

**HENSYNET TIL BARNETS BESTE VED AVGJØRELSEN
AV ASYLSØKNADER TIL ENSLIGE MINDREÅRIGE
ASYLSØKERE**

Kandidatnummer: 575

Leveringsfrist: 25. April 2009

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17 573 ord.

16.07.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1. INNLEDNING, AVGRENsing, DEFINISJON OG LOVGRUNNLAG</u>	1
1.1 Innledning	1
1.2 Definisjon av ema	2
1.3 Ulike grupper av ema	2
1.4 Omsorgspersoner	4
1.5 Kort om saksgangen når en ema kommer til Norge	4
1.5.1 Ved ankomsten	5
1.5.2 I påvente av vedtak	5
1.6 Rettskilder	6
1.7 Undersøkelse av praksis	10
<u>2. BK ARTIKKEL 3 – GENERELT OM HENSYNET TIL BARNETS BESTE</u>	12
<u>3. INNHOLDET AV BEGREPET «BARNETS BESTE» ETTER DE FOLKERETTS- LIGE FORPLIKTELSEr</u>	14
3.1 Generelt om tolkning av traktater	14
3.2 Wienkonvensjonen om traktatretten	14
3.2.1 Utgangspunkt: «the textual approach»	15
3.2.2 Supplerende tolkingsmomenter	18
3.3 Folkerettslige kilder	20
3.3.1 Der man finner egnede omsorgspersoner til barnet	20
3.3.2 Der man ikke finner egnede omsorgspersoner til barnet	25

4. NORSK PRAKSIS I FORHOLD TIL DE FOLKERETTSLIGE FORPLIKTELSER	26
4.1 Der man finner omsorgspersoner til barnet	26
4.1.1 Utgangspunkt: Hurtig og nødvendige tiltak for en mulig familiegjening	26
4.1.2 Krav til dokumentert vurdering og bruk av eksperthjelp	30
4.1.3 Bruken av hensynet til barnets beste	31
4.1.4 Forholdet mellom hensynet til barnets beste og andre relevante hensyn	34
4.2 Der man ikke finner egnede omsorgspersoner til barnet	36
4.2.1 Utgangspunkt: Oppholdstillatelse etter utlendingsforskriften §21 annet ledd	36
4.2.2 Krav til konkrete omsorgsalternativer	37
5. PRAKSIS I SVERIGE	40
5.1 Kort om prosessen	40
5.2 Avgjørelsen av søknaden og herunder bruken av begrepet «barnets beste»	41
6. VURDERING	43
6.1 Generelt om saksbehandlingen	43
6.2 Bruken av begrepet barnets beste	45
6.3 Avveiningen mot andre relevante hensyn	47
6.4 Krav til konkrete og gode omsorgspersoner	50
6.5 Folkerettens rettskildemessige vekt	52
6.6 Særlig om forpliktelsene etter BK artikkel 4.	54
6.7 Regjeringens forslag til begrenset oppholdstillatelse for ema.	54
6.7.1 Fastsetting av barnets alder	55
6.7.2 Bosettingstilbud	56
6.7.3 Forholdet til barnets beste	57

7. LITTERATURLISTE	61
7.1 Lov-, forskrift og konvensjonsregister	61
7.2 Forarbeider	62
7.3 Bøker	63
7.4 Rettsavgjørelser	63
7.5 Internasjonale rettsavgjørelser	64
7.6 Praksis fra UNE	64
7.7 Rundskriv, instruks, rapporter, ulike publikasjoner ol.	64
7.8 Artikler	66
7.9 Internasjonale kilder	67
7.10 Nettdokument	68

1. Innledning, avgrensing, definisjon og lovgrunnlag

1.1 Innledning

Etter en nedgang i antall asylsøkere i begynnelsen av tiåret, ser man en økning de seneste år. Fra 2007 til 2008 så man en markant forskjell da det totale antall søkere økte fra 6 528 til 14 431. Økningen gjaldt også enslige mindreårige asylsøkere, som økte fra 403 søkende i 2007 til 1374 søkende i 2008.¹ Enslige mindreårige asylsøkere betegnes heretter som ema. Regjeringen uttaler i sin Soria Moria-erklæring at de skal sørge for samsvar mellom FNs Barnekonvensjon (BK) og utlendingsforvaltningen,² og har videre presisert at det anses som en viktig og prioritert oppgave å sikre barns rettigheter.³

Oppgavens tema er hvilke folkerettslige forpliktelser norske myndigheter har, i forhold til bruken av BK artikkel 3 nr.1 og hensynet til barnets beste, ved avgjørelsen av emas asylsøknader.

Målet er å kartlegge hvilke føringer og eventuelle skranker folkerettslige forpliktelser legger for myndighetenes bruk av hensynet til barnets beste, for så å se om disse føringene gjenspeiles i lovgivning og myndighetenes praksis. Jeg vil også vurdere hvorvidt det foreligger hensyn som kan legitimere en innskrenkning i rekkevidden av hensynet til barnets beste.

Jeg vil i mindre grad behandle de materielle og prosessuelle rettigheter som ema har i saksbehandlingsprosessen, med unntak for de tilfeller der avgjørelsen av asylsøknaden påvirker oppholdsstatusen. Oppgaven avgrenses videre mot den gruppe ema der det er avgjørende for oppholdstillatelsen om norske myndigheter finner omsorgspersoner til barnet eller ikke. Dette vil det redegjøres nærmere for under punkt 1.3.

¹ Tall fra UDI, <http://www.udi.no/templates/page.aspx?id=9703>.

² Soria Moria-erklæringen, side 71.

³ Innlegg av Bjarne Håkon Hanssen, (tidligere) arbeids- og inkluderingsminister, publisert i VG 29.juni 2007.

1.2 Definisjon av ema

Med barn og mindreårige menes her personer under 18 år, i samsvar med BK artikkel 1. Office of the United Nations High Commissioners for Refugees (UNHCR) utarbeidet i 1997 retningslinjer⁴ for behandlingen av ema og herunder hvem som skal anses som ema. En person vurderes i utgangspunktet som ema dersom denne er under 18 år og adskilt fra begge sine foreldre. Videre kreves at ingen annen voksenperson med ansvar etter loven i det gjeldende land har tatt omsorg for det, og at barnet søker asyl i annet land.

Senere er definisjonen endret noe, da FNs generalsekretær i en rapport til FNs generalforsamling i 2001 uttrykte at definisjonen skulle modifiseres slik at atskillelsen skulle omfatte både foreldre og andre som hadde det primære ansvaret for barnet. En mindreårig er dermed ikke å anse som enslig dersom denne har følge med en omsorgsperson som har trådt inn i foreldrenes sted.

Utgangspunktet etter norsk rett er at man anses som ema dersom man kommer uten foreldre eller andre med foreldreansvar, jf. utlendingsforskriften §55a, og forarbeider til ny vergemålslov.⁵ Norsk rett har derfor en noe mer utvidet definisjon av begrepet, men det samsvarer i det vesentlige med den definisjon som er lagt til grunn i internasjonale konvensjoner og uttalelser fra FN-organer. Ulike grupper vil dermed omfattes av definisjonen ema.

Jeg redegjør kort for de ulike typer grupper av barn som kan komme inn under begrepet ema, for å vise et helhetlig bilde av hvem denne gruppen omfatter.

1.3 Ulike grupper av ema

For det første vil et barn som kommer alene anses som ema. Det har i utgangspunktet ingen betydning hvorvidt foreldrene er i live, eller om dette overhodet kan bringes på det rene.

⁴ UNHCR (1997), side 1.

⁵ NOU 2004:16, side 335.

For det andre vil barn som kommer med voksenperson, som verken er barnets forelder eller har påtatt seg foreldreansvar, anses som ema. Dette innebærer at dersom barnet kommer sammen med sin onkel, bestemor og lignende, vil de fortsatt bli ansett som ema hvis ikke denne voksenpersonen har påtatt seg foreldreansvaret.

For det tredje vil et barn som ved ankomst er gift med en ektefelle som er myndig, allikevel anses som ema. At en ektefelle skal være underordnet den andre er i strid med grunnleggende rettsprinsipper.⁶ Etter norsk rett vil det derfor være den mindreåriges foreldrene som vil være dennes verge.

For det fjerde vil et barn som kommer til landet med en eller begge av foreldrene anses som ema, dersom forelderen eller foreldrene senere blir forhindret i å ivareta foreldreansvaret. Dette kan for eksempel forekomme dersom foreldrene dør eller ikke får oppholdstillatelse, og etterlater barna. Barnet anses som ema da behovene til dette barnet likestilles med behovene til de barn som kommer uten foreldre.⁷

For det femte vil et barn anses som ema selv om barnet er myndig etter reglene i det land det kommer fra, dersom det er under 18 år. I utgangspunktet er myndighetsalderen 18 år i de fleste land, i overensstemmelse med BK. Det forekommer imidlertid at myndighetsalderen er både lavere og høyere i andre land, som i eksempelvis Skottland og Nepal hvor myndighetsalderen er 16 år.⁸

En siste gruppe er personer som er fylt 18 år, men som ikke er myndig etter sitt hjemlands lov. Utgangspunktet er her at denne ikke anses som ema. Det foreligger heller ingen internasjonale forpliktelser som medfører at Norge må behandle denne gruppen som ema.

I denne fremstillingen er det barn som kommer alene, samt barn som er alene på vedtakstidspunktet, som omfattes. Videre i oppgaven vil begrepet ema innskrenkes til kun å

⁶ NOU 2004:16, side 337.

⁷ l.c.

⁸ http://www.absoluteastronomy.com/topics/Age_of_majority (publikasjonsdato ikke angitt).

omfatte disse tilfellene. Vurderingen i oppgaven er videre rettet mot den gruppe ema som myndighetene ikke finner grunnlag for opphold i form av asyl eller på humanitært grunnlag. Det avgjørende for opphold blir da om den enslige mindreårige asylsøkeren anses å ha omsorgspersoner i hjemlandet.

1.4 Omsorgspersoner

Etter norsk praksis er omsorgspersoner i hovedsak barnets foreldre eller andre voksne personer som har deltatt i den daglige omsorgen for barnet før barnet reiste ut fra sitt hjemland.⁹

UNHCR uttaler at egnet omsorgsalternativ kan være foreldrene, andre nære slektninger eller voksne omsorgspersoner, et offentlig organ eller barnehjem. Disse må ha godtatt og ha mulighet til å ta vare på barnet og tilby dette nødvendig beskyttelse og omsorg.¹⁰ Norsk praksis anser også at offentlige institusjoner, som barnehjem, kan anses som egnet omsorgsalternativ.¹¹

1.5 Kort om saksgangen når en ema kommer til Norge

Jeg vil kort beskrive de ulike sider ved prosessen fra en ema kommer til Norge, til vedtak om opphold/retur fattes. Dette fordi prosessen er sentral for oppgavens tema, og videre for å vise hvilke barneperspektiv som i utgangspunktet skal legges til grunn her.¹² Selve avgjørelsen av vedtaket om opphold/retur behandles senere i oppgaven. Jeg behandler derfor ikke dette nærmere her.

⁹ UNEs årbok 2005, side 15.

¹⁰ UNHCR (1997), side 3.

¹¹ PN 2008-039, punkt 4.

¹² *ibid*, punkt 2.

1.5.1 Ved ankomsten

Når en ema kommer til Norge må barnet melde seg for politiet, og levere inn pass og andre reisedokumenter det innehar, jf. utlendingsforskriften §54. Barnevernet har ansvaret for ema under 15 år, mens ansvaret for ema i alderen 15-18 år påligger UDI.¹³ Etter registrering hos politiet plasseres barnet i et transittmottak frem til det er foretatt et asylintervju. For ema som ikke har foreldre eller andre omsorgspersoner med foreldreansvar, oppnevnes det en hjelpeverge, jf. vergemålsloven¹⁴ §3 annet ledd. Vergen vil være tilstede under asylintervjuet og ellers jobbe med å ivareta barnets interesser, jf. utlendingsforskriften §55a annet ledd.¹⁵ Etter intervjuet er gjennomført, vil barnet overføres til et mottak med egen avdeling for enslige asylsøkere under 18 år,¹⁶ dersom det ikke har slekt eller venner å oppholde seg hos.¹⁷

1.5.2 I påvente av vedtak

Barnevernets kompetanse og plikter omfatter alle barn og unge under 18 år som oppholder seg i landet, jf. barnevernsloven¹⁸ §§1-2 først ledd og 1-3 første ledd. Barnevernet har dermed ansvaret for de barn som bor på mottak, og blir rutinemessig varslet av mottakene når en ema ankommer.¹⁹ Dette for å kunne sette i gang tiltak der det er behov for det.

Norske myndigheter forplikter å gi tilbud om skolegang til barn som bor i mottakene, jf. BK artikkel 28 og 29. I påvente av at saken avgjøres skal barn under 16 år få tilbud om grunnskoleopplæring.²⁰ Ema over 16 år har ikke krav på verken grunnskoleopplæring eller videregående opplæring, men rett til opplæring i norsk og samfunnskunnskap.²¹ Under oppholdet i mottaket skal det utarbeides en individuell plan som barnet selv medvirker til å

¹³ Informasjon fra UDIs nettsider, www.udi.no/templates/Tema.aspx?id=3066.

¹⁴ Lov om vergemål for umyndige av 22.april 1927 nr.3.

¹⁵ G-0344B/2003.

¹⁶ Fra UDIs nettsider under «Ulike typer mottak» www.udi.no/templates/Tema.aspx?id=9254.

¹⁷ Ot.prp.nr.28 (2007-2008), side 14.

¹⁸ Lov om barnevernstjenester av 17.juli 1992 nr.100.

¹⁹ Fra UDIs nettsider under «Enslig mindreårige asylsøkere» www.udi.no/templates/Tema.aspx?id=3066.

²⁰ Opplæringslova av 17.juli 1998 nr.61,§ 2-1 første ledd, jf. annet ledd.

²¹ UDIs saksbehandlingsrutiner ved ema, gjeldende fra september 2005.

utforme. Planen skal fungere som grunnlag ved en eventuell bosetting i kommunen dersom oppholdstillatelse blir gitt, eller dersom det skal igangsettes tiltak ved mottaket ut ifra individuelle behov.

Dersom det er tvil om barnets alder foretas en aldersundersøkelse. Undersøkelsen er i utgangspunktet frivillig, men dersom man ikke tar den kan dette føre til svekket troverdighet og innvirke på avgjørelsen av søknaden.²² Undersøkelsen bærer dermed mer preg av plikt enn en selvbestemt mulighet. Klargjøring av barnets identitet, alder og søk etter omsorgspersoner i utlandet, kan bidra til å forklare at saksbehandlingstiden er såpass lang, jf. punkt 4.1.1.²³

1.6 Rettskilder

Utgangspunkt: Utlendingsloven og utlendingsforskriften

Et stort regelverk berører en emas prosessuelle og materielle rettigheter og plikter, fra barnet ankommer til vedtak om retur/opphold foreligger. Utlendingsloven²⁴ og utlendingsforskriften²⁵ gir «grunnlag for vern mot forfølgelse for flyktninger og andre utlendinger som er forfulgt», jf. utlendingsloven §2 tredje ledd, og gir de rettslige rammene for utlendingers adgang til og opphold i Norge.

Utlendingsloven §§15-17 supplert med flyktningekonvensjonen (FK)²⁶ artikkel 1A og 33 gir de sentrale bestemmelsene for avgjørelsen av en asylsøknad. Dersom en person ikke anses som flyktning etter utlendingsloven §16, jf. §17, skal det vurderes hvorvidt denne likevel skal få vern som følge av forfølgelse etter utlendingsloven §15 første ledd første alternativ, jf. FK artikkel 33, eller om det foreligger returvern på grunn av krenkelse av humanitær internasjonal lovgivning, jf. utlendingsloven §15 første ledd annet alternativ.

²² Q-17-2004.

²³ Norges fjerde rapport til FNs barnekomité (2008), side 111.

²⁴ Utlendingsloven av 24.juni 1988 nr.64.

²⁵ Utlendingsforskriften av 21.desember 1990.

²⁶ Flyktningekonvensjonen av 28.juli 1951.

Her vil vurderingen som oftest være om en retur er i samsvar med den Europeiske menneskerettskonvensjon(EMK) artikkel 3.

Den som omfattes av §15 første ledd første alternativ, men som ikke innvilges asyl, vil få opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven §8 annet ledd, jf.

utlendingsforskriften §21 første ledd. Selv om ikke søker anses som flyktning etter utlendingsloven §§16, jf. 17, eller faller inn under alternativene i utlendingsloven §15 første ledd, skal utlendingsmyndighetene vurdere om det skal innvilges opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket etter utlendingsloven §8 annet ledd, jf. utlendingsloven §15 annet ledd.

Det er sistnevnte alternativ, der utlendingsmyndighetene skal vurdere om det foreligger grunnlag for opphold etter utlendingsloven §8 annet ledd og herunder vurderingen av barnets beste, som er temaet i oppgaven. Oppgaven vil i liten grad behandle innholdet av utlendingsloven og utlendingsforskriften, utover kartleggingen av norsk praksis i bruken av hensynet til barnets beste ved avgjørelsen av søknader til ema.

Forankring i Grunnloven

Kravet til at myndighetene skal respektere og sikre menneskerettighetene, og herunder bestemmelsene i barnekonvensjonen, er nedfelt i Grunnloven²⁷ §110c. Bestemmelsen lyder:

«De paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne. Nærmere Bestemmelser om Gjennemførelsen af Traktater herom fastsættes ved Lov».

Kravet om å «respektere og sikre» menneskerettighetene innebærer både at myndighetene selv plikter ikke å krenke dem, og hindre at andre gjør det. Med begrepet «myndigheter» legges en vid forståelse til grunn. Dette innebærer at både Storting, regjering, kommunale-

²⁷ Grunnloven av 17.mai 1814.

og fylkeskommunale myndigheter, domstoler og forvaltningsorganer omfattes.²⁸ Utlendingsmyndighetene har dermed en grunnlovsfestet plikt til å respektere og følge menneskerettighetene.

Bestemmelsen gir ingen selvstendig beskyttelse mot menneskerettighetsbrudd fra myndighetene, men er en prinsipperklæring som understreker den forankring menneskerettighetene har i det norske samfunn.²⁹ Bestemmelsens andre ledd som fastslår at gjennomføringen av traktater skal fastsettes ved lov, er nå gjennomført for enkelte konvensjoner ved menneskerettsloven.³⁰ Dette innebærer et unntak fra det dualistiske system som foreligger i Norge, der norsk rett og folkerett er to separate og uavhengige rettssystemer.

Forholdet til folkeretten

Det dualistiske system krever i utgangspunktet en særlig rettsakt for å gjøre folkerett til norsk rett. Menneskerettsloven er et eksempel på dette, der EMK, FNs konvensjon for sivile og politiske rettigheter, FNs konvensjon for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og BK er inkorporert i norsk lov. BK ble ratifisert av Norge 8. januar 1991 og inkorporert som norsk rett ved menneskerettsloven §1(1) nr.4. Menneskerettsloven gir et sikkert rettslig grunnlag for anvendelsen av konvensjonsbestemmelsene i norsk rett.

Menneskerettighetene har imidlertid vært tillagt vekt ved tolkningen av norske regler også før inkorporeringen. I Finganger I-dommen³¹ påpekte Høyesterett at også før inkorporasjonen av EMK «*ble grunnleggende menneskerettigheter tillagt meget stor vekt ved fortolkningen av norske rettsregler*». Etter menneskerettsloven §3 gis BK en semikonstitusjonell stilling ved at konvensjonen ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Dette er kun aktuelt dersom det er konstatert motstrid mellom en konvensjonsbestemmelse og en nasjonal regel. Da norsk rett etter presumsjonsprinsippet

²⁸ Ot.prp.nr.3(1998-99), punkt 3.2.2.

²⁹ Andenæs (2004), side 298.

³⁰ Menneskerettsloven av 21.mai 1999 nr.30.

³¹ Rt. 2000 side 1811, side 1829.

antas å være i samsvar folkeretten, vil en slik situasjon sjelden oppstå. Bestemmelsen viser imidlertid menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Av utlendingsloven §4 fremgår det at «loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling». Bestemmelsen medfører at BK var å anse som norsk rett på utlendingsrettens område også før inkorporasjonen av den gjennom menneskerettsloven. Utlendingsloven §4 har betydning også i dag, da denne omfatter all folkerett, mens menneskerettsloven kun omfatter de fire konvensjonene inntatt i loven. Bestemmelsen gir dermed et generelt inkorporasjonsprinsipp som setter folkerettslige rammer for utlendingsretten, og innebærer at folkerettslige regler som Norge er bundet av skal gis umiddelbar virkning dersom de vil styrke utledningens stilling i den konkrete sak.³² Det må dermed ikke foreligge en konflikt mellom norsk rett og folkeretten for at bestemmelsen skal få anvendelse, som ved menneskerettsloven §3. Den sektormonistiske inkorporasjonsbestemmelsen medfører at folkeretten skal anvendes i enhver sammenheng der det er til utledningens beste.

Særlig om forholdet til BK

BK har flere bestemmelser som kommer til anvendelse ved utlendingssaker. Etter BK artikkel 22 gis alle flyktningbarn rett til beskyttelse og humanitær hjelp, herunder hjelp til søk etter familie. Videre gir konvensjonen barnet rett til blant annet å uttale seg i saker som vedrører dem, rett til å være med sine foreldre dersom ikke atskillelse anses nødvendig, og krav til positiv og rask behandling av søknad om familiegjenforening. Oppgaven vil i mindre grad omhandle disse rettighetene, foruten der det er nødvendig for å belyse innholdet av BK artikkel 3.

Etter BK artikkel 3 fremgår det at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. I det følgende vil det primære formål være å kartlegge innholdet av dette prinsippet i forhold til myndighetenes behandling av asylsøknaden til en ema. For å belyse prinsippet og dens innhold vil jeg vise til uttalelser

³² Einarsen, note 5 og videre uttrykt i Ot.prp.nr.7 (2006-2007), side 46.

fra FNs barnekomité, UNHCR og Separated Children in Europe Programme(SCEP), i tillegg til juridisk litteratur. Videre vil enkelte uttalelser fra humanitære organisasjoner, og kartlegging av svensk praksis brukes for å underbygge eller påpeke en forståelse av innholdet. Tyngden og den rettskildemessige betydningen av de ulike kildene redegjøres det for fortløpende ved behandlingen av dem.

1.7 Undersøkelse av praksis

I utgangspunktet hadde jeg som mål å kartlegge de folkerettslige forpliktelsene, for så å se om norsk praksis samsvarer med disse forpliktelser. Det har imidlertid vist seg vanskelig å få oversikt over hvordan norske myndigheter ivaretar hensynet til barnets beste ved avgjørelsen av emas søknad.

Jeg forsøkte å søke i UNEs praksisbase for å få en oversikt over nåværende praksis der. Ved å søke på «enslig mindreårig asylsøker» og «barnets beste», fikk jeg imidlertid opp kun 4 saker. Dette er svært lite representativt for det totale antall saker som behandles av UNE. UDI har ingen slik praksisbase.

Praksisbasen inneholder kun sammendrag av tidligere vedtak og dette medfører at de ikke viser den totale vurdering og begrunnelse fra de opprinnelige vedtakene. I tillegg til å søke i praksisbasen prøvde jeg å søke i interne notater både ved UDI og UNE. Foruten generelle krav til vurderinger og momenter som skulle vurderes, ga heller ikke disse notatene avklaring i forhold til deres praksis.

Innsyn i saker hos UNE er vanskelig å gjennomføre, da det vil kreve en del ressurser til anonymisering og tilrettelegging for innsyn.³³ Jeg valgte å ikke søke om dette, da UNE i

³³ Mail fra UNE ved Kjetil Larsen, mottatt 19.mars 2009.

utgangspunktet er tilbakeholdne med å gi innsyn³⁴, og det av erfaring ikke blir innvilget overfor masterstudenter.³⁵

Det foreligger dermed en begrenset mengde kilder for å belyse praksis ved ema hos norske utlendingsmyndigheter. Dette er uheldig da man ikke kan foreta en vurdering av hvordan praksis generelt fungerer. De som vedtakene omfatter har derfor liten mulighet for å kunne se om vedtaket er rimelig og i overensstemmelse med normal praksis. Selv om det foreligger klagemulighet, ville en offentliggjøring og kartlegging av praksis kunne avdekke hvorvidt det foreligger en godt gjennomtenkt vurdering.

Åpenhet medfører at kritiske øyne kan påpeke urimeligheter som i neste omgang må rettes opp. At publikum får bedre innblikk kan ha verdi som ledd i den demokratiske kontrollen med forvaltningen.³⁶ Asylsøkere, og særlig ema, vil ofte ikke ha mulighet til selv å avgjøre hvorvidt søknaden er blitt tilstrekkelig og rimelig behandlet. Ema får imidlertid hjelp av verge og advokat.³⁷ Advokaten vil som en følge av lite informasjon uansett kunne ha begrenset mulighet til å vurdere rimeligheten av vedtaket opp mot tidligere praksis.

Som en følge av at tilgjengelig materiale for norsk praksis er begrenset, er det vanskelig å få en oversikt over dagens praksis hos norske utlendingsmyndigheter.

Utlendingsmyndighetene er hjelpsomme og imøtekommende, men kan kun være behjelpelige med generelle spørsmål. Kartleggingen av norsk praksis synes derfor svært vanskelig å gjennomføre uten innsyn i utlendingsmyndighetenes arkiver.

Som en følge av dette har jeg prøvd å finne grunnlag for kartlegging av praksis i ulike kilder, herunder tidligere undersøkelser, årsrapporter og andre kilder som kunne gi opplysninger om norsk praksis. Dette gir imidlertid ikke det fullstendige bildet over norsk praksis som jeg i utgangspunktet søkte å gjøre rede for.

³⁴ Mail fra UNE ved Kjetil Larsen, mottatt 19.mars 2009.

³⁵ Etter samtale med to tidligere masterstudenter som ikke har fått innsyn etter søknad om dette.

³⁶ Smith (2006), side 202.

³⁷ RS 2004-60/61, side 11.

2. BK artikkel 3 – Generelt om hensynet til barnets beste

BK artikkel 3 nr.1 lyder:

«Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn».

Bestemmelsen gir uttrykk for et grunnleggende prinsipp, og er BKs mest sentrale norm.³⁸ Prinsippet stadfester barnets beste som et *grunnleggende hensyn* ved alle handlinger som berører barn. Begrepet er ikke nytt på det internasjonale menneskerettighetsområdet, og var eksempelvis nedfelt i FNs erklæring om barns rettigheter av 1959 og videre i FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner fra 1979.

Det foreligger ingen generell definisjon av begrepet barnets beste. Rettslig sett anses det som et åpent begrep, der tolkningen foretas med utgangspunkt i en helhetsvurdering av barnets situasjon, herunder deres behov og forutsetninger.³⁹ Vurderingen skal omfatte både kortsiktige og langsiktige betraktninger for barnet.⁴⁰ Dette er også presisert av FNs barnekomité som uttrykker at *«a determination of what is in the best interests of the child requires a clear and comprehensive assessment of the child's identity, including her or his nationality, upbringing, ethnic, cultural and linguistic background, particular vulnerabilities and protection needs»*.⁴¹ Prinsippet skal legges til grunn ved tolkninger og anvendelse av BK og videre i alle andre tilfeller der barns interesser blir berørt.⁴² Dette omfatter eksempelvis barnevernssaker, samværssaker og asylsøknader. Prinsippets innhold behandles nærmere under punkt 3 og 4.

Av BK artikkel 4 følger at medlemslandene skal etablere tilstrekkelige prosedyrer for å gjennomføre rettighetene etter konvensjonen i det enkelte land. I forhold til de økonomiske,

³⁸ Høstmølingen (2008), side 46-47.

³⁹ Schiratzki(2005), side 52 og Høstmølingen(2008), side 47.

⁴⁰ Hodgkin (2007) side 38.

⁴¹ CRC/GC/2005/6, side 9, para 20.

⁴² Høstmølingen (2008), side 46-47.

sosiale og kulturelle rettighetene, uttrykker artikkelen at «*States parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources and, where needed, within the framework of international cooperation*». Verken konvensjonen eller barnekomiteen definerer hvilke bestemmelser som anses som en sosial, økonomisk eller kulturell rettighet, men det er klart at nesten alle artikler inneholder elementer av sivile eller politiske rettigheter, deriblant artikkel 3.⁴³

Bestemmelsen medfører at kravene stiger i takt med medlemslandets ressurser. Med ressurser menes her ikke bare finansielle ressurser, men også organisatoriske og menneskelige.⁴⁴ Da Norge innehar enorme ressurser både finansielt, organisatorisk og menneskelig, vil dette innebære krav om en høy standard ved ivaretagelsen av de økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Dette kan indikere at Norge burde føre en mer liberal politikk enn andre land som har mindre ressurser til rådighet, hvilket jeg vil komme tilbake til under punkt 6.6.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har uttalt at EMK «*is a living instrument*»,⁴⁵ og at konvensjonen krever en dynamisk tolkning. Det er ikke opprettet noen domstol som kan foreta en autorativ og dynamisk tolkning av BK. En dynamisk tolkning av BK er imidlertid viktig for at konvensjonen skal være i samsvar med samfunnsutviklingen. Dette er særlig aktuelt på barnerettens område, der det i mange land skjer en stadig utvikling i forhold til barns rettigheter. I mangel av en domstol må dermed en dynamisk tolkning og utvikling av konvensjonens innhold følge av blant annet ordlyd, landenes praksis og barnekomiteens uttalelser.⁴⁶ Dette medfører et behov for studier, statistikk og kunnskapsoppdatering for at prinsippet skal gis et riktig innhold. Videre kreves det tilstrekkelige undersøkelser av det enkelte barns situasjon og forutsetninger.

⁴³ Hodgkin (2007), side 47.

⁴⁴ *ibid*, side 53.

⁴⁵ *Tyrer v. Storbritannia*.

⁴⁶ *Høstmølingen* (2008), side 23.

3. Innholdet av begrepet «barnets beste» etter de folkerettslige forpliktelser

Jeg vil her redegjøre for de folkerettslige forpliktelser norske myndigheter har når det gjelder bruken av barnets beste ved avgjørelsen av en emas søknad om opphold. Målet er å kartlegge hva som etter folkeretten blir lagt i hensynet til barnets beste, hvor tungt hensynet skal vektlegges i forhold til andre relevante hensyn, og om det kan foreligge forhold som gjør at man kan foreta en legitim innskrenkning av det.

3.1 Generelt om tolkning av traktater

Utgangspunktet ved tolkninger av avtaler, herunder traktater, er å finne frem til hva partene har ment, og fastlegge deres gjensidige rettigheter og plikter. Det er tradisjonelt tre tolkningsteorier som kan legges til grunn ved tolkningen av traktater. *Den objektive tolkningsteori* tar utgangspunkt i ordlyden og en analyse av teksten. *Den subjektive tolkningsteori* tar utgangspunkt i partenes vilje, og ordlyden står tilbake dersom det foreligger motstrid mellom denne og partenes felles forståelse. *Den teleologiske tolkningsteori* tar utgangspunkt i traktatens formål, og at innholdet skal realiseres i samsvar med dette.⁴⁷ Det foreligger ingen generelle bestemmelser som gir grunnlag for en bestemt tolkningsteori etter norsk rett. Etter Wienkonvensjonen om traktatretten⁴⁸ (Wienkonvensjonen) er utgangspunktet den objektive tolkningsteori, jf. konvensjonens artikkel 31 nr.1.

3.2 Wienkonvensjonen om traktatretten

Wienkonvensjonen er ikke ratifisert av Norge. Konvensjonen er imidlertid i all hovedsak å anse som folkerettslig sedvanerett, og dermed utgangspunkt for norske myndigheters tolkning av traktater.⁴⁹ Wienkonvensjonen vil dermed bli lagt til grunn ved fastleggelsen av prinsipper for tolkning av konvensjoner i det følgende. Konvensjonen angir imidlertid ikke uttømmende de relevante rettskilder ved folkeretten.⁵⁰ Bruk av kilder som eksempelvis

⁴⁷ Ruud (2006), side 92.

⁴⁸ Wienkonvensjonen om traktatretten av 23.mai 1969.

⁴⁹ NOU 2003:7 punkt 9.1.3.

⁵⁰ Ruud (2006), side 93.

uttalelser fra ulike FN-organer eller rettspraksis er dermed ikke i strid med Wienkonvensjonen eller den folkerettslige sedvanerett som følger av den.

3.2.1 Utgangspunkt: «the textual approach»

Hovedregelen gis i Wienkonvensjonens artikkel 31 nr.1:

«A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose».

Utgangspunktet tas i traktatens ordlyd. Den naturlige språklige forståelsen av ordet legges til grunn, dersom det ikke foreligger klare holdepunkter for at en spesiell mening var konvensjonpartenes intensjon, jf. Wienkonvensjonen artikkel 31 nr.4. Dette er i samsvar med suverenitetsprinsippet, som innebærer at statene ikke skal binde seg til mer enn det som fremgår av teksten.⁵¹

At ordlyden skal tolkes i lys av traktatens gjenstand og formål innebærer at det er ordlyden i den konkrete traktat som skal fastsettes. Traktatens formål er dermed ikke et selvstendig tolkingsmoment, men kan underbygge en forståelse av ordlyden dersom ordlyden ikke gir selvstendig avklaring.

Ved BK artikkel 3 er det første tolkningsmomentet «*barnets beste*». Da begrepet er skjønsmessig gir ikke en naturlig språklig forståelse et klart definert forhold. Dette medfører behov for en nærmere kartlegging i det konkrete tilfellet. Begrepets innhold vil også variere over tid og fra kultur til kultur, da det påvirkes av hvilke normer som gjelder på det tidspunkt barnets beste fastsettes, jf. punkt 2. Ulike folkerettslige organer har redegjort for begrepets innhold, og hvordan det skal forstås. Dette vil jeg komme tilbake til under punkt 3.3.

⁵¹ Høstmølingen (2003), side 87.

Formålet med BK er å gi barnet et spesielt vern og særskilt omsorg, samt å presisere de grunnleggende menneskerettighetene som også gjelder for barn.⁵² Da barn anses som en særlig sårbar gruppe, er det viktig at disse gis spesiell oppfølging. Begrepet sett i forhold til formålet med konvensjonen, medfører at barnets beste er en standard som skal fastlegges med det formål å sikre at barnets behov, rettigheter og særegne forhold blir ivaretatt ved avgjørelser som berører barn.

Videre skal barnets beste være et «*grunnleggende hensyn*». En naturlig språklig forståelse tyder på at det skal være et primærhensyn som skal tillegges større vekt enn andre relevante hensyn. Begrepet sett i forhold til konvensjonens formål, tyder på at hensynet bør gis vesentlig vekt der barnet er i en særskilt sårbar eller utsatt stilling.

En av forfatterne til det opprinnelige utkastet til BK uttaler i forhold til prinsippet om barnets beste at «...*where the state is not faced with the fundamental considerations of other private parties, as in the standard of care due to children without parents, then best interests become the sole determining factor, a higher standard being required where there are no longer parental or family interests to be balanced in the equation*». ⁵³ Uttalelsen innebærer at blant annet hensyn til myndighetene og deres politikk i utgangspunktet ikke kan veie like tungt som hensynet til barnets beste. Det er imidlertid anerkjent at andre hensyn i visse tilfeller kan gå foran hensynet til barnets beste. Dette behandles nærmere under punkt 3.3.1 og 4.1.4.

Ved fastsettelsen av ordlyden i den konkrete traktat viser Wienkonvensjonen artikkel 31 nr.1 til at utgangspunktet skal tas i «...*the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context...*»

Hva som anses som traktatens kontekst/sammenheng fremgår av konvensjonens artikkel 31 nr. 2, som fastslår at hele konvensjonsteksten inklusive fortalen inngår. Traktaten skal sees

⁵² Blant annet nedfelt i forarbeidene til konvensjonen, samt presisert i forordene til Hæstmælingen(2008).

⁵³ Van Bueren (2007), side 31-32.

på i sin helhet. Andre avtaler mellom partene som ble inngått i sammenheng med traktaten, kan inngå i tolkningsgrunnlaget, i tillegg til andre instrumenter som ble laget i denne forbindelse. Med instrument forstås her andre avtaler, bilag, konvensjoner og lignende. Ved BK foreligger det to valgfrie protokoller om henholdsvis barns rettigheter i væpnet konflikt⁵⁴ og barns rettigheter om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi.⁵⁵ Disse er av mindre betydning for å belyse konvensjonens sammenheng utover å påpeke alvoret i de forhold som protokollene omfatter.

At ordlyden skal tolkes i lys av traktatens sammenheng fremgår også av BK selv. Eksempelvis gir ikke ordlyden i BK artikkel 22 en sterk beskyttelse av mindreårige flyktninger. Den krever kun at det treffes «egne tiltak» for å sikre at barn som er flyktninger, eller søker opphold som flyktning, skal få tilstrekkelig beskyttelse og humanitær hjelp. Bestemmelsen får imidlertid større betydning dersom man tolker den i samsvar med artikkel 3 om hensynet til barnets beste, samt kravet til ikke-diskriminering i artikkel 2.

Hensynet til barnets beste fremstår således som et fundamentalt prinsipp som påvirker innholdet til konvensjonens øvrige bestemmelser, og er dermed grunnleggende for en forståelse av BK. Spørsmålet er imidlertid om en helhetlig forståelse av konvensjonen kan gi en avklaring eller fastsettelse av begrepet «barnets beste».

Rettighetene nedfelt i konvensjonen gir et utgangspunkt for å skille barnas viktigste interesser fra andre interesser.⁵⁶ De rettigheter som er konvensjonsfestede, må anses som et utslag av hva som generelt anses som barnets beste. Forståelsen av en konvensjonsbestemmelse må altså være konsistent med konvensjonen som et hele.⁵⁷ Dette bidrar til en avklaring av prinsippets innhold i visse henseende, men medvirker ikke til en fullstendig avklaring av prinsippets medfølgende forpliktelser. BK er dynamisk, jf. punkt 2.

⁵⁴ Valgfri protokoll til konvensjon om barns rettigheter om barn i væpnet konflikt av 25.mai 2000.

⁵⁵ Valgfri protokoll til konvensjon om barnets rettigheter om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi av 25.mai 2000.

⁵⁶ Høstmølingen (2008), side 47.

⁵⁷ NOU 2008:15, side 103.

Dette innebærer at både konvensjonen som en helhet, men også den enkelte bestemmelse vil kunne forandre innhold.

BK sin fortale gir i all hovedsak generelt uttrykk for barnets behov for beskyttelse og familieliv, og understreker at gruppen er spesielt sårbar. Videre fremheves det at det skal tas «tilbørlig hensyn til den betydningen hvert folks tradisjoner og kulturelle verdier har for barns beskyttelse og harmoniske utvikling». Det tas her sikte på at konvensjonen må forstås på bakgrunn av de ulike lands utgangspunkter, og at et bestemt verdisyn ikke skal legges til grunn ved forståelsen av den. På grunn av den generelle utformingen, gir fortalen lite støtte til forståelsen av ulike begreper i konvensjonen, og dermed lite veiledning ved fortolkningen av BK.⁵⁸

Av konvensjonens artikkel 31 nr. 3 fremgår det at også etterfølgende avtaler mellom partene, samt senere statspraksis, er å anse som relevante kilder for å finne sammenhengen i traktaten. Norske myndigheter søker å ha en praksis i samsvar med andre lands praksis.⁵⁹ I kapittel 5 ser jeg på svensk praksis, for å se om de internasjonale forpliktelser gjenspeiles i deres praksis, og videre hvordan deres praksis stiller seg i forhold til den norske. Temaet behandles derfor ikke nærmere her.

3.2.2 Supplerende tolkingsmomenter

Wienkonvensjonen artikkel 32 viser til at supplerende tolkingsmomenter, herunder forarbeider og forhistorie, kan inngå i tolkningsgrunnlaget dersom tolkningsmomentene etter konvensjonens artikkel 31 ikke fører til en klar løsning eller den fremstår som åpenbar absurd eller urimelig. At artikkelen angir supplerende tolkingsmomenter er imidlertid misvisende, da Wienkonvensjonen ikke gir uttrykk for et hierarkisk regelsett ved tolkningen. Konvensjonens bestemmelser fremstår dermed mer som retningslinjer enn

⁵⁸ Høstmølingen (2008), side 22.

⁵⁹ Fremgår blant annet ved samarbeidet i SCEPT der dette er et mål i seg selv, og av Ot.prp.nr.75(2006-2007), side 26, som viser til at utvalgets mandat i forbindelse med utformingen av NOU 2004:20, presiserte at man burde se på andre lands praksis som grunnlag for utformingen av en ny utlendingslov.

regler som angir vektforholdet mellom de ulike faktorene.⁶⁰ Ordlyden vil imidlertid ha særlig stor rettskildemessig betydning ved multilaterale avtaler som BK, der det åpnes for at parter som ikke deltok i utformingen av traktaten, senere skal kunne tilslutte seg den.⁶¹

BK ble utarbeidet av en arbeidskomité. Da det forelå enighet om konvensjonens innhold ble komiteens arbeid enstemmig vedtatt uten endringer av verken FNs menneskerettskomité eller FNs generalforsamling. Forarbeidene gir derfor lite veiledning for en forståelse av BK.⁶² Konvensjonens dynamiske karakter vil også medføre at forarbeidene har mindre betydning, siden det har skjedd en merkbar utvikling fra arbeidet med konvensjonen pågikk og frem til i dag. Et eksempel på dette er vårt syn på fysisk avstraffelse overfor barn.

Som nevnt angir ikke Wienkonvensjonen uttømmende de folkerettslige kilder, jf. punkt 3.2. Videre i oppgaven vil jeg derfor vise til blant annet statsrapporter som medlemslandene avgir til Barnekomiteen. Dette er rapporter som medlemslandene forplikter å oversende for å vise at det er iverksatt tiltak for å overholde konvensjonen, og dokumentere fremgang som er skjedd i forbindelse med overholdelsen, jf. BK artikkel 44. Ytterligere vil jeg henwise til Barnekomiteens General Comment no.5,⁶³ som er en generell kommentar utgitt av Barnekomiteen. Temaet er behandlingen av ema utenfor dennes hjemland. Jeg vil også vise til Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, som gir detaljerte anbefalinger med mål om å forbedre og beskytte barns rettigheter ved lov, politikk og praksis. Håndboken, utgitt av UNICEF, inneholder blant annet analyser av komiteens tolkninger og bemerkninger til de ulike statsrapportene. Kildene gir informasjon og retningslinjer for forståelsen av BK artikkel 3, og vil kommenteres nærmere der det er aktuelt tematisk.

⁶⁰ Elgesem (2003), side 207.

⁶¹ Ruud (2006), side 98.

⁶² Høstmølingen (2008), side 24.

⁶³ CRG/GC/2005/6.

3.3 Folkerettslige kilder

Jeg vil her redegjøre for de folkerettslige forpliktelser som følger av BK artikkel 3, ved å foreta en systematisk kartlegging av disse forpliktelsene ved det enkelte trinn i behandlingen av en emas asylsøknad. I fremstillingen skiller jeg mellom de tilfeller der man finner egnede omsorgspersoner til barnet, og de tilfeller der man ikke kan finne dette.

3.3.1 Der man finner egnede omsorgspersoner til barnet

Utgangspunkt: Hurtige og nødvendige tiltak for en mulig familiegjenforening

BK artikkel 22 gir som nevnt flyktning- og asylsøkerbarn rett til nødvendig beskyttelse og humanitær hjelp, herunder søk etter familiemedlemmer. Utgangspunktet er at mottakerlandet til en ema hurtigst mulig skal gjennomføre nødvendige tiltak for å finne familien, og gjenforene barnet med familien der man lykkes med å oppspore den.⁶⁴ For å samle inn best mulig og nødvendig informasjon skal statene i dette arbeidet samarbeide med ikke-statlige organisasjoner, jf. BK artikkel 22.

Det er uttrykt at lange opphold på mottak kan påføre barna skade. Som en følge av dette oppfordres det til at dette unngås ved å finne varige løsninger så raskt som mulig.⁶⁵

UNCHR presiserer videre at raske avgjørelser er spesielt viktig ved ema, da disse utgjør en særlig sårbar gruppe.⁶⁶

I utgangspunktet vil en ema gjenforenes med sin familie dersom barnet har foreldre å returnere til, i overensstemmelse med BK artikkel 9. Dette uttrykkes av UNHCR og utdypes av barnekomiteen som uttaler at «*The child shall not be separated from his or her parents against his or her will except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child*».⁶⁷ Forutsetningen for familiegjenforeningen er

⁶⁴ Hodgkin (2007), side 310, med henvisning til CRG/GC/2005/6.

⁶⁵ UNHCR (2008)b, side 76.

⁶⁶ UNHCR (1997), side 2.

⁶⁷ Hodgkin (2007), side 35-36.

dermed at det er til barnets beste. Gjenforening er videre utelukket dersom det innebærer en risiko for familien.⁶⁸

Her vises samspillet mellom BK artikkel 3 og 9. Barnets beste tolkes i overensstemmelse med artikkel 9, dersom ikke særskilte forhold tilsier annet. Det presiseres imidlertid i BKs håndbok at familiegjenforening ikke skal brukes for å rettferdiggjøre en beslutning som ikke er til barnets beste.⁶⁹ I den forbindelse bør det foretas tilstrekkelige forberedelser og søk etter omsorgsalternativer før en eventuell retur gjennomføres.⁷⁰ Barnekomiteen påpeker her at «*tracing is an essential component of any search for a durable solution and should be prioritized...*».⁷¹

Krav til dokumentert vurdering og bruk av eksperthjelp

BK artikkel 3 krever ikke at en avgjørelse som berører et barn skal inneholde en dokumentert vurdering av barnets beste. Uten begrunnelse kan det imidlertid bli vanskelig å fastslå hvorvidt hensynet er vurdert eller ikke. Barnekomiteen uttaler i General Comment no.5 at «*at any...stages, a best interests' determination must be documented in preparation of any decision fundamentally impacting on the unaccompanied or separated child's life*».⁷²

Ved denne vurderingen skal det vektlegges om barnet er spesielt sårbart og/eller trenger særskilt beskyttelse,⁷³ foruten momentene gitt i neste punkt under vurderingen av barnets beste. Komiteen krever altså at alle avgjørelser som angår et barn skal inneholde en spesifikk og dokumentert vurdering av hva som anses som barnets beste. I dette arbeidet anbefaler UNHCR at myndighetene utvikler gode og hensiktsmessige prosedyrer med bruk

⁶⁸ Hodgkin (2007), side 310, med henvisning til CRG/GC/2005/6.

⁶⁹ *ibid*, side 316.

⁷⁰ UNHCR (1997), side 13.

⁷¹ CRC/GC/2005/6, side 22.

⁷² *ibid*, side 9.

⁷³ *l.c.*

av tilstrekkelig ekspertise for en tilstrekkelig kartlegging.⁷⁴ Dette vil medvirke til at alle de relevante faktorer blir vurdert, og bidra til at man finner den antatt beste løsningen.⁷⁵

Vurderingen av barnets beste

FNs Barnekomité har foreløpig ikke utgitt noen generell kommentar for forståelsen prinsippet om barnets beste. I General Comment no.5 gir imidlertid komiteen enkelte synspunkter om barnets beste i forhold til avgjørelser som berører ema. Uttalelsene kommenteres nærmere nedenfor. Generelt har komiteen uttrykt at prinsippet er fundamentalt og at det derfor må legges til grunn ved alle tiltak som foretas i forbindelse med statenes plikt til å oppfylle konvensjonen, jf. BK artikkel 4.⁷⁶

EMK har ingen egen bestemmelse om barnets beste. EMD har imidlertid uttalt at det er i samfunnets interesse å ha et samstemt system for familieretten, og at barnets beste her skal være førsteprioritet.⁷⁷ I en avgjørelse av EMD⁷⁸ uttaler domstolen at «*[a] consideration of what is in the best interest of the child is in any event of crucial importance*». Dette viser at domstolen tillegger prinsippet vesentlig vekt. I et rådsdirektiv av EU⁷⁹ fremgår at myndighetene i det land barnet oppholder seg i, skal sørge for beskyttelse av de interesser som er til barnets beste. Direktivet er ikke rettslig bindende for Norge,⁸⁰ men viser at EU ser på ivaretagelse av barnets beste som en prioritert oppgave hos medlemslandene.

Barnets beste er som nevnt et overordnet prinsipp, og vil veie tyngre enn eksempelvis barnets rett til å være med sine foreldre etter BK artikkel 9. Dette er også presisert av barnekomiteen som i forbindelse med avgjørelsen av hvorvidt opphold/retur skal gis, uttaler at «*return to the country of origin shall in principle only be arranged if such return is in the best interests of the child*».⁸¹

⁷⁴ UNHCR (2008)a, side 26.

⁷⁵ UNHCR (2007), punkt g (i).

⁷⁶ Hodgkin (2007), side 37.

⁷⁷ Van Bueren(2007), side 30-31, med henvisning til EMD dom X,Y and Z v The United Kingdom, paragraph 47.

⁷⁸ The Johansen v. Norway.

⁷⁹ 2004/83/EC, artikkel 30 nr.5.

⁸⁰ Ot.prp.nr.75 (2006-2007), side 70.

⁸¹ CRC/GC/2005/6, side 23.

Komiteen angir så ulike momenter som de mener skal være med i denne vurderingen, herunder omsorgsmuligheter for det spesifikke barn, barnets integreringsnivå, hvor lenge barnet har vært borte fra hjemlandet og hvilken sikkerhet, beskyttelse og sosioøkonomiske forhold som venter barnet ved retur. Videre skal barnets egen mening vektlegges i forbindelse med dets rett til å bli hørt etter BK artikkel 12, og det skal undersøkes hvilke muligheter for fortsatt oppdragelse og opprettholdelse av barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn som foreligger, jf. BK artikkel 20. Det skal også vurderes hvilke muligheter barnet har til å opprettholde sin identitet, inkludert nasjonalitet, navn og familierelasjoner, jf. BK artikkel 8.⁸²

Når det gjelder barnets rett til å bli hørt uttrykker barnekomiteen i en kommentar til Albanias statsrapport at «...*the Committee regrets that the determination of what constitutes the 'best interest' seems to be the decision of adults alone involving little consultation with children, even when they are able to state their opinions and interests*». ⁸³ Med dette gir de uttrykk for at en del av redegjørelsen for barnets beste er å involvere barnet ved avgjørelser som angår dem, i overensstemmelse med BK artikkel 12.

Et annet viktig moment i avgjørelsen av hva som er til barnets beste, er behovet for grundig og tilstrekkelig søk etter barnets foreldre eller andre omsorgspersoner. UNHCR uttaler at «*Information collected through tracing and home assessment can often provide a firm basis for a best interest decision with regard to the child's future*». ⁸⁴ Søk etter omsorgspersoner understrekes her som en viktig del av arbeidet med å kartlegge barnets beste.

En dom avsagt av EMD⁸⁵ omhandler hvorvidt belgiske myndigheter overtrådte EMK artikkel 34 overfor en kongolesisk mor og datter. Domstolen bemerket først at belgiske myndigheter i stedet for å medvirke til en gjenforening mellom mor og datter forhindret

⁸² CRC/GC/2005/6, side 23.

⁸³ Hodgkin(2007), side 38 med henvisning til FN's barnekomités rapport til Albania, CRC/C/15/Add.249, para 26.

⁸⁴ UNHCR (1997), side 13.

⁸⁵ Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v Belgium.

dette. Domstolen uttaler videre at myndighetene «*should have made **detailed enquiries**...[in] order to clarify the position and bring about the reunification of mother and daughter*»(min utheving).⁸⁶ Domstolen slår dermed fast at myndighetene skulle foretatt grundige undersøkelser om hvorvidt gjenforening kunne gjennomføres.

Forholdet mellom barnets beste og andre relevante hensyn

Det er klart at andre hensyn enn hensynet til barnets beste kan være relevante, jf. punkt 3.2.1. I forholdet mellom barnets beste og hensyn som ikke er rettighetsbaserte, uttrykker barnekomiteen at «*Non-rights-based arguments such as those relating to general migration control, cannot override best interests considerations*».⁸⁷ Uttalelsen uttrykker dermed i utgangspunktet et klart forbud mot å la for eksempel innvandringsregulerende hensyn gå foran hensynet til barnets beste. Barnekomiteen ser likevel verdien av at barnet får være med sin familie eller andre omsorgspersoner. Retur til hjemlandet kan dermed være til det beste for barnet dersom det foreligger gode omsorgsalternativer, og særlig hvis retur til foreldrene er mulig. Komiteens uttalelse har derfor mest vekt der det ikke anses å foreligge gode omsorgsalternativer i hjemlandet.⁸⁸

Barnekomiteen påpeker imidlertid at det finnes legale hensyn som kan føre til at barnets beste må vike. Som eksempel på dette gis der barnet utgjør en alvorlig trussel for staten eller samfunnet, eller der hensynet til andre individer medfører at barnets beste må vike.⁸⁹ SCEP uttaler imidlertid uten forbehold at barnets beste skal være det avgjørende momentet, og at alle andre hensyn, inkludert bekjempelse av illegal innvandring, skal være sekundære.⁹⁰

⁸⁶ Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v Belgium, avsnitt 82.

⁸⁷ CRC/GC/2005/6, side 23.

⁸⁸ Stang (2008), side 32.

⁸⁹ Van Bueren (2007), side 31-32.

⁹⁰ SCEP (2005), side 31.

3.3.2 Der man ikke finner egnede omsorgspersoner til barnet

En viktig del av kartleggingen av barnets beste er å søke etter barnets foreldre eller annen familie, jf. punkt 3.3.1. Der man ikke lykkes i å finne omsorgspersoner skal barnet gis den samme beskyttelse som andre barn som permanent eller midlertidig er adskilt fra sin familie av ulike grunner, jf. BK artikkel 22 nr.2.⁹¹ Dette innebærer at ema uten omsorgspersoner likestilles med eksempelvis barn under tilsyn av barnevernet som ikke bor hjemme.

Krav til og forsikringer om konkrete og gode omsorgsalternativer

De folkerettslige organene anmoder om at det alltid skal foretas en konkret kartlegging og avklaring av om en omsorgsperson kan ta seg av barnet. Barnekomiteen understreker her, med støtte fra SCEP,⁹² at det bør foreligge forsikringer om et konkret omsorgsalternativ som vil ta seg av barnet ved en retur.⁹³

UNHCR uttaler at «*Return would not be in the child's best interests if adequate care arrangements are not available upon return*»,⁹⁴ og videre at «*special efforts must be made to ensure the provision of appropriate counseling for a child who is to be returned*».⁹⁵ SCEP fremhever også at familiesituasjonen skal vurderes konkret, og at barnets rådgiver i vertslandet skal være enig i at retur til hjemlandet vil være det beste for barnet.⁹⁶ Dersom det ikke foreligger fullgode alternativer for omsorg ved retur, er dermed retur ikke til barnets beste. UNHCR legger som nevnt til grunn at også statlig virksomhet og barnehjem, kan anses som gode alternativer dersom forholdene tilsier det, og disse har bekreftet at de vil ta vare på barnet, jf. punkt 1.4.⁹⁷

⁹¹ Hodgkin (2007), side 316.

⁹² SCEP (2004), side 45.

⁹³ CRC/GC/2005/6, side 23.

⁹⁴ UNHCR (2008)a, side 70.

⁹⁵ UNHCR (1997), side 3.

⁹⁶ SCEP (2005), side 31.

⁹⁷ UNHCR (1997), side 3.

Forøvrig foreligger det få kilder og vurderinger av hva som er hensiktsmessig der man ikke finner omsorgspersoner til barnet. Dette er også tilfellet når det gjelder hva som anses som et godt omsorgsalternativ.

4. Norsk praksis i forhold til de folkerettslige forpliktelser

4.1 Der man finner omsorgspersoner til barnet

Jeg vil her beskrive norsk praksis i forhold til de folkerettslige forpliktelser som er beskrevet under punkt 3.3.1, samt trekke frem enkelte problematiske punkter som vil bli nærmere kommentert under kapittel 6.

4.1.1 Utgangspunkt: Hurtig og nødvendige tiltak for en mulig familiegjenforening

Barnekomiteen uttrykker, som vist i en generell kommentar, at mottakerlandet til en ema så fort som mulig skal sette i gang nødvendige tiltak for å finne barnets familie og gjenforene barnet med familien dersom man lykkes i å finne den. FNs barnekomité fungerer som det høyeste autorative tolkningsorgan for BK, da konvensjonen ikke har en egen domstol, jf. punkt 2. Komiteen er derfor den dominerende og viktigste bidragsyteren til en dynamisk utvikling og fastsetting av innholdet i konvensjonen. Uttalelsene må derfor anses å gi uttrykk for hva som anses som gjeldende rett etter BK.

Barnekomiteens generelle kommentarer antas å ha betydelig vekt i norsk rett ved den folkerettslige forståelsen av konvensjonen.⁹⁸ Generelt har norske myndigheter i tiltredelseserklæringen uttrykt at de vil sikre og styrke barns rettigheter, og aktivt følge opp anbefalinger fra FNs ekspertkomité.⁹⁹ Dette er også gjentatt i den sittende regjerings Soria Moria-erklæring.¹⁰⁰ Videre har Høyesterett i forbindelse med en generell gjennomgang av de folkerettslige forpliktelser uttalt at «*Uttalelser fra FNs barnekomité...er.. av*

⁹⁸ NOU 2008:15, side 102.

⁹⁹ Gjentatt i Norges fjerde rapport til FNs komité for barnets rettigheter (2008), side 10.

¹⁰⁰ Soria Moria-erklæringen, side 42.

interesse». ¹⁰¹ Juridisk litteratur er tildels motstridene. Gording Stang uttrykker at komiteens generelle kommentarer må antas å ha ikke ubetydelig rettskildevekt, og at dette medfører en forpliktelse for norske myndigheter til å ta dem i betraktning ved avgjørelsen av konkrete saker. ¹⁰² Smith anser imidlertid ikke uttalelsene som rettslig bindende, men som betydningsfulle anvisninger for tolkningen og anvendelsen av konvensjonen. ¹⁰³

EMD har også uttrykt at statene må foreta ”detailed enquiries” for å se om familiegjennforening kan gjennomføres. Norske myndigheter må ved tolkningen av menneskerettskonvensjoner legge vekt på praksis fra EMD. Vekten av domstolens avgjørelser, avhenger imidlertid av hvor parallelt saksforholdet er, hvilken sammenheng uttalelsene er fremkommet i og hvor klart domstolen har uttalt seg. ¹⁰⁴ I gjeldende sak mener jeg EMD slo fast at undersøkelser for en familiegjennforening generelt er viktig for en korrekt saksbehandling. Saken kan dermed ha overføringsverdi til norske utlendingsmyndigheters saksbehandling ved søknader til ema.

Hvordan er så norsk praksis når det gjelder igangsetting av nødvendige tiltak for en mulig familiegjennforening?

Norske myndigheter har presisert at de vil styrke arbeidet med å finne omsorgspersonene til ema og legge opp til gjennforening mellom barnet og omsorgspersonene i deres hjemland. ¹⁰⁵ Dette har imidlertid vist seg vanskelig, noe som kan skyldes ulike forhold. Eksempelvis kan det være redsel for å sette barnet eller dennes familie i fare ved å starte søk, eller at søk i et område tidligere har vist seg svært vanskelig. Sistnevnte problem har særlig oppstått i Somalia, Afghanistan og Irak. ¹⁰⁶

¹⁰¹ Rt. 2001 side 1006, side 1016.

¹⁰² Stang (2008), side 7.

¹⁰³ Høstmølingen (2008), side 22.

¹⁰⁴ Rt. 1999 side 961, side 971.

¹⁰⁵ Stortingsmelding nr.17, (2000-2001), side 18.

¹⁰⁶ Danielsen (2006), side 20.

UDI startet i 2005 et prosjekt der de undersøkte individuelle saker ved ema som kom fra land i den tredje verden. Målet var å spore opp barnets foreldre eller andre omsorgspersoner, for så å gjenforene barnet med omsorgspersonene i hjemlandet. Alternativt skulle det vurderes om barnet kunne returneres til offentlige institusjoner som kunne gi dem tilstrekkelig omsorg. Barnet skulle så følges opp i ettertid.¹⁰⁷ Prosjektet ble imidlertid avbrutt, da man i stedet ville foreta et komparativt studie av ulike europeiske lands praksis og erfaringer ved søken etter foreldre og omsorgspersoner til ema.¹⁰⁸

Studiet viste at verken Norge eller de andre landene som deltok i undersøkelsen, hadde utviklet tilstrekkelige metoder for søk etter omsorgspersoner til ema.¹⁰⁹ Selv om mange av deltakerlandene påpekte at dette var et viktig politisk tema og at det var av høy prioritet å søke etter emas familier, var resultatene hovedsaklig negative.¹¹⁰ Rapporten konkluderte med at dersom det beste for barnet anses å være med sine foreldre, jf. BK artikkel 9, foreligger det et betydelig avvik mellom dette og resultatene i rapporten. Norske myndigheter erkjenner at man kun i et fåtall av saker har klart å oppspore foreldre eller andre omsorgspersoner.¹¹¹ Tilgjengelig tall fra 2006 viser også at norske myndigheter kun klarte å oppspore omsorgspersoner til seks av totalt 350 ema. Bare to av disse seks tilfellene har ført til gjenforening.¹¹²

Når det gjelder kravet fra UNHCR om hurtig igangsetting av tiltak uten unødig opphold, jf. punkt 3.3.1, har utlendingsmyndighetene satt som mål at søknader fra ema skal prioriteres og at sakene skal avgjøres innen 7-12 uker. I dag er saksbehandlingstiden mellom 6-9 måneder.¹¹³ Dette til tross for at myndighetene har som mål å modernisere

¹⁰⁷ Danielsen (2006), innledningen.

¹⁰⁸ I.c.

¹⁰⁹ *ibid*, side 11.

¹¹⁰ *ibid*, side 9.

¹¹¹ Uttalt av arbeids- og inkluderingsdepartementet på deres nettsider, under temaet «Enslige mindreårige asylsøkere».

¹¹² Artikkel i Klassekampen av 25. april 2007, www.klassekampen.no

¹¹³ Informasjon fra UDI per mail 21.februar 2009.

utlendingsforvaltningen for å få ned saksbehandlingstiden, og det er bevilget ekstra midler for å oppnå dette.¹¹⁴

I forhold til uttalelser fra UNHCR som rettskilde, er UNCHR's håndbok for prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling brukt som rettskilde til å underbygge norske regler og begrunnelsen for dem.¹¹⁵ Dette gir indikasjoner på at den har rettskildemessig verdi i norsk rett.

I juridisk litteratur uttrykkes det at håndboken de lege lata har en tyngre rettskildevekt enn det som er normalt for de supplerende kilder innenfor rammen av Wienkonvensjonen artikkel 32. Dens viktigste funksjon er å bekrefte den tolkning som synes å følge av ordlyden eller andre faktorer, eller utdype og presisere en uklar ordlyd. Håndboken gir dermed faglig uttrykk for hva som normalt bør legges til grunn som gjeldende rett,¹¹⁶ og er den uttalelse fra UNHCR med mest rettskildemessig tyngde.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet har påpekt at uttalelser fra UNHCR skal ilegges stor vekt ved tolkningen av FK, og da særlig de uttalelser som gjelder utlendingsforvaltningen.¹¹⁷ Hverken departementet eller utlendingsmyndighetene anser imidlertid uttalelsene fra UNHCR som bindende.¹¹⁸ Utlendingsmyndighetene tar et annet utgangspunkt enn departementet ved å uttale at *«det i enkelte tilfeller kan være relevant å se hen til dem, slik at de indirekte får betydning for norsk rett»*.¹¹⁹ Dette standpunktet er ikke i overensstemmelse med departementets uttalelse om at de skal tillegges stor vekt, hvilket jeg vil komme tilbake til under punkt 6.5.

¹¹⁴ Norges fjerde rapport til FNs barnekomité (2008), side 109.

¹¹⁵ Ot.prp.nr.75(2006-2007), side 86.

¹¹⁶ Einarsen (2000), side 75.

¹¹⁷ Ot.prp.nr.75 (2006-2007), side 73.

¹¹⁸ l.c.

¹¹⁹ RS 2006-025, punkt 4.5.

4.1.2 Krav til dokumentert vurdering og bruk av eksperthjelp

Forvaltningsloven¹²⁰ gjelder for alle utlendingssaker dersom ikke annet følger av utlendingsloven, jf. utlendingsloven §32. Hovedregelen er at enkeltvedtak skal begrunnes, jf. forvaltningsloven §24. Begrunnelsen skal inneholde henvisning til reglene og de faktiske forhold som vedtaket bygger på og de hovedhensyn som har vært avgjørende for utøvelsen av skjønnet bør nevnes, jf. forvaltningsloven § 25.

Når det gjelder utlendingsmyndighetenes konkrete behandling av barns søknader, fremgår det av en kvalitetsstandard i UDI at vurderingen av barnets beste skal foretas i enhver avgjørelse ved en emas søknad om opphold. Videre kreves det at et barneperspektiv skal legges til grunn under hele behandlingen.¹²¹ Ved avslag skal vedtaket begrunnes, og det presiseres at angivelse av hjemmel ikke er nok.¹²²

Eksempler fra praksis

I en sak i UNE¹²³ ble en gutt fra Irak ikke innvilget opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn. Nemnda foretok her en forholdsvis omfattende vurdering av hva som ble ansett som barnets beste. Saken fremstår dermed i utgangspunktet som et godt eksempel på en dokumentert drøftelse av vurderingen av barnets beste i samsvar med barnekomiteens anmodning.

I en annen sak¹²⁴ foretar UNE en vurdering av barnets beste som ordrett er identisk med tidligere nevnte sak. UNE anvender standardkonsepter som hjelpemiddel, og mener at i de to tilfeller jeg har vist til, er det antagelig slik at sakene har hatt likhetstrekk og at samme problemstilling var tema.¹²⁵ Bruk av standardformuleringer kan imidlertid gjøre det vanskelig å se om det blir foretatt en konkret dokumentert vurdering av barnets beste i den enkelte sak. I tidligere undersøkelser vises det til at avgjørelser bærer preg av å være

¹²⁰ Forvaltningsloven av 10.februar 1967.

¹²¹ IM 2008-006, punkt 2.1.

¹²² ibid, punkt 3.8.

¹²³ Referansenummer 5602846567.

¹²⁴ Referansenummer 5423181183.

¹²⁵ Mail fra UNE ved Kjetil Larsen, mottatt 19. mars 2009.

skrevet i standardmaler, og at drøftelsen av barnets beste ofte preges av standardiserte vurderinger. Selv om vurderingen av barnets beste fremgår av vedtaket, er de ikke alltid individualiserte.¹²⁶

Sammendragene i praksisbasen er en forkortet versjon av sakene med den følge at noe av den opprinnelige begrunnelsen ikke blir gjengitt. Enkelte avsnitt i et vedtak kan imidlertid gjentas i sin helhet, dersom det gjelder et sentralt spørsmål i saken.¹²⁷ Sammendragene vil dermed hovedsaklig gjenspeile argumentasjonen og vurderingen i vedtaket, men i en noe forenklet form.

Barnefaglig ekspert

UNHCR anbefaler bruk av ekspertise til avdekkingen av barnets beste, jf. punkt 3.3.1. Utlendingsmyndighetene har ingen barnefaglig ekspert som medvirker til behandlingen av søknader fra ema. Ved barnefaglig enhet, der intervjuene med ema foretas, foreligger det imidlertid en generell og gjennomgående høy kompetanse ved barnefaglige spørsmål hos de ansatte.¹²⁸ At det er egne folk som intervjuer barna, tyder på at det opparbeides god kompetanse på dette området.

4.1.3 Bruken av hensynet til barnets beste

Norske myndigheter har generelt uttalt at «...*hensynet til barnet [er] det overordnede mål i all lovgivning om barn*». ¹²⁹ Det understrekes imidlertid at vurderingen av barnets beste innebærer en skjønnsmessig vurdering, der man blant annet legger vekt på barnets alder og barnets integrering gjennom oppholdet i Norge som eksempelvis ved skolegang. Videre vurderes omsorgsmulighetene og den sosiale og menneskerettslige situasjonen for øvrig ved en retur.¹³⁰

¹²⁶ Stang (2008), side 12.

¹²⁷ Mail fra UNE ved Kjetil Larsen, mottatt 19. mars 2009.

¹²⁸ Telefonsamtale med Vigdis Moen i UDI, 30.mars 2009.

¹²⁹ Høstmølingen(2008), side 53 med henvisning departementsuttalelse gitt i forbindelse med revisjon av barneloven.

¹³⁰ Ot.prp.nr.75 (2006-2007), side 159 og ulike praksisnotater, blant annet PN 2008-006.

Det er også lagt til grunn at «det vil innebære en krenkelse av konvensjonen å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn dersom dette ikke er forsvarlig ut ifra hensynet til barnets beste». ¹³¹ Det påpekes imidlertid at «selv om hensynet til barnets beste skulle tilsi at barnet innvilges opphold i Norge (...), er ikke barnekonvensjonen i seg selv til hinder for at innvandringsregulerende hensyn likevel kan legitimere et avslag på opphold (...).» ¹³² Hvorvidt et slikt utgangspunkt er egnet til å oppfylle de folkerettslige forpliktelsene, vurderes nærmere under punkt 6.3.

Rettspraksis

En dom avsagt av Borgarting lagmannsrett ¹³³ omhandler oppholdsstatusen til en ema fra Sri Lanka. Dommen gir en viss veiledning når det gjelder betydningen av barnets beste ved avgjørelsen av asylsøknaden til en ema. Gutten kom til Norge som ni-åring i 2002, men ble returnert etter endelig avslag i 2006. Avslaget ble begrunnet med at moren antakelig kunne ta seg av ham i hjemlandet. Dersom moren ikke var tilstede ved retur, hadde også guttens bestemor sagt seg villig til å ta vare på ham. Gutten ved verge (klager) anførte for lagmannsretten at vedtaket måtte omgjøres da hensynet til barnets beste tilsa opphold i Norge. Som begrunnelse viste klager for det første til at norske myndigheter var forpliktet til å følge uttalelser fra barnekomiteen. Klager viste her til barnekomiteens General Comment no.6 2005 og punkt 86.

Til denne anførselen uttaler lagmannsretten følgende;

«Punkt 86 sier i siste punktum at andre hensyn som ikke er rettighetsbasert, slik som hensynet til innvandringskontroll, ikke kan overstyre hensynet til barnets beste. Dette må forstås slik at komiteen i nevnte General Comment mener at barnets beste på dette punkt skal gå foran ... Lagmannsretten kan ikke se at det fremgår av barnekonvensjonen at uttalelsene fra komiteen for barnets rettigheter er bindende på samme måte som konvensjonen selv».

¹³¹ *ibid*, side 160.

¹³² Ot.prp.nr.75 (2006-2007), side 160, med henvisning til Utlendingslovutvalget som utformet NOU 2004:20.

¹³³ LB-2008-81478.

Senere slår retten fast at «*barnekonvensjonen [gir] i seg selv ikke rett til opphold i Norge, og ... norske myndigheter er ikke forpliktet til å legge avgjørende vekt på hensynet til barnets beste*». Etter dette avviste retten anførselen om at internasjonale forpliktelser tilsa at vedtaket måtte omgjøres.

Klager anførte også at det forelå saksbehandlingsfeil, da den som fattet vedtaket ikke var kjent med General Comment no. 6, 2005. Lagmannsretten uttaler her at «*etter bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at den var kjent i utlendingsnemnda generelt og at den var innarbeidet i et internt fagnotat. Men saksbehandler som forberedte saken kjente ikke General Comment selv*». Dette viser at uttalelsene fra komiteen er innarbeidet i utlendingsmyndighetenes tilgjengelige kilder, men at ikke alle saksbehandlerne er kjent med dette.

Barnets uttalelserett

Barnekomiteen har i en spesifikk uttalelse påpekt at utredning i samarbeid med barnet er en viktig del av kartleggingen av barnets beste, jf. punkt 3.3.1. Komiteens spesifikke uttalelser til et enkelt land er ikke av like stor rettskildemessig verdi som de generelle kommentarene. Dette gjelder særlig dersom kommentarene angår en spesifikk regel og forholdene i det spesifikke land. Vekten av uttalelsen vil derfor avhenge noe av hvorvidt uttalelsen gjelder i forhold som er direkte sammenlignbare med norske forhold. Uttalelser om norske rapporter må imidlertid illegges betydelig vekt, men vil avhenge av uttalelsens klarhet, og om uttalelsene blir fastholdt til tross for motargumenter.¹³⁴ Uttalelsen som er nevnt her må anses å ha en generell karakter, da den gir uttrykk for at barnets rett til å bli hørt anses som en viktig del av avgjørelsen om hva som er barnets beste. Dette medfører at den må tillegges vekt også i norsk rett.

¹³⁴ Uttrykt i Ot.prp.nr.3 (1998-99) kapittel 12 med utgangspunkt i uttalelser fra kompetente FN-komiteer med hjemmel i FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter artikkel 21, og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 40. Jeg anser imidlertid at det uttalte her også kan anvendes ved Barnekomitéen da dette må anses som en kompetent FN-komité på like linje med de nevnte.

I dag fremgår det av forvaltningsloven §17 første ledd annet punktum at barnet skal få mulighet til å fremlegge sitt syn i saker hvor det berøres. Forvaltningsloven §17 ble inntatt for å synliggjøre forvaltningens plikt etter BK,¹³⁵ og norske myndigheter anser bestemmelsen som overensstemmende med BK artikkel 12. Norske myndigheter understreker at barnet har rett til å bli hørt, men at dette ikke innebærer at barnet må høres direkte. Noen ganger er det nok at barnets syn på en sak blir fremlagt gjennom barnets representant i saken.¹³⁶ Hvor mye uttalelsen fra barnet skal vektlegges, avhenger av vedtakets art og barnets modenhet og alder.¹³⁷

4.1.4 Forholdet mellom hensynet til barnets beste og andre relevante hensyn

Norske myndigheter uttaler at BK artikkel 3 angir prinsipper man må forholde seg til ved avgjørelsen av oppholdstillatelsen til et barn etter en skjønnsmessig vurdering, herunder sterke menneskelige hensyn. Videre uttales at «*prinsippet om barnets beste gjelder for alle barn i alle sammenhenger*». Denne generelle uttalelsen modifiseres imidlertid ved at man samtidig poengterer at begrepet er entydig, og at det derfor må foretas en skjønnsmessig vurdering, der andre hensyn også overveies.¹³⁸

Det er videre understreket at hensynet til barnets beste er *et* grunnleggende hensyn, og ikke *det* grunnleggende hensyn, og at dette var et bevisst valg.¹³⁹ Hvorvidt akkurat dette valget medfører at norske myndigheter kan ilegge andre relevante hensyn tyngre vekt enn hensynet til barnets beste, vurderes under punkt 6.3.

Det er også påpekt at barnets beste og BK artikkel 3 ikke gir absolutte direktiv ved avgjørelsen av hver enkelte sak, og at innvandringsregulerende hensyn vil kunne tillegges like stor, eller større vekt.¹⁴⁰ Norske utlendingsmyndigheter uttaler i forhold til sin praksis

¹³⁵ Ot.prp.nr.75(2006-2007), side 327.

¹³⁶ Ot.prp.nr.75(2006-2007), side 55.

¹³⁷ *ibid*, side 329.

¹³⁸ *ibid*, side 159.

¹³⁹ NOU 2004:20, side 92.

¹⁴⁰ Ot.prp.nr.75 (2006-2007), side 160.

at «hensynet til barnets beste **ofte** må vike til fordel for andre hensyn, som begrensede ressurser og mulige følger for fremtidig innvandring»(min utheving).¹⁴¹ Om en slik praksis er i overensstemmelse med BK artikkel 3 og de folkerettslige forpliktelser, vurderes under punkt 6.3.

Eksempel fra praksis

I en sak i UNE¹⁴² kom en ung kvinne til Norge sammen med tre mindreårige søsken og sine foreldre. Foreldrene forlot senere barna, og det ble gitt opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn til tross for at innvandringsregulerende hensyn talte imot. Eksempelet viser at hensynet til barnet her ble ansett som avgjørende. For øvrig forelå det svært lite tilgjengelig praksis der forholdet mellom de ulike hensyn er behandlet. Det er dermed vanskelig å gi en god oversikt over norsk praksis her.

Grensen for innvilgelse av opphold

Det foreligger i dag et prinsipp i norsk rett om at det skal være en lavere grense for å innvilge opphold på humanitært grunnlag for barn enn voksne. Dette er blant annet kommet til uttrykk i utlendingsforskriften §21b. I ny utlendingslov er prinsippet lovfestet i lovens §38 tredje ledd,¹⁴³ og er i samsvar med Utlänningslagen¹⁴⁴ 5:6 annet ledd i Sverige. Det presiseres imidlertid at lovfestingen ikke innebærer endring av praksis, men at prinsippet bør komme til uttrykk i loven.

I arbeidet med ny utlendingslov er det understreket at Norge skal føre en human, solidarisk og rettssikker innvandrings- og flyktningpolitikk, og at det skal tas særlig hensyn til grupper som er spesielt sårbare i en flyktningrelatert sammenheng. Barn gis som eksempel på en slik gruppe.¹⁴⁵ Det er videre uttrykt at ema som en særlig sårbar gruppe dermed krever ekstra omsorg og handling.¹⁴⁶ Dette vises blant annet ved det tiltak at ema bor i egne

¹⁴¹ Bakgrunnsnotat til UDIs vårkonferanse 2006.

¹⁴² Referansenummer 2165853007.

¹⁴³ Utlendingsloven av 15.mai 2008 nr. 35.

¹⁴⁴ Utlänningslagen av 29.september 2005.

¹⁴⁵ Ot.prp.nr.75(2006-2007), side 152.

¹⁴⁶ Ot.prp.nr.64(2004-2005), side 18.

mottak, for ikke å havne i utsatte situasjoner,¹⁴⁷ og at de utlendingssaker der barn er involvert skal prioriteres i alle ledd i utlendingsforvaltningen.¹⁴⁸

4.2 Der man ikke finner egnede omsorgspersoner til barnet

Jeg ser her på norsk praksis i forhold til de folkerettslige forpliktelser som fremgår av punkt 3.3.2, og behandlingen foretas med samme systematikk som i nevnte punkt.

4.2.1 Utgangspunkt: Oppholdstillatelse etter utlendingsforskriften §21 annet ledd

Dersom norske utlendingsmyndigheter ikke finner at barnet har behov for vern, undersøkes det om barnet har omsorgspersoner i hjemlandet. Ema som myndighetene ikke kan finne foreldre eller andre omsorgspersoner til vil ikke bli sendt tilbake til hjemlandet, men få opphold etter utlendingsforskriften §21 annet ledd.¹⁴⁹

Oppholdstillatelse gis i utgangspunktet for ett år av gangen. Etter tre år sammenhengende gyldig opphold gis man bosettingstillatelse, som gir rett til varig opphold og arbeid, jf. utlendingsforskriften §§43 og 44. Der et barn får oppholdstillatelse er målet at barnet skal flyttes ut i kommunen innen tre måneder etter fattet vedtak,¹⁵⁰ etter en individuell vurdering av hvor barnet bør bosettes. I 2007 tok barnevernet over ansvaret for ema under 15 år, og generelt er alle ema gitt den samme rettssikkerhet som andre barn under barnevernets ansvar.¹⁵¹

Regjeringen har nå et forslag ute på høring som går ut på at ema som antas å være over 16 år og som i dag kun får opphold fordi myndighetene ikke kan finne omsorgspersoner, skal kunne gis en begrenset tillatelse uten rett til fornyelse.¹⁵² Tillatelsen går ut når barnet fyller 18 år, og det skal da returnere til hjemlandet. Bakgrunnen er økningen i antall ema i 2008,

¹⁴⁷ l.c.

¹⁴⁸ *ibid*, side 17, og uttrykt i Norges fjerde rapport til FNs komité for barnets rettigheter(2008), side 108.

¹⁴⁹ RS 2003-017.

¹⁵⁰ H-1998-004.

¹⁵¹ Barnevernloven av 17.juli 1992 nr.100, § 1-2.

¹⁵² Høringsbrev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet publisert 19.11.2008.

og norske myndigheters ønske om å begrense antall asylsøkere ved å gjøre Norge mindre attraktivt som asylland. Der det ikke foreligger annen oppholdsgrunn enn at man ikke kan finne omsorgspersoner til barnet, vil man derfor prøve å begrense antall barn som får opphold på dette grunnlag.¹⁵³ Departementet presiserer i høringsbrevet at hensynet til barnets beste skal være et moment i vurderingen ved den konkrete helhetsvurdering som skal foretas i den enkelte sak.¹⁵⁴ Vekten av hensynet og hvorvidt det foreligger andre hensyn som kan veie tyngre fremgår ikke av departementets høringsbrev. Hensiktsmessigheten av dette tiltaket vurderes under punkt 6.7.

4.2.2 Krav til konkrete omsorgsalternativer

Norske myndigheter mener det ikke må foreligge forsikringer om et konkret omsorgsalternativ og konkrete personer som vil ta seg av barnet ved en retur. De uttrykker at dette ikke er noe norske myndigheter «uten videre tillegger avgjørende vekt».¹⁵⁵ Synspunktet synes å ta utgangspunkt i at det er best for barnet å vokse opp i hjemlandet med sine foreldre eller andre nære omsorgspersoner, og at dette medfører at positiv uttalelse om at barnet vil bli ivaretatt ikke alltid må kreves. Begrunnelsen er at det kan være foreldrene som har sendt barna til utlandet, og at de nå vil forhindre retur ved å nekte å samarbeide.¹⁵⁶

Dommen i Borgarting lagmannsrett, jf. punkt 4.1, viser at vurderingen om omsorg ved retur er tilstrekkelig ivaretatt dersom norske myndigheter gjennom ambassaden har fått bekreftelse fra barnets bestemor om at hun vil ta vare på barnet ved retur.

En dom avsagt av Oslo Tingrett,¹⁵⁷ gjaldt to mindreårige søsken fra Kosovo (klagerne) som hadde fått avslag på asyl og oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Klagerne hevdet uten hell at vedtaket var ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil og myndighetsmisbruk.

¹⁵³ *ibid*, punkt 5.3.

¹⁵⁴ Høringsbrev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet publisert 19.11.2008, punkt 5.3.

¹⁵⁵ UNEs Årbok 2005, side 15.

¹⁵⁶ *l.c.*

¹⁵⁷ TOSLO-2002-11371.

Klagerne anførte ulike grunnlag for ugyldighet. Et av grunnlagene var at man ikke visste hvor barnas foreldre befant seg, og at barna ikke hadde sett dem på over tre år. Når det gjaldt barnas foreldre og deres mulighet til å ta imot barna, uttalte UNE følgende:

«Utlendingsnemnda har ikke hatt grunn til å tro at foreldrene ikke vil ta imot barna, og det har ikke vært nødvendig å foreta nærmere undersøkelser om dette. Norske myndigheter ønsker å øke gjenforeningen mellom barn og foreldre...Den som søker om et gode må selv bidra til sakens opplysning. Det foreligger tilstrekkelig kontradiksjon i saken ved at det har blitt foretatt asylavhør og skriftlig behandling». Videre uttaler de at «Anførselen om at foreldrene ikke vil ta imot saksøkerne er først fremmet under hovedforhandling og kan ikke vektlegges. Det er ikke sannsynliggjort at foreldrene ikke vil ta imot saksøkerne».

Her foreligger altså et eksempel på at myndighetene ikke har fått positiv bekreftelse på at barna vil bli mottatt og tatt vare på av foreldrene ved hjemreise.

Et viktig spørsmål er videre hva som anses som et godt omsorgsalternativ.

Som nevnt legger norsk praksis til grunn at foreldre eller andre voksne personer som har deltatt i den daglige omsorgen for barnet anses som et tilstrekkelig omsorgsalternativ for en eme ved en retur, jf. punkt 1.4. Også offentlige institusjoner, som barnevernsmyndigheter og barnehjem, anses som egnede omsorgspersoner. Her vil imidlertid ikke barnets rett til å vokse opp med foreldrene eller familien etter BK kunne gi grunnlag for å fastslå at retur er til barnets beste.

Av UNEs retningslinjer fremgår det at *«for så vidt det gjelder hvilken norm som skal legges til grunn for hva som oppfattes som tilfredsstillende oppvekstvilkår og omsorgssituasjon for barn, bør det i utgangspunktet ses hen til hvordan barn flest har det i klagerens hjemland»*.¹⁵⁸ Retningslinjene gjelder i utgangspunktet saker om helsemessige forhold, men uttalelsene gir generelt uttrykk for hva UNE legger til grunn som et godkjent

¹⁵⁸ Ot.prp.nr.75 (2006-2007), side 156, med henvisning til interne retningslinjer i UNE av 17. juni 2003.

omsorgsalternativ. De vil dermed ha overføringsverdi også til saker der helsemessige forhold ikke påberopes.

Et eksempel fra praksis

En sak gjennomgått i juridisk litteratur omhandler en tolv år gammel gutt som ble returnert til et barnehjem i hjemlandet, da moren ikke kunne/ville ha omsorgen for ham.¹⁵⁹ Gutten kom til Norge med sin far, men ble plassert på sperret adresse av barnevernet på grunn av vold fra far. UNE mente her at det beste for gutten var å bli gjenforent med sin mor og søsken i hjemlandet. At gutten led av en posttraumatisk belastningslidelse var ikke tilstrekkelig for opphold, da dette ikke ble ansett for å være av et slikt alvor eller omfang som etter praksis tilsa opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn. Dette til tross for at fylkesnemnda, som traff vedtak i barnevernssaken, hadde slått fast at gutten ikke kunne tilbys den spesielle oppfølgingen som han trengte for å få en noenlunde normal tilværelse som voksen.

Nemnda la imidlertid til grunn at gutten ville få tilstrekkelig medisinsk og psykologisk behandling i hjemlandet. Det avgjørende for nemnda syntes å være at gutten skulle gjenforenes med moren. Dette til tross for at morens omsorgsevne ikke ble undersøkt, og hun i tillegg hadde fraskrevet seg ansvaret for sønnen.

SCEP mener at omsorgspersonen/rådgiveren i søkerlandet skal være enig i at det er til det beste for barnet å vende tilbake, jf. punkt 3.4.2. En rapport viser imidlertid at vergene føler at deres synspunkt sjelden eller aldri blir tillagt avgjørende vekt.¹⁶⁰ Rapporten viser dermed at norsk praksis ikke følger denne anmodningen. SCEP er et felles initiativ fra enkelte medlemmer av den internasjonale Redd Barna-alliansen. Norge er en av partnerne i dette

¹⁵⁹ Stang (2008), side 112-113.

¹⁶⁰ Redd Barna og NOAS(2006), side 49.

programmet.¹⁶¹ SCEP er ikke et folkerettslig organ, og uttalelsene herfra er dermed ikke juridisk bindende.¹⁶² Målet med programmet er å sikre rettigheter og best mulige forhold for ema som er ankommet Europa, og dette skal sikres gjennom en felles politikk og forpliktelse om å etterleve den beste praksisen på nasjonalt nivå.¹⁶³ Norske myndigheter har under en oversikt over deres internasjonale og folkerettslige forpliktelser vist til dette programmet,¹⁶⁴ og det er videre henvist til SCEP i rundskriv hos utlendingsmyndighetene.¹⁶⁵

5. Praksis i Sverige

Som beskrevet i punkt 3.2.1, uttrykker Wienkonvensjonen artikkel 31 nr.3 at statspraksis er en relevant kilde ved tolkningen av traktater. Jeg vil her se på praksis ved BK artikkel 3 og barnets beste i Sverige. Målet er å se hva som blir lagt i begrepet, om det foreligger samsvar med norsk praksis og om den beskrevne praksisen gjenspeiler de folkerettslige forpliktelser.

5.1 Kort om prosessen

Når en ema kommer til Sverige foreligger i stor grad de samme forhold og rettigheter som i Norge. Ansvar for ema er delt mellom kommune og stat. De kommuner som tar imot ema får ansvaret for barnet, og i likhet med Norge oppnevnes en verge (en såkalt «god man»), som skal ivareta barnets rettigheter. Under påvente av avgjørelse plikter kommunen å utrede og beslutte hva som er best for barnet når det gjelder hvor barnet skal bo, og om det kreves spesiell beskyttelse og omsorg. Videre har barna rett til skolegang og nødvendig helsehjelp, i overensstemmelse med BK artikkel 28, 29 og 24.¹⁶⁶ Dersom barnet får oppholdstillatelse blir det plassert i et familiehjem eller annet passende boalternativ.

¹⁶¹ SCEP(2005), side 3.

¹⁶² Telefonsamtale med Rannveig Strålberg i Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 31.mars 2009.

¹⁶³ SCEP (2005), innledning.

¹⁶⁴ Ot.prp.nr.28 (2007-2008), side 12.

¹⁶⁵ RS 2002-041, innledningen.

¹⁶⁶ Informasjon fra Migrationsverkets hjemmesider under «Ensankommande barn og ungdom», www.migrationsverket.se.

Dersom søknaden avslås skal barnet, etter en eventuell klageomgang, sendes ut av landet. Det vurderes her hvem som skal ta imot barnet ved ankomsten til hjemlandet, og på hjemturen får barnet alltid ledsagelse av en voksen som skal etterse at barnet blir tatt imot.

5.2 Avgjørelsen av søknaden og herunder bruken av begrepet «barnets beste»

Det er Migrationsverket, Sveriges UDI, som avgjør asylsøknadene, og egne saksbehandlere utreder barnas søknader etter at barnet er intervjuet.

Hensynet til barnets beste er inntatt i Utlänningslagen 1:10 og stadfestes som et grunnleggende hensyn ved avgjørelsen av et barns søknad om asyl. Forarbeidene gir ingen avklaring på hva som skal legges i hensynet til barnets beste. Dette ble imidlertid diskutert ved innføringen av loven, og det ble her gitt uttrykk for at hensynet til barnets beste ikke kunne sette til side Sveriges behov for en regulert innvandring. Selv om det i de aller fleste tilfeller vil være best for barnet å bli i Sverige, ville man unngå at barn ble sendt av gårde for å sikre senere bosetting av familien.¹⁶⁷

I en undersøkelse om Utlänningsnemndens barnepraksis var utgangspunktet at det ville forekomme ulike og nye tolkninger av et så åpent begrep som «barnets beste», slik at det ble individuelt tilpasset til det enkelte barn. Undersøkelsen her, og senere undersøkelser jeg henviser til, omfatter alle barn som har kommet til Sverige med eller uten en eller begge av foreldrene. Undersøkelsene er således ikke helt overførbar til definisjonen av asylsøkende barn som oppgaven omfatter. De gir likevel en pekepinn på betydningen av en lovfestet plikt i utlendingsloven til å bruke barnets beste.

Konklusjonen viste at begrepet i all hovedsak ikke ble individualisert. I stedet var avgjørelsene basert på tolkninger som fremgår av forarbeidene og prejudisielle saker.¹⁶⁸ I forhold til portalbestemmelsen om barnets beste har «Komiteen för översyn av

¹⁶⁷ Schiratzki (2005), side 68.

¹⁶⁸ *ibid*, side 73.

utlänningslagsstiftingen» konkludert med at denne ikke har fått den ønskede effekt. Hensynet tas ikke tilstrekkelig i betraktning ved avgjørelsen av asylsøknader.¹⁶⁹

Som i Norge, gis det opphold ved asyl eller på humanitært grunnlag. For å få asyl i Sverige må man anses å komme inn under kategorien «flykting» eller «skyddsbehövande», jf. utlänningslagen 4:1 og 4:2. Jeg går av plasshensyn ikke inn på en fremstilling av hvilke personer disse definisjonene omfatter. Når det gjelder bruken av hensynet til barnets beste ved disse vurderingene viser undersøkelser at dette hensynet ikke påvirker avgjørelsen av om et barn og dennes families har behov for asyl.¹⁷⁰ Kort sagt fremstår altså ikke hensynet til barnets beste som et grunnleggende moment i avgjørelsen om asyl skal innvilges.

Dersom barnet ikke gis asyl, kan det gis opphold dersom det etter en helhetsvurdering anses å foreligge «sådana synnerligen ömmande omständigheter» som tilsier opphold i Sverige, jf. utlänningslagen 5:6. Bestemmelsens andre ledd fastslår at der søker er barn, kan det gis opphold «även om de omständigheter som kommer fram inte har samma allvar och tyngd som krävs för att tillstånd skall beviljas vuxna personer». Hensynet til barnets beste er begrunnelsen for dette prinsippet.

Av undersøkelser fremgår det at barnets beste-vurderingen medfører at det gis oppholdstillatelse på humanitært grunnlag dersom barnet lider av en alvorlig fysisk eller psykisk sykdom eller har oppholdt seg i Sverige i lang tid.¹⁷¹ I avgjørelsen av hva anses som «lang tid» har Utlänningsnemnda uttrykt at fire år omfattes av begrepet, mens to år og seks måneder er for lite.¹⁷² Dette viser at det stilles nokså strenge krav for opphold på dette grunnlaget. Også ved disse vurderingene er det konkludert med at det gjennomføres svært få åpne vurderinger av barnets beste, i den forstand at det hovedsaklig foretas vurderinger i overensstemmelse med forarbeider og tidligere praksis.

¹⁶⁹ SOU 2004:74, side 218.

¹⁷⁰ Schiratzki(2005), side 76.

¹⁷¹ ibid, side 85 med henvisning til prop.1996/97:25, side 249.

¹⁷² ibid, side 91, med henvisning til sak 971112 og 970324 av Utlänningsnämnden.

Samlet kan man ut fra undersøkelsene fastslå at barnets beste i liten eller ingen grad er med som en faktor som påvirker avgjørelsen ved asylsøknaden. Ved avgjørelsen om opphold på humanitært grunnlag har hensynet til barnets beste noe mer å si i den helhetlige vurderingen, enn ved vurderingen om asyl. I alle tilfeller blir det i svært begrenset grad tatt hensyn til barnets grunnleggende behov ved tolkningen av hva som er barnets beste.¹⁷³ En sammenligning av undersøkelser fra 1997-98 og 2004 viser at det forelå en mer restriktiv praksis i 2004 når det gjelder hvilke barn og dets familie som blir gitt oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.

6. Vurdering

Jeg vil her sammenligne de folkerettslige forpliktelser med norske regler og praksis. Videre vil jeg supplere med svensk praksis, for å se på eventuelle likheter og forskjeller. Målet er å se på hvorvidt de folkerettslige forpliktelser blir fulgt, og der dette ikke er tilfelle vil jeg komme med forslag til forbedringer og tiltak for å kunne få en praksis i overensstemmelse med folkeretten. Under punkt 6.4 vil jeg se på rettskildebildet omkring de folkerettslige forpliktelsene, for å vurdere hvilke tyngde og betydning de faktisk skal ha i norsk rett. Til slutt vil jeg under punkt 6.7 redegjøre for et av regjeringens nylig fremlagte tiltak for innstramming av asylpolitikken. Dette for å se hvilke konsekvenser disse kan antas å få, og hvordan tiltaket ivaretar hensynet til barnets beste.

6.1 Generelt om saksbehandlingen

Søk etter omsorgspersoner

Det kan kort slås fast at norsk praksis i dag ikke følger UNHCRs og Barnekomiteens uttalelser om at familiegjenforening skal prioriteres og gjennomføres i størst mulig grad. Undersøkelsen beskrevet under punkt 4.1 viser dette. Et poeng her er at utvikling av bedre søkemetoder og derav bedre søkeresultater, vil være både til barnets beste og positivt i forhold til innvandringsregulerende hensyn, da Norge søker å begrense antall asylsøkere uten beskyttelsesbehov.¹⁷⁴ Undersøkelsen viste videre at deltakerlandene anså funn av

¹⁷³ *ibid*, side 93.

¹⁷⁴ Fremgår blant annet av pressemelding fra Jens Stoltenberg i forbindelse med tiltak for innstramming av

omsorgspersoner som tilstrekkelig til å sende ema tilbake til hjemlandet. Hvorvidt det er tilstrekkelig å returnere et barn der man finner omsorgspersoner uten en nærmere vurdering av disses egnethet, behandles nærmere i punkt 6.4.

Dersom norske myndigheter ønsker å prioritere søk etter foreldre og andre omsorgspersoner, kan en egen enhet som jobber spesifikt med dette være hensiktsmessig. I enkelte land kan søking være vanskelig, eksempelvis dersom landet er i borgerkrig, eller er uten fungerende statsstyre. En egen enhet kan avhjelpe dette ved å skape gode kontakter og kompetanse, og som over tid kan gi positive resultater.

Rask og effektiv saksbehandling

I forhold til anmodning om en rask og effektiv saksbehandling, har norske utlendingsmyndigheter et stykke igjen før dette kan anses oppfylt. At man i likhet med Sverige har en egen enhet som jobber spesifikt med ema og intervju av disse, er imidlertid et positivt trekk ved saksbehandlingen, og i overensstemmelse med UNHCRs anmodning, jf. punkt 3.4.1.

Ressursmangel og mangel på informasjon kan medføre lang saksbehandlingstid. Videre kan økningen i asylsøknader de seneste år forverre situasjonen. Dersom denne trenden ikke forventes å snu i nærmeste fremtid bør utlendingsmyndighetene justere sine mål slik at disse ikke fremstår som fiktive, men i noenlunde samsvar med virkeligheten.

Et viktig middel for en effektiv saksbehandling er bruk av standardmaler. Malene medfører rask saksbehandling uten unødig ressursbruk. Dersom standardkonseptene brukes i for stort omfang, kan dette imidlertid svekke dokumenteringen av at en konkret vurdering er tatt. Dette kan dermed medføre uoverensstemmelse i forhold til barnekomiteens uttalelser, og videre at den enkelte søker ikke føler at saken er vurdert konkret. De to sakene i UNE,¹⁷⁵ jf. punkt 4.1.2, kan tjene som eksempel på dette. I svensk praksis er det fastslått at

asylpolitikken, publisert 03. september 2008.
¹⁷⁵ Referansenummer 5602846567 og 5423181183.

avgjørelsene bygger på prejudisielle avgjørelser og forarbeider, og ikke en konkret vurdering av barnets beste.

Det kan dermed synes å foreligge visse likhetstrekk mellom Norge og Sverige her, da Norge benytter seg av standardmaler som bygger på tidligere saker. Bruk av standardmaler vanskeliggjør undersøkelsen av om hvorvidt en konkret vurdering er tatt og hvilke momenter det er lagt avgjørende vekt på. UNHCR stiller strengere krav til vurderingen av barnets beste ved saker der man skal finne varige løsninger for en emne, herunder avgjørelsen av en asylsøknad.¹⁷⁶ Selv om dette ikke er bindende for norske myndigheter, viser det at UNHCR mener at en konkret og grundig vurdering er helt avgjørende for en riktig beslutning der emne berøres.

Avgjørelser etter standardmaler og tidligere saker er i overensstemmelse med hensyn til lik behandling og forutsigbarhet. Dette er imidlertid ikke heldig eller hensiktsmessig dersom de velges fremfor en individuell helhetsvurdering med utgangspunkt i det enkelte barn og dets behov. Standardkonsept som effektivt hjelpemiddel, må her veies opp mot søkerens rettssikkerhet og behov for konkrete vurderinger og forklaringer.

6.2 Bruken av begrepet barnets beste

De momenter som norske myndigheter mener skal legges til grunn ved kartleggingen av hva som er barnets beste er i all hovedsak i samsvar med det barnekomiteen har uttrykt i forbindelse med denne kartleggingen. Kriteriene man skal legge til grunn er altså samsvarende i teorien. Det er imidlertid klar forskjell mellom utgangspunktet til norske myndigheter der innvandringsregulerende hensyn kun må vike dersom det ikke anses forsvarlig ut ifra hensynet til barnets beste, og Barnekomiteens utgangspunkt om at retur kun skal forekomme dersom det er til barnets beste. Sveriges praksis er samsvarende med Norges, da det i de svenske forarbeidene ble fremhevet at innvandringsregulerende hensyn

¹⁷⁶ UNHCR (2008)a, side 26 og 32.

er førsteprioritet, jf. punkt 5.2. Begrunnelsen for dette var å hindre at «ankerbarn» ble sendt av gårde for å sikre senere bosetting av familien.

En norsk undersøkelse viser imidlertid foreldrene sjelden kommer etter dersom ema får opphold. Kun 4% av ema med innvilget oppholdstillatelse fikk i ettertid foreldrene til Norge i perioden 1996-2005.¹⁷⁷ Hovedårsaken ligger i at de aller fleste barna får opphold på humanitært grunnlag, jf. punkt 6.3. Denne oppholdstillatelsen gir ikke samme rett til familiegjenforening som asyl. Kun opphold på grunnlag av særlige menneskelige hensyn åpner for å søke om familiegjenforening. Det kan virke som om norsk og svensk praksis ikke tar høyde for at barn og foreldre faktisk kan komme fra hverandre i krig og konfliktsituasjoner, men forutsetter at barn som kommer alene er «ankerbarn», eller er sendt for å sikres en bedre fremtid.

Da norske utlendingsmyndigheter i all hovedsak gir opphold på et grunnlag som medfører at barnet ikke kan få familien etter, vil dette kunne tilsi at barn burde få opphold i større grad, dersom det er til barnets beste. Argumentet om innvandringsregulerende hensyn i forhold til å unngå familiegjenforening er da ikke lenger aktuelt.

Forskjellen mellom folkerettslige og internrettslige standarder ved barnets beste vises også i praksis. I saken i Borgarting lagmannsrett, jf. punkt 4.1.3, ser man at norsk rett ikke harmoniserer med barnekomiteens uttalelser. Videre foreligger det en klar forskjell mellom det norske myndigheter har uttalt og rettens bemerkninger om barnekomiteens rettskildemessige betydning. Dette medfører at betydningen av komiteens uttalelser er usikker. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 6.5.

En gjennomgang av svensk praksis har vist at barnets beste i liten eller ingen grad var med som påvirkende faktor ved avgjørelsen av asylsøknader, jf. punkt 5.2. Det foreligger dermed etter svensk praksis en klar motstrid med uttalelser fra Barnekomiteen og UNHCR. Dette kan synes å være tilfellet også i Norge, jf. uttalelsen fra norske

¹⁷⁷ Pettersen (2007).

utlendingsmyndigheter om at hensynet til barnets beste ofte må vike. Da jeg ikke har oversikt over norsk praksis, er det vanskelig å vise til konkrete saker. Utsagnet fra utlendingsmyndighetene er imidlertid et tegn på at barnets beste ikke anvendes som et grunnleggende hensyn.

Saken beskrevet i punkt 4.2.2 om gutten som ble returnert til barnehjem for å gjenforenes med mor, er etter mitt skjønn ikke en avgjørelse til barnets beste. Det er også usikkert hvorvidt denne tilbakesendingen var forsvarlig. Gutten uttrykte selv ønske om å være her, og fylkesnemnda mente han ikke ville få tilstrekkelig omsorg og hjelp til sin sykdom i hjemlandet. Moren hadde også eksplisitt frasagt seg ansvaret for sønnen. Det er da vanskelig å forstå at gutten ble returnert til et barnehjem med sikte på å gjenforenes med moren.

Hensynet til barnets beste skal nå lovfestes i ny utlendingslov, jf. punkt 4.1. Målet er at forvaltningen skal ha særlig fokus på og ta særlig hensyn til barnets situasjon.¹⁷⁸ Av svensk praksis ser man at portalbestemmelsen som er lovfestet der, ikke har fått ønsket effekt, jf. punkt 5.2. Lovfestingen i Norge vil dermed ikke nødvendigvis medføre en endring i bruk eller vektleggingen av hensynet. Lovfesting er imidlertid positivt, ved at prinsippet synliggjøres. Dette kan på sikt medføre at prinsippet får større betydning og vektlegges sterkere i vurderingene. Et tiltak som kan påvirke praksisen mer konkret, er klare og detaljerte regler i lov og forskrift. Dette vil gi klare føringer for vurderingen, og dermed få større innvirkning enn en generell prinsippregel.

6.3 Avveiningen mot andre relevante hensyn

Vektleggingen av barnets beste

Norske myndigheter har understreket at ordlyden i BK artikkel 3 uttrykker at barnets beste er *et* grunnleggende hensyn, og ikke *det* grunnleggende hensyn, jf. punkt 4.1.4. Som vist var valget bevisst, og bakgrunnen var at man så at andre parter og individer også kunne ha

¹⁷⁸ Ot.prp.nr.75 (2006-2007), side 159.

like viktige eller enda viktigere interesser. Som eksempel ble det vist til medisinsk nødssituasjon ved fødsel, altså der en beslutning ville gå ut over andres liv og helse.¹⁷⁹ Dette kan etter mitt syn ikke underbygge forståelsen om at ikke-individuelle hensyn, som innvandringsregulerende hensyn, kan medføre at barnets beste må vike.

Norske myndigheter har imidlertid lagt dette til grunn, og mener at disse hensynene kan ilegges like stor eller større vekt.¹⁸⁰ Videre har de påpekt at innvandringspolitiske hensyn kan føre til at tillatelse ikke blir gitt, selv om det foreligger sterke menneskelige hensyn,¹⁸¹ og avslag ikke anses som barnets beste, jf. punkt 4.1.3. Disse uttalelsene er i strid med barnekomiteens uttalelse om at retur til hjemlandet kun skal skje dersom det er til barnets beste. Dersom det ikke er til barnets beste å bli returnert, kan ikke innvandringsregulerende hensyn begrunne dette.

En rapport viser at Norge og andre europeiske land anvender prinsippene i BK slik at innholdet tilpasses innvandringsregulerende hensyn i det enkelte land.¹⁸² Dette underbygges av utlendingsmyndighetenes uttalelse om at barnets beste ofte må vike til fordel for andre hensyn, jf. punkt 4.1.4. En slik praksis er verken i overensstemmelse med BK artikkel 3 og ordlyden om barnets beste som et grunnleggende hensyn, eller uttalelser fra barnekomiteen og EMD, jf. punkt 3.3.1. Både rapporten og utlendingsmyndighetenes uttalelse viser at det ikke foreligger samsvar med de folkerettslige forpliktelser.

BK artikkel 4 stiller krav til at medlemslandene skal foreta handlinger idet omfang som det enkelte lands ressurser er i stand til, jf. punkt 2. Det kan virke som det utgangspunkt og den praksis som norske myndigheter her legger til grunn ikke er i overensstemmelse med de krav som følger av BK artikkel 4. Forpliktelsene etter BK artikkel 4 behandles nærmere under punkt 6.6.

¹⁷⁹ Høstmølingen (2008), side 49.

¹⁸⁰ Ot.prp.nr.75 (2006-2007), side 160.

¹⁸¹ UNEs Årbok 2007, side 8.

¹⁸² Danielsen (2006), side 19.

Vektleggingen av hensyn ved oppholdstillatelse etter skjønnsmessige regler

Når det gjelder oppholdstillatelse etter de skjønnsmessige reglene, altså alle oppholdsgrunnlag bortsett fra asyl, uttaler myndighetene at innvandringsregulerende hensyn er helt grunnleggende i denne vurderingen.¹⁸³ Statistisk sett gis 85% av alle ema opphold på humanitært grunnlag, altså en skjønnsmessig vurdering.¹⁸⁴ Dette viser at svært få ema innvilges asyl. En streng praksis på bakgrunn av at innvandringsregulerende hensyn skal være helt grunnleggende, kan dermed ramme ema hardt.

Jeg mener saken gjengitt i punkt 4.2.2. fra juridisk litteratur gir et eksempel på en streng praksis. Selv om avgjørelsen i utgangspunktet er i overensstemmelse med BK artikkel 9, fremstår avgjørelsen som svært streng som en følge av morens ansvarsfraskrivelse og guttens sykdomsbilde.

Samlet sett ser man at vidt forskjellige utgangspunkt kan begrunne en tilsidesettelse av hensynet til barnets beste. Norske myndigheter legger til grunn at innvandringen må reguleres, jf. utlendingsloven §2. Barnekomiteen legger imidlertid til grunn at barnets beste i all hovedsak er avgjørende, foruten der det foreligger andre forhold, i hovedsak individuelle, som krever beskyttelse. Komiteens utgangspunkt illustreres ved følgende uttalelse:

*«the primary consideration for decision-makers is to determine which of the available options [who] is best suited to securing the attainment of the child's rights, and is thus in his or her best interests».*¹⁸⁵

Det er forståelig at myndighetene trenger en regulert innvandring. Det virker imidlertid som om utgangspunktet for norske myndigheter i dag er at innvandringsreguleringen er hovedfokus, og ikke at dette hensynet ivaretas etter en vurdering av det konkrete menneskets behov. Dette er ikke i overensstemmelse med de folkerettslige forpliktelser.

¹⁸³ Ot.prp.nr.75 (2006-2007), side 153.

¹⁸⁴ Pettersen (2007).

¹⁸⁵ UNHCR (2008)a, side 67.

Norske myndigheter har selv fremhevet ema som en særlig sårbar gruppe, jf. punkt 4.1.4. I overensstemmelse med BKs formål, skal hensynet til barnets beste tillegges vesentlig vekt i de tilfeller barnet er i en særlig sårbar eller utsatt stilling, jf. punkt 3.3.1. For en riktig etterlevelse av BK og norske myndigheters prinsipputtalelser, burde en mer liberal politikk overfor ema legges til grunn.

6.4 Krav til konkrete og gode omsorgspersoner

Norske myndigheter mener forsikringer om tilstrekkelig omsorg ikke er nødvendig, da foreldrene dermed kan forhindre returen, jf. punkt 4.2.2. Det er forunderlig at foreldrenes oppførsel kan medføre at barnet blir sendt tilbake, til tross for at barnet er uskyldig tredjepart. Motsatt standpunkt er tatt i de tilfeller der barnet har oppholdt seg ulovlig i landet over lengre tid, når foreldrene ikke har etterfulgt forpliktelsen om å forlate landet. Her er et gjennomgående argument at barna ikke skal klandres for foreldrenes handlinger, og barna innvilges derfor opphold.¹⁸⁶ UNE har også uttalt at «*barnas beste bør i utgangspunktet vurderes uavhengig av foreldrenes beslutninger på barnas vegne når disse er til skade for barna*».¹⁸⁷ Etter min mening er barnet uten påvirkningsmulighet og like uskyldig, uavhengig av om foreldrene oppholder seg ulovlig i Norge eller ikke er tilgjengelige i hjemlandet.

En tidligere undersøkelse av utlendingsmyndighetenes praksis konkluderer med at norske myndigheters uttalelser etterleves i praksis.¹⁸⁸ Utlendingsmyndighetene legger til grunn at barnets beste tilsier gjenforening med omsorgspersonen(e), uten at det foretas en konkret helhetsvurdering av barnets beste og situasjonen i hjemlandet. En slik praksis er ikke i overensstemmelse med presiseringen i BKs håndbok om at familiejenforening ikke skal kunne brukes for å rettferdiggjøre en beslutning som ikke er til barnets beste. Dette er heller ikke i overensstemmelse med uttalelsene fra norske myndigheter selv, som uttrykker at innvandringsregulerende hensyn ikke kan bli avgjørende dersom det ikke er forsvarlig ut

¹⁸⁶ UNEs årbok 2007, side 10.

¹⁸⁷ Referansenummer 5476225783.

¹⁸⁸ Jensen (2004), side 120.

ifra hensynet til barnets, jf. punkt 4.1. Dersom myndighetene ikke kontrollerer at eventuelle foreldre eller omsorgspersoner vil ta tilstrekkelig vare på barnet, eller at forholdene i landet muliggjør en tilstrekkelig ivaretagelse, vet man heller ikke om retur er forsvarlig.

UNE mener at normen for et godt omsorgsalternativ skal fastlegges etter hvilke forhold barn flest har i klagerens hjemland, jf. punkt 4.2.2. Om dette utgangspunktet er i overensstemmelse med barnets beste er tvilsomt, ihvertfall dersom retur ikke er til familien. Det er forståelig at det ikke gis opphold til alle ema som vil ha et bedre materielt liv her enn i hjemlandet. Dersom forholdene er svært vanskelige i barnets hjemland, er argumentet imidlertid ikke tilstrekkelig for å begrunne avslag.

Dette er også et eksempel på at myndighetene har hovedfokus på innvandringsregulerende hensyn, og forsøker å finne en legal retningslinje for retur. Da retningslinjene gir uttrykk for et utgangspunkt, kan man imidlertid håpe på at det gjøres unntak for de barn som kommer fra land der forholdene anses som svært dårlige. Da jeg ikke kan finne noe praksis, er dette ikke mulig å ta stilling til.

Saken i Oslo Tingrett, jf. punkt 4.2.2 vedrørende to mindreårige søsken fra Kosovo, viser et klart eksempel på at norske utlendingsmyndigheter verken prøver å få kontakt med omsorgspersonene, eller vurderer hvorvidt de kan anses som egnet til å ta seg av barna. UNE uttrykker her at den som søker et gode selv må bidra til sakens opplysninger.

Det er i utgangspunktet norske myndigheter som har bevisbyrden for at det er trygt å returnere. Videre understrekes det at barn ikke har de samme forutsetninger for å underbygge sitt behov for beskyttelse, eller gi uttrykk for individuelle forhold som voksne.¹⁸⁹ Her hadde barna oppholdt seg utenfor sitt hjemland over en lengre periode. Det kan derfor fremstå som nærmest umulig å gi opplysninger, dersom de ikke har fått positive uttalelser fra foreldrene selv. Om de har fått dette fremgår ikke av de opplysningene som foreligger. Også UNHCR har påpekt at de tilfeller der en asylsøker kan fremlegge

¹⁸⁹ Ot.prp.nr.75 (2006-2007), side 92.

fullstendige bevis og dokumenter for de forhold som beskrives, er unntaket snarere enn hovedregelen.¹⁹⁰ Kravet til å gi opplysninger fremstår dermed som svært strengt og tyngende siden de søkende er barn og ikke har bevisbyrden. Det bør derfor ikke kreves at barna skal kunne bevise at de faktisk ikke kan finne sine foreldre.¹⁹¹

6.5 Folkerettens rettskildemessige vekt

Det foreligger klare forskjeller mellom norske myndigheters prinsipputtalelser, og den praksis og oppfattelse norske utlendingsmyndigheter legger til grunn. Det uttrykkes at norske myndigheter aktivt skal følge opp oppfordringer fra barnekomiteen, jf. punkt 4.1.1. Samtidig virker det som om utlendingsmyndighetene ikke er klar over, eller i liten grad benytter seg av, komiteens uttalelser som rettskilde.

Ved et bakgrunnsnotat til UDIs vårkonferanse i 2006, med problemstillingen «Barnets beste og regulert innvandring – en motsetning?», problematiseres begrepet «barnets beste». Det konstanteres at det ikke er lett å fastsette begrepets rekkevidde verken når det gjelder hvilke forhold som omfattes eller hva som anses som barnets beste. Målgruppen for konferansen var blant andre UDIs egne ansatte.

I vurderingen av innholdet i begrepet barnets beste, er henvisninger til FNs barnekomité eller UNHCR helt fraværende. Dette ville være naturlig ut ifra myndighetenes uttalelse, og ettersom det er de ansatte som behandler utlendingssakene ville uttalelser fra disse organene kunne gi informasjon om de folkerettens forpliktelser. Uttalelser fra FNs barnekomité er heller ikke inntatt i UDI regelverks nettside som skal vise offentligheten de rettskilder som legges til grunn ved UDIs praktisering av innvandrings- og flyktningepolitikk.¹⁹²

¹⁹⁰ UNHCRs kommentarer til EU direktiv 2004/83/EC, artikkel 4 (5)(e).

¹⁹¹ Ot.prp.nr.75 (2006-2007), side 88.

¹⁹² www.udiregelverk.no.

Dommen fra lagmannsretten, jf. punkt 4.1.3, der saksbehandleren ikke var klar over FNs barnekomité's generelle kommentar, støtter også antagelsen om at uttalelsene ikke er kjent. Dette er imidlertid kun et enkelttilfelle, og kan således ikke medføre en generell antagelse om at utlendingsmyndighetenes ansatte ikke har kunnskaper om komiteens uttalelser. Tilfellet gir imidlertid et godt eksempel på at etterlevelsen av de folkerettslige forpliktelsene ikke er tilstede, og dette til tross for at Storting, regjering og Høyesterett har fastslått at uttalelser fra FN er av betydning som rettskilde. Myndighetenes generelle uttalelser må etter mitt skjønn medføre at uttalelser fra barnekomiteen anses å ha rettskildemessig verdi i norsk rett. Konsekvensen er da at de skal tillegges vekt ved konkrete avgjørelser om barnets beste. Dette er ikke tilfelle i dagens praksis hos utlendingsmyndighetene.

Samme forhold gjør seg også når det gjelder uttalelser fra UNHCR. Det er et betydelig avvik mellom departementets standpunkt om at uttalelsene skal tillegges stor vekt, til at utlendingsmyndighetene mener det i enkelte tilfeller kan være relevant å se hen til dem, jf. punkt 4.1.1. Som vist under nevnte punkt anser også juridisk litteratur at uttalelser fra UNHCR har en særlig rettskildemessig verdi de lege lata.

Den betydelige forskjellen mellom offentlige uttalelser og dagens utlendingspraksis gjør at rettskildebildet er uklart. Dersom uttalelser fra barnekomiteen og UNHCR skal ha den rettskildemessige vekt som norske myndigheter og tildels juridisk teori har lagt til grunn, må det rettslige grunnlag som utlendingsmyndighetene bygger sine avgjørelser på endres. I dag er utlendingsmyndighetenes praksis til dels i strid med folkerettslige forpliktelser, og disse er heller ikke tilgjengelige i den grad de burde ut ifra hvilke vekt de antas å ha. De generelle uttalelsene fra norske myndigheter fremstår i dag som prinsipperklæringer som ikke blir vektlagt i praksis. Det virker som om en tyngre vektlegging av de folkerettslige kildene er avhengig av en endring i den politiske linje på dette området. Regjeringen har som kjent fremmet ulike forslag for å stoppe tilstrømmingen av asylsøkere. Da en praksis i samsvar med de folkerettslige forpliktelsene innebærer en mer liberal linje slik at flere vil

få opphold, tyder dette på at en tyngre vektlegging av folkeretten ikke vil gjennomføres med dagens politiske linje.

6.6 Særlig om forpliktelsene etter BK artikkel 4.

BK artikkel 4 pålegger medlemslandene en plikt til å foreta alle nødvendige tiltak for gjennomføring av konvensjonens rettigheter. Kravene til tiltak justeres etter det enkelte lands ressurser, jf. punkt 2. Bestemmelsen må forstås dit hen at kravene til norske myndigheter er klart høyere enn til myndighetene i eksempelvis Nigeria eller Armenia, som en følge av at vi er ett av verdens mest ressursrike land.

Konsekvensen av forpliktelsene etter artikkelen er at Norge må ta et større ansvar for verdens flyktninger og andre med beskyttelsesbehov. Dette kan gjennomføres ved å tillegge hensynet til barnets beste vesentlig mer vekt, og la innvandringsregulerende hensyn stå tilbake i større grad enn i dag, jf. punkt 4.1.4. Resultatet vil bli en mildere innvandringspolitikk, med inntak av flere innvandrere enn eksempelvis våre naboland. Ut ifra våre ressurser er det ikke urimelig at dette gjennomføres, sett i forhold til den forpliktelsen som BK artikkel 4 uttrykker.

Som vist under punkt 6.3 fremgår det at Norge anvender prinsippene i BK selektivt, slik at innholdet i begrepet barnets beste tilpasses innvandringsregulerende hensyn. Dette er etter mitt syn ikke i overensstemmelse med BK artikkel 4. Norge bør som en følge av forpliktelsen være et foregangsland i anvendelsen av barnets beste som et grunnleggende hensyn.

6.7 Regjeringens forslag til begrenset oppholdstillatelse for ema.

Tiltak 6 – som er et av forslagene fra regjeringen som har til formål å begrense tilstrømmingen av asylsøkere til Norge - lyder som følger:

«Det kan etter en individuell vurdering gis begrensede tillatelser uten rett til fornyelse, for enslig mindreårige søkere over 16 år som i dag får oppholdstillatelse kun fordi norske myndigheter ikke finner omsorgspersoner».

Jeg drøfter tiltaket i lys av hensynet til barnets beste i avgjørelsen av søknad om opphold. Målet er å kartlegge konsekvensene av tiltaket, og om disse er i overensstemmelse med de vurderinger som skal foretas ved fastsettelsen av barnets beste. Vurderingen av aldersundersøkelse foretas for å vise den usikkerhet som forekommer rundt gruppen av ema, og hvordan dette kan slå særlig uheldig ut ved en midlertidig oppholdstillatelse.

6.7.1 Fastsetting av barnets alder

Gruppen som omfattes er barn i alderen 16-18 år. Etter norsk praksis er det alderen ved vedtakstidspunktet som legges til grunn.¹⁹³ Saksbehandlingstiden for ema er i dag på mellom 6-9 måneder i førsteinstans, jf. punkt 4.1.1. Den mest iøynefallende konsekvensen av forslaget er dermed at et barn som knapt har fylt 15 år, kan risikere å måtte oppholde seg her i nærmere tre år i påvente av å nå myndighetsalder, for så bli returnert til hjemlandet.

I dag kan aldersundersøkelse gjennomføres der det er tvil om barnets alder, dersom barnet samtykker til det, jf. utlendingsloven §37g. Aldersundersøkelsen skal fastsettes etter en helhetsvurdering der man blant annet ser på opplysninger fra søkers hjemland og allmenne observasjoner av søker i intervjuer, i møte med politiet og av mottakspersonale.¹⁹⁴ Videre foretas en tannundersøkelse, som gir indikasjoner på søkerens alder. Denne undersøkelsen er imidlertid omstridt, da eksakt alder ikke kan angis. Som en følge av usikkerheten rundt testen, har blant annet Storbritannia, Østerrike og Tyskland valgt ikke å bruke denne metoden.¹⁹⁵

¹⁹³ PN 2008-039 presiserer at alderen på vedtakstidspunktet og ikke ankomsttidspunktet skal legges til grunn.

¹⁹⁴ *ibid.*

¹⁹⁵ Redd Barna og NOAS(2006), side 11.

Aldersundersøkelsen angir dermed ikke en eksakt alder. I ytterste konsekvens medfører dette at et barn som er yngre enn 16 år anses som eldre, og sendes tilbake før myndighetsalder er oppnådd. Tvil om alderen skal komme søkeren til gode.¹⁹⁶ Siden alle undersøkelser har en feilmargin blir det imidlertid vanskelig å fastsette hva som er tvilsomt nok til at det må komme søkeren til gode. I saker som er gjennomgått av UDI ble de fysiologiske undersøkelsene ansett å ha avgjørende vekt. Vergene føler som nevnt at deres synspunkt aldri eller sjelden blir tillagt avgjørende vekt, jf. punkt 4.2.2. Et praksisnotat fra UDI uttrykker videre at i mangel av andre holdepunkter vil resultatet av tannundersøkelsen være et tungtveiende moment.¹⁹⁷ Dette er ikke i samsvar med utgangspunktet om at alderen fastsettes etter en helhetsvurdering.

Samlet er altså aldersundersøkelsen kun retningsgivende, og kan medføre at feil alder blir lagt til grunn. Et tiltak som her er foreslått, med midlertidige tillatelse, kan dermed få store følger for barn som får feilaktig anslått alder. Det foreligger en betydelig forskjell mellom en midlertidig oppholdstillatelse der man returneres ved fylte 18 år, og en oppholdstillatelse med mulighet for senere bosettingstillatelse og varig opphold.

6.7.2 Bosettingstilbud

Etter forslaget legges det opp til at barnet ikke skal bosettes i kommunene, men ha opphold på mottak. Begrunnelsen er at det ikke er hensiktsmessig og heldig at barnet starter en integreringsprosess som så blir avbrutt.

Da dagens botilbud er tilpasset kort oppholdstid og aktivitetstilbud rettet mot integrering, er disse dårlig egnet for barn med midlertidig tillatelse.¹⁹⁸ I dag har ansvaret for ema under 15 år blitt overført til barnevernet, da man ser at ema har spesielt behov for omsorg og oppfølging frem til bosetting/retur.¹⁹⁹ Ema i alderen 15-18 år har også behov for dette, men ressursmangel gjør at overføring til barnevernet ikke er gjennomført for denne gruppen.

¹⁹⁶ Høringsbrev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet publisert 19.11.2008, punkt 5.2.

¹⁹⁷ RS 2004-028.

¹⁹⁸ Høringsbrev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet av 19.november 2008, punkt 5.3.2.

¹⁹⁹ Ot.prp.nr.28 (2007-2008), side 6.

Planen var at overføringen skal skje i løpet av 2009, men i statsbudsjettet for 2009 er prosjektet utsatt på ubestemt tid.²⁰⁰ Dersom det ikke anses å foreligge tilstrekkelige ressurser eller politisk vilje for en slik overføring, kan dette tyde på at ressurser for å bedre botilbudet heller ikke er prioritert i nærmeste fremtid.

Gjennomføres tiltaket med dagens botilbud vil dette neppe være i overensstemmelse med barnets beste. I juridisk teori er det også stilt spørsmålstegn ved hvorvidt vi bryter BK allerede i dag, ved at barn oppholder seg flere år på mottak. Videre presiseres det at lang opphold på mottak ikke er til barnets beste.²⁰¹ Det foreslåtte tiltaket vil medføre lange opphold, men her etter en veloverveid politisk beslutning, og ikke som en følge av lang saksbehandling eller klageomganger. Dette kan ikke anses å være til barnets beste. UDI har selv uttalt at lang oppholdstid er det forhold som står i **klarest motsetning** til barnets beste på mottaksområdet.²⁰²

6.7.3 Forholdet til barnets beste

Ema er en uensartet gruppe med store forskjeller med hensyn til blant annet alder, behov og bakgrunn. Juridisk litteratur understreker at barnas mangel på relasjoner og fraværende voksenkontakt vil prege dem i tiden frem til avgjørelse.²⁰³ Dette vil etter min mening også gjøre seg gjeldende i ventetiden etter en beslutning om en senere hjemsendelse ved nådd myndighetsalder. Forskere har uttrykt at barn som oppholder seg i asylmottak har økt risiko for utvikling av emosjonelle og psykiske vansker. De er i en en unormal og usikker situasjon, og dette kommer i tillegg til den påkjenningen de har hatt ved å flykte fra sitt hjemland.²⁰⁴

²⁰⁰ Brev til familie- og kulturkomiteen sendt 6.november 2008 fra et stort antall foreninger, herunder Advokatforeningen, Røde Kors, NOAS, Redd Barna, Norsk Folkehjelp med flere.

²⁰¹ Høstmølingen, punkt 14.2.9.

²⁰² Høstmølingen, punkt 14.2.9.

²⁰³ Wold (2002).

²⁰⁴ KRD (2005), side 16.

Det er tidligere fremhevet at opplevelsen av mestring og sosial tilknytning er svært viktig for de mindreåriges utvikling. Sosial tilknytning innebærer både forholdet til omsorgspersonene og andre personer eller miljøer under oppveksten. Det å lykkes i skole og arbeid er i stor grad avgjørende for barnets mestringsfølelse.²⁰⁵ Dette må tas i betraktning ved en eventuell innføring av en midlertidig tillatelse til barn, og medfører etter mitt syn at en slik tillatelse vanskelig kan være i overensstemmelse med barnets beste.

Som tidligere beskrevet gis det retningslinjer for vurderingen av barnets beste, herunder integreringsnivå, jf. punkt 4.1.3. Da barn med midlertidig tillatelse etter forslaget i minst mulig grad skal integreres vil dette tale for retur siden de ikke har knyttet kontakter i Norge. Det er imidlertid tvilsomt om det er til barnets beste å oppholde seg på et mottak over lengre tid uten mulighet for å fungere i et samfunn. Utgangspunktet om at barna ikke skal integreres, er etter mitt syn vanskelig å forene med barnets behov for sosial tilknytning og mestring. Norsk Organisasjon for Asylsøkere(NOAS) viser til negative erfaringer med ventemottak for voksne, og mener at et opphold på mottak over en lengre periode vil øke den mentale belastningen som barna allerede blir utsatt for.²⁰⁶

Et annet moment i vurderingen av barnets beste er hvilke forhold som venter barnet ved retur, herunder beskyttelse og sosioøkonomiske forhold, jf. punkt 3.3.1.

En innføring av det foreslåtte tiltaket vil eksempelvis medføre at barn av somalisk opprinnelse kan sendes hjem etter fylte 18 år. Somalia er i dag uten fungerende regjering, politistyrke og rettsvesen. Landets innbyggere er avhengig av klanene som samfunnet er basert på, for beskyttelse og sikkerhetsmessig og sosial trygghet.²⁰⁷ UNHCR anbefaler ikke hjemsendelse av asylsøkere til Sør-Somalia, og uttrykker at effektiv beskyttelse er avhengig av at personen har sin opprinnelse og klan tilhørighet der han oppholder seg.²⁰⁸ Etter norsk praksis er det avgjørende om det er rimelig å henvise søkeren til et visst

²⁰⁵ Eide (2000).

²⁰⁶ Høringsuttalelser fra NOAS til høringsbrev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet av 19.november 2008.

²⁰⁷ Landinfo om Somalia (2007).

²⁰⁸ PN 2008-001, punkt 12.

område. Man er imidlertid forsiktig med å bosette sårbare tilfeller, som eksempelvis personer med helseproblemer eller enslige kvinner, i områder der de ikke har noe kjent nettverk.²⁰⁹ Etter mitt skjønn kan retur ved nådd myndighetsalder ikke i noen tilfelle være til barnets beste her.

Som nevnt anses det som svært vanskelig å spore opp foreldre eller omsorgsalternativer i Somalia, jf. punkt 4.1.1. Dette kan medføre at en begrenset tillatelse blir gitt, i stedet for å foreta undersøkelser som man i utgangspunktet ikke tror vil føre frem. Dersom dette skjer, er det ikke i overensstemmelse med de folkerettslige forpliktelser.

Barnekomiteen uttaler generelt at retur i utgangspunktet kun skal skje dersom det er det beste for barnet. Etter mitt skjønn vil sjelden opphold i et fremmed land for så å bli returnert til hjemlandet ved oppnådd myndighetsalder anses å være til barnets beste. I utgangspunktet vil barnets beste være en gjenforening med foreldre eller andre omsorgspersoner. Dette er ikke tilfellet her, da barnet får en midlertidig tillatelse på grunnlag av at man ikke finner omsorgspersoner til dem. En midlertidig tillatelse, som i verste fall kan være på opptil tre år, kan medføre at barnet mister mye av sin tilhørighet til hjemlandet. Dette gir dem dårligere forutsetninger for å klare seg ved retur enn da det dro. Både SCEP og BKs håndbok uttrykker at man ved en beslutning som angår ema, i størst mulig grad må ta hensyn til barnets beste på alle områder, også på lengre sikt.²¹⁰ En midlertidig tillatelse kan neppe anses som det beste for barnet i forhold til en langsiktig vurdering.

Etter dette må man anta at tiltaket ikke er i overensstemmelse med de folkerettslige forpliktelser og hensynet til barnets beste. I stedet for en midlertidig oppholdstillatelse anser jeg det som mer hensiktsmessig og humant overfor barna som berøres, å etablere en egen enhet som jobber konkret med søk etter omsorgspersoner, jf. punkt 6.1. Dersom man ikke lykkes i å finne omsorgspersonene bør barna gis oppholdstillatelse. En behandling

²⁰⁹ *ibid*, punkt 9.1.

²¹⁰ SCEP (2005), side 11.

som her er foreslått, er etter mitt skjønn i strid med folkerettslige forpliktelser, både i forhold til BK artikkel 3 og BK artikkel 4.

7. Litteraturliste

7.1 Lov-, forskrift og konvensjonsregister

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15.mai 2008 nr.35.

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

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

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

Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) av 17.juli 1998 nr.61.

Lov om behandlingmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10.februar 1967.

Lov om vergemål for umyndige av 22.april 1927 nr.2.

Kongeriget Norges Grundlov, av 17.mai 1814.

Utlänningslagen av 29.september 2005. (Svensk).

Utlendingsforskriften av 21.desember 1990.

FNs barnekonvensjon av 20.november 1989.

FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner fra 1979 av 18. desember 1979.

Wienkonvensjonen om traktatretten av 23.mai 1969.

FNs erklæring om barns rettigheter av 20. november 1959

Flyktningekonvensjonen av 28.juli 1951.

Valgfri protokoll om barns rettigheter om barn i væpnet konflikt av 25.mai 2000.

Valgfri protokoll om barns rettigheter om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi av 25.mai 2000.

7.2 Forarbeider

Ot.prp.nr. 28 (2007-2008)	Om lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester mv.(Omsorgen for enslige mindreårige asylsøkere inntil bosetting eller retur).
Ot.prp.nr.75 (2006-2007)	Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
Ot.prp. nr. 64 (2004-2005)	Om lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester og lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester (sosialtjenesteloven) m.v.
Ot.prp.nr.3 (1998-99)	Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
NOU 2008: 15	Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll.
NOU 2004:16	Vergemål.
NOU 2003:7	Tilleggsskatt m.m.
St.melding nr.17(2000-2001)	Asyl- og flyktningpolitikken i Noreg.
Prop. 1996/97:25	Svensk migrationspolitikk i et samfunnsperspektiv. (Svensk).
SOU 2004: 74	Utlänningslagstiftningen i ett domstolsperspektiv. (Svensk).

7.3 Bøker

Andenæs, Johs, *Statsforfatningen i Norge*. 9.utgave, Oslo, 2004.

Einarsen, Terje, *Retten til vern som flyktning*. Bergen, 2000.

Hodgkin, Rachel og Peter Newell, *Implementation handbook for the convention on the rights of the child*. 3.utgave, Geneve, 2007.

Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg, *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*. 1.utgave, Oslo, 2008.

Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*. 2.opplag, Oslo, 2003.

Jensen, Kjersti Cecilie og Marie Nyhus, «*Humanitetshensyn i utlendingsretten – En undersøkelse av forvaltningspraksis etter utlendingsloven § 8 annet ledd*». 1.utgave, Oslo, 2004.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*. 3.utgave. Oslo, 2006.

Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*. 2.utgave, Uppsala, 2005.

Smith, Eivind og Torstein Eckhoff, *Forvaltningsrett*, 8.utgave. Oslo, 2006.

Stang, Elisabeth Gording. *Barn, tortur og retur*. 1. Utgave. Oslo, 2008.

Van Bueren, Geraldine, *Child rights in Europe*, 1.utgave. Council of Europe, Strasbourg, 2007.

7.4 Rettsavgjørelser

Rt. 2001 side 1006.

Rt. 2000 side 1811.

Rt. 1999 side 961.

LB-2008-81478.

TOSLO-2002-11371.

7.5 Internasjonale rettsavgjørelser

Mubilancila Mayeka &
Kaniki Miutunga v. Belgium Jugdement of the European Court of Human
Rights, 12. oktober 2006.

X,Y and Z v. The United Kingdom Jugdement of the European Court of Human
Rights, 22.april 1997.

The Johansen v. Norway Jugdement of the European Court of Human
Rights, 7 August 1996.

Tyrer v The United Kingdom Jugdement of the European Court of Human
Rights, 25.april 1978.

7.6 Praksis fra UNE

Referansenummer 5602846567, vedtatt november 2007.

Referansenummer 5423181183, vedtatt november 2007.

Referansenummer 2165853007, vedtatt september 2004.

Referansenummer 5476225783, vedtatt mars 2004.

7.7 Rundskriv, instruksjer, rapporter, ulike publikasjoner ol.

Barne- og likestillingsdepartementet og Utenriksdepartementet, *Barnets rettigheter - Norges fjerde rapport til FNs komité for barnets rettigheter* – 2008.

Høringsbrev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet, *Endringer i utlendingsforskriften – Oppfølging av regjeringens innstramning av asylpolitikken – Tiltak 1, 2, 4, 6 og 12*, publisert 19.11.2008.

Danielsen, Kirsten og Marie Louise Seeberg, *NOVA Rapport 19/2006, Tracing UMAs' families, A comparaty study of some European countries' practices and experiences in tracing the parents or caregivers of unaccompanied minor asylum seekers*, 2006.

Regjeringen, *Soria Moria-erklæringen: Plattform for regjeringssamarbeidet mellom Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet for 2005-2009*, publisert 20.12.2005.

UDI, *Utlendingsdirektoratets saksbehandlingsrutiner for enslige mindreårige asylsøkere og flyktninger*, gjeldende fra september 2005.

PN 2008- 001	Praksisnotat for asylpraksis i Somalia, UDI.
PN 2008-006	Praksisnotat for asylpraksis for Iran, UDI.
PN 2008-039	Praksisnotat for behandling av saker for EMA- særlig aldersvurdering.
RS 2006-025	Kvalitet i saksbehandlingen, UDI.
RS 2004-60/61	Saksbehandlingsrutiner for enslige mindreårige asylsøkere og flyktninger, UDI.
RS 2004-028	Retningslinjer for aldersundersøkelse av asylsøkere, UDI.
RS 2002-041	Søknad om familiegjenforening der herboende er mindreårig og er innvilget Ot.hum - uf § 24 annet ledd.
Q-17-2004	Instruks fra Barne- og likestillingsdepartementet, <i>Om</i>

barneverntjenestens ansvar for enslige mindreårige asylsøkere i mottak og kommuner m.m., 12.juli 2004.

G-0344 B/2003 Rundskriv av Justis- og politidepartementet, *Veiledning til overformynderiene om enslige mindreårige asylsøkere*, 9.mai 2003.

H-1998-004 Instruks fra Kommunal- og regionaldepartementet, *Arbeidet med enslige mindreårige asylsøkere og flyktninger – Mål og oversikt over sentrale retningslinjer*, 22. mai 1998.

Bakgrunnsnotat for UDIs vårkonferanse 2006.

UNEs Årbok 2007.

UNEs Årbok 2005.

7.8 Artikler

Bailliet, Cecilia, *Grensen mellom asyl og beskyttelse på humanitært grunnlag*, Institutt for offentlig retts skriftserie, nr.6/2004.

Haider, Imran, *Forholdet mellom internasjonal rett og norsk rett - belyst med utgangspunkt i FNs flyktningekonvensjon*, Lov og Rett, 2004, side 492-499.

KRD - Kommunal- og regionaldepartementet, *psykisk helse for barn i asylmottak*, anbefalinger fra en interdepartemental gruppe, 2005.

Pettersen, Silje Vatne, *Enslige mindreårige asylsøkere – foreldrene kommer sjelden etter*, 2007.

Seglem, Frode, *Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode: Lov og rett*, 2003 nr.04-05, s. 203- 230.

Redd Barna og Norsk Organisasjon for Asylsøkere, "Mamma vet hvor gammel jeg er" : en kartlegging av aldersvurderingen av enslige mindreårige asylsøkere, 2006.

Wold, Hinke, En lang vei å gå. Fokus på enslige mindreårige asylsøkeres hverdag i Norge: LINJER-Nr 2-2002.

7.9 Internasjonale kilder

- CRC/GC/2005/6 Generell kommentar fra FNs barnekomité av 2005 –
Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin.
- CRC/C/15/Add.249. FNs barnekomités rapport til Albania.
- 2004/83/EC EU-direktiv - *minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted*, av 29 April 2004.
- SCEP 2005 Separated Children in Europe Programme, *Enslige mindreårige i Europa-programmet, Erklæring om god praksis*, 2005.
- SCEP 2004 Separated Children in Europe Programme, *Statement of good practice*, 3.utgave, 2004.
- UNHCR 2008a UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, 2008.

- UNHCR 2008b UNHCR, *A thematic compilation of executive committee conclusions*, 3.utgave, 2008.
- UNHCR 1997 UNHCR Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum (Executive summary), 1997
- UNHCR 2007 Executive Committee Conclusions, *Conclusion on Children at Risk*, No.107, 2007.

7.10 Nettdokument

Arbeids og inkluderingsdepartementets nettsider under «Enslige mindreårige asylsøkere», www.regjeringen.no [Sitert 16.mars 2009]

Artikkel i Klassekampen av 25. april 2007, www.klassekampen.no [sitert 19.mars 2009].

Brev fra til Familie- og kultur komiteen fra et stort antall foreninger, sendt 03.november 2008, <http://www.barnevernsambandet.no/NGO%20EMA20081111.htm>. [Sitert 16.mars 2009]

Einarsen, Terje. *Kommentar til utlendingsloven*, I Gyldendahl Rettsdata. [Sitert 03.mars 2009].

Eide, Ketil. *Barn i bevegelse: Om oppvekst og levekår for enslige mindreårige flyktninger*, sammendrag. www.r-bup.no. [Sitert 16.mars 2009].

Høringsuttalelse fra NOAS til høringsbrev av 19.11.2008, <http://www.regjeringen.no>. [Sitert 15.mars 2009]

Innlegg av Bjarne Håkon Hansen i VG 29.juni 2007, www.regjeringen.no. [Sisert 16.mars 2009]

Utlendingsforvaltningens fagenhet for landinformasjon, <http://www.landinfo.no/>. [Sisert 16.mars 2009].

Oversikt over UDIs rettskilder ved avgjørelser av asylsøknader, www.udiregelverk.no. [Sisert 03.mars 2009]

Tall fra UDI, <http://www.udi.no/templates/page.aspx?id=9703>. [Sisert 25.februar 2009]

UDIs nettsider under «Enslig mindreårige asylsøkere»,
www.udi.no/templates/Tema.aspx?id=3066. [Sisert 25. februar 2009]

UDIs nettsider under «Ulike typer mottak»,
www.udi.no/templates/Tema.aspx?id=9254. [Sisert 25.februar 2009]

UNHCRs kommentar til EU- direktiv 2004/83/EC,
<http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/43661eee2.pdf> [Sisert 03.april 2009]

Vedrørende myndighetsalder i Nepal og Skottland,
http://www.absoluteastronomy.com/topics/Age_of_majority. [Sisert 03.mars 2009]

