

Det juridiske fakultet

# Barnets beste

*Rettighetens innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning*

—

**Mona Martnes**

*Avhandling levert for graden Philosophiae Doctor – Juni 2019*



# Innhold

1 Introduksjon .....	11
1.1 Avhandlingens tema .....	11
1.2 Spenningen mellom barnets beste og innvandringspolitikken .....	13
1.3 Begrunnelsen for valget av tema .....	14
1.4 Overordnede problemstillinger og struktur .....	17
1.5 Avgrensninger og presiseringer .....	19
2 Perspektiv og metode .....	21
2.1 Innledning .....	21
2.2 Perspektiv .....	21
2.2.1 Barnerettslig perspektiv .....	21
2.2.2 Andre perspektivvalg .....	22
2.3 Hovedtrekk ved den rettsvitenskapelige metoden i avhandlingen .....	23
2.4 Tolkning av sentrale rettskilder .....	25
2.4.1 Utgangspunktet .....	25
2.4.2 Barnekonvensjonens særstilling .....	26
2.4.3 Kilder fra barnekomiteen .....	28
2.4.3.1 Tre typer kilder .....	28
2.4.3.2 Nærmere om betydningen av komiteens uttalelser .....	29
2.4.3.3 Bruk av komiteens uttalelser i avhandlingen .....	34
2.4.4 Sammenhengen mellom ulike rettigheter og rettskilder .....	35
2.4.5 Dynamisk tolkning .....	39
3 Faktum i sentrale dommer .....	43
3.1 Valg av dommer og struktur .....	43
3.2 Høyesterettsdommer om utvisning .....	44
3.2.1 Rt. 2009 s. 534 (Nunez mot Norge) .....	44
3.2.2 Rt. 2010 s. 1430 (Kaplan med flere mot Norge) .....	44



3.2.3 Rt. 2011 s. 948.....	45
3.2.4 Rt. 2015 s. 93 Maria-dommen.....	46
3.3 Høyesterettsdommer om opphold på humanitært grunnlag .....	47
3.3.1 Rt. 2009 s. 1261.....	47
3.3.2 Rt. 2012 s. 1985 Plenumsdom I .....	47
3.3.3 Rt. 2012 s. 2039 Plenumsdom II .....	48
3.3.4 Rt. 2015 s. 1388 Plenumsdom III.....	49
3.3.5 HR-2017-2376-A .....	50
3.4 Dommer fra EMD .....	51
3.4.1 Antwi med flere mot Norge .....	51
3.4.2 Butt mot Norge.....	52
3.4.3 Darren Omoregie med flere mot Norge .....	53
3.4.4 Jeunesse mot Nederland .....	53
3.4.5 Maslov mot Østerrike.....	54
3.4.6 Osman mot Danmark .....	55
3.4.7 Tarakhel mot Sveits.....	56
3.4.8 Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland .....	56
4 Opphold på humanitært grunnlag og utvisning .....	59
4.1 Innledning.....	59
4.2 Opphold og utvisning fra fremmedloven og til i dag .....	59
4.3 Nærmere om innvandringspolitikkenes rolle .....	63
4.4 Opphold på humanitært grunnlag .....	67
4.4.1 Formål .....	67
4.4.2 Struktur og vurderingstema .....	69
4.4.2.1 Todelt vurdering .....	69
4.4.2.2 Sterke menneskelige hensyn og særlig tilknytning til riket.....	70
4.4.3.2 Innvandringsregulerende hensyn.....	72
4.4.3 Forholdet mellom §§ 38 og 49 .....	74

4.4.4 Forholdet mellom § 38 og retten til beskyttelse i § 28.....	75
4.5 Utvisning .....	78
4.5.1 Formål .....	78
4.5.2 Grunnvilkårene for utvisning .....	80
4.5.3 Utvisning av utlendinger uten oppholdstillatelse .....	81
4.5.4 Utvisning av utlendinger med midlertidig oppholdstillatelse .....	84
4.5.5 Utvisning av utlendinger med oppholdstillatelse .....	84
4.5.6 Forholdsmessighetsvurderingen .....	85
4.5.6.1 Koblingen til menneskerettighetene.....	85
4.5.6.2 De ulike elementene i vurderingen .....	86
4.5.6.3 Forholdets alvor .....	87
4.5.6.4 Tilknytning til riket og forhold knyttet til utlendingens familie .....	89
4.6 Virkning av avslag på opphold og vedtak om utvisning .....	90
4.7 Utgangspunktet for implementeringen av barnets beste .....	91
4.8 Land som ofte er representert i de to sakstypene .....	92
5 Barnets beste som prinsipp, rettighet og et sett prosessuelle regler .....	95
5.1 Innledning.....	95
5.2 Barnets bestes utvikling fra de første deklarasjonene og til i dag .....	96
5.3 Barnets beste som et generelt prinsipp .....	101
5.3.1 Innledning.....	101
5.3.2 Prinsippbegrepet.....	102
5.3.3 Barnekomiteens omtale av prinsippet .....	104
5.3.4 Ulike typer funksjoner og egenskaper .....	105
5.3.4.1 Fundamentalt og grunnleggende .....	105
5.3.4.2 Fortolkende, meklende, veiledende og evaluerende.....	109
5.3.4.3 Utviklende .....	111
5.3.4.4 Høyt generalitetsnivå .....	112
5.3.5 Betydningen av prinsippstatusen.....	113
5.4 Barnets beste som substansiell rettighet.....	113

5.4.1 Innledning.....	113
5.4.2 Rettigheter .....	115
5.4.2.1 Rettighetsteorier .....	115
5.4.2.2 Plikter.....	116
5.4.2.3 Absolutte rettigheter og rettigheter som kan begrenses .....	118
5.4.3 Begrunnelsen for barnets bestes rettighetskarakter .....	119
5.4.4 Barnets bestes to sider og to nivå .....	125
5.4.5 Betydningen av at barnets beste er en substansiell rettighet .....	126
5.4.5.1 Klare forpliktelser .....	126
5.4.5.2 En fast kjerne? .....	128
5.4.5.3 Kan gi barnet eller dets nærmeste familie rett til å bli i Norge.....	130
5.5 Barnets beste som et sett prosessuelle regler .....	130
5.5.1 Innledning.....	130
5.5.2 Skillet mellom den subjektive rettigheten og den prosessuelle siden .....	130
5.5.3 Fremgangsmåte for å treffe en avgjørelse i saker som berører barn .....	132
5.5.4 Konkrete prosessuelle regler .....	133
5.5.4.1 Krav til begrunnelse.....	133
5.5.4.2 Når er barnet part i saken? .....	137
5.5.4.3 Utlendingsmyndighetens utredningsplikt .....	141
5.6 Veien videre .....	144
6 Andre sentrale rettigheters forhold til barnets beste.....	145
6.1 Innledning.....	145
6.2 Barns rett til å ikke bli diskriminert .....	146
6.2.1 Innledning.....	146
6.2.2 Diskriminering etter BK art. 2 nr. 1 .....	147
6.2.2.1 Rettighetens ulike elementer .....	147
6.2.2.2 Et fjerde element? .....	148
6.2.2.3 Nærmere om de tre elementene .....	152
6.2.3 Forholdet til barnets beste .....	156
6.3 Barns rett til liv, overlevelse og helhetlig utvikling .....	159

6.3.1 Innledning.....	159
6.3.2 Retten til liv, overlevelse og helhetlig utvikling .....	160
6.3.3 Forholdet til barnets beste .....	163
6.4 Barns rett til å bli hørt og få sin mening tillagt vekt.....	166
6.4.1 Innledning.....	166
6.4.2 Retten til å bli hørt.....	167
6.4.3 Funksjon .....	173
6.4.4 Forholdet til barnets beste .....	174
6.4.4.1 Innledning.....	174
6.4.4.2 Har barnets beste og retten til å bli hørt felles anvendelsesområde?.....	175
6.4.4.3 Hvordan kan rettighetene harmoniseres? .....	179
6.4.4.4 Hva må barnet få gi uttrykk for sin mening om.....	181
6.5 Barns rett til familie- og privatliv .....	184
6.5.1 Innledning.....	184
6.5.2 Barns familie og familieliv.....	185
6.5.3 Barns privatliv .....	190
6.5.4 Adgangen til å begrense rettighetene .....	194
6.5.5 Forholdet til barnets beste .....	199
6.5.5.1 Utgangspunktet for forholdet .....	199
6.5.5.2 Barnets bestes innvirkning på begrensingsadgangen .....	200
7 Vurderingen og vektingen av hva som er i barnets beste interesser .....	205
7.1 Innledning.....	205
7.2 Utgangspunktet for vurderingen.....	207
7.2.1 Hva som tjener barnets interesser best .....	207
7.2.2 Rettigheter, interesser og momenter som elementer i vurderingen.....	210
7.2.3 Det berørte barnets interesser, utgangspunkt og vurderingstema.....	212
7.2.4 Opplisting av elementer .....	213
7.2.5 Harmonisering av elementene .....	216
7.2.6 Framtidsrettet karakter .....	216

7.3 Utgangspunktet for vektingen .....	217
7.4 Barnets mening .....	219
7.5 Alder og modenhet .....	222
7.6 Risiko for å bli diskriminert .....	228
7.7 Tilknytning .....	231
7.8 Skadelige skikker .....	235
7.9 Levestandard, helse og utdanning .....	239
7.9.1 Innledning.....	239
7.9.2 Levestandard .....	239
7.9.3 Helse.....	244
7.9.3.1 Innledning.....	244
7.9.3.2 Barnets helse .....	244
7.9.3.3 Sykdom hos en forelder .....	248
7.9.4 Utdanning .....	249
7.10 Adskillelse mellom barn og foreldre .....	251
7.10.1 Innledning.....	251
7.10.2 Utgangspunktet for vurderingen.....	252
7.10.3 Vurderingen av om barnet kan følge med forelderen .....	254
7.10.4 Omsorgssituasjonen .....	256
7.10.5 Mulighet til å opprettholde kontakt med foreldrene ved en adskillelse .....	259
7.10.5.1 Rettigheter av betydning.....	259
7.10.5.2 Ulike måter barnet kan opprettholde kontakt med sin forelder .....	261
7.11 Sårbarhet.....	265
7.11.1 Innledning.....	265
7.11.2 Ulike forhold som kan medføre at barnet er sårbart eller i en sårbar situasjon...	266
7.11.3 Enslige barn som søker opphold eller står i fare for å utvises.....	269
7.11.3.1 Innledning.....	269
7.11.3.2 Begrepsavklaring .....	270
7.11.3.3 Betydningen av at barnet er enslig .....	271



7.11.3.4 Midlertidig oppholdstillatelse .....	275
7.12 Avsluttende betraktninger .....	277
8 Statens interesser og avveiningen mot hva som tjener barnets interesser best .....	279
8.1 Innledning.....	279
8.2 Hvilke krav må gjelde? .....	280
8.3 De ulike kravene til statens interesser .....	285
8.3.1 Legitime interesser .....	285
8.3.2 Ikke-diskriminerende.....	290
8.3.3 Egnet til ivareta statens interesser .....	293
8.3.4 Nødvendig for å ivareta statens interesser.....	296
8.4 Identifisering mellom foreldre og barn .....	301
8.5 Vektingen av statens interesser .....	307
8.6 Avveiningen .....	313
9 Prøvningsintensitet ved domstolskontroll av barnets beste.....	321
9.1 Innledning.....	321
9.2 Dagens domstolskontroll av vedtaks gyldighet.....	322
9.2.1 Forvaltningskjønnet .....	322
9.2.2 Hva prøver domstolene?.....	323
9.2.3 Hva prøves når barn blir berørt? .....	327
9.2.4 Hvilket faktum legges til grunn ved domstolskontrollen? .....	328
9.3 Hvor inngående må domstolskontrollen av barnets beste være? .....	333
9.3.1 Innledning.....	333
9.3.2 Overordnede krav .....	333
9.3.3 Betydningen av rettighetens utforming og karakter .....	336
9.3.4 De to sakstypenes karakter .....	338
9.3.5 Må prøvningsintensiteten økes? .....	342
9.4 To tilnærminger til prøvningen .....	344

9.4.1 Innledning.....	344
9.4.2 Barnets beste som ugyldighetsgrunn.....	344
9.4.3 Håndhevelsessøksmål.....	346
10 Avsluttende vurderinger.....	349
10.1 Innledning.....	349
10.2 Inkonsekvensen i domstolspraksis.....	349
10.3 Mulige årsaker.....	355
10.4 Avslutning.....	359
Kilder.....	361

# 1 Introduksjon

## 1.1 Avhandlingens tema

Barn har samme menneskerettigheter som voksne.<sup>1</sup> I tillegg har barn særskilte rettigheter som kun gjelder for dem. Barns rett til å få hva som best ivaretar dets interesser vektlagt som en grunnleggende del av en avgjørelse, *barnets beste*, er en slik særrettighet. I denne avhandlingen behandles barnets beste i to typer utlendingsrettslige saker, saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisningssaker.

Barnets beste følger av både internasjonal og nasjonale rett, og kommer til uttrykk i blant annet konvensjoner, lover og rettspraksis. Av særlig betydning for temaet i avhandlingen 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.<sup>2</sup> Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) inneholder ikke en egen bestemmelse om barnets beste.<sup>3</sup> Barnets beste anvendes likevel av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

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.<sup>6</sup> Altså også ved faktiske handlinger. Rettigheten er med det vidtrekkende og gjelder 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

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1814 og lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

<sup>3</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 4. November 1950.

<sup>4</sup> Domstolen er opprett i kraft av EMK del II. Del II i konvensjonen reguler også domstolens virke og sammensetning, se EMK art. 19–51.

<sup>5</sup> Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

<sup>6</sup> Menneskerettsdomstolen har benyttet litt ulike begreper, herunder BK terminologi, «concerning children», EMDs storkammerdom 3. oktober 2014, *Jeunesse mot Nedreland* 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.

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.<sup>7</sup> 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 for disse sakene 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 avhandlingene retter seg mot.

Hovedregelen er at utenfor de tilfellene hvor vilkårene for beskyttelse er oppfylt, er det et politisk spørsmål hvor mange det skal innvilges oppholdstillatelse til, og hva som må til for at opphold skal innvilges. Vilkaarene 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*.<sup>8</sup> Er vilkårene for beskyttelse oppfylt, kan heller ikke utlendingen utvises.<sup>9</sup> I saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning har følgelig 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.<sup>10</sup>

I motsetning til de menneskerettslige og folkerettslige forpliktelser som ligger bak retten til beskyttelse, er ikke barnets beste en absolutt rettighet. For å avgjøre om rettigheter som ikke er absolutte stenger for en utsending, er det ikke nok å vurdere om gitte vilkår er oppfylt. Vurderingen er noe mer kompleks. Barnets beste stiller krav til statens vurderinger, herunder hva som må vektlegges, og åpner samtidig for en avveining mellom barnets og statens interesser. Jeg behandler når, og på hvilken måte, barnets beste stenger for en utsending av barnet eller noen av dets nærmeste i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Av sentral betydning for spørsmålet er de spenninger som eksisterer innenfor utlendingsretten.

---

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Jf. § 28 syvende ledd.

<sup>9</sup> Jf. utlendl. § 73

<sup>10</sup> 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.

## 1.2 Spenningen mellom barnets beste og innvandringspolitikken

Av utlendl. § 1 kommer det frem at bestemmelsene i loven skal sørge for en regulering og kontroll av utlendingers opphold i riket i samsvar med *både* norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser. Mellom innvandringspolitikken og de internasjonale forpliktelsene som følger av menneskerettighetene, 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 enkeltindividers 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 tilstede i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Etter utlendl. §§ 38 eller 49 kan det innvilges opphold ut fra humanitære grunner. Betegnelsen humanitære grunner fremgår verken av §§ 38 eller 49, men har fulgt med fra da grunnlaget vokste frem gjennom utlendingsmyndighetens praksis. Humanitære betyr menneskevennlig, menneskekjærlig eller veldedig.<sup>11</sup> Betegnelsen illustrerer at regelen er ment å ivareta individers sterke interesser i å få bli i Norge. Mens § 38 er generelt utformet, gjelder § 49 i saker om familieinnvandring. Jeg behandler hovedsakelig § 38.<sup>12</sup> I tråd med den spenningen som eksisterer mellom individets og statens interesser, åpner § 38 for en avveining mellom nettopp disse interessene. 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.

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 avhengig av voksne for å fremme sin sak.<sup>13</sup> 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

---

<sup>11</sup> Se Store norske leksikon, humanitær, <https://snl.no/humanit%C3%A6r>, (side sist besøkt 15. august 2018).

<sup>12</sup> Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.4.3 om forholdet mellom de to bestemmelsene og hvorfor jeg hovedsakelig behandler § 38.

<sup>13</sup> 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.

behov.<sup>14</sup> 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 Begrunnelsen for valget av tema

Temaet i avhandlingen er komplekst, aktuelt og omhandler saker av stor betydning for enkeltindivider. Dette gjør det egnet for et større arbeid og gjør samtidig at det er behov for dyptgripende analyser, slik et større arbeid krever og gir rom for.

Barnets beste er ikke bare vidtrekkende, rettigheten har et forholdsvis høyt generalitetsnivå og henger sammen med verdier. Ingen av disse karaktertrekkene er problematisk i seg selv, men det gir behov for grundige analyser. Det eksisterer en mengde rettskilder 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 barnekomiteen.<sup>15</sup> Videre er det for temaet her, lovbestemmelser, forarbeider og forskriftsbestemmelser av betydning. 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 behandle kildene i sammenheng, og å foreta harmoniseringer og avveininger der det er behov. Barnets bestes karakter og rettskildetilfanget gjør temaet komplekst.

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 The Committee on the Rights of the Child (heretter barnekomiteen eller komiteen) i mai 2018, fikk Norge flere spørsmål om rettsstillingen til enslige og andre barn som søker opphold i Norge. I de avsluttende merknadene til Norge, ble asylsøkende- og flyktningbarn nevnt under overskriften «[m]ain

---

<sup>14</sup> Å innta barns rettigheter i Grunnloven ble av menneskerettsutvalget anset 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. nr. 16 (2011–2012) s. 189.

<sup>15</sup> 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 avhandlingens kapittel to, punkt 2.4.3.



areas of concern and recommendations». <sup>16</sup> Deres rettsstilling ble trukket frem som et område hvor «urgent measures must be taken». <sup>17</sup> 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». <sup>18</sup> 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». <sup>19</sup> 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. <sup>20</sup> 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 forpliktelser. Samlet gir høyesterettspraksis inntrykk av at domstolens medlemmer har nokså ulike oppfatninger om tematikken i denne avhandlingen.

Saker hvor barn har vært lenge i Norge, uten å få oppholdstillatelse, har tidligere fått endel oppmerksomhet. <sup>21</sup> 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». <sup>22</sup> Saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning kan imidlertid berøre barn i mange ulike situasjoner. For eksempel kan barnet komme fra områder med konflikter eller humanitære kriser. I andre tilfeller kan det være at barnet er

---

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 4.

<sup>18</sup> CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 13 (a).

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> Rt. 2012 s. 1985, Rt. 2012 s. 2039 og Rt. 2015 s. 1388. Se dommenes faktum i avhandlingens kapittel tre, punkt 3.3.2, 3.3.3 og 3.3.4.

<sup>21</sup> Problemstillinger knyttet til lang oppholdstid ble behandlet blant annet i plenumsdom I og plenumsdom II.

<sup>22</sup> 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 [...])».

født i Norge.<sup>23</sup> Noen barn ankommer Norge alene, uten følge av foreldre eller andre omsorgspersoner.<sup>24</sup> Det hender at barnevernet overtar omsorgen for barn av foreldrene uten oppholdstillatelse. Noen utvisningsvedtaket retter seg mot eneforsørgeren til barnet eller en som 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.<sup>25</sup> Det forekommer at barnet har norsk statsborgerskap, mens en eller begge foreldrene ikke har det.<sup>26</sup> 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 avhandlingen er å bidra til at barns interesser ikke overses, men løftes frem og vektlegges i tråd med de føringer rettskildene gir i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.

Barnets beste er omfattende behandlet i både norsk og internasjonal juridisk litteratur.<sup>27</sup> I Sverige er en avhandling om barnets beste i svensk migrasjonsrett under utarbeidelse.<sup>28</sup> Det er også artikler som tar for seg barnets beste i saker om opphold og utvisning i norsk rett.<sup>29</sup> Noen

---

<sup>23</sup> Se for eksempel Rt. 2012 s. 667, plenumsdom I og plenumsdom II.

<sup>24</sup> Slik som gutten i saken inntatt i Rt. 2009 s. 1261.

<sup>25</sup> Se Nunez mot Norge.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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, 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 avhandlingens kapittel fem hvor mye internasjonal litteratur behandles.

<sup>28</sup> Se Louise Danes forskerprofil: <https://www.su.se/profiles/loda2401-1.191497> (side sist besøkt 12. mars 2019).

<sup>29</sup> 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*

analyse med dybden, vinklingen og tematikken som i avhandlingen, er imidlertid ikke foretatt. Et slikt arbeid er etter min mening viktig og nødvendig.

## 1.4 Overordnede problemstillinger og struktur

Avhandlingen analyserer 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 humanitært grunnlag og utvisning. Den overordnede problemstillingen 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 vil først og fremst rette oppmerksomhet mot den substansielle rettigheten, men vil også i noen grad trekke inn prosessuelle rettigheter og regler.

*Kapittel en til fire* er av innledende karakter. Det første kapittelet gir en introduksjon til temaet. Kapittel to behandler hvilket perspektiv som ligger til grunn for analysene i avhandlingen og metoden som benyttes for å svare på problemstillingene. Kapittel tre inneholder en fremstilling av faktum i utvalgte, sentrale dommer. Kapittel fire behandler utgangspunktet for når utlendingsforvaltningen kan innvilge opphold på humanitært grunnlag og når den kan vedta utvisning. Spørsmålet er av betydning for å vurdere hvordan barnets beste innvirker på reglene. I tillegg beskriver jeg særtrekk ved disse reglene. Dette fordi reglenes særtrekk er av betydning for en del av problemstillingene som behandles i de videre kapitlene, herunder i kapittel åtte og ni.

Barnekomiteen anser barnets beste for å ha tre sider.<sup>30</sup> Temaet for *kapittel fem* er disse tre ulike sidene. Her undersøker jeg hvilken betydning det har at barnets beste er et generelt prinsipp og en substansiell 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 avhandlingen. I kapittelet presenterer jeg 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 seks*, andre sentrale rettigheters forhold til barnets beste. I

---

*barnevernrettslige spørsmål*, 2016 s. 101–105 og Kirsten Sandberg, «Asylsøkende barns rettigheter» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 299–328.

<sup>30</sup> Se General Comment nr. 14 avsnitt 6.

kapittelet behandler jeg forholdet mellom barnets beste og retten til ikke-diskriminering, retten til liv, overlevelse og utvikling, retten til å bli hørt og retten til familie- og privatliv. Analysene av rettighetenes innhold går ikke lengre enn det som er nødvendig for å undersøke forholdet mellom dem. Tematikken i kapittelet henger sammen med kapittel syv, ettersom rettighetene kan innvirke på vurderingen og vektingen av hva som er til et barns beste.

I det syvende og åttende 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 om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. I *kapittel syv* 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 gjelder eller 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 det at barna er sårbare eller særlig sårbare innvirker på vurderingen og vektingen av barnets beste behandles også i kapittel syv. I *kapittel åtte* 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 ni* behandler jeg domstolskontroll av barnets beste i vedtak etter reglene om opphold på humanitært grunnlag eller utvisning. Jeg behandler dagens domstolskontroll og vurderer om prøvingsintensiteten må økes, eller om dagens ordning er tilstrekkelig for å sikre barnets rettighet.

*Kapittel ti* inneholder avsluttende vurderinger. Her tar jeg blant annet opp EMDs og Høyesteretts anvendelse av barnets beste i saker om opphold og utvisning. Til sist konkluderer jeg på avhandlingens hovedproblemstilling.

Ettersom det først er i kapittel syv rettighetens innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning behandles inngående, kan avhandlingens struktur gi inntrykk av at hovedanalysene kommer vel sent. Strukturen i avhandlingen skyldes behovet for enkelte grunnleggende avklaringer før analysene av innholdet i rettigheten i de to sakstypene. Også kapittel fem og seks er spisset mot avhandlingens tematikk. De to kapitlene danner viktige fundament for analysene i kapittel syv til ni. At det er innholdet i barnets beste i saker om

opphold på humanitært grunnlag og utvisning som er tema innvirker i tillegg på utvalget av rettskilder og hvilke problemstillinger som reises i samtlige kapittel.

## 1.5 Avgrensninger 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 the 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 lovgiving, utforming av budsjetter og retningslinjer – må tas stilling til barns beste generelt.<sup>31</sup> I konkrete saker må det beste til det enkelte barnet vurderes.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> Hvorvidt § 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 avhandlingen behandles barnets rett i to typer konkrete saker. Dermed er det barnets individuelle rettighet som er relevant, og som jeg behandler. Når flere barn blir berørt i samme sak, har *alle* rett til å få *sitt* beste lagt til grunn.

Tematikken er avgrenset til to typer utlendingssaker. Begrunnelsen for at disse to behandles i sammenheng, er at innholdet i barnets beste har klare likhetstrekk i de to sakstypene.<sup>34</sup> 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, og da særlig de som knytter seg til barnets beste, er felles for de to sakstypene. Å behandle den ene sakstypen uten å komme inn på rettskilder knyttet til den andre, er ikke mulig. Å behandle de to sakstypene i sammenheng, gjør temaet omfattende, men ikke u håndterlig. En fordel med å behandle disse i sammenheng, er at det gjør det mulig å sammenligne hvordan barnets beste er implementert i de to sakstypene, herunder om det er forskjeller som ikke kan forklares ut fra ulikheter i sakene.

---

<sup>31</sup> 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 6 (a), og 17, 19 og 23, Trude Haugli, «Hensynet til barnets beste» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 51–73 (s. 55).

<sup>32</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 6 a, og 17, 19 og 23, Haugli (2016) s. 55.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> Om rettighetens ulike nivåer, se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.4.

Gjennom Schengen-avtalen og Dublinregelverket, har utlendingsretten en kobling til EU-retten.<sup>35</sup> Av disse to, er det Dublinregelverket, herunder gjeldende Dublin III-forordningen som ligger nærmest avhandlingens tema. DUBLIN fastsetter kriterier og ordninger for å avgjøre hvilken medlemsstat som er ansvarlig for å behandle en søknad om beskyttelse, jf. Dublin III art.1. Barnets beste har betydning for disse vurderingene, slik det fremkommer av Dublin III art. 6. En vurdering av hvem som er ansvarlig for behandling av søknader om beskyttelse vil imidlertid i utgangspunktet skille seg en god del fra vurderingen av om det skal innvilges opphold eller vedtas utvisning. Disse reglene behandles derfor ikke nærmere i avhandlingen.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Schengen Agreement, 14. juni 1985, 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. og Regulation (EU) No 604/2013 26. juni 2013 (Dublin III). Norge har vært medlem av Dublin-samarbeidet siden 19. januar 2001, ved avtale mellom Norge og Island og Det europeiske fellesskap om kriterier og mekanismer for å avgjøre hvilken stat som er ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad som fremlegges i Norge, Island eller en medlemsstat. Se St.prp. nr. 38 (2000–2001).

<sup>36</sup> Saken som ble behandlet i EMDs storkammerdom 4. november 2014, *Tarakhel mot Sveits* gjaldt spørsmål om tilbakesending til førsteankomstlandet. Dommen behandles likevel enkelte steder i avhandling. Dette fordi en del av EMDs vurderinger i dommen er av nokså generell karakter, og relevant for temaet her.



## 2 Perspektiv og metode

### 2.1 Innledning

I dette kapitlet redegjør jeg for de *perspektiv* analysene i avhandlingen bygger på. Med perspektiv sikter jeg særlig til måten tematikken betraktes på. Videre redegjør jeg for hovedtrekkene ved den *rettsvitenskapelige metoden* som benyttes i avhandlingen. Til sist behandler jeg enkelte spørsmål knyttet til *tolkningen av sentrale rettskilder* for fastleggingen av innholdet i barnets beste. Også disse spørsmålene vedrører avhandlingens metode, 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

Avhandlingens overordnede perspektiv er barnerettslig.<sup>37</sup> Hva et barnerettslig perspektiv innebærer, er ikke enkelt å definere entydig eller klart.<sup>38</sup> Etter min mening er det sentralt at problemstillingene drøftes ut fra et syn på *barn som selvstendige rettighetshavere*. 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 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 avhandlingen. 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.

---

<sup>37</sup> I avhandlinger som omhandler barnerettslige temaer benyttes både uttrykket barneperspektiv og barnerettsligperspektiv. 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.

<sup>38</sup> Se Lena L.R. Bendiksen og Trude Haugli, «Barneperspektiv i rettsvitenskapelig forskning», *Retfærd*, 2011 s. 79–99 (s. 80).

Valget av perspektiv er begrunnet i forskningsinteresse, et syn på barns rettigheter som en sentral verdi i en rettstat og at et slikt perspektiv gir et godt utgangspunkt for en grundig behandling av et kompleks 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.<sup>39</sup>

### 2.2.2 Andre perspektivvalg

Barns rettigheter, herunder barnets beste, må respekteres og 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 domstolen anser seg kompetent til å prøve i saker om opphold på humanitært grunnlag sammenlignet med utvisningssaker.<sup>40</sup> Dette har påvirket domstolenes prøvningsintensitet av barnets beste.<sup>41</sup>

Å se bort fra prosessuelle regler som innvirker på domstolens prøvningsintensitet ved analyse av innhold i barnets beste, gir en mer fullstendig fremstilling. Rettsforskere og dommere har ulike roller. Det er derfor ikke noen større grunn til at rettsforskerens analyser av rettigheter skal begrenses av prosessuelle regler som gjelder for domstolene eller eventuelt andre organer. Analysene i avhandlingen bygger derfor ikke på et domstolsperspektiv. Prosessuelle regler som kan begrense domstolenes kompetanse ved prøvning av vedtak etter utendl. § 38 eller utvisningsreglene, påvirker følgelig ikke dybden på analysene av innholdet barnets beste.

Rettskildene som er av betydning for temaet i avhandlingen 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 utlendingsrettslige kontekst. Tolkningene 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.

---

<sup>39</sup> Se også dette kapittelefs punkt 2.3.

<sup>40</sup> Se avhandlingens kapittel ni.

<sup>41</sup> Som for eksempel i Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 77.

## 2.3 Hovedtrekk ved den rettsvitenskapelige metoden i avhandlingen

Avhandlingen er et rettsvitenskapelig arbeid.<sup>42</sup> Analysene og fremstillingen av retten er basert på tolkninger av rettskilder, med det formål å komme frem til innholdet i barnets beste, altså hvordan en rettighet må forstås. Metoden i avhandlingen er følgelig rettsdogmatisk.<sup>43</sup> Arbeidet kan nok også betegnes som rettsanalytisk.<sup>44</sup> Skille mellom de to typene arbeid er ikke klart.<sup>45</sup>

I tolkninger ligger det *normative* elementer.<sup>46</sup> 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’». 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.<sup>48</sup> At tolkninger inneholder normative elementer kan gjøre at målet må bli å komme frem til *hvordan retten best kan forstås*.<sup>49</sup> Abramson er inne på noe som gjør at normativitet kan bli særlig fremtredende ved tolkning av menneskerettigheter. Han skriver at rettigheter er verktøy 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».<sup>50</sup> Han mener at tolkning av en rettighet må ta i betraktning både dens funksjon og *de verdier* den bygger på. Abramson anfører videre at «a legal analysis is simply a structured presertation of the reasons for accepting an opinion that law should be read in a particular way».<sup>51</sup> 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».<sup>52</sup>

---

<sup>42</sup> Forskningsobjektet er følgelig retten.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> Se Claes Sandgren, «Framtidens doktoravhandlinger i rettsvitenskap», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2007 s. 388–407 (s. 403–404) og Graver (2008) som etter en henvisning til Sandgren presiser at han benytter begrepet rettsdogmatikk om rettanalytiske arbeid, s. 157.

<sup>45</sup> Sandgren (2007) s. 403–404 og Graver (2008) s. 157.

<sup>46</sup> Peczenik beskriver rettsdogmatikken som *deskriptivnormativ*, Se Aleksander Peczenik, «Juridikens allmänna läror», *Svensk juristtidning*, 2005 s. 249–272 (s. 250).

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> Se punkt 2.4.5.

<sup>49</sup> Høgberg (2010) s. 44–45.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> Abramson (2008) s. 3.

<sup>52</sup> Abramson (2008) s. 3.

Allerede ved mitt valg av et barnerettslig perspektiv ligger det et normativt element og en bestemt oppfatning.<sup>53</sup> 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 avhandlingen har et barnerettslig perspektiv, innvirker dermed til en visse 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 grunnlovfestingene av barns menneskerettigheter fra 2014 at det i dag er ønskelig å gi barns rettigheter og interesser et særskilt vern.<sup>54</sup>

Verdier og oppfatninger kan innvirke på fastsettelsen av innholdet i barnets beste.<sup>55</sup> Det kan også påvirke hvilken betydning barnets beste må gis i konkrete saker. Både ulike verdier, ulike oppfatninger av politiske spørsmål og på 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.<sup>56</sup> Uenigheten om barnets bestes innhold og hvordan rettigheten må implementeres, illustreres av at selv etter en rekke høyesterettsdommer, hvorav tre plenumsdommer hvor rettigheten sto sentralt, mangler det avklaringer.

Selv om det er normative komponenter i rettsdogmatikken, er den rettslige argumentasjonen bundet av visse normer. Som Mæhle skriver er den rettslige argumentasjonen innenfor rettsdogmatikken «basert på og bestemt av visse normer som angir hva det juridiske kommunikative felleskapet anerkjenner som akseptabel eller holdbar rettslig argumentasjon i rettslige sammenhenger».<sup>57</sup> 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».<sup>58</sup> Graver skriver at *ett* syn på rettsforskerens rolle, er «som kritisk gransker av grunnlaget for rasjonell argumentasjon».<sup>59</sup> En *kritisk komponent* er tilstede i mine tolkninger

---

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> Se også avhandlingens kapittel 5, punkt 5.3.5.

<sup>55</sup> 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).

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> Mæhle (2004) s. 329.

<sup>58</sup> Mæhle (2004) s. 334.

<sup>59</sup> Hans Petter Graver, «Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2011 s. 230–249 (s. 247).

av rettskilder, i vurderinger av argumentasjonen i dommer og i undersøkelser av innholdet i retten forøvrig.

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».<sup>60</sup> For min del gjøres dette ved å peke på hvordan jeg mener kildene må tolkes, hvorfor barnets beste må forstås som en substansiell rettighet, hvordan innholdet i barnets beste, best må forstås ut fra de relevante rettskildene og de verdier 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. Wienkonvensjonen om traktattolkning art. 31 nr. 1.<sup>61</sup> Også for tolkning av barnets beste i Grl. § 104 annet ledd må ordlyden være 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 fastleggningen av innholdet i barnets beste.

For temaet i avhandlingen er BK og kilder tilknyttet denne helt sentral. 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».<sup>62</sup> 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.

---

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> 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 kapitlet.

<sup>62</sup> Randi Sigurdsen, «Den rettskildemessige betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer», *Retfærd*, 2014 s. 43–59 (s. 47).

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.<sup>63</sup> Tilnærmet alle stater i verden er forpliktet til å respektere, sikre og oppfylle rettighetene i BK.<sup>64</sup> Konvensjonen har følgelig bred formell legitimitet.<sup>65</sup> Videre inneholder BK en samlet og helhetlig fremstilling av barns rettigheter, herunder de rettigheter som kun tilkommer barn. Dette i motsetning til generelle menneskerettskonvensjoner, som for eksempel EMK og SP.

Rettighetene i BK har siden vedtakelsen hatt stor betydning. I EMDs dommer vises det til art. 3 nr. 1 og enkelte andre artikler.<sup>66</sup> Grunnloven § 104 er basert på enkelte rettigheter i BK, herunder art. 3 nr. 1.<sup>67</sup> Både EUs charter art. 24 annet ledd og Dublin III forordningen art. 6 er også basert på bestemmelser i BK.<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup>

Barnekonvensjonens særstilling, herunder dens formelle og materielle legitimitet taler for å ta utgangspunkt i denne ved fastlegging av innholdet i barnets beste. Ettersom alle

---

<sup>63</sup> 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). I følge kartet har USA signert, men ikke ratifisert BK.

<sup>64</sup> Om staters plikt til å respektere, sikre og oppfylle rettighetene, se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.2.2.

<sup>65</sup> Med formell legitimitet menes her at statenes tilslutning til konvensjonen rettferdiggjør dens rolle som rettskilde. Mæhle skriver at formell legitimitet dreier seg om å rettferdiggjør retten på bakgrunn av lov, grunnlov eller i de beslutningsprosedyrer 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.

<sup>66</sup> 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.

<sup>67</sup> 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.

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> Med materiell legitimitet menes at innholdet i rettighetene i konvensjonen, rettferdiggjør dens tyngde. Se Mæhle (2005) s. 21.



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.<sup>70</sup> Aall sammenfatter begrunnelsen for at EMDs praksis står «særlig sterkt» med stikkordene «organets formelle kompetanse og saksbehandling, og dommernes formelle kompetanse og renommè».<sup>71</sup> 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 gjensidige avhengige av hverandre og likeverdige.<sup>72</sup> Å kun behandle *en* bestemmelse vil ikke alltid være tilstrekkelig for å respektere og sikre 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 avhandlingen.

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 de er utformet etter mønster fra BK og enda er relativt ferske, er det begrenset hvor mye som kan utledes av § 104 alene.

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 avhandlingen. 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 analysen hvor de er relevante. For noen

---

<sup>70</sup> Geir Ulfstein, «Den europeiske menneskerettighetsdomstolen og Høyesteretts juridiske metode», i *Menneskerettighetene og Norge, Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Oslo 2017 s. 239–254 (s. 252).

<sup>71</sup> Jørgen Aall, «EMKs betydning etter grunnlovsrevisjonen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2017 s. 407–432 (s. 219–220).

<sup>72</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 4.

av problemstillingene som reises i avhandlingen, 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

Det er barnekomiteen som er autorativ fortolker av BK. Komiteen 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*.<sup>73</sup> Rettighetene i 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.<sup>74</sup> 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».<sup>75</sup> Bårdsen har fastslått at dette nettopp var noe av formålet med vedtakelsen av menneskerettsloven.<sup>76</sup> Problemstillingene i avhandlingen medfører at det folkerettslige innholdet i barnets beste må klarlegges. Dermed er barnekomiteens arbeid i utgangspunktet av stor betydning.

---

<sup>73</sup> Se BK art. 44 om *statenes rapporter*. Også ikke statlige organisasjoner, såkalte NGOer, kan komme med rapporter om hvordan barns rettigheter ivaretas, jf. BK art. 45. Rapportene blir diskutert i et offentlig møte i Geneve. 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 prosedyrereguleringen 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 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 komiteens arbeid se Thom Arne Hellerslia, «Uttalelser fra FN-komiteene – En strukturell Analyse». *Jussens Venner*, 2018 s. 71–11.

<sup>74</sup> Arnfinn Bårdsen «Barnekonvensjonen i Høyesterettspraksis», *Barnerettsdagen JUS*, Oslo 1. november 2016, s. 3.

<sup>75</sup> 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).

<sup>76</sup> Bårdsen (2016b) s. 3 og Innst. O. nr. 51 (1998–1999) punkt 5 og 8.

#### 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.<sup>77</sup> 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.<sup>78</sup> Rettskilder må tolkes. Noen gir sterke føringer, mens andre gir mindre sterke føringer på innholdet i rettsregelen, eller her 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 behandlet.<sup>79</sup> Jeg kommer ikke inn på alle argumentene som er trukket frem.<sup>80</sup>

*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».<sup>81</sup> 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».<sup>82</sup> Det legges til at det særlig må vurderes om det er en «tolkingsuttalelse, eller mer som en tilråding om optimal praksis» og om «uttalelsen passer

---

<sup>77</sup> 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, Sigurdsen (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).

<sup>78</sup> Forarbeider er for eksempel ikke bindende som sådan, 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.

<sup>79</sup> 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, Sigurdsen (2014), Skoghøy (2016), Søvig (2016), Bårdsen (2016b), Bårdsen (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).

<sup>80</sup> 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 Bårdsen (2016b) s. 11, Sigurdsen (2014) s. 47 med videre henvisninger og Meld. St. 39 (2015–2016) punkt 7.9 s. 49. Ettersom komiteen er ekspertorgan, som er bredt sammensatt, med overvekt av uavhengige jurister, går jeg ikke noe nærmere inn på dette. Om utvalget av komitemedlemmer, se Keller og Grover (2012) s. 168–169.

<sup>81</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 43.

<sup>82</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44.

på det aktuelle faktum og rettsområde». <sup>83</sup> Annenvoterende peker på sin side på at det synes å være en alminnelig oppfatning i folkerettslig litteratur at tolkningsuttalelse fra FNs håndhevingsorganer må tillegges «betydelig vekt». <sup>84</sup> I 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. <sup>85</sup> Her er altså holdningen lite reservert. <sup>86</sup> I plenumsdom III hadde imidlertid flertallet en mer reservert holdning. Førstvoterende viste til flertallet i 2009-dommen, og ser ut også til å kreve at komiteens tolkninger er forankret i konvensjonsteksten. <sup>87</sup>

Forsøk på å begrense kommentarenes rettskildemessige betydning, forekommer ifølge Alston, i flere land. <sup>88</sup> Han mener dette er en av flere teknikker stater benytter for å forsøke å begrense innvirkningen fra internasjonale konvensjoner. <sup>89</sup> Argumentasjonen i regjeringens vurdering av om Norge burde slutte seg til individklageordningen kan tyde på et ønske om å begrense konvensjonens innvirkning. <sup>90</sup> 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 begrensinger av det politiske handlerom. <sup>91</sup>

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, målsetninger og policys. <sup>92</sup> Det kan legges til at enkelte uttalelser også knytter seg til forskningsbaserte, faktiske

---

<sup>83</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44.

<sup>84</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 88. Dommen er behandlet av Bendiksen og Haugli som sier seg enig med annenvoterendes syn på de generelle kommentarenes betydning, Bendiksen og Haugli (2010) s. 66.

<sup>85</sup> Rt. 2015 s. 93 *Maria-dommen* avsnitt 64.

<sup>86</sup> Se kommentarer til dommen i Bårdsen (2016a) s. 255. Bårdsen var for øvrig førstvoterende i Maria-dommen.

<sup>87</sup> 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.

<sup>88</sup> Alston (2001) s. 766.

<sup>89</sup> Andre teknikker han blant annet nevner er vide reservasjoner, insistering på at traktatbestemmelser ikke er selvkraftige, mislykkede implementeringer og avvísning av en dynamisk tilnærming, Alston (2001) s. 766.

<sup>90</sup> 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.

<sup>91</sup> Solheim (2018) s. 342–343.

<sup>92</sup> 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.

opplysninger.<sup>93</sup> Det er imidlertid nokså lett å skille ut tolkningsuttalelsene. Her kan det trekkes en parallell til norske forarbeider, hvor det også kan forekomme ulike typer uttalelser.<sup>94</sup> 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 målsetninger 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.<sup>95</sup> Søvig 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. Søvik argumenterer for at rettsanvenderen bør se på det samlede «rettskildematerialet som fremkommer av komiteens praksis».<sup>96</sup> Det er jeg enig i er ideelt. Det samlede rettskildematerialet er imidlertid omfattende. Som påpekt av annenvoterende i 2009-dommen bygger kommentarene «på komitéens samlede erfaring og innsikt - herunder fra behandlingen av statsrapporter - og rettes til alle konvensjonsstatene».<sup>97</sup> Dermed bidrar de generelle kommentarene til å gjøre hovedtrekkene lettere tilgjengelig. 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».<sup>98</sup> 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».<sup>99</sup> Annenvoterende i plenumsdom III fremhevet at kommentarene tillegges vekt av EMD og andre domstoler.<sup>100</sup> At uttalelsene er resultat av en grundig prosess, ikke bygger på ensidige vurderinger og vektlegges av blant annet EMD, er argumenter for å gi de stor vekt.

I Rt. 2009 s. 1261 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

---

<sup>93</sup> 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.

<sup>94</sup> De generelle kommentarene skiller seg imidlertid klart fra forarbeider ved at de er en del av folkeretten og legitimert på andre måter enn forarbeider.

<sup>95</sup> Søvig (2016) s. 537.

<sup>96</sup> Søvig (2016) s. 537.

<sup>97</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 89. Se også annenvoterendes uttalelse i Rt. 2015 s. 1388 *plenumsdom III* avsnitt 272.

<sup>98</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 89. Se også Keller og Grover (2012) om «public participation» ved utarbeidelsen av kommentarene, 185.

<sup>99</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 89.

<sup>100</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 271.

og rettsområdet.<sup>101</sup> 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 vurderer betydning 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 synlig 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.<sup>102</sup>

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.<sup>103</sup> 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.<sup>104</sup> 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 å tilpasses 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 kommunikasjonsprosedyre, og kan foreløpig ikke klages inn.<sup>105</sup> Et spørsmål blir om den

---

<sup>101</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44.

<sup>102</sup> 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 avhandlingens kapittel åtte, punkt 8.3.1.

<sup>103</sup> Bårdsen (2016b) s. 10.

<sup>104</sup> Se uttalelsene General Comment nr. 6 avsnitt 3–4. Se også Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 89.

<sup>105</sup> 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 klagen, 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».



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.<sup>106</sup> 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.<sup>107</sup> Uttalelser i klagesaker kan derfor måtte tillegges stor vekt, uavhengig av Norges tilslutning.<sup>108</sup> Som Bårdsen trekker frem vil imidlertid Norges manglende tilslutning kunne gi færre saker med direkte overføringsverdi til norske forhold.<sup>109</sup> Igjen mener jeg det kan trekkes en parallell til EMD-dommer, hvor mange er rettet mot land som er ulik Norge. Overføringsverdien må vurderes konkret i hver sak. Generelle uttalelser om rettighetenes innhold kan være relevant 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.<sup>110</sup> Bårdsen trekker også frem at regjeringens og stortingets negative holdning kan bidra til å svekke grunnlaget for å sidestille barnekomiteens uttalelser med menneskerettskomiteens.<sup>111</sup> 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 rettighetenes innhold i konkrete saker, og følgelig mot rettighetens konkrete nivå.<sup>112</sup>

De tre typene kildene *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.

---

<sup>106</sup> Meld. St. 39 (2015–2016) punkt 7.9.

<sup>107</sup> Skoghøy (2016) s. 7 og Bårdsen (2017) s. 162 og 176.

<sup>108</sup> Som også lagt til grunn i Søvig (2016) s. 537 og Skoghøy (2016) s. 7.

<sup>109</sup> Bårdsen (2017) s. 176.

<sup>110</sup> 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.

<sup>111</sup> Bårdsen (2017) s. 176.

<sup>112</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.4. om rettigheters konkrete og abstrakte nivå.

#### 2.4.3.3 Bruk av komiteens uttalelser i avhandlingen

Hovedvekten av tolkningsuttalelsene som benyttet i avhandlingen, stammer fra de generelle kommentarene. Dette skyldes to forhold. For det første at det foreløpig er få klagesaker. De fleste går ikke særlig dypt inn i drøftelsene.<sup>113</sup> For temaet i avhandlingen 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 merknadenes 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.<sup>114</sup> Mange kommentarer retter seg mot land hvor barns rettsstilling er svært ulike fra i Norge. Når det er nokså få generelle betraktninger om rettighetenes innhold, gir det ikke spesielt mye veiledning for fastleggingen av innholdet i barnets beste.<sup>115</sup> 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.<sup>116</sup>

I avhandlingen tillegges de relevante kildene fra barnekomiteen i utgangspunktet *stor vekt*. Dette særlig fordi en slik vektlegging av rettskildene utgjør et nødvendig bidrag for å fastlegge det folkerettslige innholdet barnets beste. Betydning av kildene må imidlertid vurderes konkret under de enkelte drøftelsene. Dette blant annet 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 sentral 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.

---

<sup>113</sup> 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).

<sup>114</sup> Hellerslia (2018) s. 79.

<sup>115</sup> Som påpekt av Keller og Grover (2012) forekommer det sjelden, s. 166.

<sup>116</sup> Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.8.

#### 2.4.4 Sammenhengen mellom ulike rettigheter og rettskilder

I tillegg til kilder fra barnekomiteen, er en rekke andre rettskilder relevante for temaet i avhandlingen. Det er heller ikke bare kilder knyttet til barnets beste som er av betydning. Det overordnede utgangspunktet at staten er forpliktet til å respektere og sikre *alle* relevante rettigheter, jf. Grl. § 92. Hvis flere rettigheter blir berørte i en sak, må følgelig alle respekteres og sikres. Menneskerettigheter er i tillegg «universal, indivisible, interdependent and interrelated».<sup>117</sup> Det er en indre sammenheng mellom rettighetene i BK. De binder sammen, forsterker, støtter seg til og utfyller hverandre.<sup>118</sup> Sandberg skriver at «children's rights are indivisible and holistic and should not be seen separately or in isolation from each other».<sup>119</sup> I tillegg til at alle relevante rettigheter må respekteres og sikres, kan dermed rettighetene kan innvirke på hverandres innhold. Analysene i avhandlingen bygger på et syn på barns rettigheter som helhetlige, udelelige og innbyrdes avhengig 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 i avhandlingen. 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.<sup>120</sup>

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.<sup>121</sup>

Artikkel 31 nr. 3 bokstav c i Wien-konvensjonen regnes som internasjonal sedvane, og gir følgelig føringer på tolkningen av alle konvensjonsfestede rettigheter.<sup>122</sup> Heller ikke BK eller

---

<sup>117</sup> Se General Comment nr. 16, *on State obligations regarding the impact of the business*, 17. april 2013. *sector on children's rights*, avsnitt 12.

<sup>118</sup> General comment nr. 1, *The Aims of Education (article 29)*, 17. april 2001 avsnitt 6.

<sup>119</sup> Kirsten Sandberg, «Children's Rights to Protection Under the CRC» i *Human Rights in Child Protection Implications for Professional Practice and Policy*, Palgrave Macmillan 2018 s. 15–37 (s. 15).

<sup>120</sup> 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.

<sup>121</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 74.

<sup>122</sup> Müller skriver at det fremgår av FNs folkerettskommisjon (International Law Commission) at folkerettslig sedvane ble kodifisert i Wien-konvensjonen, Amrei Müller, «En kort innføring i folkerettslig traktatstolkning»,

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. Hvis rettighetene i BK benyttes for å tilpasse rettighetene i for eksempel EMK til barns behov, vil det gi et mer effektivt vern. Hvis derimot generelle rettigheter skulle innvirke på BK, ville det kunne svekket barns rettighetsvern, fordi barn ofte har andre behov enn voksne. 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».<sup>123</sup> 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.<sup>124</sup> Også utover vurderingen av barnets beste, kan internasjonale kilder være relevante.<sup>125</sup>

Grunnloven § 104 annet ledd ble utformet etter mønster av BK art. 3 nr. 1 og EUs Charter art. 24 nr. 2.<sup>126</sup> I Dok. 16 (2011-2012) drøftes ulike forslag ved utforming av ordlyden § 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.<sup>127</sup> Etter utvalgets mening innebar det at «praksis relatert til disse bestemmelsene, i likhet med tidligere

---

*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.

<sup>123</sup> 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.

<sup>124</sup> Om barnets bestes to sider, se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.4. Vurderingssiden behandles hovedsakelig i kapittel syv. Om elementene som inngår i vurderingen, se punkt 7.2.1 og 7.2.2.

<sup>125</sup> 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.

<sup>126</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 192.

<sup>127</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 192.

norsk praksis på området, vil være nyttige bidrag til fortolkningen». <sup>128</sup> 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. <sup>129</sup> Begge rettighetssettene må etter § 92 respekteres og sikres.

Forholdet mellom Grunnloven og internasjonale menneskerettigheter Norge er forpliktet av, ble behandlet i Rt. 2015 s. 93, *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». <sup>130</sup> 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». <sup>131</sup> Det ble slått fast at det samme må gjelde for Grl. § 104. <sup>132</sup> Sammenholdt med uttalelsen i forarbeidene er det altså klart at internasjonale håndhevingsorganers praksis er relevant ved tolkning av § 104. <sup>133</sup>

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 artikkel 3 nr. 1 - og dermed også ved tolkningen av Grunnloven § 104 andre ledd». <sup>134</sup> Sammenlignet med andre uttalelser om kommentarenes rettskildemessige vekt, kan det se ut til at Høyesterett her gikk noe langt. <sup>135</sup> 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. <sup>136</sup> På grunn av prosessuelle regler ble ikke rettighetsbestemmelsene i Grunnloven behandlet, og dermed tok ikke retten stilling til kommentarens betydning for tolking av § 104. <sup>137</sup> Når flertallet la så liten vekt på

---

<sup>128</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 192.

<sup>129</sup> Høgberg (2017) s. 226.

<sup>130</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

<sup>131</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

<sup>132</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64.

<sup>133</sup> 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 internasjonal organer skulle være relevant, Bårdsen (2017) s. 77.

<sup>134</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64.

<sup>135</sup> Se dette kapittelets punkt 2.4.3.2.

<sup>136</sup> Se dette kapittelets punkt 2.4.3.2.

<sup>137</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 162.

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. Det er derfor vanskelig å vite hvordan Høyesterett vil anvende kommentarene fremover.

Utgangspunktet er at praksis fra internasjonale organer er relevant tolkningen av 104, men hvor stor vekt slike kilder må tilleggs, må nok 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».<sup>138</sup> 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.<sup>139</sup> Dermed er det først og fremst ordlyden og forarbeidene som gir veiledning, og disse kildene gir ikke noe mer substans til rettigheten enn ordlyden i BK art. 3 nr. 1. 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.<sup>140</sup> Ettersom menneskerettigheter er gjensidig avhengig 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 relevant. 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 avhandlingen er det andre kilder som krever mer omfattende behandling.

---

<sup>138</sup> Høgberg (2017) s. 223.

<sup>139</sup> 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.

<sup>140</sup> 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 Integradtion*, Oxford 2014 s. 263–280 om charterets betydning for tolkning av EØS retten.

#### 2.4.5 Dynamisk tolkning

Menneskerettigheter er dynamiske.<sup>141</sup> For at rettigheten skal gi effektivt vern av de interesser 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».<sup>142</sup> 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».<sup>143</sup> Som Bendiksen og Haugli skriver må BK «utvikles som en dynamisk kilde gjennom et samvirke mellom komiteen og nasjonale myndigheter».<sup>144</sup> Barnets beste kan ikke være et unntak.<sup>145</sup> 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».<sup>146</sup> Dette kan forklares med at heller ikke elementene som inngår i vurderingen av barnets beste, har en statisk karakter.<sup>147</sup>

Det kan være ulemper med en dynamiske 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.<sup>148</sup> Dynamisk 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 verdier 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

---

<sup>141</sup> Om BK, se for eksempel Committee on the Rights of the Child's 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*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 17–30 (s. 26). Om EMK og UNs Universal Declaration of Human Rights, se William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, Oxford 2015 s. 47–49.

<sup>142</sup> Schabas (2015) s. 48.

<sup>143</sup> 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.

<sup>144</sup> Bendiksen og Haugli (2010) s. 64.

<sup>145</sup> 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».

<sup>146</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 11.

<sup>147</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.2.

<sup>148</sup> 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.

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.<sup>149</sup>

Når Høyesterett har gitt uttrykk for at vektleggingen av uttalelser i de generelle kommentarer blant annet beror på «hvor godt de er forankret i konvensjonsteksten», blir det vanskelig for domstolen å følge med i utviklingen av det folkerettslige innholdet i rettighetene.<sup>150</sup> Denne holdningen gjør at det kan oppstå et avvik mellom rettighetenes folkerettslige innholdet og Høyesteretts praktisering av dem. Ordlyden til artiklene er statisk. Den endres ikke, selv om samfunnets oppfatninger, herunder om 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.

I avhandlingen må tolkninger av rettskilder 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 tolkninger som er forankret i rettskildene, endres.<sup>151</sup> Dette forsterkes noe av at også utlendingsretten er gjenstand for endring. At utlendingsretten heller ikke er statisk, bidrar til at

---

<sup>149</sup> Se for eksempel Jeunesse mot Nederland avsnitt 109. Se også Müller (2017) s. 250 hvor det legges til grunn at 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.

<sup>150</sup> Se HR-2018-2090-A avsnitt 14 og Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 151.

<sup>151</sup> Se likevel avhandlingens kapittel fem, punkt 5.3.4.1 om prinsippet om barnets bestes grunnleggende karakter.



de spenninger jeg tok opp innledningsvis både kan øke og minske, avhengig av hvilken retning utviklingen av barns rettigheter og utlendingsretten tar.<sup>152</sup>

---

<sup>152</sup> Se avhandlingens kapittel en, punkt 1.2.



## 3 Faktum i sentrale dommer

### 3.1 Valg av dommer og struktur

I dette kapittelet presenterer jeg faktumet til dommer som er sentrale for analysene i avhandlingen. At jeg har samlet faktum i et eget kapittelet er begrunnet i måten jeg benytter dommene på, avhandlingens struktur og en del av dommenes karakter. Avhandlingen er disponert etter tema og problemstillinger. I en del av dommene som er sentrale tas det opp flere ulike spørsmål og/eller det fremkommer argumenter i dem som har betydning for flere av mine problemstillinger og drøftelser. Oftest er det kun enkelte sider av den rettslige argumentasjonen i dommene, som er relevant under de ulike kapitlene eller punktene. Fremstilling av praksis er følgelig fragmentert. Å redegjøre for faktum første gang dommen benyttes, vil gi en nokså tilfeldig plassering. Det kan gjøre det vanskelig å finne igjen faktum ved behov. I tillegg vil en fremstilling av faktum fortløpende i teksten skape brudd i tekst og analyser.

Dommaterialiet i avhandlingen er omfattende. Her presenterer jeg derfor kun faktum til de dommene som er relevant og anvedes flere steder i avhandlingen, og som har et slikt innhold at avhandlingens tematikk krever en nokså grundig behandling av dem. For de mindre sentrale dommene gis en kort fremstilling av de sidene av faktum som er relevant, når dommen benyttes. Dommene som behandles her er altså valgt ut på grunn av deres innhold og relevans for problemstillingene i avhandlingen.

Jeg starter med å gi en fremstilling av høyesterettsdommer. Deretter behandles dommer fra EMD. Noen av dommene som er sentrale for temaet i avhandlingen er behandlet både av Høyesterett og EMD.<sup>153</sup> Faktum fremstilles da under henvisning til høyesterettsdommen. Det er få relevante klagesaker fra barnekomiteen. De som er relevante har et er relativt oversiktlige faktum. Det gis derfor kun en kort presentasjon av saken når klagesakene benyttes, og ikke i dette kapittelet.

---

<sup>153</sup> EMDs dom 14. februar 2012 *Antwi med flere mot Norge*, Butt mot Norge og EMDs dom 31. juli 2008, *Darren Omoregie med flere mot Norge* ble ikke behandlet av Høyesterett. Faktum fremstilles derfor sammen med de øvrige dommene fra EMD.

## 3.2 Høyesterettsdommer om utvisning

### 3.2.1 Rt. 2009 s. 534 (*Nunez mot Norge*)

Saken i Rt. 2009 s. 534 gjaldt gyldigheten av et utvisningsvedtak rettet mot en mor, med to små barn. Moren kom opprinnelig fra Den dominikanske republikk. Hennes to døtre hadde norsk statsborgerskap. Utvisningen var begrunnet i gjentatte brudd på utlendingsloven. En sentral problemstilling var om utvisningen var uforholdsmessig overfor barna.

Moren kom til Norge første gang i januar 1996. Mars 1996 ble hun pågrepet for butikktveri. Kort tid etter lovbruddet ble det fattet vedtak om utvisning med to års innreiseforbud og hun ble sendt ut av Norge. I Juli 1996 returnerte moren til Norge, med et annet pass enn hun benyttet første gang. Hun giftet seg med en norsk statsborger og fikk bosettingstillatelse. Forholdet tok slutt ganske raskt. Våren 2001 flyttet hun sammen med en ny mann. Sammen fikk de to døtre, født juni 2002 og desember 2003. I mellomtiden hadde utlendingsmyndighetene fått tips om at moren tidligere hadde vært utvist. I oktober 2002 vedtok UDI tilbakekalling av bosetnings- og arbeidstillatelse. Vedtak om utvisning med innreiseforbud ble fattet først i april 2005. Vedtaket ble påklaget, men UNE besluttet å ikke ta klagen til følge. Samlivet mellom moren og barnas far tok slutt. I starten bodde barna med moren, men etter dom fra Oslo tingrett 24. mai 2007 ble faren tilkjent omsorgen. Moren fikk samværsrett. Dommen i barnefordelingssaken var i stor grad begrunnet i utvisningsvedtaket.

Moren gikk til sak med påstand om at utvisningsvedtaket var ugyldig.<sup>154</sup> Tingretten frifant staten.<sup>155</sup> Borgarting lagmannsrett kom til at vedtaket var uforholdsmessig overfor barna og følgelig ugyldig.<sup>156</sup> I Rt. 2009 s. 534 kom Høyesterett under dissens tre mot to til vedtaket var gyldig. Flertallet mente vedtaket ikke var et uforholdsmessig inngrep overfor Nunez eller barna. I *Nunez mot Norge* kom EMD, under dissens fem mot to, til at en utvisning med to års innreiseforbud ville krenke retten til familieliv.<sup>157</sup>

### 3.2.2 Rt. 2010 s. 1430 (*Kaplan med flere mot Norge*)

Saken i Rt. 2010 s. 1430 gjaldt gyldigheten av et vedtak om utvisning av en far. Utvisningen var begrunnet både i brudd på utlendingsloven og en dom på legemsbeskadigelse. Det sentrale spørsmålet var om utvisningen ville være uforholdsmessig overfor faren og hans familie.

---

<sup>154</sup> Påstand var rettet mot vedtaket fra UNE, altså det siste vedtaket som ble fattet.

<sup>155</sup> Oslo tingrett TOSLO-2007-108285.

<sup>156</sup> Borgarting lagmannsrett LB-2007-183772.

<sup>157</sup> *Nunez mot Norge* avsnitt 85.

Den utviste var Tyrkisk statsborger. Han var gift og hadde to sønner. Han kom til Norge i 1998, uten pass eller andre reisedokumenter, og søkte asyl. Søknaden ble avslått i september 1999. Vedtaket ble påklaget, uten at det førte frem. Heller ikke begjæring om omgjøring førte frem. I mellomtiden ble han dømt for legemsbeskadigelse. Han forlot ikke Norge frivillig, og det ble heller ikke satt i verk tiltak for å få han sendt ut. Fra 2001 hadde han arbeid, skattekort og betalte husleie til UDI. Mellom 2003 og 2006 vedtok han tre forlegg for å ha kjørt for fort og ha kjørt uten førerkort. Kona og sønnene ankom Norge i mai 2003, og søkte da asyl. Søknaden ble avslått i desember 2003. Klage og omgjøringsbegjæring førte ikke frem. I august 2005 fikk paret en datter. Datteren fikk etterhvert diagnosen barneautisme. Diagnosen ble senere endret til gjennomgripende utviklingsforstyrrelse. Som følge av arbeidet med en forskriftsendring som gjaldt lengeværende barn, fikk kona og de tre barna midlertidig oppholdstillatelse i september 2006. I november 2006 ble det vedtatt utvisning med varig innreiseforbud av faren. Innreiseforbudet ble senere endret til fem år. Moren og barna fikk etter hvert innvilget opphold på humanitært grunnlag.

Faren gikk til sak med påstand om at utvisningsvedtaket var ugyldig. I tingretten ble staten frifunnet.<sup>158</sup> Lagmannsretten kom til at utvisningsvedtaket var ugyldig.<sup>159</sup> Det ble særlig lagt vekt på datterens alvorlige sykdom og hennes behov for hjelp og støtte. Høyesterett la på sin side til grunn at utvisningen ikke var uforholdsmessig overfor faren eller hans familie, og frifant staten. I Kaplan med flere mot Norge kom EMD enstemmig til at EMK art. 8 var krenket.

### **3.2.3 Rt. 2011 s. 948**

Saken i Rt. 2011 s. 948 gjaldt gyldigheten av et vedtak om utvisning begrunnet i brudd på utlendingsloven. Den utviste var etnisk albaner fra Kosovo. Hun kom til Norge sammen med sin familie som attenåring i 1999. Familien fikk da kollektiv beskyttelse i ett år. Etter en tid reiste hun tilbake til Kosovo. Hun ble der utsatt for overgrep og trakassering. Hun kom tilbake til Norge etter tre måneder, og søkte da om asyl. Søknaden ble avslått og klage førte ikke frem. Hun ble, sammen med sin familie, uttransportert til Kosovo i 2002. Hun vendte igjen tilbake til Norge og søkte på nytt om asyl februar 2004. I mars 2004 giftet hun seg. Både asylsøknaden og søknad om familieforening ble imidlertid avslått, og i september 2005 ble det vedtatt utvisning med fem års innreiseforbud. Hun forlot likevel ikke Norge.

---

<sup>158</sup> Oslo tingrett TOSLO-2006-160049.

<sup>159</sup> Borgarting lagmannsrett LB-2009-102660.

I 2006 og 2007 fikk hun to sønner. Begge sønnene hadde bosettingstillatelse i Norge i familiegjennforening med faren. Etter klage endret UNE innreiseforbudet til to år av hensyn til barna. Moren reiste sak for domstolene med påstand om at utvisningsvedtaket var ugyldig. Oslo tingrett kom til at vedtaket var ugyldig.<sup>160</sup> I lagmannsretten ble staten frifunnet under dissens.<sup>161</sup> Høyesterett kom til at vedtaket var uforholdsmessig og følgelig ugyldig.

### *3.2.4 Rt. 2015 s. 93 Maria-dommen*

Saken i Rt. 2015 s. 93 *Maria-dommen*, gjaldt gyldighet av et vedtak om utvisning og et vedtak om avslag på opphold etter reglene om familiegjennforening. I tillegg var det et spørsmål om vedtakene krenket EMK. Den utviste var Kenyansk statsborger. Hun kom til Norge sommeren 2007 og søkte asyl i februar 2008. Søknaden ble avslått i november 2008. Verken klage eller omgjøringsbegjæring førte frem. Hun forlot likevel ikke Norge.

I 2010 fikk hun en datter, Maria. Far var norsk, og Maria fikk derfor norsk statsborgerskap. Faren hadde imidlertid frasagt seg foreldreansvaret. Moren var følgelig alene om omsorgen. Moren søkte om oppholdstillatelse for familiegjennforening i mai 2011. Under henvisning til at hun hadde gitt uriktige opplysninger da hun søkte asyl, unndratt seg effektivering av avslaget ved å bli i Norge og oppholdt seg ulovlig i landet litt over ett år, fattet UDI utvisningsvedtak med fem års innreiseforbud. Søknaden om oppholdstillatelse ble avslått samme dag. Klage førte ikke frem og vedtaket ble heller ikke omgjort.

Moren og Maria reiste sak for Oslo tingrett. De krevde dom for at vedtakene var ugyldig og for krenkelse av EMK. Oslo tingrett frifant staten i ugyldighetssøksmålet.<sup>162</sup> Kravet om særskilt fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd ble avvist. Lagmannsretten frifant staten for konvensjonsbrudd og forkastet resten av anken.<sup>163</sup> Høyesterett kom til at utvisningsvedtaket var ugyldig som følge av at det var uforholdsmessig overfor Maria. Som en virkning av at utvisningsvedtaket var ugyldig, var også avslaget på familiegjennforening ugyldig. I tillegg ble det avsagt dom for at vedtakene var i strid med EMK art. 8.

---

<sup>160</sup> Oslo tingrett TOSLO-2009-169713.

<sup>161</sup> Borgarting lagmannsrett LB-2010-14764.

<sup>162</sup> Oslo tingrett TOSLO-2013-113713.

<sup>163</sup> Borgarting lagmannsrett LB-2013-204765 og LB-2013-204717.

### 3.3 Høyesterettsdommer om opphold på humanitært grunnlag

#### 3.3.1 Rt. 2009 s. 1261

Saken i Rt. 2009 s. 1261 gjaldt gyldigheten av UNEs vedtak om ikke å omgjøre et avslag på opphold på humanitært grunnlag for en enslig gutt. Gutten ble født i 1993 og kom fra Sri Lanka. Han kom alene til Norge i september 2002 og søkte asyl like etter. Under asylintervju opplyste han at han hadde bodd sammen med sin mor, far og to yngre søsken på Sri Lanka. I Norge hadde han en onkel og sin mormors søster.

I september 2003 avslo UDI asylsøknaden. Klage og omgjøringsbegjæringer førte ikke frem. I mars 2006 ble gutten returnert til Sri Lanka. Han ble møtt av sin mormor, og ble boende hos henne og morfaren. Etter de opplysningene som foreligger om forholdene etter retur ble han ikke gjenforent med moren, faren eller sine søsken. Etter utsendelse ble det fremsatt nok en omgjøringsbegjæring. Fordi gutten ikke oppholdt seg i Norge, ble ikke begjæringen realitetsbehandlet. I juni 2007 tok gutten verge ut stevning for Oslo tingrett med påstand om at det siste avslaget på omgjøring og beslutningen om å ikke realitetsbehandle omgjøringsbegjæringen var ugyldig.

Tingretten kom til at det var til guttens beste å bli returnert til sin familie og frifant UNE.<sup>164</sup> Borgarting Lagmannsrett forkastet anken.<sup>165</sup> Høyesterett la til grunn at domstolene har begrenset prøvningskompetanse av barnets beste i vedtak fattet etter utlendl. § 38. Under dissens kom retten til at vedtaket var gyldig.

#### 3.3.2 Rt. 2012 s. 1985 Plenumsdom I

Saken i Rt. 2012 s. 1985 *plenumsdom I* gjaldt gyldighet av å nekte å omgjøre et avslag på søknad om asyl og opphold på humanitært grunnlag.<sup>166</sup> Saksøkere var en iransk familie på fire. Moren og en sønn født i 2003 ankom Norge i 2004, og søkte da om asyl. Ved ankomst til Norge fremviste mor falskt pass. Far ankom Norge i februar 2005, og søkte da om asyl. Far ankom uten pass eller andre identitetsdokumenter.

Begge asylsøknadene ble avslått av UDI, og det ble heller ikke innvilget opphold på humanitært grunnlag. Avslagene ble påklaget, blant annet på grunnlag av at sønnen hadde fått påvist tuberkulose. I februar 2006 ble klagen avslått, men utreisefristen ble utsatt slik at guttens sykdom kunne bli behandlet i Norge. Kort tid etter avslaget begjærte familien omgjøring.

---

<sup>164</sup> Oslo tingrett TOSLO-2007-96580.

<sup>165</sup> Borgarting lagmannsrett LB-2008-81478.

<sup>166</sup> Saken ble behandlet i sammenheng med saken i Rt. 2012 s. 2039.

Omgjøringsbegjæringen ble delvis tatt til følge. Familien ble gitt midlertidig oppholdstillatelse for å fullføres guttens behandling. I 2007 fikk familien en datter. Fra oktober 2007 hadde familien plikt til å forlate landet, men de reiste ikke. Fordi de ikke hadde fremskaffet identitetspapirer, var ikke tvangsretur mulig. Familien begjærte omgjøring fire ganger. Alle begjæringene ble avslått. I november 2010 tok familien ut stevning for Oslo tingrett med påstand om at UNEs siste vedtak var ugyldig. I tråd med UNEs interne retningslinjer, ble søksmålet behandlet som begjæring om omgjøring. Begjæringen ble avslått

Oslo tingrett kom til at vedtaket var gyldig og frifant staten.<sup>167</sup> Borgarting lagmannsrett forkastet anken.<sup>168</sup> For Høyesterett var det påberopt enkelte nye faktiske omstendigheter, herunder at barna hadde økt tilknytning til Norge.

Da saken ble behandlet i Høyesterett, hadde gutten oppholdt seg i Norge fra han var ett til ni år. Jenta på fem år hadde bodd hele livet i Norge. Høyesterett behandlet tre overordnede problemstillinger. Den første var hvilke faktum domstolen skal legge til grunn ved prøvning av vedtakets gyldighet. Den andre rettet seg mot innholdet i utlendl. § 38, og hvilket særlig vern barn har etter bestemmelsens tredje ledd. Den tredje var hvilke kompetanse domstolen har ved prøvning av § 38 tredje ledd. Dommen inneholder flere særavtøm. Fjorten dommere mente at domstolen ved gyldighetskontroll av forvaltningsvedtak, må legge til grunn faktum fra vedtakstidspunktet. Tre mente domstolen må legge til grunn faktum fra domstidspunktet *i utlendingssaker*, mens to la til grunn at domstolen alltid må legge til grunn faktum slik det er på domstidspunktet ved prøvning av forvaltningsvedtak. Innholdet § 38 tredje ledd var noe ulikt formulert av flertallet og mindretallet. Det samme gjaldt domstolens kompetanse ved gyldighetskontrollen. Fjorten dommere kom til at vedtaket var gyldig, mens fem dommere mente det var ugyldig. Dermed ble staten frifunnet.

### **3.3.3 Rt. 2012 s. 2039 Plenumsdom II**

Saken i Rt. 2012 s. 2039 *plenumsdom II* gjaldt gyldighet av vedtak om å nekte å omgjøre et avslag på søknad om asyl og opphold på humanitært grunnlag. I tillegg var det krevd fastsettelsesdom for krenkelse av BK art. 3 nr. 1 og EMK art. 8. Saksøkere var en familie bestående av mor, far og deres to døtre født september 2003 og februar 2012. Mor og far kom fra Bosnia til Norge i februar 2003. Begge kom uten pass eller andre identitetsdokumenter.

---

<sup>167</sup> Oslo tingrett TOSLO-2010-183706.

<sup>168</sup> Borgarting Lagmannsrett LB-2011-86996.



Samme dag som de ankom Norge, søkte de asyl. Søknadene ble avslått november 2003, og de fikk utreisefrist i desember. Det ble heller ikke innvilget opphold på humanitært grunnlag.

Klagen førte ikke frem. Familien begjærte senere omgjøring flere ganger. I sammenheng med arbeid med en forskriftendring knyttet til barn med særlig tilknytning til riket, ble alle saker hvor barn som søkte opphold hadde mer enn tre års oppholdstid per. 1. april 2007, stilt i bero. Dette var tilfellet for familiens sak. Forskriftsendringen trådte i kraft 1. juni 2007. Familiens avslag ble ikke omgjort. De reiste likevel ikke ut av landet, og søkte igjen om omgjøring. Heller ikke den førte frem. Familien tok ut søksmål mot staten om gyldigheten av vedtaket. Utlendingsnemnda vurderte igjen omgjøring, men avslaget ble stående.

Oslo tingrett frifant staten.<sup>169</sup> Borgarting lagmannsrett forkastet anken.<sup>170</sup> Før behandling i Høyesterett ble familien uttransportert til Bosnia-Hercegovina. Ved uttransporteringen var den eldste jenta åtte år og seks måneder, og hadde bodd like lenge i Norge. Av familiens samlede botid, var seks år og to måneder uten lovlig opphold. En sentral problemstilling for Høyesterett var om domstolen hadde anledning til å avsi dom for krenkelse av BK art. 3 nr. 1. Saken reiste i likhet med plenumsdom I også spørsmål om det materielle innholdet i utlendl. § 38, og om domstolenes kompetanse ved gyldighetskontroll.

Høyesterett kom under dissens fjorten mot fem til at vedtaket var gyldig. Et flertall på ti dommere kom til at kravet om dom for krenkelse av BK art. 3 nr. 1, måtte avvises. Åtte dommere mente at kravet måtte realitetsbehandles, og fem av disse mente at art. 3 nr. 1 var krenket. De samme fem dommerne mente også at utsendelsen krenket retten til privatliv i EMK art. 8. De øvrige fjorten la til grunn at EMK ikke var krenket. Resultatet ble følgelig at kravet om fastsettelsesdom for krenkelse av BK art. 3 nr. 1 ble avvist, staten ved UNE ble frifunnet for påstanden om brudd på EMK art. 8 og vedtaket ble ansett å være gyldig.

### **3.3.4 Rt. 2015 s. 1388 Plenumsdom III**

Saken i Rt. 2015 s. 1388 *plenumsdom III* gjaldt gyldigheten av vedtak om å nekte å omgjøre avslag på asyl og opphold på humanitært grunnlag. Saksøkerne var en familie på fire fra Afghanistan. Barna, to jenter, var på tidspunktet for det siste vedtaket nesten seks og to år. Moren ankom Norge sammen med den yngste jenta og søkte asyl i juni 2011. Faren ankom sammen med den eldste jenta, og søkte asyl i august 2011. Før faren og jenta kom til Norge, hadde de oppholdt seg i Athen. Her hadde jenta kommet bort fra faren. Det var uklart hva hun

---

<sup>169</sup> Oslo tingrett TOSLO-2010-201482.

<sup>170</sup> Borgarting lagmannsrett LB-2011-135931.

hadde opplevd da hun var borte, men etter undersøkelse av en psykologspesialist ble det lagt til grunn at hun hadde utviklet symptomer på PTSD som følge av hendelsen.

Av UDI ble det lagt til grunn at familien kunne få effektivt vern mot forfølgelse i Kabul (internflukt) og søknaden om asyl ble derfor avslått i september 2011. Det ble heller ikke innvilget opphold på humanitært grunnlag. Klage og omgjøringsbegjæring førte ikke frem. Familien tok ut stevning for Oslo tingrett. Tingretten kom til at vedtaket var ugyldig som følge av mangler ved begrunnelsen.<sup>171</sup> Det var særlig at barnas beste ikke var tilstrekkelig drøftet som ble ansett å utgjøre mangelen. Lagmannsretten forkastet anken etter å ha funnet flere mangler ved vedtaket.<sup>172</sup>

Høyesterett tok stilling til en rekke problemstillinger. Det var flere dissenser. Førstvoterende mente det ikke forelå mangler ved vedtakene. Annenvoterende kom til at avslaget på opphold på humanitært grunnlag var ugyldig som følge av mangler ved begrunnelsen, mens avslaget på asyl var gyldig. Annenvoterende mente, i motsetning til førstvoterende, at domstolen hadde kompetanse til å prøve om internflukt ville være urimelig etter dagjeldende utlendl. § 28 femte ledd. Tredjevoterende var enig med annenvoterende i at avslaget om opphold på humanitært grunnlag var ugyldig, og om domstolens prøvningskompetanse. I tillegg mente han at den eldste jentas rett til å bli hørt var tilsidesatt, og følgelig at begge vedtakene var ugyldig. Fjerdevoterende var i det vesentlige enig med førstvoterende, med unntak av spørsmålet om domstolens kompetanse. Ti dommere kom dermed til at domstolen hadde kompetanse til å prøve om internflukt vil være urimelig, mens ni mente domstolen ikke hadde slik kompetanse. Tretten dommere mente at avslaget på asyl var gyldig, mens seks mente det var ugyldig. Tolv mente avslaget på opphold på humanitært grunnlag var gyldig, mens syv mente det var ugyldig. Dermed ble vedtakene ansett å være gyldig, og staten ble frifunnet.

### **3.3.5 HR-2017-2376-A**

Saken i HR-2017-2376-A gjaldt spørsmålet om et avslag på opphold på humanitært grunnlag etter utlendl. § 49 var gyldig. Saksøkeren kom til Norge som asylsøker i mars 2005. I juli 2007 avslo UDI søknaden. Klage til UNE førte ikke frem. I Juli 2009 fikk han en sønn med en norsk kvinne. Ganske raskt fattet fylkesnemnda vedtak om omsorgsovertakelse. Foreldrene, som da hadde delt omsorg etter barneloven, fikk samvær to timer med tilsyn, tre ganger i året. For faren ble samværet etter vært endret til to timer, fire ganger i året, uten tilsyn. Faren søkte om

---

<sup>171</sup> Oslo tingrett TOSLO-2013-27400.

<sup>172</sup> Borgarting lagmannsrett LB-2013-192933.

oppholdstillatelse for familieinnvandring. Opphold ble avslått i vedtak fra UDI februar 2011. Klage og omgjøringsbegjæring førte ikke frem. Dermed tok faren ut søksmål mot staten om gyldigheten av det siste vedtaket.

Ugyldighetsgrunnene som var anført var at det ikke var gitt forhåndsvarsel, at det var mangler ved utredningen og ved begrunnelsen. I tillegg var et spørsmål om avslaget var i strid med retten til familieliv. Oslo tingrett kom til at vedtaket var ugyldig som følge av manglende begrunnelse knyttet til vurderingen av barnets beste.<sup>173</sup> Saken ble på nytt vurdert av UNE, som så fattet et nytt vedtak hvor avslaget ble opprettholdt. På nytt ble saken fremmet for tingretten. Oslo tingrett frifant staten.<sup>174</sup> Lagmannsretten kom derimot til at det forelå saksbehandlingsfeil. Dette fordi barnets beste ikke var vurdert konkret og utredningsplikten var brutt.<sup>175</sup> Høyesterett kom til motsatt resultat og frifant staten.

### 3.4 Dommer fra EMD

#### 3.4.1 *Antwi med flere mot Norge*

I saken Antwi med flere mot Norge var spørsmål om et utvisningsvedtak innebar en krenkelse av den utviste, hans kone og deres datters rett til familieliv etter EMK art. 8. Faren var født i Ghana. Han kom til Norge for å være sammen med det som senere ble hans kone. I desember 1999 søkte han om arbeids- og oppholdstillatelse som borger av EØS-land, og fikk det innvilget ved å benytte falsk identitet. Den falske identiteten ble anvendt også ved andre søknader. I 2001 fikk paret en datter. I forbindelse med en reise til Canada, ble det oppdaget at faren hadde benyttet falsk identitet. I mai 2006 vedtok UDI utvisning med fem års innreiseforbud. Klage til UNE førte ikke frem. I oktober 2007 ble det tatt ut stevning for Oslo tingrett med påstand om at UNEs vedtak var ugyldig.

Tingretten kom til at utvisningsvedtaket var ugyldig fordi det var uforholdsmessig overfor den utvistes datter.<sup>176</sup> I lagmannsretten var det dissens.<sup>177</sup> To dommere mente at vedtaket ikke var uforholdsmessig, mens en mente det var det. Lagmannsretten frifant følgelig staten. Høyesterettsankeutvalg nektet anken fremmet.<sup>178</sup> I EMD var det dissens fem mot to, hvor fem

---

<sup>173</sup> Oslo tingretts dom av 30. oktober 2014.

<sup>174</sup> Oslo tingrett TOSLO-2015-71923.

<sup>175</sup> Borgarting lagmannsrett LB-2016-41121.

<sup>176</sup> Oslo tingrett TOSLO-2007-146604.

<sup>177</sup> Borgarting lagmannsrett LB-2008-84594.

<sup>178</sup> HR-2010-711-U.

dommere mente at en utvisning med fem-års innreiseforbud ikke innebar en krenkelse av retten til familieliv.

### *3.4.2 Butt mot Norge*

Butt mot Norge gjaldt spørsmålet om utsendelse fra Norge innebar en krenkelse av retten til familie- og privatliv etter EMK art. 8. Klageren i saken var to søsken, en jente og gutt fra Pakistan. Søsknene ble født 1985 og 1986. De kom til Norge med sin mor i 1989. I februar 1992 fikk de innvilget oppholdstillatelse. Sommeren 1992 reiste moren og barna tilbake til Pakistan. Barna kom ikke tilbake til Norge før 1996. I august 1995 ble moren og barna innvilget bosettingstillatelse i Norge. Bosettingstillatelsen ble senere tilbakekalt fordi moren hadde unnlatt å opplyse om at familien hadde oppholdt seg i Pakistan i lengre tid. Klage og omgjøringsbegjæring førte ikke frem. Da utreisefristen ikke ble overholdt, ble det besluttet å pågripe moren og barna. Fordi moren oppholdt seg på ukjent sted, ble uttransportering likevel ikke gjennomført.

I 2003 ble gutten dømt til fengsel i 75 dager for flere lovbrudd. Under henvisning til domfellelsen ble det vedtatt utvisning med varig innreiseforbud. Klage på utvisningsvedtaket førte ikke frem. I september 2005 ble moren pågrepet og uttransportert til Pakistan. De to søsknene reiste søksmål mot staten med påstand om at de to siste vedtakene i oppholds- og utvisningssaken var ugyldig. Oslo tingrett kom til at vedtakene var ugyldige.<sup>179</sup> Borgarting lagmannsrett frifant staten.<sup>180</sup> Dommen ble anket til Høyesterett, men kjæremålsutvalget nektet saken fremmet.<sup>181</sup>

I juni 2007 ble det på nytt begjært omgjøring av vedtaket om avslag på opphold og utvisningsvedtaket. Kort tid etter døde moren. Heller ikke den siste omgjøringsbegjæringen førte frem og nytte søksmål ble fremmet. Oslo tingrett kom til at UNEs vedtak var ugyldige.<sup>182</sup> Borgarting lagmannsrett frifant staten.<sup>183</sup> Saken ble nektet fremmet for Høyesterett.<sup>184</sup> I EMD ble resultatet at en utsending fra Norge ville krenke EMK art. 8. Dommen var enstemmig.

---

<sup>179</sup> Oslo tingrett TOSLO-2005-91589.

<sup>180</sup> Borgarting lagmannsrett LB-2006-2006.

<sup>181</sup> HR-2007-101-U.

<sup>182</sup> Oslo tingrett TOSLO-2007-144138-2.

<sup>183</sup> Borgarting lagmannsrett LB-2008-56144.

<sup>184</sup> HR-2009-458-U.

### *3.4.3 Darren Omoregie med flere mot Norge*

Darren Omoregie med flere mot Norge gjaldt spørsmålet om en utvisning av en nigeriansk statsborger med familie i Norge, innebar en krenkelse av EMK art. 8. Den utviste kom til Norge i august 2001, og søkte asyl. I oktober samme år traff han sin kone. Asylsøknaden ble avslått i mai 2002. Han klaget, og fikk innvilget utsatt iverksettelse og midlertidig arbeidstillatelse frem til klagen var behandlet. Klagen førte ikke frem. Etter at han hadde giftet seg, søkte han om opphold med grunnlag i familiegjennforening. Søknaden ble avslått i april 2003. Han klaget på avslaget. Samtidig med behandling av klagen ble det gitt forhåndsvarsel om utvisning. Utvisningsgrunnlaget var at UDI mente han grovt hadde brutt bestemmelser i utlendingsloven ved å jobbe som renholder etter avslaget på asyl. I august 2003 vedtok UDI å utvise han. Klage til UNE førte ikke frem.

Mannen fremmet sak for Oslo tingrett. Tingretten avsa dom for at utvisningsvedtaket var ugyldig fordi det var uforholdsmessig overfor mannen og hans kone.<sup>185</sup> Lagmannsretten kom til at utvisningsvedtaket var gyldig.<sup>186</sup> Høyesterettskjæremålsutvalg nektet anken fremmet.<sup>187</sup> Kort tid etter fikk paret et barn. I EMD la seks dommere til grunn at EMK art. 8 ikke var krenket, mens en dommer dissenterte.<sup>188</sup>

### *3.4.4 Jeunesse mot Nederland*

I storkammerdommen Jeunesse mot Nederland behandlet EMD 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. Moren var født i Suriname. Fra 1987 var hun i et forhold med en mann som også opprinnelig kom fra Suriname. Begge fikk Surinamisk statsborgerskap i 1975 da landet ble uavhengig fra Nederland. I 1991 kom mannen til Nederland for å besøke sin far. Han fikk nederlandsk statsborgerskap i 1993, og mistet da sitt surinamiske statsborgerskap. Moren ankom Nederland i mars 1997. Hun forlot ikke landet da hennes visum utløp. I oktober 1997 søkte hun om oppholdstillatelse. Fordi hun ved to anledninger ikke hadde møtt opp personlig for å gi mer informasjon, ble det besluttet at søknaden ikke skulle realitetsbehandles. Moren ble orientert om at søknaden ikke ble behandlet, og fikk samtidig beskjed om at hun måtte forlate Nederland innen syv dager. Moren forsøkt uten hell å få endret beslutningen. Hun ble likevel i landet.

---

<sup>185</sup> Oslo tingrett TOSLO-2004-92546.

<sup>186</sup> Borgarting lagmannsrett LB-2005-66727.

<sup>187</sup> HR-2006-1030-U.

<sup>188</sup> En av dommerne som mente det ikke forelå krenkelse, dissenterte i begrunnelsen.

I juni 1999 giftet paret seg, og i 2000 fikk de en sønn. Sønnen fikk nederlandsk statsborgerskap. Moren søkte på nytt om oppholdstillatelse i april 2001. Den nye søknaden førte heller ikke frem. I 2005 fikk paret et barn til. Også dette barnet fikk nederlandsk statsborgerskap. I januar 2007 søkte klageren om oppholdstillatelse for det formål å bo med sine med barn i Nederland. Søknaden ble avvist fordi hun ikke hadde det påkrevde visumet for å kunne søke om permanent oppholdstillatelse. Et slikt visum måtte det søkes om i fra opprinnelseslandet. Klage førte ikke frem. I september 2008 søkte hun igjen om oppholdstillatelse. Denne gangen etter den skjønsmessige vurderingen «special and individual circumstances (vanwege bijzondere en individuele omstandigheden)».<sup>189</sup> Søknaden ble avslått. Forsøk på å få endret beslutningen administrativt førte ikke frem. Hun anket til «the Regional Court of The Hague», men saken ble avvist. I april 2010 søkte hun atter en gang om oppholdstillatelse. Heller ikke denne gangen førte søknad, etterfølgende klage og domstolsbehandling frem. I april 2010 ble hun fengslet med det formål å transporteres ut av Nederland. Samtidig var hun gravid med sitt tredje barn. Hun ble sluppet ut august 2010. Hun ble ikke uttransportert, og fødte senere sitt tredje barn.

Under dissens fjorten mot tre kom EMD til at nederlandske myndigheter ikke hadde sikret morens rett familieliv. Dermed var EMK art. 8 krenket.

### 3.4.5 Maslov mot Østerrike

I storkammerdommen Maslov mot Østerrike var spørsmålet om utvisningen av en gutt innebar krenkelse av EMK art. 8. Gutten var født i 1984 og opprinnelig fra Bulgaria.<sup>190</sup> Han kom til Østerrike i 1990, sammen med sine foreldre og to søsken. Han fikk senere oppholdstillatelse, og foreldrene fikk østerriksk statsborgerskap. I 1998 ble det opprettet straffesak mot gutten. I 1999 ble han domfelt for «twenty-two counts of aggravated gang burglary and attempted aggravated gang burglary [...] forming a gang [...], extortion [...], assault [...], and unauthorised use of a vehicle».<sup>191</sup> I 2000 ble han på nytt domfelt for en rekke lovbrudd. Med bakgrunn i domfellelsene ble det i 2001 fattet vedtak om utvisning med ti års innreiseforbud. Utvisningen var begrunnet i «the public interest in the prevention of disorder and crime».<sup>192</sup>

Gutten klaget, og anførte blant annet at hans rettigheter etter EMK art. 8 var krenket som følge av at han var mindreårig, hadde bodd store deler av livet sitt i Østerrike og hadde all sin familie

---

<sup>189</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 21.

<sup>190</sup> EMDs storkammer dom 23. juni 2008, *Maslov mot Østeriket*.

<sup>191</sup> Maslov mot Østeriket avsnitt 14.

<sup>192</sup> Maslov mot Østeriket avsnitt 17.

der. Klagen og søksmål førte ikke frem. I 2003 ble gutten arrestert og sendt til Bulgaria. For EMD var det opplyst om at gutten ikke begikk nye lovbrudd og fikk arbeid der.

Resultatet i EMD ble at utvisningen var uforholdsmessig, og følgelig innebar en krenkelse av EMK art. 8. En dommer dissenterte.

#### *3.4.6 Osman mot Danmark*

Saken i Osman mot Danmark gjaldt spørsmålet om et avslag på opphold krenket en jentes rett til familieliv.<sup>193</sup> Jenta ble født i Somalia i 1987. I 1994 fikk faren og en av hennes søsken innvilget asyl i Danmark. Etter at resten av familien fikk innvilget asyl, kom jenta, moren og hennes tre andre søsken til Danmark. Etter å ha vært misfornøyd med jentas oppførsel en tid, bestemte faren seg for å ta med jenta til en flyktingleir i Kenya, hvor hun skulle ta seg av sin bestemor. Jenta var da femten år. Både hun og moren trodde hun bare skulle være der en kort stund.

Noen måneder før sin attenårsdag, i august 2005, kontaktet jenta den danske ambassaden i Nairobi med et ønske om å returnere til moren og sine søsken i Danmark. I desember 2006 kom danske utlendingsmyndigheter til at jenta ikke lenger hadde dansk oppholdstillatelse. Dette fordi hun hadde oppholdt seg i mer enn tolv sammenhengende måneder, ikke hadde kontaktet myndighetene før i 2005 og de heller ikke mente det forelå informasjon om forhold som hindret henne i å kontakte dem tidligere. Myndighetene kom videre til at hun heller ikke hadde rett til opphold etter reglene om familiegjening, fordi disse kun gjaldt for barn under femten. Det ble heller ikke ansett å foreligge spesielle grunner for å innvilge opphold. Klage førte ikke frem. I mellomtiden hadde jenta kommet til Danmark for å bo med moren. Saken ble behandlet i Københavns byrett og Østre Landsret, som begge avsa dom i favør av staten. Det ble blant annet vist til at regelverket var utformet for å hindre foreldre i å sende barn på «re-upbringing trips». Højesteret avviste anken.

Av EMD ble det lagt til grunn at jentas interesser ikke hadde blitt tatt tilstrekkelig i betraktning. Dermed hadde ikke myndighetene ivaretatt kravet om en rettferdig balanse mellom jentas og statens interesser. Konklusjonen ble at EMK art. 8 krenket. Dommen var enstemmig.

---

<sup>193</sup> EMDs dom 14. juni 2011, *Osman mot Danmark*.

### *3.4.7 Tarakhel mot Sveits*

I storkammerdommen Tarakhel mot Sveits var spørsmålet om en retur av en familie på åtte fra Sveits, til førsteankomstlandet Italia, ville krenke EMK art. 3. Familien besto av far og mor, og deres seks mindreårige barn. For EMD var det anført at manglende individuelle garantier for hvordan familien ville bli tatt hånd om i Italia, utgjorde en risiko for krenkelse av deres rettigheter, og at Sveits følgelig var forpliktet til å sikre at slik krenkelse ikke oppsto.

Faren kom opprinnelig fra Afghanistan. Han flyttet etter hvert til Pakistan, hvor han møtte sin kone. Sammen flyttet de til Iran hvor de bodde i femten år. Etter det dro paret og deres barn først til Tyrkia og så videre med båt til Italia. I Italia var familien på et mottaket frem til deres identitet var avklart. Etter det ble de forflyttet til et annet mottak for asylsøkere. Levestandarden på mottaket var ifølge familien dårlig. I juli 2011 reiste familien til Østeriket. Etter å ha fått avslag på asyl der, reiste de videre til Sveits, hvor de søkte om asyl. Sveitsisk myndigheter anmodet etter kort tid italienske myndigheter om å ta seg av familien og avviste så asylsøknaden. Familien anket avgjørelsen til den føderale administrative domstolen. Det ble anført at mottaksforholdene i Italia innebar en krenkelse av EMK art. 3 og at myndighetene ikke hadde tatt nok hensyn til dette i sin avgjørelse. Anken ble avvist av domstolen. En anmodning om å få søknaden gjenåpnet førte ikke frem.

Under dissens fjorten mot tre kom EMD til at hvis familien ble returnert til Italia uten en individuelle garanti fra italienske myndigheter, ville det krenke EMK art. 3.

### *3.4.8 Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland*

Saken i Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland gjaldt spørsmålet om et avslag på oppholdstillatelse krenket en jentes rett til familieliv.<sup>194</sup> Jenta var født i 1981. Hennes far var død. Moren flyktet fra Etiopia til Norge i 1989. Hun søkte asyl, men fikk avslag. I stedet fikk hun innvilget opphold på humanitært grunnlag. Den eldste sønn var blitt igjen med en venn av moren. Jenta og hennes andre bror bodde med en onkel og deres bestemor i det som etter vært ble Eritrea. Det lyktes moren å få den eldste gutten til Norge i 1991, men det var ikke mulig å få de andre to barna ut av Eritrea på det tidspunktet. I 1992 giftet moren seg på nytt. Mannen hadde fått innvilget oppholdstillatelse som flyktning i Nederland. Moren flyttet til Nederland med sin eldste sønn i 1993. Etter vært fikk paret to felles barn.

---

<sup>194</sup> EMDs dom 1. desember 2005, *Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland*.



I 1997 søkte moren og jentas stefar om «provisional residence visa» for jenta, slik at jenta kunne bo med dem i Nederland.<sup>195</sup> Blant annet fordi det ble antatt at de tette familiebandene mellom mor og datter hadde opphørt etter den lange tiden som var gått, ble søknaden avslått. Familien anførte at det var viktig å få jenta til Nederland. Dette fordi hun var kommet i det som ble ansett å være «marriageable age», og bestemoren hadde derfor tatt henne ut av skolen.<sup>196</sup> Verken klage og domstolsbehandling førte imidlertid frem.

I EMD ble resultatet at ble at EMK art. 8 var krenket. Dommen var enstemmig.

---

<sup>195</sup> Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 11.

<sup>196</sup> Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 13.



## 4 Opphold på humanitært grunnlag og utvisning

### 4.1 Innledning

Reglene om opphold på humanitært grunnlag og utvisning har enkelte særtrekk. Disse særtrekkene har betydning for en del av problemstillingene i avhandlingen, og behandles derfor i dette kapitlet. Etersom 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 innvandringspolitikkenes 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.

### 4.2 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.<sup>197</sup> 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 borger til å melde seg til ankomststedets politimester. Så fremt utlendingen ikke tidligere hadde vært utvist, eller det var grunnlag for utvisning, skulle det da utstedes en oppholdsbok.<sup>198</sup> 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.<sup>199</sup> Dette

---

<sup>197</sup> Lov 4. mai 1901 om Anmeldelse af Reisende og Fremmede (fremmedloven 1901) § 3.

<sup>198</sup> Fremmedloven 1901 § 3 annet ledd.

<sup>199</sup> 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

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.<sup>200</sup> I løpet av krigen vokste det fram 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.<sup>201</sup> I tillegg var det et ønske om å hindre innvandring fra grupper som av ulike grunner ble betraktet som uønsket.<sup>202</sup>

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.<sup>203</sup> 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.<sup>204</sup> I tråd med lovens formål var det følgelig større adgang til regulering og kontroll av innvandringen enn etter loven fra 1901.

I 1956 ble det igjen vedtatt ny fremmedlov. I 1951 ratifiserte Norge flyktningkonvensjonen.<sup>205</sup> 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.<sup>206</sup> 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

---

som politiske forbrytelser, jf. § 6 bokstav a og b. Utlendingen kunne også utvises dersom han henga seg «til ørkesløshet eller omkringdriven uten at kunne påvise lovlig erhverv [...], jf. § 6 bokstav b».

<sup>200</sup> 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).

<sup>201</sup> Thorud (1989), s. 55–57, 59 og 92–93, Ot. prp. nr. 11 (1926) s. 2–5 og Øyen (2018a) s. 25.

<sup>202</sup> 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.

<sup>203</sup> Lov 22. april 1927 om utlendingers adgang til riket (fremmedloven 1927).

<sup>204</sup> 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 rusdrikklovgivningen, 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.

<sup>205</sup> Geneva Convention relating to the status of refugees, 28 juli 1951.

<sup>206</sup> Fremmedloven 1956 §§ 2 og 17 tredje ledd.

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.<sup>207</sup>

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.<sup>208</sup> 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.<sup>209</sup> 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.<sup>210</sup> 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.<sup>211</sup> Tanken var at en begrensing ville gjøre det mulig å bedre forholdene for innvandrerne 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.<sup>212</sup> Utlendingsloven 1988 skulle gi grunnlag for kontroll av inn- og utreise og av utlendingers opphold Norge, i samsvar med norsk innvandringspolitikk.<sup>213</sup> I tillegg skulle rettsikkerheten til 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.<sup>214</sup> Adgangen til å innvilge opphold på humanitært grunnlag fulgte av lovens § 8 annet ledd. Loven inneholdt også detaljerte regler om

---

<sup>207</sup> NOU 1983:47 s. 161.

<sup>208</sup> Jf. fremmedloven 1956 § 13.

<sup>209</sup> NOU 1983:47 s. 37.

<sup>210</sup> NOU 1983:47 s. 35.

<sup>211</sup> NOU 1983:47 s. 35–36.

<sup>212</sup> NOU 1983:47 s. 38–39.

<sup>213</sup> Lov 24. juni 1988 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven 1988).

<sup>214</sup> Se lovens kapittel to og tre om oppholdstillatelse, hvor det blant annet angis når oppholdstillatelse kan gis.

utvisning. En viktig endring fra fremmedloven 1956 var kravet om forholdsmessighet ved utvisning, jf. § 29 annet ledd.<sup>215</sup>

Da arbeidet med ny lov ble igangsatt i 2001 var det skiftende faktiske og rettslige forhold som skapte behovet for endringer.<sup>216</sup> Det var blant annet behov for å vurdere på hvilken måte internasjonale menneskerettigheter, herunder barns rettigheter, skulle innarbeides i loven.<sup>217</sup> Det var også behov å vurdere forpliktelsene etter EØS-avtalen, Schengen-samarbeidet og de ulike FN konvensjonene.<sup>218</sup> 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.<sup>219</sup> 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.<sup>220</sup> Endringer av de overordnede føringene krever følgelig relativt bred demokratiske 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 skjønsmessige bestemmelser.<sup>221</sup> 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 forskrift.<sup>222</sup> Lovendringene var ment å skulle minske innvandringen og øke effektiviteten til forvaltningen.<sup>223</sup> Endringene bygde på et politisk ønske om å stramme inn adgangen til opphold så langt menneskerettighetene tillater.<sup>224</sup> Noen av virkemiddelene var økt bruk av midlertidig oppholdstillatelse og fjerning av rimelighetsvurderingen som tidligere gjaldt ved henvisning til internflukt etter utlendl. § 28

---

<sup>215</sup> 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.

<sup>216</sup> NOU 2004:20 s. 17–19.

<sup>217</sup> NOU 2004:20 s. 17–18.

<sup>218</sup> NOU 2004:20 s. 17–18.

<sup>219</sup> NOU 2004:20 s. 24.

<sup>220</sup> NOU 2004:20 s. 24.

<sup>221</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) punkt 3.1.3.

<sup>222</sup> Lov 20. november 2015 nr. 94 om endringer i utlendingsloven (innstramninger).

<sup>223</sup> Høringsnotat desember 2015 snr. 15/8555, Høringsnotat – endringer i utlendingsloven.

<sup>224</sup> Se for eksempel høringsnotat desember 2015 snr. 15/8555.

femte ledd.<sup>225</sup> I tillegg ble det gjort innstramminger i adgangen til familieetablering og familiegjenforening.<sup>226</sup> Det ble også gjort endringer for å effektivisere saksbehandlingen for noen typer saker, blant annet ved å redusere klagefristen, forenkle saksbehandlingsreglene og unnlate realitetsbehandling.<sup>227</sup>

I tillegg til innstramminger som var ment å gjøre det vanskeligere å få oppholdstillatelse, ble altså flere sakbehandlingsregler som skal sikre rettsikkerhet 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, er blitt sterkere de siste årene. Det samme gjelder for forholdet mellom effektiv regulering og kontroll på den ene siden og rettsikkerhet på den andre siden.

### 4.3 Nærmere om innvandringspolitikkenes rolle

Som jeg var inne på allerede i innledningen, påvirkes tolkning og praktiseringen av bestemmelsene i utlendingsloven, herunder utlendl. §§ 38 og 70, påvirkes 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 til 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.<sup>228</sup> Dette kan igjen påvirke hvor mange oppholdstillatelser det er ønskelig å innvilge.<sup>229</sup> Når det i avhandlingen henvises til innvandringspolitikk, er det særlig 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.

Utvising regulerer først og fremst *hvem* som skal få oppholde seg i Norge. Strengt 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

---

<sup>225</sup> 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.

<sup>226</sup> Høringsnotat desember 2015 snr. 15/8555 og innstramminger II §§ 41 og 51.

<sup>227</sup> 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.

<sup>228</sup> NOU 2004: 20 s. 42.

<sup>229</sup> NOU 2004: 20 s. 42.

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.<sup>230</sup> Departementet la blant annet til grunn at regelverket bør sikre at praksis i «vesentlige trekk gjenspeiler de generelle politiske målsettinger».<sup>231</sup> Videre ble det lagt til grunn at terskelen «for opphold på humanitært grunnlag berører klare politiske avveininger og har betydning for den samlede innvandringen».<sup>232</sup> De politiske målsetninger 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.<sup>233</sup>

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 innebære 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.<sup>234</sup>

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 nevnt i § 38 relevante. To av hensynene som følger av § 38 fjerde ledd er «hensynet til kontroll» og «hensynet til respekten for lovens øvrige regler». Vilåårene 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 vilåårene, er det handlingen som gjør at de er

---

<sup>230</sup> NOU 2004: 20 s. 264 og Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

<sup>231</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

<sup>232</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

<sup>233</sup> Se punkt 4.4 i dette kapittelet.

<sup>234</sup> Se avhandlingens kapittel åtte og ni.



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.<sup>235</sup> Etersom utvisningen er et verktøy i 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*.<sup>236</sup> Begrunnelsen er et ønske om demokratisk forankring.<sup>237</sup> Større endringer krever følgelig bred politisk støtte. Dette forelå da loven ble endret i 2015 og 2016. I § 66 om utvisning ble da det gjort enkelte mindre justeringer, mens § 38 ikke ble endret.<sup>238</sup> Endringene som ble gjort andre steder i loven kan likevel ha innvirket på praktiseringen av § 38.<sup>239</sup> 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.<sup>240</sup> 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.<sup>241</sup> Utlendingsloven § 38 femte ledd gir hjemmel til å fastsette nærmere regler i forskrift, noe som er gjort i utlendingsforskriftens kap. 8. Av relevans for avhandlingens 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 politisk

---

<sup>235</sup> Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.5.1.

<sup>236</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 45.

<sup>237</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 45.

<sup>238</sup> Innstramminger II.

<sup>239</sup> Særlig gjelder det for endringen i § 28 femte ledd, hvor et tidligere rimelighetsvilkår ved henvisning til internflukt, ble fjernet.

<sup>240</sup> Slik det kommer frem av ordlyden i §§ 66–68 første ledd hvor det står at utvisning «kan» vedtas.

<sup>241</sup> 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.

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.<sup>242</sup>

Politiske prioriteringer kan også i noen grad påvirke tolkning og praksis gjennom *instruksjonsadgangen*.<sup>243</sup> I saker om opphold fatter UDI vedtak, jf. utlendl. § 65 første ledd. Vedtak om utvisning forberedes av politiet og treffes av UDI, jf. § 72. Klageorgan er UNE, som er ment å være et uavhengig organ, jf. § 76 første ledd. 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.<sup>244</sup> I utlendl. § 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.<sup>245</sup> Departementet kan instruere UDI i lovtolkning og skjønnsutøvelse, men ikke UNE, jf. § 76 annet ledd annet punktum.<sup>246</sup> Omprioritering av saker jf. § 76 annet ledd tredje punktum, herunder om bestemte saker skal stilles i bero, og om saksbehandlingen, kan departementet likevel instruere UNE om.<sup>247</sup> 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 forvaltningsdomstol for utlendingssaker. En del av utvalgets mandat var å vurdere om UNE bør erstattes av en forvaltningsdomstol.<sup>248</sup> I utvalgets vurdering ble effektivitet, rettsikkerhet, legitimitet og muligheten for politisk styring vektlagt.<sup>249</sup> Det ble ikke anbefalt å etablere en

---

<sup>242</sup> Forskriftsendringen fra 8. desember 2014 ble til etter forhandlinger mellom regjeringspartiene Høyre og FRP og støttepartiene KRF og Venstre.

<sup>243</sup> 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 å hurtig 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 ovenfor UNE, Prop. 16 L (2015–2016) s. 10.

<sup>244</sup> 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.

<sup>245</sup> 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.

<sup>246</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 437. Selv om UDI ikke kan instrueres i enkeltsaker, kan likevel departementet besluttet 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. utlendl. § 128.

<sup>247</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 437.

<sup>248</sup> NOU 2017:8 s. 15

<sup>249</sup> NOU 2017:8 s. 17.

forvaltningsdomstol for utlendingssaker.<sup>250</sup> Anbefalingen var basert på en avveining av hensynene til effektivitet, rettsikkerhet, legitimitet og politisk styring.<sup>251</sup> Det ble vektlagt at en forvaltningsdomstol ikke ville kunne underlegges samme politiske styring som UNE.<sup>252</sup> 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.<sup>253</sup> Dette illustrerer den skiftende politikkenes nærhet til rettsområdet.

## 4.4 Opphold på humanitært grunnlag

### 4.4.1 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 fungere som en sikkerhetsventil, ivareta rimelighetshensyn og sørge for en humanitær innvandringsforvaltning.<sup>254</sup> 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.<sup>255</sup> Et eksempel som tradisjonelt har blitt omfattet, er ved usikkerhet om det foreligger en forfølgelsessituasjon.<sup>256</sup> Det vil si for å sikre at personer som risikerer forfølgelse ikke får avslag på opphold basert på feilvurderinger av situasjonen i hjemlandet. Et annet eksempel er hvor det foreligger en blanding av beskyttelsesbehov og andre grunner, men vilkårene for asyl ikke er oppfylt.<sup>257</sup> Det kan også være at det utelukkende foreligger humanitære grunner, som for eksempel alvorlig sykdom eller svært lang oppholdstid i Norge.<sup>258</sup> Bestemmelsen er også ment å fange opp tilfeller hvor utlendingen har opphold seg lenge i Norge og dermed har opparbeidet seg en sterk tilknytning til landet.<sup>259</sup>

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

---

<sup>250</sup> NOU 2017:8 s. 351.

<sup>251</sup> NOU 2017:8 s. 344.

<sup>252</sup> I tillegg ble det vektlagt at på grunn av stor saksmengde måtte en utlendingsdomstol 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 utlendingsdomstol, NOU 2017:18 s. 351.

<sup>253</sup> I deler av perioden hvor utvalget jobbet med spørsmålet var instruksjonsadgangen utvidet.

<sup>254</sup> 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.

<sup>255</sup> Slik det også er lagt til grunn i Ot.ptp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

<sup>256</sup> NOU 1983: 47 s. 161 og NOU 2004: 20 s. 262–263.

<sup>257</sup> NOU 1983: 47 s. 161 og NOU 2004: 20 s. 262–263.

<sup>258</sup> NOU 2004: 20 s. 262–263.

<sup>259</sup> Slik vilkåret «særlig tilknytning til riket» i § 38 første ledd får frem.

til uttrykk i utlendl. § 1, seg gjeldende her. I bestemmelsen er både innvandringspolitikk, internasjonale forpliktelser og rettsikkerhet 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.<sup>260</sup> Samtidig er det i forarbeidene uttalt at «[m]ålet må være at Norge skal føre en human, solidarisk og rettsikker innvandrings- og flyktningspolitikk».<sup>261</sup> 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 skjønnsmessig regel om opphold som skal ivareta humanitære hensyn og solidaritet er ingen garanti i seg selv for at individers interesser blir ivaretatt. At målet om en strengt regulert og begrenset adgang til innvandring kan innvirke på praktiseringen av reglen, kan begrense hvor effektivt individers interesser vernes.

Menneskerettighetene motvirker noe av ulempene med en vag og skjønnsmessig regel. I tråd med formålsbestemmelsen i § 1, har reglen 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 internasjonale forpliktelser, som barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1».<sup>262</sup> 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. Etersom 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 kostander 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 ivaretakelse av regelens formål. Noe tilsvarende er ikke slått fast for utlendl. §

---

<sup>260</sup> Se Ot. prp.nr. 75 (2006–2007) s. 153 hvor departementet slutter seg til utvalget om at det ikke er noen «farbar vei å innvilge oppholdstillatelse til vesentlig flere av dem som lykkes i å ta seg til Norge enn det vi gjør i dag».

<sup>261</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

<sup>262</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 109.

49 om opphold på humanitært grunnlag i familiegjenforeningssaker. Det er i imidlertid liten grunn til at utlendingsmyndighetene skal stå friere til å ikke vurdere opphold på humanitært grunnlag i familiegjenforeningssaker, 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 i saker om opphold.

#### **4.4.2 Struktur og vurderingstema**

##### *4.4.2.1 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 spørsmålet 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).<sup>263</sup> Fjerde ledd angir enkelte innvandringsregulerende hensyn som kan vektlegges i avveiningen.

Vurderingen av om det skal innvilges opphold på humanitært grunnlag kan følgelig sies å være todelt.<sup>264</sup> I tillegg er det en avveiningsregel som i utgangspunktet ikke er rettslig forpliktende.<sup>265</sup>

---

<sup>263</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

<sup>264</sup> 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.

<sup>265</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 153.

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.<sup>266</sup> Videre følger det av § 38 tredje ledd, annet punktum, at barn kan gis oppholdstillatelse «selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen». I forarbeidene er det videre presisert at barns sårbarhet gjør at kriteriene i første ledd lettere vil være oppfylt for barn og barnefamilier, enn i saker med bare voksne.<sup>267</sup> 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 utformet som 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 ville vært tilfellet. En annen forskjell fra § 38, er at § 49 ikke gir noen retningslinjer for vurderingen av «sterke menneskelige hensyn».

#### 4.4.2.2 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.<sup>268</sup>

Hva som ligger i *menneskelige* hensyn er ikke selvforklarende, men det får frem at det er hensyn tilknyttet individer som er relevant. Humanitære grunner brukes ofte som et synonym.

---

<sup>266</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 159–160.

<sup>267</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 160.

<sup>268</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 154 og 421. På s. 420 er det lagt til grunn at vilkårene ofte vil overlappe hverandre, men at de også kan ha selvstendig betydning.

Menneskelige hensyn gir assosiasjoner til begrepet menneskeverd.<sup>269</sup> Menneskeverd regnes som et grunnleggende verdimeslig utgangspunkt for menneskerettighetene. 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» 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 menneskelig hensyn må etter annet ledd avgjøres etter en «totalvurdering». Det innebærer at flere mindre alvorlige forhold samlet, kan gjøre at kriteriet er oppfylt.<sup>270</sup> 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.<sup>271</sup> Andre momenter er blant annet søkerens helse, de humanitære og sosiale forhold 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.<sup>272</sup>

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 vurderingstemaet etter vilkåret.<sup>273</sup> Hvis andre momenter også taler for opphold, trenger ikke tilknytningen være like sterk som hvis det er eneste grunnlag.

---

<sup>269</sup> Se kapittel seks, punkt 6.2.3, 6.3.1 og 6.4.3 om menneskeverd.

<sup>270</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154–155 og 421.

<sup>271</sup> NOU 2004: 20 s. 265 og Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154–155.

<sup>272</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 420.

<sup>273</sup> 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.

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.<sup>274</sup>

Etter § 49 er hovedregelen at opphold skal vurderes ut fra søkerens situasjon, ikke ut fra referansepersonens.<sup>275</sup> Forarbeidene åpner likevel for at avgjørende vekt, i visse tilfeller, kan legges på hensyn som knytter seg til andre enn søkeren.<sup>276</sup> Et eksempel er i tilfeller hvor familiemedlemmer som er bosatt i Norge er i behov for pleie ved sykdom.<sup>277</sup> 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 beste skal være et grunnleggende hensyn, må vurderingen knyttes til det berørte barnets situasjon.<sup>278</sup>

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.

#### 4.4.3.2 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.<sup>279</sup> At formuleringen «kan» likevel ble valgt, var fordi hensynene i en del saker i liten

---

<sup>274</sup> Se Borgarting lagmannsrett LB-2012-106104.

<sup>275</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 227.

<sup>276</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 227.

<sup>277</sup> Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 226.

<sup>278</sup> HR-2017-2376 avsnitt 40.

<sup>279</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 422. Se også Rt. 2012 s. 1985, *plenumsdom I* avsnitt 116.



grad gjør seg gjeldende.<sup>280</sup> Når det står «kan», 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 begrense antallet oppholdstillatelser, styre atferd eller effektivisere regler.<sup>281</sup> Ettersom det i forarbeidene er presisert at §§ 38 og 49 må sees i sammenheng, er nok samme hensyn relevant etter sistnevnte.<sup>282</sup>

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 vag. At de skal forstås som innvandringsregulerende hensyn, gjør det klart at det særlig siktes til de samfunnsmessige konsekvensenes betydning *for reguleringen av innvandring*. Hensynene 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.<sup>283</sup> Altså effektivitetshensyn. Det er også et mål at vektleggingen av hensynene skal ha en preventiv effekt, og med dette hindre overtredelser av loven.<sup>284</sup>

Hvorvidt hensynene gjør seg gjeldende og hvor tungtveiende de i så fall er, må vurderes fra sak til sak.<sup>285</sup> 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.<sup>286</sup> Formuleringen «blant annet» klargjør at opplistingen ikke er uttømmende. Ulovlig opphold, oversittet utreisefrist og at barnets foreldre

---

<sup>280</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 155.

<sup>281</sup> Se også Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154–155 om de innvandringsregulerende hensynenes formål.

<sup>282</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 420.

<sup>283</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154.

<sup>284</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154.

<sup>285</sup> 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.

<sup>286</sup> Dette er i tråd med hvilke forhold som regnes som særlig alvorlige etter forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning, se punkt 4.5.6.3 i dette kapittelet.

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 avveiningen 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».<sup>287</sup> Berører saken barn, må de innvandringsregulerende hensynene i utgangspunktet være mer tungtveiende for at de skal kunne tillegges avgjørende vekt, enn ellers.<sup>288</sup>

#### 4.4.3 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 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.<sup>289</sup> Anvendelsesområdet til § 38 er altså generelt, mens § 49 er en særvariant. Nøyaktig når § 49 skal benyttes er likevel ikke helt klart.<sup>290</sup>

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.<sup>291</sup> 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.<sup>292</sup> I forarbeidene til § 49 legger departementet til grunn at personer med langvarig botid i

---

<sup>287</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 422.

<sup>288</sup> Se Høyesteretts uttalelser om avveiningen i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134, 139 og 190 flg.

<sup>289</sup> Med referanseperson menes etter utlendingsloven § 39 den personen som søkeren ønsker å bli gjenforent med, eller å etablere familieliv med.

<sup>290</sup> Utlendingsforskriften § 9-7 angir konkret hvilke grupper som kan få opphold etter § 49, men det kommer ikke frem av ordlyden om opplistingen er uttømmende. Furusestet 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 Furusestet, «Familieinnvandring», i *Lærebok om utlendingsrett*, Oslo 2018 s. 114–156 (s. 146).

<sup>291</sup> Forskrift 21. desember 1990 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften 1990).

<sup>292</sup> 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.

Norge er naturlig å vurdere etter § 38 om opphold på grunn av tilknytning til riket.<sup>293</sup> På samme sted trekker likevel departementet frem tilfeller hvor det etter den eldre loven og forskriften ble anset å foreligge en særlig tilknytning til riket, og legger til grunn at dette er relevant for § 49.<sup>294</sup> 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. kap. 7. Midlertidige tillatelser gitt etter § 49, gjelder følgelig med de samme begrensinger som for referansepersonens tillatelse, jf. § 60 fjerde ledd.<sup>295</sup>

I avhandlingen benyttes først og fremst § 38, ettersom denne bestemmelsen har det videste anvendelsesområdet og vurderingstemaet, og følgelig regulerer langt flere ulike typer saker. Å ta utgangspunkt i § 38 fremfor § 49 gi en bredere analyse av barnets beste.

#### **4.4.4 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 tilsvarer flyktningdefinisjonen i flyktningkonvensjonen art. 1 a (2).<sup>296</sup> Hvilke handlinger som regnes som forfølgelse etter bokstav a er nærmere beskrevet i utlendl. § 29. 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.

Under arbeidet med utlendingsloven 2008 ble skillet mellom opphold av beskyttelsesgrunner og av humanitære grunner forsøkt utformet så klart som mulig.<sup>297</sup> Det ble likevel erkjent at det ikke er mulig å rendyrke skillet.<sup>298</sup> I forarbeidene ble det lagt til grunn at «[i] mange saker vil

---

<sup>293</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 226.

<sup>294</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 226. Se også utlendingsforskriften 1988 § 24 første ledd.

<sup>295</sup> Avhengigheten til referansepersonens tillatelse fremkommer også av § 60 første ledd.

<sup>296</sup> Geneva Convention relating to the status of refugees, 28 juli 1951 og Protocol 31. januar 1967 Relating to the Status of Refugees.

<sup>297</sup> NOU 2004:20 s. 22.

<sup>298</sup> NOU 2004:20 s. 22.

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.<sup>299</sup> 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 *tidligere* har vært i en situasjon som ville blitt fanget opp av § 28. Traumatiske opplevelser i opprinnelseslandet kan da inngå i vurderingen etter § 38.

Ved vurderinger etter § 28 er utgangspunktet at ved saklig begrunnet *tvil om faktiske forhold*, skal utlendingen ha fordel av tvilen.<sup>300</sup> I tvilstilfeller hvor opphold etter § 28 blir avslått, kan § 38 være relevant og med det fungerer som en sikkerhetsventil i tråd med dens formål.

At søkeren er et barn har betydning for bevisvurderingen etter § 28. Dette innvirker igjen på behovet for å anvende § 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.<sup>301</sup> Departementet la til grunn at dette er særlig relevant for bevisvurderingen og for hvilke faresituasjoner som gir grunnlag for beskyttelse.<sup>302</sup> Den lavere terskelen er begrunnet i barns sårbarhet og er en følge av barnets beste.<sup>303</sup> En lavere terskel kan også gjenfinnes i EMDs praksis knyttet til EMK art. 3.<sup>304</sup> En lavere terskelen gjør at § 28 kan fange opp flere tilfeller hvor opphold ellers måtte blitt innvilget etter § 38 for å unngå krenkelse av barns rettigheter.

Etter utlendingsloven § 28 femte ledd gjelder ikke retten til beskyttelse dersom utlendingen kan få «effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet enn det området søkeren flyktet fra», såkalt *internflukt*. Det må foreligg et egnet og tilgjengelig område, som er trygt. Uten et slikt område

---

<sup>299</sup> NOU 2004: 20 s. 22.

<sup>300</sup> Terje Einarsen, «Beskyttelse» i *Utlendingsloven. Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her. Kommentartutgave*, Oslo 2010 s. 153–217. (s. 161).

<sup>301</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 93.

<sup>302</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 93.

<sup>303</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 93 og 415. Se også Terje Einaren, «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 nedverdiggende 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 nedverdiggende 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 nedverdiggende behandling.

<sup>304</sup> Tarakhel mot Sveits avsnitt 119 og Stang (2009) s. 16.

kan det vanskelig sies å være mulig med «effektiv beskyttelse». Frem til 2016 var det også et vilkår at henvisning til internflukt ikke ville «urimelig». I forarbeidene var det lagt til grunn at forholdene ved retur skulle være avgjørende i vurderingen av om internflukt ville være urimelig.<sup>305</sup> Høyesterett kom i plenumsdom III til at dette også gjaldt i saker som berører barn.<sup>306</sup> Hvordan det skulle være mulig å vurdere hva som var til barnets beste utelukkende ut fra forholdene ved retur, var uklart. Forarbeidene åpnet imidlertid for at forhold knyttet til individet kunne påvirke vurderingen.<sup>307</sup>

Innvandringsregulerende hensyn skulle ikke vektlegges etter den tidligere rimelighetsvurderingen, ettersom § 28 angir en *rett* til opphold med mindre vilkårene i femte ledd er oppfylt.<sup>308</sup> 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.<sup>309</sup> I plenumsdom III kom et flertall til at domstolene kunne prøve om henvisning til internflukt ville være urimelig, men det ble lagt til grunn at det var grunn til å vise tilbakeholdenhet i prøvningen.<sup>310</sup> Endringen har følgelig svekket individers vern noe.

Det som er klart er at det ikke er et helt skarpt skille mellom de grunnlag som kan gi opphold etter §§ 28 og 38. 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 teamet i avhandlingen.

---

<sup>305</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 99.

<sup>306</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 81, 209 og 286.

<sup>307</sup> Individuelle forhold som påvirker rimelighetsvurderingen kan blant annet være, alder, sårbarhet, familiesituasjon og språkferdigheter, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 99.

<sup>308</sup> Slik lagt til grunn av annenvoterende i plenumsdom III som tilhørte flertallet under spørsmålet hvor rettighetskarakteren bla drøftet, Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 229–230 og 243. Se også Ot.prp. nr.75 (2006–2007) s. 99.

<sup>309</sup> Se plenumsdom III og avhandlingens kapittel ni, punkt 9.2.2.

<sup>310</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 246–247.

## 4.5 Utvisning

### 4.5.1 Formål

Det overordnede formålet med utvisning er å regulere *hvilke utlendinger* som får oppholde seg i landet.<sup>311</sup> I tillegg skal reglene ivareta ulike andre hensyn. Disse varierer noe etter utvisningsgrunnlagene. 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.<sup>312</sup>

Trusselen om utvisning med grunnlag i *overtredelser av bestemmelser i utlendingsloven* skal sørge for en effektiv etterlevelse av utlendingslovens bestemmelser, altså en allmennpreventiv effekt.<sup>313</sup> Dette utdypes av departementet på følgende måte:

Det kan undergrave respekten for regelverket og virke urettferdig overfor alle de som er lovlidige, 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 er viktig av allmennpreventive grunner å kunne reagere med utvisning ved grove/gjentatte overtredelser av utlendingsloven.<sup>314</sup>

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.<sup>315</sup> 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

---

<sup>311</sup> NOU 2004:20 s. 303.

<sup>312</sup> 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.

<sup>313</sup> NOU 2004: 20 s. 303.

<sup>314</sup> Ot.prp.nr. 75 (2006–2007) s. 290.

<sup>315</sup> Dette kommer klart frem av formuleringen «hensynet til respekten for lovens øvrige regler», jf. § 38 fjerde ledd.

reglene i utlendingsloven. Hovedforskjellen er at utvisning gjør det vanskelig å reise inn i landet igjen.<sup>316</sup> 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».<sup>317</sup> 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.<sup>318</sup>

Her blir altså individualprevensjon, allmennprevensjon og den alminnelige rettsfølelse trukket frem. Det norske samfunnet skal beskyttes mot personer som kan være farlige.<sup>319</sup> Ulempen er at et annet land vil måtte håndtere personen. Rimeligheten av dette kan nok diskuteres, og avhenger vel av forholdene i den konkrete saken.

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.<sup>320</sup> For overtredelsen av straffelovgivningen, følger imidlertid trussel om utvisning *i tillegg* til en trussel om straff. Spørsmålet blir da om det er har en økt effekt å true både med utvisning og straff. Det er et interessant, men kanskje ikke spesielt viktig, ettersom utvisningsreglene også er begrunnet i andre hensyn enn allmennprevensjon.

---

<sup>316</sup> Ved utvisningen følger et innreiseforbud av varierende lengde, jf. utlendingsloven § 71 annet ledd.

<sup>317</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 288.

<sup>318</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 288.

<sup>319</sup> 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. Se også rundskriv 1. januar 2010 om utvisning etter utlendingsloven §§ 66, 67 og 68 – brudd på utlendingsloven og/eller straffbare forhold (RS 2010-024) punkt 2.2.

<sup>320</sup> 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.

Adgangen til utvisning skal altså ivareta en rekke hensyn og regnes sammen med reglene om oppholdstillatelse, som sentral for regulering og kontroll av innvandringen. Av betydning for temaet i avhandlingen 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 hensyn 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; «forvaltningen bør bare bruke sin skjønnsmessige kompetanse der det er nødvendig, og bare der de samlede fordeler overstiger ulempene».<sup>321</sup> Et krav om forholdsmessighet har altså som formål å hindre en slik ubalanse. Det utgjør en materiell skranke for myndighetens kompetanse. Som Bern er inne på er rimelighet mellom målet og middelet viktig for myndighetsutøvelsen og rettens legitimitet.<sup>322</sup> For å legitimere en handlemåte må det vises at handlemåten har gunstig effekt, og at denne gunstige effekten har en slik karakter og styrke at det rettferdiggjør den skade eller ulempe den medfører.<sup>323</sup> 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. Kravet om forholdsmessighet vil også utgjøre en skranke som sørger for at individers interesser ikke ofres for statens, hvis det har for store konsekvenser for individet.

#### 4.5.2 Grunnvilkårene for utvisning

Det er kun utlendinger som kan utvises, jf. utlendl. §§ 66 (1), 67 (1) og 68 (1).<sup>324</sup> 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 artikkel 2. Et som

---

<sup>321</sup> Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 2015 s. 128.

<sup>322</sup> Bernt (2015) s. 28.

<sup>323</sup> Bernt (2015) s. 28.

<sup>324</sup> Med utlendinger menes «enhver som ikke er norsk statsborger», jf. utlendl. § 5.



er født i Norge blir norsk statsborger ved fødsel dersom faren eller moren er det, jf. statsborgerloven § 4.<sup>325</sup> 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.<sup>326</sup>

Utvisningsreglene har likhetstrekk med straff. Størst likhet er det ved utvisning som en reaksjon på straffbare forhold.<sup>327</sup> Reaksjonen regnes likevel ikke som straff.<sup>328</sup> At reaksjonen ikke regnes som straff innebærer at det er adgang til å utvise utilregnelige personer.<sup>329</sup>

Hvor en utvisning vil 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. Dette vernet har likevel 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.<sup>330</sup> Vilkårene er basert på objektive vurderinger, og ikke den reelle tilknytningen eller lovbruddets reelle alvorlighetsgrad. Den reelle tilknytningen til Norge og lovbruddets alvorlighetsgrad er sentralt i forholdsmessighetsvurderingen.<sup>331</sup>

#### **4.5.3 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 e er oppfylt. Bokstav a gir adgang til utvisning ved ulike typer 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. I § 66 *annet ledd* er det angitt visse tilfeller hvor

---

<sup>325</sup> Lov 10. juni 2005 nr. 51 om norsk statsborgerskap (statsborgerloven).

<sup>326</sup> Maslov mot Østerrike avsnitt 83 og EMDs dom 20. september 2011, *A.A mot Storbritannia* avsnitt 60. Se også dommens avsnitt 254.

<sup>327</sup> NOU 2004:20 s. 311.

<sup>328</sup> Utvisning regnes imidlertid ikke som straff. Se EMDs storkammerdom 5. oktober 2000, *Maaouia mot Frankrike* avsnitt 35. Se også utvalgets drøftelse om utvisning bør klassifiseres som straff i NOU 2004: 20 s. 311–312.

<sup>329</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 289.

<sup>330</sup> Se NOU 2004: 20 s. 314.

<sup>331</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 291.

utlendingen «skal» utvises, med mindre det vil være uforholdsmessig.<sup>332</sup> 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 sjette 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 vilkårene i første ledd noe, ettersom disse er mest interessante 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. For vilkåret «grovt [...] overtrådt» har imidlertid Høyesterett lagt til grunn at det ikke innebærer et absolutt krav om subjektiv skyld.<sup>333</sup> 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 reglen og hvor vesentlig den er for formålene med utlendingsloven.<sup>334</sup>

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 uaktsomt». Det må være gitt «vesentlige uriktige» eller «åpenbart villedende opplysninger» i en sak. Utvisningsgrunnlaget ble tatt inn i bestemmelsen ved en lovendring i 2009.<sup>335</sup> Både av Høyesterett og i forarbeidene er det lagt til grunn at alternativet, ikke innebar noen endring i rettstilstanden.<sup>336</sup> Med det siktes det til at første alternativ i bokstav a ville ha 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

---

<sup>332</sup> Annet ledd gjennomfører EUs direktiv 2008/115/EF (returdirektivet) art. 11 (1).

<sup>333</sup> Rt. 2012 s. 1943 avsnitt 41.

<sup>334</sup> Rt. 2012 s. 1943 avsnitt 42.

<sup>335</sup> Lov 19. juni 2009 nr. 41 om endringer i utlendingsloven og enkelte andre lover.

<sup>336</sup> Rt. 2012 s. 1943 avsnitt 44 og Ot.prp. nr. 97 (2008–2009) s. 15.

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.<sup>337</sup>

For at utlendingen skal kunne utvises som følge av straffbare forhold stilles det enkelte, men ikke særlig strenge, krav til lovbruddets alvorlighetsgrad.<sup>338</sup> Etter bokstav b kan en utlending som har sonet eller er ilagt straff i utlandet for mindre 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. Det samme gjelder for brudd på straffeloven § 323 (mindre tyveri), § 326 (mindre underslag), § 334 (mindre heleri), § 339 (mindre hvitvasking), § 362 (mindre dokumentfalsk) eller § 373 (mindre bedrageri), 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. Ved overtredelse av straffeloven §§ 147 eller 147b er det ikke nødvendig at utlendingen er idømt straff, men det må foreligge en «overtredelse» av lovbruddet, eventuelt at det er gitt tilholdssted til noen som har begått slik lovbrudd.

Til sist kan utlendinger uten oppholdstillatelse utvises når administrative myndigheter i et schengenland har vedtatt utvisning eller bortvisning som følge av brudd på landets utlendingsrettslige regler, jf. § 66 første ledd bokstav d.

---

<sup>337</sup> 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.

<sup>338</sup> 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. Tidligere var det etter bokstav b som et krav om at det måtte være et lovbrudd som etter norsk rett kunne medføre fengsel i mer enn tre måneder, og for mindre enn fem år siden var ilagt eller hadde sonet straffen for dette lovbruddet i utlandet. Etter bokstav c måtte utlendingen måtte utlendingen i Norge være ilagt straff eller særreaksjon for mindre enn tre års siden, for et lovbrudd som kunne føre til fengsel i mer enn tre måneder. Eller det måtte dreie seg om brudd på straffeloven §§ 147 eller 147b etter bokstav e.

#### ***4.5.4 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 straffeloven § 182 første ledd (opptøyer), § 231 annet ledd (uaktsom narkotikaovertrødelse), § 237 tredje ledd (uaktsom smitteoverføring), § 262 første ledd (brudd på ekteskapsloven), § 263 (trusler), § 305 (seksuelt krenkende atferd mv. overfor barn under 16 år), § 374 første alternativ (grovt uaktsomt bedrageri) eller § 380 (grovt uaktsomt skattesvik)».

Bokstav c slår fast at det er adgang til utvisning når det er ilagt straffe eller særreaksjon for brudd på straffeloven § 168 om brudd på oppholds- og kontaktforbud, § 189 annet ledd som fastsetter straff for å bære kniv eller lignende skarpt redskap på offentlig sted og § 271 første ledd om kroppskrenkelse. Alle disse lovbruddene kan straffes med fengsel «inntil ett år», og faller derfor utenfor den mer generelle adgangen til utvisning etter § 67 b bokstav som krever at forholdet kan føre til fengselsstraff på «mer enn ett år».

Utlendingsloven § 67 første ledd bokstav d inneholder samme vilkår som i § 66 første ledd bokstav e.

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

#### ***4.5.5 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. I tillegg kan utlendingen utvises ved brudd på «straffeloven § 182 første ledd (opptøyer), § 231 (narkotikaovertrødelse), § 237 tredje ledd (uaktsom smitteoverføring), § 262 første ledd (brudd på ekteskapsloven), § 263 (trusler), § 305 (seksuelt krenkende atferd mv. overfor barn under 16 år) eller § 374 første alternativ (grovt uaktsomt bedrageri)», jf. § 68 første ledd bokstav b. Bokstav c har samme innhold som §§ 66 første ledd bokstav e og 67 første ledd bokstav d.

Dersom lovbruddene fant stad 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.

#### 4.5.6 Forholdsmessighetsvurderingen

##### 4.5.6.1 Koblingen til menneskerettighetene

Innholdet i forholdsmessighetsvurderingen henger nært sammen med menneskerettighetene. Her gis det kun en kort introduksjon til vurderingens kobling til menneskerettighetene. Nærmere analyser av relevante rettigheter og avveiningen som må foretas i saker som berører barn, følger av avhandlingens øvrige kapiteler.<sup>339</sup>

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 avhandlingen 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.<sup>340</sup> Et krav om forholdsmessighet gjelder videre ved inngrep, og ved unnlattelse av å sikre rettighetene i av EMK art. 8.<sup>341</sup> Grunnloven inneholder ingen inngrepshjemmel, men Høyesterett har innfortolket en inngrepshjemmel. Inngrep i retten til familie- og privatliv etter Grl. § 102 kan gjøres dersom det «har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er *forholdsmessig*» (min uthevning).<sup>342</sup>

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».<sup>343</sup> Først i Rt. 2005 s. 229 la Høyesterett til grunn at barnets beste måtte trekkes inn i vurderingen som en konsekvens av BK artikkel 3 nr. 1.<sup>344</sup> I Maria-dommen ble også flere 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

---

<sup>339</sup> Se særlig kapittel seks og åtte.

<sup>340</sup> Se avhandlingens kapittel åtte.

<sup>341</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.5.4 og 6.5.5.

<sup>342</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60. se også Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28.

<sup>343</sup> Rt. 1996 s. 551 s. 558.

<sup>344</sup> Rt. 2005 s. 229 avsnitt 39.

art. 3 nr. 1, virker også styrende for forholdsmessighetsvurderingen etter utlendl. § 70.<sup>345</sup> 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 på forholdsmessighetsvurderingen. Mens noen virker styrende, påvirker andre vekten barnets interesser.

#### 4.5.6.2 De ulike elementene i vurderingen

Forholdsmessighetsvurderingen inneholder flere elementer.<sup>346</sup> Havre beskriver det som en tretrinnsstest.<sup>347</sup> Graver, som beskriver et generelt, materielt krav om forholdsmessighet i forvaltningsretten, legger til grunn at det inneholder tre elementer.<sup>348</sup> 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.<sup>349</sup> At et inngrep må forfølge et legitimt formål er klart.<sup>350</sup> 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 forholdsmessighetsvurderingen, ettersom det er så nært koblet til de øvrige elementene.<sup>351</sup>

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

---

<sup>345</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 68.

<sup>346</sup> 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.

<sup>347</sup> Merete Havre, «Domstolens prøving av forvaltningsvedtaks forholdsmessighet i menneskerettslig sammenheng», *Retfærd*, 2015 s. 102–119 (s. 103). Hun utfyller med at det middel som oppnås for å målet må være egnet, det må være behov for å benytte akkurat dette middelet og forvaltningens inngrepsbehov må stå i rimelig samsvar til inngreps intensiteten i saken.

<sup>348</sup> Graver (2015) s. 128–129

<sup>349</sup> 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).

<sup>350</sup> Se avhandlingens kapittel åtte, punkt 8.3.1.

<sup>351</sup> Se avhandlingens kapittel åtte.

ha samme effekt.<sup>352</sup> 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.

#### 4.5.6.3 Forholdets alvor

Ordlyden «forholdets alvor» peker mot den handling som aktualiserer utvisningsgrunnlaget i §§ 66 til 68. Det utvisningsgrunnlaget som er relevant i saken og *graden av alvorlighet* i de handlingene som er foretatt, er sentrale for alle elementene i forholdsmessighetsvurderingen. Utvisningsgrunnlaget med dets formål og alvorligheten av de handlingen 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 løsrevet fra utlendingen og familiens interesser, herunder tilknytningen til Norge.

Alvoret i handlingene som aktualiserer utvisningsgrunnlag må altså vurderes. Ved brudd på straffelovgivningen legges det i forarbeidene til grunn at både utmålt straff eller særreaksjon og strafferammen må tas i betraktning.<sup>353</sup> Det nevnes også enkelte typer lovbrudd som normalt må regnes som alvorlige.<sup>354</sup> Videre nevnes også at det må sees 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.<sup>355</sup> 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.<sup>356</sup>

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

---

<sup>352</sup> 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.

<sup>353</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 291.

<sup>354</sup> Dette er familievold eller annen grov vold, gjentatt kriminalitet, alvorlig narkotikakriminalitet, grov rans kriminalitet, organisert kriminalitet, menneskehandel, overgrep mot barn og terrorvirksomhet, Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 291.

<sup>355</sup> EMDs storkammerdom 18. oktober 2006, *Üner mot Nederland* avsnitt 57. Tidsmomentet og at det ikke var blitt begått noen ny lovbrudd ble også vektlagt i Kaplan med flere mot Norge.

<sup>356</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 292.

meget alvorlig kriminalitet. Videre har han vurdert om det kan fastlegges relativt faste terskler for om utvisningen er uforholdsmessig.<sup>357</sup> 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.<sup>358</sup> 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.<sup>359</sup> Sammenlignet med strafferettslige lovbrudd, fremstår de fleste overtredelser av utlendingsloven som mindre alvorlig.<sup>360</sup> I Rt. 2009 s. 534 la både flertallet og mindretallet til grunn at vurderingen av alvorlighetsgraden hovedsakelig må gjøres ut fra et forvaltningsrettslig perspektiv, ikke et strafferettslig.<sup>361</sup> Flertallet trakk i den forbindelse frem utlendingslovens formål. Videre ble behovet for tillit til at opplysningene som gis er riktige, og at utlendingen forøvrig forholder seg lojalt til lovens regler trukket frem.<sup>362</sup> Lovbrudd som i høy grad rammer de kontrollhensynene som loven skal ivareta, måtte etter flertallets mening karakteriseres som meget alvorlige.<sup>363</sup> Også mindretallet trakk frem formålet med loven.

I Rt. 2010 s. 1430 bygges det videre på det som er lagt til grunn i dommen fra 2009, og det legges til grunn at de aktuelle bruddene på utlendingsloven, som i høy grad rammer de kontrollhensyn loven hviler på, må regnes som «særs alvorlege tilhøve». I Rt. 2011 s. 948 nyanseres vurderingene imidlertid 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 [...].<sup>364</sup>

---

<sup>357</sup> Anders Sundsdal, «Forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning av utlendinger i utlendingsloven § 70», i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Bergen 2015 s. 261–290 (s. 271).

<sup>358</sup> Sundsdal (2015) s. 271–272.

<sup>359</sup> Se fr. eks Rt. 2011 s. 948 avsnitt 38 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 80.

<sup>360</sup> 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 kontrollhensyn utlendingsloven skal ivareta, og dermed må betraktes som alvorlige.

<sup>361</sup> Rt. 2009 s. 534 avsnitt 49 og 86. Saken ble behandlet av EMD i Nunez mot Norge, hvor Norge ble dømt for krenkelse av EMK art. 8.

<sup>362</sup> Rt. 2009 s. 534 avsnitt 49.

<sup>363</sup> Rt. 2009 s. 534 avsnitt 51.

<sup>364</sup> Rt. 2011 s. 948 avsnitt 35.



Videre uttales det at det må foretas en konkret vurdering av de aktuelle overtredelsene, og i hvilken grad de vanskeliggjør myndighetens arbeid.<sup>365</sup> Også subjektive forhold, slik som graden av skyld, kan etter omstendigheten trekkes inn i vurderingen.<sup>366</sup> Dette er i tråd med at forholdsmessighetsvurderingen skal fange opp 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.<sup>367</sup> Lovbrudd som «å unnlate å oppgi identitet, å gi uriktige opplysninger og å benytte falske dokumenter», antas i størst grad å utfordre kontrollmuligheten.<sup>368</sup> De sistnevnte lovbruddene vil derfor typisk anses som meget alvorlige. 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.

#### *4.5.6.4 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.<sup>369</sup> Utlendinger som har vært i landet fra de var barn vil som hovedregel ha en sterk tilknytning til Norge.<sup>370</sup> Vekten av de ulike momentene varierer fra sak til sak, og avhenger av de konkrete omstendighetene i saken.<sup>371</sup>

---

<sup>365</sup> Rt. 2011 s. 948 avsnitt 38 og 47.

<sup>366</sup> Rt. 2011 s. 948 avsnitt 46.

<sup>367</sup> Rt. 2011 s. 948 avsnitt 46.

<sup>368</sup> Rt. 2011 s. 948 avsnitt 46.

<sup>369</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 292, Üner mot Nederland avsnitt 57, Maslov mot Østeriket avsnitt 68–71 og Rt. 1996 s. 551 s. 559.

<sup>370</sup> Slik Høyesterett har lagt til grunn i Rt. 1996 s. 551 på s. 559 og av EMD i Maslov mot Østeriket avsnitt 73.

<sup>371</sup> Maslov mot Østerike avsnitt 70.

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 fra sak til sak. I Rt. 1996 s. 551 ble det uttalt følgende:

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.<sup>372</sup>

At vansker med å følge den utviste ut av landet skal vektlegges gjelder både ved barn og voksne familiemedlemmer.<sup>373</sup> Hvis det er utelukket at familien, herunder barn, kan følge med den utviste, er det tungtveiende.<sup>374</sup>

En utvisning er til hinder for senere innreise til Norge, og innebærer med det et innreiseforbud, jf. utlendl. § 71 annet ledd. Innreiseforbudet kan etter 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.<sup>375</sup> Særlig gjelder det hvis utvisningen gjøres tidsubegrenset.<sup>376</sup>

#### 4.6 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 sju og tretti dager, jf. § 90 femte ledd. Dersom fristen ikke blir overholdt kan politiet føre utlendingen ut av landet, jf. § 90 sjette ledd. At utreisefristen ikke overholdes er grunnlag for utvisning etter § 66 andre ledd.

---

<sup>372</sup> Rt. 1996 s. 551 s. 559.

<sup>373</sup> Se *Üner mot Nederland* avsnitt 58.

<sup>374</sup> Se nærmere om dette i avhandlingens kapittel syv, punkt 7.10.3.

<sup>375</sup> Sundsal (2015) s. 266.

<sup>376</sup> Se EMDs dom 22. april 2004, *Radovanovic mot Østeriket* avsnitt 37 hvor det ble lagt til grunn at en tidsubegrenset utvisning var for streng, og dermed innebar en krenkelse av EMK art. 8.

Ved endelig vedtak om utvisning opphører enhver gyldig oppholdstillatelse, jf. utlendl. § 71 første ledd. Utvisning er til hinder for senere innreise, så lenge innreiseforbudet 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.<sup>377</sup>

Et avslag på opphold kan også være tyngende. Familier som har vært i Norge lenge kan måtte reise fra sine 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.<sup>378</sup> I noen saker blir deler av familien igjen. Saken som ble behandlet i Rt. 2012 s. 667 er et slikt eksempel.<sup>379</sup> 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.<sup>380</sup> Gutten hadde norsk statsborgerskap. I slike tilfeller medfører et avslag store vansker for praktiseringen av familielivet.

#### 4.7 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.<sup>381</sup> 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 avdets nærmeste får bli i Norge. Etter det blir det spørsmål om hvor tungtveiende barnets interesser i å få bli i Norge er, og hva som taler mot, det vil si om noen innvandringsregulerende hensynene gjør seg gjeldende i den konkrete saken.

---

<sup>377</sup> Se for eksempel Nunez mot Norge og Kaplan med flere mot Norge.

<sup>378</sup> 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.

<sup>379</sup> Rt. 2012 s. 667 og LB-2012-81191.

<sup>380</sup> LB-2012-81191.

<sup>381</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.4.

Hvis de innvandringsregulerende hensynene gjør seg gjeldene, 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 det også tas stilling til situasjonen til eventuelle andre vedtaket retter seg mot eller som det ellers direkte gjelder, og da som oftest barnets familie.<sup>382</sup>

#### 4.8 Land som ofte er representert i de to sakstypene

Vurderingen og vektingen av barnets beste avhenger av hvilke land det er aktuelt å sende barnet eventuelt barnet og dets familie til.<sup>383</sup> 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. For å undersøke hvilke land som oftest er representert i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, har jeg benyttet UDIs statistikk fra 2017/2018.<sup>384</sup>

I 2017 ble det totalt *utvist* 4 548 utlendinger fra Norge, mens det i 2018 ble utvist 3 438.<sup>385</sup> Av utvisningene i 2017 var 744 begrunnet i brudd på straffelovgivningen, 2 645 brudd på utlendingsloven og 1 159 var begrunnet i EØS-regelverket. I 2018 var fordelingen 670 begrunnet i brudd på straffelovgivningen, 1 923 var begrunnet i brudd på utlendingslovgivningen og 845 var begrunnet i EØS-regelverket. I avhandlingen er det utvisning begrunnet i brudd på straffe- og utlendingslovgivningen som behandles, og følgelig er relevant. En størst andel av de disse utvisningene var altså begrunnet i brudd på utlendingslovgivningen, og en mindre andel i brudd på straffelovgivningen.

I 2017 ble det utvist over hundre utlendinger til Romania, Afghanistan, Polen, Irak, Nigeria, Albania, Somalia, Ukraina, Kina, Pakistan, Iran og Filippinene.<sup>386</sup> Tilnærmet alle utvisningene

---

<sup>382</sup> Se fvl. § 2 første ledd bokstav e om hvem som er parter.

<sup>383</sup> Se avhandlingens kapittel syv.

<sup>384</sup> At statistikk fra 2017 også er benyttet skyldes at den fra 2018 ikke var offentliggjort da jeg undersøkte statistikken. Ettersom resultatet av undersøkelsen innvirket på hvilke land som er trukket inn som eksempel i kapittel syv, kunne ikke utvalget av land vente til nyere statistikk var ferdigstilt.

<sup>385</sup> <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).

<sup>386</sup> <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2017/> (side sist besøkt 7. november 2018).

til Romania og Polen var begrunnet i EØS-regelverket, også i 2018. De to landene er følgelig ikke relevant for temaet her. Land som er relevant, 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 relevant for temaet her, var til land som skiller seg fra Norge på flere måter, herunder i levestandard.

I 2018 ble det innvilget opphold på humanitært grunnlag i 68 vedtak.<sup>387</sup> Det ble innvilget 1 385 oppholdstillatelser til flyktninger.<sup>388</sup> Videre ble det gitt seks begrensede oppholdstillatelser til enslige barn som søker asyl. Til sammen 548 fikk avslag på opphold etter søknad om asyl. Det var flest søknader fra personer med syrisk- og eritreisk statsborgerskap. De fleste fra Syria og Eritrea fikk innvilget opphold etter reglene om beskyttelse. Opphold på humanitært grunnlag blir da sjelden aktuelt. Afghanistan er mer relevant for temaet her. 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. Det ble også innvilget opphold på humanitært grunnlag til personer fra Iran, Bosnia-Hercegovina, Burundi, Etiopia, Irak, Kamerun, Kasakhstan, Nigeria, Pakistan, Russland, Somalia, Sri Lanka og Tanzania. Hvis det innvilges opphold på humanitært grunnlag i mange vedtak til statsborgere fra samme land, kan det tyde på at forholdene i landene gjør at det ofte anses nødvendig.

I 2018 ble det fattet 134 vedtak etter søknad om asyl fra enslige barn.<sup>389</sup> Av disse ble det gitt 4 avslag, 6 begrensede oppholdstillatelser, 17 opphold på humanitært grunnlag og 94 opphold etter reglene om beskyttelse. Det var kun barn fra Afghanistan (13), Pakistan (1), Sri Lanka (1) og USA (1), som fikk innvilget opphold på humanitært grunnlag. De som har fått avslag kom fra Afghanistan, Albania, Irak og Somalia.

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

---

<sup>387</sup> <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylvedtak-etter-statsborgerskap-og-utfall-2018/> (side sist besøkt 11. mars 2019).

<sup>388</sup> Her er både konvensjonsflyktninger (asyl) og andre flyktninger tatt med.

<sup>389</sup> <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylvedtak-etter-statsborgerskap-og-utfall-for-enslige-mindrearige-asylsokere-2018/> (side sist besøkt 11. mars 2019). Jeg antar disse vedtakene også er en del av den generelle statistikken, ettersom de midlertidige vedtakene til enslige barn er synlig også i denne.

på barnekomiteens vurderinger.<sup>390</sup> Komiteens vurderinger er basert på etterrettelige kilder og faktagrunnlagene har vært gjenstand for dialog mellom komiteen og myndighetene i landet.<sup>391</sup>

---

<sup>390</sup> De siste avsluttende merknadene til Afghanistan er fra 2011, og det er heller ingen nyere fra komiteene for økonomisk, sosiale eller kulturelle rettigheter eller sivile og politiske 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 ta 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).

<sup>391</sup> Se avhandlingens kapittel to, punkt 2.4.3.

## 5 Barnets beste som prinsipp, rettighet og et sett prosessuelle regler

### 5.1 Innledning

Barnekomiteen har lagt til grunn at barnets beste har tre sider; et generelt prinsipp, en rettighet og et sett med prosessuelle regler.<sup>392</sup> Barnets beste har også blitt omtalt og behandlet som et hensyn og en retningslinje.<sup>393</sup> Som det kommer frem allerede av innledningen, bygger avhandlingen 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 problemstillinger 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 avhandlingen.

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

---

<sup>392</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 6.

<sup>393</sup> Se for eksempel Knut Lindboe, «Hensynet til barnets beste i barnevernssaker», *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.

## 5.2 Barnets bestes utvikling fra de første deklarasjonene og til i dag

Barnets beste har, som internasjonale menneskerettigheter generelt, vokst gradvis fram og utviklet seg i takt med samfunnet. Utviklingen har skjedd parallelt med at de øvrige av barns særskilte rettigheter har vokst frem.

I 1924 ble Geneva Declaration on the Rights of the Child fra 1924 vedtatt.<sup>394</sup> 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 avhengig av voksne.<sup>395</sup> Deklarasjonen var vag og lite forpliktende, men utgjorde likevel et viktig steg i anerkjennelsen av at barn har behov for beskyttelse etter internasjonal rett.

Van Bueren har delt fremveksten av barns internasjonale menneskerettigheter inn i tre stadier.<sup>396</sup> Det første stadiet var det internasjonale samfunnets erkjennelse av at alle, også barn, «were objects of international law requiring international legal protection».<sup>397</sup> 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».<sup>398</sup> Etter andre verdenskrig startet det andre stadiet av utviklingen.

---

<sup>394</sup> League of Nations Geneva Declaration in the Rights of the Child 26. september 1924 (Genève deklarasjonen).

<sup>395</sup> 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*, Netherland 2007 s. 11.

<sup>396</sup> Van Bueren, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child*, Netherland 1998 s. 1.

<sup>397</sup> Van Bueren (1998) s. 1.

<sup>398</sup> Van Bueren (1998) s. 1.



I 1948 kom FNs Universal Declaration of Human Rights som inneholdt enkelte rettigheter av betydning for barn.<sup>399</sup> Av større betydning var det at FN i 1959 vedtok en ny deklarasjon om barns rettigheter.<sup>400</sup> Deklarasjonen fra 1959 uttrykte seg i nokså forpliktende vendinger ved å slå fast at barn «*shall enjoy all the rights set forth in this Declaration*» (min utheving).<sup>401</sup> Videre sto det at «[e]very child, without any exception whatsoever, *shall be entitled to these rights*» (min utheving).<sup>402</sup>

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.*<sup>403</sup> (Min utheving.)

Barnets beste knyttes her opp til behovet for beskyttelse for en helhetlig utvikling.<sup>404</sup> Det nevnes likevel at beskyttelsen skal være i overensstemmelse med frihet og verdighet. Til tross for denne presiseringen fremgår det av ordlyden at barnets beste knyttes opp mot velferdsbetraktninger, i likhet med deklarasjonen forøvrig.<sup>405</sup> 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.<sup>406</sup>

Allerede før vedtakelsen av deklarasjonen i 1959, eksisterte det et prinsipp om barnets beste i ulike lands nasjonale rett.<sup>407</sup> I norsk rett kom det tidlig til uttrykk i høyesterettspraksis og

---

<sup>399</sup> United Nations Universal Declaration of Human Rights 10. desember 1948. Se artikkel 25 nr. 2 og 26 nr.1. I tillegg følger det av ikke-diskrimineringsprinsippet i artikkel 2 at alle rettigheten skal gjelde uten noen form for diskriminering.

<sup>400</sup> United Nations Declaration of the Rights of the Child 20. November 1959 (Deklarasjonen om barns rettigheter).

<sup>401</sup> Deklarasjonen om barns rettigheter prinsipp 1.

<sup>402</sup> Deklarasjonen om barns rettigheter prinsipp 1.

<sup>403</sup> Deklarasjonen om barns rettigheter prinsipp 2.

<sup>404</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.3 om retten til en helhetlig utvikling i BK art. 6 nr. 2.

<sup>405</sup> 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.

<sup>406</sup> Van Bueren (1998) s. 12.

<sup>407</sup> 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.

lovgivning, men med ulike formuleringer og styrke.<sup>408</sup> 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».<sup>409</sup> 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 sammenhengen med moralske grunner til å prioritere barns interesser og behandle barn ulikt voksne. Freeman spør for eksempelet «[w]hy the best interests?», og kommer med en rekke svar som har sammenheng med moralske argumenter.<sup>410</sup> En måte prinsipper kan vokse frem på i internasjonal rett, er gjennom naturrettslige teorier.<sup>411</sup> Det innebærer at eksisterende moralske normer utvikles til rettslige prinsipper og menneskerettigheter.<sup>412</sup> Barnets beste gir altså uttrykk for en moralsk norm, slik også mange andre menneskerettigheter gjør.

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.<sup>413</sup> 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.<sup>414</sup> 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.

Vedtakelsen 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

---

<sup>408</sup> 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 bårn i ekteskap § 8 annet ledd.

<sup>409</sup> 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.

<sup>410</sup> Freeman (2007b) s. 40–41.

<sup>411</sup> 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).

<sup>412</sup> Koskenniemi (2000) s. 364 og Voigt (2008) s. 9.

<sup>413</sup> 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).

<sup>414</sup> Freeman (2007b) s. 27.

exploitation; the prevention of harm to children; and the provision of assistance for their basic needs».<sup>415</sup> Hun understøtter 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 og 15 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.<sup>416</sup> 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 prinsipper, rettigheter og syn på barn.

Etter vedtakelsen av BK har anerkjennelsen av at barn må gis beskyttelse gjennom internasjonal rett, og da gjennom substansielle rettigheter, blitt forsterket. Barnets beste er nå inntatt i flere konvensjoner, men som nevnt innledningsvis ikke i EMK.<sup>417</sup> Rettighetene i EMK gjelder «everyone», jf. EMK art. 1, altså både barn og voksne.<sup>418</sup> At EMK ikke inneholder særskilte rettigheter for barn gir risiko for at deres rettigheter og interesser blir nedprioritert. Denne ulempen kan motvirkes noe av EMDs dynamiske tolkningsprinsipper og at domstolen også anvender andre konvensjoner, herunder BK.<sup>419</sup> 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.<sup>420</sup> 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».<sup>421</sup> 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

---

<sup>415</sup> Van Bueren (1997) s. 13.

<sup>416</sup> 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.

<sup>417</sup> The Charter of Fundamental Rights of the European Union 18. desember 2000 artikkel 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.

<sup>418</sup> 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 require» kan offentligheten utelukkes fra domstolsbehandlingen.

<sup>419</sup> 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 beskyttelse barn og deres rettigheter i større grad enn tidligere.

<sup>420</sup> Kilkelly (1999) s. 4–16.

<sup>421</sup> Kilkelly (1999) s. 17.

child is a person with rights», og at dette har den uheldige følgen at nasjonale domstoler følger samme tilnærming.<sup>422</sup>

Menneskerettsdomstolen har trukket inn BK, og løftet frem og anvendt barnets beste i flere saker.<sup>423</sup> Barnets beste innfortolkes da i rettighetene i EMK. Domstolen har fremhevet at det er en bred overenstemmelse, også i internasjonal rett, om at i saker som berører barn, må barnets beste være av «paramount importance».<sup>424</sup> Denne brede overenstemmelsen kan i stor grad spores tilbake til BK og statenes tilslutning til denne. Barnets bestes vide anvendelsesområdet 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 anvendelsesområdet. 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-charter om fundamentale rettigheter følger barns særrettigheter av art. 24. Rettighetene kommer i tillegg til de øvrige rettighetene i charteret, som tilkommer alle, også barn.<sup>425</sup> Artikkel 24 er plassert under kapittel III som har tittelen «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.<sup>426</sup> Barnets beste kommer til uttrykk i art. 24 nr. 2.

I de siste årene har *innholdet* 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

---

<sup>422</sup> Freeman (2007b) s. 14.

<sup>423</sup> Se for eksempel Jeunesse mot Nederland avsnitt 109 og 115–123 og Tarakhel mot Sveits avsnitt 99, 119 og 122.

<sup>424</sup> Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 135, X mot Latvia avsnitt 96 og Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

<sup>425</sup> Pier Francesco Lotito, *The Rights of the Child*, i Human Rights in Europe, Ed. William B.T: Mock og Gianmario Demuro (2010) s. 147.

<sup>426</sup> Lotito (2010) s. 150.

nr. 1 inneholder prosessuelle regler og at det er mulig å håndheve rettigheten for en domstol.<sup>427</sup> 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.

### 5.3 Barnets beste som et generelt prinsipp

#### 5.3.1 Innledning

Ordlyden i BK art. 3 nr. 1 inneholder ikke noe prinsippbegrep. Det gjør heller ikke ordlyden i GrL § 104. At barnets beste regnes som et prinsipp er likevel relativt ubestridt. Det er lagt til grunn både av barnekomiteen, EMD og i nasjonal rett.<sup>428</sup> 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.

Hvilke egenskaper og funksjon prinsipper anses å ha, har sammenheng med synet på retten.<sup>429</sup> Prinsipper 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.<sup>430</sup> Prinsipper har også ulik betydning og funksjon innenfor forskjellige rettsområder. Eksempler på rettsområder hvor prinsipper er viktig og har et normativt innhold er EU- og EØS-retten og miljøretten.<sup>431</sup>

---

<sup>427</sup> Se nærmere om de prosessuelle reglene i dette kapitlets punkt 5.5.

<sup>428</sup> Se for eksempel General Comment nr. 1 avsnitt, Committee on the Rights of the Childs 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.

<sup>429</sup> Se Jørgen Dalberg-Larsen, «Hvad udgør rettens kjerne – retsafgørelser, retsregler eller retsprinsipper?» i *Om retsprinsipper*, København 2004 s. 11–48.

<sup>430</sup> Av de som orienterer seg mot rettsrealismen beskrives ofte prinsipper som retningslinjer, og denne oppfatningen har tradisjonelt stått ganske sterk 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 prinsipper 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.

<sup>431</sup> Se for eksempel Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave Bergen 2018 s. 35–38 om prinsipper innenfor EØS-retten og Hans Chr. Bugge, *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 4 utgave, Oslo 2015 kap. 3 og 5 om prinsipper innenfor miljøretten.

Den overordnede problemstillingen her, er hvilke 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 funksjonere og egenskaper som er tillagt prinsipp. Til sist kommer jeg inn på betydningen av prinsippstatusen til barnets beste.

### 5.3.2 Prinsippbegrepet

Begrepet prinsipp kommer fra det latinske uttrykket principium, og sikter til noe grunnleggende, som en begynnelse eller et utgangspunkt.<sup>432</sup> I tråd med dette, ser enkelte rettsforskere på rettsprinsipper som noe som hører til rettens kjerne eller hviler på en grunnleggende verdi.<sup>433</sup> Voigt beskriver «Fundamental Principles» i internasjonal rett som fundamentene for det internasjonale rettssystemet, og gir uttrykk for at de kan være en forutsetning for traktatretten og dens effektivitet.<sup>434</sup> 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.<sup>435</sup> Som kjennetegn ved argument beskriver prinsipper utgangspunkt, norm med høyt generalitetsnivå, grunnleggende verdi eller norm med retningslinjestruktur.<sup>436</sup> Når prinsipp beskrives ut fra argumentets grunnlag, legges det til grunn at de stammer fra en avveining av reelle hensyn, praksisbasert norm, normekspressiv generalisering og en del av det norske samfunnets ideologiske grunnlag.<sup>437</sup> Den siste kategorien er prinsipp som upresis henvisning.<sup>438</sup> 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

---

<sup>432</sup> Anders Nes, Store norske leksikon, Prinsipp, <https://snl.no/prinsipp/opphav>, (side sist besøkt 16. mai 2019).

<sup>433</sup> Dalberg-Larsen (2004) s. 11. Dalberg-Larsen konkluderer med at rettens kjerne ikke kan finnes i et enkelt rettslig fenomen slik som rettsprinsipper. 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.

<sup>434</sup> Voigt (2008) s. 12–13.

<sup>435</sup> Frøberg (2014) s. 327.

<sup>436</sup> 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).

<sup>437</sup> Frøberg (2014) s. 328–329.

<sup>438</sup> Frøberg (2014) s. 329.

rettsgrunnsetninger og grunnrettigheter.<sup>439</sup> Breen benytter uttrykket «standard» om barnets beste, uten at det nødvendigvis innebærer noe annet enn det som legges i prinsippbegrepet.<sup>440</sup>

De ulike oppfatningene av rettsprinsipper, kan deles inn i deskriptive og normative syn.<sup>441</sup> I et deskriptivt syn forstås «prinsipp» som et fremstillingsmessig begrep.<sup>442</sup> Begrepet benyttes for å sammenfatte, beskrive og organisere normer som benyttes i juridisk argumentasjon.<sup>443</sup> Når prinsipper beskrives normativ, blir de sett på som et fenomen med særlig normativ kraft, som kan skilles fra andre normer.<sup>444</sup> De forstås som normer som kan gi løsning på normative problemer.<sup>445</sup> Koskenniemi fremhever at i en deskriptiv fremstilling *beskriver* prinsipper normer, mens i en normativ fremstilling *er* prinsipper normer.<sup>446</sup> Ved et deskriptivt syn vil det være mulig å beskrive normen uten å benytte prinsippbegrepet.<sup>447</sup> Fredriksen trekker frem tre ulike oppfatninger av prinsipp.<sup>448</sup> Den første er prinsipp som substansielle størrelser, som tilfører retten et innhold den ellers ikke ville ha hatt.<sup>449</sup> Den andre som en sammenfatning av forskjellige regler under *en* betegnelse.<sup>450</sup> Den tredje er at begrepet benyttes for å tilsløre rettsanvenderens vurderinger av rettens innhold.<sup>451</sup> Et syn på prinsipper som substansielle størrelser bygger på en normativ beskrivelse av prinsipp. Synet på prinsipp som 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 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 hvilke betydning det har. Legges det til grunn at

---

<sup>439</sup> Nygaard (2004) s. 260–261, Graver (2006) s. 189 og Frøberg (2014) s. 30.

<sup>440</sup> Se Breen (2002).

<sup>441</sup> Se Marti Koskenniemi, «General principles: Reflexions on constructivist thinking in international law» i *Sources of international law*, Dartmouth 2000 s. 359–402.

Koskenniemi (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 prinsipper som «trainer-wheels».

<sup>442</sup> Mæhle (2005) s. 87.

<sup>443</sup> Koskenniemi (2000) s. 361. Se også Eckhoff og Smith (2018) s. 46–47.

<sup>444</sup> Mæhle (2005) s. 88 og Koskenniemi (2000) s. 367.

<sup>445</sup> Koskenniemi (2000) s. 361.

<sup>446</sup> Koskenniemi (2000) s. 366.

<sup>447</sup> 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.

<sup>448</sup> Steinar Fredriksen, «Noen betraktninger om rettsprinsippers betydning i norsk rett» *Jussens Venner*, 2011 s. 37–64 (s. 38).

<sup>449</sup> Fredriksen (2011) s. 38.

<sup>450</sup> 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.

<sup>451</sup> Se også Graver (2006) s. 220 med videre henvisninger.

prinsipp beskriver normer, blir spørsmålet hva *prinsippet* om barnets beste beskriver? Disse spørsmålene drøftes i de følgende punktene.

### 5.3.3 Barnekomiteens omtale av prinsippet

Barnekomiteen beskriver ofte barnets beste, sammen med BK art. 2, 6 og 12, som uttrykk for «general principles».<sup>452</sup> Formuleringen «general» kan tyde på at barnets 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 prinsipper som bør leses sammen med alle rettighetene i BK.<sup>453</sup> Selv benytter Abramson terminologien «umbrella provision» om denne typen normer.<sup>454</sup> Komiteens terminologi varierer imidlertid. Begrepene «fundamental [...] principle»<sup>455</sup>, «Guiding principle», «interpretative legal principle»<sup>456</sup> og «principle»<sup>457</sup> benyttes også. I juridisk teori varierer begrepsbruken mellom «principle of interpretation»<sup>458</sup>, «general guiding principle»<sup>459</sup> bare «general principles»<sup>460</sup> og i enkelte tilfeller «universal principle»<sup>461</sup>. På norsk benyttes uttrykkene «grunnleggende prinsipp»<sup>462</sup>, «tolkningsprinsipp»<sup>463</sup> og «generelt prinsipp»<sup>464</sup>. 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 ubevist begrepsbruk eller skyldes at komiteen ikke bygger på

---

<sup>452</sup> Se blant annet i Committee on the Rights of the Child's 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 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 (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.

<sup>453</sup> Abramson (2008) s. 66.

<sup>454</sup> Abramson (2008) s. 66.

<sup>455</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 6 b.

<sup>456</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 6 b. Se også General Comment nr. 3/22 avsnitt 27.

<sup>457</sup> General Comment nr. 5 avsnitt 12.

<sup>458</sup> Van Bueren (1998) s. 46 og Breen (2002) s. 16.

<sup>459</sup> Freeman (2007b) s. 5.

<sup>460</sup> Freeman (2007b) s. 1.

<sup>461</sup> Breen (2002) s. 1.

<sup>462</sup> Haugli (2016) s. 51.

<sup>463</sup> Lucy Smith (2016) s. 19.

<sup>464</sup> Haugli (2016) s. 51 og Lucy Smith (2016) s. 19.



en forståelse av barnets beste, men flere på 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».<sup>465</sup> Heller ikke i omtalen av art. 2 er komiteen konsistent.<sup>466</sup>

Komiteens varierende begrepsbruk er uheldig. Det er egnet til å forvirre og gjøre det uklart hvilke funksjoner barnets beste 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.

### 5.3.4 Ulike typer funksjoner og egenskaper

#### 5.3.4.1 Fundamentalt og grunnleggende

Om barnets beste har Barnekomiteen uttalt at prinsippet gir uttrykk for «one of the fundamental values of the Convention».<sup>467</sup> 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 anset moralsk riktig å løfte frem og beskytte barns interesser.<sup>468</sup> 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 og anvendes av EMD.<sup>469</sup> At barnets beste nå er nedfelt i Grunnloven, tyder også på at verdiene det gjenspeiler er grunnleggende.<sup>470</sup> Koskenniemi legger til grunn at prinsipper har en viktig funksjon som normer som gjenspeiler verdier og mål i samfunnet, og dermed også i retten.<sup>471</sup> Prinsippene er dermed viktig for å gi underliggende verdier normativ kraft og med det påvirke retten.<sup>472</sup> En slik funksjon kan barnets beste sies å ha hatt i lang tid.

---

<sup>465</sup> Abramson (2008) s. 66.

<sup>466</sup> Abramson (2008) s. 66.

<sup>467</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 1.

<sup>468</sup> Se dette kapitlets punk 5.2.

<sup>469</sup> Se for eksempel Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

<sup>470</sup> 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.

<sup>471</sup> Koskenniemi s. 380–381 og 396–397.

<sup>472</sup> Koskenniemi s. 397.

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*.<sup>473</sup> 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.<sup>474</sup> Komiteen har også benyttet uttrykket «Child rights approach» uten at det ser ut til å innebære noen meningsforskjell.<sup>475</sup> Etter komiteens syn er det sentrale for sistnevnte en helhetlig tilnærming til barns rettigheter, med det mål å sørge for ivaretagelse av rettighetene på alle rettsområder.<sup>476</sup> I Casseses beskrivelse av fundamentale prinsippers funksjon, sammenligner han dem med prinsipper 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. Furthermore, they can be drawn upon for the construction of legal provisions, whenever rules in interpretation prove insufficient.<sup>477</sup>

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 rettighetsperspektiv ved anvendelsen av barnets beste.<sup>478</sup> Fremheves derimot rettighetskarakteren, vil barnets beste kunne bidra til en barnerettslige tilnærmingen i konkrete saker. Når prinsippkarakteren kan være viktig for å fremme et rettighetsperspektiv utover enkeltsaker, tyder det på at prinsippssiden og rettighetssiden til barnets beste er gjensidig avhengige av hverandre.

Under spørsmålet om hvilke betydning det har at barnets beste er et prinsipp og betydningen av dets fundamentale karakter, kan Kaarlo Tuoris teori om kritisk positivisme og en lagdelte rett, være relevant. I kritisk positivisme er det et grunnleggende utgangspunkt at selv om retten i stor

---

<sup>473</sup> 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.

<sup>474</sup> General Comment nr. 5 avsnitt 12.

<sup>475</sup> General Comment nr. 13, *The right of the child to freedom from all forms of violence*, 18. april 2011 avsnitt 59.

<sup>476</sup> General Comment nr. 13 avsnitt 59.

<sup>477</sup> Antonio Cassese, *International Law*, 2. utgave, Oxford 2004 s. 46.

<sup>478</sup> Se kritikk mot å betrakte BK art. 2 som et generelt prinsipp i Abramson (2008) på s. 64–67.

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.<sup>479</sup> 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 statues 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*. (Forfatterens utheving)<sup>480</sup>

Det første nivået er altså det synlige overflatenivået, som av Tuori omtales som «the turbulent surface of law».<sup>481</sup> Nivået består av rettsregler som stammer fra tolkning av positivt angitte kilder som lover og rettspraksis, herunder konkrete høyesterettsdommer og uttalelser fra barnekomiteen.<sup>482</sup> Dette nivået er i konstant endring som følge av nye lover, rettsavgjørelser og andre rettskilder.<sup>483</sup> 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.<sup>484</sup> Det siste nivået er dypstrukturen, hvor det er snakk om en felles kjerne til tross for ulikheter på overflatenivået og det rettskulturellenivået.<sup>485</sup>

Tuori finner rettens normativitet i dypstrukturen, og med det i retten selv. Peczenik er enig i at retten er tredelt, men han har et litt annet syn på hva som befinner seg i dypstrukturen.<sup>486</sup> 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».<sup>487</sup> 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

---

<sup>479</sup> 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.

<sup>480</sup> Tuori (2002) s. 147.

<sup>481</sup> Tuori (2002) s. 154.

<sup>482</sup> Tuori (1999) s. 11.

<sup>483</sup> Tuori (2002) s. 155.

<sup>484</sup> Tuori (2002) s. 166, 169, 174 og 177.

<sup>485</sup> Tuori (2002) s.183.

<sup>486</sup> Peczenik (2005) s. 271.

<sup>487</sup> Peczenik (2005) s. 272.

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 nivået. Det samme kan EMDs omtale av barnets beste. 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.<sup>488</sup> 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».<sup>489</sup> Røtter tilbake til deklarasjonen fra 1959, den brede konsensusen og måten barnets beste innvirker på andre rettigheter på, tyder på at prinsippet i alle fall befinner seg på det *rettskulturelle nivået*.<sup>490</sup> Det gir føringer på tolkninger og har en sterk og bred forankring i internasjonal og nasjonal rett.<sup>491</sup> Endringer på dette nivået skjer gradvise. 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 tre nivåene*. Som generelt *prinsipp*, som gjenspeiler en grunnleggende verdi innenfor retten, befinner barnets best seg på det rettskulturelle nivået og i dypstrukturen.<sup>492</sup> 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.<sup>493</sup> De tre nivåene kan bidra til en forklaring på hvorfor barnets beste omtales med ulike egenskaper og funksjoner.

---

<sup>488</sup> X mot Latvia avsnitt 37–39 og Neulinger og Shuruk avsnitt 49–55.

<sup>489</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 109 og X mot Latvia avsnitt 96.

<sup>490</sup> Se avhandlingens kapittel seks om hvordan barnets beste innvirker på enkelte utvalgte rettigheter.

<sup>491</sup> Se punkt 5.2.

<sup>492</sup> Tuori skiller mellom prinsipper som «discursively formulated, surface-level normative phenomena» og de som er «elements of legal culture», Tuori 2002 s. 178.

<sup>493</sup> 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 prinsipper og moral.

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.

#### 5.3.4.2 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.<sup>494</sup> 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».<sup>495</sup> Komiteen har flere ganger vært innen på at barnets beste har en tolkningsfunksjon.<sup>496</sup>

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.<sup>497</sup> Når barnets beste er trukket inn i rettighetene i EMK art. 8, kan det betraktes som et eksempel på en funksjon 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 tolkingen 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.<sup>498</sup> Hun stiller spørsmålet om «barnets beste skal gå foran de vilkårene den aktuelle loven stiller opp».<sup>499</sup> I norsk rett har imidlertid barnets beste forrang. Som Sandberg skriver innebærer det at hvis det ikke er mulig å harmonere lovbestemmelsen og barnets beste, må barnets beste gå foran som følge av forrangbestemmelsen. At barnets beste

---

<sup>494</sup> Alston (1994) s. 15–16.

<sup>495</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 6 (b).

<sup>496</sup> 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».

<sup>497</sup> Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 131 flg.

<sup>498</sup> Kirsten Sandberg, «Barnets beste som rettighet» i *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Oslo 2016 s. 57–83 (s. 63).

<sup>499</sup> Sandberg (2016b) s. 63.

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 avhengig av hverandre, de må respekteres og sikres, jf. bl.a. Grl. § 92, og forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven gjelder for alle rettighetene i BK, ikke bare de fire som regnes som prinsipp.<sup>500</sup>

Alston nevner at barnets beste kan fungere som et *meklende* prinsipp, hvor det benyttes for å løse konflikter mellom rettigheter innenfor BK.<sup>501</sup> I Voigts beskrivelse av internasjonale prinsipper, nevner hun «Interpretation and Conflict Principles».<sup>502</sup> 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.<sup>503</sup> Altså en meklende eller harmoniserende funksjon.

En meklende funksjon ser ut til å rette seg mot tilfeller hvor det foreligger en konflikt. 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 avhengig 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 meklendefunksjon. Barnekomiteen har omtalt de fire generelle prinsippene som «guiding principles».<sup>504</sup> Komiteen har lagt til grunn at prinsippet om barnets beste gir veiledning utover enkelttilfeller, på et overordnet plan, slik som i lovgivningsprosesser.<sup>505</sup> I de avsluttende merknader 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 relevant for barn.<sup>506</sup> Integreres barnets beste i alt arbeid som berører barn,

---

<sup>500</sup> Se avhandlingens kapittel to, punkt 2.4.4.

<sup>501</sup> Alston (1995) s. 15–16.

<sup>502</sup> Voigt (2008) s. 21.

<sup>503</sup> Voigt (2008) s. 21.

<sup>504</sup> General Comment nr. 15 avsnitt 3.

<sup>505</sup> General Comment nr. 5 avsnitt 12.

<sup>506</sup> 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,

vil prinsippet ha en veiledende funksjon. En veiledende funksjon kan ikke nødvendigvis utledes av alle rettigheter. Voigt har lagt til grunn prinsipper særlig veileder lovgiver, og bidrar til å «outline a policy path».<sup>507</sup> Noe som ligner på denne funksjonen, og som også ser ut til å rette seg mot en mer generelle 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».<sup>508</sup> 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. Antageligvis vil de to funksjonen flyte noe sammen.

Både en veiledende og en evaluerende funksjonen 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 benyttet barnets beste for å rette kritikk mot gjeldende rettstilstand og politikk, og som veiledning i utforming av ny, kan prinsippet bidra til at de verdiene barns beste hviler på, ivaretas. Uten å fylle prinsippet med et konkret innhold, er det likevel grense for hvor mye veiledning det kan gi.

#### 5.3.4.3 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.<sup>509</sup> 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.<sup>510</sup>

---

CRC/C/MHL/CO/3-4, avsnitt 15 og CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 13 (b) som alle inneholder tilnærmet samme formulering.

<sup>507</sup> Voigt (2008) s. 13.

<sup>508</sup> 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 benyttet 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.

<sup>509</sup> Voigt (2008) s. 19.

<sup>510</sup> Voigt (2008) s. 20.

Prinsippet om barnets beste har likhetstrekk med forholdsmessighetsprinsippet, og 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. Etterhvert 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.<sup>511</sup> 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 stadige skje et skifte fra prinsippiden til rettighetssiden, slik jeg har vært inne på i punktet ovenfor.

#### 5.3.4.4 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 prinsipp har et høyt generalitetsnivå er noe som ofte fremheves.<sup>512</sup> Jørgen Dalberg-Larsen og Bettina Lemann Kristiansen slår fast at rettsprinsipper må oppfattes som en form for rettsnormer, som ved deres generelle karakter adskiller seg fra andre mer presise normer.<sup>513</sup> Synne Sæthre Mæhle tar utgangspunkt i at begrepet rettsprinsipp benyttes om «et verdimesig premiss av generell karakter som er tillat i rettslige overveielser».<sup>514</sup>

Prinsipp inneholder ofte vesentlige element av skjønn. Dette er delvis tilfellet 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 prinsippers «coherence-creating task [...] explains the characteristic of generality».<sup>515</sup> 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.

---

<sup>511</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.5.5.

<sup>512</sup> Se for eksempel Graver (2006) s. 194 og Frøberg (2014) s. 131.

<sup>513</sup> Dalberg-Larsen s. 2.

<sup>514</sup> Mæhle (2005) s. 86.

<sup>515</sup> Tuori (2002) s. 179.



### 5.3.5 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 ha vært noe poeng å fremheve prinsippssiden. Tvert imot kunne det vært en ulempe, ettersom det kan tilsløre rettighetskarakteren.<sup>516</sup> 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 prinsippssiden, og da er betegnelsen grunnleggende prinsipp, nokså treffende. Som Doek trekker frem tjener identifiseringen av prinsipper 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».<sup>517</sup> Et grunnleggende prinsipp vil gjerne ha mange av de egenskapene og funksjonene som er trukket frem ovenfor, slik som høyt generalitetsnivå og en fortolkendefunksjon. 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 bestes innenfor et rettsområde, hvor det treffes konkrete avgjørelser som berører barn, er det først og fremst rettighetssiden jeg fokuserer på.

## 5.4 Barnets beste som substansiell rettighet

### 5.4.1 Innledning

Barnekomitéen har fremhevet at art. 3 nr. 1 angir «A substantive right», altså en substansiell rettighet.<sup>518</sup> Komiteen anser følgelig barnets beste for å ha rettighetskarakter og at 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».<sup>519</sup> 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.<sup>520</sup> En vag norm hvor det ikke lar seg fastlegge et klart innhold eller som ikke er av forpliktende karakter, kan vanskelig ha samme egenskaper.

---

<sup>516</sup> Se Abramson (2008) s. 53.

<sup>517</sup> Doek (2005) s. 17.

<sup>518</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 6 (a).

<sup>519</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 6 (a).

<sup>520</sup> En rettighet gir normalt et «rettskrav» som faller inn under lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings 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 barnevernlov — Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse*, s. 15.

Komiteen er klar og entydig i sitt standpunkt til rettighetskarakteren og virkningen av denne.<sup>521</sup> Som nevnt i innledningen, har barnets beste også blitt omtalt i 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».<sup>522</sup> Parker har slått fast at «[i]t is hard to see how, practically, the article can have anything other than a collective focus».<sup>523</sup> 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.<sup>524</sup> 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 behandler barnets beste som et hensyn.<sup>525</sup> 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.<sup>526</sup>

At synet på barnets bestes har variert, kan skyldes det at 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.<sup>527</sup> Barnekonvensjonen

---

<sup>521</sup> Rettighetsbegrepet benyttes nokså konsekvent etter utgivelsen av General Comment nr. 14, se fr. eks. 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.

<sup>522</sup> Van Bueren (1995) s. 46. Alston og Freeman har uttalt seg i lignende vendinger, Alston (1994) s. 15–16 og Freeman (2007b) s. 4.

<sup>523</sup> Parker (1994) s. 28.

<sup>524</sup> 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 (2016) s. 57–83, Haugli (2016) s. 53, 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.

<sup>525</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 31 og 76–77. I avsnitt 76 benyttes formuleringen «dette hensynet». 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 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.

<sup>526</sup> Om domstolskontroll av barnets beste, se avhandlingens kapittel ni.

<sup>527</sup> 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*

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 beste karakter, er det nødvendig å argumentere for mitt standpunkt om rettighetskarakter. Dette blir gjort her. Formål med fremstillingen er, i tillegg til å begrunne og legitimerer standpunktet, å vurdere hva det innebærer, og hvilken betydning det har at barnets beste er en substansiell rettighet. Jeg starter med å behandle hva rettigheter er. Deretter begrunner jeg mitt standpunkt om at barnets beste er en substansielle 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.<sup>528</sup>

## 5.4.2 Rettigheter

### 5.4.2.1 Rettighetsteorier

Hva rettigheter er, forsøkes ofte å besvares ved hjelp av ulike rettighetsteorier. To mye anvendte teorier er vilje/valgteorien og interesseteorien.<sup>529</sup> De to teoriene har røtter både i juridisk-, moralsk- og politiskfilosofi 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.<sup>530</sup> En

---

*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, Michael Freeman, «Why It Remains Important to Take Children`s Rights Seriously», *International Journal of Children`s Rights*, 2007 s. 5–23, Lucinda Ferguson, «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. 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.

<sup>528</sup> Se avhandlingens kapittel to, 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.

<sup>529</sup> 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).

<sup>530</sup> Raz (1984) s. 4 McCormick (1982) s. 154–155 og Köhler-Olsen (2011) s. 172.

rettighet forutsetter da at rettighetshaveren har mulighet til å ha en vilje og til å foreta et valg.<sup>531</sup> Etter interesseteorien springer rettigheter ut av interesser som det er behov for å respektere og sikre.<sup>532</sup> 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.<sup>533</sup>

Av de to teoriene er det interesseteorien 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.<sup>534</sup> 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.<sup>535</sup>

Eekelaar som bygger sin fremstilling av barns rettigheter på interesseteorien, understreker at de interessene som er forutsetningen for en rettighet, må være mulig å isolere fra andre interesser.<sup>536</sup> 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».<sup>537</sup> 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».<sup>538</sup> Dette begrunner han med at rettigheter er viktig for å påvirke og innvirke på avgjørelser i sitt eget liv.<sup>539</sup> Nettopp dette er noe barn kan ha vanskeligheter med, og det gir et behov for særrettigheter for barn.

#### 5.4.2.2 Plikter

Rettigheter og plikter henger nært 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.<sup>540</sup> 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

---

<sup>531</sup> Sigurdsen (2015a) s. 79.

<sup>532</sup> MacCormick (1982) s. 154–155 og Sigurdsen (2015a) s. 81.

<sup>533</sup> Raz (1984) s. 5 og Köhler-Olsen (2011) s. 174.

<sup>534</sup> 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).

<sup>535</sup> Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand «Introduksjon» i *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Oslo 2016 s. 17–33 (s. 29).

<sup>536</sup> John Eekelaar, «The Emergence of Children`s Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1986 s. 161–182 (s. 169).

<sup>537</sup> Eekelaar (1986) s. 169.

<sup>538</sup> Freeman (2007a) s. 7.

<sup>539</sup> Freeman (2007a) s. 8.

<sup>540</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.2 om rettigheten i BK art. 2 nr. 1.

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.<sup>541</sup> 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.<sup>542</sup> De positive forpliktelsene skal bidra til at rettighetsvernet blir effektivt og praktisk, ikke teoretisk.<sup>543</sup>

Ikdahl og Blaker Strand skriver om en *tredeling* av statsforpliktelsene. Her nevner de plikten til å *respektere*, det vil si ikke gjøre inngrep, plikten til å *beskytte* ved å ta aktive skritt for å forhindre tredjeparts inngrep og plikten til å *oppfylle* ved å ta aktive skritt og iverksette ulike tiltak for at rettigheter skal realiseres fullt ut.<sup>544</sup> Her har de altså med plikten til å oppfylle rettighetene. De tre sidene av statens forpliktelser er sentrale egenskaper ved rettigheter.

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 realisere dem.<sup>545</sup> 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». <sup>546</sup> Dette er en omfattende forpliktelse, som samtidig overlater mye skjønn til staten. Det kunne nok vært en fordel med en forpliktelse med mindre skjønn. Staten er imidlertid forpliktet til å overholde alle rettighetene, og de er gjensidige 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

---

<sup>541</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 66.

<sup>542</sup> Se for eksempel EMDs dom 24. februar 1998, *Botta mot Italia* avsnitt 33 og EMDs dom 10 mai 2001, *Z og flere mot Storbritannia*. Se også David Harris mfl., *Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave Oxford 2018 s. 510 flg.

<sup>543</sup> EMDs dom 9. oktober 1979, *Airey v. Irland* avsnitt 24, EMDs dom 24. februar 1998, *Botta mot Italia* avsnitt 33 og EMDs dom 9. juni 1998, *McGinley og Egan mot Storbritannia* avsnitt 98. Se også Harris mfl. (2018) s. 511 flg.

<sup>544</sup> Ikdahl og Strand (2016) s. 25. Se også 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. som har delt sin fremstilling av BK art. 6 inn i de tre sidene av statens forpliktelser. Barnekomiteen har redegjort for tredelingen av statens forpliktelser etter BK art. 31 i 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.

<sup>545</sup> General Comment nr. 5 avsnitt 18.

<sup>546</sup> General Comment nr. 5 avsnitt 18.

rettighetene.<sup>547</sup> 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.

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».<sup>548</sup> Barnets beste skal beskytte barns interesser.<sup>549</sup> Videre gir rettigheter plikter for staten. At barnets beste er en substansiell rettighet innebærer i grove trekk at staten er forpliktet til å respektere, sikre og oppfylle det som følger av rettigheten.

#### 5.4.2.3 Absolutte rettigheter og rettigheter som kan begrenses

Menneskerettigheter kan deles inn absolutte rettigheter, og rettigheter som kan begrenses.<sup>550</sup> Finnis skriver at det er «some absolute human (or natural) rights, because there are some kinds of acts that everyone has an infeasible, exceptionless moral duty of justice not to choose and do».<sup>551</sup> 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».<sup>552</sup> Blir de spesifisert bredere, vil rettighetene bli «morally incoherent and if legally enforced will result in injustice, sometimes at least as grave».<sup>553</sup> Dette viser han ved å analysere EMD dommer knyttet til EMK art. 3 i utlendingssaker, og herunder dommer om utsending av alvorlig syke utlendinger.<sup>554</sup> Abramson har i lignende baner trukket frem at en absolutt rett til liv vil være «a self-contradictory notion».<sup>555</sup>

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

---

<sup>547</sup> 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.

<sup>548</sup> Abramson (2008) s. 26.

<sup>549</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.2.

<sup>550</sup> Se opprøpsingen av ulike rettigheter som regnes som absolutte i Dok. 16 (2011–2012) s. 74–76.

<sup>551</sup> John Finnis, «Absolute Rights: Some Problems Illustrated», *The American Journal of Jurisprudence*, 2016 s. 195–215 (s. 195).

<sup>552</sup> Finnis (2016) s. 195.

<sup>553</sup> Finnis (2016) s. 195.

<sup>554</sup> Se kapittel syv punkt 7.9.3 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.

<sup>555</sup> Abramson s. 35.

EMD er EMK art. 3 tolket slik at i saker med alvorlige syke utlendinger, er det bare de som er på dødsleie, som er vernet mot utsending. Andre nyter i utgangspunktet ikke noe vern, og risikerer å bli sendt ut av landet selv om de da vil dø etter kort tid.<sup>556</sup> Rettigheten er altså skarpt avgrenset, men gir et absolutt vern for de få som faller innenfor dens anvendelsesområde. Med rettigheter som kan begrenses etter en avveining, trengs ikke en like skarp avgrensing. 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.<sup>557</sup> 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.

#### 5.4.3 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 beste 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 forslåtte bestemmelsen om begrensinger i menneskerettighetene var ment å omfatte også rettighetene i § 104 og dermed barnets beste.<sup>558</sup> 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 substansiell rettighet gjennomgående.<sup>559</sup> 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).<sup>560</sup>

---

<sup>556</sup> Se kapittel syv, punkt 7.9.3. og N. mot Storbritannia.

<sup>557</sup> Se Finniss (2016) s. 209 om arbeidet med flyktningkonvensjonen, og «mass influx».

<sup>558</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 74–76.

<sup>559</sup> Se uttalelsene i General Comment nr. 14 avsnitt 1, 6 (a), 12, 13 og 15 (c).

<sup>560</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 12.

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.<sup>561</sup> 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 rettighetshavere generelt. I nyere avsluttende merknader benytter komiteen nokså gjennomgående uttrykket «right» om barnets beste.<sup>562</sup> Selv om rettighetskarakteren ikke er like tydelig fremhevet i eldre merknader, er ikke synet på rettighetskarakteren nødvendigvis ny.<sup>563</sup> 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 den sammenheng er om *prinsippkarakteren* innebærer at barnets beste ikke kan være en rettighet?

De øvrige tre prinsippene i BK, er også rettigheter.<sup>564</sup> 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».<sup>565</sup> 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». Ettersom 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

---

<sup>561</sup> Blant annet i General Comment nr. 14 avsnitt 6.

<sup>562</sup> 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.

<sup>563</sup> 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,

<sup>564</sup> Se avhandlingens kapittel seks. 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.

<sup>565</sup> General Comment nr. 5 avsnitt 6. Uttalelsen er også vist til av annenvoterende i Rt. 2012 s. 2039, *plenumsdom II* avsnitt 119.



uttrykk for at statene må sørge for at konvensjonens «principles and provisions can be directly applied». <sup>566</sup> Anførselen henger sammen med en rettighetskarakter. <sup>567</sup>

Et annet spørsmål er om det er noe med barnets beste *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 overfor, har barnets beste nokså høyt generalitetsnivå. Som påpekt av annenvoterende i plenumsdom II er det imidlertid vanlig at menneskerettigheter er vage og generelle. <sup>568</sup> 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. <sup>569</sup> Tolkningen konkretiserer rettigheten 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. <sup>570</sup>

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’». <sup>571</sup> Det utdypes videre at barnets beste kun vil være et sentralt, men ikke avgjørende «moment ved en helhetsvurdering». <sup>572</sup> 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. <sup>573</sup> 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». <sup>574</sup> I alt tilhørte åtte dommere mindretallet på dette punktet.

---

<sup>566</sup> General Comment nr. 5 avsnitt 1.

<sup>567</sup> Se avhandlingens kapittel ni, punkt 9.4.3.

<sup>568</sup> Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 118.

<sup>569</sup> Se avhandlingens kapittel syv og åtte om innholdet i barnets beste.

<sup>570</sup> Søvig, Karl Harald, «Overordnede rettslige normer - hvilke skranker setter menneskerettighetene?», *NOU 2008:9 – Med barnet i fokus*, 2008 s. 111–127 (s. 114).

<sup>571</sup> Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 100.

<sup>572</sup> Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 100.

<sup>573</sup> Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 118–126.

<sup>574</sup> Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 141.

Det ser altså ut til at flertallet mener at barnets beste ikke kan være en rettighet, på grunn av at 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 praktisk og nødvendig.<sup>575</sup> Det er overhode ikke til hinder for rettighetskarakter. I så tilfelle ville en rekke av rettighetene i blant annet EMK, ikke kunne vært rettigheter.<sup>576</sup> Barnets beste legger opp til avveining mellom barnets interesser og samfunnets mer generelle interesser, altså statens interesser.<sup>577</sup> 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.

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.<sup>578</sup> At ordlydene inneholder begrepet «consideration» og «hensyn», kan muligens gi inntrykk av at barnets beste er nettopp et hensyn. Leses ordlyden 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».<sup>579</sup> Her mangler begrepet, uten at det endrer karakteren.<sup>580</sup>

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.<sup>581</sup> Heller ikke BK art. 2 nr. 1 sier uttrykkelig at barnet har rett til å ikke bli diskriminert, selv om bestemmelsen inneholder en rettighet.<sup>582</sup>

---

<sup>575</sup> 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 lovhjemmel, legitimt formål og forholdsmessighet for å gjøre inngrep i rettighetene, Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28.

<sup>576</sup> Slik som rettighetene i EMK art. 8, se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.5.4.

<sup>577</sup> Se avhandlingens kapittel åtte.

<sup>578</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

<sup>579</sup> Også EUs charter art. 24 nr. 2 om 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.

<sup>580</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.2.

<sup>581</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.3.2.

<sup>582</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.2.

Også formålet til barnets beste, og forholdet til de øvrige rettighetene, taler for en rettighetskarakter. I følge barnekomiteen skal barnets beste bidra til at barn effektivt kan utnytte alle sine rettigheter og til å ivareta «the holistic development of the child».<sup>583</sup> Dette krever, etter komiteens mening, at barnets beste betraktes som et dynamisk konsept, hvor ulike rettigheter, hensyn og momenter inngår.<sup>584</sup> Et slikt syn er en følge av at alle rettighetene er udelelige, gjensidig avhengig av hverandre og henger sammen.<sup>585</sup> 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 ivareta. 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».<sup>586</sup> 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.<sup>587</sup> Å betrakte barnets beste som en rettighet, er viktig i den sammenheng. Barnets beste skal videre sørge for at barns rettigheter ikke overses.<sup>588</sup> Som komiteen har understreket, er barnets beste sentral for implementeringen av barns rettigheter.<sup>589</sup> 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.<sup>590</sup> Den nære forbindelsen mellom art. 3 nr. 1 og art. 12 er viktig her.<sup>591</sup> I plenumsdom III var prøvningen av barnets beste

---

<sup>583</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 4 og 51. Om barnets helhetlige utvikling, se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.3.2.

<sup>584</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 51.

<sup>585</sup> Se avhandlingens kapittel to, punkt 2.4.4 og General Comment nr. 14 avsnitt 16 (a).

<sup>586</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 5.

<sup>587</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 190.

<sup>588</sup> Se Sandberg (2016b) som nevner signalfunksjon som en begrunnelse for barns rettigheter på s. 59.

<sup>589</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 1.

<sup>590</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 83.

<sup>591</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.4.4.

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.<sup>592</sup> Betegnelsen «omsynet til barnets beste» blir benyttet, samtidig som barnets beste også *behandles* som et hensyn, og ikke som en forpliktende rettighet.<sup>593</sup> 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 førstevoterendes begrunnelser 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 *rettigheter* har blitt respektert.<sup>594</sup> Annenvoterende fikk klarere frem at barnets beste inneholder forpliktelser enn førstvoterende og indirekte at BK bygger på et rettighetsperspektiv.<sup>595</sup> Tredjevoterende sluttet seg til det annenvoterende sa om «normen» i BK art. 3 nr. 1». <sup>596</sup> Forøvrig 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.<sup>597</sup>

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.<sup>598</sup> Dette innvirker da på barns mulighet for å få ivaretatt 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, blir behandlet som rettigheter, ved at barnets beste forplikter staten til å vurdere og vektlegge barnets interesser. Når barns rettigheter møter motstand, vil neppe et hensyn eller en retningslinje hjelpe noe større. Det som trengs er en overgripende rettighet, som forplikter staten, men som ikke nødvendigvis er avgjørende.

---

<sup>592</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 119 og 169.

<sup>593</sup> Fr. eks. i Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 119.

<sup>594</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 270.

<sup>595</sup> 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, utfyllelse og tilpasses barnekomiteens senere presiseringer.

<sup>596</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 287.

<sup>597</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 290 og 292.

<sup>598</sup> Det samme inntrykket gir i grunn de øvrige to plenumsdommene.

#### 5.4.4 Barnets beste to sider og to nivå

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 det 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 uthevning). Av ordlyden i GrL § 104 annet ledd følger det at ved «handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn» (min uthevning). Ordlyden i de to bestemmelsene 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 «bære i seg en forholdsmessighetsvurdering, der barnets interesser veier tyngre desto mer alvorlig beslutningen er for barnet». <sup>599</sup> 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 EUs charter art. 24 nr. 2 og EMDs formulering av barnets beste følger det samme. <sup>600</sup>

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. <sup>601</sup> 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*. <sup>602</sup>

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. <sup>603</sup> Han beskriver det abstrakte nivået av rettigheten som «the statment of the right as contained in the text of the treaty». <sup>604</sup> Her har alle barn samme rettighet. Rettigheten kan imidlertid bare *anvendes* i konkrete situasjoner eller saker. Det konkrete nivået beskriver han

---

<sup>599</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 192.

<sup>600</sup> Se Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

<sup>601</sup> 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).

<sup>602</sup> Denne strukturen er beskrevet i juridisk litteratur. Se fr. eks. Haugli (2016) s. 53, 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.

<sup>603</sup> Abramson (2008) s. 35.

<sup>604</sup> Abramson (2008) s. 35.

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».<sup>605</sup> Rettigheten er på det konkrete nivået «context dependent» eller på norsk kontekstavhengig.<sup>606</sup> Dens gjennomslagskraft er avhengig av de nærmere omstendighetene i saken, herunder individets og statens interesser. Barnets beste er nettopp en slik rettighet.

I avhandlingen er det nødvendig å behandle barnets beste på to nivå. Temaet gjør det nødvendig å befinne seg på det abstrakte nivået, for å klarlegge rettighetens abstrakte innhold. Samtidig er temaet rettighetens innhold innenfor et bestemt rettsområde. 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.

#### 5.4.5 Betydningen av at barnets beste er en substansiell rettighet

##### 5.4.5.1 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.<sup>607</sup> 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».<sup>608</sup> I en felles kommentar med komiteen for beskyttelse av arbeidsmigranter og deres familie, er barnets beste grundig behandlet.<sup>609</sup> 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.<sup>610</sup>

Komiteene slår altså fast at staten er *forpliktet* til å *sikre* at enhver avgjørelse om å returner et barn, er basert på grundige, individuelle vurderinger, herunder av hva som er i barnets beste

---

<sup>605</sup> Abramson (2008) s. 35.

<sup>606</sup> Abramson (2008) s. 35–36.

<sup>607</sup> Slik staten er forpliktet til å gjøre med alle rettighetene i BK, se General Comment nr. 14 avsnitt 16 (d).

<sup>608</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 6 (a).

<sup>609</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 27–33.

<sup>610</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 33.

interesser.<sup>611</sup> I tillegg må det foreligge prosessuelle rettsikkerhetsgarantier. I en annen felleskommentar 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 be heard and have their views taken seriously, should be ensured».<sup>612</sup> Her nevnes også sikring av rettigheten, men samtidig benyttes begrepet «should». Det gjør uttalelsen tvetydig. Det er uklart om det er det 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.<sup>613</sup> Her har komiteene et perspektiv som skiller seg fra EMDs.<sup>614</sup> Hos EMD inngår barnets beste i de øvrige rettighetene. Som førstvoterende i Mariadommen uttrykker det, har barnets beste «en helt sentral plass i proporsjonalitetsvurderingen under EMK art. 8 nr. 2».<sup>615</sup> Det kan 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 *sikres*.

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 *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 uthevning, domstolens innskudd).<sup>616</sup> Med «such cases» siktes det til utlendingssaker hvor avgjørelsen kan innebære en splittelse mellom barnet og forelderen.<sup>617</sup> Sammen med enkelt andre omstendigheter i saken, bidro barnas interesser til at det forelå

---

<sup>611</sup> Uttalelsen har noen likhetstrekk med EMDs uttalelse i *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109.

<sup>612</sup> 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.

<sup>613</sup> General Comment nr. 4/23 avsnitt 29.

<sup>614</sup> Se avhandlingen kapittel seks, punkt 6.5.

<sup>615</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 67.

<sup>616</sup> *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 120.

<sup>617</sup> *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 120.

krenkelse av EMK art. 8.<sup>618</sup> I sin behandling av saken slo EMD også fast *hva* staten burde ha gjort, og gjør følgelig forpliktelsen tydelig og håndgripelig.<sup>619</sup> 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.<sup>620</sup>

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.<sup>621</sup>

#### 5.4.5.2 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.<sup>622</sup> Både vurderingssiden og avveiningssiden av rettigheten kan imidlertid konkretiseres nærmere, og visse elementer ligger fast.<sup>623</sup> På den måten kan det sies at rettigheten har en kjerne, som kan klarlegges og er mer eller mindre stabil. Et spørsmålet 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.<sup>624</sup> Der ble det tatt opp at en begrensningshjemmel måtte oppstille et vilkår om at begrensningen «må respektere kjernen i rettigheten».<sup>625</sup> Presiseringen er ment å få frem at begrensningen ikke kan være så omfattende at det i realiteten blir tale om å fravike rettighetene.<sup>626</sup> 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».<sup>627</sup> Uttalelsen se ut til å bygge på at rettigheter har en kjerne det ikke kan gripes inn

---

<sup>618</sup> *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 121–122.

<sup>619</sup> *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 120.

<sup>620</sup> 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*.

<sup>621</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 28.

<sup>622</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.2.

<sup>623</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.2 og kapittel åtte.

<sup>624</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 73

<sup>625</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 73. Se også avhandlingens kapittel åtte, punkt 8.2.

<sup>626</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 73

<sup>627</sup> EMDs storkammerdom 30. juli 1998, *Sheffield og Horsham mot Storbritannia*, avsnitt 66.



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.

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».<sup>628</sup> 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 spesielle. Rettigheten skal ikke verne en enkelt eller en avgrenset gruppes interesser. Barnets beste verner barns *interesser*.<sup>629</sup> I vurderingen og fastsettelsen av barnets beste må også de øvrige rettighetene respekteres, i den grad de gjør seg gjeldende i saken.<sup>630</sup> Disse skal ivareta avgrensede interesser, slik rettigheter oftest skal. Alle rettighetene i BK er ansett å være til barns beste. Rettigheter som er relevant i saken må trekkes inn i vurderingen av barnets beste, og kan innvirke på avveiningen.<sup>631</sup> 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 nært sammen med barnets beste og har betydning for alle sidene av de vurderingene som må gjøres.<sup>632</sup> 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.

---

<sup>628</sup> George Letsas, «Two Concepts of the Margin of Appreciation», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006 s. 705–732 (s. 718). Rettigheters kjernen nevnes også på s. 714.

<sup>629</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.2.

<sup>630</sup> Forholdet mellom barnets beste og de øvrige prinsippene og enkelte rettigheter er nærmere behandlet i avhandlingens kapittel seks.

<sup>631</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 32, 41–45, 53–74, 77 og 79.

<sup>632</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.4 og General Comment nr. 14 avsnitt 43–45 og 53–54.

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 kjerne til å gi retten et innhold. Den er følgelig sentral for at barnets beste må forstås som en *substansiell* rettighet.

#### *5.4.5.3 Kan gi barnet eller dets nærmeste familie rett til å bli i Norge*

At barnets beste er en substansiell rettighet, med klare plikter og en fast kjerne, innebærer at i barnet, eller dets nærmeste familien, i enkeltsaker må 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 syv og åtte. Først vil jeg imidlertid se nærmere på barnets bestes prosessuelle side.

## **5.5 Barnets beste som et sett prosessuelle regler**

### *5.5.1 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».<sup>633</sup> 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 i avhandlingen behandler to typer forvaltningssaker, drøftes spørsmålet særlig med sikte på denne typen saker. Spørsmål som gjelder domstolskontroll behandles særskilt i avhandlingens kapittel ni. Dette fordi domstolskontrollen henger sammen med rettighetens karakter og innhold, som behandles nærmere i kapittel syv og åtte.

### *5.5.2 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 barnets beste har et substansielt innhold, må det i så fall være slik at en prosessuelle regel kommer i tillegg til den substansielle rettigheten. I komiteens nærmere beskrivelse av barnets beste er det imidlertid ikke helt enkelt

---

<sup>633</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 6 (c).

å skille mellom det som sies om den substansielle rettigheten, og den prosessuelle regel. Når den substansielle 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).<sup>634</sup> 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.<sup>635</sup>

Disse vurderingene kunne også vært knyttet til den substansielle rettigheten.<sup>636</sup> Muligens er dette poenget. En substansiell rettighet og en prosessuell regel for hvordan en beslutningstaker må gå frem for å sikre rettigheten må nødvendigvis henge nært sammen.<sup>637</sup>

I utgangspunktet er det mulig å skille klart mellom materielle/substansielle og prosessuelle regler/rettigheter.<sup>638</sup> 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 som gir mulighet 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 likevel har et materielt preg.<sup>639</sup> Han sikter da særlig til medvirkningsbestemmelser som legger føringer på hvordan rettsanvendelsen skal skje. Hvis det ikke bare er snakk om en

---

<sup>634</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 6 (a).

<sup>635</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 6 (c).

<sup>636</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punk 7.2.6.

<sup>637</sup> Slik Sandberg er inne på i Sandberg (2016) på s. 57.

<sup>638</sup> 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.

<sup>639</sup> Aslak Syse, «En tradisjonell forståelse av materielle rettigheter i velferdsretten» i *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Oslo 2016 s. 36–56 (s. 41).

uttalerett, men at meningen til den som uttaler seg også skal øve innflytelse på vedtakets innhold, har retten et materielt preg.<sup>640</sup>

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 substansielle 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.

### 5.5.3 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 føringen 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».<sup>641</sup> 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».<sup>642</sup> Noe lignende er påpekt av Lotito om EUs charter art. 24 annet ledd.<sup>643</sup> Lotito skriver at «[i]n reality, Article 24, paragraph 2, appears to 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.

---

<sup>640</sup> Syse (2016) s. 41.

<sup>641</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 109 og 120.

<sup>642</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 87.

<sup>643</sup> Lotito (2010) s. 154.

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 i 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».<sup>644</sup> For at barnets beste skal behandles på 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».<sup>645</sup> Å Starte i vurderingene med barnet kan være nyttig for å sørge for at vurderingene løftes 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 når andre vurderinger er foretatt. Avhengig av saken, og hvilke spørsmål som er tvilsomme vil det nok likevel ikke alltid være nødvendig å starte slik. Det viktigste er at vurderingen, vektingen og avveiningen blir gjort i tråd med de kravene som gjelder.

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 interessene og til sist 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 nært knytte til den substansielle 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.

#### **5.5.4 Konkrete prosessuelle regler**

##### *5.5.4.1 Krav til begrunnelse*

Individens krav til begrunnelse ved enkeltvedtak er en sentral rettsikkerhetsgaranti. Et krav til begrunnelse knyttet særskilt til barnets beste, kan ikke utledes direkte av ordlyden i BK art. 3 nr. 1 eller Grl. § 104 annet ledd, men barnekomiteen har lagt til grunn at:

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*

---

<sup>644</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65.

<sup>645</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 72.

*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 uthevnng)<sup>646</sup>

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.<sup>647</sup>

I plenumsdom III la førstvoterende, som tilhørte flertallet, til grunn at det er vanskelig å se om uttalelsen fra barnekomiteen er et uttrykk for gjeldende rett eller en målsetning.<sup>648</sup> Når uttrykkene «must» og «shall» er benyttet, ser det imidlertid ut som komiteens oppfatning av gjeldende rett.<sup>649</sup> Førstvoterende kom også med en annen innvending. Han la til grunn at «[u]nder alle omstende meiner eg dette ikkje har ei forankring som gjer at det endrar det som vart lagt til grunn i plenumsdommane i 2012».<sup>650</sup> Det kan se ut til at han mener komiteens uttalelse baserer seg på en dynamisk tolkning, som ikke kan forankres i øvrige kilder.

Begrunnelse er nødvendig for at en part skal kunne vurdere klage eller eventuelt søksmål. Et skjerpet krav til begrunnelse er nødvendig for å rette oppmerksomheten mot barnets interesser og rettigheter slik at risikoen for at de 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.<sup>651</sup> 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».<sup>652</sup> Videre ble det uttalt at det «er særlig viktig at vedtakene synliggjør hvilke vurderinger som har vært foretatt i

---

<sup>646</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 6 (c).

<sup>647</sup> Se General Comment nr. 14 avsnitt 97.

<sup>648</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 185.

<sup>649</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 6 (c).

<sup>650</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 185.

<sup>651</sup> 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 avhandlingens kapittel ni.

<sup>652</sup> Ot.prp. nr. 75 avsnitt (2006–2007) s. 331.

forhold til barns rettigheter, herunder barnets beste etter barnekonvensjonen art. 3, og hvordan hensynet til barnet er vurdert i forhold til eventuelle motstridende hensyn».<sup>653</sup> Uttalelsene viser at rettsikkerhet og behovet for å sikre barns rettigheter ble vurdert å ha større betydning enn hensynet til effektivitet. Dette er nødvendig. 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.<sup>654</sup> 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 det de kravene som er oppstilt ikke er vanskelig å oppfylle.<sup>655</sup>

Kravene til begrunnelsen ved enkeltvedtak følger av forvaltningsloven § 25. Forvaltningsloven gjelder ved vedtak 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 fvl. jf. § 25 første ledd og annet ledd. Etter tredje ledd «bør» de hovedhensyn 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. Ettersom 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

---

<sup>653</sup> Ot.prp. nr. 75 avsnitt (2006–2007) s. 331.

<sup>654</sup> Som Sandberg skriver om artikkel 3 nr. 1, Sandberg (2016b) s. 69.

<sup>655</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 275.

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.

I alle tre plenumsdommene var det dissenser knyttet til om begrunnelsen var i tråds med de krav som gjelder.<sup>656</sup> Da de to første plenumsdommene ble avsagt, var utlendingsforskriften § 17-1a knappere og mindre detaljert enn den någjeldende bestemmelsen.<sup>657</sup> Begrunnelse knyttet til barnets beste kunne unnlates hvis det ble ansett «unødvendig». Endringen som ble gjort, var ment som en presisering av rettstilstanden.<sup>658</sup> 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.<sup>659</sup>

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 «grunngevinga skal prøvast, må det takast omsyn til forvaltningspraksis i opphaldssaker etter § 38», og viste til en rapport fra UNE.<sup>660</sup> 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».<sup>661</sup> 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.<sup>662</sup>

---

<sup>656</sup> 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).

<sup>657</sup> 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».

<sup>658</sup> Se Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 264.

<sup>659</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 273.

<sup>660</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 186.

<sup>661</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 192.

<sup>662</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 195.



I den forbindelse viste han til både flertallets og mindretallets argumentasjon i plenumsdom I. Vedtaket i plenumsdom I inneholdt imidlertid flere konkrete momenter knyttet til barnet.<sup>663</sup> I vedtaket som ble behandlet i plenumsdom III fremgikk ingen konkrete opplysninger om barna. Under flertallet i UNEs vurderingene 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».<sup>664</sup> 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 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.<sup>665</sup> Det ble utdypet at begrunnelsen må tilpasses sakens art og de konkrete omstendighetene.<sup>666</sup> 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.<sup>667</sup> 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 hensyn en begrunnelse skal ivareta. Der er følgelig redegjørelse til annevoterende 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 hensyn en begrunnelse i saker som berører barn skal ivareta.

#### 5.5.4.2 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 ansees 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. Hvis barnet

---

<sup>663</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 205.

<sup>664</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 189.

<sup>665</sup> HR-2017-2376 avsnitt 48.

<sup>666</sup> HR-2017-2376 avsnitt 48.

<sup>667</sup> Se avhandlingens kapittel syv og åtte.

ikke blir ansett som part, kan det være uklart hvilke prosessuelle rettigheter det har. Ettersom utlendingsloven ikke inneholder egen bestemmelse om hvem som er part, reguleres det i utgangspunktet av fvl. § 2.<sup>668</sup> 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 som her er relevant, er hva som skal til for at barn må regnes som part i de to typene saker.

Et vedtak vil «rette seg mot» barnet hvis det inneholder en avgjørelse av om barnet får bli i Norge, eller ikke. I hvilken 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. Det er imidlertid 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.<sup>669</sup> For øvrig er det klart at barn etter BK art. 12 og GrL. § 104 første ledd har rett til å bli hørt selv om de ikke er part.<sup>670</sup> Vedtak kan påklages av personer som er part eller har «rettslig klageinteresse», jf. fvl. § 28 første ledd. Det er derfor ikke avgjørende om barnet har partsstatus, men partstatus gjør at det ikke er nødvendig å drøfte det mer skjønnsmessige kriteriet «rettslig klageinteresse». Samlet er det ikke sikkert det har spesielt stor praktisk betydning om barnet ikke skulle anses som part. Samtidig vil barnet gjennom partsstatusen være synliggjort, noe som minsker risikoen for at dets interesser overses.

---

<sup>668</sup> Se utlendingsforskriften § 17-1.

<sup>669</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.4.4.2 om anvendelsesområdet til barns rett til å bli hørt.

<sup>670</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.4.2.2.

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.<sup>671</sup> 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 ha hatt partsrettigheter allerede i starten av saken.<sup>672</sup>

I en kjennelse fra 2017 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 partsbegrepet 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 utlendingssak for forvaltningen.<sup>673</sup>

At Maria-dommen var spesiell er kanskje riktig, men lignende saker eller problemstillinger kan dukker opp igjen. I Maria-dommen ble det vist til Graver. Han har gitt uttrykk for at når utvisningsvedtaket griper inn i retten til familieliv, slik at familien blir splittet er det riktige å gi familiemedlemmene partsstatus.<sup>674</sup> Graver utdyper med at øvrige familiemedlemmer i slike saker må ha mulighet til å hevde retten sin og ha krav på individuell beskyttelse. Det må være riktig standpunkt. At individer selv kan håndheve rettighetene sine er viktig. Det er derfor problematisk at forskriften avgrenser partsstatus i utvisningssaker til de vedtaket rette seg mot.

---

<sup>671</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 45.

<sup>672</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 46.

<sup>673</sup> HR-2017-1130-A avsnitt 35.

<sup>674</sup> Graver (2015) s. 382.

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 utlendingssaker, er retten til privatliv. Det er nok likevel retten til familieliv som er mest praktisk i utlendingssaker. Ved et avslag på opphold hvor foreldre og barn må reise ut av Norge og vedtaket kanskje griper inn i retten til privatliv eller andre rettigheter, som retten til høyest oppnåelig helstandard, retter vedtaket seg ofte også mot barnet. Hvis det ikke skulle være rett mot barnet, vil barnet normalt bli så berørt at det faller inn under kriteriet «ellers direkte gjelder». Maria-dommen er likevel et eksempel på at andre rettigheter enn retten til familieliv kan bli berørt i utvisningssaker. Hvis det ikke var uaktuelt for Maria reise ut av Norge, så ville utvisningsvedtaket ha grepet inn i hennes rett til privatliv og å bevare sin identitet.<sup>675</sup>

Barnets beste gjelder i alle saker «concerning children»/«som berører» barn, jf. art. 3 nr.1 og § 104 annet ledd.<sup>676</sup> Samme anvendelsesområde som etter BK og Grunnloven, følger av EMDs praksis.<sup>677</sup> 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. 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 skjerpe kravet til begrunnelse. Det kan bidra til å lempe på ulempene ved manglende partstatus.<sup>678</sup> 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.

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 partstatus 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 partstatus 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

---

<sup>675</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.5.2 om retten til privatliv. I drøftelsen av Marias rettslige interesser er retten til statsborgerskap og privatliv nevnt sammen med retten til familieliv, Rt. 2015 s. 93 avsnitt 39.

<sup>676</sup> I EUs charter art. 24 er ordlyden litt annerledes. Her er ordlyden «[in] all actions relating to children».

<sup>677</sup> Se for eksempel Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 135, Nunez mot Norge avsnitt 84 og Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

<sup>678</sup> I NOU 2019: 5 om ny forvaltningslov § 6 (3) er partbegrepet 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.

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 som kun blir lettere berørt skulle ha 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 de selv. Dersom et barns rettigheter, eller svært sterke interesser blir berørt, bør det derimot gis partsstauts.<sup>679</sup>

#### 5.5.4.3 Utlendingsmyndighetens utredningsplikt

For å kunne foreta en vurdering av hva som er til et barns beste, må som Haugli skriver, faktagrunnlaget for avgjørelsen innhentes.<sup>680</sup> I saker etter utlendl. § 38 og ved utvisning gjelder forvaltningsloven § 17, jf. utlendl. § 80.<sup>681</sup> 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.<sup>682</sup> Det innebærer at den er «avhengig av karakteren av saka og kva som er dei relevante spørsmåla i saka». Utredningsplikten «må tilpassast dei konkrete omstenda i saka».<sup>683</sup> Videre har domstolen knyttet omfanget av plikten til «til vilkåra i dei aktuelle heimlane i utlendingslova».<sup>684</sup> Det er ikke overaskende, ettersom hva som er relevant i saken, ofte avhenger av hvilke hjemmel som er aktuell. Som et generelt utgangspunkt er dette også relevant i saker som berører barn. Dette utgangspunktet må imidlertid 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 krav 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 nært 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

---

<sup>679</sup> Se kapittel syv om barn sterke interesser.

<sup>680</sup> Haugli (2016) s. 57.

<sup>681</sup> 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)».

<sup>682</sup> HR-2017-2376-A avsnitt 36.

<sup>683</sup> HR-2017-2376-A avsnitt 36.

<sup>684</sup> HR-2017-2376-A avsnitt 37.

noen tilfeller «will require a decision-maker to look beyond the claim and/or evidence formally put forward by the applicant».<sup>685</sup>

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.<sup>686</sup>

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 svært 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.<sup>687</sup> 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.<sup>688</sup> I tillegg nevnes barnets rett til å bli hørt.<sup>689</sup> I samme kommentar som sitert ovenfor, er det understreket at staten bør utvikle prosedyrer og «define criteria to provide guidance to all relevant persons involved with migration procedures on determining the best interests of the child and on giving them due weight as a primary consideration».<sup>690</sup> Dette kan også bidra til å lempe på behovet for å innhente hjelp utenfra. I *kompliserte saker* kan det likevel være nødvendig å innhente opplysninger og få vurderinger fra andre aktører, for eksempel fra psykologer, pedagoger og leger. Noe som kan gjøre barnets beste-vurderingen komplisert er hvis barnet og utlendingsmyndighetene er uenig om hvilke løsning som er til barnets beste.

---

<sup>685</sup> Pobjoy (2015) s. 345.

<sup>686</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 32 (c).

<sup>687</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159.

<sup>688</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159.

<sup>689</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159.

<sup>690</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 32 (d).

Mens behovet for ekspertise fra eksterne aktører vil variere, må barnet rett til å bli hørt 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.<sup>691</sup> 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 utredning at barnet ikke var hørt.<sup>692</sup> 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 tidsperspektiver er viktig, og at saken må behandles effektivt.<sup>693</sup> 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).<sup>694</sup> 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.<sup>695</sup> Hun presiserer at kunnskapen må søkes utenfor rettskildene, og at det vil forekomme endringer i takt med ny forskning og kunnskap.<sup>696</sup> Det er jeg enig i. Retten kan ikke fungere løsrevet fra samfunnet. Rettskildene må være tilpasset at vurderingen ikke kan styres fullt og helt av nettopp rettskilder. For temaet her er det også et

---

<sup>691</sup> 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».

<sup>692</sup> HR-2017-2376-A avsnitt 43.

<sup>693</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 93.

<sup>694</sup> Haugli (2016) s. 57.

<sup>695</sup> Dane (2015) s. 193 og 197. Se også Kalverboer mfl. (2017).

<sup>696</sup> Dane (2015) s. 197.

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. Forutsetningen er at saken gjør det nødvendig. Utlendingsmyndighetene må også legge til grunn oppdatert landinfo.

## 5.6 Veien videre

Barnets beste har, som det følger av punktene ovenfor, tre sider. Barnets beste er et generelt prinsipp, en substansiell rettighet og angir et sett prosessuelle regler. I de neste tre kapitlene er det hovedsakelig den substansielle 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.



## 6 Andre sentrale rettigheters forhold til barnets beste

### 6.1 Innledning

Menneskerettighetene er gjensidig avhengige av hverandre. De forsterker, støtter seg til og utfyller hverandre.<sup>697</sup> 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.<sup>698</sup> Rettighetenes grunnleggende karakter kommer jeg tilbake til i den videre fremstillingen.<sup>699</sup> Jeg starter med de rettighetene, som sammen med barnets beste, regnes som generelle prinsipper av barnekomiteen.<sup>700</sup> Dette er barns rett til ikke-diskriminering, rett til liv, overlevelse og utvikling og rett til å bli hørt å få sin mening tillagt vekt. Til sist behandler jeg barns rett til familie- og privatliv.

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 versjonen 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.

---

<sup>697</sup> Se avhandlingens kapittel to, punkt 2.4.4.

<sup>698</sup> 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, Jon Fridrik Kjølbro, *Den europeiske menneskerettigheds konvention - for praktikere*, København 2017 s. 773 og 783–784 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, Mortsel 2017 s. 667–734 (s. 680).

<sup>699</sup> Hvilke rettigheter som må regnes som grunnleggende rettigheter eller grunnrettigheter kan variere og avgrenses på ulike måter. Se for eksempel Bendiksen (2008) s. 97–99 om formell og materiell avgrensning.

<sup>700</sup> Om barnets beste som generelt prinsipp, se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.3.

Rettighetene som her behandles kan, i likhet med andre rettigheter, påvirke vurderingen og vektingen av hva som er i barnets beste interesser i konkrete saker, slik som saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Denne innvirkningen behandles i kapittel syv. Der er det vurderingen og vektingen av barnets beste som er gjenstand for analyse, og de øvrige rettighetene anvendes i analysen.

## 6.2 Barns rett til å ikke bli diskriminert

### 6.2.1 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.<sup>701</sup> 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*».<sup>702</sup> Ordlyden får frem at barn har rett til å få sine konvensjonsfestede rettigheter, og følgelig 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 set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground [...]*». Ordlyden er svært lik BK art. 2 nr. 1. I praksis har EMD tolket art. 14 slik at innholdet i rettighetene likevel blir noe ulikt.<sup>703</sup>

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

---

<sup>701</sup> 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 og lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering. Menneskerettskomitéen 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.

<sup>702</sup> I BK art. 2 nr. 2 er det slått fast ytterligere forpliktelser for staten.

<sup>703</sup> Se Abramson (2008) s. 55–64.

konvensjonene.<sup>704</sup> Også etter BK og EMK er vernet mot diskriminering vidtrekkende, blant annet fordi konvensjonene inneholder en lang rekke ulike rettigheter.

Som nevnt i innledningen fokuserer jeg på rettigheten i BK. Jeg starter med spørsmålet om hva som hva som menes med «discrimination» i BK art. 2 nr. 1. Deretter behandler jeg hvilken funksjon rettigheten har, før jeg til slutt utdyper forholdet mellom ikke-diskrimineringsretten og barnets beste.

## 6.2.2 Diskriminering etter BK art. 2 nr. 1

### 6.2.2.1 Rettighetens ulike elementer

Diskriminering sikter til at noen er blitt behandlet mindre gunstig enn andre i en lignende situasjon, altså forskjellsbehandlet.<sup>705</sup> 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 forskjellsbehandlingen til statens plikt til å «respect and ensure» rettighetene i konvensjonen. Videre er forskjellsbehandlingen knyttet opp mot ulike diskrimineringsgrunnlag. Basert på ordlyden i BK art. 2 nr. 1 og en uttalelse fra FNs menneskerettskomite kommer Abramson med følgende definisjon på diskriminering:<sup>706</sup>

[a] a *distinction* based on the *grounds* of race, colour, sex [etc.],

[b] which *impairs* the *enjoyment* of

[c] *rights*.<sup>707</sup>

Han får med det frem at diskriminering etter BK art. 2 nr. 1 inneholder *tre elementer*. Det er noe uenighet om det eksisterer et fjerde element.<sup>708</sup> Et fjerde element vil innebære at retten til å ikke bli diskriminert ikke er absolutt, men at det åpnes for en avveining/

---

<sup>704</sup> Se Dok. 16 (2011–2012) s. 141 og Frøydis Heyerdahl, «Retten til ikke-diskriminering» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 31–50 (s. 36). 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.

<sup>705</sup> Se menneskerettskomiteens General Comment nr. 18 avsnitt 6–7 og EMDs storkammerdom 24. mai 2016, *Biao mot Danmark* avsnitt 89.

<sup>706</sup> Menneskerettskomiteens General Comment nr. 18 avsnitt 7. Også Van Bueren anser menneskerettskomiteens kommentarer relevant i fravær av kommentarer fra barnekomiteen, Van Bueren (1998) s. 40.

<sup>707</sup> Abramson (2008) s. 19.

<sup>708</sup> 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 forskjellsbehandling 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 Heyerdahl (2016) s. 38. 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 det fjerde elementet stammer fra EMDs tolkning av art. 14.

forholdsmessighetsvurdering og/eller en saklighetsvurdering. I det følgende vil jeg drøfte om det gjelder et slikt fjerde element, før jeg går nærmere inn på tre elementene som er nevnt ovenfor.

#### 6.2.2.2 Et fjerde element?

Ordlyden til art. 2 gir ikke 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.<sup>709</sup>

Barnekomiteen har kommet inn på ikke-diskrimineringsretten i alle sine kommentarer, med unntak av en. 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».<sup>710</sup> 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».<sup>711</sup> Uttalelsene tyder på at rettigheten ble ansett 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 uthevning)<sup>712</sup>

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. 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 da gjelder blant annet et krav til forholdsmessighet. Når komiteen slår fast at slike tiltak utelukkende må være basert på individuelle vurderinger, vil tiltaket oftest ikke være basert på

---

<sup>709</sup> Abramson (2008) s. 41.

<sup>710</sup> General Comment nr. 1 avsnitt 10.

<sup>711</sup> General Comment nr. 4 avsnitt 6. Se også uttalelsene i Committee on the Rights of the Child's Committee on the Rights of the Child's General Comment nr. 14, *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.

<sup>712</sup> General Comment nr. 6 avsnitt 18.

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». <sup>713</sup> Kriteriene begrunnes eller drøftes ikke nærmere. <sup>714</sup> Hvilke legitime formål det siktes til er ikke helt klart. Antageligvis er det de formål som er ramset opp i enkelte artiklers begrensings hjemler. <sup>715</sup> 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*». <sup>716</sup> 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». <sup>717</sup> 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. Selv om det legges til grunn at art. 2 nr. 1 kun inneholder tre kriterier, vil imidlertid ikke all forskjellbehandling være diskriminering. Komiteens uttalelser om ikke-diskrimineringsretten er heller ikke entydige verken når det gjelder om rettigheten er absolutt eller hvilke kriterier som gjelder hvis den ikke antas å være det.

Abramson har pekt på at å behandle rettigheten i BK art. 2 som absolutt, harmonerer beste med dens funksjon. <sup>718</sup> 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 tillat med en avveining, ville det medføre at staten i utgangspunktet kunne gjøre inngrep i alle rettigheter,

---

<sup>713</sup> General Comment nr. 20 avsnitt 21.

<sup>714</sup> I en note henvises det til en uttalelse fra menneskerettskomiteen.

<sup>715</sup> Se for eksempel BK art. 13 nr. 2 (a) og (b) og 14 nr. 3.

<sup>716</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 22.

<sup>717</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 22.

<sup>718</sup> Abramson (2008) s. 42–43.

basert på rase, kjønn osv. Abramson har nevnt noe lignende i tilknytning til barnets beste. Han skriver at BK art. 3 nr. 1 ikke kan være en substansiell rettighet, fordi «then it will function as a derogation clause to all of the sectoral rights, including freedom from torture». <sup>719</sup>

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 substansiell rettighet. Menneskerettigheter er *gjensidig avhengige* av hverandre, *må tolkes i lys* av hverandre og det ikke er noen 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 vern i form av å være absolutt, må bli avgjørende, så fremt den kommer til anvendelse. 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 rekkes videre.

Uavhengig av om det skulle eksistere et fjerde element som åpner for en avveining/forholdsmessighetsvurdering og/eller en saklighetsvurdering, så vil ikke staten kunne forskjellsbehandle et barn på en slik måte at en absolutt rettighet ikke respekteres eller sikres.

Sandberg har lagt til om BK art. 2 at «forskjellsbehandlingen er lovlig hvis den har et legitimt formål og er basert på rimelige og objektive kriterier». <sup>720</sup> Hun legger til at «[m]ed andre ord regnes forskjellsbehandlingen som diskriminering først hvis den ikke har et legitimt formål eller er uforholdsmessig». <sup>721</sup> I den forbindelse viser hun til en uttalelse fra FNs menneskerettskomité om SP art 2 nr. 1 og art. 26. Her står det «the 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 uthevning). <sup>722</sup> Det spesifiseres ikke i kommentaren om uttalelsen knytter seg til art. 2, art. 26 eller til begge. Uttalelsen fra barnekomiteen som er sitert ovenfor, er altså hentet nokså

---

<sup>719</sup> Abramson s. 66, note 90.

<sup>720</sup> Sandberg (2014b) s. 72.

<sup>721</sup> Sandberg (2014b) s. 72.

<sup>722</sup> Menneksrettskomiteens General Comment nr. 18 avsnitt 13.

ordrett menneskerettskomiteens kommentar. En viktig forskjell mellom SP og BK er at BK ikke inneholder en tilsvarende artikkel som SP art. 26.

At ikke all forskjellsbehandling er i strid med retten i BK art. 2 nr. 1 er klart. Det er kun den forskjellsbehandling som inneholder alle elementene i rettigheten, som omfattes. Det er i utgangspunktet verken rimelig eller objektivt å behandle et barn ulikt basert på de typene diskrimineringsgrunnlag konvensjonen angir, på en slik måte at barnets rettighetsvern svekkes. Disse grunnlagene vil vanskelig være objektive, og følgelig ikke legitime å basere et inngrep eller en unnlattelse av å sikre et barns rettigheter på. Slik jeg tolker uttalelsen til komiteen minner den om at noen typer forskjellsbehandling faller utenfor diskrimineringsvernet i SP. Det angis ikke to tilleggskriterier som kan gjøre at en diskriminering som faller inn under alle elementene i SP art. 2, som hovedregel likevel er tillatt.

Oppramsingen av diskrimineringsgrunnlag i BK art. 2 er imidlertid ikke uttømmende.<sup>723</sup> Det er ikke gitt at alle har samme karakter. Det kan tenkes at noen grunnlag, i gitte situasjoner, må anses å være objektive, og følgelig legitime. I så tilfelle kan et krav om forholdsmessighet, bidra til å sikre individets sterke interesser. I tillegg kommer det at det kan være vanskelig å avgjøre om forskjellsbehandlingen er basert direkte eller alene på et diskrimineringsgrunnlag. Absolutte rettigheter forutsetter i utgangspunktet en skarp avgrensing. Ettersom diskrimineringsgrunnlagene ikke er uttømmende opplistet, og det ikke alltid er helt åpenlyst hvilke grunnlag forskjellsbehandlingen er basert på, kan ikke-diskrimineringsretten sies å ha en avgrenset kjerne, men også et videre anvendelsesområde. Kjernen i ikke-diskrimineringsretten kan sies å inneholde et absolutt forbud. Dersom det anførte diskrimineringsgrunnlaget, i visse tilfeller, kan sies å være objektivt, og/eller det er uklart i hvilken grad avgjørelsen kan sies å være basert på grunnlaget, kan en vurdering av om formålet er legitimt og forholdsmessig ivareta individets interesser. I en slik vurdering må det nødvendigvis være av betydning hvilke rettighet forskjellsbehandlingen berører. Absolutte rettigheter stenger for inngrep uavhengig av objektivitet og forholdsmessighet. Andre rettigheter er av en slik karakter at det er vanskelig å se at det anførte diskrimineringsgrunnlaget kan være et objektivt grunnlag for å unnlate å sikre eller å gripe inn i rettigheten.

Vurderingen blir altså ikke først og fremst om forskjellsbehandlingen har et legitimt formål og er forholdsmessig. Vurderingen må knyttes opp mot de tre elementene i BK art. 2 nr. 1. Hvis

---

<sup>723</sup> Se neste punkt i dette kapitlet.

det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget kan være objektivt, eller det er uklart om avgjørelsen er basert på grunnlaget, kommer det fjerde elementet til anvendelse. For Grl. § 98 annet ledd blir saken en annen. Her angis uttrykkelig en vurdering av saklighet og forholdsmessighet. I tillegg er vernet i utgangspunktet mindre avgrenset, ved at det ikke er knyttet opp mot andre rettigheter.<sup>724</sup>

#### 6.2.2.3 Nærmere om de tre elementene

Jeg tar altså utgangspunkt i at det er *tre* elementer i rettighetens kjerne. For det første må det finne sted «distinction», altså en forskjellsbehandling, begrunnet i et eller flere av diskrimineringsgrunnlagene.<sup>725</sup> Av EMD er det lagt til grunn at «for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in the treatment of persons in analogous, or relevantly similar, situations».<sup>726</sup> Menneskerettskomiteen har på sin side utdypet med at diskriminering omfatter «any distinction, exclusion, restriction or preference».<sup>727</sup> Altså ikke bare i forskjellsbehandling i snever betydning, men også utelukkelse eller utestengelse, begrensning og begunstiging 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, slik det kommer frem av ordlyden i BK art. 2 nr. 1 og også SP art. 2 nr. 1.

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».<sup>728</sup> Positiv forskjellsbehandling for å oppnå likebehandling, er lovlig og kan være påkrevd.<sup>729</sup> Som barnekomiteen har uttalt må staten «ensure effective equal opportunities for all children to enjoy the rights under the Convention. This may require positive measures aimed at redressing a situation of real inequality».<sup>730</sup> For eksempel kan barn som av ulike grunner er sårbare, behandles annerledes, for å sikre deres særskilte behov.<sup>731</sup> Som Van

---

<sup>724</sup> Se Dok. 16 (2011–2012) s. 144 om forskjellen på første og annet ledd i Grl. § 98.

<sup>725</sup> Abramson (2008) s. 19.

<sup>726</sup> Biao mot Danmark avsnitt 89.

<sup>727</sup> Menneskerettskomiteens General Comment nr. 18 avsnitt 7. Se også Abramsons diskusjon om begrepene «distinction» og «discrimination» i Abramson (2008) s. 24–25.

<sup>728</sup> 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.

<sup>729</sup> General Comment nr. 5 avsnitt 12, General Comment nr. 6 avsnitt 18 og Dok. 16 (2011–2012) s. 142.

<sup>730</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 41.

<sup>731</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.11 om sårbarhet.



Bueren skriver må art. 2 nr. 1 omfatte både forskjellsbehandling mellom barn og voksne, og mellom barn.<sup>732</sup>

Menneskerettsdomstolen har lagt til grunn at også indirekte diskriminering, «which does not necessarily require a discriminatory intent», omfattes.<sup>733</sup> 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.<sup>734</sup> Ordlyden i BK art. 2 nr. 1 inneholder ikke noe uttrykkelig krav om diskriminerende *hensikt*. Følgelig kan forskjellbehandling basert på noen av diskrimineringsgrunnlagene rammes, selv om det ikke kan påvises at staten har en direkte hensikt å forskjellsbehandle på en slik måte at de øvrige to elementene er oppfylt.

I BK er følgende diskrimineringsgrunnlag uttrykkelig nevnt «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». Ordlyden «*or other status*» (min utheving) gjør det klart 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 knytte til barnets eller forelderens «status».<sup>735</sup> 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.<sup>736</sup> 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».<sup>737</sup> 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,

---

<sup>732</sup> Van Bueren (1998) s. 40.

<sup>733</sup> Biao mot Danmark avsnitt 103. I dommen uttales det at ettersom reglen 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.

<sup>734</sup> Abramson beskriver «covert discrimination» i Abramson (2008) s. 50.

<sup>735</sup> I Store norske leksikon skriver Aksel Tjora at «[s]tatus, i sosiologien et individs plassering eller rang i en hierarkisk orden, for eksempel i et makthierarki, et rikdomshierarki eller et prestisjehierarki» og at en status karakteriseres av at det knytter seg «bestemte forventninger til atferden til de individer som har den», <https://snl.no/status> (side sist besøkt 3. januar 2019). 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».

<sup>736</sup> Abramson (2008) s. 27–28.

<sup>737</sup> Abramson (2008) s. 28.

som er særlig relevant for temaet i avhandlingen, er «the status of a child as being unaccompanied or separated, or as being a refugee, asylum-seeker or migrant».<sup>738</sup>

For det andre og tredje må forskjellsbehandlingen «impairs the enjoyment» av 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.<sup>739</sup> Der 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».<sup>740</sup> Det er «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».<sup>741</sup> Ordlyden i BK art. 2 nr. 1 inneholder ikke begrepet «impairing», og EMD praksis kan ikke uten videre legges til grunn ved tolkning av BK art. 2. Denne tematikken krever derfor en nærmere drøftelse.

Når det i BK art. 2 nr. 1 står at staten skal «respect and ensure the rights [...]», tydeliggjøres sikringsplikten. At sikringsplikten er tydeliggjort, taler for at det ikke er krav om krenkelse av en annen rettighet for at art. 2 nr. 1 skal komme til anvendelse. Statens plikt til å sikre og oppfylle rettighetene er en progressiv plikt. Plikten er fremtidsrettet.<sup>742</sup> 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 rettigheter 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

---

<sup>738</sup> General Comment nr. 6 avsnitt 18.

<sup>739</sup> Menneskerettskomiteens General Comment nr. 18 avsnitt 6.

<sup>740</sup> 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 2016 s. 37.

<sup>741</sup> Biao mot Danmark avsnitt 88.

<sup>742</sup> 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 uthevning). 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 uthevning), General Comment nr. 5 avsnitt 12.

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.<sup>743</sup>

I tillegg er det som Abramson skriver, mer presist å benytte uttrykket *interesser* i det tredje elementet i ikke-diskrimineringsretten. Abramson foretar i sin analyse et skifte fra den første beskrivelsen, som jeg har sitert ovenfor, til 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».<sup>744</sup> 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.<sup>745</sup> 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 interesser 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-diskrimineringsretten skal kobles inn. Det er tilstrekkelig at de *interesser* rettighetene skal ivareta, blir skadet eller ikke ivaretatt på likelinje med i andre lignede 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».<sup>746</sup> Etersom alle rettigheter i konvensjonen i utgangspunktet er til barns beste, er det klart at en forskjellsbehandling som svekker muligheten for at de interesser som rettighetene bygger på, blir ivaretatt, også normalt påvirker velferden til barnet.

Barnekonvensjonen art. 2 nr. 1 inneholder følgelig et forbud mot å behandle et barn ulikt andre, basert på et eller flere av diskrimineringsgrunnlagene. Forutsatt at denne forskjellsbehandlingen

---

<sup>743</sup> Dette behandler jeg nærmere i kapittel åtte, punkt 8.3.2.

<sup>744</sup> Abramson (2008) s. 26.

<sup>745</sup> Abramson (2008) s. 26.

<sup>746</sup> Abramson (2008) s. 23.

innvirker på barnets mulighet til å få noen av sine rettighetsvernede interesser ivaretatt på en mindre gunstig måte enn andre.

### 6.2.3 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 sikres, samtidig som andre rettighetene har betydning i vurderingen og vektingen 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 rettighetens funksjon. Barnets beste funksjoner er behandlet i kapittel fem.<sup>747</sup> Spørsmålet her er hvilke funksjoner ikke-diskrimineringsretten har, og hvordan disse påvirker barnets beste?

Ikke-diskrimineringsrettigheten er nært knyttet til *menneskerettighetens verdifundament*, som er «dignity» eller på norsk menneskeverdet.<sup>748</sup> Abramson legger til grunn at en av funksjonene til ikke-diskrimineringsretten er å beskytte «human dignity».<sup>749</sup> 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`».<sup>750</sup> 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.<sup>751</sup> 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.<sup>752</sup> Sigurdsen legger til grunn at faren for at barns

---

<sup>747</sup> Se punkt 5.3.4 om funksjoner som kan knyttes til prinsippensiden og 5.4 om rettigheten. Også funksjoner i egenskap av prinsippkarakteren kan være relevant for den substansielle rettigheten. De to sidene av barnets beste er nært sammenknyttet.

<sup>748</sup> 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 kjerne verdi. Se også Randi Sigurdsen, «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).

<sup>749</sup> Abramson (2008) s. 32.

<sup>750</sup> Abramson (2008) s. 33.

<sup>751</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 190.

<sup>752</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 190.

rettigheter skal komme i skyggen av voksnes, gjør at det er grunn til å fremheve det åpenbare verdifundamentet.<sup>753</sup> 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».<sup>754</sup> Rettigheten reflekterer en moralsk verdi, som også ligger til grunn for menneskerettighetene generelt.<sup>755</sup> 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.<sup>756</sup>

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».<sup>757</sup> I de sakene som behandles i avhandlingen, er statens interesser nært knyttet til innvandringspolitikken.<sup>758</sup> 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 forskjellsbehandling er normalt ikke basert på diskrimineringsgrunnlagene, men nærheten til diskrimineringsgrunnlagene gir en risiko for forskjellsbehandling som omfattes av diskrimineringsforbudet.<sup>759</sup> Som slått fast i kapittel fem, åpner barnets beste for en avveining mellom barnets interesser og statens interesser, herunder de som er av politisk karakter.<sup>760</sup> 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 avhandlingens kapittel åtte.

I tillegg til å innvirke på avveiningssiden, innvirker ikke-diskrimineringsretten også på *vurderingssiden av barnets beste*. Interesser som er vernet av rettigheter, må legges til grunn i

---

<sup>753</sup> Sigurdson (2015a) s. 67.

<sup>754</sup> Abramson (2008) s. 39.

<sup>755</sup> Van Bueren (1998) s. 38.

<sup>756</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punk 5.3.4.1.

<sup>757</sup> Abramson (2008) s. 33.

<sup>758</sup> Se avhandlingens kapittel en, punkt 1.2 og kapittel fire, punkt 4.3.

<sup>759</sup> Slik Biao mot Danmark illustrere.

<sup>760</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.4.

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.<sup>761</sup> Det ble presisert at barnet hadde rett til å «utvikle sin norske identitet - språklig, kulturelt, sosialt og følelsesmessig».<sup>762</sup> 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 rettighetsvernede 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 syv.<sup>763</sup>

Som en oppsummering kan det slås fast at barnets beste skal sørge for at barns rettigheter og interesser ikke overses, mens ikke-diskrimineringsprinsippet skal sørge for at ingen barn fratras rettighetsvernet basert på de ulike diskrimineringsgrunnlagene. Dermed kan de to rettighetene bidra til et reelt og effektivt rettighetsperspektiv. Påvirkningen er gjensidig. De forsterker, støtter seg til og utfyller hverandre.

---

<sup>761</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 77.

<sup>762</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 77.

<sup>763</sup> Se kapittel syv, punkt 7.6.

## 6.3 Barns rett til liv, overlevelse og helhetlig utvikling

### 6.3.1 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.<sup>764</sup> Også overlevelse og utvikling behandles som *rettigheter*.<sup>765</sup> 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 av at flere andre rettigheter skal sikre nettopp dette.<sup>766</sup> 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».<sup>767</sup> 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 avhengig av hverandre.<sup>768</sup>

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.<sup>769</sup>

Som Nowak legger til grunn, kan retten til liv sies å være den mest fundamentale av alle menneskerettighetene.<sup>770</sup> 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».<sup>771</sup> 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.<sup>772</sup> I likhet med ikke-diskrimineringsretten, har altså retten til liv, overlevelse og utvikling koblinger til vernet av menneskeverdet.<sup>773</sup> Respekt

---

<sup>764</sup> General Comment nr. 12 avsnitt 68 og General Comment nr. 14 avsnitt 42.

<sup>765</sup> General Comment nr. 12 avsnitt 68 og General Comment nr. 14 avsnitt 42.

<sup>766</sup> Se punkt 6.3.3 om forholdet til barnets beste.

<sup>767</sup> Nowak (2005) s. 5.

<sup>768</sup> Nowak (2005) s. 14, hvor det vises til travaux préparatoires.

<sup>769</sup> SP art. 6 nr. 1, EUs charter artikkel 2 nr. 1.

<sup>770</sup> Nowak (2005) s. 1 og 14.

<sup>771</sup> Nowak (2005) s. 1.

<sup>772</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 42.

<sup>773</sup> I EUs charter er både retten til menneskeverd, liv og integritet sammen plassert under tittelen «DIGNITY». Sammenhengen kommer også frem i General Comment nr. 14 avsnitt 42.

for menneskeverd innebærer blant annet at hvert enkelt individs liv har en egenverdi. Dette understreker rettighetens grunnleggende karakter.

Også barns behov for utvikling nyter beskyttelse i Grunnloven. Etter 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». Av Grl. § 104 tredje ledd følger det også at barn rett til vern om sin personlige integritet. Integritet sikter særlig til en persons ukrenkelighet og uavhengighet. I forarbeidene til § 104 drøftes barns behov for beskyttelse mot vold, overgrep, utnyttelse og omsorgssvikt i tilknytning til begrepet «integritet».<sup>774</sup> 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 slik de følger av BK.<sup>775</sup>

### **6.3.2 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.<sup>776</sup> Som Nowak påpeker, er retten til liv, den eneste rettigheten i BK som beskrives som «inherent».<sup>777</sup> 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.<sup>778</sup>

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 § 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.<sup>779</sup> I

---

<sup>774</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 192–193.

<sup>775</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 194.

<sup>776</sup> Rettigheten var heller ikke ment å være omfattet av den generelle begrensningshjemmelen som var foreslått til grunnlovsrettighetene, se Dok. 16 (2011–2012) s. 74–75.

<sup>777</sup> Nowak (2005) s. 17.

<sup>778</sup> Nowak (2005) s. 18.

<sup>779</sup> 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 Childs 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.



tillegg nevnes blant annet retten til et sunt miljø og forskjellig lovgiving som skal sikre helse, sosial trygghet og fysisk sikkerhet.<sup>780</sup> Dette tyder på at overlevelse ligger implisitt i retten til liv. I mange sammenhenger kan det uansett være vanskelig å skille skarpt mellom retten til liv, overlevelse og utvikling. 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 tillegg skjer barns utvikling raskt, og er samtidig sårbart for ytre påvirkning i negativ retning. En rekke forhold som i ytterste konsekvens kan true et barns liv, er i mindre alvorlige tilfeller skadelig for dets utvikling. For eksempel kan manglende nødvendig helsehjelp hindre overlevelse i de mest alvorlige tilfellene og være skadelig for 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». 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 ivaretas 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 til art. 6 nr. 2.<sup>781</sup> Enda mindre treffende blir den norske oversettelsen når det tas i betraktning at «development» har en egen betydning i menneskerettslig sammenheng.<sup>782</sup> Barnekomiteene har lagt til grunn at barnet må sikres en rett til en «holistic development».<sup>783</sup> Utvikling må tolkes vidt og i et helhetlig perspektiv, i sammenheng med de øvrige rettighetene.<sup>784</sup> 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».<sup>785</sup>

---

<sup>780</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 102.

<sup>781</sup> 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.

<sup>782</sup> Se om «human development» i Nowak (2005) s. 2.

<sup>783</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 42 og General Comment nr. 5 avsnitt 12.

<sup>784</sup> 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».

<sup>785</sup> I Elin Saga Kjørholt, «Prinsippet om barnets rett til liv, overlevelse og optimal utvikling» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, (Oslo 2016) s. 74–91 benyttes terminologien «optimal utvikling», se s. 80 flg.

Barns helhetlig 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.<sup>786</sup> Barnets «physically, mentally, morally, spiritually and socially» utvikling ble der nevnt.<sup>787</sup> Barnekomiteen har uttalt at statene må tolke utvikling slik at barnets «physical, mental, spiritual, moral, psychological and social development» omfattes av retten.<sup>788</sup> Formuleringene er nokså lik 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 noe 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».<sup>789</sup> De ulike kildene viser at det ikke er snakk om bare en rett til å vokse opp, men til en helhetlig utvikling.

Staten har plikt til å respektere den enkeltes rett ved å ikke ta liv eller gjøre inngrep som er skadelig for overlevelse og utvikling, og samtidig sikre og beskyttet 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.<sup>790</sup> Av BK art. 6 nr. 2 følger det at staten skal sikre retten til overlevelse og helhetlige utvikling «to the maximum extent possible». Formulering «maximum» viser at staten må strekkes 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.<sup>791</sup> 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.<sup>792</sup>

---

<sup>786</sup> Se Deklarasjon om barns menneskerettigheter prinsipp 2. Prinsippet er sitert i sin helhet i punkt 6.3.3.

<sup>787</sup> Deklarasjon om barns menneskerettigheter prinsipp 2.

<sup>788</sup> General Comment nr. 5 avsnitt 12.

<sup>789</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 194.

<sup>790</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 102.

<sup>791</sup> Dette er også intensjonen, se Dok. 16 (2011–2012) s. 194.

<sup>792</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 194.

### 6.3.3 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 som for andre rettigheter. De er gjensidig avhengig av, forsterker, støtter seg til og utfyller hverandre.<sup>793</sup> Uten en rett til liv, overlevelse og utvikling hadde barns muligheten til å nyte godt av barnets beste, vært illusorisk. Barnets beste kan på sin side sørge for at det blir vurdert om rettighetene i art. 6 kommer til anvendelse i den konkrete saken, og hvis rettigheten gjør kommer til anvendelse, at den blir respektert og sikret. Dersom rettigheten ikke kommer direkte til anvendelse, kan barnets beste sørge for at de interessene rettighetene skal ivareta, blir vurdert og vektlagt.

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».<sup>794</sup> Det er i overensstemmelse med at staten er forpliktet til å respektere å 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 innvirker 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 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».<sup>795</sup> 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 Convention».<sup>796</sup> 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

---

<sup>793</sup> Se avhandlingens kapittel to, punkt 2.4.4.

<sup>794</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 42.

<sup>795</sup> Flyktningkonvensjonen art. 33 nr. 1. Forbudet finnes med ulike formuleringer i en rekke andre dokumenter.

<sup>796</sup> General Comment nr. 6 avsnitt 27.

of action or inaction».<sup>797</sup> 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».<sup>798</sup>

Utlendingsloven §§ 28 og 73 omfatter saker som faller inn under non-refoulement prinsippet.<sup>799</sup> Når vilkårene i disse bestemmelsene er oppfylt, er ikke §§ 38 eller 70 relevant. 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.<sup>800</sup> I en vurdering etter § 28 første ledd skal det tas hensyn til om søkeren er barn, jf. § 28 tredje ledd. 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 også foreligge helt andre trusler mot barnets liv og overlevelse. Som eksempel kan nevnes sykdom og manglende helsehjelp, humanitære kriser, mangler 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 vurdering og vektningen 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 en utsending vil true 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*.<sup>801</sup> I deklarasjonen om barns rettigheter fra 1959 kommer det frem at:

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

---

<sup>797</sup> General Comment nr. 6 avsnitt 27.

<sup>798</sup> General Comment nr. 6 avsnitt 27.

<sup>799</sup> 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.

<sup>800</sup> Utlendingsloven § 29 annet ledd og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414.

<sup>801</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 4.

of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, *the best interests of the child shall be the paramount consideration.*(min uthevning)<sup>802</sup>

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 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.<sup>803</sup> 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)».<sup>804</sup> I tillegg er statens plikt til å beskytte barnet mot vold og utnyttning, av betydning.<sup>805</sup> 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.<sup>806</sup> 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 rettighetene innvirker på statens forpliktelser i konkrete saker, herunder saker om opphold på humanitært grunnlag eller utvisning.<sup>807</sup> Hvilke forpliktelser staten har overfor konkrete barn kan være nærmere konkretisert i lovgivningen. I tillegg har barnets beste betydning.

---

<sup>802</sup> Prinsipp 2.

<sup>803</sup> Som Kjørholt påpeker kan det være vanskelig å vite hva man skal tolke inn i et slik overordnet prinsipp som det som kommer til uttrykk i art. 6, Kjørholt (2016a) s. 80.

<sup>804</sup> General Comment nr. 7 avsnitt 10.

<sup>805</sup> BK art. 19 og General Comment nr. 6 avsnitt 23.

<sup>806</sup> Det er også lagt til grunn i Dok. 16 (2011–2012) s. 102 og 104.

<sup>807</sup> Dette henger noe sammen spørsmålet om rettigheter er *selvkraftige*. Se avhandlingens kapittel ni, punkt 9.4.3.

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.<sup>808</sup> 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 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 helhetlig 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.

## 6.4 Barns rett til å bli hørt og få sin mening tillagt vekt

### 6.4.1 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 uthevning). 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 annet punktum, EUs charter art. 24 nr. 1.<sup>809</sup> Disse

---

<sup>808</sup> Barnets beste kan også bidra til å sikre andre økonomisk, sosiale og kulturelle rettigheter, som ikke alltid blir ansett å være *selvkraftige*.

<sup>809</sup> Det kan diskuteres hvilke uttrykk som er mest dekkende og egnet for å omtale barnets rett til å bli hørt å 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 barns skal involveres uavhengig av om meningen skal inngå i et beslutningsgrunnlag. I forarbeidene til Grunnloven § 104 benytte 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 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 for 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 seg 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*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 92–122 (s. 93).

bestemmelsene er begge utformet etter mønster fra BK art. 12 nr. 1.<sup>810</sup> Barns rett til å bli hørt har ingen direkte paralleller i de generelle menneskerettigheter som også gjelder for voksne.<sup>811</sup> 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.<sup>812</sup>

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.

#### 6.4.2 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.<sup>813</sup> 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 avhandlingen, og det drøftes derfor ikke nærmere.<sup>814</sup>

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.<sup>815</sup> Dette allerede før de kan uttrykke seg verbalt.<sup>816</sup>

---

<sup>810</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 190–191.

<sup>811</sup> Retten til privatliv etter EMK art. 8 omfatter imidlertid den personlige autonomi, herunder en rett til å ta enkelte valg som kan være skadelig for en selv. Se fr. eks. EMDs dom 29. april 2002, *Pretty mot Storbritannia*, avsnitt 61.

<sup>812</sup> 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.

<sup>813</sup> 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.

<sup>814</sup> 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 overaskende «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).

<sup>815</sup> 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.

<sup>816</sup> General Comment nr. 12 avsnitt 21 og General Comment nr. 7 avsnitt 14.

Også unge barn må betraktes «as an active participant in the promotion, protection and monitoring of their rights».<sup>817</sup> 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».<sup>818</sup> Staten kan ikke starte med en antagelse om at et barn er «incapable of expressing her or his own views».<sup>819</sup> Komiteens mener altså at statene er forpliktet til å *vurderer konkret* om barnets er i stand til å gi uttrykk for sin mening. Det er fornuftig. Heller ikke bare alder har betydning. Enkelte barn, som barn med nedsatt funksjonsevne, kan ha vansker med å danne seg en mening ved komplekse spørsmål.

I Grl. § 104 er det ikke tatt inn en alders og modenhetsbegrensing.<sup>820</sup> 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.<sup>821</sup> 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.<sup>822</sup> 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».<sup>823</sup> Det var heller ingen holdepunkter for at jenta ikke var moden nok til å ha en

---

<sup>817</sup> General Comment nr. 7 avsnitt 14. I kommentaren foreslås en arbeidsdefinisjon på «young children» som barn under åtte år, se kommentarens avsnitt 4.

<sup>818</sup> General Comment nr. 12 avsnitt 20.

<sup>819</sup> General Comment nr. 12 avsnitt 20.

<sup>820</sup> 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.

<sup>821</sup> 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 års regel, samtidig som det åpnes for at yngre barn skal høres om de er moden 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.

<sup>822</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 291.

<sup>823</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 292.



mening om de relevante vurderingene i saken.<sup>824</sup> 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.<sup>825</sup> Vanligvis er barn i stand til å danne seg en mening tidligere 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.<sup>826</sup> I plenumsdom III hadde UNE dels begrunnet et avslag på å høre barnet direkte for nemda med at det ikke var grunn til å tro at det å høre barnet direkte kunne påvirke saken.<sup>827</sup> 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 helseproblem; heller ikkje at ho gjerne ville bu i Noreg.<sup>828</sup>

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».<sup>829</sup> 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».<sup>830</sup> 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 framkommer 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.

---

<sup>824</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 293.

<sup>825</sup> Slik aldersanvisning er også benyttet barnelova § 31 annet ledd. Forvaltningsloven § 17 inneholder imidlertid ikke en aldersangivelse. Det gjør heller ikke barnevernloven § 1-6.

<sup>826</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 164.

<sup>827</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 143.

<sup>828</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 164.

<sup>829</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 292.

<sup>830</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 293.

Lignende tankegang ser ut til å finnes hos flertallet i de to eldre plenumssdommene.<sup>831</sup> 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 hvilke alder som er nevnt i bestemmelsen.

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 opplysninger til å danne seg en fri mening, at spørsmålene blir alt for konkrete, eller at det foreligger fysiske hindringer. I *fritt* ligger også at barnet ikke har plikt til å gi uttrykk for sin mening. 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. 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.

Videre får begge bestemmelsens ordlyd 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 om 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).<sup>832</sup> Komiteen får her frem at det avgjørende er om forholdene som diskuteres eller behandles, vedrører barnet.<sup>833</sup> 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.<sup>834</sup>

---

<sup>831</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 158 og Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 57.

<sup>832</sup> General Comment nr. 12 avsnitt 26.

<sup>833</sup> Denne nyansen kommer ikke frem i den norsk oversettelsen av kommentaren, hvor det står «dersom den aktuelle saken vedrører han/henne».

<sup>834</sup> Se dette kapittelets punkt 6.4.4.2.

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 avhenger følgelig av *både* alder og *modenhet*.<sup>835</sup> Ordlyden gjør det klart at barn ikke har rett til selvbestemmelsesrett, men 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 i 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.<sup>836</sup> Modenhet er, som jeg vil vise i kapittel syv, et moment som innvirker på hvordan rettigheter og interesser gjør seg gjeldende for barnet.<sup>837</sup> 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.<sup>838</sup>

Barnekomiteen har uttalt at «[m]aturity refers to the ability to understand and assess the implications of a particular matter».<sup>839</sup> 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».<sup>840</sup> 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».<sup>841</sup> 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.<sup>842</sup> For noen barn, for eksempel barn med sterk nedsatt funksjonsevne, vil modenheten kunne bli avgjørende selv ved høy alder.<sup>843</sup> Når modenhet referer til barnets evne til forstå og vurdere forholdene i saken, kan sakens

---

<sup>835</sup> Se General Comment nr. 12 avsnitt 29.

<sup>836</sup> 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 avhandlingens punkt punkt 6.3.

<sup>837</sup> Avhandlingens kapittel syv, punkt 7.5.

<sup>838</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 191.

<sup>839</sup> General Comment nr. 12 avsnitt 30.

<sup>840</sup> General Comment nr. 12 avsnitt 30.

<sup>841</sup> General Comment nr. 12 avsnitt 30.

<sup>842</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 191.

<sup>843</sup> Se kapittel syv, punkt 7.5. Se også punkt 7.11 om betydningen av at et barn er sårbart.

karakter og hvilke rettigheter, interesser og momenter som gjør seg gjeldende påvirke vurderingen. Her har nok formen på spørsmålsstillingen mye å si. 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 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.<sup>844</sup> Det er heller ingen generell begrensningshjemmel i BK eller Grunnloven.<sup>845</sup> I art. 12 nr. 2 er det presisert at for det formål 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.<sup>846</sup> 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.<sup>847</sup>

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

---

<sup>844</sup> Om den foreslåtte generelle begrensningshjemmelen til grunnlovsrettighetene, se kapittel åtte, punkt 8.2. Hjemlen 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.

<sup>845</sup> Se for øvrig avhandlingens kapittel åtte, punkt 8.2 om ulike begrensningshjemler.

<sup>846</sup> 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.

<sup>847</sup> General Comment nr. 12 avsnitt 38.

betydning. Barnets mening skal kun *vektlegges* i spørsmål som gjelder det. Det er derfor vanskelig å se et behov for å begrense rettigheten.<sup>848</sup> Konklusjonen må bli at det i utgangspunktet ikke er adgang til å begrense barnets *rett* til å bli hørt. Et litt annet spørsmål er om det alltid vil være til barnets beste å bli hørt. Det kommer jeg nærmere tilbake til i punkt 6.4.4.3.

### 6.4.3 Funksjon

Retten til å bli hørt har sammenheng med enkelte andre rettigheter og prinsipp, herunder ytringsfriheten og kontradiksjonsprinsippet.<sup>849</sup> Den som blir berørt av en avgjørelse skal få informasjon og gi uttrykk for sin mening. Barnets mening kan være sentral for sakens opplysning. Retten til å bli hørt har flere funksjoner, hvor enkelte er grunnleggende, i den forstand at de kan kobles til menneskerettighetens verdifundament. Dette har betydning for rettighetens forhold til andre rettigheter, og herunder barnets beste.

Som nevnt ovenfor i punktet om ikke-diskrimineringsrettens funksjon, er et av menneskerettighetens grunnleggende verdifundament, dignity, eller menneskeverdet. 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.<sup>850</sup> 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».<sup>851</sup> Det ser altså ikke ut til å være snakk om noen selvbestemmelse. At medbestemmelse betraktes som sentralt for menneskeverdet er ikke overaskende. Å høre på noens mening, og gi de 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. I General Comment nr. 13 settes barnets *menneskeverd* i sammenheng med «[a] child rights-based approach», som innebærer at barns sees på som innehavere av rettigheter.<sup>852</sup> Når retten til å bli hørt henger nært sammen med

---

<sup>848</sup> 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.

<sup>849</sup> 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.

<sup>850</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 191.

<sup>851</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 191.

<sup>852</sup> General Comment nr. 13 avsnitt 3 (b). Se også General Comment nr. 1 avsnitt 1.

menneskeverdet, er den også nært 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».<sup>853</sup>

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.<sup>854</sup> Også etter interesseteorien, har medbestemmelse en viktig plass.<sup>855</sup> Fortin legger til grunn at barn «have an interest *in* choice, as they develop an ability to reach choices».<sup>856</sup> 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.<sup>857</sup> 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.<sup>858</sup>

#### 6.4.4 Forholdet til barnets beste

##### 6.4.4.1 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.<sup>859</sup> Barnekomiteen har fremhevet at art. 3 nr. 1 og 12 er gjensidig avhengig av hverandre.<sup>860</sup> Innvirkningen er følgelig ment å gå begge veier. Ettersom alle menneskerettigheter er gjensidig avhengig av hverandre, er dette ikke noe særskilte fenomen. Skillet mellom tolkning og subsumsjon er ikke alltid helt klart. Særlig ikke for en rettighet hvor

---

<sup>853</sup> Freeman (2007a) s. 8.

<sup>854</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.2.1 om de to rettighetsteoriene.

<sup>855</sup> 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 deltagelse og medbestemmelse ved håndheving av rettigheter vært trukket frem, blant annet har Ferguson nevnt enkelte barns mangler evne til deltagelse og medbestemmelse som en sentral innvending mot vilje/valgteorien. Se også Brighthouse (2002), Ross (2013) og Tobin (2013).

<sup>856</sup> 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.

<sup>857</sup> General Comment nr. 7 avsnitt 14.

<sup>858</sup> General Comment nr. 12 avsnitt 2.

<sup>859</sup> 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.

<sup>860</sup> General Comment nr. 12 avsnitt 74 og General comment nr. 14 avsnitt 43.

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.<sup>861</sup> 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.<sup>862</sup> Den strenge sikringsplikten innebærer 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 sentral 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.

#### *6.4.4.2 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 interesser den skal ivareta, kunne være relevant i vurderingen og vektingen. Det er likevel av betydning om rettighetene har samme anvendelsesområde, ettersom rettighetskarakteren inneholder klare *forpliktelser* 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 hvilke 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

---

<sup>861</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 43 og 53.

<sup>862</sup> 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.

art. 3 nr. 1 og § 104 annet ledd være et grunnleggende hensyn «in all actions concerning children»/«alle handlinger og avgjørelser som berøre barn». Når et barn blir berørt, må avgjøres ut fra om avgjørelsen griper inn i dets interesser.<sup>863</sup> 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 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».<sup>864</sup> 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.<sup>865</sup>

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 følgelig 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 *handling* eller *avgjørelse*, 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

---

<sup>863</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.2.2 og 7.2.3.

<sup>864</sup> Den norske oversettelsen til BK art. 12 nr. bruker uttrykket «alle forhold».

<sup>865</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 191.



må gjelde barnet. Dette støttes ytterligere av at BK art. 12, som bestemmelsen er ment å gjenspeile, gjelder i «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».<sup>866</sup> Forvaltningsloven slår fast at forvaltningsorganet skal påse at mindreårige som er *part* får mulighet til å gi uttrykk for sitt syn, og knytter da retten opp til de som har partsstatus etter fvl. § 2 e.<sup>867</sup>

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.<sup>868</sup> Begrepet er ikke definert i forvaltningsloven, men ser ut til å benyttes nettopp som det underliggende forholdet vedtaket hviler på.<sup>869</sup> Det er også koblet til partsbegrepet.<sup>870</sup> 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

---

<sup>866</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 327.

<sup>867</sup> Når et barn må regnes som part er behandlet nærmere i avhandlingens kapittel fem, punkt 5.5.4.2.

<sup>868</sup> Barneloven § 31 om barns rett til å bli hørt ved spørsmål om foreldreansvar og fastbosted er annerledes utformet. Bestemmelsen får noe klarere fram 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*.

<sup>869</sup> 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 krav/påstanden som er fremmet.

<sup>870</sup> Partbegrepet er definert i fvl. § 2 første ledd bokstav e.

barnets mening neppe ville påvirket innholdet i vedtaket.<sup>871</sup> 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».<sup>872</sup>

I HR-2017-2376-A 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.<sup>873</sup> Det sentrale i saken var imidlertid om farens samvær med barnet talte for å innvilge opphold etter utlend § 49. Barnet ble berørt av 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 innebærer at ikke barnet også skulle vært part.<sup>874</sup> Partstatus kan bidra til at barnet høres, men ser ikke ut til å sikre at retten til å bli hørt alltid legges til grunn.<sup>875</sup> Dette til tross for at barnets rett å bli hørt, som uttalt i plenumsdom III, også er en «grunnleggende partsrettighet».<sup>876</sup> At partsstatus ikke er nok til å sikre at barnet blir hørt, viser behovet for egne rettigheter for barn, med streng sikringsplikt.

Barnets beste og retten til å bli hørt har altså overlappende anvendelsesområde, selv om det ikke kommer 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.

---

<sup>871</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 158, Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 57.

<sup>872</sup> Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 108.

<sup>873</sup> HR-2017-2376-A avsnitt 43.

<sup>874</sup> 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.

<sup>875</sup> Se Rt. 2012 s. 1985, Rt. 2012 s. 2039 og Rt. 2015 s. 1388.

<sup>876</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 293.

#### 6.4.4.3 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 rettighetens 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:

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.<sup>877</sup>

Rettighetene er gjensidig avhengig av hverandre, har komplementære roller og må tolkes i overensstemmelse med hverandre.<sup>878</sup> 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 fastsetting 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».<sup>879</sup> 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».<sup>880</sup> Dette støttes av at det er vanskelig å kunne se hvordan det skal være mulig å komme fram 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 andre vei. At barnekomiteen legger til grunn at barnets beste

---

<sup>877</sup> General comment nr. 12 avsnitt 74. Se også General comment nr. 14 avsnitt 43.

<sup>878</sup> General comment nr. 14 avsnitt 43.

<sup>879</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 43.

<sup>880</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 53.

«reinforces», altså forsterker retten til å bli hørt funksjonen, 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 avgjørelse som berører barnet. 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 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.<sup>881</sup> Problemstillingen var om det var en saksbehandlingsfeil at barnet ikke var blitt spurt om han ville uttale seg i spørsmål om endring av samværsordningen.<sup>882</sup> 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 avhandlingens tema. Det som er uheldig med argumentasjonen i dommen er at det ikke kommer frem at barnet har *rett* til å bli hørt. I stedet omtales rettigheten som «synspunktet», mens barnets beste omtales som et «grunnleggjande prinsipp».<sup>883</sup> Dette skaper et inntrykk av at det er en ubalanse mellom de to rettighetene. Dommen er blitt noen år, men ut fra flertallets syn i de tre plenumsdommene, og uttalelsene i HR-2017-2376-A, er det ikke sikkert at retten til å bli hørt hadde blitt behandlet så veldig ulikt i dag.

En litt annen situasjon er hvis barnet gir uttrykk for en løsning som ut fra de øvrige elementene i en barnets beste-vurdering, ikke er til dets beste. Ingen av rettighetene har forrang, men ettersom barnet ikke har rett til selvbestemmelse, kan de øvrige elementene i barnets beste måtte gå foran barnets mening i enkelte tilfeller.<sup>884</sup>

Hvis rettighetene ser ut til å stå mot hverandre i en konkret sak, må de forsøkes å harmoniseres. I noen tilfeller kan det være nødvendige 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,

---

<sup>881</sup> 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 Kjølberg og Johansen har behandlet dommen, se Lena L.R. Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 3. utgave, Oslo 2018 s. 88, Inge Lorange Backer, *Barneloven: Kommentartutgave: Lov 8. april 1981 om barn og foreldre*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 297 og Gunn-Mari Kjølberg og Sigrid Redse Johannesen, *Barnefordelingstvister: håndbok i barnerettslige emner*, Oslo 2006 s. 201–202, hvorav de tre sistnevnte uttaler seg positive til dommen.

<sup>882</sup> Samværsordningen var kort tid i forfeien fastsatt ved dom.

<sup>883</sup> Rt. 2008 s. 811 avsnitt 47.

<sup>884</sup> Se Sandbergs diskusjon i Sandberg (2016) på s. 67.

og at barnet ikke trenger å uttale seg om forhold som kan medføre at det kommer i en lojalitetskonflikt. Det kan nok i enkelte saker likevel oppleves belastende for barnet å uttale seg om noen sider av saken. En sjelden gang kan det nok også oppleves belastende å få mulighet til å uttale seg. Et 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 kan det imidlertid være viktig at barnet gis mulighet til å uttale seg, selv om det kan være belastende for barnet, 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 knytte 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 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.

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 vektningen av barnets beste, gjør at meningen også kan få betydning for avveiningssiden av barnets beste.

#### *6.4.4.4 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 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».<sup>885</sup> Delegasjonen fra Japan ga uttrykk for at det måtte forstås som «affecting the rights of the child».<sup>886</sup> Det ble foreslått å presisere dette i konvensjonsteksten.<sup>887</sup> Delegationen fra Canada

---

<sup>885</sup> UN Doc. E/CN.4/1989/WG.1/CRP.1/Add.1, p. 6, at 9. Article 7 avsnitt 241. Detrick (1999) s. 218.

<sup>886</sup> UN Doc. E/CN.4/1989/48 avsnitt 242 og 246. Detrick (1999) s. 218.

<sup>887</sup> UN Doc. E/CN.4/1989/48 avsnitt 248. Detrick (1999) s. 218.

mente imidlertid at en slik ordlyd utgjorde en risiko for at barnet ikke ville bli hørt i spørsmål som ikke ble dekket av noen rettigheter, men som likevel vedrørte det.<sup>888</sup> 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.<sup>889</sup> 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».<sup>890</sup> Det skilles ikke mellom rettigheter, interesser og momenter.<sup>891</sup>

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.<sup>892</sup> 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 barnets 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. Dermed blir det avgjørende gjerne om barnet er berørt, slik at barnets beste kommer til anvendelse.

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.<sup>893</sup> Presiseringer av hva myndighetene må høre barn om, er gjort i to rundskriv.<sup>894</sup> Begge rundskrivene presiserer også sammenhengen mellom retten til å bli hørt og barnets beste.<sup>895</sup> I rundskrivet om høring av barn i utlendingssaker – unntatt asylsaker, behandles hva som skal tas opp i samtalen med barnet. Her følger det at forholdet til «omsorgspersoner i Norge og hjemlandet, helsesituasjon, bekymringer knyttet til

---

<sup>888</sup> UN Doc. E/CN.4/1989/48 avsnitt 253 og 264. Detrick (1999) s. 218.

<sup>889</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 43 og 44.

<sup>890</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 47 og 48.

<sup>891</sup> Om rettigheter, interesser og momenter i vurderingen av hva som er i et barns beste interesser, se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.2.2 og 7.2.3.

<sup>892</sup> I tillegg vil det ved utvisning være spørsmål knytte til varigheten av innreiseforbudet.

<sup>893</sup> Se utlendl. § 81 annet ledd, fvl. § 17 første ledd annet og tredje punktum og utlendingsforskriften § 17-3.

<sup>894</sup> UDIs rundskriv, *Høring av barn i utlendingssaker – unntatt asylsaker, jf. utlendingsforskriften §§ 17-3 og 17-5*, 1. januar 2010 (RS 2010-043) og UDIs rundskriv, *Retningslinjer for høring av medfølgende barn i saker om beskyttelse*, 15. februar 2010 (RS 2010-075).

<sup>895</sup> RS 2010-043 punkt 2.1. I rundskriv om barns rett til å bli hørt i saker om beskyttelse, legges det til grunn at det er en forutsetning for å fastsette hva som er til barnets beste, at barnet er blitt hørt, RS 2010-075 punkt 1.1.

utlendingssaken, skolegang, venner, bosted, arbeid, generelle oppvekstvilkår der barnet befinner seg, og hvordan barnet ser for seg sin situasjon etter at utlendingssaken er avgjort, skal så langt det er mulig belyses i alle saker».<sup>896</sup> Barnet skal også få mulighet til å stille spørsmål.<sup>897</sup> Mulighet til å stille spørsmål er viktig for barns mulighet til å delta i håndhevelsen av sine rettigheter.<sup>898</sup> Opplistingen utlendingsforskriften § 8-5, kan også tjene som eksempler på spørsmål som ofte kan være aktuelle i vurdering av barnets beste, og dermed å høre barnets mening om.<sup>899</sup> 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.<sup>900</sup> Samlet gir utlendingsregelverket endel veiledning for høringen av barnet i forbindelse med vurderingen av barnets beste, selv om det mangler klare presiseringer i lovene og formskriften.

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.<sup>901</sup> 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».<sup>902</sup> 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.<sup>903</sup> Han la til at barnets syn og informasjon om dets livssituasjon og erfaringer har betydning for «informasjonsinnholdet», altså sakens opplysning *og* for vekten av de forholdene som knytter seg til barnet.<sup>904</sup> Dette er i tråd med forholdet mellom barnets beste og retten til å bli hørt. Annenvoterende i plenumsdom II og tredjevoterende i plenumsdom III

---

<sup>896</sup> RS 2010-043 punkt 3.3.2.

<sup>897</sup> RS 2010-043 punkt 3.3.2.

<sup>898</sup> Se General Comment nr. 7 avsnitt 14 som gir uttrykk for at barnet har en aktiv rolle for å fremme og håndheve sine egne rettigheter.

<sup>899</sup> I utgangspunktet gjelder forskriftsbestemmelsen bare ved opphold på humanitært grunnlag etter lovens § 38. Så langt disse gir uttrykk for vurderingstemaer som etter BK og GrI. er sentrale for å vurdere barnets beste, må de imidlertid også legges til grunn ved opphold på humanitært grunnlag etter § 49.

<sup>900</sup> 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.

<sup>901</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 158, Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 57 og Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 143–164.

<sup>902</sup> Høyesterettsdommer Bårdens votum i Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 108 og 128.

<sup>903</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 292.

<sup>904</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 292.

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.<sup>905</sup> Dermed hadde en opplisting i lov eller forskrift vanskelig kunne 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 en høring av barn i tråd med begge rettighetene.

## 6.5 Barns rett til familie- og privatliv

### 6.5.1 Innledning

Retten til familie- og privatliv følger blant annet av BK art. 16, GrL § 102, EMK art. 8 og SP art. 17.<sup>906</sup> Fordi barn har behov for omsorg for å beskytte og fremme deres helhetlige utvikling, er familien normalt meget viktig.<sup>907</sup> Stang har uttalt at retten «til omsorg må anses å være en grunnleggende menneskerettighet for barn».<sup>908</sup> Hun utdyper med at retten til omsorg «utgjør hele fundamentet for barnets videre utvikling, og har dermed nær sammenheng med retten til liv og utvikling».<sup>909</sup> Familiens, og særlig foreldrenes viktige rolle i barnets liv, herunder for å sikre dets behov for omsorg, fanges opp av flere bestemmelser i BK.<sup>910</sup> Deler av barnets privatliv er også særskilt vernet gjennom flere artikler.<sup>911</sup>

---

<sup>905</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.2.3.

<sup>906</sup> Se også EUs charter art. 7.

<sup>907</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 59. Dette kommer også til uttrykk i BK art. 5 og GrL § 104 tredje ledd annet punktum.

<sup>908</sup> Elisabeth Gording Stang, «Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, (Oslo 2016) s. 165–194 (s. 165).

<sup>909</sup> Stang (2016) s. 165.

<sup>910</sup> Se BK art. 8 nr. 1, art. 9 nr. 1, art. 18 og art. 20.

<sup>911</sup> 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». <sup>912</sup> Høyesterett har lagt til grunn at § 102 har et sammenfallende innhold med EMK art. 8. <sup>913</sup> Av § 102 annet ledd følger det at staten skal «sikre et verne om den personlige integritet». <sup>914</sup> Med «vern om den personlige integritet» siktes det til personvern i vid forstand, som omfatter blant annet privatliv og familieliv. <sup>915</sup> Annet ledd er utelukkende ment å pålegge staten en sikringsplikt, og behandles ikke nærmer. <sup>916</sup>

Både retten til familie- og privatliv er ofte relevante i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Retten til familie og familieliv blir berørt hvis vedtaket vil medføre 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. <sup>917</sup> 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. <sup>918</sup> I en vurdering og vekting av barnets beste må imidlertid alle relevante rettigheter, interesser og momenter tas i betraktning. <sup>919</sup> I enkeltsaker kan barnets privatliv og familieliv tale for ulike løsninger. Dette behandles nærmere i kapittel syv. 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 avhandlingen trekkes frem. <sup>920</sup>

### 6.5.2 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 føre til en adskillelse mellom barnet og dets *familie*. Spørsmålet jeg behandler her er *hvilke familierelasjoner* som faller inn under rettighetsvernet.

---

<sup>912</sup> 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 avhandlingens kapittel to, punkt 2.4.4.

<sup>913</sup> HR-2017-2015-A avsnitt 46 og HR-2017-2376-A avsnitt 53 med videre henvisninger.

<sup>914</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 177.

<sup>915</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 177.

<sup>916</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 177.

<sup>917</sup> Se som et eksemel Rt. 2015 s. 93 avsnitt 70.

<sup>918</sup> Se for eksempel Maslov mot Østerrike avsnitt 63 og Üner mot Nederland avsnitt 59.

<sup>919</sup> Målet er å komme frem til hvilken løsning som samlet er i barnets beste interesser. Se avhandlingens punkt 7.2.1.

<sup>920</sup> Ettersom temaet i avhandlingen 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.

Mens BK art. 16 verner mot inngrep i noens «family», verner GrL. § 102 og EMK artikkel 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 forskjell særlig stor. Dette støttes av at barnekomiteen har benyttet «family life» i sin omtale av art. 16.<sup>921</sup> 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.<sup>922</sup> Hun presiserer at det avgjørende for om det foreligger et familieliv, er de faktiske forholdene i saken.<sup>923</sup> En innvending til 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 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.<sup>924</sup> Rettigheten må, som andre menneskerettigheter, tolkes *dynamisk*, i takt med sosiale og samfunnsmessige endringer, noe som påvirker hvilke relasjoner som omfattes til enhver tid.<sup>925</sup> Barnekomiteen har lagt til grunn at *familie* må forstås vidt og at en rekke relasjoner basert på biologiske, juridiske eller sosiale/emosjonelle bånd, omfattes.<sup>926</sup> Av EMD er det som et utgangspunkt lagt til grunn at eksistensen av et familieliv «is essentially a question of fact depending upon the existence of close personal ties».<sup>927</sup> Lagoutte har kommet til at EMD opererer med tre elementer/kriterier for vurderingen av om familieliv foreligger «a biological element, a legal/juridical element and a social/emotional element (de facto family life)».<sup>928</sup> Hun mener at disse elementene, alene eller sammen, kan tilsi at relasjonen kvalifiserer som familieliv.<sup>929</sup> Som jeg utdyper i de følgende

---

<sup>921</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 59.

<sup>922</sup> Kilkelly (1999) s. 188

<sup>923</sup> Kilkelly (1999) s. 188

<sup>924</sup> 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.

<sup>925</sup> Se Kilkelly (1999) s. 188, Lagoutte (2003) s. 294, Bendiksen (2008) s. 113–114 og Harris mfl. (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.

<sup>926</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 59.

<sup>927</sup> EMDs storkammerdom 24. januar 2017, *Paradiso og Capanelli mot Italia* avsnitt 140 med videre henvisninger til eldre dommer.

<sup>928</sup> Lagoutte (2003) s. 295.

<sup>929</sup> Lagoutte (2003) s. 300.

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 vernede familielivet.<sup>930</sup> Det kommer blant annet til uttrykk i BK art. 9, hvor barns kontakt med sine foreldre nyter et særskilt vern.<sup>931</sup> I EMDs dommer er det gjentatt ganger uttalt følgende at «the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life».<sup>932</sup> Også andre enn de biologiske foreldrene, herunder fosterforeldre, kan omfattes.<sup>933</sup> 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».<sup>934</sup> 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.<sup>935</sup> Også barnets bånd til den utvidede familie kan være vernet, slik som til *besteforeldre, tanter, onkler og søskenbarn*.<sup>936</sup> Det avgjørende for om en relasjon faller inn under det vernede familielivet etter EMDs praksis, er om barnet har tilstrekkelig nære bånd til vedkommende.<sup>937</sup>

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.<sup>938</sup> Vernet av båndene til den utvidede familien, herunder besteforeldre, tanter og onkler, er i større grad avhengig av de faktiske omstendighetene i saken.<sup>939</sup> Barnekomiteen har lagt til grunn at barnets bånd til den utvidede familien er spesielt relevant i saker hvor foreldrene ikke bor sammen.<sup>940</sup> Uttalelsen ser

---

<sup>930</sup> 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.

<sup>931</sup> 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.

<sup>932</sup> 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.

<sup>933</sup> *Paradiso og Capanelli mot Italia* avsnitt 149, Kjølbros (2017) s. 788–789 og Harris mfl. (2018) s. 506–507.

<sup>934</sup> General Comment nr. 4/23 avsnitt 27.

<sup>935</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 65, General Comment nr. 4/23 avsnitt 27 og Harris mfl. (2018) s. 507.

<sup>936</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 70, Kjølbros (2017) s. 789 og Harris mfl. (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*.

<sup>937</sup> Se *Bronda mot Italia* avsnitt 51, *Lawlor mot Storbritannia*, *Kruškić mot Kroatia* avsnitt 108, og *Manuello og Nevi mot Italia*.

<sup>938</sup> Se BK art. 9, 18 og 20.

<sup>939</sup> 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.

<sup>940</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 70.

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.<sup>941</sup> Barnet vil kunne ha utviklet sterke bånd til slike omsorgspersoner.<sup>942</sup> Har barnet bodd hos for eksempel sine besteforeldrene eller tante og/eller onkel er det en sterk indikasjon på nære familiebånd.<sup>943</sup> 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.<sup>944</sup>

Det er ikke alltid nok at barnet har bodd sammen med noen for at det skal eksisterer 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».<sup>945</sup> Saken falt imidlertid inn under retten til privatlivs anvendelsesområde.<sup>946</sup> 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.<sup>947</sup>

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.<sup>948</sup> Hvis barnet og foreldrene oppholder seg i ulike land, har barnet rett til å opprettholde regelmessig og personlig kontakt med foreldrene, med

---

<sup>941</sup> Slik som for eksempel i *Butt mot Norge*, hvor barna hadde bodd hos onkelen og tanten, se avsnitt 76.

<sup>942</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 59, 65 og 70.

<sup>943</sup> *Bronda mot Italia* avsnitt 51 og *Kruškić mot Kroatia* avsnitt 108.

<sup>944</sup> *Kruškić mot Kroatia* avsnitt 108 og avhandlingens kapittel syv, punkt 7.10.

<sup>945</sup> *Paradiso og Capanelli mot Italia* avsnitt 157.

<sup>946</sup> *Paradiso og Capanelli mot Italia* avsnitt 164.

<sup>947</sup> 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.

<sup>948</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.10.5.1.

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».<sup>949</sup> Videre har domstolen lagt til grunn at selv om båndet kan bli brutt ved senere hendelser, kan det bare skje ved «exceptional circumstances».<sup>950</sup> Dette gjelder også i utlendingssaker.<sup>951</sup>

Når båndet etter EMDs praksis bare kan brytes ved ekstraordinære omstendigheter, innebærer det at terskel er høy. At foreldre reiser fra barnet til et annet land for å søke opphold, fører ikke alene til at vilkåret er oppfylt.<sup>952</sup> I EMDs dom *Gül mot Sveits* hadde en far reist fra sin da tre måneder gamle sønn for å søke asyl.<sup>953</sup> 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 familiegjennforening. Domstolen kom til at det fremdeles eksisterte et familieliv mellom far og sønn.<sup>954</sup> Det ble vektlagt at faren gjentatte ganger hadde søkt om opphold for sønnen og hadde besøkt han mange ganger i perioden.<sup>955</sup> 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.<sup>956</sup> 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

---

<sup>949</sup> EMDs dom 7. August 1996, *C. mot Belgia* avsnitt 25.

<sup>950</sup> *C. mot Belgia* avsnitt 25.

<sup>951</sup> EMDs dom 19. februar 1996, *Gül mot Sveits* avsnitt 33.

<sup>952</sup> *M.M og K.M mot Belgia* avsnitt 75, *Tuquabo-Tekle med flere* avsnitt 41 og *Gül mot Sveits* avsnitt 30–32.

<sup>953</sup> *Gül mot Sveits* avsnitt 7. For å få tilstrekkelig medisinsk behandling måtte moren også reise fra gutten fire år senere, avsnitt 8 og 9.

<sup>954</sup> *Gül mot Sveits* avsnitt 33.

<sup>955</sup> *Gül mot Sveits* avsnitt 33.

<sup>956</sup> *Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland* avsnitt 8–18.

EMD at familielivet fortsatt eksisterte.<sup>957</sup> 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.<sup>958</sup> Dette er viktig. Adskillelse mellom barn og foreldre i utlendingssaker 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.<sup>959</sup>

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 grunn av barnets behov for omsorg fra sine foreldre.<sup>960</sup> 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 unnløstelse av å sikre rettighetene. Dette kommer jeg tilbake til.

### **6.5.3 Barns privatliv**

Etter BK art. 16 skal ingen barn bli utsatt for vilkårlig eller ulovlige inngrep i sitt «privacy». Også i SP art. 17 benyttes uttrykket «privacy». I EMD artikkel 8 er det slått fast at enhver har rett til respekt for sitt «private [...]life».<sup>961</sup> Det samme følger av Grl. § 102, som benytter uttrykket «privatliv». I forarbeidene til Grl. § 102 behandles retten til privatliv under

---

<sup>957</sup> Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 41. Domstolen kom til at avslaget innebar en krenkelse av rettigheten. Dommen er også behandlet i kapittel syv, se punkt 7.5 og 7.10.2.

<sup>958</sup> På samme måte som for de øvrige rettigheten i konvensjonen, har staten imidlertid bare plikt til å respektere og sikre art. 10 nr. 2 ovenfor barn som er under statens jurisdiksjon, jf. art. 2.

<sup>959</sup> 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.

<sup>960</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.10.4.

<sup>961</sup> Schabas har lagt til grunn at den ulike begrepsbruken i SP og EMK ikke synes å ha noen rettslige konsekvenser, Schabas (2015) s. 369.

overskriften personvern og personopplysning, og det fremgår lite av betydning for temaet her.<sup>962</sup> 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*».<sup>963</sup> I den forbindelse er EMK art. 8 sentral.<sup>964</sup> Grunnloven gir altså lite veiledning alene. Her fokuseres det derfor først og fremst på kilder tilknyttet BK og EMK. Jeg redegjøre kun for de sider av privatlivet som er særlig relevant 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.<sup>965</sup> Privatlivet til både barn og voksne *knyttes til og formes av* landet de bor i, personene der og forholdene i lokalsamfunnet. Tilknytningen og påvirkningen 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.<sup>966</sup> I så fall er utvisning umulig etter norsk rett, med mindre vedtaket om statsborgerskap tilbakekalles.<sup>967</sup> *Tilknytning gjennom lovlig opphold* nyter et nokså sterkt vern.<sup>968</sup> *Tilknytning gjennom ulovlig opphold* nyter et svakere vern, men også det kan være vernet.<sup>969</sup> 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.<sup>970</sup> At klagerene 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.<sup>971</sup> Her nevnes altså personlige, sosiale og økonomiske relasjoner som sider av privatlivet som dannes gjennom

---

<sup>962</sup> 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.

<sup>963</sup> Dok. 16 (2011–2012) 175.

<sup>964</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

<sup>965</sup> 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.

<sup>966</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.7.

<sup>967</sup> utlendl. § 69 første ledd og statsborgerloven § 26 annet ledd.

<sup>968</sup> Se for eksempel Maslov mot Østerrike avsnitt 63 og 93 og Üner mot Nederland avsnitt 59.

<sup>969</sup> Se for eksempel Butt mot Norge.

<sup>970</sup> 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.

<sup>971</sup> *Slivenko mot Latvia* avsnitt 96.

opphold i landet.<sup>972</sup> 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.<sup>973</sup> 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.<sup>974</sup>

Uttalelsen viser at komiteene er oppmerksom på at lang oppholdstid gir barn sterk tilknytning til landet. At lang oppholdstid, også når den er ulovlig, tilser 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.<sup>975</sup> 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.<sup>976</sup> Bestemmelsen i BK presiserer ulike sider av barnets *identitet*, hvor særlig nasjonalitet og familierelasjoner er av betydning for sakene som behandles her.

Det er en overlapping 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 mot personligheten, selvforståelse og selvbylde, altså det indre liv.<sup>977</sup> Tilknytning kan være en del av dette, og påvirke identiteten. Skal de ulike forholdene som omfattes av den vide retten til

---

<sup>972</sup> Om en rett til å etablere og utvikle relasjoner til andre mennesker, se Niemietz mot Tyskland avsnitt 29 og Peck mot Storbritannia avsnitt 57.

<sup>973</sup> Se for eksempel Slivenko mot Latvia og Butt mot Norge. Se også punkt 6.5.4.

<sup>974</sup> General Comment nr. 4/23 avsnitt 29.

<sup>975</sup> EMDs storkammerdom 13. februar 2003 *Odievre mot Frankrike* avsnitt 29.

<sup>976</sup> 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 bidra til å oppspore de og få de hjem, Doek (2006) s. 8.

<sup>977</sup> Stephan Von Tetzner, Store norske leksikon, Identitet, <https://snl.no/identitet> (side sist besøkt 6. februar 2019).



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 noe mer før ulike forhold slik som for eksempel sosiale relasjoner, påvirker ens identitet, enn for at de skal falle inn under 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 identiteten i stor grad utvikles. Dermed kan ulike faktorer påvirke barnet og dets identitet, i større grad enn for voksne.<sup>978</sup> Ettersom barn både har rett til respekt for sitt privatliv og å bevare sin identitet, har muligens ikke nyanseneforskjellene 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.<sup>979</sup>

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 uklarhet 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.<sup>980</sup> 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.<sup>981</sup> 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

---

<sup>978</sup> 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.

<sup>979</sup> 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».

<sup>980</sup> Doek (2006) s. 13.

<sup>981</sup> EMDs storkammerdom 15. januar 2017, *Sisojeva og andre mot Latvia* avsnitt 94.

de eventuelt måtte befinne seg i. En annen side av retten til privatliv, som kan være relevante 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».<sup>982</sup> I avhandlingens kapittel syv behandles betydningen av en risiko for at barnet vil bli utsatt for skadelige skikker hvis det sendes ut av Norge.<sup>983</sup> Skadelige skikker griper inn i barns personlige integritet, men vil også krenke andre rettigheter enn retten til privatliv.

Det er altså flere, sider av retten til privatliv som er relevant i de sakene som i avhandlingen. 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 relevant *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.<sup>984</sup>

#### 6.5.4 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.<sup>985</sup> Høyesterett har innfortolket samme krav som etter EMK ved en begrensing av Grl. § 102.<sup>986</sup> Ved inngrep kreves for det første lovhjemmel, jf. BK art. 16 nr. 1, EMK art. 8 nr. 2 og Grl. 113.<sup>987</sup> Lovhjemmel er uproblematisk for de to sakstypene som her er temaet.<sup>988</sup>

---

<sup>982</sup> *Pretty mot Storbritannia* avsnitt 61. Saken gjaldt «assisted suicide».

<sup>983</sup> Se punkt 7.8.

<sup>984</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.10.

<sup>985</sup> Se også avhandlingens kapittel åtte, punkt 8.2 og 8.3.

<sup>986</sup> Se for eksempel Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60, Rt. 2015 s. 155 avsnitt 40 og 23.

<sup>987</sup> 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 tolkningsprinsipper 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 rettstilstand skal være forutsigbar.

<sup>988</sup> Hjemmel finnes i utlendl. §§ 38 og 66–68. Se også Darren Omorgeie og flere mot Norge avsnitt 56.

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.<sup>989</sup> Videre må inngrepet være «necessary 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.<sup>990</sup> 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».<sup>991</sup>

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*.<sup>992</sup> Saken gjaldt oppholdstillatelse for en familie på tre, hvor et sentralt spørsmål menneskerettskomiteén tok stilling til, var om avslaget rammet vilkårlig. Komiteen tok stilling til om de interesser, herunder hensynet til effektiv innvandringskontroll, som staten hadde vektlagt, var legitime. Videre vurdert 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 innholdet 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, ser det ut til at bestemmelsen regulerer tilfeller hvor beslutningen direkte går ut på å separere foreldre og barn.<sup>993</sup> 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.<sup>994</sup> Artikkel 9 nr. 1 kan følgelig ikke forstås som et generelt forbud mot avgjørelser som medfører at foreldre og barn blir adskilt.<sup>995</sup>

---

<sup>989</sup> Kravet om *egnethet* 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 det 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.

<sup>990</sup> Se for eksempel drøftelsen i *Nunez mot Norge* avsnitt 71.

<sup>991</sup> Darren Omoregie med flere mot Norge avsnitt 56.

<sup>992</sup> Menneskerettskomiteens Communication 26. juli 2001 nr. 930/2000 *Winata mot Australia*.

<sup>993</sup> I General Comment nr. 14 avsnitt 58–70.

<sup>994</sup> Se også Doek (2006) s. 23.

<sup>995</sup> Så lenge barnet er separert fra foreldrene har staten imidlertid ansvar for å sørge for kontakt mellom dem, jf. art. 9 nr. 3.

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.<sup>996</sup> Et av de er «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», må vektlegges.<sup>997</sup> Hvilke krav begrepet «well-being» tilfører 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 intersts put togheter».<sup>998</sup> Med en slik forståelse blir begrepet noe overflødig sammen med et krav om at barnets interesser må vurederes 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 antageligvis er det overflødig.<sup>999</sup>

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.<sup>1000</sup> Verken EMK eller andre konvensjoner Norge er forpliktet av, gir en generell rett for utlendinger til å reise inn eller bosette seg i landet.<sup>1001</sup> 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

---

<sup>996</sup> Üner mot Nederland avsnitt 57–58. Disse kommer jeg inn på i avhandlingens kapittel syv, punkt 7.10.2, og kapitel åtte, punkt 8.5.

<sup>997</sup> Üner mot Nederland avsnitt 58.

<sup>998</sup> Abramson (2008) s. 26.

<sup>999</sup> Se for eksempel Salem mot Danmark avsnitt 74, Jeunesse mot Nederland, Nunez mot Norge,

<sup>1000</sup> Se for eksempel Nunez mot Norge avsnitt 66 med videre henvisinger.

<sup>1001</sup> Se Nunez mot Norge avsnitt 66. Menneskerettskomiteen har uttalt at 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.

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 ikke barnet eller familien ikke har opphold, kan en avgjørelse som umuliggjør eller vesentlig vanskeliggjør opprettholdelsen 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 rekkevidde i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.

Å trekke et skarpt *skille mellom de positive og negative* forpliktelsen 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».<sup>1002</sup> 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».<sup>1003</sup> Særlig saker om utvisning av utlendinger som ikke har hatt lovlig opphold, eller som har hatt opphold basert på feilgitte opplysninger, er vanskelig 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.<sup>1004</sup> 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».<sup>1005</sup> Med «settled migrants» menes «persons who have already been granted formally a right of residence in a host country».<sup>1006</sup>

---

<sup>1002</sup> Se for eksempel *Nunez mot Norge* avsnitt 68.

<sup>1003</sup> *Nunez mot Norge* avsnitt 68.

<sup>1004</sup> Se *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 105 og *Ejimson mot Tyskland* avsnitt 54.

<sup>1005</sup> *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 105.

<sup>1006</sup> *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 104.

Etter uttalelsen ble det presisert at saken gjaldt spørsmålet om staten hadde feilet i å ivareta sine positive forpliktelser.<sup>1007</sup> 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 rettfærdig 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.<sup>1008</sup> Enten alene, eller i tillegg til et inngrep i familielivet.<sup>1009</sup> 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.<sup>1010</sup> Vurderingen ser ut til å bli om det foreligger «exceptional circumstances».<sup>1011</sup> 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».<sup>1012</sup> Samtidig som lang oppholdstid i Norge bidrar til at utlendingen utvikler et familie - og privatliv her, svekkes gjerne båndene til opprinnelseslandet.<sup>1013</sup> Sammen med andre momenter kan dette etter omstendigheten 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».<sup>1014</sup> Også da må det foreligge «exceptional circumstances».<sup>1015</sup> Antageligvis er formuleringen ment å gi uttrykk for at statens interesser i slike saker normalt er tungtveiende, og dermed skal det 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 egent som et utgangspunkt i avveiningen som

---

<sup>1007</sup> *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 105.

<sup>1008</sup> *Üner mot Nederland* avsnitt 59.

<sup>1009</sup> *Üner mot Nederland* avsnitt 59.

<sup>1010</sup> *Butt mot Norge* avsnitt 79–80.

<sup>1011</sup> *Butt mot Norge* avsnitt 79–80.

<sup>1012</sup> *Butt mot Norge* avsnitt 87.

<sup>1013</sup> Slik domstolen er inne på i *Butt mot Norge* avsnitt 88. Se også *Üner mot Nederland* avsnitt 58.

<sup>1014</sup> *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».

<sup>1015</sup> *Butt mot Norge* avsnitt 79. *Jeunesse mot Norge* avsnitt 108 og *Rodrigues Da Silva and Hoogkamer mot Nederland* avsnitt 39.

må foretas for å kunne avgjøre om *barnets* rett til familieliv er krenket.<sup>1016</sup> I vurderingen av om det foreligger slike usedvanlige omstendigheter, er barnets beste sentral, noe som kan jevne ut noe av den ubalansen som skapes 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.

### **6.5.5 Forholdet til barnets beste**

#### *6.5.5.1 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 kapitlet, er det normalt til det beste for barn at dets rett til familie og privatliv respekteres.<sup>1017</sup> Retten til familie- og privatliv har en imidlertid litt annen karakter enn de andre rettighetene som er behandlet i dette kapitlet. Retten til familie- og privatliv er ikke fullt så overgripende. De to rettighetene er likefullt grunnleggende for barn. Barn har sterk behov for omsorg og sunn tilknytning til sin familie, og særlig omsorgspersoner. Barnets privatliv, og særlig dets identitet henger nært 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.<sup>1018</sup>

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.<sup>1019</sup> At EMD har valgt denne tilnærmingen er ikke overaskende, 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.<sup>1020</sup> At rettighetene er komplementære kan forstås som at de utfyller hverandre. Så fremt saken har en slik karakter at begge rettighetene

---

<sup>1016</sup> Se avhandlingens kapittel åtte, punkt 8.4 om identifisering mellom barn og foreldre.

<sup>1017</sup> Se General Comment nr. 14 avsnitt 58–70.

<sup>1018</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.7 og 7.10.

<sup>1019</sup> 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.

<sup>1020</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 66. Se også avsnitt 79 om betydningen av dette i den konkrete saken.

kommer til anvendelse, kan ikke den ene tolkes og anvendes i sin helhet uten at den andre er ivaretatt. Den *andre* varianten er å implementere retten til familie- og privatliv inn i vurderingen av barnets beste, og i avvenningen mellom barnets beste og statens generelle interesser.<sup>1021</sup>

Uansett hvilke løsning som velges må alle berørte rettigheter respekteres og sikres, og det må dermed foretas en harmonisering.<sup>1022</sup> I punktet under behandles EMDs og Høyesteretts tilnærming, hvor barnets beste innvirker på begrensingsadgangen. I resten av avhandlingen 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.

#### 6.5.5.2 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».<sup>1023</sup> Som nevnt har Høyesterett lagt til grunn at hva som best tjener barnets interesser må inngår som et *tungtveiende element* i forholdsmessighetsvurderingen etter Grl. § 102.<sup>1024</sup>

I vurderingen av om retten til familie- eller privatliv er krenket etter BK art 16, kan barnets beste inngå som et tungtveiende element i vurdering av om en sak *vilkårlig*, griper inn i retten. Etersom 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. Hvilke 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.

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

---

<sup>1021</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 58–70 om rettigheter knyttet til familien i vurderingen av barnets beste.

<sup>1022</sup> Med mindre de er overlappende og dermed konsumerer hverandre, slik enkelte sider av retten til familie- og privatliv gjør.

<sup>1023</sup> Se Jeunesse mot Nederland avsnitt 109 sammenholdt med avsnitt 106.

<sup>1024</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 66. Se også avsnitt 79 om betydningen av dette i den konkrete saken.



domstolen at den ville «examine whether particular regard to the children's best interest would nonetheless upset the fair balance».<sup>1025</sup> 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 omstendigheter knytte seg til det.<sup>1026</sup> 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».<sup>1027</sup> 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.<sup>1028</sup> Barna i de to sakene hadde konkrete og tungtveiende interesser i å få bli i Norge.<sup>1029</sup> 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.<sup>1030</sup>

I Jeunesse mot Nederland utdypes kravene til statens *vurderinger* av hva som er til barnets beste.<sup>1031</sup> Det gjøres med det klart at det ikke bare er avveiningssiden av barnets beste som må implementeres i spørsmålet om det er foretatt en rettferdig balansering, men også vurderingssiden.<sup>1032</sup> 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.<sup>1033</sup> Barnets beste er nevnt som *ett* av en rekke kriterier, 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

---

<sup>1025</sup> Nunez mot Norge avsnitt 78.

<sup>1026</sup> Som i Nunez mot Norge og Kaplan med flere mot Norge.

<sup>1027</sup> Kaplan med flere mot Norge avsnitt 88.

<sup>1028</sup> Nunez mot Norge avsnitt 84 og Kaplan med flere mot Norge avsnitt 97.

<sup>1029</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.5, 7.7 og 7.10.4.

<sup>1030</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 120.

<sup>1031</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 109. Se også Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 135 og X. mot Latvia avsnitt 96.

<sup>1032</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.4 og kapittel syv, punkt 7.2.

<sup>1033</sup> Üner mot Nederland avsnitt 58. Formuleringen er senere gjentatt, blant annet i EMDs dom 16. april 2013, *Udeh mot Sveits* avsnitt 45.

significant weight», skulle det tilsi at barnets beste må være tungtveiende også i saker hvor utlendingen har begått alvorlige lovbrudd.<sup>1034</sup> Domstolen har imidlertid uttalt at i saker hvor utlendingen har begått alvorlige lovbrudd «the decision first and foremost concerns the offender».<sup>1035</sup> Hva dette innebærer for vurderingen av barnets beste fremstå noe uklart. Videre er det presisert at «the nature and seriousness of the offence committed or the offending history may outweigh the other criteria to take into account».<sup>1036</sup> Domstolen legger altså til grunn at karakteren og alvorligheten av lovbruddet er av betydning for hvor tungtveiende statens interesser i å utvise lovbrysterer er. Når det også nevnes «the offending history», tyder det på at vekten av statens interesse påvirkes av om det har funnet sted flere lovbrudd.

Når det er *barnet selv som er utvist* skal også barnets beste være av grunnleggende betydning.<sup>1037</sup> I *Maslov mot Østerrike* tok domstolen opp utvisning ved lovbrudd begått av en mindreårig.<sup>1038</sup> 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.<sup>1039</sup> Etter EMDs mening vil ikke reintegrering «be achieved by severing family or social ties through expulsion».<sup>1040</sup> Utvisning må følgelig «remain a means of last resort in the case of a juvenile offender».<sup>1041</sup> 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».<sup>1042</sup> 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.<sup>1043</sup> 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

---

<sup>1034</sup> *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109 med videre henvisninger.

<sup>1035</sup> EMDs dom 1. desember 2016, *Salem mot Danmark* avsnitt 76.

<sup>1036</sup> *Salem mot Danmark* avsnitt 76.

<sup>1037</sup> *Maslov mot Østerrike* avsnitt 82.

<sup>1038</sup> Det avgjørende, er i tråd med BK, om lovbruddet ble begått mens utlendingen var et barn.

<sup>1039</sup> *Maslov mot Østerrike* avsnitt 83.

<sup>1040</sup> *Maslov mot Østerrike* avsnitt 83.

<sup>1041</sup> *Maslov mot Østerrike* avsnitt 83.

<sup>1042</sup> *Maslov mot Østerrike* avsnitt 84.

<sup>1043</sup> EMDs dom 6. februar 2003, *Jakupovic mot Østerrike*. Se også *A.A mot Storbritannia*.

and with no evidence of close relatives living there». <sup>1044</sup> Lovbruddene gutten hadde begått var ikke-voldelige. Resultatet ble krenkelse. Tre av syv dommere dissenterte imidlertid. <sup>1045</sup> 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 fra statens side til 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. <sup>1046</sup> 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 gjeldet 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 oppholdstillatelse, men 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 ofte hardest. Barnet kan ha bodd hele sitt liv i landet og dermed ha en strek 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 er foreligger en rettfærdig 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 ha 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.

---

<sup>1044</sup> Jakupovic mot Østerrike avsnitt 29.

<sup>1045</sup> Jakupovic mot Østerrike Joint Dissenting Opinion of Judges Caflich, Kūris and Ress.

<sup>1046</sup> Se for eksempel EMDs dom 30. juli 2013 *Berisha mot Sveits*, hvor barna ikke fikk opphold. Se likevel Tuquabo og Tekle med flere mot Nederland for motsatt resultat.

Her er bare et utvalg dommer trukket frem. Flere av disse inngår, sammen med andre dommer, i analysene i kapittel syv. 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 avhandlingen, men barnets beste, og dermed konsentreres de videre analysene om sistnevnte rettighet. At det er et samspill mellom rettighetene, er imidlertid helt klart.

## 7 Vurderingen og vektingen av hva som er i barnets beste interesser

### 7.1 Innledning

Barnets rett til å få hva som best tjener dets interesser lagt til grunn som et grunnleggende hensyn, er en tosidet rettighet.<sup>1047</sup> Rettigheten inneholder en vurderingsside, og en avveiningsside. I dette kapitlet er temaet vurderingssiden. Avveiningssiden behandles i kapittel åtte. I vurderingssiden hører vurderingen og vektingen av hva som er i barnets beste interesser. At vektingen hører under denne siden av rettigheten, og ikke under avveiningssiden, skyldes at hvor tungtveiende interesser barnet har, henger uløselig sammen med hvilke interesser det har i sakens utfall. Samtidig henger vurderings- og avveiningssiden sammen. At jeg behandler de to sidene av rettigheten i to kapittel, er derfor først og fremst av pedagogiske grunner.<sup>1048</sup>

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 i her, ikke tas utgangspunkt i en konkret avgjørelse, men i to sakstyper, er det grense for langt det er mulig å gå i å redegjøre for rettighetens innhold, og herunder vurderingssiden. Analysene i kapitlet befinner seg derfor på rettighetens abstrakte (og generelle) nivå, og på et mellomnivå mellom dens abstrakte og konkrete nivå.<sup>1049</sup> I rettighetens abstrakte nivå hører de overordnede føringene på vurderingen og vektingen 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.<sup>1050</sup> Fordi analysene berører to nivå av rettigheten, er det *to overordnede problemstillinger* i kapitlet. 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 ulikt, kan en rekke ulike rettigheter, interesser og momenter være relevante i vurderingen og vektingen i de to sakstypene som behandles i avhandlingen. Sammenlignet med i en konkret sak, får vurderingssiden følgelig en mer omfattende karakter.

---

<sup>1047</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.4.

<sup>1048</sup> 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 rettskildematerielt og analysene på mest mulig ryddig og oversiktlig måte.

<sup>1049</sup> Om rettigheters abstrakte og konkrete nivå, se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.4.

<sup>1050</sup> Forholdet mellom rettigheter, interesser og momenter behandles nærmere i punkt 7.2.1 og 7.2.2.

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 rettighetene, interessene og momentene vil være relevante i enkeltsaker.

Noen av rettighetene jeg behandlet i kapittel seks, benyttes i kapittel syv. 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 seks, introduseres kort før jeg drøfter hvordan de kan innvirke på vurderingen og vektingen.<sup>1051</sup> Utvalget av rettigheter, interesser og momenter, er ikke uttømmende.<sup>1052</sup> 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 kapitlet. Før avslutningen behandler jeg hva som kan gjøre at barn er sårbart eller er i en sårbar situasjon, og hvilke betydning sårbarhet kan ha for vurderingen og vektingen.

Analysene i kapittel syv, dekker sammen med analysene av avveiningssidene i kapittel åtte, innholdet i den substansielle rettigheten. Fremstillingen er avgrenset til de to sakstypene opphold på humanitært grunnlag og utvisning. De to kapitlene er følgelig ment å svare på en av hovedproblemstillingene i avhandlingen, nemlig hvordan barnets beste kan gi barnet en rett til opphold eller til ikke å bli utvist selv, eller få sine foreldre utvist.

---

<sup>1051</sup> Når noen rettigheter introduseres her, mens andre ble behandlet i kapittel seks, kan det gi et inntrykk av at kapittel seks 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 avhandlingen, 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 seks delvis danner en ramme for tilnærmingen til andre rettigheter som trekkes inn i kapittel syv. Analysene har altså i noen grad en overføringsverdi.

<sup>1052</sup> Utvalget er i stor grad basert på hvilke rettigheter, interesser, momenter som ut fra dokumenter fra barnekomiteen, og dommer fra EMD og Høyesterett, ser ut til å være relevant i vurderingen av barnets beste og i de to sakstypene jeg behandler.

## 7.2 Utgangspunktet for vurderingen

### 7.2.1 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 uthevning). Av EMD er det slått fast at «in all decisions concerning children, their best *interests* are of paramount importance» (min uthevning).<sup>1053</sup> 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.<sup>1054</sup> 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/interés/интересов*).<sup>1055</sup> 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.<sup>1056</sup> 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 uthevning).<sup>1057</sup> 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» i BK art. 3 og «importance» som benyttes i noen av EMDs dommer, og ikke istedenfor «interests».<sup>1058</sup> I Grl. § 104 annet ledd mangler det altså en presisering av *hva* som må vurderes. Ordlyden mangler en nyanse. Denne nyansen er viktig.

---

<sup>1053</sup> Se for eksempel *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109, *Neulinger og Shuruk mot Nederland* avsnitt 135 og *X mot Lativa* avsnitt 96.

<sup>1054</sup> Det samme følger av utlendl. §§ 38 tredje ledd og 70.

<sup>1055</sup> På grunn manglende språkkunnskap og pålitelige oversettelsesprogram, er jeg usikker på hvilke begrep som benyttes i den arabiske.

<sup>1056</sup> Se avhandlingens kapittel to, punkt 2.4.4 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 66. Se også avsnitt 65, 72 og 79.

<sup>1057</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 66. Se også avsnitt 65, 72 og 79.

<sup>1058</sup> I *Jeunesse mot Nederland* benyttes begrepet «importance» (se fr. eks. 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

Begrepet *interesser* omfatter faktiske eller forestilte *behov* som søkes tilfredsstilt.<sup>1059</sup> Både individer, herunder barn, grupper og staten har interesser. På vurderingssiden av barnets beste er det barnets interesser som må vurderes og vektet. På avveiningssiden må statens interesser vektet, 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 interessedeborien får frem, være vernet av substansielle rettigheter.<sup>1060</sup> 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 mangetilfeller 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».<sup>1061</sup> 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 slik vern av interesser harmonerer godt med formålet med egne rettigheter for barn, herunder barnets beste.<sup>1062</sup>

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 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.<sup>1063</sup> 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

---

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.

<sup>1059</sup> Dag Einar Thorsen, Store norske leksikon, interesse, <https://snl.no/interesse> (side sist besøkt 22. oktober 2018).

<sup>1060</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.2.1.

<sup>1061</sup> Van Bueren (1998) s. 47.

<sup>1062</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 4, Freeman (2007b) s. 40 og Van Bueren (1998) XX.

<sup>1063</sup> BK art. 31 nr. 1.



mellom barnets beste og andre rettigheter barn har. I tillegg er alle rettigheter i utgangspunktet til barns beste.<sup>1064</sup> Det må gjelde også de interesser 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».<sup>1065</sup> Når barnets interesser, som kan være vernet av andre konkrete rettigheter, løftes frem, må 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 interesser 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.<sup>1066</sup> At det er interesser som må vurderes, er følgelig 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 vurderer 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.<sup>1067</sup> 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».<sup>1068</sup> I en av de to felleskommentarene fra 2017, er det videre fremhevet at ulike løsninger må vurderes.<sup>1069</sup> I avgjørelser om opphold eller utvisning som 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 sentral i en slik vurdering.<sup>1070</sup> 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

---

<sup>1064</sup> Som påpekt i General Comment nr. 14 avsnitt 4.

<sup>1065</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65.

<sup>1066</sup> 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 avhandlingens kapittel åtte.

<sup>1067</sup> 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).

<sup>1068</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 33.

<sup>1069</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 32 (j) og 33.

<sup>1070</sup> Pobjoy (2015) s. 352.

barnet eller om må forlate landet, og om barnet i så fall skal følge med. Det overordnede spørsmålet blir *hvilke av løsningene som best tjener barnets interesser*.

### 7.2.2 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.<sup>1071</sup> 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 sentrale element i vurderingen. I tillegg kan rettigheter være sentrale. Staten er forpliktet til å respektere og sikre barns rettighet. Andre *rettigheter*, hvis de gjør seg gjeldende, må derfor harmoniseres med barnets beste. Kommer en rettighet til anvendelse kan den gi sterke føringer på både vurderings- og avveiningsiden av barnets beste.<sup>1072</sup>

Barnekomiteen har angitt en liste med «elements» som må tas i betraktning i vurderingen av hva som er i barnets beste interesser.<sup>1073</sup> 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.<sup>1074</sup> Elementene har ulik karakter. Bare to er formulert som 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.<sup>1075</sup> I tillegg har komiteen en annen opplisting. Denne er av «circumstances relate to the individual characteristics».<sup>1076</sup> Denne opplistingen mener komiteen det må tas utgangspunkt i når det skal vurderes hva som er i et barns beste interesser.<sup>1077</sup> Her er blant annet alder, modenhet og kjønn nevnt.<sup>1078</sup>

Om EMDs behandling av barnets beste legger Dane til grunn følgende:

Först och främst kan konstateras att Europadomstolen inte på samma vis som FN:s barnrättskommitté uttrycker sig i termer som faktorer. Domstolen resonerar istället

---

<sup>1071</sup> Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 135, X mot Latvia avsnitt 96 og Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

<sup>1072</sup> Hvis en absolutt rettighet kommer til anvendelse, er det ikke rom for en avveining.

<sup>1073</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 52 flg.

<sup>1074</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 52 flg.

<sup>1075</sup> Se Anja Zawadzka Persvolds definisjonen av moment i Store norske leksikon, [https://snl.no/moment\\_-\\_hovedpunkt](https://snl.no/moment_-_hovedpunkt) (side sist besøkt 16. januar 2019).

<sup>1076</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 48.

<sup>1077</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 48.

<sup>1078</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 48.

något mer fritt kring vad den anser vara viktigt för ett barn. Domstolens terminologi är inte heller alltid enhetlig.<sup>1079</sup>

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 virke noe tilfeldig hvilke momenter som blir behandlet. Domstolen benytter imidlertid enkelte nokså faste momenter i utlendingssaker, hvorav et er *alder*.<sup>1080</sup> To andre er *språk* og *omsorgssituasjonen*.<sup>1081</sup> Aldersmomentet henger ofte sammen med hvor sterke barnets interesser er, og kan dermed innvirke på andre rettigheters konkrete nivå.<sup>1082</sup> Andre momenter, slik som omsorgssituasjonen, ser ut til å springe ut av rettigheter og interesser. Slike moment kan være en omformulering av en interesse, som kan være vernet av en rettighet. Språkmomentet kan antageligvis plasseres under begge typene momenter.<sup>1083</sup> 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*.

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».<sup>1084</sup> 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».<sup>1085</sup> Som departementet selv skriver, er det i mange tilfeller likevel til det beste for barnet å bli i Norge.<sup>1086</sup> Her berøres så vidt et stort tema

---

<sup>1079</sup> Dane (2015) s. 206.

<sup>1080</sup> Se punkt 7.5.

<sup>1081</sup> 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, 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 avveiningsiden 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 relevant og utlendingsforskriften § 8-5 første ledd inneholder en opplisting over momenter.

<sup>1082</sup> Om rettigheters konkrete nivå, se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.4.

<sup>1083</sup> Se punkt 7.7 og 7.10.3.

<sup>1084</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159.

<sup>1085</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159. Se også NOU 2004:20 s. 268.

<sup>1086</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159.

som er nokså omfattende drøftet av Freeman under tittelen «Best Interests and Culture».<sup>1087</sup> Som Haugli skriver er ikke en vurdering av hva som er til et barns beste upåvirket av *rettsanvenderens ståsted og kulturelle tilhørighet*.<sup>1088</sup> Det gjelder nok mye rettsanvendelse hvor verdier gjør seg gjeldende. Å ta for mye hensyn til kultur, er ikke alltid i barnets interesse.<sup>1089</sup> 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 en 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.<sup>1090</sup>

At rettigheter, interesser og momenter, som er relevante i barnets beste vurderingen henger nært 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.

### 7.2.3 *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 relevant.

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».<sup>1091</sup> 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 [...].<sup>1092</sup>

---

<sup>1087</sup> Freeman (2007b) s. 33 flg. Se også Altson (1994), Van Bueren (1998) s. 47 og Haugli (2016) s. 52.

<sup>1088</sup> Haugli (2016) s. 52.

<sup>1089</sup> Freeman (2007b) s. 33.

<sup>1090</sup> Pobjoy (2015) s. 350.

<sup>1091</sup> 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.

<sup>1092</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 48.

Komiteen har utdypet dette med at beslutningstakeren bør starte med en vurdering av de spesielle omstendighetene som gjør barnet «unique».<sup>1093</sup> Det kan diskuteres hvor dekkende begrepet «unik» er. Begrepet kan lede tankene mot utelukkende positive egenskaper og sider ved barnet som gjør det enestående/uvanlig. Også sider ved barnet som ikke nødvendigvis regnes som positive, er imidlertid relevant i vurderingen. Det trenger heller ikke være særlige 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.<sup>1094</sup> Endel momenter, vil på ulik måte, være relevant i nesten alle saker.

Muligens er begrepet unik overflødig. Det er dekkende å benytte 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 [...]».<sup>1095</sup> Som følge av disse variasjonene må «those best interests must be assessed in each individual case».<sup>1096</sup> 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 å tolke barnets beste bokstavelig, slik at det avgjørende i vurderingen blir «barnets egne interesser».<sup>1097</sup>

#### 7.2.4 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.<sup>1098</sup> Komiteen har uttalt at den sistnevnte listen inneholder en opplisting over elementer som «could be included in a best-interests assesment» og at «[a]ll the elements of the list must be taken into consideration and balanced in light of each situation».<sup>1099</sup> Komiteen må nok tolkes slik at myndighetene må ta stilling til *om* elementene er relevante, og hvis de er relevante må

---

<sup>1093</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 49.

<sup>1094</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 48.

<sup>1095</sup> EMDs dom Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 138.

<sup>1096</sup> EMDs dom Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 138.

<sup>1097</sup> Markus Jerkø, «Skal ikke barnets beste leses bokstavelig. – En av HR-2017-2015-A `Jakob-saken`», *Lov og Rett*, 2018 s. 112–127 (s. 123). Se også Haugli (2016) s. 53, Sandberg (2016d) og Sandberg (2018) s. 31.

<sup>1098</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 48 og 52 flg.

<sup>1099</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 50.

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.<sup>1100</sup>

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 vansker 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.

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».<sup>1101</sup> 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».<sup>1102</sup> Momenter som står i motsetning til rettighetene i BK skal ikke trekkes inn i vurderingen.<sup>1103</sup> 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 opplisting, nemlig rettighetskatalogen i BK. Dette er Haugli inne på når hun skriver at den

---

<sup>1100</sup> I utlendingsforskriften § 8-5 første ledd nevnes barnets behov for stabilitet og kontinuitet, språk, psykiske og fysiske helsesituasjon, tilknytning til familie, venner og nærmiljø i Norge og i hjemlandet, omsorgssituasjon i Norge og ved retur, og den sosiale og humanitære situasjon ved retur.

<sup>1101</sup> *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.

<sup>1102</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 51.

<sup>1103</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 51. Se også punkt 7.6 og 7.8.

omfattende rettighetskatalogen i BK i alle fall gir et «utgangspunkt for å skille barns viktigste interesser (i form av rettigheter) fra andre interesser».<sup>1104</sup>

De interesser 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 sentral 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 blir overveldende og tidkrevende. Det er 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 interesser rettigheten hviler på, må vurderes nærmere. En god opplæring 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 å 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.<sup>1105</sup> 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 er lettere å identifisere relevante rettigheter og interesser. Mange av rettighetene i BK bidrar til å sikre barnets sterke interesser i en helhetlig utvikling.<sup>1106</sup>

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

---

<sup>1104</sup> Haugli (2016) s. 57.

<sup>1105</sup> Om barns helhetlige utvikling, se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.3.

<sup>1106</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.3.3.

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.

### 7.2.5 Harmonisering av elementene

Selv om alle rettighetene i utgangspunktet er til barns beste, kan det oppstå konflikter mellom rettigheter eller de interesser 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.<sup>1107</sup> Barnekomiteen har understreket at ettersom det må foretas en helhetlig vurdering av barnets beste, vil vekten av de ulike elementene være avhengig av hverandre.<sup>1108</sup> Analysene i kapittel seks og syv støtter dette standpunktet, selv om noen av elementene er mer overgripende enn andre. Barnets mening har en overgripende karakter. Det samme har barnets helhetlige utvikling.<sup>1109</sup> 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 helhetlige 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.

### 7.2.6 Framtidsrettet 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

---

<sup>1107</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 46 (a) og 80–84.

<sup>1108</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 46 (a) og 80.

<sup>1109</sup> 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.



or children concerned». <sup>1110</sup> 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. <sup>1111</sup> Hvis barnet nærmer seg 18 år, er nok det nødvendig. Hvis barnet er svært ungt ved en eventuell utsending, kan det imidlertid være vanskelig å foreta en slik vurdering. For strenge krav til hvor langt frem blikket må rettes, kan gi upålitelig vurderinger og bli meget ressurskrevende. Selv uten et langsiktig perspektiv kan det være krevende å vurdere hvilke innvirkning avgjørelsen vil ha på barnets interesser. I tillegg kan barnets interesser endre seg ettersom 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 de fremtidsrettede vurderingen, er at enkelte interesser i seg selv har en framtdsrettet karakter. Et eksempel er barnets helhetlige utvikling, helse og retten til utdanning. Relevante rettigheter og interesser må vurderes i tråd med sin karakter. Hvis for eksempel barnet er sykt, og kan få et økende medisinsk behov ettersom tiden går, må blikket rettes lengre frem enn i en del andre tilfeller. Dette kan også betraktes som at hvis barnet har tungtveiende interesser, skjerpes utredningsplikten. <sup>1112</sup>

Den fremtidsrettede karakteren gjør at regelen om at domstolene kun tar i betraktning faktum fra vedtakstidspunktet, kan komplisere vurderingen. <sup>1113</sup> Domstolen kan måtte se bort fra nyere faktum som kan gi sikrere fremtdsrettet vurderinger. En nåtidsvurdering med et fremtdsrettet 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 avhandlingens kapittel ni.

### 7.3 Utgangspunktet for vektingen

Barnets beste er ikke en absolutt rettighet. <sup>1114</sup> 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

---

<sup>1110</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 6 (c). Se også General Comment nr. 3/22 avsnitt 32 (c), (j) og (k).

<sup>1111</sup> Pobjoy (2015) s. 347.

<sup>1112</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.5.4.3.

<sup>1113</sup> Se avhandlingens kapittel ni, punkt 9.2.4.

<sup>1114</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.4.

sammen med vurderingen av barnets interesser, og hvilken løsning 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.<sup>1115</sup> Rettskildene gir likevel føringer.

Etter ordlyden i BK art. 3 nr. 1 skal barnets beste være «a primary consideration».<sup>1116</sup> Det skal følgelig være en grunnleggende eller elementær 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».<sup>1117</sup> Dette rettfærdiggjøres av «the special situation of the child: dependency, maturity, legal status and, often, voicelessness».<sup>1118</sup> Barnets interesser skal gis «high priority and are not just one of several considerations».<sup>1119</sup> 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».<sup>1120</sup> Ordlyden tyder, i likhet med ordlyden i BK, på at barnets beste skal være et elementært eller 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».<sup>1121</sup> 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».<sup>1122</sup> 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».<sup>1123</sup> Også ordlyden i BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104

---

<sup>1115</sup> Slik det også er påpekt i Sandberg (2016d) på s. 311.

<sup>1116</sup> 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».

<sup>1117</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 37.

<sup>1118</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 37.

<sup>1119</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 28.

<sup>1120</sup> 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).

<sup>1121</sup> *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109 med videre henvisninger til andre EMD dommer.

<sup>1122</sup> *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109 med videre henvisninger til andre EMD dommer.

<sup>1123</sup> *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109 og 118 med videre henvisninger.

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».<sup>1124</sup> Maria-dommen gjaldt utvisning. At barnets beste skal tillegges stor vekt også ved avveininger etter § 38, er klart.<sup>1125</sup> 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 igjennom uansett hvilke mot hensyn som gjør seg gjeldende».<sup>1126</sup> 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.

## 7.4 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.<sup>1127</sup> Dette gjelder så fremt barnet ønsker å gi uttrykk for sin mening. Det nære forhold 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.

---

<sup>1124</sup> 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 andreledes. 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.

<sup>1125</sup> 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.

<sup>1126</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134.

<sup>1127</sup> Se kapittel seks, punkt 6.4.4.

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.<sup>1128</sup> 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 en rekke andre momenter, som barnet kan ha en mening om. Det er mange elementer som ofte er sentrale i vurderingen, som er nært 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 nært knyttet opp til barnets indre oppfatninger. Barnet er nærmest til å si noen om hvilke og hvor sterke interesser det har i denne sammenheng. Hvis barnets ikke er hørt om denne typen rettigheter og interesser, er det en risiko for feilvurderinger, eller at rettigheter, interesser eller momenter av betydning, overses.<sup>1129</sup>

Et eksempel på at barnets mening kan avdekke og avklare dets interesser, er saken som ble behandlet i LB-2012-81191.<sup>1130</sup> Saken gjaldt oppholdstillatelse til to foreldre og ett av deres to barn, en jente på 12 år. Sønnen på 15 år hadde oppholdstillatelse og etterhvert 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 mente å være «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».<sup>1131</sup> Guttens mening var av stor betydning for vurderingen og vektingen av hans beste. Det kom fram 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.

---

<sup>1128</sup> Kapittel seks, punkt 6.4.4.4.

<sup>1129</sup> At barnet ikke er hørt om slike rettigheter og interesser som er nært knytte til dets oppfatning, når de er relevant, er derfor en feil som lett kan virke inn på vedtakets innhold, og kan følgelig lett føre til ugyldighet.

<sup>1130</sup> Saken var tidligere behandlet i behandlet i Borgarting lagmannsrett LB-2011-64941. I Rt. 2012 s. 667 ble den første dommen fra lagmannsretten opphevet.

<sup>1131</sup> LB-2012-81191.

Samspille 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*.<sup>1132</sup> 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 beste.<sup>1133</sup> Hennes syn kommer tydelig frem i dommen.<sup>1134</sup> 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.<sup>1135</sup> 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».<sup>1136</sup> Det kommer frem at jentas syn var nært knyttet sammen med hennes rettigheter og interesser. Disse måtte staten respektere og sikre, uavhengig av foreldrenes handlinger.<sup>1137</sup>

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.<sup>1138</sup> 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

---

<sup>1132</sup> Se avhandlingens kapittel tre, punkt 3.4.6 om sakens faktum. Det er også kommentarer knyttet til om barnet er blitt hørt, eller til hva barnet mener i *Kuzner mot Tyskland* avsnitt 77 og 81 og i dissensen i *Ignaccolo-Zenide mot Romania* mot Romania.

<sup>1133</sup> *Osman mot Danmark* avsnitt 70.

<sup>1134</sup> *Osman mot Danmark* avsnitt 70, 73 og 74.

<sup>1135</sup> *Osman mot Danmark* avsnitt 73 og 74.

<sup>1136</sup> *Osman mot Danmark* avsnitt 73.

<sup>1137</sup> Se avhandlingens kapittel åtte, avsnitt 8.4.

<sup>1138</sup> 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 argumentasjonen knyttet til ankerbarn i LB-2011-64941 og LB-2012-81191.

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.<sup>1139</sup>

Hvordan barnets mening innvirker på vektingen av barnets beste, påvirkes av de føringer barnets *rett* til å bli hørt, gir.<sup>1140</sup> 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».<sup>1141</sup> Dette henger sammen med ikke-diskrimineringsretten.<sup>1142</sup> Myndighetene er forpliktet til å sikre barnet «full participation in the assessment of their best interests».<sup>1143</sup> En plass 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 varierer 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.

## 7.5 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

---

<sup>1139</sup> General Comment nr. 12 avsnitt 74 og General Comment nr. 14 avsnitt 4 og 43.

<sup>1140</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.4.4.

<sup>1141</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 54.

<sup>1142</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.2 og punkt 7.6 i dette kapittelet.

<sup>1143</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 54.

vurderingen og vektingen av hva som er i dets beste interesser.<sup>1144</sup> Barn utvikler seg ulikt. Arv, miljø og om barnet er sykt eller har nedsatt funksjonsevne, kan innvirke. Alder må derfor suppleres med modenhet.<sup>1145</sup> 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*.<sup>1146</sup> Her fremheves små barns sårbarhet.<sup>1147</sup> Komiteen har også utformet en kommentar om barns rettigheter i ungdomstiden, som retter seg mot barn *fra rundt ti år og oppover*.<sup>1148</sup> Her nevnes det at ungdomstiden er en periode karakterisert av «significant vulnerability».<sup>1149</sup> 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.<sup>1150</sup> Å fremheve en aldersgruppe, kan skygge for en annen gruppes behov. Som Van Bueren trekker frem kan det også oppstå vilkårligheter ved å «sub-dividing childhood».<sup>1151</sup> 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.<sup>1152</sup>

Barnekomiteen har trukket frem ungdoms 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.<sup>1153</sup> Også yngre barn har imidlertid rett til- og en sterk interesse i å bli hørt. Ettersom det kommer frem allerede av

---

<sup>1144</sup> 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 unedersøke 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, fastställande av föräldraskap, adoption, tvångsomhändertaganden samt bortföranden av barn»), Dane (2015) s. 206.

<sup>1145</sup> Barnekomiteen har fremhevet at det 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 det barnets «evolving capacities» nevnes i forbindelse med barnets beste. Uttrykket benyttes også i andre sammenhenger av komiteen. Se også BK art. 5.

<sup>1146</sup> General Comment nr. 7 avsnitt 4.

<sup>1147</sup> General Comment nr. 7 blant annet i avsnitt 2 bokstav (c) og (f) og avsnitt 36.

<sup>1148</sup> General Comment nr. 20 avsnitt 5.

<sup>1149</sup> General Comment nr. 20 avsnitt 2.

<sup>1150</sup> Komiteen unnlater derfor å definere hva som menes med «adolescence», General Comment nr. 20 avsnitt 5.

<sup>1151</sup> Van Bueren (1998) s. 32 om vilkårlig oppdeling av barndom og upresise definisjoner.

<sup>1152</sup> 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).

<sup>1153</sup> General Comment nr. 20 avsnitt 22.

ordlyden i BK art. 12 at eldre barns mening i økende grad må vektlegges, er det kanskje vel så viktig å fremheve yngre barns rett og behov for å bli hørt. Særlig ettersom komiteen har understreket at deres rett ofte overses.<sup>1154</sup>

Barn har et særskilt *behov for omsorg*, sammenlignet med voksne. Hvilke type omsorg barn har behov for, kan variere med alderen. Barnekomiteen har fremhevet, at barn opp til 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.<sup>1155</sup> Det samme gjelder likevel ofte for eldre barn, selv om behovet vil kunne være ulikt yngre barns.<sup>1156</sup> 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.<sup>1157</sup> 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.<sup>1158</sup> Brutte relasjoner som følge av tvungen adskillelse er blant noe av det som har mest negative følger for små barn.<sup>1159</sup> 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.<sup>1160</sup> 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».<sup>1161</sup> Hun viste også til barnekomiteens uttalelse om unge barns sårbarhet for adskillelse fra foreldrene.<sup>1162</sup> 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.<sup>1163</sup> Alderen, sammenholdt med andre momenter, bidro til at barna ble

---

<sup>1154</sup> General Comment nr. 7 avsnitt 14.

<sup>1155</sup> General Comment nr. 7 avsnitt 4, 6 (b), 8 og 16.

<sup>1156</sup> Se for eksempel *Berisha mot Sveits* Dissenting Opinion of Judges Jočienė og Karakaş, avsnitt 5 hvor myndighetenes vektlegging av barnas alder kritiseres.

<sup>1157</sup> Se punkt 7.10.4.

<sup>1158</sup> General Comment nr. 7 avsnitt 18.

<sup>1159</sup> General Comment nr. 7 avsnitt 18.

<sup>1160</sup> Se avhandlingens kapittel tre, punkt 3.2.1 for faktum i saken. Dommen er grundig behandlet i *Søvig* (2011b).

<sup>1161</sup> Rt. 2009 s. 534 avsnitt 88.

<sup>1162</sup> Rt. 2009 s. 534 avsnitt 88.

<sup>1163</sup> *Nunez mot Norge* avsnitt 81.



ansett som sårbare.<sup>1164</sup> Barnas alder var et av momentene som innvirket på hvor 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.<sup>1165</sup> Barnas alder var et moment som bidro til at utvisning med to års innreiseforbud ble ansett å være uforholdsmessig.<sup>1166</sup> 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).<sup>1167</sup> Barna var da fem år og tre og ett 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.<sup>1168</sup> 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.<sup>1169</sup>

Et eksempel på en sak om *opphold* hvor alder vektlegges, er Şen mot Nederland. Barnet var *ni år* da foreldrene søkte om familiegjengforening med henne. Hennes alder ble vektlagt som et

---

<sup>1164</sup> Nunez mot Norge avsnitt 81.

<sup>1165</sup> Rt. 2005 s. 229 avsnitt 49–50.

<sup>1166</sup> Rt. 2005 s. 229 avsnitt 55.

<sup>1167</sup> Rt. 2011 s. 948 avsnitt 63.

<sup>1168</sup> Nunez mot Norge avsnitt 81.

<sup>1169</sup> Se for eksempel Jeunesse mot Nederland.

moment for at staten hadde en forpliktelse til å innvilge søknaden.<sup>1170</sup> I Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland var jenta 15 år, altså en del eldre. I saken tok EMD opp om 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».<sup>1171</sup> 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.<sup>1172</sup> Hvis jenta ikke fikk opphold, kunne ikke moren forhindre at hun ble giftet bort. Alderen tilsa dermed ikke et annet resultat enn i Sen.<sup>1173</sup> 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 foreldede 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».<sup>1174</sup> 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».<sup>1175</sup> 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».<sup>1176</sup> 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 land, slik som i Jeunesse mot Nederland, har vanligvis etablert relasjoner til andre enn foreldrene, snakker språket og formet sin

---

<sup>1170</sup> EMDs dom 21. desember 2001, *Şen mot Nederland* avsnitt 10, 13 og 40.

<sup>1171</sup> Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 48.

<sup>1172</sup> Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 50. Se også punkt 7.8 hvor skadelig praksis, og herunder barneekteskap, behandles og punkt 7.9.4 om barns rett og interesse i utdanning behandles.

<sup>1173</sup> Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 50.

<sup>1174</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 117. Se avhandlingens kapittel tre, punkt 3.4.4 for sakens faktum.

<sup>1175</sup> Üner mot Nederland avsnitt 64. Se også Darren Omoregie med flere mot Norge avsnitt 66 og Dane (2015) s. 209.

<sup>1176</sup> 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.

identitet.<sup>1177</sup> Det vil også kunne gjelde yngre barn. Allerede i løpet av de første leveårene kan grunnlaget for barns kulturelle og personlige identitet legges.<sup>1178</sup> 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.<sup>1179</sup> Hva som tjener barnets interesser best fremgår ikke direkte som et vurderingstema, men i sjette 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.<sup>1180</sup> Alder gis altså stor betydning. Dette kan forklares med at forskriftebestemmelsen 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 et 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 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

---

<sup>1177</sup> Språk og skolegang har også blitt vektlagt av EMD i vurderingen av om barnet kan følge med sine foreldre ut av landet, se punkt 7.7 og 7.9.4.

<sup>1178</sup> Se General Comment nr. 7 avsnitt 6 (e).

<sup>1179</sup> Bestemmelsen er nokså 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 regulerer 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.

<sup>1180</sup> 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) avsnitt 1.2. Det er også presisert at «yngre» barns 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.

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 ta i betraktning andre relevante forholdene knyttet til det berørte barnet.

## 7.6 Risiko for å bli diskriminert

Alle barn har rett til å få sine rettigheter respektert og sikret, uten diskriminering.<sup>1181</sup> 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.<sup>1182</sup> 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».<sup>1183</sup> 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.<sup>1184</sup> Ut fra barnekomiteens avsluttende merknader til Afghanistan, Iran, Irak, Nigeria, Pakistan og Tyrkia er *jenter* særlig utsatt for alvorlig diskriminering.<sup>1185</sup> 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 risikerer å bli giftet bort og utsatt for vold, seksuelle overgrep og drap begrunnet i ære.<sup>1186</sup> Slike drap forekommer også i Afghanistan, Irak, Tyrkia og Iran.<sup>1187</sup> I Irak hender det at jenter blir presset til å begå selvmord.<sup>1188</sup> Risikoen for slike alvorlige former for diskriminering kan medføre at flere andre rettigheter enn barnets beste kommer til anvendelse, og stenger for en utsending.

---

<sup>1181</sup> Se avhandlingens kapittel 6 punkt 6.2.2.

<sup>1182</sup> Se CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 11–12. Komiteen har kommet med flere anbefalinger i den forbindelse.

<sup>1183</sup> 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.

<sup>1184</sup> Se for eksempel CEDAW/C/AFG/CO/1-2 avsnitt 22–26.

<sup>1185</sup> 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.

<sup>1186</sup> CRC/C/PAK/CO/5 avsnitt 18, 22 og 27.

<sup>1187</sup> 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.

<sup>1188</sup> CRC/C/IRQ/CO/2-4 avsnitt 25.

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». <sup>1189</sup> 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;<sup>1190</sup>

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. <sup>1191</sup> 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. <sup>1192</sup> 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. <sup>1193</sup>

Plenumsdom III gjaldt gyldighet av vedtak om avslag på opphold etter utlend. §§ 28 og 38. <sup>1194</sup> I Afghanistan hvor familien kom fra, risikerer jenter å bli utsatt for alvorlig diskriminering. <sup>1195</sup> Av UNE var det kort bemerket at barna var jenter. <sup>1196</sup> Førstvoterende, som tilhørt flertallet i Høyesterett, mente dette ikke hadde betydning for om internflukt var urimelig. <sup>1197</sup> Videre nevnte han at familien ikke hadde «trekt fram særlege omstende ved D sin situasjon, som var

---

<sup>1189</sup> General Comment nr. 7 avsnitt 11 bokstav (b) punkt (i).

<sup>1190</sup> General Comment nr. 7 avsnitt 11 bokstav (b) punkt (i).

<sup>1191</sup> Se punkt 7.8.

<sup>1192</sup> Se utlendl. § 28 første ledd bokstav b, som gjelder ved en reell fare for de mest alvorlige typene handlinger.

<sup>1193</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.2.2.3.

<sup>1194</sup> Se avhandlingens kapittel tre, punkt 3.3.4 for faktum i saken.

<sup>1195</sup> 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 som CEDAW/C/AFG/CO/1-2 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).

<sup>1196</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 174.

<sup>1197</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 174.

annleis enn det som vil måtte gjelde for alle små jenter i Kabul». <sup>1198</sup> 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. Barnkomiteen 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». <sup>1199</sup> Alder og *kjønn*, og andre risikofaktorer, kan gjøre at hva som er i barnets beste interesse, blir meget tungtveiende.

Barnekomiteen 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». <sup>1200</sup> 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». <sup>1201</sup> 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 utvisning. Blant andre diskrimineringsgrunnlag kan nevnes *statsborgerskap*, *oppholdsstatus*, *etnisitet* og *seksualitet*. <sup>1202</sup> I den avsluttende kommentaren til Tyrkia nevnes diskriminering av barn av kurdisk opprinnelse, barn med *nedsatt funksjonsevne* og *asylsøkende barn*. <sup>1203</sup> Diskriminering

---

<sup>1198</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 176.

<sup>1199</sup> General Comment nr. 6 avsnitt 18. Se også General Comment nr. 3/22 avsnitt 21– 26 om ikke-diskrimineringsretten.

<sup>1200</sup> General Comment nr. 7 avsnitt 11 (a).

<sup>1201</sup> General Comment nr. 20 avsnitt 21 hvor dette utdypes noe mer.

<sup>1202</sup> 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 avhandlingen 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 (2016) s. 40 og 46 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.

<sup>1203</sup> CRC/C/TUR/CO/2-3 avsnitt 28.

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.<sup>1204</sup>

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, ofte særlig for enslige mødre, å beskytte barnet.<sup>1205</sup> Dermed kan det ikke uten videre legges til grunn at foreldre kan beskytte barnet.<sup>1206</sup>

## 7.7 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.<sup>1207</sup> 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.

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 [...]».<sup>1208</sup> Uttalelsen gjelder enslige barn som søker opphold, men er av en slik karakter at de også er relevant for andre.<sup>1209</sup> 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 utgangspunktet 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

---

<sup>1204</sup> 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.

<sup>1205</sup> 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 tilfredsstille sin manns seksuelle behov til enhver tid. Se samme merknad avsnitt 37 om straff ved drap begrunnet i ære.

<sup>1206</sup> Se punkt 7.8 hvor tematikken berøres noe nærmere.

<sup>1207</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.5.3, EMK art. 8 og BK art. 8 og 16.

<sup>1208</sup> General Comment nr. 6 avsnitt 20.

<sup>1209</sup> Se punkt 7.11.3 om enslige barn som søker opphold eller står i fare for å bli utvist.

opprinnelseslandet kan svekke interessen for å bli i Norge, og er følgelig også relevant. Dette støttes av uttalelser i forarbeidene.<sup>1210</sup> 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.».<sup>1211</sup> Ettersom EMD skiller mellom «settled migrants» og andre utlendinger, vektlegger også domstolen grunnlaget for tidligere opphold.<sup>1212</sup> 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 utlendingsforordningen § 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.<sup>1213</sup> 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.

Hvilke *språk* barnet snakker kan ha betydning for barnets interesser og herunder dets tilknytning.<sup>1214</sup> 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 forelderen.<sup>1215</sup> Høyesterett har også vektlagt at barnet kun snakker norsk, som et moment som gjør det urealistisk at det vil følge med forelderen.<sup>1216</sup> Jo lengre barnet oppholder seg i Norge, jo mer befestet blir normalt språket, og å kunne språket åpner for ytterligere tilknytning til landet,

---

<sup>1210</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 158.

<sup>1211</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 158.

<sup>1212</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.5.4.

<sup>1213</sup> 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 fr. eks. Butt mot Norge. Se også annenvoterendes grundige behandling av temaet i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 193–195, 199 og 208.

<sup>1214</sup> Barnekomiteen har som nevnt innledningsvis trukket frem barnets «linguistic background» som relevant i en vurdering av hva som er til dets beste. I utlendingsforordningen § 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. Se også G-2014-6 punkt 1.2 som angir en rekke ulike momenter som kan være av betydning.

<sup>1215</sup> Se fr. eks. 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 avhandlingens punkt 8.9.4 om utdanning.

<sup>1216</sup> Rt. 2005 s. 229 avsnitt 47 og Rt. 2011 s. 948 avsnitt 55.



lokalsamfunnet og andre personer enn familien og påvirkning fra kulturen. Hvor langt 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.<sup>1217</sup> Domstolen la til grunn om 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».<sup>1218</sup> 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».<sup>1219</sup> 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 seks 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 tilknytningen.<sup>1220</sup> 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».<sup>1221</sup> 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 aktiv i utviklingen av sin identitet med alderen.<sup>1222</sup> Samtidig er foreldre, eller andre hovedomsorgspersoner viktig for barnets utvikling av sin identitet, særlig i de tidlige leveårene.<sup>1223</sup> 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 landene.

---

<sup>1217</sup> Ytterligere ett ble barn født i Sveits.

<sup>1218</sup> *Berisha mot Sveits* avsnitt 60.

<sup>1219</sup> *Berisha mot Sveits* avsnitt 60.

<sup>1220</sup> Se G-2014-6 punkt 1.2 som angir en rekke ulike momenter som kan være av betydning.

<sup>1221</sup> General Comment nr. 20 avsnitt 10.

<sup>1222</sup> Det støttes av at komiteen trekker frem hvordan barn ofte gir uttrykk for denne utviklingen, General Comment nr. 20 avsnitt 10.

<sup>1223</sup> General Comment nr. 7 avsnitt 16 om små barn.

Barnets *statsborgerskap* har betydning for dets identitet. Statsborgerskap har vært definert som «det rettslige båndet mellom en person og en stat».<sup>1224</sup> Som det fremgår av Maria-dommen, hvor det vises til utlendl. § 69, GrI. § 106, EMK protokoll 4 art. 3, BK art. 7 og 8, er statsborgerskap viktig for barn, i likhet med for voksne.<sup>1225</sup> 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».<sup>1226</sup> Her knyttes statsborgerskap nært 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.<sup>1227</sup>

Barnet var ved domstolsbehandlingen fem år. Som Høyesterett trekker frem, ville nok de neste fem årene bli viktig for utviklingen av hennes identitet. Her kommer altså alder igjen inn. I tillegg rettes oppmerksomheten framover. 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 interesser statsborgerskapet hviler på, likevel vil være sentrale i en vurdering og vekting av barnets beste. Disse interessene vil ofte tale for at det beste for barnet er få bli i Norge.<sup>1228</sup> Det Høyesterett gir uttrykk for i Maria-dommen er i tråd med hva barnekomiteen har trukket frem om barn under 8 år. Komiteen har uttalt at «[y]oung children's earliest years are the foundation for their physical and mental health, emotional security,

---

<sup>1224</sup> Ot.prp. nr. 41 (2004–2005) s. 21.

<sup>1225</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 75.

<sup>1226</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 76.

<sup>1227</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 77.

<sup>1228</sup> Se Rt. 2015 s. 93 avsnitt 50–53 og 70, 75–77.

cultural and personal identity, and developing competencies». <sup>1229</sup> 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. <sup>1230</sup> 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. <sup>1231</sup> I tillegg vektla EMD at både barna og faren var nederlandske statsborgere. <sup>1232</sup> 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 omstendigheten være relevant 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. <sup>1233</sup> I den sammenheng 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.

## 7.8 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». <sup>1234</sup> Slike skikker er blant annet «[f]emale genital mutilation», «[a]mputations, binding, scarring, burning and branding» og «[f]orced marriage and early marriage». <sup>1235</sup> Endel skadelige skikker er skadelig både for barnets helhetlige utvikling og for dets liv og overlevelse. <sup>1236</sup> 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

---

<sup>1229</sup> General Comment nr. 7 avsnitt 6 bokstav (e).

<sup>1230</sup> Se for eksempel Jeunesse mot Nederland avsnitt 117.

<sup>1231</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 117.

<sup>1232</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 119.

<sup>1233</sup> Slik barnekomiteen også fremhever i General Comment nr. 14 avsnitt 55.

<sup>1234</sup> 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 sist nevnte 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.

<sup>1235</sup> General Comment nr. 13 avsnitt 29 (b), (c) og (e), General Comment nr. 31/18 avsnitt 19 og Freeman (2007b) s. 35.

<sup>1236</sup> Nowak (2005) s. 31.

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.<sup>1237</sup> Barnet er altså beskyttet gjennom lovgivning.<sup>1238</sup> I tillegg er det i Norge ikke tradisjon for den typen skikker som er nevnt ovenfor. Problemet oppstår hvis barnet *ved en utsending* risikerer å bli utsatt for skadelige skikker. 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 ved en utsending vil bli utsatt for skadelige skikker, innvirker på barnets beste. For det første hvilke handlinger, og alvorlighetsgraden av de handlinger 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 skadelige skikker. I en felles kommentar har kvinnediskrimineringskomiteen og barnekomiteen beskrevet skadelige skikker på følgende måte:

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.<sup>1239</sup>

Av beskrivelsen kommer det frem at skadelig 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 «althoug femal genital mulitacion is criminalized by

---

<sup>1237</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 193.

<sup>1238</sup> Se også Ragnhild Hennem, «Retten til beskyttelse mot vold overgrep og utnyttelse» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, (Oslo 2016) s. 329–356 (s. 334–340) om hvordan retten til vern mot omsorgssvikt og overgrep etter BK art. 19 er ivaretatt i norsk rett.

<sup>1239</sup> General Comment nr. 31/18 avsnitt 15.

article 663 of the Islamic Penal Code, it continues to be performed on large numbers of girls» i en rekke områder av landet.<sup>1240</sup> Også i Irak er dette et problem, selv om det er forbudt.<sup>1241</sup> Barneekteskap er et stort problem i Afghanistan, og det har en rekke meget alvorlige følger for barn.<sup>1242</sup> Det er også et problem i Iran, Irak, Nigeria, Pakistan og Tyrkia.<sup>1243</sup>

Flere typer skadelig skikker innbefatter vold. Dersom barnet risikerer å bli utsatt for vold, truende og/eller intimiderende adferd hvis det må forlate Norge, taler det naturlig nok for at det ikke er til dets beste at det sendes ut. Vold mot barn forekommer dessverre i alle land, men i noen land er forekomsten langt høyere enn i andre.<sup>1244</sup> I en del tilfeller er det statens myndigheter som utgjør trusselen, eller myndighetene viser liten vilje til å forhindre volden.<sup>1245</sup>

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 treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse». Slik handlinger er skadelig for barnets helhetlige utvikling, og åpenbart ikke til dets beste.<sup>1246</sup> Retten til privatliv etter EMK art. 8 omfatter en rett til fysisk og psykologisk integritet.<sup>1247</sup> Alvorlige krenkelser eller unnlatelse av å sikre en persons fysisk og psykisk integritet, kan også falle inn under BK art. 37a, Grl. § 97, EMK art. 3, og SP art. 7.<sup>1248</sup> Som nevnt er også Grl. § 104 tredje ledd av betydning.

Fordi handlinger som omfatter 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* har 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

---

<sup>1240</sup> CRC/C/IRN/CO/3-4 avsnitt 59.

<sup>1241</sup> CRC/C/IRQ/CO/2-4 avsnitt 46.

<sup>1242</sup> CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 55, CEDAW/C/AFG/CO/1-2 avsnitt 22 og CAT/C/AFG/CO/2 35.

<sup>1243</sup> 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.

<sup>1244</sup> Se for eksempel barnekomiteens uttalelse i CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 39–40.

<sup>1245</sup> Se for eksempel barnekomiteens uttalelse i CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 35.

<sup>1246</sup> General Comment nr. 13 avsnitt 2, 15, 61 og 62.

<sup>1247</sup> Se avhandlingens kapitel seks, punkt 6.5.3.

<sup>1248</sup> Kjølbrot (2017) s. 784. 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.

av landet eller for jenter. Det trenger ikke innebærer at risikoen er høy 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.<sup>1249</sup> I Somalia er en høy andel av alle kvinner og jentebarn utsatt for kjønnslemlestelse.<sup>1250</sup> 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, Somalia, innebar en risiko for at hun ville bli utsatt for kjønnslemlestelse.<sup>1251</sup> Under spørsmålet om rettighetene i BK. art. 3. nr. 1 og 19 var krenket, la komiteen til grunn at myndighetene skulle ha undersøkt «the specific 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».<sup>1252</sup> 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.<sup>1253</sup>

Konklusjonen ble at staten ikke hadde respektert og sikret rettighetene BK art. 3 nr. 1 og 19.<sup>1254</sup> 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

---

<sup>1249</sup> Kjølbros (2017) s. 344.

<sup>1250</sup> 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.

<sup>1251</sup> K.Y.M mot Danmark s. 11.

<sup>1252</sup> K.Y.M mot Danmark s. 11 avsnitt 11.8 (a) og (b).

<sup>1253</sup> K.Y.M mot Danmark s. 11 avsnitt 11.8 (c).

<sup>1254</sup> K.Y.M mot Danmark s. 11 avsnitt 11.9 og 11.10.

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 virker 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 ved en utsending, er altså tungtveiende i vurderingen og vektingen. 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.

## 7.9 Levestandard, helse og utdanning

### 7.9.1 Innledning

Barn har rett til, og sterke interesser i, en levestandard som ivaretar deres øvrige behov, helsehjelp og utdanning.<sup>1255</sup> 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 saker om opphold og utvisning.

### 7.9.2 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.<sup>1256</sup> Ordlyden gjør det klart at det er en sammenheng mellom retten til en helhetlig utvikling og en tilfredsstillende levestandard.<sup>1257</sup> Dermed må hva som er «adequate»

---

<sup>1255</sup> Se BK art. 24, 26, 27, 28 og 29. Se også avhandlingens kapittel seks, punkt 6.3.2.

<sup>1256</sup> Se Mons Oppedal, «Retten til materiell velferd» i Barnekonvensjonen. *Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 248–265 (s. 252) om de norske oversettelsene av begrepet «adequate» i BK og International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. desember 1966 (ØSK).

<sup>1257</sup> 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 avhandlingens punkt 6.3.2.

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.<sup>1258</sup> 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.<sup>1259</sup> *Lek, fritid og deltakelse i kulturelle aktiviteter* er vanskelig for barn som ikke har en tilfredsstillende levestandard.<sup>1260</sup>

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.<sup>1261</sup> 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 økonomisk trygghet. Det er altså mange rettigheter som er av betydning for temaet. Hvor langt de rekker krever en omfattende tolkning. Her behandler jeg ikke hvor langt rettighetene rekker. Spørsmålet jeg behandler er hvilken betydning levestandard har for vurdering av barnets beste i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.

I Norge har staten ressurser til å sikre barn en tilfredsstillende levestandard.<sup>1262</sup> 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.<sup>1263</sup> I 2011 påpekte barnekomiteen at en tredjedel av alle barn i Afghanistan levde i absolutt fattigdom, mange

---

<sup>1258</sup> General Comment nr. 17 avsnitt 26.

<sup>1259</sup> General Comment nr. 17 avsnitt 8–10 og 13. Se også Kjørholt, Anne Trine, «Retten til lek og fritid», i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, (Oslo 2016) s. 282–298 (s. 286) om lek i et utviklings- og utdanningsperspektiv.

<sup>1260</sup> General Comment nr. 17 avsnitt 26.

<sup>1261</sup> 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 økonomisk, sosiale og kulturelle rettigheter, og faller dermed inn under ressursforbeholdet i BK art 4. Ettersom Norge er et land med mye ressurser er ikke denne mulige begrensingsadgangen av særlig betydning for norske myndigheter.

<sup>1262</sup> 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 mottakssentrene «centres in terms of living conditions, such as access to adequate food and nutrition», CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 31 (d).

<sup>1263</sup> 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.



manglet rent vann og to tredjedeler var kronisk underernært.<sup>1264</sup> 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.<sup>1265</sup>

Etter utledl. § 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».<sup>1266</sup> I forarbeidene er det trukket frem at «økonomisk nød, boligmangel, mangel på infrastruktur mv., kan som klar hovedregel ikke i seg selv danne grunnlag for opphold».<sup>1267</sup> 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.<sup>1268</sup> 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 førsteankomst landet Italia, om at familien ville møttes tilfredsstillende mottaksforhold og ikke ville bli splittet. Uten individuell garanti, ville EMK art. 3 bli krenket.<sup>1269</sup> I dommen presiseres det at asylsøkende barn har spesielle behov og er ekstremt sårbarere, også når de er i følge med sin foreldre.<sup>1270</sup> Deres sårbarhet innebærer at «the reception

---

<sup>1264</sup> CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 57 og 51 (b).

<sup>1265</sup> Enkelte grupper ble også trukket frem som særlig utsatte, CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 62.

<sup>1266</sup> Utlendingsloven § 70 inneholder ingen formuleringer av denne typen.

<sup>1267</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 157.

<sup>1268</sup> 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 vært fall ikke kan returnere et enslig barn uten å sikre seg at barnet har en plass å bo. Det er forså 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.

<sup>1269</sup> Se også M.M og K.M mot Belgia om leveforhold som krenker art. 3.

<sup>1270</sup> Tarakhel mot Sveits avsnitt 119, med videre henvisning til EMDs dom 19. januar 2012, *Popov mot Frankrike* avsnitt 91.

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’». <sup>1271</sup> Kommer en utsending i konflikt med EMK art 3, kan ikke barnet sendes ut. <sup>1272</sup> I så alvorlige tilfeller er det dermed andre rettigheter enn barnets 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. <sup>1273</sup>

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. <sup>1274</sup> 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. <sup>1275</sup> 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. <sup>1276</sup> 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. <sup>1277</sup> I en barnets beste vurdering må det imidlertid vurderes og vektlegges. Barnas behov for en tilfredsstillende levestandard skulle vært vurdert nøye, og antageligvis

---

<sup>1271</sup> Tarakhel mot Sveits avsnitt 119.

<sup>1272</sup> 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».

<sup>1273</sup> Se for eksempel General Comment nr. 20 avsnitt 66 om hvordan fattigdom påvirker større barn og ungdom.

<sup>1274</sup> Se Tarakhel mot Sveits avsnitt 121 om enkelte sider av levestandarden som er viktig når barnefamilier kommer til en plass hvor de er avhengig av myndighetenes hjelp for en tilfredsstillende levestandard.

<sup>1275</sup> 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.

<sup>1276</sup> CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 62.

<sup>1277</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 195.

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.<sup>1278</sup> Nettverk kan være viktig, og kan bidra til at barnets interesser ivaretas i større grad enn ved manglende nettverk.

I Maria-dommen, som gjaldt utvisning, er vurderingene av levestandarden langt grundigere enn i dommene om opphold på humanitært grunnlag.<sup>1279</sup> Førstvoterende 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.<sup>1280</sup>

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.<sup>1281</sup> 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.<sup>1282</sup> Forskjellen i prøvningsintensiteten 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.

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.<sup>1283</sup> Utilstrekkelig levestandard kan også få konsekvenser for barnets liv og overlevelse. I tråd med utgangspunktene for vurderingen og

---

<sup>1278</sup> 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 alvorlig at retur ikke var forsvarlig, Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 55.

<sup>1279</sup> Se plenumsdom I, II og III.

<sup>1280</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 78.

<sup>1281</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 78.

<sup>1282</sup> Se Rt. 2005 s. 229 avsnitt 47 hvor retten nevner «husvær».

<sup>1283</sup> 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.

vektingen av barnets beste, avhenger hva som er en tilfredsstillende levestandard av det berørte barnets behov.

### 7.9.3 Helse

#### 7.9.3.1 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.<sup>1284</sup> I ØSK art. 12 finnes en lignende rettighet.<sup>1285</sup> 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.<sup>1286</sup> 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».<sup>1287</sup> Artikkel 24 i BK bygger på denne definisjonen.<sup>1288</sup> Definisjonen omfatter både fysisk og psykisk helse. Retten til høyeste oppnåelig helsestandard er omfattende, og bygger på en helhetlig tilnærming til helse.<sup>1289</sup> 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.<sup>1290</sup>

#### 7.9.3.2 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.<sup>1291</sup> Det understrekes også at

---

<sup>1284</sup> Her er jeg inspirert av barnekomiteens terminologi, se General Comment nr. 15.

<sup>1285</sup> Se også ØSK art. 12 nr. 2 bokstav a.

<sup>1286</sup> Dette fremgår først og fremst av rettighetens karakter, men er også presisert av barnekomiteen, General Comment nr. 15 avsnitt 2, 13 og 18.

<sup>1287</sup> <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.

<sup>1288</sup> Van Bueren (1998) s. 297.

<sup>1289</sup> General Comment nr. 15 avsnitt 2 og Van Bueren (1998) 297.

<sup>1290</sup> 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*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 195–214 (s. 206–208).

<sup>1291</sup> NOU 2004: 20 s. 266.

det er nødvendig å føre en restriktiv praksis, fordi de fleste land asylsøkere kommer fra, har dårligere helsetilbud enn i Norge.<sup>1292</sup> Terskelen for å innvilge opphold for *barn* av medisinske årsaker er ment å være lavere.<sup>1293</sup> 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 av 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 spebarns- og barnedødelighet er nevnt i BK art. 24 nr. 2 (a), jf. også BK art. 6.<sup>1294</sup> Manglende sykdomsforebygging og feilernæring, herunder underernæring kan true små barns liv, overlevelse, og utvikling.<sup>1295</sup> 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».<sup>1296</sup> 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.<sup>1297</sup> Hvis et avslag på opphold eller en utvisning innebærer at et spebarn må reise til et land hvor spebarns- 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.<sup>1298</sup> 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*.<sup>1299</sup>

I plenumsdom III var høy barnedødelighet i Afghanistan nevnt i et av vedtakene.<sup>1300</sup> Høy barnedødelighet ble ikke ansett å være relevant under spørsmålet om internflukt.<sup>1301</sup> Det

---

<sup>1292</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 155.

<sup>1293</sup> Utlendingsloven § 38 tredje led annet punktum og Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 155 og 421.

<sup>1294</sup> Se også General Comment nr. 15 avsnitt 5 og 33–35 og Van Bueren (1998) s. 302–305.

<sup>1295</sup> General Comment nr. 7 avsnitt 10.

<sup>1296</sup> Van Bueren (1998) s. 303.

<sup>1297</sup> Aasen og Halvorsen (2016) s. 209.

<sup>1298</sup> Van Bueren (1998) s. 303.

<sup>1299</sup> Se dette kapittelets punkt 7.2.3.

<sup>1300</sup> Vedtaket er delvis sitert i Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 174.

<sup>1301</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 174.

fremkom heller ikke av begrunnelsen til vedtaket om opphold på humanitært grunnlag at det var vurdert. I 2011 uttrykt barnekomiteen bekymring for at spedbarnsdødeligheten i Afghanistan er blant de høyeste i verden, til tross for tiltak fra statens side.<sup>1302</sup> Dette er alvorlig, og kan ikke sees 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 forgrunn, slik førstvoterende i Maria-dommen slo fast*.<sup>1303</sup> 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.<sup>1304</sup> Det ble ikke ansett å kunne gi grunnlag for opphold verken av UNE eller av førstvoterende.<sup>1305</sup> Som førstvoterende påpekte skal terskelen for å innvilge barn opphold på grunn av sykdom, herunder psykisk sykdom, være lavere enn for voksne.<sup>1306</sup> 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.<sup>1307</sup> 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 viktig. 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».<sup>1308</sup> 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

---

<sup>1302</sup> 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?*, Malcolm Langford, Marit Skivenes og Karl Harald Søvig (red.) (Universitetsforlaget 2019) s. 15–41 (s. 24).

<sup>1303</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65.

<sup>1304</sup> Se Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 135.

<sup>1305</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 134, 137–140, 174 og 188–189. Se også annenvoterende som legger til grunn det samme i avsnitt 256.

<sup>1306</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 138–139.

<sup>1307</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 188 sammenholdt med avsnitt 138–139.

<sup>1308</sup> Stang (2008) s. 3.

behov for hjelp.<sup>1309</sup> 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.<sup>1310</sup> 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.<sup>1311</sup> 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.<sup>1312</sup> 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.<sup>1313</sup> Verken barnets beste eller betydningen av lidelsen ble vurdert av Høyesterett.<sup>1314</sup> 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.<sup>1315</sup> 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.

Barnets rett til, og sterke interesse i høyest oppnåelig helsestandard kan altså innvirke på vurderingen og vektingen av barnets beste på ulike måter, og kan i likhet med mange av de andre rettighetene og interessene som ofte gjør seg gjeldende, være tungtveiende. Særlig gjelder det når det er 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.

---

<sup>1309</sup> Se CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 51 (a) og (e) som riktig nok 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 traume fra krigen. I de avsluttende marknadene 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.

<sup>1310</sup> Se gjengivelse av deler av vedtaket i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 161, 163, og 209.

<sup>1311</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 208 og 210–211.

<sup>1312</sup> Se dette kapittelets punkt 7.11.2 og 7.11.3.4.

<sup>1313</sup> Nøyaktig hvilken er litt uklart ut fra høyesterettsdommen, se Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 89. Menneskerettsdomstolen ser ut til å legge til grunn at diagnosen er barneautisme.

<sup>1314</sup> Det konstatertes kun at diagnosenavnet var noe endret, uten at det spesifiseres hvilken betydning det har, Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 89.

<sup>1315</sup> Kaplan med flere mot Norge avsnitt 98.

### 7.9.3.3 Sykdom hos en forelder

En utsending av en alvorlig syk utlending kan krenke EMK art. 3.<sup>1316</sup> Terskelen etter EMDs praksis, er svært høy.<sup>1317</sup> I *N. mot Storbritannia* kom EMD til at det kreves «very exceptional circumstances, where the humanitarian grounds against the removal are compelling».<sup>1318</sup> Saken ente 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.<sup>1319</sup> 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.<sup>1320</sup> 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».<sup>1321</sup> 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».<sup>1322</sup> Ettersom partene var enige, ble saken strøket av listen over saker for storkammerbehandling.<sup>1323</sup> Det synes klart at barna i denne saken hadde meget sterke, og dermed tungtveiende interesser i å få bli i Belgia.

Et problemet som synliggjøres ved EMDs behandlingen av *S.J mot Belgia*, er at når terskelen for krenkelse av EMK art. 3 er meget høy, og EMK art. 8 ikke antas å komme til anvendelse når barna må 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 kommer til anvendelse. Noe annet er at det kan argumenteres for at terskelen etter EMK art. 3 ikke kan være lik for barn og voksne. Det vil være i tråd med EMDs behandling i saker om levestandard. 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

---

<sup>1316</sup> Se Kjølbros (2017) s. 344–349.

<sup>1317</sup> *N. mot Storbritannia* avsnitt 42. Se også Kjølbros s. 344–349.

<sup>1318</sup> *N. mot Storbritannia* avsnitt 42.

<sup>1319</sup> EMDs dom 19. mars 2015, *S.J. mot Belgia* (utstryking fra listen over saker for storkammerbehandling).

<sup>1320</sup> EMDs dom 27. februar 2014, *S.J mot Belgia i avdeling* avsnitt 145 (dommen er ikke rettskraftig, se dommen fra 19. mars 2015).

<sup>1321</sup> *S.J mot Belgia* i avdeling avsnitt 145.

<sup>1322</sup> *S.J mot Belgia* avsnitt 56.

<sup>1323</sup> Seksten dommere stemte for dette, mens en 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*.



til familieliv i sammenheng med barnets beste, kan da sikre at barnets rett til- og sterke interesser i å nyte omsorg fra sin foreldre, ivaretas også etter EMK.

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.<sup>1324</sup> 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.<sup>1325</sup> I Norge hvor medisiner er tilgjengelige, kan en som er smittet med HIV ha en god helse. I enkelte land er ikke medisiner tilgjengelige.<sup>1326</sup> Diskriminering på grunn av smitten kan forekomme.<sup>1327</sup> Barnekomiteen nevner også risiko for «mother-to-child transmission of HIV».<sup>1328</sup> Hvis slike risikoer foreligger, må det 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 forelder. I noen tilfeller kan forelderens sykdom gjøre at barnet har svært tungtveiende interesser i å få bli i Norge, med forelderens.

#### 7.9.4 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».<sup>1329</sup> 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

---

<sup>1324</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 156 og 421.

<sup>1325</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 78.

<sup>1326</sup> Se Kjølbro (2017) 346 om EMDs vurdering av utsending av utlendinger som er HIV-positiv.

<sup>1327</sup> General Comment nr. 15 avsnitt 8.

<sup>1328</sup> General Comment nr. 15 avsnitt 34 og 54.

<sup>1329</sup> Opplæringen skal videre «fremme respekt for demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene», jf. § 109 første ledd annen setning.

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.<sup>1330</sup> Krig eller terror kan ha ødelagt skolebygninger.<sup>1331</sup> I land hvor barn ikke får ivaretatt sitt behov for tilstrekkelig levestandard, kan det mangler skolebygninger og/eller skolegang koster penger.<sup>1332</sup> Andre barn må jobbe istedenfor å gå på skole.<sup>1333</sup>

Alle barn, som fyller seks år det aktuelle kalenderåret, og som oppholder seg i mer enn tre måneder i Norge, har rett til grunnskoleopplæring, jf. opplæringslova § 2-1 annet og tredje ledd.<sup>1334</sup> For videregående opplæring er det et vilkår at barnet har lovlig opphold i Norge, jf. oppl. § 3-1 tolvte ledd.<sup>1335</sup> Oppholdstillatelse gir altså barnet rett til grunnskoleopplæring og videregående opplæring. Undervisningen i Norge har som hovedregel høy kvalitet.<sup>1336</sup> *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».<sup>1337</sup> 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

---

<sup>1330</sup> Se punkt 7.6.

<sup>1331</sup> Se for eksempel CRC/C/PAK/CO/5 avsnitt 61(e)

<sup>1332</sup> CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 59 og CRC/C/TUR/CO/2-3 58 (e) om skjulte kostander.

<sup>1333</sup> Se for eksempel CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 66.

<sup>1334</sup> Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova eller oppl.).

<sup>1335</sup> 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 videregående 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.

<sup>1336</sup> Særlig hvis den måles ut fra de momenter som er trukket frem i BK art. 29 nr. 1.

<sup>1337</sup> EMDs dom 27. oktober 2005, *Keles mot Tyskland* avsnitt 64.

schools». <sup>1338</sup> Både annet *språk* og annet *pensum* ville kunne påvirke barnas utdanning negativt. <sup>1339</sup> 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. <sup>1340</sup> Så fremt det aktuelle landets undervisning vil være tilgjengelig for barnet, ivaretar barnets behov og er i tråd med de krav som er fremhevet i BK art. 29 nr. 1, kan det være at det er i barnets interesse å fortsatte undervisning i der. <sup>1341</sup> Andre momenter kan likevel tale med tyngde for at motsatt løsning er til det beste for barnet totalt sett.

## 7.10 Adskillelse mellom barn og foreldre

### 7.10.1 Innledning

Som redegjort for i kapittel seks hører forholdet mellom et mindreårig barn og dets foreldre til kjernen av retten til familieliv. <sup>1342</sup> 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 foreldre vil oppnå en forverring i helsen, og dermed ikke klarer å ta seg av barnet, og/eller i verste fall vil dø. <sup>1343</sup> Et annet eksempel som barnekomiteen er inn 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. <sup>1344</sup> 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

---

<sup>1338</sup> Keles mot Tyskland avsnitt 64.

<sup>1339</sup> 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.

<sup>1340</sup> 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.

<sup>1341</sup> 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.

<sup>1342</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.5.2.

<sup>1343</sup> Se dette kapitlets punkt 7.9.3 om helse.

<sup>1344</sup> CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 41. Et slikt syn på foreldrenes ansvar er forøvrig i strid med BK art. 18 nr. 1.

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.<sup>1345</sup>

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.

### 7.10.2 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».<sup>1346</sup> Uttalelsen er fra en sak om frihetsberøvelse. Som barnekomiteen får frem, gjelder imidlertid dette utgangspunktet generelt.<sup>1347</sup> 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».<sup>1348</sup> Staten må foreta en grundig undersøkelse av de *praktiske konsekvensene, gjennomførbarheten og forholdsmessigheten* av en utsending, med det formål å sikre at barnets beste gis en effektiv beskyttelse og tilstrekkelig vekt. Her er det de to førstnevnte delene av vurderingen som er relevant. Forholdsmessigheten er av betydning for avveiningsiden av barnets beste.<sup>1349</sup>

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).<sup>1350</sup> De samme momentene ble trukket frem med en litt annen ordlyd, i Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland.<sup>1351</sup> I Boultif mot Sveits ble kriteriene ved utvisning av «settled migrants» begrunnet i straffbare forhold, utformet.<sup>1352</sup> Av

---

<sup>1345</sup> Se også General Comment nr. 14 avsnitt 60.

<sup>1346</sup> Popov mot Frankrike avsnitt 141.

<sup>1347</sup> 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.

<sup>1348</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

<sup>1349</sup> Se avhandlingens kapittel åtte.

<sup>1350</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 118.

<sup>1351</sup> Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland avsnitt 44. Se også Berisha mot Sveits avsnitt 51 og Şen mot Nederland avsnitt 40.

<sup>1352</sup> EMDs dom 2. august 2001, *Boultif mot Sveits* avsnitt 48.

kriteriene var kun ett direkte relatert til barn; «whether there are children in the marriage and, if so, their age».<sup>1353</sup> 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 Boultif».<sup>1354</sup> 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».<sup>1355</sup> 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.<sup>1356</sup> 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.<sup>1357</sup>

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.<sup>1358</sup> 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 bånd i de to landene. For det andre

---

<sup>1353</sup> Boultif mot Sveits avsnitt 48.

<sup>1354</sup> Üner mot Nederland mot Nederland avsnitt 58.

<sup>1355</sup> Üner mot Nederland mot Nederland avsnitt 58.

<sup>1356</sup> Üner mot Nederland mot Nederland avsnitt 58.

<sup>1357</sup> Se likevel uttalelsen i Salem mot Danmark avsnitt 76.

<sup>1358</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.5.5.2

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 overaskende ettersom barnets beste er tolket 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 nært sammen.

### *7.10.3 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.<sup>1359</sup> 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/ene 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.<sup>1360</sup> 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 barnet behov for stabilitet og kontinuitet, hvilke språk barnet snakker og tilknytningen til familie, venner og nærmiljø i Norge og i hjemlandet, vektlegges. Disse momentene kan ha betydning for hvor sterk interesse

---

<sup>1359</sup> 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.

<sup>1360</sup> 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 avhandlingen er behandler jeg likevel kun § 38. Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.4.3.

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 følge med forelderen på grunn av utdanning, språk og sterk tilknytning til oppholdslandet.<sup>1361</sup> 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.<sup>1362</sup> 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.<sup>1363</sup> 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.<sup>1364</sup> Dette ble tillagt vekt som ytterligere et moment som talte for at moren og barna ikke kunne flytte til Iran.<sup>1365</sup> Her ble dermed det ene *barnets mening vektlagt*. Når det er flere barn i familien, kan det tenkes at barna har ulike 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 i å følge med den utviste. Et slikt eksempel er Husseini mot Sverige.<sup>1366</sup> 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 hemmelig adresse.<sup>1367</sup> Hvis forelderen er utvist som følge av vold og/eller overgrep mot barnet, er det også klart at det ikke er i barnets interesse

---

<sup>1361</sup> Se dette kapitlets punkt 7.9.4 om utdanning og punkt 7.7 om tilknytning.

<sup>1362</sup> Salem mot Danmark avsnitt 77.

<sup>1363</sup> EMDs dom 11. juli 2002, *Amrollahi mot Danmark* avsnitt 41. Barnets beste ble ikke uttrykkelig nevnt i dommen.

<sup>1364</sup> Amrollahi mot Danmark avsnitt 41.

<sup>1365</sup> Amrollahi mot Danmark avsnitt 41. Resultatet i saken ble at en utvisning ville være uforholdsmessig og dermed krenke EMK art. 8,

<sup>1366</sup> EMDs dom 13. oktober 2011, *Husseini mot Sverige*.

<sup>1367</sup> Husseini mot Sverige avsnitt 103–106.

følge med ved en utvisning.<sup>1368</sup> Om barnet skulle forlate Norge måtte det eventuelt vært til en annen omsorgsperson. Det er en annen situasjon og krever en annen vurdering.

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 igjen i Norge med den andre forelderen.

Har barnet norsk statsborgerskap taler det for at barnet har sterke interesser i å ikke følge med forelderen.<sup>1369</sup> Fordi samme momenter som ellers kan innvirke 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 tilleggselement inn, nemlig barnets rett 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 vektet. På den andre siden må retten og behovet for å bli sammen med sin forelder vurderes og vektet. Her kommer 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 forelderen må forlate landet, kan tale for ulike løsninger. Er disse interessene tungtveiende nok, kan det imidlertid være at forelderen må få bli i Norge, sammen med barnet.

#### 7.10.4 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 familiesituasjon til barnet varierer mye, også innenfor samme sakstyper, slik som utvisningssaker.<sup>1370</sup> Hun skriver at vurderingen er «något mycket individuellt».<sup>1371</sup> Dette er jeg enig i. Praksis fra EMDs viser at omsorgsmomentet i høy grad avhenger av de øvrige elementene som er relevante for vurderingen og vektingen av barnets

---

<sup>1368</sup> Slik situasjonen var i saken som ble behandlet i EMDs beslutning 10. april 2006, *Comert mot Danmark*.

<sup>1369</sup> Som i Maria-dommen og Jeunesse mot Nederland. Se avhandlingens punkt 7.7.

<sup>1370</sup> Dane (2015) s. 208.

<sup>1371</sup> Dane (2015) s. 208.



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.

Utlendingsforskriften § 8-5 første ledd bokstav e og f får frem at omsorgssituasjon 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.<sup>1372</sup> 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.<sup>1373</sup>

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.<sup>1374</sup> 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 adskillelse hadde allerede påvirket barna negativt, noe som ble vektlagt av domstolen.<sup>1375</sup> 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.<sup>1376</sup>

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.<sup>1377</sup> 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 relasjonene til sine foreldrene. Stabilitet kan imidlertid være et underliggende moment når det vektlegges at barnet har behov

---

<sup>1372</sup> Se Rt. 2011 s. 948 avsnitt 51, 58–59 og 63.

<sup>1373</sup> Se punkt 9.3.3.

<sup>1374</sup> Nunez mot Norge avsnitt 79.

<sup>1375</sup> Nunez mot Norge avsnitt 84.

<sup>1376</sup> Se for eksempel Rt. 2011 s. 948 avsnitt 51, 58–59 og 63.

<sup>1377</sup> Dane (2015) s. 209.

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.<sup>1378</sup>

I Jeunesse mot Nederland ble det vektlagt at moren, var den primære og faste omsorgspersonen for barna.<sup>1379</sup> Foreldrene bodde sammen, men faren jobbet fulltid og i skift. Han var derfor borte en del, også på kveldstid.<sup>1380</sup> 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 omsorgen på et fysisk plan. Dette kunne de også fått av den gjenværende foreldrene. Vurderingen så ut til å knytte seg vel så mye til de emosjonelle bånd, behovet for nærheten og tilknytningen til forelden 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 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 faren, men at hun hadde tilbrakt mest tid med moren, ettersom faren jobbet.<sup>1381</sup> 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 forelderen er eneforsørger 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

---

<sup>1378</sup> Slik som i Nunez mot Norge og Kaplan med flere mot Norge.

<sup>1379</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 119.

<sup>1380</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 119.

<sup>1381</sup> Kaplan med flere mot Norge avsnitt 97.

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.<sup>1382</sup>

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».<sup>1383</sup> At moren var den eneste omsorgspersonen veide tungt, og ble ytterligere forsterket av det nære båndet til barnet.

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.<sup>1384</sup>

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.

#### **7.10.5 Mulighet til å opprettholde kontakt med foreldrene ved en adskillelse**

##### *7.10.5.1 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».<sup>1385</sup> Barnet har følgelig rett til *regelmessig, personlige forbindelser og direkte kontakt* med begge sine foreldre. 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

---

<sup>1382</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 73.

<sup>1383</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 79.

<sup>1384</sup> Se punkt 7.5.

<sup>1385</sup> Se også BK art. 20 nr. 1 og 22 nr. 2 annen setning om andre forpliktelser staten har når barn og foreldre er adskilt.

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 sin. Det utelukker bruk av telefon og internettløsninger som Skype og epost 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.<sup>1386</sup> Bestemmelsen må tolkes i overenstemmelse med BK art. 2. Doek eksemplifiserer staten 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 tilser 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.<sup>1387</sup> 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».<sup>1388</sup> 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.

---

<sup>1386</sup> Doek (2006) s. 28.

<sup>1387</sup> 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 mulighet for kontakt mellom barn og foreldre i utvisningssaker skiller seg fra andre typer saker, Dane (2015) s. 213.

<sup>1388</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 60.

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.

#### 7.10.5.2 Ulike måter barnet kan opprettholde kontakt med sin forelder

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. 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.<sup>1389</sup>

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.<sup>1390</sup> Domstolen trakk frem at han aldri hadde bodd sammen med sine barn.<sup>1391</sup> 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.<sup>1392</sup> Videre ble det vektlagt at de kunne holde kontakt ved telefon og epost, og at det ikke var noe som hindret barnet å besøke faren.<sup>1393</sup> Barnets beste ble ikke uttrykkelig behandlet.<sup>1394</sup> Når faren aldri hadde bodd sammen med barnet er det ikke overaskende at det ble vektlagt at kontakt kunne opprettholdes via telefon, epost og besøk. Faren var ikke en sentral omsorgsperson for barnet.<sup>1395</sup> Har forelderen hatt en mindre sentral

---

<sup>1389</sup> Se utlendl. §§ 9, 10 og 11.

<sup>1390</sup> EMDs dom 8. januar 2009, *Joseph Grant mot Storbritannia*. Klageren ble født i 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.

<sup>1391</sup> *Joseph Grant mot Storbritannia* avsnitt 40.

<sup>1392</sup> *Joseph Grant mot Storbritannia* avsnitt 40.

<sup>1393</sup> *Joseph Grant mot Storbritannia* avsnitt 40.

<sup>1394</sup> 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.

<sup>1395</sup> Hvis han hadde vært en sentral omsorgsperson kunne resultat fort blitt ett annet. Se for eksempel *Omojudi 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.

rolle i barnets liv, kan det være barnet ikke har tungtveiende interesser i hyppig kontakt.<sup>1396</sup> 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 forelderen, men kun ha *samvær*, kan det være at besøk dekker behovet for kontakt.<sup>1397</sup> 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.<sup>1398</sup> Mannen hadde et barn født i 2009, som hadde vært under barnevernets omsorg siden fødsel. 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».<sup>1399</sup> Nemnda trakk frem størrelsen og hyppigheten av samværet og at «kontakten kan oppretthaldast via telefon og internett».<sup>1400</sup> 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.<sup>1401</sup> 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.<sup>1402</sup> 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 forelderen, slik som i Nunez-dommen, kan det være besøk i liten grad ivaretar barnets behov for fortsatt omsorg og direkte 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.<sup>1403</sup> 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.<sup>1404</sup> Argumentasjonen tyder på at sporadisk besøk ikke ville være nok for å bøte på skadene en adskillelse ville medføre, og dermed hadde barna tungtveiende

---

<sup>1396</sup> 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, fr. eks EMDs dom 24. april.1996, *Boughanemi mot Frankrike* avsnitt 35.

<sup>1397</sup> Om samvær i utlendingssaker, se også Sandberg (2016d) s. 308–309.

<sup>1398</sup> 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.

<sup>1399</sup> HR-2017-2376 avsnitt 50.

<sup>1400</sup> HR-2017-2376 avsnitt 51.

<sup>1401</sup> Udeh mot Sveits avsnitt 50.

<sup>1402</sup> Udeh mot Sveits avsnitt 52–55.

<sup>1403</sup> Nunez mot Norge avsnitt 81.

<sup>1404</sup> Nunez mot Norge avsnitt 81.

interesser i at moren fikk bli.<sup>1405</sup> Et mindretall på to dommere vektla imidlertid at dagens kommunikasjon kan bidra til å gjøre en utvisning mindre byrdefullt enn et fengselsopphold.<sup>1406</sup> 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 epost 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».<sup>1407</sup> Dette kan ikke gjøres via epost eller Skype. Omsorg kan ikke utøves primært ved hjelp av epost eller Skype, heller ikke for eldre barn. Veiledning, pleie, omsorg og beskyttelse krever at forelderen er *fysisk tilstede* 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 regelmessige i utvisningssaker.<sup>1408</sup> Hun påpeker at dette gjøres i andre sakstyper.<sup>1409</sup> 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.<sup>1410</sup> Et eksempel på det sistnevnte er Darren Omoregie med flere mot Norge. Her la EMD til grunn at den utvistens kone og barnet, kunne besøke faren i Nigeria.<sup>1411</sup> 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.<sup>1412</sup> Det vies imidlertid lite oppmerksomhet til barnets interesser.

---

<sup>1405</sup> 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 de å opprettholde regelmessig «regulær» kontakt.

<sup>1406</sup> Nunez mot Norge dissenterende dommer Miljovć og Gaetano avsnitt 6.

<sup>1407</sup> General Comment nr. 7 avsnitt 6 bokstav (b). Se også avsnitt 18 i samme kommentar.

<sup>1408</sup> Dane (2015) s. 215.

<sup>1409</sup> Dane (2015) s. 215.

<sup>1410</sup> Dane (2015) s. 215.

<sup>1411</sup> Darren Omoregie med flere mot Norge avsnitt 66.

<sup>1412</sup> Darren Omoregie med flere mot Norge avsnitt 66.

Å reise regelmessig kan være dyrt. I en del saker er det den utviste som har jobbet og gitt familien en fast inntekt.<sup>1413</sup> 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».<sup>1414</sup> Det var lagt inn betydelig arbeid med å lære disse barna «normal social behaviour».<sup>1415</sup> 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».<sup>1416</sup> 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. Etter min mening var det derfor grunn til – og nødvendig– å vurdere nærmere om regelmessig kontakt ville være mulig.

I Kaplan med flere mot Norge ville en utvisning av faren resultert i en fem års splittelse av familien.<sup>1417</sup> Den eneste måten barna kunne møte faren på, var ved å reise til Tyrkia.<sup>1418</sup> At barnet 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 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.<sup>1419</sup> Heller ikke EMD vurderte muligheten for besøk noe nærmere, men domstolen kom til at utvisningen ville være uforholdsmessig, og dermed krenke art. 8.<sup>1420</sup> I Osman mot Danmark ble *praktiske* og *økonomiske* hindringer vektlagt.<sup>1421</sup> Danske myndigheter hadde vektlagt at jenta ikke hadde sett moren på fire år.<sup>1422</sup> 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).<sup>1423</sup> Domstolens poeng her er viktig. I

---

<sup>1413</sup> Se for eksempel Kaplan med flere mot Norge avsnitt 97.

<sup>1414</sup> Salem mot Danmark avsnitt 77.

<sup>1415</sup> Salem mot Danmark avsnitt 77.

<sup>1416</sup> Salem mot Danmark avsnitt 81.

<sup>1417</sup> Se avhandlingens kapittel tre, punkt 3.2.2 for dommens faktum.

<sup>1418</sup> Kaplan med flere mot Norge avsnitt 97 med henvisninger til avsnitt 27 og 45.

<sup>1419</sup> Rt. 2010 s. 1430 avsnitt 88, 90 og 92.

<sup>1420</sup> Domstolen nevner kun muligheten til besøk i en setning, Kaplan med flere mot Norge avsnitt 97.

<sup>1421</sup> Se avhandlingens kapittel tre, punkt 3.4.6 for faktum i saken.

<sup>1422</sup> Osman mot Danmark avsnitt 74.

<sup>1423</sup> Osman mot Danmark avsnitt 74. Se også avhandlingens kapittel seks, punkt 6.5.2.



tillegg kommer at barn oftest er avhengig 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 og 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 ikke det mulig med personlig og regelmessig kontakt, må det normalt være meget tungtveiende i vurderingen og vektingen av barnets beste.

## 7.11 Sårbarhet

### 7.11.1 Innledning

Barn er normalt mer sårbare enn voksne, noe som er en sentral del av begrunnelsen for at de har egne rettigheter.<sup>1424</sup> Manglende psykisk og fysisk modenhet og avhengighet av omsorg, beskyttelse og opplæring for en helhetlig utvikling, er faktorer som kan gjøre barn sårbare.<sup>1425</sup> 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 Sigurdsen påpeker, er barn heller ikke sårbare i enhver sammenheng.<sup>1426</sup> At noen barn er mer sårbare enn andre, skyldes ikke alltid en vedvarende tilstand, men kan være situasjonsutløst og midlertidig.<sup>1427</sup>

Sigurdsen advarer mot at ved å fokusere på sårbarhet, er det en risiko for å tildekke barnets ressurser.<sup>1428</sup> Å fokusere på om barnet er i en sårbar situasjon, ikke om barnet er sårbart, kan reduseres 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.

---

<sup>1424</sup> Se for eksempel Van Bueren (1998) s. 1–6 og s. 15 og Dok.16 (2011–2012) s. 186.

<sup>1425</sup> Dok.16 (2011–2012) s. 186 og Sigurdsen (2018) s. 297. Sigurdsen påpeker at avhengighet til andre ikke trenger føre til sårbarhet, men at det alltid vil være knyttet usikkerhet til hvordan omsorgen for barnet gjennomføres, Sigurdsen (2018) s. 297.

<sup>1426</sup> Sigurdsen (2018) s. 297.

<sup>1427</sup> Barnekomiteen ser ut til å fokusere på om barnet er i en sårbarsituasjon i General Comment nr. 14 avsnitt 75.

<sup>1428</sup> Sigurdsen (2018) s. 298.

I de neste punktene behandler jeg forhold som kan medføre at 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 avhandlingen.

### *7.11.2 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».<sup>1429</sup> 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».<sup>1430</sup> 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.

Barn som *søker asyl* eller av andre grunner *befinner seg i en migrasjonsprosess* anses for å være i en sårbar situasjon.<sup>1431</sup> 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».<sup>1432</sup> Hva som regnes som «illegal migrant» er ikke helt klart. Familiene saken hvor EMD kom med formuleringen, var asylsøkere. Barn som søker asyl 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».<sup>1433</sup> 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.<sup>1434</sup> I tråd med at asylsøkende barn anses som sårbare, er enkelte av deres interesser beskyttet etter BK art. 22.

---

<sup>1429</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 75.

<sup>1430</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 75.

<sup>1431</sup> 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 forhold som gjør at asylsøkende barn regnes for å være i en sårbarsituasjon, gjør seg derfor ofte også gjeldende ved en barnets beste-vurdering i et vedtak etter § 38. I en del utvisningssaker, og særlig de hvor den utviste ikke har oppholdstillatelse, kan situasjonen være nokså lik.

<sup>1432</sup> Popov mot Frankrike avsnitt 91, M.M og K.M mot Belgia avsnitt 55 og Tarakhel mot Sveits avsnitt 99.

<sup>1433</sup> Popov mot Frankrike avsnitt 91.

<sup>1434</sup> Tarkhel mot Sveits avsnitt 97.

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».<sup>1435</sup> 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».<sup>1436</sup> 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 barn.<sup>1437</sup> Barn som blir berørt av vedtak etter utlendl. § 38, er enten selv eller nært 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.<sup>1438</sup>

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».<sup>1439</sup> 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».<sup>1440</sup> 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.<sup>1441</sup>

---

<sup>1435</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 40.

<sup>1436</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 40.

<sup>1437</sup> Se for eksempel Kaplan med flere mot Norge og Nunez mot Norge. Se også Rt. 2009 s. 534 avsnitt 90.

<sup>1438</sup> Utvisning av noen som er født i Norge og senere har hatt fast bopel her, er ikke lov, jf. utlendl. § 69 annet ledd.

<sup>1439</sup> General Comment nr. 4/23 avsnitt 39.

<sup>1440</sup> General Comment nr. 4/23 avsnitt 39.

<sup>1441</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 75.

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.<sup>1442</sup> Andre forhold som er antatt at kan innvirke på sårbarheten til barn spesifikk 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».<sup>1443</sup> Mange av disse faktorene henger sammen med risikoen for diskriminering.<sup>1444</sup> *Diskriminering* setter barn i en sårbarsituasjon, ettersom det innebærer at barn ikke får ivare tatt sine rettighetsbeskyttede interessere. 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 å måtte forlate Norge og reise til land hvor det kan være store mangler på ordninger som skal beskytte dem.<sup>1445</sup>

Barn med *nedsatt funksjonsevne* anses å tilhøre en av de mest sårbare gruppene barn.<sup>1446</sup> 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.<sup>1447</sup> 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.<sup>1448</sup> I FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsett funksjonsevne art. 7 fremgår rettigheter til «Children with disabilities».<sup>1449</sup> 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.

---

<sup>1442</sup> 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.

<sup>1443</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 3.

<sup>1444</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.2 og dette kapittelets punkt 7.6.

<sup>1445</sup> 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.

<sup>1446</sup> General Comment nr. 9 avsnitt 9.

<sup>1447</sup> 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 7.6.

<sup>1448</sup> Barnekomiteen har også utformet General Comment nr. 9 om «The rights of children with disabilities».

<sup>1449</sup> 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.

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».<sup>1450</sup> Dette fordi de hadde *opplevd stress*, var *små* og hadde *vansker med å forstå begrunnelsen* for en adskillelse fra sin mor.<sup>1451</sup> 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.<sup>1452</sup> Også behovet for stabilitet og kontinuitet skal vektlegges.<sup>1453</sup> 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 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.

### ***7.11.3 Enslige barn som søker opphold eller står i fare for å utvises***

#### *7.11.3.1 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 sårbart, 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

---

<sup>1450</sup> Nunez mot Norge avsnitt 81.

<sup>1451</sup> 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.

<sup>1452</sup> Se utlendingsforskriften § 8-5 første ledd bokstav e og f.

<sup>1453</sup> Utlendingsforskriften § 8-5 første ledd bokstav a.

beskyttelse øke når barnet befinner seg i et fremmed land.<sup>1454</sup> 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.

### 7.11.3.2 Begrepsavklaring

I Norge benyttes terminologien «enslig mindreårig asylsøker» både i utlendingsloven, barnevernloven og av UDI.<sup>1455</sup> Terminologien «asylsøker» benyttes ikke her. For det første fordi fokuset her ikke 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 sårbarsituasjon. 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.<sup>1456</sup>

Jeg benytter heller ikke betegnelsen «mindreårige». Jeg benytter «barn» om alle under 18 år, på samme måte som i resten av avhandlingen. Dette først og fremst fordi jeg ikke ser noen grunn til å benytte et annet betegnelse om denne gruppen barn, enn om andre. Bruken av betegnelsen «mindreårige» skaper et unødvendig skille mellom enslige og andre barn.<sup>1457</sup> Det kan også rettes kritikk mot betegnelsen mindreårig. Van Bueren har trekt 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».<sup>1458</sup> 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

---

<sup>1454</sup> 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.

<sup>1455</sup> 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 Sigurdsen (2014) s. 53 og er følgelig nokså innarbeidet.

<sup>1456</sup> Se General Comment nr. 6 avsnitt 5 hvor det fremgår at den gjelder uavhengig av grunnen til at barnet befinner seg utenfor sitt opprinnelseslandet. 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.

<sup>1457</sup> De behandles også ulikt norske barn, ved at det (foreløpig) kun er enslige barn under 15 år som gis omsorg fra barnevernet, se bvl. kap 5A, og særlig § 5A-1 tredje ledd.

<sup>1458</sup> Van Bueren (1998) s. 32.

hovedomsorgspersoner.<sup>1459</sup> Kommentaren er følgelig ment å gjelde hvis barnet er sammen med andre slektninger enn sine foreldre, som for eksempel en onkel eller tante.<sup>1460</sup> En grunn til dette kan være at omsorg fra andre enn barnets hovedomsorgspersoner, kan utgjøre en risiko for en ustabil omsorgssituasjon.<sup>1461</sup> 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 ifølge 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».<sup>1462</sup> 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.

#### 7.11.3.3 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.<sup>1463</sup> 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 hvilke beskyttelse som er passende. Artikkelen er viktig, men gir ikke større veiledning til vurderingen og vektingen av barnets beste i denne typen saker.

Når et barn er enslig, er det adskilt fra de som vanligvis er nærmest til å dekke barnets sterke behov for omsorg. Et sentralt spørsmål i vurderingen og vektingen av enslige barns beste vil derfor være hvordan avgjørelsen vil innvirke på dets omsorgssituasjon.

---

<sup>1459</sup> Dette fremgår allerede av kommentarens tittelen 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.

<sup>1460</sup> 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.

<sup>1461</sup> Se for eksempel Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 4 og 6 som illustrerer at barnets situasjon stadig endret seg.

<sup>1462</sup> M.M og K.M mot Belgia avsnitt 11.

<sup>1463</sup> Ingen av rettighetene i BK. Grl. eller EMK gjelder særskilt for enslige barn som søker opphold.

Etter utlendl. § 38 annet ledd bokstav a «kan det blant annet legges vekt på at utlendingen er enslig mindreårige 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 løsrevet fra barnets beste.<sup>1464</sup> Hvis barn blir berørt, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn, jf. BK. art. 3 nr. 1, GrI. § 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 omsorgssituasjon 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 føringer som gjelder for alle saker.<sup>1465</sup> 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».<sup>1466</sup> Etter forarbeidene til någjeldende lov var denne praksisen ment å videreføres.<sup>1467</sup> 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.<sup>1468</sup> 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.<sup>1469</sup> 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 slektninger ventet på henne ved ankomst. Domstolen beskrev situasjonen til jenta som «extremely vulnerable», blant annet fordi hun var

---

<sup>1464</sup> Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.4.2.2 om vilkårene i § 38 første ledd.

<sup>1465</sup> Se punkt 7.2.

<sup>1466</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 420–421.

<sup>1467</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 420–421.

<sup>1468</sup> General Comment nr. 6 avsnitt 85.

<sup>1469</sup> CRC/C/AFG/CO/1 avsnitt 43.



«unaccompanied by her family from whom she had become separated so that she was effectively left to her own devices».<sup>1470</sup> 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.<sup>1471</sup> 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».<sup>1472</sup> Flere av forholdene som ble vektlagt gjaldt selve gjennomføringen, men det er likevel klart at myndighetene er forpliktet til å undersøke, overse og sikre at barnet blir ivaretatt ved ankomst.<sup>1473</sup> Barnet i denne saken var kun fem år, noe som ble vektlagt av domstolen.<sup>1474</sup> 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».<sup>1475</sup>

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.<sup>1476</sup> Domstolen rettet kritikk mot myndighetene, men kom likevel til at EMK art. 3 ikke var krenket.<sup>1477</sup> En dommer dissenterte og uttalte at handlingene «was above all, in my opinion, treatment that it is difficult to consider human».<sup>1478</sup> 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.<sup>1479</sup> 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 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

---

<sup>1470</sup> M.M og K.M mot Belgia avsnitt 55.

<sup>1471</sup> 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 moren rett etter art. 3 og 8 var krenket.

<sup>1472</sup> M.M og K.M mot Belgia avsnitt 66.

<sup>1473</sup> M.M og K.M mot Belgia avsnitt 66 og 69.

<sup>1474</sup> M.M og K.M mot Belgia avsnitt 55 og 69.

<sup>1475</sup> M.M og K.M mot Belgia avsnitt 69.

<sup>1476</sup> EMDs dom 28. november, *Nsona mot Nederland* avsnitt 31 og 103.

<sup>1477</sup> *Nsona mot Nederland* avsnitt 103.

<sup>1478</sup> *Nsona mot Nederland* Dissenting Opinion of Judge De Meyer.

<sup>1479</sup> General Comment nr. 4/23 avsnitt 39.

ofte på litt ulike måter.<sup>1480</sup> 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».<sup>1481</sup> Av BK art. 9 nr. 1 andre setning følger forhold som gjøre 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.<sup>1482</sup> 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.<sup>1483</sup> Hvis det er til barnets beste å gjenforenes med sine foreldre, må det søkes gjennomført.<sup>1484</sup> 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.<sup>1485</sup> 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.<sup>1486</sup> Selv om tilknytningen ikke skulle være sterk nok til å omfattes av rettighetene, vil de interesser de skal verne, kunne være sentrale i vurderingen og vektingen av barnets beste.

---

<sup>1480</sup> Se dette kapittelets punkt 7.5 om alder og modenhet.

<sup>1481</sup> General Comment nr. 6 avsnitt 13.

<sup>1482</sup> General Comment nr. 6 avsnitt 81.

<sup>1483</sup> General Comment nr. 6 avsnitt 81.

<sup>1484</sup> General Comment nr. 6 avsnitt 80.

<sup>1485</sup> General Comment nr. 6 avsnitt 20.

<sup>1486</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.5.2 og 6.5.3.

Utvisning av barn fra Norge er svært sjelden aktuelt.<sup>1487</sup> Dette fordi barnets interesser ofte er meget tungtveiende, og dermed stenger for utvisning gjennom forholdsmessighetsvurderingen i § 70.<sup>1488</sup> Ved lovbrudd begått av et barn, er målet at barnets skal reintegreres i samfunnet.<sup>1489</sup> Ettersom en utvisning vanligvis griper inn i barnets familieliv, andre relasjoner og privatlivet forøvrig 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 om faren, som var savnet.<sup>1490</sup> 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 gjenspeiler, er reintegrering av barns som har begått lovbrudd, til barnets beste.<sup>1491</sup> 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.<sup>1492</sup> På grunn av at barnet er enslig, og som andre barn har 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*.<sup>1493</sup>

#### 7.11.3.4 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 familiejenforening, jf.

---

<sup>1487</sup> 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.

<sup>1488</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.5.5.2. 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 særregler som gjelder for barn.

<sup>1489</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.5.5.2 og BK art. 40 nr. 1.

<sup>1490</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.5.5.2

<sup>1491</sup> 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.

<sup>1492</sup> 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.

<sup>1493</sup> Saker hvor spørsmålet om beskyttelse er det sentrale vil nødvendigvis ha en noe annen karakter.

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.

I General Comment nr. 3/22 fremheves det at flere mulige løsninger bør vurderes i saker som gjelder opphold for barn, herunder enslige barn.<sup>1494</sup> 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, midlertidighet, og kan gi dem mindre gode velferdstilbud enn andre barn.<sup>1495</sup> Som Pobjoy har påpekt, medfører slik oppholdstillatelse at barn må leve med «the constant fear that they will be removed as soon as they reach adulthood».<sup>1496</sup> I barnekomiteens avsluttende merknader til Norge fra mai 2018, uttrykkes det bekymring for en økt bruk av midlertidig oppholdstillatelse.<sup>1497</sup> 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».<sup>1498</sup> Videre nevner komiteen at barn som har forsvunnet fra mottakssenter er «particularly vulnerable to becoming victims of trafficking in persons and prostitution».<sup>1499</sup> 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». 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

---

<sup>1494</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 32 (j). Se også General Comment nr. 4/23 avsnitt 34.

<sup>1495</sup> 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.

<sup>1496</sup> Pobjoy (2015) s. 348.

<sup>1497</sup> CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 31 a.

<sup>1498</sup> 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).

<sup>1499</sup> CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 31 (b).

å løfte det frem som en mulig løsning som må vurderes.<sup>1500</sup> 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 effektene 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 se fremover, integreres i samfunnet, 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.<sup>1501</sup> Hvilke interesser barnet har, hva de taler for at er til det beste for barnet og hvor tungtveiende de er må vurderes konkret, i hver enkelt sak. At enslige barn er sårbare, kan innvirke på hvilke rettigheter, interesser og momenter som gjør seg gjeldende.

## 7.12 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 rettsadvokaters 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.

---

<sup>1500</sup> General Comment nr 3/22 avsnitt 33.

<sup>1501</sup> Se imidlertid avhandlingens kapittel åtte, punkt 8.3.1 om hvilke av statens interesser som er legitime i saker med enslige barn.

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 kjernene av barnets beste.<sup>1502</sup> 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.<sup>1503</sup> 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 resurskrevende for myndighetene å foreta så omfattende vurderinger i hver enkel sak. Elementene henger imidlertid nært sammen med hverandre, og må ikke nødvendigvis vurderes hver for seg. Langt fra alle vil i tillegg gjøre seg gjeldende i hver enkelt sak. 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 avveiningsiden av barnets beste.

---

<sup>1502</sup> I Beltman mfl. slås det avslutningsvis fast at inn i 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.

<sup>1503</sup> 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.

## 8 Statens interesser og avveiningen mot hva som tjener barnets interesser best

### 8.1 Innledning

Barnets beste er ikke en absolutt rettighet.<sup>1504</sup> 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 kapittelet er temaet statens interesser og avveiningen mot hva som best tjener barnets interesser. Vurderingssiden, som var gjenstand for analyse i kapittel syv, og avveiningssiden, henger nært 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.<sup>1505</sup> 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 i skal kunne få avgjørende betydning.<sup>1506</sup>

Hvis en avgjørelse i kommer konflikt med andre rettigheter enn barnets beste, må også disse respekteres og sikres. Griper vedtaket inn i absolutte rettigheter, blir det ingen avveining.<sup>1507</sup> Griper vedtaket inn i rettigheter som åpner for en avveining, må det foretas en harmoniseres slik at avveining blir i tråd med de krav 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 separert fra andre rettigheter. Analysene i dette kapittelet retter seg derfor særlig mot tilfeller hvor ikke andre rettigheter enn barnets beste kommer direkte til anvendelse.

Fordi avveiningen, i likhet med vurderingen av hva som best tjener barnets beste, må gjøres konkret, er det grense for hvor langt den kan utpensles løsrevet 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.<sup>1508</sup> Jeg konsentrerer

---

<sup>1504</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.4.

<sup>1505</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 39.

<sup>1506</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.2.1 og 7.2.2 om disse elementene.

<sup>1507</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.2.2.2.

<sup>1508</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.4 om rettigheters to nivåer og kapittel syv, punkt 7.1.

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 føringerne på vektningen* av statens interesser og enkelte *sentrale trekke ved avveiningen*.

## 8.2 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 begrensingshjemmel med krav til eventuelle motstridende interesser og til avveiningen.<sup>1509</sup> For Grunnlovens del er det heller ikke, på nåværende tidspunkt, vedtatt en begrensingshjemmel.<sup>1510</sup> 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».<sup>1511</sup> 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 relevant, hvilke krav som stilles til disse og hvilke krav som stilles til

---

<sup>1509</sup> EUs charter har en generell begrensingshjemmel, 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 formålsmessighet, i likhet med etter en rekke andre begrensingshjemler. Også i ØSK er det *en* begrensingshjemmel for alle rettighetene i konvensjonen, se ØSK art. 4.

<sup>1510</sup> Under arbeidet med Grunnlovens rettighetskatalog ble det foreslått en generell begrensingshjemmel 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 er under behandling. 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). Vedtas bestemmelsen vil den gjelde også for § 104.

<sup>1511</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 39.



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.<sup>1512</sup> I det første utkast var det ikke lagt opp til noen avveining.<sup>1513</sup> 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.<sup>1514</sup> Det var ellers lite diskusjoner om ordlyden. Knappheten i bestemmelsens 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 krav 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 *begrensingshjemler*. 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 begrensingshjemler 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 begrensingshjemmel 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.<sup>1515</sup> I EUs charters generelle begrensingshjemmel, 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 begrensingshjemmel for grunnlovsrettighetene var det tatt med at begrensningen skulle respektere rettighetens kjerne.<sup>1516</sup> Et krav om å respektere

---

<sup>1512</sup> Freeman (2007b) s. 25–26.

<sup>1513</sup> Freeman (2007b) s. 25.

<sup>1514</sup> Freeman (2007b) s. 26.

<sup>1515</sup> Se EMK art. 8 nr. 2, art. 9 nr. 2, art. 10 nr. 2 og art. 11 nr. 2.

<sup>1516</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 74.

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.<sup>1517</sup>

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.<sup>1518</sup> Det er også forskjeller innenfor samme konvensjoner. Av den generelle begrensingshjemmelen 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», 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 begrensningen 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 begrensingshjemler eller ordlyden av bestemmelsene.<sup>1519</sup> I motsatt fall ville statene helt kunne uthulet vernet av interesser rettighetene skal ivareta. Hvordan 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.<sup>1520</sup> 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 elementær for at rettigheten skal oppfylle sine funksjoner, og kunne gi et

---

<sup>1517</sup> 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.

<sup>1518</sup> I SP og BK er det forskjellige begrensingshjemler, 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 og andre mot Nederland avsnitt 42.

<sup>1519</sup> 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.

<sup>1520</sup> 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 8.6.

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 interesser eller hensyn som vektlegges, må være relevant i den aktuelle saken er et krav som generelt må stilles til offentlig myndighetsutøvelse. Staten (og kommunene) kan ikke treffer 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.<sup>1521</sup> 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 betrakte det som et krav om legitimitet.<sup>1522</sup> Mæhle legger til grunn at det kan skilles mellom formell, materiell, faktisk og normativ legitimitet.<sup>1523</sup> Formell legitimitet kan betraktes som et spørsmål om hjemmelsgrunnlag.<sup>1524</sup> Av Grl. § 113 følger det at myndighetenes «inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Utvisning er et *inngrep*. Utsvingsvedtak fattes som en reaksjon på utlendingens handlinger, og gjør at utlendingen må 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 utvisningssak, men det trenger ikke være store forskjeller i hvordan individet rammes. I saker om opphold på humanitært grunnlag befinner utledningen 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

---

<sup>1521</sup> Om nøytralitets og saklighetskrav i forvaltningen, og forholdsmessighet, se Graver (2015) kapittel syv og åtte.

<sup>1522</sup> 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».

<sup>1523</sup> Mæhle (2005) s. 20–21.

<sup>1524</sup> Mæhle (2005) s. 20–21.

det kan etter nærmere vilkår benyttes tvangsmidler, herunder frihetsberøvelse «for å sikre iverksettingen av» vedtaket, jf. utlendl. §§ 99 annet ledd og 106.<sup>1525</sup> 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.<sup>1526</sup> 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 hvilke skole barnet skal gå på [...]».<sup>1527</sup> Et avslag på opphold må sies å være et kvalifisert forhold som rammer den enkelte, og 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.

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.<sup>1528</sup> Skal statens interesser gå foran barnets i enkelt saker, må de derfor oppfylle materielle krav, og for at de verdiene prinsippet hviler på skal ivaretas, må det å vektlegge statens interesser kunne begrunnes normativt.<sup>1529</sup> 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 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 ikke noen skrap avgrensing mellom de ulike typene vurderinger. De inneholder mange av de samme komponentene.<sup>1530</sup> I de følgende punktetene drøftes hvilke krav som må stilles til statens

---

<sup>1525</sup> For barn gjelder det særlige regler for frihetsberøvelse, se utlendl. § 106 c.

<sup>1526</sup> Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.6.

<sup>1527</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 247.

<sup>1528</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.3.4. Materiell legitimitet kan forstås som innholdsmessige krav til rettsreglene, mens normativ legitimitet «dreier seg om å rettferdiggjøre retten på moralsk eller annet verdimeslig grunnlag», Mæhle (2005) s. 21.

<sup>1529</sup> En mulig måte å drøfte den normative legitimiteten til å gi statens interesser prioritet på bekostning av barnets interesser, 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.

<sup>1530</sup> Dette illustreres av EMDs praksis hvor det legges til grunn at unnløtelser av å sikre rettigheten eller å gjøre inngrep i de ikke kan være vilkårlig, at inngrep må være proporsjonale og at det avgjørende blir om det foreligger en rimelig balanse mellom de konkurrerende interessene.

interesser for at disse skal ha materiell legitimitet. Dermed drøftes det hva som skal til for at disse kan vektlegges, og etter en nærmere vekting og avveining i enkeltsaker, i noen tilfeller kunne gå foran hva som tjener barnets interesser best.

## 8.3 De ulike kravene til statens interesser

### 8.3.1 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 myndigheten 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.<sup>1531</sup> 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.<sup>1532</sup> I tillegg skal de ivareta effektivitetshensyn og statens interesse i å kontrollere innvandringen.<sup>1533</sup> 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 avhandlingen er av strafferettslig karakter, og skal særlig ivareta allmenn- og individualprevensjon og rettferdighet.<sup>1534</sup> 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

---

<sup>1531</sup> Graver (2015) s. 112 flg. og Erik Boe, «Hvor fritt er det frie forvaltningsskjønnet?», *Jussens Venner*, 1981 s. 37–57 (45–47).

<sup>1532</sup> Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.4.3.2

<sup>1533</sup> Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.4.3.2.

<sup>1534</sup> Se avhandlingens kapittel fire punkt 4.5.1.

utvisningsbestemmelsene, er altså saklige. Spørsmålet blir dermed om de er legitime interesser etter de menneskerettslige kravene?

Ordlyden i BK art. 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 begrensingshjemmelen til grunnlovsrettighetene, var den vide kategorien «for å ivareta allmenne interesser» angitt.<sup>1535</sup> Flere rettigheter i BK og EMK inneholder oppramsinger av nokså vidtrekkende legitime statlige interesser.<sup>1536</sup> 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.<sup>1537</sup> Menneksrettsdomstolen 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).<sup>1538</sup> 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*.<sup>1539</sup> Ved avslag på opphold har ikke domstolen stilt like strenge krav til formålet avslaget er forankret i, som ved utvisning.<sup>1540</sup> Det må istedenfor foretas en helhetlig vurdering og avveining.<sup>1541</sup> 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.

---

<sup>1535</sup> Dok. 16. (2011–2012) s. 74. Det nye forslaget er videre og inneholder ingen formålsangivelse, Dok. 12:8 (2015–2016).

<sup>1536</sup> For eksempel følger det av *BK art. 13 nr. 2 bokstav (b)* at en begrensning av ytringsfriheten 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 menneskeretts charteret art. 29 nr. 2 følger det at begrensinger 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».

<sup>1537</sup> Nasjonal sikkerhet behandles ikke i denne avhandlingen.

<sup>1538</sup> *Biao mot Danmark* avsnitt 117.

<sup>1539</sup> *Boutlif mot Sveits* avsnitt 44–45, *Maslov mot Østerrike* avsnitt 67 og *Udeh mot Sveits* avsnitt 42.

<sup>1540</sup> Se fr. eks. *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 104. Se også *Kjølbros* (2017) s. 797.

<sup>1541</sup> Se fr. eks. *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 104–105.

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.<sup>1542</sup> 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».<sup>1543</sup> 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».<sup>1544</sup> 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.<sup>1545</sup> 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.

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».<sup>1546</sup> 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».<sup>1547</sup> I den sammenheng trekkes det frem at det spesielt må gjelde hensyn som ikke er helt generelle.<sup>1548</sup> Helt generelle hensyn, som ikke gjør seg gjeldende i den konkrete saken,

---

<sup>1542</sup> Om utgangspunktet, se General Comment nr. 14 avsnitt 39 og General Comment nr. 3/22 avsnitt 28.

<sup>1543</sup> General Comment nr. 6 avsnitt 86.

<sup>1544</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 33.

<sup>1545</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.11.3.

<sup>1546</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 62.

<sup>1547</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 62.

<sup>1548</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 62.

er imidlertid sjelden særlig tungtveiende, i den grad de er relevant.<sup>1549</sup> Ved utvisning kommer det klart fram 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.<sup>1550</sup>

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.<sup>1551</sup> 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.<sup>1552</sup> 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».<sup>1553</sup> At kommentaren må legges til grunn i saker med enslige barn ser ut til å aksepteres.<sup>1554</sup> 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.<sup>1555</sup> Hvis barnet ikke kan sikres forsvarlig omsorg ved retur, kan det ikke returneres.<sup>1556</sup> 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 retur, men det av andre grunner ikke er til dets beste å returnes. 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.<sup>1557</sup>

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

---

<sup>1549</sup> Se dette kapitlets punkt 8.3.4 og 8.5.

<sup>1550</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 421 og dette kapitlets punkt 8.5.

<sup>1551</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 96.

<sup>1552</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 137 (flertallet).

<sup>1553</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 137.

<sup>1554</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 138.

<sup>1555</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 96.

<sup>1556</sup> Se avhandlingens kapittel 7.11.3.3.

<sup>1557</sup> Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.8.



foran barnets interesser. Slike hensyn er følgelig ikke relevante i en avveining mot enslige barns beste.

Den andre uttalelse nevnt ovenfor har et videre anvendelsesområde, og retter seg mot barn i migrasjonsaker generelt. Det slås uten videre fast at argumenter, «such as those relating to general migration control», ikke kan gå foran barnets beste.<sup>1558</sup> 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 returner et barn*.<sup>1559</sup> 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 avklaring av egen identitet etter ankomst til landet, begått straffbare handlinger, oppholdt seg ulovlig eller oversittet utreisefristen.<sup>1560</sup> 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 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

---

<sup>1558</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 33.

<sup>1559</sup> Se første og andre setning i avsnitt 33 i General Comment nr. 3/22.

<sup>1560</sup> Slik det er nevnt i utlendingsforskriftens § 8-5 tredje og fjerde ledd.

children, the public, parents, etc».<sup>1561</sup> 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.<sup>1562</sup> Noe annet er at enkelte innvandringsregulerende hensyn vil veie svært lite i en avveining, og dermed sjelden kan gå foran barnets beste.<sup>1563</sup> 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.<sup>1564</sup> I tillegg er det 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 statens 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.

### *8.3.2 Ikke-diskriminerende*

Etter BK art. 2 nr. 1 er det forbudt å behandle et barn ulikt andre barn eller voksne, basert på et eller flere av diskrimineringsgrunnlagene, hvis forskjellsbehandlingen medfører at barnets mulighet til å få sine rettighetsbeskyttede interesser ivaretatt, blir mindre gunstig enn for andre.<sup>1565</sup> 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.

---

<sup>1561</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 39.

<sup>1562</sup> Barnekomiteen har vært inne på utvisning av foreldre etter brudd på straffelovgivning, og ser ut til å forutsette at det her kan legges avgjørende vekt på andre interesser enn barnets i denne sammenheng, General Comment nr. 4/23 avsnitt 29.

<sup>1563</sup> Dette ser det ut til at komiteene er inne på i General Comment nr. 4/23 avsnitt 29 første setning.

<sup>1564</sup> Se avhandlingens kapittel fire punkt 4.5.6.2, Buck mot Tyskland avsnitt 44–45 og HR-2018-104-A avsnitt 23.

<sup>1565</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.2.2.3.

Som nevnt i kapittel seks, er «A Trump to Politics» en av de tre funksjonene Abramson tillegger ikke-diskrimineringsretten i BK art. 2.<sup>1566</sup> Abramson påpeker at menneskerettighetene er sårbare for politiske prosesser.<sup>1567</sup> Dette skyldes særlig at nesten alle menneskerettigheter «require the State to strike a balance between competing interests, and this is always a political judgement».<sup>1568</sup> 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.<sup>1569</sup> Abramson utdyper videre at uten «some kind of non-discrimination clause, lawmakers would be free to use race, sex, etc. discrimination as a tool for governing society».<sup>1570</sup> I norsk forvaltningsrett gjelder et forbud mot usaklig forskjellsbehandling, som kan ivareta ikke-diskrimineringsretten i enkeltsaker.<sup>1571</sup>

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».<sup>1572</sup> Så fremt noen av barnets rettigheter kommer til anvendelse, slik som barnets beste, kan ikke staten basere vedtaket på noen av diskrimineringsgrunnlagene. Interesser basert på disse grunnlagene kan ikke gå foran hva som tjener barnets interesser best.<sup>1573</sup> Som det følger av ordlyden i BK art. 2 nr. 1 kan staten heller ikke basere sine interesser, hvis de griper inn i barnets, 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 skille 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?

---

<sup>1566</sup> Abramson (2008) s. 33 flg.

<sup>1567</sup> Abramson (2008) s. 33.

<sup>1568</sup> Abramson (2008) s. 33. Se også s. 36–37 hvor Abramson utdyper svakheten ved rettigheter som åpner for en interesseavveining.

<sup>1569</sup> Se avhandlingens kapittel en, punkt 1.2 og kapittel fire, punkt 4.3.

<sup>1570</sup> Abramson (2008) s. 33, avsnitt 68.

<sup>1571</sup> Se Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave, Bergen 2010 s. 98, Eckhoff og Smith (2018) s. 404–407 og Graver (2015) s. 112 flg.

<sup>1572</sup> Abramson (2008) s. 38–39.

<sup>1573</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.2.2.2.

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 familiegjening for personer som fikk dansk statsborgerskap senere enn ved fødsel, var i strid med EMK art 14 sammenholdt med art. 8. Rettigheten i EMK art. 14 er ikke helt lik BK art. 2, ettersom EMD i stor grad baserer sine vurderinger på en saklighets- og forholdsmessighetsvurdering.<sup>1574</sup> Det som er mest interessant med dommen for temaet her, er EMDs vurdering av formålet/interessene staten hevdet å forfølge.<sup>1575</sup> 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».<sup>1576</sup> 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».<sup>1577</sup> Domstolen vurderte lovens begrunnelsen nøye, og kom til at den var «based on rather speculative arguments».<sup>1578</sup> 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 unnlater 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».<sup>1579</sup> Staten kan vektlegge konkrete forhold. Slike forhold kan for eksempel være at barnet kommer fra et land hvor levestandarden er grei, at tilknytningen til

---

<sup>1574</sup> Abramson har rettet sterk kritikk mot EMDs tolkning av ikke-diskrimineringsretten i EMK, og mener domstolen i praksis har utsluttet rettigheten og erstattet den med «the reasonableness test» som han omtaler som «the lowest standard known to modern-day law», Abramson (2008) s. 56.

<sup>1575</sup> Biao mot Danmark avsnitt 115–137.

<sup>1576</sup> Biao mot Danmark avsnitt 118.

<sup>1577</sup> Biao mot Danmark avsnitt 121.

<sup>1578</sup> Biao mot Danmark avsnitt 125.

<sup>1579</sup> Abramson (2008) s. 21, avsnitt 41.

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 de 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.<sup>1580</sup> 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.<sup>1581</sup>

### 8.3.3 Egnhet til ivareta statens interesser

Som nevnt i kapittel fire, må et *inngrep* være egnhet til å ivareta de interesser det legitimeres i.<sup>1582</sup> Egnethetskravet henger sammen med nødvendighetskravet, som gjelder ved inngrep i blant annet EMK art. 8.<sup>1583</sup> Hvis en utvisningen skal anses nødvendig for å ivareta statens interesser, må den være egnhet til å ivareta nettopp disse interessene.<sup>1584</sup> I en forvaltningsrettslig kontekst har Graver trukket frem egnethetskravet som en del av kravet om forholdsmessighet ved inngrep.<sup>1585</sup> Det er en fornuftig. Et inngrep kan neppe være forholdsmessig hvis det ikke er egnhet til å ivareta 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».<sup>1586</sup>

---

<sup>1580</sup> Avhandlingens kapittel seks, punkt 6.2.2.3.

<sup>1581</sup> Ikke-diskrimineringsretten er nevnt i forarbeidene til utdl. § 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 «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.

<sup>1582</sup> Se kapittel fire punkt 4.5.6.2. 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.

<sup>1583</sup> Nødvendighetskravet behandles i neste punkt.

<sup>1584</sup> 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.

<sup>1585</sup> Graver (2015) s. 128.

<sup>1586</sup> Bernt (2015) s. 37.

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 om blir 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 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 eller elementære i den konkrete saken. Interesser som avgjørelsen er uegnet til å ivareta, kan ikke samtidig være viktige eller elementære. 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».<sup>1587</sup> Samtidig legger han til at vurderingen også kan «komme inn der det er verdier som skal beskyttes, snarere enn formål som skal realiseres».<sup>1588</sup> 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 prøvningsintensitet.<sup>1589</sup>

---

<sup>1587</sup> Graver (2015) s. 128.

<sup>1588</sup> Graver (2015) s. 128.

<sup>1589</sup> Se avhandlingens kapittel ni.

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 ol. 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.<sup>1590</sup> Å påvirke andres atferd er også målet med utvisning etter straffelovbrudd. Utvisningen skal virke preventivt.<sup>1591</sup>

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 utreiseferien. 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 utreiseferien anses som tungtveiende innvandringsregulerende hensyn etter utlendingsforskriften.<sup>1592</sup>

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 restriktiv praksis» for når det skal gis opphold av helsemessige grunner. Om det siktes til at det her må sendes et signal ved en

---

<sup>1590</sup> Se også Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154 og 421 om formålet med vektlegging av de innvandringsregulerende hensynene.

<sup>1591</sup> Se for eksempel Üner mot Nederland avsnitt 56 og avhandlingens kapittel fire, punkt 4.5.1.

<sup>1592</sup> 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».

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.<sup>1593</sup> Her var datteren, som hadde alvorlig barnautisme, født etter at familien hadde vært i Norge en periode.<sup>1594</sup> Da saken ble behandlet av lagmannsretten, kom retten til at en utvisning av faren ville påføre barnet og hennes familien en «ekstraordinær påkjønning, som medfører at den blir uforholdsmessig».<sup>1595</sup> 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.<sup>1596</sup> 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 signalfunksjon. 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.<sup>1597</sup>

### **8.3.4 Nødvendig for å ivareta statens interesser**

Inngrep må være nødvendig for å ivareta de legitime interessene det er basert på.<sup>1598</sup> 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.<sup>1599</sup> 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 EMK art. 8 nr. 2.<sup>1600</sup> Kravet gjelder

---

<sup>1593</sup> Om sakens faktum se avhandlingens kapittel tre, punkt 3.2.2.

<sup>1594</sup> Kaplan med flere mot Norge avsnitt 14–16.

<sup>1595</sup> LB-2009-102660.

<sup>1596</sup> LB-2009-102660.

<sup>1597</sup> Se punkt 8.5.

<sup>1598</sup> Se kapittel fire, punkt 4.5.6.2.

<sup>1599</sup> Se for eksempel EMK art. 8 nr. 2, EUs charter art. 52 nr. 1, BK art. 13 nr. 2, 14 nr. 3 og 15. nr. 2.

<sup>1600</sup> Se for eksempel Boutlif 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



også ved utvisning av en utlending uten oppholdstillatelse.<sup>1601</sup> Interesser som gjør seg gjeldende i de to typene utvisningssaker kan være ulike, og dermed kan nødvendighetsvurderingen bli ulik. Etersom 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».<sup>1602</sup> Selv om en rettferdig balansering av interessene også er sentral i saker som gjelder statens negative forpliktelser, blir ikke vurderingen helt lik.<sup>1603</sup> Dette fordi den faktiske og rettslige situasjonen til en «settled migrant» normalt er ganske ulik situasjonen til en som ikke faller inn under kriteriet.<sup>1604</sup>

Klagerne i *Butt mot Norge* ble ikke ansett som «settled migrants», ettersom de kun hadde hatt lovlig opphold i mindre periode av deres totale tid i Norge.<sup>1605</sup> 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'».<sup>1606</sup> 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.

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

---

snevre forholdsmessighetsvurderingen kan flyte noe sammen, ettersom de kriteriene som er oppstilt ser ut til å gjelde i begge vurderingene.

<sup>1601</sup> 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.

<sup>1602</sup> *Tuquabo Tekle og andre mot Nederland* avsnitt 44 og *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 105 og 106.

<sup>1603</sup> Som uttalt en rekke ganger, herunder i *Nunez mot Norge* avsnitt 68.

<sup>1604</sup> *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 105.

<sup>1605</sup> *Butt mot Norge* avsnitt 78.

<sup>1606</sup> *Butt mot Norge* avsnitt 85.

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».<sup>1607</sup> Hvis interessene kan nås på en mindre inngripende måte, er tiltaket uforholdsmessig.<sup>1608</sup> 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.<sup>1609</sup> 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 en utsending 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 sikker en utsending 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

---

<sup>1607</sup> Graver (2015) s. 128.

<sup>1608</sup> Graver (2015) s. 128.

<sup>1609</sup> Se i lignende baner Pobjoy (2015) s. 362.

to react with expulsion would constitute an important means of general deterrence against gross or repeated violations of the Immigration Act.<sup>1610</sup>

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 oppholdstillatelse 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.<sup>1611</sup> Å vurdere nødvendigheten av å utvise for å ivareta rettferdighet, er vanskelig, fordi rettferdighet er en skjønnsmessig størrelse.

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'». <sup>1612</sup> 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. <sup>1613</sup>

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. <sup>1614</sup> 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

---

<sup>1610</sup> Nunez mot Norge avsnitt 71. Se også Antwi med flere mot Norge avsnitt 90.

<sup>1611</sup> Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.5.1.

<sup>1612</sup> Butt mot Norge avsnitt 85.

<sup>1613</sup> 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.

<sup>1614</sup> Boutlif mot Sveits avsnitt 48 og Maslov mot Østerrike avsnitt 68.

tidsmomentet, men også utlendingens etterfølgende atferd.<sup>1615</sup> 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.<sup>1616</sup>

Emberland har drøftet EMDs vektlegging av lang tidsbruk fra myndighetene blir klar over lovbruddene og til utvisningsvedtak blir truffet.<sup>1617</sup> Han mener tidsbruken er et tegn på at myndighetene er imøtekommende og viser humanitet.<sup>1618</sup> Om det er human 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. Barnekomiteen uttrykte i sine avsluttende merknad til Norge fra 2010 bekymring for den lange tiden som kunne gå før vedtak ble truffet i asylsaker.<sup>1619</sup> I tillegg til at tidsbruken kan tyde på at utvisning ikke er nødvendig, kan det være et tegn på at saken er spesiell.<sup>1620</sup> At en sak er spesiell kan medføre at den ligger i grensen for 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. At saken er *spesiell* er et moment som tyder på at utvisning ikke var nødvendig, slik Høyesteretts flertall var inne på i plenumsdom I.<sup>1621</sup>

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

---

<sup>1615</sup> 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.

<sup>1616</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.7 og *Boutlif 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».

<sup>1617</sup> Marius Emberland, «Bordet fanger i EMD», *Lov og Rett*, 2014, s. 443–444.

<sup>1618</sup> Emberland (2014) s. 443–444.

<sup>1619</sup> *CRC/C/NOR/CO/4* avsnitt 50 (b).

<sup>1620</sup> Se *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 103 for et annet aspekt ved lang oppholdstid.

<sup>1621</sup> 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».

utledningens handlinger og unnlater. I saker hvor barn blir berørt, er det oftest ikke barnets handlinger eller unnlater, men foreldrenes. Et spørsmål er derfor om foreldrenes handlinger og unnlater, er relevante i den avveining som må gjøres etter barnets beste. Dette behandler jeg i det følgende punktet.

#### 8.4 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.<sup>1622</sup> 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.<sup>1623</sup>

En type identifikasjon er når vedtaket retter seg direkte mot barnet, og forelderens handlinger benyttes for å rettferdiggjøre at innvandringsregulerende hensyn gjør seg gjeldende i barnets sak, så vel som i foreldrenes.<sup>1624</sup> 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 berøre barn, må rettigheten respekteres også i slike saker. Her blir det ikke en direkte, men snarere en indirekte identifikasjon. Foreldrenes handlinger eller unnlater har gjort at staten har legitime interesser som er egnet og nødvendig å vektlegge i 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 [...].<sup>1625</sup>

---

<sup>1622</sup> 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.

<sup>1623</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 133 og 193, Butt mot Norge avsnitt 79 og Einarsen (2013) s. 294.

<sup>1624</sup> Som i Rt. 2012 s. 1985 som gjaldt både forelderens og barnets oppholdstillatelse.

<sup>1625</sup> Her sitert fra Darren Omoregie med flere mot Norge avsnitt 57 som inneholder henvisninger til andre dommer.

Vektleggingen av når familielivet oppsto, kan påvirke barns muligheter til å få ivaretatt sine interesser.<sup>1626</sup> 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 uthevning)<sup>1627</sup>

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.

Spørsmålet er om det er adgang til å la foreldres handlinger eller unnlatelser innvirke på barnets sak og rettigheter på slike måter som jeg har her har nevnt?

Barn er selvstendige rettighetshavere, og foreldrene handlinger endrer ikke dette.<sup>1628</sup> 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 rettighet. 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.<sup>1629</sup> Det ville innebære at foreldrenes unnlattelse av å forlate landet, kunne innvirket på barnets rett til å få ivaretatt sin identitet og statsborgerskap.<sup>1630</sup> Slik identifisering

---

<sup>1626</sup> Se også Rodrigues da Silva and Hoogkamer mot Nederland hvor det uttales om barnet at «Rachael was born from a genuine relationship», avsnitt 37.

<sup>1627</sup> Udeh mot Sveits avsnitt 50.

<sup>1628</sup> Som annenvoterende i Rt. 2012 s. 1985 er noe inne på i avsnitt 193.

<sup>1629</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 123–125, 134 og 185–199

<sup>1630</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.7.

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.<sup>1631</sup>

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».<sup>1632</sup> 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».<sup>1633</sup> 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. Annenvoterendes uttalte at innvandringsregulerende hensyn som ikke er helt generelle, men er begrunnet i å beskytte andre barn, «har mer gjennomslag enn alminnelige håndhevings- og kontrollhensyn».<sup>1634</sup>

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 «likhetshetsprinsippet i norsk forvaltning».<sup>1635</sup> 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 de 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

---

<sup>1631</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134 og 199.

<sup>1632</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 115.

<sup>1633</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 133.

<sup>1634</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 187.

<sup>1635</sup> Utlendingsloven § 38 fjerde ledd bokstav a og Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 118.

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.<sup>1636</sup> 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 tilfalle 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 [...].<sup>1637</sup>

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 exploitation as mentioned above since the applicants had reached the age of majority and their mother had died».<sup>1638</sup> 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».<sup>1639</sup> 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 lite nødvendig. Et annet tilfelle hvor slik identifikasjon er unødvendig, er hvis moren eller faren til

---

<sup>1636</sup> Se blant annet kapittel syv, punkt 7.6 og 7.8.

<sup>1637</sup> *Butt mot Norge* avsnitt 79.

<sup>1638</sup> *Butt mot Norge* avsnitt 79.

<sup>1639</sup> *Butt mot Norge* avsnitt 86. Se også annenvoterendes behandling av dommen i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 194.



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 trukke frem «ønske om å unngå at barn sendes alene som såkalte ‘ankerbarn’». <sup>1640</sup> 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 å søke om familiegjenforening. <sup>1641</sup> Formålet ved 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 som hovedformål. <sup>1642</sup> Begrunnelsene for at barna reiser er mange og ulike. <sup>1643</sup> 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 interessen i å unngå at foreldre sender barn til Norge med det formål å søke familiegjenforening. Ankerbarn-teorien utgjør en risiko for at et hensyn som ikke er egnet til å ivaretatt 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 egenheten 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

---

<sup>1640</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 34.

<sup>1641</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 34.

<sup>1642</sup> Ada Engebrigtsen, «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).

<sup>1643</sup> Engebrigtsen (2002) s. 44–45 og Meld. St. 27 (2011–2012), *Barn på flukt* s. 18.

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».<sup>1644</sup> Myndighetene ønsket at barna skulle komme til Danmark så unge som mulig, og tilbringe «as many of their formative years as possible» der.<sup>1645</sup> 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.<sup>1646</sup> Om lovgivningen uttalte EMD at «[t]he Court does not question that the said legislation [...] pursued a legitimate aim».<sup>1647</sup> 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 uthevning).<sup>1648</sup> Domstolens videre behandling av dette spørsmålet er av betydning for adgangen til å identifisere barn med sine foreldre, uten å krenke barnets rettigheter.

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».<sup>1649</sup> 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.<sup>1650</sup> 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».<sup>1651</sup> 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».<sup>1652</sup> Sammenholdt med enkelte andre momenter, ble konklusjonen dermed at jentas rettigheter etter art. 8 var krenket. Argumentasjonen til EMD underbygger at foreldres handlinger og unnlatelser kan falle inn under statens legitime interesser, og dermed vektlegges

---

<sup>1644</sup> Osman mot Danmark avsnitt 66.

<sup>1645</sup> Osman mot Danmark avsnitt 66.

<sup>1646</sup> Osman mot Danmark avsnitt 28 og 66.

<sup>1647</sup> Osman mot Danmark avsnitt 67.

<sup>1648</sup> Osman mot Danmark avsnitt 67.

<sup>1649</sup> Osman mot Danmark avsnitt 69.

<sup>1650</sup> Osman mot Danmark avsnitt 70.

<sup>1651</sup> Osman mot Danmark avsnitt 71.

<sup>1652</sup> Osman mot Danmark avsnitt 73.

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 unnlatelser kan kun komme inn i avveiningsiden av barnets beste, under statens interesser. Dette er nødvendig for at statens skal ivareta sin plikt til respektere, sikre og oppfylle barns rettigheter. En annen side av forholdet mellom statens sikringsplikt og foreldrenes rolle, er at rettighetene ikke kan gjøres avhengig 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».<sup>1653</sup> 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 avveiningssiden av barnets beste, som innvandringsregulerende hensyn. Dermed gjelder kravene om *egnethet og nødvendighet* for å ivareta statens interesser som springer ut av foreldrenes 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 foreldrens handlinger eller unnlatelser.

## 8.5 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.<sup>1654</sup> 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.

---

<sup>1653</sup> K.Y.M mot Danmark avsnitt 11.8 (b).

<sup>1654</sup> Se dette kapitlets punkt 8.3.3.

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 utlendl. § 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 sentral for vekten av statens interesser. De to typene utvisningsgrunnlag som er relevant for temaet her, er brudd på straffelovgivningen og på utlendingslovens bestemmelser.<sup>1655</sup> 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.<sup>1656</sup> Forbrytelser knyttet til narkotika, er først og fremst alvorlig når det gjelder «those actively involved in the spread of this scourge».<sup>1657</sup> Videre gir utvisningsgrunnlagene i utlendl. §§ 66–68 noe veiledning, ettersom det skal mer alvorlige lovbrudd til for å utvise utlendinger med oppholdstillatelse, enn hvis utlendingen ikke har lovlig opphold.

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 er først og fremst relevante ved brudd på utlendingslovens bestemmelser.<sup>1658</sup> Hensynene har likhetstrekk med utvisningsgrunnlagene som kan benyttes ved utvisning av en utlending uten oppholdstillatelse.<sup>1659</sup> I likhet ved utvisning henger vekten sammen med alvorlighetsgraden av lovbrudd som er begått.<sup>1660</sup>

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

---

<sup>1655</sup> Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.5.6.3.

<sup>1656</sup> Maslov mot Østerrike avsnitt 81.

<sup>1657</sup> Maslov mot Østerrike avsnitt 80.

<sup>1658</sup> Se for eksempel utlendingsforskriften § 8-5 tredje og fjerde ledd.

<sup>1659</sup> Se utlendl. § 66 føret ledd bokstav a.

<sup>1660</sup> Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.4.2.3 og 4.5.6.3.

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.<sup>1661</sup> 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.<sup>1662</sup>

Som jeg har lagt til grunn i kapittel fire, er § 38 fjerde ledd ment å tolkes slik at innvandringsregulerende hensyn *skal* vektlegges, *så fremt de gjør seg gjeldende*.<sup>1663</sup> 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». <sup>1664</sup> Det gjør at sakens karakter og faktum er sentral 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 generelt utformet og bygger på en likhetstankegang tyder på at de ikke nødvendigvis krever klanderverdige 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 vektningen?

Et spørsmål av betydning for disse problemstillingene er hva likebehandlingsprinsippet innebærer? Bernt og Rasmussen legger til grunn at «likhetsprinsippet i forvaltningen» er nært beslektet med forbudet mot å ta utenforliggende hensyn og er «et krav om at like tilfeller skal behandles likt». <sup>1665</sup> 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». <sup>1666</sup> Som Bernt og Rasmussen slår fast sier imidlertid et slikt prinsipp lite, og de stiller det betimelige spørsmålet «hva er egentlig likt?». <sup>1667</sup> For temaet her er et spørsmål

---

<sup>1661</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 421.

<sup>1662</sup> 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.

<sup>1663</sup> Kapittel fire, punkt 4.4.2.3.

<sup>1664</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154.

<sup>1665</sup> Bernt og Rasmussen (2010) s. 97. Se også Graver (2015) s. 113 om «likhetsgrunnsetningen».

<sup>1666</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 118.

<sup>1667</sup> Bernt og Rasmussen (2010) s. 97. Se også Eckhoff og Smith (2018) s. 66 om kva som er «likt».

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.<sup>1668</sup> Der står det at «det først og fremst er konsekvenser som kan knyttes til *terskelen for innvilgelse og avslag*, blant annet grunnet *likebehandlingsprinsipper*, som kan være av innvandringsregulerende betydning» (min utheving).<sup>1669</sup> 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.<sup>1670</sup> Det er vanskelig å se hvordan en enkelt sak, hvor kriteriene i § 38 første ledd er oppfylt, påvirker terskelen. Ettersom departementet viser til likebehandlingsprinsipper, 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 avhandlingens 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 de ulikt.

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 likehetsbetraktninger 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 vektningen?

Ordlyden tyder på at hensynene gjelder generelt, og ikke trenger å aktualiseres av utlendingens handlinger eller unnlatelser. Ettersom departementet knytter likhetsprinsippet til terskelen for å

---

<sup>1668</sup> Førstvoterende viser til Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154, Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 117.

<sup>1669</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 154.

<sup>1670</sup> Under forbehold om at det er mulig å finne en generell terskel, slik det ser ut til at departementet mener i forarbeidene.

innvilge opphold, og denne er høyere dersom utlendingen har brutt utlendingslovens regler, vil antageligvis hensynene likevel være mest relevant 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.<sup>1671</sup> Uttalelsen tyder på at slike forhold øker vekten av statens interesser, men at det ikke er en absolutt forutsetning.<sup>1672</sup>

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.<sup>1673</sup> At slike generelle innvandringsregulerende hensyn alene veier lite, støttes av det er vanskelig å se nødvendigheten av å vektlegge de 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 innebære at disse blir avgjørende i enkeltsaker.

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.<sup>1674</sup> 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.<sup>1675</sup> Et av momentene er *lovbruddets karakter og alvorlighetsgrad*, som jeg allerede har vært kort inne på ovenfor.<sup>1676</sup> Et annet er *tiden* som har gått siden lovbruddet og utlendingens

---

<sup>1671</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 107.

<sup>1672</sup> Butt mot Norge tyder også på at når avgjørelsen retter seg noen mot ikke kan klandres for de brudd 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.

<sup>1673</sup> Se i lignende baner Pobjoy (2015) s. 360.

<sup>1674</sup> Som nevnt i kapittel syv 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 7.10.2.

<sup>1675</sup> Slik det fremgår av Jeunesse mot Nederland avsnitt 104 og 105.

<sup>1676</sup> Üner 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.

*etterfølgende atferd* i perioden frem til EMDs behandling.<sup>1677</sup> 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.<sup>1678</sup> 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, *viste 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.<sup>1679</sup> 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».<sup>1680</sup> Her er koblingen sterkere opp mot de interessene som ofte søkes ivaretas i denne typen saker, i tillegg til at det synes noe mer forutberegning for familien. I begge tilfellene ligger det imidlertid et element av klander, og dette elementet gjør seg ikke gjeldende overfor barnet. Dette må 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 tillit 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».<sup>1681</sup> 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.

---

<sup>1677</sup> Boultif mot Sveits avsnitt 48.

<sup>1678</sup> I tillegg øker gjerne tyngden av barnets interesser ettersom tiden går.

<sup>1679</sup> Se punkt 8.4 ovenfor.

<sup>1680</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 108 med videre henvisninger.

<sup>1681</sup> Guliyev og Sheina mot Russland avsnitt 56.



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 knyttet 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.<sup>1682</sup> Manglende registrering ved fødsel utgjør en risiko for at barnet ikke får sine rettigheter respektert og sikret, og kan ha en rekke negative følger for barnet.<sup>1683</sup> Barnet har en sterk interesse i å bli registret 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.

## 8.6 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.<sup>1684</sup> Dermed blir også avveiningen konkret. Her tar jeg derfor bare opp sentrale 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.<sup>1685</sup> Utover at barnets beste skal være «a primary

---

<sup>1682</sup> 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.

<sup>1683</sup> General Comment nr. 4/23 avsnitt 20.

<sup>1684</sup> 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.

<sup>1685</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.3.

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.<sup>1686</sup>

Barnets beste skal altså ha høy prioritet, slik det også kommer frem av ordlyden i art. 3 nr. 1.<sup>1687</sup>

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».<sup>1688</sup> 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.<sup>1689</sup> Videre må barnets beste være et tungtveiende element i *forholdsmessighetsvurderingen* som må gjøres når Grl. § 102 kommer til anvendelse.<sup>1690</sup> Av utlendl. § 70 hvor barnets beste inngår, følger det at utvisningen ikke må være uforholdsmessig. Det benyttes altså flere ulike begreper. Det er likevel ikke noen motstrid. Alle begrepene sikter til en avveining mellom konkurrerende interesser.<sup>1691</sup>

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.<sup>1692</sup> Hva som best tjener barnets interesser er imidlertid av en *annen karakter* enn statens interesser i å regulere og

---

<sup>1686</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 37.

<sup>1687</sup> Som fremhevet av barnekomiteen i General Comment nr. 14 avsnitt 39.

<sup>1688</sup> Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

<sup>1689</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.5.5.2.

<sup>1690</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 66.

<sup>1691</sup> Eller «motstående hensyn», Bernt (2015) s. 38.

<sup>1692</sup> Se Graver (2015) s. 129.

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 målsetninger. En avveining mellom to så ulike størrelser skaper utfordringer.<sup>1693</sup> I tillegg kommer kravet om at hva som er i barnets beste interesser skal være et grunnleggende element avgjørelsen.

Graver legger til grunn at en forholdsmessighetsvurdering ofte vil bero på et verdibasert skjønn, med klare politiske overtoner.<sup>1694</sup> Sunsdal beskriver forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning som i grenseland mellom juss og politikk.<sup>1695</sup> Abramson beskriver EMDs «principle of reasonableness»/«proportionality principle» som det laveste standarden og mest subjektive og vilkårlige testen som følger av menneskerettighetene.<sup>1696</sup> 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 bidrar 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.<sup>1697</sup> 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».<sup>1698</sup> Det er ikke en *skjønnsfrihet*, men heller et slingringsmonn. Skjønnsmarginen varierer etter hvilken rettighet saken gjelder, rettighetens karakter i saken og hvilke interesser avgjørelsen er begrunnet i.<sup>1699</sup> Skjønnsmarginen henger sammen med EMDs subsidiære rolle, og har betydning for forholdet mellom EMD og norske

---

<sup>1693</sup> Som påpekt av Sunsdal (2015) s. 266.

<sup>1694</sup> Graver (2015) s. 129.

<sup>1695</sup> Sunsdal (2015) s. 266.

<sup>1696</sup> Abramson (2008) s. 56. Se også s. 36–37 om skjønn i avveiningen.

<sup>1697</sup> 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.

<sup>1698</sup> EMDs dom 22. oktober 1981, *Dudgeon mot Storbritannia* avsnitt 52. Se også X mot Latvia avsnitt 101.

<sup>1699</sup> Se for eksempel *Dudgeon mot Storbritannia* avsnitt 52.

myndigheter.<sup>1700</sup> Den gjelder ikke mellom norske domstoler og forvaltningen, og dette forholdet er heller ikke temaet her.<sup>1701</sup> Det som er interessant med skjønnsmarginen for temaet i dette punktet, er at den ser ut til å ha *to sider*.<sup>1702</sup>

Letsas omtaler den første siden som «the substantive concept of the doctrine».<sup>1703</sup> Den retter seg mot «the relationship between individual freedoms and collective goals».<sup>1704</sup> Den andre omtaler han som «structural concept».<sup>1705</sup> 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».<sup>1706</sup> Sistnevnte side henger sammen med EMDs subsidiære rolle og at nasjonale domstoler ofte er nærmere til å foreta de konkrete vurderingene og avveiningene.<sup>1707</sup> 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.<sup>1708</sup> Han mener formuleringen benyttes i mangler på et teoretisk fundament.<sup>1709</sup> Letsas uttaler at EMDs «balancing between the various conflicting interests takes place ad hoc, in the absence of a normative theory».<sup>1710</sup> Konklusjonens hans blir at «the substantive margin of appreciation must refer to a theory that explains the role of rights within

---

<sup>1700</sup> 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 den føyes til et avsnitt. Av protokollen følger det at statene, 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 trår 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.

<sup>1701</sup> Hvilke prøvningsintensitet 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 argumenter 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 en 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.

<sup>1702</sup> 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.

<sup>1703</sup> Letsas (2006) s. 706.

<sup>1704</sup> Letsas (2006) s. 706.

<sup>1705</sup> Letsas (2006) s. 706.

<sup>1706</sup> Letsas (2006) s. 706.

<sup>1707</sup> Letsas (2006) s. 722.

<sup>1708</sup> Letsas (2006) s. 710 flg.

<sup>1709</sup> Letsas (2006) s. 713–715.

<sup>1710</sup> Letsas (2006) s. 715.

a broader scheme of political morality that includes political values such as justice, legality and democracy». <sup>1711</sup>

Når det trekkes fram 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. <sup>1712</sup> 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». <sup>1713</sup> For barn må etter min mening kjernen også omfatte deres sterke interesse i liv, overlevelse og en helhetlig utvikling. <sup>1714</sup> 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 nært sammen med dets helhetlige utvikling, er barnets behov for omsorg fra sine foreldre. Barnekomiteen 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. <sup>1715</sup>

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 foreldren 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

---

<sup>1711</sup> Letsas (2006) s. 716.

<sup>1712</sup> Letsas (2006) s. 718.

<sup>1713</sup> Letsas (2006) s. 718.

<sup>1714</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.3.

<sup>1715</sup> General Comment nr. 4/23 avsnitt 29.

barnet og forelderen kan opprettholde *personlig og regelmessig 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.<sup>1716</sup>

Å fremheve saker hvor det fremstår som klart at barnets interesser må gå foran statens, gir en risiko for 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 kjernen 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 at 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 alt for 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».<sup>1717</sup> Det legges til at det skal «svært gode og tungtveiende grunner til for å oppveie dette».<sup>1718</sup> 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 legitimt kvalifiserer til utvisning. Alvoret av handlingene vurderes så. Til sist foretas en avveining med utgangspunkt

---

<sup>1716</sup> 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.

<sup>1717</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 79.

<sup>1718</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 79.

i barnets interesser og de grunnene som taler for utvisning av moren.<sup>1719</sup> Her uttales det følgende:

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.<sup>1720</sup>

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 ikke noen prinsipielle forskjeller som vil gjøre en avveining ved opphold på humanitært grunnlag vanskeligere enn i utvisningssaker.

Variasjonene i barnets interesser og tyngdene 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 barnet 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 uttalt 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 uthevning)<sup>1721</sup>

---

<sup>1719</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 81.

<sup>1720</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 81.

<sup>1721</sup> 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 sårbarsituasjon kan i stor grad innvirke på avveiningen.<sup>1722</sup> 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 kjernen av barnets beste.

Analysen av avveiningen kunne med nok fordel 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 avhandlingen er imidlertid fokuset først og fremst på barns interesser, og her ligger også tyngden av fremstillingen.<sup>1723</sup>

Selv om det i dette kapittelet 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».<sup>1724</sup> 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 vanskelig å harmonere med barns interesser.

I dette kapittelet er tematikken behandlet uten hensyn til prosessuelle regler av betydning for en eventuelt prøvningsintensitet fra domstolens side. Hvor inngående domstolen går i prøvningen av barnets beste, kan ha stor betydning for om rettigheten sikres effektivt. I neste kapittel behandler jeg derfor domstolenes prøvningsintensitet.

---

<sup>1722</sup> 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.

<sup>1723</sup> Se avhandlingens kapittel to, punkt 2.2.1.

<sup>1724</sup> Pobjoy (2015) avsnitt 361.



## 9 Prøvningsintensitet ved domstolskontroll av barnets beste

### 9.1 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.<sup>1725</sup> For at barn skal kunne håndheve rettighetene sine, er det nødvendig med prosessuelle regler som sørger for effektiv sikring av disse. I den sammenheng er det av betydning hvor inngående domstolene kontrollerer om forvaltningen har respektert og sikret rettighetene, herunder hvor inngående prøvingen gjøres.

I dette kapittelet er temaet prøvningsintensitet 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 prøvningsintensiteten 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. Prøvningsintensiteten er høyest i utvisningssaker. Dette skyldes først og fremst at forvaltningen har forskjellig grad av *skjønn* etter reglene som regulerer de to typene vedtak.<sup>1726</sup> 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 barnets beste. Videre behandler jeg hvilke faktum som må legges til legges grunn av domstolene ved slik prøvning. Deretter drøfter jeg *hvor inngående prøvning* domstolen må foreta etter de krav menneskerettighetene stiller til prøvningsintensiteten. 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.

---

<sup>1725</sup> Van Bueren (1998) s. 1 og avhandlingens kapittel fem, punkt 5.2.

<sup>1726</sup> 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.

Kapittelet bygger på analysene i tidligere kapittelet, men perspektivet er skiftet fra barnets bestes materielle innhold, og til hvordan dette innholdet må sikres av domstolene.<sup>1727</sup>

## 9.2 Dagens domstolskontroll av vedtaks gyldighet

### 9.2.1 Forvaltningskjønnet

Graver beskriver to tilnærminger til forvaltningskjønnet, en materiell og en formell.<sup>1728</sup> 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».<sup>1729</sup> 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».<sup>1730</sup> At domstolen ikke anses å ha kompetanse til å overprøve forvaltningens vurderinger innebærer ikke at vurderingene automatisk kan defineres som ikke-juridiske.<sup>1731</sup> 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 siste ordet ved anvendelsen av dem.

Selv om forvaltningen nyter en skjønnsfrihet, er domstolen alltid kompetent til prøve om forvaltningens vurderinger er innenfor kravene til saklig og forsvarlig myndighetsutøvelse.<sup>1732</sup> Etter læren om saklig og forsvarlig myndighetsutøvelse kan domstolene prøve om et vedtak «lider 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».<sup>1733</sup> Inn under spørsmålet om vedtaket bygger på et forsvarlig skjønn kan domstolen prøve om det faktiske

---

<sup>1727</sup> Se avhandlingens kapittel to, punkt 2.2 om perspektiv i avhandlingen.

<sup>1728</sup> Graver (2015) s. 236.

<sup>1729</sup> Graver (2015) s. 236.

<sup>1730</sup> Graver (2015) s. 236.

<sup>1731</sup> Hvilke materielle føringer som ligger på vurderingen varier. 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 fr. eks Rt. 2012 s. 1025 avsnitt 68.

<sup>1732</sup> Tradisjonelt har samlebetegnelsen «læren om myndighetsmisbruk» eller «misbrukslæren» blitt brukt om denne læren. Disse begrepene har imidlertid blitt kritisert, se Graver (2015) s. 115, 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.

<sup>1733</sup> Rt. 2011 s. 304 avsnitt 55.

grunnlaget for skjønnets er korrekt, om rettslige normer for hvordan skjønnets skal gjennomføres er fulgt og om skjønnets som er utøvd er tilstrekkelig bredt.<sup>1734</sup>

Forvaltningens skjønn har to sider. Den første er skjønnetsfrihet til å bestemme om og eventuelt på hvilken måte kompetanse skal brukes, heretter *hensiktsmessighets*skjønn.<sup>1735</sup> Den andre er skjønnetsfrihet til å avgjøre om de lovbestemte vilkårene er oppfylt, heretter *subsumsjon*sskjønn.<sup>1736</sup> Hvorvidt det foreligger hensiktsmessighetsskjønn og subsumsjonsskjønn beror på en tolkning av den aktuelle kompetansehjemmelen, og er følgelig et lovtolkningsspørsmål.

Hovedregelen er at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte.<sup>1737</sup> Dette er særlig begrunnet i rettssikkerhetshensyn.<sup>1738</sup> Unntak fra hovedregelen må særskilt begrunnes.<sup>1739</sup> Både en utvisning og et avslag på opphold griper normalt 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?

### 9.2.2 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.<sup>1740</sup> At forholdsmessighetsvurderingen må prøves, ble i tilknytning til utlendingsloven 1988 begrunnet slik av Høyesterett:

---

<sup>1734</sup> Rt. 2012 s. 1025 avsnitt 68.

<sup>1735</sup> Se Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 152–154. Når forvaltningen har myndighet til å avgjøre om vedtak skal treffes benyttes begrepene «kan-skjønn», «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 (2015) s. 236–240 for beskrivelse og kritikk av begrepene. Jeg benytter hensiktsmessighetsskjønn fordi begrepet gjenspeiler at skjønnets 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 formål og interesser som skal ivaretas.

<sup>1736</sup> Se Graver (2015) s. 246.

<sup>1737</sup> 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.

<sup>1738</sup> Rt. 1995 s. 1427 på s. 1433.

<sup>1739</sup> Rt. 1995 s. 1427 på s. 1433.

<sup>1740</sup> 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.

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.<sup>1741</sup>

Når forholdsmessighetsvurderingen er gjenstand for full overprøving er det lite igjen av hensiktsmessighetsskjønn.<sup>1742</sup>

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 hensiktsmessighetsskjønn.<sup>1743</sup> 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.<sup>1744</sup> Høyesterett har også benyttet betegnelsen «vilkår».<sup>1745</sup>

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.<sup>1746</sup> Etter en gjennomgang av forarbeidene til utlendingsloven 1988, uttalte førstvoterende følgende:

---

<sup>1741</sup> Rt. 1998 s. 1795 på s. 1803.

<sup>1742</sup> 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.

<sup>1743</sup> 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.

<sup>1744</sup> Se Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159.

<sup>1745</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 144

<sup>1746</sup> Rt. 2008 s. 681 avsnitt 46.

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-skjønnnet».<sup>1747</sup>

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).<sup>1748</sup> Uttalelsen tyder på at de to alternativene ble betraktet som vilkår, som var unntatt fra hovedregelen om at domstolene kan prøve subsumsjonen.<sup>1749</sup>

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 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.<sup>1750</sup> Subsumsjonen prøves følgelig heller ikke etter någjeldende utlendingslov. Det kan imidlertid, som Boe gjør, fremmes gode argumenter for at subsumsjonen *burde* underlegges domstolskontroll.<sup>1751</sup>

Et poeng Boe trekker frem, er at vurderingene som vilkårene gir anvisning på, er en «juridisk/etisk/rettssikkerhetsmessig bedømmelse».<sup>1752</sup> Slike vurderinger anser domstolen seg som hovedregelen i stand til å foreta.<sup>1753</sup> Motsetningsvis taler vilkår som gir anvisning på

---

<sup>1747</sup> Rt. 2008 s. 681 avsnitt 39.

<sup>1748</sup> Rt. 2008 s. 681 avsnitt 46.

<sup>1749</sup> 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.

<sup>1750</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 144.

<sup>1751</sup> Boe (2009) se særlig s. 23–24 og 30–31.

<sup>1752</sup> Boe (2009) s. 23–24.

<sup>1753</sup> Boe (2009) s. 24 og Graver (2015) s. 249–250. 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.

utpregede politiske, faglige eller svært skjønnspregede vurderinger, mot domstolskontroll.<sup>1754</sup> Vilkåret «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.<sup>1755</sup> 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 hensiktsmessighetskjønnet. 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. Vilkårene 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 prøvning av *disse* vurderingene. Vilkårenes 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 fører til at noen som er i behov for beskyttelse, gis avslag på opphold.<sup>1756</sup> Bestemmelsen er viktig for rettsikkerheten, på et rettsområde hvor avgjørelsene kan få stor betydning for utlendingen.<sup>1757</sup>

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.<sup>1758</sup> Domstolen prøver heller ikke avveiningen.

For temaet i avhandlingen 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.

---

<sup>1754</sup> Se Boe (2009) s. 24.

<sup>1755</sup> Se avhandlingens kapittel en, punkt 1.2 og kapittel fire, 4.3.

<sup>1756</sup> Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.4.1.

<sup>1757</sup> At bestemmelsen er viktig for rettsikkerheten legges også til grunn av Høyesterett under henvisning til lovens forarbeider, se Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 109.

<sup>1758</sup> 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.

### 9.2.3 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.<sup>1759</sup> 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.<sup>1760</sup> Det ser imidlertid ikke ut til at domstolskontrollen alltid er like inngående i utvisningssaker.<sup>1761</sup> 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».<sup>1762</sup> 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.<sup>1763</sup> Førstvoterende kom til at:

Domstolenes oppgave blir [...] å kontrollere forvaltningens generelle forståelse av begrepet «barnets beste» på det aktuelle saksområdet, og at hensynet er forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn. Den konkrete vurderingen av barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen, hører derimot under forvaltningens frie skjønn.<sup>1764</sup>

Den første setningen stammer fra Einarsen, mens siste setning har førstvoterende selv føyd til, uten nærmere presisering eller begrunnelse.<sup>1765</sup> Hvordan retten skal kunne kontrollere at barnets beste er forsvarlig avveid mot motstående hensyn, uten å gå inn på interesseavveiningen, er ikke nærmere utypet.

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».<sup>1766</sup> Dette må gjøres gjennom en kontroll av

---

<sup>1759</sup> Som for eksempel i Rt. 2005 s. 229, Rt. 2009 s. 534, Rt. 2011 s. 948 og Rt. 2015 s. 93.

<sup>1760</sup> Se for eksempel Rt. 2015 s. 93 avsnitt 72–81.

<sup>1761</sup> Se Rt. 2010 s. 1440.

<sup>1762</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 76.

<sup>1763</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 76. Saken ble løst etter utlendingsloven 1988, ettersom den nye loven enda ikke var trådt i kraft.

<sup>1764</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 77.

<sup>1765</sup> Terje Einarsen, *Utlendingsloven – med kommentarer*, Bergen 2008 s. 44.

<sup>1766</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 149.

vedtakets begrunnelse.<sup>1767</sup> Det ble lagt til grunn at en begrunnelse som ivaretok de krav som fulgte av dagjeldende utlendingsforskrift § 17-1a, ville være tilstrekkelig for den kontrollen domstolen skulle foreta.<sup>1768</sup> Heller ikke i plenumsdommen vurderte flertallet BK og kilder tilknyttet konvensjonen, men forholdt seg til § 38 og kilder knyttet til utlendingsloven. Den begrensede prøvningen av barnets beste ble fulgt opp i plenumsdom II og III.<sup>1769</sup>

Slik Høyesterett har tolket § 38 er altså prøvningen av barnets beste begrenset. Selv om barnets beste, på det abstrakte- og på mellomnivået, har samme innhold, formål og utforming i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, er følgelig prøvningsintensitet i dag forskjellig i de to sakstypene.<sup>1770</sup> Mens det i utvisningssaker er åpnet for en inngående kontroll av barnets beste som en del av forholdsmessighetsvurderingen, er prøvningsintensiteten i saker etter § 38 lav. I sistnevnte saker foretas det hovedsakelig en prosessuell kontroll av vedtakets begrunnelse.

#### **9.2.4 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 stiling til gyldigheten av et forvaltningsvedtak.<sup>1771</sup> Mer presist er det et spørsmål om domstolen ved gyldighetsspørsmål skal legge til grunn faktum slik det var på vedtakstidspunktet eller på tidspunktet for domstolsbehandling. Spørsmålet om hvilke faktum som skal legges ved gyldighetskontroll er relevant for begge typer saker som behandles i avhandlingen. 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.<sup>1772</sup>

---

<sup>1767</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 150.

<sup>1768</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 150. Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.5.4.1.

<sup>1769</sup> Rt. 2012 s. 2039 og Rt. 2015 s. 1388.

<sup>1770</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.4 om barnets bestes to nivå.

<sup>1771</sup> 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 – rettstilstanden før mai 2012», *Lov og Rett*, 2012 451–472, Gunnar O. Hæreid, «Tidspunkt for faktumvurderinga – rettstilstanden etter mai 2012», *Lov og Rett*, 2012 s. 533–551. Graver (2015) s. 525, Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave Oslo 2017 s. 27–28 og 1059, Håvard H. Holdø & 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.

<sup>1772</sup> Dette var tilfellet i saken som ble behandlet i Rt. 2012 s. 667.



Hvilket faktum som skal legges til grunn er ikke regulert i lovgivningen. 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».<sup>1773</sup> Det presiseres at etterfølgende omstendigheter ikke kan trekkes inn, men det utdypes ikke hvorfor.<sup>1774</sup> 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.<sup>1775</sup> 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 til doms».<sup>1776</sup> Resultatet ble at lagmannsrettens dom ble opphevet, og saken måtte behandles på nytt.<sup>1777</sup> I plenumsdom I ble spørsmålet igjen behandlet. Denne gangen mente et flertall at domstolen ikke kunne ta i betraktning faktum etter vedtakstidspunktet.<sup>1778</sup> 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».<sup>1779</sup>

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.<sup>1780</sup> Et tredje eksempel er at hvis barnet er født etter siste vedtak, regnes det som et nytt faktum domstolen ikke kan ta i betraktning.<sup>1781</sup> Nye bevisfakta må derimot trekkes inn i prøvningen av vedtaks gyldighet.<sup>1782</sup>

---

<sup>1773</sup> Rt. 2003 s. 460 avsnitt 14.

<sup>1774</sup> Rt. 2003 s. 460 avsnitt 14. Se Skoghøy (2018) s. 140 om kjennelsen.

<sup>1775</sup> Rt. 2012 s. 667 avsnitt 27.

<sup>1776</sup> Rt. 2012 s. 667 avsnitt 50.

<sup>1777</sup> Borgarting lagmannsrett LB-2012-81191.

<sup>1778</sup> 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).

<sup>1779</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 70.

<sup>1780</sup> Borgarting lagmannsretts dom LB-2017-48169 punkt 1 under lagmannsrettens bemerkninger.

<sup>1781</sup> LB-2017-48169 punkt 1 under lagmannsrettens bemerkninger.

<sup>1782</sup> 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».

Løsningen harmonerer med at domstolen kun prøver begrunnelsen til vedtaket etter utlendl. § 38. Det er imidlertid ikke gitt at en så begrenset prøvning som domstolen foretar i dag verken kan eller bør opprettholdes i saker hvor barn blir berørt. I utvisningssaker, hvor prøvningsintensiteten normalt er høy, blir løsningen kronglete. Forholdsmessighetsvurderingen etter § 70 vil kunne bli mangelfull hvis det sees 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.<sup>1783</sup> 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 «uopprettelige skader og rettsfornektelse» dersom domstolen ser bort fra konvensjonsrettslig relevant faktum, fordi det har inntrådt etter at siste vedtak ble truffet.<sup>1784</sup> Han viser i den forbindelse til at EMD foretar en nåtidsvurdering.<sup>1785</sup>

Nytt faktum må etter dagens gyldighetskontroll prøves av UNE. Nemnda har plikt til å besvare anmodninger om omgjøring.<sup>1786</sup> Hvis det er en reell risiko for menneskerettsbrudd har UNE også plikt til å realitetsbehandle omgjøringskravet.<sup>1787</sup> Plikten er presisert i UNEs interne retningslinjer, og er utledet av god forvaltningsskikk og rettssikkerhetshensyn.<sup>1788</sup> 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.<sup>1789</sup> 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.<sup>1790</sup> Disse forholdene gjør det nødvendig med domstolskontroll, slik det også er adgang til. Domstolskontrollen blir imidlertid ufullstendig hvis det har oppstått nye faktiske omstendigheter av betydning for saken. Dagens løsningen kan i tillegg være tid-

---

<sup>1783</sup> Rt. 2012 s. 667 avsnitt 29.

<sup>1784</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 172.

<sup>1785</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 172. Se også Butt mot Norge avsnitt 52.

<sup>1786</sup> Utlendingsnemnda. UNE, *Interne retningslinjer. Saksbehandlingen i UNE*, 23.10.2017 (Interne retningslinjer i UNE) punkt 9 s. 22.

<sup>1787</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 88 og 177. og Interne retningslinjer i UNE punkt 9 s. 22 og

<sup>1788</sup> Interne retningslinjer i UNE punkt 9 s. 22.

<sup>1789</sup> Interne retningslinjer i UNE punkt 9 s. 22.

<sup>1790</sup> Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.3.

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.<sup>1791</sup> At løsningen ofte er lite effektiv, er heller ikke heldig for forvaltningen. Etter vært som tiden går kan statens handlingsrom minske i takt med at individets interesser øker i vekt.<sup>1792</sup> 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 inngrepene karakter eller av stor økonomisk eller velferdsmessig betydning for borgerne».<sup>1793</sup> 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».<sup>1794</sup> 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 de 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 behov som gjør seg gjeldende.<sup>1795</sup> 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 gyldighetssøksmål og

---

<sup>1791</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.5.3.

<sup>1792</sup> Se avhandlingens kapittel syv og åtte.

<sup>1793</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 228.

<sup>1794</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 228.

<sup>1795</sup> Skoghøy (2018) s. 140.

håndhevelsessøksmål». <sup>1796</sup> Håndhevelsessøksmål må prøves ut fra faktum på domstidspunktet, eventuelt utsendelsestidspunktet. <sup>1797</sup>

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. <sup>1798</sup> I Somalia ville det vært en risiko for at jentene ble utsatt for kjønnslemlestelse. <sup>1799</sup> Kjønnslemlestelse krenker barns rett etter BK art. 6 og 37 a, GrL. § 93 annet ledd, EMK art. 3 og SP art. 7. <sup>1800</sup> Staten har i den sammenheng 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». <sup>1801</sup> 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 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. <sup>1802</sup> Det kan derimot gå til sak om krenkelse av EMK, herunder art. 8 og 3. En prøvning 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

---

<sup>1796</sup> Skoghøy (2018) s. 141.

<sup>1797</sup> 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 Stable (2015) og Stub (2016).

<sup>1798</sup> Borgarting lagmannsretts dom LB-2017-48169 punkt 1 under lagmannsrettens bemerkninger.

<sup>1799</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.8 om skadelige skikker.

<sup>1800</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.8 om skadelige skikker.

<sup>1801</sup> Borgarting lagmannsretts dom LB-2017-48169 punkt 1 under lagmannsrettens bemerkninger.

<sup>1802</sup> Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 36 flg.

kunne få prøvd barnets beste i et gyldighetssøksmål med et oppdatert faktum, eller gjennom et håndhevelsessøksmål.<sup>1803</sup> Hvis ikke er det en risiko for at barns rettigheter krenkes.

### 9.3 Hvor inngående må domstolskontrollen av barnets beste være?

#### 9.3.1 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 avhandlingen 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 prøvningen av om barnets beste er krenket. Eller uttrykt på en annen måte, hvor inngående må domstolskontrollen av barnets beste være? For å svare på dette, er det sentralt hvilke krav til prøvningsintensitet som følger av menneskerettighetene. Jeg går derfor først nærmere inn på de overordnede krav som gjelder for prøvningsintensiteten. Disse kravene er ikke statiske. I de etterfølgende punktene behandler jeg hvordan de ulike variablene som innvirker på prøvningsintensiteten gjør seg gjeldende for barnets beste, innenfor de to sakstypene som behandles i avhandlingen. Til sist vurderer jeg om prøvningsintensiteten må økes.

#### 9.3.2 Overordnede krav

Både BK og Grunnloven stiller enkelte krav til domstolskontrollen, BK gjennom et krav om effektive rettsmidler og Grunnloven gjennom prøvningsretten 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.<sup>1804</sup> 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.<sup>1805</sup> Etter art. 2 har staten også en sikringsplikt. I arbeidet med å gjennomføre rettighetene og effektivt sikre dem,

---

<sup>1803</sup> Tvistelovens bestemmelser, herunder § 1-3 vil normalt hindre unødvendige søksmål eller at sakene gjøres mer omfattende enn nødvendig.

<sup>1804</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 83.

<sup>1805</sup> General Comment nr. 13 avsnitt 59.

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.<sup>1806</sup>

Her bekreftes nødvendigheten av å kunne gå til domstolen med rettighetene. Det foreligger følgelig et krav om effektive rettsmidler etter BK.<sup>1807</sup> 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 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 rettsmidlet.<sup>1808</sup> Også administrative organer kan fylle rollen. Hvis organet ikke er «a judicial authority, the Court makes a point of verifying its independence».<sup>1809</sup> At rettsmidlene må være *uavhengig* også etter BK, er barnekomiteen inne på i avsnittet som er sitert ovenfor.<sup>1810</sup> I tillegg har komiteen også understreket at barnets beste bør  *vurderes* av et organ som er uavhengig migrasjonsmyndighetene.<sup>1811</sup> Et organ som har truffet et eller flere av vedtakene i saken tidligere, og i tillegg i noen grad er underlagt politisk styring, er i liten grad uavhengig.<sup>1812</sup> 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 prøvning fra UNE

---

<sup>1806</sup> General Comment nr. 5 avsnitt 24.

<sup>1807</sup> 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 uthevning).

<sup>1808</sup> Se for eksempel EMDs storkammerdom 13. desember 2012, *De Souza Ribeiro mot Frankrike* avsnitt 79.

<sup>1809</sup> Se for eksempel *De Souza Ribeiro mot Frankrike* avsnitt 79.

<sup>1810</sup> General Comment nr. 5 avsnitt 24.

<sup>1811</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 32 (c). Se også Sandberg (2016) s. 76.

<sup>1812</sup> Se punkt 9.2.4 og kapittel fire, punkt 4.3.

og domstolen være effektiv.<sup>1813</sup> Det forutsetter imidlertid at prøvningen 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.<sup>1814</sup> Et spørsmål er om «rett og plikt» innebærer at domstolen må foreta en *full* prøvning av relevante rettigheter, herunder barnets beste, også i vedtak hvor forvaltningen ellers har både hensiktsmessighets- og subsumsjonsskjønn?

Etter *Grl.* § 89 skal domstolen «prøve» vedtaket. Ordlyden regulerer ikke uttrykkelig hvor inngående prøvningen 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 prøvning. 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 prøvning.

I følge forarbeidene til *Grl.* § 98 beror prøvingsintensiteten på rettighetens karakter og utforming.<sup>1815</sup> 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».<sup>1816</sup> Som nevnt i kapittel fem, har barnekomiteen lagt til grunn at art. 3 nr. 1 inneholder elementer «which constitute civil/political rights».<sup>1817</sup> 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».<sup>1818</sup> Til det kan det tilføyes at særlig rettighetene som har karakter av å være paraplyrettigheter, slik som barnets beste, er vanskelig å kategorisere. De inneholder

---

<sup>1813</sup> 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).

<sup>1814</sup> Paragrafen ble vedtatt i 2015, og var ment å kodifisere gjeldende rett, Innst. 263 S (2014–2015) s. 5 flg.

<sup>1815</sup> Dok.nr.16 (2011–2012) s. 81 og Innst. 263 S (2014–2015) s. 6. For prøvning av lovers grunnlovsmessighet er det rettspraksis hvor prøvingsintensitet varierer. Høyesterett har *tidligere* foretatt en tredeling av grunnlovsbestemmelsene, se Inns. 263 S (2014–2015) s. 5, Rt. 1976 s. 1, *Kløftasaken* og Smith (2017) s. 322–326.

<sup>1816</sup> Dok.nr.16 (2011–2012) s. 81 og Innst. 263 S (2014–2015) s. 6.

<sup>1817</sup> General Comment nr. 5 avsnitt 6. Se også avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.3.

<sup>1818</sup> General Comment nr. 5 avsnitt 6.

gjærne, 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.<sup>1819</sup>

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».<sup>1820</sup> Domstolen må altså prøve om rettighetens kjerne er respektert og sikret. Utover det, har *rettighetens karakter og utforming* betydning for prøvningsintensiteten. Hvordan de faktiske forholdene kan innvirke på prøvningsintensiteten, er ikke helt klart. Muligens siktes det til at 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 karakter. Havre har lagt til grunn at det kan være grunn til å differensiere prøvningsintensiteten mellom *ulike typer forvaltningsvedtak*, også når disse berører grunnleggende menneskerettigheter.<sup>1821</sup> Dette mener hun i så fall bør begrunnes med en avveining mellom «hensynet til rettsikkerhet og effektivitet, og at utgangspunktet bør tas i rettighetens karakter og inngrepets art».<sup>1822</sup> Videre utdyper hun at inngrepets art bør suppleres med en vurdering av det totale rettsikkerhetsbildet i saken.<sup>1823</sup>

I de følgende punktene behandler jeg tre spørsmål nærmere. Det ene er hvilke prøvningsintensitet barnets bestes karakter og utforming taler for. Det andre er hvilke prøvningsintensitet 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 prøvningsintensiteten rettighetens og sakstypenes karakter taler for.

### **9.3.3 Betydningen av rettighetens utforming og karakter**

Barnets bestes vurderings- og avveiningsside lar seg begge utpense gjennom en nærmere tolkning av rettskildene.<sup>1824</sup> 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

---

<sup>1819</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.5.2, kapittel syv, punkt 7.12 og kapittel åtte, punkt 8.6.

<sup>1820</sup> Innst. 263 S (2014–2015) s. 11.

<sup>1821</sup> Havre (2015) s. 117.

<sup>1822</sup> Havre (2015) s. 117.

<sup>1823</sup> Havre (2015) s. 117.

<sup>1824</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.2 og 7.3 og kapittel åtte.



forholdsmessigheten, anser domstolen seg kompetent til å prøve inngående.<sup>1825</sup> Likheten til andre rettigheter hvor prøvningsintensiteten er høy, taler for at utformingen ikke er til hinder for slik prøvning.

Som jeg har tatt opp ovenfor, er prøvningsintensiteten 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 full kompetanse, også når det gjelder de skjønsmessige elementene».<sup>1826</sup> 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.<sup>1827</sup> Høyesterett foretok selv en vurdering og vekting, og kom i den forbindelse med en rekke materielle argumenter.<sup>1828</sup> Videre foretok retten en vurdering av utvisningsgrunnlaget, før forholdsmessighetsvurderingen ble gjort.<sup>1829</sup> I Maria-dommen var prøvningsintensiteten følgelig høy. Fullt så inngående prøvning har ikke domstolen foretatt i alle dommer om utvisning, men det er flere eksempler på at det har blitt gjort.<sup>1830</sup> I enkelte dommer er barnets beste imidlertid knapt nevnt.<sup>1831</sup> Høyesterettpraksis viser likevel at *utforming* av rettigheten ikke hinder en høy prøvningsintensitet.<sup>1832</sup>

Av betydning for rettighetens *karakter* er hvilke interesser og hvor sterke interesser den skal verne.<sup>1833</sup> Hvis det er sterkere interesser som kan bli påført uopprettelig skade, slik som ved krenkelse av EMK art. 3, må prøvningsintensiteten være høy. Hvilke interesser barnet har, og hvor tungtveiende disse er, kan variere mye i saker om opphold på humanitært grunnlag og

---

<sup>1825</sup> Se for eksempel Rt. 1998 s. 1795 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.

<sup>1826</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 43.

<sup>1827</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 72.

<sup>1828</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 72–79.

<sup>1829</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 80–81.

<sup>1830</sup> I Rt. 2015 s. 155 var prøvningsintensiteten i utgangspunktet høy. Se særlig dommens avsnitt 62, 74–76, men her hadde domstolen barnefaglige vurderinger som partene var enig 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 prøvningen nokså inngående.

<sup>1831</sup> Slik som i Rt. 2010 s. 1430, som senere resulterte at EMD avsa dom for krenkelse av EMK art. 8. Også Rt. 2009 s. 705 er eksempel på en lite inngående prøvning. 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.

<sup>1832</sup> Rt. 2005 s. 229, Rt. 2009 s. 534 og Rt. 2011 s. 948

<sup>1833</sup> Av EMDs praksis ser den anførte krenkelsens karakter ut til å være sentral, se fr. eks. De Souza Ribeiro mot Frankrike avsnitt 78 og 82.

utvisning.<sup>1834</sup> 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 prøvning av vurderingen, vektingen og avveiningen etter barnets beste. At barnet er enslig, og følgelig i en meget sårbar situasjon, taler også for høy prøvningsintensitet. En prøvningsintensitet som varierer ut fra interessenes tyngde i saken, er i tråd med at de avveiningene grunnlovsrettighetene legger opp til skal fungere som en *materiell skranke mot inngrep*.<sup>1835</sup> 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 prøvningsintensiteten 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».<sup>1836</sup> Det er imidlertid en risiko for at en mer overfladisk prøvning 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.<sup>1837</sup> Prøvningsintensiteten alltid må være så høy at den er egnet til å avdekke slike interesser.

Barnets bestes karakter forklarer ikke den generelle forskjellen ved prøvningsintensiteten i de to sakstypene jeg behandler. Ettersom det er forskjeller i prøvningsintensiteten i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, er et relevant spørsmål med om dette kan skyldes forskjeller ved de to sakstypene, herunder inngrepets art og de faktiske forholdene sakstypene bygger på?

#### **9.3.4 De to sakstypenes karakter**

Som fremhevet flere ganger i avhandlingen 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.<sup>1838</sup> Det som kan gjøre utvisning noe mer inngripende enn

---

<sup>1834</sup> Se avhandlingens kapittel syv.

<sup>1835</sup> Se Rt. 2015 s. 93, HR-2018-104-A og Rui (2018) s. 129.

<sup>1836</sup> Einarsen (2013) s. 313–314.

<sup>1837</sup> Rt. 2010 s. 1430. Se avhandlingens kapittel tre, punkt 3.2.2 om sakens faktum.

<sup>1838</sup> Slik en stor andelen utvisning har gjort de siste årene. Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.8 hvor det fremkommer at til de landene flest utvises til fra Norge, er den største andelen begrunnet i brudd på

et avslag, er innreiseforbudet.<sup>1839</sup> 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.<sup>1840</sup> Eventuelle feilvurderinger kan få alvorlige konsekvenser for barnet og/eller dets foreldre. Det kan heller ikke gjenfinnes en markant forskjell mellom sakstypene i EMDs praksis. I EMDs praksis skilles det klart mellom utlendinger som regnes som «settled migrants» og andre utlendinger, og ikke mellom saker om opphold eller utvisning.<sup>1841</sup> 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 prøvningsintensitet av barnets beste i de to sakstypene.

Noe som muligens kan begrunnelsen en mindre inngående prøvningen av barnets beste ved vedtaket etter utlendl. § 38 enn i utvisningssaker, kan være førstnevnte sakstypes *nærheten til innvandringspolitikken*.<sup>1842</sup> Vurderingen av hva som er i et barns beste interesser, påvirkes imidlertid ikke av innvandringspolitikk.<sup>1843</sup> Statens interesser kommer først inn i *avveiningsiden* av barnets beste.<sup>1844</sup> 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 statenes 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 prøvningsintensiteten av vurderingssiden av rettigheten. Spørsmålet blir om domstolene kan og eventuelt bør vise tilbakeholdenhet ved *prøvningen av statens interesser* og vektleggingen av disse.

---

utlendingsloven. Det er kun utlendinger uten oppholdstillatelse som kan utvises på dette grunnlaget, se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.5.3.

<sup>1839</sup> Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.6.

<sup>1840</sup> Se avhandlingens kapittel fire, punkt 4.4.1.

<sup>1841</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.5.4 og 6.5.5.

<sup>1842</sup> I Rt. 2008 s. 681 nevnes utlendingsloven 1988 § 8 annet ledd sin nærheten 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 plenumdom 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.

<sup>1843</sup> Se avhandlingens kapittel syv.

<sup>1844</sup> Om barnets bestes to sider, se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.4.

De innvandringsregulerende hensynene i saker om opphold på humanitært grunnlag er lovregulerte. Som det fremgår av avhandlingens kapittel åtte 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. Vektingen er noe skjønnsmessig. At hensynene er legitime, ikke-diskriminerende, egnet og nødvendig, er imidlertid krav som må være oppfylt, for at de ikke skal uthule rettighetsvernet.<sup>1845</sup> 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 egnetsvurderingen imidlertid også bli noe skjønnsmessig. I enkelte saker kan det derfor være grense for hvor inngående de kan prøves.

I plenumsdom III trekkes det fram 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.<sup>1846</sup> I den sammenhengen vises det særskilt til landfaglig kompetanse. Problemet med likebehandlingsprinsippet er nevnt tidligere.<sup>1847</sup> 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 tilknytningen til Norge og hjemlandet, og ulempen ved å måtte forlate Norge, sentral. I saker etter § 38, kan det være ulik 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 utlendl. § 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 prøvningen i saker om opphold på humanitært grunnlag i større grad enn i utvisningssaker.

For øvrig skiller ikke vektingen av statens interesser, herunder de invandringsregulerende hensynene, seg i større grad fra saker om utvisning begrunnet i brudd på utlendingsloven. Det

---

<sup>1845</sup> Avhandlingens kapittel åtte, punkt 8.3.

<sup>1846</sup> Se Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 247.

<sup>1847</sup> Se avhandlingens kapittel åtte, punkt 8.5.

er ikke markante forskjeller i de to sakstypene som taler for ulik prøvningsintensitet. 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 interessere. I tillegg er det vanskelig å se hvorfor statens 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.

Som nevnt ovenfor har Havre trukket frem effektivitet som et element av betydning for prøvningsintensiteten.<sup>1848</sup> Effektivitet et generelt mål og må gjelde for begge sakstypene. Dagens system med en begrenset prøvning etter § 38, er imidlertid ikke nødvendigvis særlig effektiv. Særlig ikke dersom det skulle oppstå nye faktiske forhold av betydning.<sup>1849</sup> 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 prøvning 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.<sup>1850</sup> Rettigheter er domstolene velkjente med. Retten kan også støtte seg på barnefaglige vurderinger fra sakkyndige, slik som i Rt. 2015 s. 155.<sup>1851</sup> I kompliserte saker kan også utlendingsmyndighetene måtte støtte seg til sakkyndige.<sup>1852</sup> I tillegg kommer uttalelsen i generelle kommentar hvor det slås fast at barnets beste bør vurderes av personer som er uavhengig fra utlendingsmyndighetene.<sup>1853</sup> 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.

---

<sup>1848</sup> Se dette kapitlets punkt 9.3.2.

<sup>1849</sup> Se dette kapitlets punkt 9.2.4.

<sup>1850</sup> Se avhandlingens kapittel syv.

<sup>1851</sup> Se tvisteloven § 21-12 (1) jf. 25-5.

<sup>1852</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.5.4.3.

<sup>1853</sup> General Comment nr. 3/22 avsnitt 32 (c).

Oppsummert taler altså sakstypene i utgangspunktet for en høy prøvningsintensitet. 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 prøvningen av statens interesser og avveiningen. Har barnet tungtveiende interesser i å få bli i landet, taler barnets interesser for høy prøvningsintensitet.

### 9.3.5 *Må prøvningsintensiteten økes?*

Som drøftet i punktene over er ikke rettighetens utforming og karakter, eller sakstypenes karakter i veien for en høy prøvningsintensitet. Tvert imot taler rettighetens og sakstypenes karakter for en høy prøvningsintensitet, særlig i saker hvor barnet har sterke interesser i å få bli i Norge. Ettersom prøvningsintensiteten i utvisningssaker i utgangspunktet allerede er høy, er det særlig relevant å vurdere om prøvningsintensiteten 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 prøvningen 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.<sup>1854</sup> 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 sine rettigheter er respektert og sikret. Barnekomiteen har kritisert Norge for å *mangler 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».<sup>1855</sup> Også i 2010 kom komiteen med en lignende anbefaling.<sup>1856</sup> I tillegg har, som nevnt i kapittel to, ikke Norge sluttet seg til tilleggsprotokollen

---

<sup>1854</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punk 5.5.4.1.

<sup>1855</sup> CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 8.

<sup>1856</sup> CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 13–14.

som gir barn mulighet til å klage til barnekomiteen.<sup>1857</sup> Så lenge dette ikke er gjort, er en effektiv sikring av barns rettigheter i stor grad avhengig av norske domstoler.<sup>1858</sup> Dette er et sterkt argument for at domstolene må foreta en inngående prøvning av barnets beste.

Annenvoterende i plenumsdom III fastslo at når det foreligger folkerettslige forpliktelser, er det et argument for full overprøving.<sup>1859</sup> 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».<sup>1860</sup> 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 prøvning. 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.

For å oppfylle kravet om effektive rettsmidler, må domstolen foreta enkelte materielle vurderinger. Dermed må prøvningen 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 prøvningsintensitet 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. Prøvningsintensiteten i Maria-dommen synes å være av en slik karakter.

I kjernen av rettighetens vurderingsside, er en *individuell vurdering av barnets interesser*.<sup>1861</sup> En prøvningsintensitet 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 krav som følger av rettighetens vurderingsside. Dermed er det først og fremst prøvningsintensiteten i avveiningsiden som vil kunne varieres. *Høy prøvningsintensitet* i vurderingssiden, og en *relativ prøvningsintensitet* i

---

<sup>1857</sup> Se også Langford mfl. (2019) s. 23.

<sup>1858</sup> Barn kan også klage til sivilombudsmannen. Dersom sivilombudsmannen mener forvaltningen har gjort feil kan han eller hun i en uttalelse be forvaltningen 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*, 3. utgave, (Oslo 2016) s. 371–383 på s. 382–383 om behovet for å styrke barns rett til å klage i Norge. Hun peker blant annet på at det ikke er tradisjon for at fylkesmannordningen benyttes av barn.

<sup>1859</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 216.

<sup>1860</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 226.

<sup>1861</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.5.2.

*avveiningssiden*, kan balansere behovet for en effektiv kontroll av rettigheten mot noe frihet til forvaltningen. Det gir en mulighet til å forenkle prøvningen i mindre kompliserte saker. I enkelte mindre kompliserte saker kan det også være at prøvningen av vurderingssiden ikke blir særlig omfattende. For å avgjøre om barnet har flere ulike interesser, eller om vurderingen er nokså enkelt, vil barnets rett til å bli hørt og barnets rett til en helhetlig utvikling være et godt utgangspunkt.<sup>1862</sup> En slik løsning vil sørge for at barnets interesser ikke overses, i tråd med et av de sentrale formålene med rettigheten.

## 9.4 To tilnærminger til prøvningen

### 9.4.1 Innledning

For å ivareta kravet om effektive rettsmidler, må eventuelle krenkelser som avdekkes, få slike følger at krenkelsen opphører eller rettes opp.<sup>1863</sup> Hvorvidt forvaltningens myndighetsutøvelse har, eller ved effektivering av vedtaket, 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.<sup>1864</sup> 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.

### 9.4.2 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 hvilke type mangel som foreligger. Mangler ved forvaltningens vedtak kan deles inn i *innholdsmangler* og *tilblivelsesmangler*.<sup>1865</sup> At et vedtak lider av en innholdsmangel innebærer at det er innholdsmessig ulovlig eller mangler hjemmel.<sup>1866</sup> Forvaltningen manglet i så tilfelle materiell

---

<sup>1862</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.5.2, kapittel seks, punkt 6.3.3 og 6.4.4 og kapittel syv, punkt 7.12.

<sup>1863</sup> Se dette kapittelets punkt 9.3.2.

<sup>1864</sup> Se Skoghøy (2017) s. 403–408 om adgangen til å få dom for krenkelse av inkorporerte menneskerettigheter.

<sup>1865</sup> Se Eckhoff og Smith (2018) s. 463–467 og Bernt og Rasmussen (2009) s. 104–105.

<sup>1866</sup> 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, hvor forvaltningen mangler hjemmel til å treffe vedtak med det foreliggende innhold, og tilfeller hvor det i utgangspunktet kan treffes slikt vedtak, men ikke under de foreliggende omstendighetene eller på de foreliggende grunnlagene, Graver (2015) s. 124.



kompetanse til å fatte vedtaket, og feilen medfører nesten alltid at vedtaket må anses ugyldig.<sup>1867</sup> Ved tilblivelsesmangler foreligger det feil ved måten vedtaket ble til på.<sup>1868</sup> 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.<sup>1869</sup> 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.<sup>1870</sup>

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.<sup>1871</sup> Hvilke type feil som foreligger, og hvilke følger feilen må få, avhenger av om det er mangler knyttet til den substansielle 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 substansielle rettigheten er anvendt i saken. For eksempel kan mangler ved begrunnelser tyde på mangler ved vurderingene som ligger til grunn for vedtaket.<sup>1872</sup> I utgangspunktet kan mangler knyttet til barnets beste betraktes som tilblivelsesmangel, innholdsmangel eller begge deler, avhengig av hvilke konkrete feil som foreligger.<sup>1873</sup>

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.<sup>1874</sup> Forvaltningen har i slike tilfeller i 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

---

<sup>1867</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 463–466 og Bernt og Rasmussen (2009) s. 104–105.

<sup>1868</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 466–474.

<sup>1869</sup> Forvaltningsloven § 41 gjelder kun direkte for saksbehandlingsfeil.

<sup>1870</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 474–478 og Høyesteretts formulering i HR-2017-2376-A avsnitt 24–25.

<sup>1871</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.5.

<sup>1872</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 469.

<sup>1873</sup> 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 (2016) s. 80.

<sup>1874</sup> 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 myndighetsmisbrukslæren i Rui (2018) s. 130 og Graver (2015) s. 124 som legger til grunn at man like gjerne kan si at myndigheten er overskredet som at det foreligger utenforliggende hensyn i en del tilfeller.

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 tilblivelsesmangler.<sup>1875</sup> 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 substansielle rettigheten som medfører at vedtaket er ugyldig.

#### *9.4.3 Håndhevelsessøksmål*

Hovedregelen er at det er anledning til å gå til sak med krav om at en inkorporert menneskerettighet er krenket.<sup>1876</sup> Det kan for eksempel anlegges håndhevelsessøksmål med krav om dom for krenkelse av retten til familieliv.<sup>1877</sup> 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.<sup>1878</sup> Flertallet begrunnet hovedsakelig sitt standpunkt med at BK ikke inneholder noen bestemmelse som fordrer rett til effektivt nasjonalt rettsmiddel.<sup>1879</sup> Som vist ovenfor, gjelder det imidlertid et krav om effektive rettsmidler etter BK.<sup>1880</sup> 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

---

<sup>1875</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.5 om de prosessuelle reglene.

<sup>1876</sup> Rt. 2003 s. 301 avsnitt 39 og Skoghøy (2017) s. 403–407.

<sup>1877</sup> Rt. 2003 s. 301 avsnitt 39.

<sup>1878</sup> Se avhandlingens kapittel tre, punkt 3.3.3 om dommens faktum.

<sup>1879</sup> Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 89. Begrepet «rettsmidler» benyttes om de midler som står til rådighet for å få overprøvd en rettsavgjørelse, Dok. 16 (2011–2012) s. 83.

<sup>1880</sup> Se dette kapitlets punkt 9.3.2.

«egentlig 'rettskrav'». <sup>1881</sup> Når EMK art. 8, som også inneholder en avveiningsregel, kan prøves i et håndhevelsessøksmål, er ikke dette argumentet lett å følge. <sup>1882</sup>

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. <sup>1883</sup> 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. <sup>1884</sup> 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. <sup>1885</sup> At en rettighet er håndhevbar, på engelsk «justiciable», betyr at den anses å angi konkrete *plikter* som rettighetshaveren kan *påberope seg for en domstol*. <sup>1886</sup> Barnekomiteen har anbefalt å behandle «economic, social and cultural rights, as well as civil and political rights [...] as justiciable». <sup>1887</sup> 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. <sup>1888</sup> 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 artikkel 3 nr. 1 eventuelt ikke er egnet til særskilt avgjørelse». <sup>1889</sup>

Håndhevelsessøksmål kan være et viktig virkemiddel for å håndheve rettighetene dersom vedtaket blir effektivt før domstolsbehandling. Da kan det være mer nærliggende å ta

---

<sup>1881</sup> Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 100.

<sup>1882</sup> 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 Sandbergs behandling av temaet i Sandberg (2016) på s. 76–83. I Haugli (2016) slås det fast at «man kan kreve fastsettelsesdom for brudd på artikkel 3 nr. 1», s. 53.

<sup>1883</sup> Her blir det fremhevet at selv om ordlyden i art. 3 nr. 1 er vag og generell, så fratrar det naturligvis ikke dens karakter av å være rettslig forpliktende overfor stater, Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 118.

<sup>1884</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 6 a.

<sup>1885</sup> 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.

<sup>1886</sup> 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.

<sup>1887</sup> General Comment nr. 5 avsnitt 6 og 25.

<sup>1888</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.5.1.

<sup>1889</sup> Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 125.

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.<sup>1890</sup> Dette i motsetning ved dagens gyldighetskontroll. Dermed vil et håndhevelsessøksmål kunne fungere som et mer effektivt rettsmiddel enn gyldighetskontroll i enkelte typer saker.

---

<sup>1890</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 83, Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 218, Skoghøy (2017) s. 28 og Bårdsen (2016a) s. 266.

## 10 Avsluttende vurderinger

### 10.1 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 den sammenheng 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 rettskildebildet. 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 avhandlingens innledning 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*.<sup>1891</sup> Den inkonsekvensen som kan gjenfinnes i rettspraksis underbygger behovet for at dette klarlegges. Avslutningsvis konkluderer jeg på dette spørsmålet.

### 10.2 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 i at han skulle få bli i Norge.<sup>1892</sup> I Rwanda-kjennelsen var faren tiltalt for folkemord, 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

---

<sup>1891</sup> Se avhandlingens kapittel en, punkt 1.4.

<sup>1892</sup> Se Rt. 2015 s. 93 og Rt. 2015 s. 155.

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 avhandlingens 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.<sup>1893</sup> 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 utlendingsrettslige saker hvor barn har vært berørt. I en del av sakene har EMD behandlet barn som rettighetshavere ved å løfte fram, vurdere og vektlegge barnets beste.<sup>1894</sup>

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.<sup>1895</sup> Dane har påpekt at EMDs barnets beste-vurdering ofte ikke er fullstendig.<sup>1896</sup> 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.<sup>1897</sup> 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 uttrykkelig at han var et barn.<sup>1898</sup> 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,

---

<sup>1893</sup> Avhandlingens kapittel fem, punkt 5.2.

<sup>1894</sup> 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.

<sup>1895</sup> Som for eksempel i *Amrollahi mot Danmark*, *Keles mot Tyskland* og *Tuquabo-Tekle med flere mot Nederland*.

<sup>1896</sup> Dane (2015) s. 220.

<sup>1897</sup> Som for eksempel i *Keles mot Tyskland*.

<sup>1898</sup> *Jakupovic mot Østerrike*.

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.<sup>1899</sup>

Domstolen ser ut til å stille samme krav til at han skulle ha handlet rasjonelt, som hvis han var voksen.<sup>1900</sup> 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.<sup>1901</sup> 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.<sup>1902</sup> 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 analysene i avhandlingene, varierer også Høyesteretts anvendelse av barnets beste. Som det fremgår av avhandlingens kapittel ni har Høyesterett kommet til at barnets beste kun i begrenset grad kan prøves i vedtak etter utlendl. § 38. Dette selv om prøvningsintensiteten 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.<sup>1903</sup> I plenumsdom I, II og III mente flertallet at det ikke var mangler ved begrunnelsen til vedtakene.<sup>1904</sup> 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 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 krav som gjelder, er

---

<sup>1899</sup> Jakupovic mot Østerrike avsnitt 31.

<sup>1900</sup> Resultatet ble likevel at art. 8 var krenket.

<sup>1901</sup> Som for eksempel i flertallets begrunnelse i Darren Omoregie med flere mot Norge.

<sup>1902</sup> Udeh mot Sveits, se særlig avsnitt 50. Uttalelsen i dommens avsnitt 50 er nærmere behandlet i avhandlingens kapittel åtte, punkt 8.4.

<sup>1903</sup> Se avhandlingens kapittel ni, punkt 9.2.4 og 9.4.3.

<sup>1904</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.5.4.1.

uforståelig.<sup>1905</sup> Mindretallets 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 føringer rettigheten gir.<sup>1906</sup> 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.<sup>1907</sup> 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 avhandlingens kapittel seks behandles den nære sammenheng mellom barnets rett til å bli hørt og barnets beste.<sup>1908</sup> Barnets mening er, så fremt barnet ønsker å gi uttrykk for denne, helt sentral i vurderingen og vektingen av barnets interesser.<sup>1909</sup> Hvordan barnets rett til å bli hørt anvendes av høyesterett henger følgelig nært 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.<sup>1910</sup> Utover det som ble sagt i asylintervjuet i 2002, mer enn tre år før siste vedtaket ble fattet, var guttens mening fraværende.<sup>1911</sup> 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 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.<sup>1912</sup> 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.

---

<sup>1905</sup> Se også Sandbergs kritikk i Sandberg (2016) s. 75.

<sup>1906</sup> Se for eksempel Rt. 2005 s. 229, Rt. 2011 s. 948 og Rt. 2015 s. 93.

<sup>1907</sup> Se avhandlingens kapittel tre, punkt 3.2.1 og 3.2.2 om faktum til de to sakene.

<sup>1908</sup> Se avhandlingens kapittel seks, punkt 6.4.4.

<sup>1909</sup> Se avhandlingens kapittel syv, punkt 7.4.

<sup>1910</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 72. Se avhandlingens kapittel tre, punkt 3.3.1 for faktum i saken.

<sup>1911</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 2 og 73.

<sup>1912</sup> Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 52, 55 og 58.



Heller ikke i plenumsdom I og II la flertallet til grunn at det var en mangel ved vedtaket at barna ikke var hørt.<sup>1913</sup> Barna var ikke hørt verken av UNE eller av domstolene.<sup>1914</sup> 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».<sup>1915</sup> Videre ble det tilføyd at barnas interesser hadde vært ivaretatt av familiens advokat. Flertallets uttalelse i plenumsdom II hadde tilnærmet samme innhold.<sup>1916</sup> Det er uklart om flertallet mente 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.<sup>1917</sup> 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 anvendte 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 beste innhold klarlegges og presiseres, og vurdering, vektingen og avveiningen er i tråd med de føringer som gjelder, før det så avsies nye dommer som avviker fra disse.

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.<sup>1918</sup> 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*

---

<sup>1913</sup> Se avhandlingens kapittel tre, punkt 3.3.2 og 3.3.3 for faktum til dommene.

<sup>1914</sup> Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 24, 55, 57 og 108.

<sup>1915</sup> 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.

<sup>1916</sup> 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.

<sup>1917</sup> Se Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 145–165 (førstvoterende som tilhørte flertallet) og 287–302 (tredjevoterende som tilhørte mindretallet). Se avhandlingens kapittel tre, punkt 3.3.4 om sakens faktum.

<sup>1918</sup> *Üner mot Nederland* avsnitt 58.

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».<sup>1919</sup> 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».<sup>1920</sup>

Det er eksempler på at den prinsipielle og forpliktende formuleringen om barnets beste i *Jeunesse mot Nederland*, blir vist til i nyere dommere.<sup>1921</sup> 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 [...].<sup>1922</sup>

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 *Salem mot Danmark* er gjentatt i flere nyere dommer.<sup>1923</sup>

At alvorlige lovbrudd kan medføre at statens interesser må gå foran barnets, er klart. Når det slås fast at avgjørelsen «first and foremost concerns the offender» går imidlertid EMD lengre enn å presisere at statens interesser i slike saker kan være tungtveiende. En utvisning av en far eller en mor berører barnet like mye, uavhengig av hva som er utvisningsgrunnlaget. Fordi

---

<sup>1919</sup> *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109.

<sup>1920</sup> *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 109. Dommen og uttalelsene i den behandles en rekke steder i avhandlingen.

<sup>1921</sup> 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.

<sup>1922</sup> *Salem mot Danmark* avsnitt 76.

<sup>1923</sup> Se EMDs dom 23. oktober 2018, *Assem Hassan Ali mot Danmark* avsnitt 56 med videre henvisninger.

utvisning med grunnlag i dom for straffbare forhold, kan vedtas overfor utlendinger med permanent oppholdstillatelse, kan barnet ha svært sterk tilknytning til oppholdslandet.<sup>1924</sup> Formuleringen i Salem mot Danmark kan gi inntrykk av at statens plikt til å vurdere hva som er i det berørte barnets beste interesser, vekte disse og foreta en avveining er mindre i saker hvor foreldrene har begått alvorlige lovbrudd, sammenlignet med i saker om avslag på opphold og utvisning med grunnlag i brudd på utlendingsregleverket. Det er i så fall ikke i tråd med barnets beste. 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. I stedet for å stille opp et slik skille mellom sakstypene, kunne EMD derfor ha understreket at alvorligheten av lovbruddet innvirker på avveiningen mellom individers, herunder berørte barns interesser og statens interesser.

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 svært 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 overenstemmelse med en del internasjonale kilder, og lite egnet til å gi barns interesser det vern rettigheten krever. Et spørsmål som er nærliggende å stille, men vanskelig å besvare, er hva som er årsakene til denne variasjonen.

### 10.3 Mulige årsaker

Gjennom den formelle forankring 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 riktig nok 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. 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

---

<sup>1924</sup> Se utlendl. § 68 første ledd.

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 utlendingssaker 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 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 og 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 enda noe ulike syn på barn som rettighetshavere og viktigheten av barns særrettigheter.<sup>1925</sup> 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.<sup>1926</sup> 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.<sup>1927</sup>

Her kan se ut til at førstvoterende la til grunn at også vurderingen av barnets beste er av «utpreget politisk karakter». Det stemmet ikke.<sup>1928</sup> Som Einarsen skriver er barnets beste «av utpreget rettslig karakter».<sup>1929</sup> Det kan være at det førstvoterende sikter til er avveiningen, og

---

<sup>1925</sup> Se avhandlingens kapittel fem, punkt 5.4.

<sup>1926</sup> Se for eksempel Rt. 2008 s. 896 avsnitt 43.

<sup>1927</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 110.

<sup>1928</sup> Se avhandlingens kapittel syv.

<sup>1929</sup> Einarsen (2013) s. 304.

ikke vurderingen.<sup>1930</sup> Avveiningen har imidlertid en rettslig karakter, selv om statens interesser er av politisk karakter.<sup>1931</sup>

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.<sup>1932</sup>

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».<sup>1933</sup> 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».<sup>1934</sup> Kanskje er barnets beste en rettighet som er vanskelig å implementere og sikre effektivt på grunn av at rettigheten opprinnelig hadde et høyt

---

<sup>1930</sup> Som nevnt i Einarsen (2013) på s. 305.

<sup>1931</sup> Se avhandlingens kapittel åtte.

<sup>1932</sup> Bernt (2013) s. 329.

<sup>1933</sup> Knut Bergo, «Rett, rimelighet og stammepolitikk», Lov og Rett, 2016 s. 65–67 (s. 67).

<sup>1934</sup> Jens Vedsted-Hansen, «Menneskeretlige argumenter som spydspids eller tveægget sværd», i *Lovens liv. Til Jørgen Dalbreg-Larsen på 60 års-dagen 19. september 2000*, København 2000 s. 107–124.

generalitetsnivå. Med det kildetilfanget som i dag eksisterer er imidlertid ikke generalitetsnivået spesielt høyt. Ordlyden i 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 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.<sup>1935</sup> 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».<sup>1936</sup> 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 rettskildemesig tilnærming til EMK og BK.<sup>1937</sup> 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.<sup>1938</sup> 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».<sup>1939</sup> 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».<sup>1940</sup>

I likhet med tolkningsuttalelser i dommer fra EMD og Høyesterett, er det variasjoner i kvalitetene på tolkningsuttalelse 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

---

<sup>1935</sup> Se avhandlingens kapittel to, punkt 2.4.3.2.

<sup>1936</sup> Bernt (2013) s. 328.

<sup>1937</sup> Solheim (2018) s. 339.

<sup>1938</sup> I tillegg kommer adgangen til å gå til håndhevelsesesøksmål og den grundige gyldighetskontrollen av vedtak hvor rettighetene i EMK gjør seg gjeldende.

<sup>1939</sup> Solheim (2018) s. 339.

<sup>1940</sup> Solheim (2018) s. 343.

*stor styrke at tolkningsuttalelsene er tilpasset 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».<sup>1941</sup> 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 gjennomslagskraft 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 begrensingshjemmel, altså EMK art. 8 nr. 2. Alle vurderinger og kriterier som allerede er innfortolket i denne begrensingshjemmelen, 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».<sup>1942</sup> Heldigvis er ikke dette inntrykket enerådende. Forhåpentligvis går utviklingen gradvis mot en mer enhetlig og helhetlig tilnærming til barnets beste i domstolenes praksis.

#### 10.4 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 prinsippiden og rettighetssiden er viktig for å løfte frem barns interesser. På rettens overflatenivå, gis imidlertid ofte ikke prinsipper så stor gjennomslagskraft. De kan bli avskrevet som retningslinjer, og oppfattes som lite forpliktende.<sup>1943</sup> Det er derfor viktig å fremheve rettighetskarakteren til barnets beste, og statens forpliktelser etter denne. For

---

<sup>1941</sup> Freeman (2007b) s. 40.

<sup>1942</sup> Freeman (2007b) s. 14.

<sup>1943</sup> Se avhandlingens kapittel fem.

at den substansielle rettigheten skal respekteres og sikres, er det i tillegg viktig at de prosessuelle kravene overholdes og at domstolskontrollen er effektiv.<sup>1944</sup>

Den overordnede problemstillingen i avhandlingen er hvordan og når barnets beste gir, eller bidrar til å gi, barnet eller dets nærmeste familien 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 regulerer 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 føringer som rettskildene gir.<sup>1945</sup> 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 substansiell rettighet, med en kjerne som ikke kan fravikes, kan barnets beste stenge for en utsending av barnet og/eller dets nærmeste familie.

---

<sup>1944</sup> I Beltman mfl. (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.

<sup>1945</sup> Se avhandlingens kapittel syv og åtte.



## Kilder

### Litteratur

- 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, *Rettstat og menneskerettigheter*, 5. utgave (Bergen 2018).
- Aasen og Halvorsen (2016) 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.) 3. utgave, (Oslo 2016) s. 195–214.
- 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) Alstone, Philip, «The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights» i *The Best Interests of the Child*, Philip Alstone (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.) (Hague 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, Matías 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 mfl. (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 Liefwaard og Julia Sloth-Nielsen (red.) (Leiden 2017) s. 655–680
- Bendiksen (2008) Bendiksen, Lena L.R., *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer – foreldreansvar og adopsjon*, (Bergen 2008).
- Bendiksen og Haugli (2010) Bendiksen, Lena Renate 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 L.R. og Haugli, Trude, «Barneperspektiv i rettsvitenskapelig forskning», *Retfærd*, 2011 s. 79–99.
- Bendiksen og Haugli (2018) Bendiksen, Lena L.R. og Haugli, Trude, *Sentrale emner i barneretten*, 3. utgave (Oslo 2018).
- Bernt og Rasmussen (2010) Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave (Bergen 2010).
- 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.
- Bergo (2016) Bergo, Knut, «Rett, rimelighet og stammepolitikk», *Lov og rett*, 2016 s. 65–67.
- 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.
- Breen (2002) Breen, Claire, *The Standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition in International and Comparative Law*, (Nederland 2002).
- Brighthouse (2002) Brighthouse, Harry «What Rights (if Any) do Children Have?» i *The moral and Political Status of Children*, David Archard and Colin M. Macleod (red.) (New York 2002) s. 31–52.

- Boe (1981) Boe, Erik, «Hvor fritt er det frie forvaltningskjønnet?», *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.
- 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 Høyesterettspraksis», *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 kjerne – retsafgørelser, retsregler eller retsprinsipper?» i *Om retsprinsipper*, Bettina Lemann Kristiansen og Jørgen Dalberg Larsen (red.) (København 2004).
- Dane (2015) Dane, Louise, «Europadomstolen och barnets bästa», *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, 2015 s. 193–225.
- 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.
- Detrick (1999) Detrick, Sharon, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, (Haag 1999).
- Dinardi (2016) Dinardi, Cecilia, «Barn som rettighetsbærere- i et barnevernsrettslig perspektiv», *Lovdata Pro*, 2016.

- Doek (2006) Doek, Jaap, *A Commentay 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).
- 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 Emergencse of Children`s Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1986 s. 161–182.
- 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 Kjørstad, Peter Lødrup, Svein Slettan og Carsten Smith (red.) (Oslo 1990) 473–483.
- Engebrigtsen (2002) Engebrigtsen, Ada, «Forlatte barn, ankerbarn, betrodde barn... Et transnasjonalt perspektiv på enslige, mindreårige asylsøkere», *NOVA Rapport*, nr. 7 2002.
- 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. kommentarutgave*, Vigdis Vevstad (red.) (Oslo 2010) s. 153–217.
- Einarsen (2013) Einarsen, Terje, «Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn?» *Jussen Venner*, 2013 s. 287–366.
- 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.
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund, *EØS-rett*, 3. utgave (Bergen 2018).
- Fredriksen (2013) Fredriksen, Halvard Haukeland, «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», *Jussens Venner*, 2013, s. 371–399.
- 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*, (Netherland 2007).
- Fortin (2009) Fortin, Jane, *Children's Rights and the Developing Law*, (Cambridge 2009) (publisert online 2012) Book DOI: <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9781139168625>.
- Fredriksen (2011) Fredriksen, Steinar, «Noen betraktninger om rettsprinsippers betydning i norsk rett» *Jussens Venner*, 2011 s. 37-64.
- 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 rettsprinsipper», *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 (2015) Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave (Oslo 2015).
- Harris mfl. (2018) Harris, David mfl., *Harris, O`Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave (Oxford 2018).
- Havre (2015) Havre, Merete, «Domstolens prøving av forvaltningsvedtaks forholdsmessighet i menneskerettslig sammenheng», *Retfærd*, 2015 s. 102–119.
- 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 (2016) Haugli, Trude, «Hensynet til barnets beste» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 3. utgave, (Oslo 2016) s. 51–73.
- Hennum (2016) 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.) 3. utgave, (Oslo 2016) s. 329–356.
- Hellerslia (2018) Hellerslia, Thom Arne, «Uttalelser fra FN-komiteene– En strukturell Analyse». *Jussens Venner*, 2018 s. 71–11.
- Heyerdahl (2016) Heyerdahl, Frøydis, «Retten til ikke-diskriminering» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 3. utgave, (Oslo 2016) s. 31–50.
- Holdø & Stabel (2015) Holdø, Håvard H. & Stabel, Tolle, «Faktumstidspunkt ved «Håndhevelsessøksmål» - omkamp om plenumsdom Rt. 2012 s. 1985», *Lov og Rett*, 2015 s. 250–257.

- Holtén (2018) Holtén, 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, «Utvising», i *Utlendingsloven kommentarutgave*, Vigdis Vevstad (red.) (Oslo 2010) s. 422–447.
- Hæreid (2012a) Hæreid, Gunnar O., «Tidspunkt for faktumvurderinga ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak – rettsstilstanden før mai 2012», *Lov og Rett*, 2012 451–472.
- Hæreid (2012b) Hæreid, Gunnar O., «Tidspunkt for faktumvurderinga – rettsstilstanden etter mai 2012», *Lov og Rett*, 2012 s. 533– 551.
- Høgberg (2010) Høgberg, Benedikte Moltumyr, *Forbud mot tilbakevirkende lov*, (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 *Rettigheter 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 – Jubileumsskrift 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 av HR-2017-2015-A `Jakob-saken`», *Lov og Rett*, 2018 s. 112–127.
- Kalverboer mfl. (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.
- Kjølberg og Johannesen (2006) Kjølberg, Gunn-Mari og Johannesen, Sigrid Redse, *Barnefordelingstvister: håndbok i barnerettslige emner*, (Oslo 2006).
- Kjølbros (2017) Kjølbros, Jon Fridrik, *Den europeiske menneskerettskonvensjon - for praktikere*, 4. utgave, (København 2017).
- Kjørholt (2016a) 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.) 3. utgave, (Oslo 2016) s. 74–91.
- Kjørholt (2016b) 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.) 3. utgave, (Oslo 2016) s. 371–383.
- Anne Trine Kjørholt (2016) Kjørholt, Anne Trine, «Retten til lek og fritid», i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 3. utgave, (Oslo 2016) s. 282–298.
- 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 mfl. (2019) Langford, Malcolm, Skivenes, Marit, Søvig, Karl Harald og Kirkebø, Tori Loven, «Introduction: Implementing Child Rights», *I Children's Rights in Norway. An Implementation Paradox?*, Malcolm Langford, Marit Skivenes og Karl Harald Søvig (red.) (Universitetsforlaget 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.
- 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.
- 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.
- Müller (2017) Müller, Amrei, «En kort innføring i folkerettslig traktatolkning», *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.
- Oppedal (2016) Oppedal, Mons, «Retten til materiell velferd» i Barnekonvensjonen. *Barns rettigheter i Norge*, 3. Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 3. utgave, (Oslo 2016) s. 248–265.
- 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.
- 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
- 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 traktatororganer 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 National Courts in Promoting Children`s Rights», *The international Journal of Children`s Rights* Volume 22 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 (2016c) Sandberg, Kirsten, «Barns rett til å bli hørt» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 3. utgave, (Oslo 2016) s. 92–122.
- Sandberg (2016d) Sandberg, Kirsten, «Asylsøkende barns rettigheter» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 3. utgave, (Oslo 2016) s. 299–328.
- 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.) (Palgrave Macmillan 2018) s. 15–37.
- 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).
- Sigurdsen (2014) Sigurdsen, Randi, «Den rettskildemessige betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer», *Retfærd*, 2014 s. 43–59.
- Sigurdsen (2015a) Sigurdsen, Randi, *Tvangsplassering og tilbakehold av barn med utfordrende atferd. En sammenligning av regler i barnevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven og psykisk helsevernloven*, (Bergen 2015).
- Sigurdsen (2015b) Sigurdsen, Randi, «Rett til barnevernstjenester» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2015 s. 316–346.
- Sigurdsen (2018) Sigurdsen, 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.

- 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 – prøvning- 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).
- Lucy Smith (2004) Smith, Lucy, «Barnets beste og barnets uttalerett», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2004 s. 223–231.
- Lucy Smith (2008) Smith, Lucy, «Nyere utvikling i barneretten», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2008 s. 83–93.
- Lucy Smith (2016) Smith, Lucy, «FNs konvensjon om barns rettigheter» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 3. utgave, (Oslo 2016) s. 17–30.
- Smith (2017) Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati. Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 4. utgave, (Bergen 2017).
- 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) Gording Stang, Elisabeth, *Det er barnets sak. Barnets rettsstilling i sak om hjelpetiltak etter barnevernloven* § 4-4, (Oslo 2007).
- Stang (2007b) Gording Stang, Elisabeth, «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 nedverdiggende 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.
- Stang (2016) Stang, Elisabeth Gording, «Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 3. utgave, (Oslo 2016) s. 165–194.
- 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.
- 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.
- 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*, (Netherland 1998).
- Vedsted-Hansen (2010) Vedsted-Hansen, Jens, «Mennekseretlige argumenter som spydspids eller tveægget sværd», i *Lovens liv. Til Jørgen Dalbreg-Larsen på 60 års-dagen 19. september 2000*, Carseten 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.
- 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.

## **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.
Trudomssamfunn	Lov 13. juni 1969 nr. 25 om trudomssamfunn og ymist anna.
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.
Barnelova	Lov 8. april. 1981 nr. 7 om barn og foreldre.
Kommunale helse og sosialstyre m.v.	Lov 12 juni 1987 nr. 70 om kommunale helse- og sosialstyre sosialstyre m.v.
Utlendingsloven 1988	Lov 24. juni 1988 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.
Barnevernloven	Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester.
Kirkeloven	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.
Navneloven	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 asylsaker).
Statsborgerloven	Lov 10. juni 2005 nr. 51 om norsk statsborgerskap.
Tvisteloven	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/ ØSK	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. desember 1966.
Wien konvensjonen om trakstatsrett	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).
Shengenkonvensjonen	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 rettigheter United Nations Declaration of the Rights of the Child, 20. barns november 1959.

## **Barnekomiteens General Comments**

General Comment nr. 1 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 1, *The Aims of Education (article 29)*, 17. april 2001.

General Comment nr. 4 Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 4, *Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child*, 1. juli 2003.

General Comment nr. 5 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.

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 Committee on the Rights of the Child s 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 Committee on the Rights of the Child s General Comment nr. 14, *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 Womens 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. 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.
- 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.

## 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, <i>Concluding observations on the fifth periodic report of Denmark</i> , 26 oktober 2017.
CRC/C/MHL/CO/3-4	Committee on the Rights of the Child, <i>Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of the Marshall Islands</i> , 27. februar 2018.
CRC/C/SYC/CO/5-6	Committee on the Rights of the Child, <i>Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Seychelles</i> , 5. mars 2018.
CRC/C/ESP/CO/5-6	Committee on the Rights of the Child, <i>Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Spain</i> , 5. mars 2018.
CRC/C/NOR/CO/5-6	Committee on the Rights of the Child, <i>Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic report of Norway</i> , 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 *Winata mot Australia*.

## **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 Danmark</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> .
Boughanemi mot Frankrike	EMDs dom 24. april.1996, <i>Boughanemi mot Frankrike</i> .
Botta mot Italia	EMDs dom 24. februar 1998, <i>Botta mot Italia</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, Gnahoré mot Frankrike.
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> . <i>Russland</i> .
Handyside mot Storbritannia	EMDs plenumsdom 7. desember 1976, <i>Handyside mot</i> <i>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 Østerike	EMDs dom 6. februar 2003, <i>Jakupovic mot Østerike</i> .
Jeunesse mot Nederland	EMDs storkammerdom 3. oktober 2014, <i>Jeunesse mot</i> <i>Nedreland</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> .
Kruškić mot Kroatia	EDMs beslutning 25. november 2014, <i>Kruškić 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</i> <i>Frankrike</i> .
Manuello og Nevi mot Italia	EMDs dom 20. januar 2015, <i>Manuello og Nevi mot Italia</i> .



Maslov mot Østeriket	EMDs storkammer dom 23. juni 2008, <i>Maslov mot Østeriket</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> .
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> .
Nunez mot Norge	EMDs dom 28. juni 2011, <i>Nunez mot Norge</i> .
Nsona mot Nederland	EMDs dom 28. november, <i>Nsona mot Nederland</i> .
Observer og Guardian	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> .
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 Østeriket	EMDs dom 22. april 2004, <i>Radovanovic mot Østeriket</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, Kessler 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> .
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> .

### **Dommer fra ICJ og EU-domstolen**

Arbitral Award, Guinea-Bissau mot Senegal	International Court of Jutstices dom, <i>Arbitral Award, 31. juli 1989, Guinea-Bissau mot Senegal</i> , 12. november 1991.
Oil Platforms, Iran mot USA	International Court of Jutstices dom, <i>Oil Platforms, Iran mot USA</i> , 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. 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.

### **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.

### **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.

## Rundskriv

RS 2010-024                      UDIs rundskriv, *Utvising etter utlendingsloven §§ 66, 67 og 68 – brudd på utlendingsloven og/eller straffbare forhold*, 1. januar 2010.

RS 2010-043                      UDIs rundskriv, *Høring av barn i utlendingssaker - unntatt asylsaker, jf utlendingsforskriften §§ 17-3 og 17-5*, 1. januar 2010.

RS 2010-075                      UDIs rundskriv, *Retningslinjer for høring av medfølgende barn i saker om beskyttelse*, 15. februar 2010.

G-06/2014                        Justis- og beredskapsdepartementets rundskriv, *Ikrafttredelse av endringer i utlendingsforskriften – varig ordning for lengværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn*, 8. desember 2014.

## Andre kilder

Direktiver                        EUs direktiv 2008/115/EF (returdirektivet).

Travaux Prèpatoires            UN Doc E/CN.4/L.1542 1980.  
UN Doc E/CN.4/L.1575 1981.  
UN Doc E/CN.4/1989/48.

Oversikt over land som har sluttet seg til BK: <http://indicators.ohchr.org/>  
(side sist besøkt 14. desember 2017).

Committee on the rights of the child, *Rules of procedure*, 18. mars 2015, (CRC/c/4/Rev.4).

Convention on the Rights of the Child, *General Guidelines for periodic reports*, 20. november 1996.

Barnekomiteens dokumenter om egen arbeidsmetoder:  
<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/WorkingMethods.aspx> (side sist besøkt 6. desember 2017).

WHO's definisjon av helse:  
<http://www.who.int/about/mission/en/> (side sist besøkt 5. november 2018).

Høringsnotat desember 2015 snr. 15/8555, Høringsnotat – endringer i utlendingsloven (Innstramminger II).

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*.

Ikdahls, Ingunn, Store norsk leksikon, Diskriminering, <https://snl.no/diskriminering> (side sist besøkt 2. januar 2019).

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

Persvold, Anja Zawadzka, Store norske leksikon, Humanitær, <https://snl.no/humanit%C3%A6r>, (side sist besøkt 15. august 2018).

Thorsen, Dag Einar, Store norske leksikon, Interesse, <https://snl.no/interesse>, (side sist besøkt 22. oktober 2018).

Tjora, Aksel, Store norsk leksikon, Status, <https://snl.no/status> (side sist besøkt 3. januar 2019).

Persvold, Anja Zawadzka, Store norske leksikon, Moment, [https://snl.no/moment - hovedpunkt](https://snl.no/moment_-_hovedpunkt) (side sist besøkt 16. januar 2019)

Von Tetzner, Stephan, Store norske leksikon, Identitet, <https://snl.no/identitet> (side sist besøkt 6. februar 2019).

Senteret for europarett, «Utvisning», *Eurorett nr. 3*, 2015.

Utlendingsnemnda. UNE, *Interne retningslinjer. Saksbehandlingen i UNE*, 23.10.2017.

UDIs statistikk, utvisning 2017: <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2017/> (side sist besøkt 7. november 2018).

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)