

Rettigheter for mindreårige asylsøkere i Norge



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 577
Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 17355 ord

23.11.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og avgrensning	1
1.2	Problemstilling	1
1.3	Rettskilder	1
1.3.1	Lover	1
1.3.1.1	Utlendingsloven	1
1.3.2	Forskrifter	2
1.3.2.1	Utlendingsforskriften	2
1.3.3	Forarbeider	2
1.3.3.1	Ot.prp. nr 75 (2006-2007)	2
1.3.4	Konvensjoner	2
1.3.4.1	FNs konvensjon om barnets rettigheter	2
1.3.4.2	FNs konvensjon om flyktningers stilling	3
1.3.4.3	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen	3
1.3.5	Barnekomiteens praksis	3
1.3.5.1	FNs barnekomités generelle kommentar nr 6	4
1.3.6	UDI regelverk	4
<u>2</u>	<u>BEGREPSAVKLARING</u>	<u>5</u>
2.1	Flyktning	5
2.1.1	Medfølgende barn	6
2.1.2	Enslige mindreårige asylsøkere	6
2.1.3	Overføringsflyktninger	6
2.2	Asyl	7
<u>3</u>	<u>MINDREÅRIGE ASYLSØKERE I NORGE</u>	<u>7</u>
3.1	Hvem kommer for å søke asyl	7
3.2	Plassering av barnet	8

4	<u>RETTE TIL ASYL</u>	9
4.1	Flyktningkonvensjonen	9
4.2	Barnekonvensjonen og utlendingsloven	10
4.2.1	Beskyttelse	10
4.2.2	Sterke menneskelige hensyn	12
4.2.2.1	Barnets beste	13
4.2.2.2	Høring av barnet	16
4.3	Rettspraksis	17
4.3.1	Rt. 2009 s 1261	17
4.3.2	LB 2003 1367	20
4.3.3	LB 2008 40393	20
4.3.4	LB 2011 27823	22
4.4	Kjønnsbasert forfølgelse som grunn for opphold	23
4.4.1	Fare for tvangsekteskap	23
4.4.2	Fare for kjønnslemlestelse	25
5	<u>ASYLSØKERPROSESSEN</u>	30
5.1	Prosessuelle rettigheter	30
5.1.1	Enslige mindreårige asylsøkere	31
5.1.2	Medfølgende barn	33
5.2	Aldersundersøkelse av flyktninger	34
5.2.1	Hvorfor	34
5.2.2	Gjennomføringen i praksis	35
5.2.3	Er undersøkelsene i tråd med barnekonvensjonen	37
6	<u>RETTIGHETER FOR MINDREÅRIGE ASYLSØKERE I NORGE</u>	38
6.1	Rettigheter under asylsaken	38
6.1.1	Rett til familiegjenforening	38
6.1.2	Rett til samvær med foreldre	39
6.2	Barnets livssituasjon	41
6.2.1	Rett til ikke-diskriminering	41

6.2.2	Rett til vern som asylsøker	42
6.2.3	Rett til omsorg og bolig	43
6.2.4	Rett til helsehjelp	48
6.2.5	Rett til utdanning	51
7	<u>AVSLUTTENDE KOMMENTARER</u>	53
8	<u>KILDER</u>	55
8.1	Lov-, forskrifts og konvensjonsregister	55
8.2	Forarbeider	56
8.3	Bøker	57
8.4	Rettsavgjørelser	57
8.5	Rapporter	57
8.6	Internasjonale kilder	58
8.7	Nettdokument	58

1 Innledning

1.1 Tema og avgrensning

Tema for denne oppgaven er rettighetene til mindreårige asylsøkere i Norge, både de som kommer alene, og til de som kommer sammen med foreldre eller andre med foreldreansvar. Oppgaven tar i hovedsak for seg forholdene etter utlendingsloven og barnekonvensjonen.

1.2 Problemstilling

Mindreårige asylsøkere som kommer til Norge har blitt mye omtalt de siste årene. Spesielt fokus har det vært på de enslige mindreårige asylsøkerne og deres særlige behov for beskyttelse og omsorg. Barn som kommer sammen med familien for å søke asyl er også et mye behandlet tema som avdekker at disse barna også kan ha et stort behov for støtte og omsorg fra norske myndigheter. Implementeringen av FNs barnekonvensjon i norsk lov har økt bevisstheten rundt asylsøkerbarns rettigheter og ført til flere endringer i norsk lov. En særlig utfordrende problematikk er å kunne regulere innvandringen til Norge samtidig som at barn ikke skal returneres til en risikofylt situasjon i hjemlandet. Jeg vil i oppgaven kartlegge hvilke rettigheter mindreårige asylsøkere har etter norsk rett når det gjelder selve asylsaken og deres livssituasjon ellers. Samtidig vil jeg se på i hvilken grad norsk rett og praksis samsvarer med de internasjonale forpliktelsene Norge har.

1.3 Rettskilder

1.3.1 Lover

1.3.1.1 Utlendingsloven

1. januar 2010 trådte den nye utlendingsloven i kraft. Loven har to funksjoner i forhold til mindreårige asylsøkere, den skal påse at rettighetene til barna som kommer for å

søke asyl bli ivaretatt, men også ta hensyn til innvandringsregulerende spørsmål.¹
Barnets rett til asyl reguleres av utlendingsloven.

Barnekonvensjonen har bidratt til at hensynet til barnets beste nå også er lovfestet i utlendingslovens § 38, som understreker at det i saker som berører barn skal være et grunnleggende hensyn. Det er også inntatt i utlendingslovens § 28 tredje ledd at det ved asylsøknaden skal tas hensyn til om søkeren er barn.

1.3.2 Forskrifter

1.3.2.1 Utlendingsforskriften

Særlig betydning for oppgaven har kapittel 7 og 8, som omhandler reglene for asyl og opphold på humanitært grunnlag samt kapittel 15 om vern mot utsendelse.

1.3.3 Forarbeider

1.3.3.1 Ot.prp. nr 75 (2006-2007)

Forarbeidet til utlendingsloven er omfattende og den gir god veiledning ved tolkning av lovens bestemmelser. Det er særlig punkt 3.7 som omhandler hensynet til barnets beste og forholdet til barnekonvensjonen, som er sentral for min oppgave.

1.3.4 Konvensjoner

1.3.4.1 FNs konvensjon om barnets rettigheter

Barnekonvensjonen ble gjort til norsk lov i 2003 ved menneskerettighetsloven § 2 jf 4 og skal ved motstrid gå foran annen nasjonal lovgivning. Konvensjonen har tidligere i utlendingssaker hatt umiddelbar virkning gjennom utlendingsloven § 4, men har fått en styrket stilling etter at den ble gjort til norsk lov. Frem til konvensjonen trådte i kraft, var barns rettslige status i en rekke land hovedsakelig knyttet opp mot foreldrene og deres rett til å bestemme over sine barn. Med barnekonvensjonen var det et formål å anerkjenne at barn har egne selvstendige rettigheter og behov uavhengig av foreldrene. Barnekonvensjonen gir ikke barnet en egen klagerett eller egen domstol.

¹ Utlendingsloven § 1

Norge har også ratifisert to frivillige tilleggsprotokoller av barnekonvensjonen, om salg av barn, barneprostitusjon og om barn i væpnet konflikt.

1.3.4.2 FNs konvensjon om flyktningers stilling

Flyktningkonvensjonen av 28. juli 1951 skal sikre at alle som er på flukt fra uholdbare forhold i hjemlandet, skal få opphold i et annet land til det er trygt å reise hjem igjen. Flyktningkonvensjonen skulle opprinnelig beskytte europeere som hadde vært berørt av andre verdenskrig. Etter konvensjonen fra 1951 kunne bare personer som falt innenfor dette kravet innvilges flyktningstatus. I 1967 kom det en protokoll som førte til at flyktningkonvensjonen gikk fra å være begrenset til å gjelde for alle flyktninger over hele verden.

Hensikten med en egen konvensjon om flyktninger var å pålegge mottakerlandene en plikt til å ta i mot mennesker på flukt. Et sentralt element i konvensjonen er forbudet mot å returnere en flyktning til et utrygt hjemland. I 2010 var det over 43 millioner mennesker på flukt² og mange av dem var barn. Denne konvensjonen er viktig for barns rettigheter som flyktninger i tillegg til de rettighetene de har etter barnekonvensjonen.³

1.3.4.3 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) tar sikte på å sikre rettighetene til alle individer, ikke bare flyktninger eller barn. Denne konvensjonen er også gjort til norsk lov gjennom menneskerettighetsloven § 3, og skal ved motstrid gå foran annen nasjonal lovgivning. I forhold til barn og retten til asyl er det spesielt art 8 som verner om retten til familieliv og art 3 som gir forbud mot tortur og annen umenneskelig behandling som er viktige.

1.3.5 Barnekomiteens praksis

Barnekonvensjonen har sin egen barnekomité som skal overvåke at bestemmelsene i konvensjonen etterleves. Statene som har ratifisert konvensjonen har plikt til å rapportere til denne komiteen hvert femte år om hva som gjøres for å sikre barns

² Tall fra FNs hjemmeside

³ Høstmølingen (2008) s. 332

rettigheter i henhold til konvensjonen. Jeg vil i oppgaven flere ganger vise til barnekomiteens praksis, både de generelle kommentarene og avsluttende merknader (concluding observations). Barnekomiteen har gitt ut 13 generelle kommentarer til barnekonvensjonen. Kommentarene fra komiteen vil som regel være anbefalinger til hvordan statene skal tolke barnekonvensjonens bestemmelser og hvordan man best kan oppfylle forpliktelsene som følger av konvensjonen. Disse kommentarene gjør det mulig å behandle hver enkelt bestemmelse i konvensjonen mer utfyllende da ordlyden i artiklene ofte er vag og lite konkret.⁴

1.3.5.1 FNs barnekomité's generelle kommentar nr 6

Kommentar nr 6 omhandler enslige barn som er utenfor hjemlandet sitt. Det forhold at disse barna er ekstra sårbare og har spesielle behov er bakgrunnen for utarbeidelsen av kommentaren. Barnekomiteen bemerker at det er en økende andel av barn som befinner seg i denne situasjonen. Utfordringen med å ivareta rettighetene for disse barna er kompleks, og komiteen ønsker med denne kommentaren å etablere en standard ved tolkningen av barnekonvensjonen og forpliktelser konvensjonen pålegger medlemsstatene.⁵ Kommentaren er særlig relevant for min oppgave og jeg vil vise til den flere ganger underveis.

1.3.6 UDI regelverk

Utlendingsdirektoratet (UDI) er den delen av forvaltningen som tar for seg asylsakene fra mindreårige. UDI har ansvar for at alle asylsøkere får en plass å bo mens de venter på at søknaden skal behandles. Videre har de omsorgsansvaret for de enslige mindreårige asylsøkerne som er fylt 15 år. UDI gir ut praksisnotater som inneholder beskrivelser av direktoratets praksis og saksbehandlingsrutine på utlendingsområdet. Praksisnotatene er bindende retningslinjer for utlendingsdirektoratet og jeg vil underveis i oppgaven min flere ganger vise til disse. Jeg vil også vise til UDIs interne retningslinjer og høringer som er aktuelle for oppgaven.

⁴ Ot.prp. nr 104 (2008-2009) s. 26

⁵ CRC/GC/2005/6 s. 6

Utlendingsnemnda (UNE) er et domstollignende forvaltningsorgan som behandler klager over avslag gitt av UDI. Jeg viser i oppgaven min til flere vedtak avgjort av UNE samt interne saksbehandlingsregler.

2 Begrepsavklaring

2.1 Flyktning

En flyktning er en asylsøker som har rett til beskyttelse etter definisjonen i flyktningkonvensjonen art 1 A (2). Dette er enhver person som har en velgrunnet frykt for forfølgelse og som befinner seg utenfor hjemlandet og ikke vil vende tilbake på grunn av frykt. Dette vilkåret innebærer at det ikke er tilstrekkelig at søkeren opplever en subjektiv frykt, frykten må også være berettiget ut fra en objektiv vurdering.

I Norge skal en utlending etter søknad anerkjennes som flyktning dersom vedkommende enten fyller vilkårene i flyktningkonvensjonen art. 1 A (2), eller utlendingsloven § 28 første ledd.

I den nye utlendingsloven er det lagt til grunn et utvidet flyktningbegrep. Det medfører at flere av de som i dag gis opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn vil få flyktningstatus. Dette vil først og fremst få betydning for de som faller utenfor flyktningbegrepet i flyktningkonvensjonen art 1 A, men som likevel må anses som flyktninger etter norsk rett. Utlendingsloven skiller ikke lenger tydelig mellom hvem som har rett til beskyttelse etter internasjonale forpliktelser og hvem som får oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Begge gruppene gis opphold etter § 38 annet ledd om sterke menneskelige hensyn. Det betyr at vi får et mer omfattende flyktningbegrep enn det vi er forpliktet til etter flyktningkonvensjonen.⁶

Retten til anerkjennelse som flyktning gjelder ikke dersom utlendingen kan få effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet enn det området søkeren har flyktet fra, og det

⁶ NOU 2004:20 pkt 6.9

ikke er urimelig å henvise utlendingen til å søke beskyttelse i disse delene av hjemlandet, jf. utlendingsloven § 28 femte ledd.

2.1.1 Medfølgende barn

Alle barn under 18 år som kommer til Norge sammen med sine biologiske foreldre eller andre som utøver foreldreansvar for barnet for å søke asyl blir betegnet som medfølgende barn.

2.1.2 Enslige mindreårige asylsøkere

Enslige mindreårige asylsøkere er barn og unge under 18 år som kommer til Norge for å søke asyl, uten følge av foreldre eller andre som har foreldreansvar.

2.1.3 Overføringsflyktninger

Norge har forpliktet seg etter internasjonal lov til å beskytte personer som blir forfulgt eller som risikerer tortur eller dødsstraff i hjemlandet sitt. Disse personene kan anerkjennes som flyktninger i Norge og de kan få beskyttelse ved at de blir overført til Norge gjennom et samarbeid mellom FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR) og norske myndigheter. Hvor mange flyktninger som skal overføres til Norge hvert år bestemmes av myndighetene, per 2011 er kvoten på 1450 årlige overføringsflyktninger.⁷

Sikkerhetssituasjonen i hjemlandet kan være en årsak til at man har krav på beskyttelse, selv om man ikke er individuelt forfulgt. Norge er forpliktet gjennom internasjonale avtaler, som FNs flyktningkonvensjon art 33 og menneskerettighetskonvensjonen art 2 til å avstå fra retur til hjemlandet hvis forholdene der ikke tilsier retur. Dette kan være ved krig eller andre spesielle forhold som gjør at retten til liv eller frihet er truet. Forskjellen mellom asylsøkere og overføringsflyktninger er at de fleste overføringsflyktninger får saken sin behandlet og blir anerkjent som flyktning av FNs høykommissær for flyktninger allerede før de kommer til Norge. Det er kun en liten andel av kvoteflyktningene som er enslige mindreårige asylsøkere. I 2010 var det 14

⁷ Justis- og politidepartementet 13. mai 2011

enslige mindreårige blant overføringsflyktingene som kom til Norge. De fleste kommer da sammen med slektninger.⁸

2.2 Asyl

En asylsøker som blir anerkjent som flyktning, vil etter utlendingslovens § 28 gis asyl. Asyl betyr krav på beskyttelse i Norge og normalt også oppholdstillatelse. Får man innvilget asyl, utløser dette rettigheter som rett til familiegjening og rett til å få utlevert reisedokument. Asyl kalles etter endringene i den nye utlendingsloven beskyttelse. Jeg kommer til å bruke begge begrepene.

3 Mindreårige asylsøkere i Norge

3.1 Hvem kommer for å søke asyl

Enslige mindreårige asylsøkere som kommer til Norge vil variere i både opphav og alder, men de fleste som kommer for å søke beskyttelse er gutter i alderen 15 – 18 år. I 2009, som var en søkertopp, var ni av ti mindreårige søkere gutter som oppga å være fra Afghanistan, Somalia og Eritrea. Av de 2500 mindreårige som søkte asyl det året var 1719 fra Afghanistan. Nasjonaliteten avspeiler i stor grad krig og vanskelige forhold i ulike deler av verden⁹

Det er mange grunner til at barn og ungdom reiser fra hjemlandet sitt for å søke asyl i et annet land. Barna kan være forfulgt eller fordrevet i hjemlandet, de kan være sendt hit av familien, eller det kan være en drøm om en bedre hverdag som får dem til å søke asyl i Norge.¹⁰

Antall asylsøknader fra enslige mindreårige asylsøkere:¹¹

År:	2006	2007	2008	2009	2010
-----	------	------	------	------	------

⁸ Håndbok for kommunene i arbeidet med enslige mindreårige asylsøkere og flyktinger, Barne- og likestillingsdepartementet.

⁹ UDI regelverk: Asyl - tall og trender

¹⁰ Øien (2010) s. 41- 43.

¹¹ NOU 2011:10 pkt. 27.1.1

Søknader	349	403	1374	2500	892
----------	-----	-----	------	------	-----

Når det gjelder medfølgende barn, bodde det 3665 barn på asylmottak i 2010 sammen med en eller begge sine foreldre.

3.2 Plassering av barnet

Barne-, ungdoms- og familieetaten (Bufetat) overtok ansvaret for å gi et omsorgstilbud til enslige mindreårige asylsøkere under 15 år fra og med desember 2007. Ansvaret for de enslige mindreårige asylsøkere mellom 15 og 18 år ligger fortsatt hos UDI. Dette ble begrunnet med at barnevernet ikke har ressurser til overføring av den eldste gruppen til Bufetat foreløpig, men at det skal være et langsiktig mål.¹²

Asylmottaket den mindreårige søkeren skal bo i er differensiert i henhold til hvilken fase i asylprosedyren søkeren er i, og etter søkerens alder og behov. Mottakssystemet i dag består av transittmottak, ordinære mottak, omsorgssentre for enslige mindreårige under 15 år, mottak for enslige mindreårige asylsøkere over 15 år og forsterkede avdelinger for beboere med behov for særskilt oppfølging.

Ved ankomst skal asylsøkerne som er under 15 år umiddelbart få plass på Eidsvoll omsorgssenter for å registreres i mottakssystemet. Asylintervjuet og andre samtaler med barnet kan foretas på senteret, som fungerer som både transittmottak og omsorgssenter. Under oppholdet her kartlegges og dannes grunnlaget for hva slags oppfølging barnet har behov for og barnet forberedes på en bosetting i en kommune. Der skal de få oppnevnt hjelpeverge og gis tilbud om videre opphold på et barnevernsdrevet omsorgssenter.¹³

Er søkeren fylt 15 skal han eller hun ved ankomst først innom Tanum transittmottak. Der det foretas registrering og asylintervju før det gis tilbud om plass i egne, døgnbemannede avdelinger for mindreårige mellom 15-18 år tilknyttet ordinære

¹² NOU 2011:10 pkt 27.2.1

¹³ UDI regelverk: RS 2005-049

mottak, styrt av UDI. Kommer asylsøkeren sammen med søsken, slektninger eller andre følgepersoner, kan de få plass sammen et ordinært mottak. På disse mottakene skal de mindreårige asylsøkerne bo til de får bosetting i en kommune, eller ved avslag, til de må returneres til hjemlandet.¹⁴

For medfølgende barn som kommer sammen med en eller begge foreldre skal også de ved ankomst først innom transittmottaket. De skal så få plass i ordinære asylmottak drevet av UDI mens asylsøknaden er under behandling. Her bor de mens de venter på å få bosetting i en kommune hvis søknaden om opphold blir innvilget, eller hvis de får avslag, å måtte returnere til opprinnelseslandet.

4 Retten til asyl

4.1 Flyktningkonvensjonen

En mindreårig asylsøkers flyktningstatus må vurderes etter kriteriene i flyktningkonvensjonens art 1A (2). Søkeren må ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse, begrepet forfølgelse er ikke nærmere definert i konvensjonen og hele teksten må ses i en sammenheng. Det må være tale om en truende utålelig situasjon for asylsøkeren i hjemlandet eller det må dreie seg om krenkelser av en viss alvorlighet. Krenkelsene må være mot en persons liv, frihet, helse eller sikkerhet. Søkerens hjemland må være ute av stand til å gi en reell beskyttelse mot forfølgelsen for at søkeren kan gis flyktningstatus. Det må også være tale om en forfølgelse basert på rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en sosial gruppe eller politisk oppfatning.

Når myndighetene skal vurdere en asylsak og om vilkåret for forfølgelse er oppfylt vil spørsmålet besvares etter en grundig undersøkelse av de faktiske forhold, samt en rettslig vurdering. Hovedvurderingen er den objektive risikoen for at søkeren vil bli forfulgt i hjemlandet. Hvis de faktiske forhold indikerer en reell risiko for at søkeren vil bli utsatt for alvorlige krenkelser og søkeren ikke får tilstrekkelig beskyttelse i

¹⁴ UDI regelverk: RS 2005-049

hjemlandet, er det sentrale kriteriet for å oppnå asyl innvilget. Det er ikke nødvendig med en sannsynlighetsovervekt for at vilkåret skal anses oppfylt.¹⁵ Vilkåret om forfølgelse vil være oppfylt ved krenkelser av ufravelige menneskerettigheter, dette kan være hvor det er fare for henrettelse, tortur, voldtekt, sterke inngrep i religionsfriheten eller andre nedverdiggende og umenneskelige forhold.¹⁶

Når det er tale om asylsøknader fra barn foreligger det et mindre beviskrav, man vil ta lavere risiko ved slike søknader. Barnets egen frykt sett sammen med dets psykiske og fysiske tilstand er viktige momenter i vurderingen av barnets situasjon og om de har en velgrunnet frykt for forfølgelse. Når myndighetene skal vurdere søknader om beskyttelse fra enslige mindreårige asylsøkere, er det særlig viktig at definisjonen av hva som er en flyktning tolkes på en alders- og kjønns sensitiv måte. Her må myndighetene ta hensyn til de motivene bak forfølgelser som rammer barn. Forfølgelse på grunn av slektstilhørighet, rekruttering av mindreårige til væpnede styrker, fare for å bli tvunget til prostitusjon og seksuell utnyttning eller kjønnslemlesting av jenter er noen av former for forfølgelse som særlig rammer barn. Dette kan gi grunn til å innvilge flyktningstatus dersom disse handlingene er basert på et av grunnlagene som er nevnt i art 1 A (2). Norge må være oppmerksom på den type forfølgelse som spesielt rammer barn når de vurderer søknader om flyktningstatus.¹⁷

4.2 Barnekonvensjonen og utlendingsloven

4.2.1 Beskyttelse

I barnekonvensjonen er det ingen bestemmelse som alene gir rett til asyl. Derimot er barnekonvensjonens bestemmelser om barnets beste og retten til å bli hørt, viktige hensyn som må vektlegges og følges opp hele veien under behandlingen av asylsaken.

Utlendingsloven § 28 første ledd bestemmer hvem som skal anses som flyktning og det foreligger to alternativer. Etter bokstav a skal en utlending få status som flyktning

¹⁵ UNHCR Håndboken avsnitt 203

¹⁶ Einarsen (2000) s. 280 – 300

¹⁷ CRC/GC/2005/6 avsnitt 74

dersom han eller hun har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse, jf. flyktningkonvensjonen 1 A. Etter bokstav b kan en utlending gis flyktningstatus selv om ikke vilkårene i flyktningkonvensjonen 1 A er oppfylt. Dette gjelder hvis søkeren står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet. Tidligere fikk personer som søkte asyl på dette grunnlaget rett til vern mot retur, etter at utlendingsloven har lagt til grunn et utvidet flyktningbegrep gis søkerne nå flyktningstatus.¹⁸ Utlendingsloven § 28 tredje ledd bestemmer at det ved vurderingen etter første ledd skal tas hensyn til om søkeren er barn. Når vilkåret for å anses som flyktning er oppfylt, bestemmer utlendingsloven § 28 annet ledd at søkeren har rett til asyl.

Det er UDI som behandler saker om asyl. Om asyl skal innvilges, må bero på en konkret individuell vurdering. Barn som kommer sammen med foreldrene skal ha sin egen asylsak og de må vurderes på et selvstendig grunnlag. Under behandlingen av søknaden er det viktig å snakke med barnet og klarlegge omstendighetene og fakta i saken. Konsekvensene av at barnet blir gitt asyl må vurderes opp mot alternativet, både på kort og lang sikt. Søkerens alder og modenhet må alltid tas hensyn til ved vurderingen av beskyttelsesbehovet hos en enslig mindreårig asylsøker. Herunder skal det tas hensyn til at barn kan være dårligere enn voksne til å få fram troverdigheten i hvorfor de trenger å gis asyl. Hva som regnes som forfølgelse, tortur eller annen nedverdiggende behandling vil være annerledes hos barn enn for voksne fordi barn tåler mindre. Noen typer forfølgelse er spesielt rettet mot barn, som fare for kjønnslemlestelse, seksuell utnyttning, menneskehandel og rekruttering til krig og gjør at barnet kan ha rett til beskyttelse, selv om dette ikke gjelder for foreldrene.¹⁹

Barnekomiteen uttaler seg i sin generelle kommentar nr 6 om hva som skal tas med i vurderingen av barnets beskyttelsesbehov. Myndighetene skal først undersøke og prøve

¹⁸ Ot.prp. nr 75 (2006-2007) pkt. 5.2

¹⁹ UDI: Saksbehandlingsrutiner for enslige mindreårige asylsøkere (2005)

å spore opp foreldre og annen familie for å avgjøre situasjon til barnet, om dette er mulig. De må også kartlegge videre opplysninger om barnet, som hvorfor det er alene, barnets fysiske tilstand, om det har noen psykosomatiske lidelser og om det har opplevd vold i hjemmet, menneskehandel eller andre traumatiske hendelser. Komiteen anbefaler også Norge å forebygge menneskehandel og seksuell eller annen utnyttelse. Det er avgjørende at barn ikke blir returnert til hjemlandet hvor de står i fare for å bli utsatt for den type overgrep. Flyktningbarn som kommer alene, og særlig jenter, er spesielt utsatt og Norge må iverksette alle tiltak for å beskytte barn mot dette. Det samme gjelder for barn som står i fare for å bli rekruttert til krig.²⁰

Utgangspunktet vil alltid være at det beste for barnet, er å bo sammen med sine foreldre. Hvor stort dette behovet er, vil variere med barnets alder. Et barn som nærmer seg myndighetsalder vil ha mindre behov for å gjenforenes med foreldrene i Norge, enn et langt yngre barn. Barnekomiteen uttaler at for å være i tråd med art 9, skal statene sette inn alle mulige tiltak for å gjenforene en enslig mindreårig asylsøker med foreldrene. Dette med mindre atskillelse fra foreldrene er til barnets beste. Retur og gjenforening i barnets hjemland er ikke til barnets beste hvis det kan være risiko for at barnet blir utsatt for brudd på barnekonvensjonen.²¹

4.2.2 Sterke menneskelige hensyn

Opphold på humanitært grunnlag skal vurderes der hvor barnet ikke oppfyller vilkåret for beskyttelse etter utlendingsloven § 28. Dette kan være begrunnet i sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket jf utlendingsloven § 38 og utlendingsforskriften kapittel 8. I utlendingsloven § 38 3 ledd står det at barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen. I tillegg er det anført i utlendingsforskriften § 8-5 at barns tilknytning til riket skal tillegges særlig vekt ved vurdering av opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn i § 38.

²⁰ CRC/GC/2005/6 avsnitt 31

²¹ CRC/GC/2005/6 avsnitt 82

4.2.2.1 Barnets beste

Ved vurderingen av opphold på humanitært grunnlag skal hensynet til barnets beste særlig vurderes jf § 38 3.ledd. Det beste vil i utgangspunktet være at barnet får være sammen med foreldrene og familien i barnets eget hjemland. Det vil med andre ord ikke nødvendigvis være til barnets beste å få innvilget opphold i Norge. Barna har verdier knyttet til det å vokse opp i hjemlandet sitt hvor de har sine røtter og tilhørigheten er sterk. Barnas rett til å ivareta sin identitet og sitt familieliv er vernet av barnekonvensjonen art 20 pkt 3 og art 9. I mange tilfeller er imidlertid forholdene i hjemlandet så utrygge, at det vil være bedre for barnet å få innvilget opphold i Norge, selv om det måtte ha sterkest tilknytning til hjemlandet. Det vil for eksempel ikke være til barnets beste å bli returnert til sin familie, dersom det er grunn til å tro at en retur vil føre til krenking av barnets grunnleggende menneskerettigheter.²²

UDI må undersøke om en eventuell retur til hjemlandet er forsvarlig. Herunder skal det vektlegges at barn er mer sårbare enn en voksne, og at terskelen for å returnere et barn til en risikofylt situasjon i hjemlandet, skal være mye høyere sammenlignet med en voksen. Av betydning for om barnet kan sendes tilbake eller om det skal gis opphold, vil være i hvilken grad barnets hjemland har mulighet til å beskytte barnet og gi forsvarlig omsorg. Det er viktig for barn med en mest mulig stabil omsorgssituasjon, enten i Norge eller i barnets hjemland.²³ Barnekomiteen har uttalt seg om hvilke hensyn som må gjøre seg gjeldende ved en eventuell retur av barnet: tilbakesending skal i prinsippet bare skje hvor dette er til barnets beste. Ved fravær av tilgjengelig omsorg fra foreldre eller andre familiemedlemmer i opprinnelseslandet, skal tilbakesending i prinsippet ikke skje, uten at det på forhånd er sørget for sikre og konkrete ordninger når det gjelder omsorgen og ansvaret for barnet.²⁴

Er asylsøkeren over 16 år og ikke har noe annet grunnlag for å få opphold i Norge enn at myndighetene ser at søkeren er uten en forsvarlig omsorg ved retur, kan UDI gi en begrensning i oppholdet. Det betyr at søkeren skal sendes ut av landet når han eller hun

²² Sandberg i Barnekonvensjonen (2008) s 235-237

²³ UDI regelverk: PN2010-024 pkt. 2

²⁴ CRC/GC/2005/6 pkt. 84-86

fyller 18 år.²⁵ Får søkeren et slikt opphold, kan han eller hun ikke få fornyet oppholdstillatelsen eller søke om familiegjenforening. UDI vil i utgangspunktet begrense innvilgelse av slike oppholdstillatelser, og heller legge til rette for å bistå med å skaffe omsorg ved en retur, med mindre momenter foreligger som gjør søkeren spesielt sårbar og dermed ikke bør sendes tilbake.²⁶ Det kan her være aktuelt for norske myndigheter å kontakte barnevernsmyndighetene i barnets hjemland, for å sikre et omsorgstilbud i forbindelse med returen hvis foreldrene er midlertidig forsvunnet. Det er neppe noen ideell situasjon for barnet å få være i Norge til det er 18, og opparbeide følelsesmessige bånd og tilknytning til landet, for så å bli returnert til et land det kanskje ikke lenger føler tilhørighet til. En midlertidig tillatelse er dermed ikke noe gunstig virkemiddel for beskyttelse av barnet.

Departementet opplyste til barnekomiteen i juli 2011 at de arbeider med å opprette et omsorgstilbud for enslige mindreårige asylsøkere i hjemlandet, i første rekke for de fra Afghanistan og Irak.²⁷ Målgruppen for dette tiltaket er nettopp de ungdommene i alderen 16-17 år som ikke har annet grunnlag for beskyttelse enn mangel på forsvarlig omsorg i hjemlandet. Tilbudet departementet arbeider med skal inneholde innkvartering, omsorg og utdanningsmuligheter. Departementet vil også bistå ungdommen i arbeidet med å finne familien sin, der det er mulig. Barnekomiteen uttalte før forslaget var lagt frem at de var betenkt over at Norge vurderte et slikt tiltak, da det innebærer å sende barna tilbake til land som er preget av krig og konflikt og hvor man ikke kan garantere for deres sikkerhet.²⁸

Barns helse anføres ofte som et argument for at barn skal få opphold på humanitært grunnlag. Har et barn alvorlige helseproblemer det ikke kan få behandling for i sitt hjemland, kan det være i strid med barnekonvensjonen å sende det tilbake uten mulighet for nødvendig behandling. Det vil da være til barnets beste å bli i Norge, selv om foreldre og nær familie ikke befinner seg her. Enda viktigere er dette hvis en behandling

²⁵ Utlendingsforskriften § 8-8

²⁶ UDI regelverk: PN2010-024 pkt. 2.3

²⁷ Oppfølging av avsluttende merknader fra FNs barnekomité. Barne- likestillings- og diskrimineringsdepartementet (2011) s. 41

²⁸ CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 51

allerede er påbegynt, og denne gir muligheter for gode levekår i Norge, noe det ikke ville vært mulighet for i hjemlandet. Noen barn søker opphold på grunnlag av psykiske helseproblemer som følge av tidligere traumatiske opplevelser. De vil gjerne argumentere for at å sende dem tilbake vil forsterke disse lidelsene. Her kan det være problematisk å opprettholde en rettferdig likebehandling, fordi det er veldig mange barn som lider av traumer og psykiske problemer. Det er også vanskeligere å skille ut de som ikke snakker sant, i motsetning til for fysiske problemer som er lettere å avdekke. Alt i alt er det grunn til å legge større vekt på helseproblemer hos barn enn voksne, da disse er mer sårbare.²⁹

UDI fastslår i sine praksisnotater for behandling av enslige mindreårige asylsøkere, at man skal vurdere om innvandringsregulerende hensyn taler i mot å gi barnet opphold på humanitært grunnlag. Det er ikke mulig å gi opphold til alle som kommer fra områder som er preget av sosial og økonomisk nød. Det er mange foreldre som sender barna sine til Norge, for så å forsvinne i håp om at barna innvilges opphold. UDI må da undersøke hvilke samfunnsmessige konsekvenser det vil få å innvilge den og lignende asylsøknader. UDI må samtidig vurdere om barnet har en tilknytning til Norge som taler for at det bør gis opphold. Her er særlig integreringsnivå og oppholdstiden sentral i vurderingen, herunder forhold som venner, skolesituasjon og språkferdigheter. Disse faktorene må ses opp mot barnets tilknytning til hjemlandet. Under vurderingen må hensynet til barnets beste være grunnleggende hele veien.³⁰

En lang oppholdstid på mottak er ikke gunstig for barnets oppvekst og utvikling. For medfølgende barn er det et problem når det går lang tid uten avklaring på asylsøknaden. Det å leve under slike forhold er en stor belastning og mange barn går rundt og er bekymret for hva som skal skje med familien. Det bor i dag mange familier på mottak, selv om de har fått avslag på søknaden sin. I 2010 var det 1231 barn som bodde på mottak sammen med foreldrene etter at de hadde fått endelig avslag på asylsøknaden. 228 av disse barna hadde bodd der i mer enn tre år.³¹ Barna selv har ikke skyld i at

²⁹ Sandberg i Barnekonvensjonen (2008) s. 235

³⁰ UDI regelverk: PN 2010-024

³¹ NOU 2011:10 pkt. 1.9

foreldrene ikke har rettet seg etter utsendelsesvedtaket og det er dermed viktig at barns tilknytning til riket skal tillegges vekt og kan gi rett til opphold.³² Hvis barn har bodd mange år i mottak med foreldrene etter avslått søknad, kan det tale for at barnet bør ha rett til opphold som følge av spesiell tilknytning til Norge. Barnet føler kanskje ikke lenger noen tilknytning til hjemlandet etter å bodd i Norge i flere år. Det er i prinsippet likevel grunn til å være restriktiv med å gi tillatelser der hvor foreldrene ikke har rettet seg etter et endelig avslag.

4.2.2.2 Høring av barnet

Barns rett til å bli hørt er lovfestet i utlendingsloven § 81, jf. utlendingsforskriften § 17-3 og § 17-4. Alle barns rett til å bli hørt og bli tatt på alvor er en av de grunnleggende rettighetene i barnekonvensjonen, og bestemmelsen skal tas hensyn til ved fortolkningen og gjennomføringen av alle andre rettigheter i konvensjonen. Artikkel 12 nr. 1 garanterer alle barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunktene i alle forhold som vedrører barnet. Bestemmelsen pålegger også statene å tillegge barnets synspunkter behørig vekt, i samsvar med dets alder og modenhet. Forpliktelsen forutsetter at partene garanterer denne retten i sine rettssystemer, slik at alle barn fullt ut kan nyte godt av denne retten. Ordlyden ”å garantere” er et sterkt uttrykk, og betyr at det ikke er tillatt noe skjønn fra partenes side.

Artikkel 12 nr. 2 spesifiserer at barnet særlig skal gis anledning til å bli hørt “i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet”. Barnekomiteen understreker at dette skal gjelde ved asylsaker som omhandler barn, både med og uten foreldre.³³ For at barn skal få fram sin mening i saken, er det viktig at samtalene med barna, under asylintervjuet og andre samtaler underveis i behandlingen av asylsaker, skjer i et barneperspektiv og med personer som er kompetent og vant til å jobbe med barn. Barnekomiteen bemerker art 12 ikke setter noen aldersgrense, noe som medfører at små barn også må gis mulighet til få fram sin mening. Med dette uttaler komiteen at for en fullstendig gjennomføring av artikkel 12, forutsettes det respekt for ikke-verbale

³² Utlendingsloven § 38

³³ CRC/C/GC/12 pkt. 21

former for kommunikasjon, som lek, kroppsspråk, ansiktsuttrykk og tegning og maling.³⁴

4.3 Rettspraksis

Barnekonvensjonen er en viktig rettskilde for barn og implementering av barnekonvensjonen i norsk rett har bidratt til økt fokus på barns rettigheter i rettsavgjørelsene. Det er først og fremst barnekonvensjonen art 3 om hensynet til barnets beste som blir påberopt. I rettspraksisdelen vil jeg se på noen dommer som omhandler retten til opphold for mindreårige asylsøkere hvor barnekonvensjonen er blitt særlig vurdert. I oppholdssaker har domstolen i liten grad mulighet til å overprøve forvaltningens frie skjønn, deriblant dens vurderingen av barnets beste. Dette gjør at det ikke er mange slike saker som kommer opp for Høyesterett.

En sammenfatning av rettsbildet i dag viser at art 3 nr. 1 krever at hensynet til barnet skal være et grunnleggende hensyn i alle saker, men utelukker ikke at andre tungtveiende hensyn tillegges avgjørende vekt. Det gjelder også for saker med enslige mindreårige asylsøkere. Etter min mening kunne det vært behov for en større adgang til å kontrollere forvaltningens anvendelse av art 3 for å forsikre at hensynet til barnets beste blir forsvarlig ivaretatt i alle saker som omhandler barn.

4.3.1 Rt. 2009 s 1261

Denne dommen er eksempel på en sak som dras mellom hensynet til å ivareta barnets beste, og nødvendigheten av å regulere innvandringen til Norge. Dommen gir en uttalelse om betydningen av FNs generelle kommentar nr 6. Saken tar for seg gyldigheten av UNEs vedtak om ikke å omgjøre avslag på søknad om opphold på humanitært grunnlag for en enslig mindreårig asylsøker. Enslige mindreårige asylsøkere og behandlingen av disse er et vanskelig saksområde i Norge fordi det dreier seg om viktige og motstridende hensyn. Området er av de få stedene hvor vi har mottatt kritikk fra barnekomiteen når det kommer til oppfyllelse av forpliktelsene i barnekonvensjonen. Dommen er derfor viktig og sentral for å få avklart hvordan norsk

³⁴ CRC/C/GC/12 pkt. 21

rett skal forholde seg til barnekomiteens generelle kommentarer og spesielt i forhold til rekkevidden av art 3, hensynet til barnets beste.

Klageren i denne saken, en mindreårig gutt fra Sri Lanka, hevdet at vedtaket om ikke å omgjøre hans avslag på opphold var ugyldig og argumenterte med at det stred mot barnets beste. Han viste til punkt 86 i den generelle kommentaren nr 6, som sier at det ikke er adgang til å returnere barn under henvisning til innvandringspolitiske grunner og at barnets beste skal være det eneste hensynet ved spørsmål om utsendelse.

Barnekomiteen sier i sin kommentar at hensynet til barnets beste skal tillegges ”a primary consideration”. Førstvoterende tolker barnekomiteen slik at rent språklig er hensynet til barnets beste ikke det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende hensynet i saker som berører barns interesser. Hun viser til at det ble lagt fram forslag om at ordlyden skulle være ”a paramount consideration” som betyr ledende eller styrende hensyn, men at dette ble ansett som for vidtrekkende. Hun avviser samtidig at det aldri kan tas hensyn til innvandringspolitiske hensyn når man skal vurdere søknadene om oppholdstillatelse fra barn. Spørsmålet er om barnekonvensjonens art 3 skal fortolkes annerledes på dette saksområdet. Ved vurderingen av vekten av denne konkrete kommentar nr 6, uttaler førstvoterende at man særlig må vurdere om uttalelsen er ment som en tolkningsuttalelse eller mer som en oppfordring til hvordan optimal praksis på konvensjonens område skal være.³⁵

Etter mitt syn kan uttalelsen fra komiteen synes å være en tolkningsuttalelse som skal gi veiledning ved tolkning av art 3. Uttalelsen gjelder direkte for det som er spørsmålet i saken, nemlig om innvandringspolitiske hensyn kan spille inn ved avgjørelse av en asylsøknad fra enslige mindreårige. Hvis man tolker ordrett det komiteen sier om saken, kan det nok virke som det ikke er adgang til å ta innvandringspolitiske hensyn i det hele tatt. Dette er nok ikke meningen, for hvis det ikke var adgang til å ta noen slike hensyn, ville færre stater vært villig til å slutte seg til konvensjonen. Spesielt når det gjelder oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, må det være adgang til å la innvandringspolitiske hensyn spille inn i noen grad. Her har ikke statene plikt til å ta i

³⁵ Rt 2009 avsnitt 31

mot de som kommer. Det er heller ikke den naturlige tolkningen av art 3 at den utelukker at andre hensyn kan tas.

UNE kom i denne saken til at innvandringspolitiske hensyn tilsa sterkt at A ikke fikk oppholdstillatelse da han hadde omsorgspersoner i hjemlandet. Guttens mor hadde ikke forsvunnet som søkeren hevdet, men gjemte seg i hjemlandet sammen med guttens søsken. Videre viste nemnda til at familien hadde god økonomi og de hevdet at han hadde sterkere tilknytning til hjemlandet enn til Norge. Det beste for gutten var da ikke å bli i Norge, men å bli gjenforent med familien på Sri Lanka.³⁶

Høyesterett kom til at UNE har foretatt en forsvarlig avveining og vurdering av barnets beste og at det ikke var grunn for å hevde at vedtaket er ugyldig. Da de fant at gutten ikke hadde tilstrekkelig beskyttelsesbehov, ble det også viktig å sette et eksempel for andre foreldre i lignende tilfeller at dette ikke gir grunnlag for opphold i Norge.

En dommer, Bårdsen, er enig med førstvoterende i avgjørelsen i denne konkrete saken, men legger likevel til noen viktige uttalelser om vekten av kommentarene fra FNs barnekomité. Han viser til FNs generelle kommentar nr 6 og hvordan komiteen ser for seg anvendelsen av den i saker hvor barnet er alene i et fremmed land. Kommentaren skal fungere som en klar veiledning i behandling av saker med enslige mindreårige asylsøkere. Bårdsen argumenterer for at slike uttalelser bør gis stor vekt, og viser til at det er behov for felles tolkningsreferanser på dette området, da hensynet til barnets beste i barnekonvensjonen er formulert nokså vagt og generelt. Dette vil bidra til lik og rettferdig behandling i alle sakene.

Når barnekonvensjonen er gjort til norsk rett etter menneskerettighetsloven § 2, og skal ved motstrid gå foran norsk rett, må dette også gjelde etablert folkerettslig tolkningspraksis. Bårdsen viser til merknader til menneskerettsloven i Innst. O. nr 51 s 6, som fremhever det som et overordnet mål at norsk rettspraksis i størst mulig grad

³⁶ Ashok og medievirkeligheten, UNE (2007)

samsvarer med den til en hver tid gjeldene internasjonale tolkningspraksis. Han hevder at dette også må gjelde uttalelser fra barnekomiteen.³⁷

4.3.2 LB 2003 1367

I denne lagmannsrettsdommen fikk to kosovoalbanske gutter avslag på sin søknad om opphold på humanitært grunnlag. Guttene kom til Norge når de var 9 og 13 år gamle for å bo hos tante og onkel i Norge, mens foreldrene ble boende i hjemlandet.

Utlendingsmyndighetene kom til at det ikke forelå sterke menneskelige hensyn i saken som kunne føre til at det ble innvilget opphold. Barnets beste ble vurdert og det ble ansett i samsvar med internasjonale regler at barna skal tilbakeføres til sine foreldre i sitt hjemland. Det er ikke bestridt at foreldrene oppholdt seg i Kosovo. Det foreligger heller ingen opplysninger om at de ikke har omsorgsevne, og barna vil uansett ikke bli sendt ut før foreldrene er oppsporet. Lagmannsretten viser også til at forholdene i Kosovo er bedre nå enn da barna kom til Norge. Både tingretten og lagmannsretten kom til at barnekonvensjonen ikke var overtrådt og at barnets beste var vurdert.

Lagmannsretten uttalte at selv om resultatet i saken strider mot det som barna og vergene deres ønsket, er barnets beste likevel forsvarlig vurdert. Barna er sterkt knyttet til vergene i Norge, dette kan likevel ikke være tilstrekkelig for å få opphold. Det avgjørende må være at barna har både foreldre og en eldre bror i Kosovo og det beste for de må være å bli returnert til hjemlandet.

Guttene anførte at lang saksbehandlingstid og manglende begrunnelse måtte føre til saksbehandlingsfeil. Lagmannsretten konkluderte med at dette ikke kunne være noen saksbehandlingsfeil, da utlendingsmyndighetene hadde svært mange asylsøknader til behandling etter at rett til opphold under kollektiv beskyttelse for borgere fra Kosovo opphørte. Den lange saksbehandlingstiden kan da i denne situasjonen ikke anses som saksbehandlingsfeil. Lang saksbehandlingstid gir heller ikke automatisk krav på opphold, selv ikke for enslige mindreårige asylsøkere.

4.3.3 LB 2008 40393

En iransk kvinne fikk avslag av UNE på søknad om asyl og opphold i Norge sammen med sine to barn som var 14 og 8 1/2 år da de kom til landet. Avslaget ble kjent ugyldig

³⁷ Rt 2009 avsnitt 89

både i tingretten og i lagmannsretten da det ble ansett for å være grovt urimelig. Det ble lagt avgjørende vekt på at hjemsendelse ikke var til barnas beste, og at familien var godt integrert etter å ha vært her i 3 år og 10 måneder.

Som asylgrunn oppga moren at hun og barna gjennom flere år var blitt mishandlet av ektemannen i Iran, som hun var blitt tvangsgiftet med da hun var 17 år gammel. Hun oppga også at hun var blitt tvangsprostituert av mannen for å finansiere hans narkotikamisbruk, og hevdet mannen hadde truet med å drepe henne og barna dersom hun ikke adlød han. UNE fant at hun og barna ikke kunne anses som flyktning etter dagjeldende utlendingslov § 16 jf flyktningkonvensjonen 1A, ikke omfattes av vern mot retur i § 15, og heller ikke oppfylte vilkårene for opphold på humanitært grunnlag i § 8. Nemnda argumenterte med at forklaringen til moren med stor sannsynlighet var falsk. Videre hevdet de også at barnas tilknytning til Norge ikke kunne tillegges avgjørende vekt, og de kom fram til at det beste for barna var å returnere til hjemlandet hvor de har nær familietilknytning, kjenner språket, kulturen og tradisjonene, og hvor de har et familienettverk som kan bidra til å gi dem den nødvendige omsorg.

Lagmannsretten anfører at også de finner forklaringen til moren lite troverdig på mange punkter og er enig med UNE at hun og barna ikke oppfyller vilkåret for forfølgelse i flyktningkonvensjonen 1A eller vern mot retur i utlendingsloven § 15. Spørsmålet ble da om moren og barna kunne gis opphold på humanitært grunnlag. Dagjeldende utlendingsforskrift § 21 b, som trådte i kraft før den nye utlendingsloven sa at ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter utlendingsloven § 8 annet ledd, skal barns tilknytning til riket tillegges særlig vekt. Barna har hatt et opphold i Norge på tilnærmet 3 år og 10 måneder og begge barna har dermed hatt en viktig del av oppveksten sin her i landet. Særlig vekt la lagmannsretten på at gutten har store lærevansker og får tilrettelagt undervisning som ville være svært uheldig å avbryte. Begge barna snakker norsk og er godt integrert i nærmiljøet, mens persisk kan de bare litt muntlig. Barna selv uttalte at de trivdes godt i Norge og ønsket å være her. Retur til hjemlandet vil ikke være det beste for barna da de står i fare for å bli mishandlet av sin far. Lagmannsretten fant etter en helhetsvurdering at UNEs vedtak var grovt urimelig.

4.3.4 LB 2011 27823

Her var det spørsmål UNEs avslag på søknad om oppholdstillatelse og senere avslag på omgjøringsbegjæringer var ugyldige. Klagerne, A og B, argumenterte for at deres tre barns tilknytning til riket tilsa at det beste for barna var opphold i Norge. De krevde en midlertidig forføyning som sa at de kunne bli i landet mens ankesaken pågikk. De fikk ikke medhold i tingretten eller lagmannsretten.

Når det gjaldt den midlertidige forføyningen fant lagmannsretten at det ikke forelå noen sikringsgrunn. Det var ikke holdepunkter for at familien vil være gjenstand for forfølgelse ved retur, eller på annen måte sannsynliggjort at familien vil bli utsatt for noe som gjør at kravene til sikringsgrunn var oppfylt i perioden ankesaken pågikk. Hensynet til stabilitet når hovedkravet ikke er sannsynliggjort tilsier at det er til barnas beste raskest mulig å etablere seg i det landet hvor det er sannsynlig at de skal bo permanent.

Hensynet til barna ble særlig vurdert, det ene av de tre barna er sju år og er født og oppvokst i Norge, og alle tre barna anses å ha sterk tilknytning til Norge.

Lagmannsretten anfører at barnas situasjon ikke blir særlig vanskelig ved retur til Ukraina på grunn deres tsjetsjenske opphav. De snakker foreldrenes språk og ikke bare norsk. Barnas foreldre argumenterte for at UNE og tingretten ikke har lagt til grunn tiden barna har bodd her ulovlig, som en del av tilknytningsvurderingen.

Lagmannsretten viser til at barns faktisk oppnådde tilknytning til riket ikke svekkes av at deler av oppholdet formelt sett er ulovlig. Likevel er det ikke slik at utlendingsmyndighetene er avskåret fra å legge vekt på ulovlig opphold som et mothensyn i den avveining som etter lovens skal foretas. Også på dette punktet har tingretten og UNE riktig rettsanvendelse.

4.4 Kjønnbasert forfølgelse som grunn for opphold

4.4.1 Fare for tvangsekteskap

Retten til fritt å kunne velge sin ektefelle er fastslått i EMK art 16 (1) og (2), ØSK art 10(1) og SP art 23.³⁸ Tvangsekteskap er straffbart etter norsk lov jf straffeloven § 222.

For at tvangsekteskap skal gi mindreårige asylsøkere grunnlag for beskyttelse etter utlendingslovens § 28, må det være tale om en forfølgelse etter flyktningkonvensjonen 1 A (2). Faren for forfølgelse må ha sammenheng med asylsøkerens «rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller politisk oppfatning»

Kjønn kan være en relevant faktor ved tolkning av art 1 A (2) i konvensjonen. I forhold til asylsaker som påberoper kjønnsbasert forfølgelse, er konvensjonsgrunnen ”spesiell sosial gruppe” særlig relevant.³⁹ Justisdepartementet uttalte i ”retningslinjer for nye asylkriterier av 1998”, at kjønn skal trekkes inn under konvensjonens flyktningbegrep. Det framgår at kvinner som av kjønnsrelaterte årsaker risikerer forfølgelse, kan vurderes i lys av en sosial gruppe.⁴⁰ Forarbeidene til utlendingsloven sier at fordi tvangsekteskap kan ramme både kvinner og menn er det ikke uten videre slik at denne formen for overgrep kan regnes som kjønnsrelatert forfølgelse. Det må bero på en konkret vurdering om en kvinne som risikerer å bli tvangsgiftet vil ha særlige problemer med å finne beskyttelse mot overgrepet i hjemlandet. I så fall vil kravet til at forfølgelsen er basert på en av grunnene i flyktningkonvensjonen, her ”spesiell sosial gruppe”, kunne være oppfylt.⁴¹ Utlendingsloven gir ikke annen veiledning enn at sosial gruppe skal forstås som en gruppe mennesker som har et felles kjennetegn ut over faren for å bli forfulgt, hvor kjennetegnet må være uforanderlig eller ikke forventes å oppgis. I tillegg må personene oppfattes som en gruppe av samfunnet⁴².

³⁸ FN konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (1976)

³⁹ UNE praksisnotat: Konvensjonsgrupper ”medlem i en sosial gruppe” (2009)

⁴⁰ Justis og politidepartementet: Retningslinjer for nye asylkriterier (1998) pkt. 4

⁴¹ Ot.prp. nr 75 (2006-2007) s 91

⁴² Utlendingsloven § 30 d

I vedtak fra Somalia, Kamerun, Irak og Afghanistan omfattes tvangsekteskap som en del av flyktningkonvensjonens forfølgelsesbegrep. Et viktig moment i flere av disse vedtakene er fraværet av beskyttelse fra myndighetene. I saker fra disse landene, hvor det er anført ulike former for kjønnsrelatert forfølgelse, konkluderer UNE for det meste med at forholdet kan knyttes til medlemskap i en spesiell sosial gruppe.⁴³

Utlendingsnemnda behandler klager om avslag på asylsaken av UDI og har gjort offentlig en praksisbase med anonymiserte sammendrag av noen av deres avgjørelser. Her er det behandlet flere vedtak om mindreårige asylsøkere, som søker asyl på grunnlag av frykten for tvangsekteskap. For at vilkåret for beskyttelse skal være oppfylt, stilles det krav til alvor og omfanget av de reaksjoner barnet kan risikere å bli møtt med. Reaksjoner som kan true liv og frihet og betegnes som alvorlige brudd på fundamentale menneskerettigheter, vil være omfattende. Trakassering og diskriminering vil i utgangspunktet falle utenfor forfølgelsesbegrepet.⁴⁴

I vedtak 6671540638 fra 2007, som dreide seg om en mindreårig jente fra Nord-Irak, ble hennes klage ikke tatt til følge. Hun søkte asyl først på grunnlag av at hun var funksjonshemmet og senere av frykt for å bli tvangsgiftet. UNE viste til at det ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort ved retur, at klageren sto i fare for å bli giftet bort ved tvang. Nemnda bemerket også at sikkerhetssituasjonen i jentas hjemland var relativt stabil og god, baserte på uttalelser fra UNHCR. Vilråene for å anse henne som flyktning var ikke tilstede.

I et annet vedtak, 1380766662 fra 2007, som omhandlet en jente fra Etiopia, ble hennes klage delvis tatt til følge. Jenta kom til Norge i 2004 og søkte asyl på grunn av frykt for å bli tvangsgiftet til en mann som hadde plaget familien over lengre tid. UNE fant at jenta ikke fylte vilråene for asyl eller vern mot utsendelse etter tidligere utlendingslov § 15. Hun hadde ikke sannsynliggjort tilstrekkelig at hun ville bli utsatt for forfølgelse. Hennes subjektive frykt for å bli tvangsgiftet i hjemlandet ble ikke ansett for å være "velgrunnet frykt for forfølgelse" etter flyktningkonvensjonen. UNEs flertall fant

⁴³ UNE praksisnotat: Konvensjonsgrupper "medlem i en sosial gruppe" (2009)

⁴⁴ UNE praksisnotat: Konvensjonsgrupper "medlem i en sosial gruppe" (2009)

likevel at det var grunnlag for opphold, basert på sterke menneskelige hensyn. Det ble særlig vist til at hun ankom Norge som enslig mindreårig og at hun nå går på videregående skole. Klagebehandlingen hadde også tatt lenger tid enn normalt, ca. to år.

Av de sakene UNE har gjort offentlig i sin praksisbase, som behandler frykten for tvangsekteskap hos mindreårige, er det ikke gitt beskyttelse etter utlendingsloven § 28 i noen saker. Det kan virke som praksisen er noe usikker hos utlendingsmyndighetene i forhold til spørsmålet om fare for tvangsekteskap anses som en kjønnsbasert forfølgelse. Praksisen synes å variere og spesielt i forhold til hvilket land søkeren kommer fra.

Barnekomiteen er betenkt over at antall tvangsekteskap har økt. Komiteen oppfordrer Norge til å videreføre og styrke de forebyggende og beskyttende tiltakene, særlig når det gjelder barn, for å bekjempe problemet tvangsekteskap. Komiteen oppfordrer også til skjerpet straffeforfølgelse av de som står bak disse handlingene. Komiteen oppfordrer til å spre kunnskap om de negative virkningene av denne praksisen og analysere informasjonen som kommer inn om tvangsekteskap, for å finne årsaken til at problemet har økt.⁴⁵

4.4.2 Fare for kjønnslemlestelse

I Norge er kjønnslemlestelse straffbart. Hjemmelen for dette finner vi i lov om forbud mot kjønnslemlestelse § 1.⁴⁶ Bestemmelsen sier at den som forsettlig utfører et inngrep i en kvinnes kjønnsorgan som skader kjønnsorganet eller påfører det varige forandringer, straffes for kjønnslemlestelse.

UNE behandler saker hvor det er fare for kjønnslemlestelse. Nemnda har i praksis lagt til grunn at kjønnslemlestelse i utgangspunktet omfattes av forfølgelsesbegrepet i flyktningkonvensjonen og utlendingsloven § 28. Jenter som risikerer å bli utsatt for kjønnslemlestelse kan omfattes av konvensjonsgrunnen ”spesiell sosial gruppe” i

⁴⁵ CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 44-45

⁴⁶ Lov av 15. desember 1995 nr. 75

flyktningkonvensjonen.⁴⁷ Det omfattes også av EMK art 3, som verner mot umenneskelig behandling. Dette baseres på at inngrepet er svært dramatisk og kan gi langvarige skader, både fysisk og psykisk. Handlingen er forbundet med stor helserisiko og sterke smerter, den utføres på barn uten bedøvelse og av ufaglærte personer under uhygieniske forhold. Barnekomiteen nevner i sin kommentar nr 6 kjønnslemlestelse av jenter som en mulig grunn til å få asyl. Forarbeidene til utlendingsloven slår fast at kjønnslemlestelse er et overgrep som rammer kvinner og som er knyttet til søkerens kjønnsstilhørighet. I saker der det foreligger risiko for kjønnslemlestelse er det dermed ikke tvil om at risikoen skyldes søkerens medlemskap i en spesiell sosial gruppe.⁴⁸ Da kjønnslemlestelse er omfattet av forfølgelsesbegrepet, blir problemstillingen hvor stor risiko som foreligger for at barnet blir utsatt for kjønnslemlestelse.

Risikoen for kjønnslemlestelse blir vurdert generelt og individuelt hvor dette er anført som grunnlag for asyl. Dette skjer også i asylsaker hvor det ikke er anført verken av klageren selv (hovedpersonen) eller dens foreldre(medfølgende), hvor risikoen anses som stor. Land hvor dette har vært spesielt vurdert er Somalia, Etiopia og Irak. UNE har da vist til deres plikt til å belyse saken så godt som mulig jf forvaltningsloven § 17, samt at en står overfor et mulig brudd på menneskerettighetene, for å begrunne og gi hjemmel til å undersøke risikoen. Det å ikke vurdere risikoen i slike saker, kan innebære et brudd på barnekonvensjonen.⁴⁹

Hovedtendensen i nyere praksis er at beskyttelse gis til jenter som står i fare for å bli kjønnslemlestet hvor risikoen er stor nok. Momenter i risikovurderingen vil være om det i hjemlandet er en generell risiko for kjønnslemlestelse. Her legges det vekt på landets utbredelse av kjønnslemlestelse, hvilke inngrep som er vanligst, og hvilke muligheter som finnes for å forhindre dette. En høy generell risiko i hjemlandet er i praksis ikke tilstrekkelig for å gi opphold. Det må i tillegg foreligge konkrete og individuelle forhold i saken som tilsier en risiko. Et sentralt forhold i vurderingen kan være om barnet ikke er kjønnslemlestet fra før og om mor eller søster er det. Press fra

⁴⁷ Justis og politidepartementet: Retningslinjer for nye asylkriterier (1998) pkt. 4

⁴⁸ Ot.prp. nr 75 (2006-2007) s 92

⁴⁹ UNE praksisnotat: om risiko for kjønnslemlestelse pkt. 4.3

slektninger og nærmiljøet er andre individuelle forhold av betydning. Hvis foreldrene ikke ønsker kjønnslemlestelse, vil spørsmålet være om de er i stand til å stå imot presset fra en storfamilie eller et lokalsamfunn. Enslige kvinner med døtre født utenfor ekteskap vil som regel ikke ha evne til å beskytte datteren mot et slikt press. Dersom en eller flere personer i barnets nærmiljø ikke ønsker kjønnslemlestelse, og denne har en posisjon til å avgjøre om det skal gjennomføres, vil det legges til grunn at barnet ikke blir kjønnslemlestet. Det legges også vekt på om det foreligger et lovforbud mot kjønnslemlestelse i hjemlandet og i hvilken grad dette håndheves.⁵⁰

Dersom ikke vilkårene for beskyttelse er oppfylt etter utlendingsloven § 28, kan barnet likevel få opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38 (2), hvis forholdene tilsier det. Dette forekommer gjerne der hvor det foreligger en generell risiko, eller en viss usikkerhet for at klageren kan bli kjønnslemlestet ved retur. Da må tvilen komme søkeren til gode. Medfølgende familie har også i all hovedsak fått oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. En atskillelse fra døtre i slike tilfeller ville vært brudd på EMK art 8, retten til familieliv, med mindre det strider mot barnets beste å gi familien opphold.⁵¹

Opphold i Norge vil ikke alltid gi et effektivt vern mot kjønnslemlestelse. Et jentebarn kan i noen tilfeller risikere kjønnslemlestelse selv om hun er gitt oppholdstillatelse. Det er viktig at det gis opplysninger til familiemedlemmene om at kjønnslemlestelse er straffbart, dette uavhengig av i hvilket land det skjer i. Det må også opplyses om at dette kan gi grunn til utvisning. Dette er nå tatt inn som en standardisert del av begrunnelsen for vedtak om oppholdstillatelse. I tillegg kan behovet man har for vern som flyktning bli tilbakekalt dersom barnet likevel blir kjønnslemlestet. Ved begrenset tillatelse skal familiemedlemmer som har fått opphold som følge av trussel om kjønnslemlestelse mot barnet, hvert år frem til datteren er fylt 18 år sannsynliggjøre at hun ikke er blitt kjønnslemlestet.⁵² UNE har plikt til å varsle barnevernet ved mistanke

⁵⁰ UNE praksisnotat: om risiko for kjønnslemlestelse pkt. 4.3

⁵¹ UNE praksisnotat: om risiko for kjønnslemlestelse pkt. 4

⁵² UNE praksisnotat: om risiko for kjønnslemlestelse pkt. 7.3

om alvorlig omsorgssvikt, med hjemmel i barnevernloven § 6-4, deriblant ved mistanke om kjønnslemlestelse. Her er kravet at det må foreligge mer enn en vag mistanke.⁵³

I noen tilfeller kan det være behov for å avslå søknader om familieinnvandring. Dette kan være aktuelt hvor søkeren har flyktet fra foreldre som truer med kjønnslemlestelse. I utlendingsloven § 51 1.ledd er det innført et unntak fra reglene om familieinnvandring. Gjenforening kan nektes, dersom det vil være i strid med forutsetningene for referansepersonens oppholdstillatelse å innvilge opphold til søkeren etter denne bestemmelsen. Referansepersonen er definert som den personen som søkeren ønsker å bli gjenforent med eller å etablere familieliv med jf utlendingsloven § 39.

Nedenfor er en oversikt over resultatet i vedtak om mindreårige asylsøkere der søkergrunnen er fare for kjønnslemlestelse.⁵⁴

Etter utlendingsloven av 1988:

Dato:	Antall vedtak/personer omfattet	Asyl hovedperson	Humanitært grunnlag hovedperson	Asyl medfølgende familie	Humanitært grunnlag medfølgende familie	Avslag
24.4.2009 - 1.1.2010	20/44	2 pers.	6 pers.	0 pers.	11 pers.	25 pers.

Etter utlendingsloven 2008:

Dato:	Antall vedtak/personer omfattet	Asyl hovedperson	Humanitært grunnlag hovedperson	Asyl medfølgende familie	Humanitært grunnlag medfølgende familie	Avslag
1.1.2010 - 1.5.2011						

⁵³ Lov av 17. juli 1992

⁵⁴ UNE praksisnotat: om risiko for kjønnslemlestelse

	47/121	17 pers.	2 pers.	2 pers.	26 pers.	74 pers.
--	--------	----------	---------	---------	----------	----------

Nedenfor er noen vedtak behandlet hvor fare for kjønnslemlestelse er søkergrunnen.

I vedtak N108753720 fra 2010, ble det søkt asyl for mor og datter fra Guinea på grunnlag av faren for at datteren kunne bli omskåret. Moren ønsket ikke å omskjære datteren, men hun fryktet at hun ikke ville være i stand til å beskytte datteren mot presset i hjemlandet. Hun forklarte at kvinner som ikke er kjønnslemlestet i Guinea anses å være uten ære og at de blir foraktet. Datteren ble av UNE ansett å være flyktning etter flyktningkonvensjonen og utlendingsloven § 28 (1) a. Nemnda la til grunn at kjønnslemlestelse er å anse som forfølgelse. Datteren tilhørte konvensjonsgrunnen ”spesiell sosial gruppe”, jenter fra Guinea som ikke er kjønnslemlestet. Det var tilstrekkelig sannsynliggjort at risikoen for å bli kjønnslemlestet ved retur skyldtes tilhørighet i denne gruppen. Kjønnslemlesting av jenter er svært utbredt i Guinea. Nemnda konkluderte med at det var en reell risiko for at datteren ble omskåret ved retur til hjemlandet. Moren og hennes søstre var alle omskåret, dette var en sterk tradisjon i familien deres. Datteren ble gitt asyl, mens moren ikke ble ansett å være flytning etter utlendingsloven § 28. Det forelå verken individuelle eller generelle forhold som tilsa at moren sto i en reell fare for å bli forfulgt. For å hindre at mor og datter ble skilt, og av hensynet til retten til familieliv i EMK artikkel 8, ble moren innvilget oppholdstillatelse.

I et annet vedtak N115445623 fra 2011, søkte en mor fra Etiopia asyl på grunnlag av frykt for kjønnslemlestelse av sine to døtre. Hun fikk ikke medhold. Nemnda kom til at det ikke forelå en risiko ut over den generelle for at døtrene kunne bli kjønnslemlestet. I samsvar med praksis er ikke det tilstrekkelig for å gis asyl. Det ble her lagt vekt på at moren og hennes ektemann kunne beskytte døtrene ved retur. Videre var den eldste datteren 10 år da de flyktet fra hjemlandet, og hun var på dette tidspunktet ennå ikke kjønnslemlestet.

I likhet med faren for tvangsekteskap er barnekomiteen bekymret for utviklingen av kjønnslemlestelse hos jenter. Særlig nevner de at rapporter om tilfeller av kjønnslemlesting ikke blir systematisk registrert og rettsforfulgt. Selv der hvor forholdet blir anmeldt, blir det ikke alltid satt i gang etterforskning av politiet, på grunn av manglende ressurser og manglende samarbeid mellom relevante institusjoner. Komiteen anbefaler å videreføre og styrke det forebyggende arbeidet samt inkludere kampen mot kjønnslemlesting i landets internasjonale samarbeid.⁵⁵

5 Asylsøkerprosessen

5.1 Prosessuelle rettigheter

Utgangspunktet i asylsaker er at det er forvaltningslovens regler som gjelder. Det er likevel enkelte særlige saksbehandlingsregler for asylsaker. Spesielt art 3 som sier at ved alle avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Prinsippet om barnets beste er en prosessuell rettighet som pålegger myndighetene, i behandlingen av asylsaken, å sikre hensynet til barnet underveis. Barnets beste er ikke den eneste faktoren, men det er et viktig og grunnleggende hensyn. Et annet grunnleggende hensyn under behandlingen av asylsaken, er barnets rett til å bli hørt. Artiklene henger sammen, art. 3 slår fast at barnets beste skal være målet, mens art 12 gir en fremgangsmåte for å komme fram til barnets beste, som er å høre barnet. Art. 3 kan ikke gjennomføres på et korrekt vis uten at art 12 blir behandlet.

Livssituasjonen for barn på asylmottak er preget av at de er både asylsøkere og barn. Det at de er barn gir dem likestilte rettigheter med andre barn i Norge når det gjelder skolegang, helsetjenester og barnevern. Livssituasjonen vil likevel bære preg av asylpolitikken, som setter vilkårene deres sosiale og økonomiske hverdag. Tiden barnet lever som asylsøker preges av stor usikkerhet knyttet til søknadsprosessen.

⁵⁵ CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 44-45

Barnekomiteen uttaler at barn som er asylsøkere, er i en særlig sårbar situasjon. Av den grunn er det viktig at deres rett til å gi uttrykk for sine meninger om asylprosessen, blir realisert fullt ut. Dersom barnet søker om asyl, skal han eller hun gis anledning til å gjøre rede for årsakene til dette. Komiteen understreker at barna må få tilgang til all informasjon av betydning, på sitt eget språk. Det gjelder hvilke rettigheter de har, hvilke tjenester de har tilgang på og om prosessen i forbindelse med asylsøking, slik at de kan gi uttrykk for sine synspunkter. Synspunktene skal tillegges behørig vekt i prosessen. Barnet skal også ha tilgang på hjelpeverge eller rådgiver.⁵⁶

5.1.1 Enslige mindreårige asylsøkere

Når en enslig mindreårig asylsøker kommer for å søke asyl i Norge, er det en prosess de må igjennom. Først skal han eller hun på politiintervju, her innhentes informasjon om identitet, reiseruten barnet har hatt, og årsakene til at det er kommet hit. Politiet tar også fingeravtrykk og fotografi. Opplysningene den enslige mindreårige gir ved politiintervjuet blir brukt i den etterfølgende asylsaken. Når denne prosessen er over skal barnet få utlevert et registreringsbevis, som en bekreftelse på at asyl er søkt under denne identiteten. Er det tvil om alderen hos en søker som hevder at han eller hun er enslig mindreårig, kan UDI foreta en aldersundersøkelse for å klarlegge dette.

Barn som asylsøkere er ekstra utsatt når de kommer uten foreldre og saker fra enslige mindreårige asylsøkere skal prioriteres i alle ledd av utlendingsforvaltningen. Dette hensynet må avveies mot hensynet til en forsvarlig saksbehandling. I henhold til tildelingsbrevet for 2010 fra Justis- og politidepartementet skal det i søknader fra enslige mindreårige, der det ikke er tvil om at søkeren er under 18 år, fattes vedtak innen seks måneder Hvis UDI finner at det ikke er behov for beskyttelse, plikter norske myndigheter etter barnekonvensjonen å gjøre det som er mulig for å få barnet tilbakeført til foreldre eller slektninger. Dette skal gjøres før barnet eventuelt kan gis opphold i Norge.⁵⁷

⁵⁶ CRC/C/GC/12 avsnitt 123-124

⁵⁷ UDI regelverk: PN 2010-024

Å oppnevne en kompetent hjelpeverge for asylsøkeren når den kommer hit, er et viktig beskyttelsestiltak for å sikre at barnets beste blir tatt med i vurderingen av asylsaken. Det bør utnevnes en hjelpeverge før barnet blir plassert på et mottak for mindreårige. Utgangspunktet er at barnet skal få utnevnt hjelpeverge såfremt foreldrene lever og hvis barnet er sikker på at foreldrene er døde vil de få tildelt en verge. I prinsippet har en hjelpeverge og en verge de samme oppgavene.

Vergen blir oppnevnt av overformynderiet i den kommunen der barnet oppholder seg. Vergens rolle vil avhenge av hvor den mindreårige bor og på hvilket stadium asylsaken befinner seg. Den viktigste oppgaven for vergen er å ivareta barnets rettssikkerhet og være dets støtteperson underveis i asylprosessen. Vergen skal hjelpe til med forberedelser til asyLintervjuet, og sikre at dette gjennomføres på en god måte for barnet.⁵⁸

Enslige mindreårige asylsøkere har krav på advokat under hele asylprosessen. Denne retten gjelder også ved en eventuell klagesak. Advokaten blir tildelt av UDI. Barnets verge bør ha kontakt med barnets advokat, og holde seg orientert om asylsaken underveis.

Barnekomiteen har uttrykt bekymring for at vergene overbelastes og har manglende kapasitet, og dette igjen kan gå utover hensynet til barna.⁵⁹ Som et svar på tiltale viser regjeringen i oppfølging av barnekomiteens bemerkninger at det er vedtatt en ny vergemålslov, som ennå ikke er trådt i kraft. Justisdepartementet tar sikte på at de særskilte reglene i loven som skal gjelde for verger for enslige mindreårige asylsøkere, skal tre i kraft samtidig med ny vergemålslov. Departementet arbeider med endringer i utlendingsloven som skal sikre en egen representantordning. Den skal være særlig tilpasset behovene hos enslige mindreårige asylsøkere.⁶⁰

⁵⁸ Rundskriv fra justis- og politidepartementet: G-2003-044

⁵⁹ CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 50

⁶⁰ Oppfølgingen av avsluttende merknader fra barnekomiteen: Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (2011) s. 39

5.1.2 Medfølgende barn

Barn som kommer sammen med foreldrene for å søke asyl har rett til å få sin egen asylsak. Det er viktig for å ivareta hensynet til barnets beste, at barnet blir hørt. Barnet må få uttale seg om viktige spørsmål som dets egen forståelse av sin livssituasjon i hjemlandet, hvordan det ser for seg en eventuell retur til hjemlandet hvis det ikke får opphold i Norge og om barnet kan ha et selvstendig behov for beskyttelse.

I Norge har implementeringen av FNs barnekonvensjon i norsk lov ført til at praksisen med å høre barnet i samsvar med art 12 er blitt styrket, også i utlendingssaker. Barns rett til å bli hørt er ivaretatt i utlendingsloven § 81, jf. utlendingsforskriften § 17-3 og § 17-4. I henhold til utlendingsforskriften § 17-3, skal alle barn som er fylt 7 år høres om de ønsker det. Også yngre barn som er i stand til å danne egne synspunkter skal gis anledning til å uttale seg. Barnekomiteen bemerker i kommentaren fra 2010 at de er glad for at Norge har senket aldersgrensen for når barnet skal bli hørt fra 12 til 7 år, og at det åpnes for at yngre barn kan bli hørt. Likevel er komiteen betenkt over at barnets rett til å bli hørt ikke er fullt ut implementert i praksis og at det ikke blir praktisert i alle faser av prosessen vedrørende barn, da særlig i utlendingssaker. Komiteen anbefaler Norge å videreføre og styrke arbeidet med å innarbeide art 12 fullt ut i lovgivningen, og å fremme respekt for barnets synspunkter.⁶¹

Behovet for å ha en forelder til stede når barnet skal høres om sine synspunkter vil normalt være stort. Det kan virke skremmende å snakke med voksne mennesker de ikke kjenner i et fremmed land. Det kan likevel stilles spørsmål ved om barna får uttale seg fritt, slik de har krav på, med en forelder til stede. Enkelte foreldre vil kunne stille seg negative til barnets samtale med myndighetene av frykt for at det skal komme frem informasjon som kan svekke deres asylsøknad. Det er viktig å formidle til foreldrene i slike tilfeller at samtalen ikke skal handle om dem, men om barnets syn på situasjonen. Opplysninger som kan komme fram om foreldrene, skal heller ikke kunne brukes som et selvstendig argument for å nekte foreldrene opphold.

⁶¹CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 24

Det kan, hvis barnet ønsker det, gjennomføres samtaler med barnet uten at foreldrene tillates å være til stede. Hvor barna ikke ønsker å ha med foreldre på samtalen bør det settes inn en setteverge til å støtte og bistå barnet. Hvis foreldrene ikke samtykker i at barnet skal høres, sier UDIs praksis at barnet likevel kan høres hvis det ønsker det og om det er nødvendig.⁶² Dette samsvarer også med utlendingsforskriftens § 17-3 som sier at alle barn over 7 år skal bli hørt hvis de ønsker det, foreldrene har da ingen rett til å motsette seg dette. Regel er viktig for å være i tråd med barnekonvensjonens formål om at alle barn skal ha en selvstendig rett til å uttale seg.⁶³

En utfordring for medfølgende barn er at de ofte blir boende lenge på mottak med foreldrene. I Norges fjerde rapport til barnekomiteen uttrykker regjeringen bekymring for lang saksbehandlingstid i asylsaker som omhandler barn. De viser til at ved klagesaker fra familier med medfølgende barn er UNE blitt instruert av regjeringen til å prioritere disse klagene. Det er helt nødvendig for familien å få avklart den fremtidige livssituasjonen slik at barnet ikke blir boende for lenge på mottaket.⁶⁴

5.2 Aldersundersøkelse av flyktninger

5.2.1 Hvorfor

Den klare hovedregelen etter norsk rett er at utlendinger som søker om opphold i Norge skal dokumentere sin identitet ved å fremlegge gyldig pass jf utlendingsloven § 83 annet ledd. Det foreligger også en plikt til å medvirke i å klarlegge sin egen identitet, dette innebærer å hjelpe til med å spore opp familiemedlemmer. Det er likevel svært ofte at flyktninger kommer hit uten identifikasjonspapirer. Det er da viktig å forsøke å få klarhet i disse opplysningene. En aldersundersøkelse er først og fremst aktuelt for søkere som hevder de er mindreårige og som kommer uten foreldre.⁶⁵

⁶² UDI regelverk: RS 2010-075 pkt. 4.4

⁶³ UDI regelverk: RS 2010-075 pkt 4

⁶⁴ Norges fjerde rapport til FN's barnekomité (2008) avsnitt 449

⁶⁵ UDI regelverk: RS 2010-183

Blant asylsøkerne som kommer, er det noen som vet hvor gamle de er, men likevel oppgir feil alder, mens andre faktisk ikke vet sin egen alder. Å foreta en aldersvurdering har flere formål. Signaleffekten utad om at uriktig alder vil bli avdekket i Norge, kan man anta vil redusere antallet voksne asylsøkere som prøver å få opphold i Norge som enslige mindreårige. Samtidig vil myndighetene unngå at voksne asylsøkere skal oppnå en hel del fordeler og trygghetsordninger som er beregnet for barn. Blant annet kan mindreårige asylsøkere få opphold selv om de ikke har nødvendig behov for beskyttelse, hvis myndighetene ikke klarer å spore opp foreldrene i hjemlandet. Videre skal asylsaker som omhandler mindreårige prioriteres og de har en rett til hjelpeverge under asylprosessen. Mindreårige under 16 år har krav på en annen bosituasjon enn voksne, da de har rett til en plass på et barnevernsdrevet omsorgssenter. I noen tilfeller kan også søkere under 18 år ha rett til å få familien sin hit ved å søke om familiegjenforening.

UDI tilbyr en aldersvurdering i de saker de er i tvil om søkeren er et barn eller ikke, og etter en prøveperiode fra oktober 2002, ble det nye systemet for aldersundersøkelser iverksatt i februar 2003.⁶⁶

5.2.2 Gjennomføringen i praksis

Aldersundersøkelse gis vanligvis til asylsøkere som kommer til Norge uten foreldrene og hevder de er mindreårige. Dette er aktuelt hvor det foreligger en viss usikkerhet om dette stemmer, samt at søkeren mangler tilfredsstillende identifikasjonspapirer. Det gis ikke mulighet for en slik undersøkelse der hvor alderen er så sannsynliggjort at det med rimelig sikkerhet er mulig å fastslå om søkeren er over eller under 18 år.⁶⁷

Det er nødvendig at det foreligger et skriftlig samtykke for å kunne gjennomføre en aldersundersøkelse. En asylsøker kan nekte å gjennomføre undersøkelsen, men dette vil nok i mange tilfeller bidra til å svekke troverdigheten i aldersspørsmålet. Et vedtak som bestemmer at søkeren ikke tilbys en aldersundersøkelse kan ikke påklages av

⁶⁶ NOU 2004:16 pkt. 16.2.3.4

⁶⁷ Utlendingsloven § 88

asylsøkeren. Dette fordi vedtaket er en prosessledende avgjørelse og ikke et enkeltvedtak jf forvaltningslovens § 2.

Prosessen med å klargjøre en asylsøkers alder starter med et intervju, hvor det vil bli stilt spørsmål rundt søkerens person. Det vil bli stilt spørsmål om oppvekstvilkår, ernæring og sykdomshistorie og om søkeren er høyre eller venstrehendt. Informasjonen brukes sammen med den medisinske og odontologiske undersøkelsen, for å skape et mest mulig helhetlig bilde.⁶⁸

Undersøkelsene som brukes i Norge består av to metoder, en tannundersøkelse og en røntgenundersøkelse av hånd og håndrot. Tannundersøkelsen blir gjennomført av en tannlege. Den omfatter en klinisk undersøkelse av tennene med speil og sonde og i tillegg røntgen av tennene. Resultatet blir vurdert av to tannleger.

Håndrotundersøkelsen foretas ved Ullevål Universitetssykehus, og består av en røntgenundersøkelse av venstre hånd og håndledd. Resultatet av tannundersøkelsen utgjør sammen med røntgen av hånd og håndrot grunnlaget for en endelig aldersvurdering. Vurderingen tas av en barnelege ved Ullevål universitetssykehus i Oslo. Resultatene her blir sendt videre til UDI, som bruker informasjonen i vurderingen av asylsaken. Opplysningene som kommer fram er personlige og sensitive personopplysninger og personopplysningsloven § 9 gjelder for behandlingen av opplysningene som avdekkes.⁶⁹

Tabellen nedenfor viser en oversikt fra 2004-2005 over hvor mange av de som utga seg for å være mindreårig, som viste seg å sannsynligvis være over 18 år etter undersøkelsen.⁷⁰

År	Antall undersøkte	Sannsynlig 18 år eller eldre
2004	481	397
2005	231	174

⁶⁸ UDI regelverk: RS 2010-183

⁶⁹ UDI regelverk: RS 2010-183 pkt. 4

⁷⁰ Ot.prp. nr 17 (2006-2007) s. 8

5.2.3 Er undersøkelsene i tråd med barnekonvensjonen

Undersøkelsene av asylsøkere for å fastslå om de er mindreårige, har møtt kritikk fra flere hold. Spesielt er det reist kritikk mot nøyaktigheten i slike tester og om de kan føre til at mindreårige asylsøkere feilbehandles og blir vurdert som voksne.

FNs barnekomité uttaler at det skal prioriteres å finne identiteten til barn som kommer uten følge, med en gang de ankommer søkerlandet, herunder må man foreta aldersvurderinger.⁷¹ Det påpekes at undersøkelsene må foregå på en vitenskapelig, trygg, barn- og kjønns sensitiv og rettferdig måte. Er det usikkerhet rundt barnets alder, skal tvilen komme søkeren til gode. På tross av at komiteen uttaler at det er viktig å foreta undersøkelser for å oppklare usikkerhet rundt identitet, uttrykker komiteen likevel bekymring for at Norge vurderer å bruke metoder for å fastslå alder som anses som usømmelig, kulturelt ufølsomme og stort sett upålitelige.⁷²

I sitt svar til komiteen viser Norge til at undersøkelsene er et viktig og nødvendig verktøy i utlendingsforvaltningens arbeid og de anser det ikke for å krenke barns integritet. Selv om ikke undersøkelsene vil angi helt nøyaktig alder, vil den slå fast den mest sannsynlige alder, og ved tvil skal feilmarginen komme asylsøkeren til gode. Utfallet av undersøkelsen skal heller ikke utgjøre grunnlaget for å anslå alderen alene, men være en del av en helhetsvurdering. Søkerens intervju og identitetsdokumenter, sammen med oppfatningen fra verge og mottaksansatte, skal tillegges betydning ved fastsettelsen av alder.⁷³

⁷¹ CRC/GC/2005/6 s. 10

⁷² CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 50 d

⁷³ Oppfølgingen av avsluttende merknader fra barnekomiteen: Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (2011) s 39

6 Rettigheter for mindreårige asylsøkere i Norge

6.1 Rettigheter under asylsaken

6.1.1 Rett til familiegjenforening

Det er et viktig hensyn etter barnekonvensjonen å ikke skille barn fra sine foreldre. Hensynet følger av barnekonvensjonen art 9, og også av EMK art 8. Er et barn gitt beskyttelse etter utlendingsloven § 28, har foreldrene og søsken under 18 år rett til å bli gjenforent med barnet i Norge, hvis en slik gjenforening er til barnets beste. Har derimot barnet opphold grunnet sterke menneskelige hensyn i § 38 foreligger det ikke en slik automatisk rett til gjenforening med barnet. UDI kan likevel godkjenne gjenforening med foreldre eller søsken etter en konkret vurdering. Momenter som er med i vurderingen er barnets alder, om det har bodd sammen med foreldrene i hjemlandet og barnets omsorgs og helsemessige tilstand.⁷⁴

Foreldre og søsken kan også gjenforenes med barnet i Norge, hvis det har fått opphold på grunnlag av reglene om kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon i utlendingsloven § 34. I de tilfellene hvor foreldre eller søsken kan gjenforenes med et barn i Norge, er det et vilkår at de skal bo sammen med barnet.⁷⁵

Et tvilstilfelle er hvor et barn har opphold på grunnlag av reglene om vern mot retur i utlendingsloven § 73, hvor forholdene i hjemlandet tilsier at det ikke vil være aktuelt med noen familiegjenforening i hjemlandet. Det vil nok ikke bli ansett som et folkerettsbrudd å ikke innvilge familiegjenforening i disse tilfellene. Det kan likevel stilles spørsmål ved om barna kanskje burde hatt rett til å bli gjenforent med foreldrene og søsken i Norge når dette viser seg ikke mulig i hjemlandet.⁷⁶

⁷⁴ Håndbok for kommunene i arbeidet med enslige mindreårige asylsøkere og flyktninger, Barne- og likestillingsdepartementet.

⁷⁵ Utlendingsloven § 43

⁷⁶ Ot.prp. nr 75(2006-2007) pkt. 9.4

Det taler mot barnets beste å gjenforene barnet med foreldrene ved tidligere omsorgssvikt eller mishandling utført av foreldrene. Her er det viktig at barnet får gi uttrykk for sine meninger og tanker rundt en eventuell gjenforening.⁷⁷

Barnekonvensjonen oppstiller vilkår om at søknader om familiegjenforening fremsatt av barn eller deres foreldre skal behandles på en rask, human og positiv måte. Utover dette overlates det til statene å foreta en nærmere avveining i de situasjonene hvor det bli spørsmål om familiegjenforening.⁷⁸

6.1.2 Rett til samvær med foreldre

Barns rett til samvær med sine foreldre er slått fast i barnekonvensjonen art 9 nr 3. Samværsretten er også vernet av EMK art 8 (1). Nekt av samvær må være begrunnet som ”nødvendig i et demokratisk samfunn” for at det ikke skal være konvensjonsstridig.

Samværsretten dreier seg om to spørsmål. Det første spørsmålet er om foreldrene skal få opphold på grunn av samværsretten. For at samvær skal gi grunn til opphold for foreldrene må det dreie seg om samvær av et visst omfang. Utgangspunktet er et krav om ”vanlig samvær” etter barneloven § 43. Mengden av et slikt samvær tilsvarer en ettermiddag i uka med overnatting, annenhver helg, og til sammen tre uker i feriene.⁷⁹ At det illegges vanlig samvær i slike saker forekommer ikke ofte i praksis og familiegjenforening vil sjelden være begrunnet i samværsreglene.⁸⁰ Dette kan kanskje sies å være i strid med ivaretagelsen av barnets beste, da det er fastsatt at barnet skal ha samvær nettopp fordi det er til barnets beste. Etter min mening burde det ikke stilles så store krav til samværets omfang, for å hindre en utvisning.

For det andre kan barna kan i noen tilfeller ha rett til å ikke få sine foreldre utvist hvor de har begått kriminelle handlinger som vanligvis ville vært grunnlag for utvisning. Utlendingsmyndighetene skal alltid vurdere om utvisning vil være et uforholdsmessig

⁷⁷ CRC/GC/2005/6 pkt. 81

⁷⁸ Sandberg i Barnekonvensjonen (2008) s. 237

⁷⁹ Barneloven § 43.

⁸⁰ Sandberg i Barnekonvensjonen (2008) s. 239

tiltak i forhold til barnet jf utlendingsloven § 70. Barnets beste skal da være et grunnleggende hensyn.

I utvisningssaker har domstolen større muligheter til å overprøve forvaltningens lovbundne skjønn enn i saker om opphold. I følgende saker får vi se eksempler på hvordan Høyesterett anvender barnekonvensjonen og hensynet til barnets beste i slike saker.

I dommen i Rt. 2005 s 229 slapp faren i saken å bli utvist fra Norge, selv om han ble dømt for en alvorlig straffbar handling. Barna hadde her allerede opplevd en atskillelse tidligere og moren deres slet med depresjon. Retten antok at hun ikke ville klare å ha omsorgen alene. Høyesterett viste til at en utvisning av faren, som var barnas viktigste omsorgsperson, ville føre til en meget stor belastning for barna og de ville tatt det svært tungt. Det var dermed i strid med hensynet til barnets beste å utvise han og skille han fra barna. Her måtte høyesterett foreta en vurdering, om utvisningen av faren var et forholdsmessig inngrep i henhold til tidligere utlendingslov§ 29 annet ledd. For at utvisning av en som har begått alvorlige kriminelle handlinger skal være uforholdsmessig, må det medføre uvanlig store belastninger på barna. Dette viste seg var tilfelle i denne saken.⁸¹ Ut fra dommen kan man lede at barnekonvensjonen art 3 har en selvstendig betydning ved vurderingen av om en utvisning er forholdsmessig. I barnekomiteens kommentar fra 2010 uttaler barnekomiteen at det er viktig ved vurdering av å utvise en forelder, at det blir tatt behørig hensyn til barns rett til å leve med sine foreldre.⁸²

Et motsatt utfall ble tilfellet i Rt 2009 s 534, dommen ble avsagt med dissens 3-2. Moren i saken hadde begått alvorlig brudd på utlendingsloven. Det ble vist til BK art 3 både av mindretallet og flertallet. Her ble det ikke regnet som en uvanlig stor belastning for barna om moren ble utvist, faren var deres viktigste omsorgsperson. Utvisningen var da heller ikke et uforholdsmessig tiltak i forhold til hensynet for barna. Førstvoterende uttaler at det er problematisk hvis man i saker som dette ikke kan utvise en forelder på

⁸¹ Rt 2005 229

⁸² CRC/C/NOR/CO/4 pkt.33

grunn av hensynet til barna. Det vil kunne oppstå et prinsipp som verner utlendinger med barn mot å bli utvist hvor det er fattet vedtak om dette. Mindretallet var uenig og hevdet at man må foreta en konkret avveining mellom den kriminelle handlingen som er begått og tilknytningen mellom moren og barna, med tanke på barnas totale situasjon. De kom fram til at å utvise moren ville være et uforholdsmessig stort inngrep for barna da moren sammen med faren var den viktigste omsorgsperson for dem.

Det gjentas i Rt 2009 s 705 at konsekvensene for barnet ved å utvise en forelder som har begått en kriminell handling, skal være unormalt store og tyngende for at hensynet til barnet skal kunne gjøre utvisningen til et uforholdsmessig inngrep. I denne saken var det ikke tvil om at det beste for jenta var at faren fikk lov til å bli. Hun var sterkt knyttet til faren, og hun hadde lidd under farens fravær i store deler av sitt liv. Høyesterett fant likevel ikke at situasjonen for datteren skilte seg fra en normalsituasjon, på en slik måte at vedtaket kunne anses uforholdsmessig i forhold til henne.

6.2 Barnets livssituasjon

6.2.1 Rett til ikke-diskriminering

Asylsøkerbarns rett til ikke-diskriminering er vernet gjennom barnekonvensjonen barnekonvensjonen art 2. Bestemmelsen er en av de grunnleggende rettighetene i konvensjonen. Alle asylsøkerbarn skal ha rett til å få oppfylt rettighetene i barnekonvensjonen uten å bli diskriminert på grunn av rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal, etnisk eller sosial opprinnelse, eiendomsforhold, funksjonshemming, fødsel eller annen stilling. Myndighetene har ikke bare en plikt til ikke å diskriminere, men også et ansvar for å forebygge at det forekommer.

Det finnes ikke et eget diskrimineringsvern for barn i den nasjonale lovgivningen. Det generelle vernet mot diskriminering ble i norsk rett ytterlig styrket ved diskrimineringsloven som trådte i kraft 1. Januar 2006, som dreide seg om inkorporasjon av rasediskrimineringskonvensjonen. Loven forbyr diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn. Det betyr at staten er forpliktet til ikke å gjøre noe som vil innebære brudd på

diskrimineringsforbudet. Dette er i tråd med barnekonvensjonens art 4, som pålegger partene å treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak for å gjennomføre rettighetene i konvensjonen. Hvor langt forpliktelsene går og i hvilken grad det er rom for å forskjellsbehandle barn avhenger av hva slags rettighet det er snakk om og hva som er bakgrunnen for forskjellsbehandlingen.⁸³ Det er likestillings og diskrimineringsombudet som håndhever diskrimineringsvernet. Ombudet er lagt under barne- og likestillingsdepartementet, og skal bekjempe blant annet diskriminering på bakgrunn av alder og etnisitet.

Barnekomiteen understreker at et barn ikke skal diskrimineres på bakgrunn av at det er enslig, eller på grunn av at barnet det er flyktning eller asylsøker.⁸⁴ Med dette menes usaklig og urimelig diskriminering. Positiv forskjellsbehandling på grunn av asylsøkerbarns ulike behov er ikke i strid med art 2. Når en mindreårig asylsøker kommer til Norge for å søke asyl må Norge for å være i tråd med barnekonvensjonen sørge for at han eller hun ikke blir diskriminert i forhold til norske barn. Dette gjelder ved alle fasene av oppholdet og spesielt i forhold til tilgangen på velferdsgoder, rett til skolegang og omsorgssituasjonen. Barnekomiteen uttrykte i sine merknader i 2010, at de var fornøyd med at Norge hadde kommet med ny diskrimineringslov.⁸⁵

6.2.2 Rett til vern som asylsøker

Barnekonvensjonen art 22 skal gi flyktningbarn en rett til beskyttelse og hjelp. Her er det nok at man søker en status som flyktning, altså at man er asylsøker. Den gir barnet vern mens asylsaken pågår, men den har ikke betydning hvis barnet får avslag.

Myndighetene plikter å treffe tiltak for at barn som søker om flyktningstatus eller som allerede har slik status, får nødvendig beskyttelse og hjelp som de har krav på etter barnekonvensjonen. Dette skal gjelde både for barn som kommer alene for å søke beskyttelse, og de som kommer sammen med familien sin. Norske myndigheter er forpliktet til å bidra i å oppspore foreldre eller andre familiemedlemmer, hvor dette er mulig, for at det skal ligge til rette for en familiegjening i Norge eller et annet

⁸³ Heyerdahl i Barnekonvensjonen (2008) s. 29-45

⁸⁴ CRC/GC/2005/6 avsnitt 18

⁸⁵ CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 19

land. Bestemmelsen har likevel liten selvstendig betydning ved siden av flyktningkonvensjonen og utlendingslovens regler om beskyttelse.

6.2.3 Rett til omsorg og bolig

Barnets rett til omsorg er nedfelt i barnekonvensjonen og da særlig art 3 nr 2. Den slår fast at staten skal sikre barna den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for deres trivsel. Art 27 gir alle barn rett til en tilstrekkelig levestandard og art 19 beskytter alle barn mot overgrep og omsorgssvikt. I tillegg er art 2 om ikke-diskriminering viktig. Den sier at asylsøkerbarn har rett på den samme omsorgen som norske barn.

Etter norsk lov har barnevernet det samme ansvaret overfor asylsøkerbarn, som for norske barn. Ansvaret gjelder for alle barn som oppholder seg i riket og inkluderer også de som er her ulovlig.⁸⁶ Dette innebærer en plikt til å gjøre maksimalt for å unngå at barn kan oppleve brudd på noen av konvensjonsbestemmelsene overfor. Barnevernet har med andre ord samme ansvar for å undersøke og sette inn tiltak ved mistanke om omsorgssvikt hos asylsøkerbarn som hos norske barn. Opprettholdes ikke dette vil det innebære et brudd på barnekonvensjonens art 2.⁸⁷

Barnekonvensjonens art 20 tar for seg særlig beskyttelse av barn som er uten foreldreomsorg. Disse barna har et spesielt stort behov for beskyttelse og hjelp fra staten. Først og fremst har de behov for bolig og omsorgsordninger.⁸⁸

Barnekomiteen kommer i sin generelle kommentar nr 6 med anbefalinger for innkvartering av barna, og stiller herunder krav til i hvilke institusjoner barna plasseres.⁸⁹ Ved plasseringen av en enslig mindreårig asylsøker skal det tas hensyn til sårbarheten til et slikt barn. Barnet har ikke bare mistet kontakten med sitt familiemiljø, det må også leve borte fra sitt hjemland. Det må også tas hensyn til barnets alder og kjønn. Videre er det viktig at barnet ikke frarøves sin frihet i sin nye bolig. Komiteen anbefaler at hvis det er flere søsken som kommer sammen for å søke opphold, bør ikke

⁸⁶ Barnevern loven § 1-2

⁸⁷ Sandberg i Høstmælingen (2008) s. 248

⁸⁸ Sandberg i Høstmælingen (2008) s. 249

⁸⁹ CRC/CG/2005/6 avsnitt 39-40

disse skilles fra hverandre. Dette innebærer at også eldre søsken bør få bo på omsorgssenteret for de under 15, sammen med sin yngre bror eller søster. Det samme gjelder voksne slektninger som kommer sammen med barnet. Dette gjelder likevel bare hvis det er til barnets beste. Den faktiske situasjonen i dag er at omsorgssentrene ikke har kapasitet til å ta inn også eldre følgepersoner. Den enslige mindreårige asylsøkeren må selv velge om den ønsker bo sammen med for eksempel eldre søsken på et ordinært mottak drevet av UDI.⁹⁰ Komiteen stiller også krav om at de som arbeider på omsorgsinstitusjonene, er kvalifisert til å jobbe med barn. I tråd med barnevernsloven er det viktig med tilstrekkelig tilsyn, for å sikre barnets psykiske og fysiske helse og beskytte dem mot vold og overgrep.

Omsorgen for asylsøkerbarn under 15 år ble i år 2007 tatt over av barnevernet, for å styrke omsorgen for denne gruppen barn. I desember 2008 kom det et nytt kapittel i barnevernloven, kapittel 5 A, som regulerer situasjonen for enslige mindreårige asylsøkere fra de kommer til landet. Når enslige mindreårige asylsøkere under 15 år kommer til Norge skal de med en gang få plass på institusjon og omsorgssenter. Disse sentrene skal ha samme kvalitet og oppfylle samme krav som andre barnevernsinstitusjoner. Dette medfører høyere materiell standard og flere kvalifiserte ansatte som har fagutdanning for å jobbe med barn.⁹¹ På disse sentrene skal barna bo til de blir bosatt i en kommune eller blir returnert ved avslag på søknaden. Senteret skal gjøre det lettere for barnet å integreres i Norge, få hjelp til å takle savn og sorg, være en trygg base og gi rettsikkerhet. Det faglige fundamentet for senteret skal bygge på prinsipper om utviklingsstøttende omsorg og hva som hjelper barn som har opplevd traumer.⁹²

Opphold på omsorgssenter er likevel bare et tilbud fra UDI sin side. Hvis barnet ønsker å bosette seg med slektninger eller andre i Norge, har de anledning til det. Bufetats omsorgsansvar opphører hvis barnet flytter fra omsorgssenteret, det er da kommunen hvor barnet bor som må følge opp situasjonen til barnet. Enslige mindreårige asylsøkere

⁹⁰ UDI regelverk: RS 2005-049

⁹¹ Ot.prp. nr 28 (2007-2008)

⁹² NOU 2011: 10 pkt 27.3.5

bør ikke flyttes til slektninger før det er foretatt en undersøkelse av omsorgssituasjonen i hjemmet og den er funnet forsvarlig. Hvis barnevernet kommer til at hjemmet hos slektningene ikke er egnet som fosterhjem, må barnevernet vurdere en omsorgsovertakelse av barnet.⁹³

Omsorgsansvaret for de asylsøkerbarna som er mellom 15 og 18 år ligger i dag hos UDI. Ungdommene skal gis tilbud om plass på et ordinært asylmottak som har egne avdelinger for enslige mindreårige. Den daglige omsorgen skal de ansatte ved mottakene utøve. De skal gi tilbud om leksehjelp og annen oppfølging, og skal ha god oversikt over barnet. De ansatte skal også ha god dialog med barnets hjelpeverge og barnevernet.⁹⁴

Et utvalg bestående av Redd Barna og 13 andre organisasjoner gikk sammen for å lage et forslag til Stortinget, om gjennomføringen av omsorgsansvaret for enslige mindreårige asylsøkere. Bak forslaget sto også blant annet barneombudet. Utvalget fastslo at forholdene på de UDI drevne institusjonene er langt dårligere, enn på institusjoner regulert etter barnevernloven. Dette skyldes rammebetingelsene som foreligger. Det er ikke nok ressurser som følge av lav bemanning til å ivareta omsorgsansvaret i stor nok grad. Utvalget anbefalte å bedre omsorgsordningene for asylsøkerbarna over 15 år. En bedre vergeordning for denne gruppen med barn ble anbefalt. I tillegg ble det uttrykt behov for at ansatte ved institusjonene får et økt foreldreansvar. Det var også behov for bedre psykisk helsehjelp for barna samt et bedre samarbeid mellom mottaket og barnevernet i noen av kommunene.⁹⁵

Etter at Norge leverte sin fjerde rapport kom barnekomiteen med avsluttende merknader 29. januar 2010. FNs barnekomité uttrykker i sine merknader bekymring over at enslige mindreårige asylsøkere ikke blir fulgt opp på betryggende vis av barnevernet på samme måte som norske barn. Komiteen er også betenkt over at Norge har begrenset barnevernets ansvarsområde til barn under 15 år, noe som innebærer at eldre barn får

⁹³ UDI regelverk: RS 2005-049

⁹⁴ UDI regelverk: RS 2005-049

⁹⁵ NGOU 2006:1 pkt. 4.2

mindre hjelp. Komiteen anbefaler Norge å utvide ansvarsområdet for barnevernet til å omfatte også barn på 15, 16 og 17 år, som regjeringen opprinnelig hadde planlagt.⁹⁶

Statsråd Audun Lysbakken bekrefter i sin tale til Barnekomiteen i forbindelse med eksaminasjon av Norge, den 21. januar 2010, at planen er å overføre også mindreårige asylsøkere over 15 år til barnevernet. Samtidig understreker han at selv om det i dag er forskjell i de tjenester som ytes til gruppen over og under 15 år, er norsk praksis likevel innenfor konvensjonens krav: ”Fordi alle mindreårige asylsøkere gis omsorg, utdanningsmuligheter, helsetjenester og mulighet til å delta i ulike aktiviteter, representerer gjeldende omsorgsløsning ikke et brudd på barnekonvensjonens diskrimineringsforbud”.⁹⁷ I oppfølgingen av merknadene fra barnekomiteen i 2010, kom regjeringen til at det ikke er tilstrekkelig ressurser i barnevernet til å overføre ansvaret for mindreårige asylsøkere mellom 15 og 18 år i nåværende fireårsperiode, 2009 - 2013.⁹⁸

Når det gjelder asylsøkerbarn som kommer sammen med sine foreldre, er omsorgsbehovet et annet. Det er foreldrene som er deres omsorgspersoner og de er sammen med barnet. Likevel er det behov for oppfølging av barnevernet og helsemyndigheter, som kan bidra ved mangler i barnets omsorgsbehov. Det at barnet har foreldre med seg når det kommer til Norge gjør ikke at det er gitt at det mottar den omsorg og beskyttelse det har krav på. Det kan ofte være behov for mer tilsyn og støtte for barn og foreldre som bor sammen på asylsøkerinstitusjoner. Familien er i en vanskelig situasjon med mye usikkerhet og uro og foreldrene påvirkes av at de bor på mottak under usikkerhet og lediggang. Dette går ofte utover omsorgen av barna. Etter mange måneder på mottak, er det mange familier som sliter og har behov for ulike hjelpetiltak. På dette området vil barnevernloven gjelde, slik at det er samme krav om tilsyn, omsorgsovertakelse og andre hjelpetiltak, som hos andre norske barn.⁹⁹

⁹⁶ CRC/C/NOR/CO/4 avnitt 51

⁹⁷ NOU 2011: 10 pkt. 27.2.1

⁹⁸ Oppfølgingen av avsluttende merknader fra barnekomiteen: Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (2011) s 37

⁹⁹ Sandberg, i Barnekonvensjonen (2008) s. 252

Forholdene i ordinære mottak hvor asylsøkerfamilier bor før de blir plassert i en kommune ved innvilget opphold, er ofte ikke gode nok. Det er trangt om plassen og barna får ikke nok rom til å utfolde seg fritt. Retten til privatliv er begrenset, da familiene ofte må dele kjøkken og bad. Det er gjennomført en undersøkelse av mottaksutvalget om standarden på mottakene, og det viser seg at både standard og størrelse varierer etter hvor i landet mottakene er plassert. Mottakene som er mer desentralisert har større rom, sammenlignet med de som ligger sentralt. For lite rom gjør at et normalt fungerende familieliv er vanskelig å gjennomføre. Spesielt for større barn, er plassen alt for liten til at det er mulig å bo på mottaket over lengre tid. Det er likevel ikke uvanlig at familier blir boende i mottakene i flere år.¹⁰⁰

Staten har uttalt følgende om hvorfor standarden på mottakene er så nøktern: Asylmottakene er et midlertidig bosted og er ikke ment som varig oppholdssted for barn. Det er av innvandringsregulerende hensyn viktig å ikke ha for høy standard, noe som kan gjøre det mer attraktivt å søke asyl, ene og alene for å bo på mottaket. Det er derimot viktig at mottakene er forsvarlige og gode nok til å oppfylle barnekonvensjonens krav.¹⁰¹ I følge FNs Barnekonvensjon art 31 har alle barn rett til hvile, fritid og til å delta i lek og fritidsaktiviteter. Etter min mening er det ikke sikkert kravet er oppfylt på de mottakene der det ikke er plass for barna til å leke. Det er heller ikke oppfylt hvor det ikke er trygt å gå rundt alene, slik at barna for det meste må holde seg inne på de trange rom og hvor det ikke gis noe tilbud om fritidsaktiviteter. Lek og fritid er viktig for barnas utvikling og livskvalitet.

Barnekomiteen er fornøyd med at det har skjedd endringer i barnevernloven med et nytt kapittel 5 A.¹⁰² Likevel uttrykker komiteen bekymring for at barnevernet, som har ansvaret for å gi barn og barnefamilier i hjemmet hjelp, er betydelig underfinansiert og har for begrenset kapasitet til å drive oppfølging. Hvor store mangler som eksisterer vil variere etter hvor i landet barnet bor, noe som er bekymringsfullt. Komiteen uttrykker

¹⁰⁰ NOU 2011:10 vedlegg 1

¹⁰¹ Bakgrunnsnotat til UDIs vårkonferanse (2006) pkt. 5.4

¹⁰² CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 50

også bekymring for at midler, som skal brukes til å forbedre tjenestene til barn, ikke blir brukt til dette. De anbefaler å tilføre barnevernet nødvendige ressurser for å drive forebyggende arbeid, i familier hvor barn står i fare for å ikke få den nødvendige omsorgen de trenger. Som et svar på dette har regjeringen bevilget 240 millioner kroner som er øremerket til å styrke det kommunale barnevernet.¹⁰³

I tillegg anbefaler komiteen en bedre overvåking, av hvordan barns rettigheter blir implementert i de forskjellige delene av landet. Regjeringen viste i sitt svar til barnekomiteen på dette punktet at fra 1. Januar 2010 har statens helsetilsyn overtatt det faglige ansvaret for tilsynet med barnevernet. Dette skal føre til en kontinuerlig overvåking av områder der det er fare for omsorgssvikt. Regjeringen ønsker ved flytting av ansvaret å styrke tilsynskompetansen.¹⁰⁴

6.2.4 Rett til helsehjelp

Barnekonvensjonen art 24 gir rett til helsehjelp. Rettigheten skal omfatte alle barn som befinner seg i Norge, også de som er her ulovlig. Barn som er her ulovlig betegner de som er her etter endelig avslag på asylsøknad, eller som er kommet til Norge uten å bli registrert. Etter norsk rett er disse rettighetene hjemlet i pasientrettighetsloven § 2-1 og kommunehelsetjenesteloven § 2-1, som ikke skiller mellom de som har lovlig opphold og ikke. Art 39 gir barn rett til rehabilitering, hvis de har vært utsatt for misbruk, utnyttning, umenneskelig behandling eller krig. Det er et stort internt lovverk som regulerer helsetjenestene i Norge og Barnekonvensjonen vil i praksis kun få en supplerende funksjon til de allerede eksisterende bestemmelsene.

Hva som kreves av hver enkelt medlemsstat, er avhengig av ressursene i landet og art 24 er utformet med sikte på utvikling og gradvis etterleving. Det skal derimot ikke være rom for diskriminering innenfor de ressursene en stat har til rådighet. Det stilles mye større krav til rike stater enn de fattigere når det gjelder å nå målene i bestemmelsen. Få stater har så store forutsetninger for å ivareta sine forpliktelser som Norge. Dette

¹⁰³ Oppfølging av avsluttende merknader fra FNs barnekomité. Barne- likestillings- og diskrimineringsdepartementet (2011) til pkt. 16

¹⁰⁴ Oppfølging av avsluttende merknader fra FNs barnekomité. Barne- likestillings- og diskrimineringsdepartementet (2011) til pkt. 11

innebærer at det lett vil være i strid med artikkel 4, som pålegger statene å strekke seg lengst mulig innen for de ressurser de har til rådighet, å legge seg på en minimumsstandard.¹⁰⁵ Det stilles med andre ord strenge krav til den helsemessige oppfølgingen av mindreårige asylsøkere i Norge.

Helsesystemet i Norge er delt opp i primærhelsetjenesten og spesialhelsetjenesten. Alle barn som oppholder seg i landet har rett til nødvendig helsehjelp fra primærhelsetjenesten, dette innebærer de barna som er her ulovlig.¹⁰⁶ I tillegg har barna rett til øyeblikkelig hjelp fra både primær- og også spesialisthelsetjenesten.¹⁰⁷ I utgangspunktet skal alle som ikke er bosatt i Norge betale for spesialisthelsetjenester. Man kan likevel ikke kreve betaling fra barn som er her midlertidig eller ulovlig, da dette strider mot barnekonvensjonens art 2 om ikke-diskriminering.

Barn uten lovlig opphold har ikke lik tilgang på trygdeytelser som andre barn bosatt i Norge. Det er et vilkår for å være medlem i folketrygden at barnet har lovlig opphold.¹⁰⁸ Barnefamilier som er her ulovlig har ikke tilgang på verken barnetrygd eller kontantstøtte. Når det gjelder fastlege har alle barn som er bosatt i Norge, har krav på å være en del av fastlegeordningen. Dette innebærer at asylsøkerbarn har krav på fastlege, mens de uten lovlig opphold faller utenfor ordningen. Her er det ingen forskjell på barn og voksne.¹⁰⁹ Reglene tilsier at asylsøkerbarn og norske barn begunstiges i forhold til de uten lovlig opphold. Det er et spørsmål om dette innebærer forskjellsbehandling, og et brudd på BK art 2 og art 26 om trygdeytelser.

Noe av det som har blitt framstilt som mest bekymringsfullt for helsesituasjonen i Norge, er barns psykiske helse og at det ikke er et godt nok helsevern på dette området.¹¹⁰ Det er lange køer for å få behandling, og svak faglig kunnskap om barns psykiske helse. I 1997 satte regjeringen i gang en opptrappingsplan for psykisk helse.

¹⁰⁵ Halvorsen i Barnekonvensjonen (2008) s. 158

¹⁰⁶ Kommunehelsetjenesteloven § 2-1

¹⁰⁷ Pasientrettighetsloven § 2-1 jf § 1-2

¹⁰⁸ Folketrygdloven § 2-1 tredje ledd

¹⁰⁹ Kommunehelsetjenesteloven § 2-1a

¹¹⁰ Halvorsen i Barnekonvensjonen (2008) s. 163

Der ble det bevilget 24 mrd. kroner mer til psykisk helsevern i løpet av planperioden 1999 - 2006.¹¹¹ FN's barnekomité ba i 2005 Norge om å sikre tilfredsstillende psykologisk og psykiatrisk omsorg for traumatiserte asylsøkende barn.¹¹² I merknadene fra barnekomiteen til Norge i 2010 ble det bemerket at det arbeides for å forbedre de psykiske helsetjenestene for barn og unge gjennom opptrappingsplanen. Komiteen er likevel bekymret for at ventetiden for behandling har økt. Det er mange asylsøkerbarn som sliter med traumer og vonde minner. De har et sterkt behov for oppfølging, behandling og rehabilitering av de psykiske problemene. Komiteen anbefaler økende antall spesialutdannede fagpersoner innenfor det psykiske helsevernet.¹¹³

Det er et svært vanskelig tema hvorvidt barn med kroniske og langvarige lidelser, uten oppholdstillatelse i landet, skal få tilgang til behandling. Dette gjelder spesielt de langvarige og omfattende pleietjenestene, og rehabilitering som ikke er akutt. Her er barn sterkere vernet enn voksne i samme situasjon, gjennom barnekonvensjonen. Det er en utfordrende avveining i hvilken grad man kan nekte et barn opphold hvis det trenger medisinsk behandling, da det er sentrale innvandringsregulerende spørsmål å ta hensyn til. En kan frykte at det kan skje en stor økning i antall foreldre som sender sine syke barn til Norge, hvis syke barn ikke kan returneres.

Etter barnekonvensjonen kan ikke et sykt barn nektes hjelp i Norge. Dette skal gjelde uavhengig av kostnad, omfang og varighet. Barnekomiteens praksis er konsekvent når det kommer til å yte grunnleggende velferdstjenester til barn uten lovlig opphold i samme omfang som norske barn. Derimot er utgangspunktet mer usikkert hvis det dreier seg om tjenester utover dette komiteen har ikke uttalt seg klart om temaet. Det må nok likevel kreves en særskilt begrunnelse og hensyn av en særlig tyngde for å sette hensynet til det enkelte barns beste til side.¹¹⁴ Det er dermed en vanskelig avveining om Norge er forpliktet til å bistå med all nødvendig behandling på ubestemt tid. Marit Halvorsen illustrerer denne problematikken i sin artikkel. Enkelte typer behandling er

¹¹¹ St.prp. nr. 63 (1997-1998)

¹¹² CRC/C/15/Add.263 s. 7

¹¹³ CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 42

¹¹⁴ Sjøvig (2009) s. 127

svært kostbar og krevende og Halvorsen skriver særlig om dialysebehandling av et barn med total nyresvikt. Denne behandlingen er livsvarig, med mindre det blir operert inn ny nyre. Det er allerede veldig mange barn her i landet som har behov for en ny nyre og dialysebehandling og kapasiteten er begrenset. Halvorsen hevder det da ikke kan være gitt at et asylsøkende barn skal ha rett på opphold og tilgang på behandling, selv om det er knyttet usikkerhet til den behandling barnet vil få i hjemlandet.¹¹⁵ Etter min mening er ordlyden i art 24 er såpass fleksibelt utformet at det kan gi rom for unntak når det kommer til enkelte behandlinger som dette. Det skal nok likevel mye til før det er i tråd med barnekonvensjonen å sende ut et barn som allerede er under livsnødvendig behandling. Det synes å være et behov for i større grad å regulere disse spørsmålene gjennom lover og forskrifter. Dette vil gjøre rettsbildet mer oversiktlig og det vil bli enklere for de berørte barna å forholde seg til helsesystemet og vite hva de har krav på.

6.2.5 Rett til utdanning

Barnekonvensjonen art 28 gir alle barn en rett til utdanning. Etter første setning i artikkelen skal alle gis like muligheter. Dette innebærer at alle barn skal motta samme tilbud, deriblant barn uten lovlig opphold. Retten til utdanning er nedfelt i flere norske lover, hvorav opplæringsloven er den mest grunnleggende. Det er i dag en plikt for alle barn å gå i grunnskolen fra de er 6- 16 år en plikt til 10 års skolegang som også gjelder for asylsøkerbarn. Skoletilbudet skal være gratis og alle asylsøkerbarn har en rett til å benytte seg av utdanningstilbudet i Norge, når det er sannsynlig at de skal være her mer enn tre måneder.¹¹⁶ De aller fleste er her lenger enn det, slik at begrensningen som er oppstilt får liten betydning i praksis.

Retten til ikke-diskriminering er et grunnleggende hensyn i utdanningssystemet. Norge har bundet seg etter barnekonvensjonen art 2 til ikke å forskjellsbehandle asylsøkerbarn. Barnekomiteen oppfordrer til å gjennomføre tiltak som hindrer all diskriminering på bakgrunn av at barnet er flyktning eller at det er enslig. Komiteen utaler videre at i samsvar med barnekonvensjonen artikkel 28, 29 (1) C, 30 og 32 skal enslige mindreårige asylsøkere ha tilgang på utdanning under alle fasene av oppholdet i Norge.

¹¹⁵ Halvorsen i Barnekonvensjonen (2008) s. 164

¹¹⁶ Opplæringslova § 2-1 andre ledd

Dette skal legges til rette uten diskriminering, og det skal gis spesielle tilbud til barn med spesielle læringsbehov eller funksjonshemninger. Barna skal også ha rett til å bevare sin kulturelle identitet og verdier, inkludert å utvikle deres morsmål.¹¹⁷ Vernet mot diskriminering ble ytterlig styrket ved diskrimineringsloven som trådte i kraft 1.

Det finnes ikke en uttrykkelig rett eller plikt til videregående utdanning i barnekonvensjonen. Statene skal oppfordre til ulike former for videregående utdanning, da dette anses viktig for barnets utvikling. I Norge i dag har asylsøkerbarn over 16 år ikke lovfestet rett til inntak i videregående opplæring. I forskriften til opplæringslova § 6-9 oppstilles det som vilkår at søkeren har lovlig opphold i landet, det betyr at de barna uten lovlig opphold faller utenfor. Det er mulig å ta inn mindreårige asylsøkere i den videregående opplæringen mens de venter på svar på asylsøknaden. Den retten mister ungdommene hvis de får avslag på søknaden sin. På oppdrag fra regjeringen ble et utvalg satt sammen for å lage en norsk offentlig utredning som avdekket tilbudet til personer som søker asyl i Norge. Utvalget konkluderte med at rettighetene til utdanning for mindreårige asylsøkere bør omfatte rett til videregående opplæring for de under 18 år. I samme rapport ble det vist at utdanningstilbudet spriker for de over 16 år. I noen fylker gis elevene tilbud i ordinære klasser på videregående skole, eller eventuelt i en innføringsklasse. Andre steder gis ungdommene undervisning i regi av voksenopplæringen, som er tilpasset voksne søkere. Tilbud om videregående opplæring varierer ut fra asylsøkerens bosted, og fylkeskommunens økonomi.¹¹⁸ I en utredning på oppdrag av Barne- og likestillingsdepartementet har Karl Harald Søvig sett på forholdet mellom barnekonvensjonens art 2 og begrensningen i opplæringslova § 6-9. Han viser til at ved motstrid, skal barnekonvensjonens bestemmelser gå foran annen lovgivning og at det er et klart grunnlag for å sette til side den nasjonale begrensningen i retten til videregående opplæring.¹¹⁹

I rapporten fra barnekomiteen til Norge i 2010, ytres det bekymring for at barn med innvandrerbakgrunn er underrepresentert i barnehagen. Dette på tross av at det er økt

¹¹⁷ CRC/GC/2005/6 avsnitt 42

¹¹⁸ NOU 2011: 10 pkt. 10.9.8

¹¹⁹ Søvig (2009) s 129

bevilgningen for å inkludere nyankomne flyktningbarn.¹²⁰ Asylsøkende barn omfattes i dag ikke av retten til barnehageplass. Problemstillingen blir behandlet i NOU 2010:7 som tar for seg flerspråklige barn, unge og voksne i opplæringsystemet. For asylsøkerbarn som kommer til Norge er barnehagen viktig for å få opplæring i en tidlig alder, spesielt med tanke på språklig utvikling, sosial tilknytning og langsiktig integrering. Det er da viktig med plass i en ordinær barnehage og ikke på mottaket de bor på. Dette gir barna et fristed og et pusterom, mens foreldrene får avlastning i hverdagen. Å gjennomføre dette kan by på utfordringer. Det stilles krav til ansatte på barnehagen om at de må ha kompetanse til å ta hånd om disse barna og det kan bli behov for tolk og andre ressurskrevende tiltak.¹²¹ For å holde seg innenfor barnekonvensjonens bestemmelser om at ingen barn skal diskrimineres samt at alle barn skal ha rett til de samme godene, bør asylsøkerbarn etter min mening tilbys plass i ordinære barnehager. I denne sammenheng er det behov for å lovfeste retten til barnehageplass for mindreårige asylsøkere i norsk lov.

7 Avsluttende kommentarer

Barnekonvensjonen har hatt stor betydning for asylsøkerbarns rettigheter i Norge. Norske myndigheter ønsker å oppfylle konvensjonens og barnekomiteens krav. Det har ført til en rekke endringer og forbedringer i norsk rett som styrker mindreårige asylsøkeres rettigheter. Den nye utlendingslovens § 38 og § 28 har begge en ordlyd som stiller spesielle vilkår for behandling av asylsøknader fra barn. Forvaltningen er etter disse reglene forpliktet til å vurdere om barnet kan ha et eget grunnlag for opphold uavhengig av foreldre. Det skal i dag mye til før hensynet til barets beste kan settes til side kun på grunnlag av innvandringspolitiske hensyn.

Videre er stillingen for de enslige mindreårige asylsøkerne under 15 år styrket ved at omsorgen for disse barna er flyttet til barnevernet, noe som gir en tettere og bedre oppfølging. Dette er nødvendig da disse barna kommer helt alene og har som regel

¹²⁰ CRC/C/NOR/CO/4 pkt. 48

¹²¹ NOU 2010: 7 pkt 15.2

ingen andre omsorgspersoner i Norge. Barnas mulighet for å uttale seg om asylsaken er også styrket ved at forvaltningsloven er endret slik at aldersgrensen for høring av barn er i dag senket fra 12 til 7 år. Ny vergemålslov er under behandling, som skal styrke vergeordningen for asylsøkerbarna.

På tross av at Norge er et foregangsland på mange måter når det kommer til etterlevelse av barnekonvensjonen og asylsøkerbarns rettigheter, er det fortsatt mange utfordringer å ta tak i. Det bør være et viktig mål for myndighetene å overføre ansvaret for asylsøkerne over 15 år til barnevernet, hvor omsorgstilbudet er mer omfattende. Ungdommer som kommer for å søke asyl kan ha like store omsorgs og beskyttelsesbehov som de yngre barna. Det er også et behov for å styrke den flerkulturelle kompetansen i barnevernet og hos andre som daglig arbeider med asylsøkerbarn, som i skole og barnehage. Samtidig er det behov for mer økonomiske midler til barnevernet slik at kapasiteten blir større med hensyn til oppfølgingen av de mindreårige asylsøkerne.

En annen utfordring som bør tas fatt i er at mange barn som kommer sammen med foreldrene for å søke asyl blir boende på mottaket lenge etter at de har fått endelig avslag søknaden. Hvis foreldrene ikke retter seg etter vedtaket om utreise kan ikke barnet gjøre så mye annet enn å bli boende på mottaket. Dette er ikke et egnet sted for barn å vokse opp. Økt tilsyn og omsorg for medfølgende barn som bor sammen med foreldre på mottak er et viktig tiltak for å beskytte disse barna. Samtidig er det viktig med ennå raskere behandling av asylsaker fra både enslige mindreårige søkere og barnefamilier, slik at barna ikke blir gående for lenge uten avklaring.

Det er et behov for å lovfeste rettighetene til både barnehage og videregående opplæring for asylsøkerbarn, slik at dette ikke blir opp til hver enkelt kommune å avgjøre. Barnehageplass er nødvendig for små barns tidlige utvikling og stimulering, samt for en god integrering inn i det norske samfunn. Videregående skole er viktig for at ungdommene skal opparbeide seg nødvendig kunnskap, bli godt integrert og få gode utsikter for arbeidslivet senere. Ved manglende tilbud om barnehage og videregående er det lett at barna kan falle litt utenfor samfunnet, noe som ikke er heldig.

Når det gjelder retten til å bli hørt, oppfordrer barnekomiteen Norge, spesielt innenfor helsespørsmål, til å i enda større grad sørge for at barna blir hørt, og tilpasse norsk lov til dette. Komiteen savner også et bedre vergetilbud for de enslige mindreårige asylsøkerne. Den er bekymret for at tilgangen på verger ikke god nok. En mangel på verger kan gi overbelastning og mindre kapasitet hos vergene til å ivareta hensynet til barna.¹²²

Norge har møtt kritikk fra barnekomiteen for at det er for lange køer i psykiatrien. Det er mange mindreårige asylsøkere som sliter med psykiske problemer og traumer etter krig og vanskelige forhold i hjemlandet og behovet for oppfølging er stort. Det er blitt utarbeidet en opptrappingsplan for unge mennesker med psykiske problemer, men det er fortsatt en lang vei å gå, før Norge er i mål her.

Det er med andre ord flere områder Norge kan forbedre seg på når det gjelder rettighetene til mindreårige asylsøkere. Barna er en utsatt gruppe som ofte bærer på vonde minner og en vanskelig fortid. Det er derfor veldig viktig at deres rettigheter blir ivaretatt når de kommer for å søke asyl og at de i minst mulig grad blir diskriminert i forhold til norske barn.

8 Kilder

8.1 Lov-, forskrifts og konvensjonsregister

2008	Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr 35.
2005	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) av 3. juni 2005 nr. 33
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven) av 21. mai 1999 nr 30.

¹²² CRC/C/NOR/CO/04 avsnitt 9

1995	Lov om forbud mot kjønnslemlestelse (kjønnslemlestelsesloven) av 15. desember 1995 nr 75.
1992	Lov om barnevernstjenester av 17. juli 1992 nr 100.
1988	Lov om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova) av 17. juli 1988 nr 64.
1967	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967.
1927	Lov om vergemål for umyndige av 22. april 1927 nr 2.
2009	Forskrift av 15. oktober 2009 nr 1286 (utlendingsforskriften)
Barnekonvensjonen	FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989. 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.
Flyktningkonvensjon	FNs konvensjon om flyktningers stilling av 28. juli 1951.
ØSK	FN konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16.desember 1966.
SP	FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966.

8.2 Forarbeider

NOU 2011:10	I velferdsstatens venterom. Mottakstilbud for asylsøkere.
NOU 2010:7	Flerspråklige barn, unge og voksne i opplæringsssystemet.
NOU 2004:20	Ny utlendingslov.
Ot.prp. nr 104 (2008-2009)	Om lov om endringer i barnelova mv.
Ot.prp. nr 28 (2007-2008)	Om lov om endring i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester mv.
Ot.prp. nr 75 (2006-2007)	Om lov om utlendingers adgang til riket og deres

- opphold her (utlendingsloven).
- Ot.prp. nr 17 (2006-2007) Om endringer i utlendingsloven (DNA-testing og aldersundersøking mv.).
- St.prp. nr. 63 (1999-2006) Om opptrappingsplan for psykisk helse 1999-2006.

8.3 Bøker

- Einarsen, Terje, *Retten til vern som flyktning*. 1.utg. Bergen, 2000.
- Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg, *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*. 1.utg. Oslo, 2008.
- Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*. 2.opplag, Oslo, 2003.

8.4 Rettsavgjørelser

- Rt 2009 1261
- Rt 2009 534
- Rt 2009 705
- Rt 2005 229
- LB 2011 27823
- LB 2008 40393
- LB 2003 1367

8.5 Rapporter

- Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet juni 2011, *Oppfølging av avsluttende merknader fra FNs komité for barnets rettigheter 29. januar 2010*.
- Barne- og likestillingsdepartementet og Utenriksdepartementet 2008, *Barnets rettigheter - Norges fjerde rapport til FNs komité for barnets rettigheter*.
- Søvig, Karl Harald, *Barnet rettigheter på barnets premisser - utfordringer i motet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett*, Bergen 2009.
- NGOU 2006:1, *Først og fremst barn. Overføring av omsorgsansvaret for enslige, mindreårige asylsøkere til barnevernet*, Oslo 2006.

Øien, Cecilie, *Underveis en studie av enslige mindreårige asylsøkere*, Fafo-rapport 2010:20.

8.6 Internasjonale kilder

CRC/C/NOR/CO/4 Kommentar CRC/C/NOR/CO/4 fra komiteen for barnets rettigheter 29. januar 2010, *Concluding observations: Norway*.

CRC/C/GC/12 Generell kommentar CRC/C/GC/12 fra komiteen for barnets rettigheter 20. juli 2009 - *The right of the child to be heard*.

CRC/GC/2005/6 Generell kommentar CRC/GC/2005/6 fra komiteen for barnets rettigheter 1. september 2005 – *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*.

UNHCR De forente nasjoners høykommissær for flyktninger 1979-
Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling

8.7 Nettdokument

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet *Arbeid med enslige mindreårige asylsøkere og flyktninger – en håndbok for kommunene*:

http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Arbeid_med_enslige_mindreaarige.pdf (sitert 10. oktober 2011)

FNs høykommissær for flyktninger *Flyktninger* sist oppdatert 21. januar 2011:

<http://www.fn.no/Temaer/Humanitaere-spoersmaal/Paa-flukt/Flyktninger>

Justis og politidepartementet *Rettferdig asylpolitikk* 13. mai 2011:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/pressemeldinger/2011/rettferdig-asylpolitikk.html?id=643090>

Justis og Politidepartementet *Enslige mindreårige asylsøkere*:

http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/tema/innvandringspolitikk/asyl-og-flyktningpolitikk/einslege_mindrearige_asylsokjarar.html?id=85870 (sitert 12. oktober 2011)

Justis og politidepartementet *Veiledning til overformynderiene om enslige mindreårige asylsøkerere* 2003: <http://www.udiregelverk.no/default.aspx?path={0A9173CF-19E3-41A2-B815-236F83CBB1B8}> (sitert 10. oktober 2011)

Justis og Politidepartementet *Retningslinjer for nye asylkriterier* 13. januar 1998:

http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/lover_regler/retningslinjer/1998/retningslinjer-for-nye-asylkriterier.html?id=107731

Utlendingsnemnda *Saker der det kan foreligge risiko for kjønnslemlestelse* oppdatert 7. juni 2011: <http://www.une.no/Praksis2/Notater/Saker-der-det-kan-foreligge-risiko-for-kjønnslemlestelse/>

Utlendingsnemnda *Ashok og medievirkeligheten*. 9. mai 2007:

<http://www.une.no/Aktuelt/Kronikker/Ashok-og-medievirkeligheten-/>

Utlendingsnemnda *Konvensjonsgrunnen `medlemskap i en spesiell sosial gruppe`* 15.

oktober 2009: <http://www.une.no/Praksis2/Notater/Konvensjonsgrunnen-medlemskap-i-en-spesiell-sosial-gruppe/>

Utlendingsdirektoratet *Retningslinjer for høring av medfølgende barn i saker om*

beskyttelse 7. juli 2011: <http://www.udiregelverk.no/default.aspx?path={74518E24-A079-42DF-AC70-3E0CD95BF098}>

Utlendingsdirektoratet *Behandling av asylsaker fra enslige mindreårige søkere – særlig om aldersvurdering*. 10. juni 2010:

<https://www.udiregelverk.no/default.aspx?path={DDD59B15-F0E1-43E0-BD1C-42F015327D43}>

Utlendingsdirektoratet: *Retningslinjer for aldersundersøkelser av enslige mindreårige asylsøkere, jf utlendingsloven § 88* 10. juni 2010:

<http://www.udiregelverk.no/default.aspx?path={4870DB37-72D8-4D29-9D73-5F81E79DC450}>

Utlendingsdirektoratet: *Asyl – tall og trender* 20. mai 2008:

<http://www.udi.no/Sentrale-tema/beskyttelse/Asylsokere-og-flyktninger/Asyl---tall-og-trender/#Tall>

Utlendingsdirektoratet *Barnets beste og regulert innvandring – en motsetning?* Mai 2006:

<http://www.udi.no/upload/Pub/Tema/BarnUngdom/VaarkonferanseBakgrunnsnotat.pdf>

Utlendingsdirektoratet *Saksbehandlingsrutiner for enslige mindreårige asylsøkere og flyktninger* september 2005:

<http://www.udi.no/upload/Regelverk/EMA/UDIsSaksbehandlingsrutinerEMA.pdf>

Utlendingsdirektoratet: *Retningslinjer for arbeidet med enslige mindreårige asylsøkere i ankomstfasen* 9. desember 2005:

<http://www.udiregelverk.no/default.aspx?path={891A0B7D-81B0-4403-9816-6756C0F9FA97}>

