



# 1. Introduksjon

## 1.1 TEMAET

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 sitt beste vurdert og vektlagt som en grunnleggende del av en avgjørelse (barnets beste) er en slik særrettighet. I denne boken behandles barnets beste i to typer utlendingsrettslige saker, saker om opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket (opphold på humanitært grunnlag) og utvisning.

Barnets beste følger av både internasjonal og nasjonal rett og kommer til uttrykk i blant annet konvensjoner, lover og rettspraksis. Av særlig betydning for temaet i boken er FNs barnekonvensjon (BK) art. 3 nr. 1, Norges Grunnlov (Grl.) § 104 annet ledd og utlendingsloven (utlendl.) §§ 38 tredje ledd, 49 første ledd og 70 første ledd.<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

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

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

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

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

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

8 Jf. § 28 syvende ledd.

9 Jf. utlendl. § 73.

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

11 Se bokens kapittel fire punkt 4.2.2.3.

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

## 1.2 SPENNINGEN MELLOM BARNETS BESTE OG INNVANDRINGSPOLITIKKEN

Bestemmelsene i utlendingsloven skal sørge for regulering og kontroll av utlendingers opphold i riket i samsvar med *både* norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser, jf. utlendl. § 1. Mellom innvandringspolitikken og de internasjonale menneskerettslige forpliktelsene er det en spenning. Innvandringspolitikken søker å ivareta statens generelle interesser, blant annet interesser som går ut på å håndheve og begrense innvandringen. Menneskerettighetene, herunder barnets beste, prioriterer derimot 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 til stede i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Etter utlendl. §§ 38 eller 49 kan det innvilges opphold dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket. Mens § 38 er generelt utformet, gjelder § 49 i saker om familieinnvandring. Jeg behandler hovedsakelig § 38.<sup>12</sup> Betegnelsen humanitære grunner fremgår verken av ordlyden i §§ 38 eller 49, men har fulgt med fra da grunnlaget vokste frem gjennom utlendingsmyndighetens praksis. Humanitær betyr menneskevennlig, menneskekjærlig eller veldedig.<sup>13</sup> Betegnelsen illustrerer at regelen er ment å ivareta individers sterke interesser i å få bli i Norge. Både utlendl. §§ 38 og 49 åpner for en avveining mellom individets og statens interesser. Det samme gjør utlendl. § 70, som inneholder et krav om at en utvisning må være forholdsmessig. Avveiningene kan resultere i at enkeltmenneskers interesser må bli avgjørende.

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

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

Nærvær av politiske hensyn og spenningen mellom barnets og statens interesser utgjør en risiko for at barns rettigheter og interesser blir oversett. Barn har i utlendingssaker liten mulighet til å påvirke utformingen av politikken eller situasjonen de er i. Avhengig av alder og modenhet er barn mer eller mindre avhengige av voksne for å fremme sin sak.<sup>14</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 behov.<sup>15</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 TEMAETS KOMPLEKSITET

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

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

---

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

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

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

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

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

Under høringen ved behandlingen av Norges femte og sjette rapport til barnekomiteen i mai 2018 fikk Norge flere spørsmål om rettsstillingen til enslige barn og andre barn som søker opphold i Norge. I de avsluttende merknadene til Norge ble asylsøkende barn og flyktningbarn nevnt under overskriften «[m]ain areas of concern and recommendations».<sup>17</sup> Deres rettsstilling ble trukket frem som et område hvor «urgent measures must be taken».<sup>18</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>19</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>20</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>21</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 forplik-

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

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

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

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

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

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

Saker hvor barn har vært lenge i Norge, uten å få oppholdstillatelse, har tidligere fått en del oppmerksomhet.<sup>22</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>23</sup> Saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning kan imidlertid berøre barn i mange ulike situasjoner, for eksempel barn som kommer fra områder med konflikter eller humanitære kriser. I andre tilfeller kan det være at barnet er født i Norge.<sup>24</sup> Noen barn ankommer Norge alene, uten følge av foreldre eller andre omsorgspersoner.<sup>25</sup> Det hender at barnevernet overtar omsorgen for barn av foreldrene uten oppholdstillatelse. Noen utvisningsvedtak retter seg mot en forelder som har hatt omsorgen alene eller har hatt et betydelig ansvar for barnets omsorg, mens vedtaket i andre saker retter seg mot en som har hatt en mindre betydelig rolle barnets liv.<sup>26</sup> Det forekommer at barnet har norsk statsborgerskap, mens en eller begge foreldrene ikke har det.<sup>27</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 boken er å bidra til at barns interesser ikke overses, men løftes frem og vektlegges i tråd med de føringene rettskildene gir i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning.

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

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

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

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

26 Se Nunez mot Norge.

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

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

## 1.4 OVERORDNEDE PROBLEMSTILLINGER OG STRUKTUR

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

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

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

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

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

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

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

---

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

32 Se General Comment nr. 14 avsnitt 6.



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

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

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

## 1.5 AVGRENSINGER OG PRESISERINGER

Av ordlyden i art. 3 nr. 1 følger det at i alle handlinger som berører «*children (...)* the best interests of *the child* shall be a primary consideration» (min utheving). Bestemmelsen nevner både barn i flertall og i bestemt form entall. Dette har blitt tolket slik at det i generelle avgjørelser – slik som ved lovgivning, utforming av budsjetter og retningslinjer – må tas stilling til barns beste generelt.<sup>33</sup> I konkrete saker må det beste til det enkelte barnet vurderes.<sup>34</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>35</sup> Hvor-

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

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

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

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

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

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

---

36 HR-2019-2344-A.

37 HR-2019-2344-A avsnitt 86.

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