

UiO : **Det juridiske fakultet**

Barnets beste som et grunnleggende hensyn etter utlendingsloven § 38

-Særlig om lengeværende barn

Kandidatnummer: 557

Leveringsfrist: 25.11.14

Antall ord: 17 471



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Aktualisering av tema.....	1
1.2	Bakgrunn for oppgaven	3
1.3	Problemstilling og avgrensning av oppgaven	3
2	SENTRALE RETTSKILDER	5
2.1	Rettskildene	5
2.2	Forholdet mellom utlendingsloven og utenlandske kilder	6
2.3	Barnekonvensjonen	7
3	STYRINGSFORHOLDENE PÅ UTLENDINGSFELTET	8
4	DOMSTOLENES PRØVELSESRETT	9
5	OPPHOLD PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG	10
5.1	Utgangspunktet.....	10
5.2	Sterke menneskelige hensyn	11
6	BARNETS BESTE	17
6.1	Barnets beste i utl. § 38	17
6.2	Barnets beste i BK art. 3 nr. 1	18
6.3	Vekten av barnets beste.....	20
6.4	Betydningen av uttalelser fra FNs barnekomité	22
7	BARNETS BESTE KONTRA INNVANDRINGSREGULERENDE HENSYN	25
7.1	Utgangspunkt	25
7.2	Innvandringsregulerende hensyn.....	25
7.3	Innvandringsregulerende hensyn vs. barnets beste	28
7.4	Er rettstilstanden klar?.....	32
8	LENGEVÆRENDE BARN	34
8.1	Bakgrunn	34
8.2	Engangsløsning – tiltak lengeværende barn	35
8.3	Nærmere om barnets tilknytning.....	37
8.4	Momenter i praksis.....	38
8.5	Betydningen av stortingsmeldingen	45

8.6	Bekymringer fra FNs barnekomité om gjennomføringen av barnets beste.....	45
8.7	Blir hensynet til barnets beste tilstrekkelig ivaretatt i UNEs praksis?	46
9	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	47
10	LITTERATURLISTE.....	49
10.1	Juridisk litteratur:	49
10.2	Lov og forskrifter:.....	49
10.3	For- og etterarbeider:	49
10.4	Rettspraksis og forvaltningspraksis:	51
10.5	Andre kilder:	52

1 Innledning

1.1 Aktualisering av tema

I dag er det 17,9 millioner mennesker på flukt utenfor sitt eget hjemland.¹ Mange reiser fra væpnede konflikter og uroligheter, vanskelige humanitære forhold og fattigdom. Årsaken til at disse menneskene forlater sine hjemland er sammensatte og omfatter som regel både økonomiske og sosiale problemer.² Siden 2010 har det gjennomsnittlige antall asylsøkere som ankommer Norge, vært i overkant av 10 000.³ De siste årene har barn utgjort i underkant av 30 prosent av det totale asylsøkertallet i Norge.⁴

Oppgavens tema er opphold på humanitært grunnlag for barn, med særlig fokus på de lengeværende barna. Med ”lengeværende barn” siktes det til barn der familien har søkt om asyl i Norge og fått avslag. Etter endelig avslag har disse familiene blitt værende i Norge og barna kan gjennom oppholdstiden ha fått en sterk tilknytning til riket.⁵ Lengeværende barn brukes om de barna som har hatt en oppholdstid på minst tre år i Norge.⁶ Disse barna utgjør en særlig sårbar gruppe og dette skyldes i hovedsak midlertidigheten som preger slike saker, samt en stor usikkerhet knyttet til asylsøkernes oppholdsstatus, økonomi, manglende dokumenter og generelle framtidsutsikter.⁷ Det er derfor viktig at myndighetene har klare regler som ivaretar barnas rettigheter.

Denne avhandlingen vil fokusere på de lengeværende barna og deres familier som ikke oppfyller lovens vilkår for asyl, og som dermed ikke er flyktninger i rettslig forstand. Utlendingsloven av 2008 (utl) § 38 slår fast at forvaltningen kan gi oppholdstillatelse på humanitært grunnlag dersom det foreligger ”sterke menneskelige hensyn” eller søkeren har en ”særlig tilknytning” til riket. Betegnelsen ”humanitær” kan anses som en samlebetegnelse for de hensyn som taler for at oppholdstillatelse bør innvilges. Begrepet brukes ikke direkte i loven, men er omtalt i lovens forarbeider og benyttes også i praksis.⁸

¹ Flyktningshjelpen.no (2014)

² Meld. St. 27 (2011-2012) s. 10

³ Udi.no (2014)

⁴ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 7

⁵ Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett (2007-2014) s. 35

⁶ Einarsen (2013) s. 290

⁷ Fafo-rapport nr. 47 (2013) s. 7

⁸ NOU 2004:20 s. 22

Et overordnet mål for norsk innvandringspolitikk er å føre en human, solidarisk og rettssikker flyktningpolitikk.⁹ Utl. § 38 er en videreføring av § 8 annet ledd i utlendingsloven av 1988.¹⁰ I forarbeidene til den nye loven var det uttrykt et sterkt ønske fra forvaltningen om at den nye bestemmelsen skulle være mindre vag og gi klarere rammer for skjønnsutøvelsen.¹¹ Siden likhet og forutberegnelighet er viktige forvaltningsrettslige prinsipper søkte lovgiver ved utformingen av den nye loven å sette klarere rammer for skjønnsutøvelsen.¹² Departementet besluttet som følge av dette at det var hensiktsmessig at den nye lovteksten inneholdt en mer detaljert lovtekst, for å gi klarere rammer for skjønnsutøvelsen. Samtidig uttrykte departementet at det ikke vil være forsvarlig oppstille generelle og absolutte vilkår i loven. Dette ville hindre at de konkrete menneskelige hensyn som gjør seg gjeldene kan tillegges avgjørende vekt. Rimelighetsbestemmelsen skulle heller ikke utformes slik at den blir rettslig forpliktende.¹³ I forarbeidene til gjeldene utlendingslov ble det presisert at det ikke var ønskelig med noen endring av praksis fra den gamle loven.¹⁴

Forarbeidene til utlendingsloven av 1988 gir uttrykk for at bestemmelsen var ment å være en sikkerhetsventil i de tilfeller hvor det ville være svært urimelig å returnere søkeren. Denne bestemmelsen skulle kun benyttes unntaksvis.¹⁵ Praksis fra utlendingsforvaltningen fra de siste tiår viser likevel at utl. § 38 er en viktig bestemmelse i praksis. I dag innvilges det langt flere oppholdstillatelser etter utl. § 38 enn etter reglene om asyl i utl. § 28.¹⁶

Norge er ikke folkerettslig forpliktet til å gi tillatelse etter utl. § 38. Det er store interesse-motsetninger som preger dette feltet. På den ene siden har Norge en interesse i å hjelpe de som trenger det. Samtidig ønsker ikke myndighetene en ubegrenset innvandring til Norge. Hvem som skal få opphold på humanitært grunnlag er preget av vanskelige skjønsmessige avveininger og vil også bero på politiske prioriteringer.¹⁷ Feltet er preget av tidvis sterke motstridende interesser mellom individuelle preferanser og samfunnsansvar. Andre europeiske land som Danmark, Sverige, Finland, Nederland og Storbritannia, har tilsvarende bestemmelser som åpner for å gi oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.¹⁸ I forarbeidene understrekes det at det er viktig at norske myndigheter fører en tilnærmet lik praksis som andre euro-

⁹ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 153

¹⁰ Utl. 1988 § 8 annet ledd

¹¹ *Utlendingsloven kommentarutgave* (2010) s. 303

¹² Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 153 og NOU 2004:20 s. 264

¹³ NOU 2004:20 s. 264

¹⁴ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 154

¹⁵ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 226

¹⁶ *Utlendingsloven kommentarutgave* (2010) s. 303

¹⁷ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 110

¹⁸ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 145-146

peiske land for å unngå flyktningstrøm til Norge ved en liberal praksis etter denne bestemmelsen.¹⁹

1.2 Bakgrunn for oppgaven

Bakgrunn for valg av tema er den pågående rettspolitiske debatt rundt den uavklarte situasjonen for de mange lengeværende asylbarna i Norge. Ivaretar dagens regelverk i tilstrekkelig grad hensynet til barnets beste?

I følge regjeringen var det per. 31.mai 2012 544 barn med endelig avslag på søknad om asyl, felles for disse var at de hadde bodd på norske mottak i mer enn tre år. Av disse har ca. 90 en oppholdstid på 5 år eller mer. I tillegg til disse var det om lag 350 barnefamilier som bodde utenfor mottak på kjent adresse. Myndighetene vet at det også finnes mørketall, da noen familier lever i skjul for norske myndigheter i frykt for å bli tvangsreturnert.²⁰

Rettsstilstanden angående de lengeværende barna reiser vanskelige spørsmål nettopp fordi enkeltvedtak har så stor betydning for de barna vedtakene rammer. Hvordan skal myndighetene håndtere denne gruppen? På den ene siden taler innvandringsregulerende hensyn- dvs. hensynet til en kontrollert og begrenset innvandring- for at disse familiene burde returneres, til tross for at familiene har fått en tilknytning til Norge. Både signaleffekten for andre utlendinger og respekt for loven og etterlevelse av myndighetenes vedtak, taler for en streng praksis i disse sakene. På den andre siden står hensynet til barna, som ofte er de som rammes hardest av foreldrenes valg av å ikke etterleve myndighetenes vedtak. Det er ofte barna som lider mest av å bli revet bort fra sitt vante miljø når familier med lang oppholdstid og sterk tilknytning til riket tvangsreturneres til hjemlandet. For at man på best mulig måte skal kunne ivareta barns rettigheter er det nødvendig med stabile og velutformede lover. Samtidig må også hensynet til barna ivaretas i praksis.

1.3 Problemstilling og avgrensning av oppgaven

Det vil i denne avhandlingen være et særlig fokus på prinsippet om barnets beste som en terskel for innvilgelse av oppholdstillatelse for barn etter utl. § 38. Mer spesifikt vil fokuset rette seg inn mot de lengeværende barna. Barnas tilknytning til riket er sentralt ved vurderingen av om tillatelse skal gis, i saker som gjelder barn med lang oppholdstid. Et spørsmål som i disse sakene har skapt særlig vanskelige skjønnsmessige avveininger er om denne tilknytningen er

¹⁹ Ot. prp. 75 (2006-2007) s. 153

²⁰ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 49

tilstrekkelig til å danne grunnlag for tillatelse. Det er i disse sakene vanskelige avveininger mellom barnets beste, barnets tilknytning til riket og innvandringsregulerende hensyn.

Problemstillingen for denne avhandlingen er:

-hvorvidt hensynet til barnets beste er tilstrekkelig ivaretatt ved vurderingen av oppholdstillatelse etter utl. § 38 for lengeværende barn.

Det er i avhandlingen sentralt å se på domstolens prøvelsesrett av forvaltningens vedtak. Det skal ses nærmere på hvilke hensyn som inngår i vurderingen av om barnets skal gis opphold på humanitært grunnlag etter utl. § 38. Hvilken vekt har barnets beste og hvordan vekter forvaltningen dette hensynet når innvandringsregulerende hensyn taler mot at oppholdstillatelse skal gis.

Tilfeller der barnet oppfyller vilkårene for asyl og gis flyktningstatus etter utlendingsloven § 28 første ledd a og b, faller utenfor denne drøftelsen. Enslig mindreårige asylsøkere vil ikke være hovedfokuset i denne avhandlingen, men drøftes kort for å gi et helhetlig bilde at hensynet til barnets beste. Oppgaven avgrenses også mot de andre oppholdsgrunnlagene i utlendingsloven som familieinnvandring og arbeidstillatelse.

2 Sentrale rettskilder

2.1 Rettskildene

Utlendingsloven

En av de sentrale rettskildene i oppgaven er Utlendingsloven. Utlendingsloven av 15.05.2008 nr. 35 trådte i kraft 01.01.2010 og regulerer utlendingers adgang til riket og deres opphold her.²¹ Det er opphold på humanitært grunnlag som er oppgavens problemstilling, og utl. § 38 vil derfor være den sentrale bestemmelsen.

Forskriften

Utlendingsforskriften av 2009 er gitt med hjemmel i utlendingsloven av 2008 og er en sentral kilde for anvendelse av utlendingsloven. Bestemmelsene i forskriften er utfyllende for tolkningen av utl. § 38. Det er særlig forskriftens kapittel 8 som vil bli benyttet i denne drøftelsen.

Før og etterarbeid

De viktigste forarbeidene til utlendingsloven er NOU: 2004 nr. 20, Inst. 0 nr. 42 og Ot.prp. nr. 75. (2006-2007). Det faktum at loven er forholdsvis ny gjør at forarbeidene utgjør en viktig kilde ved tolkningen av loven.

Stortingsmeldingen ”Barn på flukt” har fått status som etterarbeid.²² Som hovedregel har etterarbeider liten vekt som rettskildefaktor. Etterarbeider kan imidlertid bidra til å klargjøre lovens formål, og dels kan disse etterfølgende standpunkter bli tillagt selvstendig betydning.²³ Stortingsmeldingen har av både UNE og Høyesterett blitt benyttet som tolkningskilde, noe som styrker dens vekt som rettskilde.

Rettspraksis

Rettspraksis fra Høyesterett har generelt stor vekt som rettskildefaktor, dette gjelder også for saker på utlendingsfeltet. Det som er spesielt for utl. § 38 er at loven bygger på en begrenset domstolskontroll jf. ”kan” i § 38 første ledd. Siden domstolene har begrenset prøvelsesadgang i disse sakene foreligger derfor lite rettspraksis om de konkrete grensene for opphold på humanitært grunnlag. I 2012 ble det avsagt to plenumsdommer som har stor betydning for det omtvistede spørsmålet om vekten av barnets beste mot de innvandringsregulerende hensyn for to lengeværende barnefamilier i Norge. Disse vil bli drøftet i kapittel 7.

²¹ Utlendingsloven § 38

²² Meld. St. 27 (2011-2012)

²³ Eckhoff (2001) s. 95

Forvaltningspraksis

Utøvelsen av § 38 beror i stor grad på forvaltningens frie skjønn. Forvaltningspraksis har normalt liten vekt som rettskildefaktor.²⁴ Domstolenes begrensede prøvelsesadgang etter disse sakene, gjør at utlendingsnemndas praksis likevel vil være en viktig kilde internt i utlendingsforvaltningen. Praksis fra UDI vil ikke være en sentral kilde for oppgaven, da barna ofte har forholdsvis kort botid i riket når avgjørelse fattes i UDI. Barna har derfor ofte ikke en sterk tilknytning til riket når det treffes avgjørelse i første instans.

For å se hvilke momenter nemda legger vekt på og grensene for tillatelse etter utl.§ 38 vil UNEs praksis bli drøftet i kapittel 8. Praksisbasen er offentlig tilgjengelig ved at vedtakene anonymiseres og publiseres på UNEs hjemmeside. Det er saker fra UNEs praksisbase avsagt fra og med 2010 som blir drøftet her. Disse er behandlet etter den nye loven av 2010 og gir et bilde av dagens praksis. Det er nødvendig å presisere at UNEs praksisbase ikke gir et helhetlig bilde av nemdas praksis da praksisbasen kun inneholder et utvalg av de avgjørelsene som treffes av nemda.²⁵ Likevel er praksisbasen en viktig kilde for å kunne gi et bilde av hvordan UNE foretar vurderingene og hvilke hensyn som blir utslagsgivende for resultatet.

Videre har UNE redegjort for sin praksis i rapporten *Ett år etter "barn på flukt"*. Sammen med interne praksisnotater er disse benyttet i oppgaven for å belyse nemdas praksis.²⁶

2.2 Forholdet mellom utlendingsloven og utenlandske kilder

Utl. § 38 er som nevnt en særnorsk bestemmelse som faller utenfor Norges folkerettslige forpliktelser. Folkeretten legger likevel føringer for skjønnsutøvelsen.²⁷ Utl. § 3 sier at forvaltningen er forpliktet til å tolke loven i samsvar med internasjonale regler ved anvendelse av utlendingsloven, når disse har til formål å styrke individers rettsstilling. Ordlyden henviser til presumpsjonsprinsippet. Prinsippet innebærer at norsk rett forutsettes å være i samsvar med folkeretten. Reglene i utlendingsloven må tolkes i samsvar med internasjonale bestemmelser. Motstrid unngås ved at norsk rett, så langt det er mulig, tolkes slik at det ikke oppstår motstrid.²⁸ Ved motstrid vil den internasjonale regelen ha forrang.²⁹ Konvensjoner som blir benyt-

²⁴ Eckhoff (2001) s. 233

²⁵ une.no "om praksisbasen" (2014)

²⁶ UNE, *Ett år etter "barn på flukt"* (2013)

²⁷ *Utlendingsloven kommentarutgave* (2010) s. 304

²⁸ *Utlendingsloven kommentarutgave* (2010) s. 41

²⁹ *Ibid* s. 42

tet i denne oppgaven og som faller inn under Norges folkerettslig forpliktelser er Barnekonvensjonen av 1989.

2.3 Barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen, heretter kalt BK ble vedtatt av FNs generalforsamling i 1989 og trådte i kraft 2. september 1990. Norge ratifiserte konvensjonen i november samme år. Konvensjonen ble i 2003 inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven.³⁰ Dette innebærer at BK gjelder som norsk lov. Ved motstrid mellom utlendingsloven og BK har konvensjonen forrang jf. menneskerettighetsloven § 3. Bakgrunnen for utformingen av BK var et ønske om å ivareta de grunnleggende menneskerettighetene for barn gjennom en samlet konvensjon. BK anerkjenner barn som selvstendige rettssubjekter, og gir prinsipper for barnesensitive vurderinger.³¹ Konvensjonen har i likhet med de andre sentrale FN-konvensjonene et overvåkningsorgan. FNs komité for barns rettigheter-barnekomiteen.³²

Utl. § 38 tredje ledd gjenspeiler BK art 3 nr. 1 og vil utgjøre en viktig kilde for oppgaven.

³⁰ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 29

³¹ I.c.

³² Høstmølingen (2012) s. 18

3 Styringsforholdene på utlendingsfeltet

Stortinget vedtar utlendingsloven og kan fastsette nærmere reguleringer gjennom forskrift jf. utl. § 75. Både utenriksdirektoratet (UDI) og utlendingsnemnda (UNE) er administrativt underlagt Justis og Beredskapsdepartementet. UDI treffer vedtak i første instans. UNE er klageorganet i utlendingsforvaltningen og kan overprøve negativt vedtak avsagt i UDI. UNE er politisk uavhengig og fungerer som et domstolslignende forvaltningsorgan.³³ Departementet kan ikke instruere nemda om lovtolkning, skjønnsutøvelse eller avgjørelser i enkeltsaker, med unntak i saker som berører grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn.³⁴ Politisk styring kan kun skje gjennom lov og forskrift.³⁵

³³ *Lærebok i utlendingsrett* (2013) s. 29

³⁴ une.no ”dette er UNE” (2014)

³⁵ *Lærebok i utlendingsrett* (2013) s. 29

4 Domstolenes prøvelsesrett

UNEs vedtak er endelig og når nemda har avsagt vedtak er klagemulighetene i forvaltningen uttømt. Klagerens eneste mulighet for å få behandlet saken på nytt, er å ta saken til domstolene. Flere av barnefamiliene som får avslag fra forvaltningen tar sine saker til domstolene for å få kjent vedtakene ugyldig.

Hva kan domstolene prøve?

Domstolenes prøvelseskompetanse beror på en tolkning av den enkelte lovbestemmelse.³⁶ Etter utl. § 38 ”kan” forvaltningen gi tillatelse der det foreligger sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket. Ordlyden henviser til et såkalt ”fritt skjønn”.³⁷ Vurderingen av om det skal gis tillatelse vil derfor bero på en skjønnsmessig vurdering av alle relevante hensyn. Vurderingen av hvorvidt tillatelse skal gis ligger innenfor forvaltningens frie skjønn og domstolenes prøvelsesadgang i saker etter § 38 er derfor begrenset.³⁸ Domstolene kan bare prøve om det foreligger feil rettsanvendelse, saksbehandlingsfeil eller om det foreligger myndighetsmisbruk. Domstolene kan ikke prøve forvaltningens konkrete skjønnsette av om det foreligger sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til Norge i den konkrete saken.³⁹ Den konkrete skjønnsette er altså overlatt til forvaltningens frie skjønn.

Spørsmålet har flere ganger vært oppe for Høyesterett og rettstilstanden for hvor langt domstolene kan gå i å overprøve vedtaket avsagt i UNE anses for å være klar, da dette er forutsatt både i lovens forarbeider⁴⁰ og av Høyesterett.⁴¹

Domstolene har derimot noe utvidet prøvingsrett når det gjelder spørsmålet om forvaltningen har lagt til grunn riktig forståelse av hensynet til barnets beste. Domstolene kan i saker som gjelder barn prøve forvaltningens ”generelle forståelse” av prinsippet barnets beste på det aktuelle saksområdet. Videre kan domstolene prøve om hensynet er forsvarlig vurdert og avveid mot andre hensyn. Den konkrete vurderingen av barnets beste og interesseavveiningen av motstridende hensyn herunder innvandringsregulerende hensyn er derimot underlagt forvaltningens frie skjønn.⁴²

³⁶ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 142

³⁷ I.c.

³⁸ I.c. avsnitt 53 og 54 jf. avsnitt 142

³⁹ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 77

⁴⁰ NOU 2004:20 s. 70

⁴¹ se bl.a. Rt. 2003 s.1287 avsnitt 24 Rt. 2008 s. 681 avsnitt 46 Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 46 Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 40 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 149

⁴² Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 149

5 Opphold på humanitært grunnlag

5.1 Utgangspunktet

Når en asylsøker ankommer Norge for å søke om beskyttelse, fremsettes søknaden om beskyttelse etter reglene i utl. § 28. Bestemmelsen er en inkorporering av flyktningkonvensjonen (1951) art 1 A (2) som er den universelle flyktningdefinisjon. Konvensjonen pålegger de tiltrådte stater å gi beskyttelse til enhver som 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 som befinner seg utenfor det land han er borger av, og er ute av stand til, eller, på grunn av slik frykt, er uvillig til å påberope seg dette lands beskyttelse.⁴³

Selv om flyktningkonvensjonen ikke har bestemmelser som særskilt gjelder barn, skal også flyktningkonvensjonen tolkes på en barnesensitiv måte å ta høyde for at barn er en særlig sårbar gruppe. I motsetning til § 28, er § 38 en særnorske bestemmelse hvor lovgiver åpner for at forvaltningen kan gi en utvidet oppholdstillatelse. Norge er ikke folkerettslig forpliktet til å gi oppholdstillatelse av humanitære grunner.⁴⁴ Konvensjonen inngår derfor ikke som en sentral kilde for denne oppgaven.

Utl. § 38 er en unntaksbestemmelse der lovgiver åpner for å gi oppholdstillatelse dersom vilkårene for å gi asyl etter utlendingsloven § 28 første eller annet ledd ikke er oppfylt, eller det ikke er aktuelt å gi oppholdstillatelse på annet grunnlag.⁴⁵ Det er ikke mulig å fremsette søknad om beskyttelse direkte etter § 38. Først etter at utlendingsmyndighetene har slått fast at utlendingen ikke oppfyller vilkårene for å innvilges asyl og flyktningstatus etter § 28, skal forvaltningen av "eget tiltak" foreta en selvstendig vurderingen om utlendingen skal innvilges oppholdstillatelse etter § 38, jf § 28 syvende ledd.⁴⁶

Utlendingsloven § 38 er i motsetning til § 28 ikke en rettighetsbestemmelse. En asylsøker kan ikke påberope seg å ha et rettskrav på beskyttelse etter denne bestemmelsen, selv om det foreligger sterke menneskelige hensyn eller at asylsøkeren har særlig tilknytning til Norge.⁴⁷ Utlendingsmyndighetene vil kunne legge større vekt på de innvandringsregulerende hensyn enn på de humanitære hensyn i denne vurderingen.

⁴³ Flyktningkonvensjonen art 1 A (2)

⁴⁴ *Utlendingsloven kommentarutgaven* (2010) s. 304

⁴⁵ *Ibid.* s. 303

⁴⁶ *Lærebok i utlendingsrett* (2013) s. 316

⁴⁷ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 420

I vurderingen av om hvorvidt det skal gis opphold på humanitært grunnlag etter § 38 foretar forvaltningen en vurdering i to ledd.⁴⁸ Først må det avgjøres om det foreligger sterke menneskelige hensyn eller en særlig tilknytning til riket. Etter en totalvurdering av barnets situasjon skal hensynet til barnets beste avveies opp mot innvandringsregulerende hensyn.⁴⁹ Begrepet innvandringsregulerende hensyn er en samlebetegnelse på de hensyn som skal sikre en kontrollert og begrenset innvandring til Norge.⁵⁰ Et viktig argument for å kunne tillegge innvandringsregulerende hensyn vekt i saker etter § 38 er prinsippet om likebehandling. Like saker må behandles likt. Hvis en person får opphold, må også andre personer i samme situasjon gis opphold. Ingen skal bli utsatt for usaklig eller tilfeldig forskjellsbehandling.⁵¹

Opphold på humanitært grunnlag er en skjønnsmessig bestemmelse og forvaltningens frie skjønn har stor betydning når det foretas en vurdering av de menneskelige hensyn på den ene siden og de innvandringsregulerende hensyn på den andre. For å kunne anvende bestemmelsen, oppstiller loven to alternative vilkår: sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning. Det sentrale hensynet i praksis er likevel sterke menneskelige hensyn. Dette omfatter også tilknytning. Det vil derfor være sterke menneskelige hensyn som er det sentrale i den videre fremstillingen.

5.2 Sterke menneskelige hensyn

I utgangspunktet kan alle humanitære forhold tillegges vekt.⁵² Sterke menneskelige hensyn omfatter både individuelle forhold ved søkeren, samt generelle forhold i hjemlandet. Faktorer som er individspesifikke kan være alder, kjønn, sykdom, traumer, uførhet, sårbarhet, manglende nettverk i hjemlandet og asylsøkerens tilknytningen til Norge. Mer generelt må også forholdene i hjemlandet tas med i betraktningen, og da særlig voldshandlinger, diskriminering, trassering, sosial nød, fattigdom og manglende helsetjenester.⁵³ Helhetsvurderingen vil bero på en samlet vurdering av alle de relevante forhold i den enkelte sak. Selv om hensynene hver for seg ikke er sterke nok til at det foreligger grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse etter § 38, er det summen av alle relevante hensyn som danner grunnlaget for avgjørelsen.

I utl. § 38 annet ledd er det listet opp en rekke momenter som forvaltningen kan legge vekt på for å avgjøre om det foreligger sterke ”menneskelige hensyn”. Utl. § 38 annet ledd bokstav a-

⁴⁸ *Lærebok i utlendingsrett* (2013) s. 316

⁴⁹ I.c.

⁵⁰ Meld. St. 27 s. 46

⁵¹ *Lærebok i utlendingsrett* (2013) s.329 se også NOU:20 (2004) s. 22

⁵² *Lærebok i utlendingsrett* (2013) s. 318

⁵³ I.c.

d er ingen uttømmende liste over hvilke hensyn som kan tillegges vekt ved helhetsvurderingen, Jf. ordlyden i bestemmelsen ”*det kan blant annet legges vekt på*”. Lovgiver har likevel forsøkt å gjengi de hensynene som i praksis er de viktigste.⁵⁴

Enslig mindreårig asylsøker

Det kan legges vekt på om utlendingen er enslig mindreårig, og dermed uten forsvarlig omsorg ved retur.⁵⁵ Med enslig mindreårig asylsøker menes barn og unge som er under 18 år på vedtakstidspunktet og som kommer til Norge for å søke om beskyttelse uten følge fra omsorgspersoner.⁵⁶ Mange av disse barna har ikke et beskyttelsesbehov og innvilges derfor ikke asyl etter bestemmelsen i utl. § 28. I henhold til fast og langvarig forvaltningspraksis gis det oppholdstillatelse til enslige mindreårige asylsøkere som ikke har foreldre eller andre omsorgspersoner ved retur til hjemlandet etter bestemmelsen i utl. § 38 annet ledd bokstav a.⁵⁷

Helsemessige forhold

Etter utl. § 38 annet ledd bokstav b kan det legges vekt på om det foreligger helsemessige forhold som gir utlendingen et behov for oppholdstillatelse. De sentrale momentene er helseproblemenes omfang, årsaker til lidelsen og mulighetene for behandling i Norge sett opp mot behandlingstilbudet i hjemlandet.⁵⁸ Det er som utgangspunkt et krav for at tillatelse gis at adekvat behandling ikke kan oppnås i hjemlandet. Behandlingen vil anses tilgjengelig, uavhengig av kostnadene, men mindre den vil være så kostbar at bare en liten andel av befolkningen vil kunne betale for den.⁵⁹ Helsemessige forhold kan omfatte både fysiske og psykiske lidelser.

De fleste land det ankommer asylsøkere fra, har et vesentlig dårligere helsetilbud enn det Norge kan tilby. Det er derfor nødvendig at Norge fører en restriktiv praksis i forhold til innvilgelse av oppholdstillatelse på humanitært grunnlag begrunnet i søkerens helsemessige forhold.⁶⁰

Som hovedregel vil ikke helsemessige forhold alene danne grunnlag for oppholdstillatelse etter § 38.⁶¹ Det forekommer likevel tilfeller der lidelsen er av en så alvorlig art at den alene

⁵⁴ *Lærebok i utlendingsrett* (2013) s. 318

⁵⁵ Utl. § 38 andre ledd, bokstav a

⁵⁶ NOU 2004: 16 punkt. 16.6

⁵⁷ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 420

⁵⁸ *Kommentarutgave utlendingsloven* (2010) s. 309

⁵⁹ UNE ”helsemessige forhold” (2012) punkt. 5.1

⁶⁰ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 155

⁶¹ UNE ”helsemessige forhold” (2012) punkt. 1

gir grunnlag for opphold. I praksis er det da et krav om at lidelsen må være akutt eller livstruende. I dette ligger det at det er av avgjørende betydning at den behandles i løpet av kort tid og at vedkommende risikerer å dø dersom en ikke vil få behandling raskt.⁶²

For at psykiske lidelser skal utgjøre ”sterke menneskelige hensyn” er det som hovedregel et krav at det foreligger en alvorlig sinnslidelse som danner grunnlag for å ilegge tvunget psykisk helsevern.⁶³ Det tillegges generelt større vekt når den psykiske lidelsen skyldes traumer fra overgrep eller traumatiserende hendelser i hjemlandet, enn når den er knyttet til avslaget på asylsøknaden.⁶⁴

For at de helsemessige forhold skal tillegges vekt, bør de som hovedregel være dokumentert ved oppdatert helseerklæring utstedt i Norge. Udokumenterte helseproblemer tillegges som hovedregel liten vekt.⁶⁵

I mange saker vil det bli anført andre forhold enn de helsemessige alene. Helsemessige lidelser som ikke alene gir tilstrekkelig grunnlag for oppholdstillatelse, kan inngå i helhetsvurderingen for om det foreligger sterke menneskelige hensyn. Blant annet kan foreldrenes helse ha betydning for barnas omsorgssituasjon.⁶⁶ Dersom det kan sannsynliggjøres at begge foreldrene på grunn av helseproblemer er ute av stand til å gi sine barn forsvarlig omsorg, skal dette tillegges stor vekt. Myndighetene skal i slike saker vurdere om det finnes andre omsorgspersoner i hjemlandet som kan gi barna forsvarlig omsorg.⁶⁷ Om det ikke finnes slike omsorgspersoner i hjemlandet vil hensynet til barnets beste klart tale for at familien bør gis tillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn.

I praksis skiller det mellom tilfeller der helseproblemer er en årsak til at utlendingen kom til Norge og søkte om beskyttelse, og tilfeller der alvorlig sykdom har oppstått etter ankomst til riket. For eksempel er det gitt opphold på grunnlag av medfødt sykdom hos et barn som er født i Norge. Tilsvarende sykdom hos et barn som allerede var alvorlig sykt ved ankomsten til Norge, gir ikke grunnlag for opphold.⁶⁸ Bakgrunnen for dette er at dersom Norge åpner for å gi tillatelse på humanitært grunnlag for alvorlig syke barn, vil dette potensielt åpne for en stor belastning på det norske helsevesenet.

⁶² UNE ”helsemessige forhold” (2012) punkt 4.1.1

⁶³ Ibid. punkt. 4.2

⁶⁴ NOU 2004:20 s. 266

⁶⁵ UNE ”helsemessige forhold” (2012) punkt. 6.2.2

⁶⁶ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 421

⁶⁷ Ibid. 156

⁶⁸ UNE ”helsemessige forhold” (2012) punkt. 6.2.1

Etter gjeldene praksis ligger terskelen noe lavere for å gi oppholdstillatelse til barn enn til voksne på grunn av helsemessige forhold.⁶⁹ Det betyr at det ikke stilles samme krav til sykdommens alvorlighetsgrad når det gjelder vurderingen av oppholdstillatelse på bakgrunn av barnets helsetilstand. Dette forankres også i utl. § 38 tredje ledd annet punktum, der det står at barn kan gis tillatelse, selv om situasjonen ikke er så alvorlig at det ville blitt gitt tillatelse til en voksen.⁷⁰ Det innebærer videre at forvaltningen ved vurderingen, kan legge mindre vekt på de innvandringsregulerende hensyn enn om det gjaldt en voksen.⁷¹ Terskelen for hva som regnes som et adekvat behandlingstilbud i hjemlandet heves når det gjelder barn.

Sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen

Etter utl. § 38 annet ledd bokstav c kan det legges vekt på de sosiale eller humanitære forholdene ved retursituasjonen. For de lengeværende barna og deres familier er det særlig denne bestemmelsen som er sentral for deres adgang til å få oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn. Vurderingstemaet her er forholdene i returområdet og søkerens individuelle forutsetninger for å returnere.⁷²

Som hovedregel vil ikke sosiale eller økonomiske problemer alene danne grunnlag for tillatelse. Slike problemer rammer svært mange mennesker verden over, og ved å åpne for å gi tillatelse på grunn av vanskelige humanitære situasjoner i hjemlandet vil konsekvensen være en betydelig økt innvandring til Norge.⁷³ Det vil ikke kunne legges avgjørende vekt på om søkeren vil få en bedre materiell, sosial eller humanitær situasjon i Norge, til tross for at dette er tilfellet for de aller fleste saker.⁷⁴ Av hensyn til Norges økonomiske, politiske og utlendingpolitiske mål, er det imidlertid ikke mulig å tilby alle oppholdstillatelse i Norge. Det kan likevel forekomme tilfeller der individuelle forhold ved søkerens livssituasjon er så alvorlige at retur til hjemlandet anses som uforsvarlig.⁷⁵ Dette gjelder særlig for barnefamilier, eldre og syke.⁷⁶ Det må foretas en samlet vurdering av alle relevante hensyn som melder seg i den enkelte sak og som dermed danner grunnlag for vurderingen.

⁶⁹ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s 155

⁷⁰ Utl. § 38 tredje ledd annet punktum

⁷¹ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 155

⁷² *Kommentarutgave utlendingsloven* (2010) s. 315

⁷³ *Lærebok i utlendingsrett* (2013) s. 322

⁷⁴ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 420

⁷⁵ *Lærebok i utlendingsrett* (2013) s. 322

⁷⁶ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 157

Offer for menneskehandel

Det kan ved vurderingen av om søkeren skal innvilges tillatelse, legges vekt på om søkeren har vært offer for menneskehandel, jf. Utl. § 38 annet ledd bokstav d. Menneskehandel kan ramme barn, men har ikke vært en sentral problemstilling i sakene om lengeværende barn.

Individuell vurdering

Det understrekes i uf. § 8-1 at ved vurderingen av om det skal gis oppholdstillatelse etter § 38 skal forvaltningen foreta en vurdering av søkerens individuelle situasjon. Det vil ved vurderingen særlig være viktig å se hen til søkerens personlige forutsetninger for å returnere.

I samsvar med forståelsen som er lagt til grunn både i folkeretten og i norsk rett er barn anerkjent som selvstendige rettssubjekter med individuelle rettigheter.⁷⁷ Barn har derfor krav på en selvstendig vurdering av sin asylsøknad. Dette gjelder også ved vurderingen av oppholdstillatelse på humanitært grunnlag etter utl. § 38. Barnets rett til å bli hørt i saker som angår dem er lovfestet i utl. § 81. Dette er viktig for at barnets interesser i størst mulig grad skal bli ivaretatt.

Barnesensitiv vurdering

Etter utl. § 38 tredje ledd, annet punktum skal forvaltningen forta en barnesensitiv vurdering, når søknaden gjelder barn. Barn kan gis oppholdstillatelse på grunn av ”sterke menneskelige hensyn” eller ”særlig tilknytning til riket” selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.⁷⁸ Dette begrunnes i at barn er generelt mer sårbare enn voksne og det er derfor viktig med regler som sørger for at dette blir tatt i betraktning når forvaltningen skal vurdere oppholdstillatelse i saker som gjelder barn. Dersom barnet vært utsatt for traumatiske hendelser i hjemlandet eller av andre grunner lever under ekstraordinære vanskelige sosiale forhold må forvaltningen ta hensyn til at barnet har et særlig behov for trygge og stabile omgivelser.⁷⁹ Om barnet lever med varig handicap eller har blitt utsatt for seksuelle eller voldelige opplevelser i hjemlandet kan dette tillegges vekt ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn.

Barns tilknytning

Uf. § 8-5 har en bestemmelse som sier at dersom søknaden gjelder barn, skal barnets tilknytning til riket tillegges ”særlig vekt”. Bestemmelsen gir ikke rett til oppholdstillatelse på bakgrunn av barnets tilknytning, men pålegger forvaltningen å tillegge barns tilknytning til riket stor vekt ved vurdering av oppholdstillatelse etter § 38. Lang botid i riket, kan danne grunnlag

⁷⁷ Einarsen (2013) s.288

⁷⁸ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 159

⁷⁹ NOU 2004:20 s. 266

for denne tilknytningen.⁸⁰ Oppholdets varighet vil her være av stor betydning. Kravet til oppholdstid kan ikke fastsettes absolutt, men som utgangspunkt vil ikke oppholdstid under tre år være tilstrekkelig.⁸¹ Uf. § 8-5 er en videreføring av uf. av 1990 § 21b, som ble inntatt i forskriften i 2007. Ikrafttredelsen av § 21b innebar en praksisendring, der barnets tilknytning skulle nå få større vekt ved vurderingen av oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn.⁸²

Krav til dokumentasjon

Etter uf. § 8-12 er det som hovedregel et krav for å få oppholdstillatelse på humanitært grunnlag at utlendingen fremskaffer dokumentasjon for å sannsynliggjøre sin identitet. Dette kravet kan lempes dersom det foreligger sannsynlighetsovervekt for at den oppgitte identitet er riktig. Jf. Ordene ”mest sannsynlig” i forskriftens første ledd. Det stilles ikke veldig strenge krav til at utlendingen har medvirket til å sannsynliggjøre sin identitet. Det må vanligvis anses oppfylt dersom utlendingen samarbeider om å sannsynliggjøre sin identitet og fremlegger dokumenter som kan bekrefte utlendingens identitet. Siden identitetsdokumenter fra mange land vil ha liten notoritet, vil det ikke nødvendigvis være tilstrekkelig at søkeren fremlegger pass. I mange land vil slike dokumenter ha liten verdi for norske myndigheter, fordi omfanget av korrupsjon og manglende registre i hjemlandet gjør at slike dokumenter lett kan fremskaffes ulovlig.⁸³ Selv om utlendingen fremlegger pass, kan det allikevel foreligge tvil om søkerens identitet. For eksempel kan opplysninger gitt i asylintervjuet gjøre at myndighetene kan betvile om de fremlagte identifikasjonsdokumentene er ekte.

Dersom søkeren ikke medvirker til å klargjøre sin identitet, vil dette kunne være et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Av hensyn til rikets sikkerhet og av hensynet til kontroll vil det være viktig for norske myndigheter å føre en kontroll med hvem som befinner seg i Norge. Dersom det av hensyn til søkerens sikkerhet eller manglende notoritet til hjemlandets identifikasjonsdokumenter må anses å være umulig å fremskaffe slike dokumenter, kan det likevel gis begrenset tillatelse etter utl. § 38 femte ledd.

⁸⁰ Meld. St. 27

⁸¹ Rundskriv A-63/09 vedlegg 8 side 2

⁸² Rundskriv A-25/2007 punkt. 1

⁸³ une.no ”vurderinger og registrering av identitet”

6 Barnets beste

6.1 Barnets beste i utl. § 38

Prinsippet om barnets beste er nedfelt i utl. § 38 tredje ledd og sier at barnets beste ”skal” være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn. Etter en alminnelig språklig forståelse er barnets beste et av de primære hensyn i vurderingen av saker som berører barn. Et spørsmål som reiser seg er hvorfor lovgiver har inntatt dette hensynet direkte i lovteksten, når forvaltningen uansett er forpliktet til å tolke norske bestemmelser i samsvar med barnekonvensjonen. Som et ledd i regjeringens ønske om å styrke barns rettigheter, ble dette hensynet direkte inntatt i lovteksten for å markere viktigheten av at dette hensynet ivaretas ved skjønnsutøvelsen. Det bidrar også til å styrke innføringen av BK art 3 nr. 1.

Stortingsmeldingen understreker at det er ikke hensiktsmessig med uttømmende rettsregler og retningslinjer for å fastsette hva som ligger i prinsippet om barnets beste ved vurderingen av den enkelte sak.⁸⁴ Det må foretas konkrete helhetsvurderinger der forvaltningen vurderer hver enkelt sak konkret og individuelt. Forhold som har vært tillagt vekt ved vurderingen av barnets beste er blant annet oppvekstvilkår i Norge og hjemlandet, foreldrenes omsorgsevne og barnets tilknytning og integrering. Den sosiale og menneskerettslige situasjonen ved retur vil videre ha betydning i denne vurderingen.⁸⁵ I forarbeidene understreker departementet viktigheten av at forvaltningen foretar grundige vurderinger av alle sider ved barnets situasjon og at vurderingene som er foretatt fremkommer tydelig av vedtaket.⁸⁶

Selv om velstands- og sikkerhetssituasjonen i Norge er langt bedre enn i de fleste land det kommer asylsøkere fra, betyr det ikke nødvendigvis at det er til barnets beste å bli i Norge.⁸⁷ Det er tydelige verdier knyttet til å vokse opp et sted hvor røttene, nettverket og tilhørigheten er sterk, både språklig og kulturelt.⁸⁸ Mange av barna som kommer til Norge sliter med savnet etter øvrig familie i hjemlandet, og dette vil særlig gjelde for de barna som ankommer Norge som enslige mindreårige asylsøkere. Også barn som ankommer Norge med foreldrene kan slite med et savn for tilhørigheten og venner og familie i hjemlandet. Det er knyttet betydelige kulturelle, språklige og sosiale utfordringer for et større barn når barnet skal tilpasse seg et nytt land. Mange barn vil slite med frustrasjon over å ikke bli forstått og har vanskeligheter med å føle at de passer inn. For mindre barn, som primært har hatt tilknytning til sine foreldre

⁸⁴ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 45

⁸⁵ UNE Betydningen av ”barnets beste” i asylsaker punkt. 2.1, 2.3 og 2.4

⁸⁶ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 161

⁸⁷ Ibid. s. 160

⁸⁸ Ibid. s. 159

før de kom til Norge, vil dette være langt mindre problematisk. For barn som kommer til Norge i ung alder eller blir født her under foreldrenes påvente av oppholdstillatelse og blir boende flere år etter endelig avslag, opplever ofte at de får en sterkere tilknytning til Norge enn sitt hjemland.

6.2 Barnets beste i BK art. 3 nr. 1

Barnekonvensjonen skal tolkes i henhold til de allment aksepterte tolkningsprinsippene i Wien-konvensjonen, nedfelt i konvensjonens art 31 nr. 1.⁸⁹ Som et utgangspunkt for all konvensjonstolkning skal BK tolkes etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden.⁹⁰ Videre skal BK tolkes lojalt, i god tro og i samsvar med konvensjonens kontekst og formål.⁹¹ At barnets beste skal være et sentralt hensyn i saker som berører barn er lett å forstå ut fra den allmenlige språklige forståelsen. Likevel er det kan det lett oppstå tvil om hvor sterkt dette prinsippet står mot andre hensyn når domstolen og andre rettsanvendere skal tolke betydningen av enkeltartikler i konvensjonen.

Prinsippet om barnets beste er blitt beskrevet som det mest sentrale i konvensjonen. Prinsippet bygger på en grunnidé om at man ved alle beslutninger som berører barn skal ta utgangspunkt i det enkelte barns behov og forutsetninger og ut fra en overordnet vurdering fastsette hva som er best for det enkelte barn.⁹² I likhet med mange av de andre artiklene i barnekonvensjonen er art 3 vag og uklar. Prinsippet angir ikke en såkalt positiv rett som det kan utledes et rettskrav ut fra. Hensynet til barnets beste er derfor nærmest å anse som et overordnet hensyn som må vurderes i alle saker som angår barn, fremfor en konkret rettighetsbestemmelse.

Prinsippet om barnets beste gjelder for alle personer under 18 år. Prinsippet gjelder for barn som enkeltindivider, men også generelt eller som gruppe.⁹³ I tråd med grunnprinsippet om ikke-diskriminering gjelder forpliktelsene i barnekonvensjonen også for barn med en uavklart tilknytning til landet, som asylbarn eller barn uten lovlig opphold i landet.⁹⁴ Hva som er det beste for hvert enkelt barn vil variere ut fra hvilken kontekst man befinner seg i. Innholdet i

⁸⁹ Siden Norge ikke har ratifisert Wien-konvensjonen, er vi ikke formelt bundet av den. Likevel følger det av folkerettslig sedvane at vi legger dens tolkningsprinsipper til grunn ved tolkningen.

⁹⁰ Wien-konvensjon art 31 nr. 1

⁹¹ I.c.

⁹² *Barn som samfunnsborgere* (2010) s. 17

⁹³ CRC/C/GC/14 (2013) s. 7 avsnitt c

⁹⁴ *Barn som samfunnsborgere* (2010) s. 192

begrepet vil endres over tid, og kulturelle forskjeller vil ha betydning for hvilken mening begrepet tillegges.⁹⁵ Det vil derfor ikke mulig å tilskrive begrepet et entydig innhold.⁹⁶

BK art 3 nr. 1 pålegger alle tiltrådte stater å ta høyde for at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som vedrører barn. Dette gjelder alle handlinger som foretas av offentlig eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer.⁹⁷

Bestemmelsen angir prinsipper som forvaltningen må forholde seg til når det skal avgjøres om et barn skal gis opphold i Norge etter en skjønnsmessig vurdering av sterke menneskelige hensyn eller tilknytning etter utl. § 38.⁹⁸ Prinsippet får også betydning i saker som ikke angår barnet direkte, men som likevel vil få betydning for barnet, for eksempel i saker som gjelder spørsmålet om utvisning av barnets foreldre. Spørsmål om barnets beste ved vurderingen av utvisning av barnets omsorgsperson faller utenfor denne avhandlingen og vil derfor ikke bli drøftet ytterligere i det følgende.

Barnets rett til å uttale seg i saker som angår dem, er sentralt når myndighetene skal fastsette hvilken løsning som vil være det beste for det enkelte barn. Det er derfor viktig at barnets rett til å uttale seg blir gjennomført i praksis.⁹⁹ BK art 12 stedfester barnets rett til å bli hørt for barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter. ”Barnets synspunkter skal tillegges behørig vekt i samsvar med barnets alder og modenhet”.¹⁰⁰ Barns uttalerett er også nedfelt i forvaltningsloven § 17. Dette er med å synliggjøre forvaltningens plikt til å tillegge barns synspunkt behørig vekt i utlendingssaker. Asylbarn tilhører en særlig sårbar gruppe barn og kan generelt anses å ha en sterkere interesse enn andre barn av å uttale seg i saker som omhandler dem. Disse barna er spesielt utsatt for å bli overkjørt og utestengt som følge av manglende evne til å ivareta egne interesser. Fordi asylbarna mangler ressurser for å ivareta egne rettigheter, er det derfor viktig myndighetene har klare regler som sørger for at disse barna blir hørt i saker som angår dem.¹⁰¹

I generell kommentar nr. 14 fra FNs barnekomité fremhever komiteen at ordene ”skal være” legger en sterk juridisk forpliktelse på statene og medfører at stater ikke kan utøve skjønn med

⁹⁵ Høstmølingen (2012) s. 52

⁹⁶ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s.160

⁹⁷ BK art 3 nr. 1

⁹⁸ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 159

⁹⁹ Meld. St. 27 s. 35

¹⁰⁰ I.c.

¹⁰¹ *Barn som samfunnsborgere* (2010) s. 192

hensyn til om barnets beste skal vurderes og tillegges riktig vekt som et grunnleggende hensyn i alle tiltak som berører barnet. Videre sier komiteen at uttrykket ”grunnleggende hensyn” angir et meningsinnhold som betyr at andre hensyn ikke kan vurderes på samme nivå som hensynet til barnets beste. Hva komiteen legger i andre hensyn er ikke klart, men det må her kunne tenkes å omfatte hensyn som står i konflikt med hensynet til barnets beste, herunder innvandringsregulerende hensyn. Dette begrunnes i at barn står i en særlig sårbar situasjon som er en direkte årsak av deres avhengighet, modenhet, juridiske status og manglende evne til å påberope seg og ivareta egne rettigheter. Dette hensynet må derfor fremheves fordi barn ikke vil ha den samme muligheten som voksne til å føre en sak for egne interesser og være involvert i beslutninger som angår dem.¹⁰²

Videre i kommentar nr. 14 kommer komiteen med en rekke momenter som de mener skal være med i vurderingen av hensynet til barnets beste. Særlig må uttalelser om barnets behov for omsorg, sikkerhet og beskyttelse være viktige hensyn å tilstrebe når det gjelder asylsøkende barn. Videre vil barnets sårbarhetssituasjon ha betydning for vurderingen. Dette vil blant annet omfatte om barnet eksempelvis har en funksjonshemming eller tilhører en minoritetsgruppe. Dersom barnet er asylsøker eller flykning vil dette medføre at barnet i det vesentlige står i en mer sårbar situasjon. Barnets rett til helse er også et sentralt vurderingsmoment. Dersom barnet lider av en alvorlig helsesrelatert lidelse, vil dette tale klart for at det er til barnets beste å få bli i Norge, der behandlingstilbudet og muligheten for økt livskvalitet på tross av sykdommen, er betydelig bedre. Endelig nevnes barnets rett til utdanning som et viktig moment i vurderingen.¹⁰³

6.3 Vekten av barnets beste

Ordlyden i den engelske originalteksten til BK art 3 nr. 1 sier at barnets beste skal være ”a primary consideration”. Barnets beste skal altså være ”et grunnleggende hensyn”. Ved utformingen av konvensjonsteksten ble det fremmet et forslag om at hensynet skulle være ”the paramount consideration”. Selv om det var enighet om barnets beste skulle være et viktig hensyn, ble det påpekt at det kan oppstå tilfeller der barnets beste må vike. Som et eksempel ble det trukket frem at det ved fødsel kan oppstå akutte komplikasjoner, hvor det kan bli nødvendig å måtte ta et valg om å redde moren eller barnets liv. Barnets beste som et grunnleggende, fremfor det viktigste hensyn ble derfor vedtatt. Dette begrunnet med at det kan tenkes situa-

¹⁰² CRC/C/CG/14 (2013) side. 9

¹⁰³ Ibid. s. 12

sjoner hvor dette hensynet ikke alltid kan være det overbærende hensynet.¹⁰⁴ Denne forståelsen av barnets beste er også lagt til grunn i forarbeidene til den nye utlendingsloven.¹⁰⁵

I Stortingsmeldingen ble det understreket at ordlyden markerer at også andre hensyn kan tillegges like stor eller større vekt.¹⁰⁶ Denne forståelsen av konvensjonen har langvarig støtte i retts- og forvaltningspraksis.¹⁰⁷ Barnets beste skal altså være et grunnleggende, men vil ikke ha en absolutt prioritet foran andre hensyn. Den samme forståelsen om betydningen av prinsippet om barnets beste legges også til grunn i forarbeidene til den nye utlendingsloven.¹⁰⁸

I Rt. 2009 s. 1261 tolket Høyesterett vekten av barnets beste. Ett spørsmål var om BK art 3 nr. 1 var til hinder for at andre hensyn, som innvandringsregulerende kunne tillegges vekt. Om vekten av barnets beste uttaler Høyesterett; ”Uttrykket ”a primary consideration” innebærer rent språklig at hensynet til barnets beste ikke er det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende hensynet i saker som berører barns interesser.”¹⁰⁹ Høyesterett legger til at denne forståelsen er i samsvar med hvordan hensynet skal forstås i forarbeidene til barnekonvensjonen. Den samme forståelsen av barnets beste får støtte i en tidligere rettsavgjørelse. Her uttales det at ”kjæremålsutvalget finner det klart at lagmannsretten ikke har feiltolket barnekonvensjonens artikkel 3 når den har lagt til grunn at myndighetene ikke er avskåret fra å legge vekt på andre momenter enn hensynet til barnets beste”.¹¹⁰

I konvensjonens forarbeider står det at med hensyn til den reviderte teksten, stilte en rekke delegater spørsmålsteget ved om barnets beste skulle være et grunnleggende i hensyn i alle handlinger. Det ble generelt bemerket at ”that there situations in which the competing interests, inter alia, of justice, and of the society at large should be of at least equal, if not greater, importance than the interests of the child.”¹¹¹ Også forarbeidene til barnekonvensjonen understreker at ordlyden ble valgt bevisst for å ta hensyn til at andre viktige hensyn kan ha like stor, eller større vekt enn hensynet til barnets beste.

¹⁰⁴ Høstmølingen (2012) s. 55

¹⁰⁵ NOU 2004:20 s. 92

¹⁰⁶ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 30

¹⁰⁷ I.c.

¹⁰⁸ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 159

¹⁰⁹ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 31

¹¹⁰ Rt. 1993 s.1591

¹¹¹ Forarbeider BK vol 1 (2007) s. 345 avsnitt 121

Den samme forståelsen av barnets beste i BK art 3 nr. 1 er lagt til grunn i forarbeidene til utlendingsloven.¹¹² ”ordlyden markerer at også andre hensyn enn hensynet til barnets beste kan tillegges vekt, ved vurderingen av saker som berører barn.”¹¹³

6.4 Betydningen av uttalelser fra FNs barnekomité

FNs barnekomité består av en ekspertkomité, som har til oppgave å overvåke at konvensjonslandene har tatt de nødvendige skritt for å oppfylle forpliktelsene de har påtatt seg etter konvensjonen. Barnekomiteens som overvåkningsorgan er avhengig av skriftlige rapporter med opplysninger fra medlemslandene samt informasjon den mottar fra FN-organene.¹¹⁴ Landene sender inn rapporter hvert femte år, og disse inneholder opplysninger om tiltak som er vedtatt og som iverksetter rettigheter for barn etter konvensjonen.¹¹⁵ Det er enighet mellom medlemslandene at komiteens uttalelser ikke er juridisk bindende. Komiteens uttalelser er likevel verdifulle retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av konvensjonen.¹¹⁶

I Rt. 2009 s. 1261 tolket Høyesterett betydningen av en generell uttalelse fra FNs barnekomité angående vekten av barnets beste. Saken gjaldt retur av en enslig mindreårig asylsøker. Spørsmålet har likevel betydning for denne avhandlingen fordi Høyesterett tolker hvilken vekt generelle uttalelser gitt av FNs barnekomité skal ha ved anvendelse av BK art 3 nr. 1.

I FNs barnekomité's generelle kommentar nr. 6 står det at ”argumenter som ikke er basert på rettigheter”, som eksempelvis vedrører generell innvandringskontroll, ”kan ikke settes foran hensynet til barnets beste” i saker der barnet er enslig mindreårig asylsøker.¹¹⁷

Saksøker anførte at å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn i saker som gjaldt enslige mindreårige asylsøkere var i direkte motstrid med uttalelse gitt av FNs barnekomité. Da BK art 3 nr. 1 ikke gir et entydig svar på hvordan hensynet til barnets beste skal vektlegges når dette kommer i direkte konflikt med andre hensyn, måtte uttalelsen tillegges betydelig vekt ved tolkningen. På lik linje med uttalelser fra FNs menneskerettighetskomité og avgjørelser fra EMD.

¹¹² NOU 2004:20 s. 92

¹¹³ I.c.

¹¹⁴ Høstmælingen (2012) s.22

¹¹⁵ Meld. St. 27 s. 31 se også Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 40

¹¹⁶ Ot. prp. nr. 104 (2008-2009) s. 26

¹¹⁷ CRC/GC/2005/6 avsnitt. 86

Høyesterett uttaler at komitéens generelle kommentar må forstås som at innvandringsregulerende hensyn ikke kan tillegges vekt, kun gjelder i situasjoner der barnet er i en situasjon som ikke tilsier retur. Flertallet i Høyesterett tolket uttalelsen dithen at det ikke kan forstås som at innvandringsregulerende hensyn aldri kan tas i betraktning i saker som gjelder enslig mindreårige asylsøkere.¹¹⁸ Særlig må dette gjelde i saker der det ikke gjelder betydningen av rent generelle innvandringsregulerende hensyn, men der avveiningen er basert på et ønske om å beskytte andre barn fra å havne i samme situasjon.

Utgangspunktet må være at barnet skal gjenforenes med sin familie. Flertallet i Høyesterett tolket uttalelsen slik at det ikke kunne forstås slik at familiegjenforening ikke kunne vurderes under barnets beste. Førstvoterende tilføyer at dersom uttalelsen skal ha en så stor rekkevidde at innvandringsregulerende hensyn aldri kan tillegges vekt i saker med enslige mindreårige asylsøkere, måtte det forventes at uttalelsen måtte klarere utformet og kommunisert til medlemslandene.¹¹⁹ Høyesterett legger til grunn at uttalelsen bare kan tolkes bokstavelig i saker der barnet har et selvstendig beskyttelsesbehov, eller i saker der gjenforening med familie i hjemlandet er umulig eller uforsvarlig.

Om vekten av generell kommentarer gitt av FNs barnekomité viser førstvoterende til Rt. 2008 s. 1764 der en uttalelse gitt av FNs menneskerettighetskomite ”måtte tillegges betydelig vekt som rettskilde”.¹²⁰ Førstvoterende bemerker at det er ikke opprettet noe tilsvarende individklageordning etter barnekonvensjonen. Uttalelsene fra FNs barnekomité må derfor anses for å ha mindre vekt. I etterkant av rettsavgivelsen i Rt. 2009 s. 1261 har tilleggsprotokollen til FNs barnekonvensjonen kommet i stand. Protokollen trådte offisielt i kraft ved undertegnelse fra 20 medlemsland 28. Februar 2012. Norge har foreløpig ikke sluttet seg til tilleggsprotokollen per. 20.11.14.

Høyesterett viser til uttalelser om vekten av generell kommentarer gitt av barnekomiteen, i forbindelse med vekten av den på andre rettsområder. I en uttalelse fra departementet i forbindelse med generelle kommentarers vekt for barneloven uttaler departementet at ” de generelle kommentarene som FNs barnekomité utgir er verdifulle retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av konvensjonen”. Siden barnekomiteen er et ekspertorgan bør det derfor ”legges relativt stor vekt på disse uttalelsene ved tolkning og anvendelse av konvensjonens bestem-

¹¹⁸ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 62

¹¹⁹ I.c.

¹²⁰ Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 81

melser i praksis”.¹²¹ Høyesterett uttaler at ”man kan etter mitt syn ikke legge mer i dette enn at det formelle grunnlaget for at uttalelsen er avgitt, har en viss betydning for den vekt den skal tillegges”.¹²²

Høyesterett presiserer at det er på det rene at komiteuttalelser generelt ikke er folkerettslig bindene.¹²³ Hvor stor vekt uttalelsen skal tillegges vil derfor bero på ”...hvor klart den må anses å gi uttrykk for overvåkningsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonen”.¹²⁴ Høyesterett uttaler at vekten også vil bero på om uttalelsen må anses som en tolkningsuttalelse eller som en tilrådning om optimal praksis på konvensjonens område. Deretter må det vurderes om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde. Generelle uttalelser som ikke er knyttet til enkeltsaker eller landrappporter vil ha liten vekt fordi de ikke har vært gjenstand for dialog mellom komiteen og den berørte stat.¹²⁵ Generell kommentar nr. 6 ble ikke tillagt avgjørende vekt av Høyesterett i denne saken.

Etter dette er det klart at hensynet til barnet beste er et grunnprinsipp som skal tillegges stor vekt ved alle handlinger som berører barn. Høyesterett har likevel slått fast at barnets beste ikke er det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende i saker som berører barn.¹²⁶

¹²¹ Ot. prp. 104 (2008-2009)

¹²² Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44

¹²³ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 41

¹²⁴ Ibid. avsnitt 44

¹²⁵ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44

¹²⁶ Ibid. avsnitt 31

7 Barnets beste kontra innvandringsregulerende hensyn

7.1 Utgangspunkt

I mange saker vedrørende lengeværende barn vil det klart være til barnets beste at barnet og familien får oppholdstillatelse i Norge.¹²⁷ Mange av barna som søker om oppholdstillatelse her, kommer fra land som er preget av store fattigdomsproblemer. Norge er en velferdsstat, og oppholdstillatelse her vil gi rett til en rekke goder som det for mange ikke vil være mulig å oppnå i hjemlandet.¹²⁸ I Norge vil barna blant annet få tilgang til materielle goder, helsetilbud, rett til skolegang, trygghet og beskyttelse. Selv om det klart er i barnets favør at barnet innvilges oppholdstillatelse etter § 38, er ikke dette nødvendigvis et tilstrekkelig grunnlag myndighetene til å gi oppholdstillatelse. Det er nødvendig at forvaltningen foretar en avveining mot de innvandringsregulerende hensyn.¹²⁹ Hva skal veie tyngst: barnets beste eller innvandringshensyn?

7.2 Innvandringsregulerende hensyn

Begrepet omfatter ulike hensyn. Det sentrale elementet, er som nevnt å sikre en kontrollert og begrenset innvandring til Norge.¹³⁰ Innvandringsregulerende hensyn er et viktig moment ved vurderingen av oppholdstillatelser etter § 38 og er av stor betydning for vurderingen. Fordi Norge ikke er folkerettslig forpliktet til å gi oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning er det også nødvendig å vurdere de samfunnsmessige konsekvensene av å gi tillatelse. Regjeringen har understreket at terskelen for å gi oppholdstillatelse på humanitært grunnlag generelt må ligge høyt, fordi en liberal praksis vil få stor betydning for den samlede innvandringen til Norge.¹³¹

Innvandringsregulerende hensyn forvaltningen kan tillegge vekt i vurderingen av om det skal gis oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning, er listet opp i § 38 fjerde ledd bokstav a-d. I bokstav a nevnes mulige konsekvenser for omfanget av søknader på lignende grunnlag. Om dette sier forarbeidene at ”dersom en innvilgelse ikke vil gi potensielt økt tilstrømning av betydning eller få særlige konsekvenser for andre saker som venter på avgjørelse, kan det være rom for i større grad å innvilge enn der de innvandringsregulerende hensyn gjør seg sterkt gjeldende.” Dette vil innebære at vekten av de innvandrings-

¹²⁷ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 159

¹²⁸ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 45

¹²⁹ NOU 2004:20 s. 268

¹³⁰ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 46

¹³¹ Ibid. s. 45

regulerende hensyn her vil kunne variere. Om vekten av innvandringsregulerende hensyn som mulige konsekvenser for omfanget av lignende søknader uttaler Høyesterett i Rt. 2012 s.1985 at ”de avledede konsekvenser av et vedtak vil altså være sentralt for hvilken vekt de innvandringsregulerende hensyn skal tillegges”.¹³² Desto mindre konsekvenser en innvilgelse av oppholdstillatelse får for andre saker, jo større rom vil det være for at forvaltningen legger vekt på de individuelle forhold.¹³³ Høyesterett understreker at i tilfeller som gjelder barn vil ”hensynet til barnets beste derfor lettere kunne bli avgjørende i avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn der det er spesielle forhold knyttet til barnet, enn der barnet er i en normalsituasjon som ikke atskiller seg fra det som fra det som gjelder for barn flest som søker opphold”.¹³⁴

Videre kan forvaltningen etter bokstav b legge vekt på de samfunnsmessige konsekvenser ved å gi oppholdstillatelse. Herunder ligger et ønske om å hindre uønsket innvandring av søkere som kan utgjøre en trussel for samfunnet.¹³⁵ Hensynet til samfunnsmessige konsekvenser kan også gjøre seg gjeldene dersom søkeren vil utgjøre en stor belastning for helse- og sosialvesenet.¹³⁶ De samfunnsmessige konsekvenser er ikke et særlig relevant innvandringsregulerende hensyn for lengeværende barn. Dersom barnet lider av en så alvorlig sykdom at det vil utgjøre en belastning for det norske helsevesenet, vil det ofte tale klart i retning av barnets beste at barnet får oppholdstillatelse i Norge, og de innvandringsregulerende hensyn vil i tilfeller som gjelder alvorlig syke barn bli tillagt mindre vekt enn dersom det gjaldt en voksen i samme situasjon. Dette presiseres også i forarbeidene.¹³⁷

Hensynet til kontroll er inntatt i bokstav c og skal gjenspeile at innvandringsregulerende hensyn også kan begrunnes i kontrolltekniske hensyn. Det vil være svært ressurskrevende for norske myndigheter å kontrollerer at alle opplysninger gitt av den enkelte søker er riktige. Som eksempel viser forarbeidene til opplysninger gitt av søkeren om at han vil stå uten bolig og arbeid ved retur. Videre vil opplysninger om at søkeren står uten hjelp fra familie og venner ved tilbakekomst, av prosessøkonomiske hensyn være umulig for myndighetene å verifisere i hver enkelt sak. Myndighetene må her forholde seg til informasjon gitt av uavhengige kilder, slik som landinfo og basere forholdene i hjemlandet på oppdaterte rapporter om generelle forhold fra søkerens hjemsted.¹³⁸ Opplysninger gitt av søkeren om slike forhold vil derfor normalt tillegges liten vekt. Forarbeidene understøtter at det likevel kan tenkes unntak,

¹³² Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 118

¹³³ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 119 se også Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 154

¹³⁴ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 119

¹³⁵ NOU:20 (2004) s. 268

¹³⁶ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 46

¹³⁷ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s.155

¹³⁸ Landinfo.no

blant annet for personer som anses å være særlig sårbare, herunder enslige kvinner med omsorg for barn og enslig mindreårige asylsøkere.¹³⁹

I bokstav d nevnes hensynet til respekten for lovens øvrige regler. Departementet påpeker at det her er nødvendig skille mellom de som samarbeider om retur etter endelig avslag på søknad om oppholdstillatelse, og personer som ikke samarbeider.¹⁴⁰ Uf. § 8-5 har bestemmelser som regulerer adgangen til å gi oppholdstillatelse til søkere som har samarbeidet med å muliggjøre retur, men der det av ulike grunner ikke har blitt iverksatt retur.

Gjennom Stortingsmeldingen gir regjeringen uttrykk for at UNEs praksis i saker om lengeværende barn fra de senere år, tyder på at det i en del saker har blitt lagt større vekt på innvandringsregulerende hensyn enn hva som var forutsatt da regelverket ble vedtatt. Regjeringen understreker at uf. § 8-5 må forstås slik at ulovlig opphold og oversittet utreisefrist i seg selv skal tillegges mindre vekt enn aktiv motarbeidelse, når barnet har en tilknytning til Norge som taler for at oppholdstillatelse bør gis.¹⁴¹ Regjeringen understreker videre at oversittet utreisefrist og ulovlig opphold, der familien har vært ”tilgjengelig for utsendelse og har samarbeidet til å sannsynliggjøre sin identitet er i herunder å betrakte som mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Derimot vil bruk av falsk identitet, herunder ulike og uekte dokumenter for å skjule sin identitet eller villedede norske myndigheter vært et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn som klart taler mot at tillatelse skal gis.¹⁴²

Der foreldrene har foretatt handlinger som faller inn under straffebud i straffeloven, vil dette være tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, avhengig av forholdets karakter.¹⁴³ Dette legges også til grunn i forarbeidene som understøtter at forvaltningen må kunne føre en restriktiv praksis overfor personer som har fått endelig avslag, og motsetter seg retur.¹⁴⁴ Begrunnelsen for dette er at ”dersom man åpner for formalisert oppholdstillatelse til personer som ikke medvirker til egen retur, vil dette kunne være en pull-faktor som øker tilstrømmingen til landet og et incentiv for flere til ikke å samarbeide om egen retur. Potensialet er i denne sammenhengen betydelig, fordi det allerede i dag er mange som ikke vil reise frivillig selv om dette er mulig...”¹⁴⁵ Stortingsmeldingen understreker også at for utlendinger som aktivt unndrar seg tvangsmessig retur eller har hatt opphold i skjul for norske myndigheter, må dette

¹³⁹ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 154

¹⁴⁰ Ibid. s. 166

¹⁴¹ Meld. St. 27 (2006-2007) s. 56

¹⁴² Ibid. s. 57

¹⁴³ I.c.

¹⁴⁴ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 154

¹⁴⁵ Ibid. s. 166

anses for å være et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn.¹⁴⁶ I Stortingsmeldingen¹⁴⁷ uttrykkes det at utl. § 38 fjerde ledd bokstav a-d ikke er en uttømmende liste over innvandringsregulerende hensyn forvaltningen kan tillegge vekt. Dette er allikevel de hensynene som i praksis er de viktigste.

7.3 Innvandringsregulerende hensyn vs. barnets beste

Etter ordlyden i § 38 er barnets beste et hensyn som ”skal” tillegges vekt. De innvandringsregulerende hensyn er derimot et hensyn som det ”kan” tillegges vekt. Ved ren språklig forståelse av ordlyden vil da hensynet til barnets beste ha større vekt og triumfere de innvandringsregulerende hensyn der disse hensynene vil trekke i hver sin retning. I forarbeidene¹⁴⁸ til den nye utlendingsloven var det fra forvaltningen fremmet et ønske om at de innvandringsregulerende hensyn skulle være mer synlige i den nye lovbestemmelsen. Både av pedagogiske hensyn som en signaleffekt og for å klarlegge at innvandringsregulerende hensyn kunne tillegges stor betydning ved vurdering av oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Departementet var enig i at innvandringsregulerende hensyn var et relevant vurderingsmoment i disse sakene, og at det var en svakhet ved at den tidligere bestemmelsen ikke hadde en henvisning til innvandringsregulerende hensyn. Likevel mente departementet at det ikke var nødvendig å innta i bestemmelsen at det skal tillegges vekt fordi hensynet i en del saker ville ha liten vekt.¹⁴⁹ Innvandringsregulerende hensyn ble derfor inntatt i loven som et hensyn som ”kan” tillegges vekt i vurderingen av oppholdstillatelse etter § 38.

Om vekten av barnets beste mot innvandringsregulerende hensyn sier forarbeidene ”etter at forvaltningen har tatt hensynet til barnets beste i betraktning i den enkelte sak, gir ikke barnekonvensjonen art 3 noe absolutt direktiv for hvordan den enkelte sak skal avgjøres. Motstående hensyn, som for eksempel hensynet til en kontrollert og regulert innvandring, vil derfor i utgangspunktet tillegges like stor eller endog større vekt”.¹⁵⁰ I forarbeidene til den nye utlendingsloven presiseres det at ”selv om hensynet til barnets beste skulle tilsi at barnet innvilges opphold i Norge” er barnekonvensjonen ikke ”i seg selv til hinder for at innvandringsregulerende hensyn likevel kan legitimere et avslag på opphold”. Lovutvalget støttet seg til uttalelsen.¹⁵¹

¹⁴⁶ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 57

¹⁴⁷ Ibid. s. 46

¹⁴⁸ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 154

¹⁴⁹ I.c. s. 154

¹⁵⁰ Ibid. s. 160

¹⁵¹ Ibid. s. 160

Spørsmålet om vekten av barnets beste var gjenstand for tolkning i Høyesterett i Rt. 2009 s. 1261. Som nevnt under kapittel 6.3 la Høyesterett til grunn av uttrykket ”grunnleggende hensyn”, innebar rent språklig at hensynet til barnet ikke var det eneste, og heller ikke alltid være det avgjørende i saker som berører barns interesser.

I 2012 kom to plenumsdommer som igjen tolket spørsmålet om forståelsen av det særlige vernet for barn i utl. § 38 tredje ledd. Sakene gjaldt gyldigheten av UNEs avslag på søknad om asyl og opphold på humanitært grunnlag for en iransk og bosnisk familie. Begge sakene gjaldt barnefamilier, som hadde flere års ulovlig oppholdstid i Norge etter at det var fattet endelig negativt vedtak fra UNE. Det var knyttet stor spenning til utfallet av dommene, da de i stor grad ville klargjøre rettstilstanden rundt dette spørsmålet for fremtidige saker. Avgjørelsene ble behandlet i plenum og avsagt samme dag. Plenumsdommene viderefører den samme rettssetningen som ble lagt til grunn i Rt. 2009 s. 1261.

I Rt. 2012 s. 1985 slår Høyesterett fast at ”barnet beste skal veie tungt”.¹⁵² Videre presiserer HR at ” hensynet til barnets beste kan imidlertid avveies mot eventuelle motstridende interesser. innvandringsregulerende hensyn kan imidlertid være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste”¹⁵³ Høyesterett støtter denne argumentasjonen på uttalelser fra lovens forarbeider, som sier at barnekonvensjonen ikke er til hinder for at innvandringsregulerende hensyn kan tillegges større vekt.¹⁵⁴ Høyesterett legger altså til grunn den samme forståelsen av vekten av barnets beste som Høyesterett konkluderte med i Rt. 2009 s. 1261.

Høyesterett kom imidlertid med en presisering om hvordan vekten skulle forstås. HR uttaler at ”... jo tyngre hensynet til barnets beste er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn...”¹⁵⁵ Den samme forståelsen av barnets beste får støtte i forarbeidene som sier at dess større betydning avgjørelsen har for barnets situasjon, desto mer skal til for å kunne legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn.¹⁵⁶ Denne oppfatningen legges også til grunn i juridisk teori der det påpekes at dersom barnet er sentralt i saken, og den ene løsningen er klart bedre for barnet enn den andre, skal det tunge argumenter til for å sette barnets beste til side.¹⁵⁷

Foreldrene hadde i begge plenumsdommene nektet å samarbeide med norske myndigheter om å muliggjøre retur. De ankende parter anfører i Rt. 2012 s. 1985 at det å identifisere barnet

¹⁵² Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134

¹⁵³ I.c.

¹⁵⁴ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 160

¹⁵⁵ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134

¹⁵⁶ Inst.0 nr. 42 (2007-2008) Se også Meld. St. 27 (2011-2012) s. 46

¹⁵⁷ Høstmølingen (2012) s. 293

med foreldrenes brudd på utlendingslovgivningen er det samme som å straffe barna for noe foreldrene har gjort.¹⁵⁸ I forarbeidene presiseres det at barna selv er uskyldige i forhold til livssituasjonen og at det er foreldrene som står ansvarlige for at familien ikke returnerer etter endelig avslag, dersom frivillig retur er mulig.¹⁵⁹ Høyesterett slutter seg til uttalelsene i forarbeidene og understreker at barnet ikke skal ”straffes for den situasjonen foreldrene har brakt det i.” Høyesterett presiserer at det betyr ”...likevel ikke at innvandringsregulerende hensyn ikke kan bli avgjørende når man vurderer om lengeværende barn og deres familier skal få oppholdstillatelse”.¹⁶⁰

Høyesterett uttaler at ”når barna ikke kan bedømmes isolert fra foreldrenes ulovlige opphold, har det sammenheng med at barn i så fall lett vil kunne bli brukt som et ”middel” fra foreldrenes side for å oppnå oppholdstillatelse ved å la være å følge opp plikten til å forlate landet, med de uheldige følger det kan få for andre barn.”¹⁶¹ I dette ligger det at også de allmennpreventive virkningene av et vedtak må vurderes. Høyesterett understreker at når barnets beste skal vektes mot innvandringsregulerende hensyn, må man også se hen til hvilken konsekvens et vedtak vil kunne få for andre barn.¹⁶² Selv om det er klart til barnets beste i den konkrete saken å få tillatelse, taler derfor allmennpreventive hensyn mot å gi barnet tillatelse i slike tilfeller. Forarbeidene trekker frem eksempler fra praksis, der foreldrene utnytter barna for å få oppholdstillatelse for at de senere kan komme tilbake å søke om familiegjening med barnet. Begrunnelsen for en restriktiv praksis er at dette kan påvirke andre foreldre til å gjøre det samme. En slik praksis vil på sikt ikke være til barnets beste.¹⁶³

Videre anførte de ankende parter i Rt. 2012 s.1985 at barns tilknytning opparbeidet under ulovlig opphold er klart forutsatt å kunne tillegges vekt ved vurderingen av barnets tilknytning. Det ulovlige oppholdet kan derfor ikke trekkes inn som et innvandringsregulerende hensyn. Høyesterett er enige i at lovgiver har forutsatt at ulovlig opphold også kan tas med i vurderingen av barnets tilknytning, men avviser anførselen om at dette betyr at ulovlig opphold ikke kan trekkes inn som et innvandringsregulerende hensyn. Med støtte i forarbeidene til utlendingsforskriften § 21b, som ble videreført i dagens uf. § 8-5, konkluderer Høyesterett med at ”lovgiver har forutsatt at ulovlig opphold også kan hensynas”¹⁶⁴. Høyesterett understreker at forarbeidene må anses for å være relevante for forståelsen av uf. § 8-5. Det skal

¹⁵⁸ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 133

¹⁵⁹ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 166

¹⁶⁰ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 113

¹⁶¹ Ibid. avsnitt 133

¹⁶² Ibid. avsnitt 114

¹⁶³ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 160

¹⁶⁴ Rt. 2012 s.1985 avsnitt 125

altså legges vekt på tilknytning som er opparbeidet mens barnet har hatt ulovlig opphold i Norge, men dette kan også bli utslagsgivende som et innvandringsregulerende hensyn.

I spørsmålet om hvorvidt forholdene på vedtaks eller domstidspunktet skal legges til grunn for avgjørelsen, konkluderte Høyesterett, etter en grundig gjennomgang av rettspraksis at domstolskontrollen knytter seg til faktum på vedtakstidspunktet. Høyesterett legger også til grunn at dette er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.¹⁶⁵ Dette innebærer at den eventuelle styrkede tilknytningen i oppholdstiden etter UNEs avslag, ikke regnes med når domstolene skal foreta domstolsprøving av vedtaket. Dette til tross for at de i begge sakene hadde gått ca. 2 år fra endelig vedtak til saken ble prøvd for Høyesterett.

I begge plenumsdommene kom flertallet i Høyesterett til at UNEs vedtak om å ikke gi oppholdstillatelse etter utl. § 38 var gyldige. Høyesterett la til grunn at det ikke innebærer noen krenkelse av BK art 3 nr. 1 å legge avgjørende vekt på de innvandringsregulerende hensyn, selv om det var klart at hensynet til barnets beste talte for opphold.¹⁶⁶ Det ble vist til at de innvandringsregulerende hensyn var saklig formulert og forankret i utl. § 38 fjerde ledd. Flertallet fant at nemda hadde lagt til grunn en riktig forståelse av utl. § 38. Hensynet til barnets beste var vektlagt, og forsvarlig vurdert og avveid mot de innvandringsregulerende hensyn. Videre fant retten at nemda hadde foretatt en forsvarlighetskontroll, og retur til hjemlandet ikke kunne anse å innebære noen krenkelse av barnas rettigheter.¹⁶⁷

Det er imidlertid viktig å merke seg at begge plenumsdommene ble avsagt under dissens. De dissenterte dommerne kom i begge sakene til at UNEs vedtak måtte kjennes ugyldig. Mindretallet ved dommer Bårdsen uttaler i Rt. 2012 s. 1985 at ”den løsning som best tjener barnet, vanskelig kan velges bort under henvisning til at barnets tilknytning til Norge er etablert ved ulovlig opphold” fordi ”foreldrene har forholdt seg passive og ikke har medvirket til utreise”.¹⁶⁸ Videre uttaler mindretallet at det kan ikke være slik ”...at jo sterkere tilknytningen er, desto tyngre blir de innvandringsregulerende hensyn som taler mot at oppholdstillatelsen innvilges- at den økte tilknytningen nærmest ”nulles ut””.¹⁶⁹ I Rt. 2012 s. 2039 slutter dommer Bårdsen seg til sitt votum gitt i Rt. 2012 s. 1985 vedrørende spørsmålet om barnets beste mot innvandringsregulerende hensyn og gyldigheten av UNEs vedtak.

¹⁶⁵ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 98 se også Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 39

¹⁶⁶ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 135

¹⁶⁷ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 165 se også Rt 2012 s. 2039 avsnitt 50-56

¹⁶⁸ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 199

¹⁶⁹ Ibid. avsnitt 208

Avgjørelser avsagt av Høyesterett i plenum har generelt den høyeste rettskildemessige vekt. Det faktum at dommene er avsagt under dissens, vil neppe svekke vekten som rettskildefaktor. At Rettssetningen fra plenumsdommene ble fulgt også i Rt. 2013 s. 449 viser nettopp dette. Også her var spørsmålet om UNEs vedtak var ugyldig fordi det ville innebære en krenkelse av BK art 3 nr. 1 å ikke gi tillatelse ut fra hensynet til barnets beste. Under dissens, kom flertallet til at barnets beste var riktig vurdert og veid mot innvandringsregulerende hensyn. At plenumsdommene har stor vekt som rettskilde er klart. Likevel kan det faktum at det forelå dissens i begge avgjørelsene tyde det på at praksis fortsatt ikke er konsis og entydig. Det kan tyde på at behov for en ytterligere avklaring av vekten av barnets beste mot vekten av innvandringsregulerende hensyn for tillatelse etter utl. § 38 tredje og fjerde ledd sammenholdt med uf. § 8-5.

7.4 Er rettstilstanden klar?

Det foreligger enighet mellom lovtekst, forarbeider og rettspraksis om at barnets beste er et grunnleggende, men ikke det eneste eller nødvendigvis det avgjørende hensyn. Innvandringsregulerende hensyn kan tillegges like stor eller større vekt enn hensynet til barnets beste. Det presiseres i forarbeidene at avveiningen av hensynene må bero på en konkret vurdering i hver enkelt sak.

Forarbeidene er likevel ikke kategoriske. I en uttalelse i forarbeidene understreker departementet at ”det ville innebære en krenkelse av konvensjonen å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn dersom dette ikke vil være forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste”.¹⁷⁰ En uttalelse fra Innst. O nr. 42 peker i samme retning som departementets bemerkning. ”i visse sammenhenger vil hensynet til barnets beste være så tungtveiende at det ikke vil være adgang til å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn”.¹⁷¹ Disse uttalelsene får også støtte i Høyesterett som presiserer at det kan forekomme tilfeller der barnets beste må bli det overbærende hensynet. ”...hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldene.”¹⁷²

Det foreligger her en viss motstrid til den klare hovedregelen om at barnets beste ikke er et avgjørende hensyn. Uttalelsene fra skaper tvilsspørsmål om hvilken vekt hensynet til barnet beste egentlig har. Trolig handler det om barn med alvorlige helseproblemer, store sosiale problemer, eller barn som må anses for å være særlig sårbare. At formuleringen er uklar og vag er trolig et bevisst valg fra lovgiver. Dersom det hadde vært klart konkretisert hvilke si-

¹⁷⁰ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 160

¹⁷¹ Innst. O. Nr. 42 (2007-2008) s. 27

¹⁷² Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134

tuasjoner dette dreide seg om, ville dette kunne gi disse barna nærmest et rettskrav på oppholdstillatelse. Lovgiver har tydelig gitt uttrykk for at dette skal være en skjønnsmessig bestemmelse, og har trolig av den grunn valgt å holde seg taus om hvilke tilfeller dette dreier seg om.

Praksisen rundt hvilken vekt de innvandringsregulerende hensyn får i saker der barnets beste veier særlig tungt er fortsatt noe uklar. I Meld. St 27¹⁷³ gir regjeringen uttrykk for at deler av praksisen befinner seg i grenseland for hva som var formålet med bestemmelsen. Særlig vedrørende UNEs praksis i saker om lengeværende barn og uf. § 8-5. Regjeringen mener at UNE i ikke i tilstrekkelig grad tar hensyn til barnas tilknytning etter uf. § 8-5 når de vurderer tillatelser etter utl. § 38. I begge plenumsdommene erkjente Høyesterett UNEs vedtak som gyldige. Det ser derfor til at det er opp til politikerne å klargjøre praksisen, når de mener at barnets tilknytning ikke ilegges tilstrekkelig vekt i disse sakene.

¹⁷³ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 56

8 Lengeværende barn

8.1 Bakgrunn

Situasjonen for de lengeværende barna og deres familier i Norge har lenge vært et vanskelig og omdiskutert spørsmål. På den ene siden ønsker myndighetene en streng praksis på dette området. Både innvandringsregulerende hensyn og allmennpreventive hensyn ovenfor andre asylsøkere taler for at myndighetene burde følge en restriktiv praksis og tvangsreturnere familier som ikke innretter seg myndighetenes vedtak. UNE har lagt seg på en streng praksis i disse sakene. Personer som gang på gang nekter å innrette seg etter lovlige fattede vedtak avsagt av norske myndigheter bør ikke bli belønnet med en tillatelse fordi de har opparbeidet seg en tilknytning til riket gjennom ulovlig opphold.¹⁷⁴ På den andre siden har disse familiene gjennom langvarig ulovlig opphold fått denne tilknytningen til Norge, noe som gjør at retur til hjemlandet kan oppfattes som svært traumatisk og vanskelig. Særlig ville barna i denne oppholdstiden, knytte seg til samfunnet i takt med at barna vokser til.¹⁷⁵ Konsekvensene av at foreldrene velger å bli værende i Norge, til tross for endelig negativt vedtak, rammer i særlig grad barna.

I UNEs rapport Ett år etter “barn på flukt” understreker nemda at det i de fleste tilfeller ikke er forvaltningens saksbehandlingstid som er årsaken til at barnefamilier med avslag på sin asylsøknad fortsatt blir værende i Norge opptil flere år etter endelig avslag ble fattet. I 2012 var saksbehandlingstiden for barnefamilier som fikk saken behandlet både i UDI og UNE på gjennomsnittlig 20 måneder.¹⁷⁶ Nemda påpeker at de fleste sakene nemda behandler som omfatter lengeværende barn er omgjøringsanmodninger, og ikke alminnelige klagesaker.¹⁷⁷

Årsakene til at disse barnefamiliene velger å bli værende i Norge til tross for endelig avslag kan være sammensatte. For noen kan det være en sterk motvilje mot å reise tilbake til hjemlandet, i kombinasjon med at tvangsmessig retur er vanskelig å gjennomføre. Manglende tvangsmessig retur til hjemlandet kan skyldes tvil rundt foreldrenes identitet, eller at de nødvendige reisedokumenter ikke finnes eller kan fremskaffes. Endelig kan slik tvangsmessig retur være svært vanskelig å gjennomføre fordi foreldrene ikke vil samarbeide om retur ved å la seg bistå av hjemlandets myndigheter.¹⁷⁸ Motviljen kan skyldes både en frykt for kon-

¹⁷⁴ UNE praksisbase N123083425

¹⁷⁵ Einarsen (2013) s. 288

¹⁷⁶ UNE Ett år etter ”barn på flukt” s. 2

¹⁷⁷ Ibid. s. 5

¹⁷⁸ Einarsen (2013) s. 288

sekvensene ved retur eller en sterk uenighet i avslaget.¹⁷⁹ Mange vil heller ikke gi opp håpet om et bedre liv for familien i Norge og ”klamrer seg fast” i håp om at dersom de ”holder ut” lenge nok, vil barnas tilknytning gi grunnlag for oppholdstillatelse. Dette kan medføre at foreldrene nærmest benytter barna som et virkemiddel for å få oppholdstillatelse. Forarbeidene understreker forvaltningen må vise varsomhet mot å formalisere tillatelse for familier som ikke overholder utreiseplikten.¹⁸⁰ UNE bemerker at om foreldre som unnlater å overholde utreiseplikten vil det ut fra allmennpreventive hensyn være svært uheldig å belønne langvarig ulovlig opphold med tillatelse, bare fordi oppholdet er ”langvarig nok”.¹⁸¹ Etter dagens praksis vil lengeværende barn som oppfyller kravet om ”særlig tilknytning” jf. uf. § 8-5 medføre at også foreldre og søsken under 18 år, gis oppholdstillatelse sammen med barnet.

8.2 Engangsløsning – tiltak lengeværende barn

På bakgrunn av den uavklarte situasjonen for de mange lengeværende asylbarna i Norge, vedtok regjeringen å innta en midlertidig forskrift som innebærer en engangsløsning for lengeværende barn og deres nærmeste familie. Forskriftsbestemmelsen innebærer at en nærmere avgrenset gruppe lengeværende barn med familie som et engangstilfelle, får oppholdstillatelse i Norge. Såfremt de oppfyller bestemmelsens vilkår. Engangsløsningen kom i stand på bakgrunn av en samarbeidsavtale mellom Høyre, Kristelig Folkeparti, Venstre og Fremskrittspartiet og trådte i kraft 01.07.2014. Hensikten bak bestemmelsen var at den skulle gi en avklaring på situasjonen for de mange lengeværende barna i Norge.¹⁸² Departementet understreker at det store antallet lengeværende barn som befinner seg i Norge er uheldig både for familiene det gjelder og for samfunnet som helhet.

Forskriften oppstiller en rekke vilkår for at barnet og deres familie skal få innvilget tillatelse etter bestemmelsen. Etter uf. § 8-5 skal det gis tillatelse til barn som bor i Norge uten oppholdstillatelse og som per. 30 september 2014 har en oppholdstid på minst tre år i Norge. En forutsetning for at tillatelse skal gis er at Norge har returavtale med barnets hjemland. Videre oppstilles det som et krav at returavtalen mellom Norge og barnets hjemland trådte i kraft etter at asylsøknaden ble levert eller barnet ble født i Norge. Det understrekes at oppholdstid utenfor Norge skal trekkes fra oppholdstiden. Det er endelig et vilkår at barnets foreldre medvirker til å avklare sin identitet, jf. Uf. § 8-13 og uf. § 17-7.

¹⁷⁹ Einarsen (2013) s. 288

¹⁸⁰ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 166

¹⁸¹ UNE praksisbase: N11632759

¹⁸² regjeringen.no (Høringsbrev 11.04.2014) punkt. 2

Bestemmelsen stiller stenge vilkår for at tillatelse skal gis og bestemmelsen har møtt sterk kritikk fra flere hold. UNE bemerker i sin høringsuttalelse betenkeligheter til at forskriften ikke gir rom for nærmere avveininger av hensynet til barnets beste. UNE mener dette er krittikkverdigg da det ikke alltid kan presumeres at å få oppholdstillatelse i Norge vil være til barnets beste. Det må foretas nærmere avveininger i hver enkelt sak før man kan fastsette en endelig bestemmelse om oppholdstillatelse, og hvorvidt dette faktisk vil være det beste for det aktuelle barnet. Dessuten gir ikke bestemmelsen rom for vurderinger rundt hvorvidt barnet har en sterk tilknytning til riket. UNE understreker at tre års oppholdstid ikke nødvendigvis betyr at barnet har en sterk og reell tilknytning til Norge. Videre bemerker UNE at returavtaler med ulike land Norge mottar asylsøkere fra beror på forhold som ligger utenfor en asylsøkers kontroll. UNE understreker at en returavtale i seg selv ikke innebærer noen garanti for at retur vil skjje.¹⁸³

De barna som oppfyller vilkårene i bestemmelsen, gis oppholdstillatelse etter utl. § 38. Mange av de lengeværende barna i Norge vil ikke oppfylle vilkårene i uf. § 8-13 og vil derfor ikke omfattes av engangsløsningen. Engangsløsningen kan trolig oppfattes som urettferdig fordi den ikke legger opp til en nærmere avveining av barnets tilknytning til riket jf. Uf. § 8-5 vilkåret ”særlig tilknytning”. Derfor vil derfor noen av barna som ikke oppfyller dette vilkåret likevel gis oppholdstillatelse etter § 8-13 fordi de oppfyller bestemmelsens øvrige vilkår. Uf. § 8-13 har videre mottatt kritikk fordi den ikke åpner for at familier som oppfyller bestemmelsen vilkår, har krav på fri advokatbistand i forbindelse med ny behandling av sin søknad. Departementet presiseres at UNE ikke har noen selvstendig plikt til å gjenoppta sakene der familiene ser ut til å oppfylle bestemmelsens vilkår.¹⁸⁴ Saken må på nytt fremmes for nemda, og dette på familiens eget initiativ. Siden mange av disse familiene ikke har penger til å engasjere advokat for egen regning, vil de derfor ikke få behandlet saken sin på nytt i nemda. Bestemmelsen er som sagt midlertidig og skal oppheves når gruppen av barn som faller innenfor lovens vilkår har fått saken behandlet på nytt i UNE.

Regjeringen jobber nå med å utarbeide endringer i utlendingsforskriften som skal gi en permanent løsning for de lengeværende barna. Bakgrunnen for endringene er et ønske om å tydeliggjøre regelverket i saker om oppholdstillatelse som følge av barns tilknytning til riket, jf. uf. § 8-5. Det er også fremmet forslag om endringer i bestemmelsen om begrunnelse i vedtak som berører barn, jf. uf. § 17-1a. De fremsatte endringsforslagene vil pålegge forvaltningen å foreta avveininger som er barnefaglig forsvarlig, og at det skal legges mer vekt på barnets

¹⁸³ une.no (høringsuttalelse av 23.05.2014)

¹⁸⁴ Regjeringen.no (Høringsbrev av 11.04.14) punkt 3.1

situasjon enn det blir etter dagens regelverk. Endringsforslagene hadde høringsfrist 6. September 2014 og forventes å tre i kraft i løpet av November 2014.¹⁸⁵

8.3 Nærmere om barnets tilknytning

Regjeringen understreker i Stortingsmeldingen av barnefaglig kompetanse er nødvendig for å sikre at hensynet til barn ivaretas.¹⁸⁶ UNE har en selvstendig plikt til å vurdere om det er nødvendig å innhente ytterligere opplysninger for at saken er tilstrekkelig opplyst ved behandlingen i klageomgangen. Særlig kan behovet for å innhente oppdaterte opplysninger melde seg dersom saken gjelder anmodning om omgjøringsbegjæring begrunnet i barnet tilknytning til Norge.¹⁸⁷ Opplysninger som dokumenterer barnets tilknytning til riket er da ofte omstendigheter som ikke forelå da saken i klageomgangen ble behandlet av UNE.

I Stortingsmeldingen understreker regjeringen, som nevnt, at den senere tids praksis i UNE kan tyde på at det i en del saker legges større vekt på innvandringsregulerende hensyn enn hva som ble forutsatt da regelverket ble vedtatt. Samtidig fremstår dagens praksis som lite entydig.¹⁸⁸ Regjeringen sammenfattet derfor en rekke momenter som et tiltak for å klargjøre hvordan barnet tilknytning skulle vurderes. Praksis skulle bli mer enhetlig ved å klargjøre for uf. § 8-5, korte ned saksbehandlingstiden i utlendingsforvaltningen, vurdere situasjonen til barn i mottak, arbeide for å effektivisere retur etter endelig avslag, rask bosetting, sikre barnefaglig kompetanse i alle ledd i utlendingsforvaltningen og etablere en ekstern evaluering av hvordan barns situasjon blir belyst i saksbehandlingen i UNE.¹⁸⁹ Som ett tiltak for å klare opp i praksis ble derfor UDI og UNE bedt om å redegjøre for sin praksis i saker med lengeværende barn.

17.juni 2013 publiserte UNE rapporten *Ett år etter "barn på flukt"*. UNE understreker at i utgangspunkt gir 4,5 års oppholdstid, hvorav minimum ett år på skole, gir barn i barnefamilier en tilknytning som kan utgjøre sterke menneskelige hensyn å gi oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.¹⁹⁰ UNE presiserer at dette er utgangspunktet for nemdas praksis, både før og etter Stortingsmeldingen. Samtidig understrekes det at kravet til oppholdstid ikke er absolutt.

¹⁸⁵ Ikke trådt i kraft per. 22.11.14

¹⁸⁶ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 58

¹⁸⁷ I.c.

¹⁸⁸ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 56

¹⁸⁹ I.c.

¹⁹⁰ UNE *Ett år etter "barn på flukt"* (2013) s. 2

Praksis viser at det også er gitt tillatelser til familier der barna har noe kortere oppholdstid, under henvisning til barnas tilknytning.¹⁹¹

Hensynet til barnets beste er en selvstendig vurdering, som vurderes i tillegg til barnets tilknytning. Nemda understreker at det likevel er en sammenheng mellom disse vurderingene, idet styrken av barnets tilknytning til Norge, så vel som til hjemlandet, har betydning for vurderingen om hva som utgjør barnets beste. Når barnet gjennom lang oppholdstid i Norge har fått en sterk tilknytning til riket, vil det som oftest være til barnets beste å få oppholdstillatelse i Norge.¹⁹² UNE understreker likevel i rapporten *Ett år etter "barn på flukt"* at avveiningen må foretas konkret i hver enkelt sak og at det ikke er noen automatisk presumpsjon at tilknytning til riket vil innebære at det vil være til barnets beste å få bli i Norge. Videre understreker nemda at tilknytningen skal vurderes selvstendig, og individuell tilknytning må derfor vurderes separat for hvert enkelt barn.¹⁹³

Rundskriv A-63/09 ble utgitt i forbindelse med videreføringen av den tidligere forskriftsbestemmelsen § 21b, som i dag er inntatt i uf. §8-5.¹⁹⁴ Rundskrivet angir retningslinjer om hvilke hensyn og momenter som skal inngå ved vurderingen av om det foreligger "særlig tilknytning til riket" og forplikter nemda til å tillegge disse vekt i vurderingen.¹⁹⁵ Departementets uttalelser gitt i forbindelse med uf. § 8-5 vil derfor drøftes under momentene der nemda i praksis tillegger disse vekt.

8.4 Momenter i praksis

For å se hvordan forvaltningen foretar avveininger av hvilke barn som får oppholdstillatelse på grunn av særlig tilknytning til riket, er det nødvendig å se hen til UNEs praksis. Som sagt er hensynet til likebehandling et viktig forvaltningsrettslig prinsipp. Det reflekterer også et annet viktig hensyn, forutberegnelighet. Det er derfor viktig at forvaltningen fører en mest mulig ensidig praksis for at vedtakene ikke skal være uforholdsmessige.

I saker som gjelder lengeværende barn kan familien fremsette en omgjøringsanmodning for nemda dersom de mener det foreligger særlig tilknytning etter uf. § 8-5 for barn i familien. Dette er ikke en klage, UNE vedtak er som sagt endelig. En omgjøringsanmodning kan frem-

¹⁹¹ Ibid. s. 17

¹⁹² UNE *Ett år etter "barn på flukt"* (2013) s. 20

¹⁹³ Ibid. s. 2

¹⁹⁴ Rundskriv A-63/09 vedlegg 8 er utgitt av arbeids- og inkluderingsdepartementet, i dag Justis og Beredskapsdepartementet, som har myndighet til å instruere forvaltningen gjennom lov og forskrift.

¹⁹⁵ Eckhoff (2001) s. 227

mes dersom familien mener det foreligger nye opplysninger som danner grunnlag for tillatelse. UNE vil måtte vurdere om de fremsatte anførselene danner grunnlag for tillatelse etter utl. § 38.

I UNES praksis er følgende momenter blitt tillagt vekt i vurderingen:

- 1. Alder og skolegang
- 2. Oppholdstid
- 3. Generell integrering
- 4. Betydningen av foreldrenes handlemåte
- 5. Ulovlig opphold
- 6. Foreldrenes omsorgsevne
- 7. Barnet tilknytning til- og nettverk i hjemlandet
- 8. Identitet
- 9. Andre momenter

1. Alder og skolegang

I UNES rapport Ett år etter “barn på flukt” understreker nemda at etter praksis vil barnets alder vil være et av de tungtveiende momentene i vurderingen av barns tilknytning.¹⁹⁶ Generelt vil barn i skolepliktig alder, som har gått minst ett år på skole i Norge, lettere anses for å ha en sterk tilknytning til riket enn små barn. Mindre barn har ofte den primære tilknytningen til sine foreldre, søsken og øvrig familie og det er vanskelig å se at barnets tilknytning alene har dannet grunnlag for tillatelse etter utl. § 38. Større barn vil i takt med alderen løsrive seg fra foreldrene og få relasjoner og venner utenfor hjemmet, og på denne måten knytte seg til samfunnet.¹⁹⁷

I et vedtak fra mars 2010 ble barnas alder et avgjørende moment.¹⁹⁸ UNE la til grunn av barna hadde opparbeidet seg en sterk tilknytning til riket i medhold av uf. § 8-5. For de to yngste barna utgjorde den totale oppholdstiden i Norge 7,5 år. Den lange oppholdstiden, sammenholdt med at barna var i en alder hvor de opparbeidet seg tilknytning til riket gjennom skolegang og fritidsaktiviteter måtte barna klart anses for å ha en sterk tilknytning til riket. De mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn som gjorde seg gjeldene i saken kunne derfor ikke tillegges avgjørende betydning. Familien fikk tillatelse på bakgrunn av at barnas alder og generelle integrering, gjorde at barna samlet hadde en sterk tilknytning til riket.

¹⁹⁶ UNE Ett år etter “barn på flukt” (2013) s. 19

¹⁹⁷ I.c.

¹⁹⁸ UNE praksisbase: N108507611

I et vedtak fra desember 2013 var også barnas alder et avgjørende moment.¹⁹⁹ I vurderingen av barnas tilknytning, uttalte nemda at for familiens tre jentebarn ville det være til barnas beste å få tillatelse i Norge. Særlig gjaldt dette for ett av barna, som hadde 3,5 års skolegang i Norge. UNE uttaler at barnet har vent seg til en hverdag med bevegelsesfrihet, mulighet til å delta i idrett og andre fritidsaktiviteter. Retur, selv til urbane deler av hjemlandet, vil antas å forandre hennes hverdag betraktelig. Til tross for at det forelå en rekke innvandringsregulerende momenter i saken, kom nemda til en samlet vurdering at disse ikke kunne være så tungtveiende at de ble avgjørende. Trolig kan det faktum av flere barna var jenter, og det faktum at familien kom fra et opprinnelsesland hvor kvinner generelt er svært undertrykt og har svært få rettigheter, ha vært utslagsgivende for at denne familien fikk tillatelse. I tillegg til at uf. § 8-5 om særlig tilknytning måtte anses for å være oppfylt for flere av barna.

2. Oppholdstid

Sammenholdt med barnets alder, vil oppholdets varighet være et viktig moment når nemda skal avgjøre om barnet tilknytning er så sterk at den taler for at tillatelse skal gis. Som sagt har nemda lagt seg på en praksis der det stilles krav til 4,5 års oppholdstid, hvorav ett års skolegang, for at barnet skal anses for å ha tilstrekkelig tilknytning. Det presiseres i rundskrivet til uf. § 8-5 at lang oppholdstid ikke nødvendigvis betyr at barnet har en ”tilknytning til riket”.²⁰⁰ Tilknytningen må vurderes konkret i hver enkelt sak. Barnet kan altså ha hatt lang oppholdstid, uten at det nødvendigvis foreligger en sterk tilknytning til riket. Dette må ses i sammenheng med barnets alder. Barn som kom til Norge mens de var små, eller er født i Norge og har en oppholdstid på 4,5 år trenger ikke nødvendigvis å ha en sterk tilknytning til ”riket”. Dette kan også være tilfellet for eldre barn, i saker der familien har levd i skjul under deler av oppholdet.

I et vedtak fra januar 2014 kom nemda til at barnet, til tross for at barnet var født i Norge og hadde en oppholdstid på nesten 7 år at det ikke forelå tilstrekkelig tilknytning til riket som oppfylte uf. § 8-5.²⁰¹ Selv om barnet hadde en tilknytning til riket og var godt integrert kom nemda til at barnet fortsatt hadde sin primærtilknytning til moren. Omgjæringsanmodningen ble ikke tatt til følge under henvisning til at barnet ikke hadde en tilstrekkelig tilknytning til riket.

3. Generell integrering

Som sagt kan det ikke presumeres for at en lang oppholdstid nødvendigvis betyr en sterk tilknytning til riket, i samsvar med momenter som barnets alder og oppholdstid må nemda foreta

¹⁹⁹ UNE praksisbase: N1489061024

²⁰⁰ Rundskriv A-63/09 vedlegg 8 side. 2

²⁰¹ UNEs praksisbase: N14963227

en vurdering av barnets generell tilknytning og integrering. Selv om barnet har gått på skole eller i barnehage i oppholdstiden, betyr ikke det at barnet vil være sterkt integrert. Det må bl.a. ses hen til om barnet snakker norsk, om barnet deltar i fritidsaktiviteter, har norske venner og om situasjonen for øvrig tilsier at barnet har en tilknytning til det norske samfunnet.²⁰²

Dersom barnet har behov for spesielle støtteordninger på grunn av særlige behov og er godt integrert i ordninger som omfattes av disse støtteordninger, herunder skole, barnehage eller barnevernsinstitusjon, vil dette tale for at det vil være til barnets beste å fortsette i ordningen.²⁰³

4. Betydningen av foreldrenes handlemåte

Som nevnt, understøtter også regjeringen at foreldrenes handlemåte er av betydning når forvaltningen skal foreta en endelig avveining av barnets tilknytning opp mot andre der barnets tilknytning danner grunnlag for oppholdstillatelse jf. utl. § 38 og uf. § 8-5. Et moment under foreldrenes handlemåte er om de motarbeider retur ved å unnlate å oppgi dokumenter som bekrefter familiens identitet. I utgangspunktet burde dette ikke burde belønnes med tillatelse. Etter dagens praksis er det likevel ansett for å være et mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, og forvaltningen kan gi midlertidig tillatelse etter utl. § 38 femte ledd. Det vil bero på en konkret helhetsvurdering av alle relevante forhold om tillatelse skal gis. Aktiv motarbeidelse for å muliggjøre retur, for eksempel i saker der foreldrene går i skjul eller i kirkeasyl er tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Innvandrings- og allmennpreventive hensyn vil klart tale mot at det skal gis tillatelse. Videre vil også tilfeller der foreldrene har begått kriminelle handlinger, være et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, selv barnet isolert sett har en sterk tilknytning som taler for at familien bør gis tillatelse.²⁰⁴

I et vedtak fra avsagt i september 2014 var det nettopp foreldrenes handlemåte som ble utslagsgivende for vedtaket.²⁰⁵ UNE kom til at for de tre eldste barna forelå det en tilknytning til riket som utgjorde sterke menneskelige hensyn. Likevel kom nemda til at de innvandringsregulerende hensyn veide tyngre enn barnas tilknytning og deres beste. UNE la blant annet vekt på at foreldrene hadde fått et utvisningsvedtak fra UDI med et innreiseforbud på fem år. Foreldrenes handlemåte og unnlattelse av å forlate Norge ble ansett som en treneringsstrategi i håp om å få tillatelse på bakgrunn av lang oppholdstid. Dette ville gi en uheldig signaleffekt å belønne dette med å gi tillatelse fordi det kunne medføre at andre barn ble brakt inn i tilsva-

²⁰² I.c.

²⁰³ une.no Betydningen av ”barnets beste” i asylsaker punkt 2.5

²⁰⁴ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 57

²⁰⁵ UNEs praksisbase: N1479531023

rende langvarige og uheldige situasjoner, noe som klart ikke er til barns beste. Videre mente UNE at foreldrene aktivt hadde motarbeidet retur ved å ikke fremlegge ID-dokumenter for seg og familien før to uker før nemdmøte. Det ble også lagt vekt på at foreldrene hadde gitt villende opplysninger til utlendingsmyndighetene, samt tilbakeholdt opplysninger. Familiens omgjøringsanmodning ble ikke tatt til følge.

5. Ulovlig opphold

I rundskrivet gir departementet uttrykk for at uf. § 8-5 må forstås slik at når søknaden gjelder barn må også eventuell oppholdstid etter at barnet har fått endelig avslag telle. Dette legges også til grunn at Regjeringen i Stortingsmeldingen.²⁰⁶ Departementet understreker at det må vurderes om opphold etter endelig avslag har gitt barnet tilknytning eller om det har opprettholdt den tilknytningen barnet allerede hadde opparbeidet seg før endelig avslag ble gitt. Dersom barnet har flyttet fra mottak, sluttet i skolen eller levd i skjul, er det ikke gitt at dette er oppholdstid som har gitt barnet en sterkere tilknytning til Norge.²⁰⁷ Tilknytning opparbeidet under ulovlig opphold må derfor telle med ved vurderingen, men det kan også gjøre seg utslagsgivende som et innvandringsregulerende hensyn.

6. Foreldrenes omsorgsevne

Dersom foreldrenes omsorgsevne er svekket på grunn av psykiske eller fysiske helseproblemer, er dette et moment som kan tillegges vekt under vurderingen av barnets tilknytning. Evner ikke foreldrene å ivareta barnas behov i tilstrekkelig grad kan dette sammenholdt med barnets tilknytning utgjøre sterke menneskelige hensyn. Som samlet taler for at tillatelse burde gis. Om barnet er under omsorg hos barnevernet eller i fosterhjems plassering er dette også et moment som må vurderes under barnets tilknytning.

7. Barnets tilknytning til- og nettverk i hjemlandet

Barnets tilknytning til Norge må også vurderes opp mot barnets reelle tilknytning og tilhørighet til opprinnelseslandet.²⁰⁸ Selv om barnet har en sterk tilknytning til Norge kan det likevel være til barnet beste å returnere til hjemlandet dersom barnet har en språklig, familiær, religiøs eller kulturell tilknytning til opprinnelseslandet. Hvorvidt barnet har øvrig familie eller nettverk i hjemlandet kan også være av betydning. For barn med lang oppholdstid som er født i Norge, er det vanskeligere å se at barnet har tilknytning til hjemlandet enn for barn som har hatt deler av oppveksten i hjemlandet før de ankom Norge.

²⁰⁶ Ibid. s. 56

²⁰⁷ Rundskriv A-63/09 vedlegg 8 side. 2 og 3.

²⁰⁸ Høstmølingen (2013) s. 287

I et vedtak fra mai 2013 fremmet klagerne omgjøringsbegjæring på bakgrunn av at det eldste barnet hadde en tilknytning til Norge som måtte veie tungt, sammenholdt med helseopplysninger som talte for innvilgelse.²⁰⁹ UNE bemerket at det eldste barnet hadde en alder, kombinert med oppholdstid som i utgangspunktet kunne gi grunnlag for oppholdstillatelse i henhold til UNEs praksis. Nemda anførte at de var i tvil om det var til barnets beste å få opphold i Norge eller å returnere til hjemlandet. Et av momentene nemda la avgjørende vekt på, var at barnet hadde en reell tilknytning til hjemlandet gjennom sin oppvekst der, samt at barnet hadde øvrig familie i hjemlandet. Nemda la også til grunn at de anførte helseforholdene måtte anses å være utløst og forsterket av familiens livssituasjon, noe som vil endres ved retur til hjemlandet. Sammenholdt med at foreldrene ikke hadde dokumentert sin identitet eller rettet seg etter endelig vedtak opprettholdt UNE det tidligere vedtaket og anmodningen ble ikke tatt til følge.

8. Identitet

I en del saker er omgjøringsanmodningen ”delvis tatt til følge”. Dette er saker der barnets tilknytning er så sterk at den danner grunnlag for å gi tillatelse, men hvor foreldrene ikke har samarbeidet om å sannsynliggjøre sin identitet. Som sagt er det i utgangspunktet et vilkår for å få tillatelse etter § 38 at foreldrene har dokumentert sin identitet. På grunn av familiens uavklarte identitet, blir det derfor i mange saker med lengeværende barn gitt begrenset tillatelse på ett år, jf. utl. § 38 femte ledd og uf. § 8-12. I en del saker er det foreldrenes manglende samarbeid på å fremskaffe identitetsdokumenter, selv om dette anses å være mulig, som er årsaken til at familiens identitet er uavklart. I noen saker har foreldrene har fremlagt dokumenter men fordi dokumenter fra hjemlandets myndigheter har lav notoritet er identiteten likevel ikke ansett sannsynliggjort.

Det kan stilles spørsmål ved om slike midlertidige tillatelser på sikt gir en god løsning for situasjonen for de lengeværende barna. Barna vil få en enda sterkere tilknytning til riket, uten noen sikker fremtidsavklaring på sin situasjon. Familiene blir ofte boende på asylmottak fordi begrenset tillatelse ikke gir grunnlag for bosetting. Mottak er ment å være et midlertidig tilbud og standarden er derfor satt deretter. At familier med barn blir boende på mottak over lengre tid er ikke en god løsning for disse familiene. Selv om familien får midlertidig tillatelse etter utl. § 38 er det et vilkår for å få forlenget tillatelsen, at foreldrene fremlegger identitetsdokumenter. Av prosessøkonomiske hensyn er det ugunstig å legge opp til en praksis der forvaltningen må behandle saken på nytt etter et år, dersom familien har skaffet papirer som bekrefter deres identitet. Lengeværende barn har allerede fått sine liv satt på vent i mange år, det

²⁰⁹ UNEs praksisbase: N14134859

burde derfor tilrettelegges for at disse barna får en mest mulig normal hverdag og forutsigbar fremtid.

UNEs Praksisbasen viser at det i mange saker fra 2010 frem til i dag er gitt slike midlertidige tillatelser.

Et vedtak fra Juni 2011 fremsatte klagerne en omgjøringsanmodning på bakgrunn av at de mente barnas tilknytning dannet grunnlag for tillatelse etter uf. § 8-5.²¹⁰ Barna var på vedtakstidspunktet var henholdsvis 8 og 6 år, hvorav begge var født i Norge. Nemda fattet en samlet vurdering basert på ulike avveininger av barnas alder, oppholdstid og skolegang, at begge barna hadde en sterk tilknytning til riket. Innvandringsregulerende hensyn som gjorde seg gjeldene i saken var at foreldrene ikke hadde overholdt utreiseplikten og heller ikke medvirket til å muliggjøre retur ved å fremlegge identitetspapirer. UNE bemerket at klagerne ikke aktivt hadde unndratt seg utreise ved å gå i skjul. De innvandringsregulerende hensyn som gjorde seg gjeldene i saken var derfor mindre tungtveiende enn hensynet til barnas beste. Familien fikk begrenset oppholdstillatelse i ett år, under henvisning til at familiens identitet ikke var sannsynliggjort jf. Utl. § 38 femte ledd.

9. Andre momenter

I Stortingsmeldingen understreker Regjeringen at i saker som gjelder lengeværende barn vil det ofte foreligge andre sterke menneskelige hensyn enn kun barnets tilknytning. Slike momenter må derfor inngå i denne helhetsvurderingen.²¹¹ Anførsler om bl.a. barnets helse, særlige behov eller sårbarhet kan tillegges vekt. Dersom barnets tilknytning alene, ikke er tilstrekkelig til å danne grunnlag på grunn av særlig tilknytning til riket, kan det sammenholdt med slike anførsler likevel være grunnlag for å gi tillatelse på grunn av ”sterke menneskelige hensyn”. Sosiale forhold, bl.a. oppvekstvilkår i Norge sett opp mot hjemlandet og den menneskerettslige situasjonen i hjemlandet er forhold som UNE må ta med i vurderingen. Fordi returlandet sjeldent vil kunne tilby barnet den samme trygghet og materielle goder som barnet vil få i Norge, vil dette sjeldent få selvstendig vekt med mindre forholdene i returlandet er så utilrådelige at myndighetene på generell basis fraråder å returnere barnefamilier dit. Barnets behov for en stabil livssituasjon, kan i tillegg til barnets tilknytning vektlegges dersom barnet har vært utsatt for overgrep før barnet kom til Norge og av den grunn har et særlig behov for en stabil livssituasjon. Barnets tilknytning i kombinasjon med øvrige momenter, kan samlet utgjøre sterke menneskelige hensyn som gjør at barnet gis opphold på humanitært grunnlag.

²¹⁰ UNE praksisbase: N119082623

²¹¹ Meld. St. 27 (2011-2012) s. 56

8.5 Betydningen av stortingsmeldingen

Saker som er avsagt etter at regjeringen la frem sin rapport, viser at UNE bruker Stortingsmeldingen aktivt i sin saksbehandling. Det vises til Stortingsmeldingen flere steder i UNES praksisbase, noe som legitimerer nemdas praksis i samsvar med Regjeringens retningslinjer.²¹² I UNES rapport ”Ett år etter ”barn på flukt”” understreker nemda at stortingsmeldingen har vært anvendt i saksbehandlingen. Dens status som etterarbeid har gjort at nemda har anvendt rapporten supplerende med øvrige rettskilder.²¹³ UNE understreker at Stortingsmeldingen i stor grad klargjorde skillet mellom tungtveiende- og mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Nemda påpeker at avgjørelser avsagt etter at Stortingsmeldingen kom, viser med få unntak, at mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn ikke alene er nok til å fastholde tidligere avslag når lengeværende barn oppfyller inngangskriteriet på 4, 5 år hvorav ett års skolegang.²¹⁴ Videre fremhever nemda at sammenlignet med praksis før Stortingsmeldingen, er avgjørelsene tydeligere formulert og det foretas en mer enhetlig vektning av ulike relevante innvandringsregulerende hensyn.²¹⁵

8.6 Bekymringer fra FNs barnekomité om gjennomføringen av barnets beste

I rapport fra FNs barnekomité av 2010 uttrykker komiteen bekymring over at prinsippet om barnets beste fortsatt ikke gjennomføres tilfredsstillende på flere områder som særlig angår barn, herunder i utlendingssaker. Komiteen er bekymret for at dette hensynet ikke i tilstrekkelig grad blir ivaretatt ved at de som skal treffe disse avgjørelsene ikke har den nødvendige kompetanse til å foreta grundige vurderinger av hva som er til barnets beste i disse sakene.²¹⁶ Videre bemerker komiteen at Norge må fortsette arbeidet med å sikre at dette hensynet blir ivaretatt i alle lovbestemmelser, samt i rettslige og administrative beslutningsprosesser. Komiteen anbefaler videre Norge å utarbeide retningslinjer for hvordan prinsippet skal anvendes i praksis og videre utarbeide gode rutiner og retningslinjer for hvordan prinsippet skal ivaretas i praksis.²¹⁷

²¹² UNE praksisbase: N1457991024

²¹³ UNE Ett år etter ”barn på flukt” (2013) s. 18

²¹⁴ Ibid. side. 3

²¹⁵ I.c.

²¹⁶ FNs barnekomité rapport (2010) side 8 avsnitt 22

²¹⁷ FNs barnekomité rapport (2010) side 8 avsnitt 23

8.7 Blir hensynet til barnets beste tilstrekkelig ivaretatt i UNEs praksis?

I Stortingsmeldingen uttrykker Regjeringen skepsis ovenfor å oppstille en klar grense for når barnet har en tilknytning til riket som kan danne grunnlag for tillatelse etter § 38.²¹⁸ Samtidig har UNE gitt uttrykk for at 4,5 års oppholdstid, hvorav ett års skolegang kan danne grunnlag for tillatelse etter § 38 jf. uf. § 8-5 etter dagens praksis. Det er likevel klart at en oppholdstid på 4,5 år ikke nødvendigvis betyr at barnet får tillatelse. Flere saker fra UNEs praksisbase viser at dette ikke er entydig i UNEs praksis. I årene etter at Stortingsmeldingen kom, ser det likevel ut til UNE ikke fører en like streng praksis i saker hvor det foreligger mindre innvandringsregulerende hensyn.²¹⁹ Nemda bemerker i rapporten Ett år etter ”barn på flukt” at avgjørelser fra det siste året viser, med få unntak, at det som regel må mer enn til enn mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn for å ikke gi tillatelse der barnet har hatt en oppholdstid på om lag 4,5 år samt ett års skolegang.²²⁰ Dette har resultert i at noen flere barnefamilier er gitt tillatelse. Det er likevel viktig å presisere at det som oftest er gitt midlertidige tillatelser under henvisning til at mange av familiene har en uavklart identitet.

Det er fortsatt saker der hensynet til barnet beste ikke blir tilstrekkelig ivaretatt. I flere saker hvor det klart er til barnets beste å få tillatelse, blir likevel innvandringsregulerende hensyn det avgjørende hensynet. UNE legger fortsatt stor vekt på foreldrenes handlemåte som ligger utenfor et barns kontroll. Barna blir igjen skadelidende på grunn av foreldrenes valg. Det er foreldrene som har brakt barna til Norge og er derfor ansvarlig for å ha unnlatt å etterfølge myndighetenes vedtak. Det burde i større grad åpnes for benyttes sanksjoner ovenfor foreldre som foretar seg mer tungtveiende innvandringsregulerende handlinger. Både utlendingsloven og straffeloven har reaksjonsformer som kan benyttes ovenfor utlendinger som har brutt utlendingsloven. Sanksjoner som bøter eller karantenetid vil ramme foreldrene, og hensynet til barna kan på denne måten løftes frem ved at barna ikke blir ”straffet” på grunn av foreldrenes valg.

²¹⁸ Meld. St. 27 (2011-2012)

²¹⁹ Meld. St. 27 (2011-2012)

²²⁰ UNE Ett år etter ”barn på flukt” (2013) s. 22

9 Avsluttende bemerkninger

Situasjonen for de lengeværende barna, er et rettsfelt som stadig er i endring. De siste årene har antall barnefamilier som har blitt værende i Norge etter endelig avslag blitt et stadig økende problem. Dagens regelverk åpner for at forvaltningen kan gi tillatelse, dersom barna har opparbeidet seg en særlig tilknytning til riket. At ulovlig opphold også vil ha betydning for vurderingen, kan sette spørsmålsteget ved om politikerne selv må ta ansvaret for dagens situasjon. Ved at det indirekte oppfordrer foreldrene til å bli værende i riket etter avslag, slik at barna kan opparbeide seg en tilknytning til riket som kan gi grunnlag for tillatelse etter dagens regelverk.

Engangsløsningen i uf. § 8-13 som trådte i kraft 1.juli 2014 ser ikke ut til å gi en særlig avklaring på situasjonen for de lengeværende barna. Regjeringen har uttalt at engangsløsningen ikke er et amnesti for alle barn med en oppholdstid i Norge, men at bestemmelsen er ment å avhjelpe en uheldig situasjon der et stort antall barn har levd lenge i Norge uten lovlig opphold.²²¹ Barn som ikke ville fått tillatelse etter dagens praksis jf. uf. § 8-5 jf. UNEs praksis om at barnet må ha en oppholdstid på 4,5 år hvorav minst ett års skolegang. Kan likevel få tillatelse dersom barnet oppfyller 3 års kravet i uf. § 8-13 og de øvrige vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Det er dessuten få barn som faktisk vil omfattes av engangsløsningen. Som sagt er det et vilkår for å få tillatelse etter 8-13 at foreldrene har medvirket til å avklare familiens identitet. Dette vilkåret vil i mange saker om lengeværende barn ikke være oppfylt.

Under høringsrunden av § 8-13 kom bl.a. UNE, som nevnt, med en rekke bemerkninger til den foreslåtte engangsløsningen. Betenkelig nok kan det virke som om Regjeringen valgte å overhøre bemerkninger fra høringsrunden, da den midlertidige bestemmelsen ble vedtatt. Engangsløsningen fremstår derfor som en lettvin løsning for å legitimere utsendelser på lengeværende barnefamilie i Norge, fremfor at det fremstår som en faglig forsvarlig løsning. Engangsløsningen instruerer forvaltningen til å foreta vurderinger som strider mot rettferdighet og rimelighet. Barnas rettigheter og interesser virker å være av sekundær betydning.

Tall fra politiets utlendingsenhet viser at det samlede antall utsendelser av barn i følge av familie, hittil i år er høyt sammenlignet med de tre foregående årene. I september 2014 ble 106 mindreårige uttransportert²²² Tallet omfatter da ikke enslig mindreårige asylsøkere. September er den måneden det er foretatt flest returer hittil i år. Også for 2013 var september den måneden det ble foretatt flest utsendelser. Til sammenligning ble det returnert 54 mindreårige i

²²¹ Regjeringen.no G-03/2014 (30.06.14)

²²² Tall fra politiets utlendingsenhet september 2014

samme måned i fjor.²²³ Den måneden det ble foretatt flest utsendelser i 2012 og 2011 ble det returnert henholdsvis 54²²⁴ og 75²²⁵ mindreårige. Dette må klart ses i sammenheng med at den sittende regjering har en streng innvandringspolitikk for øyet. Både Frp og Høyre er partier som går i spissen for strengere innvandringsregulering.

Etter en gjennomgang av lov, forskrift, forarbeider og rettspraksis kan det se ut til at UNE fører en strengere praksis i disse sakene enn hva som var forutsatt. Selv om Stortingsmeldingen bidro til en viss klargjøring, er det fortsatt en del saker der hensynet til barnets beste ikke blir tilstrekkelig ivaretatt. Siden domstolene viser varsomhet med å erkjenne vedtak fra nemda som ugyldig, må det være opp til UNE å åpne for en mildere praksis.

Politiske spørsmål om avklaring på situasjonen for de lengeværende barna og enkeltskjebners historier har den siste tiden ukentlig prydet forsidene på Norges største nettaviser. I en artikkel publisert i Dagbladets nettutgave 12.11.14, skrevet av advokat Arild Humlen, stiller han seg svært kritisk til dagens praksis hvor domstolene er avskåret fra å prøve den konkrete skjønnsutøvelsen av barnet beste. Humlen påpeker at inkorporeringen av BK som skulle bidra til å styrke barns rettigheter, har liten verdi når domstolene ikke besitter myndigheten til å prøve om hvorvidt dette hensynet er oppfylt i den konkrete saken. Humlen understreker at dette er svært kritikkverdige, og spør ”hvilken verdi har rettigheter som ikke beskyttes av domstoler?” Uten rettsvern er ikke barnas rettigheter reelle og blir derfor bare tøyelige momenter i vedtak hvor statens egne interesser blir utslagsgivende.²²⁶

Det er fortsatt en del som gjenstår for at hensynet til barnets beste i tilstrekkelig grad blir ivaretatt for lengeværende barn. Som sagt arbeides det nå med endringer i eksisterende forskrift. Forhåpentligvis vil de foreslåtte endringene bidra til en rettsoppklaring for de lengeværende barna og styrke deres rettigheter. Samtidig er det viktig at myndighetene fortsetter å arbeide for at familier uten tillatelse, som ikke returnerer frivillig blir returnert raskt for å unngå at barn uten oppholdstillatelse opparbeider seg en tilknytning til riket.

²²³ Tall fra politiets utlendingsenhet. September 2013

²²⁴ Tall fra politiets utlendingsenhet. Februar 2012

²²⁵ Tall fra politiets utlendingsenhet. Januar 2011

²²⁶ Dagbladet.no ”ingen reelle rettigheter”

10 Litteraturliste

10.1 Juridisk litteratur:

- Torstein Eckhoff, Jan E. Helgesen, *Rettskildelære* 5.utg. Oslo 2001.

Bøker med flere enn 3 forfattere:

- *Lærebok i utlendingsrett.* Øyvind, Dybvik Øyen [et al.]. 1.utg. Oslo 2013.
- *Barnekonvensjonen- barns rettigheter i Norge.* Njål, Høstmælingen [et al.]. 2. Utg. Oslo 2012.
- *Utlendingsloven kommentarutgave.* Vigdis, Vevstad [et al.]. utg. 1 Oslo, 2010.
- *Barn som samfunnsborgere.* Anne Trine Kjørholt [et al.]. 1. Utg. Oslo, 2010.

10.2 Lov og forskrifter:

- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 02.10.1967
- 1988 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven). av 24.06.1988 nr 64.
- 2008 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven). av 05.05.2008 nr 35.
- 2010 Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) av 15.10.2009 nr 1286.

10.3 For- og etterarbeider:

NOU:

- NOU 2004:16 *Vergemål*

- NOU 2004:20 *Ny utlendingslov*

Traktater/ konvensjoner:

- Forarbeidene til FNs konvensjon om barns rettigheter - *Legislative history of the convention on the rights of the child*. New York 2007 volum 1.
- Barnekonvensjonen - *FNs konvensjon om barns rettigheter*. New York 20. 1989 (Ratificert den 16. nov. 1990)
- Wien-konvensjonen - *Wien-konvensjonen om traktatretten*. Wien 23. mai 1969
- Flyktningkonvensjonen - *FNs konvensjon om flyktningers stilling*. New York 28. juli 1951

Proposisjoner:

- Ot.Prp.nr 75 (2006-2007) *Arbeids- og inkluderingsdepartementets forslag og kommentar til ny lov*
- Ot.Prp.nr 3 (1998-1999) *om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven)*
- Ot.Prp nr. 104 (2008-2009) *Forarbeidene til endringer i barnelova*

Innstilling til stortinget:

- Inst.O.nr.42 (2007-2008) *Kommunal og forvaltningskomiteens innstilling til odelstinget*

Stortingsdokumenter:

- Meld. St 27 (2011-2012) *Barn på flukt. Tilråding fra Justis- og beredskapsdepartementet 8.juni 2012, godkjent i statsråd samme dag. (Regjeringen Stoltenberg II)*

Høringsbrev:

- Høringsbrev av 11.04.14 - endring i utlendingsforskriften (*engangsløsning for lengeværende barn*) punkt 3.1 hentet fra justis og beredskapsdepartementets nettside.

Høringsuttalelser:

- Høringsuttalelse av 23.05.2014-endring i utlendingsforskriften (*engangsløsning for lengeværende barn*). hentet fra une.no

10.4 Rettspraksis og forvaltningspraksis:

Høyesterett:

- RT 1993 1591
- RT 2003 1287
- RT 2008 681
- RT 2008 1764
- RT 2009 1261
- RT 2012 1985
- RT 2012 2039

UNEs praksisbase:

- Ref N108507611
- Ref N11632759
- Ref N119082623
- Ref N123083425

- Ref N1457991024
- Ref N1489061024
- Ref N1479531023
- Ref N14963227
- Ref N14134859

10.5 Andre kilder:

(UNEs) praksisnotat:

- UNE. *Betydningen av barnets beste i asylsaker.* av (19.10.2009)
<http://www.une.no/no/Praksis2/Notater/-Betydningen-av-barnets-beste-i-asylsaker/>
[28.09.14]
- UNE. *Betydningen av lang oppholdstid i Norge.* (22.09.2009)
<http://www.une.no/Praksis2/Notater/Betydningen-av-lang-oppholdstid-i-Norge/>
[sitert 28.09.14]

Rapporter:

- Arbeids- og inkluderingsdepartementet. *Rundskriv om ikraftredelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1.januar 2010.* (A-63/09) vedlegg 8 (21.12.2010)
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/rundskriv/2009/A-6309--Rundskriv-om-ikraftredelse-av-ny-utlendingslov-og-ny-utlendingsforskrift-fra-1-januar-2010.html?id=591086> [sitert 05.11.14]
- Arbeids- og inkluderingsdepartementet. *Rundskriv. Ikraftsetting av forskrift om endring i utlendingsforskriften (sterkere vektlegging av barnets tilknytning til riket, oppholdstillatelse når* (01.06.2007)
<http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/stoltenberg->

ii/aid/rundskriv/2007/ikraftsetting-av-forskrift-om-endringer--2.html?id=469585 [siteret 10.11.14]

- Arild Humlen og Jonas W. Myhre. *Advokatforeningens aksjons-og prosedyregruppe i utlendingsrett 2007-2014* (2014)
http://www.advokatforeningen.no/PageFiles/6731/A_and_P_rapport.pdf
- Barne-, likestillings og inkluderingsdepartementet. *Behandling av Norges fjerde rapport til FN om oppfølging av barnekonvensjonen. Avsluttende merknader fra FNs komité for barns rettigheter januar 2010* (2010)
<http://www.regjeringen.no/pages/14017358/Q-1173BInnmat.pdf> [siteret 05.10.2014]
- UNE. *Ett år etter "barn på flukt"*. Utlendingsnemndas rapport til justisdepartementet om 3 tiltak i stortingsmeldingen. 27.juli 2013.
<http://une.no/Documents/Tiltak%203%20st%20meld%20%20barn%20på%20flukt%20rapportering.pdf>
- Wiess, Nerina. *Normalitet i limbo- asylbarn med endelig avslag*. Fafo-rapport (2013) nr. 47 s. 7. <http://www.faf.no/pub/rapp/20337/20337.pdf>

Tidsskriftartikler:

- Einarsen, Terje. *Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste være underlagt forvaltningens frie skjønn?* Jussens venner nr. 5 (2013). Siteret fra Idunn.no

Nettsider:

- Dagbladet. *Ingen reelle rettigheter*. (2014)
<http://www.dagbladet.no/2014/11/12/kultur/meninger/kronikk/barnekonvensjonen/menneskerettigheter/36191809/> [12.11.2014]
- Flyktningshjelpen. *Største flyktningskrise siden andre verdenskrig-du kan hjelpe* (2014)
<http://www.flyktningshjelpen.no/?aid=9178028>[siteret 14.11.14]

- Flyktninghjelpen. *Flyktningregnskapet 2014- 51,2 millioner mennesker på flukt i verden* (2014) <http://www.flyktninghjelpen.no/?aid=9079309> [sitert 16.11.14]
- Landinfo. *Utlendingsenhetens fagenhet for landinfo.* (2014) <http://www.landinfo.no> [sitert 15.10.14]
- Regjeringen. *Generelle kommentarer fra FNs barnekomitè.* Kommentar 6 (2005) og 14 (2013). http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/bld_2006-2009/tema-og-redaksjonelt-innhold/redaksjonelle-artikler/2009/generelle-kommentarer-fra-fns-barnekomit.html?id=573909 [sitert 15.09.2014]
- Regjeringen.no. *G-03/2014 ikrafttredelse av ny § 8-13 i utlendingsforskriften- engangsløsning for lengeværende barn.* <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/rundskriv/2014/G-032014-Ikrafttredelse-av-ny--8-13-i-utlendingsforskriften--engangslosning-for-lengevarende-barn.html?id=764826> [sitert 10.10.14]
- Tall fra politiets utlendingsenhet. *Antall utsendelser av mindreårige september 2014.* https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/politiets_utlendingsenhet/Vedlegg_274_3.pdf [sitert 10.11.14]
- Tall fra politiets utlendingsenhet. *Antall utsendelser av mindreårig september 2013.* https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/politiets_utlendingsenhet/Vedlegg_231_4.pdf. [sitert 10.11.14]
- Tall fra politiets utlendingsenhet. *Antall utsendelser av mindreårige februar 2012.* https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/politiets_utlendingsenhet/Vedlegg_197_4.pdf[sitert 10.11.14]
- Tall fra politiets utlendingsenhet. *Antall utsendelser av mindreårige januar 2011.* https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/politiets_utlendingsenhet/Vedlegg_1570.pdf [sitert 10.11.14]
- UDI. *Asylsøknader etter statsborgerskap og år: 2010-2014.* (2010-2014) <http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/?year=0&filter=5&page=1> [sitert:15.10.2014]

- UNE. *Helsemessige forhold* (2012) <http://www.une.no/om-oss/Interne-retningslinjer/IR-AV-110112-OM-HELSEMESSIGE-FORHOLD/> [sitert: 28.09.2014]
- UNE. *Dette er UNE.* (2014) <http://www.une.no/no/om-oss/UNEs-rolle/> [01.10.2014]
-
- UNE. *Om praksisbasen.* <http://www.une.no/no/Praksis2/Praksisbase/> [sitert 10.11.2014]
- UNE. *Vurdering og registrering av identitet - følgerne av at identitetsopplysninger ikke er dokumentert mv.* (10.09.2012). <http://www.une.no/no/om-oss/Interne-retningslinjer/Vurdering-og-registrering-av-identitet---folgene-av-at-identitetsopplysninger-ikke-er-dokumentert-mv/> [sitert 15.10.2014]