

Barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis

Barnerettsdagen JUS, Oslo 1. november 2016

1. Barnekonvensjonen er norsk rett

Barnekonvensjonen ble inkorporert gjennom menneskerettsloven i 2003. Spørsmålet om slik inkorporering ble drøftet allerede ved vedtakelsen av menneskerettsloven 1999. Regjeringen som hadde startet arbeidet med menneskerettsloven (Jagland) ville opprinnelig begrense inkorporeringen til de såkalte "hovedkonvensjonene" (Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) side 30-31). Når barnekonvensjonen ikke ble tatt med var dette også – ble det sagt – "knyttet til utformingen av konvensjonen i rettslig forstand", ettersom den i følge departementet hadde "en annen karakter enn de tre generelle konvensjonene".

I proposisjonen til menneskerettsloven holdt den nye regjeringen (Bondevik I) det likevel åpent om det i fremtiden kunne bli aktuelt å inkorporere også barnekonvensjonen. Ved Stortingsbehandlingen av menneskerettsloven var det et flertall (Arbeiderpartiet og Høyre) som ønsket inkorporering av barnekonvensjonen, og som påla Regjeringen å komme tilbake til spørsmålet "innen rimelig tid" (Innst. O nr. 51 (1998-1999) punkt 7). Det ble fremhevet at barnekonvensjonen er en del av grunnstammen i det internasjonale menneskerettsvernet, at konvensjonen inneholder et bredt spekter av rettigheter og at inkorporering vil styrke barns stilling som selvstendig rettssubjekt. Flertallet fremhevet også følgende:

"For at konvensjonen skal bli underlagt eit mer konkret og forpliktande innhald på alle område i barn og unge sitt liv, må konvensjonen kunne nyttast som rettskjelde, slik at norske domstolar, gjennom sine avgjersler kan skape presedens i forhold til borns rettstryggleik."

Regjeringen ble derfor pålagt å følge opp, noe den også gjorde (St.meld. nr. 21 (1999-2000), jf. Innst. S. nr. 23 (2000-2001) og Ot.prp. nr. 45 (2002-2003), jf. Innst. O. nr. 92 (2002-2003)). Under lovforberedelsen hadde både justisdepartementet og regjeringsadvokaten innvendinger, spesielt var regjeringsadvokaten opptatt av at "inkorporering av konvensjonens noe uklare ordlyd kan medføre en økning av domstolenes makt på barnerettens område". Vi ser linjen til Regjeringens nylige beslutning om ikke å ratifisere barnekonvensjonens 3. tilleggsprotokoll om individuelle klagerett.

* Takk til utreder i Høyesterett Andreas Hjetland og studentutreder Lisa-Mari Moen Jünge for bistand.

Det følger nå av menneskerettsloven § 2 at barnekonvensjonen gjelder som norsk lov. Og § 3 bestemmer at konvensjonens regler har forrang. Ved motstrid går barnekonvensjonen foran.

Har inkorporeringen hatt betydning for bruken av konvensjonen i norske domstoler? Definitivt. Før inkorporeringen finner man nesten ikke spor i av barnekonvensjonen i norsk rettspraksis. Samlet sakstall for Høyesteretts del siden inkorporeringen i 2003 og frem til i dag er omkring 80 saker. Jeg har da bare tatt med avgjørelser der barnekonvensjonen er trukket uttrykkelig inn i premissene.

For en god dels vedkommende er konvensjonen bare nevnt *en passant*. I andre tilfeller er konvensjonen gitt en mer synlig plass, uten at det nødvendigvis betyr at den har hatt noen selvstendig eller avgjørende betydning. Her må man huske på at alminnelig norsk lovgivning nokså gjennomgående er utformet i tråd med barnekonvensjonens generelle krav.

Avgjørelsen i Rt. 2005 side 229, som er fra utlendingsrettens område, er den første dommen der konvensjonsregelen synes å ha hatt reell og selvstendig betydning for Høyesteretts vurdering. Derfra og videre, spesielt fra 2009, er det et hovedtrekk at barnekonvensjonen etter hvert påberopes oftere enn før og nevnes hyppigere i premissene, av flertallet, i dissenser og i særavota. Høyesteretts overlegninger er dessuten blitt vesentlig mer utførlige og problematiserende. Plenumsdommene i Rt. 2012 side 1985 (lengeværende barn I) og Rt. 2012 side 2039 (lengeværende barn II) og i Rt. 2015 side 1388 (internflukt) illustrerer dette godt.

Jeg har ikke kunnet gjennomføre en samlet undersøkelse av hvordan tingrettene og lagmannsrettene har brukt barnekonvensjonen siden inkorporeringen i 2003. Men en mer begrenset undersøkelse av praksis siden 1. januar 2015 viser at våre seks lagmannsretten har trukket barnekonvensjonen inn i omtrent 150 avgjørelser.

I godt og vel halvparten av sakene for Høyesteretts som gjelder barnekonvensjonen er det artikkel 3 nr. 1 om ”barnets beste” det har dreiet seg om. Også i lagmannsrettens praksis går artikkel 3 nr. 1 igjen. Jeg kommer derfor til å gå spesielt inn på praksis knyttet til denne konvensjonsregelen.

Det er tre saksfelt som dominerer i både i Høyesteretts og lagmannsrettens praksis. For det første forskjellige materielle og prosessuelle problemstillinger innenfor *barnevernretten*. For det andre *straffesakene*, hvor barnekonvensjonen særlig kommer inn i forbindelse med reaksjonsfastsettelsen. For det tredje ulike typer *utlendingsaker* eller spørsmål om *utlevering*.

Jeg komme tilbake til noen av Høyesteretts avgjørelser på de tre dominerende saksfeltene. Det sier seg selv at det må bli et utvalg.

Ved siden av de tre saksfeltene som dominerer, ser man at barnekonvensjonen også er trukket inn i en del straffeprosessuelle sammenhenger og, særlig for lagmannsrettene, i familietvister som gjelder foreldreansvar, fast bosted, samvær og barne bortføring. Disse feltene må jeg la helt ligge nå.

Det følger av menneskerettsloven § 2 at inkorporasjonen av de konvensjoner som omfattes av loven, går like langt som Norges folkerettslige forpliktelser etter disse ("i den utstrekning de er bindende for Norge"). I forarbeidene til menneskerettsloven understreket man i denne forbindelse at poenget nettopp var å gjøre konvensjonsreglene "uttrykkelig operative for norske domstoler gjennom lov" for å sikre "at menneskerettar fullt ut vert lagt til grunn ved norske domstoler" (Innst. O nr. 51 (1998-1999) punkt 5). Stortinget fremhevet "det overordna mål at norsk rettspraksis i størst mogeleg grad samsvarer med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkningspraksis" (Innst. O nr. 51 (1998-1999) punkt 8).

Inkorporasjonen gjelder altså konvensjonene med hele sitt folkerettslig forpliktende innhold, slik dette følger av den til enhver tid gjeldende folkerettslige tolkning av konvensjonen. For barnekonvensjonens vedkommende innebærer dette at FNs barnekomité's metode og forståelse av konvensjonen blir retningsgivende. En viktig informasjonskilde her er Barnekomiteens generelle anbefalinger – *General Comments* – som det er avgitt i alt 19 av.

De generelle kommentarene er utarbeidet med grunnlag i komiteens eget prosedyrereglement artikkel 77. De er ikke formelt bindende, men har likevel autoritet: De bygger på komiteens samlede erfaring og innsikt. Uttalelsene kommer normalt i stand på grunnlag av samarbeid med andre organisasjoner og er basert på brede høringsprosesser. De uttrykker en forankret og gjennomarbeidet konvensjonstolkning, som er bygget på en helhetlig forståelse av reglene i lys av konvensjonens og de enkelte rettighetenes gjenstand og formål. Det må forventes at det som sies om konvensjonstolkningen i disse uttalelsene normalt også legges til grunn av Barnekomiteen selv og av andre FN-organer.

Den europeiske menneskerettsdomstolen viser til Barnekomiteens *General Comments* (se for eksempel dom 3. oktober 2014 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 74 og dom 21. juli 2015 *G.S. mot Georgia* avsnitt 32-33). Det gjør også toneangivende nasjonale høyesteretter. For eksempel har UK Supreme Court fremholdt at komiteens *General Comment No. 14* er "the most authoritative guidance now available on the effect of article 3(1) (*R v. Secretary of State for Work and Pension* [2015] UKSC 16).

I Rt. 2015 side 93 (Maria) avsnitt 64 sier Høyesterett følgende om bruken av Barnekomiteens *General Comment No. 14* ved tolkningen av Grunnloven § 104 andre ledd:

”I *General Comment No. 14* (2013) ‘on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration’, har FNs Barnekomité redegjort for regelens bakgrunn og funksjon, og foretatt en konsoliderende gjennomgang av en rekke tolknings spørsmål. Det Barnekomiteen gir uttrykk for her, utgjør etter mitt syn et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av artikkel 3 nr. 1 ...”

Den generelle formen disse uttalelsene gjerne har gir likevel utfordringer: Det kan være uklarheter og motsetninger i kommentaren selv, det kan være usikkert om det som sies tar sikte på den situasjonen som Høyesterett har foran seg, og det kan være vanskelig å avgjøre om det komiteén sier er uttrykk for gjeldende rett eller er ment som en anbefaling.

Høyesteretts plenumsdom i Rt. 2015 side 1388 avsnitt 151-152 (internflukt) er illustrerende, jf. også Rt. 2009 side 1261 avsnitt 40-44 (Ashok) og Rt. 2012 side 1985 (lengeværende barn I): Uenigheten med hensyn til betydningen av Barnekomiteens *General Comments* i disse sakene gjaldt nettopp hva som kunne utledes av kommentarene med hensyn til gjeldende konvensjonsrett.

Men så langt Barnekomiteens generelle kommentarer gir grunnlag for sikre slutninger om hva konvensjonen krever i en situasjon som den Høyesterett har til avgjørelse, vil altså komiteens syn tillegges stor vekt.

Den 3. tilleggsprotokoll til barnekonvensjonen 19. desember 2011 etablerer en prosedyre for individuell klagebehandling i FNs barnekomité. Så langt har 27 stater sluttet seg til ordningen. Det er grunn til å forvente at komiteen etter hvert vil motta et større antall klager til behandling og på grunnlag av disse etablere en tolkningspraksis. Denne praksis vil i sin tur fort kunne bli retningsgivende for komiteen i nye saker, ved behandlingen av statsrapporter og ved utarbeidelse av nye generelle kommentarer – altså ved fastleggingen av konvensjonens folkerettslige innhold. Ettersom det nettopp er konvensjonen med dette innholdet som er inkorporert, vil Norges Høyesterett derfor måtte bygge på den forståelse av barnekonvensjonen som etter hvert kommer til uttrykk i Barnekomiteens praksis i individuelle klagesaker, selv om Norge også i fremtiden skulle velge ikke å godta den individuelle klageretten under tilleggsprotokollen.

Barnekonvensjonen er altså norsk rett i mer enn en forstand: *For det første* har Stortinget vedtatt at den skal gjelde som norsk lov og ha forrang fremfor annen lovgivning. *For det andre* har domstolene, i tråd med Stortingets anvisninger, tatt konvensjonen i bruk i stor utstrekning. *For det tredje* er det konvensjonen som sådan, med sitt fulle folkerettslig forpliktende innhold, som, i kraft av menneskerettsloven, er norsk rett.

2. Plikten til å ”respektere og sikre” konvensjonsrettighetene

Barnekonvensjonen artikkel 2 nr. 1 sier at statene ”shall respect and ensure the rights set forth in this present Convention to each child within their jurisdiction, without discrimination of any kind”.

”Respektere” innebærer plikt til ikke å gripe inn i konvensjonsrettighetene i større utstrekning enn det konvensjonen selv hjemler. ”Sikre” stiller krav om at staten gir barn nødvendig beskyttelse mot at andre krenker deres rettigheter.

Plikten til å respektere og sikre rettighetene i barnekonvensjonen for alle barn innenfor norsk jurisdiksjon har fra 2014 også en konstitusjonell forankring, jf. Grunnloven § 92. Den lyder:

”Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.”

Barnekonvensjonen hører til gruppen av ”for Norge bindende traktater om menneskerettigheter”, som statens myndigheter etter § 92 skal ”respektere og sikre” – Stortinget har sågar oppfattet den som å være i kjernen. Og på samme måte som under konvensjonen, følger det også av Grunnloven at plikten til å respektere og sikre rettighetene må etterleves uten diskriminering av noe slag, jf. Grunnloven § 98 andre ledd.

“Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.”

Pliktene etter Grunnloven § 92 er plassert hos statens myndigheter, inkludert – naturligvis – de tre øverste statsmaktene; Stortinget, Regjeringen og Høyesterett. Så lenge, og så langt, Norge er folkerettslig bundet av barnekonvensjonen, er det ikke for noen av disse statsmaktene et forfatningsmessig tilgjengelig alternativ ikke å etterleve den.

En viktig side av plikten til å respektere og sikre rettighetene er å legge til rette for at de kan håndheves ved uavhengige og upartiske domstoler, for å hindre krenkelse eller for å oppnå reparasjon. Barnekomiteen har i den forbindelse pekt på nødvendigheten av ”mechanisms and procedures for complaints, remedy or redress” (*General Comment No. 14* avsnitt 15).

Fra et håndhevelsessynspunkt er det spesielt viktig at administrative vedtak kan angripes gjennom *ugyldighets søksmål* ved domstolene. Kontroll med forvaltningens *saksbehandling* vil inngå her, blant annet knyttet til om saken – herunder barnets interesser – er tilstrekkelig opplyst og om vedtaket i tilfredsstillende grad er begrunnet også med tanke på forholdene omkring barnet. Domstolene vil også kunne prøve om forvaltningen har bygget vedtaket på et riktig *faktum*.

Men Høyesterett har slått fast, som et alminnelig og bredt formulert prinsipp, at domstolenes gyldighetskontroll med administrative vedtak skal knytte seg til de faktiske forholdene *på vedtakstidspunktet*, jf. i første rekke plenumsdommen i Rt. 2012 side 1985 (lengeværende barn I) avsnitt 47–81. Dette gjelder også der et vedtak påstås å krenke vedkommendes menneskerettigheter, jf. avsnitt 82–99. Forhold som kommer til *etter* at vedtaket ble truffet er i prinsippet irrelevant for domstolskontrollen med vedtaket, bortsett fra *nye bevis* som bare belyser forholdene slik de allerede var på vedtakstiden.

Denne vidtrekkende begrensningen i domstolenes gyldighetskontroll gjelder også endringer i barnets situasjon, herunder den fra naturens side uomgjengelige realitet at barnet vokser til og på alle måter utvikler seg og sitt forhold til familien, omgivelsene og samfunnet. Skal endringer få betydning for det vedtaket som er truffet, må det begjæres administrativ *omgjøring* – en begjæring forvaltningen for så vidt har plikt til å vurdere. Nektelsesvedtak kan i neste runde prøves for domstolene, jf. Rt. 2012 side 681.

Jeg minner om at dette likevel blir annerledes i barnevernssaker, så langt disse behandles etter de særlige prosessreglene for rettslig prøving av administrative tvangstiltak i tvisteloven kapittel 36. Etter § 36-5 tredje ledd skal retten prøve alle sider av saken, og har i den anledning samme kompetanse og ansvar som det forvaltningsorgan hvis vedtak skal prøves, jf. Rt. 2012 side 967 avsnitt 27. En slik prøving skjer ut fra forholdene på domstidspunktet.

I plenumsdommen fra Rt. 2012 side 2039 slo Høyesteretts flertall (11-8) fast at det ikke kan kreves *særskilt fastsettelsesdom* for brudd på barnekonvensjonen. Begrunnelsen er overraskende – konvensjonen gir i følge flertallet ikke noen ”rettskrav” i den forstand uttrykket brukes i tvisteloven § 1-3. Flertallet gir i avsnitt 101 dessuten uttrykk for at det mente en slik løsning var den som var ”mest lojal”.

Flertallet underspiller etter mitt syn betydningen av formålet med inkorporeringen, slik dette kom til uttrykk under Stortingets behandling. Og jeg er redd flertallet kom i skade for å overse det elementære: Barnekonvensjonen gir barn rettigheter. Konvensjonen er norsk rett. Rettigheter etter norsk rett kan håndheves ved norske domstoler i form av fastsettelsessøksmål. Sammenhengen er beskrevet i mindretallets votum, se avsnitt 115-126.

Løsningen for barnekonvensjonens del kommer i et merkelig lys når man sammenligner med hvordan Høyesterett har løst det tilsvarende spørsmålet for EMK-søksmål. Det er ikke tvilsomt at man etter omstendighetene kan kreve særskilt fastsettelsesdom for krenkelse av EMK-rettigheter, se Rt. 2011 side 1666 og Rt. 2015 side 93. I HR-2016-2178-U er det gitt en nokså avklarende begrunnelse for søksmålsadgangen i EMK-saker.

Etter Høyesteretts plenumsdom i 2012 har Barnekomiteen nok en gang fremholdt at konvensjonen gir barn rettigheter som forutsettes å kunne håndheves direkte for nasjonale domstoler (*General Comment No. 14* punkt 6, punkt 15 bokstav c og punkt 98). Også vedtakelsen av Grunnloven § 104, jf. § 92 i 2014 kan bidra til at spørsmålet etter hvert vil kunne komme i et annet lys.

Brudd på plikten til å sikre barnekonvensjonen kan medføre erstatningsansvar. Høyesteretts dom i Rt. 2013 side 588 (stalking) er illustrerende, selv om den direkte gjaldt EMK artikkel 8, ikke barnekonvensjonen:

En mann var dømt for grov vold mot en kvinne han hadde hatt et kortvarig forhold til. Etter soning brøt han ved en rekke anledninger pålagte besøks- og kontaktforbud. Han utsatte kvinnen for en langvarig, truende og skremmende forfølgelse, som hadde karakter av psykisk trakassering og terrorisering. På grunn av mannens forfølgelse ble kvinnens livskvalitet vesentlig forringet, hun måtte – sammen med sine fire barn – flytte til en annen kant av landet og gå i skjul. Hennes privat- og familieliv ble til de grader rammet.

Høyesterett slo fast at staten var erstatningsansvarlig overfor kvinnen fordi staten ikke hadde oppfylt sin plikt til å sikre hennes privat- og familieliv: Politiet og påtalemyndigheten hadde gjort mye for å beskytte henne. Men ut fra kunnskapen om den tidligere kjæresten og hans handlingsmønster og intensitet, samt om belastningen og risikoen for kvinnen og hennes barn over meget lang tid, burde politiet og påtalemyndigheten etter Høyesteretts vurdering fulgt opp informasjonen om stadige brudd på besøksforbud atskillig bedre. Særlig skulle muligheten for pågrepelse og varetektsfengsling vært nøye vurdert, og bruddene burde fortløpende ha vært irettført som selvstendige straffbare forhold. En utilfredsstillende etterforskning av drapstrusler forsterket inntrykket av utilstrekkelig beskyttelse mot fortsatt forfølgelse og nye – potensielt meget alvorlige – integritetskrenkninger.

En enstemmig Høyesterett konkluderte med at staten var erstatningsansvarlig for ikke å ha gitt kvinnen tilstrekkelig beskyttelse, i strid med hennes rett til vern om sitt privat- og familieliv og sitt hjem, jf. EMK artikkel 8, jf. nå også Grunnloven § 102. Det ble inngått forlik mellom kvinnen og staten om erstatningens størrelse.

Dommen fra 2013 bør ha overføringsverdi til brudd på plikten til å sikre barns rettigheter etter barnekonvensjonen, for eksempel der det er spørsmål om forsømmelser i barnevernet, om mangelfull skolegang eller om mobbing.

3. Grunnloven § 104

Lønning-utvalget, som forberedte grunnlovsreformen i 2014, gikk inn for å gi en egen grunnlovsbestemmelse om barns særlige rettigheter (Dok. 16 (2011–2012) side 192). Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité var enig i at barns rettigheter i større grad burde grunnlovfestes. Den fremhevet at barn er i en særstilling. Ikke bare er de sårbare og har særlige behov for vern for å kunne leve frie, trygge og verdige liv; de er også i en spesiell avhengighetsstilling, ”og det i en særlig formativ fase av det liv de skal kunne bruke til å utøve de friheter og rettigheter som tilkommer alle” (Innst. 186 S (2013–2014) side 29).

Komiteen fremhevet dessuten at ”tross Norges status som foregangsland nettopp for barns rettigheter” har Norge ikke villet anerkjenne individuell klageadgang under barnekonvensjonen, blant annet med den begrunnelse ”at vi ivaretar barns rettigheter godt nok her hjemme”. Dette resonnementet, mente komiteen, ”vil fremstå inkonsekvent dersom Norge ikke nå beskytter barns rettigheter i Grunnloven”.

Den nye § 104 om barns særlige rettigheter er utformet slik:

”Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling.

Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Barn har rett til vern om sin personlige integritet. Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie.”

Grunnloven § 104 er altså en ganske omfattende bestemmelse, med mange komponenter av ulike slag og med til dels betydelig rekkevidde. Høyesterett har karakterisert andre ledd om ”barnets beste” som ”bærebjelken i bestemmelsen”, Rt. 2015 side 93 (Maria) avsnitt 63. I denne dommen pekes det også på at Grunnloven § 104 her er en *parallel* til barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.

Det fremgår av *Lønning-utvalgets* innstilling at man ved utformingen av Grunnloven § 104 også så hen til EUs Charter om de grunnleggende rettigheter artikkel 24. Charteret er fra 1. desember 2009 en del av EUs konstitusjonelle fundament. Charteret gjelder for EUs institusjoner innenfor deres respektive kompetanseområder, og for medlemsstatene når de gjennomfører EU-retten, jf. artikkel 51 nr. 1. Charteret er ikke som sådan en del av EØS-retten, men er gir i ganske stor grad uttrykk for *alminnelige rettsprinsipper* i EØS.

Barnekonvensjonens forskjellige regler har betydning for tolkningen av Grunnloven § 104. *Lønning-utvalget* satte dette i sammenheng med det alminnelige *presumsjonsprinsippet*, og fremhevet som en mer generell målsetning at ”rettighetene ikke gis et dårligere vern etter Grunnloven enn konvensjonen, ved å sørge for at konvensjonens minimumsvern ivaretas ved tolkningen av Grunnloven”. Komiteen ga også følgende anbefaling (Dok. 16 (2011–2012) side 89–90):

”... Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser ... må tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og praksis knyttet til disse. Dette følger av etablert tolkningspraksis i Norge, og selv om det kan foreligge tilfeller hvor skjønsmarginen kan være aktuell å påberope seg, må det begrunnes hvorfor det gjøres avvik fra den internasjonale praksis på området.”

Det sentrale her er at Grunnloven ”må tolkes i lys av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og praksis knyttet til disse”, og at avvik fra praksis på området ”må begrunnes”. Prinsippet om å tolke Grunnloven ”i lys av” barnekonvensjonen er fulgt opp av Høyesterett.

I Rt. 2015 side 93 (Maria) side 93 avsnitt 57 peker Høyesterett samtidig på at man ved grunnlovstolkningen ikke er *bundet* til å følge den *fremtidige* internasjonale tolkningspraksis, ettersom det etter vår forfatning ”er Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser”. Men et avvik fra internasjonal tolkningspraksis fordrer altså også da en begrunnelse.

4. ”Barnets beste” i Høyesteretts praksis

Grunnloven § 104 sier at barnets beste ”skal” være et grunnleggende hensyn. Dette svarer til barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 når det der heter at barnets beste ”shall be a primary consideration”. EUs Charter artikkel 24 nr. 2 slår fast at barnets tarv ”skal” komme i første rekke.

Ordlyden åpner ikke for noen vurdering – det er ikke et spørsmål om hensiktsmessighet. Barnekomiteen har fremhevet at ”[t]he words ‘shall be’ place a strong legal obligation on States and mean that States may not exercise discretion as to whether children’s best interests are to be assessed and ascribed the proper weight as a primary consideration in any action undertaken” (*General Comment No. 14* avsnitt 36.).

Barnekomiteen har også understreket at ”article 3, paragraph 1, creates an intrinsic obligation for States, is directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court” (*General Comment No. 14* avsnitt 6). Dette er også lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2015 side 93 (Maria) avsnitt 65.

Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 bruker den ubestemte formen ”et” grunnleggende hensyn, ikke den bestemte formen ”det” grunnleggende hensynet. Barnets interesser har derfor ikke generell og absolutt førsteprioritet, de vil etter forholdene måtte vike (jf. for eksempel Høyesteretts plenumsdom i Rt. 2012 side 1985 (lengeværende barn II), *General Comment No. 14* og Dok. 16 (2010–2011) side 193).

Men hensynet til barnet står likevel i en særlig stilling når avgjørelser skal treffes, og det skal ha høy prioritet i avveiningen mot andre interesser og andres rettigheter. Barnekomiteen har beskrevet dette slik (*General Comment No. 14* avsnitt 37 og 39):

”[T]he expression ‘primary consideration’ means that the child’s best interests may not be considered on the same level as all other considerations ...

However, since article 3, paragraph 1, covers a wide range of situations, the Committee recognizes the need for a degree of flexibility in its application. The best interests of the child – once assessed and determined – might conflict with other interests or rights ... If harmonization is not possible, authorities and decision-makers will have to analyse and weigh the rights of all those concerned, bearing in mind that the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration means that the child’s interests have high priority and not just one of several considerations. Therefore, a larger weight must be attached to what serves the child best.”

Høyesterett har uttalt seg om normens struktur og innhold på en måte som ligger tett opp til Barnekomiteens utlegning. En av de viktige dommene her er Rt. 2015 side 155 (Rwanda), hvor Høyesterett sier følgende (avsnitt 47-48):

”Det nærmere innhold av artikkel 3 har vært behandlet i en rekke avgjørelser fra Høyesterett, senest i Rt. 2015 side 93. Der heter det i avsnitt 65 at ’hensynet til barnet er ikke det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende’, jf. også plenumsavgjørelsen i Rt. 2012 side 1985 avsnitt 134–136. Videre uttales i 2015-avgjørelsen avsnitt 65 at ‘ved avveiningen mot andre interesser *skal* hensynet til barnets beste ha *stor vekt* – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen.’ Høyesterett bekrefter her det som – på noe ulikt vis – tidligere har vært uttrykt i Rt. 2009 side 1261 avsnitt 85, Rt. 2010 side 1313 avsnitt 13 og Rt. 2012 side 1985 avsnitt 187.”

Rwanda-dommen gir med dette tilslutning til den prinsipielle formuleringen av normen i Rt. 2015 side 93 (Maria) avsnitt 65 om at ”ved avveiningen mot andre interesser *skal* hensynet til barnets beste ha *stor vekt* – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen”.

I det Rwanda-dommen fremholdes at Høyesterett i Mariasaken ”bekrefter det som – på noe ulikt vis – tidligere har vært uttrykt i Rt. 2009 side 1261 avsnitt 85, Rt. 2010 side 1313 avsnitt 13 og Rt. 2012 side 1985 avsnitt 187”. Disse tre uttalelsene har dermed også interesse.

Den første referansen er til Rt. 2009 side 1261 (Ashok) *avsnitt 85*. Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak om ikke å omgjøre avslag om opphold på humanitært grunnlag for en enslig mindreårig gutt, med den virkning at han måtte reise fra Norge til Sri Lanka. Høyesterett kom til at vedtaket var gyldig, blant annet under henvisning til at det ikke var noe å utsette på utlendingsmyndighetenes vurdering og vekting av guttens interesser. Én dommer hadde et særvotum, og det er dette særvotumet – ikke førstvoterendes votum på vegne av flertallet – en enstemmig Høyesterett viser til i Rwanda-saken fra 2015.

Andrevoterende i Ashok-dommen ordlegger seg slik (avsnitt 85):

”Formuleringen er helt generell, og i den forstand også vag. Slik må det være, ettersom bestemmelsen tar sikte på enhver beslutningssituasjon som direkte eller indirekte involverer en mindreårig. Hovedpoenget – slik jeg ser dette – er at når ‘the best interests of the child shall be a primary consideration’, har man for det første plikt til – som en prioritert oppgave – å avklare *hva* som er barnets interesser og *hvordan* disse best ivaretas. For det andre må man sørge for at resultatet bringes sentralt inn i selve *beslutningsgrunnlaget*. For det tredje skal hensynet til det som best tjener barnets interesser *tillegges stor vekt* ved en eventuell avveining mot andre interesser.”

Det er grunn til å merke seg bredden her: Før det overhodet blir spørsmål om hvilken vekt hensynet til barnets interesser skal ha, må beslutningstakeren ha klarhet i barnets situasjon og sørge for at barnets interesser blir en del av selve beslutningsgrunnlaget. Det er dermed viktige forbindelseslinjer til mer prosessuelt orienterte tema, herunder barnets rett til å bli hørt, jf. barnekonvensjonen artikkel 12 og Grunnloven § 104 første ledd andre punktum (se også *General Comment No. 14* avsnitt 43, med referanser videre til *General Comment No. 12* avsnitt 70-74).

Den andre referansen er den enstemmige Rt. 2010 side 1313 (skal barn i fengsel?) *avsnitt 13*:

”Av bestemmelsen følger det, slik jeg ser det, en plikt til ... å avklare hva som er barnets interesser og hvordan disse kan ivaretas, og til å trekke resultatet av disse vurderingene sentralt inn i beslutningsgrunnlaget. Hva som best tjener barnets interesse er imidlertid ikke det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende hensynet. Formuleringen i artikkel 3 nr. 1 om at hensynet til det som best tjener barnets interesser skal være ‘a primary consideration’ ble valgt nettopp for å understreke dette ... Men bestemmelsen forutsetter at det legges stor vekt på det som best tjener barnet, ved avveiningen mot andre interesser.”

Den tredje referansen i Rwanda-saken fra 2015 er til plenumsdommen i Rt. 2012 side 1985 (lengeværende barn I) *avsnitt 187*. Saken gjaldt gyldigheten av avslag på søknad om asyl og opphold i Norge for en iransk familie med barn, som på vedtaks- tidspunktet hadde bodd her i lang tid.

Flertallet kom til at gyldighetsspørsmålet måtte avgjøres ut fra de faktiske forholdene slik de var på vedtakstidspunktet, og at det da ikke forelå noe grunnlag for ugyldighet. Rwanda-dommens referanse gjelder imidlertid ikke førstvoterendes votum på vegne av flertallet – et votum som, selv om det er svært langt, ikke inneholder noe særlig om selve normen i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Avsnitt 187 i plenumsdommen, som er det avsnittet man viser til i Rwanda-dommen, er derimot *andrevoterendes votum* på vegne av et mindretall, hvor det heter:

”Det er altså ikke slik at hensynet til barnets beste har absolutt prioritet. Men dette er heller ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering. Avveiningsnormen i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 går ut på at det som alt i alt best tjener barnets interesser, skal løftes spesielt frem og stå i forgrunnen; det skal være ’primary’. Imidlertid kan legitime og tungtveiende interesser – gode og sterke argumenter – altså åpne for andre løsninger enn den som er den beste for barnet. Kjernen i denne avveiningsnormen er slik sett et krav om *saklighet og forholdsmessighet* ved tilsidesettelse av barns interesser.”

Når disse vota ses i sammenheng, slik førstvoterende gjorde det i Rt. 2015 side 155 (Rwanda), gir de samlet sett en ganske god sammenfatning av de ulike sidene av, og hovedpoenget med, normen i artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 andre ledd. Ved siden av de krav som stilles til selve vektingen av barns interesser, er det i de sentrale vota fra Høyesterett også klare referanser til mer *prosessuelle* sider: Skal ”barnets beste” kunne vektlegges på en meningsfull måte, må barnets situasjon og interesser først søkes avklart.

Høyesteretts forståelse av konvensjonen er også på dette punkt i tråd med Barnekomiteens. Den har i sin *General Comment No. 14* gitt en meget inngående redegjørelse for dette aspektet, blant annet knyttet til hvilke tema som det er av særlig betydning å kartlegge (*General Comment No. 14* avsnitt 48-84). Helt sentralt står vanligvis barnets *eget syn*, barnets *identitet* knyttet blant annet til kjønn, legning, etnisitet, nasjonalitet, tro, kulturell tilknytning og personlighet, barnets *familiære relasjoner*, barnets *behov* for omsorg, beskyttelse og sikkerhet, særlig *sårbarhet* hos barnet, og retten til *helsehjelp* og retten til *utdanning*.

Det stilles dessuten krav til *begrunnelse* i vedtak og rettslige avgjørelser som gjelder barn – slike må ifølge Barnekomiteens forståelse være ”motivated, justified and explained” (*General Comment No. 14* avsnitt 97). Begrunnelsen må vise at barnets beste er tilfredsstillende avklart. Der det tas en beslutning som ikke er i tråd med ”barnets beste”, må det forklares ”in a credible way why the best interests of the child were not strong enough to ... outweigh the other considerations”.

5. Beskyttelsen av privat- og familielivet

Både voksne og barn har rett til respekt for sitt privat- og familieliv. Dette følger av barnekonvensjonen artikkel 16, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 17, Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8, EUs Charter om grunnleggende rettigheter artikkel 7 og av Grunnloven § 102.

Det er nær forbindelse mellom retten til privat- og familieliv og kravet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, blant annet i den forstand at inngrep i et barns rett til privat- og familieliv ofte også vil stå i en motsetning til det som best tjener barnets interesser.

Uttrykket ”privatliv” favner vidt – noen uttømmende definisjon finnes ikke. I Rt. 2015 side 93 (Maria) avsnitt 58 blir det fremhevet at ”sentralt står blant annet menneskets fysiske og psykiske *integritet*, alle de ulike elementene i den enkeltes *identitet* i videste forstand, og den *personlige autonomi*”.

Det blir i denne dommen også pekt på at med ”familieliv” siktes det vanligvis til ”mer spesifikke relasjoner mellom mennesker, som for eksempel i etablerte parforhold og gjennom båndene mellom foreldre og barn”. Det sies dessuten at grensen mellom de menneskelige relasjoner som utgjør et familieliv, og de som inngår i privatlivet, ikke er skarp. I dommen heter det videre at retten til ”respekt” for privat- og familieliv i første rekke innebærer et vern mot uberettigede offentlige inngrep. Men kravet om respekt utgjør også ”positive forpliktelser for det offentlige, i den forstand at det må iverksettes tiltak for å sikre mot inngrep fra andre private”.

Til forskjell fra de folkerettslige forbildene inneholder Grunnloven § 102 ingen anvisning på om det overhodet kan gjøres lovlige *begrensninger* i privat- og familielivet. Etter ordlyden gjelder det et absolutt krav om ”respekt”. Høyesterett slo imidlertid fast allerede i Rt. 2014 side 1105 avsnitt 28 (Acta) at retten til privat- og familieliv etter Grunnloven § 102 kan begrenses dersom, og i den utstrekning, tiltaket har tilstrekkelig *hjemmel*, jf. Grunnloven § 113, det forfølger et *legitimt formål* og er *forholdsmessig*. Inspirasjonen fra EMK er åpenbar.

I Rt. 2015 side 93 (Maria) gikk Høyesterett inn på relasjonen mellom forholdsmessighetsvurderingen under Grunnloven § 102 og regelen om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn etter § 104 andre ledd (avsnitt 60):

”Det er en nær forbindelse mellom privat- og familielivet og regelen om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Grunnloven § 102 og § 104 er på dette området komplementære, slik at barnets interesser inngår som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen etter Grunnloven § 102.”

At § 102 og § 104 andre ledd her er *komplementære* – hensynet til barnets interesser inngår som tungtveiende ved forholdsmessighetsvurderingen – er gjentatt og lagt til grunn i Rt. 2015 side 155 (Rwanda) avsnitt 61.

Høyesteretts forståelse av sammenhengen mellom Grunnloven § 102 og § 104 andre ledd, ligger tett opp til det som EMD har kommet frem til for så vidt gjelder relasjonen mellom EMK artikkel 8 om privat- og familieliv og det alminnelige rettsprinsippet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn:

På samme måte som Grunnloven § 102, tillater artikkel 8 nr. 2 at det gjøres inngrep i privat- og familielivet dersom det foreligger hjemmel, tiltaket har et legitimt formål og er forholdsmessig.

Den europeiske menneskerettskonvensjonen har ingen uttrykkelig bestemmelse om at hensynet til barnets beste skal være tungtveiende. Men i tilknytning til forholdsmessighetsvurderingen under artikkel 8 nr. 2 har EMD fremhevet at konvensjonen ikke kan tolkes i et vakuum, men må harmoniseres med alminnelige folkerettslige prinsipper. I så måte må det tas hensyn til ”any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties’ and in particular the rules concerning the international protection of human rights”, jf. *Neulinger og Shuruk mot Sveits* (6. juli 2010) avsnitt 131, jf. 135.

I den samme dommen konstaterte EMD dessuten at ”there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount”. Dette måtte inngå ved forholdsmessighetsvurderingen etter artikkel 8 nr. 2. Den samme rettslige tilnærmingen er fulgt opp i senere dommer, jf. for eksempel storkammerdommene i *X mot Latvia* (26. november 2013) avsnitt 96 og *Jeunesse mot Nederland* (3. oktober 2014) avsnitt 109.

6. Barnevern

Noen ganger er det best for barnet å bli skjermet fra andres ønske om, og rett til, et familieliv. Dette kommer helt på spissen i barnevernssaker hvor det ut fra en sviktende omsorgssituasjon må treffes vedtak om å frata foreldrene omsorgen for barnet, om å begrense – eventuelt helt utelukke – samvær, og i noen tilfeller sågar om tvangsadopsjon. Barnets og foreldrenes interesser og rettigheter må da vektas innbyrdes.

Det gjelder sterke begrensningene i retten til anke til lagmannsretten i barnevernssaker etter tvisteloven § 36-10. Høyesteretts ankeutvalg har gjennom en serie avgjørelser avklart og utviklet silingskriterinene og de krav som stilles til lagmannsrettens saksbehandling og begrunnelse dersom samtykke til ankebehandling ikke blir gitt, jf. Rt. 2014 side 1034.

Noen saker slipper gjennom i lagmannsretten, og noen av disse slipper også inn for Høyesterett. Men det er, relativt sett, et lite antall saker. Og det er utelukkende saker som reiser spørsmål av prinsipiell rekkevidde.

Det er i dag vanskelig å tenke seg en barnevernssak for Høyesterett hvor barnekonvensjonen ikke kommer inn. Vi ser også en klar tendens til at disse sakene, hvis de går i mot foreldrene, klages videre til EMD for så vidt gjelder deres rett til privat- og familieliv etter EMK artikkel 8. For tiden er det registrert sju klagesaker mot Norge i EMD som gjelder barnevern. EMDs avgjørelser i disse sakene vil ventelig kunne bidra med ytterligere avklaring.

Fra den praksis vi allerede har fra Høyesterett på dette feltet, trekker jeg frem følgende:

I dom 7. august 1998 *Johansen mot Norge* konstaterte EMD krenkelse av morens rett til familieliv, ettersom hensynet til barnet ikke med avgjørende tyngde tilsa at ethvert bånd til moren måtte brytes. Dette ble fulgt opp av Høyesterett i Rt. 2007 side 561, men hvor samvær likevel ble nektet. Dommen fra 2007 ble innklaget til EMD, som ved dom 28. oktober 2010 *Aune mot Norge* konkluderte med at Høyesteretts praksis og avgjørelsen i 2007-saken var i tråd med konvensjonen.

Rettsstilstanden nå er oppsummert slik i Rt. 2015 side 110:

”En tvangsadopsjon berører de biologiske foreldrene sterkt. Den følelsesmessige smerten ved å få sitt barn bortadoptert er vanligvis dyptgripende. De familiemessige båndene som brytes ved tvangsadopsjon, er beskyttet av EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102. Også for barn representerer adopsjonen et inngripende tiltak, som etter FNs barnekonvensjon artikkel 21 derfor bare kan besluttes dersom det er til barnets beste. Foreldrenes interesser må, på den annen side, vike der avgjørende forhold på barnets hånd tilsier adopsjon, jf. Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Jeg viser her til EMDs dom i Aune mot Norge 28. oktober 2010 avsnitt 66, hvor det i tilknytning til forholdsmessighetsvurderingen under EMK artikkel 8 nr. 2 angis som avgjørende at adopsjonen er begrunnet i ‘an overriding requirement pertaining to the child’s best interests’. Denne saken er samme sak som ble avgjort av Høyesterett I Rt. 2007 side 561. Jeg legger da til grunn at uttrykksmåten i avsnitt 51 i denne høyesterettsdommen - at det kreves ‘særlig tungtveiende grunner for adopsjon’ - gir uttrykk for den samme normen.”

Ved den konkrete vurderingen i denne saken la Høyesterett vekt på guttens sterke og rotfestede tilknytning til fosterhjemmet, og at han var et barn med særlig behov for trygghet og støtte. Det ble også vist til at den fastsatte *besøkskontakten* med de biologiske foreldrene innebar at gutten ikke ville bli avstengt fra sine røtter og sin etniske bakgrunn. Høyesteretts dom er klaget inn for EMD, med påstand om krenkelse av foreldrenes rett til familieliv etter artikkel 8 (sak 39710/15, *Terje Pedersen mot Norge*).

Dommen fra 2015 er videreført i senere praksis fra Høyesterett. I Rt. 2015 side 1107 er det vist til den og tilføyd:

“De forhold på barnets hånd som tilsier adopsjon, må være så sterke at hensynet til å opprettholde de biologiske båndene mellom barnet og foreldrene må vike. Fordi et adopsjonsvedtak er ugjenkallelig, må avgjørelsen baseres på at det ‘med relativt stor sikkerhet kan sies at det vil være best for barnet å bli adoptert’ ...”

Rt. 2014 side 974 reiste et vanskelig spørsmål, nemlig om man etter omsorgsovertakelse måtte nekte samvær mellom barnet og foreldrene på grunn av risikoen for at en av *besteforeldrene* ville kidnappe barnet, holde det skjult for barnevernet og sågar sende barnet ut av landet. Høyesterett tok utgangspunkt i at barn og foreldre har rett til samvær også etter omsorgsovertakelse, jf. barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3 og EMK artikkel 8, jf. nå også Grunnloven § 102. I avsnitt 36 heter det videre:

“I barnevernloven § 4-19 annet ledd åpnes det for å nekte samvær. Høyesterett har lagt til grunn at det skal skje etter en bred skjønsmessig vurdering hvor det tas hensyn til anvisningen i barnevernloven § 4-1 om at det skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Avgjørelsen må også være i samsvar med EMK artikkel 8 slik den er praktisert av EMD, se Rt. 2002 side 908 og Rt. 2004 side 1046 avsnitt 46 til 49. I avsnitt 47 i sistnevnte dom pekes det på at EMD i Adele Johansen-dommen fra 1996 uttalte at det ved avgjørelser i barnevernssaker ikke skal treffes tiltak som vil skade barnets helse og utvikling. Men tiltak som ikke er i samsvar med et mål om gjenforening mellom foreldre og barn, noe som vil gjelde ved nektelse av samvær, bør bare anvendes i ‘ekstraordinære tilfeller’ og bare ‘hvis de er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste’. Med utgangspunkt i EMDs avgjørelser har Høyesterett lagt til grunn at det kreves spesielle og sterke grunner for å nekte samvær ...”

Høyesterett ga videre uttrykk for at samværsnektelse forutsetter at *risikoen for bortføring er reell* og at det foreligger *konkrete forhold som underbygger frykten* for bortføring. Det stilles ikke krav om sannsynlighetsovervekt.

På grunn av enkelte uklarheter i lagmannsrettens dom, og behovet for å vurdere noen nye bevis knyttet til bortføringsrisikoen gjennom umiddelbar bevisførsel, kom Høyesterett til at lagmannsrettens dom måtte oppheves. Etter ny behandling i lagmannsretten ble vedtaket om å nekte samvær opprettholdt (LB-2014-173958). Anke over lagmannsrettens dom ble nektet fremmet ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning HR-2015-1452-U. Saken er nå klaget inn for EMD (sak 2822/16 *Blondina Baloma Jansen mot Norge*).

Fosterforeldrenes stilling har vært et tema i saker for Høyesterett. Her trekker jeg frem Høyesteretts kjennelse i HR-2016-1111-A, hvor det var spørsmål om fosterforeldrene kunne reise sak etter tvisteloven kapittel 36 om fylkesnemndas vedtak om å flytte barnet til et nytt fosterhjem, jf. barnevernloven § 4-17. Om dette sa førstvoterende for flertallet (3-2) blant annet:

”(49) Menneskerettighetene har en mer fremtredende stilling i dag enn på 1980-tallet. Særlig relevant i denne sammenhengen er at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle avgjørelser som berører barn, jf. Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3, og at enhver har rett til respekt for sitt familieliv, jf. blant annet Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8.

(50) Hvorvidt en søksmålsadgang for fosterforeldre ved flytvedtak vil være til barnets beste, er det neppe mulig å gi et generelt svar på. På den ene siden er det et viktig hensyn å unngå usikkerhet om hvor barnet skal bo, og at spørsmålet om hvor det skal bo drar ut i tid, jf. f.eks. NOU 2005:9 side 96. På den annen side bør flytting som hovedregel unngås, jf. Ot.prp.nr.44 (1991-92) side 48, og ser man bort fra ulempene med tidsbruk og usikkerhet, vil barnet være tjent med at det skjer en rettslig prøving av om vilkårene for en så dramatisk endring av forholdene det lever under, virkelig er oppfylt. Dersom barnet selv ikke er gammelt nok til å angripe vedtaket, og barnets biologiske foreldre ikke involverer seg, kan fosterforeldrene være de eneste som kan sikre at det prøves. Ved at den rettslige prøvingen skjer etter reglene i tvisteloven kapittel 36, er hensynet til rask avklaring søkt ivaretatt ved at prøvingen påskyndes, jf. tvisteloven § 36-5, og det vil være begrenset mulighet til å få fremmet anke over tingrettens dom.

(51) Den europeiske menneskerettsdomstol - EMD - har anerkjent at forholdet mellom fosterforeldre og fosterbarn kan utgjøre familieliv i den betydningen dette har i EMK artikkel 8, jf. blant annet EMDs dom 27. april 2010 *Moretti og Beneditti mot Italia* ... Jeg legger til grunn at der fosterforeldrene har hatt omsorgen for barnet så lenge, og har oppnådd en slik tilknytning til barnet at de har klagerett, vil det være tale om et slikt familieliv ... Fosterforeldrene bør dermed ikke være avskåret fra lovens hovedregel om adgang til rettslig prøving av om det er til barnets beste å flyttes fra dem.”

Dommen innebærer en materiell og prosessuelle anerkjennelse av de reelle menneskelige bånd som kan komme til å bli knyttet mellom fosterforeldre og barnet. Mindretallets votum viser at en slik anerkjennelse også kan ha problematiske sider.

7. Straffesaker

Høyesteretts bruk av barnekonvensjonen på strafferettens område gjelder i stor grad spørsmål om bruk av fengsel overfor mindreårige lovbryttere.

Den grunnleggende dommen her er Rt. 2010 side 1313 (skal barn i fengsel?). Saken gjaldt straffutmåling for ran og ransforsøk der domfelte på gjerningstiden var under 18 år. Forholdene lå i grenselandet mot grovt ran. Spørsmålet var om domfelte, i tråd med etablert praksis fra Høyesterett, skulle idømmes ubetinget fengsel eller om det ut fra hans alder på gjerningstiden var riktig med samfunnsstraff. Det prinsipielle temaet var om barnekonvensjonens regler, herunder artikkel 3 nr. 1, tilsa at det ved fastsettelsen av straff for barn som begår lovbrudd må gjelde et grunnleggende annet utgangspunkt enn for voksne, særlig med hensyn til bruk av fengselsstraff. Høyesterett svarte bekræftende på dette, og formulerte følgende prinsipielle syn:

”Der domfelte var under 18 år på gjerningstiden forskyves altså tyngdepunktet i avveiningen mellom de individualpreventive og de allmennpreventive hensyn: Det som i det lange løp alt i alt best tjener barnets interesser trer i forgrunnen, og kan bare settes til side så langt det foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som ikke i tilfredsstillende grad også ivaretas ved en dom på samfunnsstraff . Jo yngre barnet er, desto mer må det til.”

Denne tyngdepunktforskyvningen i barnestrafferetten fikk raskt tilslutning fra lovgiver, og er lagt til grunn i Høyesteretts etterfølgende praksis (se gjennomgangen i Rt. 2013 side 67 avsnitt 9-18). Fra 1. juli 2014 gjelder regler om *ungdomsstraff*, som er en straffereaksjon uten frihetsberøvelse. Etter straffeloven 2005 § 33 kan den som var under 18 år på gjerningstiden bare idømmes ubetinget fengselsstraff ”når det er særlig påkrevd”.

Dommen fra 2010 gir et godt eksempel på et rettsutviklende samvirke mellom lovgiver og Høyesterett, med utgangspunkt i de internasjonale menneskerettsnormene og norske rettstradisjoner.

Ikke sjelden blir det også spørsmål om hensynet til barn som en domfelt har aleneomsorgen for tilsier en mildere straff. Høyesteretts praksis viser at dette – etter forholdene – vil kunne få avgjørende betydning.

Rt. 2015 side 693 gjaldt spørsmålet om bruk av samfunnsstraff i stedet for fengsel, jf. straffeloven § 28a bokstav b. Domfellelsen gjaldt legemsbeskadigelse av en sort som lå i kjerneområdet for den straffskjerpelse som har funnet sted siden 2010. Lagmannsretten satte straffen til fengsel i fem måneder, men gjorde tre måneder av straffen betinget av hensyn til domfeltes datter. I anken til Høyesterett ble det tatt til orde for at domfelte i stedet – av hensyn til datteren – burde få samfunnsstraff. Om dette sa førstvoterende (avsnitt 10)

”At hensynet til barn kan begrunne samfunnsstraff er også i tråd med barnekonvensjonen artikkel 3. I General comment nr. 14 fra FNs barnekomité avsnitt 28 er det presisert at det i straffesaker skal legges vekt på hensynet til barn som blir berørt av foreldrenes ‘conflict with the law’. Men ‘[d]en omstendighet at hensynet til barnet er relevant og skal tillegges vekt, behøver imidlertid ikke medføre at det i den konkrete sak får noen avgjørende betydning for straffastsettelsen’, jf. Rt. 2011 side 462 avsnitt 26. Om det skal idømmes samfunnsstraff må derfor bero på en konkret avveining av hvor inngripende det vil være for barnet at en omsorgsperson må sone en fengselsstraff og de preventive hensynene som taler mot en straff i frihet.”

Anken førte ikke frem, ettersom det ville la seg gjøre å finne en forsvarlig løsning i forbindelse med soningen. Men den betingede del ble opprettholdt. Også i senere saker har Høyesterett fremholdt at hensynet til omsorgen for egne barn vil kunne tilsi en mildere reaksjon. Høyesterett har ikke behandlet spørsmålet om barnet må få uttale seg i forbindelse med straffutmålingen.

I Rt. 2015 side 1115 oppstod spørsmålet om dette også er situasjonen der det straffbare forhold har rettet seg mot de samme barna. I den saken gjaldt det mishandling, jf. straffeloven 1902 § 219 første ledd: Domfelte hadde i en treårsperiode jevnlig slått sine to sønner, som var henholdsvis 2 1/2 og 1 1/2 år da volden startet, med flat hånd.

Høyesterett viste til at domfeltes barn var svært sårbare, at barnas far var under strafforfølgning i utlandet og domfelte var den sentrale omsorgspersonen i familien. Det ville være viktig for barna at hun også i tiden fremover hadde omsorgen for dem. Hensynet til barna talte derfor for bruk av samfunnsstraff.

Et mindretall på to dommere mente straffen burde settes til fengsel i 10 måneder. Jeg synes mindretallets votum får godt frem dilemmaet her:

”(35) Det klare utgangspunktet er at det skal idømmes ubetinget fengsel for slike handlinger som saken her gjelder. På samme måte som førstvoterende mener jeg allmennpreventive hensyn står særlig sterkt ved familievold mot barn. Dette har blant annet sammenheng med at barns avhengighet av og lojalitet til sine foreldre kan gjøre slike overgrep vanskelige å avdekke. De psykiske skadevirkningene kan dessuten være omfattende og langvarige. Hensynet til barns interesser generelt tilsier etter mitt syn at det må foreligge helt spesielle omstendigheter for å idømme samfunnsstraff i stedet for fengsel, jf. straffeloven § 28a første ledd bokstav b.

(36) I denne saken kan jeg ikke se at det bør idømmes samfunnsstraff, som er en mildere strafferettslig reaksjon enn fengsel. Den omstendighet at en domfelt har hovedomsorgen for det mishandlede barnet, kan i seg selv ikke være avgjørende. I så fall vil barns strafferettslige beskyttelse bli svekket i situasjoner der behovet for beskyttelse er størst.”

8. Utlendingssaker

Saker fra utlendingsområdet utgjør det tredje hovedområdet for bruk av barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis.

Rt. 2015 side 93 (Maria) gjaldt blant annet spørsmålet om Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 var til hinder for å utvise en kenyansk kvinne som var eneforsørger for sin datter på tre år. Datteren – Maria – er født i Norge og er norsk statsborger, ettersom hun har norsk far. Utvisning av moren ville avskjære jenta fra å dra nytte av sine norske statsborgerrettigheter og tvinge henne til å følge med moren til en fremtid i Kenya som etter det Høyesterett måtte legge til grunn ”trolig vil bli barsk, risikofylt og i alle fall høyst uvisst”. Moren hadde gitt uriktige opplysninger om sin egen identitet og hadde en periode oppholdt seg ulovlig i Norge. Hun skulle etter loven og sikker praksis derfor utvises. I avveiningen mellom de innvandringsregulerende hensyn som tilsa utvisning av moren, og hensynet til jentas beste, konkluderte førstvoterende på følgende måte (avsnitt 81):

”Det er en åpenbar spenning mellom behovet for en effektiv og rettferdig utlendingsforvaltning på den ene siden, og kravet etter Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn på den andre siden. Jeg har imidlertid vondt for å se at de grunnene som uten tvil taler for at det reageres overfor [moren] og hennes lovbrudd, i dette tilfellet har den tyngden som skal til for å oppveie de individuelle byrdene for [datteren Maria] ved at moren utvises til Kenya. Det har for meg betydning ved den samlede avveiningen her at det er den aldeles uskyldige parten – [datteren Maria] – som rammes hardest av sanksjonen.”

I Rt. 2015 side 155 (Rwanda) ble en mann, som var tiltalt i Rwanda for å ha deltatt i folkemord og forbrytelse mot menneskeheten i 1994, begjært utlevert fra Norge. Han hadde oppholdt seg her som flyktning siden 1999, var i fast arbeid, gift og hadde tre mindreårige barn. Strafforfølgning i Norge var i prinsippet mulig og ville være en vesentlig mindre belastning for barna enn utlevering av faren til Rwanda. Ved utlevering var reetablering av familielivet ikke realistisk. Barna ville, for alle praktiske formål, heller ikke kunne ha noen kontakt av betydning med sin far.

Høyesterett fant det derfor ikke tvilsomt at hensynet til barnas beste isolert sett tilsa at faren ikke ble utlevert. Men her måtte hensynet til barna likevel vike (avsnitt 76):

”Ved forholdsmessighetsvurderingen finner jeg det imidlertid avgjørende at vi ... står overfor en anklage om sjeldent alvorlige lovbrudd. I lys av dette og de øvrige forhold som begrunner utlevering, kan jeg da ikke se at det er grunnlag for å gi hensynet til barnas beste absolutt prioritet. Både hensynet til det internasjonale strafferettssamarbeidet og til en forsvarlig behandling av den alvorlige tiltalen gjør det etter mitt syn påkrevd at anklagen om folkemord blir prøvd i det land forbrytelsen er begått og som siktede har rømt fra. De individuelle byrdene et vedtak om utlevering får for [siktetes] barn, kan da ikke veie opp for de grunnene som uten tvil taler for at siktede utleveres.”

De to dommene fra 2015 illustrerer, når de stilles sammen, at ”barnets beste” også på utlendingsfeltet i bunn og grunn er en avveiningsnorm, hvor hensynet til barnet ikke har absolutt prioritet. Legitime og tungtveiende interesser – gode og sterke grunner – kan måtte gå foran. Men det gjelder krav om *saklighet* og *forholdsmessighet* ved tilsidesettelse av barns interesser. Jo hardere barnet rammes, jo mer tvingende grunner må det foreligge for å rettferdiggjøre tiltaket.

I saker om opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38 har de senere års strøm av flyktninger medført et betydelig press i retning av at utlendingsmyndighetene legger svært stor vekt på innvandringsregulerende hensyn – på bekostning av barns interesser.

Essensen fra de tre plenumsdommene i henholdsvis Rt. 2012 side 1285, Rt. 2012 side 2039 og Rt. 2015 side 1388 er at Høyesterett har akseptert denne overordnede linjen uten spesielle reserverasjoner.

Høyesterett har i saker om opphold på humanitært grunnlag dessuten gitt våre politiske myndigheter, UDI og UNE betydelig handlingsrom, ved å begrense den rettslige prøvingen av om barnets beste er ivaretatt til å kontrollere ”at det må fremgå av vedtaket at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn”. Domstolene kan ikke prøve ”den konkrete interesseavveiningen”.

De krav Høyesterett har stilt til begrunnelse innenfor disse moderate rammene er også små: At barnets interesser ikke er berørt i et vedtak tilsier ikke nødvendigvis at det er mangelfullt begrunnet. Det avgjørende, sier førstvoterende for flertallet i plenumsdommen i 2015, ”må ... vere om det etter ei konkret vurdering av vedtaket som heilskap går fram kva som er barnets beste” (avsnitt 194).

Det er en blek form for domstolskontroll når verken skjønnnet eller begrunnelsen blir prøvd mer inngående enn dette. Etter mitt syn burde det kreves at vedtaket, slik det er begrunnet, overbeviser om at barnets interesser virkelig er avklart og at ”barnets beste” konkret har fått den reelle vekt som følger av at dette skal være et grunnleggende hensyn.

Plenumsdommen fra 2015 bygger på den forutsetning av barnekonvensjonen ikke utvider retten til asyl etter utlendingsloven § 28. Men den omstendighet at asylsøkeren er mindreårig, vil likevel måtte ha betydning for vurderingen av selve asylgrunnlaget.

Barnekonvensjonen innebærer heller ikke at man ved vurderingen av *internfluktalternativet* i § 28 femte ledd skal sammenligne situasjonen i returlandet med den i Norge.

Men hensynet til barnet vil påvirke *terskelen* knyttet til forholdene på returstedet, om man for eksempel sammenligner med retur av enslige voksne, se Rt. 2015 side 1388 avsnitt 82: Det skal ”leggjast monaleg vekt på omsynet til barnet ved vurderinga av returstatusjon”, og det skal ”mindre til av påkjenningar for at internflukt er urimelig for eit barn enn til dømes for ein ung mann” (avsnitt 86). Ved prøvingen her har domstolene full kompetanse, jf. avsnitt 213-247 hvor flertallets syn fremgår gjennom andrevoterendes votum. Men det er samtidig sagt at domstolene skal vise tilbakeholdenhet ved prøvingen, ut fra hensynet til UNEs særlige erfaring, kompetanse og forutsetning for å se saker i sammenheng og av hensyn til en rasjonell utlendingsforvaltning.

Et tema som fortjener oppmerksomhet, men som jeg bare skal nevne helt kort nå avslutningsvis – og da i form av en bekymringsmelding – er fengsling av barn i forbindelse med uttransportering eller annet, sammen med familien eller alene.

Problemstillinger og praksis her er behandlet i NOAS' rapport om internering i utlendingssaker fra 2015, og fulgt opp ovenfor Justis- og beredskapsdepartementet blant annet av Barneombudet.

I sin rapport til FN's generalforsamling 27. september 2016 avsnitt 39 ga generalsekretæren uttrykk for at barn "as a matter of principle, should never be detained for purposes of immigration control", og at det ikke er i tråd med hensynet til barnets beste å fengsle barn sammen med foreldrene "on the premise of maintaining family unity". Det er i rapporten også vist til at Barnekomiteen har slått fast at "detention cannot be justified solely on the basis of the child being unaccompanied or seperated, or on their migratory or residence status, or lack thereof".

I den grad domstolene har kommet i kontakt med disse sakene, ser det for meg ut til at man stort sett har godtatt at barn varetektsfengsles til dels i lange perioder.

Et unntak er LB-2016-126719, hvor Borgarting lagmannsrett kom til at en småbarnsfamilie på seks personer ikke kunne holdes fengslet på Trandum, fordi det ikke var tilstrekkelig unndragelsesfare, slik loven krever. Lagmannsretten var i denne forbindelse også inne på de menneskerettslige vanskelighetene som er forbundet med fengsling av barnefamilier.

Høyesterett har så langt ikke vært synlig i saker om fengsling av barn etter utlendingsloven. De lagmannsrettskjennelsene som har vært forsøkt anket inn for Høyesterett har blitt forkastet ved ubegrunnede kjennelser fra Høyesteretts ankeutvalg. Etter det jeg forstår er en slik sak nokså nylig klaget inn for EMD.

Jeg er urolig for at domstolene her ikke lever opp til de rettsstatlige krav som Grunnloven og konvensjonene stiller med hensyn til å sikre barns rettigheter. Og jeg forstår dem som mener at det er behov for en mer reell domstolskontroll med vedtak som innebærer at barn holdes fengslet.

Dette kan være nødvendig av hensyn til barnekonvensjonen artikkel 37, som regulerer adgangen til å frihetsberøve barn og som stiller krav om at barn skal ha tilgang til rettslig prøving av frihetsberøvelsen. Også EMK artikkel 5 har anvendelse ved frihetsberøvelse av barn i utlendingssaker.

Jeg minner også om Grunnloven § 94 første ledd første punktum, som ikke tillater frihetsberøvelse med mindre dette er "lovbestemt" og bare når det skjer "på den måte som lovene foreskriver". Etter første ledd andre punktum må frihetsberøvelsen dessuten være "nødvendig" og "forholdsmessig". Paragraf 94 andre ledd slår fast at den frihetsberøvede har rett til å få "frihetsberøvelsen prøvet for domstolene uten grunnnet opphold".

Grunnloven § 94 gjelder for enhver – også barn. I så måte må den ses i sammenheng med § 102, både andre ledd om ”barnets beste”, men også tredje ledd som slår fast at barn ”har rett til vern om sin personlige integritet”.

Lønning-utvalget var oppmerksom på at frihetsberøvelse av barn reiser særlige spørsmål, og var inne på behovet for særskilte regler om dette i Grunnloven (Dok 16 (2011-2012) side 117):

“Barnekonvensjonen tillater kun frihetsberøvelse av barn som siste utvei. Straffeprosessloven § 174 fastsetter i tråd med dette at personer under 18 år ikke bør pågripes hvis det ikke er ‘særlig påkrevd’. Regjeringen har fremmet forslag om at dette vilkåret skjerpes gjennom formuleringen ‘tvingende nødvendig’ [se nå § 183 andre ledd]. Denne begrensningen kunne tenkes tatt inn i Grunnloven. På den annen side vil utvalget foreslå en egen bestemmelse om barns rettigheter i Grunnloven, der vernet om barns personlige integritet foreslås særlig fremhevet. I tillegg vil vilkåret om at frihetsberøvelsen ikke skal utgjøre et uforholdsmessig inngrep, stille krav om at det skal mye til før man berøver barn friheten, fordi frihetsberøvelse må antas å være en større belastning for barn enn for voksne. Dette må også gjenspeiles i den konkrete vurderingen.”

Stortinget sluttet seg til dette uten merknader (Innst. S. 186 (2013-2014) side 23).