



2. Perspektiv og metode

2.1 INNLEDNING

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

2.2 PERSPEKTIV

2.2.1 Barnerettslig perspektiv

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2.2 Andre perspektivvalg

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

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

42 Se også dette kapittelets punkt 2.3.

43 Se denne bokens kapittel 8.

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

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

2.3 HOVEDTREKK VED DEN RETTSVITENSKAPELIGE METODEN I BOKEN

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

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

45 Forskningsobjektet er følgelig retten.

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

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

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

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

50 Se dette kapittelets punkt 2.4.5.

51 Høgberg (2010) s. 44–45.

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

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

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

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

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

53 Abramson (2008) s. 3.

54 Abramson (2008) s. 3.

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

56 Se også denne bokens kapittel 4 punkt 4.3.5.

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

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

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

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

2.4 TOLKNING AV SENTRALE RETTSKILDER

2.4.1 Utgangspunktet

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

59 Mæhle (2004) s. 329.

60 Mæhle (2004) s. 334.

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

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

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

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

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

2.4.2 Barnekonvensjonens særstilling

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

75 General Comment nr. 14 avsnitt 4.

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

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

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

2.4.3 Kilder fra barnekomiteen

2.4.3.1 Tre typer kilder

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

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

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

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

2.4.3.2 Nærmere om betydningen av komiteens uttalelser

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

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

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

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

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

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

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

85 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 43.

86 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44.

87 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44.

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

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

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

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

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

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

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

92 Alston (2001) s. 766.

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

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

95 Solheim (2018) s. 342–343.

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

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

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

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

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

99 Søvig (2016) s. 537.

100 Søvig (2016) s. 537.

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

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

103 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 89.

104 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 271.

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

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

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

105 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44.

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

107 Bårdsen (2016b) s. 10.

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

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

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

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

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

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

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

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

113 Bårdsen (2017) s. 176.

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

115 Bårdsen (2017) s. 176.

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

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

2.4.3.3 Bruk av komiteens uttalelser

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

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

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

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

118 Hellerslia (2018) s. 79.

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

120 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.8.

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

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

2.4.4 Sammenhengen mellom ulike rettigheter og rettskilder

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

125 Jeunesse mot Nederland avsnitt 74.

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

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

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

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

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

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

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

130 Dok. 16 (2011–2012) s. 192.

131 Dok. 16 (2011–2012) s. 192.

132 Dok. 16 (2011–2012) s. 192.

133 Høgberg (2017) s. 226.

134 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

135 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

136 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64.

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

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

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

138 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64.

139 Se dette kapittelets punkt 2.4.3.2.

140 Se dette kapittelets punkt 2.4.3.2.

141 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 162.

142 HR-2020-661-S avsnitt 80.

143 Høgberg (2017) s. 223.

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

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

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

2.4.5 Dynamisk tolkning

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

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

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

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

148 Schabas (2015) s. 48.

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

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

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

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

150 Bendiksen og Haugli (2010) s. 64.

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

152 General Comment nr. 14 avsnitt 11.

153 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.

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

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

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

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

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

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

158 Se denne bokens kapittel 1 punkt 1.2.