

**HENSYNET TIL BARNETS BESTE VED
FAMILIEGJENFORENING
MELLOM BARN OG FORELDRE**

Kandidatnummer: 316
Veileder: Kirsten Sandberg
Leveringsfrist: 25.11.2006

Til sammen 17823 ord

07.06.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Avgrensning og definisjoner	2
1.3	Rettskildene	3
1.4	Veien videre og de nærmere problemstillingene	4
<u>2</u>	<u>GENERELT OM BARNEKONVENSJONENS ART. 3 OG HENSYNET TIL BARNETS BESTE</u>	<u>7</u>
2.1	Anvendelsesområde	7
2.1.1	Generell anvendelse	7
2.1.2	Anvendelsesområde i norsk rett	8
2.2	Funksjon	10
2.2.1	Reelt hensyn	10
2.2.2	Hensyn ved skjønnsutøvelse	11
2.2.3	Hensyn bak loven	11
2.2.4	Lovbestemt vilkår	11
2.2.5	Rettsregel	12
2.3	Innhold	12
2.3.1	Hvordan finne de relevante momenter i barnets beste-vurderingen?	13
2.3.2	Momenter utledet fra praksis	15
2.4	Vekt	17
<u>3</u>	<u>ANDRE MENNESKERETTIGHETSBESTEMMELSER AV BETYDNING FOR BARNETS RETTIGHETER I FAMILIEGJENFORENINGSSAKER</u>	<u>20</u>

3.1	Barnekonvensjonens artikkel 10	20
3.2	Barnekonvensjonens artikkel 9	22
3.3	EMK artikkel 8	24
<u>4</u>	<u>HOVEDVILKÅRENE OG BETYDNINGEN AV HENSYNET TIL BARNETS BESTE VED FAMILIEGJENFORENING</u>	<u>26</u>
4.1	Hovedvilkårene for familiegjenforening	26
4.1.1	Hovedpersonens status, utlendingsforskriften § 22	26
4.1.2	Underholdskravet, utlendingsforskriften § 25	28
4.1.3	Nærmeste familiemedlemmer, utlendingsforskriften § 23	29
4.1.4	Må ikke foreligge omstendigheter som nevnt i utl. § 8, 1. ledd, nr. 3	29
4.2	I hvilken sammenheng har hensynet til barnets beste relevans ved familiegjenforening?	30
4.2.1	Hensyn bak lovreguleringen	30
4.2.2	Tolkningen av vilkårene	31
4.2.3	Skjønnsutøvelsen	31
4.2.4	Saksbehandlingen	32
<u>5</u>	<u>BEGGE FORELDRENE SOM HOVEDPERSON, UTF. § 23 C</u>	<u>33</u>
5.1	Barn under 18 år og uten ektefelle eller samboer	33
5.2	Lovlig opphold i riket	34
5.3	Underholdskravet	34
5.3.1	Unntak fra underholdskravet	34
5.3.2	Utgangspunktet om avslag på familiegjenforening hvor underholdskravet ikke er oppfylt	36
5.3.3	Dispensasjon fra underholdskravet etter utf. § 25, 3. ledd, 3. punktum	37
5.4	Vurdering av forskriftsreguleringen i utf. § 23 c, ut fra barnets beste	42
<u>6</u>	<u>DEN ENE AV FORELDRENE ER HOVEDPERSON, UTF. § 23 E</u>	<u>44</u>

6.1	Vilkårene for familiegjenforening etter utf. § 23 e	44
6.1.1	Foreldreansvar, eller samtykke ved felles foreldreansvar	44
6.1.2	Hensynet til barnets beste	45
6.1.3	Underholdskravet	47
6.2	Vurderingen av utf. § 23 e, ut fra hensynet til barnets beste	47
7	<u>BARNET ALENE SOM HOVEDPERSON, UTF. §§ 23 G, H, I</u>	49
7.1	Utgangspunktet om gjenforening i familiens hjemland	49
7.1.1	Den nærmere begrunnelsen bak utgangspunktet om gjenforening i familiens hjemland?	50
7.2	Mor eller far til norsk barn, utf. § 23 i	51
7.3	Foreldre til barn som har opphold på asylgrunnlag eller som overføringsflyktning, utf. § 23 g	53
7.4	Enslig mor eller far til barn som har opphold i Norge på asylgrunnlag eller som overføringsflyktning, utf. § 23 h	54
7.5	I hvilken grad ivaretas hensynet til barnets beste ved familiegjenforening hvor barnet er herboende alene?	54
7.6	Familiegjenforening etter utf. § 24, 2. ledd	55
8	<u>DEN ENE AV FORELDRENE HAR OPPHOLD SAMMEN MED BARNET, UTF. § 23 J</u>	57
8.1	Vilkårene for familiegjenforening etter utf. § 23 j	57
8.1.1	Opphold i Norge med tillatelse det siste året	57
8.1.2	Dokumentert samværsrett av et visst omfang, samt oppfyllelse av samværsretten	58
8.1.3	Underholdskravet	61
8.2	Den nærmere begrunnelsen bak vilkårene?	61
8.3	Vurderingen av utf. § 23 j ut fra hensynet til barnets beste	62

<u>9</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>66</u>
<u>10</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>68</u>
<u>11</u>	<u>VEDLEGG</u>	<u>A</u>
11.1	Utlendingsforskriften §22	A
11.2	Utlendingsforskriften § 23	A
11.3	Utlendingsforskriften § 24, 2. ledd	C
11.4	Utlendingsforskriften § 25	D

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Temaet for oppgaven er hensynet til barnets beste ved familiegjenforening mellom barn og foreldre. Det er først og fremst med tanke på aktualitet jeg har valgt å fokusere på familiegjenforening. Familieinnvandring er omfangsmessig et av de viktigste grunnlagene for varig opphold i Norge, jfr. NOU 2004:20 punkt 8.1.

Når fokuset videre settes på barn og foreldre, er det nettopp på grunn av det tilknytningsforholdet som ofte er særegent mellom disse. Det er en grunnleggende verdi at barn og foreldre skal få være sammen. I familiegjenforeningssaker kan utfallet tenkes å bli at barnet atskilles fra en eller begge av foreldrene. Slike saker vil derfor være av enorm betydning for de involverte.

I tillegg må det spesielle rundt barnet påpekes. Barn står generelt i en svak og sårbar stilling på grunn av umodenhet, uerfarenhet og uselvstendighet. Barn har i større grad enn voksne behov for omsorg og hjelp til å mestre hverdagen.

På bakgrunn av dette ønsker jeg å ta for meg hvilken grad barnets interesser ivaretas i familiegjenforeningssaker. Problemstillingen ble særlig aktuell etter barnekonvensjonens ikrafttredelse i 1990¹, som innebar et nytt element å ta i betraktning også for lovgivere og rettsadvokater på utlendingsrettens område.

¹ Erik Møse, menneskerettigheter s. 169

1.2 Avgrensning og definisjoner

Da temaet er familiegjenforening mellom barn og foreldre, presiseres det at alle andre familiemedlemmer faller utenfor oppgavens rammer, også søsken.

Med barn menes i oppgaven personer under 18 år. Dette er naturlig i forhold til at myndige barn faller utenfor barnekonvensjonen, jfr. art. 1.

I oppgaven brukes betegnelsen søker, om den som fremsetter søknaden om familiegjenforening. Den personen det søkes familiegjenforening med, betegnes som hovedperson eller herboende.

I tilknytning familiegjenforening er det først og fremst de materielle reglene, her vilkårene for familiegjenforening, jeg vil fokusere på. Jeg avgrenser med dette mot saksbehandlingsregler. Dette fordi de materielle reglene har størst betydning for søkerens rett til opphold, og dermed også muligheten for barn og foreldre til gjenforening.

Det presiseres her at det er vilkårene som spesielt gjelder ved familiegjenforening som behandles, og ikke de som gjelder for søker av oppholds,- og arbeidstillatelse på selvstendig grunnlag.

Det avgrenses mot tillatelsens innhold, det vil si tillatelsens varighet og andre rettigheter da det først og fremst er etableringen av den materielle rett jeg har for øyet.

Jeg avgrenser videre mot fornyelse av tillatelse. Dette fordi det stort sett er de samme vilkårene som vurderes ved fornyelse, som ved førstegangssøknad om familiegjenforening.

Jeg tar ikke for meg familiegjenforening for utlendinger omfattet av EØS-avtalen eller EFTA konvensjonen, da det gjelder særlige regler for disse.

1.3 Rettskildene

Vilkårene for innvilgelse av søknad om familiegjennforening er regulert i utlendingsloven av 24. juni 1988 og utlendingsforskriften av 21. desember 1990. Utlendingsloven fungerer som en rammelov, mens bestemmelsene nærmere er regulert ved utlendingsforskriften, slik at disse lettere vil være gjenstand for endringer i tråd med innvandringspolitikken.

Da temaet for oppgaven er hensynet til barnets beste, er FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 en relevant rettskilde.

Av forarbeider til utlendingsloven kan nevnes ot.prp.nr.46 (1986-1987). Det finnes imidlertid ingen forarbeider til utlendingsforskriften. Av denne grunn kan det ofte være vanskelig å finne den nærmere begrunnelsen bak bestemmelsene i utlendingsforskriften.

Det foreligger forslag til ny utlendingslov, med omfattende forarbeider. Her kan nevnes at NOU 2004:20 kan være av interesse, også i forhold til någjeldende utlendingslov.

Forvaltningspraksis er sentralt når det gjelder familiegjennforening. Det er imidlertid vanskelig å få tilgang til forvaltningspraksis om barnets beste i familiegjennforeningssaker. Som regel berører sakene personlige forhold, og vil derfor ikke være tilgjengelig for allmennheten. I tillegg kommer at de av utlendingsmyndighetenes beslutninger som går i favør av søker, ikke begrunnes i henhold til forvaltningsloven. Dermed blir det problematisk å se hvilken grad de ulike hensyn er tatt i betraktning. Noe praksis er lagt ut på UDI og UNEs nettsider, men dette er av begrenset omfang.

Rundskriv gir imidlertid uttrykk for forvaltningens praksis, og gis ut fra både UDI og departementet. Disse er offentlige. Rundskrivene fra UDI er lett tilgjengelige. Rundskriv fra departementet kan være mer problematisk å finne. Databasen med rundskriv fra

departementet er bare fullstendig oppdatert fra og med 1998². Rundskriv fra før denne perioden, er ikke nødvendigvis å finne i databasen tiltross for at de fortsatt kan være gjeldende.

Det er i utgangspunktet ingen fri rettshjelp i saker om familiegjenforening, jfr. utl. § 42. Dette fører til at svært få saker kommer opp for domstolene, da overprøvningsmulighetene ofte er begrenset som følge av manglende økonomiske ressurser hos den som ønsker å reise sak. Som følge av dette er rettspraksis av begrenset verdi når det gjelder familiegjenforening.

Søkere av familiegjenforening har mulighet til å klage saken inn for sivilombudsmannen. Sivilombudsmannen kan uttale sin mening om saken, påpeke hvorvidt forvaltningen har gjort feil og hvorvidt det foreligger ugyldighet. Forvaltningen har ikke noen plikt til å rette seg etter sivilombudsmannens uttalelser, jfr. sivilombudsmannsloven § 10. Det må likevel kunne legges til grunn at sivilombudsmannens uttalelser er av rettskildemessig betydning.

Det finnes noe internasjonal praksis på området, da særlig vedrørende art. 8 i Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950.

1.4 Veien videre og de nærmere problemstillingene

Ved tolkning av rettskildene og ved skjønnsutøvelse på utlendingsrettens område vil hensyn spille en viktig rolle.

Det følger av utl. § 2 at innvandringspolitiske hensyn skal stå sentralt ved anvendelse av utlendingsloven. De innvandringspolitiske hensyn er ikke nærmere definert i någjeldende utlendingslov og det kan være vanskelig å si noe generelt om innholdet i disse hensynene.

² Runa Bunæs m.fl, Utlendingsrett s. 55

Det som kan legges til grunn er at de samsvarer med Stortingets og Regjeringens politiske kurs, og vil forandres i tråd med denne. Som det følger av ot.prp.nr.46 (1986-1987) s. 18, var den innvandringspolitiske situasjon preget av en restriktiv holdning ved utarbeidelsen av någjeldende utlendingslov. Det må antas at den samme restriktive holdningen gjelder i dag, jfr. uttalelsene i NOU 2004:20 punkt 3.2.1, om at omfanget av nettoinnvandringen fra 1988 og frem til i dag er blitt større enn noensinne. Det legges dermed i det følgende til grunn, at de innvandringspolitiske hensyn er preget av en restriktiv innvandringspolitikk. Ut fra ønske om å begrense innvandringen, er det oppstilt strenge krav i lov og forskrift, som praktiseres restriktivt i samsvar med de innvandringspolitiske hensyn.

I utlendingssaker hvor barnet berøres, er imidlertid utlendingsmyndighetene forpliktet til også å ta hensyn til hva som vil være til barnets beste i det konkrete tilfellet. Det er åpenbart at hensynet til barnets beste ofte kan tenkes å trekke i motsatt retning av de innvandringspolitiske hensyn. Dermed oppstår kjerneproblemet, om hvilke hensyn som skal vinne frem.

Da hensynet til barnets beste er en sentral del av oppgavens tema, ønsker jeg å starte med en generell behandling av hensynet. Kapittel 2 omhandler tolkningen av hensynet, når det gjelder hensynets anvendelse, funksjon, innhold og vekt.

I kapittel 3 berøres andre menneskerettighetsbestemmelser som vil være av spesiell betydning for barn ved familiegjennforening. Dette med tanke på at bestemmelsene senere skal trekkes inn der de har relevans, ved de konkrete familiegjennforeningssituasjonene behandlet i kapittel 5 og utover.

I kapittel 4 omhandles først hovedvilkårene for familiegjennforening. Deretter er det forsøkt å trekke opp de sammenhenger hensynet til barnets beste har relevans, spesielt ved familiegjennforening.

I kapittel 5, 6, 7 og 8 tar jeg for meg de ulike situasjonene som kan ligge til grunn for

familiegjenforening hvor barnet berøres. Kapittel 5 og 6 omhandler barnet som søker, mens kapittel 7 og 8 omhandler en eller begge foreldrene som søker. I disse kapitlene vil jeg fortløpende påpeke hvorvidt hensynet til barnets beste ivaretas ved forskriftsreguleringen, som nærmere regulerer de ulike situasjonene. Jeg vil videre prøve å trekke opp det nærmere innholdet i hensynet, ved å påpeke hvilke momenter innenfor hensynet som gjør seg gjeldende, samt hvilken retning de trekker i den konkrete situasjon.

Jeg vil også påpeke andre hensyn som kan ha vært tatt i betraktning ved den aktuelle situasjonen, enten som sidehensyn eller som mothensyn til barnets beste.

Underveis ved behandlingen av de ulike situasjoner ved familiegjenforening, vil jeg forsøke å si noe om hvordan utlendingsmyndighetene har vektlagt hensynet til barnets beste i forhold til de innvandringspolitiske hensyn. Men som påpekt innledningsvis er det vanskelig å få tak i såvel forvaltningspraksis som rettspraksis i slike saker, slik at det kan være problematisk å se hvordan forvaltningen selv praktiserer utlendingsloven, og forskriftens bestemmelser.

2 Generelt om barnekonvensjonens art. 3 og hensynet til barnets beste

2.1 Anvendelsesområde

2.1.1 Generell anvendelse

Hensynet til barnets beste er nedfelt i barnekonvensjonens art. 3. I følge Komiteen for barns rettigheter er dette hensynet et av barnekonvensjonens generelle prinsipper³.

”Generelt prinsipp” indikerer at hensynet har et vidt anvendelsesområde⁴.

På denne måten kan hensynet i art. 3 anvendes ved siden av de andre artiklene i barnekonvensjonen, som en slags paraplybestemmelse⁵. Dette som hjelpemiddel for å avgjøre hvilke rettighet som skal gå foran hvor flere av barnekonvensjonens artikler er på kollisjonskurs, eller for å forsterke den enkelte rettighet alene⁵. I tillegg er art. 3 som hensyn anvendelig ved siden av konvensjonsbestemmelser som ikke er tilknyttet barnekonvensjonen, samt nasjonal lovgivning, når anvendelsen av slike bestemmelser berører barnet⁵. Tilslutt kan nevnes at barnekonvensjonens art. 3 også vil ha selvstendig betydning alene.

Art. 3 gir hensynet anvendelse ”ved alle handlinger som berører barn”, og understreker med dette hensynets vide anvendelsesområde. Begrepet ”handling” omfatter først og fremst avgjørelser. Komiteen har fortolket dette dit hen, at ikke bare de handlinger som berører barn direkte, men også de indirekte handlinger omfattes⁴. I tillegg har komiteen gitt

³ Implementation Handbook on the Convention on the Rights of the Child, s. 39

⁴ Sharon Detrick, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, s. 90

⁵ Sharon Detrick, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, s. 92

utrykk for at prinsippet gjelder overfor barn som en gruppe, samt det enkelte barn⁶.

Videre gir den uttrykkelige oppregningen av pliktsubjektene i art. 3, prinsippet anvendelse ved alle handlinger foretatt av det offentlige. Her må art. 3 forstås vidtfavnende, jfr. ”offentlige...velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer”.

Det vil først og fremst være lovgivers utarbeidelse av utlendingsrettslig lovgivning, og avgjørelser fra UDI og UNE, som vil være gjenstand for temaet nedenfor i kapittel 5, 6, 7 og 8. I forbindelse med lovgivningsvirksomhet kan det nevnes at Komiteen for barns rettigheter⁷ har fremsatt kritikk, om at hensynet til barnets beste som regel kun er nevnt uttrykkelig i den nasjonale lovgivning som direkte berører barnet. Lovgivningen som ikke spesielt gjelder barn, er derimot som regel taus om hensynet.

Dette stemmer når det gjelder norsk lovgivning. Utlendingsloven retter seg ikke spesielt mot barn, og det er heller ikke innatt noen uttrykkelig bestemmelse om hensynet til barnets beste i denne. Det er imidlertid foreslått at det i kommende utlendingslov skal innarbeides en henvisning til barnets beste som et grunnleggende hensyn, i tilknytning til de mest skjønnsmessige bestemmelsene, jfr. NOU 2004: 20 punkt 4.10.3.2.

2.1.2 Anvendelsesområde i norsk rett

Tiltross for at det ikke er innatt noen uttrykkelig bestemmelse om hensynet til barnets beste i någjeldende utlendingslov, er det ingen tvil om at barnekonvensjonens art. 3 er anvendelig også på utlendingsrettens område.

Barnekonvensjonen ble 1. oktober 2003 inkorporert ved menneskerettsloven av 21. mai 1999, jfr. fotnote til lovens § 2, nr. 4. Men barnekonvensjonen var av betydning på

⁶ Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, s. 42

⁷ Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child s. 45-46

utlendingsrettens område allerede før den ble inkorporert ved menneskerettsloven, som følge av utl. § 4. Av utl. § 4 følger at ”loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler”. Videre fremgår det klart av forarbeidene til utlendingsloven, at menneskerettskonvensjonene skal ha forrang hvor det foreligger motstrid med utlendingsloven, jfr. Ot.prp.nr.46 (1986-1987) s. 189-190.

Det kan da spørres hvilken betydning inkorporeringen ved menneskerettsloven har hatt, for barnekonvensjonens stilling på utlendingsrettens område.

Det følger av utl. § 4 at den kun sikrer internasjonale regler anvendelse, i den grad de ”har til formål å styrke utlendingens stilling”. Da det før inkorporeringen var utl. § 4 som begrunnet anvendelse av barnekonvensjonen på utlendingsrettens område, innebar dette at barnet kun var sikret beskyttelse av barnekonvensjonen, hvor det selv falt inn under definisjonen ”utlending”.

Ved menneskerettslovens § 2 ble derimot barnekonvensjonen gjort gjeldende ”som norsk lov”. Det ble med dette ikke lenger nødvendig å gå via utl. § 4 for å anvende barnekonvensjonen på utlendingsrettens område.

Som følge av dette, er en større gruppe barn beskyttet av barnekonvensjonen på utlendingsrettens område. Begrunnelsen er at barnekonvensjonens art. 3 får anvendelse ved såvel indirekte som direkte handlinger rettet mot barnet. Når barnekonvensjonen nå får anvendelse gjennom menneskerettsloven § 2, vil også de barn som regnes som norske, men har utenlandske foreldre som får vedtak fra utlendingsmyndighetene rettet mot seg, bli beskyttet av barnekonvensjonen.

På bakgrunn av dette ser det ut til at inkorporeringen av barnekonvensjonen har bidratt til å styrke barnets stilling på utlendingsrettens område.

2.2 Funksjon

Det kan spørres hvilken funksjon hensynet til barnets beste har, utover å være et generelt prinsipp.

2.2.1 Reelt hensyn

Barnekonvensjonens art. 3 fremsetter hensynet til barnets beste som en viktig verdi, som skal trekkes inn som et reelt hensyn i rettsanvendelsen der det er relevant⁸.

Dette kan nærmere illustreres ved eksempler på utlendingsrettens område. Hensynet til barnets beste skal trekkes inn som reelt hensyn ved selve tolkningen av bestemmelsene i utlendingsloven og utlendingsforskriften. Utf. § 25, 3. ledd, 3. punktum kan illustrere dette. Bestemmelsen gir adgang til å dispensere fra underholdskravet ved familiegjening, dersom ”andre særlige sterke menneskelige hensyn tilsier det”. Her kan tenkes at hensynet til barnets beste bør påvirke utlendingsmyndighetenes tolkning i retning av å anse vilkåret mildere, hvor en står ovenfor en søknad om familiegjening fra en mindreårig, enn det som ville vært tilfelle ved søknad fra en voksen. På denne måten kan det tenkes at utlendingsmyndighetene blir mer tilbøyelige til å dispensere fra underholdskravet ved søknad fra barn, som følge av hensynet til barnets beste.

Også ved tolkningen av de andre artiklene i barnekonvensjonen, kan art. 3 tenkes å fungere som et reelt hensyn. Dette gjelder der flere av barnekonvensjonens artikler er på kollisjonskurs, og art. 3 benyttes i avgjørelsen av hvilken rettighet som skal gå foran. Kollisjon mellom barnekonvensjonens artikler har imidlertid ingen relevans for mitt tema, og jeg kommer derfor i det følgende ikke nærmere inn på dette.

⁸ Kirsten Sandberg, Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse s. 54

2.2.2 Hensyn ved skjønnsutøvelse

Den kanskje mest synlige funksjonen barnekonvensjonen art. 3 vil ha ved anvendelse av utlendingsloven, er som hensyn ved skjønnsutøvelse. Utlendingsloven åpner i stor grad for at visse vedtak avgjøres ut fra utlendingsmyndighetenes frie skjønn. Som eksempel kan brukes adgangen for utlendingsmyndighetene til å innvilge opphold på humanitært grunnlag etter utl. § 8, 2. ledd, blant annet når vilkårene for familiegjening ikke er oppfylt, jfr. utl. § 24, 2. ledd. Innvilgelse her er opp til forvaltningens frie skjønn, jfr. ”kan” i utl. § 8, 2. ledd, men barnekonvensjonens art. 3 pålegger at hensynet til barnets beste tas i betraktning. Dermed blir hensynet til barnets beste et av flere hensyn som kommer inn i vurderingen av hvorvidt opphold på humanitært grunnlag skal innvilges. Hensynet vil i slike tilfeller kunne trekke i begge retninger avhengig av barnets situasjon, både at opphold skal innvilges, og at det ikke skal innvilges.

2.2.3 Hensyn bak loven

Som nevnt følger det uttrykkelig av barnekonvensjonens art. 3, at artikkelen også forplikter de lovgivende organer. Hensynet til barnets beste kan dermed også tenkes å funksjonere som hensyn bak loven. Et eksempel er forslaget om ny forskriftsregulering som omfatter barnefamilier som kom til Norge før april 2004⁹. Her fremgår at barnets tilknytning til Norge skal tillegges særlig vekt i oppholdssaker. Det må antas at barnets beste har vært det utslagsgivende hensyn bak forslaget om denne regelen. Det vil som regel være barnets beste å få bli i Norge, dersom tilknytningen til Norge er sterk.

2.2.4 Lovbestemt vilkår

I norsk barnelovgivning kan en finne eksempel på at hensynet til barnets beste brukes som lovbestemt vilkår, jfr. barnevernlovens § 4-20 (2) b¹⁰.

⁹ <http://www.udi.no>

¹⁰ Kirsten Sandberg, Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse s. 57

Tilsvarende eksempler finnes ikke i utlendingsloven. Her får hensynet kun anvendelse som et prinsipp eller hensyn via barnekonvensjonen, da det som nevnt ikke er innarbeidet noen uttrykkelig bestemmelse om hensynet til barnets beste i utlendingsloven. En følge av dette er at det kan tenkes anvendelse etter utlendingsloven som ikke nødvendigvis er i tråd med hensynet til barnets beste.

Imidlertid er hensynet til barnets beste nærmest utformet som et vilkår i utlendingsforskriftens § 23 e. Jeg kommer nærmere inn på denne bestemmelsen under punkt 6.1.2.

2.2.5 Rettsregel

Hensynet til barnets beste er ved inkorporasjonen i menneskerettsloven gjort til norsk gjeldende rett, og forplikter rettsanvendere av norsk lov. Selv om det ut fra tolkning av ordlyden i art. 3 ikke er lett å utlede noe om hvor mye vekt hensynet skal tillegges, må det være klart at artikkelen i alle fall pålegger pliktsubjektene å ta hensynet i betraktning, jfr. ”skal...være et grunnleggende hensyn”.

Ved at barnekonvensjonen art. 3 på denne måten pålegger pliktsubjektene å ta hensyn til barnet, preges artikkelen av å være en rettsregel.

2.3 Innhold

Det kan være vanskelig å si noe nærmere om innholdet i hensynet til barnets beste i barnekonvensjonens art. 3. Ordlyden ”barnets beste” er vag og uklar. I tillegg kommer at forfatterne av barnekonvensjonen ikke trakk opp noen nærmere definisjon av begrepet¹¹. Heller ikke senere har Komiteen for barns rettigheter gjort noe forsøk på å fastsette

nærmere kriterier, som kan inngå i vurderingen av hva som vil være til barnets beste på det generelle og det konkrete plan¹¹.

Det som kan utledes av ordlyden ”barnets beste” er først og fremst at innholdet er skjønnsmessig. Vurderingen av hva som vil være til barnets beste må nødvendigvis bli konkret, og dermed vil også innholdet i begrepet variere fra tilfelle til tilfelle. Flere momenter vil ha relevans i vurderingen. Spørsmålet som så reiser seg er hvilke momenter som er relevante og hvordan en kan finne frem til disse momentene.

2.3.1 Hvordan finne de relevante momenter i barnets beste-vurderingen?

Komiteen for barns rettigheter har trukket opp noen retningslinjer¹¹ som kan brukes. I følge Komiteen bør det vurderes hva som vil være til barnets beste på kort sikt, men også i et mer langsiktig perspektiv. Komiteen understreker at de andre artikkelene i barnekonvensjonen, særlig de som karakteriseres som prinsipper, vil være relevante ved vurderingen av hva som er til barnets beste. Barnekonvensjonens art. 12 kan illustrere dette. Denne artikkelen understreker viktigheten av at barnet blir hørt. Ved den konkrete vurderingen av hva som er til barnets beste etter art. 3, kunne art. 12 tilsi at en ikke bare skal vurdere dette objektivt med et perspektiv utenfor barnet. En mer riktig fremgangsmåte ville være å vurdere barnets beste med utgangspunkt i selve barnet, og dets meninger.

En slik fremgangsmåte er i tråd med metoden dynamisk selvbestemmelse, som er foreslått brukt av Eekelaar¹² for å finne frem til barnets beste. Metoden tar i stor grad utgangspunkt i barnet selv, dets personlighet og mening om egen situasjon. Man bruker så dette utgangspunktet om det konkrete barn som et sentralt element i vurderingen. Meningen er ikke ut fra denne metoden at barnet selv skal bestemme hva som er til dets beste. Tanken er heller at barnets mening skal legges til grunn, hvis den løsningen ikke ville være skadelig

¹¹ Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child s. 42

¹² Kirsten Sandberg, Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse s. 65

for det, samt ta i betraktning det en anser positivt for barnet. Metoden må således være godt egnet til å finne frem til hva som er til det konkrete barns beste.

Metoden skiller seg således fra den objektiviserte metoden hvor generelle oppfatninger hos psykologer, fagfolk eller beslutningstakere om hva som vil være til barnets beste¹² legges til grunn. Også her er barnets mening relevant, men mer som et tilleggsmoment til den generelle vurderingen. Da det ved denne metoden først og fremst tas utgangspunkt i generelle oppfatninger, kan en slik fremgangsmåte være godt egnet for å komme frem til hva som vil være til barnets beste på det generelle plan, altså barn som en gruppe. Den objektiviserte metoden brukes også for å finne frem til hva som er barnets beste i det konkrete tilfellet, ved å konkretisere inn mot det enkelte barn ut fra hva en vet om det. Faren er at konkretisering ikke gjøres i tilstrekkelig grad.

Også barnekonvensjonens art. 10 kan illustrere hvordan en ved hjelp av andre artikler i barnekonvensjonen, kan finne momenter som kan inngå i barnets beste- vurderingen. Art. 10 (2) omhandler barnets rett til å holde kontakt med foreldrene hvor separasjon over landegrensene er et faktum. Hensynet bak artikkelen må kunne sies å være barnets interesse av å få være sammen med foreldrene, de omsorgspersoner det som regel har størst tilknytning til. Overført til barnekonvensjonens art. 3 kan art. 10 (2) tilsa at tilknytning til foreldrene er et viktig moment, i vurderingen av hva som ville være til barnets beste ved spørsmål om familiegjenforening.

Momentet kan trekke i ulike retninger ettersom hvor barnet og foreldrene oppholdt seg, noe som belyser at innholdet i barnets beste vil variere avhengig av den konkrete situasjon. Dersom foreldrene for eksempel har opphold i Norge, vil momentet klart trekke i retning at også barnet får opphold ved familiegjenforening. Kommer barnet alene til Norge og søker om opphold på humanitært grunnlag, kan det derimot tale imot å innvilge opphold hvis det foreligger informasjon om at barnet har foreldre som kan ta seg av det i hjemlandet. Tilknytningsmomentet kan tenkes å være bare ett av flere momenter i barnets beste-

vurderingen, og vil også ha ulik betydning avhengig av hvilke andre momenter som er relevante.

2.3.2 Momenter utledet fra praksis

En annen måte å finne momenter som kan inngå i barnets beste- vurderingen, er å hente dem fra praksis. Det er nettopp ved praksis slike skjønnsmessige momenter som regel vokser frem. På utlendingsrettens område er det imidlertid som nevnt problematisk å finne praksis rundt barnets beste.

På andre rettsområder i norsk rett hvor hensynet til barnets beste står sentralt, da først og fremst på barneretten og barnevernrettens område, finnes det derimot omfattende praksis. I motsetning til utlendingsloven er det både i barneloven og barnevernloven inntatt egne bestemmelser om hensynet til barnets beste, jfr. bl. § 48 og bvl. § 4-1. Barnekonvensjonens art. 3 vil her gjelde som et generelt prinsipp, i likhet med det den gjør etter utlendingsloven. Spørsmålet er imidlertid om hensynet til barnets beste vil ha et og samme innhold på de tre ulike rettsområdene. Dette kunne bety at en da på utlendingsrettens område kunne supplere, og utfylle med momenter hentet fra rettspraksis rundt barnets beste-vurderingen etter barneloven og barnevernloven. Er innholdet i ”barnets beste” etter barnekonvensjonens art. 3 det samme som etter barnelovens § 48 og/eller barnevernlovens § 4-1?

Utlendingsretten, barneretten og barnevernsrettens område er tre rettsområder av svært ulik karakter, som beskytter ulike interesser.

På barnerettens område vil tvisten stå mellom mor og far, og som regel gjelde spørsmål om hvor barnet skal bo fast eller samvær. Retten må holde seg til foreldrenes påstander, og komme til en beslutning som går i favør av en av dem, selv om en løsning utenfor foreldrenes påstander kanskje ville ha vært til barnets beste.

På barnevernrettens område vil tvisten derimot som regel stå mellom den ene eller begge foreldrene, mot det offentlige på vegne av barnet. Formålet vil her være å beskytte barnet. I

noen tilfeller kan dette formålet tenkes uforenlig med foreldrenes interesser, barnets og foreldrenes rett til familieliv, og det biologiske prinsipp.

På utlendingsrettens område kan partsforholdet tenkes å være staten, mot barnet. Formålet med utlendingslovens regulering er kontroll med innvandring, samt å overholde en restriktiv innvandring i tråd med den til en hver tid gjeldende utenrikspolitikk, jfr. utl. § 2. Ved ivaretagelse av utlendingslovens formål, kan det tenkes å oppstå spørsmål i forhold til barnets interesser etter barnekonvensjonens art. 3, samt hensynet til familieenheten.

Det at rettsområdene er så ulike av karakter, kunne tilsa at det vanskelig kan finnes et felles innhold i ”barnets beste” for alle de ulike rettsområdene. Dette taler imot at det kan hentes momenter fra praksis på barneretten og barnevernsrettens område, for anvendelse i utlendingsrettslig sammenheng.

På den annen side er det slik at prinsippet i barnekonvensjonens art. 3 gjør seg gjeldende i like stor grad på alle de ulike rettsområdene. Det er dessuten flere av momentene som går igjen på de ulike rettsområdene, muligens noe ulikt formulert. For eksempel er ”stabil og god voksenkontakt” uttrykkelig nevnt i barnevernlovens § 4-1, som viktige momenter i barnets beste-vurderingen. Samtidig følger det av forarbeidene til barneloven, at den sterkeste retningslinjen for skjønnet er barnets følelsesmessige tilknytning, og hvem av foreldrene som har hatt hovedomsorgen for barnet, jfr. Innst.O.nr.30 s. 14¹³. Det kan se ut til at de nevnte momenter har visse fellestrekk. En søker å ivareta barnets interesse av en stabil omsorgsperson, som barnet har mulighet til å være fortrolig med. Denne interessen er også overførbart til utlendingsrettens område. Hvor for eksempel barnets begge foreldre har opphold i Norge, vil innvilgelse av familiegjening antakelig være til barnets beste, dersom barnet er tilknyttet foreldrene.

¹³ Kristin Skjørten, Samlivsbrudd og barnefordeling s. 65

I tillegg kommer at hensynet til barnets beste i barnelovens § 48, og barnevernlovens § 4-1, gir anvisning på svært skjønnsmessige momenter, som kan tenkes å slå ulikt ut fra tilfelle til tilfelle også innenfor samme rettsområde. Dette kan tale for at de momenter som fremgår av praksis på ett område, kan være tøyelige nok til at de også passer på et annet område, hvor hensynet til barnets beste står sentralt. Et eksempel på momenter på ett område som kan ha overføringsverdi til et annet område, er status-quo momentet som ofte har vært tillagt vekt i rettspraksis på barnerettens område. Status-quo argumentet innebærer at det ikke er til barnets beste å måtte flytte og dermed skifte omsorgsperson og hjemmemiljø. I barnevernretten vil antakelig det samme følge av momentet om ”kontinuitet” i barnevernloven § 4-1. Kontinuitet kan bety at det ikke vil være til barnets beste å bli flyttet rundt på. For eksempel kan en av hensyn til kontinuitet finne at barnet ikke bør tilbakeføres til foreldrene etter omsorgsovertakelse, hvor barnet har vært lenge hos fosterforeldre og fått god kontakt med disse. Overført til utlendingsrettens område kan dette gi støtte til argumentet om at det vil være til barnets beste å få fornyet oppholdstillatelse, dersom det har oppholdt seg i Norge over lang tid, og dermed utviklet sterk tilknytning til riket.

På bakgrunn av dette er det grunn til å mene at momenter fra praksis rundt barnets beste på barnerettens og barnevernsrettens område kan lånes, i den grad disse vil passe på det aktuelle utlendingsrettslige tilfellet. Hvilke momenter dette kan være, kommer jeg nærmere inn på nedenfor i relasjon til de ulike familiegjenforeningssituasjonene.

2.4 Vekt

Et annet spørsmål er hvor stor vekt hensynet til barnets beste etter barnekonvensjonens art. 3 skal tillegges. Først kan det spørres hvor stor vekt art. 3 har som rettskildefaktor, i forhold til utlendingslovens bestemmelser.

Det følger av menneskerettslovens § 3, at barnekonvensjonen ”ved motstrid” skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning”. Bestemmelsen gir dermed barnekonvensjonen trinnhøyde over utlendingsloven.

Denne trinnhøydeforskjellen vil imidlertid kun få betydning der man står ovenfor ”motstrid”. Som nevnt er barnekonvensjonens art. 3 temmelig generell og skjønnsmessig. Flere momenter vil være relevante i barnets beste- vurderingen, og ofte kan også disse tale for ulike løsninger. Følgen av dette er at en i praksis sjelden vil stå overfor ”motstrid”. En vil lett kunne fortolke bestemmelsene slik at barnekonvensjonens art. 3 og bestemmelsene i utlendingsloven harmonerer. Menneskerettslovens § 3 vil dermed ha begrenset betydning i praksis, men har likevel en viktig funksjon i at den belyser og fremhever barnekonvensjonens viktige plass.

Kanskje mest interessant er spørsmålet om hvor stor vekt art. 3 har som reelt hensyn og hensyn i skjønnsutøvelsen, i forhold til andre relevante hensyn etter utlendingsloven. En nærmere fortolkning av ordlyden ”et grunnleggende hensyn”, i art. 3 blir nødvendig.

En naturlig forståelse av begrepet ”et” tilsier at det vil være rom for andre hensyn, ved siden av hensynet til barnets beste. I juridiske vurderinger er det som regel et mangfold av hensyn som kommer inn. Disse vil ofte trekke i ulik retning, men dette betyr ikke at det ikke er rom for alle hensynene i vurderingen. Hvilke som vinner frem er heller et vektspørsmål. Ut fra slike betraktninger må det være klart at hensynet til barnets beste etter barnekonvensjonen art. 3, ikke utelukker de innvandringspolitiske hensyn søkt sikret ved utl. § 2.

Ved den nærmere vurderingen av hvordan hensynet til barnets beste skal vektlegges i forhold til de innvandringspolitiske hensyn, er det mer hjelp å hente fra begrepet ”grunnleggende” i art. 3. Begrepet indikerer at hensynet til barnets beste er et svært viktig hensyn, og mer fremtredende enn de fleste andre hensyn. Dette kunne innebære at det i utgangspunktet skal legges størst vekt på hensynet til barnets beste, hvor det trekker i en annen retning enn de innvandringspolitiske hensyn.

På den annen side indikerer begrepet ”grunnleggende”, at hensynet til barnets beste ikke vil ha noen absolutt prioritet i forhold til andre hensyn¹⁴. Hensynene må avveies, og det er ikke gitt at den løsning som velges er mest i tråd med hensynet til barnets beste.

Enkelte har hevdet at ordvalget ”et grunnleggende hensyn” var bevisst ut fra ønske om en viss fleksibilitet med hensyn til vekten¹⁴. Dette fordi art. 3 som generelt prinsipp har et vidt anvendelsesområde, og at det av den grunn kan tenkes særlige tilfeller hvor det vil foreligge andre hensyn og interesser som bør tillegges lik, om ikke større vekt enn hensynet til barnets beste. Dette kan for eksempel være andres menneskerettigheter, eller andre samfunnsviktige interesser.

Dette betyr ikke at hensynet til barnets beste ikke er det viktigste og tyngste normalt, men innebærer at det kan tenkes tilfeller hvor hensynet likevel ikke vil ha størst vekt. Hvor en kommer til at andre hensyn skal gå foran hensynet til barnets beste skal det begrunnes konkret¹⁵. Begrunnelsen bør redegjøre for hvilke hensyn som skal gå foran, hvorfor disse er mer tungtveiende, og hvorfor hensynet til barnets beste skal nedtones.

¹⁴ Sharon Detrick, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, s. 91

¹⁵ Kirsten Sandberg, Barnekonvensjonens betydning på utlendingsfeltet, innlegg til UDIs vårkonferanse 6. juni 2006 punkt 8.1

3 Andre menneskerettighetsbestemmelser av betydning for barnets rettigheter i familiegjenforeningssaker

Det er først og fremst barnekonvensjonens art. 10, i noen grad art. 9 og EMK art. 8 jeg har funnet spesielt relevant i relasjon til hensynet til barnets beste ved familiegjenforening. Felles for artiklene er at de verner om familieenheten.

3.1 Barnekonvensjonens artikkel 10

Art. 10 retter seg spesielt mot familiegjenforening og omfatter de tilfeller hvor barnet og en eller begge foreldre befinner seg i ulike land¹⁹.

Artikkelen er først og fremst ment å beskytte flyktninger og økonomiske immigranter, men også barn eller foreldre av utlending med flyktningstatus søkes beskyttet¹⁶. Ettersom de fleste nasjoner på grunn av økt innvandring særlig fra fattigere deler av verden har ført en mer restriktiv innvandringspolitikk, har behovet for artikkelen vist seg mer fremtredende¹⁶.

Art. 10 (1) retter seg først og fremst mot saksbehandlingen ved familiegjenforeningssaker, og sier ikke noe om den materielle rett søkerne har til å få innvilget opphold.

Barnekonvensjonens art. 10 innebærer da heller ingen absolutt rett til familiegjenforening. I henhold til alminnelig folkerett har enhver stat i kraft av suverenitetsprinsippet, rett til å

¹⁶ Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Children s. 145 og s. 147

regulere og kontrollere innvandring ved lov¹⁷. Meningen med art. 10 kan ikke være å pålegge staten å regulere innvandring på en bestemt måte, men heller å sikre visse grunnleggende saksbehandlingsregler.

Som nevnt innledningsvis skal det i denne oppgaven fokuseres på de materielle reglene i tilknytning til familiegjennforening. Likevel vil jeg her nevne om saksbehandlingen, at art. 10 (1) forplikter statene til å behandle familiegjennforeningssøknader på en ”positiv, rask og human måte”. For eksempel kan sen behandling av søknad om familiegjennforening fra barn, ha negative følger for barnet hvor det oppholder seg alene i hjemlandet. Her kan rask gjennforening med omsorgsperson i Norge være viktig. I tillegg forplikter art. 10 statene å sikre at fremleggelse av søknad om familiegjennforening ”ikke vil få negative følger” for søker, og familien. Familien skal for eksempel ikke måtte risikere forfølgelse eller diskriminering fra hjemlandets myndigheter, på grunn av søknaden om familiegjennforening.

Hva gjelder saksbehandlingen har Komiteen ytret bekymring for at Norge ikke har en standard prosedyre, hvor barnet og andre søkere informeres om muligheter og fremgangsmåter for å søke om familiegjennforening¹⁸.

Det følger videre av art. 10 at den skal praktiseres i samsvar med art. 9, nr. 1. Dette innebærer at kravene om beslutning av ”kompetente myndigheter... i samsvar med gjeldende lover, samt kravet om ”nødvendig av hensynet til barnets beste” framsatt i art. 9 nr. 1, også er relevant etter art. 10. Spesielt henvisningen til kravet om at atskillelse må være ”nødvendig av hensynet til barnets beste”, må få betydning i forhold til barnets materielle rett til å få være sammen med foreldrene også etter art. 10 (1). I denne sammenheng kan nevnes at art. 9 ikke inneholder noe absolutt forbud mot atskillelse av foreldre og barn, men de overnevnte krav setter sterke begrensninger i myndighetenes adgang til beslutninger som fører til slik atskillelse. Selv om også art. 10 skal praktiseres i

¹⁷ Runa Bunæs m.fl Utlendingsrett s. 127, Erik Møse, Menneskerettigheter s. 425

¹⁸ Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child s. 149

samsvar med disse kravene, må det likevel antas at de ikke setter like stor begrensninger i statens rett til å gi avslag på familiegjenforening, som ved statens adgang til å atskille barn og foreldre etter art. 9. Dette fordi retten til familiegjenforening etter art. 10, som nevnt ikke er spesielt sterk.

Art. 10 (2) gjelder de tilfeller hvor foreldrene bor i separate stater, og berører barnets rett til å holde kontakt med den av foreldrene det ikke bor fast sammen med. Annet ledd retter seg således også mot den materielle rettighet, jfr. ”rett... til å opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt med foreldrene regelmessig...”. Denne retten går imidlertid bare på barnet eller foreldrenes rett til å ”forlate ethvert land... og til å reise inn i sitt eget land”. Art. 10 gir ingen rett til å reise inn i et annet land enn sitt eget. Dermed kan det være problematisk å opprettholde kontakten dersom forelderen for eksempel ikke innvilges nødvendig visumtillatelse for å reise inn i barnets land, og omvendt. Dessuten er nok muligheten for kontakt mellom barnet og foreldrene, som er atskilt over landegrensene som følge av at familiegjenforening ikke er innvilget, langt mindre reelt sett enn det som følger av art. 10. Antakelig er det mange som ikke har økonomiske mulighet til å reise så ofte, slik at det blir vanskelig å opprettholde kontakten for barn og foreldre som bor i ulike land.

3.2 Barnekonvensjonens artikkel 9

Art. 9 er beslektet med art. 10, og beskytter barnets rett til ikke å bli separert fra sine foreldre, når både foreldrene og barnet befinner seg innenfor samme stat¹⁹. I utlendingsrettslig sammenheng er artikkelen således mest anvendelig på utvisningstilfeller, som faller utenfor oppgavens tema.

Art. 9 kan imidlertid tenkes anvendelig også ved familiegjenforening, men her må det presiseres at artikkelens betydning vil være begrenset som følge av at familiegjenforening spesielt omfattes av art. 10. Et eksempel hvor art. 9 kan få anvendelse, er hvor utenlandsk

¹⁹ Sharon Detrick, A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child s. 170

forelder søker familiegjeforening med sitt herboende barn som er norsk statsborger, jfr. utf. § 23 i. Som hovedregel skal søknad om familiegjeforening fremsettes utenfor Norge, jfr. utf. § 10, 1. ledd, "Første gangs ... tillatelse må være gitt før innreise". I utf. § 10, 2. ledd, g er det imidlertid gjort unntak slik at utenlandsk forelder som søker familiegjeforening med sitt norske barn, kan fremsette søknad i Norge.

Hvor utlendingsmyndighetene kommer til at vilkårene for familiegjeforening etter utf. § 23 i ikke er oppfylt, kan avslag på søknaden være aktuelt og videre at forelderens sendes ut av Norge. Art. 9 vil her være anvendelig fordi spørsmålet om atskillelse mellom barnet og forelderens oppstår mens de befinner seg i samme stat.

I den grad art. 9 kan anvendes ved familiegjeforening, er det antakelig artikkelens nr. 3 som vil være av størst interesse. Art. 9 (3) søker å sikre at barn som er atskilt fra en eller begge foreldrene har rett til å "oppretholde personlig forbindelse og direkte kontakt..." med foreldrene regelmessig. Art. 9 (3) er dermed svært lik bestemmelsen i art 10 (2), som også ivaretar barnets rett til å oppretholde kontakt med foreldre det er atskilt fra. Det kan være interessant å se på forholdet mellom disse to bestemmelsene.

Hvor det er besluttet avslag på familiegjeforening og det av denne grunn foreligger faktisk atskillelse, må det være art. 10 (2) som er anvendelig ved ivaretagelse av barnets rett til kontakt med forelderens. Dette må gjelde uavhengig av om barnet ble atskilt fra forelderens i samme stat slik som etter utf. § 23 i, eller om atskillelsen besluttes mens barnet og forelderens befinner seg i ulike stater. Det vesentlige her er at det foreligger et behov for besøksreiser over landegrensene, som reguleres spesielt i art. 10 (2).

Poenget med å nevne art. 9 (3) er imidlertid at det tiltross for at ordlyden retter seg mot foreldre og barn som allerede er atskilt, kan tenkes at bestemmelsen kan få betydning allerede under avgjørelsen av hvorvidt familiegjeforeningssøknaden skal innvilges.

Dette fordi det blir svært problematisk å ivareta barnets rettigheter etter bestemmelsen, hvor det er på det rene at kontakt mellom barnet og forelderen ikke kan opprettholdes dersom de atskilles over landegrensene. Jeg kommer nærmere inn på dette under punkt 7.2.

Art. 9 (3) søker å legge til rette for opprettholdelse av kontakt mellom barnet og forelderen, ”med mindre dette er i strid med barnets beste”. Den samme formuleringen er utelatt i art. 10 (2). Da bestemmelsen uttrykkelig henviser til art. 9, og hensynet til barnets beste uansett vil forplikte statene etter barnekonvensjonens art. 3, kan det ikke antas at det har særlig betydning at formuleringen ikke er innatt i art. 10 (2).

3.3 EMK artikkel 8

Utenfor barnekonvensjonen er det først og fremst EMK art. 8 som vil være av betydning ved familiegjenforening. I likhet med barnekonvensjonen er EMK inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven av 21. mai 1999, jfr. § 2 nr. 1.

Art. 8 verner om fire rettigheter, jfr. art. 8 (1). I forhold til barnets beste ved familiegjenforening vil det være retten til ”respekt for sitt ... familieliv” som er relevant.

EMK art. 8 (2) oppstiller først og fremst et vern mot statlig inngrep ved individets utøvelse av rettighetene etter artikkelen, jfr. ”det skal ikke skje noe inngrep fra offentlig myndighet”. EMD har imidlertid innfortolket at art. 8 også til en viss grad forplikter staten positivt, til å treffe de nødvendige tiltak for å sikre individet respekt for sine rettigheter etter artikkelen²⁰. Spesielt har Domstolen uttalt at det i saker hvor utlendinger ønsker familiegjenforening uten å ha hatt forutgående lovlig opphold i staten, vil være snakk om hvorvidt staten har utvist mangler i forhold til sine positive plikter, og ikke hvorvidt det foreligger et statlig inngrep²¹. Derimot vil det være spørsmål om statlig inngrep, dersom det

²⁰ Jon Fridrik Kjølbro, Den europeiske menneskerettigheds konvention – for praktikere s. 446

²¹ Jon Fridrik Kjølbro, Den europeiske menneskerettigheds konvention – for praktikere s. 505

er snakk om nektelse av forlengelse av tidligere oppholdstillatelse²¹. Jeg har innledningsvis avgrenset mot fornyelse av tillatelse, og vil derfor i det følgende kun fokusere på statens positive plikter.

Poenget med skillet mellom statlig inngrep og statens positive plikter, er at der det forligger et statlig inngrep, vil dette kun være rettferdiggjort dersom inngrepet oppfyller kravene i annet ledd om lovhjemmel, nødvendighet, og ivaretagelse av et av de opplistede formål. Når det gjelder statens positive plikter har Domstolen uttalt at statene ikke er forpliktet på samme måte av kravene som er oppstilt i annet ledd²⁰. De nevnte kravene kan imidlertid sammen med andre hensyn, få betydning i en konkret avgjørelse av om det foreligger mangler i forhold til statens positive forpliktelser. På grunn av dette vil jeg i det følgende nøye meg med å vise til avgjørelser av generell betydning for statens adgang til å nekte familiegjenforening, se punkt 5.3.3 og 8.3, uten å komme særlig inn på kravene i art. 8 (2).

At staten ved spørsmål om positive plikter ikke er bundet av kravene i art. 8 (2), viser at det skal en del til for å fastslå konvensjonsbrudd ved nektelse av familiegjenforening. At terskelen for konvensjonsbrudd i slike tilfeller er høy, samsvarer også med oppfatninger innen alminnelig folkerett om at utlendinger ikke er sikret rett til innreise og opphold i fremmede stater, og at slik innreise og opphold er underlagt statenes kontroll¹⁷. Konvensjonsbrudd er imidlertid ikke utelukket.

4 Hovedvilkårene og betydningen av hensynet til barnets beste ved familiegjenforening

4.1 Hovedvilkårene for familiegjenforening

Familiegjenforening er regulert i utlendingsloven § 9, og utlendingsforskriftens §§ 22-25.

Søknad om familiegjenforening foreligger hvor et familiemedlem, hovedpersonen, har ”lovlig opphold” i riket, og dets ”nærmeste familiemedlemmer” søker om opphold på grunnlag av familiegjenforening med denne. Det er særlig hensynet til familieenheten som begrunner familiegjenforeningsinstituttet.

Søkeren har i utgangspunktet rettskrav på å få innvilget familiegjenforening dersom vilkårene er oppfylt.

4.1.1 Hovedpersonens status, utlendingsforskriften § 22

Et av vilkårene for familiegjenforening vedrører hovedpersonens status. Det er oppstilt som alternative vilkår at vedkommende enten er ”norsk eller nordisk statsborger som er bosatt i riket”, eller at hovedpersonen er ”utlending som har eller får lovlig opphold i riket med bosettingstillatelse eller tillatelse som danner grunnlag for bosettingstillatelse”, jfr. utf. §

22, 1. ledd, jfr. utl. § 9, 1. ledd.

En utlending som har bosettingstillatelse har rett til opphold og til å ta arbeid uten tidsbegrensning, samt et utvidet vern mot bortvisning og utvisning, jfr. utl. § 12, 2. ledd. Vilkåret for slik tillatelse er i hovedtrekk at søker har oppholdt seg sammenhengende i Norge de tre siste år med tillatelse uten begrensninger, jfr. utl. § 12, 1. ledd. Hvorvidt tillatelsen er uten begrensning fremgår av hjemmelsgrunnlaget eller vedtaket om tillatelsen, og dette vil først og fremst være tillatelser som er gitt med sikte på varig opphold.

Felles for de nevnte oppholdsgrunnlag er at de åpner for et varig opphold i Norge for hovedpersonen²². I forarbeidene til någjeldende utlendingslov ble det uttalt at adgangen til familiegjening bør begrenses eller unntas dersom hovedpersonen er her på midlertidig eller høyst usikker basis, jfr. Ot.prp.nr.46 (1986-1987) s. 65. Dette ble videre begrunnet med at hvert enkelt familiemedlem ved en familiegjening vil få sin faktiske tilknytning til Norge som gjør det vanskelig for myndighetene å bringe forholdet til opphør. På bakgrunn av forarbeidenes uttalelser kan utledes at familiegjening er forbeholdt de tilfeller der hovedpersonens opphold i Norge antas å bli varig. Hvor dette ikke er tilfelle kan familiemedlemmene like godt praktisere familielivet i hjemlandet når vedkommende vender tilbake.

Hovedperson som har opphold på grunnlag av kollektiv beskyttelse etter utf. § 21a tilfredsstillers også statuskravet, jfr. utf. § 22, 2. ledd. Slik tillatelse gir i utgangspunktet ikke grunnlag for bosettingstillatelse, men kan gjøre det dersom tillatelsen forlenges, jfr. 21 a, 1. og 5. ledd. Men også hvor en ikke står overfor forlengelse, tilsier gode grunner at det bør være adgang til familiegjening, fordi det foreligger spesielle beskyttelsesbehov ved dette oppholdsgrunnlaget.

²² Runa Bunæs m. fl. Utlendingsrett s. 153

Den som søker om familiegjenforening med hovedperson med oppholdsgrunnlag som nevnt i utlendingsforakriften § 22, 1.ledd og 2. ledd, har rettskrav på å få tillatelse dersom vilkårene er oppfylt, jfr. ”rett til”.

Videre åpner utf. § 22, 3. ledd for at visse oppholdsgrunnlag kan gi grunnlag for familiegjenforening, til tross for at disse ikke gir grunnlag for bosettingstillatelse. Dette er for eksempel hvor hovedpersonens oppholdsgrunnlag er knyttet til utdanning, kultur, idrett, og yrker som har sammenheng med utdanning fullført i Norge, jfr. blant annet utf. §§ 4, 4a, og 5, 1. ledd. Oppholdsgrunnlagene er således ment å være midlertidige, og passer ikke inn under synspunktet om at familiegjenforening skal forbeholdes de tilfeller hvor hovedpersonen har et stabilt og varig oppholdsgrunnlag. Til gjengjeld har ikke søker av familiegjenforening rettskrav på å få innvilget familiegjenforening med hovedperson, som oppholder seg i Norge på grunnlag som nevnt i utf. § 22, 3. ledd, jfr. ”kan”.

4.1.2 Underholdskravet, utlendingsforakriften § 25

Som et annet vilkår for familiegjenforening oppstilles underholdskravet, jfr. utf. § 25 og utl. § 9, 1. ledd, 2. punktum.

Underholdskravet innebærer at den som søker familiegjenforening må være sikret underhold for den tid tillatelsen varer²³. Beløpet knyttes til lønnstrinn 1 i statens lønnsregulativ²³. Som underhold regnes arbeidsinntekt, pensjon eller andre periodiske ytelser, egne midler, samt studielån og stipend, jfr. utf. § 19, 2. ledd. Underholdskravet er oppfylt når søkeren selv kan forsørge seg etter utf. § 19, eller når søker forsørges av hovedpersonen etter utf. § 19, eller ved en kombinasjon av de to nevnte alternativ, jfr. utf. 25, 2. ledd.

I følge Ot.prp.nr.46 (1986-1987) s. 56 er det et innvandringspolitisk utgangspunkt at innvandrere, med unntak for flyktninger, skal være i stand til å klare seg økonomisk i

²³ Rundskriv UDI 03-06 OPA Saksnummer: 02/5974 punkt II A og IV

Norge for at de skal gis adgang til opphold her. Begrunnelsen bak underholdskravet er at en i størst mulig grad skal unngå at familiegjenforening blir økonomisk belastende for samfunnet²⁴. En følge av for liberale regler på dette punkt kunne dessuten føre til økt innvandring til Norge. Det kan tenkes at flere økonomisk vanskeligstilte utlendinger ville forsøke seg på en ny tilværelse i Norge, med tro på at den norske stat ville bistå økonomisk.

Som jeg kommer inn på senere gjelder det visse unntak, samt dispensasjonsmuligheter fra underholdskravet, jfr. utf. §§ 25, 4. og 3. ledd.

4.1.3 Nærmeste familiemedlemmer, utlendingsforskriften § 23

Videre er det kun de ”nærmeste familiemedlemmene” som kan innvilges familiegjenforening, jfr. utl. § 9, 1. ledd. Utf. § 23 regulerer nærmere hvem som faller inn under definisjonen ”nærmeste familiemedlemmer”.

Foreldre og barn som er gjenstand for tema i denne oppgaven, omfattes klart av begrepet ”nærmeste familiemedlemmer”, jfr. blant annet utf. §§ 23 c, e, g, h, i og j.

Begrunnelsen bak vilkåret om ”nærmeste familiemedlemmer” må være ønsket om å beskytte de følelsesmessige bånd som foreligger mellom familiemedlemmer. Disse bånd vil som regel være sterkere jo nærmere familiemedlemmene er biologisk sett, og samsvarer derfor med at det kun er de ”nærmeste familiemedlemmene” som er ansett beskyttelsesverdige etter utl. § 9.

4.1.4 Må ikke foreligge omstendigheter som nevnt i utl. § 8, 1. ledd, nr. 3

Av utl. § 9, 1. ledd følger videre at innvilgelse av familiegjenforening er betinget av at det ikke foreligger omstendigheter som nevnt i utl. § 8, 1. ledd, nr. 3. Denne bestemmelsen

²⁴ Runa Bunæs m. fl. Utlendingsrett s. 134

utdyper ikke nærmere hva slags omstendigheter dette er, annet enn at de kan gi grunn til å nekte utlendingen adgang, opphold eller arbeid i riket i medhold av andre bestemmelser i utlendingsloven, jfr. fotnote 4 i utl. 8.

Slike omstendigheter kan være bortvisning eller utvisning, i medhold av utl. §§ 27-29. Videre kan slike omstendigheter foreligge når ”utenrikspolitiske hensyn, hensynet til rikets sikkerhet eller tvingende samfunnsmessige hensyn gjør det nødvendig”, jfr. utl. § 43.

Tiltross for at det foreligger slike omstendigheter, kan utlendingsmyndighetene etter en konkret og skjønnsmessig vurdering likevel beslutte å innvilge oppholdstillatelse, jfr. ”kan” i utl. §§ 27-29 og 43. Her må de ulike hensynene bak utl. § 8, 1. ledd, nr. 3 veies opp mot hensynene som følger av reglene for familiegjenforening, og menneskerettighetsbestemmelser Norge er bundet av.

4.2 I hvilken sammenheng har hensynet til barnets beste relevans ved familiegjenforening?

4.2.1 Hensyn bak lovreguleringen

Som nevnt under punkt 2.2.3 kan hensynet til barnets beste tenkes å funksjonere som hensyn bak loven. Dette er spesielt interessant i forhold til følgende redegjørelsen i kapittel 5, 6, 7 og 8, da en av problemstillingene her er hvorvidt reguleringen av de materielle vilkår for familiegjenforening i utlendingsloven og utlendingsforskriften er i tråd med hensynet til barnets beste.

4.2.2 Tolkningen av vilkårene

Hensynet til barnets beste vil ha betydning ved tolkningen av om vilkårene for familiegjenforening er oppfylt. Hensynet kan tenkes å innvirke til en mindre streng fortolkning av vilkårene for familiegjenforening. Dette fordi det generelt anses å være til barnets beste å få være sammen med foreldrene sine.

4.2.3 Skjønnsutøvelsen

Barnekonvensjonen art. 3 har kanskje mest synlig betydning hvor vilkårene for familiegjenforening ikke er oppfylt. Konsekvensen av at vilkårene ikke anses oppfylt kan bli at en, eller begge foreldrene nektes opphold på grunnlag av familiegjenforening, eller at det er barnet selv som nektes opphold. Resultatet blir uansett at barnet skilles fra en av eller begge sine foreldre.

Utlendingsloven og utlendingsforskriften åpner imidlertid en viss adgang til å dispensere eller å gjøre unntak fra vilkårene, slik at tillatelse til familiegjenforening kan innvilges til tross for at vilkårene ikke er oppfylt.

Først kan nevnes utf. § 25, 3. ledd, 3. punktum. I henhold til bestemmelsen kan det på skjønnsmessig grunnlag dispenseres fra underholdskravet, når ”andre særlig sterke menneskelige hensyn” tilsier det.

Den nevnte dispensasjonshjemmelen omfatter imidlertid kun underholdskravet. Dersom de andre vilkårene for familiegjenforening ikke er oppfylt, åpner utl. § 8, 2. ledd for at familiegjenforening ”kan” innvilges dersom ”sterke menneskelige hensyn” taler for det, eller ”når utlendingen har særlig tilknytning til riket”, jfr. utf. § 24, 2. ledd.

Både ved vurderingen etter utf. § 25, 3. ledd, 3. punktum og etter utl. § 8, 2. ledd, jfr. utf. § 24, 2. ledd, må hensynet til barnets beste komme inn som et sentralt hensyn. Hensynet vil ofte trekke i retning av å innvilge familiegjenforening tiltross for at vilkårene ikke er

oppfylt, fordi dette innebærer at barnet får være sammen med foreldrene. Men også innvandringspolitiske hensyn er relevante ved vurderingen, og kan tenkes å trekke i retning av motsatt utfall.

Adgangen til å innvilge familiegjenforening etter utf. § 25, 3. ledd, 3. punktum og utl. § 8, 2. ledd, jfr. utf. § 24, 2. ledd, er underlagt forvaltningens frie skjønn, jfr. ”kan”. Dette innebærer at utlendingsforvaltningens vurdering her ikke er gjenstand for overprøving av domstolen, med unntak for den adgang domstolen etter alminnelig forvaltningsrett har til å prøve hvorvidt forvaltningens avgjørelse bygger på usaklig forskjellsbehandling, om avgjørelsen er sterkt urimelig, vilkårlig, samt om det er tatt utenforliggende hensyn. I og med at utlendingsforvaltningen er forpliktet til å ta hensyn til barnets beste, må domstolen kunne prøve hvorvidt det er tatt slikt hensyn også etter utf. §§ 25, 3. ledd, 3. punktum og 24, 2. ledd. Det er imidlertid lite trolig at domstolen vil legge seg nærmere opp i forvaltningens vurdering av hensynet til barnets beste.

4.2.4 Saksbehandlingen

Hensynet til barnets beste vil selvsagt også ha relevans ved saksbehandlingen i familiegjenforeningssaker. Da materielle regler alene vil være gjenstand for følgende redegjørelse, kommer jeg ikke nærmere inn på dette.

5 Begge foreldrene som hovedperson, utf. § 23 c

Først kan tenkes situasjonen hvor begge foreldrene har opphold i Norge, og barnet søker om familiegjenforening med foreldrene. Tilfellet er regulert i utf. § 23 c. I henhold til bestemmelsen må tre vilkår være oppfylt for at barnet skal kunne innvilges familiegjenforening med begge foreldrene i Norge. Jeg tar i det følgende for meg disse vilkårene.

5.1 Barn under 18 år og uten ektefelle eller samboer

Først kan nevnes vilkåret om at barnet må være ”under 18 år”, jfr. utf. § 23 c, jfr. utf. § 23, 2. ledd. Vilkåret samsvarer med barnekonvensjonen, da myndige personer heller ikke beskyttes etter denne, jfr. barnekonvensjonens art 1.

I tillegg følger det av utf. § 23, 2. ledd at barnet må være ”uten ektefelle og samboer”, jfr. utf. § 23 c. Begrunnelsen må være at barn som selv har etablert sin egen kjernefamilie i hjemlandet, ikke har like stort behov for å gjenforenes med familie i Norge. Dessuten ville innvilgelse av familiegjenforening i Norge for barn som er gift i hjemlandet, også føre til adgang for barnets nyetablerte familie i hjemlandet til å søke om familiegjenforening med barnet i Norge. Ut fra konsekvenshensyn med tanke på innvandringens omfang, er dette lite ønskelig.

5.2 Lovlig opphold i riket

Et neste vilkår for at barnet skal kunne gjenforenes med foreldrene i Norge er at ”foreldrene har eller får lovlig opphold i riket”.

Trolig ser en det lite ønskelig å gjenforene barn med sine foreldre i Norge, dersom foreldrene i nærmeste fremtid vil bli sent ut av landet som følge av ulovlig opphold. I slike tilfeller kan familieenheten ivaretas i familiens hjemland, når foreldrene vender tilbake.

5.3 Underholdskravet

Underholdskravet stiller seg som et tredje vilkår for familiegjenforening, når barnet søker om familiegjenforening etter utf. § 23 c, jfr. utf. § 25, 1. ledd. Det kreves at barnet kan forsørges for den tid tillatelsen gjelder.

Hva gjelder begrunnelsen for dette kravet henviser jeg til punkt 4.1.2 over, om å unngå økonomisk belastning på staten.

Hvis det skal være forsvarlig at familiegjenforening blir økonomisk belastende på staten, bør det foreligge spesielle beskyttelsesverdige grunner, eller andre spesielle forhold. Som følge av dette er det også gjort omfattende unntak fra underholdskravet ved søknad etter utf. § 23 c.

5.3.1 Unntak fra underholdskravet

Først kan nevnes at det er gjort unntak hvor søker er barn av hovedperson som har fått innvilget asyl eller er gitt tillatelse som overføringsflyktning, jfr. utf. § 25, 4. ledd a. Når det gjelder begrunnelsen for dette viser jeg igjen til Ot.prp.nr.46 (1986-1987) s. 56, om at det ikke stilles krav om at flyktninger skal klare seg økonomisk i Norge.

Flyktning som oppholder seg i Norge har som regel lite valg med hensyn til oppholdet her, og vil ikke kunne vende tilbake til hjemlandet uten å frykte for forfølgelse. Dertil kommer at personer på flukt som regel har forlatt det de eier i hjemlandet, og det er heller ikke gitt at det er mulig å skaffe seg arbeid i nærmeste fremtid etter at tillatelsen er innvilget. De færreste foreldre som oppholder seg i Norge på slikt grunnlag, vil derfor ha mulighet til å hjelpe barnet med å oppfylle underholdskravet.

Det er trolig at en heller ikke har ønsket å kreve at barnet selv skal ta arbeid, i all fall ikke de yngste barna. Dette ville være å støtte opp om barnearbeid.

I tillegg er det gjort unntak for underholdskravet når søker er barn ”av nordisk borger bosatt i Norge de tre siste årene, eller av utlending ... med bosettingstillatelse”, jfr. utf. § 25, 4. ledd c.

Begrunnelsen bak unntaket fra underholdskravet ved familiegjenforening med nordisk borger, må ha sammenheng med at Norden tradisjonelt har hatt et relativt åpent forhold seg imellom, med hensyn til bevegelse av personer over landegrensene. Når det gjelder familiegjenforening med hovedperson som har bosettingstillatelse, kan begrunnelsen for unntaket fra underholdskravet knyttes til det som er nevnt om bosettingstillatelse under punkt 4.1.1. Bosettingstillatelse er en solid tillatelse, som i større grad gir grunnlag for rettigheter. Hovedperson som oppholder seg på slikt grunnlag har antakelig et såpass stabilt og etablert liv i Norge, og dermed en slik tilknytning til riket at en ikke har ønsket å gjøre gjeldende et underholdskrav for vedkommendes barn.

I følge utf. § 25, 3. ledd kan det dispenseres fra underholdskravet hvor søker er barn av ”norsk borger bosatt i riket”. Her kan barnet gis oppholdstillatelse tiltross for at underholdskravet ikke er oppfylt, og bestemmelsen praktiseres liberalt i utlendingsforvaltningen²⁵.

²⁵ Rundskriv UDI 03-06 OPA Saksnummer: 02/5974, V.B.

5.3.2 Utgangspunktet om avslag på familiegjenforening hvor underholdskravet ikke er oppfylt

De tilfellene som da gjenstår hvor det vil gjelde et underholdskrav, er hvor søker er barn av foreldre som har oppholds og arbeidstillatelse som ikke gir grunnlag for bosettingstillatelse, samt hvor foreldrene har opphold på humanitært grunnlag etter utl. § 8, 2. ledd.

Dersom barnet og/eller foreldrene ikke oppfyller underholdskravet i de nevnte tilfeller, er utgangspunktet at det skal gis avslag på barnets søknad om familiegjenforening. Det kan være interessant å se hvordan et slikt utfall stiller seg i forhold til hensynet til barnets beste.

Det er en allmenn oppfatning at det normalt er til barnets beste å vokse opp hos sine foreldre. Dette er som regel de nærmeste omsorgspersoner, og de personer barnet har størst tilknytning til. Da tilfellet etter utf. § 23 c faktisk er at begge foreldrene har eller vil få opphold i Norge, er det desto viktigere at barnet også innvilges opphold. Dersom utfallet blir avslag på familiegjenforening, kan følgen bli at barnet overlates til seg selv i hjemlandet, separert fra begge sine biologiske foreldre. Dette kan nok oppleves ganske vanskelig for barnet. Spesielt dramatisk vil det være for de barn som kanskje ikke har annen slekt eller venner som kan opptre som omsorgspersoner i hjemlandet. Men uansett om barnet har andre som kan ta seg av det, kan det tenkes at det likevel vil være til barnets beste at det er foreldrene som yter omsorg. I denne sammenheng kan det trekkes en parallell til det biologiske prinsipp, som er sentralt bak hensynet til barnets beste på barnevernrettens område. I følge prinsippet er det en egenverdi å kunne vokse opp hos biologiske foreldre.

Hvor utlendingsmyndighetene gir avslag på familiegjenforening som følge av at underholdskravet ikke er oppfylt, ser det ut som de forannevnte argumenter om barnets interesse av å være sammen med foreldrene ikke vinner frem. Utlendingsmyndighetene lar heller innvandringspolitiske hensyn, om at innvandring ikke skal være økonomisk belastende på staten, være utslagsgivende.

I denne sammenheng kan sivilombudsmannens uttalelse, inntatt i Sivilombudsmannens årsmelding av 1996-55 s. 190, være av interesse. Uttalelsen knyttet seg riktignok til sak etter utf. § 23 e, hvor barn søker familiegjenforening med én forelder i Norge. Av generell betydning er likevel uttalelsen, om at et av hovedhensynene bak reglene om familiegjenforening har vært å legge til rette for å ivareta barnas behov for foreldrenes omsorg.

I saken anførte departementet at det avgjørende ikke var om omsorgen forestås av biologisk mor eller far, men om barnet var sikret en forsvarlig omsorgssituasjon i hjemlandet. Departementet uttalte videre at "...familie- og omsorgssituasjonen i den tredje verden er forskjellig fra vårt eget samfunn..." "Det er ikke uvanlig at barn vokser opp hos andre enn biologiske foreldre". Til dette uttalte sivilombudsmannen at muligheten for andre omsorgspersoner i hjemlandet er et moment av begrenset vekt. Sivilombudsmannen uttalte videre at barnet "bør få muligheten til å bo med minst en av foreldrene".

Departementets uttalelser om situasjonen i den tredje verden peker på et viktig poeng, nemlig at hensynet til barnets beste i barnekonvensjonens art. 3 faktisk er utformet innenfor rammene av den vestlige verden. Utenfor den vestlige verden kan oppfatningene om hva som er til barnets beste være andre. Sivilombudsmannens uttalelser gir likevel støtte til argumentet, om at avslag på familiegjenforening som følge av at underholdskravet ikke er oppfylt, ikke er helt i tråd med hensynet til barnets beste hvor begge foreldrene har opphold i Norge. Dette også hvor barnet faktisk har slekt eller venner i hjemlandet som kan ta seg av det.

5.3.3 Dispensasjon fra underholdskravet etter utf. § 25, 3. ledd, 3. punktum

Det er åpnet for å dispensere fra underholdskravet etter utf. § 25, 3. ledd, 3. punktum, "når andre særlige sterke hensyn tilsier det". Dispensasjonshjemmelen tar sikte på de tilfeller,

hvor resultatet av avslag på familiegjening som følge av at underholdskravet ikke er oppfylt blir svært urimelig²⁶.

Dispensasjonshjemmelen gir anvisning på en konkret helhetsvurdering. Som nevnt under punkt 4.2.3 vil hensynet til barnets beste stå sentralt ved siden av de innvandringspolitiske hensyn i denne vurderingen. Når det gjelder de relevante innvandringspolitiske hensyn som inngår i denne vurderingen, henviser jeg til begrunnelsen bak underholdskravet i punkt 4.1.2. I det følgende vil jeg på grunnlag av UDIs praksisnotat av 25.01.05 og 01.02.05, samt rundskriv 02-41 SODA saksnummer: 00-4681, forsøke å trekke opp hvilke momenter innenfor hensynet til barnets beste som kan være relevante i vurderingen. Praksisnotatene og rundskrivet retter seg riktignok mot den skjønnsmessige vurderingen etter utf. § 24, 2. ledd, men som jeg kommer til nedenfor er formuleringen i de to bestemmelsene svært lik, og noen av momentene må også kunne være anvendelige etter vurderingen av om det skal dispensereres fra underholdskravet etter utf. § 25, 3. ledd, 3. punktum.

Barnets tilknytning til foreldrene²⁷ er et svært sentralt moment i hensynet til barnets beste. Dette momentet trekker sterkt i retning av at barnet innvilges familiegjening tiltross for at underholdskravet ikke er oppfylt.

I denne sammenheng har imidlertid utlendingsmyndighetene også lagt vekt på momentet om hvorvidt barnet kan holde kontakten med foreldrene på annen måte, ved for eksempel besøksreiser²⁸. Er det stor mulighet for kontakt på annen måte kan dette tale imot å anvende dispensasjonshjemmelen.

Utlendingsmyndighetene vil også trekke inn i vurderingen hvorvidt barnet har andre omsorgspersoner i hjemlandet²⁶, og brukt dette momentet som et forhold som taler imot å

²⁶ Bakgrunnsnotat til UDIs vårkonferanse 2006, Barnets beste og regulert innvandring – en motsetning? S. 17

²⁷ Praksisnotat av 01.02.2005 av UDI, punkt 2.

²⁸ Praksisnotat av 25.01.2005 av UDI, punkt 2.

dispensere fra underholdskravet. Her vil jeg imidlertid igjen peke på sivilombudsmannens uttalelse om viktigheten av at barnet får være sammen med sine biologiske foreldre.

Barnets behov for stabilitet²⁷ er et annet moment som kommer inn i vurderingen. Hvis barnet har bodd sammen med foreldrene nesten hele livet, vil dette tale for å dispensere fra underholdskravet. Motsatt vil det tale imot å anvende dispensasjonshjemmelen dersom barnet har bodd sammen med andre personer i hjemlandet meste parten av tiden, og dermed har liten tilknytning til biologiske foreldre.

Dersom barnet har sterk tilknytning til hjemlandet med hensyn til kultur, nettverk og omgivelser,²⁷ kan dette tale imot å dispensere fra underholdskravet. Men ofte vil dette momentet settes opp mot tilknytningen til foreldrene i Norge. Hensynet til den samlede familieenhet, og generelle oppfatninger om at barn bør vokse opp hos sine foreldre, tilsier at tilknytningen til foreldrene hvor denne er sterk, bør dette veie tyngre enn tilknytningen til hjemlandet.

Dersom barnet har spesielle helsemessige problemer kan dette være relevant²⁸. Etter fast praksis må det foreligge alvorlige livstruende og akutte sykdomstilstander for at dette alene skal kunne gi grunnlag for opphold. Utlendingsmyndighetene vil i slike tilfeller vurdere om behandling tilbys i hjemlandet. Men også sykdom som ikke er livstruende kan og grunnlag for opphold, dersom det er på det rene at behandling ikke kan tilbys i hjemlandet.

At barnet vil måtte leve under dårligere økonomiske forhold eller ikke har tilgang til samme goder som det vil ha i Norge vil også være et moment i vurderingen, men dette er i utgangspunktet forhold som ikke har fått avgjørende betydning i praksis²⁸.

Det følger av rundskrivet at barnets alder vil ha betydning. Jo eldre barnet er, jo mer skal til for å dispensere fra underholdskravet²⁹.

²⁹ Rundskriv UDI 02-41 SODA, saksnummer: 00-4681

Som det fremgår over kan momentene innenfor hensynet til barnets beste både tale for og i mot dispensasjon av underholds kravet. Dette understreker det som er anført foran under punkt 2.3, om den skjønsmessige og lite konkrete karakter av hensynet til barnets beste. Når det gjelder hensynet til barnets beste generelt kan det i tillegg påpekes at flere av momentene over hentet i UDIs praksisnotat og rundskriv, også er sentrale momenter på barne- og barnevernrettens område, se punkt 2.3.2. Dette gjelder spesielt barnets tilknytning til foreldrene, samt stabilitet og kontinuitets momentet.

I slike konkrete helhetsvurderinger som utf. § 25, 3. ledd, 3. punktum gir anvisning på, er det ikke alltid like lett å spå hva vurderingens utfall vil bli. Det følger imidlertid av UDIs rundskriv vedrørende underholds kravet²⁵ at det skal svært mye til for å dispensere fra dette kravet. Utlendingsforvaltningen utviser forsiktighet med en for vid anvendelse av dispensasjonshjemmelen, i frykt av at en liberal bruk av hjemmelen vil kunne uthule underholds kravet³⁰.

EMDs avgjørelse i saken Ahmut vs. Nederland³¹ er illustrerende for Domstolens syn på hvor mye som skal til for at avslag på familiegjenforening anses som konvensjonsstridig. Avgjørelsen kan derfor være interessant, også i forhold til vurderingen av utlendingsforvaltningens restriktive praksis av dispensasjonshjemmelen, i utf. § 25, 3. ledd, 3. punktum.

Saken gjaldt spørsmålet om Nederlandske myndigheter hadde krenket EMK art. 8, ved avslag på søknad fra et marokkansk barn om familiegjenforening med far i Nederland. Etter at barnets mor var avgått med døden, hadde barnet vært under besteforeldrenes omsorg i Marokko.

³⁰ Barnets beste og regulert innvandring – En motsetning? Bakgrunnsnotat til UDIs vårkonferanse 2006 s. 17

³¹ Jon Fridrik Kjølbro, Den europeiske menneskerettigheds konvention – for praktikere s. 506-507

EMD la her vekt på barnets språklige og kulturelle tilknytning til Marokko, og kom til at EMK art. 8 ikke var krenket. Dette ble begrunnet med at det ikke var noe som hindret faren i å vende tilbake til hjemlandet for å fortsette familielivet med sønnen der. Dessuten kunne faren og sønnen utøve familielivet ved å besøke hverandre over landegrensene. EMD anførte at art. 8 ikke gir familien rett til å velge det stedet den måtte finne mest egnede som bosted.

Avgjørelsen viser at EMD setter terskelen høyt for å anse avslag på familiegjening konvensjonsstridig. Dette må samtidig innebære at utlendingsforvaltningens restriktive praksis ved anvendelsen av dispensasjonsadgangen etter utf. § 25, 3. ledd, 3. punktum, er forenlig med internasjonal praksis. På bakgrunn av EMDs uttalelser kan det anføres at det vil tale mot å dispensere fra underholdskravet, dersom familien har reell mulighet til å bryte oppholdet i Norge for å fortsette familielivet i hjemlandet. Det må antakelig foreligge sterkere grunner for å dispensere fra underholdskravet, enn at foreldrene mener Norge er et bedre land og bo i enn hjemlandet ut fra velferdsmessige betraktninger.

Også det som er anført foran under punkt 3.1, om at retten til familieliv etter art. 10 ikke er særlig sterk, støtter opp om en snever adgang til dispensasjon fra underholdskravet. I denne sammenheng påpekes at heller ikke hensynet til barnets beste gir noen absolutt rett for barnet til opphold i en annen stat³².

Tiltross for at adgangen til dispensasjon er snever, er det klart at det ligger en viktig sikkerhetsventil i regelen, som kan fange opp de tilfeller hvor det vil være svært urimelig at barnet ikke gjenforenes med sine foreldre i Norge. På bakgrunn av sivilombudsmannens uttalelser nevnt under forrige punkt, kan det anføres at avslag på søknad fra barn om familiegjening etter utf. § 23 c, kan tenkes å bli svært urimelig nettopp fordi slikt avslag kan føre til atskillelse fra begge foreldrene.

³² Runa Bunæs m. fl. Utlendingsrett s. 227

5.4 Vurdering av forskriftsreguleringen i utf. § 23 c, ut fra barnets beste

At barnet som nevnt over som regel vil ha en sterk interesse av å få innvilget familiegjenforeningssøknad etter utf. § 23 c, tilsier at hensynet til barnets beste normalt vil ivaretas i større grad, dersom vilkårene for familiegjenforening er milde. Milde vilkår åpner for en videre adgang til gjenforening med foreldrene i Norge.

Vilkåret om at barnet må være under 18 år og uten ektefelle eller samboer, er ikke spesielt strengt. Myndige barn beskyttes ikke av hensynet til barnets beste, og barn som har etablert familie har ikke samme behov for å gjenforenes med sine foreldre i Norge som et enslig barn ville ha. Det kan ikke hevdes at hensynet til barnets beste er tilsidesatt ved dette vilkåret.

Vilkåret om at foreldrene må ha lovlig opphold tilsidesetter heller ikke hensynet til barnets beste. Hvor foreldrene bare oppholder seg i Norge på midlertidig basis, kan barnet gjenforenes med foreldrene i hjemlandet innen relativt kort tid.

Også hvor det er gjort unntak fra underholdskravet ved søknad om familiegjenforening med begge foreldrene etter utf. § 23 c, ser det ut til at hensynet til barnets beste i stor grad ivaretas. Unntakene fører til en utvidet adgang til familiegjenforening for barnet, og dermed også større ivaretagelse av barnets interesse av å få være sammen med foreldrene i Norge.

Hvor underholdskravet er gitt anvendelse, det vil si når foreldrene oppholder seg i Norge uten bosettingstillatelse eller på humanitært grunnlag, ser det derimot ut til at de innvandringspolitiske hensyn er gitt utslagsgivende vekt, i disfavør av hensynet til barnets beste. Her har en sett det viktigere å sikre seg mot innvandring som vil føre til økonomiske

belastning på samfunnet²⁴, enn barnets interesse av å få bo sammen med foreldrene i Norge.

Det kan riktignok anføres at foreldrene har mulighet til å forlate Norge for å fortsette familielivet i hjemlandet, dersom underholdskravet ikke lar seg oppfylle. Slik blir barnets interesse av å få være sammen med foreldrene ivaretatt.

På den annen side er det klart at det for de fleste ikke vil være uproblematisk å bryte med tilværelsen i Norge. Som eksempel kan nevnes de foreldrene som er gitt opphold på humanitært grunnlag, etter utl. § 8, 2. ledd. Vilåårene for slikt opphold er strenge, jfr. ”sterke menneskelige hensyn”, og det skal gode grunner til at foreldrene innvilges opphold på dette grunnlag. Dette tilsier at det kan være svært vanskelig for foreldrene å bryte opp i Norge, tiltross for at dette kan være eneste mulighet til å være sammen med barnet hvor underholdskravet ikke er oppfylt. I denne sammenheng kan det påpekes at grensene mellom asyl og opphold på humanitært grunnlag ikke nødvendigvis er helt skarpe. Det trenger ikke være så stor forskjell på de personer som faller inn under flyktningdefinisjonen og derfor gis opphold på asyl grunnlag, og de personer som faller utenfor flyktningdefinisjonen, men innvilges opphold på humanitært grunnlag. Beskyttelsesbehovet kan tenkes å være like sterkt uansett. På bakgrunn av dette virker det noe tilfeldig at underholdskravet gjelder når foreldrene har opphold på humanitært grunnlag, mens det er gjort unntak fra underholdskravet når foreldrene oppholder seg på asylgrunnlag.

6 Den ene av foreldrene er hovedperson, utf. § 23 e

Situasjonen kan også være at kun den ene av foreldrene har opphold i Norge, og barnet søker om familiegjenforening med denne forelderens. Utf. § 23 e regulerer barnets rett til familiegjenforening ved slike tilfeller.

6.1 Vilkårene for familiegjenforening etter utf. § 23 e

6.1.1 Foreldreansvar, eller samtykke ved felles foreldreansvar

Etter utf. § 23 e er det et vilkår at herboende forelder har "foreldreansvaret", eller i det minste del i foreldreansvaret. Hvor foreldreansvaret er felles må "samtykke" til at barnet flytter til Norge foreligge fra den andre av foreldrene.

Kravet om samtykke er begrunnet i foreldrenes medbestemmelsesrett i forhold til barnets bosted, der det foreligger felles foreldreansvar. Et slikt krav vil for eksempel hindre at den ene parten i en barnefordeling sak forlater hjemlandet og bosetter seg i Norge, før spørsmål om foreldreansvar og samvær er avklart i hjemlandet³³.

Samtykkekravet i utf. § 23 e tilsvarer kravet i barnelovens § 40. Også i henhold til denne bestemmelsen må den av foreldrene som ønsker å flytte barnet ut av landet ha den andre

³³ <http://www.une.no/c2002/UNE-templates/applications/internet/Dokumenter/Norsk,-> artikkel om "Kontakt med begge foreldrene".

forelderens samtykke, forutsatt at det foreligger felles foreldreansvar. Det er imidlertid forskjell på samtykkekravet etter barneloven og etter utf. § 23 e. Barnelovens samtykkekrav er absolutt, mens det kan gjøres unntak fra kravet om samtykke etter utf. § 23 e, dersom en etter en konkret vurdering kommer til at det foreligger sterke nok grunner til unntak³⁶. En slik grunn kan trolig være at en ikke har kunnskap om forelderens oppholdssted, eller ikke får tak i vedkommende, slik at samtykke ikke kan innhentes³⁶. Et annet eksempel er hvor det er vel dokumentert at den foreldereren som samtykket i utgangspunktet skulle innhentes fra, har mishandlet barnet³⁶. På bakgrunn av de nevnte eksempler er det grunn til å anta at det skal en del til før det gjøres unntak fra samtykkekravet.

6.1.2 Hensynet til barnets beste

Interessant er at hensynet til barnets beste er et uttrykkelig vilkår for innvilgelse av familiegjening etter utf. § 23 e, jfr. ”med mindre hensynet til barnets beste taler mot at det får opphold her”.

Momenter som inngår i hensynet til barnets beste etter utf. § 23 e, må være de samme som inngår i hensynet til barnets beste generelt. Således kan momenter fra praksis på barne- og barnevernrettens område være relevante.

Eksempler på momenter kan blant annet være barnets tilknytning til den andre av foreldrene som befinner seg i hjemlandet. Men også barnets tilknytning til herboende må komme inn i vurderingen. Dessuten kan foreldrenes omsorgsevne være relevante momenter. Videre kan momentene være barnets tilknytning til hjemlandet, barnets nettverk og øvrige familie i hjemlandet. Dessuten må det vurderes om det vil være til barnets beste å flytte til nye omgivelser Norge, og tilta seg en annen kultur. Hvorvidt barnet vil være sikret bedre materielle kår, et bedre hjelpe,- og støtte apparat i Norge enn i hjemlandet kan komme inn i vurderingen, men blir sjeldent lagt avgjørende vekt på i forvaltningens

praksis³⁴. Også ved barnets beste-vurderingen etter utf. § 23 e, kan momentene tenkes å trekke både for og imot å innvilge barnet familiegjenforening.

For øvrig viser jeg til momentene hentet fra UDIs praksisnotat og rundskriv, se punkt 5.3.3.

Et spørsmål som reiser seg er om det har noen spesiell betydning at hensynet til barnets beste er uttrykkelig nevnt i utf. § 23 e, når hensynet uansett har direkte anvendelse i norsk rett gjennom barnekonvensjonens art. 3 som følge av menneskerettsloven § 2?

Hensynet til barnets beste er nærmest oppstilt som et vilkår i utf. § 23 e. Muligens fører dette til en strengere retningslinje ovenfor rettsanvender, enn det som følger av barnekonvensjonens art. 3. Etter barnekonvensjonen er hensynet til barnets beste et ”grunnleggende hensyn”, men det er likevel kun et hensyn. Som nevnt foran kan rettsanvender tenkes å komme til en løsning som ikke nødvendigvis er til barnets beste, dersom dette er tilstrekkelig begrunnet i andre viktige hensyn. Utf. § 23 e har en noe mer forpliktende formulering, og pålegger rettsanvender å se bort fra eventuell løsning som hensynet til barnets beste taler imot.

Et annet spørsmål er hvorfor hensynet kun er inntatt i utf. § 23 e, og ikke utf. § 23 c som også regulerer barnet som søker. Muligens kan dette knyttes til den forskjell som ligger til grunn for de ulike situasjonene. Etter bokstav c har begge foreldrene opphold i Norge, og det må derfor antas at det i de fleste tilfeller også vil være til barnets beste at det innvilges opphold i Norge. Etter bokstav e kan det imidlertid tenkes at barnet også har en forelder boende i hjemlandet, slik at det ikke nødvendigvis vil bli overlatt til seg selv ved avslag på familiegjenforening med forelderen i Norge. En videre følge av dette er at det ved mange tilfeller etter bokstav e kan være uklart om det faktisk vil være til barnets beste å få opphold i Norge sammen med herboende forelder, eller om det beste vil være å fortsette oppholdet i hjemlandet med den andre forelderen. Derfor er kanskje hensynet til barnets beste inntatt

³⁴ <http://www.une.no>, praksis notat av 01.02.05, ”Betydningen av ”barnets beste” i asylsaker- utlendingsloven § 8 annet ledd- sterke menneskelige hensyn/særlig tilknytning”.

uttrykkelig i denne bestemmelsen, for å presisere at situasjonen ved utf. § 23 e kan være sammensatt, og at hensynet til barnets beste må vurderes nøye.

6.1.3 Underholdskravet

Underholdskravet gjelder tilsvarende etter utf. § 23 e, som ved søknad fra barnet om familiegjenforening med begge foreldrene etter utf. § 23 c, jfr. utf. 25, 4. ledd a og c. Dermed vil underholdskravet også etter utf. § 23 e, være avgrenset til de tilfeller hvor barnet søker familiegjenforening med forelder med opphold på humanitært grunnlag eller opphold som ikke gir grunnlag for bosettingstillatelse. Hva gjelder unntak fra underholdskravet, og dispensasjonsadgang for øvrig, viser jeg til punkt 5.3.

6.2 Vurderingen av utf. § 23 e, ut fra hensynet til barnets beste

Vilkåret om samtykke fra den andre forelderen ved felles foreldreansvar, er først og fremst begrunnet i foreldrenes medbestemmelsesrett. En følge av dette kan være at foreldrene i større grad må samarbeide, slik at det ikke blir like lett for den ene av foreldrene å overkjøre den andre. Dette kan igjen bidra til at barnet i større grad sikres kontakt med begge foreldrene. På den annen side kan også samtykkekravet hindre at barnet kommer til Norge, selv om familiegjenforening med forelderen i Norge vil være til barnets beste. Dette kan for eksempel være tilfelle hvor forelderen i hjemlandet nekter å samtykke, og det er på det rene at vedkommende har en dårlig omsorgsevne. Muligheten for å gjøre unntak fra samtykkekravet kan riktignok ivareta barnets interesse i slike tilfeller, men antakelig skal det en del til før det gjøres unntak. På bakgrunn av dette er det vanskelig å si hvilken grad hensynet til barnets beste ivaretas ved forskriftens krav om samtykke.

Når det gjelder hensynet til barnets beste som uttrykkelig vilkår i utf. § 23 e, kan det påpekes at hensynet riktignok ville hatt betydning uansett som følge av menneskerettsloven § 2. Likevel må det at hensynet nevnes uttrykkelig i bestemmelsen, bidra til å belyse viktigheten av at hensynet tas i betraktning, og samtidig minne rettsanvenderen på dette.

I de tilfellene underholdskravet er gitt anvendelse, hvor forelderen har opphold på humanitært grunnlag eller opphold uten bosettingstillatelse, må det som nevnt over under punkt 5.4 kunne legges til grunn at innvandringspolitiske hensyn har vært utslagsgivende på bekostning av hensynet til barnets beste.

7 Barnet alene som hovedperson, utf. §§ 23 g, h, i

En annen tenkelig situasjon er at barnet har opphold i Norge alene, og at en eller begge foreldrene søker familiegjenforening med barnet.

7.1 Utgangspunktet om gjenforening i familiens hjemland

Utgangspunktet hvor et utenlandsk barn oppholder seg i Norge og foreldrene søker familiegjenforening med barnet, er at gjenforningen skal skje i familiens hjemland³⁵. Dette er begrunnet med ønske om å forhindre at barn sendes ut fra hjemlandet som ankerbarn for å skaffe resten av familien et oppholdsgrunnlag³⁵. Som nevnt er blant annet hensynet til barnets beste i mange tilfeller med på å gjøre vilkårene for opphold for mindreårige mildere, enn de ville være for voksne. For eksempel skal det mindre til for at en mindreårig asylsøker, som ikke oppfyller vilkårene for asyl, innvilges opphold på humanitært grunnlag enn en voksen søker. Dette gjør at det kan være fristende for familier å sende ut barna sine, i håp om at dette skal føre til opphold for hele familien.

³⁵ Rundskriv UDI 02-41 SODA Saksnummer: 00-4681 punkt 1.

Runa Bunæs m. fl. Utlendingsrett, s. 157

7.1.1 Den nærmere begrunnelsen bak utgangspunktet om gjenforening i familiens hjemland?

At familiegjenforening i utgangspunktet skal skje i familiens hjemland, kan begrunnes både i innvandringspolitiske hensyn, og i hensynet til barnets beste.

Konsekvenshensyn når det gjelder omfanget av innvandringen taler for et slikt utgangspunkt. Antakelig ville langt flere sende barna sine alene til Norge, dersom det hadde vært praksis for å innvilge familiegjenforening til alle foreldre som hadde barn i Norge. Dette ville igjen føre til store samfunnsmessige utfordringer med hensyn til mottagelse og oppfølging av barna som kom alene, men også utfordringer med hensyn til alle familiemedlemmene som ville komme etter hvert.

Utgangspunktet kan også begrunnes i at en ikke ønsker å belønne familier som prøver å omgå reglene for opphold i Norge. Hvor familien ikke ellers ville oppfylle vilkårene for oppholdstillatelse, skal den ikke vinne på å sende barnet alene til Norge. Det må foreligge et reelt grunnlag for opphold.

Men også hensynet til barnets beste tilsier at en ikke skal belønne familien med oppholdstillatelse i slike tilfeller. At foreldrene sender ut barnet for å skaffe resten av familien oppholdsgrunnlag, kan være til stor belastning for barnet. Ikke bare blir det sendt alene til et fremmed sted. I tillegg pålegges det et ansvar fra resten av familien, og mange av disse barna vil antakelig føle at det er til skuffelse for familien, dersom det ikke innvilges opphold. Et slikt ansvar skal ikke pålegges et barn.

Det trenger imidlertid ikke å ligge noe klanderverdig bak tilfeller hvor barnet har opphold i Norge alene. Derfor åpner utlendingsforskriften for flere tilfeller hvor en eller begge av foreldrene kan gjenforenes med sitt barn i Norge, jfr. utf. §§ 23 i, g og h. Disse bestemmelsene innebærer at utgangspunktet ovenfor stort sett bare vil få betydning der herboende barn har opphold på humanitært grunnlag. Jeg redegjør i det følgende for familiegjenforening etter utf. § 23 i, g og h.

7.2 Mor eller far til norsk barn, utf. § 23 i

Utf. § 23 i, åpner for at mor eller far til ”norsk barn” kan gjenforenes med barnet i Norge. Vilkår for gjenforening med herboende barn etter denne bestemmelsen, er at søker ”har foreldreansvar” for barnet, og at barnet ”bor fast sammen med søkeren”.

Kravet om ”foreldreansvar” er antakelig oppstilt for å unngå at utlendingsmyndighetene berører områder, som hører inn under barnerettens område i Norge eller utland³⁶. Dersom en innvilget forelder uten foreldreansvar familiegjenforening med barnet, med krav om at vedkommende skulle bo sammen med barnet, ville en samtidig gi forelderens rettigheter som kunne gripe inn i de rettigheter den andre forelderens har i kraft av foreldreansvaret.

Som det fremgår av sivilombudsmannens årsmelding 1996 s. 190, er et hovedhensyn bak reglene om familiegjenforening å legge til rette for å ivareta barns behov for foreldrens omsorg. Kravet om at barnet må ”bo fast” med søkeren kan knyttes til dette hensynet, fordi det er naturlig at barnet bor sammen med sin omsorgsperson. Vilkår sikrer til en viss grad at søkeren er den faktiske omsorgsperson, og begrenser muligheten for opphold for foreldre som ikke har virkelige intensjoner om å sørge for barnet.

Det er i tillegg et vilkår at søkeren ”ikke har ektefelle eller samboer” på tidspunkt for innreise til Norge. Vilkåret må være oppstilt ut fra konsekvenshensyn med tanke på omfanget av innvandringen. Hadde utf. § 23 i åpnet adgang for forelderens til å søke familiegjenforening med barnet, også hvor forelderens hadde hatt ektefelle eller samboer, ville dette samtidig åpne for at ektefellen eller samboeren senere kunne søke familiegjenforening med forelderens når denne var innvilget opphold. En slik adgang for

³⁶ Kirsten Sandberg, Barnekonvensjonens betydning på utlendingsfeltet, UDIs vårkonferanse 2006, s.11 punkt 4.2

ektefelle og samboer til å søke familiegjenforening unngås, ved å begrense retten til familiegjenforening etter utf. § 23 i, til foreldre uten ektefelle eller samboer.

Det er således gode grunner bak kravene om at søker må ha foreldreansvar, bo sammen med barnet og være uten ektefelle og samboer. Ut fra hensynet til barnets beste kunne det imidlertid tenkes at det ville være bedre for barnet at forelderen ble innvilget opphold, tross for at de nevnte vilkår ikke var oppfylt. Barnet vil normalt ha interesse av kontakt med forelderen, og dette gjelder uavhengig av om forelderen har foreldreansvaret, bor sammen med barnet, eller har fått ny ektefelle eller samboer.

Riktignok kan kontakt til en viss grad ivaretas ved besøksreiser. Barnekonvensjonens art. 10 (2) søker å ivareta barnets rett til kontakt i slike tilfeller. Men det er klart at ivaretagelse av kontakt og tilknytning blir langt mer problematisk når forelderen og barnet bor i to ulike land. I denne forbindelse vises det til barnekonvensjonens art. 9 (3). Som anført under punkt 3.2 kan artikkelen få betydning ved søknad om familiegjenforening etter utf. § 23 i, også under selve avgjørelsen av hvorvidt søknaden om familiegjenforening skal innvilges. På denne måten kan art. 9 (3) tale for at familiegjenforening skal innvilges selv om vilkårene ikke er oppfylt, dersom det er på det rene at avslag på familiegjenforening vil føre til at det blir svært problematisk å ivareta barnets rett til ”personlig forbindelse og direkte kontakt” med forelderen, på grunn av atskillelse over landegrensene. Som jeg kommer nærmere inn på nedenfor åpner utf. § 24, 2. ledd for å innvilge familiegjenforening etter en skjønnsmessig vurdering, tross for at vilkårene ikke foreligger. Art. 9, nr. 3 må kunne få betydning ved denne vurderingen.

Ved familiegjenforening etter utf. § 23 i er det gjort unntak fra underholdskravet, jfr. utf. § 25, 4. ledd b. Begrunnelsen bak unntaket kan muligens knyttes til at barnet er norsk. Det kan ikke kreves at norske barn skal måtte bryte tilværelsen i Norge for å utøve familielivet i forelderens hjemland, fordi forelderen nektes opphold i Norge. Ved å gjøre unntak fra underholdskravet, legges det til rette for barnets mulighet til å bevare tilknytning og kontakt med forelderen, og tilknytningen til Norge, også i de tilfeller hvor forelderen ikke

har mulighet til å oppfylle kravet. Unntaket bidrar med dette å ivareta hensynet til barnets beste.

7.3 Foreldre til barn som har opphold på asylgrunnlag eller som overføringsflyktning, utf. § 23 g

Foreldre til barn som har opphold i Norge på asylgrunnlag eller som overføringsflyktning, kan innvilges familiegjenforening med barnet i Norge etter utf. § 23 g. Det er her et vilkår at "foreldrene er gift eller samboere", og at foreldrene "skal bo sammen med" herboende barn.

Kravet om at foreldrene må være gift eller samboende kan begrunnes i hensynet til en samlet familieenhet. Når begge foreldrene innvilges familiegjenforening med barnet etter utf. § 23 g, slik at de kan fortsette familielivet her når det ikke lar seg gjøre for barnet i hjemlandet, er det en forutsetning at det faktisk allerede foreligger et reelt familieliv mellom foreldrene.

Kravet om at foreldrene må bo sammen med barnet etter utf. § 23 g, må kunne begrunnes tilsvarende som etter utf. § 23 i, se punkt 7.2.

Det er heller ikke etter utf. § 23 g krav om underhold, jfr. utf. § 25,4. ledd b. Barnet har som flyktning et reelt beskyttelsesbehov og liten valgmulighet med hensyn oppholdsland. Det ville derfor være urimelig avslå familiegjenforening fordi underholdskravet ikke var oppfylt, da barnet har liten mulighet til å utøve familieliv med foreldrene i andre land.

7.4 Enslig mor eller far til barn som har opphold i Norge på asylgrunnlag eller som overføringsflyktning, utf. § 23 h

Etter utf. § 23 h kan ”enslig mor eller far” til barn som har opphold i Norge på asylgrunnlag eller som overføringsflyktning, innvilges familiegjenforening med herboende barn i Norge.

Også her stilles det vilkår om at forelderen skal ”bo sammen med herboende” barn, og begrunnelsen må være tilsvarende som ved utf. § 23 i, se punkt 7.2.

Når det gjelder enslig mor eller fars rett til familiegjenforening etter utf. § 23 h, gir bestemmelsen den av foreldrene som hadde foreldreansvaret, og bodde fast sammen med barnet i hjemlandet, fortrinnsrett til opphold i Norge. Dette er i tråd med hensynet til barnets beste. Barnet vil som regel ha størst tilknytning til den av foreldrene det har bodd sammen tidligere. En parallell kan trekkes barnerettens område. I følge forarbeidene til barneloven, skal barnets følelsesmessige tilknytning, samt hvem av foreldrene som har hatt hovedomsorgen for barnet, tillegges stor vekt ved spørsmålet om hvem barnet skal bo hos¹³.

Det gjelder heller ikke noe underholdskrav hvor enslig mor eller far søker familiegjenforening med sitt herboende asylbarn, jfr. utf. § 25, 4.ledd, b. Begrunnelsen nevnt under punkt 7.3 vedrørende utf. § 23 g gjelder tilsvarende her.

7.5 I hvilken grad ivaretas hensynet til barnets beste ved familiegjenforening hvor barnet er herboende alene?

I de tilfeller hvor barnet er herboende i Norge alene, vil det vanligvis ikke være tvil om at gjenforening med foreldrene vil være til dets beste. Det biologiske prinsipp, hensynet til den samlede familieenhet og tilknytning til foreldrene, er aller momenter i hensynet til barnets beste som normalt vil tale sterkt for familiegjenforening.

Tvilen vil imidlertid stå om hvilket land gjenforeningen skal skje. Innvandringspolitiske hensyn vil begrunne at familiegjenforening skal skje i barnets hjemland. På denne måten unngår man ressursproblemer tilknyttet innvandringsvekst, og andre samfunnsmessige utfordringer stor innvandring kan føre med seg.

Derimot kan hensynet til barnets beste, avhengig av den konkrete situasjon, begrunne at familiegjenforening skal skje i barnets hjemland så vel i Norge. Som nevnt foran kan hensynet til barnets beste trekke i retning av gjenforening familiens hjemland, som et preventivt virkemiddel mot at foreldre sender barnet sitt alene til Norge, med sikte på at dette senere skal gi oppholdsgrunnlag for resten av familien. Selv om en ikke kan se bort fra dette preventive hensyn, bør det imidlertid utvises forsiktighet med å generalisere på dette punkt, fordi det kan tenkes at barn som kommer alene faktisk har et reelt behov for opphold her.

I denne sammenheng kan det minnes på den sikkerhetsventil som ligger i utf. § 24, 2. ledd. Jeg kommer i det følgende inn på denne bestemmelsen.

7.6 Familiegjenforening etter utf. § 24, 2. ledd

Utf. § 24, 2. ledd åpner for å innvilge familiegjenforening, tiltross for at vilkårene for familiegjenforening ikke er oppfylt, når ”sterke menneskelige hensyn” taler for det. Formuleringen er svært lik formuleringen i utf. § 25, 3. ledd, 3. punktum om dispensasjon fra underholdskravet, se punkt 5.3.3. Det må antas prinsippene for vurderingen er de samme etter de to bestemmelsene.

Dette innebærer at spørsmålet om å innvilge familiegjenforening tiltross for at vilkårene ikke er oppfylt etter utf. § 24, 2. ledd, også må avgjøres på grunnlag av en konkret helhetsvurdering, hvor hensynet til barnets beste står sentralt ved siden av innvandringspolitiske hensyn. De innvandringspolitiske hensyn kan imidlertid ha et noe

annet innhold ved vurderingen av utf. § 24, 2. ledd, enn ved utf. § 25, 3. ledd, 3. punktum. Etter utf. § 25, 3. ledd, 3. punktum vil de først og fremst være økonomiske hensyn, mens statens ønske og behov for en begrenset og målrettet innvandring til Norge kan utgjøre et innvandringspolitisk hensyn ved vurderingen av utf. § 24, 2. ledd. Når det gjelder momentene som inngår i hensynet til barnets beste, er de som ble nevnt under punkt 5.3.3 anvendelige også her. Disse ble hentet fra praksisnotat og rundskriv som var utarbeidet med tanke på utf. § 24, 2. ledd.

Vilkåret ”sterke menneskelige hensyn” i utf. § 24, 2. ledd er noe mildere formulert, enn vilkåret ”særlig sterke menneskelige hensyn” i utf. § 25, 3. ledd, 3. punktum. På bakgrunn av dette ser det ut til at det skal mer til for å dispensere etter utf. § 25, 3. ledd, 3. punktum, enn å innvilge opphold etter utf. § 24, 2. ledd hvor vilkårene for familiegjenforening ikke er oppfylt.

Tiltross for dette fremgår det klart av UDIs praksisnotat av 25.01.2005 at også utf. § 24, 2. ledd er ment som en snever unntaksregel. Utf. § 24, 2. ledd er ment som en sikkerhetsventil som skal fange opp de tilfeller hvor resultatet av avslag på familiegjenforening blir svært urimelig.

8 Den ene av foreldrene har opphold sammen med barnet, utf. § 23 j

Tilslutt tar jeg for meg den situasjonen som omfattes av utf. § 23 j. Bestemmelsen regulerer de tilfeller hvor barnet ”bor fast” i Norge sammen med den av foreldrene ”som har foreldreansvaret”. Barnet har en annen forelder av utenlandsk opprinnelse, som ønsker å søke om familiegjenforening med barnet i Norge. Videre legges til grunn at barnets foreldre ikke lengre er, eller aldri har vært gift.

8.1 Vilkårene for familiegjenforening etter utf. § 23 j

8.1.1 Opphold i Norge med tillatelse det siste året

For at søker skal kunne innvilges familiegjenforening med barnet stilles for det første krav om at søker må ha oppholdt seg i Norge med ”tillatelse det siste året”, jfr. utf. 23 j.

Det kan for eksempel være tilfelle hvor barnets foreldre har vært gift eller den utenlandske forelderen har vært student i Norge, men at dette tidligere oppholdsgrunnlaget er falt bort ved skillsmisse, eller utløpt studentvisum.

8.1.2 Dokumentert samværsrett av et visst omfang, samt oppfyllelse av samværsretten

Et annet vilkår for opphold etter utf. § 23 j, er at søkeren ”dokumenterer samværsrett av et visst omfang”, og ”oppfyller denne retten”.

Dokumentasjon kan skje ved å legge frem for eksempel samværsavtale mellom foreldrene, eller rettsavgjørelse om samvær. Søker må på denne måten vise at vedkommende har rett til samvær av et visst omfang.

Kravet om at søker må oppfylle samværsretten, retter seg ikke mot selve retten til samvær, men heller mot den faktiske oppfyllelsen. Utlendingsforvaltningen undersøker konkret hvorvidt forelderen faktisk har gjennomført samværsretten av et visst omfang.

Begrepet ”samværsrett av et visst omfang er skjønnsmessig” og lite klart. Det kan derfor spørres hva som nærmere ligger i begrepet ”et visst omfang”.

UDI har med støtte fra UNE innfortolket at ”samværsrett av et visst omfang” i utf. § 23 j, i utgangspunktet minst må tilsvare ”vanleg samværsrett” som definert i barnelovens § 43, 2. ledd. Dette følger blant annet av sakene behandlet av UNE med referansenummer 89004055:80 og 187704450107:81. Av sistnevnte sak følger også at dersom samværet skulle fravike barnelovens definisjon av ”vanleg samvær”, må nivået på faktisk samvær være på samme omfang som etter barneloven totalt sett.

Dette innebærer at søkeren i henhold til forvaltningspraksis, i utgangspunktet må ha samvær en ettermiddag i uken, annenhver helg, 14 dager i sommerferien, og jul eller påske, jfr. bl. § 43, 2. ledd, eller i all fall tilsvarende omfang totalt sett.

Det kan være interessant å se i hvilken grad andre rettskilder støtter opp om utlendingsforvaltningens fortolkning.

Når det gjelder rettspraksis er domsavsigelser konkrete, slik at en svært sjeldent vil finne uttalelser om generelle spørsmål i rettspraksis. Lagmannsrettsdom inntatt i RG. 2000.158 berører imidlertid forskriftskravet om ”samværsrett av et visst omfang”. Dommen gjaldt blant annet spørsmål om hvorvidt vedtak om avslag på oppholdstillatelse for pakistansk borger, begrunnet med at kravet til samværsrett av et visst omfang ikke var oppfylt, var ugyldig. Den pakistanske borgeren hadde tidligere vært gift med en norsk kvinne, og senere fått barn med en annen norsk kvinne.

Lagmannsretten fastslo konkret at det faktiske utøvde samvær med barnet, ikke var tilstrekkelig til å oppfylle forskriftens krav om samvær av et visst omfang. Det hadde i dette tilfellet vært en svært begrenset samværsrett, med periodevis tilnærmet intet samvær, så i en begrenset periode samvær en helg per måned uten overnatting, før samværene etter hvert tok slutt.

Av størst interesse her er imidlertid at lagmannsretten slutter seg til ”...herredsretten...”, og dens forståelse ”...av forskriftens formulering av kravet til samværets omfang...”. Jeg antar at dette er en skrivefeil, da herredsrettsdommen gjaldt spørsmålet om den pakistanske borgerens rett til samvær etter barneloven i barnefordelingssak mot barnets mor. Herredsretten berører ikke utlendingsforskriftens formulering av ”samværsrett av et visst omfang”, jfr. Namdal herredsrettsdom av 7.juli 1997. Jeg legger i stedet til grunn at lagmannsretten har ment å vise til byrettens dom av 8. juli 1998, hvor spørsmålet om ugyldighet av avslag på den pakistanske borgerens oppholdstillatelse først var oppe.

Av byrettens dom fremgår at retten legger til grunn at forskriftskravet må forstås slik at samværsretten må være av et omfang, som i utgangspunktet ikke bør være mindre enn vanlig samværsrett etter barneloven, med mindre særlige forhold tilsier noe annet. På bakgrunn av dette kan det legges til grunn at lagmannsrettsdommen støtter opp om utlendingsforvaltningens fortolkning av forskriftskravet.

Ut fra ordlyden alene er det derimot vanskelig å utlede hva som eksakt ligger i ”samvær av et visst omfang”. En naturlig forståelse av forskriftskravets ordlyd ”et visst omfang” tilsier at ikke et hvilket som helst samvær vil være tilstrekkelig til å karakteriseres som samvær av et visst omfang. I ”et visst” ligger at det kreves noe mer. På den annen side tilsier ordlyden at det ikke kan kreves all verden.

Som nevnt er det heller ingen forarbeider til utlendingsforskriften. Det er på bakgrunn av ordlyden og manglende forarbeider problematisk å slutte noe om hva lovgivers mening bak forskriftskravet har vært. Det kan imidlertid anføres at det antakelig ville vært inntatt en henvisning til barneloven, dersom lovgivers mening hadde vært at utlendingsforskriften samværskrav skulle tilsvare barnelovens vanlige samvær. I stedet tilsier forskriftskravets ordlyd at det skal foretas en bred skjønsmessig vurdering.

På bakgrunn av dette kan det anføres at det ikke er holdepunkter i forskriftens ordlyd eller forarbeider som støtter opp om utlendingsforvaltningens fortolkning. Dermed ser det ut til at utlendingsforvaltningens fortolkning av ”samværsrett av et visst omfang” hviler på utlendingsforvaltningens forståelse alene, dog med støtte fra den nevnte lagmannsrettsdom.

Her må påpekes at tilslutningen til forvaltningens fortolkning verken i byrettsdommen eller lagmannsrettsdommen ble begrunnet nærmere, annet enn å henvise til forvaltningens fortolkning. I tillegg er lagmannsrettsdommen preget av feil, da det ikke engang henvises til riktig dom. En lagmannsrettsdom vil heller ikke ha ubetinget rettskildemessig vekt. Jeg har heller ikke funnet annen rettspraksis som støtter opp om en slik fortolkning. Dermed kan det vanskelig slutes at det er en bred oppslutning i rettspraksis om utlendingsforvaltningens fortolkning, om at forskriftskravet tilsvarer barnelovens vanlige samvær.

8.1.3 Underholdskravet

Det følger av utf. § 25, 3. ledd b, at det ikke gjelder et underholdskrav ved søknad om familiegjenforening etter utf. § 23 j. Søkeren har tidligere hatt opphold i Norge, og har også barn boende her. Muligens har en ikke ønsket å stille krav om underhold på grunn av søkerens sterke tilnytning til Norge.

8.2 Den nærmere begrunnelsen bak vilkårene?

Kravet dokumentert samværsrett og faktisk oppfyllelse av denne retten, kan være oppstilt for å sikre at forelderen bruker såpass tid med barnet, og at det dermed foreligger et reelt tilknytningsforhold. Søkeren skal ikke kunne bruke barnet som et påskudd for opphold, der den faktiske intensjonen er noe annet enn å opprettholde og utvikle kontakt, og tilknytning til barnet.

Vilkåret om opphold i riket med tillatelse det siste året kan kanskje begrunnes på liknende måte. Det kan tenkes at kontakten og dermed også tilknytningen mellom barnet og forelderen er mindre i de tilfellene forelderen knapt har hatt ”opphold i riket”. Dette vil være en naturlig følge av geografisk avstand mellom barnet og forelderen. Når det gjelder kravet om at forelderen må ha hatt tillatelse ”det siste året”, kan dette kanskje knyttes til at tilknytning må bearbeides. Det spiller ingen rolle om forelderen har oppholdt seg lenge i Norge, dersom oppholdet er begrenset til barnets første leve år, og dette på tidspunkt for søknad om familiegjenforening er flere år siden.

Begge vilkårene kan således knyttes til tilknytningen mellom barnet og forelderen. I tråd med en restriktiv innvandringspolitikk, er det ikke ønskelig å innvilge opphold til utlendinger, med mindre det foreligger gode grunner for utlendingens opphold. Ved familiegjenforening etter utf. § 23 j, vil søkerens tilknytning til barnet være en slik grunn.

Det kan vanskelig sies noe generelt om hvorvidt vilkårene er i tråd med hensynet til barnets beste. Det vil ikke være i strid med hensynet til barnets beste å nekte opphold til forelder som ikke ønsker å ha samvær med barnet, eller som barnet ikke har tilknytning til som følge av forelderens knappe opphold i Norge. Det kan imidlertid ikke legges til grunn at avslag på familiegjening etter utf. § 23 j, alltid vil være til barnets beste hvor vilkårene ikke er oppfylt. Det kan foreligge sterk tilknytning mellom barnet og forelder, også i de tilfeller hvor forelder ikke makter å gjennomføre samvær av samme omfang som barnelovens vanlige samvær, eller ikke oppfyller kravet om tillatelse det siste året.

8.3 Vurderingen av utf. § 23 j ut fra hensynet til barnets beste

Det er spesielt vilkåret om ”samværsrett av et visst omfang” jeg ønsker å knytte noen bemerkninger til. Det må kunne legges til grunn at forvaltningens fortolkning av dette vilkåret er relativt streng. Barnelovens definisjon av ”vanleg samværsrett” viser til et omfattende samvær. Når dette legges til grunn også på utlendingsrettens område, innebærer det en sterk begrensning i muligheten for familiegjening. Ikke alle vil ha mulighet til å oppfylle et slikt omfattende samvær.

Ut fra den uklare ordlyden i forskriftskravet ”samværsrett av et visst omfang” og manglende holdepunkter i andre rettskilder, kunne utlendingsforvaltningen fint ha kommet til en noe mildere fortolkning av kravet. Dette ville i større grad ha åpnet for familiegjening, og dermed gjort det lettere å opprettholde kontakten og tilknytningen mellom barnet og forelder. Når utlendingsforvaltningen likevel har valgt en slik streng fortolkning av kravet, kan det tyde på at det er innvandringspolitiske hensyn, relatert til ønske om å begrense innvandring, som ligger til grunn. Som jeg vil forsøke å vise i det følgende, ser det ut til at utlendingsforvaltningens valg av fortolkning, i noen grad går på bekostning av hensynet til barnets beste.

Et argument som ofte benyttes på barnerettens område, er at det normalt vil være bedre for barnet å ha samvær med forelder selv om omfanget ikke er så stort, enn å ikke ha

samvær i det hele tatt. Argumentene må kunne anvendes også i utlendingsrettslig sammenheng. På bakgrunn av dette kunne hensynet til barnets beste tale for å forstå forskriftskravet, slik at også samvær av et mindre omfang enn ”vanleg samværsrett”, ville oppfylle forskriftskravet om ”samværsrett av et visst omfang”.

I denne sammenheng kan det også påpekes at barnet ikke nødvendigvis har en mindre følelsesmessig tilknytning til forelderen, selv om omfanget av det faktiske samværet ikke samsvarer med barnelovens vanlige samvær. Det må antas at også samvær av mindre omfang enn det omfattende samværet etter barneloven, kan gi grunnlag for tilknytning mellom barnet og forelderen.

Videre minnes det på at følgen av at vilkårene ikke er oppfylt, kan bli avslag på familiegjenforening, og dermed at barnet og forelderen atskilles over landegrensene. Som nevnt foran kan kontakten mellom barnet og forelderen riktignok opprettholdes ved besøksreiser, jfr. barnekonvensjonens art. 10 (2). Men det er åpenbart at det i større grad vil være problematisk for barnet å holde kontakten med forelderen, dersom de bor i to ulike land. Lang reisevei og høye reisekostnader kan føre til at slike reiser ikke kan gjennomføres så ofte. Som nevnt i punkt 3.1 gir heller ikke barnekonvensjonens art. 10 (2) noen rett til å reise inn i et annet land enn sitt eget, slik at det ikke er selvsagt at kontakten opprettholdes.

I denne sammenheng kan det trekkes en parallell til barnereettens område. Det følger her av lovgivning og rettspraksis at det vil være til barnets beste å ha kontakt og samvær med begge foreldrene. Argumentet må ha tilsvarende relevans også på utlendingsrettens område, men det overnevnte viser at det kan være problematisk å ivareta barnets interesser på dette punkt, hvor det atskilles med forelderen.

Også EMDs avgjørelse i saken Berrehab vs. Holland viser at kontakt over landegrensene kan anses problematisk. Saken gjaldt spørsmålet om statens avslag på søknad fra far om familiegjenforening med sitt barn, innebar brudd med EMK art. 8. Faren hadde opprinnelig hatt oppholdstillatelse i Nederland som følge av ekteskap med barnets mor, men ble nektet

fortsatt opphold etter skilsmisse. Faren hadde hatt regelmessig kontakt med barnet, og det forelå tette bånd mellom de to. EMD kom på bakgrunn av dette til at staten hadde positiv plikt til å innvilge opphold til faren, slik at hans tette bånd med datteren ikke ble ødelagt. Avgjørelsen viser at muligheten for besøksreiser ikke alltid vil være tilstrekkelig.

Litt på siden av det overnevnte men interessant når det gjelder samværsretten spesielt, er de tilfeller hvor den av forelderen som barnet bor fast med, ikke ønsker at samværsberettiget forelder skal ha samvær med barnet. Hvor vedkommende gjør sitt for å hindre faktisk samvær, kan dette føre til at søker etter utf. § 23 j ikke oppfyller kravet om samvær av et visst omfang, og dermed nektes familiegjening. Det kan ikke være i tråd med hensynet til barnets beste at samvær skal vanskeliggjøres på grunn av den ene forelderens motvilje. I saker om hvem som skal ha forelderansvaret på barnerettens område, viser praksis at sakens utfall ofte går i favør av den av foreldrene som mest sannsynlig vil medvirke til at barnet oppnår samvær og kontakt med den andre forelderen. Det er usikkert om utlendingsmyndighetene vil vektlegge dette ved avgjørelsen av om søker faktisk har oppfylt samværsrett av et visst omfang. Muligens er dette et forhold som kan ha relevans ved en eventuell vurdering av om familiegjening skal innvilges etter utf. § 24, 2. ledd, tross for at vilkårene ikke er oppfylt. I forannevnte lagmannsrettsdom var en av grunnene til at søkeren ikke hadde gjennomført samværsretten, trusler fra barnemorens nye ektefelle om å ringe politiet, jfr. RG. 2000.158. Lagmannsretten drøftet ikke her om dette skulle få noen betydning i forhold til spørsmålet om vilkåret om samværsrett av et visst omfang var oppfylt.

Når det gjelder bemerkninger til vilkåret ”tillatelse det siste året”, nøyer jeg meg med å nevne som i punkt 8.2, at det kan foreligge tilknytning mellom barnet og foreldrene selv om vilkåret ikke er oppfylt. I tillegg kan det være barnet har interesse av å utvikle tilknytning til forelderen, hvor slik tilknytning ikke allerede foreligger. Det kan derfor tenkes at det ville være bedre for barnet at forelderen ble innvilget familiegjening, selv om vilkåret ikke var oppfylt, fordi dette som nevnt gjør kontakt mellom dem lettere.

I denne sammenheng, og i tilknytning til den strenge fortolkningen av ”samvær av et visst omfang”, minner jeg på den sikkerhetsventil som ligger i utf. § 24, 2. ledd. Også ved søknad etter utf. § 23 j, vil det være adgang til å innvilge familiegjenforening tiltross for at vilkårene ikke er oppfylt, dersom ”sterke menneskelige hensyn” tilsier det. Når det gjelder den nærmere skjønsmessige vurderingen etter utf. § 24, 2. ledd, og hvilke momenter som inngår i denne viser jeg til det som er nevnt foran under punkt 7.6 og 5.3.3.

9 Avslutning

Det kan klart legges til grunn at hensynet til barnets beste skal være et tungtveiende hensyn. Det kan videre legges til grunn at hensynet kun er et av mange hensyn som kommer inn i vurderinger som berører barn på utlendingsfeltet. Svært sentralt står også innvandringspolitiske hensyn. Utlendingsmyndighetene skal treffe vedtak etter en bred og konkret vurdering, på bakgrunn av alle forholdene i saken. Hvor stor vekt som tillegges hensynet til barnets beste i den konkrete sak er det imidlertid vanskelig å si noe om.

Her må først påpekes at hensynet i seg selv er svært skjønnsmessig, og kan tenkes å falle forskjellig ut avhengig av det konkrete tilfellet. I tillegg kommer at det i saker om familiegjening, i stor grad er åpnet for skjønn. Vekten av hensynene vil derfor muligens variere fra sak til sak, avhengig av saksbehandlers personlige mening og erfaringsbakgrunn. Dette gjør det vanskelig for utenforstående å trekke opp det nærmere innholdet av gjeldende rett vedrørende familiegjening. Da en vesentlig del av rettsanvendelsen er lagt opp til forvaltningens eget skjønn, blir forvaltningspraksis følgelig svært viktig. Det blir da et betydelig problem at praksis ikke er lett tilgjengelig for personer utenfor forvaltningen. Utenforstående får som regel ikke tilgang på forvaltningspraksis, med mindre forvaltningen selv ønsker å anonymisere den aktuelle sak. Konsekvensen er at reglene kan fremstå som uklare, og rettstilstanden blir uforutsigbar.

Det kan også pekes på den svakhet som ligger i at det ved familiegjening i utgangspunktet ikke ytes fri rettshjelp. Behovet for å kunne prøve saken for den enkelte er der, men den ressursvake har ingen mulighet. Dette utgjør et rettssikkerhetsproblem.

Positivt er imidlertid at det viser seg å være rettet et økt fokus på barnets stilling i utlendingssaker. Forslaget til den nye utlendingsloven, om en uttrykkelig henvisning til barnets beste ved de mest skjønnsmessige bestemmelsene, er tegn på dette, jfr. NOU 2004:20 punkt 4.10.3.2. UDIs vårkonferanse av 2006 hvor hensynet til barnets beste var tema er et annet tegn.

Likevel vitner en stadig gjennom mediene kritiske innslag mot utlendingsmyndighetene. På grunn av de mange hensynene som skal tas i betraktning, er det grunn til å tro at utlendingsmyndighetene ikke har noen enkel oppgave. Det er imidlertid svært viktig at saker hvor barnet er innblandet behandles på en tilfredsstillende måte, på grunn av barnets spesielle svake og sårbare situasjon.

10 Litteraturliste

Bunæs Runa, Kvigne Kristin Ottesen, Vandvik Bjørn (red.). *Utlendingsrett*. Universitetsforlaget 2004.

Detrick Sharon, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publishers 1999.

Hodgkin Rachel, Newell Peter. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*. United Nations Children's Fund 2002.

Kjølbros Jon Fridrik. *Den europeiske menneskerettigheds konvention – for praktikere*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005.

Lindboe Knut. *Barnevernrett*. 4. utgave. Universitetsforlaget 2003.

Møse Erik, *Menneskerettigheter*. 2. utgave. Cappelen Akademiske Forlag 2002.

Sandberg Kirsten. *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*. 1. utgave. Gyldendal Norsk Forlag AS 2003.

Sandberg Kirsten. *Barnekonvensjonens betydning på utlendingsfeltet*. Innlegg til UDIs vårkonferanse 6. juni 2006.

Skjørten Kristin, *Samlivsbrudd og barnefordeling*. 1. utgave. Gyldendal Akademiske 2005.

Utlendingsdirektoratet. *Barnets beste og regulert innvandring – en motsetning?*
Bakgrunnsnotat til UDIs vårkonferanse 2006.

Lovregister:

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

Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100.

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

Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7.

Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 21. desember 1990 nr. 1028.

Forarbeider:

Ot. prp. nr. 46 (1986-1987) Utlendingslov.

Inst. O. nr. 30 (1980-1981) Barnelov.

NOU 2004:20, Forslag til ny utlendingslov.

Konvensjoner:

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.

Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950.

Domsregister:

RG 2000.158 Borgarting.

Oslo Byrett avsagt 8. juli 1998. Sak nr. 98-04217 A/43.

Namdal herredsrett avsagt 1997.07.07. Sak nr. 97-00151 A.

Avgjørelser:

EMD Ahmut mot Holland, av 28.11.1996.

EMD Berrehab mot Holland, av 21.06.1988.

UNE referansnummer: 89004055:80.

UNE referansnummer: 187704450107:81.

11 Vedlegg

11.1 Utlendingsforskriften §22

Arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse til de nærmeste familiemedlemmer i medhold av lovens §9.

De nærmeste familiemedlemmer, jfr. [§23](#) , til norsk eller nordisk borger bosatt i riket eller til utlending som har eller får lovlig opphold i riket med bosettingstillatelse eller tillatelse som kan danne grunnlag for bosettingstillatelse, har etter søknad rett til oppholdstillatelse eller arbeidstillatelse. Det er en forutsetning at underhold er sikret etter bestemmelsene i [§25](#) , og at det ikke foreligger andre omstendigheter som etter loven vil gi grunn til å nekte utlendingen adgang til riket, opphold eller arbeid, jfr. lovens §8 første ledd nr. 3. Tillatelsen kan danne grunnlag for bosettingstillatelse.

De nærmeste familiemedlemmer til utlending som nevnt i [§21](#) a har etter søknad rett til oppholdstillatelse eller arbeidstillatelse. Det er en forutsetning at underhold er sikret etter bestemmelsene i [§25](#) . Tillatelsen danner ikke grunnlag for bosettingstillatelse med mindre hovedpersonens tillatelse danner grunnlag for bosettingstillatelse.

De nærmeste familiemedlemmer til utlending som nevnt i [§4](#) , [§4a](#) med unntak av annet ledd bokstav f, [§5](#) første ledd bokstav a og b, [§29](#) fjerde ledd, [§165](#) fjerde ledd og [§166](#) sjette ledd kan gis oppholdstillatelse. Familiemedlem til utlending som nevnt i [§4a](#) med unntak av annet ledd bokstav f, kan også gis arbeidstillatelse. Familiemedlem til utlending som nevnt i [§4](#) annet ledd kan også gis arbeidstillatelse. Utlendingsdirektoratet kan gi nærmere retningslinjer. Det er en forutsetning at underhold er sikret etter bestemmelsene i [§25](#) .

Det er en forutsetning for arbeidstillatelse at vilkårene i [§2](#) tredje ledd er oppfylt.

Varigheten av tillatelsen skal ikke overstige utløpet av tillatelsen til hovedpersonen, jf. [§15](#) sjette ledd. Tillatelsen kan fornyes i overensstemmelse med hovedpersonens tillatelse. For tillatelse til familiemedlem til norsk eller nordisk borger bosatt i riket gjelder bestemmelsene i [§§15](#) fjerde og siste ledd og 38 tredje og femte ledd.

11.2 Utlendingsforskriften § 23

Hvem som er nærmeste familiemedlemmer

Som nærmeste familiemedlemmer, jfr. [§22](#) , regnes:

- a) ektefelle. Begge parter må være over 18 år, med mindre ekteskapet er inngått i Norge. Det er et vilkår at ektefellene skal bo sammen. Den som får opphold i riket etter å ha inngått lovlig ekteskap med flere, kan bare regne én som ektefelle. Den som har opphold i riket og inngår lovlig ekteskap i utlandet med mer enn én, kan bare regne den først ektede som ektefelle. Den som har opphold i riket og inngår lovlig ekteskap i utlandet med en som er gift, kan ikke regne vedkommende som ektefelle.

Bestemmelser i denne forskriften som omhandler ekteskap og ektefeller, gjelder tilsvarende for registrert partnerskap og registrerte partnere, jf. [lov 30. april 1993 nr. 40](#) om registrert partnerskap [§3](#) annet ledd,

- b) samboer. Begge parter må være over 18 år, ha bodd sammen i et fast og etablert samboerforhold i minst to år og akte å fortsette samlivet. Det er et vilkår at ingen av partene er gift,
- c) barn, jfr. annet ledd, når begge foreldrene har eller får lovlig opphold i riket,
- d) barn, jfr. annet ledd, som blir adoptert etter utenlandsk lov eller vil bli adoptert etter [lov 28. februar 1986 nr. 8](#) om adopsjon, når foreldrene regnes som bosatt i riket. Samtykke må være gitt av Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet før barnet er innreist i riket,
- e) barn, jfr. annet ledd, når bare én av foreldrene bor i riket, med mindre hensynet til barnets beste taler mot at det får opphold her. Det er et vilkår at herboende har (del i) foreldreansvaret. Er foreldreansvaret delt, må samtykke som hovedregel foreligge fra den andre av foreldrene. Barn over 12 år skal gis anledning til å uttale seg. Dersom herboende har mer enn én ektefelle, kan oppholdstillatelse bare gis til mer enn ett barn når de er helsøsken,
- f) Forsørget barn under 21 år uten ektefelle eller samboer, av utlending som er borger av et land som har tiltrådt Den europeiske sosialpakt 18. oktober 1961, når begge foreldrene har eller får lovlig opphold i riket,
- g) foreldre til barn, jfr. annet ledd, med opphold i riket etter lovens §§17 eller 22, når

foreldrene er gift eller samboere, og søsken under 18 år uten ektefelle eller samboer, når disse bor sammen med foreldrene. Det er et vilkår at søkerne skal bo sammen med herboende,

- h) enslig mor eller far til barn som nevnt i bokstav g, og søsken under 18 år uten ektefelle eller samboer, når disse bor sammen med vedkommende mor eller far. Det er et vilkår at søkerne skal bo sammen med herboende. Den av foreldrene som hadde foreldreansvar og som barnet bodde fast sammen med i hjemlandet, har fortrinnsrett til opphold i Norge.
- i) mor eller far til norsk barn, jf. annet ledd, som søkeren har foreldreansvar for og som bor fast sammen med søkeren. Det er et vilkår at søkeren ikke har ektefelle eller samboer på tidspunktet for innreise i riket,
- j) mor eller far til barn, jf. annet ledd, med opphold i riket sammen med den andre av foreldrene, som har foreldreansvar og som barnet bor fast sammen med. Det er et vilkår at søkeren har oppholdt seg i riket med tillatelse det siste året, dokumenterer samværsrett av et visst omfang og oppfyller denne retten.

Barn vil si person under 18 år uten ektefelle eller samboer. 18-årsgrensen anses overholdt når søknad med alle opplysninger og vedlegg som er nødvendig for å avgjøre den, er innkommet til vedtaksmyndigheten innen 18-årsdagen. Dersom søknaden avgjøres etter dette tidspunktet, vurderes underholdskravet i forhold til 18-årsdagen.

0 Endret ved [forskrifter 2. juni 1997 nr. 559](#) , [6 des 1999 nr. 1259](#) (i kraft 1 jan 2000), [13 juni 2000 nr. 575](#) (i kraft 1 juli 2000), [1 juli 2005 nr. 799](#) (i kraft 18. juli 2005).

11.3 Utlendingsforskriften § 24, 2. ledd

Når sterke menneskelige hensyn taler for det, kan arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse i medhold av lovens § 8 annet ledd også gis til familiemedlem o.l. som ikke faller inn under første ledd eller § 23. Det er en forutsetning at underhold er sikret etter bestemmelsene i § 25. Som hovedregel må bolig være sikret etter bestemmelsene i § 20. Arbeids- og

inkluderingsdepartementet kan gi særskilte retningslinjer for ulike massefluktsituasjoner, jf. lovens § 8a.

11.4 Utlendingsforskriften § 25

Underholdskravet etter bestemmelsene i [§ 22](#) og [§ 24](#) .

Når tillatelse søkes etter bestemmelsene i [§ 22](#) eller [§ 24](#) , må underholdet være sikret for den tid søknaden gjelder, med de unntak som følger av fjerde ledd.

Underholdet anses å være sikret når søkeren fyller vilkårene etter [§ 19](#) , når hovedpersonen kan forsørge søkeren gjennom bestemmelsene i [§ 19](#) eller gjennom en kombinasjon. Når søkeren er ektefelle eller samboer til herboende, jf. [§ 23](#) første ledd bokstav a og b og [§ 24](#) første ledd bokstav b, eller skal inngå ekteskap med herboende etter innreisen, jf. [§ 24](#) første ledd bokstav a, skal underholdskravet oppfylles av hovedpersonen når en av partene er under 23 år. Ytelser etter [lov av 28. februar 1997 nr. 19](#) om folketrygd ([folketrygdloven](#)) regnes som arbeidsinntekt. Eventuelle ytelser etter [lov av 8. mars 2002 nr. 4](#) om barnetrygd ([barnetrygdloven](#)) medregnes også. Fyller søkeren kravene for å få arbeidstillatelse etter [§ 22](#) og det foreligger et konkret arbeidstilbud, tas den forventede inntekten med i vurderingen av om underholdskravet er oppfylt.

Selv om underholdskravet ikke er oppfylt, kan tillatelse likevel gis når søkeren er barn til norsk borger bosatt i riket, jf. [§ 23](#) første ledd bokstav c og e. Likeledes kan tillatelse gis når søkeren er ektefelle eller samboer til norsk borger bosatt i riket, jf. [§ 23](#) første ledd bokstav a og b, forutsatt at begge parter har fylt 23 år. Tillatelse kan også gis når andre særlig sterke menneskelige hensyn tilsier det.

Når tillatelse søkes etter bestemmelsene i [§ 22](#) , jfr. [§ 23](#) , stilles det ikke krav om sikret underhold når søkeren

- a) er ektefelle, samboer eller barn, jf. [§ 23](#) første ledd bokstav a, b, c og e, av hovedperson som har fått innvilget asyl eller har fått arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse etter lovens §22 fjerde ledd. Det er en forutsetning at ekteskapet er inngått før hovedpersonen reiste inn i riket,
- b) faller inn under [§ 23](#) første ledd bokstav g, h, i eller j, eller
- c) er ektefelle, samboer eller barn, jf. [§ 23](#) første ledd bokstav a, b, c og e, av nordisk borger bosatt i riket de siste tre år eller av utlending bosatt i riket med bosettingstillatelse. For tillatelse til ektefelle eller samboer er det en forutsetning at partene har vært gift eller samboere i minst tre år, og at begge parter har fylt 23 år.

Når tillatelse søkes etter bestemmelsene i [§22](#) annet ledd, jfr. [§23](#) , stilles det som hovedregel ikke krav om sikret underhold.