonale håndhevingsorganer. I tillegg er det nok fortsatt ulike syn på barn som rettighetshavere og viktigheten av barns særrettigheter.¹⁹⁴³ Uenighetene om slike til dels nokså grunnleggende spørsmål kan stå i veien for at barnets beste anvendes i tråd med sitt folkerettslige innhold.

I saker som gjelder gyldigheten av vedtak etter utlendl. § 38, er det en tendens til at det politiske elementet *fremheves* og benyttes som argument for stor frihet til utlendingsmyndighetene.¹⁹⁴⁴ I plenumsdom I uttalte førstvoterende at:

Generelt er rettsområdet preget av vanskelige avveininger av utpreget politisk karakter. Dette gjelder ikke minst for de to sentrale motstående hensynene i vår sak, nemlig hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn. Begge hensynene er gitt bred omtale i forarbeidene, som klart viser hvor vanskelig det er å avveie hensynet til det enkelte barnet mot innvandringsregulerende hensyn.¹⁹⁴⁵

Her kan se ut til at førstvoterende la til grunn at også vurderingen av barnets beste er av «utpreget politisk karakter». Det stemmer ikke.¹⁹⁴⁶ Som Einarsen skriver, er barnets beste «av utpreget rettslig karakter».¹⁹⁴⁷ Det kan være at det førstvoterende

1943 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.

1944 Se for eksempel Rt. 2008 s. 896 avsnitt 43.

1945 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 110.

1946 Se denne bokens kapittel 6.

1947 Einarsen (2013) s. 304.

sikter til, er avveiningen og ikke vurderingen.¹⁹⁴⁸ Avveiningen har imidlertid en rettslig karakter, selv om statens interesser er av politisk karakter.¹⁹⁴⁹

Bernt har kritisert Høyesterett for ikke å ville bli trukket inn i politiske vurderinger. Han mener politiske vurderinger ikke kan unngås og har uttalt følgende:

Det er ikke mindre politisk å opptre som hjelper for en regjering som ønsker at loven skal forstås slik at den gir fullmakter til en klart strengere behandling av barn som har slått rot i Norge, enn ordlyden tilsier, enn det er å kreve at slike forventninger til praktiseringen av loven i en klageinstans som UNE, uten klar innplassering verken i det politiske eller rettslige system, uttrykkes i loven på en måte som viser at lovgiver åpent tar ansvar for konsekvensene av de politiske valg man treffer, i stedet for å tåkelegge dem.¹⁹⁵⁰

I lignende baner har Bergo kritisert plenumsdom III. Med en henvisning til førstvoterendes uttalelser om den tidligere rimelighetsvurderingen i § 28 femte ledd og nærheten til politiske vurderinger legger Bergo til grunn at når dommere «produserer argumenter, er det ikke mindre politisk å supplere staten enn å tale den imot».¹⁹⁵¹ Det er jeg enig i. Det er ikke mulig å komme helt bort fra innvandringspolitikken i saker om oppholdstillatelse og utvisning. Det politiske elementet må imidlertid komme inn på *riktig sted* i rettsanvendelsen, for å unngå at rettsikkerheten svekkes og for å sikre et effektivt vern av menneskerettighetene, herunder barns rettigheter. Når politikken har stor betydning for praktiseringen av reglene, er rettigheter og regler som verner individets interesser, særlig viktige. Det er derfor et problem hvis nærheten til politiske avveininger benyttes som argument for å svekke rettsikkerhetsgarantier og bidrar til at menneskerettighetene ikke implementeres i tråd med folkerettslige og konstitusjonelle forpliktelser.

Vedsted-Hansen skriver at det er en kjensgjerning «at generelt formulerte internasjonale normer, undertiden af nok så vagt indhold, kan være vanskelige at omsætte præcist til de forelligartede nationale rettsystemer».¹⁹⁵² Kanskje er barnets beste en rettighet som er vanskelig å implementere og sikre effektivt på grunn av at rettigheten opprinnelig hadde et høyt generalitetsnivå. Med det kildetilfanget som i dag eksisterer, er imidlertid ikke generalitetsnivået spesielt høyt. Ordlyden i

1948 Som nevnt i Einarsen (2013) på s. 305.

1949 Se denne bokens kapittel 7.

1950 Bernt (2013) s. 329.

1951 Knut Bergo, «Rett, rimelighet og stammepolitikk», *Lov og Rett*, 2016 s. 65–67 (s. 67).

1952 Jens Vedsted-Hansen, «Menneskeretlige argumenter som spydspids eller tveægget sværd», i *Lovens liv. Til Jørgen Dalberg-Larsen på 60 års-dagen 19. september 2000*, København 2000 s. 107–124.

Grunnloven, BK, utlendingsloven og forskriftsbestemmelsene gir både føringer og veiledning. Det samme gjør andre rettigheter og andre rettskilder, herunder kilder fra barnekomiteen.

En del av de ulike standpunktene i høyesterettspraksis ser ut til å skyldes ulike oppfatninger om nettopp betydningen av barnekomiteens uttalelser, og muligens også om BK. At førstvoterende i plenumsdom III stilte et krav om at barnekomiteens uttalelser måtte ha forankring i konvensjonstekstens ordlyd, og ikke vektla komiteens klare uttalelser, tyder på et ønske om å begrense betydningen av kilder fra komiteen.¹⁹⁵³ Bernt gir uttrykk for at flertallet i plenumsdom I og II «setter lovens ordlyd nesten helt i parentes til fordel for en nærlesning av for- og etterarbeidene».¹⁹⁵⁴ Det er en treffende beskrivelse av rettsanvendelsen som synes å kretse om til dels lite tungtveiende nasjonale rettskilder, fremfor tungtveiende internasjonale rettskilder.

Som Solheim har påpekt, har Høyesterett ulik rettskildemessig tilnærming til EMK og BK.¹⁹⁵⁵ Dette til tross for at begge konvensjonene har samme formelle status i norsk rett. Det er en tydelig forskjell i hvordan EMDs praksis vektlegges, sammenlignet med barnekomiteens arbeid.¹⁹⁵⁶ Solheim har fastslått at «[n]år det gjelder Barnekonvensjonen, synes Høyesterett, både formelt og reelt, å bedrive en utstrakt sensur av Barnekomiteens rolle som normgivende organ».¹⁹⁵⁷ Forskjellen i gjennomslagskraften er etter min mening meget problematisk. Ettersom EMDs praksis varierer, EMK ikke inneholder særrettigheter for barn og Grunnlovens rettigheter må tolkes i lys av sine internasjonale forbilder, er det av vesentlig betydning for barn at deres rettigheter i BK respekteres og sikres i tråd med sitt folkerettslige innhold. For at rettighetene skal sikres effektivt, er det imidlertid nødvendig at kilder fra barnekomiteen gis tilstrekkelig gjennomslagskraft. I tillegg er jeg enig når Solheim påpeker at en utstrakt differensiering i gjennomslagskraften til internasjonale konvensjoner vil ha en «uheldig signaleffekt utad».¹⁹⁵⁸

I likhet med tolkningsuttalelser i dommer fra EMD og Høyesterett er det variasjoner i kvalitetene på tolkningsuttalelsene til barnekomiteen. Det er uttalelser som er vage og/eller tvetydige, og komiteens dokumenter skiller seg fra dommer på flere måter. Det er imidlertid en *stor styrke at tolkningsuttalelsene er tilpasset*

1953 Se denne bokens kapittel 2 punkt 2.4.3.2.

1954 Bernt (2013) s. 328.

1955 Solheim (2018) s. 339.

1956 I tillegg kommer adgangen til å gå til håndhevelsesesøksmål og den grundige gyldighetskontrollen av vedtak hvor rettighetene i EMK gjør seg gjeldende.

1957 Solheim (2018) s. 339.

1958 Solheim (2018) s. 343.

barns særlige behov. Det tas ikke utgangspunkt i den voksnes handlinger og interesser, slik EMDs tolkninger av EMK ofte gjør.

Barnekomiteens arbeidsmetode gir komiteen inngående kunnskap om hvilke forhold barn i hele verden lever under, ikke bare i et europeisk perspektiv. Freeman har lagt til grunn at «[t]he developed world must carefully scrutinize its own policies, for example towards refugees and asylum seekers».¹⁹⁵⁹ Det er det behov for i norsk utlendingsrett, og i et slikt arbeid er det etter min mening et godt utgangspunkt å lytte til barnekomiteen. Barnekomiteen har funnet det nødvendig å understreke at norske myndigheter må sørge for å «[u]nder no circumstances deport children and their families back to countries where there is a risk of irreparable harm to the children such as, but by no means limited to, those contemplated under articles 6 (1) and 37 of the Convention». Uttalelsen tyder på at det i dagens praksis ikke legges tilstrekkelig vekt på barns behov. For å sikre at barns behov ivaretas, er det sentralt å behandle barnets beste som en rettighet, og å anvende rettigheten i tråd med dens folkerettslige innhold.

Som jeg er inne på ovenfor, gis normalt EMDs dommer stor gjennomslagskraft i norsk rett. Når ikke EMD alltid gir barns interesser den gjennomslagskraften de skal ha etter barnets beste, kan det innvirke på norske domstolers anvendelse av rettigheten. EMDs anvendelse av barnets beste kan på sin side henge sammen med at rettigheten er integrert inn i en begrensningshjemmel, altså EMK art. 8 nr. 2. Alle vurderinger og kriterier som allerede er innfortolket i denne begrensningshjemmelen, blandes da sammen med barnets beste. Dette gjør at det i en del saker blir treffende når Freeman gir uttrykk for at ved å behandle barnets interesser i art. 8 nr. 2 har EMD «failed to recognise that the child is a person with rights».¹⁹⁶⁰ Heldigvis er ikke dette inntrykket enerådende. Forhåpentligvis går utviklingen gradvis mot en mer enhetlig og helhetlig tilnærming til barnets beste i domstolens praksis.

9.4 AVSLUTNING

Variasjonen i hvordan EMD og Høyesterett behandler barnets beste, og innvandringspolitikkenes innvirkning på rettsområdet illustrerer behovet for at innholdet i barnets beste klarlegges så langt som mulig. Både prinsippssiden og rettighetssiden er viktig for å løfte frem barns interesser. På rettens overflatenivå gis imidlertid ofte ikke prinsipp så stor gjennomslagskraft. De kan bli avskrevet som retningslinjer og

1959 Freeman (2007b) s. 40.

1960 Freeman (2007b) s. 14.

oppfattes som lite forpliktende.¹⁹⁶¹ Det er derfor viktig å fremheve rettighetskarakteren til barnets beste, og statens forpliktelser etter denne. For at den materielle rettigheten skal respekteres og sikres, er det i tillegg viktig at de prosessuelle kravene overholdes, og at domstolskontrollen er effektiv.¹⁹⁶²

Den overordnede problemstillingen i boken er hvordan og når barnets beste gir, eller bidrar til å gi, barnet eller dets nærmeste familie rett til opphold eller til ikke å bli utvist. Altså når barnets beste stenger for utsending og gir barnet og eventuelt dets nærmeste familie rett til å oppholde seg i Norge.

Svaret er at barnets beste gir rett til opphold når barnets interesser i å få bli er så tungtveiende at statens interesser i å regulere hvor mange – og hvem som skal få leve i Norge, må vike. Dette må avgjøres etter en konkret vurdering av hva som er i det berørte barnets interesser, og hvor tungtveiende disse er. Vurderingen og vektingen av barnets interesser, vektingen av statens interesser og avveiningen må gjøres i tråd med de føringene som rettskildene gir.¹⁹⁶³ At hva som *best tjener barnets interesser, skal være et grunnleggende element*, innebærer at barns interesser skal ha et særlig vern. Selv om vekten av barnets interesser kan variere noe fra sak til sak, veier de i utgangspunktet tungt. Hvis barnet har sterke interesser i å få bli i Norge, kan innvandringsregulerende hensyn alene vanskelig være tungtveiende nok til å gå foran barnets interesser. I noen saker kan barnet ha så sterke interesser at de må bli avgjørende, uavhengig av statens interesser, også i saker hvor barnet eller forelderen har begått alvorlige lovbrudd. I kraft av å være en materiell rettighet, med en kjerne som ikke kan fravikes, kan barnets beste stenge for en utsending av barnet og/eller dets nærmeste familie.

1961 Se denne bokens kapittel 4.

1962 I Beltman med flere (2017) fremheves det på s. 677 at «the ‘best interests of the child’ procedurally as well as substantively» må overholdes for at barnets beste skal bli «fully taken into account in the Netherlands». Det samme gjelder i Norge.

1963 Se denne bokens kapittel 6 og 7.



Kilder

LITTERATUR

- Abramson (2008) Abramson, Bruce, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 2. The Right of Non-Discrimination*, (Leiden 2008).
- Alston (1994) Alston, Philip, «The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights» i *The Best Interests of the Child*, Philip Alston (red.) (Oxford 1994) 1–25.
- Alston (2001) Alston, Philip, «The Historical Origins of the Concept of ‘General Comments’ in Human Rights Law» i *The international system in quest of equity and universality, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Laurence Boisson De Chazournes og Vera Gowlland-Debbas (red.) (Haag 2001) s. 763–776.
- Andenæs (1990) Andenæs, Johs., *Straff, almenprevensjon og kriminalpolitikk*, (Oslo 1990).
- Andenæs (2003) Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 5. utgave (Oslo 2003).
- Arce (2012) Arce, Matias Cordero, «Towards an Emancipatory Discourse of Children’s Rights», *International Journal of Children’s Rights*, 2012 s. 365–421.
- Backer (2006) Backer, Inge Lorange, «Lovgivere og domstoler ved begynnelsen av det 21. århundre», *Jussens Venner*, 2006 s. 248–266.
- Backer (2008) Backer, Inge Lorange, *Barneloven: Kommentartutgave: Lov 8. april 1981 om barn og foreldre*, 2. utgave (Oslo 2008).
- Beltman med flere (2017) Beltman, Daan, Kalverboer, Margrite, Zijlstra, Elianne, van Os, Carla og Zevulun, Daniëlle «The Legal Effect of Best-Interests-of-the-Child Reports in Judicial Migration Proceedings: A Qualitative Analysis of Five Cases», i *The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*, Ton Liefaard og Julia Sloth-Nielsen (red.) (Leiden 2017) s. 655–680.
- Bendiksen (2008) Bendiksen, Lena R.L., *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer – foreldres ansvar og adopsjon*, (Bergen 2008).
- Bendiksen og Haugli (2010) Bendiksen, Lena R.L. og Haugli, Trude, «Hvor ble det av gutten», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2010 s. 60–80.

- Bendiksen og Haugli (2011) Bendiksen, Lena R.L. og Haugli, Trude, «Barneperspektiv i rettsvitenskapelig forskning», *Retfærd* 2011 s. 79–99.
- Bendiksen og Haugli (2018) Bendiksen, Lena R.L. og Haugli, Trude, *Sentrale emner i barneretten*, 3. utgave (Oslo 2018).
- Bendiksen (2019) Bendiksen, Lena R.L. «Children’s Constitutional Right to Respect for Family Life in Norway: Words or Real Effect?», i *Children’s Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Trude Haugli, Anna Nylund, Randi Sigurdson og Lena R.L. Bendiksen (red.) (Leiden 2019) s. 319–337.
- Bergo (2016) Bergo, Knut, «Rett, rimelighet og stammepolitikk», *Lov og rett*, 2016 s. 65–67.
- Bernt (2013) Bernt, Jan Fridthjof, «Høyesterett som politisk arena – Noen refleksjoner med utgangspunkt i to Høyesterettsdommer om norsk utlendingspolitikk», *Jussens Venner*, 2013 s. 320–329.
- Bernt (2015) Bernt, Jan Fridthjof, «Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøving» i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.) (Bergen 2015) s. 27–47.
- Bernt og Rasmussen (2010) Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave (Bergen 2010).
- Besson og Kleber (2019) Besson, Samantha, og Kleber, Eleonor, «Article 2. The Right to Non-Discrimination» i *The UN Convention on The Rights of The Child. A Commentary*, John Tobin (red.) (Oxford 2019) s. 41–72.
- Björgvinsson (2014) Björgvinsson, David Thór, «Fundamental Rights in EEA Law», i *The EEA and the EFTA Court. Decentred Integration*, the EFTA Court (red.) (Oxford 2014) s. 263–280.
- Boe (1981) Boe, Erik, «Hvor fritt er det frie forvaltningsskjønnet?», *Jussens Venner*, 1981 s. 37–57.
- Boe (2009) Boe, Erik, «‘Sterke menneskelige hensyn’ – for sterke for Høyesterett?», *Kritisk Juss*, 2009 s. 9–31.
- Borvik (2011) Borvik, Bjørnar «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK – replikk til Jens Edvin A. Skoghøy», *Lov og Rett*, 2011 s. 575–595.
- Breen (2002) Breen, Claire, *The Standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition in International and Comparative Law*, (Haag 2002).
- Brighthouse (2002) Brighthouse, Harry «What Rights (if Any) do Children Have?» i *The moral and Political Status of Children*, David Archard og Colin M. Macleod (red.) (New York 2002) s. 31–52.
- Bugge (2015) Bugge, Hans Chr., *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 4. utgave, (Oslo 2015).
- Bårdsen (2015) Bårdsen, Arnfinn, «De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett», *Nordiske høyesterettseminar*, Stockholm 23. og 24. mars 2015.

- Bårdsen (2016a) Bårdsen, Arnfinn, «Norges Høyesterett og 'barnets beste' som konvensjonsforpliktelse og grunnlovsnorm» i *Rettsavklaring og rettsutvikling, festskrift til Tore Schei*, Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.) (Oslo 2016) s. 243–268.
- Bårdsen (2016b) Bårdsen, Arnfinn, «Barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis», *Barnerettsdagen JUS*, Oslo 1. november 2016.
- Bårdsen (2017) Bårdsen, Arnfinn, «Betydningen i norsk rett av FN-komiteens uttalelser i individuelle klagesaker», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2017 s. 160–187.
- Cassese (2004) Cassese, Antonio, *International Law*, 2. utgave (Oxford 2004).
- Dalberg-Larsen (2004) Dalberg-Larsen, Jørgen, «Hvad udgør rettens kerne – retsafgørelser, retsregler eller retsprinsipper?» i *Om retsprinsipper*, Bettina Lemann Kristiansen og Jørgen Dalberg-Larsen (red.) (København 2004).
- Daly (2020) Daly, Aoife «Assessing Children's Capacity. Reconceptualising our Understanding through the UN Convention on the Rights of the Child», *International Journal of Children's Rights*, 2020 s. 471–499.
- Dane (2015) Dane, Louise, «Europadomstolen och barnets bästa», *Förvaltningsrättslig Tidsskrift*, 2015 s. 193–225.
- Dane (2019) Dane, Louise, *Den reglerade invandringen och barnets bästa. Barns rätt till familjeliv och privatliv enligt barnkonventionen, Europakonventionen, EU-rätten och svensk utlänningslagstiftning*, (Stockholms universitet 2019).
- Detrick (1999) Detrick, Sharon, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Haag 1999).
- De Vries (2017) De Vries, Karin, «Right to Respect for Private and Family Life», i *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn og Leo Zwaak (red.) 4. utgave, (Mortsel 2017) s. 667–734.
- Dinardi (2016) Dinardi, Cecilia, «Barn som rettighetsbærere – i et barnevernsrettslig perspektiv», *Lovdata Pro*, 2016.
- Doek (2006) Doek, Jaap, *A Commentary on the United Nations Conventions on the Rights of the Child. Article 8. The Right to Preservation of Identity. Article 9. The Right Not to Be Separated from His or Her Parents* (Boston 2006).
- Doek (2019) Doek, Jaap, «The Human Rights of Children: A Introduction», i *International Human Rights of Children*, Ursula Kilkelly og Ton Liefwaard (red.) (Singapore 2019) s. 3–29.
- Dworkin (1978) Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously* (London 1978).
- Eckhoff (1980) Eckhoff, Torstein, «Retningslinjer og 'tumregler'», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1980 s. 145–163.
- Eckhoff og Smith (2018) Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 11. utgave (Oslo 2018).

- Eekelaar (1986) Eekelaar, John, «The Emergence of Children's Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1986 s. 161–182.
- Eekelaar og Tobin (2019) Eekelaar, John og Tobin, John «The Best Interests of the Child», i *The UN Convention on The Rights of the Child. A Commentary*, John Tobin (red.) (Oxford 2019) s. 73–107.
- Einarsen (1998) Einarsen, Terje, «Barnekonvensjonens status og rolle og asylsaker», *Mennesker og rettigheter*, 1998 s. 157–163.
- Einarsen (2008) Einarsen, Terje, *Utlendingsloven – med kommentarer* (Bergen 2008).
- Einarsen (2010) Einarsen, Terje, «Beskyttelse», i *Utlendingsloven. Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her. Kommentartutgave*, Vigdis Vevstad (red.) (Oslo 2010) s. 153–217.
- Einarsen (2013) Einarsen, Terje, «Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn?» *Jussens Venner*, 2013 s. 287–366.
- Emberland (2014) Emberland, Marius, «Bordet fanger i EMD», *Lov og Rett*, 2014 s. 443–444.
- Eng (1990) Eng, Svein, «Sondring mellom regler og retningslinjer» i ... *den urett som ikke rammer deg selv. Festskrift til Anders Bratholm, 70 år*, Nils Christie, Asbjørn Kjønstad, Peter Lødrup, Svein Sletten og Carsten Smith (red.) (Oslo 1990) s. 473–483.
- Engebriqtsen (2002) Engebriqtsen, Ada, «Forlatte barn, ankerbarn, betrodde barn ... Et transnasjonalt perspektiv på enslige, mindreårige asylsøkere», *NOVA Rapport*, nr. 7 2002.
- Federle (2009) Federle, Katherine Hunt, «Rights, Not Wrongs», *International Journal of Children's Rights*, 2009 s. 321–329.
- Ferguson (2013) Ferguson, Lucinda, «Not Merely Rights for Children but Children's Rights: The Theory Gap and the Assumption of the Importance of Children's Rights», *International Journal of Children's Rights*, 2013 s. 177–208.
- Finnis (2011) Finnis, John, *Natural Law & Natural Rights*, 2. utgave (New York 2011).
- Finnis (2016) Finnis, John, «Absolute Rights: Some Problems Illustrated», *The American Journal of Jurisprudence*, 2016 s. 195–215.
- Fortin (2009) Fortin, Jane, *Children's Rights and the Developing Law*, (Cambridge 2009).
- Fredriksen (2011) Fredriksen, Steinar, «Noen betraktninger om rettsprinsippers betydning i norsk rett» *Jussens Venner*, 2011 s. 37–64.
- Fredriksen (2013) Fredriksen, Halvard Haukeland, «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», *Jussens Venner*, 2013 s. 371–399.
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund, *EØS-rett*, 3. utgave (Bergen 2018).

- Freeman (1992) Freeman, Michael, «Taking Children's Rights More Seriously», *International Journal of Law and the Family*, 1992 s. 52–71.
- Freeman (2007a) Freeman, Michael, «Why It Remains Important to Take Children's Rights Seriously», *International Journal of Children's Rights*, 2007 s. 5–23.
- Freeman (2007b) Freeman, Michael, «Article 3 The Best Interests of the Child», i *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Leiden 2007).
- Frøberg (2014) Frøberg, Thomas, *Rettslig prinsippargumentasjon* (Oslo 2014).
- Furuseth (2018) Furuseth, Andreas, «Familieinnvandring», i *Lærebok om utlendingsrett*, Øyvind Dybvik Øyen (red.) 2. utgave, (Oslo 2018) s. 114–156.
- Graver (2006) Graver, Hans Petter, «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipp», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2006 s. 189–221.
- Graver (2008) Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2008 s. 149–178.
- Graver (2011) Graver, Hans Petter, «Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2011 s. 230–249.
- Graver (2019) Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utgave (Oslo 2019).
- Hanson og Lundy (2017) Hanson, Karl og Lundy, Laura, «Does Exactly What it Says on the Tin?. A Critical Analysis and Alternative Conceptualisation of the So-Called 'General Principles' of the Convention on the Rights of the Child», *International Journal of Children's Rights* 2017 s. 285–306.
- Harris med flere (2018) Harris, David med flere, *Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave (Oxford 2018).
- Haugli (2002) Haugli, Trude, «Det mangfoldige barnets beste» i *Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup, 70 år*, Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm og Steinar Tjomsland (red.) (Oslo 2002) s. 313–327.
- Haugli og Shinkareva (2012) Haugli, Trude og Shinkareva, Elena, «The Best Interests of the Child Versus Public Safety Interests: State Interference into Family Life And Separation of Parents and Children in Connection with Expulsion/Deportation in Norwegian and Russian Law», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2012 s. 351–377.
- Haugli (2019) Haugli, Trude «Constitutional Rights for Children in Norway», i *Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Trude Haugli, Anna Nylund, Randi Sigurdson og Lena R.L Bendiksen (red.) (Leiden 2019) s. 39–57.

- Haugli (2020) Haugli, Trude, «Hensynet til barnets beste» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 4. utgave, (Oslo 2020) s. 55–78.
- Havre (2015) Havre, Merete, «Domstolens prøving av forvaltningsvedtaks forholdsmessighet i menneskerettslig sammenheng», *Retfærd*, 2015 s. 102–119.
- Hellerslia (2018) Hellerslia, Thom Arne, «Uttalelser fra FN-komiteene – En strukturell Analyse», *Jussens Venner*, 2018 s. 71–11.
- Hennum (2020) Hennum, Ragnhild, «Retten til beskyttelse mot vold, overgrep og utnyttelse» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 4. utgave, (Oslo 2020) s. 367–396.
- Herring (2018) Herring, Jonathan, *Vulnerability, Childhood and the Law* (Sveits 2018).
- Heyerdahl (2020) Heyerdahl, Frøydis, «Retten til ikke-diskriminering» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 4. utgave, (Oslo 2020) s. 34–54.
- Holdø og Stabel (2015) Holdø, Håvard H. og Stabel, Tolle, «Faktumstidspunkt ved 'Håndhevelsessøksmål' – omkamp om plenumsdom Rt. 2012 s. 1985», *Lov og Rett*, 2015 s. 250–257.
- Holten (2018) Holten, Silje, «Har Den europeiske menneskerettsdomstolen endret bruken av skjønnsmarginen i retning av en mer prosessuell kontroll?» *Jussens Venner*, 2018 s. 112–136.
- Humlen (2010) Humlen, Arild, «Utvvisning», i *Utlendingsloven kommentarutgave*, Vigdis Vevstad (red.) (Oslo 2010) s. 422–447.
- Hæreid (2012a) Hæreid, Gunnar O., «Tidspunkt for faktumvurderinga ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak – rettstilstanden før mai 2012», *Lov og Rett*, 2012 451–472.
- Hæreid (2012b) Hæreid, Gunnar O., «Tidspunkt for faktumvurderinga – rettstilstanden etter mai 2012», *Lov og Rett*, 2012 s. 533– 551.
- Høgberg (2010) Høgberg, Benedikte Moltumyr, *Forbud mot tilbakevirkende lover*, (Oslo 2010).
- Høgberg (2017) Høgberg, Benedikte Moltumyr, «Betydningen av internasjonale rettskilder i norsk statsforfatningsrett», i *Menneskerettighetene og Norge, Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Andreas Føllesdal, Morten Rud og Geir Ulfstein (red.) (Oslo 2017) s. 215–227.
- Ikdahl og Strand (2016) Ikdahl, Ingunn og Strand, Vibeke Blaker, «Introduksjon» i *Rettingheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.) (Oslo 2016) s. 17–33.
- Innjord (2015) Innjord, Frode, «Høyesterett og prøving av forvaltningsvedtak – hovedlinjer og utviklingstrekk» i *Lov, Sannhet, Rett– Jubileums-*

- skrift til Høyesterett 200 år*, Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.) (Oslo 2015) s. 617–649.
- Jerkø (2018) Jerkø, Markus, «Skal ikke barnets beste leses bokstavelig. – En kritikk av HR-2017-2015-A 'Jakob-saken'», *Lov og Rett*, 2018 s. 112–127.
- Kalverboer med flere (2017) Kalverboer, Margrite, Beltman, Daan, van Os, Carla og Zijlstra, Elianne «The Best Interests of the Child in Cases of Migration», *The International Journal of Children's Rights*, 2017 s. 114–139.
- Keller og Grover (2012) Keller, Helen og Grover, Leena, «General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy», i *UN Human Treaty Bodies, Law and Legitimacy*, Helen Keller og Geir Ulfstein (red.) (Cambridge 2012) s. 116–194.
- Kierulf (2016) Kierulf, Anine, «Grunnloven som irrelevant rettskilde», *Lov og rett*, 2016 s. 185–189.
- Kilkelly (1999) Kilkelly, Ursula, *The Child and the European Convention on Human Rights* (Surrey 1999).
- Kinander (2016) Kinander, Morten, «Fra tilbakeholdenhet til aktivisme – Nyere utviklingslinjer i forholdet mellom rett og politikk i Høyesterett», *Lov og Rett*, 2016 s. 141–164.
- Kjølborg og Johannesen (2006) Kjølborg, Gunn-Mari og Johannesen, Sigrid Redse, *Barnefordelingstvister: håndbok i barnerettslige emner* (Oslo 2006).
- Kjølborg (2020) Kjølborg, Jon Fridrik, *Den europeiske menneskerettslige konvensjon – for praktikere*, 5. utgave, (København 2020).
- Kjørholt (2020a) Kjørholt, Elin Saga, «Prinsippet om barnets rett til liv, overlevelse og optimal utvikling» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 4. utgave, (Oslo 2020) s. 79–97.
- Kjørholt (2020b) Kjørholt, Elin Saga, «FNs barnekonvensjons tredje tilleggsprotokoll om individuell klagerett» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 4. utgave, (Oslo 2020) s. 417–428.
- Kjørholt (2020) Kjørholt, Anne Trine, «Retten til lek og fritid», i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 4. utgave, (Oslo 2020) s. 316–333.
- Koskenniemi (2000) Koskenniemi, Marti, «General principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International Law» i *Sources of international law*, Koskenniemi (red.) (Dartmouth 2000) s. 359–402.
- Köhler-Olsen (2011) Köhler-Olsen, Julia, *Barnets rett til selvbestemmelse i forhold til religiøse normer* (Oslo 2011).
- LaFave (1989) LaFave, LeAnn, «Origins of the Evolution of the 'best interests of the child' standard», *South Dakota Law Review*, 1989 s. 459.
- Lagoutte (2003) Lagoutte, Stéphanie, «Surrounding and extending family life: The notion of family life in the case-law of the european court of

- human rights», *Nordic Journal of Human Rights*, 2003 s. 292–306.
- Lamont (2014) Lamont, Ruth, «The Rights of the Child» i *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Steve Peers, Tamare Hervey, Jeff Kennere og Angela Ward (red.) (London 2014) s. 661–692.
- Langford med flere (2019) Langford, Malcolm, Skivenes, Marit, Søvig, Karl Harald og Kirkebo, Tori Loven, «Introduction: Implementing Child Rights», i *Children's Rights in Norway. An Implementation Paradox?*, Malcolm Langford, Marit Skivenes og Karl Harald Søvig (red.) (Oslo 2019) s. 15–41.
- Letsas (2006) Letsas, George «Two Concepts of the Margin of Appreciation», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006 s. 705–732.
- Lindboe (2003) Lindboe, Knut, «Hensynet til barnets beste i barnevernsaker», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2003 s. 115–126.
- Lotito (2010) Lotito, Pier Francesco, «Article 24 – The Rights of the Child», i *Human Rights in Europe*, William B.T. Mock og Gianmario Demuro (red.) (Durham, North Carolina 2010) s. 147–157.
- MacCormick (1982) MacCormick, Neil, «Children's Rights: A Test-case for Theories of Right», i *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy* (New York 1982) s. 155–166.
- Marshall (1999) Marshall, Dominique, «The Construction of Children as an Object of International Relations: The Declaration of Children's Rights and the Child Welfare Committee of League of Nations, 1900–1924», *The International Journal of Children's Rights*, 1999 s. 103–147.
- McCrudden (2008) McCrudden, Christopher, «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», *The European Journal of International Law* 2008 655–724.
- Müller (2017) Müller, Amrei, «En kort innføring i folkerettslig traktatolking», *Jussens Venner*, 2017 s. 222–259.
- Mæhle (2004) Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene», *Jussens Venner*, 2004 s. 329–342.
- Mæhle (2005) Mæhle, Synne Sæther, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn. Om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern* (Oslo 2005).
- Mæhle (2015) Mæhle, Synne Sæther, «Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk – i lys av grunnleggende forskningsverdier», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2015 s. 126–157.
- Nowak (2005) Nowak, Manfred, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 6. The Right to life, Survival and Development* (Leiden 2005).

- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Oslo 2004).
- Nyhus (2016) Nyhus, Håkon Christian, «Høyesterett og EMD – samme skjønnsmargin?», *Lov og Rett*, 2016 s. 364–390.
- Nylund (2019) Nylund, Anna, «Children’s Right to Participate in Decision-Making in Norway: Paternalism and Autonomy» i *Children’s Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Trude Haugli, Anna Nylund, Randi Sigurdsen og Lena R.L. Bendiksen (red.) (Leiden 2019) s. 201–224.
- Oppedal (2020) Oppedal, Mons, «Retten til materiell velferd» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 4. utgave, (Oslo 2020) s. 268–287.
- Parker (1994) Parker, Stephen, «The Best Interests of the Child – Principles and Problems», i *The Best Interests of the Child*, Philip Alstone (red.) (Oxford 1994) s. 26–41.
- Peczenik (2005) Peczenik, Aleksander, «Juridikens allmänna läror», *Svensk juristtidning*, 2005 s. 249–272.
- Peleg (2017) Peleg, Noam, «Developing the Right to Development», *International Journal of Children’s Rights*, 2017 s. 380–395.
- Peleg og Tobin (2019) Peleg, Noam og Tobin, John, «The Rights to Life, Survival and Development» i *The UN Convention on The Rights of the Child. A Commentary*, John Tobin (red.) (Oxford 2019) s. 186–236.
- Pobjoy (2015) Pobjoy, Jason, M. «The Best Interests of the Child Principle as an Independent Source of International Protection», *International and Comparative Law Quarterly*, 2015 s. 327–363.
- Pobjoy (2017) Pobjoy, Jason M. *The Child in International Refugee Law*, (Cambridge 2017).
- Pobjoy (2019) Pobjoy, Jason M. «Article 22. Refugee Children» i *The UN Convention on The Rights of the Child. A Commentary*, (Oxford 2019) s. 818–855.
- Raz (1984) Raz, Joseph, «Legal Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1984 s. 1–21.
- Robberstad (2016) Robberstad, Anne, «Viljen til å skape lov og Grunnlov», *Lov og Rett*, 2016 s. 49–64.
- Ross (2013) Ross, Hamish, «Children’s Rights and Theories of Rights», *International Journal of Children’s Rights*, 2013 s. 679–704.
- Rui (2016) Rui, Jon Petter, «FNs menneskerettslige traktatorganer og betydningen i norsk rett», *Lov og Rett*, 2016 s. 393–394.
- Rui (2018) Rui, Jon Petter, «Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved inngrep i grunnlovsfestede menneskerettigheter», *Lov og Rett*, 2018 s. 129–130.
- Røsæg (1997) Røsæg, Erik, «Utvisning og bortvisning av mindreårige», *Lov og Rett*, 1997 s. 241–242.

- Sandberg (2003) Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse* (Oslo 2003).
- Sandberg (2014a) Sandberg, Kirsten, «The Role of National Courts in Promoting Children's Rights», *The international Journal of Children's Rights*, 2014 s. 1–20.
- Sandberg (2014b) Sandberg, Kirsten, «Barnekonvensjonens vern mot sammensatt diskriminering», i *Like rettigheter – ulike liv. Rettslig kompleksitet i kvinne-, barne- og innvandringsperspektiv*, Anne Hellum og Julia Köhler-Olsen (Oslo 2014) s. 69–149.
- Sandberg (2016a) Sandberg, Kirsten, «Plenumsdommen fra 2015 – en barnerettslig kommentar», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2016 s. 101–105.
- Sandberg (2016b) Sandberg, Kirsten, «Barnets beste som rettighet» i *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.) (Oslo 2016) s. 57–83.
- Sandberg (2018) Sandberg, Kirsten, «Children's Rights to Protection Under the CRC» i *Human Rights in Child Protection Implications for Professional Practice and Policy*, Asgeir Falch-Eriksen og Elisabeth Backe-Hansen (red.) (London 2018) s. 15–37.
- Sandberg (2019) Sandberg, Kirsten «Best Interests of the Child in Norwegian Constitution» i *Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Trude Haugli, Anna Nylund, Randi Sigurdson og Lena R.L. Bendiksen, (Leiden 2019) s. 134–158.
- Sandberg (2020a) Sandberg, Kirsten, «Barns rett til å bli hørt» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 4. utgave, (Oslo 2020) s. 98–130.
- Sandberg (2020b) Sandberg, Kirsten, «Asylsøkende barns rettigheter» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 4. utgave, (Oslo 2020) s. 334–366.
- Sandgren (2007) Sandgren, Claes, «Framtidens doktoravhandlinger i rettsvitenskap», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2007 s. 388–407.
- Schabas (2015) Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights*, (Oxford 2015).
- Sigurdson (2014) Sigurdson, Randi, «Den rettskildemessige betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer», *Rettfærd*, 2014 s. 43–59.
- Sigurdson (2015a) Sigurdson, Randi, *Tvangsplassering og tilbakehold av barn med utfordrende atferd. En sammenligning av regler i barnevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven og psykisk helsevernloven*, (Bergen 2015).
- Sigurdson (2015b) Sigurdson, Randi, «Rett til barnevernstjenester» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2015 s. 316–346.

- Sigurdson (2018) Sigurdson, Randi, «Barns krav på respekt for sitt menneskeverd», i *Rettsvitenskap under nordlys og midnattssol. Festskrift ved det Juridiske fakultets 30-års jubileum. UIT Norges arktiske universitet*, Trude Haugli, Gunnar Eriksen og Ingvild Ulrikke Jakobsen (red.) (Bergen 2018) s. 289–306.
- Sigurdson (2019) Sigurdson, Randi, «Children’s Right to Respect for Their Human Dignity» i *Children’s Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Trude Haugli, Anna Nylund, Randi Sigurdson og Lena R.L. Bendiksen (red.) (Leiden 2019) s. 19–36.
- Skoghøy (2011) Skoghøy, Jens Edvin A., «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK» *Lov og Rett*, 2011 s. 189–190.
- Skoghøy (2012) Skoghøy, Jens Edvin A., «Nasjonal EMK-prøving – svar til Bjørnar Borvik», *Lov og Rett*, 2012 s. 170–178.
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning*, 3. utgave (Oslo 2017).
- Skoghøy (2016) Skoghøy, Jens Edvin A., «Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?», *Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar*, Oslo 14.–15. mars 2016.
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, (Oslo 2018).
- Sloth-Nielsen (2019) Sloth-Nielsen, Julia, «Monitoring and Implementation of Children’s Rights», i *International Human Rights of Children*, Ursula Kilkelly og Ton Liefgaard (red.) (Sveits 2019) s. 31–64.
- Smith (2017) Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati. Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 4. utgave, (Bergen 2017).
- Smith (2004) Smith, Lucy, «Barnets beste og barnets uttalerett», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2004 s. 223–231.
- Smith (2008) Smith, Lucy, «Nyere utvikling i barneretten», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2008 s. 83–93.
- Smith (2020) Smith, Lucy, «FNs konvensjon om barns rettigheter» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 4. utgave, (Oslo 2020) s. 18–33.
- Solheim (2018) Solheim, Stig H., «Internasjonale menneskerettigheters gjennomslagskraft i norske domstoler», i *Rettsvitenskap under nordlys og midnattssol. Festskrift ved det Juridiske fakultets 30-års jubileum. UIT Norges arktiske universitet*, Trude Haugli, Gunnar Eriksen og Ingvild Ulrikke Jakobsen (red.) (Bergen 2018) s. 323–344.
- Stang (2007a) Stang, Elisabeth Gording, *Det er barnets sak. Barnets rettsstilling i sak om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4*, (Oslo 2007).
- Stang (2007b) Stang, Elisabeth Gording, «Barnets rett til deltakelse i barnevernssaker», *Kritisk Juss*, 2007 s. 36–56.
- Stang (2008) Stang, Elisabeth Gording, «Barn, tortur og retur – Den rettslige betydningen av barnespesifikk tortur, umenneskelig og nedver-

- digende behandling i asylsaker, herunder barns returvern», *Institutt for offentlig retts skriftserie*, nr. 4/2008, s. 1–145.
- Stang (2009) Stang, Elisabeth Gording, «Rett til returvern og rehabilitering etter FNs barnekonvensjon for mindreårige asylsøkere utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling», *Kontur* nr. 15 2009 s. 12–19.
- Strand (2012) Strand, Vibeke Blaker, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse, Hvor langt rekker individvernet?* (Oslo 2012).
- Stub (2016) Stub, Marius, «Noen kommentarer til Rt. 2015 s. 1388», *Jussens Venner*, 2016 s. 92–118.
- Sundsdal (2015) Sundsdal, Anders, «Forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning av utlendinger i utlendingsloven § 70», i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.) (Bergen 2015) s. 261–290.
- Sutherland (2020) Sutherland, Elaine, E., «The Enigma of Article 5 of the United Nations Convention on the Rights of the Child», *International Journal of Children's Rights*, 2020 s. 447–470.
- Syse (2016) Syse, Aslak «En tradisjonell forståelse av materielle rettigheter i velferdsretten» i *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.) (Oslo 2016) s. 36–56.
- Sørensen (2014) Sørensen, Christian Børge, «Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMK – prosessuell rasjonalitet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2014 s. 348–283.
- Søvig (2008) Søvig, Karl Harald, «Overordnede rettslige normer – hvilke skranker setter menneskerettighetene?», NOU 2008: 9 – Med barnet i fokus, 2008 s. 111–127.
- Søvig (2009) Søvig, Karl Harald, «Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett», *Det juridiske fakultets skriftserie, UiB*, 2009.
- Søvig (2011a) Søvig, Karl Harald, «Barnekomiteens kritikk av Norge», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2011 s. 1–4.
- Søvig (2011b) Søvig, Karl Harald, «Hensynet til barna ved utvisning av foreldrene», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2011 s. 281–301.
- Søvig (2016) Søvig, Karl Harald, «FNs barnekonvensjon i Høyesterett», i *Lov, liv og lære. Festskrift til Inge Lorange Backer*, Aslak Syse, Hans Chr. Bugge, Hilde Indreberg, Arnulf Tverberg (red.) (Oslo 2016) s. 533–547.
- Thorud (1989) Thorud, Espen, *Norsk innvandringspolitikk 1860–1969*, (Oslo 1989).

- Tobin (2013) Tobin, John, «Justifying Children's Rights», *International Journal of Children's Rights*, 2013 s. 395–441.
- Tobin og Todres (2019) Tobin, John, og Todres, Jonathan, «The Rights to Preservation of a Child's Identity», i *The UN Convention on The Rights of the Child. A Commentary*, John Tobin (red.) (Oxford 2019) s. 281–306.
- Tolonen og Øyen (2010) Tolonen, Paula og Øyen, Øyvind Dybvik, «Adgang til opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket» i *Utlendingsloven kommentarutgave*, Vigdis Vevstad (red.) (Oslo 2010) s. 302–324.
- Tuori (1999) Tuori, Kaarlo, «Från idelogikritikk till kritisk positivism», *Retfærd* 1999 s. 5–18.
- Tuori (2002) Tuori, Kaarlo, *Critical Legal Positivism* (Surrey 2002).
- Ulfstein (2017) Ulfstein, Geir, «Den europeiske menneskerettighetsdomstolen og Høyesteretts juridiske metode», i *Menneskerettighetene og Norge, Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Andreas Føllesdal, Morten Rud og Geir Ulfstein (red.) (Oslo 2017) s. 239–254.
- Van Bueren (1998) Van Bueren, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child* (Nederland 1998).
- Vedsted-Hansen (2010) Vedsted-Hansen, Jens, «Menneskeretlige argumenter som spydspids eller tveægget sværd», i *Lovens liv. Til Jørgen Dalberg-Larsen på 60 års-dagen 19. september 2000*, Carsten Henrichsen, Anette Storgaard og Jens Vedsted-Hansen (red.) (København 2000) s. 107–124.
- Voigt (2008) Voigt, Christina, «The Role of General Principles in International Law and their Relationship to treaty Law», *Retfærd*, 2008 s. 3–25.
- Whelan (2010) Whelan, Daniel J. *Indivisible Human Rights: A History*, (Pennsylvania 2010).
- Zermatten (2010) Zermatten, Jean, «The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function», *International Journal of Children's Rights*, 2010 s. 483–499.
- Øyen (2018a) Øyen, Øyvind Dybvik, «Oversikt over utlendingsretten», i *Lærebok om utlendingsrett*, Øyvind Dybvik Øyen (red.) (Oslo 2018) s. 23–30.
- Øyen (2018b) Øyen, Øyvind Dybvik, «Opphold på humanitært grunnlag», i *Lærebok om utlendingsrett*, Øyvind Dybvik Øyen (red.) (Oslo 2018) s. 301–318.
- Aall (2015) Aall, Jørgen, «Forholdsmessighet som vilkår for inngrep i EMK-rettigheter», i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.) (Bergen 2015) s. 77–110.
- Aall (2017) Aall, Jørgen, «EMKs betydning etter grunnlovsrevisjonen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2017 s. 407–432.

- Aall (2018) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave (Bergen 2018).
- Aasen og Halvorsen (2020) Aasen, Henriette Sinding og Halvorsen, Marit, «Barns rett til den høyest oppnåelige helsestandard» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 4. utgave, (Oslo 2020) s. 208–230.

LOVER

- Grunnloven Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1814.
- Fremmedloven 1901 Lov 4. mai 1901 om Anmeldelse af Reisende og Fremmede.
- Fremmedloven 1927 Lov 22. april 1927 om utlendingers adgang til riket.
- Barnevernloven 1953 Lov 17. juli 1953 nr. 14 om barnevern.
- Fremmedloven 1956 Lov 27. juli 1956 om utlendingers adgang til riket m.v.
- Bårn i ekteskap Lov 21. desember 1956 nr. 9 om bårn i ekteskap.
- Truomssamfunn Lov 13. juni 1969 nr. 25 om truomssamfunn og ymist anna.
- Forvaltningsloven Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningsaker.
- Barnelova Lov 8. april. 1981 nr. 7 om barn og foreldre.
- Helse og sosialstyreløven Lov 12. juni 1987 nr. 70 om kommunale helse- og sosialstyre m.v.
- Utlendingsloven Lov 24. juni 1988 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.
- Barnevernloven Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester.
- Kirkeløven Lov 7. juni 1996 nr. 31 om den norske kirke.
- Opplæringslova/oppl. Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa.
- Menneskerettsloven/mrl. Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.
- Navneløven Lov 7. juni 2002 nr. 19 om personnavn.
- Endringslov 2. juli 2004 Lov 2. juli. 2004 nr. 66 om endringer i utlendingsloven m.m. (senking av nedre strafferamme for utvisning og fritt rettsråd i asylaker).
- Statsborgerloven Lov 10. juni 2005 nr. 51 om norsk statsborgerskap.
- Tvisteløven Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.
- Utlendingsloven/utlendl. Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her eller.
- Endringslov 19. juni 2009 Lov 19. juni 2009 nr. 41 om endringer i utlendingsloven og i enkelte andre lover.

Endringslov, innstramminger	Lov 20. november 2015 nr. 94 om endringer i utlendingsloven.
Endringslov 18. desember 2015	Lov 18. desember 2015 nr. 127 om endringer i utlendingsloven (som følge av endrede strafferammer i straffeloven 2005 m.m.).
Endringslov, innstramminger II	Lov 17. juni 2016 nr. 58 om endringer i utlendingsloven mv.
Likestillings- og diskrimineringsloven	Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering.
Adopsjonsloven	Lov 16. juni 2017 nr. 48 om adopsjon.

KONVENSJONER, TRAKTATER OG TILLEGGSPROTOKOLLER

Menneskerettskonvensjonen / EMK	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. november 1950. Protocol nr. 15 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, <i>amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms</i> , 24. juni 2013 (Tilleggsprotokoll nr. 15).
Flyktningkonvensjonen	Geneva Convention relating to the status of refugees, 28. juli 1951. Protocol 31. januar 1967 Relating to the Status of Refugees (Protokoll 1967).
FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter/SP	International Covenant on Civil and Political rights, 16. desember 1966.
FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter/ OSK	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. desember 1966.
Wien-konvensjonen om traktatrett	Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969.
Konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner	Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women 18. desember 1979.
Schengenavtalen	Schengen Agreement, 14. juni 1985.
Barnekonvensjonen/BK	United Nations Convention on the Rights of the Child, 20. november 1989. Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, 19. desember 2011 (Tilleggsprotokoll om kommunikasjonsprosedyre).
Schengenkonvensjonen	Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, 19. juni 1990.

The African Charter	The African Charter on the Rights and Welfare of the Child, juli 1990.
Europeisk konvensjon om barns rettigheter	The European Convention on the Exercise of children's Rights 25. januar 1996.
EUs Charter	Charter of Fundamental Rights of the European Union, 18. desember 2000.
CRPD	Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 13. desember 2006.
Dublin III	Regulation (EU) No 604/2013 26. juni 2013.

FORSKRIFTER

Utlendingsforskriften 1990	Forskrift 21. desember 1990 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.
Utlendingsforskriften	Forskrift 15. oktober 2009 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

DEKLARASJONER

Genève-deklarasjonen	League of Nations Geneva Declaration in the Rights of the Child, 26. september 1924.
FNs deklarasjon om menneskerettigheter	United Nations Universal Declaration of Human Rights, 10. desember 1948.
Deklarasjon om barns rettigheter	United Nations Declaration of the Rights of the Child, 20. november 1959.
Wien-deklarasjonen	Vienna Declaration and Programme of Action, 25. juni 1993.

BARNEKOMITEENS GENERAL COMMENTS

General Comment nr. 1	Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 1, <i>The Aims of Education (article 29)</i> , 17. april 2001.
General Comment nr. 4	Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 4, <i>Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child</i> , 1. juli 2003.
General Comment nr. 5	Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 5, <i>General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)</i> , 27. november 2003.

- General Comment nr. 6 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 6, *Treatment of Unaccompanied and Separated Children outside their Country of Origin*, 1. september 2005.
- General Comment nr. 7 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 7, *Implementing child rights in early childhood*, 20. september 2006.
- General Comment nr. 8 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 8, *The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia)*, 2. mars 2007.
- General Comment nr. 9 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 9, *The rights of children with disabilities*, 27. februar 2007.
- General Comment nr. 10 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 10, *Children's rights in juvenile justice*, 25. april. 2007.
- General Comment nr. 11 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 11, *Indigenous children and their rights under the Convention*, 12. februar 2009.
- General Comment nr. 12 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 12, *The right of the child to be heard*, 1. juli 2009.
- General Comment nr. 13 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 13, *The right of the child to freedom from all forms of violence*, 18. april 2011.
- General Comment nr. 14 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 14, *The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, 29. mai 2013.
- General Comment nr. 15 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 15, *on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24)*, 17. april 2013.
- General Comment nr. 16 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 16, *State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights*, 17. april 2013.
- General Comment nr. 17 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 17, *on the right of the child to rest, leisure, play, recreational activities, cultural life and the arts (art. 31)*, 17. april 2013.
- General Comment nr. 31/18 Committee on the Elimination of Discrimination against Women og Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 31/18, *Joint general recommendation on harmful practices*, 14. november 2014.
- General Comment nr. 20 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 20, *on the implementation of the rights of the child during adolescence*, 6. desember 2016.
- General Comment nr. 21 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 21, *on children in street situations*, 21. juni 2017.

- General Comment nr. 3/22 Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families og Committee on the Rights of the Child General Comment nr. 3/22, *Joint general comment on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration*, 16. november 2017.
- General Comment nr. 4/23 Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families og Committee on the Rights of the Child nr. 4/23, *Joint general on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return*, 16. november 2017.

ANDRE GENERAL COMMENTS

- Menneskerettskomiteens General Comment nr. 18 Human Rights Committee, General Comment nr. 18, *Non discrimination*, 10. november 1989.
- Menneskerettskomiteens General Comment nr. 31 Human Rights Committee, General Comment nr. 31, *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 26. mai 2004.
- ØSK-komiteens General Comment nr. 19 Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment nr. 19, *The right to social security (art. 9)*, 4. februar 2008.
- ØSK-komiteens General Comment nr. 20 Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment nr. 20, *Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 2. juli 2009.

BARNEKOMITEENS AVSLUTTENDE MERKNADER TIL STATSRAPPORTER

- CRC/C/NOR/CO/4 Committee on the Rights of the Child, *Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Concluding observations: Norway*, 29. januar 2010.
- CRC/C/NGA/CO/3-4 Committee on the Rights of the Child, *Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Concluding observations: Nigeria*, 21. juni 2010.
- CRC/C/AFG/CO/1 Committee on the Rights of the Child, *Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Concluding observations: Afghanistan*, 8. april 2011.

- CRC/C/ISL/CO/3-4 Committee on the Rights of the Child, *Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Concluding observations: Iceland*, 23. januar 2012.
- CRC/C/TUR/CO/2-3 Committee on the Rights of the Child, *Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Concluding observations: Turkey*, 20. juli 2012.
- CRC/C/CAN/CO/3-4 Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined third and fourth periodic report of Canada*, 6. desember 2012.
- CRC/C/CHE/CO/2-4 Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland*, 26. februar 2015.
- CRC/C/IRQ/CO/2-4 Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Iraq*, 3. mars 2015.
- CRC/C/IRN/CO/3-4 Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of the Islamic Republic of Iran*, 14. mars 2016.
- CRC/C/PAK/CO/5 Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the fifth periodic report of Pakistan*, 11. juli 2016.
- CRC/C/SRB/CO/2-3 Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Serbia*, mars 2017.
- CRC/C/GEO/CO/4 Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the fourth periodic report of Georgia*, 74. sesjon (16. januar–3. februar 2017), 9. mars 2017.
- CRC/C/DNK/CO/5 Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the fifth periodic report of Denmark*, 26. oktober 2017.
- CRC/C/MHL/CO/3-4 Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of the Marshall Islands*, 27. februar 2018.
- CRC/C/SYC/CO/5-6 Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Seychelles*, 5. mars 2018.
- CRC/C/ESP/CO/5-6 Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Spain*, 5. mars 2018.
- CRC/C/NOR/CO/5-6 Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic report of Norway*, 1. juni 2018.

ANDRE AVSLUTTENDE MERKNADER TIL STATSRAPPORTER

CAT/C/AFG/CO/2	Committee against Torture, <i>Concluding observations on the second periodic report of Afghanistan</i> , 12. juni 2017.
CEDAW/C/AFG/CO/1-2	Committee on the Elimination of Discrimination against Women, <i>Concluding observations on the combined initial and second periodic reports of Afghanistan</i> , 30. juli 2013.

KLAGESAKER FRA BARNEKOMITEEN

C.E mot Belgia	Committee on the Rights of the Child, <i>C.E mot Belgia</i> , 22. september 2018, CRC/C/79/D/12/2017.
A.Y mot Danmark	Committee on the Rights of the Child, <i>A.Y mot Danmark</i> , 9. august 2018, CRC/C/78/D/7/2016.
K.Y.M mot Danmark	Committee on the Rights of the Child, <i>K.Y.M mot Danmark</i> , 8. mars 2018, CEC/C/77/D/3/2016.
U.A.I mot Spania	Committee on the Rights of the Child, <i>U.A.I mot Spania</i> , 26. oktober 2016, CRC/C/73/D/2/2015.

KLAGESAKER FRA MENNESKERETTSKOMITEEN

Winata mot Australia	Menneskerettskomiteens Communication 26. juli 2001 nr. 930/2000 <i>Winata mot Australia</i> .
----------------------	---

PROPOSISJONER, UTREDNINGER OG INNSTILLINGER

Ot.prp. nr. 11 (1926).
 NOU 1983: 47.
 Innst. O. nr. 51 (1998–1999).
 St. prp. nr. 38 (2000–2001)
 NOU 2004: 20.
 Ot.prp. nr. 41 (2004–2005).
 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007).
 Ot prp. nr. 97 (2008–2009).
 Dok. 16 (2011–2012)
 Prop. 30 LS (2013–2014).
 Innst. 263 S (2014–2015)
 Prop. 16 L (2015–2016).
 Dok. 12:8 (2015–2016)
 Meld. St. 39 (2015–2016)
 NOU 2016: 16

NOU 2017: 8

NOU 2019: 5

DOMMER OG BESLUTNINGER FRA EMD

A.A mot Storbritannia	EMDs dom 20. september 2011, <i>A.A mot Storbritannia</i> .
Airey v. Irland	EMDs dom 9. oktober 1979, <i>Airey v. Irland</i> .
Al-Adsani mot Storbritannia	EMDs storkammerdom 21. november 2001, <i>Al-Adsani mot Storbritannia</i> .
Amrollahi mot Danmark	EMDs dom 11. juli 2002, <i>Amrollahi mot Danmark</i> .
Antwi med flere mot Norge	EMDs dom 14. februar 2012, <i>Antwi med flere mot Norge</i> .
Assem Hassan Ali mot Danmark	EMDs dom 23. oktober 2018, <i>Assem Hassan Ali mot Danmark</i> .
Aswat mot Storbritannia	EMDs dom 16. april 2013, <i>Aswat mot Storbritannia</i> .
Berisha mot Sveits	EMDs dom 30. juli 2013, <i>Berisha mot Sveits</i> .
Biao mot Danmark	EMDs storkammerdom 24. mai 2016, <i>Biao mot Danmark</i> .
Botta mot Italia	EMDs dom 24. februar 1998, <i>Botta mot Italia</i> .
Boughanemi mot Frankrike	EMDs dom 24. april 1996, <i>Boughanemi mot Frankrike</i> .
Boultif mot Sveits	EMDs dom 2. august 2001, <i>Boultif mot Sveits</i> .
Bronda mot Italia	EMDs dom 9. juni 1998, <i>Bronda mot Italia</i> .
Buck mot Tyskland	EMDs dom 28. april 2005, <i>Buck mot Tyskland</i> .
Butt mot Norge	EMDs dom 4. desember 2012, <i>Butt mot Norge</i> .
C. mot Belgia	EMDs dom 7. august 1996, <i>C. mot Belgia</i> .
Chair og J.B mot Tyskland	EMDs dom 6. desember 2007, <i>Chair og J.B mot Tyskland</i> .
Comert mot Danmark	EMDs beslutning 10. april 2006, <i>Comert mot Danmark</i> .
Darren Omoregie med flere mot Norge	EMDs dom 31. juli 2008, <i>Darren Omoregie med flere mot Norge</i> .
De Souza Ribeiro mot Frankrike	EMDs storkammerdom 13. desember 2012, <i>De Souza Ribeiro mot Frankrike</i> .
Dudgeon mot Storbritannia	EMDs dom 22. oktober 1981, <i>Dudgeon mot Storbritannia</i> .
Ejimson mot Tyskland	EMDs dom 01. mars 2018, <i>Ejimson mot Tyskland</i> .
Elsholz mot Tyskland	EMDs storkammerdom 13. juli 2000, <i>Elsholz mot Tyskland</i> .
Eriksson mot Sverige	EMDs dom 22. juni 1989, <i>Eriksson mot Sverige</i> .
Gaspar mot Russland	EMDs dom 12. juni 2018, <i>Gaspar mot Russland</i> .

Gnahoré mot Frankrike	EMDs dom 19. september 2000, <i>Gnahoré mot Frankrike</i> .
Golder mot Storbritannia	EMDs dom 21. februar 1975, <i>Golder mot Storbritannia</i> .
Gül mot Sveits	EMDs dom 19. februar 1996, <i>Gül mot Sveits</i> .
Guliyev og Sheina	EMDs dom 17. april 2018, <i>Guliyev og Sheina mot Russland</i> .
Handyside mot Storbritannia	EMDs plenumsdom 7. desember 1976, <i>Handyside mot Storbritannia</i> .
Husseini mot Sverige	EMDs dom 13. oktober 2011, <i>Husseini mot Sverige</i> .
Ignaccolo-Zenide mot Romania	EMDs dom 25. januar 2000, <i>Ignaccolo-Zenide mot Romania</i> .
Jakupovic mot Østerrike	EMDs dom 6. februar 2003, <i>Jakupovic mot Østerrike</i> .
Jeunesse mot Nederland	EMDs storkammerdom 3. oktober 2014, <i>Jeunesse mot Nederland</i> .
Joseph Grant mot Storbritannia	EMDs dom 8. januar 2009, <i>Joseph Grant mot Storbritannia</i> .
Kaplan med flere mot Norge	EMDs dom 24. juli 2014, <i>Kaplan med flere mot Norge</i> .
Keles mot Tyskland	EMDs dom 27. oktober 2005, <i>Keles mot Tyskland</i> .
Konstatinov mot Nederland	EMDs dom 26. april 2007, <i>Konstatinov mot Nederland</i> .
Krušić mot Kroatia	EMDs beslutning 25. november 2014, <i>Krušić mot Kroatia</i> .
Kutzner mot Tyskland	EMDs dom 26. februar 2002, <i>Kutzner mot Tyskland</i> .
Lawlor mot Storbritannia	EMDs beslutning 14. juli 1988, <i>Lawlor mot Storbritannia</i> .
Maaouia mot Frankrike	EMDs storkammerdom 5. oktober 2000, <i>Maaouia mot Frankrike</i> .
Manuello og Nevi mot Italia	EMDs dom 20. januar 2015, <i>Manuello og Nevi mot Italia</i> .
Maslov mot Østerrike	EMDs storkammerdom 23. juni 2008, <i>Maslov mot Østerrike</i> .
McGinley og Egan mot Storbritannia	EMDs dom 9. juni 1998, <i>McGinley og Egan mot Storbritannia</i> .
M.M og K.M mot Belgia	EMDs dom 12. oktober 2006, <i>Mubilanzila Mayeka og Kaniki Mitunga mot Belgia</i> .
N. mot Storbritannia	EMDs storkammerdom 27. mai 2008, <i>N. mot Storbritannia</i> .
Ndidi mot Storbritannia	EMDs dom 14. september 2017, <i>Ndidi mot Storbritannia</i> .
Neulinger og Shuruk mot Sveits	EMDs storkammerdom 6. juli 2010, <i>Neulinger og Shuruk mot Sveits</i> .
Niemietz mot Tyskland	EMDs storkammerdom 16. desember 1992, <i>Niemietz mot Tyskland</i> .

Nsona mot Nederland	EMDs dom 28. november, <i>Nsona mot Nederland</i> .
Nunez mot Norge	EMDs dom 28. juni 2011, <i>Nunez mot Norge</i> .
Observer og Guardian mot Storbritannia	EMDs plenumsdom 26. november 1991, <i>Observer og Guardian mot Storbritannia</i> .
Odievre mot Frankrike	EMDs storkammerdom 13. februar 2003, <i>Odievre mot Frankrike</i> .
Omojudi mot Storbritannia	EMDs dom 24. november 2009, <i>Omojudi mot Storbritannia</i> .
Osman mot Danmark	EMDs dom 14. juni 2011, <i>Osman mot Danmark</i> .
Paposhivili mot Belgia	EMDs storkammerdom 13. desember 2016, <i>Paposhivili mot Belgia</i> .
Paradiso og Capanelli mot Italia	EMDs storkammerdom 24. januar 2017, <i>Paradiso og Capanelli mot Italia</i> .
Peck mot Storbritannia	EMDs dom 28. januar 2003, <i>Peck mot Storbritannia</i> .
Popov mot Frankrike	EMDs dom 19. januar 2012, <i>Popov mot Frankrike</i> .
Pretty mot Storbritannia	EMDs dom 29. april 2002, <i>Pretty mot Storbritannia</i> .
Radovanovic mot Østerrike	EMDs dom 22. april 2004, <i>Radovanovic mot Østerrike</i> .
Rodrigues Da Silva og Hoogkamer mot Nederland	EMDs dom 31. januar 2006, <i>Rodrigues Da Silva og Hoogkamer mot Nederland</i> .
Salem mot Danmark	EMDs dom 1. desember 2016, <i>Salem mot Danmark</i> .
Şen mot Nederland	EMDs dom 21. desember 2001, <i>Şen mot Nederland</i> .
Sezen mot Nederland	EMDs dom 31. januar 2006, <i>Sezen mot Nederland</i> .
Sheffield og Horsham mot Storbritannia	EMDs storkammerdom 30. juli 1998, <i>Sheffield og Horsham mot Storbritannia</i> .
Sisojeva med flere mot Latvia	EMDs storkammerdom 15. januar 2007, <i>Sisojeva med flere mot Latvia</i> . (utstryking fra liste)
S.J mot Belgia i avdeling	EMDs dom 27. februar 2014, <i>S.J mot Belgia i avdeling</i> .
S.J. mot Belgia	EMDs S.J storkammerdom 19. mars 2015, <i>S.J. mot Belgia</i> . (utstryking fra liste)
Slivenko mot Latvia	EMDs storkammerdom 9. oktober 2003, <i>Slivenko mot Latvia</i> .
Streletz, Kessel og Krenz mot Tyskland	EMDs storkammerdom 22. mars 2001, <i>Streletz, Kessel og Krenz mot Tyskland</i> .
Sunday Times mot Storbritannia	EMDs plenumsdom 26. april 1979, <i>Sunday Times mot Storbritannia</i> .
Tarakhel mot Sveits	EMDs storkammerdom 4. november 2014, <i>Tarakhel mot Sveits</i> .
Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland	EMDs dom 1. desember 2005, <i>Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland</i> .
Udeh mot Sveits	EMDs dom 16. april 2013, <i>Udeh mot Sveits</i> .
Üner mot Nederland	EMDs storkammerdom 18. oktober 2006, <i>Üner mot Nederland</i> .

Unuane mot Storbritannia	EMDs dom 24. november 2020, <i>Unuane mot Storbritannia</i> .
Vinci Construction og GTM Génie Civil et Services mot Frankrike	EMDs dom 2. april 2015, <i>Vinci Construction og GTM Génie Civil et Services mot Frankrike</i> .
X mot Latvia	EMDs storkammerdom 26. november 2013, <i>X mot Latvia</i> .
Yoh-Ekale Mwanje mot Belgia	EMDs dom 20. desember 2011, <i>Yoh-Ekale Mwanje mot Belgia</i> .
Zezev mot Russland	EMDs dom 12. juni 2018, <i>Zezev mot Russland</i> .

KOMMUNIKASJONSSAKER

Alleleh med flere mot Norge EMDs kommunikasjons sak 11. mars 2020, *Alleleh med flere mot Norge*.

DOMMER FRA ICJ OG EU-DOMSTOLEN

Arbitral Award, International Court of Justice dom, *Arbitral Award*, 31. juli 1989, *Guinea-Bissau mot Senegal*, 12. november 1991.
 Oil Platforms, Iran mot USA International Court of Justice dom, *Oil Platforms, Iran mot USA*, 6. november 2003.
 EU domstolen, 6. juni 2013, sak C-648/11 (preliminary ruling).

HØYESTERETTSDOMMER

Rt. 1953 s. 1132.
 Rt. 1958 s. 664.
 Rt. 1976 s. 1.
 Rt. 1982 s. 764.
 Rt. 1982 s. 1687.
 Rt. 1995 s. 1427.
 Rt. 1996 s. 551.
 Rt. 1998 s. 1795.
 Rt. 2004 s. 811.
 Rt. 2005 s. 229.
 Rt. 2007 s. 1573.
 Rt. 2008 s. 681.
 Rt. 2009 s. 534.
 Rt. 2009 s. 705.
 Rt. 2009 s. 851.

Rt. 2009 s. 1261.
Rt. 2010 s. 1430.
Rt. 2011 s. 304.
Rt. 2011 s. 948.
Rt. 2011 s. 1481.
Rt. 2012 s. 667.
Rt. 2012 s. 1025.
Rt. 2012 s. 1943.
Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I*.
Rt. 2012 s. 2039, *plenumsdom II*.
Rt. 2013 s. 449.
Rt. 2014 s. 1105.
Rt. 2015 s. 93, *Maria-dommen*.
Rt. 2015 s. 1388, *plenumsdom III*.
HR-2017-2015-A.
HR-2017-2376 A.
HR-2018-104-A.
HR-2018-2133-A.
HR-2019-2344-A.
HR-2019-2286-A.
HR-2020-661-S.

HØYESTERETTSKJENNELSER OG BESLUTNINGER

Rt. 2003 s. 301.
Rt. 2003 s. 460.
HR-2006-1030-U.
HR-2007-101-U.
HR-2009-458-U.
HR-2010-711-U.
Rt. 2015 s. 155.
HR-2017-1130-A.
HR-2018-2090-U.
HR-2020-661-S.

LAGMANNSRETTSDOMMER OG KJENNELSER

Borgarting lagmannsrett LB-2005-66727.
Borgarting lagmannsrett LB-2006-2006.
Borgarting lagmannsrett LB-2007-183772.
Borgarting lagmannsrett LB-2008-56144.

Borgarting lagmannsrett LB-2008-81478.
 Borgarting lagmannsrett LB-2008-84594.
 Borgarting lagmannsrett LB-2009-102660.
 Borgarting lagmannsrett LB-2010-14764.
 Borgarting lagmannsrett LB-2011-64941.
 Borgarting Lagmannsrett LB-2011-86996.
 Borgarting lagmannsrett LB-2011-135931.
 Borgarting lagmannsrett LB-2012-81191.
 Borgarting lagmannsrett LB-2012-106104.
 Borgarting lagmannsrett LB-2013-192933.
 Borgarting lagmannsrett LB-2013-204765.
 Borgarting lagmannsrett LB-2013-204717.
 Borgarting lagmannsrett LB-2016-41121.
 Borgarting lagmannsrett LB-2017-48169.

TINGRETTSDOMMER

Oslo tingrett TOSLO-2004-92546.
 Oslo tingrett TOSLO-2005-91589.
 Oslo tingrett TOSLO-2006-160049.
 Oslo tingrett TOSLO-2007-96580.
 Oslo tingrett TOSLO-2007-108285.
 Oslo tingrett TOSLO-2007-146604.
 Oslo tingrett TOSLO-2007-144138-2.
 Oslo tingrett TOSLO-2009-169713.
 Oslo tingrett TOSLO-2010-183706.
 Oslo tingrett TOSLO-2010-201482.
 Oslo tingrett TOSLO-2013-113713.
 Oslo tingrett TOSLO-2013-27400.
 Oslo tingretts dom av 30. oktober 2014.
 Oslo tingrett TOSLO-2015-71923.

ANDRE KILDER

Barnekomiteens dokumenter om egen arbeidsmetoder: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/WorkingMethods.aspx> (side sist besøkt 6. desember 2017).
 Committee on the Rights of the Child, *Rules of procedure*, 18. mars 2015 (CRC/c/4/Rev.4).
 Committee on the Rights of the Child, *General Guidelines regarding the form and content of initial reports to be submitted by states Parties under Article 44 paragraph 1(a), of the Convention*, 15. oktober 1991.
 Committee on the Rights of the Child, *General Guidelines for periodic reports*, 20. november 1996.

- Direktiver. EUs direktiv 2008/115/EF (returdirektivet).
- Haugli, Trude og Martnes, Mona, se <https://rett24.no/articles/hoyesterett-barnets-beste-og-politiske-hensyn> (side sist besøkt november 2020).
- Høringsnotat desember 2015 snr. 15/8555, Høringsnotat – endringer i utlendingsloven (Innstramminger II).
- Justis- og beredskapsdepartementets rundskriv, *Ikrafttredelse av endringer i utlendingsforskriften – varig ordning for lengeværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn*, 8. desember 2014 (G-06/2014).
- Meld. St. 27 (2011–2012), *Barn på flukt*.
- Meld. St. 39 (2015–2016), *Om individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne*.
- Nes, Anders, Store norske leksikon, Prinsipp, <https://snl.no/prinsipp/opphav> (side sist besøkt 16. mai 2019).
- Oversikt over land som har sluttet seg til BK: <http://indicators.ohchr.org/> (side sist besøkt 14. desember 2017).
- Persvold, Anja Zawadzka, Store norske leksikon, Humanitær, <https://snl.no/humanit%C3%A6r> (side sist besøkt 15. august 2018).
- Senteret for europarett, «Utvisning», *Eurorett nr. 3*, 2015.
- Thorsen, Dag Einar, Store norske leksikon, Interesse, <https://snl.no/interesse> (side sist besøkt 22. oktober 2018).
- Travaux Préparatoires. UN Doc E/CN.4/L.1542 1980.
- UN Doc E/CN.4/L.1575 1981.
- UN Doc E/CN.4/1989/48.
- UDIs statistikk, utvisning 2018: <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2018/> (side sist besøkt 11. mars 2019).
- UDIs statistikk, opphold etter søknad om asyl, 2018: <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylvedtak-etter-statsborgerskap-og-utfall-2018/> (side sist besøkt 11. mars 2019).
- UDIs statistikk, opphold etter søknad om asyl, enslige barn, 2018: <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylvedtak-etter-statsborgerskap-og-utfall-for-enslige-mindrearige-asylsokere-2018/> (side sist besøkt 11. mars 2019).
- UDIs definisjon, enslige mindreårige asylsøkere: <https://www.udi.no/ord-og-begreper/enslig-mindrearig-asylsoker/> (side sist besøkt 17. oktober 2018)
- UDI 2010-094 Kvalitetsstandard for vedtak om enslige mindreårige asylsøkere.
- UDI 2010-043 Høring av barn i utlendingssaker - unntatt søknader om beskyttelse.
- UNICEF, *Child Rights Education Toolkit: Rooting Child Rights in Early Childhood Education, Primary and Secondary Schools* (2014).
- UNSDG, *The Human Rights Based Approach to Development Cooperation Towards a Common Understanding Among UN Agencies* (2003).
- Utlendingsnemnda. UNE, *Interne retningslinjer. Saksbehandlingen i UNE*, 23.10.2017.
- WHO's definisjon av helse: <http://www.who.int/about/mission/en/> (side sist besøkt 5. november 2018).