



# 8. Prøvingsintensitet ved domstolskontroll av barnets beste

## 8.1 INNLEDNING

Domstolskontroll er sentralt for at rettigheter skal sikres effektivt. Som nevnt i kapittel fem kan fremveksten av barns rettigheter deles i tre stadier, hvor det tredje er en anerkjennelse av at barn har den nødvendige «procedural capacity» til å påberope seg og håndheve rettighetene.<sup>1743</sup> For at barn skal kunne håndheve rettighetene sine, er det nødvendig med prosessuelle regler som sørger for effektiv sikring av disse. I denne sammenhengen er det av betydning hvor inngående domstolene kontrollerer om forvaltningen har respektert og beskyttet rettighetene, herunder hvor inngående prøvingen gjøres.

I dette kapittelet er temaet prøvingsintensitet ved domstolskontroll av barnets beste. Det er nasjonale domstolars behandling av barnets beste og de reglene som gjelder i denne sammenheng, som behandles. Disse reglene er i stor grad utformet av Høyesterett. Det gjelder imidlertid også enkelte krav til prøvingsintensiteten etter både BK, Grunnloven og EMK.

Som med andre forvaltningsvedtak er det i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning anledning til å gå til sak for domstolen med krav om at vedtaket må kjennes ugyldig. Domstolskontrollen er ulik i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. Prøvingsintensiteten er høyest i utvisningssaker. Dette skyldes først og fremst at forvaltningen har forskjellig grad av *skjønn* etter reglene som regulerer de to typene vedtak.<sup>1744</sup> Dette kommer jeg nærmere inn på i punktene under, når jeg behandler i *hvilken grad* domstolen overlater skjønn til forvaltningen ved gyldighetskontroll av slike vedtak, og da særlig av bar-

1743 Van Bueren (1998) s. 1 og denne bokens kapittel 4 punkt 4.2.

1744 Dette henger noe sammen med at EMK art. 8 svært ofte kommer til anvendelse i utvisningssaker. Se Rt. 1998 s. 1795 og Frode Innjord, «Høyesterett og prøving av forvaltningsvedtak – hovedlinjer og utviklingstrekk» i *Lov, Sannhet, Rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år*, Oslo 2015 s. 617–649.

nets beste. Videre behandler jeg hvilke faktum som må legges til legges grunn av domstolene ved slik prøving. Deretter drøfter jeg *hvor inngående prøving* domstolen må foreta etter de kravene menneskerettighetene stiller til prøvingsintensiteten. Disse kravene må ikke nødvendigvis ivaretas gjennom kontroll av vedtakets gyldighet. Et annet alternativ er håndhevelsessøksmål. Dette kommer jeg kort inn på når jeg til sist behandler de to typene søksmål som er aktuelle for å få prøvd om barnets beste er respektert og sikret.

Kapittelet bygger på analysene i tidligere kapitler, men perspektivet er skiftet fra barnets bestes materielle innhold til hvordan dette innholdet må sikres av domstolene.<sup>1745</sup>

## 8.2 DAGENS DOMSTOLSKONTROLL AV VEDTAKS GYLDIGHET

### 8.2.1 Forvaltningsskjønnet

Graver beskriver to tilnæringer til forvaltningsskjønnet, en materiell og en formell.<sup>1746</sup> Han skriver at den materielle «ser på forvaltningens skjønn som den myndighet forvaltningen har til å treffe avgjørelser på annet grunnlag enn anvendelsen av rettsregler».<sup>1747</sup> Forvaltningens vurderinger er med en slik forståelse styrt av andre normer enn de rettslige. Om den formelle skriver han at den «ser på forvaltningens skjønn som resultatet av en kompetansefordeling mellom forvaltningen og domstolene til å ta stilling til uklare, vage og åpne elementer i en kompetansebestemmelse».<sup>1748</sup> At domstolen ikke anses å ha kompetanse til å overprøve forvaltningens vurderinger, innebærer ikke at vurderingene automatisk kan defineres som ikke-juridiske.<sup>1749</sup> Jeg anser skjønnsfrihet for først og fremst å ha betydning for i hvilken grad domstolen anser seg kompetent til å prøve forvaltningens vurderinger. Selv om domstolene ikke prøver forvaltningens vurderinger, kan det foreligge rettslige føringer forvaltningen må forholde seg til. Sagt på en annen måte så blir ikke rettsregler borte, selv om domstolen av ulike grunner gir forvaltningen det siste ordet ved anvendelsen av dem.

1745 Se denne bokens kapittel 2 punkt 2.2 om perspektiv.

1746 Graver (2019) s. 252.

1747 Graver (2019) s. 252.

1748 Graver (2019) s. 252.

1749 Hvilke materielle føringer som ligger på vurderingen, varierer. Forvaltningens vurderinger må oppfylle visse materielle krav som følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler, og i noen tilfeller av menneskerettighetene. Om materielle krav som gjelder uavhengig av om det foreligger fritt skjønn, se for eksempel Rt. 2012 s. 1025 avsnitt 68.

Selv om forvaltningen nyter en skjønnsfrihet, er domstolen alltid kompetent til prøve om forvaltningens vurderinger er innenfor kravene til saklig og forsvarlig myndighetsutøvelse.<sup>1750</sup> Etter læren om saklig og forsvarlig myndighetsutøvelse kan domstolene prøve om et vedtak «ligger av en kompetansemangel, er truffet på grunnlag av uriktig faktum, er beheftet med saksbehandlingsfeil, ikke bygger på forsvarlig skjønn, er influert av usaklige hensyn, medfører usaklig forskjellsbehandling eller etter sitt innhold er åpenbart urimelig».<sup>1751</sup> Inn under spørsmålet om vedtaket bygger på et forsvarlig skjønn, kan domstolen prøve om det faktiske grunnlaget for skjønnets er korrekt, om rettslige normer for hvordan skjønnets skal gjennomføres er fulgt, og om skjønnets som er utøvd, er tilstrekkelig bredt.<sup>1752</sup>

Forvaltningens skjønn har to sider. Den første er skjønnsfrihet til å bestemme om og eventuelt på hvilken måte kompetanse skal brukes, heretter *hensiktsmessighetsskjønn*.<sup>1753</sup> Den andre er skjønnsfrihet til å avgjøre om de lovbestemte vilkårene er oppfylt, heretter *subsumsjonsskjønn*.<sup>1754</sup> Hvorvidt det foreligger hensiktsmessighetsskjønn eller subsumsjonsskjønn, beror på en tolkning av den aktuelle kompetansehjemmelen og er følgelig et lovtolknings spørsmål.

Hovedregelen er at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte.<sup>1755</sup> Dette er særlig begrunnet i rettssikkerhetshensyn.<sup>1756</sup> Unntak fra hovedregelen må særskilt begrunnes.<sup>1757</sup> Både en utvisning og et avslag på opphold griper normalt

1750 Tradisjonelt har samlebetegnelsen «læren om myndighetsmisbruk» eller «misbrukslæren» blitt brukt om denne læren. Disse begrepene har imidlertid blitt kritisert, se Graver (2019) s. 123, Eckhoff og Smith (2018) s. 410 og Erik Boe, «'Sterke menneskelige hensyn' – for sterke for Høyesterett?», *Kritisk Juss*, 2009 s. 9–31 (s. 10). Boe har benyttet betegnelsen «prinsippet om saklig og forsvarlig myndighetsutøvelse», mens Eckhoff og Smith har benyttet «myndighetsoverskridelse» om tilfeller hvor forvaltningen har gått utenfor sin materielle kompetanse.

1751 Rt. 2011 s. 304 avsnitt 55.

1752 Rt. 2012 s. 1025 avsnitt 68.

1753 Se Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 152–154. Når forvaltningen har myndighet til å avgjøre om vedtak skal treffes, benyttes begrepene «kan-skjønnets», «forvaltningens frie skjønn», «fritt skjønn», «diskresjonært skjønn», «hensiktsmessighetsskjønn» eller bare «forvaltningens skjønn». Se Bernt og Rasmussen (2010) s. 84–85, Boe (2009) s. 10–11, Eckhoff og Smith (2018) s. 374–375 og Graver (2019) s. 252–256 for beskrivelse og kritikk av begrepene. Jeg benytter hensiktsmessighetsskjønn fordi begrepet gjenspeiler at skjønnets ikke er helt fritt, men at forvaltningen er gitt en viss frihet til å avgjøre om et positivt vedtak er hensiktsmessig ut fra de relevante formålene og interessene som skal ivaretas.

1754 Se Graver (2019) s. 262.

1755 Rt. 1995 s. 1427 på s. 1433. Synet på domstolskontroll som førstvoterende her gir uttrykk for, er senere blitt gjentatt, blant annet i Rt. 2007 s. 1573 avsnitt 52. Se også Boe (2009) s. 12.

1756 Rt. 1995 s. 1427 på s. 1433.

1757 Rt. 1995 s. 1427 på s. 1433.

inn i faktiske forhold, og ofte også i individenes rettsstilling. Dette taler for at domstolen i alle fall kan prøve subsumsjonsskjønnet i de to sakstypene. Spørsmålet blir hva domstolene prøver?

### 8.2.2 Hva prøver domstolene?

Etter utlendl. §§ 66, 67 og 68 første ledd «kan» myndighetene vedta utvisning hvis vilkårene i utvisningsgrunnlagene er oppfylt. Utvisningsgrunnlagene i disse bestemmelsene utgjør imidlertid kompetanseskranker som domstolene kan prøve fullt ut. Også kravet i utlendl. § 70 er gjenstand for full overprøving fra domstolene, herunder prøves subsumsjonen.<sup>1758</sup> At forholdsmessighetsvurderingen må prøves, ble i tilknytning til utlendingsloven 1988 begrunnet slik av Høyesterett:

Den forholdsmessighetsvurdering som skal foretas etter disse bestemmelsene, er av typisk rettslig karakter [...] De grunner som taler mot overprøving av forvaltningsskjønn, gjør seg derfor ikke gjeldende her.

I tillegg kommer at domstolene i de tilfeller som omfattes av utlendingsloven § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd, uansett må foreta en prøving av om utvisningen er et brudd på EMK artikkel 8. Som Høyesterett har påpekt i Rt-1996-551, vil forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd, langt på veg være sammenfallende med den avveining som skal foretas etter denne artikkel. Også av denne årsak er det liten grunn til å anse forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd for å være unndratt overprøving av domstolene.<sup>1759</sup>

Når forholdsmessighetsvurderingen er gjenstand for full overprøving, er det lite igjen av hensiktsmessighetsvurderingen.<sup>1760</sup>

Etter utlendl. § 38 første ledd «kan» det gis opphold på humanitært grunnlag etter nærmere vurderinger. Begrepet «kan» klargjør at det er opp til utlendingsmyndighetene å avgjøre om opphold skal innvilges. Forvaltningen har et hensikts-

1758 Frem til Rt. 1998 s. 1795 var det noe uklart i hvilken grad forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning kunne prøves. Se Rt. 1998 s. 1795 på s. 1802 og 1803 for gjennomgang av eldre rettspraksis.

1759 Rt. 1998 s. 1795 på s. 1803.

1760 Se Sundsdal (2015) s. 262 note 4. Skjønnsfriheten ligger vel først og fremst i at forvaltningen kan unnlate å utvise, selv om slik utvisning vil være forholdsmessig.

messighetsskjønn.<sup>1761</sup> Spørsmålet blir hva domstolene prøver ved gyldighetskontroll av vedtak etter utlendl. § 38.

Av ordlyden i § 38 første ledd følger det at opphold kan gis «dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen har særlig tilknytning til riket» (min utheving). Ved at det står «dersom», tyder det på at de to alternativene grunnlagene for opphold etter første ledd er vilkår som må være oppfylt for at UDI eller UNE skal ha kompetanse til å innvilge opphold. I forarbeidene omtales de to alternativene som kriterium eller vilkår, som i noen tilfeller er overlappende.<sup>1762</sup> Høyesterett har også benyttet betegnelsen «vilkår».<sup>1763</sup>

I Rt. 2008 s. 681 la Høyesterett til grunn at «sterke menneskelige hensyn» eller «særlig tilknytning til riket» i utlendingsloven 1988 § 8 er unntatt domstolskontroll.<sup>1764</sup> Etter en gjennomgang av forarbeidene til utlendingsloven 1988 uttalte førstvoterende følgende:

Den foreslåtte ordlyd isolert sett må forstås slik at oppholdstillatelse på humanitært grunnlag skulle gis etter forvaltningens frie skjønn. Det følger av første ledd at særlig tilknytning til riket eller særlig sterke menneskelige hensyn skulle tillegges vekt som en del av «kan-skjønnet».<sup>1765</sup>

Her ser det altså ut til at retten la til grunn at de to alternativene inngikk i hensiktsmessighetsskjønnet. Høyesteretts uttalelser i Rt. 2008 s. 681 er imidlertid ikke entydige. I sitt standpunkt uttalte retten at «§ 8 ikke kan forstås slik at andre ledd åpner for domstolskontroll med forvaltningens anvendelse av *vilkårene* 'sterke menneskelige hensyn' eller utlendingens 'særlige tilknytning til riket'» (min utheving).<sup>1766</sup> Uttalelsen tyder på at de to alternativene ble betraktet som vilkår, som var unntatt fra hovedregelen om at domstolene kan prøve subsumsjonen.<sup>1767</sup>

Ordlyden i § 38 første ledd og bestemmelsens systematikk er noe ulik den eldre lovens § 8. I § 38 skilles det mellom momenter av betydning for vurdering av om

---

1761 Dette var det enighet om i Rt. 2008 s. 681, hvor retten tok stilling til om domstolene fullt ut skal prøve om vilkåret «sterke menneskelige hensyn» i utlendingsloven 1988 § 8 annet ledd var oppfylt, se dommens avsnitt 32.

1762 Se Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 159.

1763 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 144.

1764 Rt. 2008 s. 681 avsnitt 46.

1765 Rt. 2008 s. 681 avsnitt 39.

1766 Rt. 2008 s. 681 avsnitt 46.

1767 Selv om nyere rettspraksis er knapp på dette punktet, er det uttalelser i nyere dommer som støtter en slik forståelse, se Rt. 2013 s. 449 avsnitt 41, hvor det slås fast at § 38 første ledd angir «når» det kan gis opphold. Plenumsdommene er derimot knappe på dette punktet.

alternativene i første ledd er oppfylt (i annet ledd), og momenter av betydning for vurderingen av om det skal innvilges opphold (i fjerde ledd). Hvis alternativene i første ledd var ment å være en del av hensiktsmessighetsskjønnet, hadde ikke et slikt skille vært nødvendig. Skulle vilkårene inngå i hensiktsmessighetsskjønnet, burde ordlyden vært en litt annen. *Sterke menneskelige hensyn* og *særlig tilknytning til riket* er følgelig ikke retningslinjer for skjønnet, men to alternative og dels overlappende vilkår. I Rt. 2012 s. 1985 ble det likevel lagt til grunn at § 38 må forstås på samme måte som den tidligere § 8.<sup>1768</sup> Subsumsjonen prøves følgelig heller ikke etter någjeldende utlendingslov. Det kan imidlertid, som Boe gjør, fremmes gode argumenter for at subsumsjonen *burde* underlegges domstolskontroll.<sup>1769</sup>

Et poeng Boe trekker frem, er at vurderingene som vilkårene gir anvisning på, er en «juridisk/etisk/rettssikkerhetsmessig bedømmelse».<sup>1770</sup> Slike vurderinger anser domstolen seg som hovedregelen i stand til å foreta.<sup>1771</sup> Motsetningsvis taler vilkår som gir anvisning på utpregede politiske, faglige eller svært skjønnspregede vurderinger, mot domstolskontroll.<sup>1772</sup> Vilåret «sterke menneskelige hensyn» er nok noe skjønnspreget, men ses det i sammenheng med momentene i § 38 annet ledd, fremstår det mindre vagt.

Som tidligere nevnt innvirker innvandringspolitikken på vurderingen av om det skal innvilges opphold etter bestemmelsen.<sup>1773</sup> Politikken kommer imidlertid først og fremst inn i vurderingen av om opphold skal innvilges, gjennom de innvandringsregulerende hensynene i § 38 fjerde ledd. Hensynene gjør seg følgelig først gjeldende i hensiktsmessighetsskjønnet. Selv om politiske standpunkt og verdier kan innvirke på oppfatninger om rimelighet og hva som er en humanitær politikk, er ikke vilkårene i første ledd av utpreget politisk karakter. Heller ingen av momentene i annet ledd, som skal gi veiledning til vurderingen av om vilkårene er oppfylt, er av utpreget politisk karakter. Vilrårene er heller ikke i utgangspunktet av utpreget faglig karakter, men faglige vurderinger kan nok ha betydning i enkeltsaker. I så tilfelle kan domstolen vise tilbakeholdenhet ved prøving av *disse* vurderingene. Vilrårenes karakter stenger følgelig i utgangspunktet ikke for domstolskontroll. Noe som tvert imot taler *for* domstolskontroll, er bestemmelsens rolle som sikkerhetsventil for humane avgjørelser og for å hindre at feilvurderinger i asylsaker

1768 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 144.

1769 Boe (2009) se særlig s. 23–24 og 30–31.

1770 Boe (2009) s. 23–24.

1771 Boe (2009) s. 24 og Graver (2019) s. 264–265. Se også uttalelsen i Rt. 2007 s. 1573 avsnitt 49 og 52 om momenter av betydning for vurderingen av domstolens kompetanse til å prøve forvaltningens vurderinger og rettsanvendelse.

1772 Se Boe (2009) s. 24.

1773 Se denne bokens kapittel 1 punkt 1.2 og kapittel 3 punkt 3.3.

fører til at noen som er i behov for beskyttelse, gis avslag på opphold.<sup>1774</sup> Bestemmelsen er viktig for rettsikkerheten, på et rettsområde hvor avgjørelsene kan få stor betydning for utlendingen.<sup>1775</sup>

Det ser imidlertid ut til å være en befestet oppfatning i rettspraksis at subsumsjonen under vilkårene ikke prøves. Høyesterett viser stort sett til Rt. 2008 s. 681, uten at behovet for domstolskontroll av vilkårene problematiseres nærmere.<sup>1776</sup> Domstolen prøver heller ikke avveiningen.

For temaet i boken er det først og fremst interessant hvor inngående domstolskontrollen gjøres når barn blir berørt og barnets beste kommer til anvendelse. Dette behandles derfor i det neste punktet.

### 8.2.3 Hva prøves når barn blir berørt?

Når barn blir berørt i utvisningssaker, prøves vurderingen og vektleggingen av barnets beste som en integrert del av forholdsmessighetsvurderingen.<sup>1777</sup> Domstolene anses kompetente til å prøve hva som er til barnets beste, vekten av statens interesser som begrunner utvisning, og om utvisning vil være forholdsmessig.<sup>1778</sup> Det ser imidlertid ikke ut til at domstolskontrollen alltid er like inngående i utvisningssaker.<sup>1779</sup> Hovedregelen er likevel at domstolen prøver både vurderingen og avveiningen. Det som krever en nærmere behandling, er hva som prøves når barn blir berørt av et vedtak etter utlendl. § 38.

I Rt. 2009 s. 1261 tok Høyesterett stilling til om det at barnets beste er forankret i BK, medfører at barnets beste må være gjenstand for «utvidet domstolsprøving».<sup>1780</sup> Til tross for at problemstillingen krever en drøftelse av hvilke krav som følger av BK, foretok ikke førstvoterende, som rettens øvrige medlemmer sluttet seg til, en slik drøftelse. I stedet for nøyde hun seg med å vise til Einarsens kommentar til utlendingsloven 1988.<sup>1781</sup> Førstvoterende kom til at:

1774 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.4.1.

1775 At bestemmelsen er viktig for rettsikkerheten, legges også til grunn av Høyesterett under henvisning til lovens forarbeider, se Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 109.

1776 Se Rt. 2009 s. 851 avsnitt 43, Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 75 om § 8 i utlendingsloven 1988 og Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 142–144 om någjeldende utlendingslov § 38.

1777 Som for eksempel i Rt. 2005 s. 229, Rt. 2009 s. 534, Rt. 2011 s. 948 og Rt. 2015 s. 93.

1778 Se for eksempel Rt. 2015 s. 93 avsnitt 72–81.

1779 Se Rt. 2010 s. 1440.

1780 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 76.

1781 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 76. Saken ble løst etter utlendingsloven 1988, ettersom den nye loven enda ikke var trådt i kraft.

Domstolenes oppgave blir [...] å kontrollere forvaltningens generelle forståelse av begrepet «barnets beste» på det aktuelle saksområdet, og at hensynet er forsvarelig vurdert og avvleid mot eventuelle motstående hensyn. Den konkrete vurderingen av barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen, hører derimot under forvaltningens frie skjønn.<sup>1782</sup>

Den første setningen stammer fra Einarsen, mens siste setning har førstvoterende selv føyd til, uten nærmere presisering eller begrunnelse.<sup>1783</sup> Hvordan retten skal kunne kontrollere at barnets beste er forsvarelig avvleid mot motstående hensyn, uten å gå inn på interesseavveiningen, er ikke nærmere utdypet.<sup>1784</sup>

Både flertallet og mindretallet i plenumsdom I slutter seg til standpunktet i 2009-dommen. Videre presiseres det i plenumsdom I «at det må fremgå av vedtaket at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn».<sup>1785</sup> Dette må gjøres gjennom en kontroll av vedtakets begrunnelse.<sup>1786</sup> Det ble lagt til grunn at en begrunnelse som ivaretok de kravene som fulgte av dagjeldende utlendingsforskrift § 17-1a, ville være tilstrekkelig for den kontrollen domstolen skulle foreta.<sup>1787</sup> Heller ikke i plenumsdommen vurderte flertallet BK og kilder tilknyttet konvensjonen, men forholdt seg til § 38 og kilder knyttet til utlendingsloven. Den begrensede prøvingen av barnets beste ble fulgt opp i plenumsdom II og III.<sup>1788</sup>

Slik Høyesterett har tolket § 38, er altså prøvingen av barnets beste begrenset. Selv om barnets beste, på det abstrakte nivået og på mellomnivået, har samme innhold, formål og utforming i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, er følgelig prøvingsintensitet i dag forskjellig i de to sakstypene.<sup>1789</sup> Mens det i utvisningssaker er åpnet for en inngående kontroll av barnets beste som en del av forholdsmessighetsvurderingen, er prøvingsintensiteten i saker etter § 38 lav. I sistnevnte saker foretas det hovedsakelig en prosessuell kontroll av vedtakets begrunnelse.

1782 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 77.

1783 Terje Einarsen, *Utlendingsloven – med kommentarer*, Bergen 2008 s. 44.

1784 Se Sandberg (2020b) s. 337, som slår fast at det er diskutabelt om domstolene kan begrense seg til en slik kontroll.

1785 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 149.

1786 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 150.

1787 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 150. Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.5.4.1.

1788 Rt. 2012 s. 2039 og Rt. 2015 s. 1388.

1789 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4 om barnets bestes to nivå.



### 8.2.4 Hvilket faktum legges til grunn ved domstolskontrollen?

Et spørsmål som har blitt behandlet av Høyesterett og i juridisk litteratur, er hvilket faktum domstolene skal legge til grunn når de tar stilling til gyldigheten av et forvaltningsvedtak.<sup>1790</sup> Mer presist er det et spørsmål om domstolen ved gyldighets-søksmål skal legge til grunn faktum slik det var på vedtakstidspunktet eller på tidspunktet for domstolsbehandling. Spørsmålet om hvilke faktum som skal legges til grunn ved gyldighetskontroll, er relevant for begge typer saker som behandles i boken. I saker som berører barn, kan hvilke faktum som legges til grunn, være av stor betydning. Barn som oppholder seg i Norge, får ofte en sterkere tilknytning til landet i takt med at tiden går. Barnet blir eldre, knytter bånd til andre enn nærmeste familie, lærer språk og får sin identitet formet her. I tillegg kan andre endringer av betydning for hva som er til barnets beste, eller for hvor tungtveiende barnets interesser må være i en avveining mot innvandringsregulerende hensyn, finne sted.<sup>1791</sup>

Hvilket faktum som skal legges til grunn, er ikke lovregulert. I Rt. 2003 s. 460 U la kjæremålsutvalget til grunn at «[t]ingretten må [...] begrense prøvingen til forhold som forelå da vedtaket ble truffet i januar 2002».<sup>1792</sup> Det presiseres at etterfølgende omstendigheter ikke kan trekkes inn, men det utdypes ikke hvorfor.<sup>1793</sup> I Rt. 2012 s. 667 ble spørsmålet behandlet grundigere. Her var det sentrale spørsmålet om domstolene ved prøving av «vedtakets gyldighet har adgang til å bygge på faktiske forhold som er kommet til etter at vedtaket ble truffet, der dette i tilfelle kan medføre en endring til gunst for søkerne». Fire dommere kom til at domstolen kunne bygge på faktiske forhold som er kommet til etter vedtakstidspunktet, mens en var uenig. To av dommerne i flertallet begrunnet standpunktet sitt i menneskerettighetene.<sup>1794</sup> De andre to løste spørsmålet mer generelt og mente at «domstolsprøving av forvaltningsvedtak hvis det ikke finnes særlig hjemmel for annet, [...] må skje på grunnlag av det faktum som foreligger på det tidspunkt saken tas opp

---

1790 Se Rt. 2012 s. 667 og Rt. 2012 s. 1985 fra avsnitt 46–98, 169–183 og 216–251. Gunnar O. Hæreid, «Tidspunkt for faktumvurderinga ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak – rettsstilstanden før mai 2012», *Lov og Rett*, 2012a s. 451–472, Gunnar O. Hæreid, «Tidspunkt for faktumvurderinga – rettsstilstanden etter mai 2012», *Lov og Rett*, 2012b s. 533– 551. Graver (2019) s. 554, Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave Oslo 2017 s. 27–28 og 1059, Håvard H. Holdø og Tolle Stabel, «Faktumstidspunkt ved 'Håndhevelsessøksmål' – omkamp om plenumsdom Rt. 2012 s. 1985», *Lov og Rett*, 2015 s. 250–257, Stub (2016) s. 93–96 og Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018.

1791 Dette var tilfellet i saken som ble behandlet i Rt. 2012 s. 667.

1792 Rt. 2003 s. 460 avsnitt 14.

1793 Rt. 2003 s. 460 avsnitt 14. Se Skoghøy (2018) s. 140 om kjennelsen.

1794 Rt. 2012 s. 667 avsnitt 27.

til doms». <sup>1795</sup> Resultatet ble at lagmannsrettens dom ble opphevet, og saken måtte behandles på nytt. <sup>1796</sup> I plenumsdom I ble spørsmålet igjen behandlet. Denne gangen mente et flertall at domstolen ikke kunne ta i betraktning faktum etter vedtakstidspunktet. <sup>1797</sup> I plenumsdom III uttalte førstvoterende kort at det «har ikkje kome fram noko som gir grunnlag for å sjå annleis på dette spørsmålet enn det Høgsterett gjorde i disse plenumsdommane». <sup>1798</sup>

Høyesterett har altså lagt opp til at domstolene skal prøve vedtakets gyldighet ut fra faktum slik det forelå på vedtakstidspunktet. Eventuell økt tilknytning barnet har fått til Norge etter siste vedtak, vektlegges dermed ikke. Et annet eksempel er at hvis barna har fått norsk statsborgerskap etter at siste vedtak ble fattet, prøves ikke betydningen av dette av domstolen. <sup>1799</sup> Et tredje eksempel er at hvis barnet er født etter siste vedtak, regnes det som et nytt faktum domstolen ikke kan ta i betraktning. <sup>1800</sup> Nye bevisfakta må derimot trekkes inn i prøvingen av vedtaks gyldighet. <sup>1801</sup>

Løsningen harmonerer med at domstolen kun prøver begrunnelsen til vedtaket etter utlendl. § 38. Det er imidlertid ikke gitt at en så begrenset prøving som domstolen foretar i dag, verken kan eller bør opprettholdes i saker hvor barn blir berørt. I utvisningssaker, hvor prøvingsintensiteten normalt er høy, blir løsningen kronglete. Forholdsmessighetsvurderingen etter § 70 vil kunne bli mangelfull hvis det ses bort fra faktum som har kommet til etter at utvisningen ble vedtatt.

Det er flere argumenter for at faktum på domstidspunktet bør legges til grunn. Som det ble trukket frem i Rt. 2012 s. 667, legger det til rette for et materielt riktig resultat og bidrar til at utlendingen kan håndheve sine rettigheter. <sup>1802</sup> Det bidrar også til en effektiv sikring av menneskerettighetene, noe det er behov for på et rettsområde hvor politikk har stor innvirkning. Som annenvoterende i plenumsdom I uttalte, kan det føre til «uoprettelige skader og rettsfornektelse» dersom domstolen ser bort fra konvensjonsrettslig relevant faktum fordi det har inn-

1795 Rt. 2012 s. 667 avsnitt 50.

1796 Borgarting lagmannsrett LB-2012-81191.

1797 Rt. 2012 s. 1985 fra avsnitt 46–98 (flertallet), 169–183 (annenvoterende og en del av flertallet i Rt. 2012 s. 667) og 216–251 (tredjevoterende og også en del av flertallet i Rt. 2012 s. 667).

1798 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 70.

1799 Borgarting lagmannsretts dom LB-2017-48169 punkt 1 under lagmannsrettens bemerkninger.

1800 LB-2017-48169 punkt 1 under lagmannsrettens bemerkninger.

1801 Med bevisfakta menes nye opplysninger om faktum på vedtakstidspunktet. Se tredjevoterendes votum i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 216, hvor det trekkes frem at skillet mellom «nye rettsfakta og nye bevisfakta kan være nokså subtilt».

1802 Rt. 2012 s. 667 avsnitt 29.

trådt etter at siste vedtak ble truffet.<sup>1803</sup> Han viser i den forbindelse til at EMD foretar en nåtidsvurdering.<sup>1804</sup>

Nytt faktum må etter dagens gyldighetskontroll prøves av UNE. Nemnda har plikt til å besvare anmodninger om omgjøring.<sup>1805</sup> Hvis det er en reell risiko for menneskerettsbrudd, har UNE også plikt til å realitetsbehandle omgjøringskravet.<sup>1806</sup> Plikten er presisert i UNEs interne retningslinjer og er utledet av god forvaltningsskikk og rettssikkerhetshensyn.<sup>1807</sup> Retningslinjene viser til at forarbeidene til utlendingsforskriften § 8-5 om vurderingen av «sterke menneskelige hensyn i lovens § 38 ved søknad om oppholdstillatelse fra barn» forutsetter at omgjøringskravet i slike tilfeller skal realitetsbehandles.<sup>1808</sup> Plikten til realitetsbehandling av omgjøringsbegjæringer bidrar til at nye faktiske forhold blir vurdert. Vedtaket blir imidlertid behandlet av samme organ som har truffet avgjørelse i klagesaken, og i en del tilfeller også i forbindelse med flere tidligere omgjøringsbegjæringer. I tillegg er UNE ikke helt fri fra politisk styring.<sup>1809</sup> Disse forholdene gjør det nødvendig med domstolskontroll, slik det også er adgang til. Domstolkontrollen blir imidlertid ufullstendig hvis det har oppstått nye faktiske omstendigheter av betydning for saken. Dagens løsning kan i tillegg være tid- og ressurskrevende. En sak som behandles av en domstol, må tilbake til nemnda for å bli vurdert ut fra en nåtidsvurdering. Ofte er det også anført andre mangler ved vedtaket. Disse må behandles av domstolen, eventuelt vurderes av nemnda ut fra det nye faktumet, og så tilbake til domstolen igjen dersom utlendingen fremdeles mener det er mangler ved vedtaket.

For barn som blir berørt av vedtaket, kan det være belastende at det tar tid før endelig avklaring. Går det svært lang tid, kan det i tillegg krenke retten til privatliv.<sup>1810</sup> At løsningen ofte er lite effektiv, er heller ikke heldig for forvaltningen. Etter hvert som tiden går, kan statens handlingsrom minske i takt med at individets interesser øker i vekt.<sup>1811</sup> Av tredjevoterende i plenumsdom II ble det fremhevet at «søksmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak har ikke karakter av noen teoretisk øvelse, men er en tvist om et reelt rettskrav – ofte av inngripende karakter

1803 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 172.

1804 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 172. Se også Butt mot Norge avsnitt 52.

1805 Utlendingsnemnda. UNE, *Interne retningslinjer. Saksbehandlingen i UNE*, 23.10.2017 (Interne retningslinjer i UNE) punkt 9 s. 22.

1806 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 88 og 177 og *Interne retningslinjer i UNE* punkt 9 s. 22.

1807 *Interne retningslinjer i UNE* punkt 9 s. 22.

1808 *Interne retningslinjer i UNE* punkt 9 s. 22.

1809 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.3.

1810 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.3.

1811 Se denne bokens kapittel 6 og 7.

eller av stor økonomisk eller velferdsmessig betydning for borgerne».<sup>1812</sup> Av det ble det sluttet at ved «nye rettslig relevante faktiske omstendigheter, bør borgerne i en rettsstat ha krav på at tvisten blir avgjort på grunnlag av faktum som foreligger under domstolsbehandlingen».<sup>1813</sup> Det er jeg enig i. Saker om opphold og utvisning har stor velferdsmessig betydning. Det er da uheldig når helt sentrale forhold, som for eksempel betydningen av at et barn er født, og dets rettigheter, at et barn er blitt sykt, eller at et barn har fått norsk statsborgerskap, ikke prøves. Det gir unektelig karakter av en teoretisk øvelse. Når det ikke er positivt verken for dem saken direkte gjelder, barn som blir berørt, eller for staten at slike saker trekker ut og må behandles gjentatte ganger av UNE og eventuelt domstolene, taler det med tyngde for at løsningen ikke bør opprettholdes.

Skoghøy har argumentert for at Høyesterett i plenumsdom I burde ha kommet til at domstolen kan bygge på etterfølgende fakta. Han peker på at ettersom domstolskontrollen er utviklet i rettspraksis, har domstolen et særlig ansvar for å tilpasse den til samfunnsutviklingen og de behovene som gjør seg gjeldende.<sup>1814</sup> Han trekker også frem at flertallets vurderinger i plenumsdommene er lite omfattende sammenlignet med mindretallets. Til sist peker han på at løsningen til flertallet medfører at «spørsmålet om det under domstolsbehandlingen kan påberopes etterfølgende omstendigheter vil stille seg forskjellig for gyldighets søksmål og håndhevelsessøksmål».<sup>1815</sup> Håndhevelsessøksmål må prøves ut fra faktum på domstidspunktet, eventuelt utsendestidspunktet.<sup>1816</sup>

En dom fra Borgarting lagmannsrett fra 2017 illustrerer nok en uheldig side ved en domstolskontroll hvor det kun tas i betraktning faktum fra vedtakstidspunktet. I dommen var det anført at den utvistes døtre ville følge med til Somalia hvis moren måtte forlate Norge.<sup>1817</sup> I Somalia ville det vært en risiko for at jentene ble utsatt for kjønnslemlestelse.<sup>1818</sup> Kjønnslemlestelse krenker barns rett etter BK art. 6 og 37 a, Grl. § 93 annet ledd, EMK art. 3 og SP art. 7.<sup>1819</sup> Staten har i denne sam-

1812 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 228.

1813 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 228.

1814 Skoghøy (2018) s. 140.

1815 Skoghøy (2018) s. 141.

1816 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 83, Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 218, Rt. 2012 side 2039 avsnitt 65 flg., Skoghøy (2017) s. 27–28, se også s. 1059, Bårdsen (2016a) s. 266. Skoghøy (2018) s. 141. Som Skoghøy skriver, kan det at de to typene søksmål ofte kombineres, samtidig som de nå må avgjøres på grunnlag av forskjellig faktum, føre til ganske underlige resultat, Skoghøy (2017) s. 28. Det er imidlertid ulike oppfatninger om dette, se Holdø og Stabel (2015) og Stub (2016).

1817 Borgarting lagmannsretts dom LB-2017-48169 punkt 1 under lagmannsrettens bemerkninger.

1818 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.8 om skadelige skikker.

1819 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.8 om skadelige skikker.

menhengen en streng sikringsplikt. Lagmannsretten tok ikke stilling til hvorvidt anførselene om at døtrene ville bli med moren, kunne prøves. Dette fordi retten mente det ikke kunne legges til grunn at jentene ville forlate Norge, blant annet fordi de manglet reisedokumenter. Retten mente også at risikoen for kjønnslemlestelse gjorde det «overveiende sannsynlig at A vil velge å la døtrene bli igjen i Norge ettersom dette vil være det som er til deres beste».<sup>1820</sup> Argumentasjonen til retten er merkelig. Når det trekkes inn argumenter for at jentene ikke ville følge med moren, tas det stilling til deler av det nye faktumet som er anført, uten en fullstendig vurdering. I lys av statens strenge sikringsplikt er den ufullstendige vurderingen uheldig.

En måte sikringsplikten kan overholdes på i saker hvor det er anført nye faktum som kan aktualisere rettigheter som ikke er behandlet i vedtaket, er ved håndhevelsessøksmål. Problemet er at flertallet i plenumsdom II kom til at det ikke er adgang til å gå til sak med krav om dom for krenkelse av BK art. 3 nr. 1.<sup>1821</sup> Det er derimot mulig å gå til sak om krenkelse av EMK, herunder art. 8 og 3. En prøving av barnets beste kan imidlertid være avgjørende for at slikt faktum avdekkes. Barn har videre en rekke særrettigheter, tilpasset barns behov, som ikke følger av EMK, men av BK. I tillegg sender det et uheldig signal hvis barnets beste, som er en grunnleggende særrettighet, ikke kan prøves ved slikt søksmål. Etter min mening må barn enten kunne få prøvd barnets beste i et gyldighetssøksmål med et oppdatert faktum, eller gjennom et håndhevelsessøksmål.<sup>1822</sup> Hvis ikke er det en risiko for at barns rettigheter krenkes.

## 8.3 HVOR INNGÅENDE MÅ DOMSTOLSKONTROLLEN AV BARNETS BESTE VÆRE?

### 8.3.1 Innledning

Hvor inngående norske domstoler må prøve om menneskerettighetene er overholdt, berører i utgangspunktet både forholdet mellom domstolene og lovgiver, og domstolene og forvaltningen. For temaet i boken er det forholdet mellom domstol og forvaltningen som er relevant. Problemstillingen i det følgende punktet er i hvilken grad norske domstoler *kan* overlate skjønn til utlendingsmyndighetene ved prøvingen av om barnets beste er krenket. Eller uttrykt på en annen måte, hvor

1820 Borgarting lagmannsretts dom LB-2017-48169 punkt 1 under lagmannsrettens bemerkninger.

1821 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 36 flg.

1822 Tvistelovens bestemmelser, herunder § 1-3, vil normalt hindre unødvendige søksmål eller at sakene gjøres mer omfattende enn nødvendig.

inngående må domstolskontrollen av barnets beste være? For å svare på dette er det sentralt hvilke krav til prøvingsintensitet som følger av menneskerettighetene. Jeg går derfor først nærmere inn på de overordnede kravene som gjelder for prøvingsintensiteten. Disse kravene er ikke statiske. I de etterfølgende punktene behandler jeg hvordan de ulike variablene som innvirker på prøvingsintensiteten, gjør seg gjeldende for barnets beste, innenfor de to sakstypene som behandles. Til sist vurderer jeg om prøvingsintensiteten må økes.

### 8.3.2 Overordnede krav

Både BK og Grunnloven stiller enkelte krav til domstolskontrollen, BK gjennom et krav om effektive rettsmidler og Grunnloven gjennom prøvingsretten og plikten.

*Effektive rettsmidler*, hvor det er mulig å få avgjort om en rettighet er krenket, er nødvendig for at rettigheter skal ha reell betydning.<sup>1823</sup> Et krav om effektive rettsmidler følger blant annet av EMK art. 13 og SP art. 2 nr. 3. Av BK art. 4 følger det at staten skal «undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention». I ordlyden ligger det en klar forpliktelse til å ta i bruk alle tiltak for å gjennomføre rettighetene i nasjonal rett. I General Comment nr. 13 utbroderes plikten i art. 4 til å omfatte en plikt til å sikre at barnet kan kreve disse rettighetene oppfylt.<sup>1824</sup> Etter art. 2 har staten også en sikringsplikt. I arbeidet med å gjennomføre rettighetene og effektivt sikre dem er domstolskontroll et nødvendig element. Hvis rettigheter bare i begrenset grad kan håndheves, vanskeliggjør det sikringen av dem. I General Comment nr. 5 er det lagt til grunn følgende:

For rights to have meaning, effective remedies must be available to redress violations. This requirement is implicit in the Convention and consistently referred to in the other six major international human rights treaties. Children's special and dependent status creates real difficulties for them in pursuing remedies for breaches of their rights. So States need to give particular attention to ensuring that there are effective, child-sensitive procedures available to children and their representatives. These should include the provision of child-friendly information, advice, advocacy, including support for self-advocacy, and access to independent complaints procedures and to the courts with necessary legal and other assistance.<sup>1825</sup>

1823 Dok. 16 (2011–2012) s. 83.

1824 General Comment nr. 13 avsnitt 59.

1825 General Comment nr. 5 avsnitt 24.

Her bekreftes nødvendigheten av å kunne gå til domstolen med rettighetene. Det foreligger følgelig et krav om effektive rettsmidler etter BK.<sup>1826</sup> Dermed må det foreligge en adgang til å få prøvd rettighetene på en slik måte at de gjennomføres og sikres *effektivt*. Rettsmidlene må være egnet til å bøte på eventuelle krenkelser og til å sørge for at rettigheten respekteres. I motsatt fall kan det ikke sies å være effektivt.

Om EMK art. 13 er det lagt til grunn at det ikke trenger å være en domstol som utgjør rettsmiddelet.<sup>1827</sup> Også administrative organer kan fylle rollen. Hvis organet ikke er «a judicial authority, the Court makes a point of verifying its independence».<sup>1828</sup> At rettsmidlene må være *uavhengige* også etter BK, er barnekomiteen inne på i avsnittet som er sitert ovenfor.<sup>1829</sup> I tillegg har komiteen også understreket at barnets beste bør *vurderes* av et organ som er uavhengig av migrasjonsmyndighetene.<sup>1830</sup> Et organ som har truffet ett eller flere av vedtakene i saken tidligere, og i tillegg i noen grad er underlagt politisk styring, er i liten grad uavhengig.<sup>1831</sup> Dermed kan ikke UNE fungere som eneste rettsmiddel. Av EMD er det imidlertid lagt til grunn at flere rettsmidler sammen kan regnes som effektive. Samlet kan muligens en prøving fra UNE og domstolen være effektiv.<sup>1832</sup> Det forutsetter imidlertid at prøvingen samlet er inngående nok til at eventuelle krenkelser av barnets beste avdekkes og får slike følger at krenkelsen opphører og eventuelt rettes opp. Domstolskontrollen må videre være inngående nok til å bøte på UNEs manglende uavhengighet.

Etter *Grl.* § 89 har «domstolene rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven». Ordlyden får frem at domstolene er forpliktet til å prøve om et forvaltningsvedtak strider mot noen grunnlovsrettigheter.<sup>1833</sup> Et spørsmål er om «rett og plikt» innebærer at domstolen

1826 Slik lagt til grunn i Skoghøy (2017) s. 406. Se også General Comment nr. 5 avsnitt 25, hvor «the Committee emphasizes that economic, social and cultural rights, as well as civil and political rights, must be regarded as justiciable», og at det er «essential that domestic law sets out entitlements in sufficient detail to enable remedies for non-compliance to be effective» (min utheving).

1827 Se for eksempel EMDs storkammerdom 13. desember 2012, *De Souza Ribeiro mot Frankrike* avsnitt 79.

1828 Se for eksempel *De Souza Ribeiro mot Frankrike* avsnitt 79.

1829 General Comment nr. 5 avsnitt 24.

1830 General Comment nr. 3/22 avsnitt 32 (c). Se også Sandberg (2016b) s. 76.

1831 Se punkt 8.2.4 og kapittel tre punkt 3.3.

1832 I Prop. 16 L (2015–2016) la departementet til grunn at «adgangen til å påklage vedtak etter utlendingsloven til UNE og videre til domstolene, vil tilfredsstillende kravet til effektivt rettsmiddel under EMK artikkel 13», også ved en utvidet instruksjonsadgang overfor UNE, s. 10 (min utheving).

1833 Paragrafen ble vedtatt i 2015 og var ment å kodifisere gjeldende rett, Innst. 263 S (2014–2015) s. 5 flg.

må foreta en *full* prøving av relevante rettigheter, herunder barnets beste, også i vedtak hvor forvaltningen ellers har både hensiktsmessighets- og subsumsjons-skjønn.

Etter Grl. § 89 skal domstolen «prøve» vedtaket. Ordlyden regulerer ikke uttrykkelig hvor inngående prøvingen skal være. Begrepet «prøve» gjør det likevel klart at det må være et reelt gjennomsyn. Kontrollen kan ikke være så overfladisk at det ikke er dekkende å omtale det som prøving. Hadde ordlyden vært «kontrollere» eller noe annet som tydet på at det bare skal foretas et ettersyn, hadde det tydet på krav om mindre intensiv prøving.

Ifølge forarbeidene til Grl. § 98 beror prøvingsintensiteten på rettighetens karakter og utforming.<sup>1834</sup> Det er fastslått at for noen av de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene vil forvaltningen ha et videre skjønn, enn etter andre. Det understrekes imidlertid at «det vil like fullt være en kjerne i rettigheten som domstolene må ha adgang til å prøve».<sup>1835</sup> Som nevnt i kapittel fem har barnekomiteen lagt til grunn at art. 3 nr. 1 inneholder elementer «which constitute civil/political rights».<sup>1836</sup> I setningene over uttalelsen understreket komiteen at «[t]here is no simple or authoritative division of human rights in general or of Convention rights into the two categories».<sup>1837</sup> Til det kan det tilføyes at særlig rettighetene som har karakter av å være paraplyrettigheter, slik som barnets beste, er vanskelige å kategorisere. De inneholder gjerne, slik komiteen får frem, elementer av begge kategoriene. Som vist gjennom kapittel syv er dette tilfellet for barnets beste. At barnets beste inneholder en kjerne, er også klart.<sup>1838</sup>

I innstillingen til Grl. § 98 viste komiteens flertall til at «prøvingens intensitet langt på vei vil avhenge av den enkelte rettighets innhold, formål og utforming, samt de faktiske forhold i hvert enkelt tilfelle».<sup>1839</sup> Domstolen må altså prøve om rettighetens kjerne er respektert og sikret. Utover det har *rettighetens karakter og utforming* betydning for prøvingsintensiteten. Hvordan de faktiske forholdene kan innvirke på prøvingsintensiteten, er ikke helt klart. Muligens siktes det til at i noen *faktiske forhold* er det forvaltningen som er nærmest til å vurdere, ofte på grunn av sin ekspertise på området. Dette henger i noen grad sammen med avgjørelsens

1834 Dok. 16 (2011–2012) s. 81 og Innst. 263 S (2014–2015) s. 6. For prøving av lovers grunnlovsmessighet er det rettspraksis hvor prøvingsintensitet varierer. Høyesterett har *tidligere* foretatt en tredeling av grunnlovbestemmelsene, se Innst. 263 S (2014–2015) s. 5, Rt. 1976 s. 1, *Kløfta-saken* og Smith (2017) s. 322–326.

1835 Dok. 16 (2011–2012) s. 81 og Innst. 263 S (2014–2015) s. 6.

1836 General Comment nr. 5 avsnitt 6. Se også denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.3.

1837 General Comment nr. 5 avsnitt 6.

1838 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.5.2, kapittel 6 punkt 6.12 og kapittel 7 punkt 7.6.

1839 Innst. 263 S (2014–2015) s. 11.



karakter. Havre har lagt til grunn at det kan være grunn til å differensiere prøvingsintensiteten mellom *ulike typer forvaltningsvedtak*, også når disse berører grunnleggende menneskerettigheter.<sup>1840</sup> Dette mener hun i så fall bør begrunnes med en avveining mellom «hensynet til rettssikkerhet og effektivitet, og at utgangspunktet bør tas i rettighetens karakter og inngrepets art».<sup>1841</sup> Videre utdypes hun at inngrepets art bør suppleres med en vurdering av det totale rettssikkerhetsbildet i saken.<sup>1842</sup>

I de følgende punktene behandler jeg tre spørsmål nærmere. Det ene er hvilken prøvingsintensitet barnets bestes karakter og utforming taler for. Det andre er hvilken prøvingsintensitet avgjørelsens karakter og de faktiske omstendighetene i sakene taler for. Selv om det kan være nokså store forskjeller innad i utvisningssaker og saker om opphold på humanitært grunnlag, ser jeg først og fremst på de to sakstypenes mer generelle karakter. Det tredje spørsmålet er om dagens domstolskontroll ivaretar kravene til den prøvingsintensiteten rettighetens og sakstypenes karakter taler for.

### 8.3.3 Betydningen av rettighetens utforming og karakter

Barnets bestes vurderings- og avveiningsside lar seg begge utpense gjennom en nærmere tolkning av rettskildene.<sup>1843</sup> Rettighetens *utforming* har klare likhetstrekk med andre menneskerettigheter som åpner for en avveining mot individets interesser, for eksempel retten til familieliv. Hvorvidt retten til familieliv er krenket, og herunder vurderingen av forholdsmessigheten, anser domstolen seg kompetent til å prøve inngående.<sup>1844</sup> Likheten til andre rettigheter hvor prøvingsintensiteten er høy, taler for at utformingen ikke er til hinder for slik prøving.

Som jeg har tatt opp ovenfor, er prøvingsintensiteten i de to sakstypene ulik, selv om barnets beste har samme utforming i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. I Maria-dommen var et spørsmål om utvisningsvedtaket var ugyldig fordi det krenket menneskerettighetene, herunder Grl. § 104 annet ledd og BK art. 3 nr. 1. Innledningsvis ble det påpekt at i utvisningssaker «har domstolene

1840 Havre (2015) s. 117.

1841 Havre (2015) s. 117.

1842 Havre (2015) s. 117.

1843 Se denne bokens kapittel 6 punkt 6.2 og 6.3 og kapittel 7.

1844 Se for eksempel. Rt. 1998 s. 1795 og s. 1802–1804 og Rt. 2005 s. 229 avsnitt 54 og 55. Skoghøy har lagt til grunn at selv om det følger av reglene for domstolskontroll av forvaltningsvedtak at domstolen vil være tilbakeholden med å overprøve politisk eller faglig betont skjønn, er domstolen «imidlertid godt skikket til å foreta konkrete forholdsmessighetsvurderinger», Skoghøy (2011) s. 190.

full kompetanse, også når det gjelder de skjønnsmessige elementene». <sup>1845</sup> Under spørsmålet om rettighetene var krenket, startet førstvoterende med å slå fast at retten må starte i vurderingen av hva som er i barnets interesse. <sup>1846</sup> Høyesterett foretok selv en vurdering og vekting og kom i den forbindelse med en rekke materielle argumenter. <sup>1847</sup> Videre foretok retten en vurdering av utvisningsgrunnlaget, før forholdsmessighetsvurderingen ble gjort. <sup>1848</sup> I Maria-dommen var prøvingsintensiteten følgelig høy. Fullt så inngående prøving har ikke domstolen foretatt i alle dommer om utvisning, men det er flere eksempler på at det har blitt gjort. <sup>1849</sup> I enkelte dommer er barnets beste imidlertid knapt nevnt. <sup>1850</sup> Høyesterettpraksis viser likevel at *utforming* av rettigheten ikke hindrer en høy prøvingsintensitet. <sup>1851</sup>

Av betydning for rettighetens *karakter* er hvilke interesser og hvor sterke interesser den skal verne. <sup>1852</sup> Hvis det er sterkere interesser som kan bli påført uopprettelig skade, slik som ved krenkelse av EMK art. 3, må prøvingsintensiteten være høy. Hvilke interesser barnet har, og hvor tungtveiende disse er, kan variere mye i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning. <sup>1853</sup> Hvis barnet har sterke interesser i å bli i landet, slik som når en utsending kan skade dets helhetlige utvikling eller griper inn i andre tungtveiende rettighetsbeskyttede interesser, taler det for intensiv prøving av vurderingen, vektingen og avveiningen etter barnets beste. At barnet er enslig, og følgelig i en meget sårbar situasjon, taler også for høy prøvingsintensitet. En prøvingsintensitet som varierer ut fra interessenes tyngde i saken, er i tråd med at de avveiningene grunnlovsrettighetene legger opp til, skal

---

1845 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 43.

1846 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 72.

1847 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 72–79.

1848 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 80–81.

1849 I Rt. 2015 s. 155 var prøvingsintensiteten i utgangspunktet høy. Se særlig dommens avsnitt 62 og 74–76, men her hadde domstolen barnefaglige vurderinger som partene var enige om, til å støtte seg på. Kjennelsen gjaldt utlevering. Også i Rt. 2005 s. 229, særlig avsnitt 48–55, Rt. 2009 s. 534, særlig avsnitt 70–76 og 87–92 og Rt. 2011 s. 948, særlig avsnitt 55–63 er prøvingen nokså inngående. Se videre HR-2019-2286-A avsnitt 118 flg.

1850 Slik som i Rt. 2010 s. 1430, som senere resulterte i at EMD avsa dom for krenkelse av EMK art. 8. Også Rt. 2009 s. 705 er eksempel på en lite inngående prøving. Det kan ha noe med å gjøre at retten opererte med et krav om at utvisningen måtte «være uvanlig tyngende» for at konsekvensene for barna skulle føre til at vedtaket ville være uforholdsmessig, se dommens avsnitt 65.

1851 Rt. 2005 s. 229, Rt. 2009 s. 534 og Rt. 2011 s. 948.

1852 Av EMDs praksis ser den anførte krenkelsens karakter ut til å være sentral, se for eksempel De Souza Ribeiro mot Frankrike avsnitt 78 og 82.

1853 Se denne bokens kapittel 6.

fungere som en *materiell skranke mot inngrep*.<sup>1854</sup> En slik skranke er ikke statisk, men avhenger av forholdene i den konkrete saken.

På grunn av barnets bestes karakter er det altså en fordel om prøvingsintensiteten varierer etter hvor tungtveiende interesser barnet har, og ikke etter om saken gjelder opphold eller utvisning. Einarsen ser ut til å være inne på dette når han skriver «dersom hensynet til barnets beste med særlig tyngde konkret taler for oppholdstillatelse, vil rammen for det frie skjønnet i den påfølgende avveiningen innskrenkes».<sup>1855</sup> Det er imidlertid en risiko for at en mer overfladisk prøving ikke avdekker tungtveiende interesser hvis de er oversett av utlendingsmyndighetene. Muligens var det det som skjedde da Høyesterett behandlet saken som etter EMDs behandling ble kjent som Kaplan med flere mot Norge. I denne saken var Høyesterett så vidt innom barnets situasjon, mens EMD konstaterte krenkelse av EMK art. 8, blant annet på grunn av det yngste barnets særlige omsorgsbehov. Prøvingsintensiteten må alltid være så høy at den er egnet til å avdekke slike interesser.

Barnets bestes karakter forklarer ikke den generelle forskjellen ved prøvingsintensiteten i de to sakstypene jeg behandler. Ettersom det er forskjeller i prøvingsintensiteten i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, er et relevant spørsmål om dette kan skyldes forskjeller ved de to sakstypene, herunder inngrepets art og de faktiske forholdene sakstypene bygger på.

### 8.3.4 De to sakstypenes karakter

Som fremhevet flere ganger er det ikke generelt store forskjeller på et avslag om opphold på humanitært grunnlag og utvisning, i alle fall ikke når utvisningen retter seg mot en utlending uten oppholdstillatelse.<sup>1856</sup> Det som kan gjøre utvisning noe mer inngripende enn et avslag, er innreiseforbudet.<sup>1857</sup> Samtidig er opphold på humanitært grunnlag en viktig sikkerhetsventil for å hindre at noen som har behov for beskyttelse, blir sendt ut av Norge på grunn av feilvurderinger.<sup>1858</sup> Eventuelle feilvurderinger kan få alvorlige konsekvenser for barnet og/eller dets foreldre. Det kan heller ikke gjenfinnes en markant forskjell mellom sakstypene i

1854 Se Rt. 2015 s. 93, HR-2018-104-A og Rui (2018) s. 129.

1855 Einarsen (2013) s. 313–314.

1856 Slik en stor andel utvisning har gjort de siste årene. Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.8, hvor det fremkommer at til de landene flest utvises til fra Norge, er den største andelen begrunnet i brudd på utlendingsloven. Det er kun utlendinger uten oppholdstillatelse som kan utvises på dette grunnlaget, se bokens kapittel 3 punkt 4.5.3.

1857 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.6.

1858 Se denne bokens kapittel 3 punkt 3.4.1.

EMDs praksis. I EMDs praksis skiller det klartest mellom utlendinger som regnes som «settled migrants», og andre utlendinger, og ikke mellom saker om opphold eller utvisning.<sup>1859</sup> Felles for sakstypene er også at vedtakene kan gripe inn i barnets – ofte sterke – interesser i å få bli i Norge. Disse fellestrekkene taler for samme prøvingsintensitet av barnets beste i de to sakstypene.

Noe som muligens kan begrunne en mindre inngående prøving av barnets beste ved vedtaket etter utlendl. § 38, enn i utvisningssaker, kan være førstnevnte saks-types *nærhet til innvandringspolitikken*.<sup>1860</sup> Vurderingen av hva som er i et barns beste interesser, påvirkes imidlertid ikke av innvandringspolitikken.<sup>1861</sup> Statens interesser kommer først inn i *avveiningsiden* av barnets beste.<sup>1862</sup> Dette selv om sakstypen henger sammen med innvandringspolitikken. En konkret vurdering og vektning av det berørte barnets beste er en forutsetning for at rettigheten skal bidra til et vern av barns interesser. Skulle statens interesser ha innvirket på denne siden av rettigheten, ville rettighetsvernet blitt uthulet. Statens interesser vil da ha grepet inn i kjernen av rettigheten. Når innvandringspolitikken ikke er relevant i vurderingssiden av rettigheten, kan den heller ikke begrunne en skjønnsfrihet i vurderingen og vektningen av barnets interesser. Innvandringspolitikk har følgelig ikke betydning for prøvingsintensiteten av vurderingssiden av rettigheten. Spørsmålet blir om domstolene kan og eventuelt bør vise tilbakeholdenhet ved *prøvingen av statens interesser* og vektleggingen av disse.

De innvandringsregulerende hensynene i saker om opphold på humanitært grunnlag er lovregulerte. Som det fremgår av kapittel syv, knytter de seg stort sett til å grovheten i eventuelle overtredelser av utlendingslovens regler og et ønske om en preventiv effekt. I tillegg bygger de på en likhetstankegang. At de skal vektlegges, så fremt de gjør seg gjeldende, er klart. Vektningen er noe skjønnsmessig. At hensynene er legitime, ikke-diskriminerende, egnede og nødvendige, er imidlertid krav som må være oppfylt, for at de ikke skal uthule rettighetsver-

1859 Se denne bokens kapittel 5 punkt 5.5.4 og 5.5.5.

1860 I Rt. 2008 s. 681 nevnes utlendingsloven 1988 § 8 annet ledd sin nærhet til innvandringspolitikken under spørsmålet om domstolen fullt ut kan prøve vilkåret «sterke menneskelige hensyn», dommens avsnitt 43. Nærhet til politikk ble også benyttet som et argument av flertallet i plenumsdom III, men da under spørsmål knyttet til domstolskontroll av det tidligere rimelighetskriteriet i § 28 femte ledd. Førstvoterende trakk der frem «overordna samfunnsmessige vurderingar og prioriteringar» som et argument for skjønnsfrihet til forvaltningen, Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 116. Førstvoterende tilhørte imidlertid ikke flertallet under dette spørsmålet, og resultatet ble at vilkåret kunne prøves. Uttalelsen illustrerer likevel at om et vedtak bygger på denne typen samfunnsmessige avveiningen, kan det tale for at det foreligger skjønnsfrihet for forvaltningen.

1861 Se denne bokens kapittel 6.

1862 Om barnets bestes to sider, se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.4.

net.<sup>1863</sup> At vekten av de innvandringsregulerende hensynene nødvendigvis blir noe skjønnsmessig, gjør at disse kravene er viktige. Disse kravene må derfor domstolene prøve, også i saker om opphold på humanitært grunnlag. På grunn av de innvandringsregulerende hensynenes noe vage karakter kan nødvendighets- og egnethetsvurderingen imidlertid også bli noe skjønnsmessig. I enkelte saker kan det derfor være grenser for hvor inngående de kan prøves.

I plenumsdom III trekkes det frem at UNE gjennom et stort antall saker har opparbeidet seg betydelig erfaring og kompetanse, og at det gir mulighet til å se sakene i sammenheng, slik at likebehandling sikres.<sup>1864</sup> I denne sammenhengen vises det særskilt til landfaglig kompetanse. Problemet med likebehandlingsprinsippet er nevnt tidligere.<sup>1865</sup> Det som er interessant med uttalelsen, er de landfaglige vurderingene. Kanskje er disse, som utgjør en liten forskjell i saker om opphold på humanitært grunnlag, sammenlignet med i saker om utvisning. I utvisningssaker er ofte utlendingens tilknytning til Norge og hjemlandet, og ulempen ved å måtte forlate Norge, sentral. I saker etter § 38 kan det være ulike forhold i hjemlandet, slik som for eksempel lav levestandard og konflikter, som utgjør de humanitære grunnene. Det er imidlertid ikke alle saker det er kompliserte landfaglige vurderinger som ligger til grunn. At det andre alternative vilkåret i utlend. § 38 er «særlig tilknytning til riket», altså Norge, gjør at forskjellen til utvisningssaker kan bli liten. Videre kan det også i utvisningssaker være forhold i opprinnelseslandet som gjør at barnet ikke kan følge med forelderen eller selv utvises. Heller ikke utlendingsmyndighetenes landfaglige vurderinger taler derfor for en *generell* tilbakeholdenhet ved prøvingen i saker om opphold på humanitært grunnlag i større grad enn i utvisningssaker.

For øvrig skiller ikke vektingen av statens interesser, herunder de innvandringsregulerende hensynene, seg i større grad fra saker om utvisning begrunnet i brudd på utlendingsloven. Det er ikke markante forskjeller i de to sakstypene som taler for ulik prøvingsintensitet. Også i saker om opphold på humanitært grunnlag må domstolen være i stand til å ta stilling til alvorligheten av eventuelle overtredelser, hvor tungtveiende disse er, og foreta en avveining mot barnets interesser. I tillegg er det vanskelig å se hvorfor staten skal ha et mye større behov for frihet i saker hvor det gis avslag på opphold, enn hvor det vedtas utvisning av utlendinger uten oppholdstillatelse. Utvisning av utlendinger med oppholdstillatelse kan nok i en del tilfeller være mer inngripende overfor den utviste og hans familie, men her kan det være store variasjoner fra sak til sak.

---

1863 Denne bokens kapittel 7 punkt 7.3.

1864 Se Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 247.

1865 Se denne bokens kapittel 7 punkt 7.5.

Som nevnt ovenfor har Havre trukket frem effektivitet som et element av betydning for prøvingsintensiteten.<sup>1866</sup> Effektivitet et generelt mål og må gjelde for begge sakstypene. Dagens system med en begrenset prøving etter § 38 er imidlertid ikke nødvendigvis særlig effektivt. Særlig ikke dersom det skulle oppstå nye faktiske forhold av betydning.<sup>1867</sup> Også ved gyldighetskontroll av utvisningssaker kan nye faktiske forhold, med dagens system, svekke effektiviteten.

Et argument som kunne vært anført som støtte for mindre intensiv prøving av vurderingssiden av barnets beste, er at utlendingsmyndighetene har bedre erfaring med å vurdere barns interesser i de to sakstypene. Domstolene har imidlertid bred erfaring med å vurdere hva som er til barnets beste i andre typer saker, slik som samværssaker og barnevernssaker. Vurderingen av hva som er til et barns beste i en sak etter § 38 eller § 70, er ikke markant ulik vurderingen i andre typer saker. I tillegg er mange av interessene som ofte er relevante i vurderingen, interesser som er vernet av andre rettigheter.<sup>1868</sup> Rettigheter er domstolene velkjente med. Retten kan også støtte seg på barnefaglige vurderinger fra sakkyndige, slik som i Rt. 2015 s. 155.<sup>1869</sup> I kompliserte saker kan også utlendingsmyndighetene måtte støtte seg til sakkyndige.<sup>1870</sup> I tillegg kommer en uttalelse i generell kommentar nr. 3/22, hvor det slås fast at barnets beste bør vurderes av personer som er uavhengige fra utlendingsmyndighetene.<sup>1871</sup> Når det hovedsakelig er utlendingsmyndighetene som vurderer barnets beste, gir det et behov for at vurderingen i det minste kan prøves av et uavhengig organ, som domstolene.

Oppsummert taler altså sakstypene i utgangspunktet for en høy prøvingsintensitet. Ettersom staten i utgangspunktet anses å ha en sterk interesse i å regulere og kontrollere innvandringen, er det oftest når barnets interesser er sterke, at domstolen må gå i dybden i prøvingen av statens interesser og avveiningen. Har barnet tungtveiende interesser i å få bli i landet, taler barnets interesser for høy prøvingsintensitet.

### 8.3.5 Må prøvingsintensiteten økes?

Som drøftet i punktene over er ikke rettighetens utforming og karakter, eller saks- typenes karakter, i veien for en høy prøvingsintensitet. Tvert imot taler rettighetens

1866 Se dette kapittelets punkt 8.3.2.

1867 Se dette kapittelets punkt 8.2.4.

1868 Se denne bokens kapittel 6.

1869 Se tvisteloven § 21-12 (1) jf. 25-5.

1870 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.5.4.3.

1871 General Comment nr. 3/22 avsnitt 32 (c).

og sakstypenes karakter for en høy prøvingsintensitet, særlig i saker hvor barnet har sterke interesser i å få bli i Norge. Ettersom prøvingsintensiteten i utvisningsaker i utgangspunktet allerede er høy, er det særlig relevant å vurdere om prøvingsintensiteten i saker etter § 38 må økes, eller om dagens kontroll av begrunnelsen ivaretar de kravene som følger av BK og Grunnloven.

Betraktes domstolskontrollen isolert, fremstår ikke prøvingen av begrunnelsen som egnet til å ivareta kravet om effektive rettsmidler, i alle fall ikke når det stilles så knappe krav til begrunnelsen som flertallet gjorde i plenumsdom III.<sup>1872</sup> Det er en motsigelse i at Høyesterett godtar knappe begrunnelser når det samtidig legges til grunn at domstolskontrollen må foregå ved å vurdere begrunnelsen. Skal forvaltningen kunne skrive knappe begrunnelser, må domstolen utfylle med egne vurderinger for å sikre at rettigheten ikke blir krenket. I tillegg kommer kravet om kontroll av et uavhengig organ, som gjør at det må finne sted en materiell kontroll, og ikke bare en ren ytre prosessuell kontroll.

Et argument for at domstolen må foreta en nokså inngående materiell kontroll, er mangelen på andre, uavhengige organ barn kan rette seg mot for å få prøvd om deres rettigheter er respektert og sikret. Barnekomiteen har kritisert Norge for å *mangle uavhengige* institusjoner som kan behandle klager fra barn, og har i denne sammenhengen tatt opp at barneombudet mangler slik kompetanse. Komiteen anbefalte i mai 2018 Norge å «take measures to ensure that the Ombudsman for Children and/or the national human rights institution are entrusted with the mandate to receive, investigate and address complaints by children, in all areas that concern them, in a child-sensitive manner».<sup>1873</sup> Også i 2010 kom komiteen med en lignende anbefaling.<sup>1874</sup> I tillegg har, som nevnt i kapittel to, ikke Norge sluttet seg til tilleggsprotokollen som gir barn mulighet til å klage til barnekomiteen.<sup>1875</sup> Så lenge dette ikke er gjort, er en effektiv sikring av barns rettigheter i stor grad avhengig av norske domstoler.<sup>1876</sup> Dette er et sterkt argument for at domstolene må foreta en inngående prøving av barnets beste.

1872 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.5.4.1.

1873 CRC/C/NOR/CO/5-6 avsnitt 8.

1874 CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 13–14.

1875 Se også Langford med flere (2019) s. 23.

1876 Barn kan også klage til sivilombudsmannen. Dersom sivilombudsmannen mener forvaltningen har gjort feil, kan han eller hun i en uttalelse be forvaltningen om å se på saken på nytt. Uttalelsen er imidlertid ikke bindende. Se også Elin Saga Kjørholt, «FNs barnekonvensjons tredje tilleggsprotokoll om individuell klagerett» i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utgave, Oslo 2020 s. 417–428 på s. 412–427 om behovet for å styrke barns rett til å klage i Norge.

Annenvoterende i plenumsdom III fastslo at når det foreligger folkerettslige forpliktelser, er det et argument for full overprøving.<sup>1877</sup> Videre ble det uttalt at det er et sikkert utgangspunkt at «domstolene også kan prøve den konkrete subsumsjonen hvor det er spørsmål om forholdet til våre menneskerettslige forpliktelser».<sup>1878</sup> Når lovgiver har vedtatt at BK, og herunder art. 3 nr. 1, skal gjelde som norsk lov, og ved motstrid med annen lov ha forrang, jf. mrl. §§ 2 og 3, støtter det opp om at domstolen må foreta en inngående prøving. Det kan ikke være slik at barn, som normalt er mer sårbare enn voksne og kan ha vansker med å håndheve sine rettigheter, kun i meget begrenset grad skal få prøvd sine rettigheter for domstolene. Sandberg argumenterer for at når Grl. § 104 og BK art. 3 krever at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle avgjørelser som berører barn, herunder domstolsavgjørelser, er det vanskelig å se at ikke dette pålegger domstolen en selvstendig plikt til å prøve barnets beste.<sup>1879</sup> Det er jeg enig i.

For å oppfylle kravet om effektive rettsmidler må domstolen foreta enkelte materielle vurderinger. Dermed må prøvingen være mer inngående enn dagens kontroll av begrunnelsen til vedtak etter § 38. De materielle vurderingene må være inngående nok til at det avdekkes om rettigheten er respektert og sikret i utlendingsmyndighetens vedtak. En prøvingsintensitet som sikrer at rettighetens kjerne er overholdt, i tråd med det som er lagt til grunn i forarbeidene til Grl. § 89, vil sammen med en begrunnelse som oppfyller kravene i utlendingsforskriften § 17-1a, kunne avdekke om rettigheten er overholdt. Prøvingsintensiteten i Mariadommen synes å være av en slik karakter.

I kjernen av rettighetens vurderingsside er en *individuell vurdering av barnets interesser*.<sup>1880</sup> En prøvingsintensitet som sikrer kjernen, kan tilpasses hvor tungtveiende interesser barnet har. For å avgjøre hvor sterke interesser barnet har i å få bli i Norge, må det foretas en konkret vurdering og vektning av barnets beste, i tråd med de kravene som følger av rettighetens vurderingsside. Dermed er det først og fremst prøvingsintensiteten i avveiningssiden som vil kunne varieres. *Høy prøvingsintensitet* i vurderingssiden, og en *relativ prøvingsintensitet i avveiningssiden*, kan balansere behovet for en effektiv kontroll av rettigheten mot noe frihet til forvaltningen. Det gir en mulighet til å forenkle prøvingen i mindre kompliserte saker. I enkelte mindre kompliserte saker kan det også være at prøvingen av vurderingssiden ikke blir særlig omfattende. For å avgjøre om barnet har flere ulike interesser, eller om vurderingen er nokså enkel, vil barnets rett til å bli hørt og bar-

1877 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 216.

1878 Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 226.

1879 Sandberg (2014) s. 8–9 og Sandberg (2020b) s. 337–338.

1880 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.5.2.



nets rett til en helhetlig utvikling være et godt utgangspunkt.<sup>1881</sup> En slik løsning vil sørge for at barnets interesser ikke overses, i tråd med et av de sentrale formålene med rettigheten.

## 8.4 TO TILNÆRMINGER TIL PRØVINGEN

### 8.4.1 Innledning

For å ivareta kravet om effektive rettsmidler må eventuelle krenkelser som avdekkes, få slike følger at krenkelsen opphører eller rettes opp.<sup>1882</sup> Hvorvidt forvaltningens myndighetsutøvelse har krenket, eller ved effektivering vil krenke, barnets beste, kan i teorien prøves på to måter av domstolene. Spørsmålet om barnets beste er eller vil bli krenket, kan for det første prøves som et ledd i gyldighetskontroll av vedtaket, hvor mangler ved anvendelsen av barnets beste utgjør den påståtte ugyldighetsgrunnen. For det andre kan spørsmålet prøves gjennom et håndhevelsessøksmål med påstand om at avgjørelsen, eventuelt utsendingen, krenker barnets beste.<sup>1883</sup> I de følgende to punktene behandler jeg kort de to tilnærmingene for å vurdere hvorvidt de kan fungere som effektive rettsmidler i saker om opphold og utvisning.

### 8.4.2 Barnets beste som ugyldighetsgrunn

For at gyldighetskontroll av vedtak skal fungere som et effektivt rettsmiddel, må det få følger for vedtakets gyldighet hvis rettigheten ikke er respektert eller sikret i tråd med sitt innhold.

Hva som skal til for at et vedtak må anses ugyldig, avhenger av hvilken type mangel som foreligger. Mangler ved forvaltningens vedtak kan deles inn i *innholdsmangler* og *tilblivelsesmangler*.<sup>1884</sup> At et vedtak lider av en innholdsmangel, innebærer at det er innholdsmessig ulovlig eller mangler hjemmel.<sup>1885</sup> Forvaltning-

1881 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.5.2, kapittel 5 punkt 5.3.3 og 5.4.4 og kapittel 6 punkt 6.12.

1882 Se dette kapittelets punkt 8.3.2.

1883 Se Skoghøy (2017) s. 403–408 om adgangen til å få dom for krenkelse av inkorporerte menneskerettigheter.

1884 Se Eckhoff og Smith (2018) s. 463–467 og Bernt og Rasmussen (2009) s. 104–105.

1885 Eckhoff og Smith (2018) s. 463–465 og Bernt og Rasmussen (2009) s. 104–105. Graver benytter begrepet hjemmelsmangler. Han nevner to typetilfeller. Tilfeller som tradisjonelt regnes som hjemmelsmangler, er hvor forvaltningen mangler hjemmel til å treffe vedtak med det foreliggende innholdet, og tilfeller hvor det i utgangspunktet kan treffes slikt vedtak, men ikke under de foreliggende omstendighetene eller på de foreliggende grunnlagene, Graver (2019) s. 132.

gen manglet i så tilfelle materiell kompetanse til å fatte vedtaket, og feilen medfører nesten alltid at vedtaket må anses ugyldig.<sup>1886</sup> Ved tilblivelsesmangler foreligger det feil ved måten vedtaket ble til på.<sup>1887</sup> Det kan være saksbehandlingsfeil, personell kompetansemangel, skjønnsfeil og feil ved det faktum vedtaket hviler på. Slike feil trenger ikke å ha innvirket på vedtakets innhold, men kan ha gjort det. Hvis det ikke er grunn til å regne med at feilen kan ha innvirket på innholdet i vedtaket, er det normalt gyldig, til tross for feilen, jf. fvl. § 41.<sup>1888</sup> Når kravet om mulig innvirkning er oppfylt, må det foretas en nærmere vurdering av om vedtaket må anses ugyldig. Feilen fører følgelig bare til ugyldighet hvis det er grunn til å regne med at den kan ha innvirket på vedtakets innhold, og andre momenter taler for ugyldighet.<sup>1889</sup>

At barnet har *rett* til å få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn, innebærer at rettigheten gir materielle føringer på innholdet i avgjørelser som berører barn. Som behandlet i kapittel fem kan det også utledes enkelte prosessuelle regler av rettskildene som er tilknyttet barnets beste.<sup>1890</sup> Hvilken type feil som foreligger, og hvilke følger feilen må få, avhenger av om det er mangler knyttet til den materielle rettigheten eller de prosessuelle reglene. Det er imidlertid ikke et helt skarpt skille mellom slike feil. Prosessuelle feil kan tyde på at det er mangler ved hvordan den materielle rettigheten er anvendt i saken. For eksempel kan mangler ved begrunnelser tyde på mangler ved vurderingene som ligger til grunn for vedtaket.<sup>1891</sup> I utgangspunktet kan mangler knyttet til barnets beste betraktes som en tilblivelsesmangel, innholdsmangel eller begge deler, avhengig av hvilke konkrete feil som foreligger.<sup>1892</sup>

Forvaltningen har ikke kompetanse til å fatte vedtak i strid med menneskerettighetene, herunder barnets best, jf. GrL. § 92, mrl. §§ 2 og 3 og utlendl. § 3. Hvis vedtaket er i strid med barnets *rett* til å få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn, har det en innholdsmangel.<sup>1893</sup> Forvaltningen har i slike tilfeller i

1886 Eckhoff og Smith (2018) s. 463–466 og Bernt og Rasmussen (2009) s. 104–105.

1887 Eckhoff og Smith (2018) s. 466–474.

1888 Forvaltningsloven § 41 gjelder kun direkte for saksbehandlingsfeil.

1889 Eckhoff og Smith (2018) s. 474–478 og Høyesteretts formulering i HR-2017-2376-A avsnitt 24–25.

1890 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.5.

1891 Eckhoff og Smith (2018) s. 469.

1892 Sandberg nevner for eksempel at det i en forvaltningsrettslig sammenheng er naturlig å se på kravene i art. 3 nr. 1, som krav til tilblivelsen, Sandberg (2016b) s. 80.

1893 Se Ruis leder om Høyesteretts tilnærming til Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved tolkningen av § 102, hvor han nevner at forholdsmessighetskravet vil få konsekvenser for forvaltningens myndighetsutøvelse, herunder myndighetsmisbruket i Rui (2018) s. 130 og Graver (2015) s. 131, som legger til grunn at man like gjerne kan si at myndigheten er overskredet, som at det foreligger utenforliggende hensyn, i en del tilfeller.

utgangspunktet hjemmel til å treffe vedtak, men ikke med *dette innholdet i den konkrete saken*. Når det er fattet et vedtak med et innhold forvaltningen ikke hadde adgang til å fatte, fører det direkte til ugyldighet. Hvis det kun er mangler ved de prosessuelle kravene som følger av barnets beste, er det derimot mer dekkende å betrakte feilen som en tilblivelsesmangel.<sup>1894</sup> Også slike mangler kan føre til ugyldighet, men først etter en nærmere vurdering.

Hvis barnet ikke kan sendes ut av Norge uten at barnets beste krenkes, vil altså vedtaket ha et innhold som gjør det ugyldig. Utlendingsmyndigheten må da treffe et nytt vedtak, med et annet innhold. Hvis barnets beste utelukkende skulle blitt betraktet som en tilblivelsesmangel, skaper det inntrykk av at det kun er noe galt med måten vedtaket ble til på. Da kommer det ikke frem at barnets beste, i enkelte tilfeller hvor barnet har sterke interesser i å få bli i Norge, stenger for å sende barnet og/eller dets familie ut av landet, uavhengig av hvor grundige vurderinger som gjøres, og hvor utfyllende begrunnelser som skrives. Hvis ikke det gjøres klart i domsgrunnene, er det en risiko for at det treffes et nytt vedtak med innhold i strid med barnets beste. Skal domstolskontrollene fungere som et effektivt rettsmiddel, må det derfor tydeliggjøres når det er den materielle rettigheten som medfører at vedtaket er ugyldig.

### 8.4.3 Håndhevelsessøksmål

Hovedregelen er at det er anledning til å gå til sak med krav om at en inkorporert menneskerettighet er krenket.<sup>1895</sup> Det kan for eksempel anlegges håndhevelsessøksmål med krav om dom for krenkelse av retten til familieliv.<sup>1896</sup> Som nevnt ovenfor kom imidlertid et flertall på 11 mot 8 dommere i plenumsdom II til at det ikke kan kreves dom for krenkelse av BK art. 3 nr. 1. Flertallet begrunnet hovedsakelig sitt standpunkt med at BK ikke inneholder noen bestemmelse som fordrer rett til et effektivt nasjonalt rettsmiddel.<sup>1897</sup> Som vist ovenfor gjelder det imidlertid et krav om effektive rettsmidler etter BK.<sup>1898</sup> Argumentasjonen til flertallet var imidlertid ikke bare knyttet til BK generelt. Flertallet tilføyde også at det på grunn av normen i art. 3 nr. 1 sin karakter av å være en avveiningsregel ikke kan være tale om noe «egentlig 'rettskrav'». <sup>1899</sup> Når EMK art. 8, som også inneholder en avvei-

1894 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.5 om de prosessuelle reglene.

1895 Rt. 2003 s. 301 avsnitt 39 og Skoghøy (2017) s. 403–407.

1896 Rt. 2003 s. 301 avsnitt 39.

1897 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 89. Begrepet «rettsmidler» benyttes om de midlene som står til rådighet for å få overprøvd en rettsavgjørelse, Dok. 16 (2011–2012) s. 83.

1898 Se dette kapittelets punkt 8.3.2.

1899 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 100.

ningsregel, kan prøves i et håndhevelsessøksmål, er ikke dette argumentet lett å følge.<sup>1900</sup>

Det er vanskelig å se at karakteren av å være en avveiningsregel sperrer for at det tas stilling til om det foreligger krenkelse av barnets beste. Det legger også mindretallet i plenumsdom II til grunn.<sup>1901</sup> At barnets bestes utforming og karakter ikke stenger for at rettigheten kan prøves i et fastsettelsessøksmål, støttes av barnekomiteens utsagn. Barnekomiteen har fremhevet at BK art. 3 nr. 1 angir plikter for staten, er selvkraftig og kan håndheves.<sup>1902</sup> At en menneskerettighet er selvkraftig, innebærer at den er *egnet* til å benyttes som selvstendig grunnlag ved løsning av konkrete tvister i forvaltningen eller for domstolene.<sup>1903</sup> At en rettighet er håndhevbar, på engelsk «*justiciable*», betyr at den anses å angi konkrete *plikter* som rettighetshaveren kan *påberope seg for en domstol*.<sup>1904</sup> Barnekomiteen har anbefalt å behandle «economic, social and cultural rights, as well as civil and political rights [...] as justiciable». <sup>1905</sup> Som jeg har nevnt ovenfor, inneholder barnets beste elementer fra begge de to typene rettigheter.

At barnets beste pålegger staten konkrete plikter overfor det enkelte barn, har jeg konkludert med i kapittel fem.<sup>1906</sup> Disse pliktene er videre klargjort gjennom kapittel syv og åtte. At pliktene kan klargjøres gjennom tolkninger av rettskildene, gjør rettigheten egnet til å benyttes som selvstendig rettsgrunnlag. Det skulle derfor ikke være noe i veien for at det kan gis dom for krenkelse av BK art. 3 nr. 1. Som påpekt av mindretallet i plenumsdom II vil «kravet om rettslig interesse i tvisteloven § 1-3 [...] fange opp søksmål der tolkningen og anvendelsen av barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 eventuelt ikke er egnet til særskilt avgjørelse». <sup>1907</sup>

1900 Også Solheim har påpekt at det er vanskelig å forstå hvorfor Høyesterett ikke har åpnet for håndhevelsessøksmål for brudd på BK på lik linje med hva som gjelder for EMK, Solheim (2018) s. 343. Se også behandling av temaet i Sandberg (2016b) på s. 76–83. I Haugli (2016) slås det fast at «man kan kreve fastsettelsesdom for brudd på artikkel 3 nr. 1», s. 53.

1901 Her blir det fremhevet at selv om ordlyden i art. 3 nr. 1 er vag og generell, så fratar det naturligvis ikke dens karakter av å være rettslig forpliktende overfor stater, Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 118.

1902 General Comment nr. 14 avsnitt 6 a.

1903 Spørsmål knyttet til selvkraft kan diskuteres både i et internasjonalt og et nasjonalt perspektiv. Om selvkraft, se Inge Lorange Backer, «Lovgivere og domstoler ved begynnelsen av det 21. århundre», *Jussens Venner*, 2006 s. 248–266 (s. 262), Søvig (2008) s. 114 og mindretallets votum i Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 120–125.

1904 Se mindretallets votum i Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 116–119, hvor det drøftes om art. 3 nr. 1 er håndhevbar. Se også Søvig (2009) s. 31–32 og Abramson (2008) s. 46–47.

1905 General Comment nr. 5 avsnitt 6 og 25.

1906 Se denne bokens kapittel 4 punkt 4.4.5.1.

1907 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 125.

Håndhevelsessøksmål kan være et viktig virkemiddel for å håndheve rettighetene dersom vedtaket blir effektivt før domstolsbehandling. Da kan det være mer nærliggende å ta utgangspunkt i at utsendelsen krenker rettigheten, enn at vedtaket var ugyldig, og at utsendelsen dermed var ulovlig. I tillegg er det en klar fordel at håndhevelsessøksmål prøves ut fra faktum på domstidspunktet.<sup>1908</sup> Dette i motsetning til dagens gyldighetskontroll. Dermed vil et håndhevelsessøksmål kunne fungere som et mer effektivt rettsmiddel enn gyldighetskontroll i enkelte typer saker.

---

1908 Rt. 2015 s. 93 avsnitt 83, Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 218, Skoghøy (2017) s. 28 og Bårdsen (2016a) s. 266.