



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

4.1 INNLEDNING

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

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

366 General Comment nr. 14 avsnitt 6.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

372 Van Bueren (1998) s. 1.

373 Van Bueren (1998) s. 1.

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

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

376 Deklarasjonen om barns rettigheter prinsipp 1.

377 Deklarasjonen om barns rettigheter prinsipp 1.

378 Deklarasjonen om barns rettigheter prinsipp 2.

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

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

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

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

381 Van Bueren (1998) s. 12.

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

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

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

385 Freeman (2007b) s. 40–41.

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

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

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

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

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

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

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

389 Freeman (2007b) s. 27.

390 Van Bueren (1997) s. 13.

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

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

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

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

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

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

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

395 Kilkelly (1999) s. 4–16.

396 Kilkelly (1999) s. 17.

397 Freeman (2007b) s. 14.

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

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

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

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

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

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

4.3 BARNETS BESTE SOM ET GENERELT PRINSIPP

4.3.1 Innledning

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

401 Lotito (2010) s. 150.

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

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

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

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

4.3.2 Prinsippbegrepet

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

410 Voigt (2008) s. 12–13.

411 Frøberg (2014) s. 327.

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

413 Frøberg (2014) s. 328–329.

414 Frøberg (2014) s. 329.

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

416 Se Breen (2002).

417 Se Marti 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 prinsipp som «trainer-wheels».

418 Mæhle (2005) s. 87.

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

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

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

4.3.3 Barnekomiteens omtale av prinsippet

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

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

421 Koskenniemi (2000) s. 361.

422 Koskenniemi (2000) s. 366.

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

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

425 Fredriksen (2011) s. 38.

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

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

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

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

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

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

429 Abramson (2008) s. 66.

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

431 General Comment nr. 14 avsnitt 6 b.

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

433 General Comment nr. 5 avsnitt 12.

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

435 Freeman (2007b) s. 5.

436 Freeman (2007b) s. 1.

437 Breen (2002) s. 1.

438 Haugli (2020) s. 55.

439 Lucy Smith (2020) s. 21.

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

441 Abramson (2008) s. 66.

442 Abramson (2008) s. 66.

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

4.3.4 Ulike typer funksjoner og egenskaper

4.3.4.1 *Fundamentalt og grunnleggende*

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

443 General Comment nr. 14 avsnitt 1.

444 Se dette kapittelets punkt 5.2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

448 Koskenniemi s. 397.

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

450 General Comment nr. 5 avsnitt 12.

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

452 General Comment nr. 13 avsnitt 59.

453 General Comment. nr. 13 avsnitt 59.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

457 Tuori (2002) s. 147.

458 Tuori (2002) s. 154.

459 Tuori (1999) s. 11.

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

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

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

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

460 Tuori (2002) s. 155.

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

462 Tuori (2002) s. 183.

463 Peczenik (2005) s. 271.

464 Peczenik (2005) s. 272.

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

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

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

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

4.3.4.2 Fortolkende, meklende, veiledende og evaluerende

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

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

468 Se punkt 4.2.

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

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

471 Alston (1994) s. 15–16.

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

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

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

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

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

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

474 Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 131 flg.

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

476 Sandberg (2016b) s. 63.

477 Se denne bokens kapittel 2 punkt 2.4.4.

478 Alston (1995) s. 15–16.

479 Voigt (2008) s. 21.

480 Voigt (2008) s. 21.

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

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

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

481 General Comment nr. 15 avsnitt 3.

482 General Comment nr. 5 avsnitt 12.

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

484 Voigt (2008) s. 13.

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

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

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

4.3.4.3 *Utviklende*

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

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

4.3.4.4 *Høyt generalitetsnivå*

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

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

487 Voigt (2008) s. 19.

488 Voigt (2008) s. 20.

489 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.5.

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

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

4.3.5 Betydningen av prinsippstatusen

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

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

491 Dalberg-Larsen s. 2.

492 Mæhle (2005) s. 86.

493 Tuori (2002) s. 179.

494 Se Abramson (2008) s. 53.

495 Doek (2005) s. 17.

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

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

4.4 BARNETS BESTE SOM MATERIELL RETTIGHET

4.4.1 Innledning

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

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

496 Hanson og Lundy (2017) s. 302.

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

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

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

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

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

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

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

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

502 Parker (1994) s. 28.

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

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

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

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

4.4.2 Rettigheter

4.4.2.1 Rettighetsteorier

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

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

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

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

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

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

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

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

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

510 Sigurdsen (2015a) s. 79.

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

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

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

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

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

516 Eekelaar (1986) s. 169.

517 Freeman (2007a) s. 7.

518 Freeman (2007a) s. 8.

4.4.2.2 Plikter

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

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

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

520 Dok. 16 (2011–2012) s. 66.

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

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

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

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

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

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

4.4.2.3 Absolutte rettigheter og rettigheter som kan begrenses

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

525 General Comment nr. 5 avsnitt 18.

526 General Comment nr. 5 avsnitt 18.

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

528 Abramson (2008) s. 26.

529 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.

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

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

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

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

532 Finnis (2016) s. 195.

533 Finnis (2016) s. 195.

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

535 Abramson s. 35.

536 Se *N. mot Storbritannia*.

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

538 Se kapittel seks punkt 6.9.3.

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

4.4.3 Begrunnelsen for barnets bestes rettighetskarakter

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

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

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

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

540 Dok. 16 (2011–2012) s. 74–76.

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

542 General Comment nr. 14 avsnitt 12.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

548 General Comment nr. 5 avsnitt 1.

549 Se denne bokens kapittel 8 punkt 8.4.3.

550 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 118.

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

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

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

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

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

553 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 100.

554 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 100.

555 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 118–126.

556 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 141.

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

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

559 Se denne bokens kapittel 7.

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

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

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

560 Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

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

562 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.

563 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.3.2.

564 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.2.

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

566 General Comment nr. 14 avsnitt 51.

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

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

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

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

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

568 General Comment nr. 14 avsnitt 5.

569 Dok. 16 (2011–2012) s. 190.

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

571 General Comment nr. 14 avsnitt 1.

572 General Comment nr. 14 avsnitt 83.

573 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.4.4.

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

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

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

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

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

4.4.4 Barnets bestes to sider og to nivåer

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

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

576 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 270.

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

578 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 287.

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

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

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

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

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

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

581 Dok. 16 (2011–2012) s. 192.

582 Se Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

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

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

585 Abramson (2008) s. 35.

586 Abramson (2008) s. 35.

587 Abramson (2008) s. 35.

588 Abramson (2008) s. 35–36.

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

4.4.5 Betydningen av at barnets beste er en materiell rettighet

4.4.5.1 Klare forpliktelser

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

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

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

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

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

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

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

592 General Comment nr. 3/22 avsnitt 33.

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

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

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

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

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

595 General Comment nr. 4/23 avsnitt 29.

596 Se denne boken kapittel fem punkt 5.5.

597 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 67.

598 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 120.

599 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 120.

600 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 121–122.

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

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

4.4.5.2 En fast kjerne?

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

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

601 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 120.

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

603 General Comment nr. 3/22 avsnitt 28.

604 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.

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

606 Dok. 16 (2011–2012) s. 73.

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

608 Dok. 16 (2011–2012) s. 73.

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

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

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

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

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

611 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.

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

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

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

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

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

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

4.5 BARNETS BESTE SOM ET SETT PROSESSUELLE REGLER

4.5.1 Innledning

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

4.5.2 Skillet mellom den subjektive rettigheten og den prosessuelle siden

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

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

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

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

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

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

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

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

618 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2.6.

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

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

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

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

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

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

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

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

622 Syse (2016) s. 41.

623 Jeunesse mot Nederland avsnitt 109 og 120.

624 General Comment nr. 14 avsnitt 87.

625 Lotito (2010) s. 154.

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

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

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

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

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

626 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65.

627 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 72.

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

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

4.5.4 Konkrete prosessuelle regler

4.5.4.1 Krav til begrunnelse

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

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

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

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

629 Se Sandberg (2020b) s. 353.

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

631 Se General Comment nr. 14 avsnitt 97.

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

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

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

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

632 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 185.

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

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

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

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

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

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

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

Begrunnelseskravet i § 17-1a første ledd følger hovedsakelig oppbygningen av barnets beste. Av annet ledd følger det at slik begrunnelse kan unnlates hvis det «anses åpenbart unødvendig fordi hensynet til barnet uansett ikke har betydning for vedtaket, for eksempel fordi det gis oppholdstillatelse på annet grunnlag». At det må anses «åpenbart unødvendig», er et strengt krav. 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 barnets beste ikke har hatt *avgjørende* betydning, men vedtaket likevel er i tråd med barnets beste. Det kan for eksempel være fordi det er innvilget opphold av en annen grunn. Det forutsetter imidlertid at det å innvilge opphold var det beste for barnet, noe det svært ofte vil være.

638 Som Sandberg skriver om art. 3 nr. 1, Sandberg (2016b) s. 69.

639 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 275.

I alle de tre plenumsdommene var det dissenser om begrunnelsen var i tråd med de kravene som gjelder.⁶⁴⁰ Da de to første plenumsdommene ble avsagt, var utlendingsforskriften § 17-1a knappere og mindre detaljert enn den någjeldende bestemmelsen.⁶⁴¹ Begrunnelse knyttet til barnets beste kunne unnlates hvis det ble ansett «unødvendig». Endringen som ble gjort, var ment som en presisering av rettstilstanden.⁶⁴² Til tross for presiseringene var det altså uenighet om kravet til begrunnelse var oppfylt i plenumsdom III.

Etter en gjennomgang av nasjonale rettskilder og barnekomiteens uttalelser oppsummerte annenvoterende, som tilhørte mindretallet i plenumsdom III, kravene til begrunnelse slik:

Det må fremgå at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn. Barnets interesser må derfor være identifisert og beskrevet, og det må foretas en vurdering av de sider ved barnets situasjon som kan ha betydning for saken. Vedtaket må vise hvordan barnets beste er avveid mot andre hensyn.⁶⁴³

En begrunnelse som oppfyller kravene som her formuleres, muliggjør en domstolkontroll som kan bidra til å sikre barnets beste.

Førstvoterende, som tilhørte flertallet, så ut til å mene at begrunnelsen kan utfylles med generelle tolkningsuttalelser. Han la til grunn når «grunngivinga skal prøvast, må det takast omsyn til forvaltningspraksis i opphaldssaker etter § 38», og viste til en rapport fra UNE.⁶⁴⁴ Vedtaket etter § 38 inneholdt ikke noe om hva som var til barnets beste. Førstvoterende mente imidlertid at «det er tilstrekkeleg at dette let seg påvise gjennom ei tolking av vedtaket».⁶⁴⁵ Han la også til grunn at de økonomiske og humanitære forholdene i Norge er så mye bedre enn i Kabul, at det ikke er nødvendig å ta inn i begrunnelsen at det er til barnas beste å bli i Norge.⁶⁴⁶ I den forbindelse viste han til både flertallets og mindretallets argumentasjon i ple-

640 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 156 (flertallet) og 211 (mindretallet), Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 44–64 (flertallet) og 108–112 (mindretallet) og Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 186–202 (flertallet) og 259–283 (mindretallet).

641 Utlendingsforskriften § 17-1a ble endret 8. desember 2014. Før endringen sto det «[i] vedtak som berører barn, skal det fremkomme hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vektlagt, med mindre det anses unødvendig».

642 Se Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 264.

643 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 273.

644 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 186.

645 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 192.

646 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 195.

numnsdom I. Vedtaket i plenumsdom I inneholdt imidlertid flere konkrete momenter knyttet til barnet.⁶⁴⁷ I vedtaket som ble behandlet i plenumsdom III, fremgikk ingen konkrete opplysninger om barna. Under flertallet i UNEs vurderinger står det at «at barnas tilknytning til riket i dette tilfellet ikke er tilstrekkelig sterk til å kunne tillegges særlig vekt ved vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn, jf. forskriften § 8-5».⁶⁴⁸ Formuleringen kan tyde på at det ble lagt til grunn at det ikke er nødvendig å vurdere hva som er til barnas beste, fordi de ikke har spesielt sterk tilknytning til Norge. Denne formuleringen, og at vedtaket er så knapt, gjør at det er uklart om det hviler på riktig forståelse av barnets beste.

I HR-2017-2376 ble det lagt til grunn at førstvoterende i plenumsdom III gir uttrykk for et relativt begrunnelseskrav.⁶⁴⁹ Det ble utdypet at begrunnelsen må tilpasses sakens art og de konkrete omstendighetene.⁶⁵⁰ Det kan nok være en regel som bidrar til effektivitet. Det er imidlertid ikke helt i tråd med hva som ble lagt til grunn i forarbeidene til utlendingsloven, hva som følger av forskriften, eller de kravene barnekomiteen har oppstilt.

Verken vurderingen, fastsettingen eller avveiningen av barnets beste kan gjøres uten å gå inn på de individuelle forholdene knyttet til barna og de konkrete forholdene i saken.⁶⁵¹ Dermed kan heller ikke konkret begrunnelse utelates til fordel for utfylling ved hjelp av generelle observasjoner om praksis fra UNE eller andre generelle antagelser. En begrunnelse som må leses i lys av generelle og ofte for partene lite tilgjengelige uttalelser om praksis, ivaretar heller ikke de hensynene en begrunnelse skal ivareta. Der er følgelig redegjørelsen til annenvoterende i plenumsdom III om hvilke krav som må stilles til begrunnelsen, som er dekkende for det som følger av de øvrige rettskildene, og som i tillegg ivaretar de hensynene en begrunnelse i saker som berører barn, skal ivareta.

I begrunnelser som berører barn, må det komme frem hvilke av de mulige utfallene av avgjørelsen som vil ivareta barnets interesser best. Videre må det forklares hvordan hva som er i det berørte barnets beste interesser, er vurdert, og i det ligger det hvilke kriterier eller momenter denne vurderingen er basert på. Videre må det fremgå hvilke innvandringsregulerende hensyn som er vurdert, og hvordan barnets beste har blitt avveid mot motstridende interesser, herunder innvandringsregulerende hensyn.

647 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 205.

648 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 189.

649 HR-2017-2376 avsnitt 48.

650 HR-2017-2376 avsnitt 48.

651 Se denne bokens kapittel 6 og 7.

Fordi barnets beste må vurderes konkret i hver sak, med utgangspunkt i det berørte barnets situasjon, må begrunnelsen også være konkret. Standardformuleringer/tekster kan ikke benyttes i en begrunnelse knyttet til barnets beste.

4.5.4.2 Når er barnet part i saken?

I likhet med begrunnelseskravet sier ikke ordlyden i BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 noe om når et barn må anses som part. Partsrettighetene som følger av forvaltningsloven, er avgrenset til de som må anses som part etter lovens § 2 første ledd bokstav e. Her følger det at en «part» er den som en avgjørelse «retter seg mot», eller som «saken ellers direkte» gjelder. Ettersom utlendingsloven ikke inneholder en egen bestemmelse om hvem som er part, reguleres det i utgangspunktet av fvl. § 2.⁶⁵² I utlendingsforskriften § 17-1 er det presisert at hvis vedtaket beror på en søknad, gjelder forvaltningslovens partsbegrep. I saker som «ikke beror på søknad», vil det imidlertid kun være den «som saken retter seg mot», som anses som part, jf. forskriftens § 17-1 første ledd annet punktum. Når vedtaket ikke beror på en søknad, er følgelig partsbegrepet ment å være noe snevrere enn ellers. Saker etter § 38 beror på søknad om opphold, mens utvisningssaker igangsettes etter initiativ fra myndighetene. Spørsmålet er når barn må regnes som part i de to sakstypene.

Et vedtak vil «rette seg mot» barnet hvis det inneholder en avgjørelse av om barnet får bli i Norge, eller ikke. I hvilke situasjoner et «vedtak direkte gjelder» et barn, er ikke like lett å fastslå. Hvis vedtaket innebærer en adskillelse mellom barnet og dets hovedomsorgspersoner, gjelder det direkte barnets rettigheter og sterke interesser. Et slikt vedtak gjelder barnet direkte. Problemet er at de fleste saker hvor det er risiko for adskillelse mellom barnet og dets hovedomsorgspersoner, er utvisningssaker, hvor det er barnets foreldre vedtaket retter seg mot. Etter forskriftsbestemmelsene er det i slike saker ikke nok at saken direkte gjelder barnet, for at det skal anses som part.

Det skjerpede kravet til begrunnelse gjelder i saker som «berører barn», og påvirkes følgelig ikke av partsstatus. Hvis barnet ikke blir ansett som part, kan det imidlertid være uklart hvilke andre prosessuelle rettigheter det har. Det er kun parter som har rett til forhåndsvarsel etter fvl. § 16, og i utgangspunktet bare parter som skal få gi uttrykk for sitt syn etter fvl. § 17. Etter utlendingsforskriften § 17-3 er det imidlertid nok at saken «vedrører» barnet, for at det skal ha rett til å bli hørt.⁶⁵³ For øvrig er det klart at barn etter BK art. 12 og Grl. § 104 første ledd har

652 Se utlendingsforskriften § 17-1.

653 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.4.4.2 om anvendelsesområdet til barns rett til å bli hørt.

rett til å bli hørt selv om de ikke er part.⁶⁵⁴ Vedtak kan påklages av personer som er part eller har «rettslig klageinteresse», jf. fvl. § 28 første ledd. Det er derfor i utgangspunktet ikke avgjørende om barnet har partsstatus, men partsstatus gjør at det ikke er nødvendig å drøfte det mer skjønsmessige kriteriet «rettslig klageinteresse». Samlet skulle det derfor tilsi at det ikke nødvendigvis har så stor praktisk betydning om barnet ikke anses som part. Samtidig vil barnet gjennom partsstatusen være synliggjort, noe som minsker risikoen for at dets interesser overses. I tillegg har Høyesterett i en kjennelse fra 2017 klart å komme til at barnet heller ikke har rettslig interesse (selvstendig søksmålsinteresse) i en forelders utvisningssak, noe som ser ut til å henge sammen med forskriftsbestemmelsen om partsstatus.⁶⁵⁵ Hadde barna blitt regnet som part i utvisningssaken, ville de helt klart ha hatt selvstendig søksmålsinteresse.⁶⁵⁶ Samtidig er gruppen av personer som har «rettslig klageinteresse» og selvstendig søksmålsinteresse videre enn partsbegrepet, noe som gjør at Høyesterett, uavhengig av forskriftsbestemmelsen, kunne kommet til at barna hadde søksmålsinteresse.

I Maria-dommen var det anført at Maria skulle vært behandlet som part i utvisningsvedtaket som rettet seg mot moren. Retten slo fast at utvisningsvedtaket rettet seg direkte mot moren, men at det grep inn i Marias familieliv.⁶⁵⁷ Videre ble det lagt til grunn at:

Det utfordrer dessuten omsorgssituasjonen på en måte som kan få helt grunnleggende betydning for Bs oppvekst og fremtid. Hun befinner seg derfor i en slik situasjon som lovens ordlyd beskriver - saken gjelder B direkte. Og hun er, så vidt jeg kan forstå dette, også berørt slik man må ha hatt i tankene da forvaltningslovens partsdefinisjon ble utformet.

Retten hadde allerede kommet til at Maria hadde rettslig interesse i saken, og det ble argumentert for at hun derfor burde hatt partsrettigheter allerede i starten av saken.⁶⁵⁸

I 2017-kjennelsen ble det uttalt følgende om Maria-dommen og partsstillingen til familiemedlemmer:

Saken gjaldt imidlertid et særegent tilfelle, der barnet ville stå uten omsorgsperson i Norge om moren ble utvist. Utlendingsforskriften § 17-1 om parts-

654 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.4.2.2.

655 HR-2017-1130-A.

656 HR-2017-1130-A avsnitt 31.

657 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 45.

658 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 46.

begrepet er ikke nærmere drøftet. Sett i lys av sakens helt spesielle faktum, sammenholdt med uttalelsene i Ot.prp.nr.75 (2006–2007) side 323 om at tidligere praksis skulle videreføres, samt det foreliggende forslaget om å lovfeste partsbegrepet i utlendingsloven § 80, kan ikke avgjørelsen i Maria-saken tas til inntekt for et generelt endret syn på reglene om hvem som er part i en utlendings-sak for forvaltningen.⁶⁵⁹

At Maria-dommen var spesiell, er kanskje riktig, men lignende saker eller problemstillinger kan dukke opp igjen. Poenget er jo at barnet rammes hardt og direkte og har sterke interesser i avgjørelsen.⁶⁶⁰ At individer selv kan håndheve rettighetene sine, er viktig. Det er derfor problematisk at forskriften avgrenser partsstatus i utvisningssaker til de vedtaket retter seg mot. Særlig gjelder det for barn fordi det ofte er barna som rammes hardest av utvisningsvedtaket. Også hvis vedtaket griper inn i andre rettigheter, kan barnet ha behov for å håndheve rettigheten sin, og med det ha behov for partsstatus. En relevant rettighet i utlendingsaker er retten til privatliv. Det er nok likevel retten til familieliv som er mest praktisk i utlendingsaker.

Barnets beste gjelder i alle saker «concerning children»/«som berører» barn, jf. art. 3 nr.1 og § 104 annet ledd.⁶⁶¹ Samme anvendelsesområde som etter BK og Grunnloven følger av EMDs praksis.⁶⁶² Barnet kan bli berørt også av vedtak som ikke retter seg mot det eller direkte gjelder barnet. Partsstatusen er følgelig snevrere enn anvendelsesområdet til barnets beste.

Ettersom barnet har en rett til å få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn, kan det stilles spørsmål om barn *bør* ha partsstatus i alle saker de blir berørt av? Et barn kan imidlertid bli berørt i nokså ulik grad. I noen saker kan vedtaket gripe langt inn barnets livssituasjon og dets interesser, mens det i andre så vidt berører dets interesser. Å gi barn partsstatus i alle sakene de blir berørt av, er neppe mulig og kunne ha hatt flere ulemper. For det første vil det innvirke på forvaltningens effektivitet. Å utvide kretsen av parter skaper merarbeid når alle partsrettighetene må overholdes. At forvaltningen ikke overbelastes, er viktig både for individer og forvaltningen selv. For det andre kunne det vært en ulempe for andre personer som vedtaket retter seg mot eller direkte gjelder. For eksempel hvis barn

659 HR-2017-1130-A avsnitt 35.

660 Se også argumentasjonen i Graver (2019) s. 401–402.

661 I EUs charter art. 24 er ordlyden litt annerledes. Her er ordlyden «[in] all actions relating to children».

662 Se for eksempel Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 135, Nunez mot Norge avsnitt 84 og Jeunesse mot Nederland avsnitt 109.

som kun blir lettere berørt, skulle hatt klagerett. Det er heller ikke sikkert det ville vært positivt for barn å bli gjort til part i vedtak som i liten grad berører dem selv. Dersom et barns rettigheter eller svært sterke interesser blir berørt, bør det derimot gis partsstatus.⁶⁶³

På grunn av barns sårbarhet, herunder at de risikerer at deres interesser og rettigheter blir oversett, kan de ha et stort behov for prosessuelle rettigheter. Det gjelder også når de ikke oppfyller kravene til å være part. Det er derfor positivt at barnets beste også gir føringer på prosessen og skjerper kravet til begrunnelse. Det kan bidra til å lempe på ulempene ved manglende partsstatus, blant annet i utvisningsaker.⁶⁶⁴ Når barnets beste har et videre anvendelsesområde enn partsbegrepet, innebærer det at for de prosessuelle reglene som henger sammen med rettigheten, utvides anvendelsesområdet til å gjelde også for barn som ikke anses som part.

4.5.4.3 Utlendingsmyndighetens utredningsplikt

For å kunne vurdere hva som er til et barns beste, må, som Haugli skriver, fakta-grunnlaget for avgjørelsen innhentes.⁶⁶⁵ I saker etter utlendl. § 38 og ved utvisning gjelder forvaltningsloven § 17, jf. utlendl. § 80.⁶⁶⁶ Forvaltningsorganet «skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes», jf. § 17 første ledd.

Høyesterett har lagt til grunn at utredningsplikten er relativ.⁶⁶⁷ Det innebærer at plikten er «avhengig av karakteren av saka og kva som er dei relevante spørsmåla i saka». Utredningsplikten «må tilpassast dei konkrete omstenda i saka».⁶⁶⁸ Videre har domstolen knyttet omfanget av plikten til «til vilkåra i dei aktuelle heimlane i utlendingslova».⁶⁶⁹ Det er ikke overraskende, ettersom hva som er relevant i saken, ofte avhenger av hvilken hjemmel som er aktuell. Som et generelt utgangspunkt er dette også relevant i saker som berører barn. Dette utgangspunktet må imidlertid

663 Se kapittel seks om barns sterke interesser.

664 I NOU 2019: 5 om ny forvaltningslov § 6 (3) er partsbegrepet formulert noe annerledes enn i dagens lov. Etter forslaget regnes en person som «et enkeltvedtak eller annen individuell avgjørelse kan rette seg mot», «som kan få sine rettigheter eller plikter endret som følge av en slik avgjørelse» og «som en slik avgjørelse kan innebære vesentlige ulemper eller skadevirkninger for», som part.

665 Haugli (2020) s. 62.

666 I tillegg er det presisert i utlendingsloven § 93 fjerde ledd at utlendingsmyndighetene har et «selvstendig ansvar for å innhente nødvendige og tilgjengelige opplysninger før avgjørelsen blir truffet». Bestemmelsen er plassert under overskriften «Særskilte regler for søknader om beskyttelse (asylsaker)».

667 HR-2017-2376-A avsnitt 36.

668 HR-2017-2376-A avsnitt 36.

669 HR-2017-2376-A avsnitt 37.

tilpasses at barnets beste skal være en grunnleggende faktor i avgjørelsen. At saken er så godt opplyst som mulig, er helt nødvendig for å kunne avgjøre hvilken løsning som best ivaretar barnets interesser. Utredningen må være tilstrekkelig til å sikre at rettigheten respekteres og sikres, herunder at vurderingen kan gjøres i tråd med de kravene som gjelder. I tillegg må vurderingstemaet i hjemmelen tilpasses barnets beste. Hvor grundig utredningen må gjøres, kan derfor ikke først og fremst avgjøres ut fra hjemmelen i utlendingsloven, men ut fra hva som skal til for at barnets beste respekteres og sikres. Denne vurderingen er nær knyttet til barnets situasjon og behov, altså forhold i den konkrete saken. Pobjoy er inne på at barnets beste kan skjerpe utredningsplikten når han slår fast at BK art. 3 i noen tilfeller «will require a decision-maker to look beyond the claim and/or evidence formally put forward by the applicant».⁶⁷⁰

I General Comment nr. 3/22 uttales det følgende:

The best-interests assessment should be carried out by actors independent of the migration authorities in a multidisciplinary way, including a meaningful participation of authorities responsible for child protection and welfare and other relevant actors, such as parents, guardians and legal representatives, as well as the child.⁶⁷¹

At det innhentes kunnskap og vurderinger fra uavhengige aktører når det skal tas stilling til hva som er til et barns beste, kan være en fordel. Skal det gjøres i alle saker, vil det imidlertid kunne gå på bekostning av utlendingsmyndighetens effektivitet og bli kostbart. Eventuelle ulemper ved at det ikke er en uavhengig aktør som foretar vurderingen, kan avhjelpes av at barnets beste er en rettighet, med et bestemt innhold og som pålegger staten konkrete plikter. Når disse pliktene utpensles gjennom tolkninger rettet mot konkrete sakstyper, gir det er vern til barnets interesser, selv om den som foretar vurderingene, ikke er uavhengig.

Under henvisning til § 17 uttales det i forarbeidene til utlendingsloven at for å ta stilling til barnets beste må myndighetene vurdere behovet for å innhente supplerende opplysninger.⁶⁷² Videre legges det til grunn at UDI og UNE må vurdere om det er behov for å innhente uttalelser fra eksterne, og her nevnes helsefaglige uttalelser, barnevern og skole som eksempler.⁶⁷³ I tillegg nevnes barnets rett til å bli hørt.⁶⁷⁴

670 Pobjoy (2015) s. 345.

671 General Comment nr. 3/22 avsnitt 32 (c).

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

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

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

Barnet rett til å bli hørt må respekteres og sikres i alle saker. I § fvl. 17 første ledd er det presisert at det må påses at mindreårige har fått uttrykt sitt syn. Barnets mening skal altså bidra til at saken blir så godt opplyst som mulig. Når det i vurderingen av hva som er til barnets beste, skal tas utgangspunkt i det berørte barnet, er dette helt nødvendig. I tråd med dette følger det av utlendingsforskriftens 17-3 at barnets mening må være en del av faktagrunnlaget for at saken skal være tilstrekkelig opplyst.⁶⁷⁵

I HR-2017-2376 ble det at faren og sønnen ikke hadde motstridende interesser, trukket frem som et argument for at det ikke var en mangel ved utredningen at barnet ikke var hørt.⁶⁷⁶ I en barnets beste-vurdering kan imidlertid ikke dette være av særlig stor betydning. Hvorvidt barnet har samme interesser som foreldrene, kan ikke vurderes uten å ta stilling til hvilke interesser barnet har. I tillegg må det, uavhengig av foreldrenes interesser, tas stilling til hva som best tjener barnets interesser, og hvor tungtveiende interesser barnet har. Barnets mening vil være sentral selv om det i utgangspunktet ikke ser ut til å være motstridende interesser hos barn og forelder.

Barnekomiteen har også nevnt at tidsperspektivet er viktig, og at saken må behandles effektivt.⁶⁷⁷ Det er et viktig poeng. Lang saksbehandlingstid kan være mer belastende for barn enn for voksne. Effektivitet er positivt også for utlendingsmyndighetene. Samtidig kan grundig utredning ta tid. Det kan påvirke saksbehandlingstiden. Det kan også andre forhold, herunder hvordan barnets foreldre bidrar til sakens opplysning og sakens karakter.

Et annet poeng er at faktagrunnlag ikke kan fastsettes en gang for alle. Haugli har trukket frem at fordi «innholdet i barnets beste, hvilke behov og interesser barn har, forandrer seg og ikke er gitt en gang for alle, bør det stilles krav til innhenting av *aktuell forskning, studier, statistikk og kartlegging på området*» (min utheving).⁶⁷⁸ Dane har i lignende baner fremhevet at en vurdering av hva som er til barnets beste, skal baseres på beviste erfaringer samt kunnskap og forskning.⁶⁷⁹ Hun presiserer at kunnskapen må søkes utenfor rettskildene, og at det vil forekomme endringer i takt med ny forskning og kunnskap.⁶⁸⁰ Det er jeg enig i. Retten kan ikke fungere løsrevet fra samfunnet. Rettskildene må være tilpasset at vurde-

675 Bestemmelsen er gitt med hjemmel i utlendl. § 81 annet ledd, som slår fast at «[k]ongen skal gi regler i forskrift om barns rett til å bli hørt i saker som vedrører det etter utlendl., jf. fvl. § 17 første ledd og BK art. 12».

676 HR-2017-2376-A avsnitt 43.

677 General Comment nr. 14 avsnitt 93.

678 Haugli (2020) s. 62.

679 Dane (2015) s. 193 og 197. Se også Kalverboer med flere (2017).

680 Dane (2015) s. 197.

ringen ikke kan styres fullt og helt av nettopp rettskilder. For temaet her er det også et poeng at situasjonen i landene barnet risikerer å måtte bosette seg i, kan endres, noen ganger til det verre, og andre ganger til det bedre. Det vil kunne påvirke vurderingen av hva som er til dets beste.

Mine tolkninger bygger på en helhetlig, rettighetsbasert tilnærming, ettersom det er det jeg som rettsforsker særlig kan bidra med. I konkrete saker kan vurderingen måtte utfylles ved hjelp av andre fag og forskning, slik som for eksempel medisin. Utlendingsmyndighetene må også legge til grunn oppdatert landinfo.

4.6 VEIEN VIDERE

Barnets beste har, som det følger av punktene ovenfor, tre sider: et generelt prinsipp, en materiell rettighet og angir et sett prosessuelle regler. I de neste tre kapitlene er det hovedsakelig den materielle rettigheten som behandles. Det er imidlertid en nær sammenheng mellom de ulike sidene av barnets beste, slik at også de andre to sidene berøres i noen grad.