

UiO • **Det juridiske fakultet**

Den rettslige betydningen av praksis fra FNs barnekomité

Generelle kommentarer og uttalelser i individklagesaker

Kandidatnummer: 613

Leveringsfrist: 25.4.2014

Antall ord: 16 599



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Rettskildebildet	2
1.3	Avgrensninger.....	2
1.4	Videre framstilling	3
2	FORHOLDET MELLOM FOLKERETT OG NORSK RETT	4
2.1	Dualisme	4
2.2	Barnekonvensjonens stilling i norsk rett.....	4
3	FOLKERETTSLIG METODE	6
3.1	Konvensjonstolkning	6
3.1.1	Konvensjonsteksten som kilde	6
3.1.2	Praksis fra konvensjonsorganer	7
3.2	Folkerettslig metode i norske domstoler.....	10
4	BARNEKOMITEEN – FORMÅL, SAMMENSETNING OG ARBEIDSOPPGAVER	13
4.1	Innledning	13
4.2	Formål og rettslig grunnlag for opprettelsen av Barnekomiteen	13
4.3	Barnekomiteens sammensetning.....	13
4.4	Barnekomiteens hovedoppgaver	14
4.4.1	Arbeidet med statsrapporter.....	15
4.4.2	Arbeidet med generelle kommentarer	17
4.4.3	Arbeidet med individuelle klager	19
4.4.4	Kort om barns deltakelse i Barnekomiteens arbeid	24
5	DEN RETTSLIGE BETYDNINGEN AV UTTALELSER FRA BARNEKOMITEEN	25
5.1	Grunner til at praksis fra Barnekomiteen tillegges eller bør tillegges betydning	25
5.1.1	Innledning om legitimitet	25

5.1.2	Hva menes med legitimitet?	26
5.1.3	Distinksjonen bindende – ikke bindende (autoritet).....	27
5.1.4	Statenes aksept av Barnekomiteens autoritet gjennom demokratiske prosedyrer (autoritet)	28
5.1.5	Ekspertise (autoritetsverdi) – herunder Barnekomiteens sammensetning.....	29
5.1.6	Barnekomiteens arbeidsmetoder (autoritet)	30
5.1.7	Argumentasjonsverdi.....	30
5.1.8	Systemargumenter (argumentasjon og autoritet).....	31
5.1.9	Barns deltakelse (autoritet).....	32
5.2	Den rettslige betydningen av praksis fra Barnekomiteen i norsk rett	32
5.2.1	Innledning	32
5.2.2	Generelle kommentarer	33
5.2.3	Uttalelser i individklagesaker («views»)	43
5.2.4	Oppsummering om rettskildevekten til generelle kommentarer og uttalelser i individuelle klagesaker fra Barnekomiteen	49
6	AVSLUTNING	51
7	LITTERATURLISTE	52
7.1	Litteratur	52
7.2	Norske lover.....	56
7.3	Norske forarbeider	56
7.4	Internasjonale konvensjoner	57
7.5	Dommer mv.	58
7.5.1	Norsk Høyesterett	58
7.5.2	Avgjørelser fra internasjonale domstoler og klageorganer.....	58
7.6	Generelle kommentarer fra FN-komiteer.....	59
7.7	Andre internasjonale kilder	59

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Temaet for denne oppgaven er den rettslige betydningen av praksis fra FNs barnekomité (heretter Barnekomiteen) internt i norsk rett. Både den rettslige betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer og den rettslige betydningen av Barnekomiteens eventuelle framtidige uttalelser i individuelle klagesaker vil bli undersøkt. Oppgaven vil også ta for seg det mer generelle og grunnleggende spørsmålet om hvorfor det er grunn til å legge vekt på uttalelser fra Barnekomiteen. Oppgaven er dermed både deskriptiv og normativ.

Norge har i skrivende stund ikke sluttet seg til den nye tilleggsprotokollen til barnekonvensjonen om individuell klageadgang. Drøftelsen av den rettskildemessige betydningen av Barnekomiteens uttalelser i individuelle klagesaker vil dermed være hypotetisk.¹ Det kan også vises til Harborg 2011² s. 93-99 og 101 som peker på lignende problemer. Når det gjelder rettskildebetydningen til de sistnevnte uttalelsene kan det videre stilles spørsmål om Barnekomiteens generelle kommentarer vil få økt rettskildevikt i praksis dersom Norge ratifiserer den nye tilleggsprotokollen.

Problemstillingen i oppgaven er: Hvilken rettskildebetydning har generelle kommentarer fra Barnekomiteen internt i norsk rett og hvilken rettskildebetydning kan uttalelser i individuelle klagesaker fra Barnekomiteen tenkes å få internt i norsk rett, herunder om rettskildebetydningen til de generelle kommentarene kan tenkes påvirket av en norsk tilslutning til den nye

¹ Samtidig er det viktig å framheve at spørsmålet vil oppstå selv uten norsk ratifikasjon. Som påpekt i Elgesem (2013) s. 68: «Når det gjelder utviklingen av en rettspraksis som kan ha rettskildevikt i norsk rett, må det skytes inn at en slik rettspraksis vil bli utviklet selv om Norge ikke ratifiserer Protokollen. Forskjeller er bare at det ikke kommer praksis i saker mot Norge.» Det samme poenget tas opp i Harborg (2011) s. 101 hvor det uttales at «[s]å fort individklageordningen tas i bruk, vil det produseres materiale som vil være relevante rettskilder i Norge uavhengig av om Norge ratifiserer eller ikke.»

² Heretter Harborg-rapporten. Rapporten ble avgitt til Utenriksdepartementet 16.9.2011 og tar for seg spørsmålet om norsk tilslutning til en valgfri protokoll til ØSK om individuell klageadgang. Som kjent har Norge foreløpig ikke sluttet seg til denne tilleggsprotokollen. En annen rapport som jeg har hatt mye nytte av er advokat Frode Elgesems rapport om norsk tilslutning til FNs barnekonvensjons tilleggsprotokoll om individuell klagerett. Elgesems rapport, heretter Elgesem-rapporten, ble avgitt til Utenriksdepartementet 3.6.2013.

tilleggsprotokollen til barnekonvensjonen om individuell klagerett. For å kunne besvare disse spørsmålene på en adekvat måte må de begrunnelsene som kan anføres for og mot å legge vekt på uttalelser fra Barnekomiteen undersøkes. Én sentral begrunnelse for eller mot å legge vekt på uttalelser fra Barnekomiteen er hvordan de ulike FN-komiteene arbeider og hvordan de er sammensatt.³ Derfor vil oppgaven gjøre nærmere rede for Barnekomiteens arbeidsmåter og sammensetning.

1.2 Rettskildebildet

En viktig kilde til kunnskap om oppgavens problemstilling vil være praksis fra Høyesterett. Uttalelser fra lovgiverhold likeså. I tillegg vil juridisk litteratur være et viktig supplement. Særlig vil den juridiske litteratur danne et viktig utgangspunkt for en mer normativ vurdering av hvilken vekt Barnekomiteens uttalelser *bør* gis.

Når det gjelder uttalelser fra lovgiverhold kreves det en liten presisering. Denne oppgaven tar for seg rettskildespørsmål knyttet til Barnekomiteens praksis, og fordi forarbeidene ikke alltid er basert på en selvstendig folkerettslig analyse, men også påvirket av bl.a. debatten om rettsliggjøring har «[n]orske lovforarbeider (...) begrenset vekt når den rettslige betydningen av konvensjonsorganenes avgjørelser skal bestemmes».⁴ I praksis ser det imidlertid ut til at Høyesterett legger vekt på uttalelser fra lovgiverhold om vekten av konvensjonsorganers praksis.⁵ Jeg kommer tilbake til dette i punkt 5.

1.3 Avgrensninger

Som nevnt i punkt 1.1 vil oppgaven ta for seg den rettslige betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer og uttalelser i individuelle klagesaker internt i norsk rett. I punkt 4.5.1 redegjør jeg for arbeidet med de avsluttende merknadene til statsrapportene i Barnekomiteen

³ NOU 1993:18 s. 88. Se også Ulfstein (2012a) s. 76.

⁴ Ulfstein (2012b) s. 552 og 563. Se også Ot.prp.nr.3 (1998-1999) på s. 70.

⁵ Det er også uttalt i Ot.prp.nr.3 (1998-1999) på s. 70 at norske uttalelser eller avgjørelser hvor konvensjonene er drøftet ikke er uten verdi. Det er imidlertid en viktig forskjell her. Uttalelsen i den nevnte proposisjonen er så vidt jeg kan forstå rettet mot den materielle tolkningen av menneskerettskonvensjoner. Dette er et annet spørsmål enn *rettskildespørsmålet* om hvilken verdi uttalelser om vekten til praksis fra konvensjonsorganer i norske forarbeider har.

(concluding observations), men rettskildevekten av disse merknadene vil ikke behandles nærmere, primært av hensyn til oppgavens omfang. Grunnen til at de avsluttende merknadene behandles i oppgaven er at arbeidet med dem danner et viktig grunnlag for resten av Barnekomiteens arbeid.

Som det har framkommet er det vekstspørsmålet som står i fokus i denne oppgaven. Slutningsspørsmålet vil kun bli berørt indirekte. Relevansspørsmålet vil bli behandlet i noe mer detalj, men ikke inngående. Spørsmålet om relevans er heller ikke særlig omstridt.⁶ Normalt er det også slik at vekstspørsmålet volder størst vanskeligheter.⁷ Det er derfor naturlig å fokusere på dette spørsmålet. På samme tid er det viktig å poengtere at det ikke er vanntette skott mellom vekt- og slutningsspørsmålet eller mellom vekt- og relevansspørsmålet.

1.4 Videre framstilling

I de to neste punktene (2 og 3) vil det bli redegjort for forholdet mellom norsk rett og folkeretten og den folkerettslige metode. Dette danner et viktig utgangspunkt for diskusjonen om hvilken vekt Barnekomiteens uttalelser har eller bør ha i norsk rett. Det vil også bli knyttet noen korte kommentarer til barnekonvensjonen og særtrekk ved denne.

I punkt 4 vil Barnekomiteens arbeidsoppgaver og sammensetning bli gjennomgått. I dette punktet vil det også bli redegjort for den nye tilleggsprotokollen om individuell klageadgang, særlig saksbehandlingsreglene.

Dernest behandles andre generelle argumenter for og mot å tillegge praksis fra Barnekomiteen vekt (punkt 5.1).

Spørsmålet i punkt 5.2 blir så hvilken betydning Barnekomiteens uttalelser tillegges internt i norsk rett. Dette vil belyses med praksis fra Høyesterett, juridisk teori og relevante forarbeider.

Til slutt vil det gis en kort oppsummering av de sentrale funn i oppgaven.

⁶ Köhler-Olsen (2010) note 3.

⁷ Eckhoff (2001) som bruker klart mest plass til behandlingen av dette tema.

2 Forholdet mellom folkerett og norsk rett

2.1 Dualisme

Folkeretten og norsk rett er i utgangspunktet å betrakte som adskilte og selvstendige rettssystemer.⁸ Utgangspunktet i norsk rett er at folkeretten ikke er en del av intern norsk rett uten en gjennomføringsakt, for eksempel inkorporering av en konvensjon i norsk rett.⁹ Uten en slik akt vil norsk rett gå foran folkeretten ved eventuell motstrid, Rt. 1997 s. 580.¹⁰ Dette modifiseres gjennom blant annet presumsjonsprinsippet.¹¹

2.2 Barnekonvensjonens stilling i norsk rett

2.2.1.1 Kort om FNs barnekonvensjon – parter og formål

Barnekonvensjonen trådte i kraft 2. september 1990, og den ble ratifisert av Norge 8. januar 1991. Barnekonvensjon er den mest vellykkede FN-konvensjonen hva gjelder antall ratifikasjoner, med hele 193 stater som har ratifisert. Kun USA, Somalia og Sør-Sudan har ikke sluttet seg til konvensjonen. USA har imidlertid sluttet seg til de to materielle tilleggsprotokollene 1) om barn i væpnede konflikter og 2) om salg av barn, barneprositusjon og barnepornografi.

Formålet med barnekonvensjonen er å sikre barnets rettigheter. Et bærende hensyn bak konvensjonen er at barn har behov for spesielle beskyttelsestiltak og særlig omsorg på grunn av deres fysiske og psykiske umodenhet.¹² I denne sammenheng er det grunn til å minne om at alle de andre konvensjonene som er inkorporert i menneskerettsloven (se under) også gjelder for barn. Det særegne for barnekonvensjonen er at den er særskilt utarbeidet for å fange opp de særlige utfordringene knyttet til barns rettslige posisjon.

⁸ Fleischer (2005) s. 20 og Ruud/Ulfstein (2011) s. 52 og 56.

⁹ Ot.prp.nr.3 (1998-1999) s. 12.

¹⁰ Saken gjaldt spørsmålet om en provisorisk anordning var i strid med Norges forpliktelser etter folkeretten. Uttalelsen om hvordan eventuell motstrid skal løses kom i et obiter dictum på s. 593, men er ansett å være uttrykk for det tradisjonelle grunnsyn om at norsk rett skal gå foran folkeretten ved motstrid, Fleischer (2005) s. 359.

¹¹ Ruud/Ulfstein (2011) s. 63.

¹² Fortalen til barnekonvensjonen, 7. avsnitt.

2.2.1.2 Gjennomføringen i norsk rett

Menneskerettsloven (mrl.) ble etter et ganske omfattende lovforarbeid¹³ vedtatt i 1999. Opprinnelig ble tre menneskerettskonvensjoner inkorporert gjennom menneskerettsloven. Barnekonvensjonen, inkludert de to materielle tilleggsprotokollene nevnt i punktet ovenfor, ble først inkorporert ved endringslov 1. august 2003 nr. 86. Barnekonvensjonen og de to materielle tilleggsprotokollene gjelder dermed som norsk lov. Menneskerettsloven består nå av fem ulike konvensjoner med tilleggsprotokoller, se mrl. § 2 nr. 1-5.

Barnekonvensjonens (og de øvrige fire konvensjonenes) bestemmelser er gitt forrang gjennom mrl. § 3. Dersom en nasjonal regel er i strid med en internasjonal regel, så skal sistnevnte gå foran. Det gjelder ikke noe krav om at motstriden må være klar eller rimelig klar. Dette ble slått fast i Rt. 2000 s. 996 (Bøhler-dommen) og senere presisert i Rt. 2002 s. 557. Høyesterett uttalte at konvensjonstolkningen ikke trenger å være rimelig klar, men må ha de beste grunner for seg for at konvensjonsbestemmelsen skal gå foran annen norsk lovgivning.

Normalt vil domstolene forsøke å tolke den nasjonale regelen innskrenkende for å unngå å konstatere motstrid. I Bøhler-dommen uttales det på side 1007 at tilsynelatende motstrid kan falle bort gjennom harmoniserende tolkning.

Ettersom barnekonvensjonen er en internasjonal menneskerettskonvensjon oppstår det noen særlige spørsmål, bl.a. knyttet til tolkningen av konvensjonen. Dette er temaet i neste punkt.

¹³ NOU 1993:18 og Ot.prp.nr.3 (1998-1999).

3 Folkerettslig metode

Jeg skal i det følgende først se på den folkerettslige metode internasjonalt før jeg så ser på den folkerettslige metode i norske domstoler.

3.1 Konvensjonstolkning

Reglene for konvensjonstolkning følger av Wien-konvensjonen om traktatretten (WCT) artikkel 31-33. Jeg konsentrerer meg i det følgende om konvensjonsteksten som rettskilde og ser dernest på hvilken plass praksis fra konvensjonsorganer har ved tolkningen av konvensjonsteksten.

3.1.1 Konvensjonsteksten som kilde

Utgangspunktet for konvensjonstolkning er *ordlyden* i konvensjonen, WCT artikkel 31 (1). Konvensjonstekster skal tolkes lojalt i tråd med den naturlige språklige forståelse av ordlyden.

En av grunnene til at ordlyden tradisjonelt er såpass sterkt framhevet som utgangspunktet for konvensjonstolkningen er suverenitetsprinsippet. En stat har ikke bundet seg til mer enn det som følger av ordlyden i konvensjonen. Synet på den tolkningsbinding som ordlyden utgjør har imidlertid endret seg en del med tiden.¹⁴ Særlig gjelder dette konvensjoner som skal sikre enkeltindividers rettigheter overfor staten. Slike konvensjoner har av konvensjonsorganer tidvis blitt tolket dynamisk i en slik grad at statspartene har rettet åpenlys og temmelig krass kritikk mot tolkningen.¹⁵ Særlig Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har blitt kritisert for å ha gått for langt i utviklingen av konvensjonsvernet etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) gjennom sin dynamiske tolkningsstil.¹⁶

Ordlyden i en konvensjon skal videre tolkes i lys av konvensjonens kontekst og formål.

¹⁴ Se f.eks. Arnesen/Stenvik (2009) s. 26-28.

¹⁵ Se for eksempel Wheatley (2014) s. 86 som viser til den britiske statsminister David Camerons innstilling til EMDs dom i en sak angående innsattes rett til å stemme ved valg, EMD Hirst v. UK (No. 2).

¹⁶ Skoghøy (2011) s. 511-530 behandler dette spørsmålet. Se s. 530 for en oppsummering.

Når det gjelder formål kommer noen av disse til uttrykk i fortalen («preamble») til konvensjonene¹⁷, mens andre formål følger av en systematisk lesning av konvensjonsteksten¹⁸ eller kan utledes av hvilke formål konvensjonen fornuftigvis må anses å ha. Det er konvensjonens objektive formål som er interessant.¹⁹

Konvensjonens kontekst består i følge WCT artikkel 31 (2) av fortalen og tillegg («preamble and annexes»).

3.1.2 Praksis fra konvensjonsorganer

Spørsmålet i det følgende er hvilken betydning praksis fra FNs konvensjonsorganer har ved tolkningen av en konvensjonstekst.

Det kan først stilles spørsmål om praksis fra konvensjonsorganer er bindende. På den ene side er det klart at f.eks. EMD har kompetanse til å avsi bindende avgjørelser. Dette følger av ordlyden i EMK artikkel 46 som omhandler EMD-dommers bindende kraft. På den andre side er det også som utgangspunkt klart at FN-konvensjonsbaserte organer ikke har kompetanse til å avsi bindende avgjørelser.²⁰ Også dette følger klart av ordlyden i f.eks. barnekonvensjonen artikkel 45 (d) som kun snakker om «recommendations» og «suggestions». Spørsmålet i det følgende er dermed ikke hvorvidt FN-komiteenes praksis er bindende eller ikke, men hvilken vekt den tillegges som rettskilde i folkeretten.²¹ Først må det imidlertid undersøkes om slik praksis er en relevant kilde i folkeretten.

¹⁷ Ruud/Ulfstein (2011) s. 90.

¹⁸ Arnesen/Stenvik (2009) s. 31.

¹⁹ L.c.

²⁰ Se f.eks. Ulfstein (2009) s. 607.

²¹ I denne sammenheng kan Schabas (2011) s. 105 nevnes. Han mener at en mer fruktbar tilnærming til spørsmålet om betydningen av konvensjonsorganenes praksis er å vurdere «the relative legal weight» av denne praksisen ved å holde ulike typer av praksis fra konvensjonsorganene opp mot hverandre. Han er på generelt grunnlag skeptisk til distinksjonen mellom bindende og ikke-bindende praksis, *ibid.* s. 97 og 100. Samtidig kan distinksjonen ikke avvises eller unngås fordi den i juridisk språkbruk er innarbeidet og fordi den faktisk vil kunne influere på bedømmelsen av den vekten til konvensjonsorganenes praksis. Se mer om dette i kapittel 5.

I folkerettslig litteratur er det særlig to argumentasjonslinjer som har vært diskutert.²² Den ene baserer seg på en tolkning av WCT art 31 (3) (b) som sier at «[t]here shall be taken into account, together with the context: (...) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation».

Den andre argumentasjonslinjen tar utgangspunkt i den forpliktelse statspartene har påtatt seg ved å ratifisere den konvensjonen som oppretter konvensjonsorganet.

Når det gjelder WCT artikkel 31 (3) (b) har det vært argumentert for at praksis fra konvensjonsorganer kan anses som «subsequent practice» (etterfølgende praksis). Om denne tolkningen aksepteres vil konvensjonsorganenes praksis være en relevant kilde som etter ordlyden i WCT artikkel 31 (3) (b) skal tas i betraktning ved tolkningen av konvensjonstekster. Problemet med denne tolkningen er at WCT artikkel 31 (3) (b) etter ordlyden gjelder «agreement of the parties», altså statspraksis. Om en konvensjonspart innretter seg – eller ikke innretter seg – etter praksis fra et konvensjonsorgan, kan parten anses å ha sluttet seg til en bestemt tolkning av en bestemmelse.²³ Da vil konvensjonsorganets praksis kunne anses som statspraksis. Noe annet er det om praksis fra konvensjonsorganet *i seg selv* skal anses som relevant praksis ved tolkningen av konvensjonen. International Law Association's (ILA) Committee on International Human Rights Law and Practice har åpnet for et slikt synspunkt. En slik tolkning stemmer imidlertid ikke godt med ordlyden i WCT artikkel 31 (3) (b).²⁴

Ulfstein 2009²⁵ konkluderer med at den riktige spørsmålsstillingen må være hva partene kan ha ment ved å opprette overvåkningsorganer med kompetanse til å treffe vedtak om hvorvidt statene overholder sine forpliktelser. Det er dette som er den andre argumentasjonslinjen.

Meningen med å opprette konvensjonsorganer må ha vært å få klargjort og presisert innholdet i den konvensjonen som organet skal overvåke.²⁶ Derfor påhviler det også statene en plikt til samvittighetsfullt å vurdere, og ta i betraktning den praksis som kommer fra det konvensjons-

²² Ulfstein (2009) s. 607-613, Keller/Grover (2012) s. 128-129.

²³ Arnesen/Stenvik s. 33-34

²⁴ Ulfstein (2009) s. 612.

²⁵ s. 612-613

²⁶ Ulfstein (2009) s. 613.

organet som er tilknyttet den aktuelle konvensjonen. I denne sammenhengen er det grunn til å nevne at det i deler av folkerettslitteraturen anses som et krav at nasjonale domstoler må begrunner på hvilket grunnlag de velger ikke å respektere en traktatstolkning foretatt av et konvensjonsorgan.²⁷

Det kan etter dette konkluderes med at praksis fra konvensjonsorganer er en relevant kilde i folkeretten, men spørsmålet om hvilken vekt slik praksis har, gjenstår.

I Diallo-saken²⁸ som International Court of Justice (ICJ) behandlet i 2010, legger ICJ «great weight» (betydelig vekt) på praksis fra FNs menneskerettskomité, både uttalelser i individuelle klagesaker og i generelle kommentarer. På samme tid understreker ICJ at den ikke på noen måte anser seg forpliktet («in no way obliged») til å basere sin tolkning på Menneskerettskomiteens tolkning. I sin begrunnelse for å legge vekt på praksis fra Menneskerettskomiteen nevner ICJ bl.a. at komiteen spesifikt ble opprettet for å overvåke anvendelsen av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. ICJ uttaler videre at ved å legge (betydelig) vekt på praksis fra Menneskerettskomiteen kan også den nødvendige klarhet om tolkningen av og konsekvens i internasjonal rett oppnås. I sin tur vil dette også kunne skape forutberegnelighet, både for konvensjonspartene og individene som konvensjonen skal beskytte (avsnitt 66 i.f.). Det er også interessant at ICJ ikke problematiserer forholdet mellom Menneskerettskomiteens praksis og statenes praksis²⁹ (se drøftelsen av WCT art 31 (3) (b) over). Dette indikerer at ICJ støtter seg på den andre argumentasjonslinjen ved å ta utgangspunkt i spørsmålsstillingen om hva som var formålet med å opprette det aktuelle konvensjonsorganet.

EMD anser egen tidligere praksis som relevant og legger til dels stor vekt på slik praksis.³⁰ I Goodwin-saken (avsnitt 74) uttaler EMD at det må gode grunner til for at EMD skal fravike egen tidligere praksis. Dette viser at praksis fra konvensjonsorganer er en relevant kilde og en kilde som i praksis tillegges betydelig vekt i folkeretten. Videre er det verdt å legge merke til at EMD i Goodwin-saken anfører mange av de samme argumentene som ICJ gjør i Diallo-

²⁷ L.c. og Alebeek/Nollkaemper (2012) s. 384 og s. 385 med henvisning til Tomuschat (2003) i note 128.

²⁸ ICJ Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo, avsnitt 65-66.

²⁹ Ulfstein (2012b) s. 554.

³⁰ EMD Goodwin v. UK. Se også Rt. 2002 s. 557 på s. 574.

saken for å legge vekt på tidligere praksis. Forskjellen mellom Menneskerettskomiteen og EMD er den at EMD har kompetanse til å avsi bindende avgjørelser, mens Menneskerettskomiteen ikke har det. Som det vil bli redegjort for i neste punkt kan dette medføre en forskjell i hvordan Høyesterett forholder seg til praksis fra henholdsvis FN-konvensjonsorganer og EMD. Utgangspunktet ligger likevel fast og det er at praksis fra FN-konvensjonsorganer er en relevant kilde og som skal tillegges betydelig vekt i folkeretten.

Avslutningsvis må det påpekes at det kan være viktige forskjeller mellom generelle kommentarer og synspunkter i individuelle klagesaker når det gjelder rettskildevekten. Selv om ICJ i den nevnte avgjørelsen ikke ser ut til å foreta noe tydelig skille, er det klare forskjeller i behandlingsmåte (dvs. hvordan FN-komiteene arbeider med henholdsvis generelle kommentarer og synspunkter i individuelle klagesaker) og utforming som gjør at de to typer av praksis fra FN-konvensjonsorganer ikke uten videre kan ses under ett. Når det er sagt ser det i den folkerettslige litteratur ut til at mange av de samme argumentene gjør seg gjeldende for og mot å tillegge både generelle kommentarer og synspunkter rettslig vekt.³¹ De ulike argumentene kommer jeg tilbake til i punkt 5.1. I punkt 4.5 går jeg også nærmere inn på forskjellene mellom generelle kommentarer og synspunkter i individuelle klagesaker bl.a. når det gjelder behandlingsmåte. En annen viktig forskjell som må nevnes er forskjellen mellom de ulike FN-konvensjonsorganene. Som nevnt gjelder Diallo-saken Menneskerettskomiteens praksis og den gir dermed ikke direkte veiledning for hvilken vekt praksis fra Barnekomiteen skal tillegges. Det kan tenkes forskjeller mellom de to komiteene som gjør at praksis vil tillegges ulik vekt. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 5.2.3.

3.2 Folkerettslig metode i norske domstoler

Når en konvensjon er inkorporert i norsk rett vil norske domstoler anvende den folkerettslige metode mer eller mindre fullt ut, men med et fradrag for den ofte dynamiske og utviklende tilnærmingen som internasjonale organer har hatt. Dette gjelder særlig der konvensjonsforpliktelsene er gjort til norsk lov gjennom inkorporasjon.³²

³¹ Ulfstein (2009) s. 607-613 behandler synspunkter og Keller/Grover (2012) s. 128 flg. behandler generelle kommentarer, men mange av de samme argumentene brukes av begge.

³² Rt. 2002 s. 557 på s. 565 og Høstmælingen (2012) s. 110-111.

Norske domstoler skal dermed anvende de regler for tolkning som følger av WCT artiklene 31-33.³³ WCT er ikke ratifisert av Norge, men antas i folkerettslig teori og praksis å være en kodifisering av folkerettslig sedvane slik at reglene om konvensjonstolkning også vil være bindende for Norge og norske domstoler.³⁴

Norske domstoler må følgelig ta utgangspunkt i konvensjonsteksten når de skal tolke Norges folkerettslige forpliktelser. Når det gjelder praksis fra konvensjonsorganer ble det ovenfor konkludert med at dette er en relevant kilde med en betydelig vekt i folkeretten. Norske domstoler må som utgangspunkt tillegge uttalelser fra konvensjonsorganer samme vekt internt i norsk rett som i folkeretten. Noe spissformulert kan vi si at internasjonal rett skal tillegges minst den vekt som den selv krever.³⁵ Det vil dermed være et folkerettslig krav å vektlegge tolkningsuttalelser fra konvensjonsorganer. Å unnlate dette vil i følge Ulfstein innebære et folkerettsbrudd.³⁶ I NOU 1993:18 på side 88 står det derimot at «[s]pørsmålet om en folkerettslig plikt for vedkommende land til å rette seg etter de tolkninger som kommer frem i rapporter, anbefalinger o.l hvor det ikke er uttrykkelig foreskrevet at statene er rettslig bundet (...) neppe [kan] besvares generelt.» Men dette er ikke det samme spørsmålet. Spørsmålet som diskuteres av Ulfstein ligger på det metodiske planet, mens spørsmålet i NOUen ligger på det materielle.

For EMKs del har Høyesterett uttalt at de vil benytte den samme metode som EMD. Dette ble slått fast i Rt. 2000 s. 996 og senere presisert i Rt. 2002 s. 557. I den sistnevnte dommen punkt fire på s. 565 bemerkes det at EMD i utgangspunktet følger den tolkningsmetode som angis i WCT, selv om det er visse særtrekk ved EMDs metode. Hvorvidt det kan sies å gjelde

³³ Ot.prp.nr.3 (1998-1999) s. 66.

³⁴ L.c. og Ruud/Ulfstein (2011) s. 89.

³⁵ Arnesen/Stenvik (2009) s. 72.

³⁶ Ulfstein (2009) s. 616. Et annet spørsmål er hvilke konsekvenser et slikt brudd på metodisk plan vil ha. Det viktigste er at Norge overholder de materielle forpliktelsene i folkeretten, og et brudd med den folkerettslige metode vil ikke nødvendigvis lede til et brudd med folkeretten materielt. En annen sak er at dersom den folkerettslige metoden følges, så har det formodningen for seg at også konfliktpotensialet dempes (Aall 2011 s. 92). Videre er det et poeng at den folkerettslige vekten av uttalelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer er noe usikker: Hva ligger egentlig i f.eks. «great weight»? Det vil derfor være vanskelig å si noe sikkert om hvorvidt det faktisk foreligger et brudd med den folkerettslige metode.

lignende regler for anvendelse av metoden til organene tilknyttet FN-konvensjonene er det vanskelig å si. I Rt. 2008 s. 1764 (avsnitt 76) er det uttalt at de betraktninger som kommer til uttrykk i Rt. 2005 s. 833 avsnittene 45-47 om forholdet mellom norsk rett og EMK også har gyldighet i forholdet mellom norsk rett og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP). Uttalelsene i avsnittene 45-47 i Rt. 2005 s. 833 gjelder bl.a. de grunnleggende tolkningsprinsipper for anvendelsen av forrangsbestemmelsen i mrl. § 3, herunder at norske domstoler skal anvende EMDs metode når de tolker EMK.

Den temmelig brede og helt generelle henvisningen i Rt. 2008 s. 1764 til avsnittene 45-47 i Rt. 2005 s. 833 er det noe vanskelig fullt ut å forstå rekkevidden av. Har førstvoterende f.eks. ment å si at norske domstoler skal anvende Menneskerettskomiteens metode når de skal tolke SP? Og om han så har ment, spiller det egentlig noen stor rolle? Dette er et spørsmål om Menneskerettskomiteens metode skiller seg fra den folkerettslige metode og eventuelt fra EMDs metode, f.eks. ved å være mer eller mindre dynamisk. Det sentrale poenget her er at FN-konvensjonsorganene også er forpliktet til å følge den folkerettslige metode. Det kan selvsagt tenkes at disse organene vil legge noe mer vekt på egen praksis enn det folkerettslig er dekning for³⁷, men utgangspunktet ligger fast og det er at folkerettens krav til konvensjonstolkning må følges. Dette gjelder også for Barnekomiteen, og det samme utgangspunktet ligger således fast for norske domstoler.

Det viktigste i førstvoterendes utsagn i Rt. 2008 s. 1764 er det som sies etter henvisningen til Rt. 2005 s. 833. Der uttales det at avgjørelser fra Menneskerettskomiteen ikke uten videre kan legges til grunn å ha samme gjennomslagskraft som avgjørelser fra EMD. Her stiller førstvoterende et spørsmål som indikerer mulighet for en forskjell. Én forskjell er som nevnt at dommer fra EMD er bindende, mens uttalelser fra konvensjonsorganene i FN-systemet ikke er det. Jeg kommer tilbake til denne og andre forskjeller under drøftelsen av hensyn for og mot vektlegging av FN-konvensjonsorganenes praksis og under drøftelsen av vekten til konvensjonsorganenes praksis internt i norsk rett.

³⁷ General Comment No. 33 fra Menneskerettskomiteen kan tyde på at komiteen selv anser sine synspunkter i individuelle klagesaker som grensende til bindende. For en analyse av General Comment No. 33 kan det vises til Ulfstein (2011) s. 159 flg.

4 Barnekomiteen – formål, sammensetning og arbeidsoppgaver³⁸

4.1 Innledning

Barnekomiteen ble opprettet gjennom barnekonvensjonen, og den var samlet for første gang i 1991. Gjennom statsrapporteringsystemet og arbeidet med generelle kommentarer har Barnekomiteen en viktig overvåkningsfunksjon.

4.2 Formål og rettslig grunnlag for opprettelsen av Barnekomiteen

I følge barnekonvensjonen artikkel 43 (1) skal det opprettes en komité hvis formål er å undersøke om konvensjonsstatene overholder sine forpliktelser etter barnekonvensjonen. Konvensjonsstatene har gjennom ratifikasjon av barnekonvensjonen akseptert Barnekomiteens kompetanse på det område konvensjonen dekker. Den overvåkningsfunksjonen som Barnekomiteen har, er et viktig ledd i det overordnede formålet med barnekonvensjonen om å sikre barns rettigheter, se særlig artikkel 2 og 3. Artiklene 43-45 gir nærmere bestemmelser om komiteens oppgaver og sammensetning.

4.3 Barnekomiteens sammensetning³⁹

Artikkel 43 (2) i barnekonvensjonen bestemmer etter en endring innført gjennom FNs generalforsamlings resolusjon 50/155 21. desember 1995 at Barnekomiteen skal bestå av 18 medlemmer (tidligere bestod den kun av 10 medlemmer). Endringen trådte i kraft 18. november 2002.⁴⁰

³⁸ Med mindre annet er oppgitt er opplysninger om Barnekomiteen i dette kapitlet hentet fra nettsidene om Barnekomiteen til FNs Høykommissjonær for menneskerettigheter <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>. I visse tilfelle har jeg funnet det hensiktsmessig å lenke direkte til nettsiden der opplysningen er hentet fra.

³⁹ Alle opplysningene om Barnekomiteens medlemmer og Menneskerettskomiteens medlemmer er funnet på hhv. <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/Membership.aspx> og <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/Membership.aspx>.

⁴⁰ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-a&chapter=4&lang=en.

Komiteens leder er i skrivende stund professor i rettsvitenskap Kirsten Sandberg. Komiteen slik den er satt sammen i dag, framstår som faglig solid.⁴¹

Felles for Barnekomiteens medlemmer er at de alle har anerkjent og dokumentert kompetanse på de områder som barnekonvensjonen omfatter. Dette er et krav i barnekonvensjonen artikkel 43 (2). Per tiden er halvparten av komiteens medlemmer jurister, resten av medlemmene har enten annen relevant utdanning eller profesjonell erfaring. Til sammenligning er det i FNs menneskerettskomité kun to medlemmer som ikke er jurister. Hvilken betydning dette kan tenkes å ha for den vekten som Høyesterett legger på uttalelser fra Barnekomiteen og Menneskerettskomiteen kommer jeg tilbake til senere (punkt 5.2.3).

Barnekomiteen skal videre være satt sammen på en slik måte at hensynet til den geografiske variasjonen ivaretas. Det er også et krav i artikkel 43 (2) om at de store rettstradisjoner må være representert, bl.a. gjennom representanter for både common og civil law-systemer.

Medlemmene sitter i perioder på fire år og de kan alle velges på nytt, artikkel 43 (6).

Komiteemedlemmene representerer ikke sitt hjemland i komiteen og skal opptre uavhengig. Dette er forutsatt i artikkel 43 (2) som bestemmer at medlemmene tjenestegjør i «personlig egenskap». Det er blitt reist enkelte kritiske spørsmål om komitémedlemmenes faktiske uavhengighet, men kun på generelt grunnlag.⁴²

4.4 Barnekomiteens hovedoppgaver

I det følgende skal jeg i korte trekk gjennomgå hvordan og med hva Barnekomiteen jobber. Selv om rettskildebetydningen av komiteens avsluttende merknader til statsrapportene ikke vil bli drøftet senere i oppgaven har jeg likevel valgt å inkludere et avsnitt om dette arbeidet da det utgjør en viktig og stor del av oppgavene til komiteen. I tillegg kan som nevnt arbeidet med statsrapportene være et viktig ledd i utformingen av de generelle kommentarene (se mer

⁴¹ Elgesem-rapporten s. 54 som peker på at Barnekomiteen består av eksperter med betydelig kompetanse på barn og barns rettigheter.

⁴² Alebeek/Nollkaemper (2012) s. 405.

om dette under). Avslutningsvis i dette punktet har jeg også tatt med et kort avsnitt om barns deltakelse i komiteens arbeid.

4.4.1 Arbeidet med statsrapporter

Barnekomiteens kanskje viktigste og mest omfattende oppgave er arbeidet med statsrapportene. Konvensjonspartene er etter artikkel 44 forpliktet til jevnlig å oversende rapporter til Barnekomiteen gjennom FNs generalsekretær. Den første rapporten skal sendes to år etter at konvensjonen trer i kraft for vedkommende stat (innledende rapport), deretter skal staten rapportere hvert femte år (periodisk rapport). I resten av dette avsnittet har jeg de periodiske rapportene for øye.

Arbeidet med rapportene skjer i følgende steg: 1) Staten sender inn sin rapport. 2) Barnekomiteen studerer rapportene. A) Forberedende arbeidsgrupper (pre-session working group). B) Konstruktiv dialog (constructive dialogue). 3) Avsluttende merknader (concluding observations). 4) Oppfølging av avsluttende merknader (follow-up to concluding observations).⁴³

Ad 2 A) Hensikten med de forberedende møtene er at det videre arbeidet med statsrapportene konsentreres om de punktene som komiteen ønsker å ta opp med vedkommende stat. Resultatet av disse møtene skal være en liste med spørsmål (list of issues). Denne listen skal gi staten som har avgitt rapporten en indikasjon på hvilke spørsmål som vil bli diskutert i den konstruktive dialogen og hvilke spørsmål som vil bli behandlet i de avsluttende merknadene. I tillegg gir denne listen komiteen et grunnlag for å be om ytterligere informasjon fra den aktuelle staten.

Alle medlemmene i komiteen inviteres til å være med i de saksforberedende arbeidsgruppene. Møtene er åpne for representanter fra FNs særorganisasjoner, f.eks. ILO og WHO. Også NGOer kan inviteres. Statsrepresentanter er utelukket fra å delta på disse innledende møtene.⁴⁴

⁴³ Committee on the Rights of the Child, Working Methods, punktene III A-C og IV (<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/WorkingMethods.aspx>) og Verheyde/Goedertier (2006) s. 23-30.

⁴⁴ Verheyde/Goedertier (2006) s. 23-24.

Ad 2 B) Normalt avholdes et åpent komitémøte om lag tre til fire måneder etter det forberedende møtet. I disse åpne møtene deltar representanter for vedkommende stat og alle komitémedlemmene. Andre interesserte kan delta, men har ikke talerett.⁴⁵ Dette stadiet kalles den konstruktive dialog.

Kvaliteten på den konstruktive dialogen er avhengig av en rekke forhold: bl.a. kvaliteten på den opprinnelige statsrapporten, kunnskap hos både statsrepresentantene og komitémedlemmene og den tilmålte tid for behandling.⁴⁶ Særlig har tidsaspektet vært framhevet som et vesentlig problem. Verheyde og Goedertier 2006 mener det er «an enormous lack of time due to the large number of ratifications of the CRC».⁴⁷

Ad 3) Komiteens avsluttende merknader utarbeides i et lukket møte. De avsluttende merknadene består av forslag og anbefalinger og er basert på de to foregående steg (2 A og 2 B) i behandlingen av statsrapportene. De avsluttende merknadene tar både for seg positive og negative sider ved den informasjon som er kommet fram gjennom statsrapporteringen. De avsluttende merknadene følger normalt denne malen: 1) Introduksjon. 2) Oppfølgingstiltak og framskritt hos staten. 3) Faktorer som hindrer videre arbeid med implementeringen av barnekonvensjonen. 4) Viktige områder der komiteen har innvendinger og anbefalinger.⁴⁸

Ad 4) Barnekomiteen antar og forventer at statene følger opp de avsluttende merknadene fra foregående rapport i sin neste rapport, *Working Methods* punkt IV.⁴⁹ Dette er en oppgave som hører til vedkommende stats neste rapport og den løper dermed over en femårsperiode. Dette er en viktig oppgave for statene fordi det gir Barnekomiteen informasjon om hvorvidt de områder som ble påpekt som problematiske i forrige runde har vært håndtert på en tilfredsstillende måte. Oppfølgingsprosedyren skaper slik en kontinuitet i statsrapportene til det enkelte land og en kontinuitet i Barnekomiteens arbeid. Dette setter Barnekomiteen i stand til å se om

⁴⁵ Ibid. s. 26.

⁴⁶ L.c.

⁴⁷ s. 27.

⁴⁸ Verheyde/Goedertier (2006) s. 29-30.

⁴⁹ <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/WorkingMethods.aspx>.

det er særlige områder som er problematiske for én bestemt eller flere stater, og kan i sin tur danne grunnlag for utarbeidelse av generelle kommentarer.

4.4.2 Arbeidet med generelle kommentarer

I motsetning til SP har barnekonvensjonen ingen formulering om adgangen for Barnekomiteen til å gi generelle kommentarer. Helt fra begynnelsen av har Barnekomiteen likevel ansett seg kompetent til å gi slike generelle kommentarer.⁵⁰ Komiteen har til nå avgitt 17 generelle kommentarer. Den første i 2001 og den siste i 2013.

4.4.2.1 Arbeidsmetoder – valg av tema mv.⁵¹

Barnekomiteens generelle kommentarer er blant annet basert på den kunnskap og erfaring som komiteen har oppnådd gjennom arbeidet med statsrapportene⁵² og arbeidet i forbindelse med de såkalte diskusjonsdagene.⁵³ Videre er innspill fra ulike statlige og ikke-statlige aktører viktige i prosessen.

Valg av tema kan være basert på forslag fra et enkeltmedlem i Barnekomiteen eller forslag fra den samlede komiteen. Videre kan tema være basert på forslag fra ulike organisasjoner som jobber med barns rettigheter. Begrunnelsen for valg av tema kan være et ønske om avklaring rundt et tema eller en artikkel, eller et ønske om å utvikle konvensjonen. Hvilket erfaringsgrunnlag komiteen har for å avsi den generelle kommentaren tas i betraktning, men er ikke avgjørende ved valg av tema.

Når Menneskerettskomiteen har valgt et tema gis «visstnok» et av komitémedlemmene hovedansvaret for å utarbeide et førsteutkast til kommentar. Deretter diskuteres utkastet i ple-

⁵⁰ Verheyde/Goedertier (2006) s. 38 og Søvig (2009) s. 36.

⁵¹ Med mindre annet er oppgitt er den følgende gjennomgangen basert dels på en samtale med nåværende leder i Barnekomiteen Kirsten Sandberg og dels på Keller/Grover (2012) s. 168-177 som behandler Menneskerettskomiteens arbeid med generelle kommentarer.

⁵² Verheyde/Goedertier (2006) s. 39.

⁵³ Søvig (2009) s. 37. Diskusjonsdager hvor Barnekomiteen tar opp aktuelle tema ble tidligere avholdt årlig. De avholdes nå annethvert år.

numsmøter til komiteen er enig om teksten.⁵⁴ Barnekomiteen gir ofte uavhengige konsulenter ansvaret for å utarbeide et førsteutkast. Etter at en konsulent (eller et komitémedlem) har utarbeidet et førsteutkast forberedes utkastet i arbeidsgrupper før det endelig diskuteres i plenum. Den generelle kommentaren sendes så ut på høring, men praksis her er noe varierende fra gang til gang. Høringene er i blant lukket og høringsprosessene er ikke alltid formalisert.

I Rt. 2009 s. 1261 uttaler mindretallet seg om hvordan de generelle kommentarene kommer i stand. Mindretallet skriver i avsnitt 89 at «[u]ttalelsene kommer etter det jeg forstår, normalt i stand på grunnlag av samarbeid med andre organisasjoner, og er basert på brede høringsprosesser.» Dette er i det store og det hele en ganske dekkende beskrivelse, selv om det er noe varierende praksis knyttet til høringsprosessen og at selve arbeidsprosessen ikke er formalisert i særlig grad.

Samlet tyder mye på at de generelle kommentarene er resultat av et grundig og samvittighetsfullt arbeid hvor ulike interessenters syn er representert. Både statsrapportene, diskusjonsdagene, generelle politiske strømninger og dagsaktuelle juridiske tema kan tenkes å påvirke valget av tema og innholdet i den generelle kommentaren. Dette betyr i sin tur at de generelle kommentarene ikke utelukkende er basert på ren fortolkning eller teori, men på mer konkret erfaring.⁵⁵ I Barnekomiteens tilfelle særlig på erfaring fra arbeidet med statsrapportene. Med tiden vil nok også erfaring fra arbeid med individuelle klagesaker bli viktigere.

Til slutt er det på sin plass å understreke at arbeidet med de generelle kommentarene i Barnekomiteen ikke i særlig grad er formalisert og at det per i dag framstår som noe ad hoc.⁵⁶ Dette er imidlertid ikke uforenlig med at de generelle kommentarene kan være av høy faglig kvalitet.

⁵⁴ Harborg-rapporten s. 18. Ordet «visstnok» brukes av Harborg selv. Dette kan tyde på at rapportforfatteren er noe usikker på rutinen.

⁵⁵ Keller/Grover (2012) s. 129-130.

⁵⁶ Sml. Keller/Grover (2012) s. 168.

4.4.2.2 Innhold

De senere årenes generelle kommentarer er blitt lengre og mer grundige, og har i det ytre nærmest form av fagartikler.⁵⁷ Vanligvis innledes kommentaren med en presisering og avgrensning av tema (introduction) før formålet (objectives) med kommentaren oppstilles. Der nest følger en hoveddel med en juridisk analyse og til slutt noen avsnitt med mer konkrete oppfordringer til statspartene om hvordan de best skal ivareta sine forpliktelser.

De generelle kommentarene til de ulike konvensjonsorganene kan i alminnelighet deles inn i tre kategorier.⁵⁸ Kommentarer som gjelder tolkningen av bestemte artikler, kommentarer som behandler bestemte tema og kommentarer som gjelder Barnekomiteens arbeidsmetoder mv. Komiteen har så langt gitt kommentarer om en rekke ulike tema og den har behandlet flere av artiklene i barnekonvensjonen. Det ble nylig gitt en omfattende kommentar om tolkningen av artikkel 3 i barnekonvensjonen om barnets beste. Tematisk har kommentarene variert fra barns helse og beskyttelse mot vold til deres deltakelse i arbeid og rett til fritid.

Til nå har Barnekomiteen kun gitt generelle kommentarer som tar opp spørsmål knyttet til rettighetene i barnekonvensjonen, dvs. de materielle sidene. Komiteen har altså så langt ikke avgitt noen kommentarer om egne arbeidsmetoder eller om hvordan f.eks. deres generelle kommentarer skal tolkes eller forstås.

4.4.3 Arbeidet med individuelle klager

Barnekomiteen har ennå ikke behandlet noen individklager, men det er gitt regler om hvilke saker komiteen kan behandle (prosessforutsetninger) i tilleggsprotokollen til barnekonvensjonen om individuell klageadgang (heretter Protokollen). I tillegg er det med hjemmel Protokollen artikkel 3 utarbeidet et omfattende og detaljert regelverk knyttet til saksbehandlingen som heter *Rules of procedure under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure* (heretter Rules of procedure eller bare Rules).

⁵⁷ Harborg (2011) s. 18. Harborgs rapport omhandler FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, men når han behandler de generelle kommentarene uttaler han seg generelt om de ulike FN-komiteene.

⁵⁸ Verheyde/Goedertier (2006) s. 40.

Jeg skal i det følgende kun se på reglene om saksbehandling fordi det er disse som er av primær interesse for oppgavens problemstilling. For en gjennomgang av spørsmål om jurisdiksjon, hvem som er klageberettiget og avvisningsgrunner kan det vises til Elgesem-rapporten.⁵⁹

4.4.3.1 Regler for saksbehandling

Det følgende er ikke en uttømmende gjennomgang av saksbehandlingsreglene, men et utvalg av de mest sentrale reglene. Ved utvelgelsen har jeg til dels støttet meg på Elgesem-rapporten.⁶⁰

I artikkel 10 i Protokollen finnes noen sentrale regler om saksbehandling. Skjematisk går reglene i artikkel 10 ut på følgende:

- 1) Klagen skal undersøkes i lys av all dokumentasjonen som Barnekomiteen mottar under forutsetning av at motparten har fått materialet oversendt slik at det har vært anledning til kontradiksjon.⁶¹
- 2) Det skal avholdes lukkede møter, bl.a. på grunn av hensynet til barnet. Rules nr. 29 inneholder utfyllende regler om konfidensialitet.
- 3) Synspunktene til Barnekomiteen, og eventuelle anbefalinger, skal formidles til partene uten opphold.

I Rules finnes også praktisk og prinsipielt viktige saksbehandlingsregler.

I Rules nr. 8 er det en regel om habilitet som ligner den som finnes i barnekonvensjonen artikkel 43 (2). Rules nr. 8 bestemmer at et komitémedlem verken skal delta, være til stede under eller influere på klagebehandlingen under nærmere bestemte forutsetninger. F.eks. vil et komitémedlem ikke kunne delta dersom klagen gjelder medlemmets hjemstat. Ei heller kan et komitémedlem delta i klagebehandlingen dersom medlemmet har en personlig eller profesjonell interesse i saken.

⁵⁹ s. 47 flg.

⁶⁰ s. 51 flg.

⁶¹ Se Harborg-rapporten s. 83 som også tolker den tilsvarende regelen i ØSK-protokollen om individuell klageadgang som en kontradiksjonsregel.

Når det gjelder sakens opplysning er det gitt flere viktige regler i Rules. Komiteen har for det første adgang til å konsultere uavhengige eksperter (sakkyndige) på eget initiativ eller på partenes initiativ, Rules nr. 10 (1) og (2). Dersom konsultasjonen er partsinitiert skal den andre parten gis anledning til å foreslå en alternativ ekspert eller en ekspert i tillegg. Det er i slike tilfelle opp til komiteen å avgjøre hvilken ekspert som skal konsulteres.

For det andre har FNs generalsekretær på vegne av komiteen anledning til å etterspørre tilleggsinformasjon fra partene, Rules nr. 15. Rules nr. 15 (a)-(k) gir en ikke-uttømmende liste over hvilken tilleggsinformasjon som det kan være aktuelt å etterspørre.

Videre kan komiteen bestemme å gjennomføre muntlige høringer dersom det er til barnets beste, Rules nr. 19. Disse høringene kan bl.a. gjennomføres med sikte på å klargjøre sakens faktiske bakgrunn. Høringer med den som hevder å være offer for menneskerettsbruddet skal gjennomføres uten statsrepresentanter til stede med mindre førstnevnte selv ber om det og komiteen anser det for å være til barnets beste. Uansett skal den andre parten i følge Rules nr. 19 (2) gis informasjon om at en høring har vært eller vil bli gjennomført, og innholdet i høringen. Parten skal på denne bakgrunn gis anledning til kontradiksjon. Partene skal i følge Rules nr. 14 også ellers holdes oppdatert om forløpet av saksbehandlingen.

Til slutt bør Rules nr. 23 nevnes (se også Protokollen art 10). Der er det gitt regler om realitetsbehandlingen av klagen. I Rules nr. 23 (2) framgår det at all dokumentasjon som komiteen har mottatt skal tas i betraktning ved avgjørelsen av klagen, men kun under den forutsetning at det er gitt anledning til kontradiksjon. Rules nr. 23 (1) har bestemmelser om komiteens adgang til å konsultere dokumentasjon fra andre FN-organer og andre internasjonale organisasjoner. Disse reglene bidrar langt på vei, sammen med de tidligere nevnte reglene, til å sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.

4.4.3.2 Avgjørelsen («views»)

Saksbehandlingsreglene som Barnekomiteen har vedtatt ligner i det store og det hele på de andre FN-komiteenes saksbehandlingsregler i individuelle klagesaker. De forskjellige komiteene som allerede behandler individuelle klager bygger også opp sine synspunkter på lignende

måte som de andre komiteene. Det er dermed grunn til å tro at Barnekomiteens synspunkter vil bli utformet på tilnærmet samme måte som de andre komiteene utformer sine.

Avgjørelser fra Barnekomiteen kalles i likhet med avgjørelser fra de andre konvensjonsorganene «views», Protokollen artikkel 10 (5). Dette kan oversettes til synspunkter.⁶² Med et slikt begrep markeres det at avgjørelsene ikke er bindende.⁶³

Avgjørelsene i klagesaker for konvensjonsorganer er ofte formulert på en utpreget juridisk måte. Komiteenes synspunkter følger en mal lik den vi er vant med fra alminnelige dommer. Partenes påstander og anførsler om faktum og jus gjennomgås, det foretas en konvensjonstolkning og saksforholdet subsumeres inn under tolkningen. Synspunktene inneholder til slutt en konklusjon hvor det er rom for dissenser.⁶⁴ Om adgangen til å dissentere finnes det en egen bestemmelse i Rules nr. 24.

I konklusjonene uttrykker komiteene seg ofte på en måte som skulle tilsi at den innklagede staten har en plikt til å følge opp avgjørelsen.⁶⁵

I Rules nr. 27 finnes det regler for de tilfelle der komiteen konstaterer brudd på barnekonvensjonen eller noen av de materielle tilleggsprotokollene. Da skal komiteen komme med anbefalinger til staten om hvilke rettsmidler som må stilles til klagerens disposisjon. Komiteen kan også komme med anbefalinger til staten om lovgivningstiltak eller institusjonelle tiltak for å unngå framtidige brudd på barnekonvensjonen eller de materielle tilleggsprotokollene.

Når det gjelder det konkrete innholdet i synspunkter vil dette styres av den saken som komiteen har til behandling. Elgesem-rapporten trekker fram flere områder hvor det for Norges del særlig kan tenkes klagesaker. Bl.a. gjelder dette barns rettigheter innen utlendingsfeltet, barn i fengsel, omsorgsovertakelser og mobbing i skolen. Det gjenstår å se.

⁶² Ot.prp.nr. 3 (1998-1999) s. 70.

⁶³ Ulfstein (2012a) s. 94.

⁶⁴ Høstmølingen (2012) s. 372.

⁶⁵ Ulfstein (2012a) s. 95-96. Ulfstein gjennomgår her General Comment No. 33 fra Menneskerettskomiteen hvor komiteen behandler sitt eget syn på den rettslige statusen til egne «views».

4.4.3.3 Oppsummering

Sett under ett legger saksbehandlingsreglene opp til en domstolslignende behandling. Det er lagt opp til en partsprosess med adgang til kontradiksjon. Komiteens uavhengighet er også ivaretatt bl.a. gjennom regler om habilitet. Videre framheves gjennom saksbehandlingsreglene betydningen av å få opplyst saken på best mulig måte, bl.a. gjennom muligheter for å konsultere sakkyndige og muligheten for å innhente ytterligere informasjon fra klager. Saksbehandlingsreglene sikrer også i stor utstrekning kontradiksjon. Videre kan komitémedlemmene ta dissens.

Avgjørelsenes form og det utpregede juridiske fokus i avgjørelsene er med på å understreke at det skjer en domstolslignende behandling. Særlig trer dette klart fram når man vurderer den grundighet mange av avgjørelsene fra andre FN-konvensjonsorganer er preget av, og at de i tillegg er basert på en tilsynelatende forsvarlig saksbehandling.

På enkelte områder skiller imidlertid behandlingen seg fra en vanlig behandling for domstolene. For det første er møtene lukket og for det andre er saksbehandlingen primært skriftlig. Videre kan det vises til de kritiske synspunkter som kommer fram i Harborg-rapporten. I følge rapporten ser norske myndigheters oppfatning ut til å være at avgjørelser fra FN-komiteene langt på vei kan sammenlignes med dommer fra EMD.⁶⁶ Harborg kritiserer dette synet blant annet på bakgrunn av egen erfaring som advokat i saker for EMD og som medlem av sekretariatet til Menneskerettskomiteen.⁶⁷

I rapporten til Harborg pekes det bl.a. på den manglende åpenhet om rutinene i Menneskerettskomiteen og at Menneskerettskomiteen kun er samlet noen ganger i året, mens dommerne ved EMD har sitt daglige virke i Strasbourg.

Harborg mener at behandlingen i Menneskerettskomiteen ikke er grundig nok og at medlemmene ikke kjenner sakene godt nok til å treffe informerte avgjørelser. Han kritiserer også mangelen på prosessledelse og at det sjelden eller aldri blir stilt oppfølgingsspørsmål om sakens juridiske eller faktiske sider. Harborg konkluderer med at det i Menneskerettskomiteen

⁶⁶ Se i denne retning Ot.prp.nr. 3 (1998-1999) s. 70.

⁶⁷ Harborg-rapporten s. 94-98.

simpelthen «ikke er en domstolsbehandling, og komiteen minner heller ikke mye om en domstol. Det er en komité som gir råd, og som har en saksbehandling som er tilpasset nettopp det.» Han går så videre til å stille spørsmålet om disse «rådene» bør behandles som dommer. Dette spørsmålet kommer jeg tilbake til når jeg går gjennom hvordan Høyesterett har behandlet uttalelser fra Barnekomiteen og andre FN-komiteer. Nå skal det bare bemerkes at Harborgs gjennomgang er basert på erfaringer han høstet i forbindelse med et ansettelsesforhold i FN som varte fra 1998 til 2000. Det kan ikke ses bort fra at måten Menneskerettskomiteen arbeider med de individuelle klagesakene, er endret etter dette.⁶⁸ Et annet poeng som også bør nevnes her er at uttalelser fra FN-komiteer aldri noen gang har vært hevdet å være bindende av norske myndigheter. Etter mitt syn er det liten grunn til bekymring slik saksbehandlingsreglene til Barnekomiteen framstår nå. Det gjenstår imidlertid å se hvordan saksbehandlingsreglene vil bli praktisert av Barnekomiteen. Dersom sakspresset viser seg å bli for stort, er det en reell fare for at saksbehandlingen vil bli skadelidende. Som nevnt sliter Barnekomiteen allerede nå med «an enormous lack of time» på grunn av det store antall ratifikasjoner av barnekonvensjonen.

4.4.4 Kort om barns deltakelse i Barnekomiteens arbeid

Barns deltakelse i komiteens arbeid er ikke overraskende meget viktig for Barnekomiteen selv. Dette følger også av barnekonvensjonen, se særlig artikkel 12 om barns rett til å bli hørt. Både i arbeidet med generelle kommentarer og i det framtidige arbeidet med synspunkter vil barns deltakelse være viktig. Det er en del utfordringer knyttet til barns deltakelse i Barnekomiteens arbeid, bl.a. hvordan barna skal velges ut (representativitet), måten det kommuniseres på i komiteen og den potensielle belastningen for barna ved å delta.⁶⁹ Uansett er det viktig å legge til rette for at barns synspunkter kommer fram på en måte tilpasset barnets beste. Ved at synspunktene til den gruppen som barnekonvensjonen beskytter løftes fram, vil også overvåkingen av barnekonvensjonen kunne styrkes.

⁶⁸ Harborg-rapporten s. 96 note 108 påpeker også dette.

⁶⁹ Sandberg (2013) s. 493-501.

5 Den rettslige betydningen av uttalelser fra Barnekomiteen

Det klare utgangspunktet er at uttalelser fra Barnekomiteen ikke er rettslig bindende (punkt 3.1.2). Dette gjelder både komiteens generelle kommentarer og synspunkter i individklagesaker. På denne bakgrunn er det viktig å gjennomgå de hensyn som taler for og mot at uttalelser fra Barnekomiteen tillegges eller bør tillegges vekt. Det er dette som er formålet i punkt 5.1. Hvilken vekt praksis fra Barnekomiteen faktisk tillegges internt i norsk rett drøftes i punkt 5.2.

Mange av de hensynene som kan begrunne hvorfor Barnekomiteens praksis tillegges eller bør tillegges vekt vil på tilnærmet lik linje gjelde både Barnekomiteens generelle kommentarer og synspunkter i individuelle klagesaker. Med mindre det eksplisitt nevnes eller går fram av sammenhengen, skiller jeg i punkt 5.1 ikke mellom de to typer av uttalelser.

5.1 Grunner til at praksis fra Barnekomiteen tillegges eller bør tillegges betydning

5.1.1 Innledning om legitimitet

Lovers legitimitet og rettsavgjørelsers legitimitet har i lang tid vært et yndet studietema, kanskje særlig innenfor rettsfilosofien.⁷⁰ Forskningen om dette tema har fått en fornyet kraft med opprettelsen av stadig flere internasjonale og regionale overvåkningsorganer og domstoler. Ved Norsk senter for menneskerettigheter (SMR) drives en omfattende forskning på temaet. Blant andre Andreas Føllesdal og Geir Ulfstein har utmerket seg.⁷¹

⁷⁰ Se f.eks. Eng (2005) hvor temaet går igjen flere ganger i boken. Se også Bernt og Mæhle (2008) for samme observasjon.

⁷¹ Se f.eks. bokserien *Studies on human rights conventions* som er utgitt på Cambridge University Press. Det mer generelle poenget om utviklingen i forskningen på menneskerettigheter behandles av Eriksen (2013) s. 63-65. Eriksen løfter særskilt fram SMR som både Føllesdal og Ulfstein har tilknytninger til.

Et sentralt spørsmål i deler av denne forskningen er hvilken legitimitet internasjonale menneskerettigheter har og særlig hvilken legitimitet ulike håndhevingsorganer og deres praksis har. Med legitimitet siktes det i denne sammenheng primært til formell legitimitet.⁷² Dvs. at det dreier seg om å rettferdiggjøre retten på bakgrunn av de mer formelle mekanismene som ligger til grunn for den. I vårt samfunn er det primært gjennom folkestyret at samfunnsmakt legitimeres.⁷³

I en rettskildesammenheng kan de hensyn som kan anføres for og mot legitimiteten til Barnekomiteens uttalelser grovt sett deles opp mellom det som kan kalles for autoritetsverdi og det som kan kalles argumentasjonsverdi. Argumentasjonsverdien er knyttet til kildenes overbevisningskraft, mens autoritetsverdien har med mer formelle egenskaper ved kilden å gjøre. Denne inndelingen vil bli fulgt under, men først skal det gjøres nærmere rede for hva som menes med legitimitet.

5.1.2 Hva menes med legitimitet?

Legitimitet brukes noe ulikt fra forfatter til forfatter. I det følgende menes med legitimitet rettferdiggjøring av autoritet.⁷⁴ Det første spørsmålet er hva som menes med autoritet og det neste spørsmålet er hva som kan rettferdiggjøre autoritet. Dernest må man også spørre overfor hvem noe skal rettferdiggjøres.

Autoritet kan forstås som makt til å treffe bindende avgjørelser.⁷⁵ Dersom vi ser bort i fra at autoritet i følge visse definisjoner innebærer en evne til å binde, kan autoritet i stedet ses på som X sin evne eller mulighet til å få gjennomslag for sin vilje eller syn på Y.⁷⁶

⁷² Sml. Mæhle (2005) s. 20.

⁷³ Bernt/Mæhle (2008) s. 177.

⁷⁴ Alebeek/Nollkaemper (2012) s. 404.

⁷⁵ Wolfrum (2011), punkt A.1.

⁷⁶ Hvorvidt noe er bindende eller ikke er heller ikke det sentrale. For det første kan det vises til note 21 om Schabas' synspunkt på distinksjonen. For det andre kan det vises til Olivecronas diskusjon om rettens bindende kraft slik den er gjengitt av Eng (2005) s. 288-296. Olivecronas konklusjon er at forestillingen om rettens bindende kraft er en illusjon. Det ligger ikke mer i rettens bindende kraft enn at den faktisk øver et visst press på befolkningen. Overført til tema for denne oppgaven kan det i en rettskildesammenheng hevdes at selv om internasjonale konvensjonsorganer ikke avsier bindende avgjørelser, så er det deres evne til å øve et

For at autoritet ikke skal sidestilles med makt i en mer rå forstand, f.eks. som tvang, er det viktig å besvare det andre spørsmålet ovenfor, nemlig hva det er som kan bidra til å rettferdiggjøre autoritet. Det er en rekke faktorer som kan bidra til å rettferdiggjøre autoriteten til praksis fra Barnekomiteen (og andre internasjonale konvensjonsorganer). Jeg skal i punkt 5.1.3 til 5.1.9 gjennomgå noen av de mest sentrale. Det er viktig å huske på at disse faktorene er normative: Hvorvidt de anses å rettferdiggjøre autoriteten til Barnekomiteens praksis er avhengig av hvilke verdier vurderingen foretas ut fra. For å unngå å havne i en komplett relativistisk posisjon må det forutsettes at de faktorene som skal gjennomgås under er alminnelig akseptert.

Hvem det er autoriteten skal rettferdiggjøres overfor kan i utgangspunktet besvares kort med folket. Men for denne oppgavens vedkommende blir dette svaret noe misvisende. Ettersom oppgaven beskjeftiger seg med rettskildespørsmål vil det faktisk i denne sammenheng være riktigere å si at det er rettsanvenderne med Høyesterett i spissen som autoriteten skal rettferdiggjøres overfor. I sin konsekvens vil det riktige og endelige svaret likevel være folket.

Hva er det så som rettferdiggjør Barnekomiteens autoritet, eller sagt på en annen måte hva er det som gir uttalelser fra Barnekomiteen legitimitet?

5.1.3 Distinksjonen bindende – ikke bindende (autoritet)

Ettersom det rett over er sagt at evnen til å binde ikke er så viktig i definisjonen av autoritet, kan det kanskje virke noe selvmotsigende å ha med et avsnitt om dette her. Det er imidlertid ikke til å komme unna at skillet mellom bindende og ikke-bindende avgjørelser eller uttalelser har betydning i folkeretten. Det kan vises til det som alt er sagt ovenfor i løpende tekst og fotnoter.

press på nasjonale myndigheter og domstoler som er det interessante studieobjekt. Da gir det bedre mening å snakke om vekten av konvensjonsorganenes uttalelser. Men for at konvensjonsorganer skal kunne øve press må de ha en viss legitimitet, og det er nettopp spørsmålet om legitimitet som skal diskuteres her. Det må tilføyes at distinksjonen bindende eller ikke-bindende ikke kan utelates helt. Den er som tidligere nevnt en distinksjon som benyttes i praksis og som vil kunne ha betydning for en rettskildes vekt.

Her vil jeg bare framheve det poenget at dersom en uttalelse i rettskildesammenheng anses som bindende, så vil det rent faktisk kunne påvirke vektingen av denne uttalelsen. Likeså vil det kunne påvirke vektingen at en uttalelse ikke anses som bindende.

5.1.4 Statenes aksept av Barnekomiteens autoritet gjennom demokratiske prosedyrer (autoritet)

Et av de viktigste grunnlagene for legitimitet er aksepten av en bestemt regel eller prosedyre.⁷⁷ Da Norge ratifiserte barnekonvensjonen 8. januar 1991 aksepterte den norske stat også den rapporteringsprosedyren som ble gjennomgått i punkt 4.5.1. Den norske stat aksepterte også Barnekomiteenes myndighet til å gi generelle kommentarer.⁷⁸ Komiteens legitimitet ble ytterligere understreket da barnekonvensjonen ble inkorporert som norsk lov med forrang i 2003. Spørsmålet som gjenstår er hvor langt denne aksepten rekker. En ting er klart og det er at norske myndigheter aldri aksepterte å være *bundet* av uttalelser fra Barnekomiteen. Dette følger av en tolkning av konvensjonsteksten selv som ikke sier noe om at uttalelsene skal være bindende (punkt 3.1.2). I den andre ytterkant er det like klart at norske myndigheter ved ratifikasjonen av barnekonvensjonen forpliktet seg til å oppfylle konvensjonsforpliktelsene lojalt. Etter WCT artikkel 31 (1) skal konvensjonsteksten tolkes lojalt. Ettersom Barnekomiteen er det organ som er etablert for å overvåke og tolke barnekonvensjonen må statene ut fra en lojalitetsbetraktning ta tilbørlig hensyn til Barnekomiteens generelle kommentarer.⁷⁹ Det samme vil også gjelde under Protokollen. De poengene som her er presentert, stemmer langt på vei overens med det som i punkt 3.1.2 ble kalt den andre argumentasjonslinjen.

En utfordring når det gjelder statenes aksept av Barnekomiteens autoritet er det som ble påpekt ovenfor om den kritikken menneskerettslige overvåkingsorganer i den senere tiden har vært utsatt for (punkt 3.1.1). Det statene har akseptert er primært teksten i barnekonvensjonen og den anledning Barnekomiteen har til å uttale seg om tolkningen av denne. Dersom Barnekomiteen etter konvensjonspartenes mening skulle gå for langt i tolkningen av rettighetene,

⁷⁷ Alebeek/Nollkaemper (2012) s. 381. Se her også punkt 3.1.2 om den andre argumentasjonslinjen i folkeretten for at praksis fra konvensjonsorganer er av betydning ved konvensjonstolkningen.

⁷⁸ Selv om denne adgangen ikke følger av barnekonvensjonen selv (punkt 4.5.2) har det aldri så vidt meg bekjent vært bestridt av norske myndigheter at Barnekomiteen har slik adgang.

⁷⁹ Keller/Grover (2012) s. 129.

f.eks. gjennom dynamisk tolkning, kan det også hevdes at den legitimiteten komiteen har i kraft av statenes aksept, faller bort eller i hvert fall hviler på et mer usikkert grunnlag.

Det er på denne bakgrunn ikke urimelig å anta at legitimiteten til en uttalelse fra Barnekomiteen vil øke i takt med hvor omfattende kontakten mellom den berørte statsparten og Barnekomiteen har vært. Dette kan ses under synsvinkelen at staten har akseptert Barnekomiteens syn eller det kan ses under synsvinkelen at komiteens syn bygger på et mer solid og forsvarlig grunnlag.

5.1.5 Ekspertise (autoritetsverdi) – herunder Barnekomiteens sammensetning

Dette argumentet knytter seg til autoritetsverdi. En oppfatning om at en bør lytte til personer med ekspertise på et gitt fagfelt er ikke ukjent. F.eks. kommer denne oppfatningen til uttrykk i ICJ art 38 (1) (d) som nevner at en subsidiær kilde ved tolkningen av en konvensjonstekst er «the teachings of the most highly qualified publishers». Synspunktet er også nevnt i Ot.prp.nr.3 (1998-99) s. 68-70 med hensyn til den ekspertise som Menneskerettskomiteen har. Argumentet er heller ikke ukjent i alminnelig norsk rettskildelære. F.eks. står det i Knophs oversikt over Norges rett at det er særlig god grunn til å følge dommer fra Høyesterett bl.a. fordi de er avsagt av noen av Norges presumtivt dyktigste jurister.⁸⁰ Ekspertiseargumentet er altså relevant i internasjonal rett, i norsk rett og er ansett relevant ved norske myndigheters vurdering av internasjonal rett.

Det er liten tvil om at Barnekomiteen består av eksperter på barnekonvensjonens område (se punkt 4.4). Som nevnt skiller imidlertid Barnekomiteen seg fra Menneskerettskomiteen ved å ha et betydelig lavere antall jurister. Eksemplene ovenfor på ekspertiseargumentet, bortsett fra eksempelet fra Knoph, sier ikke i klartekst at det siktes til juridiske eksperter, men det må antas at det primært er juridisk ekspertise det siktes til. Hvorvidt det kan ha noen betydning for vekten til uttalelsene til Barnekomiteen at den rent juridisk er «svakere» sammensatt sammenlignet med Menneskerettskomiteen, er det vanskelig å si noe sikkert om. På den andre siden kan muligheten for at det vil påvirke rettsanvenderens vurdering av vekten, ikke utelukkes.⁸¹ Det er også viktig å framheve at selv om Barnekomiteen ikke har en like tung juridisk

⁸⁰ Knoph (2009) s. 13.

⁸¹ Sml. Ulfstein (2012b) s. 555.

sammensetning som Menneskerettskomiteen, så har Barnekomiteen en solid barnefaglig kompetanse. Dette kan bidra til å løfte kvaliteten også på de juridiske vurderingene fordi de blir mer sensitive for barns spesielle situasjon.

5.1.6 Barnekomiteens arbeidsmetoder (autoritet)

De ulike arbeidsmetodene er gjennomgått i detalj ovenfor i punkt 4.5. De mest detaljerte reglene om Barnekomiteens arbeidsmetoder er ikke nedfelt i barnekonvensjonen selv, men følger av de regler som Barnekomiteen har vedtatt selv med hjemmel i artikkel 43 (8). Sånn sett kan det sies at statspartene ikke har akseptert Barnekomiteens arbeidsmetoder. Når det er sagt er de arbeidsmetodene Barnekomiteen arbeider etter ikke særlig oppsiktsvekkende og i tråd med vanlig juridisk tradisjon for saksbehandling. Særlig gjelder dette de saksbehandlingsreglene som gjelder i individklagesaker. Når det kommer til arbeidet med de generelle kommentarene ble det ovenfor konkludert med at prosessen sikrer en grundig og forsvarlig behandling, men at prosedyrene er noe ad hoc-preget. Dette kan være et problem fordi den oppfattede juridiske karakteren av et konvensjonsorgan vil kunne påvirke vekten som konvensjonsorganets praksis gis.⁸²

Alt i alt viser gjennomgangen i punkt 4.5.3 at saksbehandlingsreglene for individuelle klagesaker sikrer et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Mye av det samme kan sies også om Barnekomiteens arbeid med generelle kommentarer, selv om det her er enkelte utfordringer.

5.1.7 Argumentasjonsverdi⁸³

En rettskilde kan ha stor autoritetsverdi, men mangle argumentasjonsverdi og omvendt. Forskjellen er at rettskilder med autoritetsverdi som regel vil bli lagt til grunn selv om rettsanvenderen er uenig, mens rettskilder med argumentasjonsverdi er avhengig av å overbevise rettsanvenderen. Men selv om en rettskilde har autoritetsverdi må den ikke nødvendigvis følges. En avgjørelse fra Høyesterett må ikke legges til grunn i en senere sak om det finnes over-

⁸² Alebeek/Nollkaemper (2012) s. 404.

⁸³ Som nevnt i punkt 1.3 kan grensen mellom slutnings- og vektspørsmålet være vanskelig å trekke. Dette er særlig tydelig når det gjelder argumentasjonsverdi fordi det på den ene side kan dreie seg om hvordan en rettskilde tolkes, mens det på den andre side kan være snakk om mer generelle trekk ved en rettskilde som kan svekke vekten av den.

bevisende grunner til å unnlate det. Spørsmålet er om dommen (mer presist regelen i dommen) er et eksempel til etterfølgelse.⁸⁴ Hvorvidt dommen kan sies å være et eksempel til etterfølgelse kan bero på flere grunner. Blant disse er dommens klarhet, rekkevidde og hvor godt gjennomtenkt og velbegrunnet den framstår.⁸⁵

Det sentrale spørsmålet for Barnekomiteens vedkommende er i hvilken grad den rettslige argumentasjonen i generelle kommentarer og i synspunkter i individklagesaker er avhengig av å overbevise for at de skal tillegges vekt. Motsatt er spørsmålet om en dårlig begrunnet uttalelse fra Barnekomiteen likevel kan tenkes vektlagt på tross av at rettsanvenderen er uenig i uttalelsen. I det siste spørsmålet kommer forholdet mellom argumentasjonsverdi og autoritetsverdi på spissen.

Argumentasjonsverdi vil videre kunne økes eller svekkes ut fra en vurdering av om argumentene i én sak passer i en annen (lignende) sak. Barnekomiteens generelle kommentarer vil naturlig nok kunne passe i en rekke ulike saker. Det at generelle kommentarer kan favne såpass bredt er nok også noe av grunnen til at disse ofte vil brukes med en viss varsomhet.⁸⁶ For Barnekomiteens synspunkter i individuelle klagesaker er det i første rekke et spørsmål om å sammenligne to saksforhold. Den norske rettsanvenderens oppgave blir å undersøke parallelliteten mellom saksforholdet som Barnekomiteen har hatt til behandling med det saksforhold som rettsanvenderen selv har til behandling («distinguishing cases»).

5.1.8 Systemargumenter (argumentasjon og autoritet)

Det kan også anføres systemargumenter for å tillegge praksis fra Barnekomiteen vekt. Som nevnt var dette en viktig del av begrunnelsen i Diallo-saken. Hensynet til internasjonal rettsenhet og en konsekvent tolkning av barnekonvensjonen taler sterkt for å legge vekt på Barnekomiteens tolkninger. Argumentet bringer samtidig med seg visse utfordringer. Disse er særlig knyttet til forskjeller i kultur og rettstradisjoner mellom de ulike konvensjonspartene. Et uttrykk for disse utfordringene finnes i Ot.prp.nr.3 (1998-1999) på s. 68 hvor det er uttalt at

⁸⁴ Graver (2007) s. 93 flg. I motsetning til i common law-land opereres det i norsk rett ikke med noen streng prejudikatslære.

⁸⁵ Ibid. s. 82 flg.

⁸⁶ Se f.eks. Rt. 2009 s. 1261 som behandles under i punkt 5.2.2.2.

det ved vurderingen av vekten til FN-konvensjonsorganenes uttalelser må ses hen til om uttalen er rettet mot Norge eller mot et annet land.

5.1.9 Barns deltakelse (autoritet)

Barnekonvensjonen er en konvensjon utarbeidet spesielt med blick for den særegne situasjon som barn er i. Derfor er Barnekomiteen i sitt arbeid med konvensjonen opptatt av å høre barns egne synspunkter på sin situasjon (punkt 4.5.4). Målet her er ikke å gi noen gjennomgang av hvordan Barnekomiteen legger eller kan legge til rette for dette. Jeg skal kun peke på et ganske enkelt poeng. Dersom de personene som en sak, en rettighet eller en hel konvensjon angår, er gitt anledning til å uttale seg, så vil dette kunne øke verdien av en gitt saksbehandling som har endt i enten en generell kommentar eller i et synspunkt fra Barnekomiteen.

Dette kan på mange måter sammenlignes med en høring av et lovforslag hvor organisasjoner, offentlige instanser og andre interessenter får anledning til å uttale seg. Uten en slik høring ville lovforslaget også stå i fare for å mangle den nødvendige legitimitet som ferdig lovtekst.

Hvor langt dette synspunktet kan trekkes er noe tvilsomt bl.a. fordi barn rent faktisk ikke vil ha samme erfaring med og innsikt i en mer formalisert kommunikasjonsform som voksne. Dette avhenger bl.a. av barnas modenhet. På samme tid er det viktig å poengtere at ansvaret for å løfte fram barns stemme ligger på statlige myndigheter, organisasjoner som arbeider med barn og på Barnekomiteen selv.

5.2 Den rettslige betydningen av praksis fra Barnekomiteen i norsk rett

5.2.1 Innledning

Norske domstoler skal anvende folkerettslig metode ved tolkningen av konvensjonstekster. Som utgangspunkt er vekten av praksis fra Barnekomiteen dermed lik eller i hvert fall bør den være lik den vekten som praksis er gitt i folkeretten (punkt 3.2).

Betydningen av praksis fra konvensjonsorganer i folkeretten er allerede behandlet (punkt 3.1.2). Nå skal spørsmålet om hvilken betydning slik praksis tillegges internt i norsk rett drøftes. Den mest naturlige tilnærming til spørsmålet om hvilken betydning praksis fra Barneko-

miteen har internt i norsk rett er å ta utgangspunkt i alminnelig norsk rettskildelære og hvordan Høyesterett har håndtert praksis fra Barnekomiteen. Også norske myndigheters forarbeider er relevante både fordi de gir et viktig innblikk i hvordan norske myndigheter vurderer spørsmålet og fordi Høyesterett selv ofte viser til forarbeider når spørsmålet om betydningen av konvensjonspraksis drøftes.⁸⁷

Praksis fra Høyesterett om spørsmålet om rettskildevekten av Barnekomiteens generelle kommentarer er noe begrenset, men den finnes. Om Barnekomiteens synspunkter i individuelle klagesaker finnes det av opplagte grunner ikke praksis i det hele tatt. Jeg vil derfor under spørsmålet om vekten til Barnekomiteens uttalelser i individuelle klagesaker se hen til høyesterettsdommer hvor andre FN-komiteers praksis er behandlet.⁸⁸

Et siste poeng som jeg håper å tydeliggjøre under hver enkelt drøftelse av henholdsvis generelle kommentarer og synspunkter i individuelle klagesaker er at det i blant kan være usikkert hva slags type praksis Høyesterett omtaler i sine avgjørelser. F.eks. bruker førstvoterende i dommen inntatt i Rt. 2008 s. 1764 uttrykket Menneskerettskomiteens fortolkning av SP (avsnitt 73). Om det med dette siktes til generelle kommentarer eller synspunkter i individuelle klagesaker eller begge deler er ikke alltid like innlysende.

5.2.2 Generelle kommentarer

5.2.2.1 Innledning

Gjennom søk på ordene «general comment» i praksis fra Høyesterett i Lovdata har jeg funnet ni saker som eksplisitt viser til generelle kommentarer fra Barnekomiteen. Dommen som behandler spørsmålet mest inngående er inntatt i Rt. 2009 s. 1261, Ashok-saken. Jeg skal derfor først gå gjennom denne og gjøre rede for hva Høyesterett der uttaler om vekten av generelle

⁸⁷ Se både Rt. 2008 s. 1764 og Rt. 2009 s. 1261. Se også punkt 1.2 om den begrensede verdien til norske forarbeider.

⁸⁸ Søvig (2009) s. 35 nevner det samme poenget, men kun i relasjon til Barnekomiteens generelle kommentarer. Det samme må antas å gjelde for synspunkter i individklagesaker fra Barnekomiteen. Jeg nevner at det etter Søvigs rapport er blitt avsagt en dom av Høyesterett hvor spørsmålet om vekten av Barnekomiteens generelle kommentarer behandles eksplisitt (se under om Rt. 2009 s. 1261).

kommentarer fra Barnekomiteen. Deretter vil enkelte andre dommer som kaster lys over vektspørsmålet bli gjennomgått.

5.2.2.2 Ashok-saken

5.2.2.2.1 Innledning

Saken handler om opphold på humanitært grunnlag for en enslig mindreårig asylsøker og tolkningen av utlendingsloven av 1988 § 8 (2) i lys av barnekonvensjonens artikkel 3 om barnets beste.

Dommen er avsagt under dissens (4-1). Flertallet i Høyesterett kom til at Barnekomiteens uttalelse i generell kommentar nr. 6⁸⁹ ikke kunne tolkes slik at innvandringspolitiske hensyn er utelukket i vurderingen av om av om barn skal sendes ut av Norge. Flertallets drøftelse av rettskildevekten til Barnekomiteens generelle kommentar er dermed et obiter dictum, men det er et obiter dictum som etter alt å dømme er basert på en bred prosedyre om vektspørsmålet.⁹⁰

5.2.2.2.2 Hva sier Ashok-saken om vekten av Barnekomiteens generelle kommentarer?

Flertallet tar, etter å ha gått gjennom enkelte trekk ved Barnekomiteen og dens arbeid, utgangspunkt i at komitéuttalelser ikke er bindende (avsnitt 40 og 41). Førstvoterende på vegne av flertallet viser til Rt. 2008 s. 1764 der det ble uttalt at avgjørelser fra Menneskerettskomiteen må ha betydelig vekt som rettskilde. Videre viser førstvoterende til Ot.prp.nr.93 (2008-2009) om inkorporering av kvinnediskrimineringskonvensjonen som sier det «truleg» må legges «stor vekt» på generelle kommentarer i en folkerettslig sammenheng, men at betydningen i en konkret norsk sak vil kunne variere (avsnitt 42). Førstvoterende viser også til Ot.prp.nr. 104 (2008-2009) om endringer i barneloven hvor det uttales eksplisitt at det bør legges «relativt stor» vekt på Barnekomiteens generelle uttalelser (avsnitt 43).

I avsnitt 44 oppsummerer førstvoterende sitt syn på rettskildevekten av Barnekomiteens generelle kommentarer ved å oppstille noen vurderingskriterier. Vekten må avgjøres bl.a. ut fra en vurdering av kommentarens klarhet, det tema den gjelder og hvor vidtrekkende uttalelsen er.

⁸⁹ General Comment No. 6 (2005) fra Barnekomiteen, særlig avsnitt 86.

⁹⁰ Se partenes anførsler, særlig i avsnittene 13-14 og 19.

Førstvoterende peker også på at det formelle grunnlaget for at uttalelsen er avgitt har en viss betydning for den vekt den skal tillegges.

Førstvoterende går så gjennom Barnekomiteens generelle kommentar nr. 6 og finner ikke å kunne tolke den slik at barnets beste alltid skal gå foran innvandringsregulerende hensyn. Dermed var det heller ikke nødvendig å ta stilling til den konkrete vektingen av Barnekomiteens uttalelse i denne saken. Likevel har flertallet i Høyesterett i Ashok-saken sagt ganske mye interessant om hvordan de vurderer vekten av Barnekomiteens generelle kommentarer.

5.2.2.2.3 Hvilke spørsmål reiser Ashok-saken om rettskildevekten til Barnekomiteens generelle kommentarer?

For det første reiser saken spørsmål om det er grunnlag for å si at en generell kommentar fra Barnekomiteen skal tillegges betydelig vekt. Førstvoterende uttaler seg aldri spesifikt om dette annet enn gjennom henvisninger til tidligere rettspraksis og forarbeider. I tillegg er det også brukt ulike formuleringer i de kildene som førstvoterende viser til. I Rt. 2008 s. 1764 brukes uttrykket «betydelig vekt», men den saken gjaldt betydningen av synspunkter fra Menneskerettskomiteen og ikke generelle kommentarer. Forarbeidene til inkorporeringen av kvinnediskrimineringskonvensjonen bruker «truleg (...) stor vekt» i en rent folkerettslig sammenheng, men presiserer så at den konkrete vekten i en norsk sak vil bero på en vurdering av kommentarens klarhet og parallellitet til det aktuelle saksforholdet. Forarbeidene til barneloven bruker «relativt stor vekt». Konklusjonen kan etter dette neppe bli klarere enn at det som utgangspunkt skal legges betydelig eller relativt stor vekt på Barnekomiteens generelle kommentarer, men at det skal foretas en konkret vurdering av kommentaren basert bl.a. på de kriteriene som er nevnt ovenfor (se også punkt 5.1.7 om argumentasjonsverdi).

For det andre reiser saken spørsmål om hva som ligger i betydelig eller relativt stor vekt. Det kan her trekkes en grense mellom i hvert fall tre ulike nivåer: 1) De rettskilder Høyesterett anser som bindende og som det derfor skal svært mye til å se bort fra, 2) de kilder som retten ikke uten videre kan se bort fra og 3) kilder som det ikke kreves noen særskilt argumentasjon for å se bort fra.

Betydelig vekt eller relativt stor vekt ligger nok et sted mellom de to øverste nivåene. Dette blir ganske klart hvis vi ser nærmere på flertallets argumentasjon knyttet til vekten av den generelle kommentaren.

Høyesterett bruker ganske mye plass på å formulere hvordan en uttalelse fra Barnekomiteen skal vurderes (bl.a. klarhet, tema og rekkevidde). Disse argumentene for å kunne se bort fra en avgjørelse er også de vanligste argumenter som anføres i norsk rettskildelære for å se bort fra eller sette til side et prejudikat. Lignende argumenter kan anføres også for eller mot å legge vekt på forarbeider.

Noe som bygger opp under at Høyesterett ser ut til å legge betydelig eller relativt stor vekt på uttalelsene fra Barnekomiteen er at de etter å ha anført argumenter for å se bort fra den generelle kommentaren, går over til en ganske omfattende tolkning av kommentaren. I stedet for å sette kommentaren til side på bakgrunn av generelle rettskildemessige vektargumenter bruker Høyesterett mye plass på å tolke kommentaren innskrenkende slik at den ikke får den rekkevidden som var hevdet av forsvaren til Ashok. Slik markerer retten at Barnekomiteens uttalelser også i generelle kommentarer tas på alvor. Særlig blir dette tydelig fordi den tolkningen av den generelle kommentaren som flertallet endte med egentlig ikke hadde noen betydning for resultatet. Høyesteretts flertall konkluderte jo til slutt med at det var til barnets beste å bli returnert.

Det er vanskelig å si noe generelt om hvordan Høyesterett vil løse spørsmålet i en situasjon der norske rettskilder tilsier en løsning som er i motstrid med den løsningen som Barnekomiteens generelle kommentarer tilsier og denne motstriden ikke kan tolkes bort. Ettersom generelle kommentarer ikke er bindende og dette poengteres såpass sterkt av flertallet i Ashok-saken kan man tenke seg at det skal svært mye til før en generell kommentar om tolkningen av en bestemmelse i barnekonvensjonen fra Barnekomiteen gis gjennomslag overfor en norsk lovbestemmelse som er i strid med Barnekomiteens forståelse. Med «svært mye» tenker jeg f.eks. på at Barnekomiteens tolkning anses å være i tråd med norske verdier eller at et lignende støtteargument kan anføres for den løsningen som Barnekomiteens generelle kommentar tilsier (se også under i punkt 5.2.3.2.2 om støtteargumentet i Rt. 2008 s. 1764). Også overbevisende argumentasjon fra Barnekomiteens side kan tenkes å føre til at Høyesterett lar Barnekomiteens tolkning slå gjennom. I slike tilfeller er det likevel ikke sikkert at Høyesterett vil la

det komme klart fram at Barnekomiteens generelle kommentar har vært utslagsgivende. Det må uansett antas at Høyesterett ikke vil ta lett på en slik motstrid som er skissert over og som ikke kan tolkes bort, og at retten i det minste vil begrunne sitt valg om ikke å følge Barnekomiteens generelle kommentar. Dette er også i tråd med den folkerettslige litteraturen (punkt 3.1.2).

For det tredje reiser Ashok-saken spørsmål om det er grunn til å gi generelle kommentarer en annen vekt enn uttalelser i individuelle klagesaker. I avsnitt 42 peker førstvoterende på at det ikke er etablert noen individklageordning etter barnekonvensjonen og sier videre at staten har gjort gjeldende at uttalelsene fra Barnekomiteen derfor har mindre vekt. Etter å ha gjennomgått ulike forarbeider i avsnittene 42 og 43 konkluderer førstvoterende i avsnitt 44 med at det formelle grunnlaget for at en uttalelse er avgitt, har en viss betydning for den vekt den skal tillegges. Dernest oppstiller førstvoterende de tidligere nevnte kriteriene for vurderingen av vekten til generelle kommentarer. I likhet med ICJ i Diallo-saken ser altså ikke Høyesterett ut til å skille skarpt mellom generelle kommentarer og synspunkter. Førstvoterende uttaler riktignok at det formelle grunnlaget har en «viss betydning» (min utheving), men dette er en temmelig forsiktig formulering.

Det er i denne sammenhengen et interessant spørsmål hva det kan innebære at Høyesterett ikke i særlig grad ser ut til å skille mellom generelle kommentarer og synspunkter. Man kan neppe trekke den slutning at generelle kommentarer faktisk vil tillegges samme vekt som uttalelser i individuelle klagesaker. Vanligvis vil det være lettere og mindre risikofylt å legge en uttalelse i en individuell klagesak til grunn enn en generell kommentar. Dette fordi det i en klagesak vil foreligge et konkret faktum å forholde seg til, noe som reduserer risikoen for at en uttalelse får for stor rekkevidde.⁹¹ Samtidig gjør førstvoterende det klart at det ikke nødvendigvis er grunn til å behandle de to typer av uttalelser ulikt. I Rt. 2008 s. 1764, som skal gjennomgås under, vurderes en uttalelse fra Menneskerettskomiteen i en individuell klagesak etter lignende kriterier som førstvoterende i Ashok-saken oppstiller. Dette støtter opp om at Barnekomiteens generelle kommentarer ikke behandles forskjellig fra uttalelser i individuelle

⁹¹ Førstvoterende er selv inne på det samme når hun skriver at man må vurdere om en uttalelse passer på det aktuelle faktum i avsnitt 44. Se også Lilleholt (2002) s. 62 flg. for illustrerende eksempler på hvor galt det kan gå dersom argumentasjonen i en dom blir for generell.

klagesaker og at generelle kommentarer således tillegges og vil bli tillagt betydelig eller relativt stor vekt også i framtidige saker.

For det fjerde reises det i saken spørsmål om hvorvidt vekten til de generelle kommentarene fra Barnekomiteen vil vurderes ulikt ut fra hva de gjelder. Førstvoterende uttaler at det må vurderes om den generelle kommentaren er en tolkningsuttalelse eller om det er en tilråding om optimal praksis på et område. Dette er ikke annet enn uttrykk for et ganske grunnleggende poeng i rettskildelæren, nemlig at det er uttalelser om tolkningen av ulike bestemmelser som er mest interessant.

5.2.2.2.4 Mindretallets syn på spørsmålet om vekten til Barnekomiteens generelle kommentarer

Det er noen interessante forskjeller mellom mindretallet og flertallet i Ashok-saken. Disse forskjellene ligger primært i tilnærmingen til spørsmålet om hvilken vekt Barnekomiteens generelle kommentarer må gis.

Mindretallet i Ashok-saken foretar i motsetning til flertallet en selvstendig vurdering av de folkerettslige kildene. Flertallet på sin side nøyer seg med å vise til det som står i forarbeidene om hvilken vekt Barnekomiteens generelle kommentarer må tillegges.⁹² Denne ulike tilnærmingen gjenfinnes også i flere avsnitt i mindretallets votum.

For det første har mindretallet en klarere holdning til hvilken vekt tolkningsuttalelser fra FN-konvensjonsorganene har, og oppstiller som et eksplisitt utgangspunkt at disse må tillegges betydelig vekt (avsnitt 88). For det andre løfter mindretallet fram konkrete argumenter for å tillegge Barnekomiteens generelle kommentarer betydelig vekt, særlig viktigheten av felles standarder og tolkningsreferanser framheves. For det tredje peker mindretallet på at Barnekomiteens uttalelser kommer i stand gjennom en bred og solid prosess (avsnitt 89). Mindretallet framhever altså både systemargumenter og argumenter knyttet til Barnekomiteens arbeidsmetoder. Lignende argumenter er også førstvoterende inne på i avsnitt 35 flg. der hun redegjør for Barnekomiteens sammensetning og med hva komiteen jobber. Førstvoterende er

⁹² Ulfstein (2012b) s. 565.

også indirekte inne på problemstillingen i avsnitt 44 (se over) om det formelle grunnlaget for at en uttalelse er gitt.

På den ene siden kan det se ut til at mindretallet legger opp til en tilnærming hvor Barnekomiteens generelle kommentar tillegges mer vekt enn det flertallet gjør. På den andre siden går også mindretallet inn på argumentene som flertallet anfører knyttet til den generelle kommentarens klarhet og rekkevidde. Dette viser at også andrevoterende på vegne av mindretallet anser argumentene som relevante, selv om han i den konkrete saken vurderer klarheten og rekkevidden av den generelle kommentaren annerledes enn flertallet. Dermed kan man stille spørsmål om hvilken realitetsforskjell som ligger i flertallets og mindretallets votum. Etter min mening er det ikke grunn til å overdrive denne. Det de to fraksjonene i Høyesterett i Ashok-saken uttaler om vekten til Barnekomiteens generelle kommentarer er ikke uforenlig og bygger i stor grad på de samme vurderinger, selv om fokus og tilnæringsmåten er noe ulik.

5.2.2.3 Andre dommer fra Høyesterett som viser til generelle kommentarer fra Barnekomiteen

Som nevnt er det vist til Barnekomiteens generelle kommentarer i flere dommer i Høyesterett. Disse dommene viser at generelle kommentarer fra Barnekomiteen er en rettskilde som anføres av partene og som Høyesterett trekker inn i sin argumentasjon. Måten Høyesterett vanligvis gjør dette på er å trekke inn de generelle kommentarene som en del av begrunnelsen for et bestemt resultat. Se f.eks Rt. 2011 s. 774 avsnitt 25 og 26, Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 13 og 14, som begge gjelder utmåling av straff i saker med lovbrutere under 18 år. Høyesterett viser i de to nevnte dommene til Barnekomiteens generelle kommentarer, men uten å drøfte betydningen av disse nærmere. Spørsmålet om rettskildevekten til Barnekomiteens generelle kommentarer kommer ikke på spissen i noen av disse sakene som f.eks. et motstridsspørsmål, men det er helt tydelig at Høyesterett har betydelig respekt for Barnekomiteens generelle kommentarer og også nytte av dem som et ledd i argumentasjonen.

I den mye omtalte plenumssaken inntatt i Rt. 2012 s. 1985, som bl.a. gjelder gyldigheten av avslag på søknad om asyl og opphold i Norge, viser flertallet i avsnitt 136 til Ashok-saken når det gjelder den rettskildemessige betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer. Flertallet viser så i det påfølgende avsnitt at de generelle kommentarenes betydning må vurde-

res i hver enkelt sak. Der det i Ashok-saken var snakk om en enslig mindreårig asylsøker var det i Rt. 2012 s. 1985 snakk om en familie som var samlet. Da generell kommentar nr. 6 kun gjelder *enslige* mindreårige som befinner seg utenfor sitt hjemland, var den ikke anvendelig i plenumssaken.⁹³ Høyesteretts tilnærming viser at de generelle kommentarene fra Barnekomiteen har rettslig betydning og at de ikke uten videre kan ses bort fra. I dette tilfellet bruker Høyesterett en vanlig teknikk for å se bort fra en rettskilde ved at de skiller mellom det den generelle kommentaren gjelder og det som den saken retten skal ta stilling til gjelder (en slags «distinguishing cases»-tilnærming).

I den andre plenumssaken om asylbarn fra 2012, Rt. 2012 s. 2039, kommer en interessant forskjell mellom flertall og mindretall til syne (11 mot 8). Denne forskjellen kan tas som tegn på en økt villighet fra mindretallets side til å la barnekonvensjonen og Barnekomiteens generelle kommentarer få gjennomslag. Som i Ashok-saken er det dommer Bårdsen som uttaler seg på vegne av mindretallet. Bårdsen gjør omfattende bruk av generelle kommentarer fra Barnekomiteen i sin drøftelse av om det kan gis fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3, som gjelder hensynet til barnets beste. Han konkluderer bekreftende bl.a. på bakgrunn av generell kommentar nr. 5 som sier at det må foreligge effektive rettsmidler ved brudd på konvensjonen dersom rettighetene i barnekonvensjonen skal ha mening.⁹⁴ Førstvotende på vegne av flertallet på sin side nøyer seg med å uttale at det etter hans syn «ikke av våre internasjonale forpliktelser kan utledes noe krav om fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen artikkel 3». Dette er begrunnet med at barnekonvensjonen ikke eksplisitt stiller noe krav om effektivt rettsmiddel. Han går ikke nærmere inn på hva Barnekomiteen uttaler i generell kommentar nr. 5. Dermed har han heller ikke uttalt noe om vekten, men gjennom flertallets tilnærming gis det heller ikke noe nærmere innblikk i grunnen til at de internasjonale kildene ikke tilsier et krav på fastsettelsesdom ved brudd på barnekonvensjonen artikkel 3. Flertallet kan på denne måten kanskje *de facto* ha sådd en viss tvil om betydningen av de generelle kommentarene fra Barnekomiteen ved å unnlate å nevne dem.

⁹³ General Comment No. 6 (2005) fra Barnekomiteen.

⁹⁴ General Comment No. 5 (2003) fra Barnekomiteen, avsnitt 24.

5.2.2.4 Sammenfattende om vekten av Barnekomiteens generelle kommentarer internt i norsk rett

Det har vært hevdet at hvis flertallets «synspunkter i Rt-2009-1261 videreføres, vil dette (...) bidra til å gi barnekomiteens uttalelser svekket vekt som rettskilde.»⁹⁵ Denne uttalelsen framstår som noe unyansert. Selv om førstvoterende i Ashok-saken ikke uttaler seg om vekten til generelle kommentarer annet enn gjennom henvisninger til andre kilder, er det rimelig klart ut fra drøftelsen over at Barnekomiteens generelle kommentarer har rettslig betydning. Som nevnt er de kriteriene som stilles opp for vurderingen av de generelle kommentarene i tråd med de alminnelige kriterier for vurdering av om en høyesterettsdom skal ses bort fra eller settes til side. Det vil si at rettsanvenderen ikke uten videre kan se bort fra den generelle kommentaren, men må behandle denne som en relevant kilde med betydelig vekt. Det innebærer også at rettsanvenderen er nødt til å begrunne et eventuelt valg om ikke å legge vekt på en generell kommentar. Dette kan enten gjøres gjennom de alminnelige vektargumentene eller det kan gjøres gjennom en tolkning av kommentaren. Uttalelsen til Haugli og Bendiksen sier også lite om hvordan de mener at rettskildevekten til generelle kommentarer fra Barnekomiteen kan bli svekket eller er blitt svekket. I Ashok-saken har som nevnt flertallet og mindretallet ulike tilnærminger til spørsmålet om rettskildevekten av Barnekomiteens generelle kommentarer, men både flertall og mindretall ender med å foreta en vurdering som går etter de samme linjer. Dermed er det gode holdepunkter for å si at Barnekomiteens generelle kommentarer er en rettskilde med betydelig vekt internt i norsk rett.

Ved siden av Høyesteretts uttalelser i Ashok-saken finnes en del andre dommer hvor Høyesterett viser til generelle kommentarer fra Barnekomiteen. Disse bygger opp under den konklusjon at Barnekomiteens generelle kommentarer er en rettskilde med betydelig vekt, samtidig som det er viktig å være klar over at vekten vil kunne variere ut fra forskjellige vurderingskriterier (klarhet etc.). Mest interessant er det kanskje å se hvor ulik tilnærming flertall og mindretall anvender, særlig i plenumsdommen inntatt i Rt. 2012 s. 2039. Flertallet ser tilsynelatende uten nærmere begrunnelse bort fra Barnekomiteens generelle kommentar nr. 5. Denne tilnærming til spørsmålet om krav på fastsettelsesdom ved brudd på barnekonvensjonen artikkel 3 kan nok være med på bygge opp under Haugli og Bendiksens oppfatning om at Barnekomiteens generelle kommentarer ble svekket som følge av dommen i Ashok-saken. På samme tid

⁹⁵ Bendiksen/Haugli (2010) s. 67.

er det vanskelig å trekke noen sikre slutninger om hvorvidt flertallet i Rt. 2012 s. 2039 også har ment noe om rettskildevekten av den generelle kommentaren ved ikke å vise til den. En tolkning som hviler på noe dommeren *ikke* har sagt, bør man være varsom med.

5.2.2.5 Kan vekten av Barnekomiteens generelle kommentarer tenkes påvirket av den nye tilleggsprotokollen om individuell klageadgang?

Dette er et temmelig teoretisk spørsmål, men like fullt interessant. Spørsmålet handler bl.a. om den legitimitet som Barnekomiteen oppfattes å ha.

Som nevnt vil de generelle kommentarene utformes bl.a. på bakgrunn av den erfaring Barnekomiteen har fra arbeidet med statsrapporter og erfaringer fra de såkalte diskusjonsdagene. Dersom komiteen i tillegg får et stort sakstilfang i individuelle klagesaker vil dette øke erfaringsgrunnlaget til komiteen.

Det er kanskje ikke riktig å si at vekten av de generelle kommentarene vil øke med en klageordning. Riktigere er det nok å si at de generelle kommentarenes klarhet, presisjonsnivå og grundighet vil kunne nyte godt av en klageordning fordi Barnekomiteen har mer konkret erfaring å bygge på (punkt 4.4.2.1). Dette er f.eks. tydelig i Menneskerettskomiteens generelle kommentarer som ofte inneholder omfattende henvisninger til komiteens tidligere synspunkter i individuelle klagesaker.⁹⁶ I sin konsekvens vil også de generelle kommentarene kunne få økt vekt. Ytterligere et poeng er at dersom Barnekomiteen får anledning til å behandle individuelle klagesaker, så vil dette også kunne bidra til å framheve Barnekomiteens karakter av å være et juridisk organ. Som påpekt ovenfor er dette noe som kan tenkes å påvirke den vekt som praksis fra et konvensjonsorgan gis (punkt 5.1.6).

Spørsmålet som gjenstår er om Høyesterett vil vurdere generelle kommentarer fra Barnekomiteen på en annen måte etter at den individuelle klageordningen under barnekonvensjonen trer i kraft? Ett mulig utfall av en individklageordning under barnekonvensjonen er at synspunktene til Barnekomiteen i individuelle klagesaker gradvis vil ta over den plass som de generelle kommentarene har hatt så langt. For norsk retts del vil dette kanskje innebære at partene i en

⁹⁶ Se General Comment No. 34 og Draft General Comment No. 35 (sistnevnte foreligger foreløpig kun som utkast) fra Menneskerettskomiteen for eksempler.

sak som går for domstolene vil benytte seg av Barnekomiteens synspunkter i individuelle klagesaker som rettskilder framfor de generelle kommentarene, og eventuelt at de generelle kommentarene benyttes som et supplement.

For Barnekomiteens vedkommende vil anledningen til å behandle klagesaker kanskje innebære at de generelle kommentarene i framtiden i større grad brukes til å utpensle linjer i komiteens arbeidsmetoder og hvordan deres synspunkter i individuelle klagesaker skal tolkes og anvendes (punkt 4.5.2.2), framfor å bruke dem til å tolke barnekonvensjonens materielle bestemmelser. Når dette er sagt bruker f.eks. Menneskerettskomiteen, på tross av at komiteen har behandlet individuelle klagesaker i en årrekke, fortsatt de generelle kommentarene til å tolke enkeltbestemmelser i SP.⁹⁷ Det vil nok også Barnekomiteen fortsette med, men i framtiden – noe avhengig av sakstilfang i klagemekanismen – med et bredere og mer solid erfaringsgrunnlag.

5.2.3 Uttalelser i individklagesaker («views»)

5.2.3.1 Innledning

Den følgende drøftelsen må nødvendigvis bli hypotetisk ettersom Barnekomiteen i skrivende stund ikke har behandlet noen individuelle klagesaker. Vi vet dermed verken hvilken betydning uttalelser i slike saker vil tillegges i internasjonal rett eller i norsk rett. Det er imidlertid grunn til å tro at Barnekomiteens uttalelser i individuelle klagesaker vil tillegges lignende vekt som uttalelser fra Menneskerettskomiteen.⁹⁸ Det første spørsmålet er altså hvilken vekt Høyesterett har lagt på uttalelser i individuelle klagesaker fra Menneskerettskomiteen. Spørsmålet blir så om det er noen grunn til å tro at Høyesterett vil behandle uttalelser fra Barnekomiteen i slike saker på noen annen måte.

⁹⁷ Senest Draft General Comment No. 35 fra Menneskerettskomiteen som tolker SP artikkel 9.

⁹⁸ Søvig (2009) s. 34 nevner parallellen mellom Barnekomiteen og Menneskerettskomiteen i det ingen av disse organene avgir bindende uttalelser. Også Elgesem-rapporten trekker parallellen mellom de to organene, se s. 19-20 og s. 54. Ulfstein (2012a) s. 99 peker på at de samme argumentene som taler for å tillegge Menneskerettskomiteens uttalelser betydelig vekt, gjør seg gjeldende også for de andre FN-komiteene. På samme tid bemerker han at dette ikke er til hinder for at de andre FN-komiteenes uttalelser vil bli underlagt en grundigere vurdering enn Menneskerettskomiteen som kanskje har en høyere anseelse når det kommer til å avsi juridiske avgjørelser.

Utgangspunktet er som for de generelle kommentarene, at heller ikke uttalelser i individuelle klagesaker er rettslig bindende.

5.2.3.2 Rt. 2008 s. 1764 – Ankenektsaken

5.2.3.2.1 Innledning – saksforhold og rettens konklusjon

Saken gjelder begrunnelse i straffesaker der lagmannsretten nekter ankebehandling etter strpl. § 321 (2). Tidligere ble det ikke stilt noe krav om begrunnelse i de tilfelle der lagmannsretten fant det klart at anken ikke ville føre fram. Ved lov 10. desember 2010 nr. 76 og i tråd med Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2008 s. 1764 ble det i strpl. § 321 (5) tilføyd et krav om begrunnelse.

Saken reiser det interessante rettskildespørsmålet om hvilken vekt en uttalelse fra Menneskerettskomiteen i en individuell klagesak har. Spørsmålet var nærmere bestemt hvilken betydning Menneskerettskomiteens uttalelse i den såkalte Restauratørsaken⁹⁹ har for tolkningen av intern norsk rett.

Førstvoterende viser i avsnitt 76 til Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45-47. I disse avsnittene gis en generell uttalelse om hvordan norske domstoler skal gå fram når de skal tolke Norges konvensjonsforpliktelser. I saken inntatt i Rt. 2005 s. 833 drøftes spørsmålet i relasjon til EMK, men førstvoterende i Ankenektsaken uttaler at de samme betraktninger har gyldighet i forholdet mellom SP og norsk lov (se også punkt 3.2). Deretter tilføyes en viktig reservasjon: «Det kan imidlertid ikke uten videre legges til grunn at avgjørelser av Menneskerettskomiteen har samme gjennomslagskraft som avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen.» (avsnitt 76)

Førstvoterende gjennomgår så forarbeidene til menneskerettsloven og «finner (...) det klart at en konvensjonstolking foretatt av FNs menneskerettskomité må ha betydelig vekt som rettskilde.» (avsnitt 81)

⁹⁹ FNs menneskerettskomité A.A. v. Norway.

Utgangspunktet ligger altså fast: Menneskerettskomiteens uttalelser er ikke bindende, men de har betydelig vekt. Dette er på linje med hva ICJ uttalte i Diallo-saken. Spørsmålet er hva som ligger i at uttalelsene må ha *betydelig vekt* som rettskilde.

5.2.3.2.2 Analyse av Ankenektsaken

For en mer generell redegjørelse for hva som ligger i betydelig vekt kan det vises til det som ble sagt over i punkt 5.2.2.2.3 om generelle kommentarer. Jeg skal her se nærmere på spørsmålet om hva som ligger i betydelig vekt i Ankenektsaken.

Ankenektsaken dreier seg om en helt grunnleggende straffeprosessuell rettighet, retten til begrunnelse. Denne rettigheten er ikke fremmed i norsk rett. Dette påpekes også av førstvotende i avsnitt 101 hvor han uttaler at kravet om begrunnelse er i tråd med norske prosessidealer. Det har vært hevdet at argumentet om at begrunnelseskravet er i tråd med norske prosessidealer først og fremst fremstår som et støtteargument.¹⁰⁰

Jeg er enig i at det i dommen framstår som et støtteargument, men man kan også se på argumentet som mer sentralt enn bare et støtteargument. Gjennom påpekningen av at begge rettsystemer kunne tale for en rett til begrunnelse ble spenningsfeltet mellom norsk rett og internasjonal rett redusert.¹⁰¹ Under denne synsvinkelen kan argumentet framstå som mer enn bare en støtte for et resultat som Høyesterett uansett ville kommet til, fordi det kan hevdes at det gjennom spenningsredueringen også ble lettere for Høyesterett faktisk å legge betydelig vekt på uttalelsen fra Menneskerettskomiteen. Henvisningen til norske prosessidealer kan dermed tenkes å ha hatt en legitimeringsfunksjon. Dersom Menneskerettskomiteens uttalelse hadde gjeldt en mindre grunnleggende rettighet som i tillegg ikke stemte godt overens med norske prosessidealer, så ville kanskje heller ikke uttalelsen vært tillagt betydelig vekt. I hvert fall ville det vært vanskeligere for Høyesterett å gjøre det.

Det er likevel liten tvil om at Ankenektsaken utgjorde et markert brudd med det norske regelverket, og at Høyesterett uten avgjørelsen fra Menneskerettskomiteen nok ikke ville kommet til det resultatet de gjorde. Det ligger dermed en realitet i at Høyesterett tillegger uttalelser fra

¹⁰⁰ Andenæs/Kravik (2010) s. 590-591.

¹⁰¹ Ibid. s. 590

Menneskerettskomiteen betydelig vekt. Dette kan også spores i flere andre avsnitt i dommen som jeg nå skal se nærmere på.

Høyesteretts tilnærming til Menneskerettskomiteens uttalelse i Restauratørsaken har klare likhetstrekk med Høyesteretts tilnærming til alminnelige norske høyesterettsdommer.¹⁰² Denne tilnærmingen minner også om de vurderingskriteriene som førstvoterende i Ashok-saken oppstilte for Barnekomiteens generelle kommentarer.

I avsnitt 101 vektlegger førstvoterende at avgjørelsen fra Menneskerettskomiteen er klar. Dette behandles av førstvoterende som et spørsmål om slutning, men tilsier også at Høyesterett dersom avgjørelsen hadde vært uklar ville kunne brukt dette som argument mot å legge vekt på den.

Videre går førstvoterende, bl.a. foranlediget av påtalemyndighetens prosedyre, inn på rekkevidden av Menneskerettskomiteens avgjørelse i Restauratørsaken. Påtalemyndigheten anførte for Høyesterett at avgjørelsen fra Menneskerettskomiteen var konkret begrunnet og at prejudikativkningen dermed måtte være begrenset (avsnitt 28 og 91). Dette var førstvoterende ikke enig i. Han mente at Menneskerettskomiteens premisser i Restauratørsaken var gitt i en generell form (avsnitt 94). Også her kan det sies primært å være et spørsmål om slutning, men argumentet handler også om den konkrete vekten av en avgjørelse fra Menneskerettskomiteen. Med fare for en viss spekulasjon kunne man tenke seg at dersom Høyesterett hadde vært enig i synspunktet om at avgjørelsen til Menneskerettskomiteen i Restauratørsaken var konkret begrunnet, og at uttalelsen om begrunnelse dermed ville rullet for langt, så ville Høyesterett kanskje også krevet at uttalelsen om begrunnelse var enda klarere.

Det sentrale her er at førstvoterende ikke behandler uttalelsen fra Menneskerettskomiteen på generelt grunnlag ved f.eks. å påpeke at den ikke er bindende e.l. Uttalelsen behandles som en form for prejudikat hvor de vanlige argumenter for å følge eller ikke følge et prejudikat må drøftes. Dette er også i tråd med den folkerettslige oppfatning at dersom en nasjonal domstol

¹⁰² Jeg ser da bort fra den åpenbare forskjell at Høyesterett generelt drøfter hvilken betydning Menneskerettskomiteens uttalelser i individuelle klagesaker har internt i norsk rett i avsnittene 73-81.

velger å ikke respektere et konvensjonsorgans vedtak, så må den også begrunne på hvilket grunnlag den gjør dette (punkt 3.1.2).

Når uttrykket betydelig vekt brukes i Ankenekt-saken er dette et tegn på at det skal mye til før Høyesterett ser bort fra synspunkter i individklagesaker fra Menneskerettskomiteen. I hvert fall må det foreligge gode grunner for å gjøre dette.

Som nevnt kritiserer Harborg-rapporten norske myndigheters syn om at avgjørelser fra FN-komiteene langt på vei kan sammenlignes med dommer fra EMD. Ut fra førstvoterendes tilnærming i Ankenektsaken er det rimelig klart at det ikke uten videre kan settes noe likhetstegn mellom dommer fra EMD og avgjørelser fra Menneskerettskomiteen. Det kommer fram i Ankenektsaken gjennom førstvoterendes henvisninger til forarbeidene (avsnitt 76-80) at vekten av praksis fra Menneskerettskomiteen i en viss grad vil bero på vurderinger knyttet til karakteristika ved konvensjonsorganet.

5.2.3.3 Hvilken vekt kan det antas at Barnekomiteens uttalelser i individuelle klagesaker vil bli tillagt?

Barnekomiteen er som Menneskerettskomiteen et organ opprettet gjennom en av FNs menneskerettskonvensjoner. Statene har akseptert konvensjonsorganenes myndighet til å avgi avsluttende merknader til statsrapporter og til å utarbeide generelle kommentarer. Menneskerettskomiteen skiller seg imidlertid på noen potensielt viktige områder fra Barnekomiteen.

Barnekomiteen har for det første en langt mer variert sammensatt gruppe eksperter enn Menneskerettskomiteen. Som nevnt er kun to¹⁰³ av de atten medlemmene i Menneskerettskomiteen ikke-jurister, mens det tilsvarende tallet for Barnekomiteen er ni. I Barnekomiteen sitter det sosialantropologer, psykologer, økonomer og leger.

Videre er det slik at Menneskerettskomiteen helt siden SP trådte i kraft har hatt anledning til å motta individuelle klager. Det vil si at Menneskerettskomiteen har nærmere 40 år med erfaring fra individklagebehandling. Dette setter Menneskerettskomiteen i en særstilling når det

¹⁰³ Den ene av disse har imidlertid en «BA in Law».

gjelder å utforme synspunkter i individuelle klagesaker.¹⁰⁴ Det vil ta tid for Barnekomiteen å opparbeide seg en lignende «portefølje» som Menneskerettskomiteen.

Barnekomiteens sammensetning og erfaring er forhold som vil kunne påvirke den vekt deres uttalelser i individuelle klagesaker tillegges. På samme tid kan det hevdes at det primært er Barnekomiteens funksjon som bestemmer vekten av synspunktene og ikke sammensetningen av komiteen.¹⁰⁵ I praksis er det imidlertid vanskelig å se bort fra betydningen av rettsanvenderens oppfatning av ekspertisen i Barnekomiteen. Dersom Barnekomiteen skulle komme i en situasjon hvor den i juridiske miljøer oppfattes som faglig lite solid, er dette noe som vil kunne påvirke den vekten som komiteens uttalelser tillegges. Oppfatningen av ekspertisen i en komité i FN-systemet løftes fram både i folkerettslitteraturen og i forarbeidene til menneskerettsloven som et relevant argument (punkt 5.1.5).¹⁰⁶

Den oppfattede ekspertisen i Barnekomiteen har også en side til oppfatningen av Barnekomiteen generelt, nemlig dens karakter som juridisk organ. Praksis fra andre land tyder på at de nasjonale domstolenes vurdering av en FN-komités uttalelser påvirkes av hvordan de nasjonale domstolene vurderer komiteens juridiske karakter.¹⁰⁷ Spor av dette finnes også i både Ashok-saken og Ankenektsaken. Vurderingen vil nok for Barnekomiteens vedkommende være påvirket av sammensetningen, men viktigere er nok arbeidsmetodene og saksbehandlingsreglene. Et annet viktig moment ved vurderingen vil være om Barnekomiteen oppfattes som uavhengig. Som tidligere konkludert legger reglene knyttet til individklageordningen under barnekonvensjonen opp til en forsvarlig og uavhengig behandling av hver enkelt sak. Dette tilsier at også Barnekomiteens synspunkter i individuelle klagesaker vil tillegges betydelig vekt i norsk rett. Som nevnt gjenstår det imidlertid å se hvordan saksbehandlingsreglene vil bli praktisert.

I individuelle klagesaker vil det være Barnekomiteens synspunkter som rettsanvenderen må ta stilling til. Disse kan framstå som klare, nøye gjennomtenkte og overbevisende eller de kan

¹⁰⁴ Ulfstein (2012a) s. 99.

¹⁰⁵ Ulfstein (2012b) s. 555.

¹⁰⁶ Ulfstein (2012a) s. 77 flg. og Ot.prp.nr. 3 (1998-1999) s. 68-70.

¹⁰⁷ Alebeek/Nollkaemper (2012) s. 404.

framstå som mindre klare etc. En slik vurdering kan kanskje bli farget av rettsanvenderens oppfatning av ekspertisen i komiteen, men det er vanskelig å si noe mer om dette uten å hengi seg til ren spekulasjon. Det sentrale her er at Barnekomiteens synspunkter i likhet med en norsk høyesterettsdom vil være avhengig av å overbevise, og dette gjelder i enn større grad for en uttalelse i en individuell klagesak fra Barnekomiteen enn for en høyesterettsdom. En dom fra Høyesterett oppfattes jo i utgangspunkt som bindende, mens en avgjørelse fra Barnekomiteen ikke er det.

Dersom Norge ikke ratifiserer Protokollen, blir det et spørsmål om hvordan Høyesterett vil vurdere praksis i klagesaker mot andre land. Spørsmålet er også relevant om Norge ratifiserer, men da vil norske domstoler med tiden sannsynligvis også få praksis i klagesaker mot Norge å forholde seg til. Et viktig spørsmål i denne sammenheng er om det er grunnlag for synspunktet om at praksis i saker mot andre land sannsynligvis vil tillegges mindre vekt enn praksis i saker mot Norge? Bakgrunnen for synspunktet er at rettslig og faktiske forhold vil variere fra land til land, og at det dermed kan være grunn til å legge mindre vekt på praksis i saker som ikke gjelder Norge. Dette er nok mer et spørsmål om å skille saker fra hverandre enn det er et rent vektspørsmål. Det kan selvfølgelig tenkes at Høyesterett vil uttale at praksis som gjelder andre land har begrenset vekt i norsk rett, men det er nok like sannsynlig at det vil håndteres som et slutningsspørsmål ved at retten vurderer overføringsverdien til norske forhold.

5.2.4 Oppsummering om rettskildevekten til generelle kommentarer og uttalelser i individuelle klagesaker fra Barnekomiteen

Det er liten tvil om at både generelle kommentarer og framtidige uttalelser i individuelle klagesaker fra Barnekomiteen vil tillegges betydelig eller relativt stor vekt av Høyesterett. På samme tid er det også slik at Høyesterett vil kunne se bort fra praksis fra Barnekomiteen dersom den ikke anses godt nok begrunnet, uklar eller ikke riktig. I disse tilfellene vil Høyesterett etter alt å dømme ikke avvise Barnekomiteens praksis uten en nærmere begrunnelse. Den nærmere begrunnelse vil kunne omfatte en rekke ulike momenter. Hvorvidt en uttalelse er konkret og har begrenset rekkevidde vil spille inn. Likeså vil (u)likheten mellom saksforholdet som Barnekomiteen har hatt for øyet og det saksforholdet den nasjonale rettsanvenderen vurderer, kunne ha betydning. Dette poenget er også relevant der det er snakk om å vurdere Barnekomiteens synspunkter i klagesaker mot andre land. Videre vil oppfatningen av Barne-

komiteens faglige kompetanse og arbeidsmetoder kunne spille inn på vurderingen av vekten. Dersom den faglige kompetansen vurderes lavt, samtidig som det råder en oppfatning om at saksbehandlingen i Barnekomiteen ikke er tilfredsstillende vil dette kunne svekke rettskildevekten til Barnekomiteens praksis. Da vil innholdet i Barnekomiteens praksis bli desto viktigere. Jo bedre begrunnet og jo bedre gjennomarbeidet en generell kommentar eller en uttalelse i en individuell klagesak framstår, desto vanskeligere vil det bli for Høyesterett å se bort fra det Barnekomiteen har uttalt.

Videre er det grunn til å bemerke at Høyesterett ikke i nevneverdig grad ser ut til å skille mellom generelle kommentarer og uttalelser i individklagesaker. Dette kan synes noe merkelig ut fra det forhold at generelle kommentarer gjennomgående følger mindre strenge og fastlagte regler for saksbehandling. Samtidig kan det tyde på at Høyesterett vurderer både arbeidet med generelle kommentarer og individuelle klagesaker som tilfredsstillende.

6 Avslutning

Oppgaven har vist at praksis fra konvensjonsorganer er en relevant kilde som skal tillegges betydelig vekt i folkeretten. Norske domstoler er forpliktet til å anvende den folkerettslige metode ved tolkningen av konvensjonstekster, og dermed skal praksis fra konvensjonsorganer også tillegges betydelig vekt internt i norsk rett.

Utgangspunktet ved vurderingen av den internrettslige vekten til Barnekomiteens generelle kommentarer og framtidige uttalelser i individuelle klagesaker er dermed at de skal tillegges betydelig vekt. Den Høyesterettspraksis som er gjennomgått ovenfor er i tråd med dette. Den konkrete vekten vil imidlertid kunne bero på en nærmere vurdering av en rekke faktorer (punkt 5.2.4). Dette er også i tråd med det som følger av den folkerettslige metode og ellers i tråd med den norske rettskildelæren.

Det er mange hensyn som kan tenkes å påvirke vekten av Barnekomiteens generelle kommentarer og uttalelser i individklagesaker. Over er en del av de mest sentrale hensyn gjennomgått, og det har framkommet at mange av disse hensynene også vurderes som relevante av Høyesterett når retten skal ta stilling til betydningen av praksis fra konvensjonsorganer i FN-systemet.

7 Litteraturliste

7.1 Litteratur

- Alebeek/Nollkaemper (2012) Rosanne van Alebeek og André Nollkaemper: *The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law*. I: UN Human Rights Treaty Bodies – Law and Legitimacy. Helen Keller, Geir Ulfstein (ed.). Cambridge, 2012, s. 356-413.
- Andenæs/Kravik (2010) Mads Andenæs og Andreas Motzfeldt Kravik: *Norske verdier og EMK*. I: Lov og Rett. 2010, s. 579-599.
- Arnesen/Stenvik (2009) Finn Arnesen og Are Stenvik: *Internasjonalisering og juridisk metode – Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. Oslo, 2009.
- Bendiksen/Haugli (2010) Lena Renate L. Bendiksen og Trude Haugli: *Hvor ble det av gutten?* I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål. 2010, s. 60-80.
- Bernt/Mæhle (2008) Jan Fridthjof Bernt og Synne Sæther Mæhle: *Rett, samfunn og demokrati – Utdrag*. Oslo, 2008.
- Eckhoff (2001) Torstein Eckhoff: *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.
- Eriksen (2013) Christoffer C. Eriksen: *Internasjonalisering av retten (Menneskerettigheter, EU/EØS-rett og komparativ rett)*. I: Nye trender i rettsvitenskapen. Asbjørn Kjønstad (red.). Oslo, 2013, s. 62-72.

- Elgesem (2013) Frode Elgesem: *Vurdering av fordeler og ulemper ved eventuell norsk tilslutning til FNs barnekonvensjons tilleggsprotokoll om individuell klagerett – En juridisk analyse*. Rapport avgitt til Utenriksdepartementet 3. juni 2013.
- Eng (2005) Svein Eng: *Rettsfilosofi*, foreløpig utgave. Oslo, 2005.
- Fleischer (2005) Carl August Fleischer: *Folkerett*, 8. utgave. Oslo, 2005.
- Graver (2007) Hans Petter Graver: *Rettsretorikk – En metodelære*. Bergen, 2007.
- Harborg (2011) Henning Harborg: *Valgfri protokoll til ØSK – Mulige virkninger av tilslutning*. Rapport avgitt til Utenriksdepartementet 16. september 2011.
- Høstmælingen (2012) Njål Høstmælingen: *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utgave. Oslo, 2012.
- Keller/Grover (2012) Helen Keller og Leena Grover: *General Comments of the Human Rights Committee and their legitimacy. I: UN Human Rights Treaty Bodies – Law and Legitimacy*. Helen Keller, Geir Ulfstein (ed.). Cambridge, 2012, s. 116-198.
- Knoph (2009) *Knops oversikt over Norges rett*. Oslo, 2009, s. 5-29.
- Köhler-Olsen (2010) Julia Köhler-Olsen: *Forbud mot niqab og burka i den offentlige skolen. I: Lov og Rett*. 2010, s. 407-422.

- Lilleholt (2002) Kåre Lilleholt: *Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå dei seinare åra*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap 2002, s. 62-75.
- Mæhle (2005) Synne Sæther Mæhle: *Grenser for rettsanvendelseskjønn – Om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*. Oslo, 2005.
- Ruud/Ulfstein (2011) Morten Ruud og Geir Ulfstein: *Innføring i folkerett*, 4. utgave. Oslo, 2011.
- Sandberg (2013) Kirsten Sandberg: *Om barns egen rolle i overvåkingen av FNs barnekonvensjon*. I: Velferd og rettferd – Festskrift til Asbjørn Kjønstad 70 år. Kirsten Ketscher, Kåre Lilleholt, Eivind Smith og Aslak Syse (red.). Oslo, 2013, s. 493-501.
- Schabas (2011) William A. Schabas: *On the Binding Nature of the Findings of the Treaty Bodies*. I: *New Challenges for the UN Human Rights Machinery – What Future for the UN Treaty Body System and the Human Rights Council Procedures?* M. Cherif Bassiouni og William A. Schabas (eds.). Cambridge, 2011, s. 97-106.
- Skoghøy (2011) Jens Edvin A. Skoghøy: *Dynamisk tolking i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti*. I: *Lov og Rett*. 2011, s. 511-530.
- Søvig (2009) Harald Søvig: *Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett*. Utredning gjort på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet. Bergen, 2009.

- Ulfstein (2009) Geir Ulfstein: *Menneskerettslige overvåkningsorganer: betydningen i folkeretten og norsk rett*. I: *Arbeid og rett – Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*. Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt, Dag Michalsen (red.). Oslo, 2009, s. 605-622.
- Ulfstein (2011) Geir Ulfstein: *The Legal Status of Views Adopted by the Human Rights Committee – From Genesis to Adoption of General Comment No. 33*. I: *Making Peoples Heard – Essays on Human Rights in Honour of Gudmundur Alfredsson*. Asbjørn Eide, Jakob Th. Möller & Ineta Ziemele (ed.). Leiden/Boston, 2011, s. 159-166.
- Ulfstein (2012a) Geir Ulfstein: *Individual complaints*. I: *UN Human Rights Treaty Bodies – Law and Legitimacy*. Helen Keller, Geir Ulfstein (ed.). Cambridge, 2012, s. 73-115.
- Ulfstein (2012b) Geir Ulfstein: *Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer*. I: *Lov og Rett*. 2012, s. 552-570.
- Verheyde/Goedertier (2006) Mieke Verheyde og Geert Goedertier: *Article 43-45 – The UN Committee on the Rights of the Child*. I: *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. André Alen, Johan Vande Lanotte, Eugeen Verhellen, Fiona Ang, Eva Berghmans and Mieke Verheyde (ed.). Leiden/Boston, 2006.
- Wheatley (2014) Steven Wheatley: *On the legitimate authority of international human rights bodies*. I: *The Legitimacy of International Human Rights Regimes – Legal, Political and Philosophical Perspectives*. Andreas Føllesdal, Johan

Karlsson Schaffer og Geir Ulfstein (ed.). Cambridge, 2014, s. 84-116.

Wolfrum (2011)

Rüdiger Wolfrum: *Legitimacy in International Law*. I: Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Rüdiger Wolfrum (ed.). Nettutgaven (lest 15.4.2014): <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1960?rskey=cgrbOi&result=1&prd=EPIL>.

Aall (2011)

Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter - en innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 3. utgave. Bergen 2011.

7.2 Norske lover

1981

Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25

1988

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 24. juni 1988 nr. 64

1999

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

7.3 Norske forarbeider

NOU 1993:18

Lovgivning om menneskerettigheter.

Ot.prp.nr.3 (1998-1999)

Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Ot.prp.nr.93 (2008-2009) *Om lov om endringer i menneskerettsloven mv. (inkorporering av kvinnediskriminerings-konvensjonen).*

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

7.4 Internasjonale konvensjoner

Barnekonvensjonen FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989

EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 4. november 1950

ICJ Statuttene for den internasjonale domstol, 26. juni 1945

SP Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966

Tilleggsprotokoll til BK Valgfri protokoll til konvensjonen om barns rettigheter om barn i væpnet konflikt, 25. mai 2000

Tilleggsprotokoll til BK Valgfri protokoll til konvensjonen om barnets rettigheter om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi, 25. mai 2000

Tilleggsprotokoll til BK Valgfri protokoll til konvensjonen om barns rettigheter om individklageordning, 19. desember 2011

Tilleggsprotokoll til ØSK Valgfri protokoll til konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 18. juni 2008

Wien-konvensjonen Wien-konvensjonen om traktaretten, 23. mai 1969

7.5 Dommer mv.

7.5.1 Norsk Høyesterett

Rt. 1997 s. 580

Rt. 2000 s. 996 Bøhler-dommen

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2008 s. 1764 Ankenekt

Rt. 2009 s. 1261 Ashok

Rt. 2010 s. 1313

Rt. 2011 s. 774

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2012 s. 2039

7.5.2 Avgjørelser fra internasjonale domstoler og klageorganer

7.5.2.1 Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

Christine Goodwin v. The United Kingdom Den europeiske menneskerettsdomstolen, 11. juni 2002

Hirst v. The United Kingdom (No. 2) Den europeiske menneskerettsdomstolen, 6. oktober 2005

7.5.2.2 FNs menneskerettskomité

A.A. v. Norway (Restauratørsaken)

FNs menneskerettskomité, 17. juli
2008

7.5.2.3 International Court of Justice (ICJ)

Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo

ICJ Case Concerning Ahmadou
Sadio Diallo (Republic of Guinea
v. Democratic Republic of Con-
go), 30. november 2010

7.6 Generelle kommentarer fra FN-komiteer

Barnekomiteen: *General Comment No. 5 General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6) (CRC/GC/2003/5).*

Barnekomiteen: *General Comment No. 6 Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin (CRC/C/GC/2005/6).*

Menneskerettskomiteen: *General Comment No. 33. The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (CCPR/C/GC/33).*

Menneskerettskomiteen: *General Comment No. 34 Article 19: Freedoms of opinion and expression (CCPR/C/GC/34).*

Menneskerettskomiteen: *Draft General Comment No. 35 Article 9: Liberty and security of person.* Utkastet er tilgjengelig her (lest 8.4.2014):

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/DGCArticle9.aspx>

7.7 Andre internasjonale kilder

Barnekomiteen: Rules of procedure under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure (CRC/C/62/3).

Barnekomiteen: Committee on the Rights of the Child – Working methods. Reglene er tilgjengelige her (lest 8.4.2014):

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/WorkingMethods.aspx>