

UiO : **Det juridiske fakultet**

Barnekonvensjonens krav til høring av barn i Utlendingsnemnda

Kandidatnummer: 614

Leveringsfrist: 25. november 2015

Antall ord: 17 675



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema for oppgaven.....	1
1.2	Problemstilling	3
1.3	Metode.....	3
2	NÆRMERE OM UENIGHETEN MELLOM DE ULIKE POSISJONENE	4
2.1	Nærmere om Nova-rapporten.....	5
2.1.1	Rettslig grunnlag for rapportens analyse	5
2.1.2	Barn under syv år og mangelfull høring	6
2.1.3	NOVA-rapporten om vekt på informasjonskomponenten	6
2.1.4	NOVA-rapporten om muntlig eller skriftlig høring.....	7
2.1.5	Foreldre som representant.....	8
2.1.6	Vektleggingen av barnets beste.....	9
2.2	Nærmere om UNEs merknader til NOVA-rapporten.....	9
2.2.1	Rettslig grunnlag for UNEs praksis	10
2.2.2	UDI har ansvar for høring av barn	11
2.2.3	UNE om vekt på informasjonskomponenten	12
2.2.4	UNE om muntlig eller skriftlig høring.....	12
2.2.5	Utgangspunkt om foreldre som representant	13
2.3	På hvilke punkter er det særlige forskjeller mellom NOVA-rapportens anbefalinger og UNEs praksis?.....	13
2.4	Annen litteratur som belyser høring av barn	14
2.4.1	Litteratur om barnets rett til å bli hørt.....	14
2.4.2	Særlig om Kirsten Sandbergs uttalelser	17
2.4.3	Karl Harald Søvig om høring av barn	20
2.5	Oppsummering	20
3	EN NÆRMERE TOLKING AV BARNEKONVENSJONEN ARTIKKEL 12 BASERT PÅ FOLKERETTSLEG METODE	21
3.1	Barnekonvensjonens ordlyd	22
3.1.1	Den naturlige språklige forståelsen.....	22
3.1.2	Ordlyden i lys av traktatens kontekst.....	24
3.1.3	Ordlyden i lys av traktatens formål.....	25
3.2	Andre folkerettslige regler.....	26
3.3	Forarbeider	27
3.4	Barnekomitéens avsluttende merknader til statenes rapporter	28

3.5	Barnekomitéens generelle kommentar nr. 12.....	29
4	BARNEKOMITÉENS GENERELLE KOMMENTARER.....	31
4.1	Hvilken vekt <i>har</i> barnekomitéens generelle kommentarer	32
4.1.1	Juridisk litteratur	32
4.1.2	Rettspraksis	33
4.1.3	Vurdering	36
4.2	Hvilken vekt <i>bør</i> de generelle kommentarene ha?	37
4.2.1	Dynamisk tolkning	37
4.2.2	Ekspertorganets tolkning.....	37
4.2.3	Hensynet til likebehandling og forutsigbarhet.....	38
4.2.4	Barnekomitéens generelle kommentarer bør ha betydelig vekt.....	38
5	OPPSUMMERING OG PERSONLIGE OVERVEIELSER.....	39
5.1	Konklusjon	39
5.2	Min forståelse av barnekonvensjonen artikkel 12.....	40
6	AVSLUTNING	43
	LITTERATURLISTE.....	44

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring skrev i 2014, på oppdrag fra Justis- og beredskapsdepartementet, en rapport som kartlegger og evaluerer hvordan barns situasjon blir belyst i Utlendingsnemndas (heretter UNEs) saksbehandling, herunder om hvorvidt og hvordan barn blir hørt. Rapporten (heretter NOVA-rapporten) kommer med en rekke vurderinger og anbefalinger til UNEs praksis vedrørende høring av barn.¹

UNE kommenterte rapporten i en redegjørelse publisert på UNEs nettsider den 16. juni 2014². De mente at avvikene mellom deres praksis og NOVA-rapportens anbefalinger skyldes en ulik forståelse av hvilke krav som ligger i FNs konvensjon om barnets rettigheter (heretter barnekonvensjonen), og særlig dens artikkel 12 som slår fast barns rett til å bli hørt. Bestemmelsen har følgende ordlyd i den norske oversettelsen slik den er inntatt i vedlegg 8 til lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 (mrl.):

1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.
2. For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett.

På engelsk lyder artikkel 12 slik:

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.
2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

FNs konvensjon om barns rettigheter ble vedtatt av FNs generalforsamling i 1989 og er den konvensjonen i verden som har fått størst oppslutning.³ Norge ratifiserte barnekonvensjonen i 1990, og den ble inkorporert med forrang i norsk lov gjennom Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 24. Mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven) i 2003.⁴

Fire av barnekonvensjonens artikler er fremhevet som generelle prinsipper, eller hovedprinsipper. Dette gjelder art. 2 om ikke-diskriminering, art. 3 om barnets beste, art. 6 om retten til

¹ NOVA 1/2014

² UNE (2014a)

³ Redd Barna

⁴ Menneskerettsloven § 2 nr. 4

liv, og art. 12 om barnet rett til å bli hørt. Barnekonvensjonens resterende artikler skal tolkes i lys av disse fire prinsippene.⁵ Et underliggende prinsipp kan sies å være barnets gradvise utvikling, som fremgår av art. 12 første ledd. FNs konvensjoner om sivile og politiske rettigheter (SP), og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) var viktige kilder for barnekonvensjonen, og barnekonvensjonen presiserer mange av de allerede eksisterende rettighetene, men inneholder også rettigheter som bare gjelder for barn.⁶

Barnekonvensjonen artikkel 12 er, som konvensjonsbestemmelser flest vagt utformet, og inneholder få spesifikasjoner. Dette åpner for ulike tolkninger. Spørsmålet om hvordan konvensjonen skal tolkes finnes det få entydige svar på. FNs komité for barnets rettigheter har etter konvensjonens artikkel 43 mandat til å overvåke statenes gjennomføring av sine konvensjonsforpliktelser. Statene som har ratifisert konvensjonen plikter å rapportere til komiteen om sin gjennomføring av konvensjonen hvert femte år. Rapportene behandles av barnekomitéen som består av 18 personer som statene har valgt.⁷ I tillegg til statenes egne rapporter mottar komitéen rapporter og opplysninger fra andre FN-organer og ikke-statlige organisasjoner. Dette bidrar til en høyere kvalitet på informasjonen, og letter komitéens arbeid. Komiteen møter statens delegasjon til dialog, og på bakgrunn av diskusjonene utarbeider komitéen en rapport med komitéens bekymringer og anbefalinger.⁸

I barnekomitéens avsluttende merknader til Norges fjerde periodiske rapport heter det at »Komitéen er betenkt over at barns rett til å bli hørt ikke er fullt ut implementert i praksis eller effektivt praktisert i alle faser av prosesser der man treffer beslutninger eller kommer frem til ordninger for barns liv, særlig i saker om omsorg for barn og i utlendingssaker».⁹

I tillegg til denne overvåkingsfunksjonen, utarbeider komiteen blant annet såkalte generelle kommentarer som til dels inneholder komiteens syn på tolkningen av de ulike artiklene. Mange av kommentarene blir til i samarbeid med andre organisasjoner som for eksempel UNICEF.¹⁰ Generell kommentar nr. 12 om barnets rett til å bli hørt, gir en rettslig analyse av barnekonvensjonen art. 12, og forklarer deretter hva som kreves for å fullt ut realisere rettigheten.¹¹ Det er et spørsmål hvilken rettskildemessig vekt slike kommentarer har.

⁵ Barnekomitéen (2009) avs. 2

⁶ Smith (2012) s. 18-19

⁷ Barnekonvensjonen art. 43 nr. 2 og 44 nr. 1

⁸ Smith (2012) s. 22

⁹ Barnekomitéen (2010) avs. 24

¹⁰ Barnekomitéen (2009) s. 29

¹¹ Barnekomitéen (2009) avs. 6

Det kan virke som at forskerne bak NOVA-rapporten legger større vekt på betydningen av barnekonvensjonens generelle kommentarer enn det UNE (og Utlendingsdirektoratet (UDI)) , gjør og at de blant annet av den grunn går noe lengre i sin oppfatning av hva norske myndigheter rettslig sett er bundet av. Det er mye som kan tyde på at det finnes to hovedlinjer i tolkningene av konvensjonen, der de som kun har barnets beste for øye tolker barnekonvensjonen på en bestemt måte, mens de som også har andre interesser som skal ivaretas, som for eksempel UNE, tolker på en annen.

1.2 Problemstilling

Denne oppgaven handler nettopp om dette. Hvordan kan det ha seg at Barnekonvensjonen blir tolket på så vidt forskjellige måter? Oppgaven tar sikte på å klarlegge hovedposisjonene i de to hovedretningene for tolkingen av konvensjonen på dette området. I den forbindelse dukker spørsmålet opp hvilke rettskilder som er relevant ved tolkingen av konvensjonen – og om det lar seg gjøre å finne en klar oppfatning om hva som er den riktige tolkingen av Barnekonvensjonen artikkel 12 når det gjelder barns rett til å bli hørt på området for UNEs virksomhet.

Utgangspunktet for oppgaven er problemstillingene som drøftes i NOVA-rapporten. Men jeg har vært nødt til å avgrense oppgaven, og kommer derfor ikke til å gå nærmere inn på hvilken vekt barns uttalelser får i sakens avgjørelse. Jeg ser i stedet på spørsmålet om hvordan barn skal høres på for at forpliktelsene etter konvensjonen skal være oppfylt. Jeg konsentrerer meg om retten til å bli hørt på individnivå, og avgrenser således mot barn som gruppe (selv om rettighetene etter artikkel 12 sies også å gjelde på et gruppenivå).¹²

1.3 Metode

Ved å ta for meg NOVA-rapporten og UNEs ulike oppfattelser av hvilke krav som ligger i retten til å bli hørt ønsker jeg å belyse hvordan ulike interesser fører til ulike tolkningsresultater, og se på hvordan disse begrunnes rettslig. Jeg har derfor sett på argumentasjonen i NOVA-rapporten og UNEs dokumenter, og jeg har forholdt meg til juridisk litteratur for å finne ut hvordan andre tolker barnekonvensjonen.

Videre vil jeg prøve å besvare spørsmålet om hva det er som gjør det mulig å tolke konvensjonen ulikt ved å se på konvensjonstolking generelt og tolkning av barnekonvensjonen spesielt. Her vil jeg bruke Wien-konvensjonen om traktattolkning, og folkerettslig kilde- og metodeleære. Deretter vil jeg forsøke å finne ut hva slags rettskilder som gjør seg gjeldene for tolkning av barnekonvensjonen, herunder betydningen av barnekomitéens generelle uttalelser, ved å se på konvensjonens forarbeider og hva som hevdes i juridisk teori. Disse siste delene av

¹² Barnekomitéen (2009) avs. 9

oppgaven er i hovedsak rettsdogmatiske, og jeg forholder meg til kilder som er anerkjent som kilder ved traktattolking.

2 Nærmere om uenigheten mellom de ulike posisjonene

Bakgrunnen for oppgaven var mitt ønske om å finne svar på hvordan barnekonvensjonen art. 12 skal tolkes. Dette er tema som er svært aktuelt og som engasjerer mange, men som virker noe uavklart. Det er bred enighet om at barnekomitéens generelle kommentarer ikke er rettslig bindende. Men hvilken rettskildemessig vekt har de? I juridisk litteratur henvises det ofte til de generelle kommentarene når det gjelder tolkningen av konvensjoner, og man bruker kommentarene til å forklare hvordan man skal implementere rettighetene i praksis. Men det står lite om hvilken vekt disse har. Ofte skrives det at man ”bør legge stor vekt” på de generelle uttalelsene, uten at man går nærmere inn på hva dette innebærer. Vil det ikke være av stor betydning at de generelle kommentarene nettopp er skrevet av et organ opprettet for å tolke konvensjonen, og som sitter med stor kompetanse på området? Bør man ikke da tolke barnekonvensjonens bestemmelser i samsvar med disse for å unngå å bryte sine internasjonale forpliktelser?

Uenigheten mellom forskerne bak NOVA-rapporten og UNE er en god illustrasjon på de spørsmålene som oppstår når barnekonvensjonen skal tolkes.

I sin redegjørelse skriver UNE at forskjellen mellom UNEs praksis og NOVA-rapportens anbefalinger skyldes en ulik forståelse av hvilke krav som ligger i barnekonvensjonen.¹³

For å finne ut av hva den ulike forståelses skyldes, er det nødvendig å se nærmere på innholdet i NOVA-rapporten, hva den finner, og hvilke anbefalinger den kommer med. For å kunne danne et bilde av hvordan forskerne tolker Barnekonvensjonen artikkel 12, vil jeg ta for meg hovedpunktene for kritikk som NOVA-rapporten inneholder. Jeg kommer ikke til å drøfte alle punktene da dette bli for omfattende. Likevel er det viktig å gi en helhetlig fremstilling av hvordan forskerne tolker barnekonvensjonen, slik at man kan skaffe seg et inntrykk av hvordan forskerne anser at barnekonvensjonens art. 12 skal tolkes.

Deretter vil jeg se på UNEs praksis, og hvordan de forholder seg til kritikken og anbefalingene NOVA-rapporten kommer med. Hvilke kilder legger UNE til grunn for tolkningen, og hva er grunnen til at UNE eventuelt ikke legger like stor vekt på barnekomitéens generelle uttalelser som forskerne bak NOVA-rapporten? Eller er det slik at UNE oppfatter generell kommentar nr. 12 på en annen måte enn forskerne?

¹³ UNE (2014b) s. 1

Etter å ha gitt en fremstilling av uenigheten mellom UNE og forskerne bak NOVA-rapporten, og hvordan de rettslig sett begrunner sine standpunkt, vil jeg til slutt se på hvordan andre forfattere tolker barnekonvensjonen art. 12, og se om utgivelsen av generell kommentar nr. 12 har hatt noen betydning for forståelsen av artikkelen.

2.1 Nærmere om Nova-rapporten

Rapporten ”Barn i asylsaker” er en rapport skrevet av Hilde Lidén fra Institutt for samfunnsforskning og Elisabeth Gording Stang fra Institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring. Rapporten er skrevet på oppdrag for Justis- og beredskapsdepartementet, og er en kvalitativ studie av hvordan barns situasjon blir belyst i UNEs saksbehandling, herunder høring av barn. Studiet bygger på intervjuer med saksbehandlere i utlendingsforvaltningen, observasjon av nemndsmøter og gjennomgang av klagesaker for UNE. Rapporten inneholder vurderinger av UNEs praksis i klagesaker og omgjøringssaker, anbefalinger til hvordan praksisen bør gjennomføres, og forslag til justeringer i regelverket for å styrke barns rettsstilling.¹⁴

Først og fremst pekes det på at det gjøres mye godt internt i UNE for å belyse barns situasjon i asylsaker¹⁵, og at det blant annet arbeides med å forbedre den barnefaglige kompetansen.¹⁶ Men studien viser også at slik praksis er i dag, er det fare for at mange barn ikke blir hørt.¹⁷

2.1.1 Rettslig grunnlag for rapportens analyser

Det fremgår altså av barnekonvensjonen art. 12 at alle barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, har rett til fritt å gi uttrykk for disse i alle saker som vedrører barnet. Barnet skal gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett.

NOVA-rapporten legger til grunn at barnekomitéen er den autoriserte kilden man har til forståelsen av barnekonvensjonen, og at det er viktig å legge vekt på komitéens tolkningsuttalelser som ledd i best mulig implementering av konvensjonen. Forskerne argumenterer for at komitéens uttalelser er kilder på samme nivå som norske for- og etterarbeider.¹⁸ De viser blant annet til norsk Høyesterett, som i Rt. 2009 s. 1261 premiss 43, viser til side 26 i Ot. prp. nr. 104 (2008-2009) om endringer i barneloven, der det heter at det bør legges *relativt stor vekt* på barnekomitéens uttalelser.

¹⁴ HiOA

¹⁵ NOVA 1/2014 s. 10

¹⁶ NOVA 1/2014 s. 197

¹⁷ NOVA 1/2014 s. 224

¹⁸ NOVA 1/2014 s. 57

Forskerne viser også til Vigdis Vevstads kommentarutgave til Utlendingsloven,¹⁹ der det heter på side 167 at det ”synes naturlig å tillegge slike tolkninger relativt stor vekt, og etter omstendighetene betydelig vekt” og at ”Prinsippet om selvstendig (autonom) folkerettslig tolkning innebærer uansett at norske domstoler må forholde seg til konvensjonens ordlyd, kontekst og formålsbetraktninger, samt eventuelt forarbeider, slik Høyesterett har lagt til grunn når det gjelder SP og EMK (...).”

2.1.2 Barn under syv år og mangelfull høring

I rapporten kommer forskerne frem til at barn som kommer alene, såkalte enslige mindreårige asylsøkere (under 18 år), alltid får tilbud om asylintervju. Barn som kommer sammen med familien sin får derimot bare tilbud om barnesamtale dersom de er syv år eller eldre når de kommer til Norge. Barn under syv år får ikke dette tilbudet.²⁰ I praksis legger UNE til grunn at det er UDI som har hovedansvaret for å høre barn, og det går ingen automatikk i at barna blir hørt i klageomgangen, selv om de skulle ha fylt syv år i mellomtiden.²¹ Lidén og Gording Stang mener at den informasjonen UDI får gjennom barneintervjuene ikke alltid er tilstrekkelig for klageomgangen,²² slik at også barn som har vært hørt av UDI, i noen tilfeller bør høres på nytt. Det sies videre i rapporten at i tilfeller hvor barnet kommer med viktig informasjon, følges ikke dette alltid opp med tilleggsspørsmål.²³

Forskerne bak NOVA-rapporten skriver at det ikke er et krav etter barnekonvensjonen at barn skal høres på alle stadier av saken, men at barnet skal få uttrykke seg før det blir tatt avgjørelse i saken. Dette innebærer at dersom det blir tatt flere avgjørelser, skal barnet få muligheten til å bli hørt hver gang. Dersom saken tar lang tid, kan det hende at barnet endrer seg og sine oppfatninger, og det kan være aktuelt å høres på ny.²⁴ I denne sammenhengen viser rapporten til Sandberg²⁵ som mener at det er viktig at barnet kan gjøre sitt syn gjeldende når det måtte ønske.

2.1.3 NOVA-rapporten om vekt på informasjonskomponenten

Barnekonvensjonen art. 12 inneholder i følge NOVA-rapporten to hovedkomponenter. Den ene komponenten dreier seg om sakens opplysning og kalles *informasjonskomponenten*. Den

¹⁹ Vevstad (2010) og NOVA 1/2014 s. 58

²⁰ NOVA 1/2014 s. 8

²¹ NOVA 1/2014 s. 198

²² NOVA 1/2014 s. 197

²³ NOVA 1/2014 s. 199

²⁴ NOVA 1/2014 s. 63

²⁵ Sandberg (2012) s. 112

andre knytter seg til det å bli hørt som en *egenverdi*.²⁶ Forskerne finner at når UNE vurderer om hvorvidt barnet skal høres, er det hovedsakelig ut fra hensynet til sakens opplysning, og ikke ut ifra barnets selvstendige rett til å bli hørt.²⁷ De finner at i de sakene det foreligger mye informasjon om barnet fra UDI, velger UNE å ikke innkalle barnet til nemndsmøte med mindre de tror barnet vil komme med informasjon som kan ha betydning for saken.

Også i saker der barnet ikke tidligere har vært intervjuet, innkaller man bare barn man tror har opplysninger som kan ha betydning for saken. I vurderingen av hvorvidt barnet skal høres eller ikke, veier man kostnadene ved å innkalle barnet samt belastningene for barnet opp mot forventningene til den informasjon barnet antas å komme med.

NOVA-forskerne mener at hvorvidt barna har noe nytt eller vesentlig å komme med ikke skal ha betydning for retten til å bli hørt, og at alle barn som ikke tidligere har blitt hørt bør få muligheten til dette.²⁸ Dersom det ikke fremkommer vesentlig opplysninger fra UDI om barnets situasjon, legger UNE ofte til grunn at det ikke foreligger noe spesielt ved barnets situasjon som de trenger å følge opp. Forskerne mener barnesamtalene ofte bærer preg av å være overfladiske, og at UNE derfor har et selvstendig ansvar for å utrede barnets situasjon i disse sakene. UNE bør ikke legge til grunn at UDI har hørt barnets tilstrekkelig.²⁹ Når UNEs hovedfokus ligger på informasjonskomponenten, mener forskerne bak rapporten at dagens praksis ikke samsvarer med det som understrekes i UNEs interne retningslinjer.³⁰ Man skal ikke sette barns uttalerett til side fordi man på forhånd tror man vet hva barnet kommer til å si.³¹

2.1.4 NOVA-rapporten om muntlig eller skriftlig høring

I UNEs saksbehandling er skriftlighet utgangspunktet. Forskerne mener derimot at barnekonvensjonen må tolkes slik at det først og fremst er muntlig høring art. 12 tar sikte på, og at muntlig og direkte høring må være utgangspunktet, også under klagebehandlingen.³²

Barnekonvensjonen art. 12 krever ikke muntlig høring. Likevel hevder forskerne at det er nokså klart at det er muntlig høring art. 12 tar sikte på når bestemmelsen omtales i den generelle kommentaren. Forskerne viser til flere formuleringer i generell kommentar nr. 12 som de mener gir uttrykk for at det først og fremst er muntlig høring barnekonvensjonen har ment,

²⁶ NOVA 1/2014 s. 201

²⁷ NOVA 1/2014 s. 9

²⁸ NOVA 1/2014 s. 11

²⁹ NOVA 1/2014 s. 201

³⁰ UNE (2001) og NOVA 1/2014 s. 202

³¹ NOVA 1/2014 s. 70

³² NOVA 1/2014 s. 60

blant annet at det legges vekt på dialog-prinsippet og at høringen skal innebære en toveis-kommunikasjon.³³ I generell kommentar nr. 12 avs. 21 er det også blitt sagt at:

”En fullstendig gjennomføring av artikkelen forutsetter anerkjennelse av og respekt for ikke-verbale former for kommunikasjon, herunder lek, kroppsspråk, ansiktsuttrykk og tegning og malning som små barn gjerne viser sin forståelse og sine valg eller preferanser gjennom.”

Fordi barnet også formidler sine synspunkter gjennom andre uttrykksformer enn ord, kan ikke skriftlig høring sidestilles eller erstattes med muntlig høring.³⁴ Noen barn uttrykker seg gjennom kroppsspråk, blikk, toneleie eller følelsesuttrykk. Det er ikke noe krav at barn skal kunne uttrykke seg verbalt, og barn som ikke har et verbalt språk må få uttrykke seg på egne premisser.³⁵ Forskerne bak NOVA-rapporten peker også på at det vil være vanskelig for saksbehandleren å sikre at barna blir stilt spørsmålene som har betydning for saken dersom de ikke har muligheten til å spørre barna selv. Dersom man skulle basere seg på skriftlig framstilling fra barnet, ville dette innebære at man legger ansvaret for å innhente informasjon over på barnet. Dette vil kunne føre til at uttaleretten ikke blir fullt ut realisert, ettersom barnet ikke har de nødvendige forutsetningene.³⁶

Dersom en skriftlig omtale eller vurdering av barnet skulle være nok, mener forskerne at retten til å bli hørt som selvstendig rett, i praksis ville falle bort i alle saker der det foreligger uttalelser fra fagpersoner. De mener dette åpenbart ikke er hensikten med art. 12, og tolker det slik at ”direkte” betyr under saksbehandlingen og at ”gjennom representant” forutsetter at representanten faktisk representerer barnets synspunkter.³⁷ Skriftlighet vil kunne være tilfredsstillende der barnet er blitt hørt før, og det gjelder en oppdatering av barnets synspunkter, eller der barnet ikke ønsker en muntlig samtale. Det aktuelle organet har ansvaret for at barnet får informasjon og får uttrykke seg på egne premisser.³⁸

2.1.5 Foreldre som representant

Foreldre til barn under syv år regnes for å representere disse. UNE legger til grunn at barn under syv år er tilstrekkelig hørt gjennom at foreldrene forklarer seg for utlendingsmyndighetene. Men forskerne bak rapporten mener at foreldrene ikke alltid er egnet til å representere sine barn, og at dette derfor ikke bør være praksis. Foreldre og barn kan ha motstridende in-

³³ NOVA 1/2014 s. 60-61

³⁴ NOVA 1/2014 s. 198

³⁵ NOVA 1/2014 s. 60-61

³⁶ NOVA 1/2014 s. 61

³⁷ NOVA 1/2014 s. 62

³⁸ NOVA 1/2014 s. 61

teresser. Barn kan også ha eget asylgrunnlag, og foreldrene kan ha mer enn nok med sin egen situasjon, og derfor ikke evne å se eller formidle barnets situasjon.³⁹ Ofte er det store kulturelle forskjeller når det gjelder barnets plass i samfunnet og fokuset på barnets behov. Foreldrene er flinke til å formidle barnets helse, men kommer ofte til kort når det gjelder andre behov, ønsker eller tanker.⁴⁰

2.1.6 Vektleggingen av barnets beste

Flere av UNEs saksbehandlere peker på at de legger til grunn at det er barnets beste å få opphold i Norge, og at det derfor ikke er nødvendig å høre barnet.⁴¹ I andre saker viser det seg at man velger å ikke høre barnet fordi barna kan komprimere foreldrenes asylsak. Holdningen i disse sakene er at barnesamtale ikke er til det beste for barnet fordi barna kan få skyldfølelser dersom foreldrene får avslag. Intervjuerne vegre seg også for å stille spørsmål knyttet til foreldrenes asylforklaring i frykt for at barna skal si noe som komprimerer foreldrenes sak. Denne forsiktigheten og tilbakeholdenheten kan, ifølge forskerne, utgjøre en begrensning i barnets uttalerett.⁴² De mener barnekonvensjonen art. 3, om barnets beste, ikke må forstås slik at den begrenser retten til å bli hørt. Vurderingen av hva som er til barnets beste er en individuell vurdering der barnets meninger må inngå.⁴³ FNs barnekomité har understreket at retten til å bli hørt ikke må tilsidesettes etter art. 3 om barnets beste. Det skal slik komiteen ser det være et komplementært forhold mellom art. 12 og art. 3. Det ene prinsippet avhenger av det andre, og det å høre barnet er en del av barnets beste-prinsippet.⁴⁴

2.2 Nærmere om UNEs merknader til NOVA-rapporten

I en redegjørelse publisert på UNEs nettsider 16. mai 2014 kommenterer UNE NOVA-rapporten etter ønske fra Justis- og beredskapsdepartementet. UNE skriver i sine merknader at de generelt har en grundig saksbehandling og at de vier stor oppmerksomhet til barnerettslige problemstillinger, noe som også fremheves i rapporten.

I følge UNE fremstår det uklart om den vurderingen forskerne har foretatt av UNEs saksbehandling, er vurdert opp mot det som er rettslige forpliktelser etter dagens regelverk, eller om den er vurdert opp mot det forskerne selv anser som rettslige normer.⁴⁵

UNE skriver blant annet:

³⁹ NOVA 1/2014 s. 9

⁴⁰ NOVA 1/2014 s. 62

⁴¹ NOVA 1/2014 s. 201

⁴² NOVA 1/2014 s. 204

⁴³ NOVA 1/2014 s. 203-204

⁴⁴ Barnekomitéen (2009) avs. 74

⁴⁵ UNE (2014a)

”Der rapportens anbefalinger og UNEs nåværende praksis avviker fra hverandre, mener UNE dette i hovedsak skyldes en noe ulik forståelse av hvilke krav som ligger i barnekonvensjonen. Det tas imidlertid forbehold om at premissene for rapporten da er tolket på riktig måte.”⁴⁶

UNE mener altså at avvikene skyldes en ulik forståelse av hvilken måte barn skal høres på for å oppfylle kravene etter konvensjonens art. 12.

2.2.1 Rettslig grunnlag for UNEs praksis

Utlendingers rett til å uttale seg følger av lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. mai 2008 nr. 35 (heretter utlendingsloven) § 81. Nærmere regler om barns rett til å bli hørt skal etter annet ledd gis i forskrift.

Etter tredje ledd kan det organet som avgjør eller forbereder saken, beslutte at det skal foretas samtaler med barnet uten foreldrenes samtykker, eller uten at foreldrene er tilstede.

Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. oktober 2009 nr. 1286 (heretter utlendingsforskriften) § 17-3 skal sikre at alle barn som er fylt syv år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, får informasjon og gis anledning til å bli hørt. Etter annet ledd kan barnet høres muntlig eller skriftlig, eller gjennom foreldre eller en representant.

Ut over lover og forskrifter har UNE interne retningslinjer (IR) som brukes i saksbehandlingen. De interne retningslinjene skal ”sikre en effektiv og kvalitetsmessig god behandling og avgjørelse av UNEs saker ved å gi sentrale og grunnleggende rutiner for saksbehandlingen.” UNEs fagavdeling forbereder de interne retningslinjene, som deretter må godkjennes av UNEs direktør.⁴⁷ Retningslinjen ”Barn i Utlendingsnemndas saker etter utlendingsloven” fra 2001 (IR-10-13-01) omhandler reglene for høring av barn, og retningslinjene for blant annet behandling av medfølgende barn i saker om beskyttelse, og høring av barn i nemndsmøte. Retningslinjen IR-01⁴⁸ om saksbehandlingen i UNE tar også for seg høring av barn.

UNE skriver på sine nettsider at det ved tolkningen av barnekonvensjonen er den naturlige tolkningen av ordlyden som skal legges til grunn, og viser til Wien-konvensjonen om traktatretten av 1969 (heretter Wien-konvensjonen), som i artiklene 31 til 33 har visse retningslinjer for konvensjonstolkning. Videre skriver UNE at barnekomitéens generelle uttalelser ikke er

⁴⁶ UNE (2014a)

⁴⁷ UNE (2015) s. 1

⁴⁸ UNE (2015)

juridisk bindende, men *kan* være retningsgivende og veiledende for tolkningen.⁴⁹ Deretter vises det til Rt. 2009 s. 1261 (Ashok-dommen, som vi skal komme tilbake til nedenfor), der Høyesterett behandler barnekomitéens vekt og tolkning av dens uttalelser. Dommer Stabel, som var førstvoterende for flertallet i Rt. 2009 side 1261, uttalte i premiss 44 at det avgjørende for barnekomitéens generelle kommentarers vekt må være hvor klart kommentaren anses å gi uttrykk for overvåkningsorganets forståelse av partenes forpliktelser.

I artikkelen ”Barns rettigheter forplikter” fra UNEs Årbok 2005⁵⁰ skriver UNE at barnekomitéens kommentarer til statsrapporteringen er svært generelle, og at de i liten grad gir støtte til tolkningen av individuelle rettigheter i enkeltsaker. De skriver at barnekonvensjonens overvåkning er svakere enn den internasjonale overvåkingen av andre konvensjoner fordi barnekonvensjonen ikke har en individklageordning, men at innholdet likevel er viktig.⁵¹ I samme artikkel viser UNE også til Utlendingslovutvalget, som i sin NOU 2004:20 skriver på side 92 at bestemmelsene i barnekonvensjonen i liten grad angir rettsregler som i praksis gjør det mulig å utlede noen klar rettsfølge av ett gitt faktum.

UNE skriver i sine interne retningslinjer fra 2015 at alle barn har en selvstendig rett til å bli hørt jf. Barnekonvensjonen art. 12.⁵² UNE skal legge vekt på hensynet til barnets beste ved gjennomføringen av barnets rett til å bli hørt. I den samme interne retningslinjen skriver UNE at barnets rett til å bli hørt kan ivaretas på flere måter. For eksempel ved at UNE vurderer at retten til å bli hørt et godt ivaretatt i UDIs behandling av saken, ved at UNE innhenter opplysninger om barnet gjennom omsorgspersoner eller advokat, eller ved at UNE gjennomfører en samtale med barnet.⁵³

2.2.2 UDI har ansvar for høring av barn

I sine merknader til NOVA-rapporten legger UNE til grunn at det i utgangspunktet er UDI som skal ivareta barns rett til å bli hørt.⁵⁴ Effektiv saksbehandling, korrekt fattede vedtak og grundighet er i følge UNE retningsgivende for deres klagesaksbehandling. Deres inntrykk er at UDI ivaretar barns rett til å bli hørt. Men der UNE finner at det foreligger svakheter ved høringen, skal de vurdere om saken skal returneres til UDI for ytterligere saksutredning.⁵⁵

⁴⁹ UNE (2010)

⁵⁰ UNE (2006)

⁵¹ UNE (2006) s. 6

⁵² UNE (2015) s. 7

⁵³ UNE (2015) s. 7

⁵⁴ UNE (2014a)

⁵⁵ UNE (2014b) s. 2

Dersom nemndleder eller annen som skal avgjøre saken finner at saken ikke er tilstrekkelig opplyst, eller barnet bør høres på nytt, skal UNE innhente ytterligere informasjon gjennom barnets advokat.⁵⁶ Etter forvaltningsloven § 17 har UNE plikt til å påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak fattes. Behandles saken i nemndsmøte, må nemndleder avgjøre om det foreligger omstendigheter som gjør at barnet ikke bør høres personlig. Slike momenter kan være alder og modenhet, barnets eller foreldrenes ønsker, sakens opplysning og eventuelt eget asylgrunnlag.⁵⁷

2.2.3 UNE om vekt på informasjonskomponenten

Etter utlendingsforskriften § 17-4 er formålet med samtalen å belyse barnets situasjon og kartlegge om barnet kan ha et selvstendig asylgrunnlag. Forskerne bak NOVA-rapporten mener UNE fokuserer på informasjonskomponenten i barnekonvensjonen art. 12. UNE ser selv at de legger vekt på å opplyse saken når de vurderer å høre barn ytterligere, men mener dette må ses i sammenheng med at de mener rettighetskomponenten (den selvstendige retten) er ivare tatt av UDI. UNE mener det ikke er noen motsetning mellom hensynet til å få saken best mulig opplyst og barnets selvstendige rett til å bli hørt.⁵⁸

2.2.4 UNE om muntlig eller skriftlig høring

Når det gjelder muntlig eller skriftlig høring, forholder UNE seg til utlendingsforskriften § 17-3 og § 17-4 som sier at barn kan høres muntlig, skriftlig eller gjennom representant. Slik UNE forstår barnekonvensjonen art. 12, skal statene legge til rette for at barnet får mulighet til å bli ”hørt”, som må tolkes i sammenheng med ”uttale seg fritt”. UNE mener at retten til å bli ”hørt” ikke nødvendigvis er det samme som muntlig høring.⁵⁹ Selv om hovedregelen i for eksempel barnevernretten er muntlig høring, mener UNE dette ikke har direkte overføringsverdi på utlendingsfeltet. UNE viser også til bestemmelsen i barnekonvensjonen art. 12 nr. 2 om samsvar med nasjonale saksbehandlingsregler, og til Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) om inkorporeringen av barnekonvensjonen i norsk rett, hvor Justisdepartementet på side 59 og 37 uttalte at bestemmelsen ikke måtte medføre at barnet alltid måtte høres direkte.⁶⁰

I sin foreleggelse av NOVA-rapporten skriver UNE at det som ofte omtales som skriftlig ikke nødvendigvis betyr at barnet selv har skrevet ned sin forklaring, men at det kan være tale om at en representant har hørt barnet muntlig, for deretter å skrive barnets synspunkter ned på papiret. Her vil selve høringen være muntlig, men dokumentet er skriftlig.⁶¹ I retningslinjene

⁵⁶ UNE (2001) s. 5

⁵⁷ UNE (2001) s. 11-12

⁵⁸ UNE (2014b)

⁵⁹ UNE (2014b) s. 2

⁶⁰ UNE (2014b) s. 2

⁶¹ UNE (2014b) s. 3

for barn i asylsaker blir det påpekt at barns rett til å bli hørt i utgangspunktet ivaretas gjennom skriftlighet. Muntlig høring er mest aktuelt i nemndsmøte, men kan også forekomme utenom nemndsmøte. UNE skriver at det likevel ikke er særlig praktisk å legge til rette for dette i en større skala.⁶² Dette utgangspunktet blir gjengitt i retningslinjene fra 2015 på side 7⁶³, og det uttales der at:

”Hvorvidt barnet er hørt og hovedinnholdet av relevante opplysninger som er fremkommet om barnet, bør fremgå av vedtaket. Dersom barnet ikke er hørt, bør en kort begrunnelse for dette gis i vedtaket”

2.2.5 Utgangspunkt om foreldre som representant

I retningslinjene for barn i asylsaker står det at barnets partsrettigheter i utgangspunkt blir ivaretatt av foreldrene, men at de også kan ivaretas gjennom representant.⁶⁴

UNE skriver i sin foreleggelse av NOVA-rapporten fra 2014 at de er enige i at det bør innføres klarere rutiner for å etablere egen representant der barn og foreldre har motstridende interesser.⁶⁵ UNE viser i denne sammenhengen til reglene for god advokatskikk⁶⁶, og til barnekomitéens generell kommentar nr. 14 punkt 90.

2.3 På hvilke punkter er det særlige forskjeller mellom NOVA-rapportens anbefalinger og UNEs praksis?

NOVA-rapporten finner at mange barn enten ikke blir hørt, eller ikke høres på en tilfredsstillende måte, noe forskerne mener kan være konvensjonsstridig.⁶⁷ UNE mener dette skyldes en ulik forståelse om hva som skal til for at barnet er hørt på en tilfredsstillende måte.

På disse punktene er det særlige forskjeller mellom NOVA-rapportens anbefalinger og UNEs praksis:

- Hvorvidt barnets rett til å bli hørt kan tilsidesettes av hensyn til ”barnets beste”
- Hva som menes med direkte høring og hvorvidt det er et krav at høringen skal være muntlig
- Hvorvidt ”aldersgrensen” på syv år er forenlig med art. 12
- Hvorvidt det er i strid med konvensjonen at UNE unnlater å høre barn som de anser at ikke vil komme med relevant informasjon for saken (både der barna ikke tidligere har vært hørt, og der barna ikke er hørt tilfredsstillende)

⁶² UNE (2001) s. 6

⁶³ UNE (2015)

⁶⁴ UNE (2001) s. 3

⁶⁵ UNE (2014b)

⁶⁶ Advokatforskriften kap. 12

⁶⁷ NOVA 1/2014 s. 224

Det er tydelig at forskerne og UNE tolker barnekonvensjonen art. 12 ulikt. Men hva skyldes dette? Kan det være fordi konvensjonsteksten er vag, og dermed gir tvetydige svar på hva som ligger i retten til å bli hørt? Eller skyldes uenigheten at man vektlegger rettskildene forskjellig? Dette vil oppgaven forsøke å se nærmere på. Men før vi kommer til dette kan det være spennende å se på hvordan andre forstår innholdet i barnekonvensjonen art. 12.

2.4 Annen litteratur som belyser høring av barn

Det kan være interessant å se på annen litteratur om samme tema for å finne ut om denne kan bidra til å belyse eventuelle tolkingsmønstre på det aktuelle rettsområdet. Denne litteraturen er skrevet både før og etter barnekomitéens generelle kommentar nr. 12 ble utgitt.

2.4.1 Litteratur om barnets rett til å bli hørt

Hilde Lidén har sammen med Hilde Rusten og Monica Five Aarset (heretter forkortet Lidén) skrevet rapporten ”Å høre barn i utlendingssaker”⁶⁸ for Institutt for samfunnsforskning, på oppdrag for Utlendingsdirektoratet (UDI). Rapporten ble publisert i 2008, året før generell kommentar nr. 12 ble utgitt. Hilde Lidén var, som vi allerede vet, også en av forfatterne bak NOVA-rapporten. Studien fra 2008 mente å påvise at praksisen ikke ivaretok barns uttalerett i alle sakstyper.⁶⁹

Rachel Hodgkins og Peter Newell (heretter forkortet Hodgkins og Newell) har skrevet en redigert utgave av FNs ”Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child”⁷⁰ fra 2007. Boken er en guide til implementeringen av barnekonvensjonen og tar utgangspunkt i komitéens tolkning av konvensjonen, som fremkommer i dens rapporter til statene og generelle kommentarer.⁷¹

I ”The child’s right to participation – Reality or Rhetoric?”⁷² skriver Rebecca Stern om statenes oppfyllelse og gjennomføring av barnekonvensjonens art. 12. Stern er forsker og lektor ved Juridiska Institutionen på Universitetet i Uppsala, Sverige. Avhandlingen er skrevet i 2006, og hun har derfor ingen referanser til barnekomitéens generelle uttalelse nr. 12, som ble utgitt i 2009. I mangel av en generell kommentar om retten til å bli hørt, skriver Stern at komitéen, i flere av dens konkluderende observasjoner, kommenterer tolkningen av artikkelen, og at dette kan gi noen veiledning.⁷³

⁶⁸ ISF 2/2008

⁶⁹ ISF 2/2008 s. 223-224

⁷⁰ Hodgkins (2007)

⁷¹ Hodgkins (2007) s. XI

⁷² Stern (2006)

⁷³ Stern (2006) s. 159

Litteraturen om barnets rett til å bli hørt

Lidén skriver at barns rett til å bli hørt i alle saker som berører dem, skal tolkes vidt. Barnet behøver ikke bare ha synspunkter om sakens tema, men har rett til å uttrykke seg om *noe* i forhold til saken eller egen situasjon. At barnet skal kunne uttrykke seg ”fritt” tolker Lidén som at barnet ikke skal presses eller begrenses.⁷⁴ Stern skriver at det som ligger i at barnet ”fritt” skal få gi uttrykk for sine meninger er at barnet ikke skal påvirkes, presses eller legges bånd på av foreldre, myndigheter eller andre. Barnet kan også velge å la være å uttrykke seg. Retten til informasjon er essensiell, ettersom barnet ikke fritt kan uttrykke sine meninger dersom det mangler nødvendig informasjon.⁷⁵ Hodgkins og Newell støtter seg til dette synet, og skriver at det ikke finnes områder, som tradisjonelt sett er undergitt foreldres eller andre voksnes autoritet, der barns stemme ikke har en plass.⁷⁶

Lidén mener barn skal ha en reell mulighet til å uttale seg i alle saker, og viser til implementeringshåndboken⁷⁷, som nevner asyl- og innvandringsprosedyrer eksplisitt, når de tolker ”i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet”.⁷⁸ I håndboken skriver Hodgkins og Newell at ”i alle saker som angår barnet” gjelder *alle* saker som angår barnet, ikke bare rettigheter under konvensjonen. De viser også til diskusjonene under utarbeidelsen av konvensjonen, hvor statene mente at sakene barn skulle kunne uttale seg om, ikke burde listes opp i artikkelen. Forslaget om at retten skulle gjelde i saker som angår barnets egen person, herunder giftemål, yrkesvalg, medisinsk behandling, utdanning og fritid, ble forkastet.⁷⁹

Litteraturen om betydningen av barnets alder

Når det gjelder barnets alder viser Lidén til Elisabeth Gording Stang, som understreker at det å ikke ha en aldersgrense er best i samsvar med barnekonvensjonen. Lidén påpeker imidlertid at det ikke er i strid med konvensjonen, så lenge aldersgrensen ikke medfører at barn under 7 år konsekvent ikke blir hørt.⁸⁰ Stern mener også at det ikke gjelder en nedre aldersgrense ved høring av barn. Barn evner å uttrykke synspunkter fra en veldig tidlig alder, ofte gjennom lek, kunst eller andre former for muntlig uttrykksformer. Stern mener kjernen ligger i nødvendigheten av å respektere at barnet har kapasitet og kompetanse til å ta selvstendige valg, i den

⁷⁴ ISF 2/2008 s. 220

⁷⁵ Stern (2006) s. 161

⁷⁶ Hodgkins (2007) s. 154-155

⁷⁷ Hodgkins (2007)

⁷⁸ ISF 2/2008 s. 220

⁷⁹ Hodgkins (2007) s. 155

⁸⁰ ISF 2/2008 s. 226

grad det er mulig.⁸¹ Lidén og Stern har en meningsfelle i Hodgkins og Newell, som skriver at alder ikke er noe kriterium, og at dersom barnet *ikke* høres skal det være klart at barnet ikke kan forme egne meninger. Rettigheten skal også sikres for barn som kan danne sine egne meninger, men som ikke klarer å gi uttrykk for disse.⁸² Forfatterne er enige i at barnets synspunkter skal tillegges vekt ved avgjørelser, i samsvar med alder og modenhet.⁸³ Manglende ressurser er ikke et legitimt hensyn for å ikke høre små barn.⁸⁴

Om foreldrene som representant for barnet og betydningen av barnets beste

Lidén skriver at dersom høring gjennom foreldre eller representant skal være tilfredsstillende, må barnet ha fått informasjon, og fått muligheten til å uttale seg. Man må også være sikker på at foreldrene formidler barnets syn på en lojal og rimelig objektiv måte. En uttalelse fra foreldrene om hva de tror barna mener tilfredsstiller ikke forpliktelsene etter barnekonvensjonen. Foreldrenes tilstedeværelse kan være problematisk i forhold til å uttale seg fritt.⁸⁵

Lidén mener at oppfatninger om barnets beste ikke kan legges til grunn for at retten til å bli hørt tilsidesettes i forvaltningen. Barnets beste ikke kan vurderes uten at ansvarlige myndigheter har snakket med eller innhentet informasjon fra barnet.⁸⁶

Om muligheten for å bli hørt

Lidén skriver at uttaleretten innebærer at barnet skal få et tilbud om å uttale seg i forhold til det relevante temaet, og i noen saker (som asyl), også få uttale seg om sin egen situasjon. Men at retten ikke nødvendigvis innebærer at høringen skal være muntlig. Videre skriver Lidén at de støtter seg til Justisdepartementets syn i proposisjonen til innarbeidelsen av barnekonvensjonen om at art. 12 ikke skal føre til at forvaltningen alltid må høre barn direkte, men skal tilpasse høringen i forhold til tiltakets art, barnets modenhet og alder.⁸⁷ Her ser det ut til at Lidén, som også har skrevet NOVA-rapporten, har endret syn etter at generell kommentar nr. 12 ble gitt ut. I NOVA-rapporten skriver hun og Gording Stang at høringen i utgangspunktet bør være muntlig, ettersom de anser at det er dette barnekomitéens generell kommentar nr. 12 tar sikte på.⁸⁸ Om hvordan barnet skal høres, skriver Stern at valg av metode bør baseres på bakgrunn av den gitte situasjonen og barnet selv, avhengig av modenhet og hva som vil være

⁸¹ Stern (2006) s. 159-160

⁸² Hodgkins (2007) s. 153-155

⁸³ ISF 2/2008 s. 223 og Hodgkins (2007) s. 155

⁸⁴ ISF 2/2008 s. 231 og Hodgkins (2007) s. 160

⁸⁵ ISF 2/2008 s. 222 og 237

⁸⁶ ISF 2/2008 s. 227

⁸⁷ ISF 2/2008 s. 220-222

⁸⁸ NOVA 1/2014 s. 60

til barnets beste.⁸⁹ Hun problematiserer ikke hva som menes med direkte, eller hvorvidt barnet selv bestemmer hvordan det skal høres.

Hodgkins og Newell viser i denne sammenhengen til komitéens bekymringer og anbefalinger til Finlands tredje rapport, hvor komitéen anbefaler at Finland, for en fullstendig gjennomføring av konvensjonen, sørger for at barnet får uttrykke sin mening direkte til dommeren når juridisk eller administrativ saksbehandling som angår barnet skal gjennomføres.⁹⁰ Selv om sakene i Finland dreide seg om høring av barn i rettslige prosedyrer, som for eksempel barnefordelingssaker eller barnevernssaker, kan betydningen overføres til utlendingsforvaltningens saksbehandling. I dette tilfellet bør barnet høres direkte av den som skal avgjøre en sak som angår barnet, også i utlendingsforvaltningen.

Hodgkins og Newell sier ikke noe nærmere om hva som ligger i ”direkte, eller gjennom representant eller egnet organ” Derimot presiserer de at ”på en måte som samsvarer med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett” ikke betyr at man kan bruke disse som et hinder for utøvelse av retten til å bli hørt.⁹¹

2.4.2 Særlig om Kirsten Sandbergs uttalelser

I boken ”Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge” har Kirsten Sandberg skrevet et kapittel om barnekonvensjonen art. 12 med tittelen ”Barns rett til å bli hørt”. Kirsten Sandberg er professor ved Institutt for offentlig rett ved Universitetet i Oslo. Hun har særlig forsket på barnerett, og ble i 2011 medlem av FNs barnekomité, og satt som leder av denne i perioden 2013 til 2015.⁹²

Sandberg skriver at barnekomitéens generelle uttalelser ikke er rettslig bindende, men at de ”antas å ha betydelig vekt ved tolkningen av konvensjonen fordi de baserer seg på komitéens praksis, er gjennomarbeidet og avgis av det internasjonale organet som er oppnevnt for å overvåke konvensjonen”.⁹³ Sandberg viser i denne sammenhengen til mindretallets votum i Rt. 2009 s. 1261 (Ashok-dommen), som vi skal se nærmere på i kapittel 4.1. Sandberg skriver at det følger av ordene ”retten”, ”anledning” og ”fritt” at art. 12 gir en rett men ikke en plikt. Dersom barnet ønsker å komme med sine synspunkter skal det få lov til dette, men står fritt til å la være.⁹⁴

⁸⁹ Stern (2006) s. 167

⁹⁰ Hodgkins (2007) s. 154 og CRC (2011) avs. 29-30

⁹¹ Hodgkins (2007) s. 158

⁹² UiO

⁹³ Sandberg (2012) s. 91

⁹⁴ Sandberg (2012) s. 98

Om vilkåret for retten til å bli hørt, uttaler Sandberg at barnet bare trenger å ha evnen til å mene noe som har betydning for sammenhengen. Det er ikke et krav at barnet evner å danne seg synspunkter på selve spørsmålet som skal avgjøres. Barnet skal alltid gis muligheten til å uttale seg, da voksne ikke på forhånd kan vite om barnet har synspunkter i saken. Man skal derfor ikke gå ut fra at barnet ikke er i stand til å mene noe.⁹⁵ Sandberg skriver at barnekomitéen fraråder å sette en nedre aldersgrense for høring av barn. Alder skal ikke være en hindring for retten til å bli hørt, og helt små barn kan være i stand til å uttrykke seg. Lek, kroppsspråk, tegning, maling og ansiktsuttrykk må også anerkjennes som uttrykksformer etter art. 12.⁹⁶ Dersom en nedre aldersgrense suppleres med en skjønnsmessig regel for yngre barn, mener Sandberg at det ikke er i strid med barnekonvensjonen. Men en forutsetning må være at det settes i stand tiltak som sikrer at også yngre barn får rett til å uttale seg i samsvar med sin modenhet. På noen rettsområder opererer Norge med en 12 års grense, og Sandberg mener at dette neppe er i samsvar med konvensjonen selv om den skulle suppleres med en skjønnsmessig regel for barn under 12 år. Dette er fordi aldersgrensen kan oppfattes som en grense nedad, og at mange barn som har rett til å bli hørt dermed ikke får muligheten.⁹⁷

Bestemmelsen i art. 12 gjelder i alle typer saker som vedrører barnet. Sandberg skriver at ”vedrører” er ikke et strengt krav, og at det er tilstrekkelig at forholdet har en eller annen virkning for barnet. Det er ikke noen begrensning på hva slags type sak det dreier seg om, jf. ”alle”.⁹⁸ Om retten til å bli hørt kan tilsidesettes fordi man mener det ikke er til barnets beste, skriver Sandberg at poenget med art. 12 er nettopp at det ikke skal være opp til voksne å avgjøre om barn skal få uttale seg.⁹⁹ Hun viser også til generell kommentar nr. 12 som presiserer at det ikke er noe motsetningsforhold mellom art. 12 og art. 3. Artikkel 12 har nær sammenheng med art. 3. Når man skal vurdere hva som er til barnets beste, må barnets eget syn tas i betraktning.¹⁰⁰

Etter generell kommentar nr. 12 avs. 35 er det opp til barnet å bestemme om høringen skal skje direkte, ved en representant eller gjennom egnet organ. Men Sandberg mener at dette neppe kan kreves av statene, og refererer her til Karl Harald Søvigs utredning (som vi skal komme tilbake til nedenfor). Men at barnet antagelig lettere vil kunne uttrykke sin mening ”fritt” dersom han eller hun får velge hvordan det skal gjøres.¹⁰¹

⁹⁵ Sandberg (2012) s. 99

⁹⁶ Sandberg (2012) s. 99-100

⁹⁷ Sandberg (2012) s. 100

⁹⁸ Sandberg (2012) s. 101

⁹⁹ Sandberg (2012) s. 103

¹⁰⁰ Sandberg (2012) s. 93

¹⁰¹ Sandberg (2012) s. 107

Barnekomitéen anbefaler å høre barnet direkte så langt det er mulig.¹⁰² Sandberg skriver at ”direkte” betyr under saksbehandlingen, og at barnet i det minste bør snakke med en som sitter i det organet som skal avgjøre saken. Dersom barnet skal høres gjennom en representant skal staten velge denne.¹⁰³ Representanten må være en som barnet har tillit til, og som kan gi tilpasset informasjon, og ifølge komitéen; ha barnefaglig kompetanse.

På spørsmålet om foreldrene kan være barnets representant viser Sandberg til generell kommentar nr. 12 som understreker i avsnitt 36 at det ofte vil være en interessekonflikt mellom barn og foreldre.¹⁰⁴ Sandberg mener at det bør legges stor vekt på at barnet skal få uttrykke seg ”fritt” etter art. 12. Hun setter spørsmålsteget ved om barnet kan uttrykke seg fritt når foreldrene er til stede. Barnet kan tilpasse sine uttalelser etter hva det tror foreldrene ønsker at det skal si. Spesielt er dette en fare i saker der mye står på spill, som for eksempel utlendingsaker.¹⁰⁵

Etter art. 12 skal høringen skje i samsvar med nasjonale saksbehandlingsregler. Men dersom disse undergraver retten til å bli hørt, vil det stride mot art. 4 om gjennomføring av konvensjonens bestemmelser. Meningen med at høringen skal skje i samsvar med nasjonale saksbehandlingsregler er å understreke behovet for spesifikke regler for saksbehandlingen, slik at barnets rett blir reell.¹⁰⁶ Sandberg mener at høring av barnet bør ses på som en prosess, og ikke bare som en enkeltstående hendelse. Den som skal treffe barnet bør ha en så oppdatert versjon av barnets mening som mulig. Dersom det er lenge siden barnet ble hørt kan det derfor være naturlig å høre barnet igjen. Barnet må ha muligheten til å høres på alle stadier i saken.¹⁰⁷ Dersom barnet skal tas på alvor må barnets mening tas i betraktning når det tas en avgjørelse i saken. Det er ikke nok at man hører på hva barnet har å si, jf. ”skal barnets synspunkt tillegges behørig vekt i samsvar med alder og modenhet.” I en vurdering av hvorvidt barnet skal høres skal ikke alder være avgjørende, men kombineres med en individuell vurdering av barnets modenhet.¹⁰⁸

Avslutningsvis henviser Sandberg til barnekomitéens generelle kommentar nr. 12 der det i avsnitt 35 står at ”en meningsfylt gjennomføring av artikkel 12 nødvendiggjør at man bryter

¹⁰² Barnekomitéen (2009) avs. 35

¹⁰³ Sandberg (2012) s. 107

¹⁰⁴ Sandberg (2012) s. 108

¹⁰⁵ Sandberg (2012) s. 111

¹⁰⁶ Sandberg (2012) s. 110

¹⁰⁷ Sandberg (2012) s. 112

¹⁰⁸ Sandberg (2012) s. 114

ned de lovgivningsmessige, politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle barrierene som hemmer barns mulighet til å bli hørt (...)»¹⁰⁹

2.4.3 Karl Harald Søvig om høring av barn

Karl Harald Søvig, som er professor på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen, skrev i 2009 en utredning på oppdrag for Barne- og likestillingsdepartementet om utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett.¹¹⁰ Professor Søvig foretok ikke noen detaljert tolkning av artikkel 12, men det er likevel av interesse å se på hva han sier om tolkningen av konvensjonen.

Søvig mener at det er mye som tyder på at konsipistene av konvensjonen ikke mente at barnet selv skal velge hvordan det blir hørt, men at dette valget skulle legges til myndighetene.¹¹¹ Han viser deretter til at høringen skal skje i samsvar med de nasjonale regler for saksbehandling, jf. barnekonvensjonen art. 12 annet ledd. Videre mener han at komitéens uttalelse om at høringen skal være dirkete, bare er en anbefaling, og at det må være opp til hver enkelt stat å avgjøre hvordan høringen skal foregå.¹¹²

Karl Harald Søvig mener også at barnets rett til å bli hørt kan settes til side dersom det ikke er til barnets beste å høres, og at dette er lagt til grunn i Europarådets Convention on contact concerning children av 15. mai 2003 art. 6. Terskelen må imidlertid være høy dersom man skal sette uttaleretten til side.¹¹³

2.5 Oppsummering

Det vi ser i dette kapittelet er at mange forfattere tolker barnekonvensjonen artikkel 12 på samme måte. Det er bred enighet om hvordan art. 12 skal forstås, og oppfatningene samsvarer i stor grad med tolkningen som legges til grunn i NOVA-rapporten. Det er for eksempel enighet om at alder ikke er noe kriterium for å bli hørt, og at det å ikke ha en aldersgrense samsvarer best med konvensjonen. En nedre aldersgrense er ikke direkte i strid med konvensjonen, så lenge resultatet ikke blir at barn under syv år konsekvent ikke blir hørt. Voksne må ikke legges til grunn at små barn ikke kan danne seg meninger, da en slik praksis ikke er i samsvar med barnekonvensjonen. Det er også enighet om at barnets beste ikke kan brukes som argument for å tilsidesette høring av barn. Hvorvidt barnet selv bestemmer hvordan det skal bli hørt, eller om høringen skal foregå muntlig, er det ikke like bred enighet om.

¹⁰⁹ Sandberg (2012) s. 118

¹¹⁰ Søvig (2009)

¹¹¹ Søvig (2009) s. 69

¹¹² Søvig (2009) s. 69-70

¹¹³ Søvig (2009) s. 81

Oppfatningene om hvordan art. 12 skal forstås er stort sett de samme før og etter utgivelsen av generell kommentar 12. Men rettskildene det refereres til er selvsagt ikke de samme, og generell kommentar nr. 12 blir brukt som rettskilde etter utgivelsen. Forskerne bak NOVA-rapporten viser gjennomgående til barnekomitéens generelle kommentarer, og spesielt til generell kommentar nr. 12 når de tolker barnets rett til å bli hørt. De legger til grunn at barnekomitéen er den autoriserte kilden til tolkning av barnekonvensjonens bestemmelser.¹¹⁴ UNE skriver på sin side at de generelle kommentarene *kan* være retningsgivende og veiledende for tolkningen, og viser i denne sammenhengen til Rt. 2009 side 1261 der de generelle kommentarenes vekt ved tolkningen av konvensjonen vurderes.¹¹⁵

Det som også fremgår av eksemplene er at kommentaren kan oppfattes ulikt. Søvig legger for eksempel vekt på hva som var konsipistenes intensjon, og mener ikke at det er opp til barnet å bestemme hvordan det skal høres, til tross for at generell kommentar sier noe annet.¹¹⁶ Oppfatningen som fremgår i NOVA-rapporten er den motsatte. Forskerne bak NOVA-rapporten mener også at det er nokså sikkert at det er muntlig høring det tas sikte på når art. 12 tolkes i generell kommentar nr. 12. De viser til en rekke formuleringer og fremhever ordene ”tale sin sak” og ”delta” som eksempler på at det nettopp er muntlig høring det legges opp til.¹¹⁷ En av formuleringene de trekker fram er: ”Erfaringen viser at høringen bør legges opp som en samtale, heller enn en ensidig utspørring.”¹¹⁸ Kirsten Sandberg på sin side er ikke enig i at det kan kreves av statene at det skal være muntlig høring. I sin rapport fra 2008 mente Hilde Lidén at muntlig høring ikke kunne kreves. I NOVA-rapporten fra 2014 gir Lidén og Stang uttrykk for at de mener muntlig høring bør være hovedregelen. Hvis man går ut fra at forskerne i all hovedsak står inne for den tolkningen som kommer til uttrykk i rapportene, ser det ut til at den generelle kommentaren har påvirket Lidéns oppfatning av hvilke krav som ligger i en tilfredsstillende oppfyllelse av barnekonvensjonen.

3 En nærmere tolking av Barnekonvensjonen artikkel 12 basert på folkerettslig metode

Vi har nå sett at det er ulike oppfatninger om hva slags forpliktelser vi har etter barnekonvensjonen. For å forstå hvordan man kan få så ulike oppfatninger om hvilke krav som ligger i barnekonvensjonen art. 12, må vi se på konvensjonen og hvordan den skal tolkes. Det finnes

¹¹⁴ NOVA-rapporten 1/2014 s. 57

¹¹⁵ UNE (2010)

¹¹⁶ Søvig (2009) s. 69

¹¹⁷ NOVA-rapporten 1/2014 s. 60 og 61

¹¹⁸ Barnekomitéen (2009) avs. 43

ulike teorier om tolkningen av internasjonale traktater.¹¹⁹ De anerkjente tolkningsprinsippene finner vi i Wien-konvensjonen om traktatretten, som har særskilte regler om traktatolking i artiklene 31, 32 og 33. Norge er ikke tilsluttet konvensjonen, men mye av innholdet i Wien-konvensjonen anses for å være folkerettslig sedvanerett.¹²⁰ Den internasjonale domstol (ICJ) uttalte i *The case concerning The Gabčíkovo-Nagymaros project (Donau-saken)*¹²¹ i premiss 46 at "(...) some of the rules laid down in that convention might be considered as a codification of existing customary law."

3.1 Barnekonvensjonens ordlyd

Etter hovedbestemmelsen i Wien-konvensjonen art. 31 første punkt, skal traktaten tolkes i god tro i samsvar med ordlyden i traktatens termer i lys av dens gjenstand og formål. At traktaten skal tolkes i god tro har sammenheng med prinsippet om at avtaler skal holdes.¹²² ICJ uttalte i *Donau-saken* at prinsippet om god tro forplikter statene til å tolke traktaten på en fornuftig måte, og slik at dens formål kan realiseres.¹²³ For ordens skyld vil jeg her gjengi barnekonvensjonen art. 12:¹²⁴

1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.
2. For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett.

3.1.1 Den naturlige språklige forståelsen

Denne bestemmelsen skal altså tolkes med utgangspunkt i ordlyden etter alminnelig språkforståelse. Den naturlige forståelsen av "barn som er i stand til å danne sine egne synspunkter" vil være at dersom barnet kan danne egne meninger, skal det høres. Mange forstår det kanskje slik at synspunktene må dreie seg om det aktuelle forholdet som vedrører barnet. Det kan stilles spørsmål ved om dette er den eneste forståelsen av ordlyden rent språklig, og om den ikke også kan forstås slik at dersom barnet er såpass "voksen" at det kan danne seg meninger, så skal man også høre på hva barnet har å si. Setningen må leses i sammenheng med "tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet". Denne ordlyden er nok valgt i den betydning at man ikke behøver å høre helt små barn, og barn som ikke evner å forstå eller mene noe.

¹¹⁹ Ruud (2011) s. 88

¹²⁰ Ruud (2011) s. 70

¹²¹ Hungary v. Slovakia

¹²² Ruud (2011) s. 89

¹²³ Hungary v. Slovakia avs. 142

¹²⁴ Barnekonvensjonen art. 12

”Retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter” gir grunnlag for ulike tolkninger. ”Fritt” kan rent språklig forstås som at barnet skal få si det det mener uten at noen skal legge føringer for hva som blir sagt, at barnet ikke skal presses til å gi uttrykk for en spesiell mening, eller begrense det barnet får lov til å si. Men det kan også forstås slik at barnet fritt skal få velge uttrykksmåte, enten det er muntlig, skriftlig eller gjennom andre former for uttrykksmåter. Når det gjelder uttrykket ”i alle forhold som vedrører barnet”, er det også det å si at det er flere måter å tolke dette på rent språklig. ”Forhold” kan tolkes vidt, men det er nok også meningen ettersom det etterfølger ordet ”alle”. Den naturlige språklige forståelsen er at dersom en sak angår barnet, eller barnet blir berørt på noen måte, skal barnet få si sin mening uansett hva slags forhold det er snakk om.

Den naturlige språklige forståelsen av ”og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet” må være at barnets synspunkter skal få større betydning etterhvert som barnet blir eldre og mer modent. Når barnet forstår mer, skal dets meninger respekteres i større grad. Barnets innflytelse skal øke i takt med barnets utvikling.

”Skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet” må tolkes som at barnet særlig skal få uttrykke sine synspunkter i avgjørelser som kan få stor betydning for barnet. Det skal legges til rette for en høring i slike situasjoner, og barnet skal få muligheten til å uttrykke sine meninger hvis det ønsker det, jf. ”gis anledning til å bli hørt”. ”Enhver” må bety at det som utgangspunkt ikke finnes begrensinger for hva slags type saksbehandling barnet skal høres i.

”Enten direkte, eller gjennom egnet representant eller et egnet organ”: Den naturlige forståelsen av ordlyden må være at barnet kan høres på én av tre ulike måter. Direkte må forstås som ansikt til ansikt, eller av den som skal ta avgjørelsen. ”Gjennom egnet representant eller et egnet organ” kan forstås som at disse kan høre barna og formidle deres synspunkter videre dersom de er egnet. Men hva menes med ”egnet”? Egnet må bety det samme som skikket, og det er naturlig å tolke dette som at representanten må være skikket til å snakke med og formidle barnets synspunkter. I dette kan man også legge at det ikke skal være interessekonflikter for den som skal representere barnet. Da vil man ikke være egnet.

Høringen av barn skal foregå ”på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett”. Dette betyr at høringen skal foregå på en måte som samsvarer med reglene i Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. januar 1967 (forvaltningsloven). Nasjonale saksbehandlingsregler skal derimot ikke kunne begrense rettigheten. At høringen skal foregå på en måte som samsvarer med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett innebærer at man skal følge saksbehandlingsprinsipper som innsynsrett, og retten til et forsvar. Dette kan

bety at barnet bør få en begrunnelse for avgjørelsen, og hvilken vekt barnets synspunkter er tillagt.

3.1.2 Ordlyden i lys av traktatens kontekst

Ordlyden skal tolkes i lys av konteksten, jf. Wien-konvensjonen art. 31 andre punkt. Konteksten defineres som andre deler av traktaten, fortalen og eventuelle vedlegg. La oss først se på andre deler av traktaten som vi kan tolke ordlyden i lys av.

Artikkel 12 er et av fire hovedprinsipper i barnekonvensjonen. Det er derfor naturlig å se hen til de andre grunnprinsippene ved tolkingen av art. 12. Artikkel 3 om barnets beste har nær sammenheng med art. 12. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. Tolker man art. 12 i lys av barnets beste kan man forstå det slik at barnets synspunkter bør inngå i barnets beste-vurderingen. En annen mulighet for tolkning er at barnet bare skal høres dersom dette er til det beste for barnet. Etter artikkel 2 skal rettighetene i konvensjonen sikres og respekteres uten diskriminering. Dette innebærer at retten til å bli hørt må gjennomføres uten diskriminering.

Barnekonvensjonen art. 13 gir barnet rett til ytringsfrihet. Retten omfatter ”frihet til å søke, motta og meddele opplysninger og ideer av ethvert slag uten hensyn til grenser, enten det skjer muntlig, skriftlig eller på trykk, i kunstnerisk form eller gjennom en hvilken som helst uttrykksmåte barnet måtte velge.”¹²⁵ Tolker man art. 12 i lys av art. 13, vil retten til fritt å kunne uttrykke sine synspunkter innebære at barnet selv skal kunne velge hvordan det vil uttrykke seg.

Retten til informasjon etter barnekonvensjonen art. 17 kan også gi veiledning til hvordan art. 12 skal tolkes. Retten til informasjon er viktig dersom barnet skal kunne realisere retten til å gi uttrykk for sine synspunkter i alle saker som angår dem. Tolker man art. 12 i lys av retten til informasjon har barnet krav på å få den informasjonen det trenger for fritt å kunne uttrykke sine synspunkter. Etter barnekonvensjonen art. 5 har barn krav på veiledning og støtte i utøvelsene av de rettigheter barn har under konvensjonen. Støtten og veiledningen skal kompensere for den manglende kunnskap og erfaring barnet har. Plikten vil følge barnets utvikling. Dersom man tolker art. 12 i lys av disse artiklene kan det hevdes – ut fra en kontekstuell tolking av retten til å bli hørt at barnet har krav på informasjon, både om saken, og hvilke rettigheter barnet har, for å kunne gi uttrykk for sine synspunkter.

¹²⁵ Barnekonvensjonen art. 13

Fortalen er veldig generell. Den sier noe om intensjonene og hvilke verdier som skal legges til grunn. Fortalen gir liten veiledning til hvordan art. 12 skal tolkes fordi de samme verdiene er operasjonalisert gjennom blant annet de bestemmelsene som jeg har nevnt over. Men fraser som ”menneskets verdighet og verdi” og barns rett til spesiell omsorg og hjelp, kan gi noe veiledning til hvordan samtalene med barn skal gjennomføres. Ettersom voksne ofte tar beslutninger for barn må barn bli respektert og tatt på alvor. At barn har rett til spesiell omsorg og hjelp kan bety at voksne må hjelpe barna i utøvelsen av retten til å bli hørt, og at denne retten skal gjennomføres med verdighet og på en omsorgsfull måte.

3.1.3 Ordlyden i lys av traktatens formål

Ved tolkning av traktater er det ordlyden som er utgangspunktet. Dersom denne ikke gir noen klar løsning, skal den tolkes i lys av traktatens formål.¹²⁶ Dette følger av Wienkonvensjonen art. 31 (1). Formålet kan si noe om hvorfor traktaten og/eller den konkrete traktatbestemmelsen kom til, og hvilke målsettinger bestemmelsene søker å nå.

Formålet med barnekonvensjonen er å sikre at de gjeldende menneskerettigheter også gjelder for barn, og verne om barns spesielle behov for omsorg og beskyttelse.¹²⁷ For selv om menneskerettighetene gjaldt for alle, ble det rapportert om omfattende urett mot mange barn. Derfor så FN behovet for en omfattende erklæring om barns rettigheter som var bindende folkerett.¹²⁸ I ”Fact Sheet No. 10, The Rights of the Child” utgitt av The World Conference on Human Rights ble det uttalt om art. 12 at ” The underlying idea is that children have the right to be heard and to have their views taken seriously, including any judicial or administrative proceedings affecting them.”

Når man tolker konvensjonen i lys av formålet er det vanlig oppfatning at en også bør legge en dynamisk tolkning til grunn.¹²⁹ Barnekomitéen har uttalt at konvensjonen må ses på som et levende dokument, der tolkningen utvikler seg.¹³⁰ Mange er imidlertid kritiske til bruk av dynamisk tolkning av traktater. I stortingsmeldingen ”Makt og demokrati” ble det for eksempel uttalt at en dynamisk tolkning kan ”føre til at retten utvikler seg i en annen og mer omfattende retning enn det lovgiver har lagt til grunn.”¹³¹ Det har også blitt sett på som problematisk å skulle tolke barnekonvensjonen dynamisk ettersom den ikke har hatt et klageorgan eller en

¹²⁶ Ruud (2011) s. 92

¹²⁷ Smith (2012) s. 24

¹²⁸ Detrick (1999) s. 15

¹²⁹ Ruud (2011) s. 92

¹³⁰ Barnekomitéen (2006) avs. 20

¹³¹ St.mld.nr. 17 (2004-2005) s. 66

domstol som kan gi en autoritativ tolkning.¹³² Nå som barnekomitéen har opprettet en klageordning, vil saken kanskje stille seg annerledes etter hvert som den behandler flere individklager. I hvert fall for de stater som har forpliktet seg til individklageordningen. Uten en dynamisk tolkning vil konvensjonen kunne komme i utakt med samfunnsutviklingen,¹³³ og det kan derfor være et behov for å tolke en menneskerettighetstraktat i lys av nåtidige utfordringer og forhold.

Barnekonvensjonen ønsker å sikre at barn blir respektert og får innflytelse i avgjørelser som vedgår dem. De er individer med samme rettigheter som voksne, med rett til å si sin mening og delta i avgjørelser som vedrører dem. Men ettersom barn ikke er ferdig utviklet, er mer sårbare og avhengige av voksne, er det viktig å sikre at de respekteres og synliggjøres i saker som vil få betydning for deres liv, og som avgjøres av voksne.

3.2 Andre folkerettslige regler

Sammen med konteksten skal det tas i betraktning ”Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”, jf. Wien-konvensjonen art. 31 (3) nr. C.

Her vil FNs konvensjon og sivile og politiske rettigheter (SP) være særlig aktuell fordi mange av statspartene også har ratifisert denne konvensjonen. Mange av rettighetene i barnekonvensjonen finner man igjen i SP og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK). Art. 12 i barnekonvensjonen kan ses i sammenheng med retten til ”a fair trial” etter SP art. 14, og retten til ytringsfrihet etter SP art. 19.

Etter prinsippet om ”fair trial” som er nedfelt i SP art. 14, skal den som er siktet for en straffbar handling sikres informasjon, få tid og anledning til å forberede sitt forsvar, og rådføre seg med en forsvarer som han selv har valgt, og få bistand av tolk dersom han trenger det. Barn hadde ikke disse rettighetene ettersom det var en utbredt oppfatning at barn manglet intellektuell og emosjonell kapasitet.¹³⁴ Etter hvert som disse holdningene endret seg ønsket man å gi barn en stemme, og art. 12 kan ses på som et alternativ til rettigheter assosiert med ”fair trial”.¹³⁵ I retten til en rettfærdig rettergang ligger at man skal få informasjon, og man skal få muligheten til å forsvare seg og tale sin sak før en sak blir avgjort. Dersom noen skal ta avgjørelser som påvirker et menneskets liv, skal han eller hun få si sin mening, og få all informasjon hun eller han trenger for å kunne benytte seg av denne rettigheten. Når en tolker Barnekonvensjonen artikkel 12 i lys av denne rettigheten, kan det hevdes at barnet har krav på in-

¹³² Smith (2012) s. 26

¹³³ Smith (2012) s. 26

¹³⁴ Smyth (2014) s. 97

¹³⁵ Smyth (2014) s. 97-98

formasjon, og skal få muligheten til å rådføre seg med den som representerer barnet. Videre kan det hevdes at barnet alltid skal få muligheten til å uttrykke seg før en sak avgjøres.

Retten til ytringsfrihet følger av SP art. 19. hvor enhver har rett til å ytre seg, søke, motta og meddele informasjon, enten muntlig eller skriftlig eller ved andre uttrykksformer etter eget valg. SP art. 19 må ses i sammenheng med barnekonvensjonen art. 13 om ytringsfrihet. Leser man art. 12 i sammenheng med SP art. 19 kan retten til ”fritt å gi uttrykk” tolkes slik at barnet selv kan ytre seg, og meddele informasjon enten muntlig eller skriftlig eller ved andre uttrykksformer. Barnet kan fritt velge uttrykksform jf. ”etter eget valg”. Ellers gir nok ikke SP art. 19 ytterlig tolkningsveiledning da den stort sett sier det samme som barnekonvensjonen art. 13.

3.3 Forarbeider

Når tolkning etter art. 31 ikke gir noen klar løsning, eller dersom løsningen blir absurd eller urimelig, kan forarbeider og traktatens forhistorie tas i betraktning, jf. Wien-konvensjonens art. 32.¹³⁶ Barnekonvensjonen ble utarbeidet av en åpen arbeidskomité hvis arbeid var basert på konsensus. Det endelige utkastet ble vedtatt av FNs menneskerettskommisjon, og deretter av FNs generalforsamling uten endringer.¹³⁷ Forarbeidene kan fortelle noe om hvilke overveielser som ble gjort i forhold til innholdet i konvensjonsteksten, hva som var årsaken til at teksten ble slik den ble, og hvilken betydning den har. La oss se på noen eksempler som kan fortelle oss noe om tolkningen av barnekonvensjonen art. 12.

I et forslag til art. 12 ble det listet opp hvilke forhold retten til å bli hørt skulle gjelde i. I forslaget het det: ”in matters concerning his own person, and in particular, marriage, choice of occupation, medical treatment, education and recreation.” Dette ble forkastet av arbeidsgruppen da de fleste delegasjonene ikke ønsket at retten til å uttrykke sine meninger skulle være underlagt opplistede begrensninger. Det ble i stedet bestemt at retten skulle gjelde alle forhold som vedrører barnet.¹³⁸

Japan støttet et forslag om at ”i alle saker som angår barnet” skulle bety i alle saker som angår barnets *rettigheter*. Italia foreslo å tillegge ”regarding the rights of the child”. Canada uttrykte bekymring for at barn da ikke ville ha rett til å høres i de mange sakene som ikke faller inn under rettighetene.¹³⁹ Italia fikk ikke gjennomslag for sitt forslag, og ”regarding the rights of the child” ble ikke tatt inn i artikkelen. Dette kaster lys over betydningen av ”alle saker”. Det skal ikke være noen begrensninger i hva slags type sak det er snakk om, så lenge saken angår

¹³⁶ Ruud (2011) s. 94

¹³⁷ Smith (2012) s. 24-25

¹³⁸ Doek (1992) s. 224-225

¹³⁹ Doek (1992) s. 228

barnet. Danmark uttalte at det ikke var nok å si at barnet har rett til å uttrykke sin mening i saker som gjelder dets egen person. Danmarks representant foreslo derfor konseptet om at barnet også skal gis innflytelse i saker som gjelder hans eller hennes egen person, så tidlig som mulig. Dette resulterte i at ”the wishes of the child being given due weight in accordance with his age and maturity.” ble tatt inn i første ledd.¹⁴⁰ Ordet ”ønsker” ble deretter byttet ut med ”synspunkter”.¹⁴¹ Poenget var å få fram *alle* barnets synspunkter, ikke bare barnets ønsker.¹⁴²

3.4 Barnekomitéens avsluttende merknader til statenes rapporter

En annen rettskilde som kan si noe om tolkningen er barnekomitéens rapporter til den enkelte stat. Barnekomitéens overvåkning av statenes gjennomføring av konvensjonen er basert på at statene som har ratifisert konvensjonen har påtatt seg å sende inn rapporter om gjennomføringen av konvensjonen i landet.¹⁴³ Dette følger av barnekonvensjonen art. 44. Rapportene behandles av barnekomitéen. På bakgrunn av statenes egne rapporter og informasjon fra NGO'er og det sivile samfunn, utarbeider komitéen en rapport med dens bekymringer og anbefalinger til den enkelte stat. Anbefalingene kalles gjerne avsluttende merknader.

Anbefalingene er ikke juridisk bindende, og statenes gjennomføringsevne avhenger ofte av politisk vilje, ressurser og/eller kompetanse.¹⁴⁴ Anbefalingene barnekomitéen kommer med kan være et supplement i tolkningen av konvensjonens artikler da de sier noe om hvordan komitéen mener konvensjonen bør gjennomføres. Komitéen tar ikke stilling til konkrete saksforhold, men til den generelle rettsstillingen i den enkelte stat.¹⁴⁵

Det har vært hevdet at de avsluttende merknadene er svært generelle og derfor gir liten støtte til tolkningen i enkeltsaker.¹⁴⁶ Søvig mener at når rettsanvenderen skal løse konkrete tvister, må han eller hun forholde seg til både de generelle kommentarene, og til komitéens anbefalinger. Dette er fordi komitéen i sine anbefalinger ikke foretar noen ”rettsanvendelse eller utpensling på generelt plan av hvordan barnekonvensjonen skal forstås.” Slike utpenslinger finner man i de generelle kommentarene, men de generelle kommentarene dekker ikke alle konvensjonens artikler.¹⁴⁷ Søvig er altså av den oppfatning at hverken de avsluttende merknadene eller uttalelsene alene gir god nok støtte til tolkningen i konkrete tvister, men at barnekomité-

¹⁴⁰ Doek (1992) s. 224-225

¹⁴¹ E/CN.4/1989/48 (1989) s. 42-44

¹⁴² Stern (2006) s. 156

¹⁴³ Smith (2012) s.22

¹⁴⁴ Smith (2012) s. 23

¹⁴⁵ Søvig (2009) s. 39-40

¹⁴⁶ UNE (2006) s. 6

¹⁴⁷ Søvig (2009) s. 39

ens avsluttende merknader generelt er av stor betydning for tolkningen av barnekonvensjonen.¹⁴⁸

I de avsluttende merknadene til Norges fjerde rapport¹⁴⁹ heter det om respekten for barnets synspunkter at:

”Komiteen er glad for at det er gjort endringer i barneloven og barnevernloven som senker aldersgrensen for når barn har rett til å gi uttrykk for sine synspunkter i saker som berører dem, fra 12 til 7 år, og at også yngre barn kan bli hørt. Komiteen er imidlertid betenkt over at barnets rett til å bli hørt ikke er fullt ut implementert i praksis eller effektivt praktisert i alle faser av prosesser der man treffer beslutninger eller kommer fram til ordninger for barns liv, særlig i saker om omsorg for barn og i utlendingsaker.”¹⁵⁰

”Komiteen anbefaler parten å videreføre og styrke arbeidet med å implementere fullt ut artikkel 12 i konvensjonen, og fremme behørig respekt for synspunktene til barn i alle aldre i administrative og rettslige prosesser, herunder i barnefordelingsaker og utlendingsaker, og i samfunnet som helhet.”¹⁵¹

Barnekomitéen viser bekymring over at retten til å bli hørt ikke fullt ut er implementert, eller effektivt praktisert i alle saker der man treffer beslutninger for barns liv, og da særlig i utlendingsaker. Dette kan peke i retning av at høringen av barn i utlendingsforvaltningen ikke har vært god nok. Dette var også oppfatningen som fremgikk av rapporten ”Å høre barn i utlendingsaker” fra 2008.¹⁵²

3.5 Barnekomitéens generelle kommentar nr. 12

Etter Wien-konvensjonen art. 31 (3) b, kan man, sammen med konteksten, ta i betraktning ”any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation.”¹⁵³ Noen er av den oppfatning at barnekomitéens Generelle kommentarer nr. 12 er en slik ”subsequent practice”.¹⁵⁴ Terje Einarsen mener på sin side at generelle kommentarer faller inn under ”sekkebestemmelsen” i Wien-konvensjonens

¹⁴⁸ Søvig (2009) s. 36-40

¹⁴⁹ Barnekomitéen (2010)

¹⁵⁰ Barnekomitéen (2010) avs. 24

¹⁵¹ Barnekomitéen (2010) avs. 25

¹⁵² ISF 2/2008 s. 223-224

¹⁵³ Wienkonvensjonen art. 31

¹⁵⁴ Keller (2012) s. 128

art. 32.¹⁵⁵ Det er usikkert om de generelle kommentarene i det hele tatt faller inn under noen av bestemmelsene i Wien-konvensjonen. Likefullt er generell kommentar nr. 12 i praksis en viktig kilde i tolkningen av barnekonvensjonen art. 12. Senere i oppgaven skal jeg forsøke å svare på hvilken rettskildemessig vekt de generelle kommentarene har eller bør ha. Men la oss først se på hva generell kommentar nr. 12 sier om tolkningen. Generell kommentar nr. 12 er utgitt på flere språk, blant annet fransk og engelsk¹⁵⁶, og er oversatt til norsk.

Formuleringen ”i stand til å danne seg egne synspunkter” skal i følge kommentaren ikke være noen begrensning, men skal ses på som en forpliktelse statene har til å vurdere barnets evne til å danne egne synspunkter. Partene kan ikke bare anta at barnet ikke kan danne sine egne synspunkter. Komitéen fraråder partene til å sette aldersgrense, og understreker at parten skal gå ut ifra at barnet har evnen til å danne egne synspunkter.¹⁵⁷

Når det gjelder ”retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter”, forklarer komiteen i generell kommentar nr. 12 i avs. 22 at fritt betyr at barnet skal kunne gi uttrykk for sine synspunkter uten press, og at barnet selv velger om han eller hun vil benytte seg av retten til å bli hørt. Barnet skal ikke manipuleres eller utsettes for press eller utilbørlig påvirkning.

En forutsetning for at denne retten blir realisert er at barnet får nødvendig informasjon om beslutningene som skal tas, og konsekvensene av disse.¹⁵⁸

Kommentaren legger også til grunn at ”alle forhold som vedrører barnet” skal tolkes vidt.¹⁵⁹

Kommentaren sier videre i avs. 28 at ”og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med alder og modenhet” referer til barnets kapasitet. Barnets synspunkter skal tas alvorlig. Å bare lytte til barnet, er ikke tilstrekkelig. Formuleringen gjør det klart at alder ikke er avgjørende for hvilken betydning man skal tillegge et barns synspunkter. Modenhet referer til en persons evne til å forstå og vurdere hvilke implikasjoner en sak har. Barnets modenhet må derfor tas i betraktning når barnets individuelle kapasitet skal vurderes. Barnets synspunkter må vurderes i hvert enkelt tilfelle.¹⁶⁰

Når det gjelder uttrykket ”anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet”, understreker komitéen at retten til å bli hørt gjelder alle relevante rettslige prosesser som angår barnet, herunder saker som gjelder barn som søker asyl.¹⁶¹ Hø-

¹⁵⁵ Einarsen (2013) s. 316

¹⁵⁶ CRC (2009)

¹⁵⁷ Barnekomitéen (2009) avs. 20-21

¹⁵⁸ Barnekomitéen (2009) avs. 25

¹⁵⁹ Barnekomitéen (2009) avs. 26

¹⁶⁰ Barnekomitéen (2009) avs. 29-30

¹⁶¹ Barnekomitéen (2009) avs. 32

ringsprosessen må være tilgjengelig og barnevennlig, og det bør vies oppmerksomhet til utarbeiding og utdeling av barnevennlig informasjon.¹⁶²

Til uttrykket ”enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ”, anbefaler kommentaren at barnet høres direkte i enhver saksbehandling der dette er mulig.¹⁶³

Foreldre kan representere barnet, men man skal være oppmerksom på at det kan foreligge en interessekonflikt mellom barn og foreldre. Representanten må ha forståelse for, og kunnskap om beslutningsprosessen, og erfaring med barn.¹⁶⁴ Representanten må være bevisst på at han/hun utelukkende representerer barnets interesser, og ikke for eksempel interessene til foreldrene.¹⁶⁵

”På en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett” skal i følge kommentaren ikke tolkes slik at man tillater bruk av nasjonale sakbehandlingsregler som begrenser eller forhindrer utøvelsen av rettigheten. Partene blir oppfordret til å rette seg etter regler som sikrer rettferdig saksbehandling.¹⁶⁶

4 Barnekomitéens generelle kommentarer

Vi har nå sett på hvordan barnekonvensjonen art. 12 oppfattes når den tolkes etter prinsippene i Wien-konvensjonen. Når man tolker art. 12 i god tro, og i samsvar med ordlyden i lys av dens kontekst og formål, får man en god forståelse av innholdet i artikkelen. Men når man anvender art. 12 i praksis kan det oppstå tvil om gjennomføringen av rettigheten. Som for eksempel om barnet selv kan velge hvordan det skal høres, eller om høringen først og fremst er ment å være dirkete eller muntlig. Når konvensjonsteksten er så vag har man behov for ytterligere rettskilder som kan si noe om hvordan artikkelen skal forstås. Generell kommentar nr. 12 utgjør derfor et viktig tolkningssupplement i mangel av andre folkerettslige kilder.

Barnekomitéens generelle kommentarer er som kjent ikke bindende for medlemsstatene. Men i mangel av andre rettskilder blir det nærmest uunngåelig å ikke bruke de generelle kommentarene ved tolkningen. UNE skriver i en artikkel om barns menneskerettigheter at barnekomitéens generelle kommentarer *kan* være retningsgivende og veiledende for tolkningen.¹⁶⁷ Forskerne fra NOVA-rapporten legger derimot til grunn at barnekomitéen er den *autoriserte*

¹⁶² Barnekomitéen (2009) avs. 34

¹⁶³ Barnekomitéen (2009) avs. 35

¹⁶⁴ Barnekomitéen (2009) avs. 36

¹⁶⁵ Barnekomitéen (2009) avs. 37

¹⁶⁶ Barnekomitéen (2009) avs. 38

¹⁶⁷ UNE (2010)

kilden man har til forståelsen av barnekonvensjonen, og at det er viktig å legge vekt på komitéens tolkningsuttalelser som ledd i best mulig implementering av konvensjonen.¹⁶⁸ For å finne svar på hvordan barnekonvensjonen art. 12 skal tolkes, blir det viktig å avklare hvilken rettskildemessig vekt barnekomitéens generelle kommentarer har. Først vil jeg derfor se på hva juridisk litteratur og dompraksis sier om generelle kommentarers betydning og vekt, og deretter vil jeg diskutere hvilken vekt de generelle kommentarene bør ha.

4.1 Hvilken vekt har barnekomitéens generelle kommentarer

Da det var diskusjon om inkorporering av menneskerettighetskonvensjoner i norsk rett på slutten av 1990-tallet, ble det i Ot.prp.nr.3 (1998-1999) uttalt om tolkningen av slike traktater at det er naturlig å legge vekt på håndhevingsorganenes rettskildebruk, også når man skal tolke konvensjonene i Norge.¹⁶⁹ Uttalelsen gjaldt imidlertid ikke Barnekonvensjonen og barnekomitéens uttalelser spesifikt. Konvensjonen ble da heller ikke gjort til norsk lov i og med vedtakelsen av menneskerettsloven i 1999. Det var først i 2003 at barnekonvensjonen ble inkorporert i loven på linje med de tre tidligere inkorporerte konvensjonene – EMK, SP og ØSK.

Barnekomitéens generelle kommentarer er utgitt etter 2005, og betydningen av disse er således ikke drøftet i forarbeidene. I Ot.prp.nr.45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettighetsloven mv. blir det heller ikke sagt noe konkret om betydningen av barnekomitéens praksis. Når kvinnediskrimineringskonvensjonen skulle inkorporeres i norsk lov ble det i Ot.prp.nr.93 (2008-2009) på s. 32 uttalt at de generelle kommentarene som kvinnediskrimineringskomitéen kommer med, og som gir uttrykk for komitéens syn på hvordan konvensjonsartiklene skal tolkes, trolig må tillegges stor vekt i en folkerettslig sammenheng.

I NOU 2008:15 Barn og straff heter det på s. 100 at ”Ettersom norske domstoler må tolke de inkorporerte konvensjonsbestemmelsene med utgangspunkt i folkerettslig juridisk metode, er det utvalgets vurdering at barnekomitéens generelle kommentarer må ha betydelig vekt også i Norsk rett.” Utvalget sier også at kommentarene har betydelig vekt i den folkerettslige tolkningen av konvensjonen, men at vekten kan variere ut i fra hvor klart utformet kommentarene er.¹⁷⁰

4.1.1 Juridisk litteratur

Søvig skriver i sin utredning¹⁷¹ at Barnekomitéens generelle kommentarer har fått stor oppslutning i juridisk litteratur, og at han ikke ser noen grunn til å argumentere annerledes. Men

¹⁶⁸ NOVA 1/2014 s. 57

¹⁶⁹ Ot.prp.nr.3 (1998-1999) s. 66

¹⁷⁰ NOU 2008:15 s. 100

¹⁷¹ Søvig (2009)

Søvig peker også på nødvendigheten av å foreta en konkret vurdering av relevansen. Jo mer utfyllende argumentasjonen er, og jo mer spesifikt den tar opp tematikken som skal prøves, desto større vil kommentarens gjennomslagskraft være.¹⁷²

Sandberg mener at barnekomitéens generelle uttalelser¹⁷³ antas å ha betydelig vekt ved tolkningen av konvensjonen fordi de baserer seg på komitéens praksis, er gjennomarbeidet og avgis av det internasjonale organet som er oppnevnt for å overvåke konvensjonen¹⁷³.

Terje Einarsen skriver at dersom barnekomitéens rettsoppfatning er tilstrekkelig klar, begrunnet og forankret i konvensjonens ordlyd, formål og språklig kontekst, vil den ha stor vekt dersom et spørsmål bli behandlet i ICJ (The International Court of Justice). Han skriver også at Høyesterett har tatt stilling til vekten av komitéens uttalelser i en rekke saker, og at Høyesterett generelt finner det riktig å legge stor vekt på tolkningsuttalelser.¹⁷⁴

En interessant oppfatning finner man i ”UN Human Rights Treaty Bodies”.¹⁷⁵ Her skriver Helen Keller og Leena Grover at god tro-tolkning etter Wien konvensjonen art. 31 nr. 1 innebærer som et minimum at statene er pliktet til behørig å vurdere innholdet i de generelle kommentarene, ettersom de er produktet av organer etablert av stater for å tolke traktaten, så vel som å overvåke og fremme etterlevelsen av den.¹⁷⁶ Keller og Grover mener altså at statene har en plikt til å vurdere innholdet i de generelle kommentarene dersom traktaten skal tolkes i god tro. Dette kommer av at de generelle kommentarene er et produkt av et ekspertorgan, etablert av statene i den hensikt å overvåke og tolke traktaten. Dersom Keller og Grover har rett i at statene plikter å vurdere innholdet i kommentarene, kan dette peke i retning av at den rettskildemessige vekten av de generelle kommentarene er stor.

4.1.2 Rettspraksis

Det finnes lite rettspraksis om hvilken vekt Barnekomiteens generelle kommentarer skal ha.¹⁷⁷ Men en dom det ofte refereres til, er Ashok-dommen¹⁷⁸ som omhandlet en enslig mindreårig asylsøkers avslag på søknad om opphold på humanitært grunnlag, og betydningen av barnekonvensjonen art. 3. Et av spørsmålene i saken var hvilken rettskildevikt generell kommentar nr. 6 fra 2005 om behandlingen av enslige barn og enslige barn med følgepersoner utenfor

¹⁷² Søvig (2009) s. 37

¹⁷³ Sandberg (2012) s. 91

¹⁷⁴ Einarsen (2013) s. 316

¹⁷⁵ Keller (2012)

¹⁷⁶ Keller (2012) s. 129

¹⁷⁷ Den 9.-12. november 2015 behandlet Høyesterett i plenum (HR 2015/203) en sak som dreide seg om gyldigheten av UNEs vedtak om å returnere en afghansk familie til Kabul. Dom er ikke avsagt ennå, men det er ventet at Høyesterett vil uttale seg om betydningen av barnekomitéens generelle kommentarer.

¹⁷⁸ Rt. 2009 s. 1261

deres opprinnelige hjemland, skulle ha. Flertallet viste til departementets uttalelser i Ot.prp.nr.104 (2008-2009)¹⁷⁹ som sier at:

”De generelle kommentarene som FNs barnekomité utgir er verdifulle retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av konvensjonen. FNs barnekomité er det ekspertorgan som tolker barnekonvensjonen. Det bør derfor legges stor vekt på disse uttalelsene ved tolkning og anvendelse av konvensjonens bestemmelser i praksis.”¹⁸⁰

Flertallet i Rt. 2009 s. 1261 uttalte videre i avsnitt 44 at det ikke kan legges mer i dette enn at det at ”det formelle grunnlaget for at uttalelsen er avgitt, har en viss betydning for den vekt den skal tillegges.” Deretter konkluderes det med at det avgjørende likevel vil være hvor klart den generelle kommentaren må anses å gi uttrykk for overvåkningsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonen. Flertallet mener det også er viktig å vurdere om uttalelsen er ment å forstås som tolkningsuttalelse, eller som en tilrådning om optimal praksis. Og deretter vurdere om uttalelsene passer på det aktuelle faktum og rettsområde.¹⁸¹

Høyesterett mener altså at de generelle kommentarenes vekt avgjøres av hvor klart de gir uttrykk for barnekomitéens forståelse av partenes forpliktelser. Det er en uttalelse som kanskje gir oss flere spørsmål enn svar. Hvor klart en generell kommentar gir uttrykk for komiteens forståelse av partenes forpliktelser, kan variere fra kommentar til kommentar. Selve oppfattelsen av hvor klart kommentaren gir uttrykk for barnekomitéens forståelse av partenes forpliktelser, kan også variere, og hvem avgjør hvor klart eller uklart en kommentar gir uttrykk for overvåkningsorganets oppfattelse av partenes forpliktelser?

Mindretallet i Rt 2009 s. 1261 deler ikke flertallets syn på vekten til barnekomitéens generelle kommentarer. Dommer Bårdsen skriver at ettersom konvensjonsartiklene er nokså vage, er det behov for å sikre felles standarder, og bidra til at rettighetene rent praktisk lar seg gjennomføre. Etter dommer Bårdsens syn uttrykker de generelle uttalelsene ”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.”¹⁸² Videre skriver dommer Bårdsen at man fra norsk side ikke har reservert seg mot den tolkningen som kommer til uttrykk i barnekomitéens generelle uttalelser. Ved inkorporeringen av barnekonvensjonen som norsk lov mener dommer Bårdsen at det er på det rene at man ikke bare tok sikte på selve konvensjonsteksten, men på konvensjonen som sådan, slik den fra et folkerettslig ståsted må

¹⁷⁹ Ot.prp.nr.104 s. 26

¹⁸⁰ Rt. 2009 s. 1261 avs. 43

¹⁸¹ Rt. 2009 s. 1261 avs. 44

¹⁸² Rt. 2009 s. 1261 avs. 89

fortolkes. ”Etablert folkerettslig tolkningspraksis følger da med” hevder dommer Bårdsen,¹⁸³ og viser til justiskomiteéns merknader til menneskerettsloven i Innst.O.Nr.51 (1998-1999).¹⁸⁴ I innstillingens kapittel 8 fremhever komitéen at det er et overordnet mål at norsk rettspraksis i ”størst moglege grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldane internasjonale rettspraksis”. Dommer Bårdsen finner det ikke tvilsomt at dette også gjelder tolkningsuttalelser fra for eksempel barnekomitéen.¹⁸⁵ Til sist viser han til Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 26 der det heter at det bør legges *relativt stor vekt* på uttalelsene ved tolkning og anvendelse av bestemmelsene i praksis.

Et viktig poeng mindretallet her kommer med er at ettersom konvensjonsartiklene er vage, er det behov for å sikre felles standarder og bidra til at rettighetene lar seg gjennomføre i praksis. Behovet for å sikre felles standarder kan tale for at komitéens generelle kommentarer bør ha stor vekt. Mindretallet mener også at etablert folkerettslig tolkningspraksis følger med når man inkorporerer barnekonvensjonen slik norske myndigheter har gjort.

Det er interessant at høyesterettsdommerne i Ashok-dommen har ulikt syn på de generelle kommentarenes rettskildemessige vekt. Flertallet og mindretallet legger også ulik vekt på uttalelsene i Ot.prp.nr.104 (2008-2009) om at det bør legges *relativt stor vekt* på barnekomitéens generelle kommentarer. Flertallet mente at man ikke kunne legge mer i dette enn at det formelle grunnlaget for at uttalelsen er avgitt, har en viss betydning for den vekt den skal tillegges. Det fremgår nokså tydelig at mindretallet ikke deler dette synet. De ulike oppfatningene blant høyesterettsdommerne er en god illustratør for de ulike rettsoppfatningene på området. Flertallets uttalelser om de generelle kommentarenes vekt i Ashok-dommen er senere stadfestet i Rt. 2012 s. 1985 – se avsnitt 136. Saken dreide seg om seg om gyldigheten av UNEs avslag på søknad om asyl og opphold i Norge for en iransk familie med barn, som hadde bodd i Norge i lang tid.

I Rt. 2015 s. 93 (Maria-saken) uttalte en enstemmig Høyesterett i dommens avsnitt 64 at barnekomitéen i generell kommentar nr. 14 har

”redegjort for regelens bakgrunn og funksjon, og foretatt en konsoliderende gjennomgang av en rekke tolkningsspørsmål. Det Barnekomitéen gir uttrykk for her, utgjør etter mitt syn et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av art. 3 nr. 1 – og dermed også ved tolkningen av Grunnloven § 104 andre ledd.”

¹⁸³ Rt. 2009 s. 1261 avs. 90 og 91

¹⁸⁴ Innst.O.Nr.51 (1998-1999)

¹⁸⁵ Rt. 2009 s. 1261 avs. 92

Saken dreide seg om gyldigheten av UNEs vedtak om utvisning av barnets mor. Høyesterett viste ikke direkte til Ashok-dommen i denne saken, men legger til grunn i avsnitt 64 at generell kommentar nr. 14 er et *naturlig utgangspunkt* ved tolkningen av art. 3 ettersom barnekomitéen har foretatt en *konsoliderende gjennomgang* av flere tolkningsspørsmål. At generell kommentar nr. 14 er et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av art. 3 sier ikke så mye om hvilken vekt den har. Men det virker som et viktig poeng at det har vært foretatt en konsoliderende gjennomgang av tolkningsspørsmålene.

I en sak for International Court of Justice (ICJ), Diallo-saken,¹⁸⁶ ble det uttalt at domstolen ikke på noen måte er forpliktet til å tolke FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter på samme måte som FNs menneskerettighetskomité, men at man måtte tillegge tolkningen fra et organ opprettet for å overvåke gjennomføringen av konvensjonen, ”great weight”.¹⁸⁷ Domstolen uttalte også at formålet med kommentarene måtte være å oppnå nødvendig klarhet og ”the essential consistency of international law, as well as legal security, to which both the individuals with guaranteed rights and the States obliged to comply with treaty obligations are entitled.”¹⁸⁸ Geir Ulfstein skriver i en artikkel i Lov og Rett¹⁸⁹ at Diallo-saken ikke nødvendigvis gir veiledning om hvilken vekt avgjørelser fra andre konvensjonsorganer enn menneskerettighetskomitéen (MRK) bør tillegges. Begrunnelsen ICJ gav for å legge vekt på MRKs avgjørelser, nemlig at organene er opprettet for å overvåke konvensjonsforpliktelsene, og at vektlegging fremmer ”clarity”, ”legal security” og ”consistency”, rekker derimot like langt i forhold til andre konvensjonsorganer.

4.1.3 Vurdering

Det kan virke som om det er en felles oppfatning i Norge at vekten av de generelle kommentarene avhenger av hvor klart utformet teksten er. Dersom den er tilstrekkelig klart utformet og forankret i ordlyden, *bør den tillegges relativt stor vekt*. Retorikken er ofte den samme, men hva innebærer det egentlig at man ”bør legge relativt stor vekt” på de generelle kommentarene? ”Bør” bruker man dersom noe er anbefalt. Og når noe er anbefalt står man vel også fritt til å la være å følge anbefalingene?

I praksis betyr dette at UNE eller andre som tolker konvensjonen kan velge å se bort fra generell kommentar nr. 12 ettersom de ikke er rettslig bundet av den. Dersom UNE alltid hører barnet gjennom representant vil denne praksisen likefult være i samsvar med våre forpliktelser etter barnekonvensjonen, til tross for at generell kommentar nr. 12 anbefaler at høringen

¹⁸⁶ Guinea v. Congo (2010)

¹⁸⁷ Guinea v. Congo (2010) avs. 66

¹⁸⁸ Guinea v. Congo (2010) avs. 66

¹⁸⁹ Ulfstein (2012) s. 555

foregår direkte så langt det er mulig. ”Bør tillegges relativt stor vekt” er derfor en litt uheldig formulering.

Det finnes begrenset med rettspraksis og få andre rettskilder som sier noe om betydninger av kommentarene. Høyesterett har som vi har sett uttalt at man bør legge relativt stor vekt på kommentarene dersom de er tilstrekkelig klart utformede og forankret i ordlyden, men det er usikkert hva som egentlig ligger i dette. At de generelle kommentarene vektlegges som rettskilde, både av høyesterett og i juridisk litteratur, er det ingen tvil om. Hvilken vekt de generelle kommentarene *faktisk har* er derimot usikkert.

4.2 Hvilken vekt bør de generelle kommentarene ha?

Oppfatningene om de generelle kommentarene er svært varierende og strekker seg fra å portrettere dem som autoritative tolkninger av konvensjonsteksten, til å omtale dem som rådgivende uttalelser som skal tas seriøst, men som ikke har større betydning enn som så, til usystematiske, lite velbegrunnede uttalelser som ikke bør ha spesielt stor vekt.¹⁹⁰ Når det er usikkert hvilken vekt de generelle kommentarene faktisk har, blir det naturlig å spørre seg hvilken vekt de bør ha.

4.2.1 Dynamisk tolkning

Mange vil argumentere for at statene ikke har forpliktet seg til annet enn ordlyden og at komitéens tolkning går ut over det man har samtykket til, og innebærer en uberettiget begrensning av statenes suverenitet og demokratiske kontroll.¹⁹¹ Norske myndigheter har i denne sammenheng vist bekymring for om Stortingets handlingsfrihet blir begrenset, idet en dynamisk tolkning kan føre til at retten utvikler seg i en annen retning enn den lovgiver har lagt til grunn.¹⁹² Norske myndigheter har ikke gitt uttrykk for at de er uenige med innholdet i de generelle kommentarene, men tvert imot gitt uttrykk for at de er viktige rettskilder som bør tillegges vekt.¹⁹³ Dynamisk tolkning kan være en viktig funksjon for å fremme formålet med konvensjonen,¹⁹⁴ og sørge for at innholdet er i takt med samfunnsutviklingen.

4.2.2 Ekspertorganets tolkning

Barnekomitéen er barnekonvensjonens eget ekspertorgan og består av 18 medlemmer som er valgt av medlemsstatene, og har høy kompetanse på feltet.¹⁹⁵

¹⁹⁰ Alston (2001) s. 764

¹⁹¹ Keller (2012a) s. 422

¹⁹² St.mld.nr. 17 (2004-2005) s. 64-67

¹⁹³ Ot.prp.nr.3 (1998-1999) s. 66 og NOU 2008:15

¹⁹⁴ Ruud (2001) s. 92

¹⁹⁵ UNHR Committee on the rights of the child

Når dette ekspertorganet uttaler seg om hvordan artiklene i konvensjonen skal forstås og gjennomføres, bør deres synspunkter, etter min mening, tillegges stor vekt. Både fordi komitéen har høy kompetanse på området, og fordi det faktisk er medlemsstatene som velger hvem som skal sitte i komitéen og utarbeide tolkningsuttalelsene. Statene har således innflytelse over hvem skal sitte i komitéen og utarbeide tolkningsuttalelsene.

I innledningen til barnekomitéens generelle kommentar nr. 12 heter det i avs. 6 at kommentaren først vil presentere en juridisk analyse av de to avsnittene i art. 12, og deretter forklare hva som kreves for en full realisering av denne rettigheten, herunder særlig i rettslige og administrative prosesser. Kommentarene beskriver altså hva som kreves for en full realisering, og foretar en juridisk analyse. Kommentarene kan altså ses på både som en tolkningsuttalelse og som en tilrådning om optimal praksis, jf. Rt. 2009 s. 1261 (Ashok-dommen) avs. 44. Jeg kan også stille meg bak dommer Bårdens argument om at man ikke bare tok sikte på selve konvensjonsteksten da man inkorporerte barnekonvensjonen, men på konvensjonen som sådan, slik den fra et folkerettslig ståsted må fortolkes. Og at dette også må innebære ”etablert folkerettslig tolkningspraksis”.¹⁹⁶

4.2.3 Hensynet til likebehandling og forutsigbarhet

Fordi kommentarene ikke er bindende overholder Norge sine internasjonale forpliktelser til tross for at høringen av barn i UNE ikke foregår på en måte som alltid samsvarer med innholdet i generell kommentar nr. 12. Når kommentarene ikke er bindende fører dette til at konvensjonen blir tolket forskjellig, uten at det kan sies å være konvensjonsstridig. Tolkningen vil kunne variere fra land til land, men også innad i samme land. Både mellom ulike rettsområder og mellom ulike grupper av barn, noe som vil føre til at rettbildet blir uforutsigbart. Dersom det var enighet rundt hvilken vekt de generelle kommentarene har, ville dette kunne føre til større forutsigbarhet og ensartet gjennomføring i praksis, noe som selvsagt kan være ønskelig.

4.2.4 Barnekomitéens generelle kommentarer bør ha betydelig vekt

Det er mye som taler for at man bør tillegge barnekomitéens generelle kommentarer stor vekt ved tolkningen av barnekonvensjonen og art. 12. Få holdepunkter i en vag konvensjonstekst, og mangel på tilfredsstillende rettskilder, herunder lite systematiserte forarbeider, gjør det nesten uunngåelig å ikke legge vekt på de generelle kommentarene ved tolkningen av barnekonvensjonen. Det kan argumenteres for at generell kommentar nr. 12 er klart utformet og godt forankret i ordlyden, slik at kriteriene Høyesterett stiller for å tillegge kommentaren stor vekt er tilstede. Hensynet til likebehandling og forutsigbarhet, samt komitéens kompetanse er

¹⁹⁶ Rt. 2009 s. 1261 avs. 90 og 91

også momenter som taler for at barnekomitéens generelle kommentarer *bør* ha betydelig vekt i norsk rettspraksis.

5 Oppsummering og personlige overveielser

Oppgaven har forsøkt å belyse de ulike forståelsene av hva som ligger i retten til å bli hørt, og svare på hvordan det kan ha seg at UNE og forskerne bak NOVA-rapporten tolker barnekonvensjonen art. 12 på forskjellige måter. For å finne svar på hvordan barnekonvensjonen 12 skal forstås har det vært nødvendig å se på relevante rettskilder ved tolkning av konvensjonen, og drøfte betydningen av barnekomitéens generelle kommentarer. I dette kapitlet vil jeg samle trådene og forsøke å besvare de spørsmålene oppgaven reiser.

Da det ikke finnes noe entydig svar på hvordan art. 12 skal forstås, ønsker jeg deretter å fremlegge min forståelse av hva som ligger i retten til å bli hørt, jf. barnekonvensjonen art. 12, og hvordan UNE bør høre barn i sin saksbehandling.

5.1 Konklusjon

Så hvordan kan det ha seg at UNE og forskerne bak NOVA-rapporten har en ulik forståelse av hva som ligger i retten til å bli hørt, jf. barnekonvensjonen art. 12? Som vi har sett er det flere grunner til dette. For det første er konvensjonsteksten vag og gir få holdepunkter når artikkelen skal gjennomføres i praksis. Det er derfor behov for supplerende tolkningskilder når man skal tolke og anvende regelen. For det andre finnes det få rettskilder og svært lite rettspraksis som sier noe om hvordan barnekonvensjonen art. 12 skal forstås.

Det er for det tredje uenighet rundt den rettskildemessige vekten til generell kommentar nr. 12. Ulike oppfatninger av selve innholdet i generell kommentar nr. 12 utgjør enda en kompliserende faktor.

En vag konvensjonstekst kombinert med lite rettspraksis, få rettskilder, og uenighet rundt betydningen av eksisterende rettskilder, åpner for å tolke barnekonvensjonen art. 12 ulikt, slik vi ser i forskjellen mellom UNEs praksis og NOVA-rapportens anbefalinger. Hvorfor UNE ikke tolker retten til å bli hørt på samme måte som forskerne bak NOVA-rapporten kan kanskje skyldes ulik vektlegging av de generelle kommentarene eller at ulike interesser fører til ulike tolkninger. Det kan tenkes at de som bare har barnets interesser for øyet, tolker annerledes enn de som også skal ta hensyn til interesser som økonomi, praktisk gjennomførbarhet og effektivitet. Det er derfor ønskelig å få en avklaring på hvilken vekt barnekomitéens generelle kommentarer skal ha i norsk rett. Det er mye som taler for at barnekomitéens generelle kommentarer i større grad bør anerkjennes som viktige rettskilder. Keller og Grover argumenterer for at det må være partenes plikt å vurdere innholdet av kommentarene dersom man skal tolke kon-

vensjonen i god tro, jf. Wien-konvensjonen art. 31.¹⁹⁷ Som voktere av barnekonvensjonens gjennomføring er barnekomitéen det organ som kanskje i aller størst grad har kompetanse til å si noe om hvordan konvensjonen skal tolkes. Dersom kommentarene utgjør en autoritativ fortolkning av en rettslig bindende traktat må det kunne kreves at statene vurderer dem seriøst. Innvendingene om at vi ikke skal forplikte oss til noe som går ut over ordlyden må stilles opp mot behovet for internasjonale rettskilder som kan gjøre gjennomføringen ensartet og sørge for at alle barn har den samme retten til å bli hørt. Retten til å bli hørt skal gjennomføres uten diskriminering, jf. barnekonvensjonen art. 2. Dette krever at retningslinjene for høring av barn må være like på tvers av ulike rettsområder. Det må være et overordnet mål at retten til å bli hørt ikke bare er et tomt skall, men at den har innhold, og at dette innholdet gjelder for alle barn, inkludert barn som søker asyl eller opphold på humanitært grunnlag.

5.2 Min forståelse av barnekonvensjonen artikkel 12

Formålet med art. 12 kan sies å være å gi barn en stemme, og endre bildet av barn som passive objekter i voksnes avgjørelser. Gjennom barnekonvensjonen art. 12 er statene pliktet til å sikre at barn blir tatt på alvor og respektert som selvstendige individer.

Under arbeidet med barnekonvensjonen ble arbeidsgruppen enige om at det ikke skulle oppstilles en liste over hvilke saker retten til å bli hørt skulle gjelde i. Forslaget om at retten skulle gjelde barnets rettigheter fikk heller ikke gjennomslag. Canada fikk i stedet gjennomslag for sitt forslag om å tilføye ordet ”freely”.¹⁹⁸ Barnet skal få uttrykke seg i *alle* forhold som vedrører det, og delta i beslutninger som vil påvirke deres liv. Derfor skal barnet særlig sikres retten til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet. Rettslig og administrativ saksbehandling er fremhevet fordi det er viktig at barnet får muligheten til å gi uttrykk for sine meninger når voksne skal fatte vedtak som får betydning for barnets liv. Barnet må gis anledning til å høres i *hver* saksbehandling. Dersom en sak behandles på nytt, skal barnet få si sin mening på nytt.

At barnet skal få uttrykke seg ”fritt” betyr slik jeg oppfatter det både uten føringer, press eller begrensninger. Ordet ”freely” ble valgt med den hensikt at det nettopp ikke skal være *noen* begrensninger på retten til å uttrykke sine meninger. Ordet ”fritt” er et vidt begrep, og det kan også tolkes slik at barnet selv skal kunne velge måten det vil uttrykke seg på. Barnekomitéen legger denne tolkningen til grunn i generell kommentar nr. 12.¹⁹⁹ Dersom barnet faktisk skal få uttrykke seg fritt, er det viktig at barnet har tillitt til den som skal høre han eller henne. At barnet selv får velge om det vil høres gjennom foreldrene eller annen representant, er løsningen som best sikrer retten til å uttale seg ”fritt”.

¹⁹⁷ Keller (2012) s. 129

¹⁹⁸ Doek (1992) s. 224-228

¹⁹⁹ Barnekomitéen (2009) avs. 35

Generell kommentar nr. 12 anbefaler at barnet høres direkte i enhver saksbehandling der det lar seg gjøre.²⁰⁰ Slik jeg forstår ”direkte” skal barnet høres under saksbehandlingen av den eller de som fatter vedtak. Dette betyr at saksbehandleren i UDI eller UNE, så langt det lar seg gjøre, bør høre barnet direkte før det fattes vedtak. Direkte høring vil være det optimale for en best mulig gjennomføring av retten etter art. 12, men kan ikke kreves av statene, jf. ”enten direkte, eller gjennom en representant eller et egnet organ”.

Dersom barnet ikke kan (eller vil) høres direkte av den som skal avgjøre saken, må det organet som eventuelt hører barnet, være egnet. Organet må evne å høre barnet på en måte som gjør at barnet får uttrykke seg ”fritt”, evne å stille de rette spørsmålene, og formidle barnets synspunkter slik de fremgår. Dette innebærer også at den eller de som hører barnet kan forstå og tolke andre uttrykksformer enn muntlighet og skriftlighet. Kort oppsummert kan man si at de som hører barnet skal ha barnefaglig kompetanse. Egnet innebærer også at det ikke må være noen interessekonflikt for den eller det som skal representere barnet. Dette må også gjelde dersom det er en advokat som representerer både foreldre og barn. Det samme gjelder dersom foreldrene skal representere barnet. Det må være et krav at den som representerer barnet samtaler med barnet og gir barnet en reell mulighet til å uttrykke sine meninger. At barnet anses hørt gjennom familiens advokat er ikke tilfredsstillende med mindre advokaten faktisk har snakket med barnet, eller foreldrene videreformidler barnets synspunkter til advokaten.

Hvorvidt høringen skal være muntlig eller skriftlig har UNE et poeng i at skriftlighet ikke nødvendigvis betyr at barnet selv har skrevet ned sin forklaring.²⁰¹ Foreldrene eller annen representant kan ha hørt barnet muntlig, for deretter å skrive barnets synspunkter ned. Dette må etter min oppfatning være tilfredsstillende i de tilfeller der UNE ikke har anledning til å høre barnet direkte. Men det må være et krav at den eller de som representerer barnet snakker med barnet, med mindre barnet selv ønsker å skrive ned sine synspunkter.

Etter barnekonvensjonen art. 12 skal barn som er i stand til å danne seg sine egne synspunkter få muligheten til dette. Barnets alder er ikke avgjørende for retten til å bli hørt, og barnets innflytelse over eget liv skal øke i takt med barnets utvikling, jf. ”i samsvar med dets alder og modenhet”. Dersom barnet forstår mye, bør dets mening tillegges stor vekt.

Etter utlendingsforskriften § 17-3 skal man ”sikre at alle barn som er fylt syv år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, får informasjon og gis anledning til å bli hørt”.²⁰² Regelen er ment å sikre at alle over syv år blir hørt, men i følge NOVA-rapporten fungerer regelen slik at barn under syv år ikke blir hørt. Dette er ikke i samsvar med konven-

²⁰⁰ Barnekomitéen (2009) avs. 35

²⁰¹ UNE (2014b) s. 3

²⁰² Utlendingsforskriften § 17-3

sjonen. Utlendingsforvaltningen må sørge for at alle barn som kan danne seg egne synspunkter, uavhengig av alder, får muligheten til å uttrykke disse.

Slik praksis er i dag får ikke alle barn i UNEs saksbehandling mulighet til å uttrykke sine meninger, til tross for at de ikke tidligere har blitt hørt, eller høringen ikke har vært tilstrekkelig. NOVA-rapporten viser at når UNE skal avgjøre hvorvidt barnet skal høres, beror denne avgjørelsen ofte på om barnet antas å komme med informasjon som har betydning for saken. Dette samsvarer dårlig med artikkel 12. Det er ikke et krav etter artikkelen at barnets ytringer skal ha betydning for vedtaket. Slik jeg tolker art. 12, har UNE et selvstendig ansvar for å sikre at barnet har fått mulighet til å uttrykke seg. En omgjørings sak er saksbehandling, og barnet skal sikres retten til å bli hørt, også i disse sakene. I klagesaker mener jeg UNE har plikt til å sørge for å høre barn som ikke tidligere har blitt hørt, og en tilsvarende plikt til å høre barn på nytt dersom høringen i UDI ikke var tilfredsstillende, uavhengig av om man anser at barnet vil komme med ny informasjon eller informasjon av betydning for saken. At høringen skal være ”i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett” betyr etter min oppfatning at barnet ikke skal være dårligere stilt under saksbehandlingen enn voksne. Den som hører eller representerer barnet skal gi barnet informasjon og innsyn i saken, samt få en forklaring på hvorfor avgjørelsen ble slik den ble, jf. reglene i forvaltningsloven. Regelen må ikke brukes for å begrense rettigheten.

Retten til å bli hørt kan ikke settes til sides med grunnlag i barnekonvensjonen art. 3 om barnets beste. Retten til å bli hørt er på lik linje med prinsippet om barnets beste, ett av grunnprinsippene i barnekonvensjonen.²⁰³ Etter generell kommentar nr. 12 komplimenterer art. 12 og art. 3 hverandre, og barnets synspunkter vil være et viktig moment i en vurdering av barnets beste. Dette synet kom også til uttrykk i barnekomitéens forarbeider (travaux préparatoires).²⁰⁴ UNE kan ikke la være å høre barn av frykt for at det kan være vanskelig for barnet, eller fordi det antas at barnets beste vil være å få opphold i Norge. Retten er en selvstendig rett, og innebærer ingen plikt, Det er opp til barnet om det ønsker å uttale seg. Den som samtaler med barnet må sørge for at både foreldre og barn er klare over at barnesamtalen ikke skal dreie seg om å dobbeltsjekke foreldrenes opplysninger og de må unngå å stille spørsmål som vil sette barnet i en vanskelig situasjon. Retten til å bli hørt kan heller ikke settes til side fordi UNEs saksbehandlere legger til grunn at barnets beste er å bli boende i Norge. UNE må ikke frata barnet retten til å uttrykke sine synspunkter, men bør i stedet satse på mer barnefaglighet.

²⁰³ Barnekomitéen (2009) avs. 2

²⁰⁴ Doek (1992) s. 227

6 Avslutning

Til tross for at barnets rett til å bli hørt er et av fire hovedprinsipper i barnekonvensjonen, knytter det seg usikkerhet til hvordan denne retten skal forstås og gjennomføres i praksis.

Da jeg begynte å skrive denne oppgaven hadde jeg en målsetting om at jeg skulle finne klare svar på hvordan barnekonvensjonen art. 12 skulle tolkes. Det var tydelig at det fantes ulike oppfatninger om gjennomføringen av artikkelen i utlendingsforvaltningen, og at denne uenigheten skyldtes en ulik forståelse av hvilke forpliktelser man hadde etter barnekonvensjonen.

Tolkning av art. 12 etter Wien-konvensjonens prinsipper gir et godt bilde av hvordan artikkelen skal forstås, men gir ikke svar på alle spørsmålene som oppstår ved Utlendingsnemndas gjennomføring av retten. Det er derfor behov for flere rettskilder som kan si noe om hvordan art. 12 skal forstås. I mangel av slike rettskilder blir barnekomitéens generell kommentar nr. 12 viktig. Men da de generelle kommentarene ikke er juridisk bindende for partene blir spørsmålet ofte hvilken rettskildemessig vekt de har. Meningene er mange, og behovet for et mer nyansert rettskildebilde gjør seg gjeldende.

På spørsmålet om hvordan barnekonvensjonen art. 12 skal forstås er svaret at det ikke finnes klare svar. Dette er et problem. Ikke bare for de som skal gjennomføre retten, men også for de barna som har en rett til å bli hørt. Når rettskildebildet er uavklart og det er usikkert hvordan art. 12 skal forstås, betyr dette at praksisen ikke er konsis. Den ulike forståelsen av retten til å bli hørt fører også til at det er mange barn som ikke får muligheten til å uttrykke sine meninger. Som dommer Bårdsen uttrykker, er det behov for å sikre felles standarder.²⁰⁵ Mer rettspraksis, flere rettskilder, samt en avklaring av de generelle kommentarenes vekt vil kunne bidra til dette. Hvis vi ønsker å ta barn på alvor må vi søke å gjennomføre retten til å bli hørt på en måte som gjør at barn ikke forblir passive objekter i voksne menneskers avgjørelser. Bestemmelsen må tolkes slik at vi realiserer formålet om å gi barn en stemme.

²⁰⁵ Rt. 2009 s. 1261 avs. 89

Litteraturliste

Bøker og artikler

Alston, Philip, "The historical origins of the concept of 'general comments' in human rights law" I: *The International Legal system in quest of equity and universality*, Laurence Boisson De Chazournes og Vera Gowlland-Debbas (red) (2001) s. 763-776

Detrick, Sharon, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (1999)

Doek Jaap, Nigel Cantwel og Sharon Detrick, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A guide to the travaux Préparatoires* (1992)

Einarsen, Terje, "Plenumsdommene om domstolsprøving: kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn?" I: *Jussens venner* vol. 48 (2013) s. 287-319

Hodgkin, Rachel og Peter Newell (red.), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3. utgave (2007)

Keller, Helen og Geir Ulfstein, "Conclusions" I: *UN Human Rights Treaty Bodies, Law and Legitimacy* (2012a) s. 414-425

Keller, Helen og Leena Grover, "General Comments of the Human Rights Committee and their legitimacy" I: *UN Human Rights Treaty Bodies, Law and Legitimacy* (2012) s.116-198

Stern, Rebecca, *The child's right to participation –Reality or Rhetoric?* (2006)

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkeretten*, 4. utgave (2011)

Sandberg, Kirsten, "Barns rett til å bli hørt", I: *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave (2012) s. 90-118

Smith, Lucy, "FNs konvensjon om barns rettigheter", I: *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave (2012) s.17-30

Smyth, Ciara, *European asylum law and the rights of the child* (2014)

Ulfstein, Geir, ”Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer” *Lov og rett*, Vol. 51 (2012) s. 552-570

Vevstad, Vigdis (red.) *Utlendingsloven - Kommentartutgave* (2010)

Norske lover og forskrifter

1967	Lov av 10. Februar 1967 (Forvaltningsloven)
1981	Lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (Barne- lova)
1992	Lov av 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (Barnevernloven)
1996	Forskrift til domstolloven Kapittel 11 av 20. desember 1996 nr. 1161 (Advokatforskriften)
1999	Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneske- rettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettighetslo- ven)
2008	Lov av 15. Mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket (Utlendingsloven)
2009	Forskrift av 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsfor- skriften)

Traktater og konvensjoner

ICJ	Statuttene for den internasjonale domstol, New York, 26. juni 1954
ØSK	Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosi- ale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966
SP	Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966
Wienkonvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969

Barnekonvensjonen FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989

CETS No. 192 Convention on contact concerning children av 15. mai 2003

Forarbeider

Ot.prp.nr.3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Ot. Prp. Nr. 45 (2002-2003) Om lov om endringer i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

Ot. Prp. Nr. 104 (2008-2009) Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)

Ot. Prp. Nr. 93 (2008-2009) Om lov om endringer i menneskerettighetsloven mv. (inkorporering av kvinnediskrimineringskonvensjonen)

NOU 2004:20 *Ny utlendingslov*

NOU 2008:15 *Barn og straff*

St. meld. nr. 17 (2004-2005) Makt og demokrati

Dommer

Rt. 2009 s. 1261 Ashok-dommen

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2015 s. 93 Maria-saken

Internasjonale dommer

Hungary v. Slovakia International Court of Justice, The Hague, 25. september 1997

Denmark v Norway

International Court of Justice, The Hague 14. juni 1993

Guinea v. Congo

International Court of Justice, The Hague 30. november 2010

Rapporter og utredninger

Institutt for samfunnsforskning (ISF), *Å høre barn i utlendingssaker*. Nr. 2 (2008) (<http://www.samfunnsforskning.no/Publikasjoner/Rapporter/2008/2008-002>)

Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring (NOVA). *Barn i asylsaker - Evaluering og kartlegging av hvordan barns situasjon blir belyst i utlendingsnemndas saksbehandling, herunder høring av barn*. Nr. 1 (2014)

(http://evaluering.nb.no/eval-utlevering/innhold/URN:NBN:no-nb_overfordokument_5636_Eval_0/pdf)

Søvig, Karl Harald, *Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett, en utredning på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet* (2009)

(https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/utredning_sovig_end_versj.pdf)

FN-dokumenter og rapporter

FN Komitéen for barns rettigheter (Barnekomitéen), *Avsluttende merknader: Norge* (2010) (<https://www.regjeringen.no/contentassets/070c9c0cc01e42fcba35be64ee06b535/bk4-eksaminasjonen---avsluttende-merknader-8-4-10.pdf>)

FN Komitéen for barns rettigheter (Barnekomitéen), *Generell kommentar nr. 8* (2006)

(<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/generell-kommentar-8.pdf>)

FN Komitéen for barns rettigheter (Barnekomitéen), *Generell Kommentar nr. 12 om barnets rett til å bli hørt* (Generell Kommentar nr. 12) (2009)

(<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/generell-kommentar-12.pdf>)

FN Komitéen for barns rettigheter (Barnekomitéen), *Generell kommentar nr. 14 om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn* (2013)

https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/crc_c_gc_14_eng_nor.pdf

The World Conference on Human Rights, *Fact sheet nr. 10 (Rev.1), The Rights Of The Child*, (1993)

<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet10rev.1en.pdf>

United Nations, Committee on the Rights of the Child (CRC), *Concluding observations: Finland* (2011)

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsuVBUBTyZJAKnGyr-gcWDKEH%2bu8GFxGSSKssAAvPSbc66BumUpB0SmUY2wzSJQ9MURv0ZjUtU0OLjUCqiYUc1j7TRAkf5UBxdtYBqzutpvFpF>

United Nations, Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment nr. 12* (2009)

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2f5F0vHKTUsoHNPBW0noZpSp5d6MSKiT09ePYFY4cH5tmyyvg%2fzVvi%2bJDuaCgf7NB%2bqHeFDlerQVMa5D11979EtHr%2bnA>

United Nations, Economic and social counsel, Report of the Working Group on a draft convention on the rights of the child (E/CN.4/1989/48) (2. Mars 1989)

http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/1989/48

Dokumenter fra Utlendingsnemnda

Utlendingsnemnda (UNE), *Barns menneskerettigheter* (2010)

<http://www.une.no/Menneskerettigheter/Menneskerettighet1/> [sitert 25. september 2015]

Utlendingsnemnda (UNE) ”Barns rettigheter forplikter” I: Årbok 2005 (2006) s. 6-9

http://www.une.no/upload/PDF%20dokumenter/Aarbok2005/UNE_aarbok_05.pdf

Utlendingsnemnda (UNE), *Foreleggelse FoU-rapporten Barn i asylsaker* (2014b)

<http://www.une.no/Global/Foreleggelse%20FoU-rapporten%20Barn%20i%20asylsaker.pdf>

Utlendingsnemnda (UNE), *Høring av barn i asylsaker* (2014a)

<http://www.une.no/no/Aktuelt/Redegjorelser/Horing-av-barn-i-asylsaker/>

[sitert 14.september 2015]

Utlendingsnemnda (UNE), *Interne retningslinjer, Barn i utlendingsnemndas saker etter utlendingsloven* (2001)

(http://www.une.no/Documents/IR/IR_10_13_01%20Barn%20i%20UNEs%20saker.pdf)

Utlendingsnemnda (UNE), *Intern retningslinje, Saksbehandlingen i UNE* (2015)
(<http://www.une.no/Global/Styringsdokumenter%20-%20faglige/IR-01.pdf>)

Nettsider

Høgskolen i Oslo og Akershus (HiOA), *Barn i asylsaker* (<http://www.hioa.no/Om-HiOA/Senter-for-velferds-og-arbeidslivsforskning/NOVA/Publikasjoner/Rapporter/2014/Barn-i-asylsaker>)
[sitert 15. september 2015]

Redd Barna, *Barnekonvensjonen*
(<http://www.reddbarna.no/vaart-arbeid/barns-rettigheter/barnekonvensjonen>)
[sitert 10. september 2015]

Regjeringen, *Høring av utredning om valgfri protokoll til FNs barnekonvensjonen om en klage-
mekanisme* (2013)
(<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/hoering-barnekonvensjon/id731420/>)
[Sitert 8. november 2015]

United Nations Human Rights (UNHR), *Committee on the Rights of the Child*
(<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>) [sitert 2. november 2015]

United Nations Human Rights (UNHR), *Committee on the Rights of the Child, Membership*
(<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/Membership.aspx>)
[Sitert 2. november 2015]

United Nations Human Rights (UNHR), *Jurisprudence*
(<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/TableJurisprudence.aspx>)
[Sitert 8. november 2015]

United Nations Human Rights (UNHR), *Treaty Bodies Countries: Norway*
(http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=NOR&Lang=EN) [Sitert 8. november 2015]

Universitetet i Oslo (UiO), *Institutt for Offentlig rett, Kirsten Sandberg*
(<http://www.jus.uio.no/ior/personer/vit/kirstens/>) [sitert 4. november 2015]